

Sakrätt med mera

Nummer 48 i SCCL:s skriftserie

Sakrätt med mera

En artikelsamling

GÖRAN MILLQVIST



Stockholm Centre for Commercial Law
Juridiska fakulteten

eddy.se ab

Produktion: eddy.se ab
Box 1310
621 24 Visby
tfn: 0498-25 39 00
e-post: info@eddy.se
webbadress: www.eddy.se

jure

Distribution: Jure AB
Artillerigatan 67
114 45 Stockholm
tfn: 08-662 00 80, fax: 08-662 00 86
e-post: order@jure.se
internetbokhandel: www.jure.se

© Författaren, Stockholm Centre for Commercial Law
och Jure Förlag AB, 2025
ISSN: 1651-8918
ISBN: 978-91-7223-982-1
Tryck: Elanders Sverige AB, Vällingby 2025

Innehåll

Förord	11
Förord av André Andersson	13
 TRADITIONSPRINCIPEN IFRÅGASATT	
Traditionsprincipen på tillbakagång <i>JT 2008–09 s. 115</i>	17
Traditionsprincipen vid transaktioner mellan bolag och dess ägare <i>JT 1999–00 s. 903</i>	23
Traditioner är till för att brytas – så även traditionsprincipen <i>Festskrift till Lars Heuman, Jure 2008</i> <i>Redaktion: Jan Kleineman, Peter Westberg, Stephan Carlsson</i>	29
Kreditförsäljning eller kommission – traditionsprincipen avgör <i>JT 2010–11 s. 147</i>	43
Traditionsprincipens innebörd vid pantsättning av löpande skuldebrev genom deponering i sköppet förvar i bank <i>JT 1996–97 s. 125</i>	49
Stegvis tradition tinar upp frysningsprincipen <i>JT 1998–99 s. 167</i>	59

NÅGOT OM PANTSÄTTNING

Tredjemanspant och skuldsanering 69
JT 2016–17 s. 168

Något om tolkning av pantavtal och andra säkerhetsavtal 73
Vänbok till Axel Adlercreutz, Juristförlaget i Lund 2007
Redaktion: Boel Flodgren, Lars Gorton, Birgitta Nyström,
Per Samuelsson

Pantsättning av fordran på EU-stöd 95
JT 2016–17 s. 441

Skadeståndsansvar för panthållare som utlämnar pant till pantsättaren utan panthavarens vetskap 101
JT 1998–99 s. 387

SÄKERHETSÖVERLÅTELSE OCH ANNAN KREDITSÄKERHET

NJA 1952 s. 256 och 1949 s. 744 – säkerhetsöverlåtelse och 37 § avtalslagen 107
Avtalslagen 90 år. Aktuell nordisk rättspraxis, Norstedts Juridik 2005
Redaktion: Boel Flodgren, Lars Gorton, Eva Lindell-Frantz,
Per Samuelsson

Något om säkerhetsöverlåtelse – särskilt i samband med central motpartsclearing 119
Festskrift till Ronney Hagelberg, Jure 2016
Redaktion: Annina H. Persson, Göran Millqvist, Carolina Saf

Kreditköp eller hyra. En fråga om verklighetens inflytande på rättsliga klassificeringar 137
SvJT 1995 s. 545

Fri förfoganderätt över lös egendom 153
Festskrift till Gertrud Lennander, Jure 2010
Redaktion: Johan Gernandt, Jan Kleineman, Stefan Lindskog

REDOVISNINGANSVAR

Redovisningsskyldighet i senare rättspraxis. En skyldighet med komplikationer	173
--	-----

Festskrift till Suzanne Wennberg, Norstedts Juridik 2009

Redaktion: Lars Heuman, Madeleine Leijonhufvud, Annika Norée

Separationsrätt eller kredit. En fråga om redovisningsskyldighet	187
---	-----

JT 2007–08 s. 459

RETENTIONSRÄTT

Retentionsrätten i nytt ljus	197
-------------------------------------	-----

Vänbok till Mikael Mellqvist, Jure 2020

Redaktion: Marie Karlsson-Tuula, Annina H. Persson, Göran Lambertz

Konnexitet och retentionsrätt	205
--------------------------------------	-----

Festskrift till Mikael Möller, Iustus 2024

Redaktion: Jonatan Schytzer, Peter Strömgren, Margareta Brattström

KAPSTADSKONVENTIONEN

Kapstadskonventionen och svensk creditsäkerhetsrätt	219
--	-----

Festskrift till Stefan Lindskog, Jure 2018

Redaktion: Lars Edlund, Johnny Herre, Svante O. Johansson,

Jan Kleineman, Gertrud Lennander

Nya förmånsrätter på grund av internationell rättsutveckling	243
---	-----

Festskrift till Jan Kleineman, Jure 2021

Redaktion: Stefan Lindskog, André Andersson, Axel Calissendorff,

Jessika van der Sluijs

Kapstadskonventionen och järnvägsprotokollet – Ett välkommet tillskott till svensk creditsäkerhetsrätt	255
---	-----

Festskrift till Svante O. Johansson, Jure 2025

Redaktion: Hans Jacob Bull, Agneta Bäcklund, Johnny Herre,

Christina Ramberg, Johan Schelin

NÅGRA KONKURSRÄTTSLIGA FRÅGOR

Cross-border Insolvency Agreements – Protocols from a Swedish Perspective	271
--	-----

Essays in Honour of Michael Bogdan, Juristförlaget i Lund 2013

Redaktion: Patrik Lindskoug, Ulf Maunsbach, Göran Millqvist,

Per Samuelsson, Hans-Heinrich Vogel

Konkursförvaltares skadeståndsansvar. Anteckningar rörande konkursförvaltares personliga ansvar för konkursboförvaltningen	283
---	-----

SvJT 1991 s. 1

Konkursförvaltares skadeståndsansvar i ny belysning	323
--	-----

JT 2001–02 s. 136

Kvittning av fordringar mellan konkursbon	329
--	-----

Opublicerad rättsfallskommentar NJA 2001 s. 805

BLANDADE ÄMNEN

Ursäktä röran! Ombyggnad pågår! Svensk civilrätt och kontoförda finansiella instrument	335
---	-----

Festskrift till Lars Gorton, Juristförlaget i Lund 2007

Redaktion: Eva Lindell-Frantz, Björn Lindqvist, Per Jonas Nordell,

Christina Ramberg, Jan Ramberg

Betalning – En rättsfigur med många drag	355
---	-----

Festskrift till Torkel Gregow, Norstedts Juridik 2010

Redaktion: Johan Gernandt, Jan Kleineman, Stefan Lindskog

Patentöverlåtelse, sakrättslig fullbordan och hävningsförbehåll	373
--	-----

Vänbok till Claes Sandgren, Iustus 2012

Redaktion: Tom Madell, Per Bergling, Örjan Edström, Jan Rosén

Aktier utan aktiebrev – en blind fläck i bolagsrätten?	387
---	-----

Festskrift till Rolf Skog, Norstedts Juridik 2021

Redaktion: Ronald J. Gilson, Mats Isaksson, Erik Lidman,

Johan Munck, Erik Sjöman

Kontraheringsplikt för banker. Några synpunkter på en svårhanterlig fråga	399
<i>Festskrift till Peter Westberg, Juristförlaget i Lund 2024</i> <i>Redaktion: Lotta Maunsbach, Alexander Hardenberger</i>	
Omsättningsskydd – inte bara en fråga om godtrosförvärv	413
<i>JT 2005–06 s. 142</i>	
Swedish Credit Security Law: A Case for Law Reform?	419
<i>European Business Law Review 2004</i>	
Om surrogation och utmätningsfri egendom	429
<i>JT 2018–19 s. 922</i>	
Tidigare utgivning i SCCL:s skriftserie	435

Förord

Denna samling av artiklar av min hand från olika tidskrifter och festskrifter utgör en provkarta på frågor som jag uppfattat som lämpliga att belysa och i någon mån bearbeta under mina år som akademiker. Valet av ämne för texterna har naturligtvis styrts av min hemvist inom sakrätten, insolvensrätten och delar av den övriga förmögenhetsrätten. När det gäller festskriftsartiklarna har jag i något fall kunnat kombinera festföremålets forskningsområden med mina egna funderingar men inte genomgående. Samtliga utgivande förlag och redaktioner för respektive tidskrift och festskrift har varit tillmötesgående och medgivit återpublicering av artiklarna på detta sätt. Härför tackar jag.

Sakrätten med angränsande rättsområden är, på gott och ont, en tämligen statisk materia i den meningen att frågorna och därmed problemen är sig lika över tiden, men samtidigt dynamisk genom att rättsutvecklingen i så hög grad styrs av Högsta domstolens prejudikat. Med tanke härpå inbillar jag mig att innehållet i artiklarna till stor del fortfarande är aktuellt även om de i flera fall är några år gamla. Innehållet ska dock inte recenseras här utan läsaren får bilda sig en egen uppfattning. Dispositionen är gjord efter ämnesval, som framgår av innehållsförteckningen. God läsning!

Stockholm i september 2025

Göran Millqvist

Förord av André Andersson

Det här är inte en festskrift men samtidigt är det ändå en festskrift. En vanlig festskrift innehåller artiklar skrivna av vänner, kollegor och lärjungar till festföremålet. Den här festskriften innehåller däremot artiklar skrivna av festföremålet själv. Göran Millqvist fick en vanlig festskrift 2019 i samband med sin pensionering från professuren i civilrätt vid Stockholms universitet. Eftersom jag kvalificerar som vän, kollega och lärjunge till Göran så borde jag självfallet ha bidragit till festskriften 2019, vilket jag också åtog mig att göra. Tyvärr misslyckades jag med att infria detta åtagande, vilket jag skäms å det grövsta för. Det är därför som jag med särskild glädje skriver förordet till denna nya festskrift till Göran.

Om jag börjar från slutet så har jag under ett antal år haft glädjen att samarbeta med Göran vid Stockholm Centre for Commercial Law (SCCL), där Göran varit föreståndare och jag varit (och fortfarande är) styrelseordförande. Göran tillträdde som föreståndare för SCCL våren 2019 och lämnade över till Sara Göthlin sommaren 2025. De sex år som Göran med diplomati och gott omdöme varit föreståndare för SCCL har inneburit många förändringar och en del utmaningar. Samtidigt har vi kunnat bygga vidare på den kollegialitet och entusiasm som alltid präglat SCCL. I början av perioden, under Covid-19, var den "fysiska" verksamheten vid såväl SCCL som Juridicum i princip nedstängd och ersatt med digitala arrangemang. Under Görans år som föreståndare har vi skapat en ny modell för samarbete med Advokatvänner och Bolagsvänner, förnyat SCCL:s skriftserie, utvecklat de internationella kontakterna med mera. Under perioden har några forskare lämnat SCCL och andra tillkommit och en ny generation tar idag ett allt större ansvar för verksamheten. Inget av detta hade varit möjligt utan Görans insatser.

Mina kontakter med Göran började inte på SCCL. De går långt tillbaka i tiden och jag kan konstatera att våra karriärer har varit mer eller mindre parallella. Vi är båda födda i Helsingborg på femtioalet (Göran i början och jag i slutet). Vi studerade båda juridik i Lund och flyttade sedermera (något motvil-

ligt) till Stockholm, men trivs numer bra i huvudstaden (även om våra hjärtan fortfarande klappar för Skåne). Vi har båda ägnat större delen av vår karriär åt finansjuridik, sakrätt och insolvensrätt. Skillnaden är att medan Göran valde den akademiska banan så hamnade jag istället på den praktiska sidan och har först på senare år fått utlopp för mina akademiska ambitioner.

Redan i sin avhandling¹ var Göran inne på det finansjuridiska spåret. Eftersom jag själv ägnade den första delen av min karriär åt finansiell leasing hade jag då oerhörd glädje av Görans avhandling, som var det enda vettiga som på den tiden var skrivet om detta ämne. Dessutom delade jag de slutsatser som han kommit fram till (men som inte överensstämde med Skatteverkets avtalstolkning). Även därefter har Göran producerat värdefulla verk för oss praktiker. En av mina absoluta favoriter inom den juridiska litteraturen har alltid varit Gösta Wallins Panträtt, som Göran tillsammans med Annina Persson så förtjänstfullt tagit över. Därutöver förtjänar läroboken Sakrättens grunder att framhållas som ett verk som ger juriststudenterna en synnerligen god introduktion till sakrättens mysterier.

Utöver ett antal böcker har Göran producerat ett stort antal artiklar om relevanta frågor inom finansjuridik, sakrätt och insolvensrätt. Dessa har företrädesvis publicerats i festskrifter, årsböcker och andra publikationer som är svåra att hitta för den som är på jakt efter doktrin inom dessa områden. Det är därför med stor glädje som vi inom ramen för SCCL:s skriftserie publicerar denna antologi, som innehåller flertalet av de artiklar som Göran publicerat under sin karriär. De förtjänar att bli både lästa och citerade, och förhoppningsvis bidrar denna publicering till att de får den plats i doktrinen som de förtjänar.

Med denna festskrift vill vi tacka Göran för hans utomordentliga insatser, såväl för SCCL som för den svenska doktrinen inom finansjuridik, sakrätt och insolvensrätt. Förhoppningsvis kommer Göran att fortsätta att vara verksam vid SCCL under många år framöver som Senior Fellow och bidra såväl till utvecklingen av SCCL som till den svenska rättsutvecklingen.

Stockholm i september 2025

André Andersson

Styrelseordförande

Stockholm Centre for Commercial Law

¹ Finansiell leasing: Om det finansiella leasingavtalets civilrättsliga innebörd och reglering, Lund 1986.

TRADITIONSPRINCIPEN IFRÅGASATT

Traditionsprincipen på tillbakagång

1. Tillbakagången för traditionsprincipen

Traditionsprincipen inom sakrätten har visat sig vara en seglivad rättsfigur, som inte låter sig avskaffas i första taget trots olika ställningstaganden i den riktningen under många år. Det har länge funnits starka krafter som verkat för ett avskaffande men ännu lever principen. Ytterligare en spik i den kista som det snickras på kom dock från HD strax före sommaren i form av domen i det s.k. räkförpackningsmålet, *NJA 2008 s. 684*. Domen i sig är inte så omstörtande, den bekräftar egentligen bara den uttunning av traditionskravet som genomfördes i *NJA 2007 s. 413*, när det gäller frågan om tillräcklig tradition vid försäljning mellan närstående.¹ Men till den nya föredömligt korta och klara domen har referenten JustR Håstad ett tillägg om tio sidor med utredning av varför det vore lämpligt med ett avskaffande. Det kan vara av visst intresse att titta närmare på argumenteringen i detta tillägg.

2. Den nya domen

Målet gällde en räkförpackningslinje som utvecklats av ett bolag i Sverige och som skulle användas av ett dotterbolag i Norge. Maskinen skulle finansieras genom ett leasingarrangemang med användande av ett fristående norskt finansbolag. Maskinen såldes till finansbolaget som skrev leasingkontrakt med dotterbolaget och den levererades direkt från moderbolaget till dotterbolaget. Väl på plats visade det sig dock att maskinen hade flera allvarliga fel, som endast kunde åtgärdas hos moderbolaget, och dessutom hade dotterbolaget inte hunnit iordningställa lämpliga lokaler för anläggningen. Alla tre parter överenskom då om att maskinen skulle återlevereras till moderbolaget för felavhjälpande och i avvaktan på färdigställandet av lokalerna. Moderbolaget och dotterbolaget hade delvis samma företrädare i form av att moderbolagets ende ägare också satt i dotterbolagets styrelse och var firmatecknare i det. Sedan moderbolaget försatts i konkurs medan maskinen ännu fanns kvar där, blev frågan om finansbolaget hade en sakrättsligt skyddad äganderätt till maskinen eller om denna ingick i konkursboet. Boet hävdade att finansbolaget inte uppnått en skyddad rätt eftersom moderbolaget som säljande bolag aldrig förlorat rådigheten över maskinen.

¹ Se härom min analys av det fallet i www.pointlex.se, 2007-06-14, och artikeln Traditioner är till för att brytas – Så även traditionsprincipen, Festskrift till Lars Heuman, Jure Förlag 2008.

Denna fanns kvar i moderbolagets ”maktsfär” även då den fanns hos dotterbolaget.

Samtliga tre instanser ansåg att finansbolaget hade äganderätt och separationsrätt till maskinen. HD hänvisade till det likartade fallet NJA 2007 s. 413 och påpekade att HD i den domen ”tog fasta på att den gemensamme representanten visserligen hade en faktisk möjlighet att förfoga över den överlåtna egendomen för det överlåtande bolagets räkning men betonade att denne efter överlåtelseavtalet, i egenskap av representant för det förvärvande bolaget, var skyldig att iaktta det bolagets intressen. Vidare beaktades att det fanns ett legitimt behov av att kunna genomföra inkrämsöverlåtelser mellan närstående.”

Därefter konstaterade HD att dotterbolaget i det nya fallet ”fått varan i sin besittning för finansbolagets räkning. Om någon representant för [dotterbolaget] skulle ha återlämnat varan till [moderbolaget] utan finansbolagets samtycke, hade representanten blivit ansvarig såväl straffrättsligt (10 kap. 1 § brottsbalken) som skadeståndsrättsligt mot finansbolaget. Dessutom var alla styrelseledamöter och firmatecknare i [dotterbolaget] skyldiga att vid hanteringen av varan sätta [dotterbolagets] intressen framför [moderbolagets] intressen. [Moderbolaget] får därmed anses ha blivit i tillräcklig grad avskuret från sin rådighet över leasingobjektet, och finansbolaget har således fått sakrättsligt skydd för sitt förvärv.”² Finansbolaget skulle därmed ha separationsrätt till maskinen i konkursen.

Härmed har således bekräftats principen från NJA 2007 s. 413, att det vid närståendetransaktioner är den agerande fysiska personens handlingsutrymme ur straffrättslig och skadeståndsrättslig synpunkt som är styrande för om tillräcklig tradition har skett. Riskerar personen förskingringsansvar enligt 10 kap. 1 § BrB och personligt skadeståndsansvar om han disponerar över den sålda egendomen för det säljande bolagets räkning eller egen räkning har tillräckligt rådighetsavskärande skett och därmed är traditionskravet uppfyllt.

3. Ett problem

Det finns dock vissa problem med denna princip förutom att den onekligen komplicerar prövningen av det som varit avsett att utgöra ett enkelt iakttagbart faktum av den fysiska leveransen av en såld vara. Varken i 2007 års fall eller i

² HD:s dom s. 4. HD inledde motiveringen med att påpeka att det var ostridigt att återlämnandet av maskinen till moderbolaget före konkursen för felavhjälpande ”saknar betydelse för finansbolagets sakrättsliga skydd”. Uppenbarligen har HD velat markera att den tillfälligheten att maskinen var felaktig och återfördes till moderbolaget för reparation inte spelade någon roll för bedömningen av frågan om tillräcklig tradition skett. En uppfattning som ter sig riktig. Se förutom HD:s egen hänvisning till Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. 1996, s. 225 f., Millqvist, Sakrättens grunder, 4 uppl. 2006, s. 106 f.

det aktuella fallet var den agerande fysiska personen helt ensam, även om han var dominerande företrädare i båda bolagen. Men hur går det om en ensamägare till ett aktiebolag sätter upp ett nytt enmansbolag och genomför en inkråmsöverlåtelse till det nya bolaget helt utan några fysiska förflyttningar av inkråmet? Före överlåtelsen ser ägaren till att det förvärvande bolaget även lämnar samtycke till det överlåtande bolaget att fritt förfoga över inkråmet efter eget val och behov, jfr 24 kap. 7 § BrB angående samtyckes inverkan på om brott föreligger. Risken är härvid att förskingring enligt 10 kap. 1 § BrB inte skulle anses föreligga men väl oredlighet mot borgenärer enligt 11 kap. 1 § BrB. Frågan blir då om tillräckligt rådighetsavskärande åstadkommits även i det fallet eller ej.³ Det personliga skadeståndsansvaret kanske inte påverkas av ett sådant samtycke men räcker det eller är båda rättsföljdena – förskingringsansvar och skadeståndsansvar – nödvändiga? Och om det gäller pantsättning av lös egendom mellan bolagen istället för överlåtelse, vad gäller då? I 2007 års fall är nämligen HD noga med att jämställa pantsättning och överlåtelse vad gäller utformningen av traditionskravet. Frågan är om inte HD genom denna koppling mellan sakrättslig bedömning av traditionsprincipen och straffrättslig/skadeståndsrättslig bedömning av hypotetiska ageranden vållat större osäkerhet än tidigare trots allt.

4. Tillägget av Håstad

Ett tillägg till en HD-dom av ett justitieråd har knappast någon prejudikatverkan i vanlig mening. Det utgör den enskilde domarens egna åsikter och uppfattningar om de frågor som behandlas i domen och dess status kan variera. Ibland utgör dessa tillägg förklaringar till domsmotiveringen och kan vara upplysande vid läsning av denna. Ibland utgör de utvikningar till närliggande frågor, som dock inte varit aktuella att behandla i domen av olika skäl. Ibland utgör de snudd på avvikande mening i det att domaren velat markera att domskälen borde se något annorlunda ut. Man kan notera att det blivit vanligare med dessa tillägg under senare tid men om det beror på någon medveten policy från HD:s sida – domstolen kanske vill bli tydligare i sin vägledande roll – eller på individuella preferenser från enskild domares sida, är inte känt. Från informationssynpunkt är de dock av intresse eftersom de rimligen återspeglar vad åtminstone det skrivande justitierådet har för uppfattning i den aktuella frågan och hur hon eller han kommer att ställa sig när denna fråga kommer upp för prövning.

³ Denna komplikation diskuteras av Linn Siljelöf i hennes examensarbete *Inkråmsöverlåtelse och kravet på tradition*, Juridiska institutionen, Stockholms universitet, vårterminen 2008. Se också SvJT 1973 rf. s. 78 angående frågan om straffbarhet för förskingring vid samtycke av ensamägt bolag.

Nu har dock tillkommit en variant av tillägg som närmast är adresserat till lagstiftaren med uppmaning om lagändringar på vissa bestämda punkter och som inte har någon relevans för den dagsaktuella rättstillämpningen. Justitieråden har en uppgift i att granska lagstiftaren men traditionellt har det skett i form av arbetet i Lagrådet med oftast lagteknisk granskning av nya lagförslag. Denna nya variant av tillägg till en dom utgör en annan form av granskning som mera påminner om lobbying och opinionsyttring för rättspolitisk påverkan och utgör en ny dimension av maktfördelning mellan lagstiftande och dömande verksamhet.

I det aktuella tillägget inleder JustR Håstad med en exposé över traditionsprincipens tillkomst och utveckling i lagstiftning och rättspraxis, från 1835 års lösöreköpsförordning fram till idag. Här påpekas bland annat sloandet av traditionskravet vid konsumentköp av individualiserad vara i 49 § konsumentköplagen (2002:587) och att HD i NJA 1997 s. 660 ”uppfordrades” till att avskaffa principen men att det målet inte var så ”väl ägnat för ett systemskifte, eftersom det överlåtna lösöret hade lämnats kvar i säljarens intresse (sale and lease back).”

Därefter vidtar en genomgång av ändamål och syfte för traditionsprincipen. Kanske var *publicitet* det ursprungliga syftet eftersom fysisk tradition och registrering enligt lösöreköpslagen var alternativa metoder vilka skapade möjlighet för en utomstående att kontrollera att transaktionen verkligen skett, något som också påpekades som skäl för införande av denuntiationskravet i 31 § skuldebrevslagen (1936:81). Men i förarbetena till skuldebrevslagen dyker också *förfogandelegitimationen* upp som motiv. Den faktiska möjligheten att förfoga över tillgången överflyttas från överlåtare till förvärvare genom denuntiation respektive tradition.⁴ Denna effekt, påpekar Håstad, inträder inte vid registrering vilket gör att traditionskravet fått ett självständigt ändamål, vid sidan av registreringskravet, som ligger mer i köparens än i borgenärernas intresse.

Rättspraxis ger inte någon klar bild av vilket eller vilka syften traditionsprincipen egentligen skall förverkliga. Än det ena än det andra syftet har poängterats enligt Håstad. Efter en ”snabbgenomgång” av de viktigare rättsfallen på området konstaterar han ”att traditionsprincipen ännu snart 200 år efter dess införande leder till många tvister på grund av oklarhet om principens närmare innebörd.” Därmed är det upplagt för att precisera de argument som talar emot traditionsprincipen. Dessa är enligt honom:

1. Den är inte sakligt motiverad av att kreditgivare skulle förlita sig på att de tillgångar som innehas av en kredittagare är tillgängliga som exekutionsunderlag. Avbetalningsköp, leasingavtal, kommission med mera är vanliga former som rubbar besittningspresumtionen och dessutom kan en gäldenär göra sig av med tillgångar innan exekution blir aktuell.

⁴ NJA II 1936 s. 112 f.

2. En möjlighet till dubbelförsäljning för säljaren vid bibehållen besittning är inget argument för traditionskravet. Att en köpare tar denna risk bör inte fälla honom vid säljarens insolvens, dessutom är lösöre köpsregistrering inget bra hinder mot dubbelförfoganden.
3. Traditionskravet är inte heller något bra hinder mot skenöverlåtelser. Lösöre köpsregistreringen kan användas för sådana ändamål och ge fullgott skydd.

Detta leder Håstad till konstaterandet: ”Värdet av traditionskravet ligger uteslutande i att det vid exekution *neutraliserar antedateringar och andra falska påståenden om att lösöret var överlåtet* innan exekutionen inleddes. Traditionskravet främjar därigenom i hög grad exekutionens effektivitet genom att det då inte behöver prövas om och när ett verkligt överlåtelseavtal ingåtts, ifall lösöret lämnats kvar hos överlåtare.”

Men det är ett trubbigt instrument som slår blint mot en mängd situationer där fullt lojala transaktioner ingåtts utan att tradition (ännu) skett. Håstad undrar ”vilket empiriskt underlag som finns för regeln. Hur vanligt är det med dessa bedrägeriförsök, där förlusten ofta pulveriseras på många borgenärer, och hur vanligt är det att verkliga köpare gör en rättsförlust?” Härfter följer flera argument för att traditionsprincipen egentligen inte behövs. Exekutionsrätten har utvecklats sedan början av 1800-talet, särskilt i form av presumptionsreglerna i 4 kap. UB, återvinning i konkurs enligt 4 kap. 5 § konkurslagen finns att tillgå, utomlands klarar man sig uppenbarligen utan traditionskrav i de flesta fall, oskäligen effekter i det enskilda fallet kan inte hanteras eftersom poängen med kravet är att det är fristående från den bakomliggande transaktionen och vid köp av fast egendom skyddas köpare redan genom avtalet, liksom vid köp av byggnad på ofri grund och immaterialrätter med mera. ”Det förefaller alltså finnas övertygande skäl för att helt avskaffa traditionsprincipen”, enligt Håstad, vilket också var det resultat Konsumentköpsutredningen kom till i SOU 1995:11, även om något sådant förslag inte kunde läggas fram av utredningen på grund av dess direktiv.

Men i enlighet med NJA 1997 s. 660 bör inte ett avskaffande ske genom rättspraxis. Det är en för omfattande reform för att kunna utredas i en dom och flera anslutande frågor skulle också behöva utredas. Här pekar Håstad på flera frågor, bland annat möjligheten av att avskaffa lösöre köpslagen men ersätta den med ”en möjlighet till inskrivning i andra former av panträtt i allt slags individuellt bestämt lösöre som alternativ till tradition och företagsinteckning samt samordningen mellan sådana hypotekariska panträtter.”

5. Några reflektioner

Som bör ha framgått av det föregående utgör Håstads tillägg till denna dom ett annorlunda inslag i HD:s praxis. Det har egentligen ingen relevans för den aktuella tvistefrågan, även om det handlar om samma sak, genom att det riktar sig till lagstiftaren *de lege ferenda*, inte till domstolarna i deras dömande. Framtiden får utvisa om detta är en ny roll HD tagit på sig eller om det är ett utslag av individuell aktivitet.

Innehållsmässigt finns knappast mycket att invända mot Håstads uppfattning om det lämpliga i att avskaffa traditionsprincipen. Den har nog tjänat ut som vapen mot borgenärsskadliga transaktioner, i vart fall med den generella omfattning principen har idag. Det är inte rimligt att rättsförluster skall riskeras i helt korrekta och lojala transaktioner av det skälet att det kan förekomma försök till undandraganden inför konkurs och utmätning i vissa fall. Som framgår av SOU 1995:11 och Håstads genomgång skulle det inte innebära något mera svårartat ingrepp i rättssystemet att för försäljning av lös egendom avskaffa traditionskravet som avgörande för fullbordad äganderättsövergång. Skulle i samband därmed frågan om generell registerpanträtt i lös egendom utredas och regleras vore också mycket vunnet för den svenska kommersiella rätten i allmänhet och saksrätten i synnerhet. Ett modernt system för registrering av säkerhetsrätter som tillåter olika slags lös egendom som underlag och med olika kontraktuell konstruktion mellan parterna (kreditgivare och kredittagare). Det skulle med all säkerhet förbättra situationen avsevärt vad gäller säkerhetsunderlag och belåningsgrad inom näringslivet i stort på ett sätt som det hittillsvarande justerandet av företagsinteckningen och företagshypoteket inte kunnat åstadkomma.

Göran Millqvist

Traditionsprincipen vid transaktioner mellan bolag och dess ägare

1. Inledning

Bland många osäkra frågor inom sakrätten avseende lös egendom utgör frågan om traditionsprincipens närmare innebörd en av de mest centrala. Det har länge stått klart att tradition (besittningsförändring) utgör normalkravet för uppkomsten av sakrättsligt borgenärsskydd för äganderättsförvärv och panträttsförvärv till lös fysisk egendom. Det bekräftades också av Högsta domstolen så sent som 1997 i NJA 1997 s. 660 (Finnboda Varvs flytdocka). Traditionskravet gäller även vid pantsättning och säkerhetsupplåtelse av sådana speciella värdebärare som fastighetspantbrev och företagshypoteksbrev enligt 6 kap. 3 § JB och 1 kap. 3 § FHL, liksom för löpande värdepapper, 22 § SkbrL. Innebörden i detta traditionskrav har dock länge varit förvånansvärt osäker med tanke på den stora betydelse det kan få om en förvärvare av (panträtt i) egendom uppnått sakrättskydd för sitt förvärv eller inte. Under senare år har viss klarhet skapats genom rättspraxis, se främst NJA 1996 s. 52 (NCC:s pantsatta revers), vari HD markerar att det är rådighetsavskärandet som är det centrala rekvisitet i traditionskravet, och nu har tillkommit ett nytt fall som berör problemet med att åstadkomma tillräcklig tradition vid transaktioner mellan närstående, i detta fall mellan ett aktiebolag och dess ägare, *HD:s beslut den 23 feb. 2000*, mål nr Ö 3863-98. Utöver ett enhälligt avgörande innehåller fallet också ett intressant särskilt tillägg av JustR Svensson, med ett klart ställningstagande för att rådighetsavskärandet är *det enda* nödvändiga rekvisitet i traditionskravet, mera härom nedan.

Om nu kravet i vanliga fall är att överlåtaren eller pantsättaren skall ha frånhänt sig möjligheten att rent faktiskt förfoga över den aktuella egendomen, för att förvärvaren eller panthavaren skall anses sakrättsligt skyddad, kan naturligtvis tvekan uppstå när det föreligger en nära relation mellan dessa två parter. Risken är att det rör sig om just sådana skentransaktioner, i syfte att undandra egendom från konkurs eller utmätning, som sakräftsreglerna skall försvåra och helst förhindra. Till synes kan rådigheten ha frångått överlåtaren/pantsättaren men allvaret i detta skulle kunna ifrågasättas då motparten är en bolagsman eller det är fråga om en transaktion inom familjen. Det kan ligga nära till hands att misstänka att besittningen och förfogandemöjligheten återgår så snart faran är över.

Likasa kan tvekan uppstå då samma person är representant för både överlåtaren och förvärvaren respektive pantsättaren och panthavaren. Denna situation har varit föremål för prövning i NJA 1972 s. 246 med det resultatet att sakrättskydd inte uppkommit för panthavaren då dennes representant även företrädde pant-

sättaren samt förvarade panten (inteckningshandlingar pantsatta av ett bolag till en stiftelse; bolagets VD var även styrelseledamot och ekonomisekreterare i stiftelsen och förvarade handlingarna i sitt kassaskåp). Här skall också nämnas misstagsfallen NJA 1958 s. 422 och 1983 s. 103. I det förra förklarades att det faktum att panten återgått i pantsättarens besittning av misstag och utan dennes vetskap, inte var fatalt för panträttens bestånd. Panthavaren ansågs trots det ha skyddad panträtt i egendomen (förlagsinteckningar). Det senare fallet fick motsatt utgång på grund av att panthavaren inte gjort tillräckligt för att återfå besittningen till panten sedan det blivit känt att den återgått av misstag (fastighetspantbrev).

2. Det nya fallets bakgrund

Boråsföretaget Kinnagarn AB var i behov av kapital vilket skulle ordnas genom ett lån av bolagets ägare (Ronny B). Ronny ägde ensam samtliga aktier i bolaget men det fanns två andra styrelseledamöter, Christer B och Kent N. Var och en av dessa tre hade ensam firmateckningsrätt. Det avtalades att Ronny skulle ställa en miljon kronor till bolagets disposition mot att han erhöll säkerhet i företagshypotek i bolagets verksamhet. Christer fattade beslut härom för bolagets räkning. Bolaget ansökte om och beviljades företagsinteckning och Ronny antecknades som innehavare av företagshypoteksbrevet i företagsinteckningsregistret. Han förvarade också brevet i ett vapenskåp i hemmet väl avskilt från bolagets handlingar och tillgångar. Bolaget försattes senare i konkurs och Ronny bevakade sin fordran med yrkande om förmånsrätt för företagshypotek enligt 5 § förmånsrättslagen, vilket konkursförvaltaren bestred. Grund för bestridande var att bolaget aldrig avskurits från rådigheten över hypoteksbrevet.

I den efterföljande tvisten var parterna ense om dessa givna bakgrundsfakta och prövningen gällde uteslutande frågan om det etablerats sakrättsligt fullbordad säkerhetsrätt för Ronny då han såsom långivare och tillika ägare och firmatecknare i bolaget, tagit omhand företagshypoteksbrevet.

3. Domstolarna

Tingsrätten fann Ronny berättigad att åtnjuta yrkad förmånsrätt. Avgörande här för var att han själv var långivare och därmed innehade säkerheten för egen räkning. Det förelåg därmed ingen lojalitetskonflikt som kunde leda till slutsatsen att bolaget kunde anses ha fortsatt rådighet över säkerheten. Hovrätten gick på samma linje och avlog konkursboets överklagande.

Även HD avslag konkursboets överklagande. En enig HD inledde sina domskäl – efter en faktabakgrund – med ett påpekande om att hanteringen av företagshypoteksbrev vad gäller traditionskravet, följer samma regler som gäller för handpanträtt, vilket ”betyder att pantsättaren skall ha avskurits från rådigheten över panten och att detta tillstånd i princip skall bestå när panträtten görs gällande.” Som stöd för denna formulering av traditionskravet hänvisades till de ovan nämnda fallen NJA 1996 s. 52, 1958 s. 422 samt 1983 s. 103. Efter att ha konstaterat att ett bindande pantavtal förelåg mellan Ronny och bolaget samt att den omständigheten att en pantmottagare har rätt att företräda det pantsättande bolaget inte i sig förklarar möjligheten av en sakrättsligt giltig pantsättning, formulerade HD följande regel. ”Åtminstone i fall då den som har tagit emot panten själv är den avsedde panthavaren med en fordran mot bolaget – och alltså inte har tagit emot panten i egenskap av företrädare för panthavaren – får bolaget som regel anses ha frånhänt sig rådigheten över panten på det sätt som krävs för att pantsättningen skall vara sakrättsligt giltig.”¹

Tillämpad på fallet medförde regeln ingen tvekan. Ronny hade tagit emot företagshypoteksbrevet som säkerhet för hans kredit till bolaget och han hade förvarat det i sin bostad hela tiden fram till konkursutbrottet. Det var inte visat att någon av de övriga firmatecknarna haft tillgång till hypoteksbrevet eller att Ronny skulle ha förbundit sig mot bolaget att på dess begäran återlämna hypoteksbrevet. Upplåtelsen var därmed sakrättsligt giltig och medförde rätt till yrkad förmånsrätt.

4. Några synpunkter

I särskilt tillägg till beslutet utvecklar JustR Svensson sin syn på traditionsprincipen. Han pekar där på innebörden av NJA 1996 s. 52, att rådighetsavskärandet är det centrala momentet framför kraven på att förvärvaren erhåller självständig besittning (rådighet) och att publicitet skapas kring transaktionen. Men att rättsfallet inte utesluter att dessa två senare moment fortfarande skulle kunna ha betydelse. Svensson menar emellertid ”att kravet på att panthavaren skall ha erhållit en självständig förfogandemöjlighet inte längre kan upprätthållas. Det måste stå en panthavare fritt att avstå från möjlighet att ensidigt realisera panten utan att det sakrättsliga skyddet går förlorat.” När det gäller kravet på publicitet (synbarhet) kan det fortfarande ha betydelse men får då anpassas till vad som är praktiskt och rimligt att kräva. När det gäller de små aktiebolagen, med endast

¹ Här hänvisades återigen till NJA 1958 s. 422, samt Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. 1996 s. 227 f. och 292 f. och Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom, 1984 s. 388 ff.

en person i styrelsen och bolaget ofta ensamägt av denne, är det enligt Svensson, inte meningsfullt att kräva annat än att säkerställanden från bolaget till ägaren framgår av årsredovisningen i enlighet med årsredovisningslagen (1995:1554). Svensson anför, ”Har ett lån mot säkerhet i företagshypotek redovisats enligt dessa bestämmelser och årsredovisningen offentliggjorts genom att på föreskrivet sätt ges in till Patent- och registreringsverket, kan man enligt min mening ta förhållandevis lätt på hanteringen av hypoteksbrevet och godta att traditionen fullbordas även om brevet bara har flyttats mellan lådor i ett gemensamt bostads- och kontorsutrymme.”

Detta är en högst pragmatisk syn på det formella traditionskravet som mest ger intryck av att JustR Svensson helst skulle vilja slippa det helt. Frågan är naturligtvis om detta återspeglar synen i HD i dess helhet på betydelsen och värdet av traditionsprincipen. JustR Gregow har i ett helt annat, tidigare sammanhang gett uttryck för följande grundsyn på traditionskravet, dock utan att själv gilla det, ”kravet på besittningsövergång för erhållande av skydd mot säljarens borgenärer är ett formellt krav, som en domstol inte kan efterge därför att det framgår att en verklig överlåtelse har skett.”² Detta kan också sägas vara domstolens uppfattning i NJA 1997 s. 660 (Finnboda Varvs flytdocka), då det efter notering av den kritik som förekommit i litteraturen mot traditionskravet, förklaras att ”[t]raditionsprincipen får anses vara så fast förankrad i svensk rätt att det knappast kan komma i fråga att helt eller delvis överge principen utan stöd av lag.”³ HD tycks här ha intagit en position som möjligen kan beskrivas som svalt accepterande. Det är inte aktuellt att drastiskt förändra rättsläget på denna punkt men kravet på tradition för borgenärsskydd som en allmängiltig regel tillerkänns å andra sidan inte mer utrymme än som är absolut nödvändigt för att inte bryta mot gällande rätt.

Släpper man kravet på att det sker en reell besittningsförändring, som innebär rådhetsavskärande för pantsättaren, i sådana fall som var aktuella här ovan (säkerställanden mellan mindre bolag och dess ägare), borde man likaväl kunna släppa kravet när det gäller större bolag och exempelvis bank som kreditgivare/panthavare. Bokföringen och årsredovisningen är i vart fall inte mindre tillförlitlig i dessa senare fall, utan borde kunna räcka som bevis och kontrollkälla för att en pantsättning skett. Det kan naturligtvis invändas att i småbolagsfallet finns inget alternativ, såvida man inte helt enkelt vill förhindra säkerställanden till ägaren, varför det är nödvändigt att godta en uppluckring av traditionskravet. Det skulle inte behöva betyda att det även i övriga fall borde godtas att sådan uppluckring skedde. Men de materiella skälen för att godta ”redovisningsmodellen” är naturligtvis lika giltiga för alla parter som är skyldiga att iaktta årsre-

² SOU 1995:11 Nya konsumentregler. Preskriptionstid. Garantier m.m. Borgenärsskydd, Bet. av Utredningen om konsumenträttsliga frågor, s. 134. JustR Torkel Gregow var särskild utredare.

³ Ref. s. 666.

redovisningslagens krav. Genom offentliggörandet av redovisningen blir också pantsättningar och andra säkerställanden offentliga och kontrollmöjligheten för tredje man är i sådant fall tillgodosedd. Den viktiga frågan blir istället att ta ställning till om ”redovisningsmodellen” över huvud taget räcker till för att tillgodose de intressen som traditionsprincipen är avsedd att skydda, nämligen försvårandet av skentransaktioner och egendomsundandraganden. Att manipulera bokföring och redovisning är ju en ”konst” som utvecklats under lång tid och det är väl troligt att den skulle tillgripas om det innebar att tillgångar den vägen kunde räddas undan ett konkursförfarande. Tankegången med att nöja sig med redovisningen som sakrättsmoment är sympatisk i den meningen att det skapar flexibilitet i systemet utan ett helt uppgivande av kravet på ordning och reda och kontroll då borgenärsintressena bryts mot varandra exempelvis i ett konkursförfarande. Men det vill synas som att bristerna i den modell som här lanseras, är ganska stora och möjligen bör därmed rättsfallet ses som ett undantag från det eljest gällande traditionskravet. Den försiktige rättsfallstolkaren bygger därmed inte upp en ny allmän innebörd i traditionsprincipen endast på detta fall.

Göran Millqvist

Traditioner är till för att brytas – så även traditionsprincipen

GÖRAN MILLQVIST*

1. Inledning

Svensk förmögenhetsrätt är i hög grad beroende av rättspraxis för sin utveckling och anpassning till nya förhållanden. Lagstiftaren har under mycket lång tid hållit en låg profil och avhållit sig från stora kodifierande lagstiftningsprojekt. Ända sedan de icke fullföljda försöken att uppdatera Handelsbalken under mitten och senare delen av 1800-talet har rättsutvecklingen främst skett i domstolarna, med enskilda viktiga insatser från lagstiftaren såsom avtalslagen, köplagarna och skuldebrevslagen. Detta är kanske inte så märkligt inom sådana områden som allmän avtalsrätt, kontraktsrätt och krediträtt där den grundläggande principen om avtalsfrihet medför att det ändå primärt är en enskild partsfråga hur rättsförhållandena skall gestalta sig. Konsumentskyddslagstiftningen har dock här inneburit både en utveckling och uppgradering av rätten. Mera förvånande kan det tyckas att rättspraxis i så hög grad fått stå för utvecklingen inom sakrättens område. Sakrättens tillämpningsområde kännetecknas av grundläggande, tydliga intressebaserade motståndigheter mellan enskilda parter som inte kan regleras avtalsvis som huvudregel. Sakrättens regler har en tydlig förlustfördelningsfunktion – vem skall bli stående med förlusten då konkurrens uppstår om begränsade förmögenhetstillgångar – vilket innebär att tvisteläget är tydligt och behovet av klara, fasta regler stort. Icke desto mindre är svensk sakrätt lika med dess ledande prejudikat till helt övervägande del, åtminstone när det gäller löseegendomsrätten.¹ När det gäller panträtt i lös egendom är det 10 kap. Handelsbalken från 1734 och skuldebrevslagen från 1936 som utgör stommen som praxis bygger på, även om panträtt i fartyg och luftfartyg samt kontoförda finansiella instrument har nyare reglering i

* Docent i civilrätt vid Stockholms universitet.

¹ Detta faktum gör ämnesområdet lämpat för en hyllningsartikel i en festskrift till Lars Heuman. Få personer inom svensk rättsvetenskap har en sådan koll på NJA som prof. em. Lars Heuman. Han lär ha plöjt sig igenom NJA årgång för årgång, från pärm till pärm åtskilliga gånger under sin forskarbana på jakt efter särskilt rara processuella finesser och då bör väl en artikel inriktad på rättspraxis passa bra.

form av särskild lagstiftning, liksom även fastighetspanträtten.² Däremot saknas som sagt en mera sammanhållen och principiell syn på sakrätt och panträtt från lagstiftarens utgångspunkt.

Under senare tid har det kommit nya prejudikat som tar upp olika aspekter av den så kallade traditionsprincipen inom sakrätten. Närmare bestämt den princip som säger att en överlåtelse eller pantsättning av lösöre eller löpande värdepapper måste fullbordas genom tradition av lösöret eller pappret för att förvärvaren eller panthavaren skall åtnjuta sakrättsligt skydd mot överlåtarens eller pantsättarens borgenärer. Fallen har medfört att denna i rättspraxis utvecklade förutsättning för sakrättslig fullbordan fått delvis nytt eller i vart fall modifierat innehåll.

Traditionsprincipen gäller både vid överlåtelse och pantsättning av lösöre och värdepapper men det är relationen till panträttsinstitutet som främst diskuteras i denna uppsats. De nya rättsfallen handlar i sig i flertalet fall om överlåtelser men enligt etablerat synsätt inom sakrätten, vilket också bekräftas av HD i fallen, skall överlåtelse och pantsättning behandlas lika, åtminstone inledningsvis då det gäller förutsättningarna för sakrättslig fullbordan och därmed inträde av borgenärsskydd för förvärvaren/panthavaren.

Detta lär dock inte gälla undantagslöst, som visas av NJA 1998 s. 545 och NJA 2007 s. 652. I det förra fallet var frågan vilket utrymme traditionsprincipen hade vid överlåtelse från far till son av andelar i en fritidsbåt och det visade sig att det inte förelåg något utrymme alls! HD påpekade i detta fall att risken för konstruerade överlåtelser och kringgåenden inte borde överdrivas samt att överlåtelse av ideell andel i lösöre ofta torde tillgodose ett legitimt syfte som det inte fanns anledning att motverka. Att då uppställa krav på att överlåtaren avstod från besittningen till egendomen skulle uppenbarligen enligt HD i många fall förhindra eller åtminstone starkt försvåra överlåtelse av ideell andel. Det fick därmed räcka med avtalet kombinerat med att överlåtare och förvärvare hade aktiv sambesittning till båten.

Det senare fallet, NJA 2007 s. 652, avsåg frågan hur man skall se på konkurrensen mellan traditionsprincipen för lösöre och avtalsprincipen för fast egendom, inklusive industritillbehör. Ett koncernbolag hade sålt maskiner (»latenta» industritillbehör) till ett annat bolag inom samma koncern, vilket tillika var ägare till den fastighet där säljarbolaget bedrev verksamhet. Blev då fastighetsrättens avtalsprincip tillämplig så att köparen omedelbart uppnådde borgenärsskydd för köpet av maskinerna trots att dessa stod kvar i säljarbolagets besittning? Samtliga domstolsinstanser fann att maskinerna utgjorde fullgångna industritillbehör omedelbart i och med förvärvet och att köparbolaget således uppnådde borgenärsskydd direkt genom avtalet. Det fanns inget utrymme för tillämpning av reglerna för lösöre (traditionsprincipen) i denna situation eftersom 2 kap. 4 § JB tar över och anger förutsättningarna för tillbehörskaraktären (»föremålet och fastigheten kommit i samme ägares hand»). En tillämpning av lösöreglerna skulle dessutom »i praktiken omöjliggöra genomförandet av kommersiellt skyddsvärda transaktioner» enligt HD.

² Se 3 kap. 1, 2, 36, 42 och 43 §§ SjöL (1994:1009), 3 § lagen (1955:227) om inskrivning av rätt till luftfartyg, 11 kap. 3 § luftfartslagen (1957:297), 6 kap. 7 § lagen (1998:1479) om kontoföring av finansiella instrument samt 6 kap. JB.

Ingetdera av dessa fall lär kunna överföras på panträttsområdet. Undantagen från traditionsprincipen i dessa situationer kan knappast åberopas som stöd för att det inte skulle föreligga något traditionskrav vid pantsättning. Ideell andel i lösöre kan inte pantsättas annat än genom hela lösörets överförande och industritillbehör kan inte pantsättas annat än tillsammans med fastigheten vari det ingår.

Ytterligare ett undantag från den sakrättsliga samordningen mellan upplåtelse av pant-rätt och övergång av äganderätt är kompletteringen av konsumentköplagen med återinförandet av avtalsprincipen för konsumentköp, 49 § konsumentköplagen (1990:932). En pantsättning av lösöre från en näringsidkare till en konsument kan inte verkställas med sakrättslig giltighet annat än genom tradition av lösöret.³

De nya rättsfallen diskuteras nedan i ljuset av senare års doktrin. Det har gjorts flera djupgående analyser av sakrättens grundfrågor, dess syften och ratio, under det senaste 30-talet åren, liksom av rättsområdets utveckling över tiden. Detta arbete skall naturligtvis inte upprepas här, utan snarare utnyttjas som underlag för fortsatta analyser. Doktrinen s forskningsresultat skall naturligtvis användas som underlag för fortsatt forskning och vetenskaplig diskussion. Läsaren hänvisas till denna litteratur.⁴

2. Nyare rättspraxis

2.1 Några inledande anmärkningar

Ett mönster framträder vid läsning av senare års HD-domar på panträttens område. En rättsutveckling har skett som förmodligen inte är avslutad och som innebär att traditionskravet koncentrerats till ett krav på *rådighetsavskärande* som helt dominerande faktor. Från ett tidigare synsätt som, utöver rådighetsavskärande för pantsättaren, innebar krav på erhållen rådighet över panten för panthavaren samt synbarhet utåt för pantsättningen, domineras numera prövningen av frågan om tillräckligt rådighetsavskärande skett och upprätthållits. Det kan till och med ifrågasättas om inte de båda senare rekvisiten helt spelat ut sin roll och blivit överflödiga vid prövningen av om godtagbart sakrättsmoment iakttagits i det enskilda fallet.⁵ I

³ SOU 1995:11 Nya konsumentregler s. 189.

⁴ Den moderna sakrättens systematik skapades till övervägande del av Henrik Hessler genom monografin Allmän sakrätt, Norstedts, Stockholm 1973. Området har utvecklats doktrinärt främst av Bo Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom, Norstedts, Stockholm 1983, Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., Norstedts, Stockholm 1996, Ulf Göransson, Traditionsprincipen, Iustus, Uppsala 1985, och Staffan Myrdal, Borgenärsskyddet, Norstedts, Stockholm 2002, dens., Återpantsättning, Norstedts, Stockholm 2005.

⁵ Se Helanders ställningstagande för denna ståndpunkt, a.a. s. 380, och Rodhes, instämmande i Handbok i sakrätt, Norstedts, Stockholm 1985, s. 391 f.

senare litteratur har, med något undantag, inga invändningar rests här-
emot.⁶ Förklaringen till denna ståndpunkt är att det är rådighetsavskär-
andet som anses utgöra *condicio sine qua non* för panträttens förmånsrätt.
Genom att pantsättaren avstår från panten till förmån för panthavaren har
pantsättaren gjort en uppoffring och avstått från att kunna tillgodogöra sig
pantens värde under pantsättningstiden och istället reserverat detta värde
för panthavaren. Genom denna avtalsvis gjorda privilegiering av pant-
havaren anses denne berättigad till panten framför pantsättarens övriga
borgenärer. Att denna reservering är gjord på sådant sätt att den kanske
inte är lätt iakttagbar utåt och heller inte medför att panthavaren kan
komma åt panten förrän det eventuellt blir fråga om utdelning efter pant-
ens realisering, påverkar således inte panträttens sakrättsliga giltighet en-
ligt detta synsätt. Detta gäller förmodligen både panthavarens omsätt-
ningsskydd och hans borgenärsskydd.

Den helt avgörande frågan blir därmed vad detta rådighetsavskärande
närmare besett innebär. Vilka krav gäller för att rådigheten skall anses
avskuren för pantsättarens del? Beskrivningen här ovan är medvetet vagt
formulerad. På vilket eller vilka sätt skall pantsättaren »avstå från panten
till förmån för panthavaren» och på vilket eller vilka sätt skall pantsättaren
förhindras från att »kunna tillgodogöra sig pantens värde under pantsätt-
ningstiden»? Pantens värde som förmögenhetstillgång står i centrum efter-
som det är det realiserbara värdet som är av intresse då panten tas i anspråk
i enlighet med reglerna för pantrealisering och som också är av intresse för
pantsättarens övriga borgenärer exempelvis vid konkurs. Rådighetsavskä-
randet måste vara inriktat på pantens ekonomiska värde.

Här spelar säkerligen pantens karaktär stor roll. Typen av egendom har
stor betydelse för de sakrättsliga reglernas utformning över huvud taget
och det ligger nära till hands att utgå från att rådighetsavskärandets inne-
börd styrs mycket av denna faktor. För fast egendom, skepp och lös före-
tagsintecknad egendom, är pantbrevssystemet avgörande men det betyder
endast att frågan om rådighetsavskärande flyttats från den egentliga egen-
domen till hanteringen av pantbrevet.⁷ Men med införandet av datapant-
brev och registrering av dessa i pantbrevsregister som substitut för tradi-
tion av det skriftliga pantbrevet utgör det knappast något reellt problem
idag. För kontoförda finansiella instrument är saken i de flesta fall klar då
det gäller de allmänna förutsättningarna enligt lagen om kontoföring av
finansiella instrument (LKF, 1998:1479), registreringsprincipen gäller, se

⁶ Se särskilt Staffan Myrdal, Borgenärsskyddet, s. 86 ff., särsk. s. 110 f., med utförlig redo-
visning av ställningstagandena i litteraturen, samt Gösta Walin, Panträtt, 2 uppl., Nor-
stedts, Stockholm 1998, s. 94.

⁷ Se 6 kap. 2 § JB, prop. 1970:20 B s. 303, och 3 kap. 2 § sjölagen (1994:1009), prop.
1973:42 s. 272 och 344. Detsamma gäller även för hanteringen av företagsintektnings-
brev, 1 kap. 2 § företagsintektningslagen (2003:528), prop. 2002/03:49 s. 116.

6 kap. LKF, men här kan tänkas någon tveksamhet då det gäller denuntiation till förvaltare enligt 3 kap. 10 § LKF då instrumenten är förvaltarregistrerade, liksom för pantsättningar som endast sker genom notering på konto hos förvaltare och inte styrs av LKF.

För annan lös egendom än den nu nämnda är rådighetsavskärandet mera svårfångat. Som framgår av rättsfallen nedan måste här en nyanserad bedömning göras utifrån den faktiska situationen i dess helhet. I avsaknad av regler av det slag som finns för de nyssnämnda egendomsslagen måste motsvarande läge åstadkommas genom de faktiska åtgärder parterna vidtar. Den »ekonomiska tillgången» till egendomen måste frångå pantsättaren och reserveras för panthavaren. Består panten i lösöre blir det förfogandelegitimationen i form av fysisk besittning som står i centrum och består panten av fysiska värdepapper är likaså den fysiska kontrollen över dokumenten avgörande på grund av skuldebrevslagens legitimationsregler (både betalnings- och förfogandelegitimationen). Består panten av en enkel fordran eller rättighet blir det kontrollen över sekundogäldenärens prestation ur legitimationssynpunkt som avgör. Utgör panten en fordran på betalning står betalningslegitimationen i centrum, både den aktiva och passiva, eftersom den styr rätten till betalning och förfogandemöjligheterna, gäller det en rättighet, exempelvis en bostadsrätt, är oftare den rena förfogandelegitimationen i centrum på det sättet att den avgör om pantsättaren är förhindrad att med framgång förfoga på nytt över rättigheten genom försäljning eller ny pantsättning med verkan framför den första pantsättningen.

2.2 Domarna

Ett viktigt avgörande för traditionsprincipens utveckling har *NJA 1996 s. 52* visat sig vara. Fallet gällde frågan om ett löpande skuldebrev pantsatts med sakrättslig verkan genom att ha lagts i depå i bank med den instruktionen att skuldebrevet inte fick tas ut ur depån annat än gemensamt av pantsättaren och skuldebrevsgäldenären.

Formuleringen i pantförskrivningen löd, »Denna pantförskrivningshandling skall jämte reversen nedläggas i depå hos Nordbanken för förlagsbevisinnehavarnas räkning och får ej uttas ur depån utan vårt [pantsättarens] och NCCs medgivande».

Detta ansågs inte som tillräckligt rådighetsavskärande av HD och talan ogillades redan på denna grund. Pantsättaren hade möjlighet att när som helst instruera banken angående annan hantering av skuldebrevet, kravet på gäldenärens deltagande förändrade inte detta. I vad mån traditionsprincipen också krävde publicitet och egen rådighet för panthavaren prövades

inte av HD även om det antydde i domskälen att dessa moment inte borde spela någon avgörande roll numera.

Under de två följande åren kom så *NJA* 1997 s. 660 – Finnboda Varv AB:s flytdocka, och *NJA* 1998 s. 379 – Master Möbel AB:s maskiner, vilka båda handlade om bristande tradition av lösöre i samband med säkerhetsöverlåtelse. Domstolen var i båda fallen mycket tydlig med att markera traditionskravets principiella tillämplighet men eftersom objekten i inget av fallen över huvud taget flyttats på efter det att de sålts gavs ej anledning till någon mera nyanserad bedömning av vad traditionskravet kan tänkas innefatta i tveksamma fall.⁸

Det var dags igen i *NJA* 2000 s. 88. Fråga var om traditionsprincipen hindrade tillkomsten av sakrättsligt giltiga transaktioner mellan ett bolag och dess ägare. I fallet hade den ende ägaren till ett aktiebolag i samband med utlåning till bolaget låtit bolaget ta ut företagsinteckning och ställa företagshypotek till ägaren enligt 1984 års företagshypotekslag (1984:649). Ägaren hade tagit hand om företagshypoteksbrevet och gjorde i bolagets konkurs gällande sin fordran med förmånsrätt enligt 5 § 2 p. förmånsrättslagen (1970:979). HD tog ställning för att det måste gå att genomföra en sådan pantsättning med sakrättslig verkan.

»Den omständigheten att ett bolag har överlämnat en pant till någon som har rätt att företräda bolaget hindrar inte att en sakrättsligt giltig pantsättning kan ha ägt rum. Åtminstone i fall då den som har tagit emot panten själv är den avsedde panthavaren med en fordran mot bolaget – och alltså inte har tagit emot panten i egenskap av företrädare för panthavaren – får bolaget som regel anses ha fränhänt sig rådigheten över panten på det sätt som krävs för att pantsättningen skall vara sakrättsligt giltig».⁹

Genom detta ställningstagande gjordes en markering gentemot de äldre fall där pantsättare och panthavare representerats av samma fysiska person och där det ansetts att traditionskravet inte var uppfyllt.¹⁰ Företagsägaren/hypotekshavaren kunde bevaka sin fordran med förmånsrätt för företagshypotek.

Senast i raden av fall på traditionstemat är *NJA* 2007 s. 413. Här godtogs sakrättsligt en inkrämsöverlåtelse av fordon mellan två närstående bolag trots att dessa hade samma företrädare och överlåtelsen säkerligen

⁸ I *NJA* 1998 s. 379 förekommer visserligen ett lite märkligt ställningstagande av HD:s majoritet avseende en konkursförvaltares möjligheter att genom övergivande åstadkomma sakrättslig fullbordan av en tidigare försäljning efter säljarens konkurs men det innebär inget ställningstagande till traditionskravets innebörd.

⁹ Ref. s. 91.

¹⁰ Särskilt gäller detta *NJA* 1972 s. 246 där RR:n uttalade, vilket fastställdes av HovR:n och HD, »B har under ifrågavarande tid varit företrädare för såväl byggnadsbolaget som stiftelsen. Så länge han omhänderhaft inteckningarna, har byggnadsbolaget därför, oavsett om han haft för avsikt att hålla dem stiftelsen ensam tillhanda och oavsett om de av honom förvarats avskilda, icke fränhänts rådigheten över inteckningarna.» Ref s. 251.

skedde för att kunna driva verksamheten vidare utan gamla leverantörsskulder. Fallet är intressant på grund av sina utförliga domskäl. Bakgrunden var en inkråmsöverlåtelse av tämligen vanligt slag. Ett bolag med stora leverantörsskulder sålde sina tillgångar, inklusive firman, till ett närstående bolag under medverkan av bolagets bank. Det säljande bolaget fick marknadsmässig ersättning för tillgångarna och behöll skulderna. Det köpande bolaget kunde fortsätta verksamheten med en ekonomi i bättre balans, så var det åtminstone tänkt, tillgångar och skulder motsvarade varandra, och när det säljande bolaget så småningom försattes i konkurs blev det leverantörerna som fick ta förlusten.

Som HD påpekar inledningsvis i domen är denna metod för rekonstruktion av företag fördelaktig för ägarna genom att verksamheten kan fortgå utan avbrott och insyn av konkursförvaltare eller rekonstruktör. För borgenärerna blir det enligt HD ingen skillnad jämfört med omedelbar konkurs såvida betalningen för tillgångarna är marknadsmässig och pengarna går till den eller de borgenärer som skulle ha fått utdelning i en konkurs. Men HD:s jämförelse förutsätter omedelbar konkurs i säljarbolaget. Finns det däremot någon överlevnadspotential i bolaget är inkråmsöverlåtelsen naturligtvis sämre för de oprioriterade borgenärerna. Så länge det skuldyngda bolaget lever vidare som juridisk person kan ju trots allt den möjligheten finnas att det skall kunna betala sina skulder efter hand.

I det aktuella fallet rörde det sig främst om ett lager begagnade personbilar och ett släp. En av borgenärerna till säljarbolaget försökte hösten 2006 komma åt dessa tillgångar genom ansökan om kvarstad och efterföljande utmätning hos säljarbolaget. Vid tidpunkten för inkråmsöverlåtelsen i början av 2006 bestod kopplingen mellan bolagen i att en person M.F. var ensam styrelse och firmatecknare i säljarbolaget och samtidigt styrelsesuppleant, firmatecknare och anställd i köparbolaget. Såvitt framgår av tingsrättens dom¹¹ var han dock inte aktieägare i köparbolaget. I köparbolaget var också M.F:s mor firmatecknare och det var hon som undertecknade överlåtelseavtalet för köparbolagets räkning. De aktuella tillgångarna flyttades i samband med överlåtelsen till andra lokaler, fordonen omregistrerades i bilregistret på köparbolaget, någon registrering enligt lösöreköpslagen (LkL, 1845:50 s. 1) skedde däremot inte. Kreditgivande bank medverkade under hela förfarandet. Frågan var därmed om personalunionen mellan bolagen innebar att säljarbolaget hade fortsatt rådighet över tillgångarna på sådant sätt att köparbolaget inte uppnått sakrättsligt borgenärsskydd genom förvärvet.

HD:s domskäl är utförliga och detaljerade, uppenbarligen har domstolen velat klarlägga så många aspekter som möjligt av traditionsprincipens innehåll. Utgångspunkten var att det fanns ett obligationsrättsligt giltigt avtal om överlåtelse mellan bolagen samt att det vid överlåtelse av lösöre

¹¹ Ref. s. 414.

krävs tradition (besittningsövergång) eller lösöreköpsregistrering för att överlåtelsen skall ha sakrättslig verkan. Sådan tradition eller registrering utgör samtidigt fristående moment från försäljningen.

Vid bedömningen av om tillräcklig tradition eller giltig registrering skett skall enligt HD inte prövas om försäljningen eventuellt utgör en skenrätts-handling eller skett i undandragande syfte. Det spelar ingen roll att avsikten kan ha varit att verksamheten skulle kunna drivas vidare utan merparten av gamla leverantörsskulder. Detta skulle istället beaktas vid en eventuell ogiltighetsprövning (jfr 4 § LkL) eller vid återvinning enligt 4 kap. 5 § konkurslagen (1987:672). Däremot kan vid bedömningen av om en besittningsövergång haft *tillräcklig varaktighet* för sakrättsligt skydd, syftet bakom överförandet och ett återförande av köpeobjektet ha betydelse.

HD påpekar sedan att i flera tidigare rättsfall det ansetts erforderligt att en överlåtare eller pantsättare *frånhänts rådigheten* över den överlåtna eller pantsatta egendomen för att sakrättskydd skulle anses ha uppnåtts. Men enligt HD är det inte helt klart om därmed menas möjligheten för överlå-taren eller pantsättaren att själv få tillgång till egendomen eller dennes möjlighet att förfoga på nytt över den.¹² Emellertid är två rättsfall av sär-skilt intresse enligt HD, NJA 1972 s. 246 och RH 1990:116. I NJA-fallet¹³ underkändes panträtt och i RH-fallet överlåtelse sakrättsligt, på grund av bristande rådighetsavskärande för pantsättaren/överlåtare i situationer där innehavaren företrädde båda parter, oavsett om innehavaren hade för avsikt att hålla egendomen panthavaren/förvärvaren ensam tillhanda och oavsett om egendomen förvarades avskilt. Men rättsutvecklingen har gått vidare påpekar HD och dessa fall skall kompletteras med NJA 2000 s. 88, åtminstone i situationer där innehavaren agerar i eget intresse samtidigt som han företräder pantsättaren. I sådana fall anses som regel tillräckligt rådighetsavskärande ha skett. På grund av dessa rättsfall konstaterar HD,

»Innehavarens behörighet att företräda pantsättaren och hans rent faktiska möjlighet att på nytt förfoga över den pantsatta egendomen till förmån för pantsättaren är således inte i sig tillräckliga omständigheter för att anse att pantsättaren fortfarande kunnat råda över egendomen och att tradition därför inte skett, utan det måste också bedömas om innehavaren haft ett tillräckligt eget intresse av att hålla fast vid transaktionen.»¹⁴

¹² När det gäller möjligheten till egen tillgång hänvisar HD till NJA 1949 s. 164 Brinkmanis motorbåt, denuntiation med reservation, NJA 1980 s. 197 andrahandspantsatt entreprenadfordran, NJA 1986 s. 217 andrahandspantsatt factoringfordran, NJA 1986 s. 409 pantsatta jaktgevär med tillgång till gevären för pantsättaren, och NJA 1989 s. 671 konsument bör förstå innebörden av tydlig denuntiation. När det gäller möjligheten att förfoga på nytt över egendomen hänvisas till NJA 1995 s. 367 Obligentia Finans konkurs, denuntiation med viss reservation. HD hänvisar också till Myrdal, Borgenärsskyddet, 2002, för diskussion av legitimationsfrågan.

¹³ Se vid not 10 ovan.

¹⁴ Ref. s. 422.

Detta egenintresse kan manifesteras i det faktum att han som företrädare för förvärvaren/panthavaren kan stå under straffansvar enligt 10 kap. 1 och 5 §§ Brottsbalken samt skadeståndansvar. Företrädaren är bunden av dessa regler i sin egenskap av företrädare för förvärvaren/panthavaren och kan inte agera för överlåtarens/pantsättarens räkning utan svåra konsekvenser. Detta förhållande får anses tillräckligt för att manifesteras rådighetsavskärande för överlåtarens/pantsättaren. Däremot räcker det inte enligt HD med det ansvar som följer av 10 kap. 4 § Brottsbalken, olovligt förfogande, eftersom då skulle kravet på sakrättsmoment helt bortfalla. Utöver det straffrättsliga ansvaret och skadeståndsansvaret pekar HD på att 2 kap. 20 § aktiebolagslagen (2005:551) godtar som fullbordad borgenärsskyddad inbetalning av aktiekapital att beloppet tillförts bolaget och stiftelseurkunden undertecknats av samtliga stiftare. Denna regel gäller även för enmansbolag och godtar således att ägaren/företrädaren rent faktiskt skulle kunna disponera över beloppet för egen räkning. HD påminner också om ställningstagandet i NJA 1998 s. 545, att »kravet på rådighetsavskärande inte drivs så långt att andra legitima transaktioner mellan närstående i praktiken omöjliggörs».¹⁵ Detta fall avsåg dock som nämnts en relation mellan far och son och avsåg primärt den sakrättsliga verkan av gåvor av andelar i lösöre.¹⁶ Det tog knappast sikte på kommersiella inkråmsöverlåtelser. Uttalandet har således nu fått en utvidgad innebörd.

HD:s slutsats blev därmed:

»I förevarande fall har M.F. visserligen rent faktiskt kunnat återlämna fordonen till [säljarbolaget] eller direkt förfoga över dem för [säljarbolagets] räkning, men efter överlåtelseavtalet har han som representant för förvärvaren varit skyldig att iaktta [köparbolagets] intressen. Med beaktande av detta och av vad som ovan anförts om behovet av att kunna genomföra överlåtelser mellan närstående får [säljarbolaget] anses ha i tillräcklig grad berövats sin rådighet över fordonen, så att sakrättsligt skydd inte utesluts av att M.F. vid och efter överlåtelsen var representant även för [säljarbolaget].»¹⁷

Något fristående krav på *publicitet* av något slag bör inte uppställas som del av traditionsprincipen enligt HD. Visserligen finns det källor som tyder på ett sådant krav, såsom lösöreköpsregistreringen, denuntiationens utformning i 31 § 1 st. skuldebrevslagen (1936:81), NJA 1975 s. 638 husvagnsfallet, NJA 1926 s. 281 lösöre kvar i säljarens besittning, och NJA 1995 s. 367 Obligentia Finans konkurs, men mycket talar däremot. Det är enligt HD svårt att åstadkomma publicitet i samband med inkråmsöverlåtelse och undantag skulle vara nödvändiga bland annat vid återgång av

¹⁵ Ref. s. 422.

¹⁶ Se vid not 3 ovan.

¹⁷ Ref. s. 423.

leverans på grund av oväntade, tillstötande omständigheter.¹⁸ Vidare pekar HD på att det vid nyckelpantsättning inte krävs publicitet samt att tradition av löpande skuldebrev inte behöver medföra någon publicitet, jfr 22 § 1 st. skuldebrevslagen. Ett publicitetskrav skulle enligt HD medföra oklarhet om vad som krävdes – kanske onödigt byte av lokaler, rundskrivelse till borgenärerna eller andra registreringar än lösöreköpsregistrering.

»Slutsatsen blir [...] att det måste vara nog att, som i förevarande fall, överlåtarens rådhets över egendomen blivit i väsentlig grad avskuren.»¹⁹

Sammanfattningsvis innebär beslutet att *tradition* i sakrättslig mening kan syfta enbart på att en överlåtare eller pantsättare *förlorar rådhetsen* över egendomen. I vad mån detta också innefattar en utåt synbar besittningsövergång är inte avgörande. Fysisk tradition och synbarhet är inte längre nödvändiga förutsättningar för sakrättsligt borgenärsskydd. Om överlåtare/pantsättare och förvärvare/panthavare är bolag med samma företrädare räcker det med att överlåtelsen/pantsättningen medför förskingrings- eller trolöshetsansvar (10 kap. 1 och 5 §§ Brottsbalken) och skadeståndsansvar för företrädaren om han förfogar över egendomen för överlåtarens/pantsättarens eller egen räkning.

3. Några reflektioner i anledning av ny rättspraxis

Det sist refererade fallet, NJA 2007 s. 413, framstår genom sina utvecklade domskäl som en sammanfattning av rättsläget i dag. I materiellt hänseende framträder fyra aspekter i detta fall som kan vara värda att notera särskilt, (i) traditionsmomentet är fristående från den bakomliggande transaktionen, (ii) rådhetsavskärandet är avgörande för tillräcklig tradition, (iii) publicitet krävs inte längre för tillräckligt rådhetsavskärande samt slutligen frågan (iv) vad innebär detta för handpanträtten.

¹⁸ HD hänvisar här till Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s. 226, men det är troligt att det även är fråga om en referens till ett kommande mål som beviljats prövningstillstånd (HD pt 28 nov. 2006, T 1657-06) och som avser just denna situation. – Ett leasingobjekt (en räkförpackningslinje) som levererats till leasingkunden återfördes till leverantören för felavhjälpande med mera, men leverantören försattes i konkurs innan avhjälpandet var klart och objektet fortfarande var kvar där. Viss ägargemenskap och personalunion förelåg mellan leverantör och leasingkund. Leasingbolaget var dock helt fristående från dessa två. Frågan är därmed om leasingbolaget såsom ägare till objektet har separationsrätt till detta i leverantörens konkurs, med andra ord om verksam tradition har skett av leasingobjektet inledningsvis. Både tingsrätt och hovrätt har ansett att så varit fallet.

¹⁹ Ref. s. 424.

Först påpekandet från HD:s sida om att tradition är ett fristående moment från den bakomliggande rättshandlingen i den meningen att eventuella dolda avsikter bakom rättshandlingen – sken, undandragande – inte spelar någon roll för bedömningen av traditionen. Tradition i rättslig mening kan mycket väl ha skett även om försäljningen/pantsättningen är ogiltig eller angripbar. Ett exempel: Om ett aktiebolag säljer lösöre strax före konkurs till uppenbart underpris till närstående och överlämnar egendomen till denne mot erhållande av en symbolisk betalning, är det en fullbordad försäljning och giltig tradition har skett. Men den kan vara angripbar enligt aktiebolagslagens regler om värdeöverföring och den kan vara återvinningsbar enligt 4 kap. 5 eller 6 §§ konkurslagen. Så trivialt uppfattat ter sig påpekandet dock som överflödigt och knappast nödvändigt att ta med i domskälen till ett HD-beslut. Påpekandet bör nog ses i ljuset av HD:s avslutande bedömningar avseende avskaffandet av publicitetskravet. Nämligen det exempel angående kortvarig besittningsförändring som HD anför som ett skäl till att det inte bör krävas publicitet. Undantag från publicitet, om nu ett sådant krav skulle upprätthållas, måste då medges i fall där traditionen var tänkt att bli tydlig och permanent men den blir kortvarig och svår att iakttä, därför att godset oväntat behöver återlämnas till säljaren, förklarar HD. Skolexemplet är här det fallet att en köpare direkt efter leverans upptäcker garantifel i köpeobjektet och reklamerar och återlämnar detta till säljaren, som åtar sig att avhjälpa felet men försätts i konkurs innan detta arbete hunnit utföras. Se för en snarlik, verklig situation fallet som nämns i not 18 ovan. Det bör inte råda någon tvekan om att verksam tradition skett i detta fall och att köparen har separationsrätt till objektet i konkursen, trots att hans innehav av det varit mycket kortvarigt och tillfälligt. I denna situation måste traditionskravet bedömas utifrån partsavsikten då besittningsövergången sker, inte enbart den yttre fysiska placeringen vid konkursutbrottet. Därför måste man hålla isär bedömningen av traditionen från prövningen av skälen bakom transaktionen. Enbart det förhållandet att egendomen påträffas hos säljaren eller åtkomlig för säljaren räcker inte för konstaterandet att den också är tillgänglig för säljarens borgenärer, såsom NJA 1975 s. 638 (husvagnsmålet) kan tyda på. Det är ofrånkomligt att partsavsikten spelar roll i prövningen men samtidigt är rådighetsavskärandet ett undantagslöst krav i den meningen att även en helt lojal och korrekt försäljning, som inte alls fullföljts med leverans eller rådighetsavskärande saknar verkan i förhållande till konkurs- eller utmätningsborgenärerna. Men det har saknats auktoritativt rättskällestöd för resonemang av detta kanske mera nyanserade slag.

Den andra aspekten som kommer fram i domen är att tradition numera domineras av kravet på rådighetsavskärande för överlåtare/pantsättare samt att detta är ett pragmatiskt utformat krav som styrs av förutsättningarna i det enskilda fallet och av en nyetablerad princip om att traditions-

kravet inte skall drivas så långt att legitima transaktioner mellan närstående i praktiken omöjliggörs. Intressant nog stammar denna HD:s hänvisning till »kommersiellt skyddsvärda transaktioner», som nämnts från det tidigare rättsfallet NJA 1998 s. 545, angående överlåtelse (gåvor) i familjeförhållande av andelar i en fritidsbåt, där det påpekades att sakrätten inte i onödan skulle förhindra eller försvåra i och för sig skyddsvärda transaktioner. Ett ställningstagande som nu således har kommit till oanad nytta i helt andra sammanhang. Sakrätten har nog i tidigare skeden varit känd för en viss fyrkantighet och åtminstone en strävan mot att upprätthålla en slags formalism i tillämpningen eftersom intressekollisionerna ofta är så tydliga och direkta i sakrättsliga tvister. Förutsebarhetskravet har ansetts innebära formella krav på att vissa moment iakttagits och att detta varit synbart. Nyare rättspraxis från HD visar dock att synsättet är på väg att förändras här mot en mera nyanserad och komplex tillämpning. En rättsutveckling som särskilt Myrdal har uppmärksammat och bejakat.²⁰ Om olika mer eller mindre specifika hänsyn kan tas i den enskilda sakrättsliga tvisten medför det naturligtvis större flexibilitet i rättstillämpningen och möjligen i någon mening mera korrekta domar men risken är naturligtvis att förutsebarheten minskar.

Den tredje aspekten är att något fristående krav på publicitet inte längre gäller för giltig tradition. Har godtagbart rådighetsavskärande skett kan inte därutöver upprätthållas ett krav på att detta också blivit synbart eller kontrollerbart för omgivningen. Den äldre uppfattningen att ett viktigt motiv för traditionskravet var att den påstådda överlåtelsen eller pantsättningen därmed blev synlig eftersom det låg i själva traditionens begrepp, såsom detta uppfattades, gäller inte längre. Möjligheten för omgivningen (särskilt överlåtarens/pantsättarens borgenärer) att kontrollera den påstådda transaktionen har spelat ut sin roll som rekvisit för tillräcklig tradition. Däremot har knappast den klassiska traditionen, i betydelsen faktisk besittningsövergång, spelat ut sin roll som sakrättsmoment. Självklart kan en köpare åstadkomma ett definitivt sakrättsligt borgenärsskydd gentemot säljarsidan genom att ta den köpta egendomen i fysisk besittning. Vad HD åstadkommit med senare års rättsfall är en utvidgning av möjligheterna till fullbordat borgenärsskydd vid överlåtelser och pantsättningar.

Slutligen som en fjärde aspekt, bör det rättsläge som sålunda etablerats genom HD:s prejudikat konfronteras mot panträtten. Det nämndes inledningsvis att det under lång tid framhållits i litteraturen att samordning bör eftersträvas mellan kraven för sakrättsligt fullbordad äganderättsövergång och upplåtelse av panträtt i lös egendom.²¹ En samordning underlättar

²⁰ Se Myrdal, Borgenärsskyddet, s. 114 ff. och 234 f.

²¹ Se redan Östen Undén, Svensk sakrätt I, Lös egendom, 10 uppl., Fritzes Förlag AB faksimilupplaga 1995, s. 47, för ett sådant påpekande, jfr Staffan Myrdal, Borgenärsskyddet s. 52 ff.

rättstillämpningen genom att dels förhindra oönskad överströmningseffekt mellan de två rättsinstituten, dels förenkla prövningen av gränserna mellan omsättningsöverlåtelse – säkerhetsöverlåtelse – pantsättning. Men frågan är hur man skall ställa sig till den nu etablerade principen om rådighetsavskärandet som avgörande för borgenärsskyddet. Är det fullt ut överförbart på pantsättning, som i och för sig HD:s domskäl antyder? Om ett moderbolag pantsätter lösa tillgångar till ett dotterbolag som säkerhet för lämnad kredit men behåller objekten och åtar sig att vårda dem för panthavarens räkning och bolagen har samma företrädare. Har då en verksam panträtt åstadkommit? Moderbolagets företrädare kan inte bortse från denna företrädarroll i dotterbolaget och förfoga över panten för moderbolagets räkning, så att dotterbolaget blir stående med en oskyddad fordran på modern. Är situationen med andra ord helt analog med överlåtelsefallet ovan? Ja, det vill synas vara avsett så från HD:s sida. I den centrala delen av domskälen som preciserar innebörden i rådighetsavskärandet och som delvis citeras vid not 14 ovan, refererar HD genomgående i första hand till pantsättare och panthavare trots att det aktuella fallet handlade om äganderättsöverlåtelse (inkråmsöverlåtelse). Detta är knappast en tillfällighet utan måste uppfattas som medvetet valt för att utvidga omfånget till att också omfatta pantsättningsfallet. De två NJA-fall som åberopades där, NJA 1972 s. 246 och NJA 2000 s. 88, handlade också om pantsättning, inte överlåtelse. Det är tydligt att HD i denna del velat hålla ihop systemet och låta traditionsprincipen fortsätta att omfatta både överlåtelse och pantsättning i sin nya, utvecklade utformning.

Kreditförsäljning eller kommission – traditionsprincipen avgör

1. Inledning

Få rättsliga principer ger anledning till så mycket funderande och diskussion som den så kallade traditionsprincipen inom sakrätten.¹ Idag kan principen beskrivas som ett krav på rådighetsavskärande, vilket innebär ett krav på att en säljare av lösöre skall ha frånhänt sig möjligheten att faktiskt eller rättsligt kunna disponera över lösöret för att köparen skall ha uppnått borgenärsskydd gentemot säljarens borgenärer. Köparens *omsättningsskydd* i form av skydd mot andra tredjemansanspråk än borgenärsanspråken, är inte direkt omfattat av traditionsprincipen i denna mening. Traditionskravet i exempelvis godtrosförvärvslagen (1986:796) är inte detsamma som traditionskravet för borgenärsskydd, de uppbärs av olika intressen.² Traditionsprincipen är i första hand ett moment i övergången av äganderätten från säljare till köpare med inriktning på köparens skydd. Men den spelar även en viktig roll i kreditsäkerhetssammanhang i de modeller för kreditsäkerhet där äganderätt används i kreditsäkerhetssyfte, såsom förbehållsklausuler, leasing och kommission. En verksam realsäkerhet i lösöre för kredit som beviljats förvärvaren av lösöret förutsätter att traditionsprincipen hanterats på rätt sätt. I rättspraxis från Högsta domstolen (HD) har detta krav hanterats på olika sätt under senare år.

För snart 80 år sedan, 1932, avkunnade Högsta domstolen (HD) två domar i sakrättsliga frågor, NJA 1932 s. 292 och NJA 1932 s. 755. Det första fallet etablerade definitivt den regel som inskränker giltigheten av återtagandeförbehåll i försäljningsavtal mellan leverantör och återförsäljare. Det går inte att med sakrättslig verkan ställa upp återtagandeförbehåll till gods som köparen skall kunna vidareförsälja i sin verksamhet innan slutbetalning skett. I fallet gällde det skördemaskiner från Krupp AG i Tyskland. Regeln bekräftades senast av HD i NJA 2009 s. 79 avseende en husbil och en husvagn. Det andra av 1932 års avgöranden avsåg bristande sakrättslig verkan av återgång av kreditförsäljningsavtal och utbyte av detta till särskild form av nyttjanderätsavtal enligt dåvarande 2 kap.

¹ En nyttillkommen debattör är Mikael Mellqvist, *Diocletianus vs. Grotius – om den sakrättsliga traditionsprincipens berättigande*, SvJT 2010 s. 217. Från senare tid kan också framhållas Per Henriksson, *Sakrättsliga moment och deras ekonomiska konsekvenser*, Jure Förlag AB, Stockholm 2009, bl.a. s. 71 ff. och 131 ff., och Göran Millqvist, *Traditioner är till för att brytas – så även traditionsprincipen*, Festskrift till Lars Heuman, Jure Förlag AB, Stockholm 2008, s. 357 ff.

² Se HD:s diskussion av besittningskravet i 2 § första stycket godtrosförvärvslagen i NJA 2009 s. 889 (902).

24 § allmänna nyttjanderättslagen, numera 9 kap. 35 § JB, utan att lösöreköpsförfarande enligt lagen (1845:50 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva (LkL) företagits. Det hade inte funnits något återtagandeförbehåll i det första avtalet och egendomen (djur och jordbruksinventarier) hade hela tiden funnits kvar hos köparen/nyttjanderättshavaren. Parternas avsikt om att säljaren skulle åtnjuta separationsrätt till egendomen i händelse av köparens konkurs godtogs inte sakrättsligt i den sedermera inträffade köparkonkursen.

I en dom från HD våren 2010, *NJA 2010 s. 154*, upprepas dessa snart 80-åriga ställningstaganden och HD vidhåller också en innebörd av traditionsprincipen som helt tar sikte på fysisk besittningsövergång eller, som alternativ, lösöreköpsförfarande enligt LkL, trots den modifiering traditionsprincipen genomgått under senare år. Sakrättsliga frågeställningar har i sig en tendens av beständighet över tiden, särskilt då de avser äganderättens roll och genomslag i borgenärskonkurrens, men det hindrar inte att svaren på frågorna kan förändras på grund av nytillkomna aspekter eller tyngdpunktsförskjutningar i synen på olika berörda intressen. Ett exempel på detta som aktualiseras i de nämnda HD-fallen är vilken hänsyn som på ett allmänt plan skall tas till behovet av fungerande kreditsäkerhetsarrangemang. Eftersom sakrättsliga avgöranden i stort sett alltid innebär en prioritering mellan två eller flera i och för sig legitima och skyddsvärda ekonomiska intressen i en begränsad tillgångsmassa, finns sällan några självklara svar på hur de skall utfalla. I konkurs och vid utmätning gäller förmånsrättsordningen enligt förmånsrättslagen (1970:979) med dess bindande prioritetsordning men denna lagstiftning täcker endast vissa av de prioriteringar som måste göras i och utanför insolvens- och exekutionshanteringen. Det är notabelt att exempelvis äganderättens ställning inte syns till i förmånsrättsreglerna.

2. Fallets bakgrund

Det nya fallet handlar om problemet med fri förfoganderätt för ett mellanled i distributionskedjan av varor, i detta fall motorcyklar för försäljning till slutkund (konsument). Leverantören av Honda motorcyklar, Honda MC Svenska AB (i fortsättningen Honda eller leverantören), hade som försäljningskanal bland andra Bike Center i Sundsvall AB (Bike Center eller återförsäljaren). När fallets bakgrund började hade dessa två ett kommissionsförhållande avseende Bike Centers tillgång till motorcyklar, vilket innefattade en rätt för Honda att disponera över cyklar i Bike Centers lager till andra distributörer i mån av behov (försäljning till slutkund). Sett från sakrättslig utgångspunkt hade således Honda en legalt tillförsäkrad separationsrätt till kommissionsgoods enligt dåvarande 53 § kommissionslagen (1914:45), numera 23 § kommissionslagen (2009:865), samt rätt till redovisning för försålt gods, i händelse av Bike Centers konkurs. Detta

avtal omvandlades dock av parterna till ett kreditförsäljningsavtal i början av sommaren 2003, för att undvika, enligt Honda, att Bike Centers lokaler tömdes på motorcyklar i samband med sommarens försäljningskampanj. Bike Centers betalning för varje motorcykel skulle enligt det nya avtalet ske senast två dagar efter det att den sålts till kund. Avtalet innehöll inte något ägar- eller återtagandeförbehåll. Bike Center följde dock inte avtalet vad avsåg betalningsskyldigheten utan dröjde härmed och redan i början av augusti hävde Honda försäljningen och parterna återgick efter överenskommelse till kommissionsupplägget. Cyklarna fanns hela tiden hos Bike Center, endast registreringsskyltar och -handlingar transporterades fram och tillbaka mellan parterna, liksom ägarregistreringarna i bilregistret. Honda kreditfakturerade Bike Center för de motorcyklar som återtagits med angivande av att de skulle ”stå kvar i kommission” respektive att de ”ställs om i kommission”.

I början av november 2003 hämtade Honda samtliga motorcyklar i lager hos Bike Center och den 11 november försattes Bike Center i konkurs på egen begäran. Konkursförvaltaren motsatte sig denna tömning av lagret och väckte återvinningstalan mot Honda enligt 4 kap. 10 § konkurslagen med yrkande om ersättningsskyldighet för Honda med cyklarnas värde.

3. Tingsrättens och hovrättens ställningstaganden

Tingsrätten ansåg återgången till kommission innebära en äganderättsåtergång utan vare sig tradition eller lösöreköpsförfarande enligt LkL. Honda hade därmed inte uppnått sakrättslig fullbordan för sitt återförvärv förrän cyklarna hämtades och eftersom det skedde inom återvinningsfristen ansåg tingsrätten återvinning enligt 4 kap. 10 § konkurslagen kunna ske (betalning i förtid med annat än sedvanliga betalningsmedel enligt förvaltarens grunder). *Hovrätten* däremot tog fasta på betydelsen av att Honda i samband med hävningen av det tillfälliga kreditköpsavtalet återtog registreringsskyltar och -handlingar och gjorde anmälan om ägarbyte till Vägverket. Därigenom, menade hovrätten, kunde Bike Center inte sälja någon motorcykel till utomstående utan Hondas medverkan och godkännande, varför rådigheten över cyklarna fick anses ha frångått Bike Center senast vid omregistreringen. Detta skedde mer än tre månader före konkursutbrottet vilket medförde ogillande av boets återvinningstalan.

4. Högsta domstolen

HD fastställde tingsrättens domslut. Förklaringen härtill var densamma som i tingsrätten, Honda hade inte fullbordat sitt återtagande av äganderätten till mo-

torcyklarna förrän dessa hämtades och togs i besittning strax före konkursen. Återvinning enligt 4 kap. 10 § konkurslagen var därmed möjlig. HD bekräftade tingsrättens sätt att resonera och fann att traditionskravet i denna situation endast kunde uppfyllas genom fysisk besittningsövergång eller förfarande enligt LkL. Inledningsvis påpekades i domskälen att kreditköpsavtalet inte innehöll något återtagandeförbehåll samt att det faktiska förloppet var så som det återgivits ovan. I återvinningsfrågan konstaterades att förfarandet med återgång av cyklarna innebar en betalning av skuld med osedvanliga betalningsmedel och att frågan därmed var när denna betalning skedde – före eller inom återvinningsfristen.³ ”Härvid gäller att betalningen, såvitt avser fristberäkningen, får anses ha skett när borgenären fick en sakrättsligt skyddad rätt till de erhållna medlen”.⁴ I denna bedömning pekar HD på att det under senare år ”stundom, i syfte att möjliggöra kommersiellt skyddsvärda transaktioner, medgetts att andra åtgärder vidtas som får som verkan att överlåtaren effektivt avskärs från förfogandemöjligheter med avseende på egendomen (se t.ex. NJA 2007 s. 413 och 2008 s. 684)”.⁵ Men eftersom partssyftet med återgången till kommissionsupplägget fick anses ha varit att tillskapa en separationsrätt för Honda fanns det enligt HD ingen anledning att inte upprätthålla kravet på verklig tradition eller registrering och kungörande enligt LkL. Det hade därvid ingen betydelse att Bike Center varit beroende av Hondas medverkan för att kunna sälja cyklarna till slutkunder. Omregistrering hos Vägverket och återtagande av registreringsskyltarna och -handlingarna kunde inte tillmätas någon betydelse i sammanhanget. Tradition i relevant mening hade således inte skett förrän motorcyklarna faktiskt hämtades av Honda och därmed låg denna icke sedvanliga skuldbetalning inom återvinningsfristen.

5. Synpunkter

Fallet illustrerar en vid det här laget välkänd brist i svensk rätt på modern, fungerande creditsäkerhetslagstiftning och vanskligheterna med att använda äganderätten som creditsäkerhet. Från Hondas utgångspunkt kan det mycket väl ha tett sig fullt rimligt att se situationen på det sättet att det hela tiden rört sig om samma slags risktagande, nämligen att Honda släppt ifrån sig cyklarna utan att ännu ha fått betalt för dem. Att det förekom en tillfällig kontraktsomläggning på vägen ändrade knappast på de ekonomiska realiteterna. Så länge försäljning till slutkund inte skett och betalning från denne inkommit till Honda stod Honda en kreditkostnad och -risk. Att omläggningen skedde hade såvitt framgår andra or-

³ HD hänvisade här till Lennander, Återvinning i konkurs, 3 uppl. 2004, s. 200.

⁴ HD:s dom stycke 6.

⁵ HD:s dom stycke 7.

saker än övervältring av kostnad och risk på Bike Center. Förklaringen är visserligen kortfattad och möjligen lite svår att förstå men det framstår, oemotsagt i tvisten, som att det rörde sig om en partsgemensam önskan om att Bike Center inte skulle få leveransproblem gentemot kunder på grund av att Honda behövde disponera över cyklar i oväntad omfattning på grund av en försäljningskampanj under sommaren; ett logistik- och samordningsproblem med andra ord. Sett från konkursboets utgångspunkt var däremot Hondas tömning av lagret en åtgärd som gynnade Honda på övriga borgenärs bekostnad och som inte borde få bli bestående såvida Honda inte hade en verksam äganderätt till lagret. Om det brast i äganderätten borde likabehandlingsprincipen inom konkursrätten omfatta även Hondas anspråk.

Problemet är således att i brist på annat måste äganderättsplaceringen utnyttjas som en kreditsäkerhetsmetod. Att inte en leverantör av en relativt dyr vara i en situation som denna kan uppnå en enkel, säker och begriplig kreditsäkerhet i varan, är ett svaghetstecken för svensk rätt. Och här vållar traditionsprincipen och det tänkande som omgärdar denna, problem. Återgången av lagret var ett återförvärv som förutsatte tradition eller motsvarande. Syftet för återförvärvet var tillskapandet av separationsrätt, vilket, om det godtas, innebär ett säkerställande av fordran på gäldenären. Leverantören, som inte fått betalt för sina verkställda leveranser, säkerställer sin rätt till betalning genom att söka gardera sin rätt till leveranserna. Den prioritering framför övriga borgenärer som blir effekten i detta fall balanseras av att leverantören endast söker gardera sin rätt till betalning medan, om detta inte godtas, övriga borgenärer gynnas med lagrets värde på ett för dem oväntat sätt endast av den tillfälligheten att det obetalda lagret skall anses tillhöra gäldenären.

I det inledningsvis nämnda NJA 2009 s. 79 valde HD att godta leverantörens säkerhetsarrangemang, på den grunden att *leasing*, såsom innebärande uthyrning, inte förtog leverantörens separationsrätt trots att återförsäljaren/hyrestagaren hade en avtalad fri förfoganderätt över leasingobjekten. Leverantören hade i det fallet full rätt att hämta ut de fordon (husbil och husvagn) som var aktuella strax före återförsäljarens konkurs eftersom dessa upplåtits till återförsäljaren med endast begränsad rätt. Detta var enligt HD utslag av en ”grundläggande princip” avseende äganderättens försteg, som bland annat kommer till uttryck i 53 § kommissionslagen (numera 23 §) och som ”får anses tillämplig” även på leasingupplåtelse från leverantör till återförsäljare. I det aktuella motorcykelfallet var således Hondas två stora missar dels att inte hålla fast vid den ursprungliga kommissionsmodellen, dels att välja kreditförsäljning istället för leasing då omläggningen skedde. Med ett leasingupplägg hade ju Honda hela tiden behållit äganderätten och hade utan problem kunnat återgå till kommission såsom skedde i fallet.

Dessa två fall är i och för sig inte motstridiga eftersom det i NJA 2009 s. 79 inte förekommer någon kontraktsomläggning av det slag som fanns i det nya fallet och därmed inte någon bristande tradition som nu blev avgörande, men är det

rimligt att rättstillämpningen skall se ut på detta sätt? Det är väl sällan national-ekonomins uttryck *onödiga transaktionskostnader* kan sägas vara mera relevant än i dessa fall. Att rationellt förklara skillnaden i utgång i de båda målen för en oinvidg och därmed ge en klar instruktion för framtida kreditsäkerhetsupplägg, som både håller vid insolvens och är realistiskt genomförbar praktiskt, är inte lätt, särskilt inte i ekonomiskt turbulenta tider men inte heller annars. Eftersom HD tydligen inte avser att gå i bräsch för en nyordning, vilket möjligen är lite väl mycket begärt, ligger bollen hos lagstiftaren.

Avslutningsvis finns anledning att lämna en kort kommentar till den i not 1 nämnda artikeln av Mikael Mellqvist. Hans syfte är tydligen att i förväg polemisera mot en av Justitiedepartementet aviserad utredning av traditionsprincipen och dess eventuella avskaffande. Han finner dels att rättsutvecklingen i HD redan skalat av principen i stort sett ner till dess hårda kärna, vilket gillas, dels att utvecklingen också, möjligen, lett till att det inte längre är nödvändigt att laborera med den ena eller andra principen, traditionsprincipen *eller* avtalsprincipen. ”Istället kan man direkt besvara frågan om en viss transaktion är en redbar omsättningsöverlåtelse eller ett borgenärskollusivt förfarande för att avgöra om borgenärsskydd har uppkommit eller inte.”⁶ Hans slutsats blir att det enda som kan behövas från lagstiftaren är ett avskaffande av LkL. Den fyller ingen vettig funktion enligt Mellqvist och ett avskaffande torde vara komplikationsfritt. Den står endast i vägen för en smidig anpassning av en kvardröjande traditionsprincip.

Detta låter sig sägas men frågan är hur klokt det egentligen vore. Med motorcykelfallet i åtanke och det högst legitima önskemålet om en förutsägbar kreditsäkerhetsrätt verkar inte Mellqvists ”principlösa” lösning så attraktiv. Tvärtom riskerar osäkerhetsfaktorn, och därmed kostnaderna för berörda intressenter, att öka ytterligare. Nej, det vill synas som att rekommendationen till lagstiftaren snarare bör vara den motsatta. Ta ett större grepp om regelsystemet och dela upp frågorna efter var de hör hemma. Se över behovet av traditionskravet vid olika typer av omsättningsöverlåtelser (tillverkningsköp, leveransavtal, köp av immateriella tillgångar etc.), det kanske inte är något större problem att tillåta avtalsprincipens genomslag där, och utveckla samtidigt en registreringsprincip för kreditsäkerhetsområdet (pansättning, säkerhetsöverlåtelse, leasing, återtagandeförbehåll etc.). Ett pålitligt, enkelt och lättillgängligt (offentligt) registreringsförfarande som innefattade en registrering av ”säkerhetsrätt” i utpekad egendom, skulle öka rättssäkerheten väsentligt på detta område till allas fördel. *Det* skulle modernisera svensk förmögenhetsrätt i rätt riktning!

Göran Millqvist

Välkommen att kommentera detta bidrag på JT-forum på Juridisk Tidskrifts hemsida, www.jt.se.

⁶ Mellqvist, a.a. s. 242.

Traditionsprincipens innebörd vid pantsättning av löpande skuldebrev genom deponering i s k öppet förvar i bank

1. Inledning

Det har länge rått viss osäkerhet om innebörden i traditionskravet vid överlåtelse och pantsättning av lös egendom, när det gäller frågan om en förvärvare måste få självständig besittning till egendomen, eller om det räcker med att överlåtare/pantsättaren franhänder sig möjligheterna att förfoga över egendomen, för att det sakrättsliga momentet skall vara uppfyllt. Traditionsprincipen är sedan lång tid fast etablerad som huvudregel i svensk sakrätt för lös egendom, men det finns förvånansvärt få prejudikat som utvecklar vad principen innebär i sina olika enskildheter. Så exempelvis är det långt ifrån klart vad som ligger i kravet på besittningstagande i 22 § skuldebrevslagen – att överlåtelse av löpande skuldebrev inte är gällande mot överlåtarens borgenärer med mindre förvärvaren fått skuldebrevet i sin besittning. Traditionsprincipen kan i detta sammanhang delas upp i tre moment eller rekvisit, och frågan kan ställas angående vart och ett av dem i vad mån just det momentet är en nödvändig betingelse för sakrättslig fullbordan av en viss given överlåtelse eller pantsättning. Dels gäller det momentet i vad mån överlåtare/pantsättaren avskurits från rådhetsen över skuldebrevet, dels i vad mån förvärvaren/pantavaren erhållit en självständig rådhetsen över skuldebrevet samt dels i vad mån överlåtelser-/pantsättningen blivit synbar för tredje man. Beroende på om skuldebrevet är ett masspapper eller ett enskilda papper, formerna för överlåtelser-/pantsättningen samt vad som förevarit i tiden därefter, kan betydelsen av dessa moment variera.

HD fick nyligen anledning att ta ställning till dessa grundläggande aspekter av pantinstitutet genom ett mål om pantsättning av löpande skuldebrev i samband med ett förlagslån, *NJA 1996 s 52*. Fallet är ganska speciellt vad gäller uppkomsten av

tvistesituationen, mera härom strax nedan, men är renodlat i frågeställningarna till dels en fråga om vad som krävs för att sakrättsligt verksam tradition av löpande skuldebrev skall anses ha skett, dels en fråga om betalning med befriande verkan kan ha skett då skuldebrevets gäldenär, enligt avtal med borgenären, löser skuldebrevet genom betalning direkt till en borgenärens borgenär, efter det att borgenären försatts i konkurs och boet motsatt sig sådan betalning.

2. Fallets bakgrund och faktiska omständigheter

Entreprenadföretaget NCC AB infriade på förfallodagen i december 1994 ett av ABV AB emitterat, efterställt, förlagslån om 253 320 220 kr. ABV hade försatts i konkurs i augusti samma år, det var då namnändrat till Idrilla AB. Anledningen till att NCC infriade Idrillas förlagslån var att NCC tagit på sig betalningsansvaret för lånet i samband med att dåvarande ABV och JCC Johnson Construction Company AB genom samgående bildade den nya koncernen NCC AB. Ett regelrätt gäldenärsskifte till lånet hade dock inte genomförts, på grund av att alla förlagsbevisinnehavarna inte gick med på detta. Istället hade NCC vid övertagandet av ABV:s tillgångar utställt en revers till ABV eller order på motsvarande förlagslånets belopp. Genom övertagande av ABV:s verksamhet och överflyttning av denna till NCC:s nya affärsområdesföretag, hade NCC också skulder till ABV, sedermera Idrilla. Idrilla såldes något år efter NCC:s bildande till utomstående. Inför denna försäljning pantförskrev i separat handling Idrilla reversen till säkerhet för sina förpliktelser mot förlagsbevisinnehavarna. Pantförskrivningen och reversen lades i depå hos emissionsbanken (Nordbanken). I pantförskrivningshandlingen fanns föreskrivet att "Denna pantförskrivningshandling skall jämte reversen nedläggas i depå hos Nordbanken för förlagsbevisinnehavarnas räkning och får ej uttas ur depån utan vårt [Idrillas, min anm.] och NCCs medgivande."¹ NCC åtog sig också i ett särskilt brev till Idrilla att på förfallodagen ställa lånesumman till emissionsbankens förfogande att användas för inlösen av lånet, vilket bekräftades av Idrilla. När Idrilla sedan försatts i konkurs krävde konkursboet att NCC skulle infria sin revers men NCC vägrade och betalade istället förlagsbevisinnehavarna på förfallodagen i enlighet med sitt brevåtagande. Genom denna betalning menade NCC att reversen var löst och i fastställelsealan mot konkursboet yrkade NCC på fastställelse av "att NCC ägt fullgöra sin betalningsskyldighet enligt reversen genom att betala innehavare av förlagsbevis hänförliga till förlagslånet."²

Tanken från NCC:s sida hade varit att förlagsbevisinnehavarnas inlösenrätt skulle skyddas oberoende av vad som hände med förutvarande ABV efter försäljning. Detta var närmast en hederssak menade NCC, därtill väsentlig för bolagets renommé på finansmarknaden. Genom att åstadkomma en sakrättsligt verksam panträtt till förmån för förlagsbevisinnehavarna i den revers NCC utställt, skulle dessa vara tryggade till betalning för den händelse Idrilla skulle komma att bli för-

¹ Ref. s 53.

² Ref. s 54.

satt i konkurs, trots förlagslånet karaktär av efterställd fordran. Genom lösen av lånet skulle NCC även ha fullgjort sitt reversåtagande. Nu blev det inte så. Ingen av instanserna ansåg panträtten ha verkan mot Idrillas borgenärer eller att NCC hade betalat reversen med befriande verkan.

3. Underinstanserna

I tingsrätten argumenterade NCC dels för att emissionsbanken måste ses som en negotiorum gestor för förlagsbevisinnehavarna och att pantsättningen ägde sakrättslig verkan mot Idrillas borgenärer i analogi med 4 § gåvolagen – gåva som verkställs genom överlämnande till bank fullbordas genom bankens mottagande för gåvotagarens räkning, såvida överlämnandet sker utan förbehåll om förfoganderätt för givaren – dels att överenskommelsen mellan NCC och Idrilla, att NCC skulle lösa förlagslånet, var bindande för konkursboet och eftersom boet inte kunde ha bättre ställning än konkursgäldenären, var NCC efter betalning till förlagsbevisinnehavarna inte skyldig något på reversen. Boet anförde häremot att något pantsättningsavtal inte träffats mellan Idrilla och förlagsbevisinnehavarna; dessa hade inte heller underrättats om pantsättningen. Emissionsbanken hade endast öppnat en depå på uppdrag av Idrilla för förvaring av reversen och pantförskrivningshandlingen, vilket dels inte innebar att banken uppträtt som negotiorum gestor, dels inte medförde en förbehållslös deponering, varför en analogisering till 4 § gåvolagen inte medförde sakrättslig fullbordan. Boet anförde vidare att även om en giltig panträtt förelåg måste denna vara underkastad villkoren för förlagslånet, främst efterställningsvillkoret, eftersom pantsättningen skedde för ”det rätta fullgörandet av [Idrillas] förpliktelser”.³ Slutligen var överenskommelsen mellan NCC och Idrilla om NCC:s betalning av förlagslånet inte bindande för konkursborgenärerna enligt boet.

Tingsrätten godtog i och för sig NCC:s rättsliga argumentation, även om hållbarheten i en analogi med 4 § gåvolagen ansågs kunna ifrågasättas, men fann att panträtten var ofullbordad då kravet på ett förbehållslöst överlämnande av panten inte var uppfyllt. Pantsättaren (Idrilla) och NCC hade förbehållit sig rätt att gemensamt återta panten, det rörde sig om en så kallad öppen depå. Inte heller betalningsgrunden godtogs av tingsrätten. Överenskommelsen om NCC:s betalning direkt till förlagsbevisinnehavarna, på anvisning av Idrilla, var inte bindande för Idrillas borgenärer. Ett sådant avtal var enligt tingsrätten inte förtjänt av det skydd som bland annat en verkställd anvisad betalning kunde ha, den kunde snarare jämföras med en utfästelse om betalning. NCC:s talan ogillades därmed.

Hovrätten fastställde tingsrättens domslut. Ett förbehållslöst överlämnande av panten kunde inte anses ha skett. Utöver att Idrilla och NCC gemensamt kunde återta panten, pekade hovrätten på att pantinnehavarna/förlagsbevisinnehavarna saknade självständig möjlighet att ta panten i anspråk. Angående betalningsöverens-

³ Ref. s 55.

kommelsen menade hovrätten att denna borde ses som ett villkor om till vem betalning skulle ske, vilket var en omständighet som borgenären i ett fordringsförhållande normalt sett råder ensam över. Även med beaktande av NCC:s stora intresse av att förlagsbevisinnehavarna fick betalt och Idrillas godkännande av betalnings sättet, var varken Idrilla eller dess konkursbo betagen möjligheten att ensidigt om- dirigera betalningen. NCC hade därmed inte löst reversen med befriande verkan genom att lösa förlagslånet.

4. Högsta domstolen

I HD återopade NCC 7 § i villkoren för förlagslånet som grund för att emissions- banken kunnat uppträda som negotiorum gestor för förlagsbevisinnehavarna. Klausulen angav att banken var berättigad ”att i allt, som rör detta lån, såväl vid som utom domstol eller exekutiv myndighet, företräda förlagsbevisinnehavarna”, utan att särskilt uppdrag behövdes därför.⁴ Skulle HD inte anse banken ha haft denna roll återopades att banken varit tredje man enligt 1936 års pantsättningslag. Som tredje alternativ återopades att NCC intagit tredjemanspositionen enligt pantsättningslagen. Konkursboet gjorde invändning om otillåten ändring av talan och HD fann att, även om den aktuella 7 § i villkoren omnämns av NCC i en inlaga till hovrätten, den inte hade återopats som rättslig grund, varför den nu inte kunde tas upp till prövning (55 kap 13 § RB). Däremot var återopandet av 1936 års pantsättningslag endast nya rättsliga synpunkter på tidigare återopade sakförhållanden och tillåtet att återopa. I denna kommentar genomförs ingen analys av dessa bedömningar av taleändringsfrågan.

I materiellt hänseende avgjorde HD tvisten på frågan om Idrilla som pantsättare blivit avskuren från rådigheten över det pantsatta skuldebrevet. Det konstaterades därvid att Idrilla lämnat ett notariatuppdrag till emissionsbanken avseende nedläggande av handlingar i öppet förvar. Av uppdragsavtalet framgick inte att ”sådana begränsningar som följer med en pantsättning skulle gälla för någon handling som lämnats för förvaring i depån. Det är tvärtom tydligt att Idrilla genom att välja öppet förvar av skuldebrevet i praktiken behöll rådigheten över detta.”⁵ Förlagsbevisinnehavarna hade därmed inte erhållit någon sakrättsligt skyddad panträtt och under dessa förhållanden fanns ”inte heller utrymme tillämpa 1936 års pantsättningslag på det sätt NCC gjort gällande.”⁶

HD avslutade med att konstatera att då sakrättsligt skydd saknades för panträtten saknades också underlag för att anse NCC ha betalat skuldebrevet med befriande verkan genom betalningen till förlagsbevisinnehavarna. HD ogillade därmed NCC:s talan genom att enhälligt fastställa hovrättens domslut.

Referenten, JustR Bo Svensson, utvecklade sin mening vad gällde möjligheterna för en gäldenär att i efterhand ställa förmånsberättigad säkerhet för en befintlig

⁴ Ref. s 61.

⁵ Ref. s 62.

⁶ A st.

skuld. Ingenting hindrade att så skedde enligt Svensson, och då det görs utan att gäldenären synbart får något i utbyte, kan 4 § gåvolagen bli tillämplig på grund av det benefika inslaget. När det gällde lån på kapitalmarknaden, exempelvis obligationslån, var det ofta i praktiken uteslutet att sådana avtal skulle träffas med varje enskild långgivare. Emissionsbanken företrädde istället långgivarna, vilket avspeglades i den omnämnda 7 § i de aktuella förlagslånevillkoren. Det fick enligt Svensson sägas vara i viss mån osäkert hur långt bankens behörighet i detta företräderskap sträckte sig, men rättshandlingar entydigt till långgivarnas förmån, liksom åtgärden att på dessas vägnar ta emot en pantsäkerhet, låg utan tvekan inom behörigheten. Dessa förhållanden innebar dock inte att de allmänna förutsättningarna för uppkomsten av verksam panträtt ändrades på något sätt. Kravet var här, liksom vid andra fall av pantsättning, att denna ”sker förbehållslöst och även i övrigt uppfyller de krav som svensk rätt ställer på en sådan rättshandling. Är det fråga om ett löpande skuldebrev som lämnas som pant måste handlingen deponeras på ett sådant sätt att det står klart att gäldenären inte mot bankens/obligationshavarnas vilja kan ta ut skuldebrevet från depån.”⁷

5. Analys och diskussion

Det väsentliga prejudikatvärdet av HD:s dom torde ligga i domstolens markering av att det avgörande för bedömningen av om borgenärsskydd åstadkommits vid handpantsättning är i vad mån pantsättaren avskurits från rådigheten över panten. De två ytterligare rekvisiten, avseende självständig förfogandemöjlighet för panthavaren samt synbarhet utåt, är i sådant fall av sekundär betydelse. Domskälens är kortfattade men slutsatsen ter sig ändå berättigad utifrån det sätt på vilket HD tar sig an traditions- och besittningsfrågan. HD väljer att, med utgångspunkt i besittningskravet i 10 och 22 §§ skuldebrevslagen, först ange att det i äldre rättspraxis⁸ krävdes att samtliga tre rekvisit var uppfyllda men att nyare doktrin lagt tonvikten vid rådighetsavskärandet.⁹ Därefter konstateras, att ”[f]rågan i målet är alltså om den pantförskrivning som Idrilla undertecknat den 20 juni 1990 och som godkänts av NCC samma dag fullföljts på ett sådant sätt att Idrilla *blivit avskuren från rådigheten över skuldebrevet*.”¹⁰ HD har här gjort en markering av att den omständighet som utgör själva kärnan i traditionsprincipen vid pantsättning är rådighetsavskärandet. Det skall dock samtidigt sägas att eftersom frågan om borgenärsskyddet avgjordes till panthavarnas nackdel redan på grund av bristande rådighetsavskärande, HD inte behövde föra resonemanget längre och ta upp och avgöra i vad mån de två övriga rekvisiten helt saknade relevans eller om de kunnat fälla avgörandet i en

⁷ Ref. s 63.

⁸ Här hänvisas till *NJA 1956 s 485* – pantsatt spannmål förvarades i siloceller hos pantsättaren men panthavaren hade ensam tillgång till uttömningsluckorna, samt *Håstad*, Sakrätt avseende lös egendom, 1994, s 277 ff.

⁹ Här hänvisas till *Walin*, Panträtt, 1991, s 70 f, *Rodhe*, Handbok i sakrätt, 1985, s 391 f, *Håstad*, a. st., samt *Helander*, Kreditsäkerhet i lös egendom, 1984, s 380.

¹⁰ Ref. s 62, min kursivering.

annan situation. Antag att depåvillkoren hade föreskrivit att Idrilla inte kunde återta skuldebrevet, varken ensamt eller tillsammans med NCC, och att banken givits behörighet att på förlagsbevisinnehavarnas vägnar disponera över detta samtidigt som dessa, kanske av praktiska skäl på grund av deras antal och risken för enskilda säranktioner, uteslutits från egen förfoganderätt. Panten skulle då kunna vara ur pantsättarens räckhåll men samtidigt inte inom panthavarnas räckhåll för egna förfoganden. Förmodligen borde detta fall konstituera en giltig panträtt med tanke på vad som just sagts om rådgighetsavskärandets betydelse samt de praktiska svårigheterna i att ge förlagsbevisinnehavarna en direkt tillgång till panten, vilket knappast heller skulle fylla någon självständig funktion. Några särskilda skäl för att sådan tillgång skulle vara väsentlig för att fullfölja traditionskravets huvudsakliga syften, att försvåra skentransaktioner och skapa säkerhet genom kontrollerbarhet, är det svårt att se skulle föreligga här. I exemplet intar banken också en mera framskjuten ställning genom att på ett mera markerat sätt företräda panthavarna, varför analogin med 4 § gävolagen förstärks.

Däremot kan frågan ställas om inte publicitetskravet skulle kunna ha en särskild betydelse i fall av lämnande av säkerhet för skuld som är efterställd enligt avtal. Häri ligger ju normalt sett just att skulden inte skall betalas förrän vissa angivna eller samtliga övriga borgenärer fått full kompensation för sina krav.¹¹ Genom att förlagslånet i det aktuella fallet utgjorde en efterställd fordran, är det rimligt att tänka sig att andra kreditgivare hade eller skulle ha tagit hänsyn här till då kreditbeviljning till ABV övervägdes. Därmed har dessa borgenärer ett skyddsintresse som står i motsats till förlagsbevisinnehavarnas borgenärsintresse och som är beaktansvärt då den sakrättsliga kollisionen skall bedömas. Det kan därmed vara rimligt att som en avvägning mellan dessa motstående intressen kräva att en pantsättning till förmån för borgenär med efterställd fordran ges ordentlig publicitet, för att panträtten skall få sakrättslig verkan. Syftet härmed skulle naturligtvis vara att övriga borgenärer därmed får en chans att reagera för att se över den egna säkerhetssituationen. Denna aspekt kan också ses utifrån det i många sammanhang kritiserade motivet för traditionsprincipen,¹² att utomstående betraktare skall kunna förlita sig på att besittningsförhållandena återspeglar förmögenhetsförhållandena. Här blir det dock fråga om en konverterad form av detta motiv i den meningen att för den utomstående betraktaren är gäldenären till synes *inte* skyldig infria en viss skuld och detta förhållande har till synes *inte* förändrats genom säkerställande av skulden på ena eller andra sättet. I förlitan på vad som synbarligen gäller för en sådan gäldenär underlåter då iakttagaren/kreditgivaren exempelvis att begära kompletterande säkerhet för sin fordran, vilket han kanske förbehållit sig rätt till i kreditvillkoren, bland annat just för det fall gäldenären belastar sina tillgångar med ny panträtt. Har en

¹¹ Att detta är ett något slarvigt sätt att sammanfatta innebörden av efterställda fordringar framgår av *Lindskog*, Om efterställningsvillkor, SvJT 1992 s 609, särsk s 627 ff. Se även *dens.*, Mer om efterställningsvillkor, SvJT 1993 s 358.

¹² Se ex.vis *Håstad*, a a s 208 f, *Helander*, a a s 353 ff, och *SOU 1995:11*, Nya konsumentregler, s 145 f.

pantradition till förmån för efterställd borgenär inte fått tillräcklig publicitet, åtminstone på det sättet att det av besittningsförhållandena framgår att det med stor sannolikhet rör sig om en pantsättning, skulle sakrättsligt skydd ej tillerkännas panträtten, med den motiveringen att det ej tillräckligt tydligt för utomstående kunnat iaktas att efterställd borgenär skulle rycka upp framför övriga borgenärer. HD har dock inte i det aktuella fallet gett uttryck för några sådana tankegångar; tvärtom förekommer inget uttryckligt beaktande av det förhållandet att det rörde sig om ett efterställt förlagslån.

Det kan noteras att det allmänt sett hedervärda syftet från NCC:s sida bakom honoreringen av förlagslånet – och väl även från Idrillas, åtminstone före försäljningen av detta bolag – inte fått spela någon roll i den sakrättsliga bedömningen. Även om det förhöll sig så att reversen ursprungligen utgjorde bevis om NCC:s skuld till ABV för övertagande av ABV:s rörelse, var det uppenbarligen den i högsta grad legitima önskan att säkerställa förlagsbevisinnehavarna, varav flera var anställda inom NCC-koncernen, som styrde pantsättningen och betalningsöverenskommelsen, inte någon önskan om att genom en skenpantsättning undandra tillgångar från Idrillas övriga borgenärer. En parts syfte med och förklaring till att tradition inte verkställts alls eller endast delvis som i detta fall, eller återgått som i det omdiskuterade husvagnsfallet NJA 1975 s 638, har i litteraturen framförts som ett moment som kan, alternativt bör, styra bedömningen.¹³ Ett lojalt syfte skulle enligt en åsikt kunna få återverka på bedömningen så att sakrättsligt skydd beviljas i en situation där ett mera dubiöst syfte skulle medföra motsatt resultat. Har jag exempelvis köpt mig en segelbåt på hösten och låtit den ligga kvar på samma plats som tidigare över vintern, är det inte rimligt att jag drabbas av bristande sakrättskydd *enbart* av det skälet.¹⁴ Det bör rimligen kunna tas hänsyn till köpets eller pantsättningens karaktär samt hur och varför transaktionen har genomförts. Mot detta synsätt står det argumentet att sakrättens regler måste kunna avgöra motstridiga krav i samma egendom från borgenärer med ofta likvärdiga, högst legitima krav. Reglerna kan då inte vara beroende av subjektiva moment av detta slag endast på den ena sidan. Och skulle båda sidors subjektiva moment beaktas har man knappast vunnit något, varför det är bättre i betydelsen enklare att reglerna är uppbyggda av objektivt fastställbara moment.

Det kan också framhållas att HD i domskälen ansett en direkt koppling föreligga mellan rådighetsavskärandet och tillämpningen av 1936 års pantsättningslag. Uppenbarligen har tankegången varit att 1936 års lag inte vidgar utrymmet för sakrättsligt fullgånge panträtt då det brister i det grundläggande kravet på att pantsätaren skall vara avskuren möjligheten att disponera över panten. Denuntiation enligt lagen fungerar endast som ett surrogat för fysisk tradition av panten.¹⁵ Pantsättningslagen förutsätter att tredje mannen/besittaren har ett utlämningsansvar gent-

¹³ Se främst *Helander*, a a s 359 ff och 411 ff, jfr *Håstad*, a a s 219 ff.

¹⁴ Jfr *NJA 1991 s 564* och a *SOU*, s 142 ff.

¹⁵ Jfr *Walin*, Panträtt, s 70.

emot den berättigade parten, vilket medför att pantsättaren blir definitivt avskuren förfogandemöjligheterna sedan en reservationslös denuntiation givits tredje mannen. Utlämningsansvaret överflyttas därigenom att gälla gentemot panthavaren, i vart fall i den meningen att utlämnande inte längre får ske till pantsättaren. Brister det i denna övergång av utlämningsansvaret, med andra ord brister det i kravet på förbehållslös denuntiation, exempelvis på det sättet att pantsättaren anses ha kvar en befogenhet att ta ut panten såsom i detta fall, tillskapar lagen inte en skyddad panträtt även om dess övriga förutsättningar är uppfyllda.

Det hittills sagda kan sammanfattas på det sättet att den rådighetsinskränkning som kan ha följt av föreskriften i pantförskrivningen – att handlingar i depån inte fick uttas annat än med Idrillas och NCCs medgivande – enligt HD varken medförde sakrättsligt verksam besittningsövergång enligt 22 § skuldebrevslagen eller innebar verksam denuntiation enligt 1936 års pantsättningslag.

Bankens roll i samband med denna, som det visade sig, misslyckade pantsättning berörs inte alls av HD, bortsett från JustR Svenssons referenser till praxis angående behörighet vid kapitalmarknadslån. Bankens eventuella vetskap om pantsättningsens syfte och dess egen uppfattning om i vilken egenskap den hade besittning till panten, har synbarligen inte haft någon betydelse för målets avgörande.¹⁶ Detta kan tolkas som att det uteslutande ankommer på parterna själva, pantsättare – panthavare, att tillse att sakrättsligt skydd åstadkoms. Det faktum att en mellanhand, som i vissa hänseenden är behörig företrädare för panthavaren, uppträder direkt för den- nes räkning eller som fristående depositarie i samband med pantsättningen, medför i sig inte någon förändring av kravet på rådighetsavskärande, ens om det är fråga om en bank och nedläggande av handlingar i depå på bankens sedvanliga depåvillkor.¹⁷ Förklaringen till denna bankens "frånvaro" kan dock lika väl bero på processföringen och de ramar målet fick genom instanserna, varför spekulatio- nen strax ovan får tas för vad den är värd.

HD:s summariska avfärdande av betalningsöverenskommelsen mellan Idrilla och NCC är svårtolkat. Inga referenser till underinstansernas resonemang förekommer, inte heller några egna, fristående skäl. Domskälens anger endast: "Eftersom pantförskrivningen sålunda inte medfört sakrättsligt skydd mot konkursborgenä- rerna, kan varken Idrillas och NCC:s överenskommelse d 17 och 18 juli 1990 eller vad NCC anfört om tredjemansavtal ge NCC rätt att mot konkursboets bestridande med befriande verkan infria skuldebrevet genom betalning till förlägsbevisinneha-

¹⁶ Jfr häremot den vikt som lades vid denuntiationsmottagarens uppfattning om denuntiationens innebörd i *NJA 1995 s 367 I* (Obligentia).

¹⁷ Enligt uppgift från bankhåll tillämpar bankerna genomgående ett förfarande som innebär att depå öppnas enligt standardavtal utan individuella begränsningar. Skall några spärrar gälla för depån måste dessa åstadkommas genom separat denuntiation till banken, de skrivs inte in i depå- villkoren. Uttrycket "öppen depå" åsyftar f ö att banken har rätt att ta del av vad som förvaras i depån, inte att inläggaren nödvändigtvis har fri tillgång till denna. "Sluten depå" åsyftar såle- des det fallet att banken *inte* känner till vad som förvaras i depån.

varna.”¹⁸ Tydligen har HD i denna del ansett ett beroendeförhållande föreligga mellan panträttens sakrättsliga verkan och avtalet mellan Idrilla och NCC att den senare skulle lösa skuldebrevet genom att betala till förlagsbevisinnehavarna; att avtalet skulle uppfattas som ett bindande tredjemansavtal till förlagsbevisinnehavarnas förmån. Om detta betyder att HD godtar underinstansernas sätt att resonera i denna del – att en åtskillnad måste göras mellan å ena sidan för ett konkursbo definitiva förändringar av ett skuldförhållande, såsom betalning, preskription eller eftergift, och å andra sidan oförbindande fristående avtal om att betalning skall tillgå på visst sätt – är inte möjligt att fastställa. Tydligt är dock att *det specifika* avtal om betalning direkt till förlagsbevisinnehavarna som NCC och Idrilla ingick inte var bindande för Idrillas borgenärer. Konkursboet hade makt att ensidigt omdirigera betalningen till sig själv, vilket betyder att den väg som hade stått öppen för NCC då det gällde att trygga förlagsbevisinnehavarna var tillskapandet av en sakrättsligt fullgången säkerhetsrätt till deras förmån. I vad mån detta skall uppfattas som en allmängiltig regel – en borgenärs betalningsanvisning till gäldenären eller avtal med denne, om att betalning skall erläggas till tredje man, är ej bindande för borgenärens konkursbo – eller om eventuellt det förhållandet att det här rörde sig om ett enligt avtal efterställt förlagslån haft betydelse, går inte att avgöra. Den mycket kortfattade motiveringen kan också tyda på att HD här inte velat ta definitiv ställning, utan lämna öppet för andra ställningstaganden i framtiden.

Göran Millqvist

¹⁸ Ref. s 62.

Stegvis tradition tinar upp frysningsprincipen

1. Inledning

Om en köpare av lös sak låter det köpta bli kvar i säljarens besittning är köpet inte sakrättsligt fullbordat förrän en besittningsförändring sker. Skulle säljaren försättas i konkurs medan han ännu innehar den sålda saken går denna med i konkursen och tillräknas boet även om köparen skulle ha betalat hela köpeskillingen till säljaren före konkursutbrottet. Så länge tradition av köpeobjektet inte skett så att objektet i vart fall kommit ur säljarens besittning och rådighet, har köparen inte uppnått skydd mot säljarens borgenärer. Detta anses allmänt utgöra den kanske viktigaste rättsverkan av den så kallade *traditionsprincipen* och bekräftades uttryckligen av

HD så sent som i NJA 1997 s. 660¹. Bakom denna beskrivning står dock två outtalande antaganden av dels rättslig, dels faktisk karaktär, nämligen att läget vid konkursögonblicket avgör den sakrättsliga positionen samt att konkursboet eller snarare konkursförvaltaren önskar genomdriva rättsverkan av bristande tradition och behålla egendomen ifråga för boets räkning.

Det är ett i stor utsträckning underförstått axiom inom sakrätten att den tidpunkt som är relevant för bedömningen av olika sakrättsliga konfliktfall ytterst är tidpunkten för konkurs eller utmätning. Detta gäller i vart fall det stora området för borgenärsskyddsreglerna. Vid godtrosvärv (omsättningsskydd) är det inte lika framträdande. Det är senast vid konkursutbrottet eller kronofogdens utmätningssåtgärd som en borgenär skall ha uppnått sakrättsligt skydd för att hans anspråk skall respekteras i konkurs- eller utmätningförfarandet. Det är så att säga mot det ögonblicket intresset riktas då kollisionen mellan olika anspråk bedöms sakrättsligt. I Håstads kombinerade lärobok och handbok i sakrätt påpekas detta med att före införandet av godtrosvärvsregeln i 3 kap. 2 § konkurslagen 1975 ”var det alldeles klart att tradition eller denuntiation måste ha företagits före konkursbeslutet för att ge skydd mot överlåtarens borgenärer. Detta följer av [lösereköpslagen]; också 22 och 31 §§ [skuldebrevslagen] bygger uppenbarligen härpå, även om det inte står i lagtexten.”² I vissa sammanhang, såsom i frågan om värdering av hypoteksunderlaget vid företagshypotek i tillverkande företag, jfr NJA 1982 s. 900, återkommer synsättet under benämningen *frysningsprincipen*. Olika intressenters rättsliga positioner fryses till en viss tidpunkt, konkursögonblicket, och läget vid denna tidpunkt får sedan vara avgörande för efterföljande bedömningar.³

Det andra antagandet ovan, angående konkursförvaltarens ianspråktagande för boets räkning av aktuell egendom, är mera problematiskt. Det berör frågan om förvaltarens behörighet att företa bindande rättshandlingar för boets räkning och frågan om verkan av så kallad abandonering av tillgångar. Här kan frågas om förvaltarens med bindande verkan kan fullborda en sakrättsligt ofullgånge försäljning genom att verkställa leverans och därmed åstadkomma tradition och sakrättsligt skydd för köparen även i sådana fall där detta är till nackdel för övriga konkursbor-

¹ Fallet, som gällde en flytdocka, är principiellt viktigt eftersom HD utan reservation bekräftar traditionsprincipens giltighet och betydelse för uppnående av sakrättsligt skydd vid köp av lösa saker. Den debatt som förekommit angående avskaffande eller uppmjukande av principen noteras av HD men en ändring anses endast kunna ske genom lagstiftning. Se om debatten kring traditionsprincipen särskilt Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., Stockholm 1996, s. 209 ff., Johansson, Ändamålsenliga sakrättsmoment – om rådighet, sken och rådighetssken, SvJT 1997 s. 343 ff. och SOU 1995:11 Nya konsumentregler, s. 133 ff.

² Håstad, a. a., s. 232.

³ Jfr Håstad, a. a., s. 342, ”Ratio bakom NJA 1973 s 635, liksom bakom NJA 1982 s 900, synes vara att ägande- och panträtter, vars substans är beroende av konkursförvaltarens handlande, bör sakna sakrättsligt skydd; sakrätter skall frysas till vad som ’intjänats’ på konkursdagen.” Uttalandet görs i samband med diskussion av behandlingen av pantsättning av fordringar som inte tjänats in då panträtten stiftas, såsom framtida hyresfordringar och fordran på ersättning för framtida arbete, men bygger på och kan även stå som uttryck för det allmänna synsättet. Se även dens., Konsekvens i rättssystemet, Festskrift till Stig Strömholm, Uppsala 1997, s. 419 f.

genärer. Och är boet bundet av att förvaltaren inledningsvis i en konkurs inte har gjort anspråk på viss egendom och därmed orsakat att en köpare kunnat tillträda denna eller äger förvaltaren rygga sin inledande position och återkräva egendomen på grund av bristande sakrättsligt skydd för köparen vid konkursutbrottet? Är med andra ord en abandonering på grund av passivitet definitiv och läker den bristen på borgenärsskydd i konkursögonblicket eller är den beroende av det sakrättsliga läget vid frysningstidpunkten?

Dessa frågor har varit föremål för HD:s övervägande i *dom den 12 juni 1998*, mål nr T 5450/95, med den utgången att en majoritet om tre JustR ansåg att förvaltarens agerande var avgörande och medförde att en sakrättsligt oskyddad köpare uppnått borgenärsskydd efter konkursutbrottet, medan minoriteten kom till motsatt resultat. Domen verkar i två riktningar. Dels medför den att frysningsprincipen inte nödvändigtvis är tillämplig på frågan om när borgenärsskydd senast måste ha uppnåtts för att vara verksamt. Dels medför den att ett frivilligt avstående från egendom av boet – abandonering – inte kan ryggas av boet såvida borgenär därigenom uppnår sakrättsligt skydd till egendomen.

2. Fakta i målet

Twisten gällde bättre rätt till försålda maskiner för tillverkning av furumöbler (borr-maskiner, bandsåg, fräsar, sprutlackeringsautomater m. m.) och stod mellan säljarens konkursbo och köparens konkursbo. Maskinerna hade sålts i säkerhetssyfte mot full betalning och återförhyrning av säljaren (sale and lease-back om man så vill) men köpet hade inte annonserats och registrerats enligt lösöreköpslagens regler. Maskinerna stod hela tiden kvar i de förhyrda lokaler där säljaren bedrev möbeltillverkningen. Någon besittningsförändring hade inte skett då säljaren försattes i konkurs.

Masters Möbel AB (B) sålde på hösten 1989 nämnda maskiner för 3,9 miljoner kronor till en person Nils N. (A), som dels hade ägarintresse i den fastighet B bedrev verksamhet på, dels var hälftenägare och firmatecknare i ett annat bolag, L & C Karlsson AB. B förhyrde därefter maskinerna från A, vilka stod kvar i B:s verksamhetslokaler. På senhösten 1990 förvärvade L & C Karlsson AB fastigheten och B förhyrde därefter lokalerna från detta bolag. I mitten av januari 1991 försattes B i konkurs och förvaltaren tog upp förhandlingar med A och L & C Karlsson AB om förvärv av konkursboets rörelse. Förhandlingarna mynnade ut i att L & C Karlsson AB köpte hela inkråmet i rörelsen med undantag för de maskiner som tidigare förvärvats av A. Maskinerna var på tal under förhandlingarna men förvaltaren gjorde inget anspråk på dem. I slutet av februari 1991 tillträdde L & C Karlsson AB lokalerna och det förvärvade inkråmet samt även de aktuella maskinerna, i syfte att driva verksamheten vidare. B:s konkursbo flyttade därmed från platsen. L & C Karlsson AB försattes dock i konkurs i mitten av juni 1991 och därefter gick A i personlig konkurs i september 1991. Förvaltarna i dessa båda konkurser diskuterade vem maskinerna tillhörde men kom överens om att hålla gemensam offentlig

auktion på det hela. Maskinerna inbringade 668 000 kronor vid en auktion hållen i november 1991. Inför denna auktion hävdade B:s konkursbo bättre rätt till maskinerna på grund av bristande borgenärsskydd för A och numera hans konkursbo. B:s konkursbo stämde därefter A:s konkursbo och yrkade skadestånd motsvarande vad maskinerna inbringat vid auktionsförsäljningen. B:s konkursbo förlorade i samtliga instanser på grund av att det ansågs att A uppnådde borgenärsskydd då B:s konkursbo frånträdde verksamhetslokalerna till L & C Karlsson AB.

Det var i målet således klarlagt att maskinerna aldrig rörts ur fläcken och att de fram till en dryg månad *efter* konkursutbrottet hela tiden stått under B:s direkta rådighet. Det fanns endast ett köpeavtal, vilket förvisso specificerade de aktuella maskinerna och därtill fullgjorts av köparen genom betalning men inte medfört att köparen fått någon som helst tillgång till maskinerna innan det bolag vari han var hälftenägare tillträdde dessa.

3. Domstolarna

Tingsrätten och hovrätten uppehöll sig främst vid frågan om rådighetsavskärande var tillräcklig betingelse för borgenärsskydd. Alltså om det förhållandet att konkursboet lämnade lokalerna och maskinerna till L & C Karlsson AB var tillräckligt för A:s borgenärsskydd. Båda instanserna fann att så var fallet och hovrätten ansåg därtill att A fått egen besittning till maskinerna. Att detta skedde först efter säljarens konkurs diskuterades däremot inte såsom någon komplicerande omständighet. Uppenbarligen utgick båda instanser från att förvaltarens agerande i besittningshänseende var tillräckligt.

HD utgick i sina domskäl från de faktiska omständigheterna i målet. B hade sålt maskinerna till A och samtidigt hyrt tillbaka dem. A hade erlagt köpeskillingen för maskinerna och dessa blev kvar hos B utan att parterna iakttog lösöreköpslagens bestämmelser. Med hänvisning till NJA 1997 s. 660 konstaterade HD därefter traditionsprincipens giltighet och att denna tveklöst innefattade ett krav på att överlåtaren förlorar rådigheten över det försålda godset, för inträde av sakrättsligt skydd. Och eftersom B genom förhyrningen kom att ha fortsatt rådighet över maskinerna uppnådde A inte genom sitt köp något sakrättsligt skydd för sitt förvärv. Att A hade erlagt full betalning ändrade inte på detta. Därefter konstaterades att ingen relevant förändring skett angående maskinerna vid tidpunkten för B:s konkurs. HD:s slutsats så långt blev därmed att "[e]ftersom maskinerna inte hade traderats dessförinnan hade [A] inte vid konkursutbrottet något sakrättsligt skydd gentemot konkursboet för sitt förvärv."

Fram till denna punkt av domskälen är majoritet och minoritet ense om lydelsen. Därefter har man däremot olika syn på effekterna av förvaltarens agerande. Majoriteten utgick från förvaltarens behörighet att företa bindande rättshandlingar som ställföreträdare för boet. Genom att överlåta boets rörelse till L & C Karlsson AB samt låta boet flytta från den fastighet där rörelsen bedrevs, avskars boet från rådigheten även över de maskiner som B sålt till A genom att dessa kom i L & C Karlsson

AB:s besittning. Detta bolag använde sedan maskinerna med vetskap om överlåtelseavtalet mellan B och A. Majoritetens slutsats av detta blev: "Genom att [B:s] konkursbo sålunda avstod från rådigheten över maskinerna fullbordades [A:s] förvärv och blev sakrättsligt skyddat mot anspråk från konkursboet."

Minoriteten kom till motsatt resultat. Dess motivering är kort och kan citeras i sin helhet. "Vad nu sagts [angående avsaknaden av sakrättskydd vid konkursutbrottet, min anm.] innebär att maskinerna kom att ingå som en tillgång i [B:s] konkursbo, utan separationsrätt för [A]. Varken åtgärder som konkursförvaltaren kan ha företagit eller det förhållandet att maskinerna kom att bli kvar på den fastighet som L & C Karlsson AB ägde leder till att [A] därefter kan ha fått sakrättsligt skydd för sitt förvärv."

4. Diskussion

Det torde stå utom diskussion att en konkursförvaltare med bindande verkan kan välja att fullfölja kontrakt som gäldenären hade att uppfylla då konkursen beslutades, även om motparten vid den tidpunkten inte hade sakrättsligt skydd för prestationen. Ett exempel kan vara att förvaltaren finner det mest lönsamt för boet att leverera en nästan färdig specialbeställd maskin, där beställaren betalt viss del av köpeskillingen i förskott och där denne är villig betala resterande del mot leverans, samtidigt som maskinen ifråga inte kan avsättas till någon annan för rimligt pris. Genom leveransen uppnår då beställaren sakrättsligt skydd och i realiteten genomförs och avslutas affären som om leverantörens konkurs inte kommit emellan. Bakom detta och liknande exempel står dock ett antagande om att förvaltaren handlar efter ett övervägande av vad som är mest fördelaktigt för boet ur ekonomisk synpunkt. Det blir ett bättre ekonomiskt resultat av att fullfölja leveransen än att låta bli, vilket i sin tur innebär att det är till fördel för konkursborgenärerna. Men hur blir det om detta antagande inte gäller? I förvarande fall tycks det ha varit på det sättet att förvaltaren inledningsvis inte tog ställning till möjligheten av att hävda rätt till maskinerna utan utgick från att dessa tillhörde A. När han så småningom insåg att maskinerna borde tillföras boet hade det fysiska besittningsförhållandet förändrats och den tidigare oskyddade köparen fått åtminstone indirekt rådighet över dem. Denna förändring berodde på en kombination av förvaltarens passivitet och aktiva handlande i form av att flytta från de lokaler där maskinerna fanns. Förvaltarens agerande medförde således att köparen kunnat fullfölja sitt köp genom besittningstagande. HD:s majoritet får uppfattas som att detta konstituerar en rättshandling från förvaltarens sida som inte kan omintetgöras eftersom köparen genom denna förskaffat sig sakrättsligt skydd. Detta synsätt bör också kunna uttryckas på det sättet att i konflikten mellan konkursborgenärerna (C) och A har C:s företrädare agerat med bindande verkan för deras räkning till förmån för A, vilket inte kan återkallas när företrädaren kommer på andra tankar. I förlängningen ligger, om C anser sig förfördelade av företrädarens agerande, att vad som återstår är att ställa honom personligen ansvarig för det inträffade. Återvinning är ju inte möjlig i denna

situation eftersom det inte rör sig om en rättshandling företagen av gäldenären under återvinningsfristen.

Minoritetens ställningstagande bygger på att det sakrättsliga läget vid konkursutbrottet är avgörande. De tillgångar som vid denna tidpunkt enligt tillämpliga regler skall anses tillhöra gäldenären och därmed konkursboet skall vara tillgängliga för borgenärerna även om förvaltaren av en eller annan anledning inte omedelbart och konsekvent hävdar denna rätt.

Brytpunkten mellan majoritetens synsätt och minoritetens ligger här i kollisionen mellan tillämpliga sakrättsliga regler och behörighetsregler för konkursförvaltarens uppdrag. Domen visar att det uppenbarligen inte är självklart vilka regler som skall vara styrande i en situation som den aktuella och det kan anföras goda skäl för båda. För majoritetens ståndpunkt talar att konkursbohanteringen enligt konkurslagen är anförtrodd en tämligen självständig förvaltare, som visserligen skall agera för borgenärernas bästa men som samtidigt är fristående organ för boet med skyldighet att iakttä även andra intressen än de rena borgenärsintressena, vilka för övrigt ofta är sins emellan motstående, och med en på lag grundad behörighet att företa bindande rättshandlingar för boet. Hänsynen till de motparter förvaltaren rättshandlar med eller mot kräver att dessa kan förlita sig på att bundenhet inträder på i princip samma sätt som vid organhandlande i övrigt, även om motparten, också, är borgenär i konkursen. Har förvaltaren agerat på sådant sätt att en enligt allmänna regler bindande rättshandling kommit till stånd – här ett tydligt avstående från de aktuella maskinerna och godtagande av A:s tidigare köp av dem – bör det resultatet inte rubbas enbart av det skälet att det medför ett sämre utfall för konkursborgenärerna. Ett motsatt synsätt riskerar bli kontraproduktivt genom att det kan allvarligt försvåra för förvaltare att uppnå goda avvecklingsresultat om utomstående motparter inte vågar lita på att det går att göra affärer med förvaltaren angående konkursboegendomen. Kan sådana affärer rivas upp på grund av speciella konkursrättsliga eller sakrättsliga skäl skulle det onekligen kunna bli mycket svårt att bedöma överlevnadsutsikterna för en viss given transaktion. Att förvaltaren då och då visar sig göra sig skyldig till en och annan mindre lyckad affär är en brist i konkursinstitutet som får bäras, i slutändan av konkursborgenärerna.

För minoritetens linje talar å andra sidan att vad det i grunden gäller är om *en* borgenär skall gynnas på övriga borgenärsers bekostnad, vilket samtidigt är den mest grundläggande sakrättsliga frågeställningen inom området för borgenärskydd. Konkursinstitutet som sådant bygger bland annat på att borgenärerna skall likabehandlas och endast om enskild borgenär kan påvisa en sakrättsligt skyddad ställning eller att han åtnjuter allmän förmånsrätt skall han särbehandlas och gå före de övriga. För att upprätthålla en möjlighet till rimlig avvägning mellan motstående borgenärsintressen och en realitet i likabehandlingsprincipen är det lämpligt att knyta bedömningen till en bestämd tidpunkt som är lätt att fastställa, nämligen konkursutbrottet. Att det efter denna tidpunkt sker diverse förändringar av boet är både ofrånkomligt och självklart med tanke på att syftet med boförvaltningen är att omvandla tillgångarna till utdelningsbara likvida medel. Sådana förändringar bör dock

inte påverka borgenärernas ställning i sakrättsligt hänseende eftersom det öppnar för borgenärernas manövrerande i eget intresse till skada för andra borgenärer. Detta synsätt ligger också i linje med vad som nämndes ovan under 1. angående behandlingen av borgenärsskydd för framtida fordringar. Kan förvaltaren utan mas-saansvar för boet avstå från att fullgöra en kontraktsförpliktelse bör motparten inte tillerkännas borgenärsskydd eftersom det skulle inkräkta på övriga borgenärers rätt på ett sätt som motparten själv inte kunnat åstadkomma.

Det är inte möjligt att säga vilketdera av dessa synsätt som är det "riktiga". Här skall inte heller något sådant försök göras utöver konstaterandet att majoritetens dom naturligtvis utgör prejudikat för den aktuella frågan, trots tre-mot-två-resulta-tet, och i den meningen ger uttryck för det "rätta" rättsläget. HD har genom denna dom beträtt ett synnerligen osäkert och svårforcerat område av insolvensrätten. Så mycket kan dock sägas att majoritetens ställningstagande medför att det måste läm-nas utrymme för att frysningssprincipen inte är generellt tillämplig för avgörandet av sakrättsliga konfliktfrågor samt att boets agerande i förhållande till viss bestämd egendom blir bindande såsom ett boets direkta åtagande för det fall en motpart upp-når sakrättsligt skydd genom agerandet.

5. Avslutning, abandonering

En avslutande synpunkt på denna dom är att den synes kunna utgöra visst stöd för förvaltarens makt att abandonera egendom som på en eller annan grund inte är önskvärd. Den åsikten har framförts att det till och med skulle förhålla sig på det sättet att förvaltaren har ett fritt val vad gäller vilken egendom som skall ingå i boet.⁴ Det skulle vara förvaltarens aktiva val som är avgörande och om han inte gör anspråk på viss egendom för boets räkning skulle den därmed vara abandonerad och istället exempelvis tillkomma gäldenären och ligga utanför konkursförfarandet. Domen kan sägas ligga i linje härmed genom att tillmäta förvaltarens agerande av-görande betydelse. Likaväl som han med bindande verkan kan åstadkomma sak-rättsligt verksam tradition genom att avstå från viss egendom bör han väl kunna binda boet vid avståenden till gäldenären eller annan. Det skulle således ligga i förvaltarens hand och makt att avgöra boets omfång när det gäller att avstå från egendom som i och för sig skulle kunna ingå i detta. Stadgandet i 3 kap. 3 § kon-kurslagen, om att till konkursbo räknas "all den egendom som tillhörde gäldenären när konkursbeslutet meddelades eller tillfaller honom under konkursen och som är sådan att den kan utmätas", får i sådant fall läsas med tillägget, "under förutsätt-ning att konkursförvaltaren gör anspråk på den".

Göran Millqvist

⁴ Se *Berglund*, Något om abandonering av konkursgäldenärs egendom, JT 1997-98 s. 40 ff.

NÅGOT OM PANTSÄTTNING

Tredjemanspant och skuldsanering

1. Bakgrund

En förekommande modell för panträtt är att pantsättningen gjorts av någon annan än gäldenären eller att panten övergår i annans ägo under pantsättnings-tiden, så kallad tredjemanspant. I sådana fall har panthavaren samma rätt till panten som vid gäldenärspant och kan söka täckning ur panten för den händelse gäldenären inte fullgör den pantsäkrade förpliktelsen. Härutöver har dock pant-ägaren inga förpliktelser gentemot panthavaren, såvida dessa inte avtalat om annat sinsemellan. Panthavaren har en icke personlig fordran avseende pantens värde gentemot pantsättaren vilket skiljer tredjemanspant från borgen på det sättet att vid borgen har borgenären en personlig fordran mot borgensmannen, denne svarar fullt ut för den borgade fordringen på gäldenären enligt borgens-åtagandet. Sakrättsligt skydd för panträtten uppstår på samma förutsättningar för både gäldenärspant och tredjemanspant men i det första fallet är detta rele- vant gentemot gäldenärens övriga borgenärer medan i det senare i förhållande till tredje mannens borgenärer.¹

Dessa principer för tredjemanspanträtten har tillämpats och bekräftats av Högsta domstolen (HD) i *NJA 2016 s. 73*, i samband med skuldsanering och tillämpning av 7 § 3 st. 2 p. skuldsaneringslagen (2006:548), vilken undantar från skuldsanering fordran ”för vilken borgenären har panträtt eller annan för- månsrätt enligt 6 eller 7 § förmånsrättslagen (1970:979) eller retentionsrätt, till den del säkerheten räcker till för betalning av fordran”.²

2. Problemet och underinstansernas behandling

En person S.G. prövades för skuldsanering men ansökan avslogs pga. att det framkom att S.G:s far ställt säkerhet i sin fastighet för ett av S.G:s lån. Krono-

¹ Standardverket på området är Gösta Walin, Torbjörn Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 uppl., Norstedts Juridik, 2013.

² Skuldsaneringslagen är under revidering men denna bestämmelse kommer att bestå även i den nya lagen, nu som 31 § 1 st. 2 p., se prop. 2015/16:125 Skuldsanering – förbättrade möjligheter för överskuldssatta att starta om på nytt, s. 10. Motsvarande bestämmelse införs även i den nya lagen om F-skuldsanering (skuldsanering för företagare), 33 § 1 st. 3 p. I en ny 2 p. undantas fordran med säkerhet i företagshypotek och förmånsrätt enligt 5 § förmånsrättslagen, se samma prop. s. 19, vilket förmodligen har gällt hela tiden men inte haft någon större praktisk betydelse, jfr Walin, Ingvarsson, a.a. s. 304. Båda lagarna träder i kraft den 1 november 2016.

fogdemyndigheten, tingsrätten och hovrätten ansåg samtliga att detta innebar att fordringen var undantagen skuldsanering enligt 7 § 3 st. 2 p. skuldsaneringslagen, vilket i sin tur innebar att fordringen skulle betalas utanför skuldsaneringen. En beviljad skuldsanering skulle enligt hovrätten medföra att något betalningsutrymme inte skulle finnas under skuldsaneringsperioden och en risk för att S.G. därmed inte skulle kunna betala pantfordringen, att panten därför skulle realiseras och att en regressfordran kunde komma att riktas mot honom. Därmed också en risk för att S.G. skulle bli föremål för exekutiva åtgärder under skuldsaneringsperioden, vilket p.g.a. utebliven betalning enligt planen kunde medföra att skuldsaneringen upphävdes. Det rehabiliterande syftet med skuldsaneringen skulle i och med det inte uppnås varför det inte var skäligt att bevilja skuldsanering, jfr skälighetsrekvisitet i 4 § 1 st. 2 p. skuldsaneringslagen.

3. HD för ett annat resonemang

HD tog fasta både på likheterna mellan borgen och tredjemanspant och skillnaderna mellan gäldenärspant och tredjemanspant. Genom att borgenssäkrade fordringar omfattas av skuldsanering, jfr 23 § skuldsaneringslagen, men pantsäkrade inte gör det, måste ett val träffas för de tredjemanspantsäkrade. Detta ”leder till att lagen på sedvanligt sätt måste tolkas i ljuset av lagtexten i övrigt, förarbeten, lagens ändamål, systematik m.m.”³

HD började sin tolkning med lagstiftarens angivna syften bakom skuldsaneringslagen, nämligen rehabilitering av svårt skuldsatta personer till ett dragligare och mera samhällsnyttigt liv, prevention mot överskuldsättning samt gynnande av borgenärskollektivet genom åtminstone någon betalning från gäldenären. Till detta kom att motiven framhållit att så många fordringar som möjligt skulle omfattas av skuldsanering (likabehandlingsprincipen) även om vissa typer måste undantas.⁴ Undantagen preciseras i 7 § 3 st. varibland ingår ”panträttsundantaget” i 2 p. men däremot inte borgen. I förarbetena påpekas att en annan ordning avseende panträtten skulle kunna rubba villkoren för kreditgivningen, vilket skulle kunna drabba hela låntagarkollektivet och inverka menligt på samhällsekonomin.⁵ Det kan påminnas om att undantaget avser panträtt med förmånsrätt enligt 6 och 7 §§ förmånsrättslagen, med andra ord fastighets- och tomträttspanträtt. HD framhöll att förarbetena trycker på att avsteg från likabehandlingsprincipen kunde ”göras endast då mycket starka skäl talar för det”.⁶

³ HD:s beslut p. 13.

⁴ HD:s beslut p. 6 och 7, prop. 1993/94:123 Skuldsaneringslag, s. 73 och 76.

⁵ A. prop. s. 126 f.

⁶ HD:s beslut p. 10 och a. prop. s. 132 f.

Efter dessa utgångspunkter övergick HD till att närmare granska det angivna lagrummet för att precisera vad ”panträttsundantaget” kunde anses omfatta. Härvid blev skillnaderna mellan gäldenärspant och tredjemanspant avgörande. En gäldenärspant är en förmånsrätt i viss gäldenärens egendom, vilken typiskt sett ska förbättra möjligheterna till betalning av gäldenären, medan en tredjemanspant typiskt sett syftar till att överflytta risken för utebliven betalning från borgenären till tredje mannen på motsvarande sätt som vid borgen. Skillnaden mot borgen är att säkerheten är begränsad till pantens värde och att den har sakrättsligt skydd mot tredje mannens borgenärer (och successorer). HD menar att det är en tydlig skillnad mellan gäldenärspant och tredjemanspant och det kan inte tas för givet att båda formerna avses då lagtext använder uttrycket panträtt. Att gäldenärspant omfattas innebär inte nödvändigtvis att också tredjemanspant gör det. Lagtexten i 7 § 3 st. 2 p. skuldsaneringslagen talar om panträtt ”och annan förmånsrätt”, varmed endast kan avses förmånsrätter relevanta i skuldsaneringsförfarandet, således i gäldenärens egendom. Det saknas också diskussion i förarbetena av tredjemanspantens ställning, endast gäldenärspant tas upp.

Efter dessa konstateranden gör HD en jämförelse med hur tredjemanspant hanteras i samband med konkurs och företagsrekonstruktion. I båda fallen omfattas den säkerställda fordran av förfarandet på samma sätt som vid borgen. HD förklarar: ”De grundläggande principerna är dels att förekomsten av tredjemanssäkerheten inte ska påverka övriga borgenärens rätt i insolvensförfarandet, dels att i förhållandet mellan borgenären och säkerhetsställaren verkningarna av insolvensförfarandet ska gå ut över den senare i den omfattning som följer av säkerhetsställandet.”⁷ Eftersom borgenärernas ställning inte bör påverkas av vilket slags förfarande som är aktuellt menar HD att detta med styrka talar för att se saken på samma sätt vid skuldsanering. Därtill kommer att denna modell upprätthåller likabehandlingsprincipen och därmed inte står i motsats till skuldsanerings syfte. ”De enda som berörs är borgenären och den tredje mannen, då på det sättet att den tredje mannen får på motsvarande sätt som en borgensman bära den ekonomiska nackdelen av att borgenärens fordran sätts ned.”⁸

Med dessa slutsatser fann HD att ”[b]estämmelsen i 7 § tredje stycket 2 skuldsaneringslagen ska förstås så att uttrycket panträtt avser bara sådan panträtt som gäldenären har upplåtit i sin egendom.” Målet återförvisades till Kronofogdemyndigheten för fortsatt behandling i enlighet därmed.

⁷ HD:s beslut p. 16.

⁸ HD:s beslut p. 18.

4. Två konstateranden

HD bekräftar med denna prövning den gängse bilden av tredjemanspant. Sådan panträtt är i de flesta avseenden likvärdig med borgen och följer samma regler – får borgenären inte betalt i normal ordning kan säkerheten tas i anspråk för täckning – men med de skillnaderna att säkerhetens värde vid tredjemanspant begränsas av pantens värde och att denna åtnjuter sakrättsligt skydd och förmånsrätt i förhållande till pantsättarens borgenärer och successorer, vilket ett motsvarande borgensåtagande inte gör, dvs. i förhållande till borgensmannens borgenärer och successorer..

HD:s jämförelse med hur det ser ut vid konkurs och företagsrekonstruktion som argument för tolkningen av skuldsaneringslagen, kommer också väl till pass inför tillämpningen av den nya F-skuldsaneringslagen eftersom denna rimligen kommer att ligga närmare och tangera både konkursinstitutet och företagsrekonstruktionen. F-skuldsanering är tänkt att utgöra ett nytt alternativ för företagare med personliga skulder till en ny start, med andra ord ett utvidgat ackordsförfarande. Det ter sig då rimligt att regelsystemen samordnas vad gäller materiella tillämpningsfrågor av detta slag.

Göran Millqvist

GÖRAN MILLQVIST

NÅGOT OM TOLKNING AV PANTAVTAL OCH ANDRA SÄKERHETSAVTAL

1 Inledning

Sakrättens regler har som en viktig funktion att ange vilken rättsställning (vilket borgenärsskydd) en viss borgenär har i ett insolvensförfarande (utmätning, konkurs, företagsrekonstruktion, ackord och skuldsanering). Förmånsrättsordningen i stort styrs av de sakrättsliga positioner borgenärerna intar. Det har också alltid hetat att sakrätten är tvingande rätt som inte kan styras av enskilda partsdispositioner. Denna tvingande karaktär är en följd av att den sakrättsliga konfliktsituationen står mellan oberoende tredje män, som visserligen har eller har haft någon rättslig relation med en och samma motpart (gäldenären) men som inte tidigare haft någon inbördes relation sig emellan. Genom avtal kan inte tredje mans rättsställning styras och de sakrättsliga konfliktfrågorna måste därmed lösas med fristående regler som inte påverkas av avtalsregleringar. De behov reglerna skall fylla är av civilrättslig karaktär, de avser enskilda rättssubjekts förmögenhetsställning, men särskilt borgenärsskyddsreglerna kommer i tillämpning typiskt sett i insolvenssammanhanget och reglernas konfliktlösande funktion sker så att säga över huvudet på de berörda rättssubjekten.¹ Samtidigt förhåller det sig på det sättet att de flesta sakrättsliga positioner uppnås genom avtal. Det är oftast genom ett tidigare avtal med gäldenären som borgenären uppnått en viss sakrättslig position vilken kan återopas i det efterföljande insolvensförfarandet.

Det sagda betyder att avtalsrätten och obligationsrätten styr sakrätten, eller närmare bestämt styr vilka sakrättsliga positioner som är aktuella när det blir fråga om insolvenshantering. Påståendet att sakrätten är tvingande och inte kan ändras genom avtal är således riktigt endast i den meningen att två parter inte kan avtala om att den ena av dem exempelvis skall ha ett särskilt försteg i den andres konkurs, framför övriga konkursborgenärer. Men däremot kan parterna avtalsvis styra över både vilka sakrättspositioner som aktualiseras och

¹ Här bortses från frågor kring godtrosförvärv och omsättningskydd, vilka också utgör delar av sakrätten.

vilket närmare innehåll dessa har inom de givna ramarna. Dessa tämligen elementära systematiska iakttagelser föranleder en fråga om hur långt denna avtalsrättsliga påverkan sträcker sig inom sakrätten. Det är exempelvis i någon mån osäkert hur avtalsrättslig ogiltighet (tvång, svek, ocker, handlande i strid mot tro och heder etc.) skall hanteras i en sakrättslig konflikt. Medför exempelvis ogiltighet av ett leveransavtal att säljaren alltid på den grunden har separationsrätt till sin utgivna prestation i köparens konkurs?²

Panträtten är förmodligen den mest komplexa rättsfiguren av de klassiska sakrätterna (äganderätt, pant rätt och retentionsrätt) sett utifrån den nu antydda aspekten. Panträtten är både en avtalstyp med en omfattande uppsättning dispositiva regler för partsrelationen, vilken många gånger kan vara mycket långvarig, och en komplett sakrätt genom att kunna åtnjuta både omsättningskydd och borgenärsskydd. Den är därmed ett lämpligt studieobjekt då det gäller att undersöka relationen obligationsrätt – sakrätt.

En generell fråga på detta tema är om *avtalsstolkning* får någon särskild karaktär eller påverkas av det faktum att olika tolkningsalternativ kan ge mycket olika sakrättsliga effekt. Tar domstol särskild hänsyn till den sakrättsliga aspekten vid tolkning av pantavtal och liknande säkerhetsavtal? Går det att spåra några sådana tendenser i rättspraxis från Högsta domstolen? Det är föremålet för denna uppsats som en hyllning till Axel Adlercreutz på 90-årsdagen.

Avtalsstolkning kan gälla frågan om klassificering i avtalstyper, liksom hur den närmare innebörden av hela eller delar av avtalet skall uppfattas eller kompletteras.³ Båda dessa aspekter kan vara avgörande för den fortsatta sakrättsliga bedömningen. I den första kategorin återfinns exempelvis bedömningen av om kommissionsavtal eller köp i fast räkning föreligger då det gäller bibehållen separationsrätt enligt 53 § kommissionslagen, bedömningen av leasingavtal såsom utgörande hyra eller kreditköp enligt 1 § 3 st. avbetalningsköplagen och 3 § 2 st. konsumentkreditlagen, bedömningen av säkerhetsöverlåtelse såsom utgörande pantsättning eller omsättningsöverlåtelse enligt

² Denna frågeställning har behandlats i NJA 1985 s. 187 (Kalmar varvs konkurs, förutsättningsläran), med den utgången att separationsrätt ansågs föreligga, och av Ulf Göransson, *Ogiltighet i sakrätten*, Iustus Förlag, Uppsala 1984, och Torgny Håstad, *Förutsättning eller kontraktsvillkor? Om separationsrätt vid felaktiga förutsättningar*, Festskrift till Anna Christensen, Lund 2000, s. 157 ff. Se även Torgny Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1996, s. 203 ff.

³ Tolkningssläran behandlas i svensk litteratur främst i standardverken Axel Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, 5 uppl., Juristförlaget i Lund 2001, Bert Lehrberg, *Avtalsstolkning*, 4 uppl., IBA Institutet för bank och affärsjuridik AB, Uppsala 2006, och Jan Ramberg, Christina Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2007, s. 129 ff.

1845 års lösöreköpslag och 37 § avtalslagen samt bedömningen av om en avtalskonstruktion utgör deposition eller försträckning.⁴ I fall av dessa slag ligger det måhända nära till hands att det skulle tas särskilda sakrättsliga hänsyn vid tolkningen eftersom frågeställningen är så tydligt knuten till den efterföljande sakrättsliga bedömningen. I den andra kategorin handlar det om mera typiska avtalstolkningsfrågor såsom innebörden av valda uttryck och ordvändningar i sakrättsligt centrala avtalstyper, exempelvis pantförskrivning eller leasingavtal men också sådana frågor som innebörden av en given återpantläggning som avseende pantsättning av panten eller pantsättning av panträtten.⁵ Här är det kanske inte lika givet hur tolkningen skall gå till. Det kan väl tänkas att tolkningen i dessa fall avgörs av en påvisad gemensam partsvilja som i någon mån strider mot valda uttryckssätt i ett kontrakt.

Rättspraxis från HD uppvisar exempel där dels tolkningen av avtalsklausuler varit avgörande för fallets utgång sakrättsligt, dels själva tolkningsoperationen framstår som helt objektiv i den meningen att inga försök görs att fastställa någon enskild partsvilja, vilket annars är vanligt i tolkningssammanhang i den mån det är möjligt. HD:s sätt att motivera tolkningen är ofta neutral och baserad på andra faktorer än det enskilda, specifika avtalsinnehållet.

En iakttagelse är att *avtalets syfte* ofta spelar en mera framträdande roll än vad som brukar vara fallet vid helt inomkontraktuella tvister. Det framstår ibland som om HD velat distansera sig från en tolkning baserad på enskilda partsviljor och göra bedömningen på en nivå som tillåter andra hänsynstaganden än bara partsviljorna. I anslutning här till är det påtagligt att domstolen utnyttjar en *objektiv tolkningsmetod*. Särskilt då väl utvecklade och utbredda standardvillkor är föremål för tolkning, såsom försäkringsvillkor, är det vanligt att tolkningen utförs enligt en objektiv bedömning av vad villkorens rimliga/lämpliga innebörd bör vara.⁶ En tolkning som påminner starkt om lagtolkning, åtminstone då civilrättslig dispositiv lag är ifråga. Det vill synas som denna objektiva tolkning används även vid tolkning av pantavtal trots att det inte rör sig om standardavtal av den karaktären som försäkringsvillkor representerar. För en objektiv tolkning av standardvillkor finns flera skäl vilka sammanhänger med det faktum att parterna valt att utnyttja avtalsvillkor som inte formulerats särskilt för det aktuella avtalet och som parterna ofta inte tagit

⁴ Se bl.a. NJA 1994 s. 506, där klassificeringen av ett avtal om lagring av spannmål som deposition var en viktig faktor för deponentens separationsrätt.

⁵ Se härom Staffan Myrdal, Återpantläggning, Norstedts Juridik, Stockholm 2005, särskilt s. 39, 164, 500, 509, 523 och 530 ff., med ingående diskussion av denna fråga även om just avtalstolkningsaspekten inte får så stort utrymme.

⁶ Jfr de i not 28 angivna rättsfallen.

ställning till särskilt utan kanske endast hänvisat till i en orderbekräftelse eller liknande. Vid tolkning av pantavtal är det en annan möjlig förklaring som framträder i de fall tvisten har sakrättsliga implikationer. Tolkningen återverkar i dessa fall på ett direkt sätt på tredje mans position vilket bör påverka tolkaren i en mera objektiv riktning. Det kan te sig kontroversiellt att motivera en extensiv tolkning av en pantförskrivning med vad avtalsparterna kan anses ha avsett med vissa formuleringar och vad som kan ha varit den egentliga partsviljan och vad motparten ha uppfattat av denna. Det ter sig rimligare att motivera tolkningsresultatet med vad som kan anses följa av en objektiv tolkning av den slags pantförskrivning det är fråga om, dess sammanhang och dess sakrättsliga resultat.

En reservation för dessa synpunkters allmängiltighet måste dock omedelbart göras. Materialet uppvisar inget fall där ens något försök gjorts att argumentera för en mera individuell tolkning av pantavtalsklausuler. Det finns inget exempel på att HD bedömt en partsargumentation baserad på åberopande av särskilda, individuella tolkningsomständigheter, vilket innebär att intrycket av rättspraxis kanske skulle bli ett annat om så var fallet. Materialet är inte tillräckligt omfattande för några mera tvärsäkra uttalanden och då det rör sig om just tolkningsfrågor finns utrymme för många nyanseringar.

Vid valet av rättsfall nedan har jag strävat efter att ta upp fall som behandlar den sakrättsliga bedömningen av säkerhetsrätter, särskilt panträtt, och där den kontraktuella bakgrunden spelat stor roll i tvisten. Först görs några allmänna noteringar angående relationen mellan de två disciplinerna obligationsrätt – sakrätt. Därefter diskuteras valda rättsfall och uppsatsen avslutas med några sammanfattande synpunkter.

2 Obligationsrätt – sakrätt – panträtt

När det idag talas om begreppsparet obligationsrätt – sakrätt avses nog oftast en precisering av vad förmögenhetsrätten omfattar, dels reglerna för förpliktelseförhållandena inom avtal, dels reglerna för omsättningsskydd och borgenärsskydd. Den äldre syftningen på rättsinstitut som var endast obligationsrättsliga respektive även var sakrättsliga har fallit ur bruk sedan i vart fall Hesslers bearbetning av sakrätten.⁷ Alla rättsförhållanden har både obligationsrättsliga och sakrättsliga dimensioner som kan behöva hanteras exempelvis i en konkurs. Det är samtidigt vanligt att hanteringen av relationen

⁷ Henrik Hessler, *Allmän sakrätt*, Norstedts Juridik, Stockholm 1973.

mellan dessa dimensioner beskrivs som ett tvåstegsförfarande. Först måste det obligationsrättsliga läget fastläggas, varefter det sakrättsliga utfallet följer.

Denna relationsmodell i två steg medför samtidigt att ett tolkningsutfall obligationsrättsligt kan vara helt avgörande för hur en parts sakrättsliga ställning ser ut. En panthavare som visar sig ha en pantförskrivning med en väsentligt snävare omfattning än parten antagit saknar helt förmånsrätt i motpartens konkurs eller vid utmätning hos denne för fordringar som inte faller in under pantförskrivningen.

Inom litteraturen har beroendeförhållandet mellan obligationsrätt och sakrätt uppmärksamats på olika sätt. *Lennander* gör sig till tolk, i anslutning till *Hessler*, för ett vanligt synsätt innebärande en tänkt tidsmässig relation mellan disciplinerna.⁸ Sakrätten anses med detta synsätt förutsätta att partsrelationen ligger fast och är klar. Eventuella tveksamheter på det obligationsrättsliga planet måste således klaras ut först innan sakrättsliga frågor kan hanteras. Detta synsätt är tämligen självklart med tanke på att det måste föreligga exempelvis en pantsättning eller åtminstone ett påstående om pantsättning, för att en sakrättslig fråga över huvud taget skall uppstå, men det förutsätter också att de obligationsrättsliga frågorna kan och skall lösas oberoende av den sakrättsliga aspekten. Tydligt skall det gå att klargöra partsförhållandet på ett entydigt sätt först, utan några sidoblickar på sakrätten, varefter de sakrättsliga effekterna faller ut som följdverkningar av den fastlagda partsrelationen. Här skulle med andra ord föreligga samma relation mellan rättsområdena som allmänt anses föreligga mellan civilrätt och skatterätt på det sättet att avgöranden inom det ena området (civilrätten) styr utgångsläget för avgöranden inom det andra (skatterätten).⁹

Håstad gör en klar uppdelning mellan de obligationsrättsliga och de sakrättsliga aspekterna av panträttsinstitutet och förklarar att han endast behandlar de sakrättsliga.¹⁰ Detta innebär dock inte att relevanta obligationsrättsliga frågor försvinner utan endast att de förflyttas till att utgöra moment i behandlingen av främst frågorna om pantfordrans identitet respektive pantens identitet, således specialitetsprincipens innebörd i olika avseenden.

⁸ Se Gertrud Lennander, *Panthavares skyldigheter vid pantavtal om lös egendom*, Norstedts, Stockholm 1977, s. 6 f.

⁹ Se Teresa Simon Almendal, *Skatteanpassade transaktioner och skattebrott*, Norstedts Juridik, Stockholm 2005, s. 141 ff., Göran Grosskopf och Kurt Grönfors, *Civilrätt och skatterätt – hönan och ägget*, SN 1990 s. 353 ff. och Göran Grosskopf, *Finns det någon särskild skatterättslig civilrätt?*, Festskrift till Kurt Grönfors 1991 s. 211 ff.

¹⁰ Torgny Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1996, s. 285 och 322 ff.

Undén behandlade hela panträttsinstitutet i sin Svensk sakrätt I, han ville i viss polemik med tidigare debatt undvika en alltför dogmatisk syn på uppdelningen mellan sakrätt och obligationsrätt.¹¹ Däremot gjorde han sig knappast till tolk för någon särskild behandling av de obligationsrättsliga frågorna på grund av att de har sakrättsliga implikationer. Walin slutligen, var i hans behandling av panträttsinstitutet,¹² helt inriktad på att besvara enskilda tillämpningsfrågor. I vad mån han ansåg några särskilda hänsyn skulle tas till de sakrättsliga aspekterna i samband med obligationsrättsliga överväganden är därför inte möjligt att säga. Inte heller Rodhe i Handbok i sakrätt, eller Helander i Krediträtt i lös egendom gör några sådana utflykter.¹³

3 Rättspraxis

NJA 1923 s. 258, fordran på gäldenären förvärvat från annan borgenär omfattades inte av generell pantförskrivning. En bank hade förvärvat växlar på gäldenären från annan borgenär och yrkade förmånsrätt för panträtt i gäldenärens konkurs för täckande av växelbeloppen. Pantförskrivningen som åberopades av banken hade följande lydelse.

”Som säkerhet för alla de förbindelser, för vilka undertecknad nu häftar eller framdeles kommer att häfta till Aktiebolaget nordiska handelsbanken, pantsätter jag härmed två stycken skuldebrev å varterda kr. 50,000:-, intecknade i mina ägande fastigheter — — —, och gäller denna pantförskrivning oförändrad tills jag icke längre äger någon skuld till banken.”¹⁴

Samtliga sju ledamöter i HD som dömde i målet var ense om att denna pantförskrivning *inte* kunde grunda förmånsrätt för banken avseende växelfordringarna, däremot var de oense på andra punkter. Pantförskrivningen täckte endast sådana fordringar som uppstått mellan gäldenären och banken, inte fordringar som banken förvärvat från annan. HD:s majoritet (fyra JustR)

¹¹ Östen Undén, Svensk sakrätt I. Lös egendom, 10 uppl., Norstedts Stockholm 1976, s. 9 och 161 ff. (faksimiluppl. 1995).

¹² Gösta Walin, Panträtt, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1998.

¹³ Knut Rodhe, Handbok i sakrätt, Norstedts Juridik, Stockholm 1985, Bo Helander, Krediträtt i lös egendom, Sakrättsliga spörsmål, Norstedts Juridik, Stockholm 1984.

¹⁴ Ref. s. 259.

förklarade, efter att ha funnit att banken i och för sig hade giltiga fordringar i konkursen,

”men enär, vad angår den yrkade förmånsrätten, pantförskrivningen d. 10 nov. 1920, vilken uppenbarligen avsett sådana J. A. Olssons förbindelser, som han i förhållande till banken ingått eller komme att ingå, icke kan, med mindre J. A. Olsson därtill samtyckt, anlitas för sådan J. A. Olssons gäld, som banken från andra personer övertagit”.¹⁵

JustR Edelstam förklarade,

”Vad angår bankens yrkande om förmånsrätt för omförmälda växelbe-
lopp 14,044 kr. 8 öre, så enär med hänsyn till innehållet i J. A. Olssons
åberopade pantförskrivning till banken, sammanställt med vad ovan
anförts och i övrigt i målet förekommit, banken icke kan anses
berättigad att under pantförskrivningen inbegripa sagda växelbe-
lopp”.¹⁶

JustR:n Christiansson och Skarstedt angav,

”men enär ovan omförmälda pantförskrivning icke kan anses hava
medfört rätt för banken, som under administrationen, varom banken
haft kännedom, och efter det ifrågavarande växlar enligt sin lydelse
förfallit till betalning förvärvat växlarna av Hvid, att begagna det
pantförskrivna eller vad i dess ställe kommit såsom pant för
växelbeloppen”.¹⁷

Trots den allmänt hållna formuleringen i pantförskrivningen av vilka fordringar som skulle vara pantsäkrade, ansågs inte en befintlig fordran som banken förvärvat från annan borgenär täckas av panträtten. Uttryckssätten ”för vilka undertecknad nu häftar eller framdeles kommer att häfta” samt ”gäller denna pantförskrivning oförändrad tills jag icke längre äger någon skuld till banken”, tolkades till att innefatta en begränsning till fordringar som uppstått direkt mellan gäldenären och banken. Pantförskrivningstexten i sig innehåller knappast någon sådan begränsning. Den innehåller inget alls om fordringarnas bakgrund, endast att det skall vara fråga om fordringar banken har på gäldenären. Majoriteten i HD gör heller inga referenser till fallets omständigheter i övrigt såsom görs av minoriteten. Edelstam hänvisar till ”vad ovan anförts och i övrigt i målet förekommit” och Christiansson och Skarstedt

¹⁵ Ref. s. 262.

¹⁶ Ref. s. 263.

¹⁷ Ref. s. 263.

hänvisar till att banken haft kännedom om "administrationen" (avvecklingsförsök av gäldenärens rörelse) och att förvärven skett efter det att växlarna förfallit till betalning, vilket antyder att dessa tre har kopplat slutsatsen till fallets särskilda omständigheter i högre grad än majoriteten. Majoriteten ser det däremot som en ren avtalsfråga genom att endast hänvisa till att det hade krävts Olssons samtycke för att utsträcka panträtten till att omfatta växlarna.

Detta rättsfall har, trots sin ålder, ett särskilt intresse eftersom Lagrådet så sent som 2004 förklarade att fallet är ett uttryck för en *avtalsrättslig ogiltighetsregel*, som träffar generella pantförskrivningar.¹⁸ Vad detta närmare besett skall innebära är inte helt lätt att se. En ogiltighetsregel kopplad till förekomsten av generell pantförskrivning ter sig märklig, särskilt som den tydligen också skall ha sakrättslig verkan. Skulle det innebära att en generell pantförskrivning *inte får* inkludera fordringar förvärvade från tredje man samtidigt som det tydligen är tillåtet att uttryckligen avtala på det sättet enligt majoriteten i rättsfallet. En uttrycklig formulering i en pantförskrivning om att även fordringar förvärvade från tredje man omfattas av pantsäkerheten är väl inte ogiltig? En sak för sig är att bankernas nuvarande standardvillkor för pantsäkerhet i skuldebrev innehåller den motsatta regleringen, alltså i överensstämmelse med utgången i fallet.¹⁹ Vad Lagrådet menar måste vara att rättsfallet är uttryck för en *tolkningsregel* som säger att en generell pantförskrivning normalt sett skall tolkas som endast omfattande fordringar direkt uppkomna mellan parterna, såvida inte annat följer av förskrivningens innehåll. I NJA 1930 s. 65 formulerar rådhusrätten, med gillande av hovrätten och HD, detta på följande sätt.

"Då pantförskrivningen uppenbarligen avsett sådana [pantsättarens] förbindelser, som han i förhållande till kreditbolaget ingått eller komme att ingå, och av utredningen i målet icke framginge, att [pantsättaren] – – – lämnat sitt medgivande till att aktierna finge utgöra säkerhet jämväl för [annan] gäld",²⁰ kunde sådan annan gäld inte inkluderas under panträtten.

Här kan jämföras med förbudet mot *kopplingsförbehåll* i 19 § konsumentkreditlagen (1992:830) och 6 § avbetalningsköplagen mellan näringsidkare

¹⁸ Se Lagrådet i prop. 2004/05:30 s. 134. Se även NJA 1930 s. 65 (angivet strax nedan) och NJA 1927 A 226, samt Gertrud Lennander, Panthavares skyldigheter vid pantavtal om lös egendom, Norstedts, Stockholm 1977, s. 170 f., och Torgny Håstad, Några problem rörande panträtt i en värdepappersdepå, Festskrift till Henrik Hessler, Norstedts Juridik, Stockholm 1985, s. 319.

¹⁹ Se Svante Bergström, Gertrud Lennander, Kredit och säkerhet, 8 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 2001, s. 76, men däremot pantförskrivningsklausulen i det standardiserade depåavtalet, <http://www.fondhandlarna.se/dok/depaaavtalbank.doc>.

²⁰ Ref. s. 67 f.

m.fl. (1978:599). Återtagandeförbehåll till såld vara kan inte stå som säkerhet för annan fordran än köpeskillingsfordringen för det aktuella köpet. Säljare/kreditgivare får inte först avräkna inkommen betalning på annan fordran så att återtagandeförbehållet därigenom hålls vid liv längre än vad som motsvarar verkställda avbetalningar på köpeskillingen för den köpta varan. Dessa båda regler är uttryckliga förbudsregler som inte ger utrymme för avvikande avtalsregleringar. Någon sådan regel föreligger knappast för pantförskrivningen utan där blir det fråga om att *jämka* en allt för långtgående pantförskrivning som oskäligen enligt 36 § avtalslagen (1915:218), såvida den inte *tolkningsvis* kan ges en mera inskränkt innebörd.²¹

Att en generell pantförskrivning däremot har full verkan inom sina angivna gränser visas redan av fallet *NJA 1909 s. 602*—tolkning av pantförskrivningens innebörd. Sedan en skuld betalats av borgensmän yrkade dessa mot banken att få tillgodogöra sig den pant som också ställts för skulden. Banken invände att pantförskrivningen var generell och omfattade även andra skulder än den som lösts av borgensmännen samt gäldenären fortfarande haftade i skuld till banken efter betalningen, varför banken inte var skyldig att släppa panten. På skuldebrevet föreskrevs att ”omförmälda hypotek jämväl finge utgöra säkerhet för alla de övriga förbindelser, hvarför firman till banken vid tiden för skuldebrevets utfärdande haftade eller framdeles före detsamma infriande kunde komma att häfta”.²² HD utgick från denna skrivning och konstaterade att eftersom banken styrkt att andra skulder förelåg då borgensmännen infriade den aktuella skulden samt det inte visats att dessa andra skulder skulle ha blivit betalda, banken inte behövde släppa panten förrän sådan betalning skett. Pantförskrivningen tillämpades efter sina ordalag.

NJA 1989 s. 705 I och II, förmånsrätt till medel på så kallat administrationskonto. I dessa båda fall gällde frågan om konkursborgenär hade förmånsrätt för företagsinteckning²³ respektive panträtt i medel på särskilt konto, som administrerades av Ackordscentralen såsom ombud för gäldenären. Bakgrunden var att försök hade gjorts att avveckla gäldenären utan konkurs i Ackordscentralens regi. Bland annat skulle därvid företagsinteckningshavare hållas skadeslösa genom att inflytande medel som utgjorde ersättning för sålt inteckningsunderlag avsattes på särskilt bankkonto hos kreditgivande bank, tillika inteckningshavare, som disponerades av Ackordscentralen och reserverades för inteckningshavarna. Ackordscentralen skulle dock kunna använda

²¹ Jfr Gertrud Lennander, *Panthavares skyldigheter vid pantavtal om lös egendom*, Norstedts, Stockholm 1977, not 33 s. 170.

²² Ref. s. 602 f.

²³ I målet var 1966 års företagsinteckningslag (1966:454) tillämplig.

medlen för vissa angivna ändamål och för nödvändiga utgifter i samband med avvecklingen även om banken förbehöll sig rätt att granska medelsbehovet. I den efterföljande konkursen gjorde staten invändning mot utdelningsförslag som accepterade denna konstruktion och menade att på grund av otillräckligt rådighetsavskärande för gäldenärens del och sammanblandning av olika medel någon förmånsrätt inte kunde föreligga för företagsinteckningshavaren respektive panthavaren.

En central fråga i fallen blev hur det så kallade administrationsavtalen mellan gäldenärsbolaget, Ackordscentralen och banken skulle tolkas och därmed vilka effekter avtalen hade i gäldenärens konkurs. I fall I stod tvisten mellan konkursboet och en annan inteckningshavare än banken. Banken hade godtagit i avtalet att andra inteckningshavare kunde biträda detta och inträda som part men käranden i fall I hade inte tillträtt avtalet i denna mening utan yrkade på förmånsrätt på grund av företagsinteckning i den redovisningsfordran som avtalet medförde för gäldenärsbolaget gentemot Ackordscentralen. HD tog avstamp i avtalets syfte:

”Ett huvudsyfte med administrationsavtalet var enligt dess lydelse att [banken] under avvecklingstiden skulle bibehållas vid sin förmånsrätt på grund av de företagsinteckningar som banken innehade. Det stod vidare fritt för andra innehavare av företagsinteckningar att när som helst biträda avtalet. För sådant fall har avtalet tydligen syftat till att tillförsäkra dessa samma rätt som banken, låt vara att det skulle ankomma på banken ensam att på inteckningshavarnas sida pröva frågor om disposition av medel för [gäldenärens] räkning.

Med hänsyn till avtalets syfte och innehåll får det anses att [Ackordscentralen], vid begagnandet av sin befogenhet att göra uttag från kontot för bolagets räkning, haft att beakta inte bara [gäldenärens] utan även företagsinteckningshavarnas intressen på ett sådant sätt att dessa ej i händelse av konkurs skulle åsamkas någon väsentlig förlust genom försöket att avveckla verksamheten. Detta måste antas ha gällt även i fråga om inteckningshavare som i likhet med [käranden] inte uttryckligen biträtt avtalet, i [kärandens] fall så mycket mera som [käranden] ostridigt hållit fortlöpande kontakt med [Ackordscentralen] och dess anspråk alltså var kända för denna. Det får också förutsättas att [Ackordscentralen] uppfattat sin ställning enligt avtalet på sätt som nu har angetts.”²⁴

²⁴ Ref. s. 724 f.

Avtalet medförde vidare enligt HD en särskild roll för Ackordscentralen som inte innebar någon garanti för att kontot skulle komma att fyllas på i sådan grad att inteckningssäkrade fordringar täcktes eller att uttag endast skulle kunna ske av överskott på kontot men som medförde en skyldighet för centralen att iakttä inteckningshavernas intressens vid uttag. Banken fick också anses ha befogenhet enligt avtalet att vägra uttag om banken ansåg att centralen inte iakttog sina skyldigheter. Uppfattat på detta sätt menade HD att administrationsavtalet medförde att gäldenären var tillräckligt avskuren från rådigheten över medlen på kontot, så

”att den häremot svarande redovisningsfordringen ingick i den företagsintecknade egendomen i den mån medlen motsvarade vederlag för fordringar som före betalningen omfattades av inteckningarna.”²⁵

Det hade heller inte framkommit annat än att de uttag som skett från kontot stod i överensstämmelse med det angivna avtalssyftet varför käranden hade förmånsrätt för företagsinteckning i redovisningsfordran.

Även i fall II²⁶ stod avtalets syfte i centrum. Det rörde sig om en snarlik avtalskonstruktion, med Ackordscentralen som huvudfigur, i fråga om att åstadkomma ett bibehållt borgenärsskydd till medel som utgjorde ersättning (surrogat) för inteckningsunderlag. I detta fall var dock banken kärande och åberopade panträtt i den redovisningsfordran som gäldenärsbolaget hade mot Ackordscentralen enligt avtalet för förmånsrätten. Panträtten innebar att banken skulle äga rätt till panten intill de belopp och i den ordning som svarade mot bankens rätt enligt dess företagsinteckningar. En sakrättsligt fullbordad panträtt i denna situation förutsatte att medlen på kontot och därmed den hos banken pantförskrivna redovisningsfordringen hade undandragits gäldenärsbolagets rådighet på ett sådant sätt att en mot andra borgenärer giltig pantsättning ägt rum och vidmakthållits. Och även om bolaget inte självt kunnat förfoga över medlen var det fråga om Ackordscentralens roll och agerande medförde att kontot likväl stått till bolagets faktiska disposition. HD avgjorde denna prövning utifrån administrationsavtalet. HD anförde:

”Ett huvudsyfte med administrationsavtalet var enligt dess lydelse att banken under avvecklingstiden skulle bibehållas vid sin förmånsrätt på grund av företagsinteckningarna. Med hänsyn härtill och till avtalets innehåll i övrigt får det anses att [Ackordscentralen] vid begagnandet av sin befogenhet att göra uttag från kontot, haft att beakta inte bara

²⁵ Ref. s. 725.

²⁶ NJA 1989 s. 705 II (726).

bolagets utan också bankens intressen på ett sådant sätt att banken ej i händelse av konkurs skulle åsamkas någon väsentlig förlust genom försöket att avveckla verksamheten. Det får också förutsättas att [Ackordscentralen] uppfattat sin ställning enligt avtalet på sätt som nu har angetts.”²⁷

Härefter gjordes samma tolkning och bedömning som i fall I. Trots att Ackordscentralen disponerade över medel på kontor för bolagets räkning fick bolaget anses vara i tillräcklig grad avskuren från tillgång till medlen.

”[Ackordscentralens] åtaganden har självfallet inte kunnat innebära någon garanti för att kontor skulle komma att tillföras medel i sådan omfattning att de skulle förslå till att täcka bankens fordran. Inte heller kan det ha åsyftats att [Ackordscentralens] befogenhet att göra uttag skulle vara beroende av att bankens fordran var och även efter uttaget förblev täckt av medlen på kontor; en sådan ordning skulle uppenbarligen i praktiken ha medfört att avvecklingen knappast hade blivit möjlig att genomföra och för övrigt ha kunnat innebära att banken gynnats på ett sätt som stämmer mindre väl med företagsinteckningsinstitutets karaktär. Befogenheten för [Ackordscentralen] att göra uttag för sådana ändamål som avsågs i administrationsavtalet måste emellertid anses ha varit begränsad genom centralens skyldigheter att iakttä bankens intressen, låt vara att begränsningen inte fått någon beloppsmässigt fixerad innebörd utan till sitt innehåll närmast blev beroende av de avvägningar som gjordes utifrån den vid varje tillfälle föreliggande ekonomiska situationen. Banken måste för övrigt på avtalet ha kunnat grunda en befogenhet att vägra sitt godkännande till uttag som skulle innebära att nämnda begränsning enligt dess mening sattes åsido.”²⁸

HD:s majoritet (fyra mot en) valde således i båda fallen att *dels* tolka avtalen i ljuset av att dessas syfte vara att åstadkomma borgenärsskydd till medel som utgjorde surrogat för inteckningsunderlag, *dels* uppfatta tillämpningen av avtalen som liggande i linje med detta syfte. Det kan särskilt noteras att i HD:s sätt att beskriva dess avtalstolkning det inte finns någon referens till det enskilda partssyftet eller parternas gemensamma syfte. Avtalet hanteras som en fristående text som reglerar partsförhållandet, ungefär som en lagtext skulle göra. Det finns ett drag av objektivisering i tolkningen som i någon mån står i

²⁷ Ref. s. 735.

²⁸ Ref. s. 735.

kontrast mot hur avtalstolkning i egentlig mening ofta beskrivs. Det är här inte fråga om *utfyllning* av avtalet på punkter som inte är avtalsreglerade, där bedömningen ofta kan bli mera objektiv och fristående, utan en direkt tolkning och tillämpning av uttryckliga regleringar i avtalet. I sådana sammanhang är det vanligt att HD åtminstone anger att det i det enskilda fallet inte går att fastställa någon enskild partsvilja vad gäller avtalets innebörd utan tolkningsunderlaget får sökas på annat håll såsom i branschpraxis eller närliggande standardavtalsreglering.²⁹ I de här aktuella fallen däremot görs inga sådana påpekanden. En möjlig förklaring till denna skillnad kan vara att tolkningen så direkt påverkar det sakrättsliga utfallet i konkursen att HD har velat beskriva tolkningsoperationen i så neutrala ordalag som möjligt för att inte störa intrycket av att konkurshanteringen i dessa delar och därmed den sakrättsliga regeltillämpningen är en regeltillämpning som inte styrs av enskilda partsdispositioner.

NJA 1995 s. 197, Försäkrings AB Njords konkurs. Hanteringen i HD av den pantsättning som var aktuell i detta fall är ett bra exempel på de överväganden avseende tolkning och sakrättsliga effekter på olika plan som måste göras i en konkurs. En central fråga i fallet var om en långivande bank hade rätt till de panter som av låntagarna och tredje män ställts inte till banken utan till Njord, som säkerhet för de kreditförsäkringar Njord utställt gentemot banken och de motförbindelser låntagarna gjort gentemot Njord. På liknande sätt hade även borgensförbindelser lämnats Njord men det bortses från här. Även bedömningen av berörda återförsäkringar bortses från.³⁰ Genom att Njord var försatt i konkurs innebar det en väsentlig skillnad för banken om denna endast kunde hålla sig till de nu tämligen värdelösa försäkringarna eller om banken kunde överta panterna och realisera dessa för täckning av fordringarna. Pantförskrivningarna hade skett till Njord som säkerhet för Njords eventuella regress mot låntagarna men frågan var nu hur pantförskrivningarna skulle uppfattas i förhållande till banken.

Till synes avgör HD tolkningsfrågan uteslutande på det avtalsrättsliga planet

²⁹ Se bl.a. NJA 1999 s. 35 (49) ang. tolkning av kommersiella hyresavtal och NJA 1997 s. 382 (396) ang. tolkning av s.k. finansieravtal, vari HD uttalar "Har då en sådan utfästelse gjorts i den omtvistade avtalsklausulen? Denna fråga får besvaras med användning av vanliga principer för avtalstolkning, varvid inte bara lydelsen av avtalsvillkor utan även omständigheterna vid dessas tillkomst och vad som kan uttrönas om parternas avsikter kan få betydelse." Se även NJA 2007 s. 35 ang. tolkning av villkor i konsultavtal (ABK 96), med en liknande förklaring. Men se däremot NJA 2001 s. 750, NJA 2004 s. 534 och NJA 2007 s. 17 ang. tolkning av försäkringsvillkor, där HD inte refererar till någon reell eller antagen partsvilja då det gäller tolkningen av standardvillkor.

³⁰ Fallet har diskuterats utförligt av Laila Zackariasson, Direktkrav, Iustus Förlag, Uppsala 1999, s. 243 ff.

men det torde kunna diskuteras om så verkligen varit fallet. Det sägs att vid avgörandet skall "bortses från att konkursboet eller banken i fråga om rätten till en säkerhet kan ha att konkurrera med andra rättssubjekt, t ex andra kreditförsäkrare eller kreditgivare."³¹ HD för sedan ett slags förutsättningsresonemang för en individuell tolkning av pantförskrivningarna, som bygger på att det var förutsatt, särskilt av pantsättarna, att förskrivningarna ingick som en del i ett större kommersiellt kreditarrangemang och att därför dessa inte skulle tolkas isolerade från detta sammanhang. Härutöver var det till låntagarnas fördel om panterna tillföll banken eftersom det minskade dessas skulder i motsvarande mån. Baserat på dessa två aspekter utföll HD:s tolkning till bankens fördel. Pantförskrivningen fick anses innefatta även banken med rätt för denna att tillgodogöra sig panterna. Zackariasson menar att HD uppenbarligen framtolkat ett tredjemansavtal till bankens förmån.³² Detta är dock inte en nödvändig slutsats utifrån hur domskälen är formulerade. Det ligger närmare till hands att HD helt enkelt ansett banken vara direkt omfattad av pantförskrivningen såsom panthavare. HD tillägger: "Under sådana förhållanden kan säkerheterna tillerkännas banken utan att det uppstår någon konflikt med allmänna sakrättsliga principer."³³ En konflikt som lätt nog hade kunnat uppstå med tredjemansavtalsmodellen. Ett tredjemansavtal skulle här innebära att respektive pantsättare och Njord avtalat om att Njords panträtt även skulle gälla till förmån för banken på det sättet att banken ägde åberopa panträtten trots att banken inte var panthavare. Men är det givet att ett sådant avtal utan vidare har sakrättslig verkan? Det är ju ett avtal *till nackdel* för övriga konkursborgenärer och som sådant i vart fall öppet för angrepp i konkursen. Om banken istället uppfattas som panthavare direkt enligt pantförskrivningen uppstår inte denna möjliga konflikt eftersom då banken utan tvekan har rätt att göra panträtten gällande fullt ut framför övriga krav i konkursen.

Så långt i domskälen rör det sig om ett avtalsrättsligt/obligationsrättsligt övervägande – vilket omfång skall ett avtalsåtagande anses ha i en situation där omfånget inte klart framgår av åtagandets lydelse och lydelsen tillåter olika

³¹ Ref. s. 200.

³² Laila Zackariasson, Direktkrav, Iustus Förlag, Uppsala 1999, s. 247, jfr Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1996, s. 244. Se även JustR Håstad i NJA 2000 s. 48 (55), där han i särskilt tillägg förklarar att HD i bl.a. Njord-fallet "fingerat tredjemansavtal" med den innebörden att "konkursborgenär blivit berättigad att göra konkursgäldenärens fordran på täckning för skulden till konkursborgenären gällande som sin egen och sålunda, på övriga borgenärens bekostnad, fått säkerhet i täckningsfordringen i konkursen." Fallets rubrik lyder: "Ett ombud för en försäkringstagare har ansetts berättigat till ersättning ur rättsskyddsförsäkring, oavsett om försäkringstagaren gått i konkurs. Tillika fråga om preskription."

³³ Ref. s. 201.

tolkningar? Men HD fortsätter i domen med att ta upp frågan om separationsrätt för banken till panterna eftersom konkursboet gjort invändning om att banken skulle få en oväntad fördel om banken tillerkändes panträtt. Konkursboet har således fört in det sakrättsliga utfallet som ett moment som borde påverka tolkningsfrågan och HD har anammat detta genom att ta upp och ta ställning även i denna del. Slutsatsen blev här att det inte rörde sig om en oväntad fördel eftersom det borde ha varit allmänt vedertaget att kreditförsäkring åtföljdes av säkerhet för den betalningsskyldighet som kunde uppkomma på grund av försäkringen. Enligt HD var således den sakrättsliga konsekvensen av tolkningen, separationsrätt för banken till panterna, inte en omständighet som kullkastade tolkningsresultatet, utan tvärtom låg i linje med detta. HD har således i detta fall inte upprätthållit en klar skiljelinje mellan den obligationsrättsliga tolkningsoperationen och den sakrättsliga bedömningen av borgenärernas konkurrensförhållande i konkursen, även om domskälen är disponerade i den ordningen att tolkningsfrågan föregår den sakrättsliga bedömningen. Detta kan också uttryckas på det sättet att HD kommit fram till ett ur sakrättslig synpunkt önskvärt tolkningsresultat, eftersom HD uppenbarligen velat skydda banken framför övriga borgenärer i den uppkomna situationen. Tolkningen fick då styras av vilket sakrättsligt utfall olika tänkbara omfång av pantförskrivningarna skulle få.

Walin menar här dels att det innebar en vittgående tolkning av pantavtalen för att finna att de grundade någon panträtt för banken av sedvanlig beskaffenhet, dels att en konstruktion som innebar att pantsättarna skulle anses ha gått med på att även banken var panthavare var en ren fiktion. HD har därför, enligt Walin, skapat en ny, förut okänd, rättsregel ”som under vissa förutsättningar tillerkänner ställandet av motförbindelser och säkerhet för dem den verkan som HD stannat för.”³⁴ Det ter sig dock som ett djärvt antagande att HD på detta mycket indirekta sätt skulle ha tillskapat en helt ny regel som både innebar en styrning av avtalsfriheten och medförde sakrättsliga verkningar, utan att detta framgått. Enligt vad som kan utläsas av domskälen handlar det om en sakrättsligt färgad avtalstolkning som grund för resultatet, vilket medför att detta styrdes av fallets omständigheter, inte en tidigare okänd tillika outtalad rättsregel.

NJA 1998 s. 364, spärrförbindelse avseende byggnadskreditiv. Fallet gällde frågan om en överlåtten kreditfordran (spärrförbindelse) kunde göras gällande av förvärvaren trots att krediten var uppsagd och kredittagaren försatt i

³⁴ Gösta Walin, *Borgen och tredjemanspant*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1996, s. 140.

konkurs. Skivarp hade ett beviljat byggnadskreditiv av Gigab (sedermera övertaget av Stadshypotek), vari fanns en spärrförbindelse till förmån för Varnäs i egenskap av leverantör till Skivarp. Byggnadskreditivet var säkrat av panträtt för Stadshypotek i den fastighet kreditivet var avsett för, med andrahandspanträtt för Varnäs. Varnäs rätt att lyfta belopp enligt spärrförbindelsen var beroende av att villkoren för lyft enligt kreditivet var uppfyllda och att angivet spärrbelopp inte överskreds och att Varnäs rätt till betalning för leveranser gentemot Skivarp var styrkt genom attest eller dom. På grund av dålig ekonomi och försök till ackordsuppgörelse vägrade Skivarp attestera Varnäs krav på betalning, varpå Varnäs stämde Skivarp på betalning. Byggnadskreditivet sades upp av Stadshypotek med omedelbar verkan innan någon dom föll och innan någon utbetalning till Varnäs skett. Varnäs fick därefter dom på betalning men Stadshypotek vägrade utbetalning på grund av att kreditivet hade upphört. Skivarp försattes därefter i konkurs. Tvistefrågan var således om Varnäs hade en självständig rätt till betalning ur kreditivet då villkoren för spärrförbindelsen var uppfyllda eller om denna rätt var beroende av att kreditivet fortfarande var gällande då Varnäs lyckades styrka sin rätt till betalning, vilket var Stadshypoteks ståndpunkt. Och eftersom Skivarp var försatt i konkurs fanns inget att hämta där, varken för Varnäs som betalningsberättigad leverantör eller för Stadshypotek som kreditgivare. Någon av dessa två skulle få bära den definitiva förlusten av den obetalda köpeskillingen för Varnäs leveranser till Skivarp. Sedd från sakrättslig utgångspunkt var således frågan om Varnäs, som borgenär till Skivarp med krav på betalning för verkställda leveranser, i Skivarfs konkurs skulle undgå förlust genom att kunna utkräva betalningen av Stadshypotek, vilket i sin tur då skulle få hålla sig till panträtten så långt denna skulle visa sig räcka till.

HD hanterade frågan om spärrförbindelsens innebörd som en avtals-tolkningsfråga men inte i termer av någon eventuell gemensam partsvilja eller utfyllnad i enlighet med en antagen partsavsikt. Tolkningen beskrevs på följande sätt,

”Hänsynen till kreditgivaren talar för att han aldrig skall behöva göra någon utbetalning från kreditivet till leverantören och därmed öka sin fordran på byggherren vid en tidpunkt då kreditgivaren bedömer att säkerheten inte längre är betryggande. I konsekvens härmed skulle kreditgivaren inte behöva göra någon utbetalning sedan kredittiden upphört till följd av uppsägning eller av annat skäl. Emellertid ger inte texten i spärrförbindelsen klart besked om att förbindelsen har den innebörden. Det är tvärtom fullt möjligt att läsa spärrförbindelsen så

att leverantören tillförsäkrats en självständig rätt till utbetalning från kreditivet, om han begär lyftning vid en tidpunkt då kredittiden alltjämt löper och kreditgivaren fortfarande finner säkerheten betryggande, förutsatt att leverantören senare kan styrka sin rätt till betalning.”³⁵

Med dessa iakttagelser som bakgrund konstaterade HD att det sistnämnda tolkningsalternativet hade försteg på grund av ”spärrförbindelsens uppenbara syfte att tjäna som säkerhet för leverantören”.³⁶ Denna slutsats bekräftades också enligt HD av hur upphovsmannen till den standardiserade texten, Svenska Bankföreningen, avsett att den skulle tillämpas.

Slutligen skall här nämnas NJA 2000 s. 667 angående regressrätt mellan tredjemanspantstättare. I detta fall hade två tredje män var för sig ställt pant för en gäldenärs förpliktelser gentemot en bank, den ene av dem ett konto i banken med viss behållning på, den andre fastighetspantbrev. Sedan banken tillgodojort sig behållningen på kontot genom pantrealisering samt frisläppt pantbrevet uppstod frågan om regressansvar pantsättarna emellan. Som ett skäl till varför sådant ansvar inte förelåg återopades en klausul i pantförskrivningen,

”I förhållande till banken ger pantförskrivningen inte pantsättaren någon rätt till annan säkerhet som har ställts eller som kan komma att ställas för förpliktelser som omfattas av pantförskrivningen. Beträffande sådan säkerhet får banken sålunda medge ändringar eller friställanden.”³⁷

Detta föranledde en argumentering från svarandesidan om att klausulen innebar avtalsvis bortfall av en eventuell regressrätt. HD höll inte med om detta utan konstaterade helt kort att villkoret enligt sin lydelse endast påverkade förhållandet till banken och därmed inte kunde inverka på förhållandet mellan pantsättarna. Principiellt förelåg regressrätt mellan pantsättarna men på grund av en tidigare särskild uppgörelse dem emellan ogillades ändå talan i målet. HD:s syn på villkorets omfång och tillämpning förvånar knappast då formuleringen inledningsvis, ”I förhållande till banken”, är klar och klausulen förekommer i ett avtal som inte innefattar den andre pantsättaren. Av intresse är dock att Svenska Bankföreningen enligt yttrande i målet ansåg att klausulen borde

³⁵ Ref. s. 373 f.

³⁶ Ref. s. 374.

³⁷ Ref. s. 669.

”tolkas så att en pantsättares möjlighet att inträda i bankens rätt gentemot en annan pantsättare avtalas bort. Innebörden blir därmed att någon subrogationsrätt mellan olika pantsättare inte uppkommer.”³⁸

Bankföreningen var visserligen helt ense med HD om att klausulen endast avsåg förhållandet mellan banken och den enskilde pantsättaren men eftersom föreningen drog den citerade slutsatsen angående subrogationsrätten blev dess ståndpunkt ändå motsatt HD:s. Regressrätten kunde enligt HD riktas mot panten eller om denna inte fanns i behåll, ett motsvarande värde hos pantsättaren (men inte mer). Det innebar att i det fall panten fanns kvar, vilket den gjorde i detta fall, fick regressrätt och subrogationsrätt samma resultat, nämligen en kompensation för utlägget för den andre pantsättaren ur dennes pant. En skillnad skulle uppstå först om det blev fråga om relationen till den andre pantsättarens borgenärer, där subrogationsrätten men inte regressrätten skulle ha sakrättsligt borgenärsskydd, jfr 3 § förmånsrättslagen. Enligt Bankföreningens tolkning skulle således den drabbade pantsättarens regressrätt stå utan den förstärkning som subrogationsrätten kan innebära i de fall den andre pantsättaren har dålig ekonomi. HD lär dock inte ha hållit med Bankföreningen i denna ståndpunkt. HD beskriver nämligen regressrätten som innebärande en rätt att ta den andres pant i anspråk eftersom regressrätten vid tredjemanspantsättning, till skillnad från situationen vid regress flera *borgensmän* emellan, är begränsad till panten eller dess värde.

”Det är därför naturligt att en tredjemanspantsättare normalt är hänvisad till att göra sin regressrätt mot en annan tredjemanspantsättare gällande genom att han inträder – subrogerar – i borgenärens rätt till den pant som den andre har ställt.”³⁹

Med tanke på HD:s lakoniska konstaterande ovan angående klausulens innebörd som endast en reglering mellan den enskilde pantsättaren och banken blir resultatet att HD inte funnit anledning att tolkningsvis fastställa den innebörd Bankföreningen förordat utan tvärtom låta den drabbade pantsättaren också ha en subrogationsrätt till den andres pant. Detta påpekas också av JustR Håstad i en utvecklad mening i domen. Han skriver,

”Eftersom grunden för regressrätten är att tredjemanspanterna häftade solidariskt för samma skuld och borgenären i båda panterna hade företrädare framför pantägarens borgenärer, bör den regressande tredje-

³⁸ Ref. s. 674.

³⁹ Ref. s. 678.

manspantstättaren också åtnjuta sådan prioritet (se t ex 3 kap 47 § sjölagen och 3 § förmånsrättslagen). Han inträder helt enkelt i borgenärens frigjorda rätt.”⁴⁰

Ur tolkningssynpunkt kan HD:s resonemang sägas vara en tillämpning av en objektiv, språkligt inriktad tolkning. Innebörden fastställdes helt utan några referenser till partsavsikt eller andra individuella tolkningsvariabler.

4 Partssyfte eller typsyfte?

Ett återkommande drag i de anförda fallen ovan är att *avtalets syfte* eller *syftet med vissa klausuler* hålls fram som en viktig faktor vid tolkningen. Härvid är det inte fråga om ett enskilt partssyfte som kan fördjupa eller kullkasta innebörden i de använda avtalsformuleringarna, utan om *det typiska syftet för en viss avtalstyp eller klausul*.⁴¹ I samband med utfyllande kompletteringar av avtal brukar det framhållas vilken betydelse avtalstypen har och därmed de typiska syften avtalstypen skall realisera.⁴² Detta typsyfte eller dessa typsyften är viktiga för att rätt utforma de utfyllande regler som skall komplettera avtalet, så att reglerna samverkar för att realisera syftet eller syftena.⁴³ Om till exempel ett förlikningsavtal ingåtts mellan två parter angående användningen av varumärkesskyddade uttryck men avtalet saknar reglering av giltighetstiden, kan en utfyllnad ske med den innebörden att avtalet gäller så länge tvistigheter kan uppstå av just det slag som avtalet syftar till att reglera.⁴⁴ Men då det gäller verklig tolkning av det partsgivna avtalsinnehållet brukar å andra sidan det specifika i detta material framhållas. Det blir inte så mycket fråga om att ställa upp regler användbara bortom det enskilda avtalet utan snarare att hitta ”den rätta” innebörden för avtalet eller vanligen vissa delar av detta. Ibland kanske det till och med föreligger en viss motsättning mellan beaktandet av typsyftet respektive partssyftet och vad som bör komma först eller få dominera synen på avtalet. I NJA 2003 s. 128 gällde frågan vilket omfång en efterställnings-

⁴⁰ Ref. s. 680.

⁴¹ Avtalstypens syfte som tolkningsfaktor påpekas i UNIDROIT Principles Arts. 4.3(d) och 4.8(b), liksom i Principles of European Contract Law (PECL) Art. 5-102(c). Vid tolkningen skall ”the nature and purpose of the contract” beaktas, men det kommer dock långt ner på listan över faktorer som skall beaktas.

⁴² Se Axel Adlercreutz, Avtalsrätt II, 5 uppl., Juristförlaget i Lund 2001, s. 15 ff., densamme, Något om tolkning av bankgarantier, Festskrift till Kurt Grönfors, Norstedts Förlag, Stockholm 1991, s. 2, Kurt Grönfors, Tolkning av fraktavtal, passim, och Bert Lehrberg, Avtalstolkning, 4 uppl., IBA Institutet för bank och affärsjuridik AB, Uppsala 2006, s. 100 ff. och 136 ff.

⁴³ Jfr Lennart Vahlén, Avtal och tolkning, Norstedts Förlag, Stockholm 1960, s. 193 ff.

⁴⁴ Se NJA 1992 s. 439.

klausul i ett kreditavtal skulle anses ha i samband med ackordsförhandlingar. I klausulen angavs endast att efterställning gällde vid konkurs och likvidation vilket medförde att olika uppfattningar förelåg huruvida efterställning även gällde vid ackord. HD valde en mera partsinriktad tolkning utifrån ordalydel- sen och vad som kunnat vara partssyftet för formuleringen och fann att ackord inte omfattades. Detta har kritiserats för att vara en orealistisk infallsvinkel.⁴⁵ HD borde snarare ha fäst avseende vid villkorets typiska funktion av att vara en reglering av borgenärernas inbördes positioner generellt sett, även omfat- tande ackordssituationen. Lindskog sammanfattar kritiken på följande sätt:

”Från en mer allmän metodsynpunkt är ägnat att förvåna att HD fäst vikt vid hypotetiska och subjektiverade partsviljor (och då endast den ena sidans, nämligen borgenärernas) vid tolkningen av vad som framstår som ett massavtal. Tillvägagångssättet ligger farligt nära fiktionen. Riktigare hade, som jag ser det, varit att angripa tolknings- frågan med en mer objektiv approach innebärande att avgörande betydelse hade knutits till det ifrågavarande villkorets typiska syfte och funktion.”⁴⁶

Twistesituationen i fallet var inte sakrättslig men snubblande nära då ju avgörandet påverkade borgenärernas inbördes förhållande i högsta grad och Lindskogs kritik ligger väl i linje med hur HD hanterar tolkningsfrågan i de panträttsliga fallen ovan.

En annan iakttagelse på temat objektiv tolkning är att för två av fallen ovan, NJA 1923 s. 258 och NJA 1995 s. 197, har olika författare uppfattat HD:s domskäl som uttryck för en tillämpning av oskrivna rättsregler, i det äldre fallet en avtalsrättslig ogiltighetsregel och i det senare en nyuppfunnen regel angående rättsverkan av motförbindelser och säkerhet i samband med kreditförsäkring. Detta framstår som mindre troligt vid en närmare läsning av HD:s domskäl. Det närmast liggande är att det handlar om avtalstolkning men att HD inte uttryckt detta i traditionella ordalag, vilket i sin tur kan få sin förklaring av att det i fallen finns en tydlig koppling till det sakrättsliga utfallet i konkurrensen olika borgenärer emellan.

Avslutningsvis kan sägas att det inte är särskilt märkligt att tolkningen av pantavtal får en mera objektiv prägel än tolkning av många andra avtal som inte har så tydliga sakrättsliga verkningar och att detta övervägande är positivt. Det finns en strävan efter objektivitet i insolvensrättslig och sakrättslig rättstillämp-

⁴⁵ Stefan Lindskog, Efterställda fordringar, JT 2003-04 s. 114.

⁴⁶ Stefan Lindskog, Efterställda fordringar, JT 2003-04 s. 118.

ning som går ut på att finna lösningar som avväger motstridiga borgenärsintressen av många olika slag. Den sakrättsliga tvistesituationen inkluderar typiskt sett fler intressen än den typiska avtalstvisten gör. Detta bör föranleda en objektivisering av regeltillämpningen liksom avtalstolkningen på sådant sätt att insolvenshanteringen främjas vad gäller genomförande och acceptans hos berörda intressenter.

Pantsättning av fordran på EU-stöd

GÖRAN MILLQVIST*

1. Frågeställning

En vanlig metod för finansiering av jordbruksrörelse är belåning av kommande offentliga stöd som utgår till jordbruksnäringen. Proceduren för den enskilde lantbrukarens ansökan och beviljande/utbetalning av stödet kan emellertid vara utdragen och inte möjlig att samordna med rörelsens kapitalbehov över tiden, varför en kreditgivning baserad på kommande stöd som säkerhet är viktig.¹ Genom EU:s jordbruksstöd har det ekonomiska stödet till jordbruksnäringen fått en stor omfattning och är sedan länge en väsentlig del av rörelsefinansieringen för alla slags jordbruk, samtidigt som procedurreglerna kring de olika stöden blivit omfattande och delvis tungarbetade. Men är förutsättningarna för stöd uppfyllda av den enskilde lantbrukaren utgör fordran på stödet en säker fordran som kreditgivare kan belåna fullt ut. Detta förutsätter dock att en samordning föreligger mellan de offentligrättsliga regelverken för stödhanteringen och civilrättens (sakrättens) och insolvensrättens hantering av pantsättning och överlåtelse av fordringar, så att kreditsäkerheten verkligen kan tas i anspråk då det behövs. Det krävs tydliga regler för *om* stöd kan beviljas och *om* kreditgivare kan göra fordran gällande i egenskap av panthavare eller förvärvare.

I målet Ö 4027-15, av den 22 juni 2016, har Högsta domstolen (HD) haft anledning att något fundera över dessa omständigheter i en s.k. hissprövning enl. 56 kap. 13 § rättegångsbalken. Målet gällde frågan i vad mån en pantsättning/säkerhetsöverlåtelse av en fordran på bidrag (EU-stöd) var sakrättsligt fullgången senast vid bidragstagarens konkursutbrott. HD ansåg att så var fallet och förklarade att kreditgivaren/panthavaren "fått sakrättsligt

* Professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

¹ Jordbruksverket tillhandahåller t.o.m. en särskild blankett för ändamålet, "Överlåtelse/pantsättning – av framtida fordran av jordbrukar- och landsbygdsstöd".

skydd för fordringen på det aktuella jordbruksstödet genom *ansökningen, pantsättningen och underrättelsen*” (denuntiation till Jordbruksverket).²

2. Närmare om problemet och tingsrättens behandling

I fallet hade en lantbrukare pantsatt två ansökningar om stödbidrag (EU-stöd) till Landshypotek Jordbrukskredit AB.³ Ansökningarna hade skett till länsstyrelsen och Jordbruksverket hade underrättats (denuntierats) om förskrivningen. Efter det att länsstyrelsen beviljat ansökningarna men innan Jordbruksverket beslutat om utbetalning försattes lantbrukaren i konkurs. Jordbruksverket valde att nedsätta beloppet hos länsstyrelsen enligt lagen (1927:56) om nedsättning av pengar hos myndighet eftersom både konkursboet och Landshypotek gjorde anspråk på det.

I fastställelsealan begärde Landshypotek att tingsrätten skulle förklara att Landshypotek hade bättre rätt till det nedsatta beloppet än konkursboet, vilket boet bestred och yrkade för egen del att boet skulle anses ha bättre rätt. Tingsrätten ville i anledning härav ha svar från HD på följande fråga: *Har Landshypotek, i första hand genom överlåtelse och denuntiation eller i andra hand genom överlåtelse, denuntiation och länsstyrelsens beslut att bevilja EU-stöd, erhållit en sakrättsligt verksam och intjänad rätt till den på staten förvärvade fordran på EU-stöd?* Frågan var således vid vilken tidpunkt panträtten blev sakrättsligt fullbordad så att Landshypotek kunde återopa förmånsrätt enligt 4 § 2 p. förmånsrättslagen (1970:979) och få beloppet utbetalt till sig.⁴

Tingsrätten redovisade utförligt förutsättningarna för de stöd lantbrukaren sökt och hur beslutsgången ser ut hos länsstyrelse och Jordbruksverket. Detta behöver inte upprepas här annat än att det rör sig om ett delat beslutsystem med först en materiell prövning och beviljandebeslut av länsstyrelsen, följt av en administrativ, formell kontroll och beslut om utbetalning

² HD:s avgörande, mina kursiveringar. Beslutet var enhälligt.

³ Det påpekas i referatet att säkerställandet rubricerats som säkerhetsöverlåtelse men detta har uppenbarligen inte medfört några särskilda överväganden, panträtsregler har tillämpats. Parterna var ense i tingsrätten om att rättshandlingen skulle ”ses som en pantsättning genom säkerhetsöverlåtelse”, Värmlands tingsrätt, T 5427-14, 2015-07-30, s. 4.

⁴ Numera 4 § 3 p. Förmånsrättslagen ändrades genom SFS 2015:865, på det sättet att den tidigare 2 p. i 4 § blev 3 p., pga. av ett nytt påpekande i 2 p. om särskild förmånsrätt för säkerheter enligt den s.k. Kapstadskonventionen, se lagen (2015:860) om internationella säkerhetsrätter i lösa saker.

av Jordbruksverket.⁵ Tingsrätten preciserade därefter parternas inställning. Landshypotek ansåg att dess panträtt blivit sakrättsligt fullbordad då Jordbruksverket denuntierades därom och i vart fall sedan länsstyrelsen beslutat bevilja stödet (vilket skedde efter denuntiationen). Konkursboet menade att fullbordanstidpunkten låg senare, närmare bestämt vid Jordbruksverkets utbetalningsbeslut. Först då var fordran tillräckligt fullgånngen för att kunna vara föremål för sakrättsligt skyddad panträtt för Landshypotek. Frysningssprincipen innebar då att Landshypotek inte hade någon förmånsrätt i konkursen eftersom fullbordanstidpunkten låg efter konkursutbrottet. Efter påpekande av tingsrätten av hur viktigt det var för såväl lantbrukare som deras kreditgivare att detta problem löstes överlämnades hissfrågan till HD.

3. Frågans behandling i HD

Som framgått inledningsvis gick HD på Landshypoteks linje och besvarade den ställda frågan med att *redan en ansökan om stöd kan vara föremål för verksam pantsättning*, om pantsättningen denuntieras gäldenären i enlighet med 31 § 1 st. skuldebrevslagen. Skälet till detta ställningstagande var att en fordran av det slag som var aktuell i målet, med HD:s ord, ”i sakrättsligt hänseende [kan] anses som tillräckligt bestämd redan vid ansökan om stödet, dvs. innan länsstyrelsen har beviljat stödet”.⁶ Enligt allmänna grundsatser gäller enligt HD att sakrättslig verkan av pantsättning av fordringar inträder först när aktuell fordran är ”tillräckligt bestämd”, innan dess har fordringen inget reellt förmögenhetsvärde.⁷ I detta fall rörde det sig om en typ av fordran som baseras på ett normstyrt ansökningsförfarande som inte ger utrymme för några skönsmässiga bedömningar eller mera allmänna lämplighetsövertåganden. Därmed sker tillräcklig bestämning redan vid ansökningsen. Och det gäller även om ansökan skulle behöva kompletteras eller sökt belopp är för stort enligt reglerna. Pantsättningen påverkas inte härav, endast panträttens värde.

⁵ Regelverket bestod i detta fall av förordning (2004:760) om EU:s direktstöd till jordbrukare m.m., förordning (2007:481) om stöd för lantbruksutvecklingsåtgärder, Statens Jordbruksverks föreskrifter (SJVFS) (2010:4) om direktstöd, SJVFS (2007:42) om kompensationsbidrag, miljöersättningar och miljöinvesteringar, SJVFS (2007:43) om allmänna råd om företagsstöd och projektstöd samt SJVFS (2009:90) om ansökan om vissa jordbruksstöd och landsbygdstöd.

⁶ HD:s beslut p. 8.

⁷ HD:s beslut p. 7.

4. Några synpunkter i anledning av HD:s ställningstagande

HD väljer att formulera ”den allmänna grundsatsen” som är tillämplig här med att fordran är *tillräckligt bestämd*. När det gäller att bedöma effekterna av olika dispositioner över fordringar och rättigheter (immateriella värden över huvud taget), är det en återkommande fråga vad dispositionen egentligen omfattar. En för tidigt genomförd pantsättning kan visa sig vara värdelös för panthavaren eftersom panten inte har något ekonomiskt realiserbart innehåll vid den kritiska tidpunkten (typiskt sett vid pantsättarens konkursutbrott), utan ”uppstår” först senare, om den alls kommer till stånd. Uttrycket *tillräckligt bestämd* såsom rekvisit för en sakrättsligt fullbordad disposition över fordran inkluderar ett krav på att fordran också kommer till stånd i tid. En framtida fordran, exempelvis på successivt förfallande betalningar (hyra, leasingavgifter, successiv betalning för entreprenadarbeten etc.) kan i och för sig pantsättas i den meningen att pantsättningen utgör en bindande rättshandling mellan pantsättare och panthavare men panten är ”tom” (utan värde) fram till dess en reell (indrivningsbar) fordran mot en förpliktad gäldenär föreligger.⁸ Om fordran inte uppnått detta stadium, helt eller delvis, vid den kritiska tidpunkten har panthavaren inget värde att göra gällande panträtten i. I tidigare rättsfall, som HD också åberopar i detta fall, har det rört sig om fordringar som uppstår successivt efter hand som motprestation erläggs eller utförs och avgörande har därvid varit att fordran ”intjänats” eller, som vid hyra, blivit definitiv på grund av tiden, före den kritiska tidpunkten.⁹ En särskild situation förelåg i NJA 1953 s. 465, som HD hänvisar till som kontrast till förutsättningarna i det aktuella fallet för fordrans uppkomst. I 1953 års fall var en förutsättning för stöd att sökanden visade ”särskilt ömmande omständigheter”, utöver bestämda formella krav, för att kunna beviljas stöd, vilket innebar att någon fordran förelåg först i och med beviljandebeslutet. HD tillämpade de nu aktuella grundsatserna med följande ordalag.

”Med hänsyn till arten av dylik ersättning och villkoren för dess erhållande må utmätning ej, såsom i förevarande fall skett, företagas redan innan likvidationsnämnden beslutat om tillerkännandet av ersättningsbelopp. I fråga om pantsättning måste däremot, såsom HovR:n funnit, anses gälla att, även om pantförskriv-

⁸ Se Gösta Walin, Göran Millqvist, Annina H. Persson, Panträtt, 3 uppl., s. 192, 200 f., 212 och 214.

⁹ HD åberopar NJA 1973 s. 635, det s.k. skogskörslomålet, och NJA 1995 s. 157, överlåtelse av hyra.

ning och underrättelse därom skett tidigare än nyss sagts, giltig panträtt i vart fall föreligger, sedan beloppet utanordnats av nämnden.”

Någon disponibel, indrivningsbar fordran förelåg först i och med beviljande beslutet men det hindrade inte en förtida pantsättning som fullbordades i och med beslutet. På liknande sätt resonerade den norska Høyesterett i Rt. 1999 s. 2073.

Med andra ord är den avgörande frågan när fordran uppstår, en fråga som dyker upp i många olika situationer förutom i den nu aktuella, till exempel då det ska avgöras vilka fordringar som ska omfattas av företagsrekonstruktion eller skuldsanering, som får delta vid ackord, om kvittning kan ske i konkurs, vid återvinning enligt 4 kap. 5 § konkurslagen och vid beräkning av preskriptionstid. Det finns fler exempel.¹⁰

Viktigt att notera i detta sammanhang är att HD i beslutet hänvisar till NJA 2009 s. 294, vari domstolen förklarat att fastställandet av fordrans uppkomst inte avgörs av någon generell, materiell princip, såsom ”första rättsfaktumets princip”, ”den väsentliga grunden” eller liknande, utan av en prövning i det enskilda fallet baserad på det reella syftet för den bestämmelse som är aktuell. I det aktuella beslutet innebär detta att stödregleringen undersöks vad gäller tillkomsten av en fordran på staten baserad på bidragsansökan. Denna tidpunkt ligger tidigt i processen eftersom reglernas utformning innebär att det räcker med en ansökan av behörig sökande för att den ska kunna beviljas.

En annan fråga, som dock inte var aktuell i målet, är i vad mån den denuntiation som skedde till Jordbruksverket eventuellt kunde ifrågasättas. Kravet är ju enligt 31 § 1 st. skuldebrevslagen, att *gäldenären* ska underrättas om åtgärden, vilket tidigare har föranlett problem då staten är gäldenär. Staten som gäldenär är ett i vissa avseenden svårfångat subjekt. I NJA 2005 s. 871 visade sig den företagna denuntiationen ha skett till fel företrädare för staten och var därmed inte verksam för fullbordan av panträtt i framtida fordran. Ett bolag hade motsatt sig Kronofogdemyndighetens ansökan om konkurs och vann i tingsrätten, vilket medförde att staten skulle ersätta bolaget för rättegångskostnaderna. Kronofogdemyndigheten utmätte omedelbart denna fordran men bolaget motsatte sig detta eftersom man dagen innan förhandlingen hade pantsatt den eventuella, framtida fordringen på

¹⁰ Jfr Jakob Heidbrink, Tankar om kontraktfordringars uppkomst, JT 2010/11 s. 858 och Mårten Schultz, Skadeståndsfordrans uppkomst, JT 2010/11 s. 870, även Stefan Lindskog, Betalning, 2014, s. 81 f.

kostnadsersättning till sitt ombud som säkerhet för ombudsarvodet. Ombudet hade denuntierat Skattemyndigheten härom eftersom grunden för konkursansökan var skattefordringar på bolaget. HD ansåg dock att det på grund av utformningen av reglerna för statens ansökan om konkurs, var Kronofogdemyndigheten, i egenskap av processförare enligt dåvarande 15 § lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m., som skulle ha denuntierats, inte Skattemyndigheten. Underrättelsen hade således gått till fel instans inom staten och det innebar bristande sakrättsligt skydd för panträtten. I det aktuella fallet har tydligen ingen ifrågasatt Landshypoteks denuntiation till Jordbruksverket och det verkar också rimligt att uppfatta verket som gäldenär för statens räkning eftersom utbetalningsbeslut och faktisk utbetalning verkställs av verket. Frågan är dock vad bedömningen blivit om underrättelsen gått till länsstyrelsen istället. En länsstyrelse är onekligen en företrädare för staten också och borde väl i den egenskapen kunna motta en denuntiation av detta slag med den verkan att 31 § 1 st. skuldebrevslagen skulle anses uppfylld. Mot denna tanke står dock att motivet för det legala kravet på denuntiation främst är att gäldenärens betalningslegitimation ska påverkas så att betalning med befriande verkan endast kan ske till den utpekade nye innehavaren av fordran. Efter beviljandebeslut släpper länsstyrelsen ärendet och detta övergår för hantering till Jordbruksverket. Det synes därmed rimligt att anta att en verksam denuntiation ska ske till verket endast.

Skadeståndsansvar för panthållare som utlämnar pant till pantsättaren utan panthavarens vetskap

1. Inledning

Det torde länge ha varit en allmänt omfattad uppfattning bland dem som haft anledning fundera på saken, att den tredje man, som avses i lagen 1936:88 om pantsättning av lös egendom som innehaves av tredje man, som inte respekterar en under rättelse enligt lagen utan lämnar ut pantegendomen till pantsättaren, är skadeståndsansvarig gentemot panthavaren. Denna förmodan har nu också visat sig riktig enligt en dom från *HD* av den 14 september 1998 mål nr T764/96.

Pantsättningslagen kompletterar både 10 kap. HB och skuldebrevslagen genom att möjliggöra sakrättsligt verksam panträtt i lös egendom utan tradition av panten i de fall denna finns hos en tredje man och kvarstannar där även efter pantförskrivningen. Denuntiation till tredje mannen ersätter enligt lagen det generella traditionskravet enligt 10 kap. 1 § HB och 22 § 1 st. skuldebrevslagen. För att denna metod med denuntiation till besittande tredje man skall fungera och inte endast utgöra en fiktion¹ måste förutsättas att denuntiationen har rättsverkan inte bara för pantsättaren, utan även för tredje mannen. Hans förhållande till egendomen måste förändras på det sättet att han efter mottagen denuntiation inte längre är berättigad att frigöra sig genom utlämnande av egendomen till pantsättaren, utan därefter har att hålla sig till panthavaren vad gäller dispositioner över egendomen. Detta förutsätter i sin tur att sanktioner måste kunna riktas mot tredje mannen om han inte respekterar denuntiationen, i sista hand att skadeståndsansvar kan utkrävas för ett

¹ Det kan nämnas att *HD* tagit direkt avstånd från att införa ett denuntiationskrav i situationer där det enda syftet med detta skulle vara att upprätthålla ett formellt krav på sakrättsligt moment, se *NJA* 1979 s. 451 (överlåtelse av avverkningrätt enl. 7 kap. 3 § JB).

agerande som medför att panthavaren förlorar panträtten. Denna effekt av denuntiation enligt lagen framgår dock inte av lagtexten och frågan kan därmed resas vari rättsgrunden för ansvar egentligen består.

2. Fakta i målet

I mitten av januari 1990 pantförskrev Morgongåva Invest AB en värdepappersdepå hos dåvarande Sparbanken Första AB, till Union Eurocredit AB, som säkerhet för lån om 500 000 kr. Eurocredit denuntierade banken genom att översända pantförskrivningen, vilket denna noterade. Förskrivningen var generell och avsåg samtliga dåvarande och blivande värdepapper i depån jämte fordran med ränta på anknutet konto. På uppdrag av pantsättaren Morgongåva överfördes i början av februari 1991, av misstag enligt banken, depåns hela innehåll till ett värdepapperskonto i Nordbanken som disponerades av Morgongåva. Varken banken eller Morgongåva upplyste Eurocredit härom. Morgongåva löste inte lånet på förfallodagen den 1 januari 1991. Efter resultatlösa påminnelser under januari vände sig Eurocredit till banken för att efterhöra depåns värde. Så småningom erhöll Eurocredit en depåförteckning som utvisade att värdet var noll. Diverse kontakter mellan de tre inblandade parterna och försök att rätta till situationen genom att förmå Morgongåva att lösa lånet alternativt återlämna panten förekom därefter, med endast delvis framgång. I början av september 1991 försattes Morgongåva i konkurs utan att saken klarats ut och Eurocredit blev nödlidande i konkursen. Eurocredit vände sig därpå med ersättningskrav mot banken.

Under tiden mellan pantsättningen och tömningen av depån hade de aktier som låg i depå övergått till att omfattas av aktiekontolagen (1989:827), vilket dock inte hade någon inverkan på bedömningen av bankens ansvar.

3. Domstolarna

Eurocredits käromål angående skadeståndsskyldighet för banken gillades i samtliga instanser. HD hänvisade till förarbetena, NJA II 1936 s 93 och 159 ff, och pekade på att pantsättningslagen inte förutsätter att tredje man åtar sig att hålla panten reserverad för panthavarens räkning eller för övrigt att det endast på grund av pantsättsförhållandet skulle åligga tredje man förvaringsplikt eller vårdplikt angående panten. Däremot följer av denuntiationen enligt HD en anvisning om att tredje man inte får lämna ut panten till pantsättaren, vilket är av central betydelse för denuntiationens sakrättsliga verkan. En panträtt skulle inte vara mycket värd för panthavaren om det förhöll sig så att tredje man utan påföljd kunde lämna ut panten till pantsättaren trots att tredje man var medveten om pantsättningen. En konsekvens härav måste enligt HD vara att panthavaren har rätt till ersättning av tredje man för den förlust som uppstår om panten lämnas ut. Med underkännande av bankens invändningar om bristande adekvans, bristfällig begränsning av skadan från Eurocredits sida samt inträdd preskription enligt 18 kap. 9 § HB, ålades banken därmed ersättningsskyldighet motsvarande de pantsatta aktiernas värde vid utlämnandetid-

punkten. I tingsrätten, vars domslut fastställdes i denna del, påpekade domstolen även att det inte framkommit att aktierna skulle haft något lägre värde i tiden mellan utlämnandet och Morgongåvas konkurs.

4. Synpunkter på ansvarets karaktär

HD:s dom är knappast anmärkningsvärd utifrån vad som baserat på förarbetena till pantsättningslagen antagits i litteraturen sedan lagens tillkomst. Tvärtom bekräftar den det skadeståndsansvar som angetts gälla i fall av tredje mans felaktiga utlämnande av pantsatt egendom till pantsättaren.² Lagrådet uttalade vid granskningen av lagförslaget att den konstruktion som valts, med möjlighet till verksam denuntiation från antingen pantsättaren eller panthavaren oberoende av på vilka grunder tredje man innehade egendomen, tvingar in denne i ett rättsläge, "som ställer vissa krav på ett omdömesgillt förfarande från hans sida och som, därest han icke handlar med tillbörlig omsikt, möjligen kan ådraga honom ersättningsskyldighet."³ Lagrådet ville på grund härav ändra förslaget så att endast denuntiation från pantsättaren skulle ge sakrättslig verkan, vilket dock dep.chefen ansåg vara ett onödigt långtgående fornkraft. Det borde räcka med att kräva uppvisande av skriftlig pantförskrivning i de fall panthavaren var den denuntierande. Dep.chefen påpekade i ansvarsfrågan att det låg i förhållandets natur att tredje man inte bara var berättigad utan även förpliktad att endast lämna ut panten till panthavaren om tredje mans förvaringsplikt upphörde under pantsättningstiden.⁴

Vid ett närmare påseende är det dock inte kristallklart vari rättsgrunden för ansvar egentligen står att finna. Det föreligger normalt sett inget uppdragsförhållande mellan tredje man och panthavaren, i vart fall behöver inget sådant uppdrag föreligga, varför ansvaret knappast har kontraktuell grund. Tredje man är inte att jämföras med en panthavare när det gäller dennes skyldigheter och ansvar enligt 10 kap. 3 och 4 §§ HB, varför dessa regler inte utgör något omedelbart stöd för ansvar. Och på rent utomobligatorisk grund kan noteras problemen med ren förmögenhets-skada (2 kap. 4 § skadeståndslagen) och avsaknaden i detta fall av uttryckliga ansvarsregler som täcker även dessa skador. Grunden består enligt HD snarast i ett sakrättsligt färgat konsekvensresonemang som är nödvändigt för att ge stadga åt pantsättningslagens syfte att möjliggöra sakrättsligt verksam pantsättning av lös egendom i tredje mans besittning genom denuntiation till denne. Det torde därmed röra sig om ett fristående ansvar för denna särskilda situation, som medföljer som en outtalad rättsverkan av denuntiationen och som möjligen kan beskrivas som ett "typiserat culpaansvar". "Typiserat" på grund av att ansvarets inträde förutsätter att tredje man åsidosätter en klar denuntiation om att den egendom han står i begrepp att lämna ut är pantsatt till någon som inte är identisk med den som begär ut

² Se *Håstad*, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., Stockholm 1996, s. 295 och *Lennander*, Pant-havares skyldigheter vid pantavtal om lös egendom, Stockholm 1977, s. 201 f.

³ Prop. 1936:2 s. 52.

⁴ A. prop. s. 66.

egendomen. Lämnas egendomen verkligen ut ligger här typiskt sett en oaktsamhet som tredje man får svara för. Answarets omfång anges av HD med att det avser ”den ekonomiska förlust [panthavaren] lider, om egendomen lämnas ut”. Här hänvisar HD även till vad som gäller enligt 10 kap. HB i fall då en handpanthavare åsidosätter sina skyldigheter. Det är således pantens värde som skall ersättas på det sättet att panthavaren skall ha täckning motsvarande vad han kunnat få ut genom en realisering av pantens förmögenhetsvärde om denna funnits kvar då pantrealisation aktualiserades. För exempelvis pantsatta aktier blir det således dessas börsvärde vid den tidpunkt då de tidigast kunnat tas i anspråk av panthavaren.

Göran Millqvist

SÄKERHETSÖVERLÅTELSE OCH ANNAN KREDITSÄKERHET

NJA 1952 s. 256 och 1949 s. 744

– säkerhetsöverlåtelse och 37 § avtalslagen

GÖRAN MILLQVIST

1. Inledning

Sedan den 1 januari 2004 ställer svensk rätt upp andra förutsättningar för särskilt bankernas kreditgivning till näringsidkare än tidigare. Företagshypoteket är avskaffat som kreditsäkerhet och ersatt av en ny form av företagsinteckning¹. Den väsentliga skillnaden i rättsverkningar mellan dessa två är att hypoteket hade särskild förmånsrätt enligt 5 § 2 p. förmånsrättslagen (FRL 1970:979), medan inteckningen har allmän förmånsrätt enligt 11 § FRL i ny lydelse. Denna lagändring har medfört att intresset från kreditgivare har ökat för de andra former av kreditsäkerhet med inriktning på specifik egendom som svensk rätt tillhandahåller och utnyttjandet lär också ha ökat i motsvarande mån. Detta gäller handpanträtt, återtagandeförbehåll, leasing och factoring. Även *säkerhetsöverlåtelse* i olika former av befintliga rörelsetillgångar lär ha ökat, vilket medför att de tillämpningsfrågor angående denna rättsfigur som tidigare diskuterats i litteraturen och i någon mån varit föremål för prövning i högsta instans har fått ny aktualitet. Det kan därför vara av intresse att i ett sammanhang som detta uppmärksamma säkerhetsöverlåtelser i ljuset av 37 § avtalslagen (AvtL 1915:218) angående förbud mot förverkande av säkerhet, *lex commissoria*, i pantavtal och säkerhetsöverlåtelser och rättspraxis i anslutning till detta stadgande.² Det skall dock omedelbart konstateras att det senaste avgörandet från Högsta domstolen avseende 37 § AvtL är från 1952! Säkerhetsöverlåtelser som kreditsäkerhetsmetod finns dock representerad i väsentligt nyare HD-praxis, från 1990-talet.

¹ Lag 2003:528 om företagsinteckning. Prop. 2002/03:49, bet. 2002/03:LU17, rskr. 2002/03:222.

² 37 § Förbehåll att pant eller annan säkerhet skall vara förverkad, om den förpliktelse för vars fullgörande säkerheten ställts icke rätteligen fullgöres, är utan verkan. Lag (1976:185). *Lex commissoria* utgjorde tidigare andra stycket i 37 § men blev ensam kvar i samband med införandet av generalklausulen i 36 § genom SFS 1976:185. Prop. 1975/76:81, LU1975/76:21, rskr. 1975/76:238.

2. Några rättsfall

Så kallad sale and lease-back utgör nutida exempel på säkerhetsöverlåtelse med återförhyrning av lösöre i svensk rätt. Sådana transaktioner förekommer avseende både små och stora objekt, mindre maskiner och fordon, likaväl som trafikflygplan och stora anläggningstillgångar. Exempel härpå från rättspraxis är å ena sidan de bormaskiner och andra maskiner för trämöbeltillverkning som var säkerhetsöverlåtna i NJA 1998 s. 379, och å andra sidan den flytdocka om 195 m, med en maximal dockningsbredd om 32,5 m, som var föremål för en säkerhetsöverlåtelse i NJA 1997 s. 660. I 1998 års fall var kreditgivaren en enskild fysisk person som lämnat kredit till möbeltillverkaren och i 1997 års fall var det fråga om ett renodlat finansieringsföretag. I båda fallen saknade dock köparen/kreditgivaren borgenärsskydd avseende förvärven av objekten på grund av att varken tradition eller lösereköpsförfarande iakttagits, varför frågan om försäljningsavtalens rätta hemvist inte blev aktuell att avgöra.³ Säkerhetsöverlåtelser ingår i dessa fall i ett kreditupplägg som en metod för direkt avpassad real-säkerhet för den aktuella krediten, men den förutsätter således iakttagande av nödvändigt sakrättsmoment. Omvänt kan sägas att krediten i många fall är helt avhängig den överlåtna säkerheten genom att köparen/kreditgivaren är beredd att bevilja en så stor kredit som motsvarar säkerhetens omsättningsbara värde. Syftet för överlåtelserna torde dock i dessa olika fall inte råda någon tvekan om. Köparens intresse i det förvärvade objektet är uteslutande betingat av dess kvalitet som säkerhet och därmed dess omsättningsbarhet för den händelse säljaren/kredittagaren inte löser sin förpliktelse i avsedd ordning. Det är en nödvändig förutsättning för att säkerhetsöverlåtelse skall föreligga att säljaren har en återlösenrätt till egendomen ifråga och att således köparens förvärv betingas av säkerhetsbehovet, inte någon önskan om tillgång till egendomen som sådan.⁴ Säkerhetsöverlåtelse kan också avse annan egendom än lösöre, såsom fordringar av olika slag, och utgör ofta en viktig del i factoringavtalets uppbyggnad. De särskilda frågor som aktualiseras i samband med factoring och annan överlåtelse av fordringar tas dock inte upp i detta sammanhang.⁵

I NJA 1952 s. 256 rörde det sig om en affär avseende en personbil och en viktig fråga var om affären skulle anses utgöra en omsättningsöverlåtelse eller en säkerhetsöverlåtelse. Huvudfrågan var dock om köparen bort inse att säljaren inte hade haft rätt att förfoga över bilen genom försäljning eftersom denna endast var förhyrd. Hyrestagaren hade överlåtit bilen till köparen för 8 100 kr,

³ Se om fallen Millqvist, *Sakrättens grunder* (3 uppl., Stockholm 2003), 104 ff. I NJA 1998 s. 379 ansågs visserligen köparen ha uppnått borgenärsskydd senare på grund av konkursförvaltarens agerande men det bortses från här.

⁴ Se Helander, *Kreditsäkerhet i lös egendom. Sakrättsliga spörsmål* (Akad.avh. Stockholm, 1983), 583.

⁵ Se härom särskilt diskussionen hos Helander, 698 ff. med hänv.

med villkor om återköpsrätt inom en vecka för 8 600 kr. Säljaren hade förklarat för köparen att han behövde pengar för en affär. Den tidigare ägaren hävdade att överlåtelsen i realiteten utgjorde en pantsättning som säkerhet för försträckning, att bilen var värd 12 000 kr vid överlåtelsestillfället samt att återköpsvillkoret stod i strid mot 37 § andra stycket AvtL. Häremot invände köparen att det endast varit tal om ett verkligt köp mellan parterna, att säljaren varit införstådd med att bilen skulle säljas vidare efter återköpstidens utgång samt att bilen inte var värd mer än 8 100 kr.

Den tidigare ägaren förlorade i Rådhusrätten gentemot köparen. Domstolen ansåg att köparen gjort ett godtrosförvärv samt att den tidigare ägaren inte styrkt att försäljningsavtalet avsett något annat än en verklig överlåtelse av bilen. Hovrätten ändrade detta till ägarens fördel. Köparen hade eftersatt tillbörlig aktsamhet vid köpet av bilen och var därför ersättningsskyldig gentemot ägaren för bilens fulla värde. Högsta domstolens majoritet, tre justitieråd, ändrade dock tillbaka och fastställde Rådhusrättens domslut, med motiveringen att köparen inte eftersatt tillbörlig aktsamhet vid kontroll av säljarens behörighet och att köpet var ett omsättningsköp. Köparens rätt stod sig därför mot den förre ägarens krav. Vad gällde förvärvets karaktär pekade majoriteten på att bilens saluvärde knappast översteg vad som påståtts från köparen, att denne var yrkesmässig bilhandlare och inte fått veta mer om anledningen till försäljningen än att säljaren behövde pengar för en annan affär. Majoriteten ansåg att det inte kunde antagas, att i verkligheten avtalet utgjort icke, såsom däri angives, ett villkorligt omsättningsköp utan försträckning med bilen som säkerhet för därmed förknippad betalningsförpliktelse eller att det eljest varit av sådan beskaffenhet att 37 § andra stycket avtalslagen är tillämpligt.⁶ I denna del var dock JustR Karlgren skiljaktig, med instämmande av JustR Ericsson. Karlgren ansåg omständigheterna talade för att det rörde sig om en kreditgivning mellan parterna och han fann att även om återköpstiden gått ut kunde inte villkoret medföra att bilen fritt kunde säljas av köparen utan denne hade en panthavares redovisningsskyldighet för bilen eller dess värde gentemot den tidigare ägaren (denne hade övertagit säljarens rätt gentemot köparen) i enlighet med principen i 37 § AvtL. Detta innebar enligt Karlgren att köparen skulle redovisa ett mindre överskott till den tidigare ägaren om 1 707 kr 50 öre, utgörande mellanskillnaden mellan återköpspriset 8 600 kr och vad bilen inbringat netto vid vidareförsäljning 10 307 kr 50 öre.

I NJA 1949 s. 744 hade däremot käranden framgång med 37 § AvtL. Även detta fall rörde en bil och tillämpning av 37 § AvtL innebar att ”köparen” var redovisningsskyldig gentemot ”säljaren” för den aktuella personbilen. Bilen hade sålts för 6 000 kr under villkor bland annat ”säljaren” skulle ha ”rätt att intill den 31 maj 1948 återköpa den sålda bilen till ett pris av 6 000 kr”, att ”säl-

⁶ Ref. s. 260.

⁷ Ref. s. 744.

jaren” vid återköp skulle betala garagehyra för bilen samt att bilen inte skulle användas av ”köparen” under tiden. Efter återköpsdatum passerat utverkade ”säljaren” förlängning av tiden men till slut sålde ”köparen” bilen vidare för 10 000 kr.

Rådhusrätten fann det styrkt att ”säljaren” beviljats sådan förlängning av återköpstiden att ”köparen” därmed hade brutit mot avtalet då bilen såldes till utomstående. Ersättningsskyldighet förelåg därmed för ”köparen” med mellanskillnaden mellan 6 000 kr och bilen uppskattade värde vid försäljningstillfället 8 500 kr. Hovrätten gjorde däremot den bedömningen att ”köparen” inte brutit mot avtalet, förlängning ansågs inte ha beviljats i sådan utsträckning, och det ansågs inte ha förelegat någon betalningsförpliktelse för ”säljaren” i anledning av försäljningsavtalet varför 37 § AvtL inte kunde vara tillämplig. HD:s majoritet fann det styrkt att parterna ingått ett försträkningsavtal med bilen som ställde säkerhet. På grund härav rådde ingen tvekan om att ”köparen” varit redovisningsskyldig för bilen i enlighet med 37 § AvtL, oberoende av hur det förhöll sig med den avtalade återköpstiden. Redovisningsansvaret avsåg det belopp som Rådhusrätten funnit utgöra ersättningsgill mellanskillnad och dess domslut fastställdes. Ett JustR var skiljaktigt och ville fastställa hovrättens domslut.

Det vill synas som dessa två fall skiljer sig åt endast i faktiska detaljer vad gäller parternas karaktär och egna uppfattning om vad de ingått för avtal, en regelrätt försäljning eller ett kreditavtal med säkerhetsställande. I 1952 års fall påpekades särskilt att köparen var bilhandlare och att det inte framgått att denne kände till mer än att säljaren behövde få loss pengar för en annan affär och i 1949 års fall påpekades att ”säljaren” skulle betala garagehyra och att ”köparen” inte ägde använda bilen under tiden för återköpsrätten.⁸

3. Lagstiftningen

Till den del svensk *lagstiftning* uppmärksammat säkerhetsöverlåtelsen har det främst skett på ett indirekt sätt genom att det anges att samma regler skall gälla för överlåtelse och pantsättning. Därigenom skulle utrymmet för mellanformer som skulle följa några särskilda regler elimineras. Denna lagstiftningsteknik återfinns i 10 § skuldebrevslagen (SkbrL 1936:81), 6 kap. 7 § lagen (1998:1479) om konförföring av finansiella instrument och 8 § godtrosförvärvslagen (1986:796). En liknande teknik återfinns i den nämnda 37 § AvtL och 4 kap. 12 § konkurslagen (KonkL 1987:672) som talar om ”pant eller annan säkerhet” eller enbart ”säkerhet”, vilket innebär att även säkerhetsöverlåtelsen omfattas av respektive stadgandes rättsverkningar. Inom dessa lagars täckningsområden skulle således ingen större tvekan råda, säkerhetsöverlåtelsen skulle följa samma regler som

⁸ Se SOU 1991:81 *Fastighetsleasing. Sale and lease back*, 105 ff., där de båda fallen diskuteras.

omsättningsöverlåtelsen och pantsättningen. Fullt så enkelt är det dock inte. En pantsättning av ett löpande värdepapper kräver ju, utöver initial tradition av pappret, fortsatt besittning för panthavaren under pantsättningstiden för giltig panträtt, vilket inte har någon motsvarighet för omsättningsöverlåtelse. Likaså avser undantagen i 22 § 2 st. och 31 § 3 st. SkbrL endast omsättningsöverlåtelse. En bank exempelvis kan inte pantsätta egna värdepapper till annan och samtidigt behålla papperna i sin besittning för förvaring åt panthavaren.

De *problem* som säkerhetsöverlåtelsen vållat den förmögenhetsrättsliga diskussionen har bottnat i att den så uppenbart utgör alternativ till eller kringgående av de panträttsliga regleringarna. Sakrättslig fullbordan har visserligen länge erkänts kunna åstadkommas genom iakttagande av registrerings- och publiceringsförfarandet i 1845 års lösöreköpslag⁹, men i övrigt föreligger osäkerhet om i vilken utsträckning den avtalade äganderättsövergången skall tas på allvar och ges rättsverkan som sådan i både obligationsrättsliga och sakrättsliga frågor eller om panträttens rättsverkningar skall påtvingas säkerhetsöverlåtelsen. Diskussionen har gällt om man i olika enskilda frågor skall godta att säkerhetsförvärvaren har ställning av ägare till det förvärvade objektet eller om säkerhetsöverlåtarens fortfarande skall uppfattas som ägare, åtminstone till ett eventuellt överhypotek i objektet. Ur denna frågeställning följer andra på samma tema.¹⁰ Vem av säljare och köpare har rätt att *vidareförfoga* över objektet (överhypoteket) genom ny försäljning eller pantsättning? Har köparen *separationsrätt* eller *förmånsrätt* i säljarens konkurs? Eller kan han välja? Vad gäller i detta avseende för *säljaren* i *köparens* konkurs? Förverkandeförbudet i 37 § AvtL omfattar som nämnts också säkerhetsöverlåtelse, men innebär det att panträttens *realisationsregler* är tillämpliga i sin helhet även på säkerhetsöverlåtelse? Omfattas säkerhetsöverlåtelse av *panthavares realisationsrätt* i 8 kap. 10 § KonkL, trots att det i första stycket talas om ”handpant” och i andra stycket om ”säkerhet”? *Återvinning av säkerhet* i 4 kap. 12 § KonkL omfattar också säkerhetsöverlåtelse men var går gränsen gentemot omsättningsöverlåtelse, som inte kan återvinnas enligt detta stadgande, och vilken betydelse för säkerhetsöverlåtelsen har det nya undantaget i stadgandet för *ordinärt säkerhetsställande*? Hur fördelas *vårdplikten* avseende objektet när detta blir kvar i säljarens besittning? Frågorna är som sagt många och det skulle kräva en väsentligt större utredning än den förevarande för att besvara dem. Detta är dock inte rätt tillfälle för en sådan utredning utan det får räcka med några spridda nedslag.

⁹ Se 1 § lag (1845:50 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva (LkL), NJA 1912 s. 156, Karlgren, *Säkerhetsöverlåtelse enligt svensk rättspraxis* (Stockholm 1958), 59 ff., och Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom* (6 uppl., Stockholm 1996), 217.

¹⁰ Jfr Karlgren, 13 f.

4. Den juridiska litteraturen

Inom *litteraturen* råder stor enighet om att det obligationsrättsliga förhållandet mellan säkerhetssäljare och säkerhetssköpare skall hanteras enligt panträttsliga regler, oberoende av vilken slags egendom som är ifråga.¹¹ Dessa regler är dispositiva förutom förbudet mot avtalad förfallspant i 37 § AvtL, vilket medför att hanteringen av det interna partsförhållandet vid säkerhetsöverlåtelse knappast skiljer sig från det interna partsförhållandet vid pantsättning.

Lennander uttrycker rättsläget vid mitten av 1970-talet kategoriskt, ”Vid säkerhetsöverlåtelse skall i obligationsrättsligt hänseende panträttsliga grundsatser tillämpas.”¹² Walin tycks ansluta till denna ståndpunkt 20 år senare men anser samtidigt att det kan ifrågasättas om inte säkerhetssköpare ”överlag är ansvarig även för de åtgärder – t.ex. giltighetsbevarande åtgärder – som vid pantförskrivning åvilar pantsättaren. Han bör sålunda möjligen i allo ta konsekvenserna av att ha använt formen överlåtelse i stället för pantförskrivning. Men det är alltid svårt att säkert bedöma ett fiduciariskt avtal.”¹³ Det är inte säkert att dessa uppfattningar går ihop, nämligen att samtidigt anse säkerhetssköparen ha vårdplikt såsom panthavare och bevarandeplikt såsom ägare. Det ter sig omotiverat att lägga på säkerhetssköparen de dubbla rollerna av både panthavare och förvärvare samtidigt.

En viss tvekan finns däremot angående vilket förhållningssätt som är mest lämpat när det gäller att ställa upp tillämpliga sakrättsliga regler för säkerhetsöverlåtelsen. Karlgren är den som tydligast tagit ställning för en enhetlig behandling av säkerhetsöverlåtelse och pantsättning, efter panträttsens regler även i denna del.¹⁴ Hans konklusion är att panträttsens regler bör tillämpas på grund av de stora likheterna mellan panträtt och säkerhetsöverlåtelse så snart överlåtelsen innefattar eller är kopplad till en återlösenrätt för säljaren. Återlösenrätten kan vara uttryckligt eller konkludent avtalad. Den är samtidigt både tillräckligt och nödvändigt villkor för att en säkerhetsöverlåtelse skall föreligga enligt Karlgren.¹⁵

Karlgren fick en uttalad efterföljare i Helander vid början av 1980-talet.¹⁶ Helander anslöt sig i stort till Karlgrens synsätt men konstaterade också att Karlgren inte ”lyckats övertyga doktrinen i Sverige om att säkerhetsöverlåtelse icke är något annat än en panträtt. I domstolarna är man också noga

¹¹ SOU 1991:81, 473.

¹² Lennander, *Panthavares skyldigheter vid pantavtal om lös egendom* (Stockholm 1977), 26.

¹³ Walin, *Panträtt* (2 uppl., Stockholm 1998), 315.

¹⁴ Se Karlgren, 16 ff., särsk. 21 ff. Se även Karlgren, ”Säkerhetsöverlåtelse och pantsättning av lös egendom”, *Svensk Juristtidning* 1936 s. 161 ff., densamme *Svensk Juristtidning* 1960 s. 700, Dillén, ”Några synpunkter på säkerhetsöverlåtelse”, *Svensk Juristtidning* 1960 s. 616 ff., Bergström, ”Säkerhetsöverlåtelsen – En ovälkommen gäst”, *Svensk Juristtidning* 1960 s. 339, densamme ”Pantavtal eller köp? Något om gränsdragning mellan avtalstyper”, *Nordisk Gjenklang. Festskrift til Carl Jacob Arnholt, Oslo 1969*, 308 ff. samt SOU 1991:81 *Fastighetsleasing. Sale and lease back*, 101 ff.

¹⁵ Se Karlgren, *Säkerhetsöverlåtelse enligt svensk rättspraxis*, 22 ff.

¹⁶ Helander, 584 f.

med att både i samband med lösöreköp och vid andra säkerhetsöverlåtelser skilja mellan säkerhetsöverlåtelse och pantträtt då fråga är om förvärvares rätt som grundas på en säkerhetsöverlåtelse.”¹⁷ Gregow utgick likaledes i sin utredning av traditionsprincipens för- och nackdelar i början av 1990-talet, från att säkerhetsöverlåtelse av lösöre endast var ett medel att kringgå kraven för sakrättsligt giltig pantsättning.¹⁸ Han gick till och med så långt att anse att ”säkerhetsöverlåtelser (utan besittningsövergång) inte bör godtas, eftersom det i realiteten är fråga om pantsättning. En säkerhetsöverlåtelse bör alltså anses ogiltig. Detta innebär att det i tillämpningen, när frågan aktualiseras, blir nödvändigt att göra skillnad mellan omsättningsöverlåtelser och säkerhetsöverlåtelser”.¹⁹

Hessler tycks ha sett säkerhetsöverlåtelserna som skild från pantträtten, även om detta inte framgår särskilt tydligt. Han påpekar i samband med en genomgång av förmånsrätterna att i de fall en säkerhetsrätt konstruerats som en äganderätt, exempelvis genom säkerhetsöverlåtelse, borgenären har separationsrätt, inte förmånsrätt, vilket rimligen bör innebära att han sett det som två separata rättsfigurer med åtminstone delvis olika rättsverkningar.²⁰ Samma synsätt framgår också vid Hesslers behandling av återköpsrätten för säljaren, nämligen den *betingelse*, med Hesslers terminologi, som åtföljer säkerhetsöverlåtelserna i form av återköpsrätt för säljaren om denne fullgör återbetalningen av den kredit som beviljats genom betalningen av köpeskillingen.²¹ Hessler håller isär säkerhetsöverlåtelse från pantträtt till egen behandling, det sker ingen subsummering av säkerhetsöverlåtelserna under pantträtten. Samtidigt accepterar Hessler Karlgrens ståndpunkt angående återköpsklausulens sakrättsliga verkan baserad på 37 § AvtL. Återköpsrätten bör ha sakrättsligt genomslag eftersom *förfalloklausuler* är ogiltiga enligt 37 § AvtL. Det behöver dock inte ligga någon motsägelser i Hesslers ståndpunkt med tanke på att 37 § AvtL tveklöst omfattar *både* säkerhetsöverlåtelse och pantträtt. Det är således fullt rimligt att både anse det vara fråga om två separata institut och att de har samma rättsverkningar på vissa punkter.

Helander kommer efter en noggrann genomgång av tidigare litteratur och rättspraxis till, som redan nämnts, en försiktig slutsats om att svensk rätt trots allt håller isär säkerhetsöverlåtelse och pantträtt.²² Han finner dock för egen del att detta knappast är nödvändigt eftersom behandlingen av säkerhetsöverlåtelse i alla väsentliga avseenden inte skiljer sig nämnvärt från pantträtten. *Utmätning* av den överlåtna egendomen bör kunna ske på begäran av överlåtarens borgenärer på samma sätt som för pantsatt egendom, enligt 6 kap. 7 §, 8 kap. 11 § och 9 kap. 4 § Utsökningsbalken (UB 1981:774). *Återvinning av säkerhet* bör kunna ske även av säkerhetsöverlåten egendom, jfr numera 4 kap. 12 § KonkL. *Separationsrätt* kan hävdas av säkerhetsköparen men eventuellt överskott efter realisering måste redovisas till säkerhetssäljarens konkursbo. Detta bör i sin tur innebära att säkerhetsköparen istället kan välja att återropa förmånsrätt enligt 4 § 2 p. FRL. Hans konklusion blir: ”Med hänsyn till att säkerhetsöverlåtelse och pantsättning sålunda i allt väsentligt behandlas på samma sätt och till att giltighetsbetingelserna då det gäller fordringar är desamma oavsett om det rör sig om omsättningsöverlåtelse, säkerhetsöverlåtelse eller pantsättning finns det icke mycket anledning att skilja på säkerhetsöverlåtelse och pantsättning.”²³ Helander diskuterar också från denna utgångspunkt det önskvärda i en reform på linje med regelsystemet i Art. 9 UCC, som skulle innebära ett enhetligt registreringsförfarande för både pantsättning och säkerhetsöverlåtelse, och därmed ta bort alla behov av att hålla isär dem.²⁴

¹⁷ Helander, 585 (not utelämnad).

¹⁸ SOU 1995:11 *Nya konsumentregler*, särskild utredare Torkel Gregow, 170.

¹⁹ Ibid., 172.

²⁰ Hessler, *Allmän sakrätt* (Stockholm 1973), 509.

²¹ Hessler, 450 f.

²² Helander, 578 ff. Rodhe, *Handbok i sakrätt* (Stockholm 1985), 358 f., ger uttryck för en liknande uppfattning.

²³ Helander, 700.

²⁴ Helander, 693 ff.

Walin håller isär panträtt och säkerhetsöverlåtelse. Han hänvisar till att det numera skulle vara en erkänd ståndpunkt att säkerhetsöverlåtelsen ger förvärvaren åtminstone en annan legitimation än panthavaren på grund av pantupplåtelsen.²⁵

Håstad går inte in på någon diskussion av säkerhetsöverlåtelsens klassificering och därmed dess rättsverkningar utifrån en sådan utgångspunkt, utan beskriver den helt i termer av förtäckt pantsättning.²⁶ Sålunda är det för Håstad ett tungt argument *för* krav på tradition vid vanliga omsättningsköp att tradition krävs vid säkerhetsöverlåtelse såsom utgörande förtäckt pantsättning. Eventuella gränsdragningsproblem elimineras därmed. Håstad hänvisar också till den allmänna uppfattningen i litteraturen vad gäller synen på säkerhetssäljarens återlösenrätt. Det skulle föreligga en sakrättsligt verksam återlösenrätt både då det överlåtna lösöret finns kvar hos säljaren, och lösöreköpslagen iakttagits, och då det finns i köparens eller dennes konkursbos besittning. ”Det sista visar att det knappast handlar om en rätt för säkerhetsöverlåtare att förvärva något från säkerhetssköparen utan om att säkerhetssköparen fått endast en villkorlig rätt (panträtt) till saken.”²⁷ Tydligt menar Håstad att panträttens rättsverkningar omfattar även säkerhetsöverlåtelsen och således bygger på den begränsade och villkorade rätt en panthavare har till panten fram till dess den tas i anspråk genom pantrealisation, istället för den äganderätt en omsättningsförvärvare åtnjuter efter fullbordat förvärv.

Det ligger naturligtvis mycket i den angivna ”enhetsståndpunkten” då man tar fasta på säkerhetssyftet, inklusive återlösenrätten för säkerhetssäljaren, som viktigaste faktor i säkerhetsöverlåtelsen. Det blir då rimligast att jämföra dessa fall med andra pantsättningar och låta panträttens rättsverkningar helt dominera bilden även för säkerhetsöverlåtelsen. På det sättet garanteras en balans i partsförhållandet baserat på att förvärvaren endast skall ha säkerhet i den aktuella egendomen och denna skall återföras till överlåtarens då huvudförpliktelsen fullgjorts. Likaså får förvärvaren en sakrättslig position som är likställd med en panthavarens genom att erhålla sakrättskydd motsvarande som mest huvudfordrans värde men inte mer. Problemet med denna ståndpunkt är dock att de enskilda parterna av något skäl har valt att *inte* rubricera transaktionen som en pantsättning och att marknadspraxis gör en åtskillnad mellan de två instituten, vilket är särskilt tydligt på kapitalmarknaden såsom också artikel 6 i EG:s säkerhetsdirektiv återspeglar²⁸. Parterna kan naturligtvis ha velat kringgå kraven för verksam pantsättning, till och med så långt att det handlar om ett direkt försök att undandra tillgångar från ”överlåtarens” borgenärer. Det kan också bero på en osäkerhet om möjligheterna att åstadkomma giltig pantsättning av viss typ av egendom eller att parterna faktiskt varit medvetet inställda på en äganderättsövergång men inte haft klart för sig de sakrättsliga kraven. Det kan ytterligare bero på externa faktorer, såsom skatteeffekter, bokföringsmässiga skäl, kapitaltäckningskrav eller hänsyn till utländsk rätt. Bedömningen av säkerhetsöverlåtelsens verkningar måste rimligen kunna utfalla olika beroende

²⁵ Walin, 34.

²⁶ Håstad, 206 f., och 213.

²⁷ Håstad, 443.

²⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet, EGT L 168/43, 27.6.2002.

på faktorer av dessa slag, liksom även vilken typ av egendom det gäller och i vilken situation kvalificeringsfrågan kommer upp. I vart fall visar detta att osäkerheten om säkerhetsöverlåtelsernas rättsverkningar är fortsatt stor och knappast närmare en lösning i form av bestämda regler än vad som tidigare varit fallet.

5. Säkerhetsöverlåtelsernas rättsverkningar

En säkerhetssköpare av lösöre lär ha *separationsrätt* i händelse av säkerhetssäljarens obestånd, vilket dock inte innebär någon inskränkning i 37 § AvtL.²⁹ I vad mån och på vilka förutsättningar säkerhetsskötaren äger definitivt tillgodogöra sig lösörets ekonomiska värde är separata frågor som inte omfattas av separationsrätten, utan av kravet på realisering av säkerheten, överlåtelseavtalet och de dispositiva reglerna för partsförhållandet, panträttsliga eller andra. Separationsrätten kan göras gällande både då lösöret finns kvar i säljarens besittning och då det finns i köparens eller tredje mans besittning. Finns det kvar hos säljaren är dock en avgörande förutsättning för separationsrätt att LkL iakttagits så att ett sakrättsligt fullbordat lösöreköp föreligger.

En säkerhetssköpare av lösöre anses som alternativ till separationsrätten kunna åberopa *förmånsrätt för handpanträtt* enligt 4 § 2 p. FRL. Formellt stöd härför består visserligen endast i ett HD-fall som avsåg en både pantsatt och överlåtten fordran, NJA 1929 s. 421,³⁰ borgenärens yrkande om förmånsrätt enligt 17 kap. 3 § HB för handpanträtt godtogs här. Häradsrättens dom fastställdes och det påpekades särskilt av Häradsrätten att den funnit att det var fråga om en ”överlåtelse till säkerhet för bankens fordran” och därmed att förmånsrätt förelåg enligt 17 kap. 3 § HB.

Denna valmöjlighet mellan separationsrätt och förmånsrätt beaktades inte i förarbetena till FRL.³¹ Regleringen i dåvarande 17 kap. 2 § HB, angående separationsrätt ur gäldenärens bo behövde inte någon efterföljare i en ny förmånsrättslag, eftersom en sådan lag endast borde omfatta den egendom som ingick i konkurs, således egendom som tillhörde gäldenären. I lagberedningens förslag, konstaterades dock att även om panträtt kunde beskrivas som en slags separationsrätt eller villkorad äganderätt för panthavaren, panträtt borde finnas med bland förmånsrätterna, främst på grund av behovet av överskådlighet i förhållande till andra förmånsrätter. En lagteknisk skillnad mellan separationsrätt och panträtt uppstod därmed. Förmånsberättigad panträtt avser egendom som tillhör gäldenären, och är reglerad i FRL, medan separationsrätt avser egendom som inte tillhör gäldenären och är en oreglerad rätt. I propositionen till FRL³² diskuterades inte dessa frågor alls. Det ter sig något förvirrande att tala om separationsrätt för panthavare eftersom panthavarens rätt till panten, inklusive realisationsrätten, baseras direkt på panträttsreglerna som en rättsverkan av giltig panträtt, inte på någon äganderätt för panthavaren. Att en pant skall undantas från gälde-

²⁹ SOU 1991:81, 473 f.

³⁰ Se även hovrättsfallen SvJT 1939 rf s. 31 och RH 1981:115.

³¹ SOU 1969:5 *Utsökningsrätt IX*, 41.

³² Prop. 1970:142 förslag till förmånsrättslag m.m.

närens tillgångar i samband med exekution och reserveras för panthavaren så långt hans panträtt sträcker sig är ju inte detsamma som en ägares rätt att undanta sin egendom från gäldenärens tillgångar. I det första fallet handlar det om att respektera panträtten så att panthavaren bibehålles vid möjligheten att få täckning ur panten, i det andra fallet däremot handlar det om ett definitivt undandragande av egendomen från tillgångarna.

Oberoende av vilken väg förvärvaren väljer bör dock hans rätt vara ekonomiskt begränsad till vad egendomen inbringar vid realisering. *Lex commissoria* med förbudet mot förfallspann i 37 § AvtL bör medföra att säkerhetsköparens ställning i denna del är densamma som för panthavare. Detta medför också att det inte spelar så stor roll om säkerhetsköparen väljer den ena eller andra vägen för sitt borgenärsskydd, effekten blir densamma.³³

När det gäller det omvända fallet, säkerhetssäljarens ställning i förhållande till säkerhetsköparens borgenärer har i Karlgrens efterföljd det allmänt ansetts att säljaren har en sakrättsligt verksam *återlösenrätt* och att denna medför *separationsrätt* i köparens insolvensförfarande.³⁴ Denna återlösenrätt behöver inte ens vara uttryckligt avtalad utan kan följa konkludent av avtalsförhållandet. Skälet härför är helt enkelt att Karlgren tog återlösenrätten till utgångspunkt för definitionen av säkerhetsöverlåtelse. Endast de avtalsförhållanden där det på ena eller andra sättet framgick att överlåtelsen var avsedd att säkra en annan fordran av något slag och det också var förutsatt att överlåtelseobjektet skulle gå tillbaka om denna fordran löstes, utgjorde säkerhetsöverlåtelse enligt Karlgren. Karlgren åberopade också att 37 § AvtL är tvingande och har sakrättslig verkan. Därmed kan varken köparen själv eller dennes borgenärer, exempelvis i köparens konkurs, lägga beslag på säkerheten utan realisering och redovisning till säkerhetssäljaren. Säkerhetssäljaren måste då kunna lösa tillbaka säkerheten enligt avtalade villkor eller annars mot att han löser krediten i dess helhet.

Frågan kan dock ställas varför denna återlösenrätt kan anses vara så klar när samtidigt osäkerhet anses råda om *återtagandeförbehållets* (äganderättsförbehållets, hävningsförbehållets) sakrättsliga verkan i olika tveksamma fall. Som exempel kan nämnas det fallet att en kreditköpare i avtalet har medgetts konsumtionsrätt eller annan förfoganderätt till det sålda lösöret. Det anses vara högst tveksamt om säljarens återtaganderätt då har sakrättslig verkan ens om lösöret finns kvar intakt hos köparen då återtagande aktualiseras.³⁵ Återtagandeförbehållet erkännes visserligen i princip men det har under lång tid diskuterats utifrån de väsentliga begränsningar som anses gälla för dess sakrättsliga verkan och det har ifrågasatts som en olämplig form av kreditsäkerhet. Återlösenrätten vid säkerhetsöverlåtelse har däremot inte ifrågasatts på samma sätt utan här har det ansetts utgöra ett faktum att säljaren måste ha en återlösenrätt,

³³ Jfr Helander, 582 f. och Rodhe, 360 not 17.

³⁴ Se Karlgren, 27 ff., och Håstad, 443 med not 12 för referenser.

³⁵ Jfr härom Persson, *Förbehållsklausuler. En studie om en säkerhetsrätts nuvarande och framtida ställning* (Akad.avh. Stockholm 1998), 570 ff.

åtminstone av motsvarande innebörd som pantsättarens återlösenrätt till panten. Uppenbarligen har det *inte* ansetts rimligt att anamma tankegången om en reell äganderättsövergång i säkerhetsöverlåtelsefallen, utan man har helt gått på en panträttslig linje. Säkerhetsöverlåtare kan inte uppnå mer än vad en pantsättare kan vad gäller borgenärsskydd. Men om säkerhetsköparen gör allvar av sitt äganderättsförvärv, med eller utan säljarens godkännande? Vad händer då? Surrogation borde vara lika lite tillgänglig i detta fall som vid återtagandeförbehåll. Även om det i återtagandeförbehållsfallet är så att säkerheten tas av *säljaren* i dennes intresse, men i säkerhetsöverlåtelsefallet av *köparen* i dennes intresse, är situationerna parallella när det gäller respektive säljares rätt i förhållande till respektive köparens borgenärer. Med andra ord bör återlösenrätten lida av samma inskränkningar som återtagandeförbehållet anses göra. Har säkerhetsköparen fri förfogande- eller konsumtionsrätt över lösöret bör återlösenrätt saknas för säkerhetssäljaren från början. Likaså bör surrogation endast kunna medges under de begränsade förutsättningar som gäller för creditsäljarens återtagandeförbehåll.

Sammantaget innebär det sagda att de fall av säkerhetsöverlåtelse av lösöre som Karlgren med efterföljare haft i åtanke, är sådana avtal där säkerhetssyftet dominerar och där äganderättsterminologin inte har någon egentlig motsvarighet i vad parterna avsett. Det ligger då nära till hands att inordna dessa avtal helt under panträttsinstitutet och inte acceptera någon särbehandling endast på grund av parternas ordval. Avtalets ändamål får fullföljas enligt de regler rättsordningen tillhandahåller härför, nämligen panträttens regler. Om avtalsförhållandet däremot uttryckligen eller konkludent innefattar längre gående befogenheter för säkerhetsköparen än vad som följer av panträttens regler står valet mellan att acceptera säkerhetsöverlåtelserna som en säkerhetsform vid sidan av panträten, med större förfogandeutrymme för säkerhetsköparen än panträten medger, eller ogiltigförklara de avtal som inte rymms inom panträten. Det senare alternativet ter sig onekligen drastiskt men skulle ligga i linje med hanteringen av återtagandeförbehållet. Det kan därför inte uteslutas ur diskussionen.

Något om säkerhetsöverlåtelse

– särskilt i samband med central motpartsclearing

GÖRAN MILLQVIST*

1. Inledning

Säkerhetsöverlåtelse är en gammal trotjänare bland civilrättens rättsfigurer. En omhuldad problemfigur i den akademiska juridikundervisningen, som ofta visar sig svårfångad för studenterna på grundkursnivå i förmögenhetsrätt (C1, C2, CA m.fl. kursnamn) och som, utan större framgång, förklarats *non grata* av rättsvetenskapen vid flera tillfällen.¹ En sådan figur tycker jag lämpar sig väl för en presentation i denna vänskrift till Ronney. Jag stannar dock inte vid den något ålderstigne lösöreköpsregistrerade säkerhetsöverlåtelser av bilar och annat lösöre – som föreslås få insomna i stillhet inom kort i SOU 2015:18 Lösöreköp och registerpant – utan tar sikte på säkerhetsöverlåtelse av kontoförda finansiella instrument till central motpart vid clearing av värdepapperstransaktioner. Vad detta innebär framgår strax nedan. Förslaget i SOU 2015:18 går ut på, utöver att återinföra avtalsprincipen för omsättningsköp av lösöre, att avskaffa lagen (1845:50 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva (LkL), och ersätta denna med en lag om pantträtt i lösöre genom registrering. I det sammanhanget kan inte bortses från att en åtskillnad måste göras mellan "vanlig" omsättningsöverlåtelse och säkerhetsöverlåtelse eftersom den senare för sin sakrättsliga verkan kommer kräva registrering. Om man avskaffar traditionskravet för ordinär försäljning och låter det formlösa avtalet tillsammans med precisering av köpeobjektet vara tillräckliga åtgärder för köparens skydd men kräver registrering (eller tradition) för giltig pantträtt i samma lösöre med vissa ytterligare krav och inskränkningar, blir frågan varför någon då ska välja den senare metoden. Varför inte bara sälja lösöret och nöja sig med det? En formlös försäljning av specifikt lösöre räcker, det krävs inget mer för köparens borgenärsskydd så länge det inte framgår att det rör sig om en säkerhetsöverlåtelse. Det blir till exempel väsentligt enklare att genomföra en sale and lease-back-transaktion eftersom en regelrätt försäljning inte kräver mer än avtalet. Det är knappast troligt att leasingbolag kommer nöja sig med registrerad pantträtt eftersom det trots allt innebär en sämre position än som ägare. Det lär bli dom-

* Professor vid Stockholms universitet.

1 Särskilt Hjalmar Karlgren, *Säkerhetsöverlåtelse*, s. 16 och 108, men även Bo Hellander, *Kreditsäkerhet i lös egendom*, s. 578 ff. Även i lagstiftningssammanhang har inställningen varit negativ. Redan 1974 uttalade Lagberedningen i SOU 1974:55 Utsökningsrätt XIII, s. 223, "Metoden att använda [lösöreköpsförordningens] helt föråldrade förfarande i syfte att uppnå skydd för säkerhetsöverlåtelser framstår överhuvud i vår tid som ett rättsligt kuriosum."

stolarnas uppgift att precisera hur gränsdragningen mellan omsättningsförsäljning och säkerhetsöverlåtelse ska gå till. Lösöreköpskommittén har inte så mycket att säga härom. Det påpekas att det kan vara en fördel att parter gör klart för sig om de avser en försäljning eller pantsättning och i författningskommentaren att en helhetsbedömning blir avgörande. Denna ska bland annat beakta om det finns någon form av reglering av återgång av prestationerna om en bakomliggande förpliktelse infrias (återköpsrätt, lösenrätt e. likn.).² En reflektion till detta är att leasingbolag ofta kan avstå från återgångsregleringar vid sale and lease-back i de fall leasingperioden sätts till att motsvara objektets ekonomisk livstid, det kan då bli tämligen oviktigt vad som händer med egendomen därefter. I sådan fall kan det visa sig svårt att styrka överksam säkerhetsöverlåtelse i samband med konkurs hos överlåtaren/leasetagaren.

Den givna utgångsfrågan är naturligtvis: Vad är en säkerhetsöverlåtelse? Hur skiljer sig säkerhetsöverlåtelsen från en "vanlig" omsättningsöverlåtelse eller pantsättning? Går dessa alls att särskilja? Problemet här är att man rör sig på det obligationsrättsliga och avtalsrättsliga planet. Partsviljan spelar en avgörande roll för klassificeringen av rättshandlingen som tillhörande den ena eller andra kategorien. Det innebär att en utomstående betraktare ofta endast har indirekta möjligheter att avgöra vad som är vad. Partsviljan kan vara svårfångad av många skäl såsom bristande avtalsdokumentation, önskemål om att dölja de verkliga syftena, bristande kunskaper med mera. Det kan vara en vanskelig tolkningsuppgift att fastställa "den verkliga" innebörden.

Det brukar heta att säkerhetsöverlåtelsen kännetecknas av att parternas *egentliga syfte* för transaktionen har varit att den överlåtna egendomen ska utgöra säkerhet för en annan, underliggande eller bakomstående förpliktelse, som överlåtaren har till förvärvaren.³ Överlåtelsen utgör ett led i att säkerställa den korrekta fullgörelsen av denna andra förpliktelse. I detta ingår också att överlåtelsen ska gå tillbaka om och när den underliggande förpliktelsen infrias. Det är lätt att se att dessa rekvisit för säkerhetsöverlåtelsen många gånger kan vara svåra att klarlägga.⁴ I teorin går det bra att dra upp en klar skiljelinje mellan å ena sidan transaktioner som innefattar försäljning av egendom i köparens intresse – denne förvärvar egendom för att täcka vissa konsumtionsbehov (i vid mening) – och å den andra sidan transaktioner som sker i säkerhetssyfte – en säljare eller snarare pantsättare "överlåter" egendom för att säkerställa annan fullgörelse (kanske successiv återbetalning av den köpeskilling/kredit som erhållits). Men denna teoretiska skiljelinje är ofta inte så tydlig i verkligheten och en enkel uppdelning mellan omsättningstransaktioner och säkerhetstransaktioner låter sig sällan göras.

Ett viktigt exempel på svårigheterna är, som antytts ovan, sale and lease-back och frågan hur man ska se på leasingbolagets förvärv av det blivande leasingobjektet. En möjlighet är att ta fasta på finansieringssyftet bakom transaktionen och anse

2 SOU 2015:18 s.107 och 185.

3 Se Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., Norstedts Juridik 1996, s. 207, och Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse s. 7 ff.

4 Jfr Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse s. 27 ff.

leasingbolagets förvärv som ett säkerhetsköp. Bolaget förvärvar egendomen ifråga för att ha denna som säkerhet för motpartens betalning av leasingavgifter. Men denna bild kan kompliceras om förvärvet inte är villkorat av någon form av återgång av egendomen. Leasingtiden har till exempel beräknats till objektets ekonomiska livstid och det kommer att utrangeras därefter i samband med att leasingavtalet avvecklas. Leasingbolaget menar sig i ett sådant fall ha förvärvat objektet definitivt och att vara ensam fullvärdig ägare till det. Något utrymme för säkerhetsöverlåtelse, med de begränsningar detta kan innebära, skulle då inte finnas.

Utöver exemplet *sale and lease-back*, med eller utan lösöreköpsregistrering, kan frågas *varför* det förekommer säkerhetsöverlåtelser över huvud taget? Går det att spåra några allmängiltiga skäl för förekomsten av denna hybrid eller är förklaringen endast att existensen i sig gör att då och då, utan andra skäl än helt individuella, händer det att parter väljer säkerhetsöverlåtelse framför pantsättning då kredit-säkerhet ska ordnas. Idag kan en förklaring ofta sökas i förekomsten av internationella influenser. Särskilt förekomsten av kreditavtal baserade på engelsk/amerikansk common law har medfört att så kallad "*title transfer security*" har fått en given plats i svensk kontraktspraxis.⁵ Om denna etikett utan preciseringar ska översättas till säkerhetsöverlåtelse är dock en fråga för sig. Det är som alltid vanskligt att dra rättsliga paralleller mellan vissa konstruktioner baserat på språkliga likheter. Det är långt ifrån självklart att den brittiske juristen får samma associationer då "*title transfer security*" kommer på tal som då hans eller hennes svenska kollega diskuterar säkerhetsöverlåtelse. Vissa centrala, gemensamma drag kan finnas men det innebär inte att fullständig överensstämmelse föreligger. En komparativ analys krävs för en rättvis jämförelse. En annan, mera inhemsk, förklaring till förekomsten av säkerhetsöverlåtelse är att för vissa egendomsslag är det av olika skäl lättare att åstadkomma en säkerhetsöverlåtelse än en pantsättning, vilket medfört att valet varit ganska lätt.

Säkerhetsöverlåtelse förekommer för all slags egendom men lär vara mer frekvent för vissa egendomsslag än andra, såsom immaterialrätter, hus på ofri grund och, inte minst, finansiella instrument. När det gäller *fast egendom* finns särskilda problem (hinder) i form av begränsningsregler i JB avseende återköpsklausuler (optionsklau-

5 På den globala finansmarknaden förekommer vissa standardavtal som preciserar avtalsvillkoren vid säkerhetsöverlåtelse. Bland dessa, som finns i olika versioner, kan särskilt nämnas ISDA Master Agreement (med tillägget Credit Support Annex), TBMA/ISMA Global Master Repurchase Agreement, OSLA (Overseas Securities Lender's Agreement), GMSLA (Global Master Securities Lending Agreement) samt i viss mån Banking Federation of the European Union, Master Agreement for Financial Transactions (med tillägget Product Annex for Repurchase Transactions). I ISDA Credit Support Annex regleras överlåtelser på följande sätt, "Paragraph 5. Transfer of Title, No Security Interest, Distributions and Interest Amount (a) *Transfer of Title*. Each party agrees that all right, title and interest in and to any Eligible Credit Support, Equivalent Credit Support, Equivalent Distributions or Interest Amount which it transfers to the other party under the terms of this Annex shall vest in the recipient free and clear of any liens, claims, charges or encumbrances or any other interest of the transferring party or of any third person (other than a lien routinely imposed on all securities in a relevant clearance system). (b) *No Security Interest*. Nothing in this Annex is intended to create or does create in favour of either party any mortgage, charge, lien, pledge, encumbrance or other security interest in any cash or other property transferred by one party to the other party under the terms of this Annex."

suler) och villkorliga köp i samband med fastighetsförsäljning.⁶ En återköpsreglering (option) i samband med en säkerhetsöverlåtelse av fastighet innefattar ett löfte om framtida köp, vilket saknar rättsverkan enligt JB eftersom fastighetsköpet är ett formalavtal enligt 4:1 JB. Och en säkerhetsöverlåtelse av fastighet som villkoras av återbetalning av viss kredit kan inte gälla för längre tid än två år enligt 4:4 JB.

Vad avser *lösöre* kräver säkerhetsöverlåtelse en lösöreköpsregistrering enligt lösöreköpslagen för förvärvarens borgenärsskydd, eftersom objektet regelmässigt stannar kvar i säljarens besittning. En sådan ger dock inte något omsättningsskydd. En traditionell *pantsättning av lösöre* kan inte registreras i detta system.

Fartyg med tillbehör, fartygsbyggen och luftfartyg med reservdelar och tillbehör står under särskild reglering i sjölagen (1994:1009) respektive lagen (1955:227) om inskrivning av rätt till luftfartyg samt, inom kort, lagen om internationella säkerheter i mobilt lösöre.⁷ För dessa egendoms kategorier gäller generellt en inskrivningsprincip med rättsverkningarna knutna till företagna inskrivningar i respektive register. Detta gäller för både omsättnings- och säkerhetsöverlåtelser och pantsättningar.

När det gäller *immaterialrätter* är å andra sidan säkerhetsöverlåtelse i flera fall den enda möjligheten att utnyttja egendomens värde som kreditsäkerhet, utöver att immaterialrätt kan ingå i underlaget för företagshypotek. *Patenträtt och varumärkesrätt* kan pantsättas enligt särskilda regler i 12 kap. patentlagen (1967:837) respektive 7 kap. varumärkeslagen (2010:1877) men eftersom överlåtelse av dessa och andra immaterialrätter medför fullständig rättsverkan redan genom avtalsingåendet, är säkerhetsöverlåtelse en enklare metod att åstadkomma kreditsäkerhet. Övriga immaterialrätter kan inte pantsättas med sakrättslig verkan på grund av avsaknaden av fristående sakrättsmoment, vilket gör att säkerhetsöverlåtelse är enda alternativet.⁸

Motsvarande synpunkter gör sig gällande för *hus på ofri grund* genom de båda rättsfallen NJA 1952 s. 407 och NJA 1954 s. 455. Fullbordad pantsättning förutsätter att pantsättaren avstår rådigheten över huset och därmed också över marken, medan överlåtelse av huset inte kräver mer för fullbordan än överlåtelseavtalet.

När det gäller *värdepapper* hanteras fysiska, löpande skuldebrev enligt skuldebrevslagens regler, vilket innebär iakttagande av traditionskravet i 22 § första stycket skuldebrevslagen (1936:81) för både säkerhetsöverlåtelse och pantsättning, jfr 10 § skuldebrevslagen, liksom för omsättningsöverlåtelse. Regeln i 22 § *andra stycket* skuldebrevslagen, med möjligheten för banker med flera institut att efter försäljning från eget lager förvara de sålda värdepapprena för köparens räkning (*constitutum possessorium*), utgör en särskild komplikation då det rör sig om säkerhets-

6 Se om dessa Elisabeth Ahlinder, Finansiering med fastigheter som säkerhetsunderlag. Köp, pant, hyra och jordabalkens gränser, Jure Förlag, 2013, s. 103 ff.

7 Se om den senare prop. 2015/16:12 Bättre möjligheter till finansiering av luftfartyg, och SOU 2014:79 Internationella säkerheter i flygplan m.m. – Kapstadskonventionen och luftfartygsprotokollet, med förslag till en blankettlag som inför Kapstadskonventionen och dess luftfartygsprotokoll som svensk lag.

8 Jfr Jens Andreasson, Intellektuella resurser som kreditsäkerhet. En förmögenhetsrättslig undersökning, Juridiska institutionens skriftserie, Skrift 6, Handelshögskolan i Göteborg, 2010, s. 58 f.

överlåtelse i samband med värdepapperisering. Stadgandet omfattar nämligen inte sådan säkerhetsöverlåtelse, liksom inte heller pantsättning, vilket medför att tradition är nödvändig då det gäller säkerhetsöverlåtelse till specialbolag i samband med värdepapperisering.⁹ *Enkla skuldebrev och fordringar* samt rättigheter styrs direkt eller analogt av 3 kap. skuldebrevslagen, innebärande ett krav på denuntiation till sekundogäldenären eller den förpliktade tredje mannen för fullbordan av både säkerhetsöverlåtelse och pantsättning, jfr 10 §. *Kontoförda finansiella instrument* slutligen regleras av registreringskravet i 6 kap. kontoföringslagen (1998:1479), respektive denuntiationskravet i 3 kap. 10 § tredje stycket kontoföringslagen, avseende både säkerhetsöverlåtelse och pantsättning, jfr 6 kap. 8 § kontoföringslagen. Mera om finansiella instrument strax nedan.

I anslutning till värdepapper och fordringar bör också *försäkringar* nämnas. Rätten till försäkringsersättning kan ofta vara väl lämpad för säkerhetsöverlåtelse i samband med krediter av olika slag. I ett sammansatt "säkerhetspaket" är det ofta lämpligt att överlåtelse av försäkring ingår. I NJA 1999 s. 16 hade en kaskoförsäkring för ett fartyg, tecknad av ett svenskt rederi, säkerhetsöverlåtits till en kreditgivande tysk bank. Försäkringsgivaren var svensk och frågan i målet var om inestående fordran på försäkringsersättning kunde grunda svensk domsrätt såsom utgörande en fordran som tillkom säkerhetsöverlåtaren. HD uttalade härvid¹⁰:

*"Säkerhetsöverlåtelse av en fordringsrätt medför i obligationsrättsligt hänseende i princip samma rättsverkningar som en pantförskrivning genom att allmänna pant-rättsliga grundsatser är tillämpliga på förhållandet. Även sakrättsligt får panträttsliga principer i vart fall i åtskilliga hänseenden anses gälla, t ex så att en säkerhetsöverlåten fordran kan utmätas för annan överlåtarens gäld. – – Mot bakgrund av det anförda kan den omständigheten att Rederiet säkerhetsöverlätit sin rätt till försäkringsersättning och att denna därför kan komma att tas i anspråk för [bankens] fordran mot Rederiet, inte anses medföra att rätten till ersättning, vid prövningen av om svensk domsrätt föreligger, inte tillhör Rederiet."*¹¹

Utöver att dessa primärt sakrättsliga regleringar påverkar förekomsten av säkerhetsöverlåtelse bör *legitimationsaspekten* nämnas särskilt. Har förvärvaren ett eget behov av att självständigt kunna disponera över säkerheten ger säkerhetsöverlåtelse större möjligheter än pantsättning eftersom säkerhetshavaren framstår som legitimerad ägare genom överlåtelser. Eventuella inskränkningar i denna dispositionsrätt är en intern avtalsfråga mellan överlåtare och förvärvare.

2. Clearing via central motpart

Den engelska förkortningen CCP står inte bara för "the China Communist Party" utan också för "Central Counterparty", en beteckning som avser en särskild motpart

9 Se Gösta Walin, Johnny Herre, Lagen om skuldebrev m.m. En kommentar, 3 uppl., Norstedts Gula Bibliotek, 2011, s. 100.

10 Här och i fortsättningen används kursiv stil för längre citat.

11 Ref. s. 24, hänvisningar utelämnade.

i samband med clearing (avveckling) av transaktioner i finansiella instrument.¹² Att det är en central motpart syftar på en särskild konstruktion av clearingen av genomförda transaktioner som går ut på att för varje transaktion förs ett mellanled in mellan köpare och säljare. Ett mellanled som innebär att varje transaktion genomförs i två led. Säljaren säljer alltid till den centrala motparten och köparen köper alltid av den centrala motparten. På det sättet uppstår ingen okänd motpartsrisk utan all motpartsrisk är alltid på den centrala motparten. Hos denne sker också clearingen av positionerna till nettopositioner, vilket minskar likviditetsrisken väsentligt. Denna modell förekommer i stor utsträckning på reglerade marknader och handelsplatser och har genom EMIR¹³ gjorts tvingande inom EU och tillämpas också i USA genom Dodd-Frank Act¹⁴. Dessa regleringar tar sikte på OTC-handeln i olika derivat och tvingar in denna handel i det beskrivna handels- och clearingförfarandet. Syftet härmed är att öka transparansen och säkerheten i handeln, något som har ansetts viktigt efter 2008 års finanskris.¹⁵ Motsvarande reglering kommer också att införas för handeln på reglerade marknader. Meningen är att all handel i värdepapper och derivat så småningom ska clearas via en CCP.¹⁶

Central motpartsclearing innebär visserligen en riskreduktion för de handlande parterna men samtidigt en ökad risk för den centrala motparten. Hela upplägget går ut på att motpartsrisken ska koncentreras till den centrala motparten, vilken i sig ska vara tillräckligt stabil för att klara även svåra kriser. Detta förhållande har medfört att det är viktigt för riskhanteringen att handlande parter ställer säkerhet för sina åtaganden gentemot den centrala motparten. Detta gäller både för ombud/clearingmedlemmar och slutkunder. Säkerheterna måste minst täcka partens nettopositioner efter clearing och vara av sådan kvalitet att de snabbt kan omsättas och täcka förluster på grund av partens insolvens eller motsvarande. Säkerheterna måste ha ett känt värde och vara mycket likvida. Systemet med central motpartsclearing har inneburit att behovet av ställande av säkerhet har ökat väsentligt genom att ha blivit ett lagreglerat krav för tillåten handel. Därutöver finns regler i EMIR om bland annat upprättande av särskild obeståndsfond. Inom detta regelsystem för säkerhetsställanden har säkerhetsöverlåtelsen en given plats.

De *säkerheter* det är tal om i dessa sammanhang är så kallade "marginalsäkerheter" eller snarare "nettopositionssäkerheter". Tanken är att i princip endast nettoförpliktelsen efter clearing ska vara säkerställd genom att vara täckt av värdet av en fristående säkerhet. Säkerhetskravets storlek kan och ska med andra ord variera dagligen vilket kan ske om säkerheten består av likvida medel eller snabbt omsätt-

12 Se härom Karin Wallin-Norman, Kontorätt, Jure Förlag, 2009, s. 243 f.

13 European Markets Infrastructure Regulation, Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) nr 648/2012 av den 4 juli 2012 om OTC-derivat, centrala motparter och transaktionsregister, EUT L 201, 27.7.2012, s. 1.

14 The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub.L. 111-203 (H.R. 4173) <https://www.govtrack.us/congress/bills/111/hr4173/text>

15 Se Ds 2012:39 OTC-derivat, centrala motparter och transaktionsregister, s. 14.

16 Se Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) nr 600/2014 av den 15 maj 2014 om marknader för finansiella instrument och om ändring av förordning (EU) nr 648/2012 ("MiFIR"), EUT L 173, 12.6.2014, s. 84. Se Dan Hanqvist, Obligatorisk clearing av OTC-derivat genom centrala motparter, Juridisk Publikation 2014 s. 381 (412 ff.).

ningsbara instrument eller guld. Detta betyder samtidigt att "insättningar" i och "uttag" ur säkerheten sker med korta intervall kontinuerligt. En aspekt som vållat en hel del debatt och funderande i den svenska sakrättsliga miljön.¹⁷ Klassiska begränsningar främst i kraven för giltig panträtt avseende pantens specialisering (precisering), identitet över tiden samt vem som har rådighet över den, kommer i ett speciellt ljus då de konfronteras med marginalsäkerheter gentemot en CCP.

De tekniker för säkerhetsställanden som kan komma ifråga i dessa sammanhang har från svensk utgångspunkt preciserats till panträtt och säkerhetsöverlåtelse, samt i vissa fall bankgaranti.¹⁸ Här ska säkerhetsöverlåtelser i dessa sammanhang skärskådas medan panträttsinstitutet och bankgarantin i stort sett lämnas därhän.

3. Säkerhetsöverlåtelse enligt säkerhetsdirektivet

3.1 Säkerheternas roll

Enligt EMIR art. 41.1 "ska" en central motpart,

"för att begränsa sin kreditexponering, tillämpa, kräva och driva in marginalsäkerheter från sina clearingmedlemmar och i tillämpliga fall från de centrala motparter som den har samverkansöverenskommelse med."

Art. 41 preciserar utförligt värdenivåer för dessa säkerheter och med vilka intervall de ska justeras samt vilka tekniska standarder av Esma som ska komplettera kraven.¹⁹ Däremot sägs i detta sammanhang inget om *vilka* civilrättsliga modeller för säkerhet som bör användas och som kan godtas. Genomgående i EMIR tas innebörden av "marginalsäkerheter" för given, inga försök görs att precisera uttryckets materiella innehåll, förutom att det kan inkludera garantier från affärsbanker "på stränga villkor".²⁰ Detta är samtidigt en medveten strategi från EU:s sida eftersom europeisk, nationell creditsäkerhetsrätt är långt ifrån enhetlig och det skulle vålla stor osäkerhet om man i detta sammanhang angav vad som menades med marginalsäkerhet eller allmänt "säkerhetsrätt".²¹

För att säkerhetsställanden ska fylla sin funktion i samband med central motpartsclearing är det av avgörande betydelse att säkerheten verkligen kan tas i anspråk utan hinder när det blir aktuellt. En central motpart måste omedelbart kunna "isolera" sina positioner (sin exponering) gentemot en fallerande clearingmedlem. "Marginalsäkerheterna är en central motparts främsta försvarslinje" heter

17 Se Myrdal, Håstads staketmetod – ett återbesök, Festskrift till Torgny Håstad, Iustus Förlag, 2010, s. 599 ff., och Karin Wallin-Norman, Kontorätt, Jure Förlag, 2009, s. 202 ff.

18 Se prop. 2013/14:111 Säkerheter vid clearing hos central motpart, s. 34 f., med påpekande om att det endast indirekt framgår att även säkerhetsöverlåtelse omfattas av marginalsäkerhetskravet i EMIR, främst genom art. 44 Kommissionens delegerade förordning (EU) nr 153/2013 av den 19 december 2012 om komplettering av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 648/2012 med avseende på tekniska tillsynsstandarder för krav på centrala motparter, EUT L 52, 23.2.2013, s. 41.

19 European Securities and Markets Authority, se <http://www.esma.europa.eu/page/esma-short>

20 EMIR skäl 66.

21 Jfr för liknande synpunkter prop. 2004/05:30 s. 27 avseende val av terminologi i säkerhetsdirektivet, not 24 nedan.

det²² och ska tas i anspråk först, framför medlemmens bidrag till obeståndsfonden liksom andra medlemmars bidrag, EMIR art. 45.1 och 2. Om en svensk clearing-medlem till EuroCCP²³ skulle komma på obestånd i ett läge där medlemmen har stora nettoskulder, säkerställda genom säkerhetsöverlåtelse av olika instrument samt valuta, blir frågan vilket utrymme EuroCCP har enligt svensk rätt att realisera säkerheterna. Att svensk rätt är tillämplig på denna situation följer av att frågan inte är reglerad i EMIR och av lagvalsregeln i säkerhetsdirektivet art. 9.²⁴

3.2 En officiell syn på säkerhetsöverlåtelse?

Allmänt sett är det inte helt lätt att besvara frågan vad som gäller för realiseringen av säkerhetsöverlåten egendom. Skiljer sig dessa realisationsregler från pantrealisationsreglerna i något eller några avseenden? I anslutning till att EMIR trädde ikraft den 16 augusti 2012, har regeringen gått igenom och kompletterat svensk lagstiftning på en del punkter, så att det finns en officiell syn på rättsläget avseende transaktioner i finansiella instrument.²⁵ Utifrån önskemål om klarhet och förutsebarhet, vilka torde vara viktiga önskemål inom finansmarknadsjuridiken, är det dock att beklaga att Sverige inom detta område valt en minimalistisk modell vad gäller implementering av direktiv, särskilt säkerhetsdirektivet, och komplettering av förordningar. Inställningen tycks vara att om svensk rätt inte uttryckligen hindrar tillämpningen av de krav och regler som framgår av direktiv eller förordning krävs inga inhemska lagstiftningsåtgärder. Svensk rätt överensstämmer i sådana fall med EU:s krav.²⁶ Frågan är dock om detta betyder att svensk rätt i alla avseenden och detaljer överensstämmer med till exempel säkerhetsdirektivets regler eller endast att svensk rätt inte uppställer några uttryckliga hinder för att direktivets regler går att tillämpa inom svensk rätt. Den senare tolkningen innebär ju att vi faktiskt inte vet vad svensk rätt innebär för dessa frågor, utom att den inte står i strid mot säkerhetsdirektivet. När det gäller en förordning vet vi ju däremot att den utgör lag och är direkt tillämplig i de frågor den reglerar varför en eventuell tveksamhet då endast avser "luckorna" i förordningen. Vad gäller i de fall förordningen inte innehåller någon regel?

22 EMIR skäl 70.

23 EuroCCP agerar central motpart på börsen i Stockholm (Nasdaq OMX Nordiska börser) samt på den svenska handelsplatsen First North. EuroCCP är ett holländskt bolag och lyder därmed under holländsk lag.

24 Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet, EGT L 168, 27.6.2002, s. 43.

25 Prop. 2013/14:111 Säkerheter vid clearing hos central motpart, och Ds 2013:68 Säkerheter vid clearing hos central motpart.

26 Här kan hänvisas till prop. 2004/05:30 Finansiella säkerheter, s. 28, 32, 35, 50, 54, 55, 68, 73, 77, 81, 82, 85 och 91, och prop. 2013/14:111 Säkerheter vid clearing hos central motpart, s. 64, 65, 68 och 69 (samt. hänv. avser förslagsrutorna). I flera andra medlemsländer har man infört särskild lagstiftning för implementeringen, se bl.a. för Storbritanniens del Financial Collateral Arrangements (No 2) Regulations 2003, SI 2003/3226, kompletterad genom SI 2009/2462 och 2010/2993, Louise Gullifer (red.), Goode on Legal problems of Credit and Security, 5 uppl., London 2013, s. 255 ff., och Finland Lag om finansiella säkerheter, 20.1.2004/11.

Säkerhetsdirektivet omfattar två slags säkerhetsställanden, dels avtal om *finansiell äganderättsöverföring*, i direktivets svenska version direkt uttryckt som säkerhetsöverlåtelse, art. 2.1.b), dels avtal om *finansiell säkerhet*, vilka kännetecknas av att "den fulla eller kvalificerade äganderätten" till säkerheten eller "den fulla rätten att utnyttja denna" kvarstår hos säkerhetställaren, art. 2.1.c), med andra ord i detta avseende snarlik svensk panträtt, åtminstone i det avseendet att säkerhetställaren (pantsättaren) kvarstår som formell ägare till säkerhetsobjektet (panten). I den engelska versionen talas om "*title transfer financial collateral arrangement*", respektive "*security financial collateral arrangement*".

Med avtal om finansiell äganderättsöverföring i art. 2.1.b) förstås:

*"avtal (inklusive återköpsavtal) enligt vilka en säkerhetställare överför full äganderätt till, eller full rätt att utnyttja, en finansiell säkerhet till en säkerhetstagare för att säkerställa eller på annat sätt täcka fullgörandet av de relevanta ekonomiska förpliktelserna."*²⁷

Denna definition kompletteras med ett krav på erkännande i art. 6.1. Säkerhetsöverlåtelse i direktivets mening skall få verkan i enlighet med sitt innehåll (sina villkor) i nationell rätt. Detta innebär ett förbud mot nationella regleringar som omklassificerar säkerhetsöverlåtelse till kanske bristfälliga (ogiltiga) pantsättningar.²⁸ Någon tvekan ska inte råda om att säkerheten är tryggad och fullt realiserbar enligt nationell rätt. Särskilt kan tvingande slutavräkning ske av säkerhetstagarens förpliktelse att återföra motsvarande tillgång som förvärvats om betalningsdröjsmål eller annan default-händelse ("utlösande händelse") inträffar innan återförande skett art. 6.2. Med andra ord kan säkerhetstagaren förverka hela säkerheten genom att avräkna dess värde mot skyldigheten att återföra motsvarande instrument till säkerhetställaren. Ingångna avtal ska inte heller kunna fräntas sin verkan på grund av att endera parten inleder likvidations- eller rekonstruktionsförfarande (konkurs eller företagsrekonstruktion), art 4.5. I övrigt innehåller säkerhetsdirektivet inte några materiella regler avseende säkerhetsöverlåtelse. Det centrala är därmed att avtalsfriheten sanktioneras genom att ingångna avtal ska vara fullt giltiga och verksamma enligt sina villkor, även sakrättsligt. Säkerhetsöverlåtelse som avtalstyp ska således erkännas och ges rättsverkan enligt sitt partsgivna avtalsinnehåll.

3.3 Den svenska synen

Full rättsverkan för avtalsinnehållet står väl i överensstämmelse med den allmänna avtalsfriheten i svensk rätt, både vad gäller typfrihet och innehållsfrihet. Enskilda parter är fria att ingå de avtal de finner lämpliga och att själva utforma innehållet, såvida lagstiftningen inte innehåller uttryckliga inskränkningar, såsom ogiltighets- och jämningsreglerna i 3 kap. avtalslagen. Ingångna avtal är samtidigt bindande

²⁷ I lydelse enligt ändringsdirektiv Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/44/EG av den 6 maj 2009 om ändring av direktiv 98/26/EG om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper och direktiv 2002/47/EG om ställande av finansiell säkerhet, vad gäller sammanlänkade system och kreditfordringar, EUT L 146, 10.6.2009, s. 37.

²⁸ Se skäl 13 i säkerhetsdirektivet.

för avtalsparterna och sanktioneras genom att domstol kan ålägga part att fullgöra sina förpliktelser eller ersätta motparten för avtalsbrott. Denna grundläggande avtalsfrihet har dock aldrig stått i vägen för uppbyggnaden av en dispositiv rätt med regler för olika avtalstyper tillämpliga vid avsaknad av uttryckligt avtalsinnehåll i enskilda fall. Den dispositiva rätten utgör utfyllnad och också tolkningsbakgrund till avtal. Olika avtalsvillkor läses och tolkas mot bakgrund av motsvarande dispositiva rättsregler, både för att fastställa innehållet och för att klarlägga om villkoret täcker aktuella frågeställningar eller måste kompletteras. Därtill utgör det fastlagda avtalsinnehållet utgångspunkt för bedömning av de sakrättsliga effekter detta ger. Det är således i högsta grad intressant att närmare undersöka hur lagstiftaren har sett på säkerhetsöverlåtelsen som avtalstyp i samband med säkerhetsställanden i finansiella instrument. Till den obligationsrättsliga bedömningen kommer de sakrättsliga aspekterna, vilka som bekant *inte i sig* kan regleras avtalsvis av enskilda parter. Kraven för sakrättslig verkan, exempelvis av säkerhetsställanden, är fristående från avtalen och tvingande i den meningen att enskilda parter inte kan styra över deras innehåll. I vad mån dessa krav är uppfyllda visar sig först i den ena eller andra partens konkurs.

I prop. 2004/05:30 var regeringens bedömning att,

*"[s]vensk rätt avseende säkerhetsöverlåtelse är förenlig med säkerhetsdirektivets bestämmelser om avtal om finansiell äganderättsöverföring."*²⁹

Några lagändringar eller kompletteringar behövdes därför inte. I beskrivningen av gällande rätt på området påpekades först att säkerhetsavtalet får formen av en överlåtelse, inte pantsättning, och att den närmare utformningen kan variera men

*"rent allmänt finns intagen en överenskommelse om att förvärvaren har en skyldighet att sälja tillbaka egendomen till den ursprunglige ägaren."*³⁰

Med denna utformning stämmer den svenska säkerhetsöverlåtelsen överens med direktivets definition i art. 2.1.b) enligt regeringen. Samtidigt påpekades dock att säkerhetsöverlåtelsen gör det lättare för parterna att reglera köparens rätt att fritt förfoga över egendomen, något som är särskilt viktigt i samband med fungibel egendom såsom finansiella instrument, eftersom säkerhetssäljaren då kan nöja sig med att få tillbaka andra, likvärdiga instrument än de som såldes. Härigenom inkluderade regeringen återköpsavtalen (reporna) i säkerhetsöverlåtelsen, även om det påpekades att det inte finns något behov i svensk rätt att inordna dessa i en specifik kategori eftersom avtalsfrihet råder.³¹

När det gäller det närmare innehållet i dispositiv rätt pekade regeringen på diskussionen i doktrinen avseende panträttens tillämplighet på säkerhetsöverlåtelsen men återkom till att avtalsfriheten medför att avtalet måste tolkas efter sitt innehåll, inte efter vad det kallas. En markering gjordes dock genom ett påpekande om att det kan

29 A. prop. s. 28.

30 A. st.

31 A. prop. s. 31.

"finnas argument för att vissa rättigheter, t.ex. förvärvarens fria förfoganderätt, anses följa av branschpraxis på finansmarknaden även om frågan inte reglerats i avtalet om säkerhetsöverlåtelse."³²

Påpekandet åtföljdes av en hänvisning till formkravet i 3 kap. 1 § lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument (LHFI). Utöver denna precisering får läsaren således, när det gäller synen på säkerhetsöverlåtelse, nöja sig med en allmän och försiktig hänvisning till panträtten för innehållet i dispositiv rätt.

Propositionen innehåller också ett längre avsnitt, kap. 6, som tar upp frågan om säkerhetshavares fria förfoganderätt i samband med sådana säkerhetsavtal som närmast kan liknas vid pantavtal. I säkerhetsdirektivet art. 5 anges nämligen att även i de fall äganderätten kvarstår hos säkerhetställaren ska villkor om fri förfoganderätt för säkerhetshavaren vara fullt giltiga och genomförbara. Sådana avtalsregleringar ska inte medföra någon skadlig omklassificering av avtalet eller påverka dess status av giltigt säkerhetsavtal, bland annat ur återvinningssynpunkt. Avtalsfriheten ska återigen respekteras fullt ut. Denna reglering i direktivet är, som framgår strax nedan, problematisk i det avseendet att normal panträtt är svår att kombinera med fri förfoganderätt för panthavaren och fortfarande räkna med sakrättsligt äganderättsskydd för pantsättaren. Dennes äganderättsställning är inte självklar sedan panthavaren getts frihet att disponera över panten som sin egen.

3.4 Lagrådets mening

Lagrådet godtog i det stora hela regeringens ståndpunkt angående svensk rätts överensstämmelse med säkerhetsdirektivet i prop. 2004/05:30 men försökte ändå precisera rättsläget ytterligare.³³ Först gjordes ett allmänt konstaterande om att en säkerhetssköpare aldrig uppnår mer än ett säkerhetsintresse i egendomen på grund av 37 § avtalslagen. Överhypotek i den förvärvade egendomen, i betydelsen egendomsvärde utöver vad säkerhetssäljaren är skyldig säkerhetssköparen, tillkommer säljaren/dennes konkursbo. Detta utgjorde inget problem enligt *Lagrådet* eftersom art. 4 om verkställighet i säkerhetsdirektivet, särskilt art. 4.6, som omfattar både pantavtal och säkerhetsöverlåtelser,

"ger medlemsstaterna möjlighet att föreskriva en skyldighet att redovisa överhypotek".³⁴

Detta är dock *Lagrådets* tolkning eftersom stadgandet endast anger att nationell rätt kan ha krav på att realisering, värdering och beräkning av säkrade förpliktelser *"måste genomföras på ett affärsmässigt rimligt sätt."* I samband med kraven för genomförande av pantrealisation brukar denna formulering – *"affärsmässigt rimligt sätt"* – uppfattas som ett krav på att panthavaren särskilt beaktar pantsättarens intresse av att pantens värde realiseras fullt ut.³⁵ Om detta utan vidare innefattar

32 A. prop. s. 29.

33 *Lagrådet* bestod av f.d. RegR Karl-Ivar Rundqvist, JustR Torgny Håstad och RegR Göran Schäder.

34 A. prop. s. 119.

35 Jfr 16 § tredje stycket kommissionslagen (2009:865) och 8 kap. 10 § andra stycket konkurslagen (1987:672). En liknande regel återfinns i DCFR art. IX. – 7:103 (4) *"Enforcement is to be undertaken by*

de begränsningar som 37 § avtalslagen uppställer kan diskuteras. Uttrycket "*affärsmässigt rimligt sätt*" har inte utvecklats närmare i samband med säkerhetsdirektivet. Som framgår av skäl 17 till direktivet handlar det om en avvägning mellan å ena sidan behovet av snabbhet och handlingsutrymme för säkerhetshavaren, så att denne kan säkra den finansiella stabiliteten och begränsa smittoeffekterna, om en avtalspart inte fullgör sina förpliktelser, och å den andra vad som *i efterhand* kan ses som ett *affärsmässigt* rimligt agerande när det företogs för att uppnå dessa syften. Med andra ord måste säkerhetshavarens agerande ses i ljuset av vad som var känt vid tidpunkten ifråga och om agerandet *då* var rimligt utifrån stabilitets- och smittoeffektsynpunkt.³⁶ I vad mån uttrycket också inkluderar ett krav på att ett realiserat överhypotek återställs till säkerhetsöverlåtaren sägs det inget om. Det är dock en rimlig tolkning att så bör vara fallet och att 37 § avtalslagen endast bekräftar detta synsätt.

Lagrådet konstaterar därefter att kraven i svensk rätt på *sakrättsligt moment*, främst rådighetsavskärande, för fullbordad säkerhetsrätt står i överensstämmelse med direktivet, art. 1.5, 2.2 och skäl 9, samt att *värdebestämd panträtt* numera bör anses som giltig säkerhet i den egendom som panthavaren har kontroll över. Denna intressanta fråga ska inte diskuteras här men det kan konstateras att Lagrådet för sin ståndpunkt helt förlitar sig på

*"de författare som inte bara allmänt har behandlat den s.k. specialitetsprincipen utan som konkret har diskuterat värdebestämd panträtt i värdepappersdepåer".*³⁷

Någon rättspraxis eller annat mera auktoritativt källmaterial finns inte, vilket inte hindrar att ståndpunkten är rimlig och ett troligt uttryck för rättsläget.

Lagrådet fortsätter med en genomgång av frågor i anledning av förfogandemedgivanden i pantavtal och pantsättarens separationsrätt till panten vid panthavarens obestånd. Lagrådet tar här ställning för att sådan förfoganderätt medför att pantavtalet är ett försträkningsavtal (*pignus irregulare*) och pantsättaren därmed endast har en fordringsrätt gentemot panthavaren, även om pantegendomen finns intakt kvar hos panthavaren.³⁸ Med andra ord sker en äganderättsövergång genom medgivandet på liknande sätt som vid en säkerhetsöverlåtelse och återgångskravet har en osäker status innan det realiserats genom faktiskt återställande av motsvarande egendom till pantsättaren/överlåtaren. På denna punkt har lagrådet en bestämd uppfattning;

the secured creditor in a commercially reasonable way and as far as possible in cooperation with the security provider and, where applicable, any third person involved." Citerat från DCFR Vol. 6, s. 5618. DCFR är inte bindande lagtext men återspeglar en nutida europeisk syn på de rättsområden som täcks in, i detta fall säkerhetsrätt i vid mening.

36 I specialmotiveringen till 8 kap. 10 § andra stycket konkurslagen, prop. 2004/05:30 s. 96, förklaras att med uttrycket "*avses normalt försäljning till börs- eller marknadspris*." I 16 § tredje stycket kommissionslagen anges, "*Finansiella instrument och valuta får också säljas på annat sätt [än på auktion] eller realiseras genom avräkning, om det sker på ett affärsmässigt rimligt sätt.*" Enligt prop. 2008/09:88 s. 43 och 114 innebär detta detsamma som i konkurslagen, realisering till marknadspris är affärsmässigt rimligt.

37 Prop. 2004/05:30 s. 120, de författare som åberopas är Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., 1996, s. 334 ff., och Walin, Panträtt, 2 uppl., 1998, s. 116.

38 A. prop. s. 122.

*"En följd av att avtalet ses som en försträckning är att säkerhetsställaren inte kan få sakrättsligt skydd till det substitut som säkerhetstagaren skaffat förrän sådant skydd uppträder enligt överlåtelse regler."*³⁹

Frågan är hur detta går ihop med den annars vanliga uppfattningen att överlåtaren har ett sakrättsligt skyddat återgångskrav vid säkerhetsöverlåtelse och att förvärvaren har en fri förfoganderätt över den säkerhetsöverlåtna egendomen under säkerhetstiden.⁴⁰ Skulle det föreligga en väsentlig skillnad mellan pantsättning och säkerhetsöverlåtelse på det sättet att det i första fallet skiljs mellan om panthavaren har fri förfoganderätt eller inte men i det andra fallet ingår som en naturlig följd av överlåtelsen och inte påverkar säljarens ställning. Det ter sig inte särskilt troligt med tanke på att pantavtal med fri förfoganderätt ska omklassificeras till en slags äganderättsövergång (försträckning) och då rimligen bör komma *närmare* säkerhetsöverlåtelsen i rättsverkningar.

I samband med att ändringsdirektivet⁴¹ skulle implementeras uppstod en diskussion om innebörden i tilläggen till definitionerna i art. 2.1.b) och c), angående "*full rätt att utnyttja*" säkerhetsegendomen. I sina remissvar efterfrågade Svenska Fondhandlarföreningen och Svenska Bankföreningen förtydliganden på denna punkt. Regeringen menade dock att tilläggen inte hade någon annan innebörd än att möjliggöra ett tillägg av "*kreditfordringar*" bland de tänkbara typerna av säkerhetsegendom inom direktivets tillämpningsområde. Någon materiell innebörd som kunde påverka svensk rätt hade de inte.⁴² Säkerhetsöverlåtelse av fordringar skulle således hanteras enligt hittillsvarande nationell rätt.

När det gäller hur svensk rätt ser på dels en säkerhetstagares fria förfoganderätt, dels en säkerhetställdes bibehållna separationsrätt, har diskussionen fortsatt mellan regeringen och Lagrådet. Frågan är om vi fått ökad klarhet i hur svensk rätt ser på dessa frågor eller om vi även fortsatt måste famla i mörker. Detta tas upp i nästa avsnitt.

4. Ett preciserat rättsläge för säkerhetsöverlåtelse vid central motpartsclearing?

4.1 Svensk rätt i ljuset av EMIR

Problemet är således att svensk rätt inte ger klart besked i de två nyss angivna frågorna angående fri förfoganderätt och bibehållen separationsrätt. Båda är väsentliga för en väl fungerande kreditsäkerhetsrätt avseende finansiella instrument och båda bör helst besvaras i positiva ordalag med att en fri förfoganderätt för panthavare

³⁹ A. st.

⁴⁰ Jfr regeringens ståndpunkt strax ovan vid not 32.

⁴¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/44/EG av den 6 maj 2009 om ändring av direktiv 98/26/EG om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper och direktiv 2002/47/EG om ställande av finansiell säkerhet, vad gäller sammanlänkade system och kreditfordringar, EUT L 146, 10.6.2009, s. 37.

⁴² Prop. 2010/11:95 s. 37, härvid hänvisades till kommissionens kommentar till det ursprungliga förslaget, KOM[2008] 213 slutlig, s. 10.

respektive säkerhetsförvärvare inte påverkar (stör) synen på avtalens innebörd och att pantsättare respektive säkerhetsöverlåtare, trots medgivande till förfogande, har en bibehållen separationsrätt i händelse av motpartens konkurs.

Våren 2014 konstaterade regeringen i propositionen i anslutning till EMIR,

"Ett väl fungerande regelverk för användande av säkerheter är av stor betydelse för centrala motparter".⁴³

I anledning av påpekanden från flera remissinstanser konstaterades också att för

"tilltron till den svenska finansmarknaden är det av betydelse att det är så tydligt som möjligt vilka regler som gäller. Från de berörda parternas utgångspunkter bör således osäkerheten om vilka regler som gäller och vilka effekter dessa får (den rättsliga risken) minimeras. Tydlighet i normhänseende är inte minst av betydelse vid en clearingmedlems konkurs, då konkursförvaltaren och den centrala motparten kan behöva fatta snabba beslut."⁴⁴

På grund härav gjordes ånyo en tämligen ingående inventering av svensk rätt avseende pantsättning och säkerhetsöverlåtelse av kontoförda finansiella instrument, kreditfordringar och guld samt användningen av bankgarantier som säkerhet i samband med central motpartsclearing. Det är av intresse att närmare studera hur regeringen beskriver rättsläget, i detta sammanhang dock i huvudsak koncentrerat till säkerhetsöverlåtelse.

Först påpekade regeringen att gränsdragningen mellan omsättnings- och säkerhetsöverlåtelse generellt sker så att avgörande är partssyftet att tillhandhålla säkerhet för en kredit och att därmed förvärvaren inte har något intresse av egendomen som sådan. En säkerhetsöverlåtelse kan också innefatta en rätt för förvärvaren att fritt förfoga över egendomen eller på annat sätt överta äganderätten fullt ut. I sådana fall måste dock 3 kap 1 § LHFJ uppmärksammas och iaktas av parterna. Vidare påpekades att *förfoganderätt* för förvärvaren är av särskild betydelse vad gäller fungibel egendom, däribland finansiella instrument, eftersom ökad avkastning kan uppnås genom fortsatt handel i de säkerhetsöverlätna instrumenten. När det särskilt gäller återköpsavtal/repot hänvisade regeringen till de tidigare ställningstagandena avseende säkerhetsdirektivet och fann att,

"det torde vara vedertagen praxis på finansmarknaden att förvärvaren även utan uttrycklig rätt i avtalet får förfoga över egendomen som ägare (a. prop. [2004/05:30] s. 31). Det följer också av det förhållandet att det rör sig om en överlåtelse i rättslig mening. Den egendom som säkerhetsinnehavaren är skyldig att sälja tillbaka till säkerhetstagaren är således egendom av motsvarande slag, inte samma egendom."⁴⁵

Härefter görs en notering om att svensk lagstiftning inte innehåller några särskilda bestämmelser om säkerhetsöverlåtelse men att i vissa fall pantsättning och överlåtelse jämföras och att överlåtelse omfattar både omsättnings- och säkerhetsöverlåtelse, här hänvisas till 10 § SkbrL, 6 kap. 7 § LKF och 4 kap. 12 § KonkL. Det

43 Prop. 2013/14:111 s. 25.

44 A. prop. s. 31.

45 A. prop. s. 40.

konstateras helt kort att sakrättsligt skydd för säkerhetsförvärvaren uppnås på samma förutsättningar som för andra förvärvare och att det omvända fallet, det vill säga om säkerhetställaren åtnjuter skydd vid säkerhetsinnehavarens konkurs, "är av intresse."⁴⁶ Regeringen pekar i den senare frågan först på principerna för separationsrätt för ägare till egendom i en konkursgäldenärs besittning, särskilt kravet på identifiering (specialitet), och att systemet med förvaltarregistrering av innehav av finansiella instrument innebär att sådana innehav endast "syns" i förvaltarens kontosystem, inte hos den centrala värdepappersförvararen, men att det i doktrinen hävdats att tillräcklig identifiering sker även i denna modell och att förvaltaren tveklöst är redovisningsskyldig enligt lagen (1944:181) om redovisningsmedel i dessa fall.⁴⁷

När det sedan gäller förfoganderätten för säkerhetsinnehavaren diskuterades denna för pantavtalets del ingående men avseende säkerhetsöverlåtelse konstaterades endast att då,

*"övergår i stället äganderätten till säkerhetsinnehavaren, som i regel får förfoga över säkerheten."*⁴⁸

Det kan särskilt noteras att regeringen här tar upp rättsfallet NJA 2009 s. 79 och framhåller HD:s påpekande att det i litteraturen har ansetts att en pantsättare bibehåller sin äganderätt och därmed separationsrätt, trots medgiven förfoganderätt för panthavaren, så länge pantegendomen finns kvar hos panthavaren.⁴⁹ Rättsfallet handlade om giltigheten i konkurs av ett finansieringsupplägg i form av en leasingkonstruktion, för en återförsäljare av fordon. HD ansåg bibehållen separationsrätt följa av dåvarande 53 § kommissionslagen (1914:45, numera 23 § kommissionslagen [2009:865]), såsom utgörande en

*"grundläggande princip", "som är tillämplig på olika situationer när någon besitter annans egendom med fri förfoganderätt men utan att (ännu) ha laga fång till den."*⁵⁰

Här kan man undra om denna formulering utesluter säkerhetsöverlåtelse och således saknar betydelse för frågan om säkerhetsförvärvarens förfoganderätt eller om uttalandet, som ju närmast är av karaktären *obiter dictum*, kan tolkas som inkluderande även säkerhetsöverlåten. Det går naturligtvis att som regeringen istället anse att förfoganderättsfrågan inte är ett problem eftersom det ju i dessa fall rör sig om en överlåtelse men, som framgår strax nedan, alla är inte ense om detta. Stånd-

46 A. prop. s. 41.

47 Doktrinen består här av Karin Wallin-Norman, Kontorätt, s. 180-182.

48 A. prop. s. 42. Här kan återges ett uttalande i en informationsskrift från SBAB Bank AB, Information om kapitaltäckning och riskhantering, 2013, s. 33, som utgår från att inga egentliga problem föreligger, "Avstämning av motpartsrisk sker dagligen eller veckovis mot varje derivatmotpart där säkerhetsavtal finns, och säkerheter flyttas för att jämna ut exponeringen. I samtliga förekommande fall är de ställda och mottagna säkerheterna i form av kontanter med ägarövertag, vilket innebär att den part som tar emot säkerheterna har rätt att använda dem i sin verksamhet."

49 HD hänvisar i fallet till Undén, Svensk sakrätt I, 10 uppl. 1995, s. 171 f., (faksimilutgåva av 10 uppl., 1976), Rodhe, Handbok i sakrätt, 1985, s. 439, Håstad, Sakrätt, 6 uppl. 1996, s. 155 ff. och Lindskog i Festskrift till Suzanne Wennberg, 2009, s. 227 not 11; jfr Hessler, Allmän sakrätt, 1973, s. 156 f.

50 Ref. s. 87. För en kritisk analys av fallet se Millqvist, Fri förfoganderätt över lös egendom, Festskrift till Gertrud Lennander, 2010, s. 221 ff.

punkten innebär också att man godtar att säkerhetsöverlåtelse *inte* är detsamma som pantsättning på denna viktiga punkt.

Om säkerhetsinnehavaren har utnyttjat sin förfoganderätt och sålt vidare säkerhetsöverlåtna instrument uppstår frågan vilken rätt säkerhetssäljaren har avseende substitut hos säkerhetsförvärvaren, separationsrätt eller fordringsrätt. Här fann regeringen att,

*"det inte [är] säkert att säkerhetsställarens anspråk på återköp är skyddad i säkerhetstagarens konkurs."*⁵¹

Återigen hänvisades till doktrinen avseende en möjlighet att kontoföra rätten till återleverans men att det inte är realistiskt eftersom det ofta skulle omintetgöra den fria förfoganderätten.⁵²

Lagrådet var inte helt enigt med regeringen i vad som gäller för säkerhetsöverlåtelse i materiellt avseende.⁵³ Det var inte *"givet"* enligt Lagrådet,

"att en säkerhetsöverlåtelse enligt intern svensk rätt överför äganderätten i den mening som avses i 3 kap. 1 § LHFI så att säkerhetssköparen därefter förfogar över "egna" finansiella instrument eller att en säkerhetsöverlåtelse i sig (ex lege) ger säkerhetstagaren fri förfoganderätt över säkerheten...".

Uttalandet görs på grund av en i lagrådsremissen föreslagen komplettering av undantagna fall från formkraven i 3 kap. 1 § LHFI, som endast omfattande pantsättning, inte säkerhetsöverlåtelse, genom referens till enbart art. 2.1.c) i säkerhetsdirektivet via hänvisning till avtal som avses i art. 39.8 EMIR. Lagrådet menade att hänvisningen borde strykas så att både pantsättning och säkerhetsöverlåtelse omfattades, vilket också blev fallet i propositionens slutliga utformning av ett nytt tredje stycke till 3 kap. 1 § LHFI.

Lagrådet tvekade således inför ett synsätt som skulle innebära att säkerhetsförvärvaren direkt i följd av överlåtelsen skulle anses vara ägare med fri förfoganderätt till egendomen. Någon form av begränsning eller inskränkning skulle gälla för säkerhetsförvärvaren, som väl skulle gå ut på att inte kunna disponera över säkerheten efter egna behov och önskemål utan att ha ett avtalat medgivande från säkerhetsöverlåtare. Detta framstår som en mera försiktig hållning än regeringen i fråga om rättsverkningarna av en säkerhetsöverlåtelse. Troligen bottnar Lagrådets ställningstagande i vad som uttalades i samband med säkerhetsdirektivets implementering, nämligen att en säkerhetsförvärvare på grund av 37 § avtalslagen endast erhåller en säkerhetsrätt på grund av förvärvet, inte mera. Därmed jämställer Lagrådet säkerhetsöverlåtelsen med pantsättningen och behandlar dem lika.

51 A. prop. s. 42.

52 A. prop. s. 43 med hänvisning till Karin Wallin-Norman, Kontorätt s. 217.

53 Denna gång bestod Lagrådet av f.d. JustR Torgny Håstad, f.d. JustR Sten Heckscher och JustR Göran Lambertz.

4.2 En sammanfattande analys av rättsläget

Var står svensk rätt i synen på säkerhetsöverlåtelse av finansiella instrument och särskilt i fråga om säljares och köpares rättsställning i förhållande till instrumenten, såsom köparens eventuella fria förfoganderätt respektive säljarens eventuella separationsrätt i köparens konkurs? Allmänt kan konstateras att lagstiftaren, liksom tidigare rättspraxis och doktrin, främst hänvisar till panträtten för att ange tillämpliga principer och regler men att det sedan i olika detaljfrågor ändå påvisas skillnader mellan de två rättsfigurerna.

Med Lagrådets konstaterande i föregående avsnitt måste en viss osäkerhet i rättsläget konstateras vad gäller den fria förfoganderätten. Regeringen tycks vara mera villig att anse fri förfoganderätt följa med en säkerhetsöverlåtelse än Lagrådet vilket innebär att vi svävar i ovisshet. Det må vara att parter giltigt kan avtala om förfoganderätt för förvärvaren och att det förmodligen inte medför någon olycklig omklassificering av avtalet men det hade ändå varit av värde om enighet hade rått om innehållet i den dispositiva rätten på denna punkt eftersom det återverkar på överlåtarens sakrättsliga position.

Vad gäller separationsrätten råder en liknande osäkerhet. Med avstamp i NJA 2009 s. 79 kan ifrågasättas om en säkerhetssäljare alls kan ha någon separationsrätt till den säkerhetsöverlåtna egendomen (om den finns kvar) eller substitut för den i köparens konkurs. I vart fall antyder rättsfallet att detta är tveksamt eftersom HD däri väljer att upprätthålla principen från NJA 1932 s. 292 om att *återtagandeförbehåll* (äganderättsförbehåll) saknar verkan om köparen ägt vidare sälja såld egendom före slutbetalning. En åtskillnad görs mellan fall där äganderätten anses övergå och fall där den ännu inte övergått trots att egendomen överlämnats (med fri förfoganderätt för mottagaren). En särskild fråga, som kan vålla tvekan, är naturligtvis i vilken utsträckning dessa rättsfall (varav det äldre avser från Tyskland importerade skördemaskiner) över huvud taget är relevanta för de speciella relationer som råder på finansmarknaden avseende transaktioner i finansiella instrument.⁵⁴ Det vill synas som att den försiktige bedömarens bör utgå från att säkerhetssäljare i *detta avseende* behandlas som definitiv säljare utan någon särskild rätt att återfå/återta såld egendom. Säljaren kan ha en fordran att bevaka men den skulle inte vara förknippad med någon särskild kvalitet utan utgöra endast en oprioriterad fordran i köparens konkurs.

⁵⁴ Se dock uttalanden i prop. 2004/05:30 s. 26, om att civilrättsliga regler så långt som möjligt bör ha generell tillämplighet och inte avgränsas till viss egendom eller vissa marknader.

Kreditköp eller hyra

En fråga om verklighetens inflytande
på rättsliga klassificeringar

GÖRAN MILLQVIST

1. Inledning

Allt sedan finansiell leasing introducerades här i landet i början av 1960-talet såsom en ny kreditform, har frågan om leasingens ”rätta” juridiska klassificering återkommit med mer eller mindre jämna mellanrum. Det har gått ett 30-tal år sedan starten och det kunde tyckas som frågan borde vara överspelad vid det här laget. Leasingmetoden är fast etablerad på kreditmarknaden och det råder knappast någon tvekan om att den av marknadens folk uppfattas som en kreditform med egna kriterier och förutsättningar. Så visar sig dock inte vara fallet då det blir fråga om en bedömning av leasingens rättsverkningar i olika hänseenden. Vid intressekollisioner mellan avtalsparterna eller i samband med konkurs uppstår ofta önskemålet att få leasingen klassificerad som kreditköp, för att därigenom uppnå en förbättrad position i förhållande till leasingbolaget. Leasingkunden åberopar avbetalningsköplagens avräkningsregler till sin förmån eller konkursförvaltaren hävdar en utköpsrätt till billigt pris. Ett avgörande av hemvist måste därvid ske. Frågan har också betydelse för den skatterättsliga behandlingen av transaktionen samt för hur denna skall redovisas i de ingående parternas bokföring. Vintern 1994/95 utökades diskussionsunderlaget med två nya källor, vilket gör det motiverat att ta upp frågan igen. Dels lade Leasingutredningen fram sitt slutbetänkande, Finansiell leasing av lös egendom, SOU 1994:120, vari osäkerheten i klassificeringsfrågan anges som ett av huvudskälen för en lagreglering av leasinginstitutet.¹ Dels avgjordes slutligen en seglivad tvist på detta tema genom att HD inte gav prövningstillstånd i ett tvistemål från Svea hovrätt² angående så kallad investorleasing eller partnerleasing. Huvudfrå-

¹ SOU 1994:120 Finansiell leasing av lös egendom. Slutbetänkande av Leasingutredningen, s. 363 ff., 379.

² Svea HovR, Avd. 12, T 1622/92, DT 54, 1993-11-15, ej pt HD, T 5013/93, 95-03-03.

gan i målet var om en leasingtransaktion borde klassificeras som ett kreditköp (avbetalningsköp) eller som en nyttjanderättsupplåtelse. Här nedan diskuteras några aspekter av denna klassificeringsfråga, med utgångspunkt i Svea Hovrätts dom. Intressant att notera redan utgångsvis är att hovrättens bedömning — att den omtvistade transaktionen utgjorde en nyttjanderättsupplåtelse, inte ett kreditköp — möjligen fått motsatt utgång om Leasingutredningens beskrivning av gällande rätt lagts till grund för domen.

2. Investorleasing i domstol

Den aktuella tvisten hade sin upprinnelse i 1980-talets ”kreativa finansieringsmiljö”, där leasingobjekt kom att fungera som omsättningsbara avskrivningsobjekt för företag med placeringsbara överskott. En inte ovanlig metod för återfinansiering av särskilt större enskilda leasingaffärer eller för att skjuta upp beskattningen.³ I detta fall rörde det sig om avancerad och dyrbar datorutrustning vars anskaffning finansierades genom att det leasingbolag som primärt köpte in utrustningen för leasingupplåtelse till brukaren, sålde densamma till en så kallad investor samt hyrde tillbaka den från denne. Några år senare bar det sig dock inte bättre än att leasingbolaget försattes i konkurs, strax efter det att en slutuppgörelse angående datorutrustningen skett mellan leasingbolaget och brukaren men före det att uppgörelse hunnit ske mellan investorn och leasingbolaget. Detta var den faktiska orsaken till att tvist uppstod mellan investorn och brukaren angående brukarens betalning till leasingbolaget. Frågan var om brukaren kunnat betala med befriande verkan till leasingbolaget, trots att utrustningen ägdes av investorn, eller om brukaren var skyldig betala en gång till men nu till investorn. Investorn hävdade att brukaren inte kunnat slutföra utrustningen till leasingbolaget, med den verkan att utrustningen därefter övergått i brukarens ägo och att investorn gått förlustig både utrustningen och köpeskillingen. Brukaren presenterade häremot en imponerande lista invändningar varför denne inte skulle vara skyldig betala en gång till.

Brukaren hävdade att leasingavtalet redan från början var ett avbetalningsköp, att särskilt avtal ingåtts angående slutförbetalningen, att dispositiv rätt (*naturalia negotii*) för investorleasing innebar att slutförbetalning kunde ske på det sätt som skett, att den i leasingavtalet ingående optionsrätten var sakrättsligt skyddad och kunde påkallas mot leasingbolaget oberoende av investorn, att leasingbolaget haft behörighet enligt ställningsfullmactsreglerna och anslutande praxis att företräda investorn i denna fråga eller att investorn skulle anses ha godkänt

³ Se a. SOU s. 237, angående utnyttjandet av investorleasing för att skjuta upp beskattningen till efter det att skattereformens lägre bolagsskattesatser trätt i tillämpning samt s. 512, särskilt yttrande av experten Tom Ekelund, angående andra skäl för investorleasing.

betalningen i efterhand (ratihabition) samt slutligen att brukaren varit i god tro då betalningen skedde varför den var befriande enligt 29 § skuldebrevslagen. Om avbetalningsköp skulle anses föreligga innebar det, enligt brukarens tankegång, att denne redan inledningsvis köpt utrustningen från leasingbolaget, varför investorns senare köp var ett fall av tvesalu. Och eftersom investorn inte gjort något exstinktivt godtrosvärvär, på grund av vetskap om brukarens förvär, hade investorn överhuvud taget inga krav mot brukaren.

Brukaren hade dock ingen framgång i domstolarna. Både tingsrätten och hovrätten kom till slutsatsen att det inte fanns underlag för att anse avtalet utgöra ett köp eller att i övrigt ge brukaren medhåll i dennes invändningar. I stället utdömdes värdeersättning för utrustningen och ersättning för felande leasingavgifter till investorn. En till synes hård dom med tanke på att det innebar att brukaren fick betala utrustningens restvärde två gånger men samtidigt konsekvent utifrån avtalskonstruktionens förutsättningar och principiella överväganden angående avtalsbundenhet till uttryckliga kontraktsvillkor. Hovrättens dom stämmer också överens med den huvudtendens som kan förmärkas i en sparsamt förekommande rättspraxis, liksom med nyare doktrin på området. En mycket generell slutsats som kan dras av domen är, att det skall till mycket handfasta och tydliga omständigheter för att ett såsom leasing upplagt kontraktsförhållande av domstol senare skall omrubriceras till att utgöra ett kreditköp.

Innan framställningen övergår till ett närmare skärskådande av gränsdragningsfrågan kan det vara på sin plats med några iakttagelser angående investorseasings särdrag.

3. Investorleasing med sale and lease-back

Den modell för investorseasing som förekom i fallet kan kortfattat beskrivas som kreditgivning i två led, där kredit i form av leasingupplåtelse finansieras "bakåt" genom överlåtelse av leasingobjektet till en fristående finansiär/investor men leasingbolaget kvarstår som upplåtare och avtalspart till brukaren.⁴ I den aktuella tvisten hade leasingbolaget sålt viss datautrustning till investorn mot kontant betalning. Försäljningen skedde någon tid efter det att utrustningen upplåtits till brukaren genom ordinärt leasingavtal. Försäljningen avsåg utrustningen som sådan, inte kontraktsrättigheterna enligt leasingavtalet. I själva köpeavtalet förekom inga uttryckliga förbehåll eller reservationer för brukarens nyttjanderätt. Kopplingen till leasingarrangemanget bestod istället i att leveransvillkoren angav att "Leverans sker hos den angivne användaren", samt att avtalets löptid (kreditid) var knuten till "de övriga med denna transaktion sammanhängande avtalen". Det hänvisades också till att avtalet var en del av en finansiell kon-

⁴ Variationer på detta tema beskrivs i a. SOU s. 62 och 235 ff.

struktion, ”om vilka parterna har full kännedom”. Leasingbolagets möjlighet att förfoga över utrustningen fanns reglerad i leasingavtalet med brukaren, där det som villkor för försäljning angavs att brukarens nyttjanderätt skulle förbehållas gentemot köparen.

Samtidigt med köpeavtalet ingicks leasingavtal avseende utrustningen mellan investorn, som uthyrare, och leasingbolaget, som hyrestagare. Avtalets allmänna villkor var på liknande sätt som i leasingavtalet mellan leasingbolaget och brukaren hämtade från allmänt förekommande standardvillkor för finansiell leasing.

Genom en sale and lease-back av denna typ skall investorn uppnå dels bokföringsmässiga och skattemässiga effekter, dels realsäkerhet i egendomen. Investorn tar genom förvärvet upp egendomen som anläggningstillgång och tillgodogör sig värdeminsknings- och investeringsavdrag samt avdragsrätt för mervärdeskatt.⁵ Dessa effekter är dock beroende av att investorn förvärvar den reella äganderätten till egendomen, eftersom äganderätten avgör vem som skall redovisa egendomen som anläggningstillgång samt bildar utgångspunkt för att avgöra vem den tillkommer i händelse av konkurrerande anspråk från tredje man. Det kan sägas vara ett typiskt partssyfte, typförutsättning, bakom sale and lease-back i investorseasing att dessa effekter uppnås, de utgör grunden för investorns intresse i att delta i affären överhuvudtaget. Leasingbolaget och leasingkunden är naturligtvis också i normalfallet medvetna härom då affären läggs upp. Säkerhetsaspekten utgör en viktig och integrerad del av transaktionen, eftersom den på sätt och vis bildar borte gräns för investorns ekonomiska engagemang. Investorn köper nämligen utrustningen till ett pris som i någon mening motsvarar utrustningens marknadsvärde, exempelvis anskaffningsvärdet. Den ekonomiska insatsen har därmed en motsvarighet i ett realvärde, vilket dels sätter en övre gräns för investorns insats, dels medför att investorns finansiella risk minimeras. Om leasingbolaget eller brukaren mot förmodan kommer i betalningssvårigheter skall investorn, via realisation av utrustningen, kunna täcka åtminstone större delen av investeringen. Detta är samma tankegång som ligger bakom all leasing — äganderätten till leasingobjekten utnyttjas i kredit-säkerhetssyfte.

För brukaren/leasingkunden är syftet för att ingå i transaktionen inte annorlunda än vid annan finansiell leasing. Ett investeringsbehov i viss utrustning täcks genom en kreditinvestering i form av leasing av utrustningen. För leasingbolaget slutligen möjliggör investorseasingen att större enskilda affärer kan genomföras, genom att riskexponeringen kan hållas nere och återfinansiering en hållas på en rimlig kostnadsnivå. En möjlighet att förbehålla sig rätten att tillgodogöra sig restvärdet kan också förekomma som drivfäder.

Två ytterlighetspunkter står till buds för synen på ett händelseförlopp av detta slag. Antingen kan de kontrakt som ingås mellan de inblandade parterna och

⁵ Jfr a. SOU s. 240 ff. med genomgång av praxis från RegR:n.

de andra rättshandlingar som då företas, betraktas som isolerade företeelser, som visserligen följer på varandra i tiden men som i övrigt är självständiga i den meningen att deras rättsverkningar skall fastställas var för sig. Eller så kan förloppet ses som en helt integrerad transaktion där samtliga parter deltagit i olika funktioner för att uppnå ett gemensamt mål, nämligen en effektiv (och ofta en jämförelsevis billigare) paketlösning av brukarens aktuella investeringsbehov. Skäl kan anföras för båda synsätten och någon i sig ”riktig” modell eller lösning föreligger naturligtvis inte. Mellan dessa ändpunkter finns en hel skala av möjliga positioner. Frågan blir då närmast hur stor hänsyn som bör tas till de avvikelser betraktaren ser från sin utsiktspunkt. Valet mellan dessa två grundsynsätt, eller positioneringen på skalan, är väsentligt för bedömningen av respektive parts rättsställning. Från tolkningssynpunkt påverkar det både klassificeringen av de ingångna rättshandlingarna och vilka rättsverkningar som är troligast utifrån bevisbara fakta.

Även om hänsyn tas till att investerleasingen i mycket utgör en integrerad transaktion av kredit-, finansierings- och återfinansieringskaraktär, föreligger samtidigt ett antal konkreta avtal med till övervägande del givna innehåll angående uthyrning, försäljning, återuthyrning samt optionsrätt till viss lös egendom. Som kommer att framgå nedan förefaller sannolikt att hovrätten i denna tvist resonerat med båda aspekterna i åtanke. Händelseförloppet har primärt brutits ned till urskiljbara rättshandlingar, vilka kunnat sorteras och analyseras under kända rättsfigurer, men hänsyn har samtidigt tagits till att dessa inte varit isolerade fenomen utan fått sin mening genom att ingå i ett större sammanhang.

Enligt det mera formella betraktelsesättet föreligger tre separata avtal med avtalsbindningar mellan (1) leasingbolaget och brukaren, (2) leasingbolaget och investorn samt (3) investorn och leasingbolaget. Därtill kommer oftast ett ensidigt åtagande från investorn gentemot brukaren att respektera brukarens nyttjanderätt. Betraktat på detta sätt har rättsläget efter det att avtalen ingåtts närmast karaktären av andrahandsuthyrning, i en kedja från investorn via leasingbolaget till brukaren, eftersom uppenbarligen inget direkt rättsförhållande tillskapas mellan investorn och brukaren. Investorn äger utrustningen och hyr ut den till leasingbolaget, vilket i sin tur hyr ut den till brukaren. Investorns förbehåll för brukarens hyresrätt utgör därvid denuntiation om investorns förvärv samt erkännande av att brukarens nyttjanderätt skall bestå enligt de villkor som avtalats med leasingbolaget. Leasingbolagets möjlighet att överlåta utrustningen trots uthyrningen har sin grund i det första leasingavtalet, varigenom brukaren accepterar att försäljning till utomstående kan komma att ske. Någon förändring eller begränsning av brukarens rättsställning såsom hyrestagare framgår inte av denuntiationen, vilket är konsekvent då förhållandet uppfattas som en andrahandsuthyrning. Allmänna regler för fordringscession, bland annat gäldenärs invändningsrätt enligt 27 § skuldebrevslagen och förbudet mot

substitution (överlåtelse av förpliktelse)⁶ blir inte aktuella här eftersom brukaren även efter överlåtelsen står kvar i rättsförhållande med leasingbolaget, både vad gäller förpliktelssidan (betalning av leasingavgifter m.m.) och rättighetssidan (optionsrätten). Den förändringen inträder dock att optionsrätten efter överlåtelsen blir beroende av att leasingbolaget fullföljer optionskravet bakåt gentemot investorn. En sådan möjlig försvagning i brukarens rätt har dock denne godtagit på förhand genom att acceptera leasingvillkoren, inklusive rätten för leasingbolaget att överlåta utrustningen.

Betraktas avtalen såsom delkomponenter i en större integrerad transaktion, som är känd för samtliga tre parter, blir det å andra sidan ytterligt vanskligt att ta ställning till rättsverkningarna. Avtalskonstruktionen har inte (ännu) vunnit burskap bland de etablerade avtalstyperna, den saknar lagreglering och har ej varit föremål för HD:s prejudikatverksamhet. Det bör därför understrykas att vad som nedan sägs bygger på lämplighets- och konsekvens- resonemang utifrån den samlade avtalskonstruktionens uppbyggnad, något egentligt rättsligt stöd för regler av den innebörd som diskuteras finns inte. Avtalsrättens grundläggande begränsning till tvåpartsförhållanden innebär här att helt nya regler måste tillskapas, vilka skulle ge rättigheter och skyldigheter mellan parter som formellt inte står i avtalsförhållande till varandra.

Parterna är normalt införstådda med att de olika avtalen inte är fristående från varandra och att det inte rör sig om fristående transaktioner i utrustningen. Den rättsliga realiteten i ett erkännande av investorleasing som en sammanhållen transaktion måste vara att ömsesidiga förpliktelser föreligger direkt mellan de ingående parterna, utan att konstruktioner av typen andrahandsuthyrning eller fingerad behörighet för leasingbolaget behöver tillgripas. Ett visst mått av balans mellan rättigheter och skyldigheter måste föreligga, så att en rimlig riskfördelning uppnås.

För brukarens del bör det just sagda innebära, att likaväl som denne skall kunna utgå från att leasingavgifterna skall betalas till leasingbolaget och att övriga kontakter skall gå via detta, investorns intressen inte kan helt bortses från vid slutbetalning och köp av utrustningen. Det förefaller inte rimligt (utgöra ett lämpligt regelinnehåll) att rättigheter och skyldigheter snedfördelas på sådant sätt att en parts kreditrisk blir beroende av en annan parts ensidiga agerande inom avtalskonstruktionen. Med andra ord bör det vara ett rimligt krav på brukaren i en investorleasing, att denne respekterar investorns äganderätt genom information om materiella förändringar i avtalsförhållandet, exempelvis ianspråktagande av optionsrätt, vilket bland annat ger investorn möjlighet att reglera betalningsfrågan (till vem betalning skall ske). Genom att brukaren är införstådd med och accepterar att dess anskaffning av utrustningen skall finansieras genom investorleasing, accepteras också att investorn skall ha ett intresse i utrustningen som inskränker brukarens möjligheter att endast kom-

⁶ Se härom *Millqvist*, *Finansiell leasing*, Lund 1986, s. 222 ff. med hänvisning.

municera med leasingbolaget. Nyttjanderätten och optionsrätten påverkas inte i sig men eftersom det är förutsatt att ytterligare en part skulle inträda i förhållandet åligger det brukaren att respektera dennes intressen, åtminstone så långt att information ges om väsentliga förändringar. Likaså bör det vara rimligt att leasingbolaget har skyldighet att tillse att den avsedda koordinationen mellan de två avtalsförhållandena upprätthålles så att varken investorn eller brukaren oförskyllt hamnar i situationer där deras respektive rättsställning förändras utan att de varit medvetna därom. Investorn bör rimligen ha en skyldighet att i allt respektera brukarens nyttjanderätt och de villkor under vilka denne anskaffat utrustningen.

4. Hovrättens ställningstaganden i tvisten

Hovrättens utgångspunkt för bedömningen av den aktuella tvisten var att dess rättsliga överväganden var underkastade de kommersiella förutsättningar som rätt för avtalen. Frågan om vem av parterna som skulle anses ha ”bättre rätt samt därmed sammanhängande spörsmål om avtalens tolkning och parternas goda eller onda tro måste bedömas med hänsyn till att det rör sig om en komplex kommersiell avtalskonstruktion och att de häri ingående avtalen upprättats mellan jämbördiga parter inom ramen för s.k. investorleasing.” Därefter genomfördes en analys av investorleasingen som fenomen med bland annat en inventering av de typiska partssyften som kan ligga bakom en sådan affär. Första rättsfrågan blev sedan om leasingavtalet mellan leasingbolaget och brukaren ”skall bedömas som ett köp enligt lagen (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl. Detta förutsätter en gemensam partsavsikt att [brukaren] skulle bli ägare till datautrustningen på grund av [leasing]avtalet.” I denna fråga genomfördes ett resonemang från domstolens sida utefter i huvudsak två linjer. Dels medförde det faktum att leasingavtalet från början ingick i en större transaktion, som inkluderade investorn, att det förelåg en ”grundläggande tveksamhet inför klassificering av [leasing]avtalet som ett köpeavtal”. Dels var ett utförligt kontraktsinnehåll bindande mellan parterna enligt sitt innehåll, såvida inte mycket starka skäl talade i annan riktning. ”De olika slag av rättigheter som förbehålls [brukaren] har betecknats som hyrestagarens rättigheter. Detta bör normalt innebära att avtalet bör bedömas som ett hyresavtal mellan parterna.” Viktigare var dock enligt rätten, att kontraktets materiella innehåll beaktades, vilket betydde att de rättigheter och skyldigheter som framgick av kontraktsvillkoren uppfattades som verkliga, i den meningen att de var direkta uttryck för vad parterna avsett att åstadkomma med kontraktet. Rätten pekade på sådana villkor som leasingbolagets rätt att återfå leasingobjektet vid kontraktstidens utgång, rätten att överlåta egendomen under kontraktstiden och bolagets uttryckligen bibehållna äganderätt. Brukarens mycket begränsade möjlighet att förfoga över egendomen

och dennes vårdplikt under skadeståndsansvar nämndes också. Kontraktsvillkoren motsade uttryckligen, enligt rätten, att det skulle ha förelegat ”en gemensam partsavsikt av innebörd att [brukaren] skulle bli ägare till datautrustningen på grund av avtalet”. Eventuella dolda partsavsikter bakom kontraktsformuleringarna avfärdades, eftersom det inte gjorts gällande ”att avtalet eller villkoren upprättats för skens skull”.

Hovrätten övergick så till frågan vilken betydelse den optionsklausul som ingick i leasingavtalet mellan leasingbolaget och brukaren kunde ha för klassificeringen. Klausulen lød:

”Efter utgången av december månad 1987 skall hyran automatiskt förlängas i 12 månader och hyran erläggas förskottsvis per månad.... kronor, om inte kunden till säljaren senast 1987-09-30 sagt upp avtalet varvid kunden senast 1987-12-31 till säljaren skall erlägga en slutlikvid om kr. Hyresobjektet är därefter kundens egendom.”

Det är motiverat att återge hovrättens domskäl i denna del mera utförligt, eftersom de ger kontrast åt Leasingutredningens ställningstaganden i klassificeringsfrågan utifrån olika optionsvarianter.

”[Brukaren] har gjort gällande att villkoret, som tillkommit efter långa förhandlingar mellan parterna, bör tillmätas större vikt vid klassificeringen av avtalet än övriga avtalsvillkor, som är av standardtyp för leasing. [Brukaren] har också gjort gällande att det av villkoret framgår att äganderätten till egendomen efter hyrestidens slut skall tillkomma [brukaren] automatiskt, även om ingen uppsägning skett.

Hovrätten konstaterar att [brukarens] tolkning av villkoret i och för sig skulle kunna vara acceptabel med hänsyn till ordalydelsen. Det ligger emellertid närmare till hands att tolka villkoret på så sätt att hyresobjektet blir kundens egendom först om avtalet sägs upp enligt kontraktet och avtalad slutlikvid erläggs. En sådan tolkning får även anses bäst förenlig med övriga avtalsvillkor. Tolkningen framstår också som acceptabel i förhållande till hur avtal om leasing brukar utformas. Den är också förenlig med den övergripande avtalskonstruktionen som sådan. Hovrätten finner därför lika med tingsrätten att förlängningsreglerna skall tolkas så att datautrustningen blir [brukarens] egendom först om uppsägning sker inom viss tid och slutlikviden erläggs. - - -

Vad som framkommit angående nyssnämnda villkor [genom vittnesmål, min anmärkning] kan visserligen synas ge anledning till tvekan beträffande parternas avsikt med [leasing]avtalet. Varken förekomsten av villkoret eller dess innehåll kan emellertid anses utgöra något bättre bevis på parternas avsikt än andra villkor i [leasing]avtalet och övrig utredning i målet. Vad som rätteligen kan anses visat genom nämnda vittnesförhör är att parternas gemensamma avsikt varit att ingå ett avtal som inte skulle klassificeras som ett avbetalningsköp.

Enligt vittnet [R] hade [brukaren] informerats om villkoren för investerleasing. Ingen av företrädarna för [brukaren] har hörts i målet. Det saknas anledning att utgå från något annat än att man hos [brukaren] varit medveten om de förutsättningar som gällt för [leasing]avtalet och avtalskonstruktionen i övrigt. Det är mot denna bakgrund och med hänsyn till villkoren i [leasing]avtalet inte ens troligt att [brukaren] har räknat med att bolaget skulle bli ägare till egendomen utan att behöva säga upp avtalet och utge slutlikvid eller i annat fall ingå särskild överenskommelse.

Det står visserligen klart att [brukaren] och [leasingbolaget] utgått från att [brukaren] skulle bli ägare till egendomen efter avtalsperiodens slut. Villkoren för en fortsatt förlängning av hyrestiden i förhållande till en uppsägning och erläggande av slutlikvid är också för hyrestagaren i princip ekonomiskt likvärdiga, dvs. [brukaren] får i båda fallen betala ett i princip lika stort belopp. Dessa förhållanden kan dock inte — särskilt med hänsyn till den typ av avtal som det nu är fråga om —

tillmätas någon självständig betydelse för om avtalet i olika hänseenden skall bedömas som ett hyresavtal eller köpeavtal.

På grund av anförda omständigheter har inte [brukaren] visat att det varit parternas gemensamma avsikt att [brukaren] skulle bli ägare till datautrustningen vare sig i den mening som avses i 1 § 3 st. lagen om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl. eller eljest. [Brukaren] kan därför inte anses ha blivit ägare till egendomen genom [leasing]avtalet.”

Därmed förelåg inget behov för investorn att styrka godtroshetsförvärv eftersom situationen inte innebar något fall av dubbelöverlåtelse från leasingbolagets sida. Investorns köp av utrustningen led inte heller av några obligationsrättsliga brister i övrigt.

Övriga vändningar från brukarens sida mot investorns ersättningskrav avfärdade hovrätten tämligen kortfattat. Det ansågs inte styrkt att investorn och leasingbolaget skulle ha avtalat att brukaren kunde slutbetala till leasingbolaget eller att investorn i vart fall skulle ha godtagit detta. Att ett sådant förfarande skulle utgöra dispositiv rätt (*naturalia negotii*) till investortransaktion godtog inte, liksom inte heller att leasingbolaget haft behörighet enligt fullmaktsreglerna att uppbära betalningen eller att investorn skulle anses ha ratifierat denna. Slutligen hade brukaren inte varit god tro vid betalningstillfället på sådant sätt som krävs för befriande betalning till tidigare borgenär enligt 29 § skuldebrevslagen, eftersom brukaren redan inledningsvis denuncierats om investorns förvärv av utrustningen. Brukaren fick därmed stå risken för att ha betalat till fel part och ådömdes betala värdeersättning och skadestånd.

En skiljaktig mening förekom, vilken grundades på en större tilltro till vittnesmålen angående vad som föresvävat leasingbolagets och brukarens företrädare då leasingavtalet ingicks. Dissidenten fann det styrkt att dessa parter varit inställda på och överens om automatisk äganderättsövergång genom leasingavtalet.

5. Avbetalningsköplagens utsträckning

Typfriheten som en aspekt av avtalsfriheten innebär att rättshandlande parter är fria att utforma sina avtalsrelationer så som de finner lämpligast. Rättsordningen begränsar inte avtalande parter till på förhand sanktionerade avtalstyper. En annan sak är att vissa avtalstyper är reglerade av tvingande lagstiftning, vilket medför att avtalsfriheten är beskuren i de fall sådana avtal ingås. Likaså medför exempelvis de sakrättsliga reglerna eller skattereglerna att vissa rättsverkningar av avtal endast kan uppnås genom att avtala på visst sätt samt fullfölja avtalet på det sätt som respektive rättsområde kräver. Som allmän obligationsrättslig princip gäller dock att ett avtal eller annan förmögenhetsrättslig rättshandling skall tolkas och ges verkan efter dess reella innebörd i överensstämmelse med vad parterna åsyftat. Av parterna valda uttryck och ”etiketter” utgör därvid (starka)

indicier på vad parterna velat åstadkomma men utesluter inte att rättsförhållandet klassificeras på ett annat sätt än vad som direkt framgår av uttryckssätten.⁷

Dessa mycket grundläggande och kanske självklara principer nämns här då de utgör bakgrund till stadgandet i 1 § 3 st. avbetalningsköplagen (AvbL), angående gränsdragningen mellan vad som skall anses utgöra avbetalningsköp enligt lagen och näraliggande hyreskonstruktioner. Stadgandets syfte är att förhindra alltför uppenbara kringgåenden av lagens tvingande regler.⁸ Däremot är det inte avsett att generellt avgöra gränsdragningen mellan köp och hyra.⁹ Avgörande rekvisit för att avbetalningsköp skall föreligga enligt stadgandet är att "det är avsett att den till vilken varan utlämnas skall bli ägare av denna". En gemensam partsavsikt skall ha förelegat då avtalet ingicks, av innebörd att mottagaren av avtalsobjektet skall bli ägare till detta på grund av avtalsförhållandet. Omvänt innebär stadgandet således att om parterna inte varit inställda på en äganderättsövergång men kanske formulerat avtalet på ett sätt som ger sådant intryck, avtalet inte faller in under AvbL. Det är här viktigt att skilja mellan lagens tvingande karaktär och partsfriheten vad gäller frågan om en försäljning överhuvudtaget skall ske. Enskilda rättssubjekt kan inte avtala bort lagen genom att dölja en försäljning bakom hyrestermer men de kan naturligtvis undvika lagen genom att avstå från försäljning. Om så inte vore fallet, utan lagen även omfattade fall där parterna inte avsett att åstadkomma en äganderättsövergång, skulle den reella effekten vara att ett slags kontraheringstvång i form av försäljningstvång uppstod. Parterna skulle "åläggas" att ha åstadkommit en försäljning trots att de inte varit inställda på det. En effekt som inte var åsyftad vid lagens tillkomst.

I de fall ett hyresavtal innehåller en köpoptionsrätt för hyrestagaren eller det i övrigt visar sig att hyrestagaren förvärvar hyresobjektet blir effekten av det sagda att två transaktioner föreligger, först en uthyrning vilken därefter följs av en försäljning. En sådan efterföljande försäljning medför inte att avtalsförhållandet skall anses innebära avtal om ursprunglig äganderättsövergång.¹⁰

Bevismöjligheterna kan naturligtvis vålla problem då partsavsikten skall fastställas. Det saknas dock skäl att anta annat i äganderättsfrågan än att enligt allmänna bevisregler, vilka uppenbarligen hovrätten utgick från i det aktuella fallet, den part som påstår avtal av viss innebörd, nämligen att äganderätten skulle övergå, har bevisbördan för detta påstående.¹¹ Det sagda gäller i varje fall då man som i denna tvist rör sig utanför konsumentskyddsområdet och äganderättsfrågan är utförligt reglerad i avtalet samt den part som åberopar ägande-

⁷ Jfr *Adlercreutz*, *Avtalsrätt* II, 3 uppl., Lund 1991, s. 17 f., 40 f., *Ramberg*, *Allmän avtalsrätt*, 2 uppl., Sthlm 1989, s. 91 ff., *Svante Bergström*, *Pantavtal eller köp? Något om gränsdragning mellan avtalstyper*, *Festskrift till Arnholm*, Oslo 1969, s. 313.

⁸ Se prop. 1977/78:142 s. 84, SOU 1977:24 s. 78 f. Jfr lagrådet i prop. 1976/77:123 s. 347 f.

⁹ A. SOU s. 79.

¹⁰ Se a. SOU s. 104 och *Millqvist*, a. a. s. 87 f.

¹¹ Jfr RH 1986:153 ref. nedan och *Adlercreutz*, a. a. s. 27 f.

rättsövergång till sin fördel utan problem hade kunnat säkra bevisning härom i avtalets form.

Författaren har i annat sammanhang¹² funnit att bestämmelsen i 1 § 3 st. avbetalningsköplagen inte medför annat än att klara fall av förtäckta avbetalningsköp förs in under lagens tillämpning. Inom litteraturen har på senare tid Hellner gett uttryck för samma slutsats. ”Det finns fog för en [jämförelse mellan leasing och avbetalningsköp] såtillvida som leasingavtalen allmänt gäller varans hela ekonomiska livslängd. Men denna möjlighet att föra in leasingavtalen under lagstiftning om avbetalningsköp kan lätt elimineras genom att villkoren för leasing inte ger kunden någon rätt att bli ägare till varan.... Det synes inte finnas något sakligt stöd för att låta en klausul om köpoption medföra att avbetalningsköplagen blir tillämplig.”¹³ Den tvekan som tidigare kunde förmärkas inom doktrinen¹⁴ inför en behandling av leasingen som fristående från avbetalningsköpet, måste idag kompletteras med ett konstaterande om att så skett i praktiken och i en sparsamt förekommande rättspraxis. Domstolarna har inte varit benägna att föra in leasingen under kreditköpet.¹⁵

I RH 1986:153 gjorde en leasingkund bland annat invändning om att avbetalningsköp förelåg på grund av att man muntligen skulle ha varit överens om att äganderätten till leasingobjektet skulle övergå på kunden vid avtalstidens slut. Tingsrätten fann i denna del att det ”[i] leasingavtalet mellan Bo H och Infina utsägs att grävmaskinen är Infinas egendom samt att Bo H skall återställa den efter leasingtidens slut. Bo H och Christer L [vittne för Infina] har samstämmt uttalat att det vid avtalsslutet inte förekom några diskussioner om vad som skulle hända med maskinen vid den tidpunkten. Den omständigheten att leasetagaren då vanligtvis köper leasingobjektet utgör inte tillräckligt skäl att bedöma avtalet i fråga som ett avbetalningsköp.” Hovrätten tillade ”[o]m Bo H:s skulder till Infina vid leasingavtalets ingående beaktas, ger utredningen inte stöd för att den överenskomna leasingavgiften varit större än vad som kan anses ha motsvarat skälig ersättning för brukandet av maskinen. Med hänsyn härtill och på de skäl som tingsrätten anfört finner även hovrätten att bestämmelserna i lagen om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl. varken direkt eller indirekt är tillämpliga på leasingavtalet.”

¹² Se *Millqvist, a. a.* s. 97 ff.

¹³ *Hellner, Leasing*, allmänna avtalsvillkor och jämkning, Festskrift till Sjur Braekhus, Oslo 1988, s. 215. Se även a. prop. s. 159, 348 och a. SOU s. 79.

¹⁴ Se särskilt *Braekhus, Leasing*. Et alternativ til kjøp på avbetaling med eiendomsforbehold? Forhandlinger på det 25. nordiske juristmøte i Oslo 13–15 august 1969, Oslo 1969, och *Kofoed-Hansen, Leasingkontrakter*, 2 uppl., Köpenhamn 1983, s. 79 ff.

¹⁵ Här tas endast upp avgöranden efter 1986. För tiden dessförinnan, se *Millqvist, a. a.* s. 89 ff. och SOU 1994:120 s. 106 ff. Angående den skatterättsliga behandlingen se RÅ 1985 1:40, 1987 ref. 5 och 166, 1989 ref. 62, 1992 ref. 21 (I och II) samt a. SOU s. 240 ff. Se även *Grosskopf/Grönfors, Civilrätt och skatterätt — hönan och ägget*, Skattenytt 1990 s. 353.

I ett finskt fall, refererat i Nordisk domssamling 1986 s. 444, blev utgången densamma. Leasingavtalet innehöll inte någon optionsrätt för kunden men denne återopade ett leveransavtal som före- gått leasingavtalet och påstod att eftersom avsikten först varit att han skulle köpa objektet, äganderätten övergått på honom och att avbetalningsköplagen var tillämplig. Finska HD fann dock att någon äganderättsövergång inte uttryckligen avtalats mellan parterna, varför lagen inte var tillämplig på förhållandet.

Även i ett norskt underrättsfall, Jaeren Skifterett, R G 1987 s. 824, blev utgången densamma. Frågan gällde ett leasingavtals klassificering konkursrättsligt, i samband med ett leasingbolags krav på att få bevaka hela kontraktsfordringen i kundens konkurs. Skifteretten fann att om leasing var att jämställa med avbetalningsköp kunde hela fordringen göras gällande. Var däremot leasing att uppfatta som en hyresform kunde endast fordran göras gällande till den del den avsåg tiden före konkursutbrottet. Domstolen stannade för det senare alternativet. Det hänvisades därvid till att leasingbolaget i kontraktet betecknat sig som ägare och kunden som hyrestagare till leasingobjektet. Hela kontraktsförhållandet hade av bolaget betecknats som ett hyresförhållande, bland annat av skattemässiga skäl. Det faktum att det i skattesammanhang gjordes andra avgränsningar, bland annat då kunden hade plikt att köpa leasingobjektet eller hade option till mycket förmånligt pris, innebar ingen förändring. Inte heller jämförbarheten mellan leasing och avbetalningsköp på ekonomiska grunder ansågs övertygande.

Domstolarna synes mycket ovilliga att intolka en avtalad äganderättsövergång i ett avtal som inte uttryckligen ger positivt stöd för en sådan effekt. Detta är också naturligt med tanke på de långtgående rättsverkningar en sådan intolkning kan få. Det sakrättsliga läget kan förändras, liksom även det konkursrättsliga, det skattemässiga och det bokföringsmässiga. Det förvånar inte att domstolarna drar sig för ett sådant ingrepp i avtalsfriheten och partsautonomin när grunderna för ingreppet endast består av vissa indicier som pekar i sådan riktning (optioner) och ekonomiska resonemang som påvisar de funktionella likheterna mellan leasing och avbetalningsköp.

6. Leasingutredningens syn på klassificeringen

Frågan är om det i dagsläget går att komma särskilt mycket längre i analysen än som framgår av föregående avsnitt samt om inte därmed lösningar av de svåra, hittills obesvarade, fallen en nödvändighet blir av böra-karaktär utan annat egentligt stöd än konsekvensresonemang. Något mera handfast stöd i rättskäl-lorna fins i vart fall inte, utan de gränsdragningsprinciper en detaljanalys kan komma att utmyнна i, blir endast rekommendationer, underbyggda av en mer eller mindre övertygande rättslig argumentation. Det senaste tillskottet till dis-

kussionen är Leasingutredningens ovan nämnda betänkande, med bland annat en utförlig genomgång av olika typer av optioner och dessas inverkan på klassificeringen samt förslag till reglering av hur optioner bör påverka klassificeringen enligt en framtida leasinglag.¹⁶ Analysen av gällande rätt på detta område väcker en del frågor av principiell natur, föranledda av att hovrätten i den aktuella tvisten inte synes ha resonerat så som utredningen anger. Lagförslaget å andra sidan medför att det leasingavtal som förelåg i tvisten skulle kunna falla utanför lagens tillämpning på grund av avtalets optionsklausul, det skulle inte utgöra finansiell leasing enligt lagen. Samtidigt skulle det kunna falla utanför avbetalningsköplagens tillämpningsområde på grund av osäkerheten angående partsavsikten i äganderättsfrågan. Med andra ord skulle den situationen kunna uppstå att avtalsförhållandet enligt lagstiftningen varken innefattade ett köp eller en leasingupplåtelse, varvid frågan naturligtvis blir vad vi då har att göra med för slags rättsfigur.

Utredningens utgångspunkt för beskrivningen av gällande rätt och bärande tanke för analysen, är en precisering av köpets typiska rättsverkan, innebärande för köparen ett förvärv av fri förfoganderätt till det köpta eller dess värde och för säljaren en fri förfoganderätt till köpeskillingen. Härav följer enligt utredningen att så länge leasegivaren inte definitivt avhändert sig möjligheten att disponera över leasingobjektets värde, normalt främst dess restvärde, utgör transaktionen en nyttjanderättsupplåtelse, medan ett köp föreligger om denna möjlighet överförs, direkt eller indirekt, på leasetagaren. I detta innefattas både risken för att objektets faktiska värde visar sig inte nå upp till ett kalkylerat restvärde och möjligheten av att det faktiska värdet överstiger restvärdet. Med denna utgångspunkt råder ingen tvekan enligt utredningen, om att leasingavtal utan någon optionsrätt för någondera parten samt avtal med verklig option (förlängnings-, anvisnings-, köp- eller säljoption eller kombinationer därav), där en reell valmöjlighet föreligger för den berättigade parten, utgör nyttjanderättsupplåtelser. Innebär en optionsklausul å andra sidan att all risk och förmån vad gäller avtalets slutliga ekonomiska utfall i realiteten är överförd på leasetagaren — denne svarar helt för restvärdet och äger själv direkt eller indirekt tillgodogöra sig ett eventuellt övertvärde — är avtalet att se som ett köp. Om leasegivaren återigen har kvar ett reellt intresse i form av risk att slutligt få bära en värdenedgång i objektet under kalkylerat restvärde eller möjlighet att tillgodogöra sig ett övertvärde, utgör det ett nyttjanderättsavtal. Utredningen analyserar ett antal förekommande optionsvarianter och konstaterar i vad mån de på dessa grunder innebär att avtalsförhållandet är ett köp eller en nyttjanderättsupplåtelse. Härvid är det enligt utredningen inte nödvändigt att resultatet uttryckligen framgår av optionens formulering, avgörande är istället klausulens faktiska effekter.

¹⁶ A. SOU s. 103 ff. och 385 fl. Se även särskilda yttranden s. 497 ff. och 529 ff., med negativ kritik från fyra av utredningens nio experter mot utredningens genomgångar och slutsatser.

Detta synsätt återkommer i utredningens lagförslag (3 §), vilket sägs stå i överensstämmelse med gällande rätt, på det sättet att en förutsättning för att ett leasingavtal med option (rätt eller skyldighet för leasetagaren att lösa objektet till visst pris) skall falla under lagen är, att "leasegivarens intresse av hur objektets värde skulle utvecklas i förhållande till detta pris var beaktansvärt då avtalet ingicks" Motsvarande bedömning föreslås gälla även i de fall objektet skall säljas till utomstående eller värderas vid avtalstidens slut och det sålunda erhållna priset skall avräknas mot objektets kalkylerade restvärde. Utredningen förklarar:

Analysen i [avsnittet om optioner] ger vid handen att avtal i dessa fall bör betraktas som köp *under förutsättning* att optionsvillkoren utformats på sådant sätt att leasegivaren inte har kvar något beaktansvärt ägarintresse i objektet. Eftersom det i första hand är den avtalade fördelningen av ekonomisk förmån och risk av objektets återstående värde (restvärdet) som skiljer hyresavtalet från köpet, är det främst dessa faktorer som bör vara avgörande vid klassificeringen. I linje med vad som framhållits i [avsnittet om optioner] bör det för leasing räcka att leasegivaren *antingen* har ett beaktansvärt intresse av att objektets restvärde blir högre än kalkylerat *eller* står en beaktansvärd ekonomisk risk av att restvärdet blir lägre än kalkylerat. Om avtalet innebär att leasegivaren har del av både förmån och risk får en samlad bedömning avgöra om leasegivaren kan anses ha kvar ett beaktansvärt intresse i objektet. — Som påpekats vid analysen av gällande rätt bör avtalet i tveksamma fall anses som ett leasingavtal.¹⁷

Frågan är dock om detta kriterium — beaktansvärt ägarintresse — är tillräckligt för bedömningen och om det överensstämmer med gällande rätt, så långt denna nu kan fastställas. En jämförelse med hovrättens sätt att resonera ovan synes ge vid handen att sådan överensstämmelse in te skulle föreligga.

Det föreligger en principiell skillnad mellan att tolkningsvis fastställa den exakta innebörden av en viss kontraktsklausul å ena sidan (tolkning i inskränkt mening) och att dra slutsatser om en viss gemensam partsavsikt å den andra. Det låter sig sägas att någon diskrepans inte skulle föreligga mellan hovrättens domskäl och utredningens slutsatser eftersom domstolen tolkade optionsklausulen som innebärande en valrätt för brukaren med bibehållen möjlighet att återlämna objektet till leasingbolaget, varvid detta således stod risken för att objektet inte skulle kunna realiseras till ett pris motsvarande restvärdet. Detta torde dock vara en skenbar överensstämmelse. Domstolens tolkningsresultat har naturligtvis inte tillkommit av en slump fristående från situationen och tvisten i övrigt. Det har baserats på den bevisning som förekommit, avtalets övriga innehåll, avtalssammanhanget, ordalydelsen med flera faktorer. Resultatet var säkerligen på intet sätt givet utgångsvis. Det är exempelvis fullt möjligt att den slutliga tolkningen i någon mån fått styras av hur utfallet i målet i övrigt har tett sig vid olika tänkbara tolkningar. Med andra ord kan tolkningen mycket väl ha påver-

¹⁷ A. SOU s. 388, kursivering i original.

kats av den större frågan — vilket också torde ha varit domstolens huvudfråga — *vad parternas egentliga avsikt var då avtalet ingicks*. Domstolen har inte betraktat optionsklausulen isolerad och låtit den ensam avgöra avtalets klassificering. Klausulen har varit ett moment bland flera för att fastställa partsavsikten och därmed om äganderättsövergång kunde anses avtalad. Härigenom skiljer sig också hovrättens sätt att ta sig an klassificeringsfrågan från Leasingutredningens. En isolerad bedömning av en given optionskonstruktion ger inte svar på frågan vad avtalsparterna kan ha avsett angående äganderättsövergången. Lösryckt ur sitt större sammanhang torde den här aktuella klausulen närmast leda till slutsatsen att ett köp förelåg, vilket också synes vara utredningens resultat.

Förekomsten av en rätt för LT [leasetagaren, min anm.] att *välja förlängning* istället för köp, anvisning eller återlämnande torde medföra att köp inte kan anses föreligga. Så länge förlängningsmöjligheten står öppen för LT är han ju aldrig skyldig att förvärva objektet eller att betala eller svara för ett belopp som kan betraktas som en köpeskilling. Även om hela förlängningshyran skall betalas i förskott och är lika hög som köptionspriset torde det således vara fråga om ersättning för en rätt att nyttja under viss ytterligare tid, *under förutsättning att LT efter förlängningstiden inte får överta objektet med fri förfoganderätt eller LG [leasegivaren, min anmärkning] efter att ha fått förskottshyran släpper kontrollen av objektet*.¹⁸

I den aktuella klausulen angavs att objektet tillföll brukaren sedan slutbetalning skett. Till synes innebar således klausulen att någon valrätt inte förelåg, utan brukaren skulle bli ägare sedan betalningarna verkställts, vilket borde ha fört in avtalet under köpet. Domstolen fann dock inte sådan partsavsikt styrkt utan krävde uppenbarligen mera än klausulens utformning och innehåll för att känna sig övertygad.

Problemet med den beskrivning av gällande rätt utredningen ger är att den innebär eller i varje fall riskerar innebära en glidning i tankegången, från den grundläggande frågan att fastställa partsavsikten i ett visst avseende, till att jämföra effekterna av vissa optionsklausuler med den sökta partsavsikten. Det *kan* vara samma sak, en given optionskonstruktion kan mycket väl vara uttryck för att parterna från början varit inställda på en automatisk äganderättsövergång men av olika skäl velat få det att framstå som att så inte skulle vara fallet. Det *behöver* dock inte vara så, samma option kan ha införts i kontraktet av andra skäl, och optionen får därmed sin rätta innebörd (av parterna avsedda innebörd) först då den sätts in i sitt särskilda sammanhang. Risken är med andra ord att följden blir en alltför mekanisk rättstillämpning om optionsklausulen tas ur sitt sammanhang och tolkas ”i sig” samt ensam får avgöra vad parterna skall anses ha avsett angående äganderättsövergången då avtalet ingicks. Som hovrättsdomen visar går det knappast att förenkla bedömningen på detta sätt. Det blir i varje enskilt fall väsentligt fler faktorer som inverkar, varvid optionen endast utgör en faktor, och vilken eller vilka faktorer som visar sig avgörande går ofta

¹⁸ A. SOU s. 121, delvis min kursivering.

inte att förutsäga. Detta kan kritiseras som ett uttryck för uppgivenhet och åsidosättande av rättssäkerheten (förutsebarheten) men torde vara det pris som måste betalas om avtalsfriheten skall upprätthållas vad gäller partsautonomin.

En annan aspekt av problemet är, som antytts ovan, att om Leasingutredningens förslag genomförs och rättsläget angående tillämpningen av 1 § 3 st. AvbL inte är beskaffat riktigt på det sättet som utredningen anger, en spricka kan visa sig föreligga mellan leasinglagen och avbetalningsköplagen. Har exempelvis en leasegivare ett beaktansvärt intresse av hur objektets värde utvecklas enligt 3 § förslaget, sedan han sålt detta till en investor? Om så skulle visa sig inte vara fallet och samtidigt kravet på styrkt avsikt angående äganderättsövergång upprätthålls för avbetalningsköplagens tillämplighet, kan naturligtvis en transaktion hamna emellan lagarnas tillämpningsområden. En domstol kan därvid bli tvungen att antingen tillämpa den ena eller andra lagen extensivt eller konstatera att den aktuella transaktionen inte omfattas av någondera lagen. I det senare fallet blir det då fråga om att tillämpa allmänna oskrivna principer härledda ur sådana analogier och konsekvensresonemang som kan vara relevanta i fallet. Detta är i och för sig inte något unikt för svensk civilrätt, på flera områden snarare regel än undantag, men det var just denna slags osäkerhet i rättstillämpningen Leasingutredningen skulle undanröja. Frågan är därmed om denna målsättning uppnåtts.

Fri förfoganderätt över lös egendom

GÖRAN MILLQVIST*

1. Inledning

Uttrycket *fri förfoganderätt* förknippar nog de flesta med arvs- och testamentsrätten, som en beteckning på den dispositionsrätt en arvtagande maka/make har enligt 3 kap. ÄB eller testamentstagare har då det förordnats om vart viss egendom faller efter förste testamentstagares bortgång.¹ Men uttrycket syftar också på ett ganska speciellt förhållande inom förmögenhetsrätten, nämligen en rätt för en innehavare av egendom att disponera för egen räkning över denna egendom trots att den ägs av någon annan person. Och denna fria förfoganderätt till trots skall ägaren bibehålla sin äganderätt, åtminstone fram till det att innehavaren faktiskt disponerar över egendomen. Dessa till synes ganska säregna förutsättningar hindrar inte att denna form av fri förfoganderätt skulle kunna utgöra en grundläggande princip med generell tillämplighet, i vart fall enligt Högsta Domstolen (HD) i ett våren 2009 avgjort fall angående separationsrätt i konkurs, NJA 2009 s. 79. Domen ger anledning till att något fundera över hur denna grundläggande princip tar sig ut i olika sammanhang och i förhållande till olika slags egendom, särskilt finansiella instrument eftersom det är på finansmarknaden dessa förfoganden främst är aktuella. Nedan presenteras först rättsfallet varefter de avtalstyper och egendomsslag där principen spelar roll diskuteras, därefter görs ett försök till en något mera preciserad formulering av principen ifråga.

2. Det nya rättsfallet

HD hade i NJA 2009 s. 79 följande kreditsäkerhetsfråga att bedöma; kan en finansiär inom bilförsäljningsbranschen åstadkomma kreditsäkerhet i enskilda objekt genom leasingarrangemang som enligt avtal gör finansiären till ägare och leasegivare men som samtidigt medger leasingkunden att

* Professor i civilrätt vid Stockholms universitet.

¹ Jfr Kommentar till Ärvdabalken, www.zeteo.se vid 3 kap. ÄB.

under leasingtiden disponera över leasingobjekten genom försäljning för egen räkning? Formulerad på detta sätt rör det sig i grunden om den numera klassiska frågan om gränsdragningen mellan leasing och kreditköp eller vad som skall klassificeras som en nyttjanderättsupplåtelse respektive äganderättsövergång.² Vid kreditköp är det sedan länge etablerad praxis att återtagandeförbehåll saknar verkan om köparen medgivits förfoganderätt över avbetalningsgodset före slutbetalning.³ Men hur förhåller det sig vid andra typer av avtal, såsom leasingavtal?

I det aktuella fallet rörde det sig om en husvagn och en husbil som hade utgjort demonstrationsfordon hos en återförsäljare men som strax före dennes konkurs hade hämtats därifrån för en finansiärs räkning. Konkursförvaltaren till återförsäljarens konkursbo hävdade att fordonen skulle ingå i konkursen då boet hade bättre rätt till dessa, vilket finansiären bestred. Finansiären hade genom ett leasingarrangemang finansierat återförsäljarens innehav av demonstrationsfordon och även lagerfordon. Avtalskonstruktionen innebar i korthet att enligt ett finansieringsavtal (ramavtal) kunde återförsäljaren beställa önskade fordon hos importören/generalagenten och samtidigt via denne ansöka om kredit för dessa fordon hos finansiären. Krediten innebar ett leasingarrangemang avseende de beställda fordonen enligt finansiärens "Demovagnsupplägg med allmänna villkor för leasing". Den förtryckta beställningsblanketten innehöll också en direkt reglering av äganderätten. "[Återförsäljaren] är införstådd med att äganderätten till fordonen tillkommer [finansiären] och förbinder sig att inte överlåta demovagnen till annan".

Avtalsdokumentationen avseende de aktuella fordonen var enligt konkursförvaltaren bristfällig. Han menade att alla slags fordon i realiteten levererades enligt samma tillvägagångssätt, utan att klara avtal skrevs som motsvarade kraven i finansieringsavtalet och utan hänsyn till om de skulle utgöra demonstrationsvagnar eller lagerfordon och att de såldes vidare till kund utan beaktande av eventuella ägarförbehåll. Konkursförvaltarens ståndpunkt var att bristerna medförde att varken giltiga leasingavtal eller ägarförbehåll förelåg och därmed finansiären inte haft rätt att låta hämta husvagnen och husbilen.

HD ogillade konkursförvaltarens talan. HD ansåg det vara utan betydelse att en del brister möjligen förelåg i de faktiska partsrutinerna eftersom trots allt återförsäljarens företrädare tveklöst undertecknat och utgett beställningsblanketterna. Dessa var därmed bindande enligt 11 § första stycket avtalslagen varför fordonen fick anses vara förvärvade på de villkor som framgick av leasingavtalet och blanketterna. Därmed ansåg HD det

² Se om denna fråga allmänt Millqvist, *Kreditköp eller hyra. En fråga om verklighetens inflytande på rättsliga klassificeringar*, SvJT 1995 s. 545.

³ Se särskilt NJA 1932 s. 292 och Persson, *Förbehållsklausuler*, Jure AB, Stockholm 1998, s. 570 ff.

vara klargjort att leasingbolaget i egenskap av uthyrare hade en i princip bibehållen äganderätt (separationsrätt) till hyresobjekten och att förfogandeförbud förelåg för hyrestagaren. Dessa rättsverkningar inträdde oberoende av om de nämndes i avtalet eller inte enligt HD, närmast då som *naturalia negotii* till avtalstypen.

I och med detta ställningstagande blev analysen i HD helt inriktad på hur man skulle ställa sig till eventualiteten av en faktisk, fri förfoganderätt för återförsäljaren. Frågan var om ett förfogandemedgivande, som skulle ha medfört separationsrättens bortfall vid kreditförsäljning mot ägarförbehåll, också hade sådan effekt vid leasingavtal.

Konkursförvaltaren argumenterade för att ett förfogandemedgivande för en leasingkund innebar att en så viktig del av äganderätten övergått på denne att leasegivaren inte kunde ha någon skyddad separationsrätt i förhållande till leasingkundens borgenärer. Mot denna ståndpunkt uppställde HD *"en grundläggande princip, som är tillämplig på olika situationer när någon besitter annans egendom med fri förfoganderätt men utan att (ännu) ha laga fång till den."*⁴ Principen innebär att äganderätten (separationsrätten) består så länge egendomen finns kvar hos besittaren. HD framhåller 53 § kommissionslagen och att principen enligt den juridiska litteraturen också gäller för s.k. *pignus irregulare* eller panträtt med fri förfoganderätt för panthavaren.⁵ Enligt HD gäller den således också för leasingavtal. *"Därav följer att ett förfogandemedgivande i ett leasingförhållande, t.ex. i form av en optionsrätt, inte i sig medför att leasegivarens separationsrätt till leasingobjektet går förlorad innan förfoganderätten utnyttjas."*⁶

HD avslutar domen med att framhålla att slutsatsen avseende finansierens bibehållna separationsrätt trots förfogandemedgivandet endast avser verkliga leasingavtal, inte avtal som p.g.a. sitt sakliga innehåll är att anse som kreditköp. Ägarförbehåll och återtagandeförbehåll i avbetalningsköp och andra kreditköp har således inte fått någon utvidgad giltighet.

Denna skillnad i rättsverkningar föranleder ett särskilt tillägg "för egen del" av JustR Håstad. Han finner det högst otillfredsställande att det skall föreligga en sådan skillnad mellan å ena sidan kommission, konsignation och leasing (bibehållen separationsrätt trots förfogandemedgivande), och å den andra ägarförbehåll och återtagandeförbehåll (förbehållet saknar verkan från början om köparen har förfoganderätt innan slutbetalning). Finansiering av återförsäljning borde kunna ske med säkerhet för finansören på ett sätt som inte behöver involvera olika omvägar. Håstad konkluderar, "Säkerhetsrätt till såld egendom fram till köparens förfogande finns i alla västeuropeiska rättsordningar utom, såvitt jag vet, den svenska, norska, finska och spanska. En europeisk harmonisering framstår på sikt som oundviklig, eftersom den spansk-nordiska avvikelserna kompli-

⁴ Ref. s. 87, min kursivering.

⁵ Här hänvisar HD till Undén, Svensk sakrätt I, 10 uppl. 1995, s. 171 f., Rodhe, Handbok i sakrätt, 1985, s. 439, Håstad, Sakrätt, 6 uppl. 1996, s. 155 ff. och Lindskog i Festskrift till Suzanne Wennberg, 2009, s. 227 not 11; jfr Hessler, Allmän sakrätt, 1973, s. 156 f.

⁶ Ref. s. 87, min kursivering.

cerar det fria varuutbytet i Europa (jfr det internationellt privaträttsliga målet NJA 1984 s. 693). En ändring av den i Sverige gällande sakrättsliga ogiltighetsregeln borde därför övervägas av lagstiftaren (jfr Håstad, a.a. s. 190 f.).⁷

3. Avtalstyper

När förekommer egentligen fri förfoganderätt som beståndsdel av ett avtal? Om förutsättningen skall vara att egendom lämnas i annans besittning i något annat syfte än att egendomen säljs till mottagaren men att denne skall ha rätt att sälja egendomen för egen räkning, måste det röra sig om kombinerade avtal som skall åstadkomma flera resultat. Om egendomen säljs till mottagaren finns ju typiskt sett inga hinder för denne att sälja vidare, såvida inte det rör sig om kreditförsäljning med ägarförbehåll.

Den första avtalstypen som kan komma ifråga är *kommission* och regleringen i 23 § nya kommissionslagen (2009:865, NKommL), motsvarande 53 § i gamla kommissionslagen (1914:45),⁸ där det föreskrivs att egendom som lämnas kommissionären för försäljning fortsatt tillhör kommittenten fram till det den säljs till utomstående eller kommissionären gör självinträde. Men redan här uppstår viss tvekan om detta är ett fall av fri förfoganderätt. Typbeskrivningen av kommission är ju att kommissionären säljer eller köper *i eget namn men för kommittentens räkning*, 1 § 1 st. NKommL. Kommissionsegendomen mottas av kommissionären för försäljning eller pengar mottas för att användas vid inköp. Kommissionären disponerar således inte över kommittentens tillgångar för egen räkning utan för kommittentens. Det är förvisso sant att kommissionären i typfallet handlar självständigt och i eget vinningssyfte samt att 23 § NKommL föreskriver att egendomen vid försäljningskommission fortsatt ägs av kommittenten även efter det att den lämnats ut till kommissionären med rätt för denne att disponera över den genom försäljning eller självinträde. Men det övergripande syftet med utlämnandet är ändå att egendomen skall säljas för kommittentens räkning och att det är denne som skall göra den kommersiella vinsten på försäljningen mot att kommittenten erhåller provision för åstadkomna affärer. Vid inköpskommission har kommissionären ingen rätt alls att disponera över inköpt egendom, annat än som säkerhet enligt 15 och 16 §§ NKommL. Kommission är därmed inte något bra exempel, i vart fall inte något renodlat exempel, på principen fri förfoganderätt i den mening som angavs ovan. I vad mån regleringen i 23 § NKommL är uttryck för en grundläggande princip kan därmed faktiskt ifrågasättas.

⁷ Ref. s. 90.

⁸ Se prop. 2008/09:88 Ny kommissionslag, s. 127 ff.

När det gäller *konsignation* blir synpunkterna desamma. Konsignation brukar kännetecknas av att en huvudman håller eget lager hos en mellanhand och att mellanhanden äger rätt att verkställa försäljningar genom att ta ur lagret. Lagret kan fysiskt finnas hos mellanhanden eller på annan plats, det väsentliga för konstruktionen är att huvudmannen skall vara bibehållen äganderätten till lagret och därmed separationsrätten om mellanhanden skulle komma på obestånd och försättas i konkurs. Relationen mellan de två parterna kan vara olika utformad. En variant är att mellanhanden träder in och köper konsignationsvaran från huvudmannen då en affär gentemot tredje man skall genomföras. Mellanhanden säljer sedan i eget namn och för egen räkning till tredje mannen. En annan variant är att mellanhanden uppträder som fullmäktig och säljer för huvudmannens räkning i dennes namn, jfr handelsagentmodellen och 17 § handelsagenturlagen (1991:351). En ytterligare variant är att mellanhanden helt enkelt äger ta varor ur lagret och sälja dessa för egen räkning samt redovisa resultatet för huvudmannen i efterhand med någon form av avräkning. Denna sista variant kan sägas innefatta en sådan fri förfoganderätt som antytts ovan. En ägare/huvudman deponerar egendom hos en mellanhand samt tillåter mellanhanden att fritt disponera över egendomen för egen räkning. I de andra varianterna av konsignation gäller dock samma synpunkter som vid kommission. Förfogandena sker för huvudmannens räkning eller utgör ett direkt förvärv och förfogande för egen räkning därefter.

Vid andra former av *deposition* kan man också, åtminstone i teorin, tänka sig en kombination med fri förfoganderätt för depositarien, så kallad *depositum irregulare* (oegentlig deposition). Konsignationsmodellen är ju ett exempel härpå. Denna kombination kan också tänkas i andra sammanhang av förvaring/lagerhållning än renodlad försäljningsverksamhet. Och om lagerhållaren åtnjuter en avtalad rätt att disponera över den mottagna egendomen för egna ändamål skulle således en relevant fri förfoganderätt föreligga. Även vid *transport* och *reparation* förekommer inslag av deposition och inget hindrar en kombination med fri förfoganderätt för transportören eller reparatören.

Pantsättning är ytterligare ett fall där fri förfoganderätt är en tänkbar kombination med huvudsyftet för avtalet. En panthavare kan av pantsättaren beviljas en rätt att disponera över panten för egen räkning, varvid konstruktionen *pignus irregulare* (oegentlig pantsättning) skulle föreligga. Beteckningen lär trots latinet inte härstamma från den romerska rätten utan ha skapats mycket senare i anslutning till den just omnämnda romerskrättsliga figuren *depositum irregulare*.⁹ Denna hybrid mellan pantsättning och överlåtelse har diskuterats ganska flitigt i litteraturen under

⁹ Östen Undén, a.a. s. 171, som dock inte ger några källor för avsaknaden av romerskrättsligt ursprung.

senare år på grund av utvecklingen på finansmarknaden.¹⁰ I det så kallade säkerhetsdirektivet från EU finns hybriden direkt angiven i art. 5 med direktiv till medlemsstaterna att den skall enligt inhemsk rätt vara fullt möjlig att åstadkomma genom avtal.¹¹

Det kan påpekas att *försträckning* av ett belopp i princip *alltid* är kombinerad med fri förfoganderätt. Även om försträckningen skett genom överlämnande av sedlar och mynt skall inte dessa återlämnas *in specie*, endast motsvarande summa skall återlämnas, jämför också nedan angående redovisningsmedel.

Låneavtal avseende lös egendom kan också kombineras med fri förfoganderätt för låntagaren. Det rör sig då om fall där det står klart mellan parterna att låntagaren inte behöver återlämna samma exemplar av egendom som han lånade, utan det räcker med att återställa samma slags egendom (sakförsträckning), något som är vanligt i samband med så kallade värdepapperslån.¹²

I det aktuella rättsfallet påpekar HD att frågan om förfogandemedgivande har stor betydelse för bedömningen av separationsrätt i konkurs bland annat vid *aktielån*. Denna referens till aktielån är intressant genom att den kanske bekräftar ett antagande om bibehållen separationsrätt ur en värdepappersförvaltares konkurs till aktier som inte var utlånade vid konkursutbrottet men där förvaltaren hade fri förfoganderätt att låna ut dem.¹³ Uttalandet sker dock *obiter dictum* och kanske bör inte allt för stor vikt fästas vid det.

Som det refererade rättsfallet visar kan *leasing* och *uthyrning* kombineras med olika varianter av fri förfoganderätt för nyttjanderättshavaren, i ett samlat finansieringsupplägg. Tanken är härvid att upplåtaren kan bibehålla en separationsrätt till egendomen genom den begränsade upplåtelsen men ändå medge nyttjanderättshavaren en rätt att sälja hyresobjektet för

¹⁰ Se Erica Johansson, *Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, Tyskland 2009, s. 7, 112 ff., och 184 ff., Stefan Myrdal, *Återpantsettning. Om pantsättning av pant och panträtt*, Norstedts Juridik, Stockholm 2005, s. 49 ff. m. fl. st., och Karin Wallin-Norman *Kontorätt. Rätt till konförförda värdepapper*, Jure Förlag, Stockholm 2009, s. 217 ff.

¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet, EGT L 168, 27/06/2002 s. 0043–0050. Se om implementeringen prop. 2004/05:30 och Ds 2003:38.

¹² Det har påvisats i litteraturen hur det kan vara missvisande att rubricera dagens värdepapperslån som sakförsträckning eftersom ingen "sak" överlämnas till låntagaren utan endast noteringar görs på konton, se Wallin-Norman, a.a. s. 199 ff.

¹³ Se dock Beckman m.fl., *Lagarna på värdepappersområdet*, Norstedts, Stockholm 2002, s. 457, där texten närmast tyder på att endast fordringsrätt skulle föreligga i denna situation, samt Wallin-Norman, a.a. s. 200, "Under den tid som värdepapperslånet pågår [från ägaren till hans förvaltare], har långgivaren ingen äganderätt till de utlånade värdepapperen, dvs. ingen kontorätt." Långgivarens konto är debiterat de utlånade instrumenten under utlåningstiden och det går inte att peka ut vilka instrument som skulle vara hans på förvaltarens konto.

egen räkning med en redovisningsskyldighet för resultatet i efterhand. Detta är närmast en variation på temat konsignation och lagerfinansiering med säkerhet i lagret. Den borde kanske betecknas *locatio irregulare*.

I samtliga dessa fall rör det sig om förhållanden där en befintlig ägare kombinerar fri förfoganderätt med en mera begränsad upplåtelse. På grund av rättsutvecklingen på det sakrättsliga området finns en näraliggande fråga om betydelsen av fri förfoganderätt då det gäller innebörden av *traditionsprincipen*, således kraven för köparens och pantaväres borgenärsskydd gentemot säljar-/upplåtarsidan. Genom NJA 2007 s. 413 (inkrämsoverlåtelse mellan närstående bolag) och 2008 s. 684 (leasad räckförpackningsmaskin), är fastlagt att avskuren rådighet för säljare/pantsättare av fysiskt lösöre i sig räcker för att uppfylla traditionsprincipen i affärer mellan närstående bolag med samme fysiske företrädare. Det krävs inte längre någon fysisk förflyttning (fysisk tradition) för köpar-/pantavarbolagets borgenärsskydd, avgörande är istället att den fysiske företrädaren står under personligt försörjnings- och skadeståndsansvar om han trots försäljningen/pantsättningen skulle disponera över egendomen för säljar-/pantsättarbolagets eller egen personlig räkning. Det finns dock vissa problem med denna princip förutom att den onekligen komplicerar prövningen av det som varit avsett att utgöra ett enkelt iakttagbart faktum av den fysiska leveransen av en såld eller pantsatt vara. I ingetdera av rättsfallen var den agerande fysiska personen helt ensam, även om han var dominerande företrädare i båda bolagen. Men hur går det om en ensamägare till ett aktiebolag sätter upp ett nytt enmansbolag och genomför en inkramsoverlåtelse eller pantsättning till det nya bolaget helt utan några fysiska förflyttningar av inkramet? Före överlåtelsen/pantsättningen ser ägaren till att det förvärvande bolaget även lämnar samtycke till det överlåtande/pantsättande bolaget att *fritt förfoga över inkramet efter eget val och behov*, jfr 24 kap. 7 § BrB angående samtyckes inverkan på om brott föreligger. Förmodligen föreligger då inte försörjning enligt 10 kap. 1 § BrB men väl oredlighet mot borgenärer enligt 11 § kap. 1 § BrB. Frågan blir om tillräckligt rådighetsavskärande åstadkommits även i det fallet eller ej.¹⁴ Det personliga skadeståndsansvaret kanske inte påverkas av ett sådant samtycke men räcker det eller är båda rättsföljderna – försörjningsansvar och skadeståndsansvar – nödvändiga? Kan en fri förfoganderätt godtas även i denna omvända situation eller är det en alltför långtgående spekulation? Frågan måste lämnas därhän i detta sammanhang men den pekar på det utökade utrymme HD skapat för nya sakrättsliga konstruktioner med sin mera pragmatiska bedömning av sakrättsliga frågor.

¹⁴ Se SvJT 1973 rf s. 78 angående frågan om straffbarhet för försörjning vid samtycke av ensamägt bolag.

4. Betydelsen av olika egendomslag

De frågor eller problem som kan tänkas vara aktuella i samband med en princip om fri förfoganderätt enligt ovan skissat slag är av olika karaktär beroende på den egendom som är aktuell, såsom fast eller lös egendom, fungibel eller individuell egendom och materiell eller immateriell egendom. Den fasta egendomen tas dock inte upp i detta sammanhang.

Den viktiga skiljelinjen går mellan individuellt bestämd egendom (*species*) och fungibel egendom.¹⁵ En bil är alltid unik, även om den är fabriksny, medan aktier, obligationer, pengar och de flesta finansiella instrument saknar egen individualitet inom respektive grupp.¹⁶ Denna skillnad mot individuell lös egendom medför också skillnad vad gäller hanteringen av fri förfoganderätt. När det rör sig om *species* är det endast det enskilda objektet som är aktuellt. Frågan kan ställas om innehavaren har beviljats en rätt att förfoga över just detta objekt för egen räkning. Det går också att enklare avgöra om något sådant förfogande skett och ägarens förlorade eller möjligen bibehållna separationsrätt kan avgöras på ett meningsfullt sätt.

Då det rör sig om *fungibel egendom* förändras situationen eftersom det inte spelar någon roll vilka enheter som eventuellt säljs eller i övrigt disponeras över. Om tio aktieägare vardera har 100 aktier av samma aktieslag på konto (depå) förvaltarregistrerade i bank och banken har ett förvaltar-konto hos Euroclear Sweden (f.d. VPC), går det utgångsvis inte att säga vems aktier banken disponerar över då 500 aktier säljs av banken. På förvaltarkontot finns inga enskilda innehav angivna, endast ett samlat innehav av 1 000 aktier i bankens namn "för kunders räkning" eller "i ägares ställe".¹⁷ Själva försäljningen verkställs genom debitering av förvaltarkontot. En bedömning av vems aktier som sålts måste kompletteras med uppgifter om eventuella säljorder och instruktioner från kontohavarna samt bankens interna kontoföring på kundkontona (depåerna). Men om samt-

¹⁵ "Generika" kunde vara en kortform för denna kategori om inte denna term blivit upptagen som beteckning på läkemedel som innehåller samma substans som tidigare patent-skyddade läkemedel. Andra kortformer är "genussaker" och "myckenhetsting" men de är inte gängse i modernt juridiskt språk. Se Undén, a.a. s. 18. I 1905 års köplag användes i 3 § uppdelningen speciesköp och genusköp, vilken syftade på uppdelningen mellan köp av individuellt bestämd egendom och köp av en "viss myckenhet av angivet slag" (leveransavtal), jfr Tore Almén, Om köp och byte av lös egendom, 4 uppl. av Rudolf Eklund, Norstedts Förlag, Stockholm 1960, s. 58.

¹⁶ Wallin-Norman, a.a. s. 172 f. anser det irrelevant att tala om kontoförda finansiella instrument som fungibla eller generiskt bestämda eftersom det leder tanken till att det skulle röra sig om fysiska enheter i någon mening vilket är fel. Kontoförda instrument är i verklig mening immateriella och identitetslösa inom sin kategori.

¹⁷ Se om olika kontoslag i dessa sammanhang Wallin-Norman, a.a. s. 68 ff. och 72 ff. samt ang. aktiers identitetslöshet s. 168 f.

liga kunder medgivit fri förfoganderätt för banken är det en smaksak vems aktier banken förfogat över då banken förfogat för egen räkning.¹⁸ Det går inte att fastställa. Om banken sedan återställer innehavet av aktien till 1 000 stycken på förvaltarekonto går det heller inte att fastställa vems eller vilkas innehav som återställts. Det spelar heller ingen roll för en enskild ägare om hans aktier rörts eller inte, så länge han kan disponera över sitt innehav av 100 aktier gentemot banken.¹⁹ Och eftersom knappast samtliga ägare av det aktuella aktieslaget samtidigt vill disponera över hela sina innehav, uppstår inga problem. Situationen är med andra ord mera lik insättning (inlåning) av pengar på konto i banken än deposition av en bil på en verkstad och den faktiska innebörden av fri förfoganderätt varierar därmed beroende på egendomslaget.

Som påvisats av Wallin-Norman medför kontoföringen i sig också en påverkan på de traditionella värdepappersrättsliga reglerna, så även i fråga om fri förfoganderätt.²⁰ Dispositioner över kontoförda finansiella instrument utgörs endast av elektroniska noteringar på olika konton och det materiella rättsläget för berörda ägare, panthavare med flera kan endast styras av vad som kan utläsas av kontona. I exemplet ovan är det endast bankens förvaltarekonto som påverkas vid försäljningen av 500 aktier, även om det vanligen också sker notering på kundkonto, detta är dock ingen förutsättning för försäljningen. Exemplet kan således lika väl beskrivas som att banken förfogat över 500 aktier tillhöriga någon men okänt vem (banken eller en eller flera kunder). Det blir helt bankens val om man skall anse att banken sålt 500 egna aktier eller förfogat över kunders aktier. Det blir först i samband med clearing och avveckling som det måste bestämmas på vilket konto som den aktuella leveransen skall debiteras.

En fri förfoganderätt har under lång tid varit ett vanligt inslag i samband med handel med värdepapper och finansiella instrument, på engelska "right of use" eller "reuse". Särskild lagstiftning härom finns i 3 kap. lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument (LHF) och har funnits alltsedan lagen (1919:242) om rätt att förfoga över annan tillhöriga fondpapper. Det är också i första hand hanteringen av värdepapper som varit föremål för diskussion i litteraturen.²¹ Den nuvarande regleringen är näringsrättslig och ger knappast någon indikation av principiellt slag av den civilrättsliga hanteringen av fri förfoganderätt.²² I 3 kap. 1 § LHF ges en

¹⁸ I praktiken lär förfoganderätten avse aktielån och bankens förfogande således avse utlåning av kundernas aktier.

¹⁹ Se Wallin-Norman, a.a. s. 219 ff.

²⁰ Se Wallin-Norman, a.a. s. 139 ff.

²¹ Se särskilt Johansson, a.a. s. 107 ff., Myrdal, a.a. s. 443 ff. och Wallin-Norman, a.a. s. 219 ff.

²² 1919 års lag ersattes av lag (1979:950) om rätt att förfoga över annan tillhöriga fondpapper. Både 1919 års och 1979 års lagar var civilrättsliga och straffrättsliga. Lagstiftningen

regel om att avtal om fri förfoganderätt som ingås mellan ett företag som står under Finansinspektionens tillsyn (en bank eller ett värdepappersbolag) och en ägare till finansiella instrument som *inte* i sin tur är en bank eller liknande institut, skall ingås skriftligen enligt särskilt upprättad handling som preciserar de förfoganden som är aktuella.²³ Enligt 3 kap. 3 § LHF gäller samma skriftlighetskrav också för förfoganden över panträtt (återpantsättning och överlåtelse av panträten).

Det kan röra sig om att institutet för egen räkning skall kunna sälja instrumenten, pantsätta dem eller låna ut dem. Ett typiskt exempel kan vara att en investerare lånar pengar för en investering i finansiella instrument via ett värdepappersbolag och samtidigt pantsätter det konto som instrumenten skall registreras på och det framtida innehållet. Tillsammans med pantförskrivningen ingås en reglering av värdepappersbolagets förfoganderätt över de instrument som införskaffas för investerarens räkning. Denna förfoganderätt innebär att värdepappersbolaget får rätt att disponera över instrumenten i samma utsträckning som över egna instrument men bolaget har också en skyldighet att återställa instrument så att en "återpåfyllnad" sker av kundens konto.²⁴ Som nämnts ingår också fri förfoganderätt i värdepapperslån genom att låntagaren disponerar över de lånade instrumenten för egen räkning och återställer vid lånetidens utgång motsvarande instrument. Vilken civilrättslig effekt brott mot detta kvalificerade skriftlighetskrav i 3 kap. 1 och 3 §§ LHF har är något osäkert men förmodligen ingen alls. Formkravet är näringsrättsligt.²⁵

När det gäller det mest fungibla egendomsslaget, *pengar*, får frågan om fri förfoganderätt ytterligare dimensioner. Som påpekades ovan ingår som uttalad förutsättning vid försträckning att gäldenären har fri förfoganderätt till det lånade beloppet. Huvudsyftet för en försträckning är att gäldenären använder sig av det lånade beloppet för egna ändamål och återbetalar en summa motsvarande lånebeloppet på förfallodagen. Det förekommer ibland att gäldenären förbinder sig att använda lånebeloppet för något särskilt ändamål men användandet sker även i dessa fall för gäldenärens egen räkning.

har diskuterats utförligt av Staffan Myrdal, Återpantsättning. Om pantsättning av pant och panträtt, Norstedts Juridik 2005, s. 63 ff. och 443 ff.

²³ Svenska Fondhandlarföreningen tillhandahåller standardvillkor för återpantsättning av kunders pantsatta instrument, se www.fondhandlarna.se. Skriftlighetskravet inskränktes genom SFS 2006:1376 till att endast avse fall där kunden/ägaren inte själv är professionell aktör eller offentligt organ enligt särskild uppräknings i ett nytt andra stycke, p.g.a. EU:s säkerhetsdirektiv, se prop. 2004/05:30 s. 37 ff. och Ds 2003:38 s. 54 ff.

²⁴ Jfr Wallin-Norman, a.a. s. 220 ff.

²⁵ Se prop. 1990/91:142 Handel och tjänster på värdepappersmarknaden m.m., s. 148, och närmare Myrdal, a.a. s. 445 ff., som diskuterar möjligheten av civilrättslig ogiltighetsverkan i vissa fall.

I NJA 2009 s. 182 gällde det för HD att fastställa när *definitiv betalning sker* i en situation där betalningen genomfördes via girering mellan bankkonton och betalningsmottagarens bank hade kvittningsavtal med betalningsmottagaren. Betalaren krävde åter sin betalning från betalningsmottagarens bank på grund av att den skett av misstag men betalningsmottagaren hunnit gå i konkurs innan denne själv verkställt återbetalning. Slutsatsen i HD blev att definitiv betalning till banken skett då beloppet krediterats mottagarens konto och samtidigt därmed kvittats av banken. Bankens goda tro om misstaget medförde att återbetalningskravet underkändes. I anslutning här till gör HD ett kryptiskt påpekande som berör frågan om fri förfoganderätt. HD skriver: "Som parterna har fört sin talan finns ingen anledning att ta ställning till om en bank, som genom clearing eller annorledes i god tro om ett misstag mottar ett belopp från betalarens bank med *fri förfoganderätt* men på villkor att betalningsmottagarens konto krediteras, redan vid mottagandet – och oberoende av om kvittning eller annan disposition verkställts innan den mottagande banken råkat i ond tro om misstaget – får en oangripbar rätt till beloppet."²⁶ Frågan är vad HD här syftar på med uttrycket "fri förfoganderätt". Inkommande betalningar till en bank är alltid destinerade till en mottagare, eventuellt banken själv, och banken har alltid en förfoganderätt över beloppet eftersom betalningsmottagaren verkställer en inlåning till banken då beloppet krediteras hans konto. Hans fordran på banken ökar. Kanske är det endast detta som åsyftas av HD men uttryckssättet ger anledning till en undran om något annat eller mera åsyftats.

En fri förfoganderätt i den mening som här avses kan förekomma då det gäller hanteringen av *andras* pengar såsom *redovisningsmedel*. En redovisningsskyldig gäldenär kan ha uttrycklig eller underförstådd rätt att disponera över en huvudmans redovisningsmedel för egna ändamål fram till dess faktisk redovisning skall ske.²⁷ Lagen (1944:181) om redovisningsmedel (RVL) förutsätter också att pengar som mottagits med redovisningsskyldighet kan komma att sammanblandas med den redovisningsskyldiges egna medel innan ett belopp avskiljs för redovisningsändamål. Så länge mellanhanden är solvent innebär detta inga problem och huvudmannen har en fordran som skall infrias i vanlig ordning av mellanhanden. Denna fordran ter sig då som vilken annan fordran som helst. Men då mellanhanden blivit insolvent och försatts i konkurs uppstår frågan om huvudmannen har separationsrätt till ett belopp motsvarande hans fordran. Sådan separationsrätt kan föreligga enligt RVL om mellanhanden sett till att avskilja medel i tid (utan dröjsmål från mottagandet) före konkursen (eller utmätningen) eller om beloppet inkommit så nyligen att det inte hunnit avskiljas men är omedelbart tillgängligt för avskiljande enligt andra stycket RVL. Frågan om separationsrätt för huvudmannen styrs här av hur mellanhanden hanterat sin skyldighet att avskilja medel enligt RVL fram till dess han försattes i konkurs, inte av i vad mån han har kvar just det belopp som mottogs med redovisningsskyldighet. Så länge mellanhanden är sol-

²⁶ Ref. s. 188, min kursivering.

²⁷ I NJA 2007 s. 599 var den avgörande frågan en bevisfråga om Gulliver's Resebureau AB hade haft rätt att fritt förfoga över inkommande flygbiljettsbetalningar fram till redovisningstidpunkten. Sådan rätt var inte styrkt i fallet.

vent kan således en fri förfoganderätt föreligga för denne utan att det för-
tar huvudmannens position som redovisningsberättigad borgenär, med en
eventuell separationsrätt (ägenderätt) i en senare konkurs.

Eftersom pengar är, och skall vara, helt fungibla har rättsordningen såle-
des släppt kravet på identitet för separationsrätten. Det väsentliga är istäl-
let att det belopp det rör sig om utgör redovisningsmedel (ett "främmande
värde" i mellanhandens ekonomi) och att mellanhanden skött avskiljandet
av medel på ett korrekt sätt före insolvensen.

Efter dessa genomgångar av avtalstyper där fri förfoganderätt kan före-
komma och betydelsen av att beakta egendomens karaktär, övergår fram-
ställningen nu till en diskussion av hur de civilrättsliga reglerna för en fri
förfoganderätt kan ta sig ut.

5. Civilrättsliga regler

När det gäller en otvetydig rätt för en mottagare av egendom att sälja
egendomen för egen räkning, uttryckligen avtalad eller som en följd av ett
finansieringsupplägg, kan man fråga sig hur en sådan rätt går ihop med för-
utsättningen att den som lämnar ut egendomen skall ha kvar full ägande-
rätt till den. Det enkla svaret är att det inte går ihop, om man uppfattar
"full ägenderätt" som innefattande ett krav på "bibehållen dispositions-
rätt". Tanken skulle då vara att ägenderättens privilegium i form av sepa-
rationsrätt i konkurs förutsätter att ägaren inte släppt ifrån sig all kontroll
över egendomen så att det är en ren tillfällighet om denna eller annan
(eller ingen) egendom finns kvar hos motparten vid dennes konkursut-
brott. Men svensk rätt innehåller inget principiellt hinder mot konstruk-
tionen fri förfoganderätt i kombination med annan ägardisposition över
lös egendom. "Ägenderätt" är ju inte någon given storhet som i sig anger
när den föreligger och med vilka verkningar. Det hinder som föreligger är
en klar praxis vad gäller ägarförbehåll (ägenderättsförbehåll, återtagande-
förbehåll) vid kreditköp, som innebär att en kreditköparens fria förfogan-
derätt medför ägarförbehållets ursprungliga ogiltighet. Det är dock troligt
att denna praxis numera måste anses återspegla en äldre principiell syn på
ägenderättens gränser och får nog anses som ett specialfall begränsat till
kreditköpet.²⁸

När det gäller rättsverkningarna av fri förfoganderätt i den mening som
här diskuteras råder det knappast någon tvekan om att en ägare som läm-

²⁸ Jfr den ingående diskussionen för och emot en utvidgning av ägarförbehållens giltighet i
SOU 1988:63 Kommission och dylikt, s. 82 ff. samt Persson, a.a. s. 698 ff. Se även JustR
Håstads tillägg till domen i NJA 2009 s. 79.

nar ut sin egendom till en motpart *till påseende* har en bibehållen äganderätt och därmed separationsrätt, om detta skulle aktualiseras, fram till dess motparten bestämmer sig för köp (eller återlämnande).²⁹ En sådan *optionsrätt* är inte kontroversiell utifrån nu aktuella aspekter. Skulle spekulanten försättas i konkurs innan något beslut fattats blir frågan om boet kan återropa optionsrätten och fullfölja köpet, vilket bör vara fallet åtminstone vid kontantaffär, men någon förlust av äganderätt blir det inte fråga om. Detta gäller också HD:s uttalande i NJA 2009 s. 79 angående optionsrätt i samband med leasingavtal. Endast det förhållandet att leasingavtalet innehåller en option till utköp för leasetagaren förtar inte leasegivarens separationsrätt. Att motparten *själv* har rätt att *köpa* egendomen ifråga enligt särskilt avtal med ägaren/leasegivaren om han vill är ur rättsverkanssynpunkt knappast detsamma som att han har rätt att *sälja* egendomen för *egen* räkning om han vill.

Vid öppet köp, 16 § köplagen och 8 § 3 st. konsumentköplagen, uppstår inte heller någon tvekan. Köparens möjlighet att ångra sig och låta köpet återgå ger inte säljaren någon särskild rätt. Skulle köparen sälja egendomen vidare innan fristen löpt ut blir hans köp därmed definitivt och skulle köparen försättas i konkurs inom fristen medför det endast att konkursboet (förvaltaren) övertar rätten att avgöra återgångsfrågan.

Obligationsrättsligt råder det knappast någon tvekan om att den fria förfoganderätten utgör bindande avtalsinnehåll i samma utsträckning som gäller för andra villkor i avtal. Den bortre gränsen för giltigheten sätts därmed av oskälighetsprövningen enligt 36 § avtalslagen och ogiltighetsanledningarna i och kring avtalslagens tredje kapitel. I en sådan prövning avseende finansiella instrument kan brister i formalia enligt föregående avsnitt vägas in som moment i avvägningen av vad som är skälig/rimlig standard i sammanhanget. Via en sådan prövning enligt 36 § avtalslagen kan således 3 kap. 1 § LHF få civilrättslig verkan.³⁰ Eftersom ett medgivande om fri förfoganderätt är en ingripande inskränkning i äganderätten även för annan egendom än finansiella instrument kan det generellt vara rimligt att det godtas endast under förutsättning av att ägaren varit väl informerad om och införstådd med innebörden av åtagandet. Om så inte varit fallet vid avtalsingåendet kan det utgöra grund för att jämka bort åtagandet.

Även *avtalsstolkning* kan vara aktuell som korrigerande faktor. Det kan i många fall te sig naturligt att kräva ett visst mått av tydlighet och klarhet

²⁹ Jfr Lindskog, Redovisningsmedel, sakrättslig identitet och några straffrättsliga randanmärkningar, Festschrift till Suzanne Wennberg, Norstedts Juridik 2009, s. 227. Se även Myrdal, a.a. s. 50 angående synen på panthavares optionsrätt vid pignus irregulare.

³⁰ Samma Myrdal, a.a. s. 447. Se det av Myrdal anmärkta NJA 1999 s. 408 ang. HD:s förordande av att åstadkomma överensstämmelse mellan civilrätten och näringsrätten genom användandet av 36 § avtalslagen.

för att anse en fri förfoganderätt vara avtalad.³¹ Just det förhållandet att det rör sig om en väsentlig inskränkning i ägarens bibehållna dispositionsrätt gör att det är troligt att domstol ställer sig skeptisk om inte avtalet är tydligt på denna punkt.

Den viktigare frågan är dock hur långt den fria förfoganderätten sträcker sig *sakrättsligt*, närmare bestämt gränserna för *separationsrätten*. Denna fråga måste hållas isär från den obligationsrättsliga prövningen eftersom separationsrätt i konkurs vilar på andra förutsättningar än de som avgör om två avtalsparter på ett giltigt, bindande sätt avtalat om den enes fria förfoganderätt. Det är fullt tänkbart att separationsrätt visar sig föreligga trots obligationsrättslig ogiltighet av en förfoganderättsreglering, likaså att en giltig reglering medför eller inte medför bibehållen separationsrätt för ägaren.³² Den sakrättsliga prövningen avser ju frågan om det finns anledning att gynna en utpekad borgenär på övriga borgenärs bekostnad i gäldenärens konkurs. Som framgår av NJA 2009 s. 79 är det fullt möjligt för en detaljist att kombinera leasing av lagervaror med fri förfoganderätt så att försäljning från lagret kan ske i vanlig ordning och leverantören/leasegivaren/kreditgivaren har separationsrätt till kvarvarande lager vid konkursutbrott. Detta betyder att så länge säkerhetsarrangemanget inte konstrueras som en kreditförsäljning är det fullt möjligt med konstruktioner som innefattar tillgång för kredittagaren till den aktuella egendomen med rätt för denne att disponera över den genom försäljning för egen räkning, men med bibehållen separationsrätt för kreditgivaren fram till dess försäljning sker och krediten därmed kan avvecklas.³³

Var kommer denna princip ifrån? Sett till den rättsvetenskapliga litteraturen har det inte varit fråga om en generellt accepterad princip. Det kan noteras att Undéns tidiga uttalande, att ett förfogandemedgivande inte förtog ägarens separationsrätt så länge egendomen fanns kvar, endast avsåg pengar och värdepapper.³⁴ Undén diskuterade i vad mån *pignus irregulare* avseende pengar och värdepapper utgjorde panträtt eller om förfogandemedgivandet medförde en äganderättsövergång. Han konstaterade därvid att om exempelvis pengar överlämnats kontant som säkerhet för annan förpliktelse utan skyldighet för mottagaren att hålla beloppet avskilt, utgjorde det inte panträtt utan äganderättsövergång, med en obligatorisk skyldighet att återbetala beloppet om säkerheten inte behövde tas

³¹ Se NJA 1959 s. 590 där HD godtog ägarförbehåll bl.a. på grund av att försäljningsavtalet tolkades som innefattande ett förbud för köparen att förfoga över egendomen (smågrisar) innan slutbetalning skett.

³² Jfr Lindskog, a.a. s. 226 f.

³³ Jfr JustR Håstads tillägg till domen i NJA 2009 s. 79.

³⁴ Undén, Svensk sakrätt I Lös egendom, C.W.K. Gleerups Förlag, Lund 1927, s. 259 f., uttalandet kvarstod även i sista upplagan, se faksimil av 10 uppl., Norstedts Juridik 1995, s. 171 f.

i anspråk. Men pengarna uppgick i mottagarens egendom först när det verkligen tagits i anspråk. Skulle mottagaren ha hållit beloppet avskilt för "pantsättarens" räkning förelåg ändå separationsrätt för denne i mottagarens konkurs.³⁵ Dessa uttalanden gjordes redan på 1920-talet, före RVL:s tillkomst, men Undén vidhöll uppenbarligen sin ståndpunkt även senare genom tillägg av hänvisning till Walin, Festskrift för Ekeberg, vari denne diskuterar effekterna av RVL.³⁶ Undén uttalade sig dock inte om annan typ av egendom, inte heller om hans slutsats var utslag av någon allmän princip eller speciell för de fungibla egendomsslagen pengar och värdepapper. De rättsfall som sedermera åberopades, NJA 1930 s. 685 och NJA 1941 s. 711, avsåg båda pengar.

Hessler var bestämd i sin uppfattning att det både vid *depositum irregulare* och *pignus irregulare* rörde sig om försträckning och att deponenten/pantsättaren inte hade någon separationsrätt i konkurs.³⁷ Via en hänvisning till Karlgren noterade Hessler frågan om bibehållen separationsrätt till egendom som faktiskt hållits avskild från mottagarens egen egendom men utan att själv ta ställning. Även Karlgren undvek ställningstagande genom att endast hänvisa till Undén.³⁸

Såsom Myrdal utrett ger källorna i övrigt motstridiga besked vad gäller ägarens separationsrätt vid medgiven fri förfoganderätt.³⁹ I samband med säkerhetsdirektivets implementering diskuterades avseende finansiella instrument bland annat innebörden av kombinationen pantsättning och fri förfoganderätt i art. 5. Utredningen påpekade att rättsläget var osäkert och att olika uppfattningar rådde men att avgörande för bibehållen separationsrätt var om säkerheten kunde identifieras och den inte sammanblandats med säkerhetstagarens egendom, i vart fall gällde detta då RVL var tillämplig.⁴⁰ Denna ståndpunkt upprepades i den efterföljande propositionen.⁴¹ Lagrådet var i sin granskning av ändringsförslagen däremot mera kategoriskt. Separationsrätt till sådan säkerhet som avsågs med direktivet (finansiella instrument) kunde aldrig föreligga för säkerhetsställaren i kombination med fri förfoganderätt, såvida inte RVL var tillämplig och förfogandet skedde under förskingringsansvar. Om inte denna förutsättning var uppfylld innebar det att "säkerhetsställaren saknar separationsrätt till överhypoteket även om säkerheten är orubbad och därmed avskild från

³⁵ Undén, a.a. s. 172 not 15.

³⁶ Walin, Festskrift för Birger Ekeberg, Svensk Juristtidning, Stockholm 1950, s. 532 ff.

³⁷ Hessler, Allmän sakrätt, Norstedts 1973, s. 156 f.

³⁸ Karlgren, Ändamålsbestämmelse och stiftelse, Karl Bloms Boktryckeri AB, Lund 1951, s. 74 not 38.

³⁹ Myrdal, a.a. s. 503 ff.

⁴⁰ Ds 2003:38 s. 79 f.

⁴¹ Prop. 2004/05:30 s. 53.

säkerhetstagarens övriga förmögenhet.”⁴² Tydligen menade Lagrådet att bibehållen separationsrätt i samband med förfoganderätt för motparten alltid förutsätter att RVL är tillämplig så att motpartens förfoganderätt inte är fri utan avser redovisningsmedel. Det innebär att förs kingsringsansvar kommer ifråga om motparten inte hållit sig solvent för egen del eller hållit redovisningsmedlen åtskilda i den utsträckning som krävs enligt RVL.⁴³

Men eftersom diskussionen rör *kontoförda* finansiella instrument blir den, som antytts ovan, lätt förvirrande om inte denna aspekt beaktas. Kontot i läsbar form är den enda manifestationen av dessa instrument som finns att tillgå. Det finns ingen fysisk verklighet ”bakom” kontot eller ”på” detta. Lika lite som de kontanter jag satte in på mitt bankkonto ”finns” i någon fysisk mening på kontot, ”finns” mina aktier på eller i min värdepappersdepå. Frågorna om bibehållen identitet respektive sammanblandning måste överföras till att avse de konteringar som företagits. En debitering av ett konto kan inte kopplas till en kreditering av ett annat konto i någon objektiv, fristående mening. Det stämmer helt enkelt inte med verkligheten att påstå att det är ”samma” eller ”en annan” aktiepost som ”överförs” från ett konto till ett annat. Det är två fristående händelser som *kan* ha ett rättsligt samband på grund av att inblandade parter anser så vara fallet, exempelvis på grund av ett köp, men som inte behöver ha det.⁴⁴ Att det råkar ske en debitering av en sådan aktiepost som köpet avser nära i tiden efter avtalsingåendet betyder i sig *inte* att det är just den posten som sålts till köparen. Detta betyder i sin tur att det inte går att fastställa identitet respektive sammanblandning på det sätt som tidigare kunnat ske med fysiska värdepapper. Avgörande blir istället vad som finns noterat på det relevanta kontot.⁴⁵ Wallin-Norman menar här att avgörande måste vara vad som framgår av kontot vid konkursögonblicket. Finns det då aktier krediterade på kontot har kontohavaren kontorätt till detta innehav, men finns inga aktier krediterade saknar han kontorätt.

Detta låter sig sägas men besvarar tyvärr inte frågan hur man skall bedöma det fallet att det finns aktier krediterade på kontot men kontohavaren samtidigt avtalat om fri förfoganderätt för kontohållaren. Med andra ord vem tillkommer kontorätten i denna situation? Ingår den som tillgång i kontohållarens konkursbo eller är den förbehållen (separerbar) för kontohavaren?

⁴² A. prop. s. 122.

⁴³ Jfr Myrdal, a.a. s. 503 ff. för ingående diskussion och kritik av dessa uttalanden i lagstiftningssärendet.

⁴⁴ Jfr Wallin-Norman, a.a. s. 174 ff.

⁴⁵ Se härom Wallin-Norman, a.a. s. 217 ff., jfr s. 140 ff., särsk. s. 158 ff. och 165 ff.

6. En preliminär slutsats

Varför skall den "ägare" som medgivit fri förfoganderätt gynnas framför andra borgenärer i konkursen när "ägaren" medvetet tagit risken att "hans egendom" inte finns kvar? Svaret på den frågan är nog helt pragmatiskt. Det finns behov av sådant gynnande. Det finns marknadsbehov av att kunna åstadkomma giltig objektssäkerhet (realsäkerhet i lös egendom) i situationer där ägarförbehåll inte har verkan enligt praxis och handpanträtt kan ifrågasättas som innebärande en definitiv äganderättsövergång, men som har ett bättre förmånsrättsläge än företagshypoteket. Det finns också lönsamhets- och effektivitetsbehov av att kunna fortsätta omsätta finansiella instrument oberoende av "äganderättsfördelningen" och eventuella pantsättningar. En kanske önskad principiell innebörd i begreppet äganderätt bör inte hindra sådana lösningar. Som framgår av NJA 2009 s. 79 är HD också beredd att hålla med om detta. Genomgången ovan torde visa att någon etablerad allmän princip, med tydliga rättsverkningar, inte föreligger i svensk rätt, trots HD:s påstående härom i rättsfallet, men att det faktiska behovet föreligger och att det inte finns några allvarliga hinder för etablerandet av en allmän princip.

Slutsatsen av detta skulle bli att svensk rätt är flexibel vad gäller synen på avtalskombinationer som delar upp äganderätten i olika beståndsdelar där en del (separationsrätt vid konkurs) kan bibehållas av en befintlig ägare medan en annan del (vidareförsäljningsrätt och andra dispositions-möjligheter) kan överföras på annan part. För individuell egendom är en sådan uppdelning verksam fram till dess ett förfogande sker över egendomen. En eventuell rätt för borgenären till köpeskillingen eller fordran på denna måste dock regleras särskilt, exempelvis genom pantsättning av fordran. För fungibel egendom sträcker sig rättsverkningarna längre eftersom en giltig separationsrätt kan avse andra enheter än de ursprungliga och således bestå även efter det att ett förfogande skett. Detta gäller särskilt det fungibla och immateriella egendomsslaget kontoförda finansiella instrument eller kontorätt med Wallin-Normans kortare och mera träffande uttryck.

Det sist sagda är möjligen endast en återgivning av vad som följer av art. 5 säkerhetsdirektivet, och som således skall utgöra gällande svensk rätt, men som förarbetena till implementeringen av direktivet visar var det långt ifrån självklart vad som kunde anses utgöra gällande svensk rätt på området. NJA 2009 s. 79 kan därmed sägas ha bekräftat rättsläget på ett klargörande sätt.

REDOVISNINGANSVAR

Redovisningsskyldighet i senare rättspraxis. En skyldighet med komplikationer

AV *Göran Millqvist**

1. Inledning

I sin avhandling från 1976, *Förskingring*, påvisar Suzanne Wennberg vilken osäkerhet som kringgärdar begreppet redovisningsplikt, både civilrättsligt och straffrättsligt, och vilka problem detta för med sig ur straffrättslig synpunkt då det gäller förskingringsbrottet. Sedan avhandlingen lades fram har 32 år förflutit men frågan är om någon större klarhet har åstadkommits i rättstillämpningen kring redovisningsplikten under denna tid. Den civilrättsliga osäkerheten består till stor del i svårigheterna i att ringa in och precisera de fall då redovisningsskyldighet föreligger samt vilken verkan den har sakrättsligt sett. Den straffrättsliga osäkerheten är i mycket en effekt av att civil redovisningsskyldighet utgör ett rekvisit i straffstadgandet om förskingring i 10 kap. 1 § BrB. Det finns ett beroendeförhållande mellan rättsområdena som i sig kan vålla bekymmer. Civilrättsliga bedömningar är ofta baserade på "mjukare data" än straffrättsliga. Det kan vara besvärligt och ovant att föra in sådana överväganden i den straffprocessuella miljön.

Som en liten hyllning till Suzanne vill jag återkoppla till frågan om civilrättslig redovisningsskyldighet och straffrätten genom en kort exposé över rättsutvecklingen i rättspraxis på den civilrättsliga sidan sedan mitten av 1970-talet vad gäller situationer där redovisningsskyldighet ansetts föreligga.¹ Jag vill också något diskutera ett speciellt fall, nämligen förhållandet mellan brottsligt åtkomna penningmedel och redovisningsskyldig-

* Docent i civilrätt, Stockholms universitet.

¹ Från denna period finns två fall från HD avseende 10 kap. 1 § BrB, NJA 1985 s. 747 och NJA 1998 s. 583 samt några hovrättsfall. Dessa tas dock inte upp särskilt här.

het. Först dock några ord om lagen (1944:181) om redovisningsmedel (RVL).

2. Den civilrättsliga regleringen

Sambandet mellan RVL och straffrätten har varit starkt från början. Lagen tillkom på grund av utvidgningar i dåvarande 22 kap. 1 § strafflagen avseende penningförskingring. Det ansågs önskvärt att det klargjordes vilka förutsättningar som skulle vara uppfyllda för en korrekt civilrättslig hantering av redovisningsmedel. Departementschefen uttalade i prop. 1943:81, "I motsats till vad som tidigare gällt kan alltså den som mottagit penningmedel med redovisningsskyldighet, men utan förpliktelse att hålla dem avskilda, dömas för förskingring, om han sammanblandar medlen med sina egna så att den redovisningsberättigades äganderätt går förlorad och han därvid är eller senare blir insolvent."² För att undvika att sysslomän och andra mellanhänder mer eller mindre ovetande gjorde sig skyldiga till förskingring borde frågan om hanteringen av redovisningsmedel klargöras, vilket skedde genom RVL:s tillkomst.

Lagen anger de civilrättsliga förutsättningarna för att en redovisningsberättigad huvudman skall vara bibehållen sin äganderätt till redovisningsmedel, trots att dessa inte i strikt mening hållits åtskilda med bibehållen identitet hos den redovisningsskyldige. Lagen bygger på en oskriven huvudregel om att även helt fungibel egendom i annans besittning kan vara förbehållen ägaren såvida den kan identifieras med bibehållen identitet, den så kallade specialitetsprincipen. Identitetskravet upprätthålles dock inte strikt vad gäller enheter inom samma egendoms-
slag.³ Är specialitetskravet uppfyllt skall äganderätten respekteras vid ut-

² NJA II 1944 s. 400.

³ HD gjorde följande principiella uttalande i NJA 1994 s. 506 (510), "För att separationsrätt i en konkurs skall föreligga till egendom som deponerats hos gäldenären krävs principiellt att egendomen kan identifieras. Såsom domstolarna uttalat hindrar detta inte att separationsrätt till fungibel egendom kan godtagas i vissa fall även då egendomen mist sin identitet genom sammanblandning med annan egendom och deponenten därför inte har anspråk på att återfå exakt samma föremål som han överlämnat.

Då en depositarie sammanblandat flera deponenters egendom anses sålunda de olika deponenterna ha samäganderätt till den sammanlagda förmögenhetsmassan, jfr t.ex. 3 st. lagen (1944:181) om redovisningsmedel. Det förhållandet att egendomen ingår som en del i en avgränsbar egendoms massa anses här vara tillräckligt för identifiering."

mätning hos besittaren och i dennes konkurs, ägaren har med andra ord separationsrätt. Så som RVL kom att utformas blev dess viktigaste funktion att ange under vilka förutsättningar borgenärsskydd i form av separationsrätt kan föreligga till ett belopp pengar eller, analogt, annan fungibel egendom. Lagen bildar därmed gräns mot vad som skall rubriceras som vanliga fordringar. En distinktion som är avgörande för borgenärens rättsställning i förhållande till konkurrerande borgenärer vid utmätning och konkurs.

RVL är ett exempel på en lagstiftningsteknik av det minimalistiska slaget. Den är endast åtta rader lång i lagboken, uppdelade i tre korta textstycken, men har ändå ett mycket vidsträckt tillämpningsområde. RVL:s rekvisit för vad som utgör redovisningsskuld, till skillnad från en "vanlig" penningsskuld, är att någon "mottagit medel för annan, med skyldighet att redovisa för dem". Denna skyldighet kan framgå direkt på grund av lag, såsom 12 § tredje stycket fastighetsmäklarlagen (1995:400) avseende bl.a. handpenning vid fastighetsköp, och 8 kap. 4 § RB avseende advokats hantering av klientmedel. Men den kan även framgå av rättsförhållandets natur i den meningen att det framgår att en person mottagit medel för annans räkning som något slags ombud, mellanhand eller förvaltare.⁴ Rättsförhållandet mellan den berättigade och den förpliktade skall vara sådant att däri ingår att den förpliktade tagit emot, från den berättigade eller från tredje man, medel som tillhör den berättigade och som den förpliktade inte får förfoga över för egen räkning. Den förpliktade är skyldig att se till att inte riskera den berättigades rätt till medlen genom att disponera över dem för egen räkning och därmed åstadkomma en förändring av separationsrätten till en osäkrad fordringsrätt. Ett sådant agerande kan som sagt också utgöra förskingring enligt 10 kap. 1 § BrB eller olovligt förfogande enligt 10 kap. 4 § BrB om övriga brottsrekvisit är uppfyllda.

Walén menar att det är svårt att närmare precisera vad som avses med redovisningsskyldighet och ifrågasätter om det "överhuvud kan generellt beskrivas annat än negativt, nämligen så att det förutsätts en förpliktelse att prestera som *inte* enbart är en vanlig betalningsförpliktelse.⁵ Även

⁴ J. Hellner, Redovisningsskyldighet i kontraktsrätten, Festskrift till Henrik Hessler, Norstedts 1985, s. 235 f., och G. Walén, Separationsrätt, Norstedts 1975, s. 97 f.

⁵ G. Walén, a.a. s. 98.

Hellner har svårigheter med att precisera omfånget. "Man kan uttrycka det avgörande momentet så, att penningmedlen skall betraktas som ett 'främmande värde' i innehavarens ekonomi, eventuellt, med ett något svagare uttryck, så att gäldenären skall inneha dem för annans räkning."⁶

Utöver en viss svårighet i att ringa in tillämpningsområdet för RVL bör också uppmärksammas frågan om avskiljande. Redovisningsskyldighet i RVL:s mening kan föreligga utan att något avtalsförhållande föreligger mellan den redovisningsskyldige och den berättigade. Det kan vara tillfälliga, oförutsedda omständigheter som gör att en part får omhand medel som tillhör någon annan. Det är då inte en förutsättning för redovisningsskyldighet att det finns något åläggande om att hålla medel avskilda. Det är viktigt att notera att man måste hålla isär redovisningsskyldighet och avskiljandeskyldighet. En part kan vara redovisningsskyldig och motparten kan åtnjuta separationsrätt trots att den redovisningsskyldige inte har någon skyldighet att hålla redovisningsmedel avskilda från sin övriga ekonomi i alla lägen. Däremot är det väsentligt att den redovisningsskyldige inte äger disponera över medlen för egen räkning i situationer då han är eller kan bli insolvent. Om så är fallet föreligger nämligen vad som närmast kan betecknas som kreditgivning, inte redovisningsskyldighet. Denna aspekt var central i rättsfallet NJA 2007 s. 599 genom att det hävdades av käranden (den redovisningsskyldiges konkursbo i återvinningstvist), att en tidigare, odiskutabel redovisningsskyldighet omvandlats till vanlig kredit på grund av att konkursbolaget fått medgivande till att disponera över medlen för egen räkning utan begränsning. Konkursboet lyckades dock inte styrka denna avtalsförändring och förlorade målet i den delen.

Lagen tillhandahåller tre alternativa situationer då rättsföljden separationsrätt inträder för den redovisningsberättigade och denne således är bibehållen ägare till medel som innehas av den redovisningsskyldige. Avskiljande i redovisningssyfte är det första alternativet. Om den redovisningsskyldige ser till att så snart det kan ske sätta undan det belopp som skall redovisas på särskilt konto eller rent fysiskt stoppar pengar i en särskild burk, uppfyller han lagens huvudalternativ för separationsrätt. Till-

⁶ J. Hellner, a.a. 245 f., not utelämnad.

räckligt avskiljande förutsätter att redovisningsmedlen kan identifieras som medel avsatta för redovisning till den aktuella huvudmannen.⁷

Det andra alternativet är att den redovisningsskyldige inte gör något alls åt redovisningsbeloppet, det ingår fullt ut i hans tillgångar, men han håller sig solvent och riskerar aldrig värdet av den redovisningsberättigades fordran. Ett sådant förfarande förutsätter dock att det inte finns avtal som föreskriver annat.⁸

Det tredje alternativet styr inte den redovisningsskyldige själv över utan är en ren dröjsmålsfråga som aktualiseras om han mottar redovisningsmedel då han är insolvent. Nämligen frågan om den redovisningsskyldige är i dröjsmål med avskiljande av medel eller om dessa fortfarande är omedelbart tillgängliga för avskiljande. Så länge dröjsmål inte inträtt är de fortfarande reserverade för den redovisningsberättigade.⁹

3. Situationer från rättspraxis där redovisningsskyldighet föreläggat

Sedan mitten av 1970-talet har RVL varit aktuell för prövning i ett knappt 20-tal refererade fall. I drygt hälften av dessa har det rört sig om situationer där man kan förvänta sig att en redovisningsskyldighet föreligger eller åtminstone kan föreligga. Två fall från början av 1980-talet handlade om bolagsföreträdare som innehade bolagets kassa och kontanta medel, NJA 1983 s. 109 och NJA 1984 s. 595, i båda fallen rörde det sig om dagskassor från restauranger. Tre senare fall gällde anlitat ombud för försäljning av egendom, NJA 1987 s. 517, NJA 1989 s. 781 och NJA 1994 s. 190. I 1987 och 1989 års fall gällde det bilförsäljningar genom ombud och hante-

⁷ Se dep.chefen i prop. 1944:81 s. 32, "För att ett avskilt belopp skall vara skyddat, bör vidare i enlighet med förslaget krävas, att beloppet skall vara avsett för ett eller flera *bestämda redovisningsändamål*. Det är alltså icke tillfyllest, att en klumpsumma avskilts för blivande redovisningsskulder i allmänhet."

⁸ HD uttalade i NJA 2007 s. 599 (621) "Att [en syssloman] är redovisningsskyldig innebär att han – om han inte utan dröjsmål eller åtminstone innan han blir insolvent har avskilt mottagna medel eller motsvarande belopp – aldrig får hantera sin egen ekonomi på sådant sätt att värdet på huvudmannens fordran sätts i fara."

⁹ Här har HD förklarat i NJA 1999 s. 812 (819) "Med hänsyn [till gäldenärens kommersiella karaktär] och med beaktande av att separationsrätt till icke avskilda penningmedel är ett rättsligt undantag som bör ges en snäv tillämpning, får dröjsmål anses ha uppkommit med avskiljandet av medel som inbetalats till [gäldenären senast fyra dagar före fristdagen]."

ringen av köpeskillingen efter genomförd försäljning; i 1994 års fall advokats möjlighet att nedsätta köpeskillning avseende ett försålt kommanditbolag sedan tvist uppstått mellan säljarna om fördelningen av köpeskillingen. Två fall från senare tid gällde fasta representanter för försäljning av tjänster, de i not 7 och 8 nämnda NJA 2007 s. 599 och NJA 1999 s. 812, i båda fallen resebyråer som sålde flygbiljetter för flygbolags räkning. I ett fall från samma tid, NJA 2000 s. 685, var det bl.a. fråga om den redovisningsskyldighet som kan föreligga för kommissionär gentemot kommittenten och verkan därav i kommissionärens konkurs. Här kan också nämnas RH 1988:143 där en kassör i en idrottsförening satte in ett lån föreningen beviljats på sitt eget bankkonto.

I dessa nio fall rådde det knappast någon tvekan om att gäldenären var redovisningsskyldig i RVL:s mening gentemot sin motpart. Gäldenären var syssloman av något slag – företrädare, ombud eller kommissionär – för en huvudman och hanterade huvudmannens medel för dennes räkning. Gäldenären var därmed redovisningsskyldig för sin hantering och fråga var om huvudmannens rätt till medlen var intakt i enlighet med RVL.

Frågan om kvittning mot redovisningsskuld har dykt upp på nytt. Redan i NJA 1971 s. 122¹⁰ förklarade HD att kvittning mellan arvodesfordran och redovisningsskuld gick bra och nu på senaste tid har denna fråga varit uppe till prövning dels i RH 2007:73, dels i HD:s beslut 9 juli 2008, Ö 4397-06. I fallen har det rört sig om olika slags sysslomäns rätt att kvitta sin arvodesfordran mot vad som tveklöst har varit huvudmannens medel under sysslomannens disposition med redovisningsansvar, således typiska exempel på redovisningsfall. I 1971 års fall rörde det sig om en fastighetsmäklare, i 2007 års hovrättsfall rörde det sig om likvidator enligt aktiebolagslagen och i HD:s senaste beslut om en rekonstruktör enligt lagen om företagsrekonstruktion. I vad mån kvittning mellan icke konnexa fordringar, där den ena är en redovisningsfordran, går för sig är ännu inte avgjort.¹¹

I andra fall har situationen däremot varit mera avvikande från det typiska sysslomannaförhållandet. I NJA 1985 s. 836 rörde det sig om en

¹⁰ Se om detta fall S. Wennberg, *Förskingring*, s. 280 f. och S. Lindskog, *Kvittning*, 2 uppl., Norstedts 1993, s. 146 ff.

¹¹ Jfr S. Lindskog, a.a. s. 148.

misstagsbetalning där en säljare fått betalt för samma leverans från två håll på grund av missförstånd från en av betalarna. Säljaren hann dock gå i konkurs innan misstaget rättades till och fråga var om betalaren trots detta hade rätt att få tillbaka betalningen. Det ansågs av HD vara fallet på grund av att dröjsmål med avskiljande av medlen inte hunnit inträda vid konkursutbrottet. I NJA 1987 s. 18 gällde det en utbetalning av statligt räntebidrag till en f.d. fastighetsägare och dennes redovisningsskyldighet gentemot dem som köpt fastigheterna. Fastighetssäljaren ville vidareföra betalningen till köparna men hindrades av att hans bankkonto belagts med kvarstad på annan borgenärs begäran strax efter att betalningen influtit. Även i detta fall medförde kravet på dröjsmål med avskiljandet att beloppet var reserverat för köparna. I NJA 1989 s. 768 ställdes frågan om en arrangör av en pokerturning var redovisningsskyldig i RVL:s mening för de spelavgifter han uppburit av deltagarna och om dessa därmed hade företrädde till de belopp polisen tagit i beslag då turneringen avbröts. Redovisningsskyldighet ansågs föreligga och eftersom polisen slog till under turneringens gång hade dröjsmål inte hunnit inträda. I NJA 1994 s. 506 rörde det sig om lagerhållning (deposition) av spannmål av lantbrukare hos ett kvarnbolag och RVL utgjorde bakgrund för HD när det konstaterades att den deponerade egendomen kunde separeras ur depositariens konkurs trots att det rörde sig om i verklig mening fungibel egendom. I NJA 1995 s. 367 II handlade det om så kallad investortleasing och leasingbolagets roll av administratör av det leasingkontrakt som överlätits till en investor. Leasingbolaget förmedlade inkommande leasingavgifter från leasetagaren till investorn under redovisningsansvar. I NJA 1998 s. 275 slutligen var det fråga om ett samboförhållande där kvinnan betalat in pengar till mannens bankkonto för gemensamma ändamål och hennes eventuella rätt till dessa medel framför mannens utmätningsborgenärer. Principiellt kunde hon ha sådan rätt men hade i fallet inte lyckats styrka avskiljande varför dröjsmål och sammanblandning ansågs föreligga.

Det går knappast att sammanfoga denna rättspraxis i någon form av fungerande syntes vad gäller RVL:s tillämpningsområde. Och det finns kanske inte heller någon egentlig anledning att försöka. En viss flexibilitet i fastläggandet av tillämpningsområdet är nog nödvändig för att undvika risken för uteslutning av relevanta fall. En redovisningsskyldighet med de rättsverkningar detta medför kan visa sig föreligga och uppstå i oväntade

situationer. Den gemensamma kärnan är att en person av någon anledning har fått omhand någon annans medel, som ett främmande värde i sin ekonomi, under sådana förutsättningar att en skyldighet att göra redo för och vidarebefordra dem uppstår.¹²

4. Något om redovisningsskyldighet för medel som åtkommits genom brott

Den 1 mars 2008 klockan 21.05 grips fyra män av polisen i Östersund misstänkta för grov stöld med flera brott. Samma dag klockan 18.30 har två av männen enligt åklagarens stämningsansökan, "tillsammans och i samråd från E. och B. J:s bostad i [...], olovligen tagit och tillägnat sig 18 300 kr. [Två av männen] har tillåtits att komma in i bostaden och där uppehållit målsägandena (födda 1923 respektive 1925) i köket, samtidigt som [en av männen], och endera av [de andra] smugit sig in i ett angränsande rum och tillgripit angivna kontanter ur tre plånböcker som förvarades i ett skrivbord." Då männen grips och visiteras har de sammanlagt 25 500 kr på sig fördelade med olika belopp dem emellan. Kontanterna tas i beslag och beläggs med kvarstad. Männen döms av Östersunds tingsrätt för stölden och andra brott till olika påföljder samt åläggs solidarisk skadeståndsskyldighet gentemot E. och B. J. till fulla beloppet 18 300 kr samt 10 000 kr till dem vardera för kränkning samt sveda och värk.¹³ Tre av männen överklagar till hovrätten där viss justering sker i påföljderna och det ideella skadeståndet sätts ned till 7 000 kr vardera. I övrigt ingen ändring.¹⁴

Frågan är om dessa fyra män genom stölden blev redovisningsskyldiga gentemot E. och B. J. och om ett yrkande om redovisning samt separationsrätt kunnat få framgång i domstolarna. De greps två och en halv timme efter stölden och det påträffades då en beaktansvärd summa kontanter hos dem. Som läget är nu är gärningsmännen visserligen skadeståndsansvariga men det innebär ju ingen garanti för att de kan och kommer att betala skadeståndet. Andra borgenärer lär stå före i kön till dessa gäldenärsers tillgångar. En separationsrätt däremot skulle innebära

¹² Jfr J. Hellner, a.a. s. 257.

¹³ Östersunds tingsrätt, Rotel 5, Dom 2008-04-01, Mål nr B 563-08.

¹⁴ Hovrätten för Nedre Norrland, Rotel 4, Dom 2008-05-22, Mål nr B 435-08.

att E. och B. J. återfick åtminstone det stulna beloppet per omgående, utan konkurrens med eventuella andra borgenärer.

En redovisningsskyldighet för tjuven har skymtat i förarbeten och litteratur som ett möjligt fall av redovisningsskyldighet utanför kontraktsförhållanden. Däremot finns det veterligen inget exempel på sådan tillämpning från rättspraxis.¹⁵ I dåvarande 17 kap. 2 § HB¹⁶ reglerades separationsrätt ur gäldenärens bo för ägaren av bl.a. "stulet, rövat, lånt eller lagt gods", vilket i vissa fall kunde utbytas mot separation av annan egendom eller fordran genom surrogation.¹⁷ Före RVL:s tillkomst var detta stagande grunden för separationsrätt även av pengar och fungibel egendom vilket var ett av skälen till att klargörande lagstiftning ansågs behövlig.¹⁸ Det antogs att då det gällde pengar krävdes att beloppet hela tiden hållits avskilt av den redovisningsskyldige och även en kortvarig sammanblandning medförde att separationsrätten gick förlorad.

I utredningen till förslaget till RVL, med Walin som ordförande för de sakkunniga, finns visst stöd för att stöldfallet skulle kunna vara ett fall av redovisningsskyldighet. I anslutning till genomgång av då gällande rätt, bl.a. av fall där samäganderätt uppstår, sägs att, "Om en tjuv lägger stulna sedlar i en plånbok, där han har jämväl andra sedlar", bör samäganderätt till den totala summan uppstå mellan tjuven och den bestulne.¹⁹

Walin tycks ha varit av den uppfattningen att stöld kunde grunda separationsrättsanspråk för den bestulne gentemot tjuven i analogi med RVL. Men han nämner aldrig uttryckligen fallet med stulna pengar. Han menade när det gällde äldre rätt att då ett utbyte skedde för huvudmannens räkning, denne borde vara bibehållen sin rätt, på samma sätt som gällde vid kommission. Som ett exempel påpekade han, "Även om en tjuv

¹⁵ Det kan dock nämnas att HD i NJA 1994 s. 506 påpekar att avsikten inte varit att RVL skulle tolkas *e contrario*. Det kan väl tänkas fall av separationsrätt till pengar och fungibel egendom som inte kan inordnas under RVL. Det bör kunna gälla både förutsättningarna för att redovisningsskyldighet över huvud skall föreligga och rekvisiten för bibehållen separationsrätt.

¹⁶ Hela 17 kap. HB upphävdes i samband med förmånsrättslagens (1970:979) tillkomst, överg.best. punkt 1.

¹⁷ I samband med RVL:s tillkomst ströks en passage i stadgandet angående separationsrättens bortfall och omvandling till en skadeståndsfordran efter det att separationsegendomen gått förlorad, se NJA II 1944 s. 408 och 419.

¹⁸ NJA II 1944 s. 404.

¹⁹ SOU 1943:24 s. 13.

växlade en stulen sedel borde rimligen vad som fanns i behåll av de pengar han växlat till sig anses tillhöra den bestulne. Eljest skulle pengarna ej kunna åtkommas annat än efter utmätning eller i konkurs.”²⁰ Walin återkommer därefter till stöldfallet vid genomgång av RVL men då endast avseende stöldgods och rätten till pengar efter omvandling av godset. ”Tjuvens eller hälarens vanliga borgenärer har naturligtvis inte bättre grundat anspråk på att få ta hand om tillgängliga medel efter realisation av godset än borgenärer till den som har redovisningsansvar i egentlig mening, och den bestulne har snarast ett bättre grundat anspråk att bli sakrättsligt skyddad än den som anlitat syssloman. Det blir dock här närmast frågan i vilken omfattning surrogation kan ge den bestulne skydd.”²¹

Hessler är mera bestämd i sin uppfattning. Han anför ”En redovisningsfordran – med den verkan som avskiljande av medel har beträffande sådan – måste tydligen anses föreligga, då någon obehörigen frånhänt annan pengar. Det mest karaktäristiska fallet är ju det att B stulit pengar från A.”²² Han återkommer också till stöldfallet i samband med frågan om tillräckligt avskiljande av medel. Om viss sammanblandning skett med en del av den redovisningsskyldiges egendom, är det tänkbart att samäganderätt skulle kunna föreligga. ”Ett exempel skulle kunna vara att en tjuv har lagt stulna pengar i sin plånbok, där de fortfarande finns då han blir gripen.”²³

Rodhe refererar till uppfattningen i litteraturen men framför inget eget ställningstagande. ”Det har diskuterats om inte den av redovisningslagen knäsatta principen [för separationsrätt] skulle kunna genom extensiv eller analogisk tolkning utsträckas till situationer som faller utanför lagens ordalag men dock är besläktade med dem lagen i första hand avser. Man har såsom exempel nämnt att upphittaren och tjuven borde vara redovisningsskyldiga i lagens mening.”²⁴

Håstad är mera bestämd i frågan om RVL:s tillämplighet på stöldfallet. I samband med påpekande om att RVL för sin tillämpning inte kräver

²⁰ G. Walin, Separationsrätt, s. 85, jfr av Walin anförts rättsfall NJA 1907 s. 335 (JustR Marks von Würtensbergs votum).

²¹ G. Walin, a.a. s. 107 (not utelämnad).

²² H. Hessler, Allmän sakrätt, Norstedts 1973, s. 479 f. (not utelämnad).

²³ H. Hessler, a.a. s. 485, hänvisning görs till SOU 1943:24 s. 11 ff.

²⁴ K. Rodhe, Handbok i sakrätt, Norstedts 1985, s. 225 (not utelämnad).

att det finns något avtalsförhållande påpekas, "Även den som stulit medlen, torde ha mottagit dem för annan (den bestulne) med redovisningsskyldighet."²⁵ Likaså hänvisar han till stöldfallet i diskussionen av vad som krävs för tillräckligt avskiljande. Håstad menar att det kan ifrågasättas om inte HD i några fall krävt redovisnings*avsikt*, utöver en klar redovisningsskyldighet baserad på rättsförhållandet, för separationsrätt till medel som nyss mottagits. "Men bör ett sådant krav gälla, om en utmättningsman tar en tjuv på färsk gärning?"²⁶ Likaså är han inne på stöldfallet som exempel i samband med effekterna av sammanblandning av medel av den redovisningsskyldige. "Det är uppenbart att det ibland framstår som stötande, om huvudmannen förlorar sin separationsrätt bara därför att sammanblandning skett, när huvudmannen inte tillåtit sammanblandning och inte kunnat skydda sig mot den (på annat sätt än att välja en mer tillförlitlig syssloman, eller förvara sin egendom fullkomligt stöldsäkert)."²⁷ Det är uppenbart att Håstad anser tjuven vara redovisningsskyldig gentemot den bestulne för vad han stulit och att rättsverkningar enligt RVL är tillämpliga på detta fall. Den bestulne bör således med detta synsätt kunna yrka på separationsrätt i enlighet med RVL, särskilt när det gäller en nyss genomförd stöld och medlen därmed är omedelbart tillgängliga för avskiljande hos tjuven.

Frågan är om det finns skäl att tro att RVL *inte* skulle vara direkt eller analogt tillämplig på stöldfallet. Exemplet ovan visar ju att denna möjlighet inte prövades i verkligheten.

En svaghet i resonemanget är att man bortser från tjuvens syfte med stölden och därmed hans inställning till det stulna beloppet, eller i vart fall inte tillmäter denna aspekt någon betydelse. Tjuven lär typiskt sett genomföra stölden för att lägga beslag på beloppet för egen räkning. Stölden genomförs för att komma över pengar för egen förbrukning och tjuven har typiskt sett ingen som helst avsikt att redovisa något till den bestulne. Att anse honom bli redovisningsskyldig för stöldbelpet är då en juridisk konstruktion som läggs på en verklighet av tämligen avvikande

²⁵ T. Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., Norstedts 1996 (med suppl. 2004), s. 161.

²⁶ T. Håstad, a.a. s. 170.

²⁷ T. Håstad, a.a. s. 173.

de slag. Därmed uppstår risk för en konstlad rättstillämpning som inte bör främjas.

Ett annat argument mot kopplingen till RVL kan vara att det blir tillfälligheter som avgöra om den bestulne får tillbaka några pengar. Det är främst i de fall som exemplet ovan representerar som det verkligen kan bli aktuellt med ett redovisningsansvar som kan ge någon utdelning. Således fall där tjuven grips mycket snart efter stölden och då har stöldbeloppet på sig eller under sin omedelbara kontroll. Bankautomatsprängaren ertappas i en lokal där han förvarar resterna av den senaste sprängningen och det kan styrkas att de pengar som påträffas kommer från sprängningen. Har det däremot gått någon tid sedan stölden och tjuven kanske hunnit med andra brott under denna tid, är det knappast möjligt att tillämpa RVL på situationen med framgång för den bestulne. Kopplingen mellan de medel som eventuellt påträffas och den tidigare stölden är utplånad och tidsfaktorn gör att andra stycket RVL angående medel omedelbart tillgängliga för avskiljande, är passerat på grund av dröjsmål.

Å andra sidan kan med visst fog hävdas att tjuvens inställning till stöldbeloppet knappast behöver beaktas, åtminstone inte till nackdel för den bestulne, eftersom han kommit över pengarna på ett olagligt sätt. Det är den bestulne som bör gynnas av rättsreglerna, även de civilrättsliga. Tillfällighetsargumentet är i och för sig riktigt – en allmän tillämpning av RVL på stöldfallen skulle innebära återställande i vissa fall men inte i andra – men är knappast ett starkt argument mot att reglerna i uppenbara fall bör vara så smidiga att ett stöldbelopp omedelbart kan återställas till den bestulne helt enkelt på grund av att det är dennes pengar som påträffats på tjuven.

Bevisfrågan blir en viktig faktor om det antas en redovisningsskyldighet för tjuven. Allmänt sett lär bevisbördan för att någon mottagit medel för annans räkning med redovisningsansvar åvila den som påstår att så är fallet, typiskt sett den huvudman som hävdar separationsrätt till redovisningsmedel.²⁸ Skulle sådana omständigheter styrkas men exempelvis en konkursförvaltare i den redovisningsskyldiges konkurs hävda att separationsrätten bortfallit på grund av medlens sammanblandning med den re-

²⁸ Se HD:s domskäl i NJA 2007 s. 599 (622) och NJA II 1944 s. 412, SOU 1943:24 s. 27 samt L. Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, Norstedts 2005, s. 352 ff., och G. Walin, Separationsrätt, Norstedts 1975, s. 113.

dovisningsskyldiges medel i övrigt eller att huvudmannen efter överlämnandet gått med på att den redovisningsskyldige ägt disponera över medlen för egen räkning, ligger bevisbördan härför på förvaltaren.²⁹

Denna fördelade bevisbörda bör innebära att den bestulne har bevisbördan för hur stort belopp som stals och att den utpekade personen är tjuven. Båda dessa omständigheter bör ha hanterats i brottmålet så att bördan civilrättsligt är lätt att bära för den bestulne. Däremot bör den bestulne inte ha bevisbördan för att pengar som påträffas hos tjuven verkligen är de pengar som stals. Pengar är i verklig mening fungibel egendomen. Det spelar ingen roll om det stals endast 500-kronorssedlar men påträffas 100-kronorssedlar. Dessa är helt utbytbara. Därefter skulle tjuven ha bevisbördan för att det stulna beloppet har "försvunnit" genom sammanblandning av sådan grad att det inte längre kan spåras. Att han skulle ha beviljats fri dispositionsrätt (kredit) av den bestulne är knappast ett aktuellt bevistema. I situationen ovan, med den korta tid som förflöt mellan stölden och gripandet, utgör alternativet "omedelbart tillgängligt för avskiljande" inget problem. Om den bestulne styrker hur mycket som stals och minst så mycket kontanter påträffas hos tjuven bör det räcka som bevisning förutsatt att tiden mellan stölden och gripandet är kort.

Rekommendationen är således att det i rättstillämpningen prövas om inte RVL kan användas för att åstadkomma tydligare och snabbare rättvisa i stöldfall, åtminstone i vissa klara fall. Råder det ingen tvekan om att de pengar som påträffas hos en tjuv härrör från en viss stöld på grund av att tiden mellan stölden och gripandet är kort eller tjuven inte kunnat spendera några pengar medan han förföljts av polisen, även om det kanske gått några dagar efter stölden, bör civilrätten understödja ett omedelbart återlämnande till den bestulne. Återställ stulna pengar till den bestulne på grund av att det är dennes pengar det rör sig om!

²⁹ Se samma rättsfall och även NJA 1999 s. 812 och NJA 1995 s. 367 II. Se även följande uttalande i Rättegångsbalken. En kommentar på Internet, <http://zeteo.nj.se>, under 35:1 RB, "Som angetts i avsnittet om bevistemat kan även ett rättsfaktummoment vara ett slutligt bevistema. Ena parten kan ha bevisbördan för ett moment medan den andra parten har bevisbördan för ett annat. Ett exempel på detta synes rättsfallet NJA 1995 s. 367 II erbjuda. Fallet gällde rekviritet "håller avskilt" i lagen (1944:181) om redovisningsmedel. Den part som gjorde gällande att medlen varit avskilda för honom på ett visst konto synes ha getts den huvudsakliga bevisbördan (om än i det konkreta fallet lätt att bära), medan den part som hade haft hand om medlen gavs bevisbördan för att omfattningen och karaktären av egna dispositioner över kontot frångot medlen karaktären av att ha varit avskilda."

Separationsrätt eller kredit

En fråga om redovisningsskyldighet

1. Inledning

Att tillskapa sakrättsligt verksam säkerhet och kontroll över betalningsflöden är en svår konst i många fall. Betalningar är i allmänhet fungibla i den meningen att ett belopp uttryckt i svenska kronor är fullt ut likvärdigt med ett lika stort men annat belopp i svenska kronor. Pengar luktar inte heter det ju och det gäller inte enbart varifrån pengarna kommer. Att hantera betalningar som fristående enheter jämförbara med fordringar eller till och med saker, är oftast inte möjligt. Innan betalningen verkställts ingår beloppet som en integrerad del av betalarens tillgångar och efter betalningen uppslukas den av mottagarens tillgångar. Däremellan är den oftast ingenting, annat än elektroniska spår i transfereringssystemen, exempelvis plusgirot. Eller så är överföringstiden mycket kort såsom vid kontantbetalning över disk. Men det finns ett viktigt undantag härifrån och det är hanteringen av redovisningsmedel. Redovisningsmedel kan utgöra sakrättsligt fristående enheter och kan vara reserverade för annan än innehavaren trots att medlen gått upp i innehavarens tillgångar i övrigt. Lagen (1944:181) om redovisningsmedel (RVL) möjliggör som bekant detta under vissa förutsättningar. Om lagens krav är uppfyllda åtnjuter den redovisningsberättigade parten separationsrätt till medlen och behöver därmed inte konkurrera med den redovisningsskyldige motpartens borgenärer om dennes tillgångar. Lagens begränsade textmässiga omfång till trots innehåller den flera rekvisit som måste vara uppfyllda för att rättsverkan skall inträda. Beroende på de faktiska omständigheterna kan problem i tillämpningen uppstå på grund av den redovisningsskyldiges sammanblandning av medel, med egna eller andras, och dröjsmål med avskiljande av medel, och för att lagen alls skall bli tillämplig måste alltid först avgöras om det verkligen rör sig om redovisningsmedel i det enskilda fallet.

Denna senare fråga har HD haft till bedömning nyligen i *HD:s dom den 20 sept. 2007, mål nr T 127-05*.¹ Ett fall som i viss mån är en uppföljare till NJA 1999 s. 812 – återvinning av överföringar avseende flygbiljettsbetalningar. Även i det nya fallet rörde det sig om återvinning av betalningar för flygbiljetter från en resebyrå som försatts i konkurs. I 1999 års fall var den avgörande frågan när dröjsmål med avskiljande av redovisningsmedel inträder enligt RVL, vilken styrde bedömningen av hur stort belopp som var tillgängligt för återvinning res-

¹ En något kortare kommentar till fallet publicerades av mig på PointLex den 1 oktober 2007, se Analyser, www.pointlex.se.

pektive skyddat mot återvinning på grund av separerbarhet enligt RVL. I det nya fallet var den centrala frågan om en viss del av de i målet aktuella betalningarna över huvud taget var att se som redovisningsmedel, vilket har gett HD anledning att precisera förutsättningarna för bestämningen av redovisningsmedel.

2. Bakgrund till tvisten

Bakgrunden till tvisten var att en resebyrå med sviktande ekonomi vid två tillfällen inte haft täckning på avsett konto för att kunna vidarebefordra inkomna betalningar för flygbiljetter till aktuella flygbolag (via deras organisation International Air Transport Association, IATA). Den organisation som företräder IATA-bolagen och administrerar hanteringen av flygbiljetter och betalningar i Sverige, BSP Scandinavia Ekonomisk förening (BSP), täckte upp bristen gentemot flygbolagen enligt ett på förhand upplagt system. Efter det första bristtillfället gjorde resebyrån en separat inbetalning men efter det andra tillfället gjordes en överföring av resebyråns bank utan att det fanns täckning för beloppet. BSP besökte och förhandlade med resebyrån samma dag som den senare överföringen gjordes. Man kom överens om att byrån fick lov att fortsätta sälja biljetter, plåtarna för stansning av biljetter framtogs inte resebyrån, men betalningarna skulle gå direkt till BSP. Likaså samma dag ansökte resebyrån om att försättas i konkurs (tillika fristdag), vilket beslutades fem dagar senare. Under dessa fem dagar såldes ett antal biljetter som sedermera betalades direkt till BSP av resenärerna. Konkursförvaltaren väckte återvinningstalan mot BSP med yrkande om att tre poster skulle gå åter, dels de två bristtäckningsbeloppen (benämnda A- och B-betalningarna), dels det sammanlagda beloppet av de biljetter som sålts mellan fristdagen och konkursbeslutsdagen och som betalats till BSP därefter (C-betalningarna).

3. Domstolarna

Liksom i 1999 års fall gjordes invändning om att talan var riktad mot fel part. BSP menade att kraven avsåg medel som tillhörde flygbolagen och att därför talan inte kunde riktas mot BSP. Tingsrätten hänvisade dock till det tidigare fallet och biföll inte invändningen. Detta bekräftades sedan av hovrätten och HD. Med tingsrättens ord gäller enligt rättspraxis ”att den som i eget namn och för annans räkning kräver betalning av en gäldenär kan behandlas som borgenär gentemot denne (se NJA 1927 s. 176 och 1930 s. 283).”² I 1999 års fall åbero-

² Tingsrättens dom s. 19.

pade HD också, förutom de just nämnda rättsfallen, ett uttalande av Ekelöf i Rättegång II, med HD:s ord ”när en kärande i ett kravmål grundar talan på att han fått fordringen överlåtten på sig för indrivning (inkassomandatarie) denne har ansetts berättigad att erhålla en dom som förpliktar svaranden att betala till inkassomandatarien.”³

Tingsrätten biföll konkursboets återvinningstalan i dess helhet. Samtliga tre delbelopp skulle gå åter. *Hovrätten* gick på samma linje vad avsåg de överföringar som skett innan konkursutbrottet (A- och B-betalningarna) men ansåg de kundbetalningar som skett efter konkursutbrottet direkt till BSP (C-betalningarna) inte återvinningsbara eftersom de motsvarade separerbara redovisningsmedel.

Konkursboet yrkade i HD på helt bifall till sin talan och således att även C-medlen skulle återvinnas, utöver A- och B-medlen. Prövningstillståndet i HD avsåg konkursboets överklagande i dess helhet men eftersom motparten IATA (som övertagit talan från BSP) nöjde sig med att bestrida ändring av hovrättsens dom kom målet i HD att endast handla om C-medlen. Det är också dessa som prövas i HD.

I HD var frågan hur man ur återvinningssynpunkt skulle se på det fallet att betalningar till en huvudman för försäljningar som en mellanman åstadkommit har dirigerats direkt till huvudmannen i stället för att gå via mellanmannen. HD valde att ta utgångspunkt i den allmänna princip som finns uttryckt i 57 § kommissionslagen (1914:45), vad gäller fordringar på tredje man. HD skrev: ”fordringar på betalning för varor eller tjänster som en sysselman säljer för en huvudmans räkning, där huvudmannen svarar för leveransen, tillkommer huvudmannen vid syssломannens insolvens”.⁴ I denna situation utgör betalningar som inkommer till syssломannen redovisningsmedel i dennes hand och är således reserverade för huvudmannen med separationsrätt för denne framför syssломannens övriga borgenärer, i enlighet med lagen om redovisningsmedel (1944:181). Lagen kräver inte ovillkorligt avskiljande av medlen men den förutsätter däremot att syssломannen, med HD:s ordval, ”aldrig får hantera sin egen ekonomi på sådant sätt att värdet av huvudmannens fordran sätts i fara”.⁵ Syssломannen är underkastad förskingringsansvar enligt 10 kap. brottsbalken härför. Den separationsrätt som sålunda tillkommer huvudmannen till inbetalade redovisningsmedel hos syssломannen gäller även för utestående fordran på tredje man och skulle betalning inflyta till syssломannens konkursbo är boet redovisningsskyldigt därför enligt 7 kap. 23 § konkurslagen.

En huvudman kan dock genom avtal avstå från denna privilegierade ställning, vilket är detsamma som att säga att huvudmannen beviljar syssломannen en kredit motsvarande värdet av separationsrätten. HD förklarade: ”Förskingringsan-

³ NJA 1999 s. 812 (818) och Ekelöf m.fl., Rättegång II, 8 uppl., Stockholm 1996, s. 77.

⁴ HD:s dom s. 6.

⁵ HD:s dom a. st.

svar blir då inte aktuellt, och huvudmannen kan inte få separationsrätt även om medel skulle vara avskilda eller omedelbart tillgängliga för avskiljande. Sakrättsligt skydd uppkommer i sådant fall inte förrän borgenären har mottagit betalning. Liksom beträffande andra vanliga skulder kan en sådan betalning återvinnas enligt bestämmelserna i 4 kap. 5 och 10 §§ konkurslagen [1987:672].”⁶ Och återvinning kan då inte kringgås genom anvisning på det sättet att gäldenären anvisar sin gäldenär att betala direkt till borgenären.⁷ Det utgör en återvinningsbar rättshandling från gäldenärens sida. HD hänvisar på denna punkt till NJA 1969 s. 27 – lyftningsfullmakt avseende entreprenadfordran, NJA 1978 s. 194 – inbetalningar på gäldenärens checkkonto nedbringade checkkrediten till fördel för banken, och NJA 1987 s. 407 – inbetalningar till övertrasserat postgirokonto gick i avräkning mot skulden till postgirot.

Gränsdragningen mellan redovisningsskyldighet och kreditgivning skall enligt HD ske så att – när medel mottagits för annans räkning på grund av avtal – kreditgivning kan antas föreligga endast om den grundas på uttryckligt medgivande eller andra särskilda omständigheter. Det påpekas också att vid tvekan torde bevisbördan åligga den som gör gällande att medel mottagits med redovisningsskyldighet. HD hänvisar i dessa delar till förarbetena till förskingringsstadgandena och RVL, NJA II 1942 s. 434 och NJA II 1944 s. 410. Enligt NJA 1999 s. 812 kompletteras detta med en regel som lägger bevisbördan på sysslomannen (dennes konkursbo) att visa att normala regler för redovisningsskyldighet har eftergivits, i det fall huvudmannen styrkt att det förelegat ett sysslomannaförhållande. Sådan eftergift kan också ha skett konkludent.

Samma avtalsreglering som i NJA 1999 s. 812 angående redovisningsskyldigheten, punkt 7.2 i IATA-avtalet, var aktuell även här, ”all monies collected by the Agent for transportation and ancillary services sold under this Agreement, including applicable remuneration which the Agent is entitled to claim there under, are the property of the Carrier and must be held by the Agent in trust for the Carrier or on behalf of the Carrier until satisfactorily accounted for to the Carrier and settlement made”.⁸ Den avgörande frågan för HD blev därmed ”om IATA-bolagen, i strid mot IATA-avtalets ordalydelse, har eftergivit redovisningsskyldigheten och godtagit att antingen resebyråerna generellt eller åtminstone [den aktuella resebyrån] mottog medlen med ovillkorlig förfoganderätt, alltså som en kredit.”⁹ Enligt vittnesmål hade vid revidering av IATA-villkoren 1993, flygbolagssidan accepterat att anslutna resebyråer inte var skyldiga att

⁶ HD:s dom s. 7.

⁷ Notera att ”tredje man” hos HD byter skepnad i samma mening. HD skriver: ”Detta gäller även om betalningen på anvisning från gäldenären skett till en tredje man som hade en fordran hos gäldenären; betalningen anses då ha innefattat dels en betalning från tredje man till gäldenären, dels en betalning från denne till borgenären”. Först är tredje man borgenären som får betalt genom anvisning, därefter är tredje man den betalande, således gäldenärens gäldenär.

⁸ HD:s dom s. 3 f.

⁹ HD:s dom s. 8.

hålla flygbiljettpengar åtskilda från resebyråns övriga tillgångar. Men detta faktum i sig innebar inte att redovisningsskyldigheten eftergavs enligt HD, utan endast att olovligt förfogande enligt 10 kap. 4 § BrB inte längre var aktuellt. Frågan var i stället enligt HD huruvida IATA-bolagen godtagit att resebyråerna, ”efter sammanblandning av kundmedlen med egna tillgångar eller efter förfoganden över medlen för egen räkning, fick låta sin förmögenhetsställning försämrats så att värdet av redovisningsfordringen påverkades, utan att det skulle innebära ett avtalsbrott mot IATA-bolagen.”¹⁰ Den bevisning som förekom i målet (vittnesmål av en person som deltagit på resebyråernas sida vid villkorsförhandlingarna 1993) visade inte att IATA-bolagen generellt skulle ha eftergivit kravet på redovisningsskyldighet eller att dessa eller BSP ”godtagit att insolventa resebyråer förfogade över mottagna medel som sina egna eller gått med på detta vid avtalet med [den aktuella resebyrån].”¹¹

Resultatet härav var att de betalningar som skett direkt till BSP för flygbiljetter inköpta under de kritiska fem dagarna före konkursbeslutet hos resebyrån utgjorde redovisningsmedel som inte var återvinningsbara i konkursen. (Referenten, JustR Håstad, hade även ett tillägg angående en möjligen ny grund i HD från IATA men den var inte relevant för bedömningen och utgången i målet.)

4. Synpunkter på HD:s resonemang

HD har här uppenbarligen velat förklara innebörden av den redovisningsskyldighet som finns nedlagd i RVL samt därmed förutsättningarna för separationsrätt i konkurs till kontanta medel eller fordringar på tredje man. Det är härvid fråga om tre steg i en rekvisitkedja som måste vara uppfyllda för att rättsverkan skall inträda. Som ett första steg krävs att den yttre situationen är sådan att den aktuella gäldenären mottagit och hanterat medel för någon annans räkning. Detta kan två avtalsparter inte avtala internt helt på egen hand, utan det förutsätter i de flesta fall att de har någon form av sysslomanna-huvudmannarelation sig emellan, exempelvis så att sysslomannen säljer huvudmannens varor eller tjänster utan att själv vara ett fristående mellanled (återförsäljare).¹² I andra situationer av mera udda karaktär finns inte något kontraktsförhållande alls, såsom vid felaktiga betalningar.¹³ Därefter krävs som steg två att parterna i praktiken upprätthållit denna relation och inte avtalat bort redovisningsskyldigheten. Sysslomannens ansvar har upphört och separationsrätten bortfallit om avtalet med huvudmannen skall ges den innebörden att sysslomannen kan hantera inkom-

¹⁰ HD:s dom s. 9.

¹¹ HD:s dom a. st.

¹² Jfr Hellner, Redovisningsskyldighet i kontraktsrätten i Festskrift till Henrik Hessler, Stockholm 1985, s. 239 ff., 247.

¹³ Se NJA 1985 s. 836 ang. dubbelbetalning och NJA 1987 s. 18 ang. fel betalningsmottagare.

mande betalningar som fritt disponibel kredit utan skyldighet att hålla sig solvent för kreditens återbetalning. Och som steg tre förutsätts att det inte på ett stadium där den redovisningsskyldige sysslomannen är insolvent har skett en faktisk sammanblandning hos denne av redovisningsmedlen med dennes övriga tillgångar. Det sista var föremål för prövning i NJA 1995 s. 367 II, med det resultatet att bevisbördan för efterföljande faktisk sammanblandning av sådant omfång att separationsrätten gått förlorad åligger den part som påstår detta, i fallet den redovisningsskyldige gäldenärens konkursbo.

Vad HD här gör är att påvisa vikten av att se och värdera avtalets inverkan på den sakrättsliga bedömningen. Det var tveklöst i fallet att försäljningsintäkterna för flygbiljetter var redovisningsmedel genom det avtal som förelåg mellan resebyrå och IATA-bolagen via BSP och genom den faktiska uppläggningsrutinerna dem emellan. Men avtal kan ändras, uttryckligen eller konkludent, och om så sker kan det återverka på redovisningsskyldigheten, ända dit hän att den bortfaller helt och partsförhållandet i den delen i stället bör ses som kreditgivning. Om en sådan förändring verkligen skett är först en bevisfråga, vilken kan följas av en fråga om avtalstolkning om tvekan föreligger även efter klarlagt avtalsinnehåll. Bevisbördan faller primärt på den part som hävdar att redovisningsskyldighet föreligger, något parten kan påvisa genom att styrka ett sysslomannaförhållande med motparten. Men påstås det att sådan redovisningsskyldighet bortfallit på grund av avtalsförändring eller faktisk sammanblandning ligger bevisbördan härför på den part som påstår detta. Typiskt sett blir det således huvudmannen som har bevisbördan för redovisningsskyldigheten som sådan och sysslomannen eller dennes konkursbo som har bevisbördan för att redovisningsskyldigheten har bortfallit.

Enligt HD är, som framgått ovan, den avgörande frågan om sysslomannen ”efter sammanblandning av kundmedlen med egna tillgångar eller efter förfoganden över medlen för egen räkning, fick låta sin förmögenhetsställning försämrats så att värdet av redovisningsfordringen påverkades, utan att det skulle innebära ett avtalsbrott mot IATA-bolagen.”¹⁴ Detta kan i förstona tyckas som en märklig fråga, särskilt då den uppställs som bevistema. Skall part styrka att avtalet innebär att sysslomannen måste hålla sig över en viss solvensnivå? Vad det handlar om är väl snarare i vad mån huvudmannen kan anses ha godtagit att sysslomannen kontinuerligt använder inkommande betalningar för huvudmannens varor eller tjänster som egna medel utan hänsyn till huvudmannens intresse av att inte riskera sin rätt till sin del av dessa betalningar, med andra ord, om huvudmannen gått med på att ge sysslomannen en osäkrad, rullande kredit. En frågeställning som kan var nog så relevant i sådana fall där stora betalningsströmmar löper mellan avtalsparter.

Här kan också nämnas en tankegång som inte var föremål för prövning i HD men som borde kunna ha varit relevant om den förts in i processen. Oberoende

¹⁴ HD:s dom s. 9.

av hur HD faktiskt valde att se på redovisningsskyldigheten avseende C-betalningarna skulle det kunna hävdas att, då BSP och resebyrån kom överens om att resebyrån endast fick sälja biljetter under den förutsättningen att betalningen gick direkt till BSP, det aldrig uppkom något fordringsförhållande avseende dessa försäljningar för resebyråns del. Fordran på betalning tillkom i stället BSP (flygbolagen) direkt i och med köpet. Med denna konstruktion borde en direktrelation mellan BSP och biljettköparna ha uppstått, med förbigående av resebyrån (dess konkursbo), varför inga frågor om separationsrätt respektive återvinning alls behövde uppstå. Detta synsätt förutsätter dock att resebyrån verkligen var bortkopplad från försäljningen på sådant sätt att den endast utgjorde en osjälvständig förmedlare som ombud men utan rättsliga befogenheter. *Tingsrätten* tolkade konstruktionen avseende C-betalningarna som innebärande en fordran för resebyrån på BSP, vilken kunde återvinnas till konkursboet på grund av att den inte var skyddad mot resebyråns borgenärer och inte kunde kvittas då den inte förelegat vid konkursutbrottet. *Hovrätten* fann att även C-betalningarna utgjorde redovisningsmedel eftersom dessa medel, om de betalats till resebyrån i stället för BSP, tveklöst hade varit redovisningsmedel i resebyråns hand om de varit avskilda. HD valde, som framgått ovan, att se saken på det sättet att den biljettförsäljning som skedde under de kritiska fem dagarna medförde sakrättsligt borgenärsskyddade redovisningsfordringar för IATA-bolagen gentemot resebyrån, vilka infriades genom de successiva inbetalningarna direkt till BSP. Med andra ord kan sägas att HD fullföljde den inledningsvis gjorda analogin till 57 § kommissionslagen och såg resebyrån som motsvarande en kommissionär för IATA-bolagen och således den part som ingick avtal med biljettköparna, därmed uppstod också fordringsförhållandet dessa två emellan.

Göran Millqvist

RETENTIONS RÄTT

Retentionsrätten i nytt ljus

GÖRAN MILLQVIST

1. Inledning

Retentionsrätt är en rättsfigur som varit föremål för olika behandling i rättspraxis. Den har inte alltid haft så lätt att hävda sig i konkurrensen med andra krav men under senare år har förhållandena förbättrats något genom en mera tillåtande rättspraxis.

Retentionsrätt i sin grundform är en rätt för en fordringshavare att innehålla egendom som tillhör en betalningsskyldig motpart som säkerhet (påtryckningsmedel) för kravet på betalning men inte att realisera egendomen såsom vid pantrealisation.¹ Lagstadgad retentionsrätt finns i bland annat 17 § kommissionslagen (2009:865), 49 § konsumenttjänstlagen (1990:932), 11 kap. 3 § och 12 kap. 8 § handelsbalken, lagen (1970:980) om retentionsrätt för fordran hos hotellgäst och på flera ställen i transportlagstiftningen. Retentionsrätten har en självständig betydelse i fall där panträtt inte är en möjlig/lämplig metod för säkerhet eller där behovet av säkerhet uppstår på ett sent stadium i avvecklingen av ett rättsförhållande eller där egendomen inte har ett ekonomiskt realiserbart värde.

Det finns exempel från HD på både mot- och medgångar för retentionsrätten. Nedan ges först en kort genomgång av fall där retentionsrätten inte medfört någon prioritering för borgenären/retinenten i konkurrens med andra krav, därefter fall där den stått sig och slutligen en lite mera utförlig behandling av det senaste fallet på området NJA 2019 s. 259, med några avslutande reflexioner.

2. Ibland accepteras inte retentionsrätt

Om retinentens krav är alltför obetydligt i förhållande till värdet av *den innehållna egendomen* godtas inte retentionsrätt, NJA 1979 s. 670. Majoriteten i HD (3 mot 2) jämförde den fordran som åberopades (kostnaden för avmontering av en båtmotor inför vinterförvaring) med motorns marknadsvärde och bruksvärde för ägaren, och fann diskrepansen så stor att borgenären "rimligen inte kan vara berättigad att innehålla motorn som säkerhet för sin fordran." Minoriteten däremot ansåg att retentionsrätt förelåg på grund av att fordran som sådan kunde grunda retentions-

1 Jfr Hessler, Allmän sakrätt, Norstedts 1973, s. 350. Som bekant är dock terminologin inte så fast på detta område. Legal panträtt, retentionsrätt och avtalad panträtt överlappar delvis varandra, vilket oftast inte vållar några allvarliga problem.

rätt och att beloppet skulle jämföras med det avtalade priset för vinterförvaringen, inte motorns värde. Det var då inte "uppenbart obilligt" att godta retentionsrätt.²

Även i fall där retentionsrätt kan accepteras är den begränsad till sådana fordringar som har direkt samband med den innehållna egendomen, det ska föreligga konnexitet mellan egendomen och fordran. Detta krav torde gälla som en generell begränsning av retentionsrätten, i vart fall för icke avtalad retentionsrätt, jfr nedan HD:s resonemang i NJA 2019 s. 259. Det kan röra sig om fordran på ersättning för arbete på eller vård av egendomen, såsom reparation, bearbetning eller förvaring. Även tillverkning av saker med material som tillhandahålles av beställaren (legotillverkning) hör hit. Andra fordringar som retinerten kan ha på motparten kan inte säkras genom retentionsrätt till egendom som i övrigt är obelastad. Denna princip bekräftades av HD i NJA 1985 s. 205. Legotillverkare (Kockums AB i Malmö) medgavs inte förmånsrätt enligt dåvarande 4 § 2 p. förmånsrättslagen i beställarens konkurs baserad på retentionsrätt till material för tillverkning av pressade plåtdetaljer, på grund av att det arbete som fordran hänförde sig till avsåg färdiga plåtdetaljer som återlämnats till beställaren före dennes konkurs. Den plåt som kvarhölls av Kockums var helt obearbetad, förutom en mindre del som använts för tillverkning av rondeller.

Allmän förmånsrätt enligt 10 a § förmånsrättslagen följer sedan 1987 med revisors och bokförares arvodesfordran i den mån fordran avser arbete som har utförts inom sex månader före konkursansökan. Samtidigt med denna komplettering av förmånsrättslagen infördes i 7 kap. 12 § konkurslagen (1987:672) en generell skyldighet för den som på uppdrag av gäldenären upprättat räkenskapsmaterial att lämna ut detta till förvaltaren. Före dessa lagändringar i förmånsrättslagen och konkurslagen prövades i några fall återopad retentionsrätt i bokföringsmaterial och HD fann att sådan rätt som regel inte kunde godtas i uppdragsgivarens material men att däremot *detentionsrätt* enligt allmänna regler förelåg i det material revisorn/bokföraren själv upprättat. Här kan jämföras med 10 § köplagen (1990:931). Att retentionsrätt inte godtogs berodde på att det ansågs för ingripande för gäldenären, att den innehållna egendomen saknade bytesvärde och att uppdragstagaren kunde säkra sig genom krav på förskott. Se NJA 1981 s. 1050, NJA 1982 s. 404, jfr NJA 1981 A 1 och NJA 1985 s. 29. Historiskt är det av visst intresse att HD använder det faktum att räkenskapsmaterial saknar bytesvärde som ett skäl *mot* retentionsrätt när det tidigare ofta påpekats att retentionsrätt fyller en funktion just i sådana fall där egendomen saknar ekonomiskt, realiserbart värde och därför inte kan pantsättas men kan ha ett värde för ägaren ändå.³ På grund av bestämmelsen i 7 kap. 12 § konkurslagen saknar revisor/bokförare helt retentionsrätt och detentionsrätt i bokföringsmaterial och därtill står fordringar som avser arbete före sexmånadersfristen utan skydd.

2 HD:s domskäl s. 676 för båda citaten.

3 Håstad, Sakrätt, s. 349 och Undén, Några omtvistade spörsmål rörande retentionsrätt, SvJT 1921 s. 1 ff. (s. 2). Undén, Svensk sakrätt I Lös egendom, Faksimil av 10 uppl. 1976, 1995, s. 233 och 239. Undén börjar med påpekandet i texten ovan på s. 233 men gör sedan en reservation för att inte utvidga retentionsrätten genom analog tillämpning av olika lagrum då den avsåg egendom "utan bytesvärde", s. 239.

I NJA 2003 s. 613 ansåg HD ett yrkande om säkerhetsåtgärd enligt 15 kap. 3 § rättegångsbalken böra gå före motpartens åberopande av retentionsrätt i den aktuella egendomen, vilket medförde att retentionsrätten inte hade någon verkan. HD förklarade att

”15 kap. 3 § RB är avsedd att tolkas så, att motparten kan anses hindra eller försvåra utövningen av sökandens rätt redan genom att utöva den rätt som han i målet gör gällande att han har, t.ex. såsom i förevarande fall en retentionsrätt, och att en åtgärd för att säkerställa sökandens rätt kan bestå i att han erhåller den prestation som han yrkar i målet. En sådan tolkning är inte oförenlig med bestämmelsens ordalydelse.”⁴

Motparten fick väl nöja sig med den säkerhet som ska ställas enligt 15 kap. 6 § rättegångsbalken. Jämför härvid 49 § konsumenttjänstlagen och 17 § andra stycket kommissionslagen, som båda också anvisar ställande av godtagbar säkerhet som metod för att bryta igenom retentionsrätten.

I NJA 2003 C 48 avgjorde HD ett mål angående betalningsskyldighet och retentionsrätt avseende en trailer, där borgenärens retentionsrätt av hovrätten ansågs ha upphört genom att gäldenären självsvåldigt återtagit trailern från borgenären. Tvisten förliktes dock och frågan i HD gällde förlikningsavtalets räckvidd som rättegångshinder. Retentionsrättens genomslag i förhållande till sådant agerande från motpartens sida prövades därmed inte av HD.

3. Ibland accepteras retentionsrätt

Det förelåg otvetydigt retentionsrätt i NJA 1987 s. 312, som kunde åberopas med framgång för avräkning av reparationskostnad. Tvisten gällde en bil som lämnats för reparation av ägaren, som inte betalade reparationskostnaden. Bilen förvärvades av reparatören och såldes vidare, det visade sig dock att ägaren/inlämnaren köpt bilen på avbetalning och inte slutbetalat den. Avbetalningssäljaren yrkade på ersättning av reparatören och HD ansåg att denne varit berättigad att sälja bilen enligt lagen (1950:104) om rätt för hantverkare att sälja gods som ej avhämtats samt haft retentionsrätt i den för reparationskostnaden, vilken skulle avräknas från ersättningsskyldigheten. Grunden för retentionsrätten var i detta fall endast att kostnaden kunde med ”hänsyn till omständigheterna antas ha avsett en nödvändig reparation av bilen”.⁵

Likaså i NJA 2008 s. 282 ansågs godtrosförvärvare av stöldgods kunna åberopa retentionsrätt för nödiga och nyttiga kostnader nedlagda på en båt som påstods ha stulits från förra ägaren. Eftersom det enligt HD rörde sig om kostnader för åtgärder som skulle komma ägaren till godo, fanns

⁴ HD:s domskäl s. 618.

⁵ HD:s domskäl s. 316.

”inte skäl att avvika från allmänna principer om retentionsrätt för ersättning för nödiga och nyttiga kostnader vid återbäring av egendom som tillkommer annan.”⁶

Slutligen har HD i NJA 2019 s. 259 (Likvidators retentionsrätt), utsträckt retentionsrätten till att kunna omfatta likvidators fordran på arvode, att kunna göras gällande i likvidationsbolagets likvida medel på klientmedelskonto, analogt med den retentionsrätt som finns angiven i 17 § kommissionslagen. HD genomför i detta mål en noggrann analys av retentionsrätten i oreglerade fall och det finns anledning att något dröja vid dessa domskäl.

4. Retentionsrätt enligt NJA 2019 s. 259

Rättsfallet NJA 2019 s. 259 gällde hanteringen av ett likvidatorsarvode i likvidationsbolagets konkurs. Det visade sig i HD att likvidatorn å ena sidan saknade kvittningsrätt för sin arvodesfordran mot behållningen på klientmedelskontot, men å andra sidan åtnjöt retentionsrätt i denna behållning upp till arvodesfordrans belopp.

Bakgrunden var att en likvidator, som vid likvidationens inledning öppnat ett klientmedelskonto och överfört medel från bolaget till kontot, i likvidationsbolagets efterföljande konkurs bevakade sin arvodesfordran och åberopade kvittningsrätt mot saldot på klientmedelskontot samt förmånsrätt enligt 4 § tredje punkten förmånsrättslagen i analogi med kommissionslagen i form av legal panträtt. Konkursförvaltaren anmärkte mot bevakningen och vid förlikningssammanträde inför tingsrätten enades man om att hänskjuta två frågor till HD jämlikt 56 kap. 13 § rättegångsbalken.

1. Föreligger det på grund av bristande ömsesidighet hinder mot att kvitta en likvidators fordran på likvidationsbolaget avseende arvode för eget arbete mot det anspråk som likvidationsbolaget har på medel som likvidationsbolaget satt in på ett bankkonto i den advokatbyrås namn där likvidatorn är verksam, om medlen inte har varit sammanblandade med advokatbyråns medel?
2. Är likvidatorns fordran enligt punkten 1 utan vidare åtgärd förenad med säkerhetsrätt i bankmedlen enligt 4 § 3 förmånsrättslagen?⁷

Kvittningsfrågan ska inte behandlas i sin helhet här, den föranleder en separat diskussion som får anstå till ett annat tillfälle. HD konstaterade att kvittningsrätt inte kunde föreligga eftersom konnexitet saknades. Behållningen på klientmedelskontot tillkom likvidationsbolaget (konkursgäldenären) med äganderätt och utgjorde därmed inte en kvittningsbar motfordran. Detta berodde i sin tur dels på att behållningen på klientmedelskontot härrörde uteslutande från likvidationsbolaget, dels på HD:s syn på äganderätten till kontopengar såsom den uttrycks i NJA 2009 s. 500 (Saras pengar) och NJA 2014 s. 935 (Independent II) men i motsats till NJA 1971 s. 122 (Mäklarens handpenning). Slutsatsen av 2009 och 2014 års fall är

6 HD:s domskäl s. 291.

7 HD:s domskäl p. 8.

att en insättning på ett konto utgör en separat, identifierbar tillgång som kan ägas av annan än kontoinnehavaren såvida beloppets ursprung kan fastställas och ingen sammanblandning skett med andra medel på kontot. Om kontoinnehavaren har en arvodesfordran på beloppets ägare föreligger därmed ett fordringsanspråk mot ett sakrättsanspråk och dessa kan inte kvittas mot varandra. Detta resonemang var uppe till bedömning redan i 1971 års fall men ansågs inte hindra kvittning. Fallet hålls isär av HD i 2014 års fall på den grunden att det 1971 enligt HD rörde sig om en redovisningsskuld, som var kvittningsbar mot en arvodesfordran, medan det 2014 handlade om motpartens äganderätt till behållningen på klientmedelskontot eftersom insättningen skett med motpartens medel. Denna distinktion mellan fallen är inte övertygande. Det framgår tydligt av referatet från häradsrätten 1971 att den handpenning det rörde sig om betalade en utomstående (fastighetsköpare) till mäklaren med åtagande av denne att hantera den som en deposition och att mäklaren direkt satte in beloppet på klientmedelskontot. Någon sammanblandning hos mäklaren skedde inte. Det finns därmed knappast någon iakttagbar skillnad mellan förutsättningarna i 1971 års och 2014 års fall. Men det som hänt i mellantiden är att genom NJA 2009 s. 500 (Saras pengar) utrymmet för acceptabel surrogation har ökat och därmed benägenheten att godta överföringar (betalningar) till konton som "samma objekt" som vandrar mellan olika konton. Därmed har utrymmet för att hävda bibehållen äganderätt till "objektet" också ökat. Bilden är att det är "samma penningpåse" som vandrar mellan olika förvaringar och som kan förföljas, och när denna påträffas intakt hos någon som har fordran på påsens ägare kan denna fordran inte kvittas mot påsen.

När det gäller likvidatorns retentionsrätt utvecklar HD en mera genomarbetad syn på institutet som sådant och när det är tillämpligt. HD:s utgångspunkt är ett konstaterande av att frågan om likvidatorer har säkerhetsrätt i egendom som de har fått i sin besittning för att fullgöra uppdraget inte är besvarad i vare sig lag, förarbeten eller rättspraxis.⁸ Därmed blir uppgiften att ta ställning till om en sådan säkerhetsrätt ska införas. Konnexitetskravet för kopplingen mellan arvodesfordran och innehållen egendom, såsom detta uttrycks i NJA 1985 s. 205 (Kockums Varv), medför en allvarlig begränsning för en användbar retentionsrätt men det stannar inte därvid. Frågan preciseras till en fråga om att tillämpa

"den reglering som i övrigt gäller i fråga om panträtt och retentionsrätt – och då särskilt kommissionslagen – analogt på den föreliggande situationen, och utsträcka likvidators retentionsrätt i bankmedlen till att omfatta samtliga hans eller hennes fordringar med anledning av likvidationsuppdraget."⁹

HD övergår så till att peka på argument som stödjer en sådan retentionsrätt. Ibland saknas möjlighet för likvidatorn att begära förskott och i de fall förskott utgått finns risk för återvinning i en efterföljande konkurs. Likvidatorn kan inte lägga ned likvidationen. Beslut om ersättning av domstol eller Bolagsverket är av begränsat värde och i sådana fall finns risk för mindre kvalificerade likvidatorer. Slutsatsen blir att det kan

8 HD:s domskäl p. 27.

9 HD:s domskäl p. 33.

”på goda grunder ifrågasättas om likvidatorns rätt till ersättning är skyddad i den utsträckning som är rimlig med hänsyn till intresset av att avveckling av juridiska personer kan ske på ett ordnat sätt.”¹⁰

När det så gäller uppbyggnaden av en lämplig retentionsrätt kommer först konnexitetskravet i förgrunden och stöd för en något uppmjukad variant hämtas av HD från kommissionslagen, särskilt 17 §. En viss konnexitet, om än försvagad, finns mellan de åtgärder likvidatorn vidtar för fullgörandet av uppdraget, dennes anspråk och de bolagstillgångar likvidatorn har kontroll över. Likvidatorns roll och position, jämförbar med en mellanmans, innebär att det är närliggande med en analogisering till kommissionslagen. Dock krävs det en precisering av den säkerhet som ska tillkomma likvidatorn och HD finner, även här med hänvisning till kommissionslagens principer, att likvidatorn bör kunna

”tillerkännas en säkerhetsrätt i den juridiska personens bankmedel för sitt samlade anspråk med anledning av uppdraget.”¹¹

Denna säkerhetsrätt förutsätter i vanlig ordning att den är sakrättsligt fullbordad vilket här innebär att likvidatorn ska ha kontroll över de bankmedel som är aktuella och HD pekar särskilt på att så är fallet då likvidatorn har pengarna insatta på eget klientmedelskonto. ”På så sätt görs för banken klart att endast likvidatorn får förfoga över kontomedlen.”¹²

Avgörande i denna del och svaret på den andra frågan blev därmed att

”tillerkänna en likvidator en förmånsrätt enligt 4 § 3 förmånsrättslagen i bankmedel som han eller hon har kontroll över på det sätt som här är fallet” och att dennes fordran ”utan vidare åtgärd är förenad med säkerhetsrätt i bankmedlen enligt 4 § 3 förmånsrättslagen (1970:979).”¹³

5. Några funderingar i anledning av HD:s praxis

Bilden är splittrad. Det kan konstateras att retentionsrätt inte är en helt pålitlig säkerhet när den konfronteras med andra, konkurrerande krav som riktas mot retentionsegendomen. Särskilt tydligt är detta i fallen med revisorers och bokförarens tidigare försök att åberopa retentionsrätt i situationer som borde vara centrala exempel på denna rätt. En uppdragstagare får tillgång till uppdragsgivarens egendom för uppdragets fullgörande och innehåller sedan denna som säkerhet för sitt arvodeskrav avseende arbete som lagts ned på egendomen. Men då visade det sig att retentionsrätten, om den skulle ha godtagits, utgjorde ett alltför starkt vapen i händerna på revisor/bokförare. Slutsatsen blev inte att uppdragstagaren (dennes konkursbo) var tvungen att omgående betala arvodet för att få tillgång till bokföringsmaterialet, utan att retentionsrätten inte gällde i denna situation. En inte

10 HD:s domskäl p. 36.

11 HD:s domskäl p. 41.

12 HD:s domskäl p. 42. Men är det då verkligen så självklart att det är likvidationsbolaget som äger pengarna på sådant sätt att kvittning mot arvodesfordran är utesluten?

13 HD:s domskäl p. 43 och avgörande.

helt självklar slutsats kan det tyckas. Nu infördes en allmän förmånsrätt istället som kompensation men den är trots allt mera begränsad än vad en generell retentionsrätt vore, särskilt vad gäller arvodesfordringar för arbete nedlagt tidigare än sex månader före konkursen.

När det gäller att underkänna retentionsrätt på grund av för stor värdediskrepans visar 1979 års fall att det inte är självklart vilka värden som ska jämföras. Majoriteten i HD jämförde egendomens värde med den ringa kvarvarande fordran medan minoriteten beaktade det samlade arvodeskravet i jämförelse med kvarvarande fordran. Utfallet blev därmed olika. Prejudikatsverkan ligger naturligtvis hos majoriteten och dess val av jämförelse men häri ligger en begränsning för retentionsrättens verkningförmåga. Har exempelvis ett dyrbart guldur lämnats in för reparation är det långt ifrån säkert att urmakaren har retentionsrätt för reparationskostnaden. Det lär bero på hur stort belopp det rör sig om satt i relation till urets värde. Och frågan kan ställas hur denna bedömning förhåller sig till 49 § konsumenttjänstlagen, om det nu är en konsument som lämnat in uret för reparation. Innebär lagrummet att rättsfallet är helt överspelat för konsumenttjänster eller kan det fortsatt utgöra stöd för ett bortfall av näringsidkarens retentionsrätt om värdediskrepansen är alltför stor? Kanske är det senare fallet eftersom det innebär en förstärkning av konsumentens rättsställning.

Å andra sidan har retentionsrätten fått en viss renässans genom 2019 års fall. Uppenbarligen vill HD med detta prejudikat vidga utrymmet för retentionsrätt till ett område som tidigare inte hade klart stöd för en sådan rätt. Analogin med kommissionslagens regler visar också på en beredskap att godta retentionsrätt i fall där konnexiteten inte är så stark.¹⁴ Samtidigt kan man fundera över hur effekten av denna rätt blir då det som i fallet inte tillåts kvittning mellan saldot på ett klientmedelskonto och en arvodesfordran. Resultatet måste rimligen bli att likvidatorn ändå behåller ett belopp motsvarande arvodet men att detta utgör betalning av arvodet verkställd av konkursboet, inte kvittning av likvidatorn i formell mening.

En annan aspekt av institutet retentionsrätt som ännu inte varit föremål för prövning i HD är frågan i vilken utsträckning retentionsrätt i förväg kan avtalas med sakrättslig verkan. Det har påpekats att det knappast föreligger några hinder för avtalad retentionsrätt och att det förekommer på vissa speciella områden, såsom inom delar av transporträtten, men att det annars inte är så vanligt.¹⁵ Medför en mera tillåtande syn på retentionsrätten att också avtalad retentionsrätt blir vanligare? Vad krävs i sådant fall för att avtalet ska ha sakrättslig verkan? Gäller här samma krav som för avtalad panträtt? Eller ställs högre krav? Eller möjligen lägre? Svårt att säga men det är troligt att ledning skulle sökas i pantreglerna så att kraven för sakrättsligt giltig panträtt också skulle omfatta avtalad retentionsrätt.

14 För en tidigare diskussion av sådan utvidgning men utan att själv ta ställning, se Rodhe, Handbok i sakrätt, Norstedts 1985, s. 454 ff.

15 Se Håstad, Sakrätt, 6 uppl., s. 350. Jfr RH 1999:141 – Rubriken: "När en speditör har anlitat ett rederi som undertransportör har en konossementsklausul inte ansetts medföra att retentionsrätt upplåtits av speditören för andra rederiets fordringar mot speditören än sådana som har samband med det befordrade godset."

Göran Millqvist*

Konnexitet och retentionsrätt

1. Inledning till konnexitetsproblemet

Det påpekas regelmässigt i litteraturen att det råder en svajande terminologi på området för panträtt/retentionsrätt och att det inte finns en tydlig bild av vad som är det ena respektive det andra. Särskilt legal panträtt och retentionsrätt buntas ofta ihop till ett och behandlas gemensamt, vilket förklaras med att förutsättningarna för att de ska föreligga är snarlika. Däremot kan de vara åtskilda på rättsföljdssidan när det gäller möjligheterna att realisera den egendom som är aktuell. Så mycket kan dock konstateras, att rekvisitet *konnexitet* mellan fordran och egendom, som krav för en giltig säkerhet, skiljer ut legal panträtt och retentionsrätt från konventionell panträtt.

En sakrättsligt verksam konventionell panträtt förutsätter att det skapas en koppling mellan fordringen och panträtten genom pantförskrivningen – denna måste peka ut vilken eller vilka fordringar som ska vara skyddade av pant – men parterna styr över den och kan reglera hur omfattande kopplingen ska vara. För legal retentionsrätt, liksom för legal panträtt, finns däremot ett fristående, legalt krav på konnexitet mellan fordran och egendom som måste vara uppfyllt för en verksam säkerhetsrätt.¹ Detta krav på konnexitet är dock inte helt undantagslöst eftersom kommissionslagen

* Professor emeritus, Stockholms universitet.

¹ I fortsättningen nöjer jag mig med att tala om retentionsrätt endast, den legala panträtten följer dock i stor utsträckning samma mönster som anges i texten.

innehåller en regel om s.k. kopplad panträtt i 15 § andra st., som ger kommissionären en utvidgad säkerhetsrätt för provision och annan ersättning i varor och fordringar på tredje man som tagits emot eller uppstått i ett annat uppdragsförhållande mellan parterna.

Särskilt i mera långvariga kommersiella relationer kan frågan om konnexitet mellan ersättningsfordringar och egendom som finns hos fordringshavaren men tillhör motparten, bli svårbedömd. Här kan lätt uppstå bedömningsfrågor avseende rimligheten i att låta en retentionsrätt, med mycket god förmånsrätt, få genomslag kanske på bekostnad av andra borgenärens fordringar. Det kan också vara helt tillfälliga omständigheter som gör att det finns någon egendom alls att innehålla. Osäkerheten kan med andra ord bli stor.

Kanske ser vi en rättsutveckling i HD avseende synen på retentionsrätten i svensk rätt och därmed konnexitetskravet. Det har kommit två fall med tydliga prejudikat från HD som erkänner retentionsrätten som en fungerande säkerhetsrätt, "Likvidators retentionsrätt" NJA 2019 s. 259 och "Speditörpanten" NJA 2022 s. 574. I båda fallen godtog HD utan direkt lagstöd retentionsrätt som fungerande säkerhetsrätt (förmånsrätt) i konkurs. De båda nämnda rättsfallen uppvisar en annan attityd till kravets stränghet än vad som tillämpades i det lite äldre fallet "Kockums" NJA 1985 s. 205, där HD underkände retentionsrätten på grund av avsaknad av konnexitet mellan egendom och fordran trots att det rörde sig om ett legotillverkningsförhållande där legotillverkaren kontinuerligt bearbetade beställarens material för tillverkning av olika produkter. Det finns anledning att något fundera över denna utveckling.

I rättsfallen spelar frågan om *konnexitet* en roll, således kopplingen mellan den egendom som retentionsrätt görs gällande i och den fordran som borgenären vill skydda. Frågan är hur stark denna koppling måste vara för att retentionsrätten ska godtas. Att det krävs konnexitet råder ingen tvekan om men vad kravet innebär i olika situationer är tveksamt. Redan Östen Undén påpekade att det generella kravet på konnexitet "kan emellertid vara av olika slag och uttrycket är i och för sig ej mycket upplysningsande."²

Vad innebär detta krav på konnexitet egentligen? När utgör det ett nödvändigt rekvisit för retentionsrätt och när kan det avvikas från? Vad krävs för att det ska vara uppfyllt?

² Undén, Östen, Svensk sakrätt I Lös egendom, Faksimil av 10 uppl. Stockholm 1995, s. 235.

2. Konnexitet i litteraturen

Östen Undén påpekade att de lagstadgade fallen av retentionsrätt alla innehöll ett krav på samband mellan fordran och egendom men, som nämnts ovan, detta samband kunde se olika ut och att termen konnexitet i sig inte gav mycket ledning.³ Han nämnde flera fall där sambandet ”icke härleder sig från nedlagda kostnader å egendomen men väl från samma rättsförhållande enligt vilket egendomen kommit i retinentens besittning.”⁴ Undén förespråkade även en analog tillämpning av de lagstadgade fallen av retentionsrätt på närliggande fall men höll fast vid att det skulle röra sig om fordringar på ersättning för nödiga eller nyttiga kostnader nedlagda på egendomen. Konnexitetskravet kvarstod således också i dessa fall av utvidgad retentionsrätt.

När det gäller bedömningen av konnexitetskravet som ett avgränsande rekvisit för förekomsten av sakrättsligt verksam retentionsrätt kan noteras att Henrik Hessler uttryckte viss skepsis. Han godtog inte utan vidare tanken att ett nära samband mellan fordran och egendom motiverade en förmånsrätt i egendomen. ”Att åberopa uteslutande det nära sambandet mellan fordran och egendom synes under alla omständigheter ge uttryck för ett något primitivt betraktelsesätt.”⁵ Sambandet i sig ansåg Hessler inte ge någon anvisning om behovet av förmånsrätt för borgenären. Han ifrågasatte även bärigheten i resonemanget att en reparatör bör ha retentionsrätt i den reparerade egendomen för ersättningsfordringen eftersom reparationen ökade egendomens värde och detta borde tillfalla reparatören framför övriga borgenärer. Endast det förhållandet att det fanns ett sådant samband mellan fordran och egendom kunde inte förklara förmånsrätten. ”Även en vanlig kredit tillför ju gäldenären ett värde, ökar hans tillgångar. Den kan ha begagnats på ett sätt som medfört även en varaktig värdeökning. Här kommer ingen förmånsrätt ifråga. Och det är alltså även i nu berörda fall den en smula tillfälliga omständigheten att det föreligger ett så nära samband mellan fordran och egendom som åtminstone har blivit det avgörande för förmånsrätternas existens.”⁶

Konnexitetskravet som del av motivet för förmånsrätt för retentionsrätt är således inte självklart. Det förhållandet att det finns ett nära samband mellan fordran och egendom medför inte nödvändigtvis att retinenten är särskilt skyddsvärd i form av att åtnjuta förmånsrätt för sin fordran.

³ Undén, a.a. s. 235.

⁴ Undén, a.a. s. 237.

⁵ Hessler, Henrik, *Allmän sakrätt*, Stockholm 1973, s. 518.

⁶ Hessler, a.a. s. 519.

Hessler går däremot inte in på frågan om sambandets karaktär, utöver att ange att det ska röra sig om ett ”nära samband”. Det kan noteras att Hessler över huvud taget inte använder termen konnexitet utan endast diskuterar ”nära samband”.

Bertil Bengtsson tar upp frågan om retentionsrätt i samband med de avtalstyper han behandlar i Särskilda avtalstyper. Kravet på konnexitet behandlas dock endast indirekt genom diskussion av gränsdragningen mellan nödiga och nyttiga kostnader nedlagda på det aktuella godset. Relevanta kostnader är således endast sådana som lagts ned på godset och typiskt sett endast nödiga sådana.⁷

Knut Rodhe uttryckte viss försiktighet då han tog som utgångspunkt att i de fall ”retentionsrätt medges, gäller att borgenärens fordran skall på något sätt vara konnex, dvs ha ett samband med en verksamhet som borgenären utövat med avseende på retentionsrättens objekt.”⁸ Härav kunde man dra slutsatsen att det inte förelåg någon allmän regel i svensk rätt om retentionsrätt i situationer där konnexitet saknades. Konnexitet kunde föreligga på grund av att borgenären lagt ned ”nödiga” eller ”nyttiga” kostnader på egendomen ifråga eller hade arvodesanspråk på grund av arbete/förvaring avseende egendomen. Rodhe går noga igenom de olika egendomslag som kan komma ifråga för retentionsrätt inklusive konnexitetskravet för vart och ett av dem.⁹

Torgny Håstad ställer frågan om retentionsrätten ”alltid är begränsad såtillvida att innehållandet [...] endast får ske för en fordran som uppkommit i samband med att egendomen kom i retinentens [...] besittning, eller om innehållanderätten [...] ibland kan gälla även andra fordringar i samma avtalsförhållande, s k *konnexa* fordringar.”¹⁰

Håstad verkar således mena att uttrycket *konnexa* fordringar omfattar alla fordringar som kan kopplas till samma avtalsförhållande. Frågan ställs dock som inledning till genomgång av ”Kockums” NJA 1985 s. 205 och mynnar ut i att HD har besvarat den med nej. Det räcker inte att fordran härrör från samma avtalsförhållande utan det krävs enligt rättsfallet att fordran avser ersättning för arbete som lagts ned på godset.

År 2007 utkom Pia Moltke Jensen med boken *Konneksitet*, baserad på hennes ph.d.-avhandling med samma titel.¹¹ Hon tar upp frågan om kon-

⁷ Bengtsson, Bertil, *Särskilda avtalstyper I*, Stockholm 1976, s. 182 med hänv i not 9 och 10.

⁸ Rodhe, Knut, *Handbok i sakrätt*, Stockholm 1985, s. 455 f.

⁹ Rodhe, a.a. s. 448 ff.

¹⁰ Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl., Stockholm 1996, s. 351.

¹¹ Pia Moltke Jensen, *Konneksitet – forskellige aspekter af modregning og tilbageholdsret*, København 2007.

nexitet i samband med kvittning (modregning) och retentionsrätt (tillbehållsret) och analyserar dessa konnexitetsbegrepp utifrån dansk rättspraxis. Hennes slutsatser när det gäller retentionsrätten är att kravet på konnexitet ska medföra en rimlig avgränsning av när retentionsrätt kan åberopas med framgång men även främja retentionsrättens verkan.¹² Kärnområdet för retentionsrätten och dess funktion som säkerhetsrätt, menar hon, är det ömsesidigt förpliktande avtalet som i princip ska fullgöras genom samtidig utväxling av prestationer men där den ena sidan inte presterat och den andre har besittning till egendom som omfattas av avtalet. Besittning till motpartens egendom är samtidigt normalt sett en nödvändig förutsättning för konnexitet och därmed retentionsrätt. Ett antagande om retentionsrätt i sådana fall kan dock begränsas i de fall hänsyn måste tas till gäldenärens övriga borgenärer, särskilt i konkurs.¹³ Utifrån detta grundfall kan sedan variationer iakttagas i praxis, särskilt på arbetsrättens område där andra hänsyn kan göra sig gällande och ett mera uttunnat konnexitetskrav har godtagits.

Peter Strömgren diskuterar retentionsrätten i ett vänboksbidrag men går där inte in på konnexitetsfrågan. Fokus är riktat åt annat håll, nämligen retentionsrätt för små belopp.¹⁴

3. Högsta domstolens syn på konnexitetskravet

I "Kockums" NJA 1985 s. 205 diskuterar HD konnexitetskravet utifrån att "det får anses gälla" ett sådant krav på samband men att tvekan kan "råda i frågan hur nära sambandet mellan fordringen och egendomen måste vara".¹⁵ När det gäller lagstadgad retentionsrätt, främst 11 kap. 3 § och 12 kap. 8 § HB, anges att sambandskravet är ganska strängt, innebärande att fordran ska avse ersättning för prestation avseende just den innehållna egendomen. Mot detta krav pekar HD på dåvarande kommissionslagen, "som i vissa situationer ger mellanmän säkerhetsrätt beträffande alla fordringar som grundar sig på uppdragsförhållandet eller t.o.m. på ett annat uppdrag för samme huvudman".¹⁶ Men för den retentionsrätt som var aktuell i målet gällde ett tydligt konnexitetskrav även om lagstöd saknades. Det rörde sig om hantverkarens retentionsrätt i egendom som lämnats in för reparation, bearbetning eller liknande och som tidigare haft förmåns-

¹² Moltke Jensen, a.a. s. 289.

¹³ Moltke Jensen, a.a. s. 290.

¹⁴ Se Strömgren, Peter, Retentionsrätt och detentionsrätt för blygsamma fordringar, Vänbok till Lena Olsen, Uppsala 2019, s. 247 ff.

¹⁵ HD:s domskäl s. 207.

¹⁶ A. st.

rätt enligt 17 kap. 3 § tredje st. HB. Denna rätt togs inte upp i förmånsrättslagen men någon ändring av rättsläget var inte avsedd, vilket också bekräftades av 1950 års lag (1950:104) om rätt för hantverkare att sälja gods som ej avhämtats. Därmed konstaterade HD, ”att det för hantverkares retentionsrätt och åtföljande förmånsrätt, liksom för flertalet lagbestämda retentionsrätter, ställs upp förhållandevis stränga krav på konnexitet mellan fordringen och egendomen”.¹⁷ Denna slutsats hade stöd i doktrinen enligt HD och stod även i överensstämmelse med principen om att så långt som möjligt upprätthålla kravet på alla borgenärers lika rätt i konkursförfarandet. Kommissionslagens avvikande reglering ”torde hänga samman med särskilda förhållanden på mellanmansområdet”.¹⁸ Borgenärens yrkande om förmånsrätt i visst gods för fordran på ersättning för arbete på annat gods underkändes därmed.

Det kan noteras att HD inte hade anledning att närmare gå in på vad detta stränga krav på konnexitet egentligen innebar eftersom yrkandet i målet tydligt omfattade fordran på ersättning för arbete på egendom som återlämnats till gäldenären. Den egendom (plåt) som borgenären innehade vid konkursutbrottet och innehöll som säkerhet var helt obearbetad. Det rörde sig visserligen om samma avtalsrelation – legoarbete avseende pressning av plåtdetaljer – men en åtskillnad mellan utförda arbetsmoment och fakturering för dessa efter det att egendomen återlämnats.

I ”Likvidators retentionsrätt” NJA 2019 s. 259 bedömdes dels en fråga om likvidators kvittningsrätt för arvodesfordran mot likvidationsbolagets medel på klientmedelskonto, dels en fråga om förmånsrätt på grund av retentionsrätt för arvodesfordran i angivna klientmedel. Kvittningsfrågan tas inte upp här.¹⁹ HD tillerkände likvidatorn förmånsrätt för retentionsrätt i likvidationsbolagets konkurs och denne kunde därmed tillgodogöra sig hela sitt arvode framför övriga borgenärer i konkursen ur det belopp som stod på klientmedelskontot. HD företog en noggrann analys av argument som talade för respektive emot att godta en giltig retentionsrätt i detta fall och formulerade *en generell regel som ger likvidator retentionsrätt i likvidationsbolagets bankmedel såvida dessa säkrats med sakrättslig verkan på klientmedelskonto*.²⁰

HD tog som utgångspunkt för att bedöma om likvidator kan ha retentionsrätt en *allmän princip* om att den som har annans egendom i sin besitt-

¹⁷ A. st.

¹⁸ A. st.

¹⁹ Se om denna Håstad, Torgny, Rättsdogmatik in absurdum, SvJT 2017 s. 357 ff. och Millqvist, Göran, Sakrättens grunder, 9 uppl., Stockholm 2021, s. 137.

²⁰ NJA 2019 s. 259 p. 41 och 42.

ning och som haft nödvändig kostnad för vård av egendomen eller annars i god tro lagt ned en nyttig kostnad på den har retentionsrätt i egendomen för sin kostnad.²¹ Som stöd för en sådan princip angavs ”Philipsons retentionsrätt” NJA 1987 s. 312 och ”Saga 27” NJA 2008 s. 282, vari HD i båda fallen ansåg retentionsrätt föreligga i egendom som innehavaren lagt ned kostnader på. Denna allmänna princip har dock enligt HD som grundläggande förutsättning att det föreligger ett *funktionellt samband* mellan borgenärens fordran och den egendom i vilken säkerhetsrätten görs gällande – att konnexitet föreligger.²²

När det gäller likvidators eventuella retentionsrätt tog HD fasta på att denne intar en ställning som liknar en privat uppdragstagare med rätt till arvode och ersättning för utlägg men att frågan om säkerhet för dessa krav i egendom som likvidatorn hade i sin besittning inte besvarats i lag, förarbeten eller rättspraxis.²³ En likvidator är syssloman och organ för en juridisk person, med uppdrag att avveckla den juridiska personen varför det enligt HD inte finns anledning att vara lika restriktiv när det gäller retentionsrätt som för andra bolagsorgan. Härfter går HD in på frågan om nödvändig konnexitet vilket normalt innebär fordran på ersättning för borgenärens nödiga och nyttiga kostnader för vård eller bearbetning av viss lös egendom, vanligen lösa saker. Retentionsrätt kan då gälla i denna egendom. ”Kännetecknande för dessa situationer är att det finns ett funktionellt samband mellan borgenärens fordran och den egendom i vilken säkerhetsrätten får göras gällande, dvs. konnexitet.”²⁴ Sådan konnexitet som avses här föreligger sål-
 lan för en likvidator enligt HD. Likvidatorns arvodesfordran och ersättning för utlägg saknar vanligen konkret koppling till någon viss tillgång i likvida-

²¹ NJA 2019 s. 259 p. 23. I punkterna 19–22 går HD igenom olika lagreglerade fall av legal panträtt och retentionsrätt, kommissionslagen (2009:865) 15 och 17 §§, lagen (1985:982) om näringsidkares rätt att sälja saker som inte har hämtats, lagen (1991:351) om handelsagentur 15 och 16 §§, konsumenttjänstlagen (1985:716) 49 och 50 §§, lagen (1970:980) om retentionsrätt för fordran hos hotellgäst samt HB 11 kap. 3 § och 12 kap. 8 §.

²² A. st.

²³ NJA 2019 s. 259 p. 26–27. I punkt 28 påpekas också att det i den juridiska litteraturen ”har diskuterats om det är möjligt att genom analogier från de bestämmelser som redovisats i det föregående utsträcka säkerhetsrätterna, panträtt och retentionsrätt, också till andra fall. Flera författare har förordat att så skulle vara möjligt under vissa förutsättningar. (Jfr Berndt Hasselrot, Handelsbalken VI, 1903, s. 1188 ff. och Handelsbalken VII, 1903, s. 1389 f.; Jacob W. F. Sundberg, Om ansvaret för fel i lejt gods, 1966, 317 f.; Östen Undén, Svensk sakrätt I. Lös egendom, 10 uppl. 1976, s. 238 ff.; Gösta Walin, Separationsrätt, 1975, s. 71 f.; Bertil Bengtsson, Särskilda avtalstyper I, 2 uppl. 1976, s. 171; Knut Rodhe, Handbok i sakrätt, 1985, s. 454 ff.; SOU 1988:63 s. 235 f.; Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. 1996, s. 27 och 350 ff.; Jan Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 1 häftet. Särskilda avtal, 6 uppl. 2015, s. 276 samt Göran Millqvist, Sakrättens grunder, 8 uppl. 2018, s. 235.)”

²⁴ NJA 2019 s. 259 p. 31.

tionsboet. Som HD uppfattar det gängse konnexitetskravet kan, vid en strikt tillämpning, retentionsrätt endast göras gällande i bankmedel för den del av likvidatorns ersättning som hänför sig till förvaltningen av dessa medel. De allmänna principerna för retentionsrätt räcker således inte långt om önskan är att skydda likvidatorns ersättningsanspråk.

Därmed blev frågan för HD om det fanns skäl för en utvidgad, analog tillämpning av retentionsrättsreglerna, särskilt kommissionslagens regler, så att likvidatorn tillerkänns retentionsrätt i bankmedel för samtliga fordringar kopplade till likvidationsuppdraget. Efter denna öppning pekade HD på flera skäl som talade för att medge retentionsrätt. Det kan vara svårt för en likvidator att betinga sig förskott på arvudet och har det skett kan återvinning i likvidationsbolagets efterföljande konkurs riskeras. En likvidation kan inte läggas ned och den fastställda ersättning som i vissa fall kan utgå kompenserar inte likvidatorn fullt ut. I anslutning härtill hade Rekonstruktörs- och konkursförvaltarkollegiet (REKON) i målet påpekat att det fanns risk för att lämpliga personer skulle avstå från att åta sig likvidationsuppdrag då risken för uteblivet arvode kunde uppfattas som för stor.

Angående sedan bedömningen av konnexitetskravet pekade HD på "ett visst övergripande samband" mellan de olika likvidationsåtgärderna inbördes och att därmed det förelåg "en viss, om än försvagad, konnexitet mellan å ena sidan likvidatorns samlade anspråk med anledning av likvidationsåtgärderna och å andra sidan den samlade förmögenhetsmassa som likvidatorn har kontroll över."²⁵ Till detta kom så möjligheten till analogi med kommissionslagens regler, med deras uppmjukade konnexitetskrav, och därmed kunde likvidatorn ges en säkerhetsrätt för de fordringar som grundar sig just på likvidationsuppdraget i form av retentionsrätt i likvidationsbolagets medel på klientmedelskonto. HD påpekade dock uttryckligen att säkerhetsrätten inte gällde i hela den förmögenhetsmassa som likvidatorn förfogade över utan endast i bolagets bankmedel, som likvidatorn förskaffat sig sakrättsligt skydd till genom insättning på klientmedelskonto.²⁶

Med denna dom utvidgade onekligen HD spelrummet för verksam retentionsrätt genom att godta motsvarande resonemang som ligger bakom den kopplade panträtten i kommissionslagen även för likvidators arvodesfordran. Likvidatorn ska ha kontroll över medel tillhöriga huvudmannen/likvidationsbolaget och den fordran som åberopas ska bestå i arvode för utfört likvidationsuppdrag men mer än så krävs inte.

²⁵ NJA 2019 s. 259 p. 37.

²⁶ NJA 2019 s. 259 p. 40–42.

Konnexitetskravet återkommer och spelar en roll även i ”Speditörpan-ten” NJA 2022 s. 574 men i detta fall närmast som en förklaring till att även en uttunnad konnexitet liknande den som finns i kommissionslagens kopplade panträtt i 15 § andra st., kan räcka för en verksam retentionsrätt.²⁷ Det var avsaknad av konnexitet mellan fordran och innehållen egendom som var skiljelinjen i HD mellan majoritet och minoritet. Fallets huvudfråga var om standardkontraktet Nordiskt Speditörsförbunds Allmänna Bestämmelser (NSAB 2015) kunde utgöra handelsbruk och därmed vara tillämpligt i fallet trots att det aktuella partsförhållandet saknade referens till det. Om NSAB var tillämpligt medförde det förmånsrätt för käranden för hela dennes fordran i svarandebolagets konkurs men om det inte var tillämpligt endast för en mindre del av fordringen. HD:s utförliga avvägningar avseende huvudfrågan ska inte behandlas här men det kan konstateras att majoritetens tillåtande inställning till att låta hela NSAB utgöra handelsbruk i speditors- och logistikbranschen inte delades av minoriteten. Två JustR ansåg NSAB endast utgöra handelsbruk avseende traditionella speditörstjänster, inte för så kallade plock- och packtjänster som käranden också utfört för svarandebolaget. Domen innebar att käranden hade förmånsrätt för hela fordringen på grund av retentionsrätt, vilket är värt att notera då det innebar att käranden fick fullt betalt på sin fordran i konkursen trots ställningen som ordinär tjänsteleverantör avseende större delen av den sam- lade fordringen.

Majoritetens resonemang innebar att ett uttunnat konnexitetskrav räckte i detta fall eftersom dels NSAB § 14 innehåller en reglering om kopplad panträtt, och som alltså var tillämplig i målet som handelsbruk, dels att en liknande kopplad panträtt finns reglerad i 15 § kommissionslagen, vilken var tillämplig i detta fall eftersom det i viss utsträckning rörde sig om tjänstekommission. Minoriteten nöjde sig med en försiktigare slutsats om att NSAB endast kunde utgöra handelsbruk avseende traditionella speditörstjänster varför någon kopplad panträtt inte kom ifråga för fordringar som inte avsåg gods i kärandens besittning vid konkursutbrottet. Inte heller 15 § kommissionslagen kunde medföra en kopplad panträtt eftersom den överskjutande delen av fordran avsåg ersättning för tjänster som inte utförts i kommission.

Dessa två domar sammantagna tyder på en beredskap hos HD att acceptera retentionsrätt som en fungerande säkerhetsrätt såvida det kan påvisas någon koppling mellan den fordran som åberopas och den egendom

²⁷ Fallet kommenteras av Gorton, Lars, Något om handelsbruk i anslutning till NSAB 2015, Sjärrättsbiblioteket nr 4/2022.

som innehålles. Kopplingen behöver inte vara särskilt stark men den måste ändå framgå av det tidigare partsförhållandet. Typiskt sett bör man nog räkna med att det ska påvisas ett kontraktsförhållande som inkluderat dels innehav/besittning av motpartens egendom, dels ersättningskrav för utfört arbete som sammanhänger med egendomen.

4. Några ytterligare synpunkter på konnexitetskravet

Konnexitet som rättsligt begrepp dyker upp i lite olika sammanhang. Här ska inte göras någon generell inventering men det kan nämnas att begreppet spelar roll i samband med processuell kumulation enligt 14 kap. 1–3 §§ RB och vid kvittning av fordringar mot varandra.²⁸ Termen syftar på något slags samband, som får rättslig relevans i vissa sammanhang, men sambandet kan se olika ut och utgöra länk mellan olika aspekter. Det är olika hänsyn som tas upp för bedömning genom begreppet konnexitet och det är lämpligt att hålla isär dessa och inte söka efter någon övergripande definition som skulle omfatta alla situationer där begreppet förekommer.

I samband med retentionsrätt spelar konnexitetskravet en avgörande roll genom att avgränsa området för möjlig retentionsrätt till fall där åtminstone något samband föreligger mellan en fordring och viss egendom. Som nämnades inledningsvis motsvaras konnexitetskravet vid konventionell panträtt av kravet på att pantförskrivningen pekar ut den eller de fordringar som är relevanta och som ska stå under panträttsskydd. I denna avgränsning ligger i båda fallen ett hänsynstagande till gäldenärens övriga borgenärer, särskilt vid konkurs. Både retentionsrätt och handpanträtt, inklusive legal handpanträtt, åtnjuter förmånsrätt enligt 4 § 3 p FRL, vilket i många konkurser innebär bästa förmånsrätt. Retinerten/panthavaren kan med andra ord tränga undan alla andra borgenärer från tillgång till konkursbotillgångarna upp till fordrans belopp.²⁹ Inte minst med tanke på insolvensrättens likabehandlingsprincip gäller att denna privilegierade ställning kräver iakttagbara gränser, särskilt i de fall det inte tydligt framgår i förväg att det föreligger en förmånsrätt av detta slag. Ett exempel på detta är då ett företagshypotek

²⁸ Ang. kumulation se Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Pauli, Mikael, Rättegång, Andra häftet, 9 uppl., Stockholm 2015, s. 195 ff. Ang. kvittning se Lindskog, Stefan, Kvittning. Om avräkning av privaträttsliga fordringar, 3 uppl., Stockholm 2014, s. 87 ff.

²⁹ Det kan hävdas att en pant inte skulle ingå i konkursboet utan snarare vara att se som separationsegendom men ett sådant synsätt bortser från det faktum att pantsättaren civilrättsligt fortsätter äga panten och både före och under konkurs har rätt till ett eventuellt övervärde i panten efter realisation. Retentionsrättsegendom tillhör tveklöst gäldenären och ska återlämnas så snart fordran betalats.

visar sig vara väsentligt mindre värt än förväntat på grund av att det föreligger retentionsrätt för annan borgenär i den mest värdefulla tillgången i hypoteket. Hypoteket har förmånsrätt efter retentionsrätten och får då kanske ingen utdelning eller väsentligt mindre än förväntat. För att inte störa insolvenshanteringen allt för mycket krävs därmed en återhållsamhet när det gäller att dra upp gränserna för sakrättsligt verksam retentionsrätt/legal panträtt.

Tveksamhet i denna gränsdragning kan uppstå i anslutning till mera långvariga avtalsrelationer, som "Kockums" NJA 1985 s. 205 är en illustration av. Det förelåg en tillsvidarrelation mellan Kockums Jernverk AB och Ronneby Rostfria AB, som innebar att Kockums utförde legoarbeta i form av pressning mm av detaljer till kokkärn ur plåt som Ronneby tillhandahöll. Det fanns således en avtalsrelation mellan parterna då Ronneby gick i konkurs och den hade inneburit löpande arbete för Kockums med material som tillhörde Ronneby. Genom konkursutbrottet bröts detta och kvar stod Kockums med dels en fordran på ersättning för utfört arbete, dels plåt för kommande pressning. Både fordran och egendom hade tydlig koppling till samma rättsförhållande men däremot ingen intern koppling sig emellan, vilket var nödvändigt enligt HD. Är detta synsätt lika strängt idag? "Kockums" NJA 1985 s. 205 är ett tydligt prejudikat så svaret bör vara ja, även om de två senare fallen kan tyckas antyda något annat, åtminstone i de mellanmansrelationer som dessa fall omfattade.

Ett annat problem som kan inverka på bedömningen av konnexiteten är hur man ska se på det fallet att det förelegat ett avbrott i besittningen till retentionsrättsegendomen. Säg att en beställare av en reparation av viss egendom fått tillbaka denna men antingen reklamerar arbetet eller gör en tilläggsbeställning och återkommer med egendomen till reparatören. När det så småningom blir fråga om betalning för helheten uppstår problem och reparatören innehåller egendomen och hävdar retentionsrätt i denna för hela sin fordran. Här blir det fråga om att bedöma om reparatören är skyddsvärd till hela sin fordran eller bara till den del som motsvarar det senare arbetet. Han har tydligen först släppt besittningen frivilligt och därmed tagit den risk efterskottskrav på betalningen innebär. Samtidigt kan hävdas att fordran i sin helhet helt klart är konnex till egendomen. Kanske är det så att avgränsningen av giltig retentionsrätt i detta fall inte går via konnexitetskravet utan via en bedömning av besittningskravet. Bibehållen kontinuerlig besittning till den aktuella egendomen är ett krav för verksam retentionsrätt vilket kan visa sig begränsa rätten i dessa fall av avbruten besittning.

KAPSTADSKONVENTIONEN

Kapstadskonventionen och svensk kreditsäkerhetsrätt

GÖRAN MILLQVIST*

1. Inledning

Den 1 april 2016 trädde lagen (2015:860) om internationella säkerhetsrätter i lösa saker i kraft och under 2018 är det tänkt att vissa väsentliga kompletteringar i lagen ska ske.¹ I kompletterat skick innebär lagen att Sverige har tillträtt och införlivat med svensk rätt den så kallade Kapstadskonventionen och dess två protokoll avseende kreditsäkerhet i luftfartyg (luftfartsprotokollet, LP) respektive järnvägsfordon (järnvägsprotokollet, JP).² Sverige har därmed i väsentlig grad moderniserat sin kreditsäkerhetsrätt vad gäller internationellt gångbar kreditsäkerhet i dessa egendomsslag. Ett tredje protokoll avseende satelliter och annan rymdutrustning har utarbetats inom UNIDROIT men har ännu inte trätt i kraft. Det ska bli nästa steg i denna utveckling.³

Luftfartyg har allt sedan flygets barndom stått under särskild reglering i svensk rätt och uppfattas nog av de flesta jurister som ganska speciella objekt som får hanteras av specialister. Bland mycket annat kan noteras att lagstiftaren inte brydde sig om att ändra det äldre systemet för inskrivning

* Professor i civilrätt vid Stockholms universitet och verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

¹ Förordning (2015:869) om ikraftträdande av lagen (2015:860) om internationella säkerhetsrätter i lösa saker. Förarbetena består av prop. 2015/16:12 Bättre möjligheter till finansiering av luftfartyg, SOU 2014:79 Internationella säkerheter i flygplan m.m. – Kapstadskonventionen och luftfartygsprotokollet, Betänkande av Kapstadsutredningen – Internationella säkerheter i luftfartyg m.m., prop. 2017/18:117, Bättre möjligheter till finansiering av järnvägsfordon, och SOU 2016:43 Internationella säkerhetsrätter i järnvägsfordon m.m. – Järnvägsprotokollet, Betänkande av Kapstadsutredningen II – Internationella säkerhetsrätter i rullande järnvägsmateriel.

² UNIDROIT/ICAO *Convention on International interests in Mobile Equipment*, Cape Town 16 November 2001 (Cape Town Convention eller Kapstadskonventionen på svenska), *Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Cape Town 16 November 2001, och *Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Railway Rolling Stock*, Luxembourg 23 February 2007.

³ Se <http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/space-protocol> (21 juni 2016).

av skuldebrev som kreditsäkerhet i luftfartyg då Jordabalken 1970 övergick till det nya pantbrevssystemet eller när detta infördes i Sjölagen genom lag (1973:1064) om ändring i sjölagen (1891:35 s. 1). Fortfarande sker inteckning i luftfartyg genom registrering av skuldebrev i inskrivningsregistret för luftfartyg och säkerheten består i en panträtt i luftfartyget med förmånsrätt enligt 4 § 4 p. förmånsrättslagen, se 3, 5, 6 och 14 §§ lagen (1955:227) om inteckning i luftfartyg.

När det gäller järnvägsfordon är däremot situationen en annan. Dessa utgör lösöre och följer allmänna civilrättsliga regler om lösöre vad gäller pantsättning och annan kreditsäkerhet i dem. Detta innebär således att svensk rätt här fått en komplettering till förmögenhetsrätten avseende internationella kreditsäkerhetsarrangemang i dessa lösören.

Nedan presenteras Kapstadskonventionens regelsystem och den samverkansmodell som har utnyttjats mellan en uppsättning generella grundregler och särskilda tillämpningsregler i form av separata protokoll avpassade för olika egendomslag. Siktet är inställt på hur detta samlade regelverk förhåller sig till svensk kreditsäkerhetsrätt och i någon mån till om dessa internationella regler skulle kunna stå modell för motsvarande svenska, interna regler.⁴

2. Översikt över konventionen och dess två protokoll

2.1 Inledning

Kapstadskonventionen med sina protokoll är en ambitiös modell för unifisering av kreditsäkerhetsrätten i samband med vissa transaktioner avseende

⁴ Källmaterialet och litteraturen kring Kapstadssystemet är omfattande. Det har etablerats permanenta "Working Groups" för flyget och järnvägen och en särskild tidskrift är inriktad på konventionens tillämpningsområden. Konventions- och protokollstexter finns på <http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention>. *Aviation Working Group* finns på <http://www.awg.aero/> och *Railway Working Group* finns på www.railworkinggroup.org. *Cape Town Convention Journal* började publiceras 2012 och kommer ut med ett nummer om året. Den finns på <http://www.tandfonline.com/loi/rcap20>. *Uniform Law Review*, utgiven av UNIDROIT, innehåller också mycket material avseende Kapstadssystemet. Regelverket har kommenterats utförligt av en av dess upphovsmän, Sir Roy Goode, i tre separata, av UNIDROIT sanktionerade kommentarer, *Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Official Commentary, third edition, 2013, as approved for distribution by the UNIDROIT Governing Council pursuant to Resolution No. 5 adopted by the Cape Town Diplomatic Conference (cit. Goode I); *Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Luxembourg Protocol thereto on Matters specific to Railway Rolling Stock*, Second edition, 2014 (cit. Goode II), och *Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Protocol thereto on Matters specific to Space Assets*, 2013.

de utpekade egendomsslagen. Reglerna i konventionen sammantagna med protokollet är materiella regler för hur internationell kreditsäkerhet skapas och vilken rättsverkan sådan säkerhet har, vilket innebär att regelverket innehåller avtalsrättsliga, obligationsrättsliga, sakrättsliga och insolvensrättsliga regler som, i de fall de är tillämpliga, har företräde framför de nationella motsvarigheterna. Samtidigt är dessa internationella regler mycket specifika genom att peka ut både de transaktionstyper och egendomslag som omfattas. Det bör dock särskilt framhållas att regelverket inom de yttre ramarna så långt det går bygger på avtalsfrihet och möjlighet att anpassa detaljerna efter enskilda parter behov.⁵

Konventionen och dess protokoll kretsar kring skapelsen *internationell säkerhetsrätt* ("*international interest*"), vilket är ett kreditsäkerhetsintresse av visst slag i viss egendom skapat i enlighet med konventionens och det relevanta protokollets regler, på sådant sätt att det kan registreras i relevant register, Art. 1 (o), 2 och 7 Cape Town Convention. Själva registren är globala och, för flygets del, placerat i Dublin, Irland, och för järnvägen, i Luxembourg.⁶ De intressen som omfattas och är möjliga att registrera är *panträtt* och bibehållen eller förvärvad *ägenderätt i säkerhetssyfte*, med andra ord objektssäkerhet eller realsäkerhet (om man nu inte vill begränsa den senare termen till att avse fast egendom). Utöver regelrätta pantförskrivningar omfattas säkerhetsöverlåtelser, avtalade retentionsrätter, olika former av återtagande- och ägarförbehåll samt olika leasingkonstruktioner, allt under förutsättning av att de avser ett identifierbart objekt av den kategori respektive protokoll omfattar, att det underliggande avtalet är skriftligt samt att gäldenären är hemmahörande i en konventionsstat vid tidpunkten för avtalsingåendet, Art. 2 – 4 och 7 Cape Town Convention. Är dessa förutsättningar uppfyllda kan en registrering av den aktuella säkerhetsrätten göras i det internationella registret vilket medför förmånsrätt i förhållande till senare registreringar i samma egendom och till oregistrerade rättigheter i denna. För svensk rätts del innebär det särskild förmånsrätt enligt 4 § 2 p. förmånsrättslagen (1970:979), i ny lydelse, och Art. 29 Cape Town Convention, samt utesluter senare godtrosvärförvärv av sådan egendom enligt nationell lagstiftning.⁷ Registreringen medför således fullständigt sakrättsligt skydd genom att medge både omsättningsskydd och borgenärsskydd. Eftersom den särskilda förmånsrätten omfattar samtliga typer av säkerhetsställanden som omfattas av regelsystemet innebär det att även återtagandeförbehåll och leasingrätt numera har särskild förmånsrätt enligt 4 § 2 p. förmånsrättslagen.

⁵ Goode I, s. 17 f.

⁶ Se SOU 2014:79 s. 201 f., SOU 2016:43 s. 111 f.

⁷ Goode I, s. 217 och 333, och SOU 2014:79 s. 121.

Nedan preciseras kraven för Kapstadssystemets tillämplighet avseende parter, egendomslag, transaktionstyper, tillkomst av säkerhet, rättsverkningar samt insolvensrättsliga effekter.

2.2 Registrerad internationell säkerhetsrätt

En central bestämmelse i det nya regelsystemet är Art. 29.1 Cape Town Convention genom att där ges huvudregeln om absolut prioritet för registrerad säkerhet, dels i förhållande till senare registreringar, dels till oregistrerade rättigheter. Strikt tidsprioritet mellan registreringarna inbördes gäller varför tidpunkterna för olika säkerheters uppkomst inte spelar någon roll eller eventuell vetskap hos säkerhetshavaren om dessa vid registreringen, Art. 29.2 Cape Town Convention. Dock gäller enligt Art. 60 Cape Town Convention att nationella rättigheter och säkerheter som fanns då konventionen trädde i kraft i den aktuella staten fortsätter att gälla i enlighet med nationell rätt. Inskrivna rättigheter och säkerheter enligt lagen (1955:227) om inskrivning av rätt till luftfartyg, som förelåg per den 1 april 2016, då lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker trädde i kraft, gäller således här i landet i enlighet med vad som föreskrivs i 1955 års lag. Det ska dock noteras att *förmånsrättsligt* har en internationell säkerhetsrätt alltid företrädde genom placeringen i 4 § 2 p. förmånsrättslagen, framför panträtt på grund av inteckning i luftfartyg och reservdelar i 4 § 4 p. förmånsrättslagen. Motsvarande gäller för oregistrerad, inhemsk *panträtt* i järnvägsfordon eftersom den har förmånsrätt enligt 4 § 3 p. förmånsrättslagen. Men när det gäller befintlig *separationsrätt* (kreditsäljare och leasegivare) till järnvägsfordon går denna före senare tillkomna konventionsbaserade registreringar.

Avtal om efterställning och andra omkastningar i prioritetsordningen är möjliga och bindande, Art. 29.5 Cape Town Convention. Den registrerade säkerheten följer också egendomen med bibehållen prioritet om denna överläts eller blir föremål för andra säkerhetsarrangemang såsom kreditförsäljning mot ägarförbehåll eller leasing, Art. 29.3 och 4 Cape Town Convention. Här ges också föreskrifter som utesluter godtroshörsförvärv av säkerhetsobjekt som skulle kullkasta säkerhetsrätten. Genom att Art. 29 Cape Town Convention ingår bland de bestämmelser som implementerats som lag här i landet, 2 § lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker, blir de egendomslag som omfattas undantagna från godtroshörsförvärvslagen (1986:796), jfr 1 § 2 st. godtroshörsförvärvslagen. Slutligen påpekas särskilt i Art. 29.7 Cape Town Convention att prioritetsreglerna endast omfattar sådan egendom som konventionen pekar ut i Art. 2.3 Cape Town Convention, se vidare om egendomslag nedan avsnitt 2.4.

Det ska också påpekas att det finns undantag från den prioritetsordning konventionen föreskriver, som avser legala säkerheter såvida särskilda förklaringar avgivits av den anslutande staten, Art. 39 och 40 Cape Town Convention. För Sveriges del har förklaringar lämnats avseende luftpanträtt och i vissa avseenden retentionsrätt, som kvarstår i 4 § 1 p. förmånsrättslagen, jfr 9 § förmånsrättslagen, och har prioritet även framför vid tillträdet befintliga registreringar samt interimistiska säkerhetsåtgärder enligt 11 kap. 2 § luftfartslagen (2010:500) för betalning av offentliga flygplatstjänster. Därtill har förklaring lämnats om att registrering som internationell säkerhetsrätt kan ske av säkerhetsrätt som uppkommer till följd av ett avgörande om kvarstad, betalningssäkring eller utmätning av domstol eller Kronofogdemyndigheten.⁸

2.3 Vilka parter omfattas?

Regelverket är av uteslutande kommersiellrättslig karaktär vilket medför att de parter som är aktuella för att omfattas företrädesvis utgörs av juridiska personer. Varken konventionen eller protokollen innehåller dock några preciseringar av sådant slag. Det görs inte heller någon uttrycklig avgränsning gentemot konsumenträtten. "Borgenär" och "gäldenär" definieras särskilt i Art. 1 (i) och (j) Cape Town Convention till att avse parterna i de kreditsäkerhetsavtal som omfattas, således panthavare – pantsättare, säkerhetsförvärvare – säkerhetsöverlåtare, kreditsäljare – kreditköpare och leasegivare – leasetagare. Med "gäldenär" kan också avses en tredje man vars egendom är belastad med en registrerbar legal säkerhetsrätt och "borgenär" omfattar även successorer till den ursprungliga avtalsparten. Inget hindrar att flera borgenärer har internationella säkerheter i samma objekt enligt samma registrering, exempelvis genom ett syndikerat lån eller som gemensamma leasegivare eller att det finns flera gäldenärer till samma förpliktelse.⁹

Det är en grundläggande förutsättning för regelverkets tillämplighet att *gäldenären* vid tidpunkten för det avtal som konstituerar den internationella säkerhetsrätten har en tillräcklig koppling till en konventionsstat, att gäldenären "befinner sig" ("is situated") i en sådan stat, Art. 3 Cape Town Convention. Lokaliseringen av gäldenären preciseras i Art. 4 Cape Town Convention till det land där gäldenären (a) är bildad ("incorporated or formed"), (b) där gäldenären är registrerad eller har legalt säte ("registered office or statutory seat"), (c) sitt huvudkontor ("centre of administra-

⁸ Prop. 2015/16:12 s. 44 f.

⁹ Goode I, s. 47. Det kan även tänkas att en "trustee", "lead bank" eller annan representant utrustas med behörighet att registrera internationell säkerhetsrätt för borgenärs räkning, Art. VI LP och Art. IV JP. Det kan noteras att artiklarna i konventionen skrivs med arabiska siffror men i protokollen med romerska.

tion”) eller (d) bedriver verksamhet (”place of business”), eventuellt den huvudsakliga verksamhetsorten om det finns flera. Saknas verksamhetsort gäller slutligen gäldenärens normala hemvist (”habitual residence”), Art. 4.2 Cape Town Convention. Dessa anknytningsfaktorer är alternativa och det räcker således att en är uppfylld för att konventionssystemet ska vara tillämpligt. Tanken är att tillämpningsområdet ska vara så omfattande som möjligt.¹⁰ Skulle gäldenären flytta till en icke fördragsslutande stat efter avtalsingåendet är konventionen fortsatt gällande och registrering av en internationell säkerhetsrätt kan ske. I det omvända fallet, att gäldenären flyttar från icke fördragsslutande stat till en konventionsstat, måste dock därefter ett relevant avtal ingås (eventuellt ett befintligt avtal förnyas) och registrering ske.

Var *borgenären* finns eller är hemmahörande spelar däremot ingen roll. Denne kan således vara av samma nationalitet som gäldenären eller hemmahörande i en icke fördragsslutande stat.

2.4 Vilka egendoms kategorier omfattas?

Som redan framgått tar Kapstadssystemet sikte på flyget, järnvägen och rymden via en kombination mellan konventionens grundbestämmelser och respektive protokoll. Det rör sig om luftfartygsskrov, flygmotorer, helikoptrar, rullande järnvägsmateriel och rymdobjekt, Art. 3.3 Cape Town Convention.¹¹ Respektive objektstyp definieras närmare i protokollen i utförliga definitionsartiklar inledningsvis, Art. I.2 (a)–(e) LP och Art. I.2 (e) JP. För luftfartygens del innebär definitionerna att endast lite större flygplan omfattas, som tar minst åtta passagerare eller 2 750 kg fraktgodis. Därutöver omfattas separata flygplansskrov och flygmotorer av viss minsta storlek och helikoptrar.¹² För järnvägsfordon gäller att de ska vara bundna till spår eller styrbana och förflyttas tillsammans med eget framdrivningssystem. Typiskt sett lok och vagnar på räls eller annan styrbana men även spårvagnar, tunnelbanetåg, bergbanor och linbanor.¹³

Det är ett formkrav för giltig säkerhet att egendomen kan identifieras såsom utgörande unika objekt, Art. 7 (c) Cape Town Convention, Art. VII

¹⁰ Goode I, s. 27.

¹¹ Ang. rymdobjekten se not 2 ovan, förhandlingar pågår. Det finns också planer på att utvidga regelsystemet till jordbrukets och gruvindustrins fordon och maskiner, inledande förhandlingar pågår för ett sådant protokoll, ”*Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Agricultural, Construction and Mining Equipment (the “MAC Protocol”)*”, se <https://www.unidroit.org/89-news-and-events/2287-mac-protocol-second-session-of-the-committee-of-governmental-experts>.

¹² Prop. 2015/16:12 s. 37 f. och SOU 2014:79 s. 140 f.

¹³ SOU 2016:43 s. 66 f., se även prop. 2017/18:117 s. 15 f., med beskrivning av vilka kategorier som omfattas.

LP och, med viss modifikation, Art. V JP. Liksom enligt nationell svensk rätt måste objektet för en säkerhetsrätt kunna preciseras och identifieras i enlighet med specialitetsprincipens krav på bibehållen identitet, för säkerhetsrättens sakrättsliga giltighet. För flygets del utgör detta inte ett så stort problem. Luftfartyg och deras beståndsdelar, särskilt motorer, har sedan länge varit utrustade med egen identitet genom nationalitetsregistrering. Det råder sällan någon tvekan om vilket objekt det är fråga om då till exempel ett luftfartyg eller en flygmotor är föremål säkerhetsöverlåtelse eller sale and lease-back och dessa objekt bibehåller också sin identitet över tiden även om ingripande service genomförs kontinuerligt.

Från svensk utgångspunkt bör dock särskilt uppmärksammas att Kapstadssystemet innefattar en precisering av reglerna för *accession* (sammanfoganden) på det sättet att separat registrering kan ske av en flygmotor med full rättsverkan oberoende av var motorn befinner sig, således oberoende av om den finns monterad på det ena eller andra flygplanet eller står avmonterad.¹⁴ Flygmotorer ses som separata enheter för säkerhetsändamål. Detta kan inte åstadkommas enligt svensk nationell rätt annat än med stora svårigheter och osäkerhet avseende effekten.¹⁵ Flygmotorer kan inte registreras separat i det svenska luftfartygsregistret och inte heller i inskrivningsregistret.¹⁶ Separata nationella inteckningar kan därför inte tas ut i flygmotorer och det sakrättsliga skyddet vid en försäljning uppstår först vid övergång av besittningen till motorn.¹⁷ Det går inte heller att göra en lösöreköpsregistrering enligt 1845 års lösöreköpslag av en del av ett lösöre, i detta fall motorn som en del av ett flygplan.¹⁸

Kapstadssystemet innebär också en precisering av att det relevanta luftfartsobjektet för registrerad säkerhet omfattar komponenter (tillbehör) såvida dessa inte omfattades av särskilda, enligt nationell rätt bestående rättigheter vid inmontering, Art. 29.7 Cape Town Convention och Art. XIV.4 LP. Några sådana finns som sagt inte enligt svensk rätt.

Annorlunda är det för järnvägen. Det har aldrig funnits något enhetligt registreringssystem för järnvägsfordon, varken nationellt eller internationellt, utan det skapas först nu genom Kapstadssystemet. Särskilt besvärande är att det inte heller finns något allmänt accepterat system för identifiering på objektsnivå. Hur ska man kunna koppla ihop en befintlig registrering med ett visst lok eller tågsätt så att det inte kan ifrågasättas att borgenären faktiskt har en privilegierad säkerhetsrätt i objektet eller objekten? Iden-

¹⁴ Goode I, s. 29.

¹⁵ Se Peter Strömberg, Tillbehör och accession, Iustus, Uppsala 2012, s. 50 ff.

¹⁶ Se 2 kap. luftfartslagen (2010:500), 10 kap. 7 § handelsbalken och 4 och 14 §§ lagen (1955:227) om inskrivning av rätt till luftfartyg.

¹⁷ Prop. 2015/16:12 s. 19.

¹⁸ Se härom Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, Norstedts, Stockholm 1996, s. 251 f. och Strömberg, a.st.

tifieringsfrågan har föranlett en hel del diskussion i samband med JP:s tillkomst och problemet är ännu inte löst.¹⁹ JP preciserar i Art. V att kravet på identifiering i Art. 7 (c) Cape Town Convention ska anses uppfyllt genom en beskrivning av den rullande järnvägsmateriel som omfattar de ingående beståndsdelarna eller angivande av en typbeteckning eller en förklaring om att avtalet omfattar all befintlig eller framtida järnvägsmateriel, eventuellt med undantag för viss angiven materiel. I Art. V.2 JP anges särskilt att en internationell säkerhet kan föreligga i framtida järnvägsmateriel om det preciserats enligt det just sagda och säkerhetshavaren (panthavaren, ägarförbehållssäljaren eller leasegivaren) förvärvar rätten att förfoga över egendomen utan att det behövs någon ny överlåtelsehandling. När det gäller järnvägsmateriel ska således kraven i Art. 2.2 ("en viss identifierbar tillgång") och 7 (c) (att avtalet "identifierar objektet") Cape Town Convention, förstås som även omfattande framtida materiel. Den tämligen öppna och flexibla skrivning som ges i Art. V JP preciseras dock i Art XIV JP vad gäller kraven för registrering av säkerhetsrätt i visst järnvägsmateriel. Här krävs en tydlig och fast metod för identifiering genom (a) preciserad beskrivning på objektsnivå eller (b) typnivå, eller (c) ett uttalande om att all nutida och framtida järnvägsmateriel omfattas, eller slutligen (d) all nutida och framtida järnvägsmateriel med angivna undantag.

Tillhör av alla slag omfattas av definitionen av rullande järnvägsmateriel, Art. I.2 (e) JP. Här ingår framdrivningssystem, motorer, bromsar, axlar, boogier, strömvtagare och andra tillbehör som är installerade på eller integrerade i fordonen. Även dokumentation i form av tillhörandedata, manualer och register omfattas. Däremot finns det inga regler om separat hantering av motorer. Dessa kan inte utgöra separata objekt i konventionens mening och därmed inte registreras separat för säkerhetsändamål.

2.5 Vilka transaktioner omfattas?

2.5.1 Allmänt om pant, ägarförbehåll och leasing

Kännetecknande för Kapstadssystemet är att det tar sikte på internationella säkerheter i objekt som ofta rör sig över nationsgränser och att därmed åsyftas panträtt och äganderätt i säkerhetssyfte. Närmare bestämt framgår av Art 2.2 (a)–(c) Cape Town Convention att det rör sig om säkerhet som,

¹⁹ Se Goode II, s. 432 och Howard Rosen, Inside Track Issue no. 29, 2017-09-29, Rail Working Group, med hänvisning till ett identifieringssystem under utveckling "Unique Rail Vehicle Identification System" (URVIS), beskrivet i artikeln Rail Working Group, Working towards a global common identifier for Railway Rolling Stock, <http://www.railworkinggroup.org.nova.ch-meta.net/wp-content/uploads/docs/r0594.pdf>.

i svensk översättning, ställts genom *pantavtal*, *äganderättsförbehåll* eller *leasingavtal*, avseende de relevanta egendomsslagen.

Pantavtal i den svenska översättningen kan innebära viss osäkerhet i tolkningen eftersom den engelskspråkiga versionen använder det vidare begreppet "security agreement" i Cape Town Convention.²⁰ Detta omfattar, utöver "a pledge" även "a charge", vilket kan vara en form av panträtt utan besittningskrav, och "a contractual lien", vilket närmast motsvarar avtalad retentionsrätt.²¹ Pantavtal får således omfatta flera varianter än vad som annars är vanligt i svenskt juridiskt språkbruk. De andra två säkerhetsformerna – äganderättsförbehåll och leasingavtal – kan däremot ges samma innebörd som enligt nationell svensk rätt.²²

Det är väsentligt att notera att konventionen ensam avgör om det rör sig om en säkerhet som faller under konventionen men att klassificering av en säkerhet som omfattad av 2.2 (a), (b) eller (c) avgörs av tillämplig nationell rätt, Art. 2.4 Cape Town Convention.²³ Detta innebär ett tvåstegsförfarande, där det först avgörs enligt konventionssystemet exklusivt om ett avtal innefattar ett säkerställande som omfattas av definitionerna och därefter en klassificering enligt tillämplig nationell rätt som tillhörig den ena eller andra kategorin. Om svensk rätt är tillämplig kan det exempelvis uppstå frågor om ett leasingavtal bör hanteras som ett kreditköp eller en nyttjanderättsupplåtelse, jfr 1 § 3 st. lagen (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl., eller om en säkerhetsöverlåtelse ska ses som en ren pantsättning eller inkluderande en äganderättsövergång. En del av dessa gränsdragningsfrågor diskuteras vidare strax nedan.

Via kravet i Art. 7 (c) Cape Town Convention på identifiering av objektet för säkerheten omfattas inte alls säkerhet i ett växlande underlag, såsom företagshypotek enligt svensk rätt, "floating charge" enligt brittisk rätt eller "fixed security interest" i en egendomsklass enligt amerikansk rätt. Denna avgränsning ska hållas isär från möjligheten till säkerhet i framtida rullande järnvägsmateriel enligt Art. V.2 JP.

Det kan också noteras att *personsäkerhet* i form av borgen och garanti av olika slag av samma skäl inte omfattas då de inte medför någon rätt till särskild egendom för säkerhetshavaren vilket är ett krav enligt Art. 2.1 och 7 (c) Cape Town Convention.

²⁰ I Art 2.2 (a) i den svenska översättningen anges endast pantavtal, vilket i SOU 2014:79 s. 106, sägs omfatta även säkerhetsöverlåtelse.

²¹ Goode I, s. 35. I prop. 2015/16:12 s. 22, anges att "pantavtal" omfattar pantförskrivning, säkerhetsöverlåtelse och fall där egendom lämnats till borgenären t.ex. för reparation eller förvaring och "där det avtalats om att egendomen ska utgöra en säkerhet för betalning av tjänsten."

²² Jfr prop. 2015/16:12 s. 23.

²³ Goode I, s. 45.

2.5.2 Särskilt om sale and lease-back

Sale and lease-back är en avtalskonstruktion som är vanlig i kreditsammanhang både avseende luftfartyg och järnvägsmateriel.²⁴ Metoden innebär att kredittagaren som ägare av ett lämpligt objekt säljer detta till en kreditgivare/leasegivare mot kontant betalning och leasar därefter objektet för en bestämd tid samt betalar periodvisa leasingavgifter motsvarande amortering och kreditkostnader. Äganderätten till objektet utgör leasegivarens huvudsakliga kreditsäkerhet och eftersom förhållandet är upplagt som en nyttjanderättsupplåtelse medför betalningarna i sig ingen återgång av äganderätt till leasetagaren, såsom fallet är vid kreditköp mot ägarförbehåll, jfr avräkningsreglerna i 9 och 10 §§ avbetalningsköplagen.

Transaktionen består således av två led i form av dels en försäljning, dels en nyttjanderättsupplåtelse. Det är naturligtvis väsentligt för alla inblandade att rättsverkningarna av helheten blir de avsedda, nämligen sakrättsligt skyddad kreditsäkerhet för kreditgivaren. Här visar sig dock en väsentlig skillnad mellan reglerna för luftfartyg respektive järnvägsmateriel vad gäller Cape Town Convention-reglernas omfång. Utgångspunkten är Art. 41 Cape Town Convention, som anger att konventionen är tillämplig på försäljningar av objekt och optioner avseende dessa, "i enlighet med protokollets bestämmelser, med de inskränkningar som framgår där."

Luftfartygsprotokollet anger i Art. III LP att större delen av Cape Town Convention är tillämplig även på alla slags försäljningar av, inklusive framtida optioner till, objekt som omfattas av konventionen, vilket innebär att försäljningar kan registreras även om de inte sker i säkerhetssyfte. Sådan registrering medför därmed rättsverkan enligt konventionssystemet, bland annat i form av prioritet framför nationell rätt som annars skulle vara tillämplig på försäljningen i de frågor som Cape Town Convention-systemet omfattar. *Inom* Cape Town Convention-systemet gäller dock att en registrerad överlåtelse endast skyddar köparen i egenskap av köpare. Skulle köparen exempelvis leasa ut det köpta flygplanet måste även leasingavtalet registreras för att köparen ska vara skyddad till sin rätt som leasegivare, jfr Art. 29.1 Cape Town Convention.²⁵ Detta omfång för Cape Town Convention och LP genomfördes på önskemål av flygindustrin eftersom det ansågs önskvärt att kunna dra nytta av det internationella registreringsförfarandet även för försäljningar, oberoende av deras syfte.²⁶

Järnvägsprotokollet däremot har inte någon motsvarande "utvidgningsregel" utan här gäller det omfång som anges i Cape Town Convention, nämligen de säkerhetstransaktioner som räknas upp i Art. 2.2 Cape Town

²⁴ Prop. 2015/16:12 s. 19, SOU 2014:79 s. 68, prop. 2017/18:117 s. 10 och SOU 2016:43 s. 44.

²⁵ Goode I, s. 333.

²⁶ Goode I, s. 34 och 215 f.

Convention (pantavtal/säkerhetsöverlåtelse, ägarförbehåll och leasingavtal). Ordinär omsättningsöverlåtelse av järnvägsmateriel kan inte registreras på sådant sätt att några särskilda rättsverkningar inträder. Det anges visserligen i Art. XVII JP att "[m]eddelanden om försäljning av rullande järnvägsmateriel ska enligt regelverket kunna registreras i det internationella registret", varvid registreringsbestämmelserna i kap. III JP och kap. V Cape Town Convention blir tillämpliga, men samtidigt att sådan registrering inte får "ha något annat syfte än att informera och ska inte påverka någon persons rättigheter eller ha någon annan effekt enligt konventionen eller detta protokoll." Registreringen i sig medför således inga särskilda rättsverkningar.

Denna avgränsning gentemot försäljningar väcker en del frågor i förhållande till svensk rätt, som måste hanteras i de fall svensk rätt är tillämplig lag. Dels gäller det gränsdragningen mellan säkerhetsöverlåtelse (som ska kunna registreras som internationell säkerhet) och omsättningsöverlåtelse (som endast kan registreras i upplysningssyfte), dels betydelsen av sakrättslig fullbordan av omsättningsöverlåtelse av lösöre enligt svensk rätt.

Gränsdragningsfrågan är från svensk utgångspunkt i sig välkänd och har diskuterats i omgångar i olika lagstiftningsärenden och litteraturen.²⁷ Strävan har länge varit att undvika behovet av svåra gränsdragningar genom att ställa upp gemensamma regler för överlåtelse, inklusive säkerhetsöverlåtelse, och pantsättning, vilket syns inte minst i 10 § skuldebrevslagen – vad lagen anger avseende överlåtelse av skuldebrev omfattar även pantsättning därav. Motsvarande lösning återkommer i den betydligt senare konförlagslagen från 1998.²⁸ Denna strävan efter enhetlig behandling kan dock komma att brytas om det inhemska förslaget i SOU 2015:18 till avskaffande av traditionsprincipen som sakrättsligt moment för borgenärsskydd vid köp genomförs till förmån för avtalsprincipen. I denna ändring ligger att det måste göras en åtskillnad mellan omsättningsöverlåtelser och säkerhetsöverlåtelser eftersom endast de förra skulle omfattas av reformen. Säkerhetsöverlåtelserna skulle hanteras som pantsättningar och därmed kräva tradition enligt 10 kap. 1 § handelsbalken eller eventuellt registrering om förslaget till registerpantssystem också genomförs.²⁹ Motsvarande behov av gränsdragning uppstår således nu via Cape Town Convention-systemet.

Om i samband med en sale and lease-back den inledande försäljningen skulle ses som en omsättningsöverlåtelse (en "verklig" försäljning) innebär det att nationell rätt avgör vad som krävs för fullbordan av försäljningen. Är svensk rätt tillämplig lag innebär det således för närvarande att försäljningen måste fullbordas genom tradition eller registrering enligt 1845 års lösöreköpslag, för att leasegivaren/kreditgivaren ska uppnå den eftersträvarde

²⁷ Se härom Millqvist, *Sakrättens grunder*, 8 uppl., 2018, s. 160 med hänv. i not 25.

²⁸ Lagen (1998:1479) om värdepapperscentraler och konförlag av finansiella instrument 6 kap. 7 § första st. – Bestämmelserna i 1–5 §§ tillämpas även vid pantsättning.

²⁹ Se SOU 2015:18 s. 123 ff.

objektssäkerheten i form av äganderätt till egendomen. Denna icke önskade effekt av Cape Town Convention-systemets begränsade omfång på denna punkt är tänkt att hanteras i den svenska implementeringen på det sättet att enligt en ny särskild regel i 9 § lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker, sale and lease-back av järnvägsfordon erhåller sakrättsligt skydd i och med registrering i det internationella registret.³⁰ Med denna lösning har lagstiftaren i sådant fall föregått sig själv genom att avskaffa traditionsprincipen som möjligt rekvisit för fullbordan av försäljningar av rullande järnvägsmateriel om försäljningen ingår som led i en sale and lease-back som registreras som internationell säkerhet enligt Cape Town Convention-systemet, även om försäljningen skulle vara att se som en regelrätt omsättningsöverlåtelse. Registrering enligt 1845 års lösereköpslag kommer dock fortsatt vara möjlig men kanske inte så attraktiv. Det kan noteras att regeln i 9 § lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker hänvisar till Art. 2.2 (c) Cape Town Convention, vilket medför att *alla* former av leasing som kan utgöra internationell säkerhetsrätt omfattas av registreringsmöjligheten som svenskt sakrättsmoment. Detta lär dock inte medföra några särskilda problem eftersom det endast innebär en dubbling av de åtgärder som medför sakrättsligt borgenärsskydd enligt svensk rätt.

Genomförs det generella förslaget om avskaffande av traditionsprincipen för lösöre blir samtidigt den särskilda regeln onödigt och kan avskaffas för att i framtiden undvika eventuell förvirring i lagtolkningen. Allt dock under förutsättning av att det rör sig om omsättningsöverlåtelser.

I de fall det *inte* rör sig om sale and lease-back kvarstår dock en gränsdragningsfråga mellan sådana säkerhetsöverlåtelser som i sig kan registreras som internationella säkerheter och andra överlåtelser. Denna gränsdragningsfråga måste göras baserad på Cape Town Conventions regler eftersom Cape Town Convention exklusivt avgör om det i ett givet fall rör sig om en sådan internationell säkerhet som kan registreras, jfr ovan. Härvid blir det avgörande att ta ställning till innebörden av Art. 2.2 (a) i Cape Town Convention avseende säkerställande "enligt ett pantavtal". Den engelska formuleringen är här att "an international interest" kan utgöras av en säkerhetsrätt "granted by the chargor under a security agreement".

Tolkningen av uttrycket "security agreement" ska ske autonomt i enlighet med Art. 5 Cape Town Convention om tolkning av konventionen.³¹ De tolkningsprinciper som tas upp i denna artikel har kända förebilder i Art. 31.1 Wienkonventionen 1969 och Art. 7 CISG. Art. 5.1 Cape Town Convention anger att vid tolkningen av konventionen "ska hänsyn tas till dess syften såsom dessa kommer till uttryck i *ingressen*, dess *internationella*

³⁰ Se prop. 2017/18:117 s. 31 f. och 40, och SOU 2016:43 s. 162 f. med en något annan formulering av regeln men med snarlik innebörd.

³¹ Jfr Goode I, s. 23, "whether an agreement falls within the Convention at all is a matter for interpretation of the definitions in the Convention, not of the applicable law."

karaktär och nödvändigheten av att främja *enhetlighet och förutsägbarhet vid tillämpningen*." Art. 5.2 Cape Town Convention anger vidare att frågor inom konventionens tillämpningsområde som inte regleras uttryckligen i den ska hanteras "enligt de *allmänna principer* som ligger till grund för Konventionen eller, i annat fall, i enlighet med *tillämplig lag*".

När det gäller uttrycket "security agreement" finns tolkningsstöd i Art. 1 (ii) Cape Town Convention.³² Därmed avses "*an agreement by which a chargor grants or agrees to grant to a chargee an interest (including an ownership interest) in or over an object to secure the performance of any existing or future obligation of the chargor or a third person*". (Min kursivering.) Denna skrivning har onekligen som ett centralt exempel vad vi från svensk utgångspunkt skulle anse vara ett pantavtal men genom hänvisningen till "ownership interest" även en säkerhetsöverlåtelse. Därutöver kan noteras att skrivningen är öppen i den meningen att det centrala är att det ska röra sig om en överenskommelse som innebär att en upplåtare/överlåtare beviljar en förvärvare en rätt eller ett intresse i ett objekt som säkerhet för fullgörelsen av en befintlig eller framtida förpliktelse av upplåtaren/överlåtaren eller en tredje person. Partssyftet för överenskommelsen (avtalet) är således centralt och så länge detta är inriktat på ett säkerhetsställande kan det omfattas av Cape Town Convention och utgöra en "security interest". Det ska därvid inte spela någon roll om överenskommelsen rubriceras på det ena eller andra sättet i olika nationella rättsordningar. Denna senare klassificering är som sagt uttryckligen hänvisad till nationell rätt, Art. 2.4 Cape Town Convention.

2.6 Vilka rättsverkningar omfattas?

Rättsverkningarna av giltig registrerad internationell säkerhetsrätt är omfattande enligt regelverket. Dels gäller det avtalsrättsliga och obligationsrättsliga effekter vid överlåtelse och avtalsbrott av de kreditavtal, kreditköpsavtal eller leasingavtal som utlöser eller står bakom säkerhetsställandena, dels gäller det sakrättsliga och insolvensrättsliga effekter i samband med gäldenärens insolvens. Rättsverkningarna delas i konventionen

³² Här kan påpekas att det tyvärr insmugit sig några korrekturfel i det svenska offentliga trycket. I bilagan till lagen (2015:860) om internationella säkerhetsrätter i lösa saker, som innehåller konventionstexten på engelska med svensk översättning, har av någon anledning definitionerna i Art. 1 numrerats från 1–26 i den engelskspråkiga versionen men inte i den svenska, istället för som i originalet anges med alfabetet a)–z). Därefter följer dock bilagan originalet genom användning av aa)–nn) som indelning i båda versionerna. Denna skillnad i skrivsätt finns också i prop. 2015/16:12. I SOU 2014:79 följer Bilaga 2 visserligen originalet men istället har punkten i) "creditor" means etc. fallit bort så att den fortsatta listan har kommit i otakt.

in i "Åtgärder vid avtalsbrott" (Kap. III Cape Town Convention), "Den internationella säkerhetsrättens verkan gentemot tredje man" (Kap. VIII Cape Town Convention) samt "Överlåtelse av tillhörande rättigheter och internationella säkerhetsrätter; subrogationsrättigheter" (Kap. IX Cape Town Convention).³³ Till dessa konventionsbestämmelser ansluter i LP respektive JP "Åtgärder vid avtalsbrott, prioritet och överlåtelser" (Kap. II i respektive protokoll).

Två grundläggande aspekter är genomgående för rättsverkningarnas utformning. Det är dels avtalsfrihetens genomslag, dels önskemålet om säkerhetens effektivitet. Partsautonomi ska råda så långt som möjligt och säkerhetshavaren ska kunna känna sig säker på att upplåten säkerhetsrätt vid behov kan genomdrivas enligt sina villkor. Regleringarna gäller således den internationella säkerhetsrättens ställning i tre avseenden; ianspråktagande vid gäldenärens avtalsbrott, ianspråktagande vid gäldenärens insolvens (insolvens kan naturligtvis i sig ses som ett avtalsbrott) samt säkerhetsrättens ställning vid överlåtelse av eller annan disposition över säkerheten och den säkrade förpliktelsen. Nedan tas dessa aspekter upp i tur och ordning.

2.7 Gäldenärens avtalsbrott

2.7.1 Några gemensamma iakttagelser

När det gäller ianspråktagande av säkerheten vid gäldenärens avtalsbrott är parterna fria att avtala om vad som ska anses utgöra sådant avtalsbrott (default) som ger säkerhetshavaren rätt att agera avseende säkerheten, dock ska säkerhetsställaren ha lämnat samtycke till den åtgärd som ska vidtas efter avtalsbrott, vilket kan ske i avtalet eller senare, Art. 8.1 och 11 Cape Town Convention, Art. IX.1 LP och Art. VII.1 JP. Om avtalsreglering mot förmodan skulle saknas i kreditavtalet, kreditköpeavtalet eller leasingavtalet, eller vara bristfällig, anger Art. 11.2 Cape Town Convention, att med avtalsbrott avses sådant som medför att "borgenären i väsentlig utsträckning berövas det borgenären rätteligen kan förvänta att avtalet ger borgenären rätt till". Ett *väsentlighetsrekvisit* ställs upp vilket skiljer denna definition från vad vi menar med avtalsbrott enligt svensk rätt. Enligt svensk allmän

³³ Överlåtelse av "tillhörande rättigheter" ("associated rights") i rubriken till Kap. IX Cape Town Convention låter lite kryptiskt men uttrycket speglar att konventionssystemet har säkerhetsrätten i centrum, inte de kreditavtal eller annat avtal som säkerheten är avsedd att skydda, jfr SOU 2014:79, s. 104. I Art. 1 (c) Cape Town Convention definieras "associated rights" som "all rights to payment or other performance by a debtor under an agreement which are secured by or associated with the object". Definitionen avgränsar därmed "tillhörande rättigheter" till de rättigheter som har en uttrycklig koppling till säkerheten. Andra eventuella förpliktelser för gäldenären eller annan avses inte, se Goode I, s. 112 ff.

kontrakträtt är det inte ett nödvändigt rekvisit att avtalsbrottet är väsentligt för att kunna åberopas och ligga till grund för avtalsbrottspåföljder. Även ringa avvikelser från fullgod prestation kan vara relevanta för påföljd, också i fall det inte föreskrivits särskilt i avtal. Det beror mera på påföljden i vad mån ett väsentlighetsrekvisit måste vara uppfyllt. En mindre kvalitetsavvikelse i en levererad vara kan till exempel föranleda prisnedsättning men kanske inte hävning eller skadestånd.³⁴

Det kan särskilt noteras att registrering av säkerheten inte är något krav för möjligheterna att tillgripa avtalsbrottspåföljder. Registreringen avser säkerhetshavarens relation till tredje man och således de sakrättsliga aspekterna av säkerhetsrätterna medan ianspråktagande efter avtalsbrott ligger på det obligationsrättsliga planet. Härav följer också konventionens disposition genom att reglerna för själva registreringen är inskjutna emellan avtalsbrottspåföljderna och insolvenshanteringen och relationen till tredje man.

Regelsystemet skiljer på verkningarna av brott mot kreditavtal säkrat av panträtt eller säkerhetsöverlåtelse och kreditköpsavtal/leasingavtal samt mellan de olika egendomsslagen. Effekterna av de olika säkerhetsformerna skiljs åt beroende på äganderättsplaceringen, där panträtt/säkerhetsöverlåtelse anses medföra bibehållen äganderätt för säkerhetsställaren och kreditköp/leasing äganderättsplacering hos säkerhetshavaren. Denna skillnad i konstruktion medför delvis olika behov då det kommer till rättsverkningarna.

2.7.2 Panträtt och säkerhetsöverlåtelse

Eftersom panträtt och annan motsvarande säkerhetsrätt i dessa sammanhang utgörs av registerpant i objekt som typiskt sett står under gäldenärens fysiska kontroll, är reglerna inriktade på säkerhetshavarens möjligheter att få tillgång till säkerheten och att kunna få ekonomisk kompensation ur den. Således föreskriver Art. 8.1 (a)–(c) Cape Town Convention, att säkerhetshavaren vid motpartens avtalsbrott äger ta egendomen i besittning, sälja eller leasa ut den (pantrealisation) och tillgodogöra sig all form av avkastning från den. Därtill får borgenären enligt Art. IX.1 LP låta avregistrera luftfartyg och exportera det från det territorium där det finns, och enligt Art. VII.1 JP likaså låta exportera och föra ut rullande järnvägsmateriel

³⁴ Jfr Hellner, Hager, Persson, Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 2 häftet. Allmänna ämnen, 6 uppl., Stockholm 2016, s. 98 ff.

från det befintliga territoriet.³⁵ Ett generellt krav på affärsmässighet när det gäller genomförandet ställs i Art. 8.3 Cape Town Convention men detta stadgande ersätts enligt protokollet av de skrivningar som finns i Art. IX.3 LP och Art. VII.3 JP, vilka också kräver genomförande "in a commercially reasonable manner", varmed förstås att åtgärden genomförs "i överensstämmelse med en bestämmelse i avtalet, utom i de fall bestämmelsen är uppenbart oskälig."³⁶ Protokollen utvidgar dock kravet på affärsmässighet till alla säkerhetsformer, även leasing och kreditförsäljning, i förhållande till Art. 8.3 Cape Town Convention, som endast avser pantsättning och säkerhetsöverlåtelse.

Uttrycket "uppenbart oskälig" i protokollsbestämmelserna väcker frågan vilken relation detta uttryck har till "oskäligt" avtalsvillkor i 36 § avtalslagen. Det finns ingen ytterligare precisering i konventionssystemet och i kommentarerna påpekas att ordvalet närmast ska uppfattas som ett påpekande om att avtalsvillkoren inte ska rubbas annat än i uppenbara fall.³⁷ Särskilt då villkoren innehållsmässigt följer internationell villkorsstandard bör utgångspunkten vara att de inte är uppenbart oskäliga. Frågan är dock av den karaktären att den slutligen får bedömas enligt nationell rätt, även om "de allmänna principer som ligger till grund för Konventionen" i sådana fall ska beaktas enligt Art. 5.2 Cape Town Convention. Skillnader kan således uppstå beroende på vilken nationell rätt som är bakgrunds rätt i ett givet fall.

I de fall pantrealisation i någon form ska ske finns ett krav på skriftlig underrättelse härom inom skälig tid till gäldenären, eventuella borgensmän, garantier, rembursutställare och kreditförsäkringsgivare samt till personer med någon form av rätt till objektet som underrättat säkerhetshavaren om sin rätt, Art. 8.4 Cape Town Convention. Här kan det röra sig om andra säkerhetshavare, med bättre eller sämre prioritet, oregistrerade eller legala säkerhetshavare. Vidare föreskrivs att belopp som säkerhetshavaren erhåller genom en realisationsåtgärd ska gå i avräkning mot de säkerställda förpliktelserna samt att ett överskott ska fördelas i företrädesordning mellan kända rättighetshavare med lägre prioritet och, om det räcker, slutligen

³⁵ Här används uttrycket "territorium", inte stat eller land, p.g.a. att federationsstater kan avge förklaring att konventionssystemet ska gälla i hela federationen eller endast i vissa territorier, med den verkan att gäldenären måste vara etablerad eller hemmahörande i ett sådant territorium, se Art. 5.4 och 52 Cape Town Convention.

³⁶ Det engelska uttrycket "commercially reasonable manner" används genomgående i de engelska texterna men i de svenska har en översättningsskillnad smugit sig in mellan LP och JP på det sättet att LP använder "affärsmässigt rimligt sätt" medan JP använder "affärsmässigt skäligt sätt", någon skillnad i sak kan dock inte vara avsedd.

³⁷ Goode I, s. 282, påpekar: "The phrase 'manifestly unreasonable' is a signal to courts that they should not lightly disturb the bargain made by the parties. Established commercial practice is relevant to whether a provision in a security agreement is 'manifestly unreasonable'. A provision that is in line with accepted international practice will normally be regarded as not manifestly unreasonable."

utbetalas till gäldenären, Art. 8.5 och 6 Cape Town Convention. Med andra ord gäller här en liknande ordning som enligt svensk rätt vad gäller förbud mot förfallopant. Säkerhetshavare kan inte förbehålla sig direkt rätt till säkerheten mot avräkning av fordran vid pantrealisation oberoende av värderelationen, jfr 37 § avtalslagen. Säkerhetshavare med bättre prioritet kan stå kvar med sin säkerhet i objektet eftersom den inte påverkas av att försäljning sker för sämre prioriterad säkerhet. Dessa bestämmelser i Art. 8.3–6 är tvingande.

Likheten med förbudet mot förfallopant visar sig också i Art. 9.1 Cape Town Convention genom att där föreskrivs att avtal om övertag av säkerheten som kompensation för utebliven prestation *efter* avtalsbrottet går bra, *datio in solutum*. Ska domstol besluta i frågan gäller enligt tvingande bestämmelse att "de säkerställda förpliktelserna står i proportion till egendomens värde", i betydelsen i stort sett motsvarar varandra värdemässigt.

2.7.3 Ägarförbehåll och leasing

När det gäller säkerhet i form av ägarförbehåll i kreditförsäljningsavtal eller leasingupplåtelse är utgångspunkten i Cape Town Convention-systemet att säkerhetshavaren fullt ut äger objektet och således kan disponera över detta i händelse av köparens/leasetagarens avtalsbrott. Enligt Art. 10 (a) och (b) Cape Town Convention kan säljare/leasegivare vid motpartens relevanta avtalsbrott, med eller utan domstols medverkan, häva avtalet, ta egendomen i besittning eller fritt förfoga över den. Någon avräkning och något tillgodogörande för gäldenärens del ska inte ske, förfallopantregleringen är inte tillämplig. Denna tillämpning förutsätter dock att ägarförbehåll och leasing i den relevanta nationella rättsordningen klassificeras som "verklig" försäljning med full rättsverkan för ägarförbehåll och "verklig" nyttjanderättsupplåtelse (Art. 2.4 Cape Town Convention). Om så inte är fallet utan avtalen ses som creditsäkerhetsarrangemang i nationell rätt, såsom i vissa fall i USA, Kanada, Nya Zeeland och Australien, blir istället regleringen i Art. 8 och 9 tillämplig.

För svensk rätts del kan sägas att ägarförbehåll idag i litteraturen ses som en säkerhetsform som reellt sett motsvarar en panträtt för säljaren i det sålda godset.³⁸ Avräkningsreglerna i 9 och 10 §§ avbetalningsköplagen innebär att avbetalningssäljaren inte får ut mer än sin restfordran ur objektet, ett eventuellt övertvärde i objektet stannar hos köparen, med andra ord samma effekt som panträtt ger. Om detta också skulle innebära att en "kapstadskreditsäljare" med registrerat (svenskt) ägarförbehåll skulle vara

³⁸ Se Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt, 6 uppl., Iustus Förlag, 2009, s. 171 f., även dens. i tillägg i NJA 2009 s. 79.

hänvisad till Art. 8 och 9 om pantrealisation eller kunna återropa Art. 10 Cape Town Convention avgörs av svensk klassificering av kreditförsäljningsavtalet. Historiskt utgör ägarförbehållet enligt svensk rätt en ägares/säljares makt att som villkor för köpeskillingskredit föreskriva bibehållen äganderätt tills full betalning skett och det finns knappast tillräckligt underlag i rättskällorna för att anse denna motivering för ägarförbehållets giltighet ha förändrats dithän att det idag skulle röra sig om en med panträtt jämförbar rättsfigur. Här för skulle krävas åtminstone ett tydligt ställningstagande från Högsta domstolen eller lagstiftaren.

För leasingens del är nog rättsläget klarare i Sverige. Leasing har erkänts som nyttjanderätt till lös egendom (saklega) och leasegivaren uppfattas därmed som fullvärdig ägare till leasingobjektet med bibehållen rätt att disponera över detta vid leasetagarens avtalsbrott.³⁹ Det råder därmed knappast någon tvekan om att leasegivaren kan förlita sig på Art. 10 Cape Town Convention vid leasetagarens relevanta avtalsbrott och fritt disponera över leasingobjektet.

2.8 Gäldenärens insolvens

Eftersom Kapstadskonventionen och dess protokoll har som huvudsakligt syfte att förbättra säkerhetsläget för säkerställda borgenärer är preciseringen av borgenärens position vid gäldenärens insolvens kanske den mest centrala regleringen i systemet. Det rör sig i dessa sammanhang om värdefulla objekt och därmed ofta om stora krediter, objekt som dessutom är mycket mobila, vilket medför att det sällan går att förutse var dessa finns vid en motparts betalningsinställelse eller annat moratorium, inledande av rekonstruktion eller ett konkursutbrott. För att den registrerade internationella säkerhetsrätten ska uppfattas ha ett verkligt värde för kreditgivare är det ett starkt intresse att regelverket hanterar gäldenärens nationella insolvens på ett sådant sätt att säkerheten uppfattas som effektiv.⁴⁰

Reglerna avseende relationen till insolvensförfaranden är ingripande genom att de skapar en i förhållande till nationell insolvensrätt särskild position för konventionsborgenärer.⁴¹ Ett övergripande syfte för hela konventionssystemet är att borgenär som innehar en registrerad internationell

³⁹ Se särskilt Högsta domstolens resonemang i NJA 2009 s. 79.

⁴⁰ Kristin van Zwieten (2012), *The insolvency provisions of the Cape Town Convention and Protocols: historical and economic perspectives*, Cape Town Convention Journal, 1:1 s. 53–77.

⁴¹ Insolvensförfarande definieras i Art. 1 (l) som "konkurs, likvidation eller andra rättsliga eller administrativa förfaranden, innefattande även interimistiska förfaranden, varvid gäldenärens tillgångar och rörelse kontrolleras eller övervakas av en domstol för rekonstruktion eller likvidation".

säkerhetsrätt ska kunna lita på att denna står sig och kan göras gällande enligt sina villkor oberoende av vad gäldenärens nationella insolvensrätt föreskriver. För svensk rätts del visar sig detta bland annat i den nya särskilda förmånsrätten i 4 § 2 p. förmånsrättslagen, åsidosättandet av 2 kap. 20 § lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion och 8 kap. 10 § konkurslagen (1987:672). Kapstadsborgenären är inte hindrad från att häva kreditavtalet och disponera över objektet i enlighet med konventionssystemet trots påbörjad företagsrekonstruktion eller från privat pantrealisation trots konkurs. Konventionsreglerna har företräde framför de svenska reglerna enligt 2 och 3 §§ lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker, jfr 1 kap. 4 § lagen om företagsrekonstruktion, 1 kap. 6 § konkurslagen och även 1 kap. 2 § utsökningsbalken.⁴² Härvidlag lär inte det pågående reformarbetet avseende företagsrekonstruktionen innebära någon skillnad. Konventionsreglerna går före i egenskap av speciallag. Det bör särskilt noteras att den särskilda förmånsrätten enligt 4 § 2 p. förmånsrättslagen avser *internationell säkerhetsrätt enligt lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker*, vilket innebär att samtliga former av säkerhet enligt konventionssystemet omfattas och därmed inkluderar ägarförbehåll och leasingrätt, utöver panträtt, säkerhetsöverlåtelse och retentionsrätt.

Utgångspunkterna anges i Art. 30 Cape Town Convention vara att en registrerad internationell säkerhetsrätt får göras gällande i gäldenärens insolvensförfaranden, att inget i artikeln hindrar att säkerheten görs gällande om den är giltig enligt nationell rätt men att nationella återvinnings- och ogiltighetsregler gäller och att insolvensförvaltare (motsvarande) inte är förhindrad att tillämpa nationella regler om separationsrätt och liknande i enlighet med tillämplig insolvensrätt. Till dessa utgångspunkter ska dock omedelbart läggas de särskilda regler som följer av Art. XI, Alternativ A, LP och Art. IX, Alternativ A, JP, vilka är de viktiga reglerna i sammanhanget men som förutsätter särskild implementering i medlemsstaterna antingen genom förklaringar eller, då det rör sig om EU:s medlemsstater, nationell lagstiftning. Sverige har infört sådan lagstiftning i form av 8 § lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker, innebärande tillämpning av Alternativ A i de båda protokollen som nationell lag. På grund av EU:s tillträde till Kapstadskonventionen och det faktum att delar av konventionssystemet överlappar EU-lagstiftning är det nödvändigt för EU:s medlemsländer att införa de regler som anges i dessa Alternativ A i protokollen som nationell lag istället för att endast avge förklaring enligt konventionen.⁴³ De båda artiklarna i protokollen tillhandahåller flera alternativ (B och C) men dessa är av mindre intresse då de knappast alls har implementerats nationellt. De tas inte upp här.

⁴² Prop. 2015/16:12 s. 70.

⁴³ Se prop. 2015/16:12 s. 47 ff. och prop. 2017/18:117 s. 23.

Liksom vid andra avtalsbrott gäller vid gäldenärens insolvens en ovillkorlig rätt för borgenären att få kontroll över objektet. Alternativ A i de båda protokollsbestämmelserna inleds med en regel om att insolvensförvaltaren, eller gäldenären då förvaltare saknas, inom viss tid ska "överlämna" luftfartsobjektet/den rullande järnvägsmaterielen till borgenären. Tiden utgörs av den kortare perioden av fastställd väntetid om max 60 dagar eller den tidpunkt som hade varit tillämplig enligt nationell rätt om den aktuella regeln inte funnits. Förvaltaren/gäldenären kan dock vidta bevarandeåtgärder för att skydda objektet och även använda det om det i sig innebär bevarande. Interimistiska åtgärder enligt nationell rätt ska också kunna begäras av borgenären, jfr Art. 13 Cape Town Convention. Förvaltaren/gäldenären har samtidigt möjlighet att hindra borgenärens övertagande av objektet genom att betala alla förfallna skulder och göra åtagande om fullgörelse av alla framtida avtalsförpliktelser. Således full betalning av gamla skulder och åtaganden av massakarakär vid konkurs och motsvarande vid företagsrekonstruktion, Art. XI.2-7 LP och Art. IX.3-7 JP. Eftersom borgenären alltid är säkerställd med särskild förmånsrätt i dessa sammanhang blir inte ackordsreglerna i företagsrekonstruktionslagen och konkurslagen tillämpliga på borgenärens fordringar, 3 kap. 2, 3 och 8 §§ lagen om företagsrekonstruktion och 12 kap. 5, 11 och 21 §§ konkurslagen, så långt de täcks av säkerheterna. Därutöver deltar de dock avseende den oskyddade delen i vanlig ordning.

När det gäller kontrollen över de relevanta objekten finns också en reglering om rätt för borgenären att direkt begära export av objekt från det territorium (land) där det finns och att få relevant myndighetsassistans härmed senast inom fem dagar (flyget) eller sju (järnvägen) från begäran, Art. IX.1 och XI.8 LP, och Art. VII.1 och IX.8 JP. För detta ändamål ges också för flygets del särskilda regler om oåterkallelig fullmakt för borgenären att begära export, så kallad IDERA (Irrevocable de-registration and export request authorisation), vilken ska godtas av nationella myndigheter (Transportstyrelsen i Sverige) som behörighetsgrundade underlag för exportbegäran, Art. XIII LP och 2 kap. 6 § 6 p. luftfartslagen (2010:500). Denna exportreglering saknas för rullande järnvägsmateriel eftersom det nationellt knappast förekommer sådana restriktioner härvidlag som kan gälla för flyget.

2.9 Överlåtelse av och andra dispositioner över säkerställda rättigheter och säkerheter

Kapitel IX Cape Town Convention reglerar vissa centrala aspekter av rättsverkningarna av förfoganden över de kreditavtal, kreditförsäljningsavtal och leasingavtal som är kopplade till internationell säkerhetsrätt samt över den

aktuella säkerheten i sig. Som påpekades ovan i avsnitt 2.6 används beteckningen "associated rights" för dessa avtal och de fordringar och andra rättigheter som följer av dem. Regelverket bibehåller säkerheterna i centrum och hanterar de bakomstående avtalen som "associerade" till säkerheten. Det vanliga är ju annars att avtalet ses som huvudsaken och säkerheten närmast som en anknuten rättighet för avtalets rätta fullgörande. Det ska också direkt sägas att reglerna ansluter till den traditionella synen genom att upprätthålla säkerhetsrättens accessorietet till huvudförpliktelsen. Särskilt gäller detta kreditavtal säkrad med panträtt (eller säkerhetsöverlåtelse) genom en föreskrift i Art. 32.2 Cape Town Convention om att säkerhetsrätten som sådan inte med rättslig verkan kan överlåtas separat från fordran. För andra fall anges att konventionen inte är tillämplig på fordringsöverlåtelser som inte omfattar (berör) den internationella säkerheten, Art. 32.3 Cape Town Convention. Sådana överlåtelser regleras uteslutande av nationell rätt.

Enligt huvudregeln i Art. 31.1 Cape Town Convention följer säkerheten med vid en överlåtelse av avtalsrättigheterna vilket innebär att överlåtarens samtliga rättigheter och prioritet övergår på förvärvaren. Regeln är dock dispositiv och annan fördelning kan åstadkommas genom avtal, exempelvis i sådana fall där överlåtelserna inte omfattar hela avtalsvärdet och både förvärvare och överlåtare ska åtnjuta säkerhet i egendomen, Art. 31.2 Cape Town Convention.

I Art. 31.3 och 4 Cape Town Convention tas också vissa fordringsrättsliga frågor upp avseende gäldenärens ställning. Frågor om gäldenärens *invändningsmöjligheter* och *rätt till kvittning* gentemot förvärvaren hänvisas till nationell rätt, vilket således för vår del innebär 27 och 28 §§ skuldebrevslagen (1936:81).⁴⁴ Men liksom enligt skuldebrevslagen är dessa regler dispositiva och gäldenären kan skriftligen avstå från invändnings- och kvittningsmöjligheterna. Undantag görs dock för invändningar baserade på "bedrägligt beteende från förvärvarens sida" (Art. 31.4 Cape Town Convention), vilket inte har någon tydlig motsvarighet i svensk fordringsrätt. Enligt svensk rätt får generalklausulen i 36 § avtalslagen tillgripas i ett sådant fall.⁴⁵

Vad gäller *legitimationsfrågan* efter överlåtelse av fordringsförhållandet anger Art. 33 Cape Town Convention skriftlig denuntiation till gäldenären av överlåtaren, med identifiering av fordran, som förutsättning för förvärvarens (aktiva) betalningslegitimation. Således mera formella krav än enligt denuntiationsregeln i 31 § 1 st. skuldebrevslagen, som dessutom tar sikte på det sakrättsliga borgenärsskyddet för förvärvaren, inte legitimationen även om denna i och för sig påverkas av att gäldenären denuntieras. I Art. XV LP görs dessutom ett tillägg innebärande krav på gäldenärens skriftliga

⁴⁴ Det blir här knappast fråga om invändningsreglerna för löpande skuldebrev i 15–18 §§ skuldebrevslagen eftersom det genomgående handlar om kontraktsrättigheter och således analogier till 3 kap. skuldebrevslagen.

⁴⁵ Jfr Mellqvist & Persson, *Fordran & skuld*, 10 uppl., Iustus Förlag 2014, s. 157.

samtycke, "whether or not the consent is given in advance of the assignment or identifies the assignee." Detta betyder att då säkerheten utgörs av luftfartsobjekt krävs utöver skriftlig denuntiation med identifiering, gäldenärens samtycke. Utan sådant samtycke saknar förvärvaren således aktiv betalningslegitimation men detta påverkar inte förfogandelegitimationen borgenärerna emellan.⁴⁶ Det finns inget kompletterande krav på gäldenärens samtycke i JP. För järnvägsfordon gäller endast skriftlighets- och identifieringskraven i Art. 33 Cape Town Convention.

Har fullgod denuntiation lämnats ska gäldenären anses kunna prestera med befriande verkan till den utpekade förvärvaren (passiv betalningslegitimation), Art. 33.2 Cape Town Convention. Detta stadgande inleds dock med orden "Irrespective of any other ground on which payment or performance by the debtor discharges the latter from liability", så ska konventionens krav räcka för den passiva legitimationen. Frågan är därmed hur denna reglering förhåller sig till legitimationsreglerna i 29 och 30 §§ skuldebrevslagen eftersom dessa bygger på gäldenärens goda tro, inte denuntiation, som krav för passiv legitimation. Det görs ingen hänvisning till nationell rätt i konventionstexten och i kommentaren förklaras innebörden endast med att om det brister i den aktiva respektive passiva legitimationen, gäldenären inte kan avkrävas prestation, respektive gäldenären riskerar att behöva betala en gång till.⁴⁷ Men om "any other ground" duger för uppfyllelse av legitimationskraven bör det räcka med att godtrosprövningen enligt 29 och 30 §§ skuldebrevslagen utfaller till gäldenärens fördel för att konstatera befriande prestation, såvida svensk rätt är tillämplig på partsförhållandet mellan borgenär och gäldenär. Mot denna tolkning står dock det faktum att den innebär ett avsteg från önskemålet om enhetlighet och förutsebarhet för de internationella förhållanden som konventionen omfattar. Det är knappast troligt att utländsk domstol skulle nöja sig med en godtrosprövning enligt svensk rätt då konventionen tydligt kräver att formalia ska vara uppfyllda för att legitimation ska föreligga. Här finns således risk för viss osäkerhet i tillämpningen.

3. Avslutning

Efter denna presentation av Kapstadssystemet i ljuset av svensk rätt kan det konstateras att svensk förmögenhetsrätt fått en komplettering för internationella förhållanden som är väl värd att beakta då det blir fråga om för lagstiftaren att se över och modernisera svensk, intern kreditsäkerhetsrätt.

⁴⁶ Se Goode I, s. 468.

⁴⁷ Goode I, s. 358.

Ett heltäckande system med registrering i ett elektroniskt register, öppet och tillgängligt för alla, bör vara fullt möjligt att införa även nationellt. Det behöver inte innebära några stora ändringar av materiell rätt såvida det inte också är önskvärt, utan kan införas som ett komplement och förstärkning av borgenärens legitima krav på betryggande creditsäkerhet. Ett sådant system skulle säkert konkurrera med företagshypoteket i de fall gäldenären har tillgångar som kan utgöra underlag för endera säkerhetsformen men sådan konkurrens är knappast av ondo, tvärtom kan det medföra ett mera effektivt utnyttjande av säkerhetsunderlaget.

Nya förmånsrätter på grund av internationell rättsutveckling

GÖRAN MILLQVIST*

1. Inledning

Förmånsrätt är en term som syftar på dels rangordningen av fordringar i konkurs och vid utmätning, 1 § förmånsrättslagen (1970:979) (FRL) och 7 kap. 13–19 §§ utsökningsbalken (1981:774) (UB), dels sakrättsligt borgenärsskydd för vissa rättsinstitut och transaktioner, främst panträtter av olika slag.¹ I FRL ges en uppräkningslista av de särskilda förmånsrätter som finns i svensk rätt, 3 a–8 §§ FRL, och de fordringar som kan ha allmän förmånsrätt, 10–13 b §§ FRL. Totalt rör det sig om 22 olika förmånsrätter rangordnade i lagen efter inplaceringen i respektive paragraf. Det kan nämnas att detta är samma antal förmånsrätter, om än inte med samma innehåll, som uppräknas av David Nehrman i Inledning til Then Swenska Iurisprudentiam Civilem 1729.² Ett viktigt syfte för 1970 års FRL var att nedbringa antalet förmånsrätter genom en moderniserad lagstiftning, något som inte kan sägas ha upprätthållits under åren därefter.³

Trots det stora antalet förmånsrätter i FRL är det ändå bara en del av den totala rangordning av fordringar som kan ställas upp. I en komplett rangordning, eller ekonomisk förmånsrättsordning, måste också beaktas

* Professor i civilrätt vid Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

¹ Jan har forskat och skrivit om många ämnen inom civilrätten men jag tror inte han varit inne på frågor om förmånsrättsordningen så mycket. Därför tycker jag det kan vara ett lämpligt tema för en artikel i detta sammanhang.

² David Nehrman, Inledning til Then Swenska Iurisprudentiam Civilem (Tryckt hos Ludwig Decreux, Kongl. Carolinska Academiens Boktryckare, Lund, Åhr 1729.) Jfr Henrik Hessler, Fordran och förmånsrätt, Juridiska Föreningens Förlag, Stockholm 1972, s. 17.

³ SOU 1969:5 Utsökningsrätt IX, s. 39. Här kan också återges ett uttalande i SOU 1999:1 s. 88, om varför förmånsrätternas antal ökar. "Som antytts går det ofta att åberopa goda skäl för införandet av än den ena och än den andra förmånsrätten. Eftersom den som får en förmånsrätt, t.ex. revisorer, staten och arbetstagare, till fullo uppskattar värdet av förmånsrätten, medan dess nackdel pulvreras hos många andra borgenärer, är det frestande för lagstiftaren att införa förmånsrätter. Historiskt kan man se hur förmånsrätterna gärna ökar genom enskilda beslut, varefter de skärs ner vid en samlad översyn av förmånsrättsordningen (i Sverige senast 1970 genom FRL)."

fordran på separationsrätt till viss egendom, kvittningsrätt, förmånsrätter i annan lagstiftning som inte framgår av FRL, bland annat i konkurslagen (1987:672) (KonkL), avtalsvis efterställda fordringar genom borgenärsavtal ("inter-creditor agreements"), fordran på fullbordan av gåva och associationsrättsliga riskkapitalfordringar. Listan är lång och ganska disparat men det är nog aldrig på det sättet att samtliga slags fordringar aktualiseras på samma gång i ett enskilt konkursförfarande eller liknande.

Det finns mycket att säga om alla dessa förmånsrätter men här vill jag nöja mig med några få iakttagelser avseende nytillkomna förmånsrätter, särskilt innebörden av 4 § andra punkten FRL.⁴

2. Den närmare innebörden av begreppet förmånsrätt

Begreppet förmånsrätt syftar enligt 1 § FRL på rangordningen inbördes av borgenärs rätt till betalning vid utmätning eller konkurs. Det är således fordringarna mot en viss gäldenär som rangordnas och lagen anger i vilken ordning de ska betalas då gäldenären blir föremål för exekution. De särskilda förmånsrätterna utgör dock en kombination mellan den förmånsberättigade fordringen och den egendom som värdemässigt ska täcka fordringen, se 2 § FRL, där det framgår att den särskilda förmånsrätten "avser viss egendom" medan den allmänna förmånsrätten "avser all egendom som ingår i gäldenärens konkursbo", och, kan det tilläggas, inte är belastad med särskild förmånsrätt. Den särskilda förmånsrättens värde motsvarar egendomens värde och skulle fordran vara större än egendomsvärdet är överskjutande del oprioriterad, 18 § andra st. FRL.

Att det är fordran som har förmånsrätt även avseende de särskilda förmånsrätterna framgår också av regleringen av tvångsackord enligt 3 kap. lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion (FrekL) och 12 kap. KonkL. Enligt dessa regler deltar inte borgenär "vars fordran är förenad med förmånsrätt".⁵

Fordringar som inte kan inordnas under någon förmånsrätt står utan sådan rätt och är oprioriterade, jfr 18 § första st. FRL. Eftersom kredit-säkerheter baserade på separationsrätt tidigare inte funnits med i FRL

⁴ Även 18 § FRL har kompletterats under senare år. I 18 § första stycket FRL har genom komplettering 2018:1956, skjutits in en ny andra mening som medför att vissa utpekade skuldinstrument är efterställda de oprioriterade fordringarna men går före avtalsvis efterställda fordringar. Denna rangordning är kopplad till lagen (2015:1016) om resolution genom hänvisning till denna lag för definitionen av de instrument som avses, vilket gör att den är relevant endast i samband med en krishantering av en systemviktig bank. Se härom prop. 2017/18:292.

⁵ FrekL 3 kap. 3 § och KonkL 12 kap. 11 §, som också undantar kvittningsbara fordringar och fordringar som säkras av återtagandeförbehåll (men inte leasingfordringar).

saknar de fordringar som är förknippade med sådan säkerhet förmånsrätt. I dessa fall består borgenärens säkerhet uteslutande i en rätt att få viss utpekad egendom undantagen från exekutiva åtgärder hos gäldenären, på grund av kommissionsförhållande, återtagandeförbehåll eller någon form av leasing. Sådan separationsrätt framgår indirekt av 4 kap. 17–19 §§ UB och 3 kap. 3 § KonkL. Här har dock skett en förskjutning i systematiken i FRL genom införandet av internationella säkerhetsrätter i 4 § andra punkten FRL, mera härom strax nedan.

3. Internationella säkerhetsrätter med förmånsrätt enligt 4 § andra punkten FRL

3.1 Bakgrund

Enligt 4 § andra punkten FRL, i lydelse enligt SFS 2018:474, följer förmånsrätt med "internationell säkerhetsrätt i luftfartyg, flygmotorer och rullande järnvägsmateriel som registrerats enligt lagen (2015:860) om internationell säkerhetsrätt i lösa saker".⁶ Enligt den senare lagen, i fortsättningen ISL, sker dock ingen registrering i sig utan den hänvisar endast till den så kallade Kapstadskonventionen (Cape Town Convention, CTC) och dess protokoll.⁷ ISL är en blankettlag som inför de materiella delarna av Kapstadskonventionen med åtföljande protokoll som lag här i riket. Sveriges tillträde till detta kreditsäkerhetssystem har således inneburit en ny punkt i 4 § FRL, omedelbart efter legala sjö- och luftpanträtter men före traditionell handpanträtt, retentionsrätt och olika registerpanträtter i lös egendom.⁸

⁶ Denna lydelse av andra punkten har dock ännu inte trätt i kraft p.g.a. att det saknas en fjärde ratificering av det s.k. järnvägsprotokollet för att detta ska träda i kraft. I fortsättningen utgår jag från att ikraftträdande har skett.

⁷ UNIDROIT/ICAO Convention on International interests in Mobile Equipment, Cape Town 16 November 2001; Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment, Cape Town 16 November 2001; Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Railway Rolling Stock, Luxembourg 23 February 2007, och Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Assets, Berlin 9 March 2012.

⁸ Utöver att denna reglering påverkar förmånsrättsordningen vid konkurs och utmätning ska påpekas att lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion föreskriver i 1 kap. 4 § "Om det i lagen (2015:860) om internationella säkerhetsrätter i lösa saker finns någon bestämmelse som avviker från denna lag, gäller den bestämmelsen. Lag (2015:867)." Som kommer framgå nedan medför detta att registrerad säkerhetsrätt inte berörs av ett svenskt rekonstruktionsförfarande. I KonkL 1 kap. 6 § föreskrivs motsvarande, "Om det i någon annan lag har meddelats någon bestämmelse som avviker från denna lag, gäller

Bakom termen internationell säkerhetsrätt står en uppräkningslista i CTC av kreditsäkerhetsinstitut som, om de omfattar de nämnda egendomsslagen – luftfartyg, flygmotorer, helikoptrar, lok, vagnar och annat rullande järnvägsmateriel – och har registrerats i ett internationellt register, medför den nämnda förmånsrätten i ett svenskt insolvensförfarande eller utmättningsförfarande. Av intresse är här att de institut som avses är panträtt, säkerhetsöverlåtelse, leasingrätt och ägarförbehåll. Med andra ord, som påpekats ovan, utöver panträtt, kreditsäkerheter som i svensk systematik hänförs till separationsrätter och som tidigare inte förekommit i FRL. Det råder dock viss tvekan om hur säkerhetsöverlåtelse ska klassificeras i detta sammanhang – som separationsrätt eller förmånsrätt, vilket diskuteras nedan. Det ska också noteras att även om regelverket i CTC är internationellt och baserat på en internationell konvention behöver de transaktioner som avses inte vara internationella eller gränsöverskridande i sig. Det räcker att gäldenären är knuten till (hemmahörande i) en konventionsstat och att transaktionen i sig platsar under reglernas definitioner av registreringsbara transaktioner och att registrering också skett, för att förmånsrätt enligt 4 § andra punkten ska åtnjutas av borgenären i ett svenskt konkursförfarande, vid företagsrekonstruktion eller vid utmätning enligt UB.

Registrering av internationell säkerhetsrätt bygger på två faktorer – typen av transaktion eller säkerhetsställande och typen av egendom som ingår. Det ska, som just nämnts, röra sig om pantsättning/säkerhetsöverlåtelse ("security agreement"), ägarförbehåll ("title reservation agreement") eller leasingavtal ("leasing agreement"), Art. 2.1 och 2 CTC. Det lämnas dock till nationell rätt att avgöra innebörden i dessa kreditsäkerhetsmetoder och särskilt var gränserna går mellan dem, Art. 2.4 CTC. I tillägg till dessa transaktionstyper kan också efterställningsavtal (subordineringsavtal, inter creditor agreements) mellan borgenärer registreras och är i och med det bindande dels för gäldenären (dess konkursbo), dels för senare förvärvare av den efterställda säkerheten, Art. 29.5 CTC.

Egendomen som kan komma ifråga som säkerhetsobjekt är flygplan, flygplansmotorer, helikoptrar, rullande järnvägsmateriel och rymdobjekt, Art. 2.3 CTC. Det finns också långt gångna planer på att inkludera gruv-, jordbruks- och entreprenadmaskiner.⁹ I formellt hänseende krävs att säkerhetsavtalet är skriftligt, att säkerhetsställaren har behörighet att förfoga

den bestämmelsen." Och i UB 1 kap. 2 §, "Har i annan lag meddelats bestämmelse som avviker från denna balk, gäller den bestämmelsen."

⁹ Med rymdobjekt avses satelliter och annan utrustning avsedd att användas utanför atmosfären enligt rymdprotokollet. Detta protokoll omfattas dock inte av ISL. I november 2019 antogs det s.k. MAC-protokollet och är nu öppet för undertecknande/ratificering, se <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/mac-protocol-2019>. MAC står för Mining, Agriculture and Construction och avser således utrustning för gruvdrift, jordbruk och entreprenad.

över den aktuella egendomen, att egendomen kan identifieras i enlighet med kraven i respektive protokoll samt att, vid pantsättning/säkerhetsöverlåtelse, de säkrade förpliktelserna kan identifieras, Art. 7 CTC.

3.2 Separationsrätter som förmånsrätter

Det finns anledning att något fundera över vad det innebär att de i kreditsäkerhetssammanhang centrala separationsrätterna säkerhetsöverlåtelse, ägarförbehåll och leasing har förmånsrätt enligt 4 § andra punkten FRL, såvida de utgör registrerade internationella säkerhetsrätter, eftersom en väsentlig utvidgning av lagen skett genom denna komplettering.

Först kan uppmärksammas att svensk rätt tillhandahåller ett tolkningsproblem när det gäller innebörden av det engelska uttrycket "security agreement". Uttrycket definieras i Art. 1(ii) CTC till att avse en överenskommelse "by which a chargor grants or agrees to grant to a chargee an interest (including an ownership interest) in or over an object to secure the performance of any existing or future obligation of the chargor or a third person". Ordalagen omfattar utan tvekan ordinär lösörepantsättning (handpantsättning) enligt svensk rätt, inklusive tredjemanspantsättning, (om nu "ordinär" är rätt uttryck i detta sammanhang där det väl knappast förekommer regelrätt lösörepantsättning av flygplan, motorer, tåg mm). Men därutöver, och viktigare, är frågan hur säkerhetsöverlåtelser förhåller sig till denna definition.

En säkerhetsöverlåtelse i form av en lösöreköpstransaktion i enlighet med lagen (1845:50 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbli (LkL), är sakrättsligt väletablerad och förekommer i praktiken bland annat när det gäller tåg och järnvägsvagnar. Meningen är att förvärvaren erhåller säkerhet i det förvärvade objektet genom äganderätten till detta och därmed separationsrätt men det råder viss osäkerhet om vad detta egentligen innebär. I säljarens konkurs kan frågan ställas hur mycket köparen har rätt till, utöver att få täckning för sin fordran. I en situation där objektet har ett väsentligt högre värde än denna fordran blir frågan om köparen kan tillgodogöra sig detta värde (överhypotek) i sin egenskap av ägare ("verklig" ägare) eller om äganderätten helt ska jämföras med en panträtt och att därmed säljarens konkursbo kan tillgodogöra sig överhypoteket på motsvarande sätt som vid ordinär lösöreant. I detta ligger också en fråga om gränserna för 37 § avtalslagen (1915:218, AvtL), eftersom den omfattar "pant eller annan säkerhet" och i den mån en transaktion bedöms inte vara en omsättningsöverlåtelse utan säkerhetsöverlåtelse, blir bestämmelsens ogiltighetsverkan tillämplig. Med andra ord kan köparen i sådant fall inte räkna med att kunna faktiskt separera objektet ur säljarens konkursbo och tillgodogöra sig hela värdet oberoende av hur relationen

fordran/objektsvärde ser ut. Objektet ska realiseras motsvarande en pantrealisation och eventuellt överhypotek redovisas till konkursboet. Rör det sig om utmätning hos säljaren blir frågan om Kronofogdemyndigheten (KFM) kan utmäta överhypoteket och dra in hela objektet i en exekutiv försäljning. Är det fråga om en säkerhetsöverlåtelse lär det innebära att överhypoteket är tillgängligt för säljarens borgenärer.

Denna kategorisering kan spela roll på grund av skillnaden i syn på den underliggande fordran i förmånsrättshänseende. Är säkerhetsförvärvaren enbart separationsberättigad lär det innebära att ingen del av fordran är prioriterad. Förvärvaren är helt hänvisad till att söka täckning ur egen realisation av säkerhetsobjektet. Kan däremot bevakning ske av fordran såsom täckt av panträtt har fordran förmånsrätt enligt 4 § FRL för belopp upp till pantens värde. Det blir således en fråga hur denna värdering sker istället för en faktisk realisation av separationsobjektet. Säkerhetskavaren kan lämna till konkursförvaltaren att ombesörja pantrealisationen vilket knappast är fallet vid säkerhetsöverlåtelse. Vid tvångsackord blir frågan om säkerhetsförvärvaren deltar med hela fordran i ackordet eller endast med det eventuella överhypoteket. Här skiljer det sig mellan leasing och ägarförbehåll genom att leasingfordran deltar fullt ut i ackordet men däremot säljare med ägarförbehåll inte deltar med mer än med överhypoteket, se 3 kap. 3 och 8 §§ FrekL.

Frågan om hur säkerhetsöverlåtelse ska hanteras ur förmånsrättshänseende har inte prövats av högsta instans. Inom litteraturen har särskilt Helander förespråkat att det inte bör spela någon roll om borgenären väljer att åberopa separationsrätt eller förmånsrätt för panträtt eftersom det i båda fallen handlar om att borgenären måste realisera säkerheten och redovisa resultatet till konkursboet.¹⁰ Effekten blir densamma enligt Helander – borgenären får täckning för sin fordran upp till värdet av realisationen. Denna ståndpunkt kan dock ifrågasättas i de fall det rör sig om en sale and lease-back-transaktion. Ett leasingbolag som har separationsrätt baserad på ett ordinärt leasingavtal behöver knappast realisera objektet efter återtagande och redovisa resultatet för konkursförvaltaren. Men om ursprunget till leasingavtalet är en säkerhetsöverlåtelse (en sale and lease-back) blir frågan om 37 § AvtL medför att leasingbolaget är tvingat att realisera objektet och redovisa resultatet. Det skulle i så fall innebära en väsentlig skillnad gentemot ordinära leasingavtal där ursprunget har bestått i leasingbolagets förvärv av objektet från extern leverantör och där bolagets fulla separationsrätt är odiskutabel. En ryckighet i rättsverkningar som framstår som svårförklarad men förklaras av säkerhetsöverlåtelserns osäkra position i systemet.

¹⁰ Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom, P A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1983, s. 580 ff.

Mot denna bild av rättsläget står numera således CTC-systemets reglering av vår säkerhetsöverlåtelse i form av registrerad "security agreement". Enligt detta regelverk behöver säkerhetshavaren inte bekymra sig om de begränsningar svensk rätt kan innebära. En säkerhetshavare som verkställt registrering har genom Art. 30.1 CTC och 4 § andra punkten FRL en särskild förmånsrätt till den aktuella egendomen vilket vid företagsrekonstruktion eller konkurs innebär en rätt att få fysisk tillgång till egendomen senast inom 60 dagar efter beslutet, såvida inte rekonstruktören/konkursförvaltaren ser till att samtliga skulder till säkerhetshavaren betalas och att framtida åtaganden garanteras, Art. XI alternativ A luftfartsprotokollet och Art. IX alternativ A järnvägsprotokollet. Rör det sig om luftfartyg, motorer till dessa eller helikoptrar tillkommer också en rätt att inom fem dagar få relevant myndighetshjälp med exporten av egendomen ur gäldenärens land.¹¹

Frågan är dock om denna särskilda förmånsrätt även omfattar den säkrade fordringen, såsom fallet är för de "inhemska" fordringarna. Här kan det bli fråga om att göra skillnad mellan fordringarna efter hur de säkrats. Rör det sig om ordinär panträtt, registrerad enligt CTC-systemet, bör frågan om förmånsrätt rimligen behandlas som lika med annan handpanträtt – fordringen har förmånsrätt upp till pantens beräknade eller realiserade värde. Men om det rör sig om en separationsrätt, såsom ägarförbehåll eller leasing, är det inte lika självklart hur vi ska se på förmånsrätten. Ett inhemskt ägarförbehåll eller leasingavtal ger ingen förmånsrätt alls enligt FRL utan (endast) separationsrätt till egendomen ifråga, vilket kan innebära att en internationell säkerhetsrätt av denna karaktär ska hållas isär från den säkrade fordringen och ge förmånsrätt i objektet i form av separationsrätt men inte mer. Vilket därmed endast bekräftar vad som redan gäller. Fordringen står i så fall helt utan förmånsrätt. Spelar detta någon roll? Ja, till skillnad mot en panthavare är i sådant fall ägarförbehållssäljaren respektive leasingbolaget helt hänvisad till sin separationsrätt och kan inte åberopa någon särskild rätt i gäldenärens konkurs. Hela fordringen är oprioriterad men separationsrätten är säkrad genom förmånsrätt. Det bör också betyda att vid ackord deltar leasingfordringen fullt ut men ägarförbehållssäljaren endast med fordran som inte täcks av objektets värde, jfr 3 kap. 3 § andra och femte styckena FrekL. Alternativt ska denna förmånsrätt behandlas på samma sätt som panträtt och medföra förmånsrätt i den säkrade fordringen men realiseras genom separationsrätten till objektet. Härtill kommer för ägarförbehållens del att, om svensk rätt är tillämplig på avtalet, avbetal-

¹¹ Art. XI A och Art. IX.5 luftfartsprotokollet, varav framgår att en förutsättning är att säkerhetsställaren tidigare låtit utfärda en oåterkallelig fullmakt för säkerhetshavaren att föra ut egendomen ur landet, en s.k. IDERA (Irrevocable Deregistration and Export Authorisation). Motsvarande exportbehörighet föreskrivs för järnvägsmateriel inom sju dagar men utan krav på särskild fullmakt, Art. IX A och Art. VII.1 järnvägsprotokollet.

ningsköplagen mellan näringsidkare m.fl. (1978:599), kommer styra hur återtagande och avräkning ska ske.

3.3 Traditionsprincipens avskaffande

I samband med införlivandet av CTC-systemet i svensk rätt uppmärksammades en liten men för svenskt vidkommande viktig skillnad mellan luftfartsprotokollet och järnvägsprotokollet. Järnvägsprotokollet innehåller en begränsning avseende registrering av överlåtelse, som inte återfinns i luftfartsprotokollet och som innebär att försäljning av järnvägsmateriel visserligen kan antecknas i registret men medför ingen materiell rättsverkan. En registrering av försäljning "shall be for the purposes of information only and shall not affect the rights of any person, or have any other effect, under the Convention or this Protocol." Art. XVII järnvägsprotokollet. Detta innebär att försäljning av järnvägsmateriel bedöms helt enligt nationell rätt när det gäller rättsverkningarna och om svensk rätt är tillämplig blir det ur sakrättslig synpunkt en fråga om rättsverkningarna av försäljning av lösöre. Som bekant innebär det bland annat att äganderättsövergången är beroende av tradition eller LkL-förfarande för att fullbordas och medföra borgenärsskydd för köparen gentemot säljarsidan.¹²

Detta riskerar skapa problem i samband med finansiering av förvärv av rullande järnvägsmateriel eftersom en vanlig metod i detta sammanhang är sale and lease-back. Ett typiskt exempel är att en transportör förvärvar lämplig transportkapacitet i form av järnvägsvagnar och lok och för finansieringen överlåter dessa till ett leasingbolag, som sedan leasar ut dem till transportören. Om denna modell helt hanteras enligt svensk rätt, inklusive CTC, innebär det att leasingbolagets förvärv av utrustningen måste hanteras som en inhemsk överlåtelse och åtföljas av antingen tradition till leasingbolaget eller registrering enligt LkL, trots att leasingupplåtelsen i sig registreras i CTC-registret i Luxembourg. Därmed förtas mycket av effekten för finansören av CTC-registreringen och den säkerhet/trygghet denna registrering är avsedd att åstadkomma. En utländsk finansör skulle knappast känna sig lugn i sitt förvärv av att vara beroende av ett tämligen komplicerat förfarande enligt en nationell lagstiftning från 1845, med de risker för förluster detta kan medföra.

Denna problematik uppmärksammades vid implementeringen av järnvägsprotokollet och resulterade i ett avskaffande av traditionskravet för försäljning av järnvägsmateriel som ingår i en finansiering som registreras

¹² Innebörden av traditionskravet har varit föremål för förändring genom nya prejudikat från HD och diskussion inom doktrinen, från ett tidigare krav på fysiskt överlämnande till numera rättsligt rådighetsavskärande. Denna rättsutveckling ska dock inte behandlas här, se Millqvist, Sakrättens grunder, 9 uppl., Norstedts Juridik, 2021, s. 149 ff.

i CTC-registret, 9 § ISL. En försäljning av rullande järnvägsmateriel som ingår som led i en leasingfinansiering och som registreras i CTC-systemet, gäller mot säljarens borgenärer i och med registreringen (med lagtextens ord "när säkerhetsrätten registreras i det internationella registret." 9 § ISL). Det har också införts en hänvisning till denna bestämmelse i en ny 5 § LkL. Regeln är begränsad till sale and lease-back såsom dessa är definierade i Art 2.2c CTC och knyter borgenärsskyddet till registreringen, inte till avtalsingåendet. Regeln innebär ingen inskränkning i möjligheterna till registrering enligt LkL, samma förvärv kan registreras i båda registren om så önskas, utan utgör en utvidgad möjlighet till registrering med materiell sakrättslig verkan i de fall det rör sig om sådan sale and lease-back som omfattas av CTC-systemet. Lagtextens hänvisning till Art. 2.2c CTC innebär också att ägarförbehåll, pantavtal och sådana säkerhetsöverlåtelser som inte ingår i en relevant sale and lease-back inte omfattas av bestämmelsen. För dessa gäller således den begränsning som ligger i att järnvägsprotokollet inte omfattar försäljning.

Det sista konstaterandet är dock inte självklart i förhållande till vad som ovan sagts om säkerhetsöverlåtelse enligt svensk rätt. I den mån säkerhetsöverlåtelser ses som en pantsättning måste den kunna omfattas av järnvägsprotokollets materiella rättsverkningar efter registrering. Men eftersom Art. 2.4 CTC överlämnar till nationell rätt att avgöra gränsdragningen mellan "security agreement", "title reservation agreement" och "leasing agreement" ankommer det på svensk rätt att ange hur denna gränsdragning ska gå till. Därmed är man tillbaka i den osäkerhet som råder i denna gränsdragningsfråga i svensk rätt. Det är lätt att föreställa sig att det kan bli en tvistefråga i fall där rullande järnvägsmateriel antingen är helt skyddat för borgenär med registrerad internationell säkerhetsrätt (panträtt/säkerhetsöverlåtelse) eller inte alls på grund av att borgenärens säkerhet grundas på ett förvärv av egendomen som inte uppnår sakrättsligt borgenärsskydd enligt svensk rätt och inte heller utgör en sale and lease-back. Situationen kan undvikas genom att förvärvet klassificeras som en pantsättning enligt svensk rätt men så länge tvekan råder om gränsdragningen mellan pantsättning och säkerhetsöverlåtelse kvarstår en risk för oväntade resultat i domstol. Den tidigare ståndpunkten av bland andra Helander att det inte spelar någon roll hur man väljer att klassificera en transaktion håller således inte längre.

Avgörande för denna gränsdragning bör vara syftet för transaktionen. Om partsavsikten varit att åstadkomma ett säkerhetsställande i samband med en finansiering/kreditgivning och inte en omsättningsöverlåtelse, även om en överlåtelse som ingår i transaktionen givetvis är avsedd att vara "verklig" och "seriös", bör detta partssyfte vara styrande och därmed föra in överlåtelserna under panträttsbegreppet. Partssyfte i detta sammanhang måste främst avgöras utifrån vad borgenären kan påvisa avseende varför transaktionen kom till stånd och vilka skäl som låg bakom upplägget. Gälde-

närens uppfattning kan spela roll men eftersom frågan blir akut främst då gäldenären försatts i konkurs kan dennes lojaliteter ha svängt på grund av omständigheterna. Det faktum att transaktionen registrerats i CTC-registret bör också ha betydelse och kunna indikera att även en ingående försäljning utgjort ett led i säkerhetsställandet och därför närmast motsvarar en pantsättning.

4. Internationella säkerhetsrätter och företagsrekonstruktion

Det nämndes ovan i not 8 att ISL har företrädare framför FrekL så att borgenär med fullgod säkerhet enligt CTC inte behöver bekymra sig över ett svenskt rekonstruktionsförfarande. Ett praktiskt exempel är att ett flygbolag med väsentliga delar av flygplansflottan leasade och föremål för CTC-registreringar, ansöker om rekonstruktion för att därmed skapa ett moratorium och kanske kunna rädda verksamheten undan konkurs. Som redan framskyttat ovan är detta inte en genomförbar strategi såvida inte CTC-borgenärerna frivilligt går med på att inte genomdriva sina rättigheter som ägare och leasegivare till flygplanen. Regleringen i 1 kap. 4 § FrekL, innebär att CTC-systemet träder istället för rekonstruktionsförfarandet och det senare får stå tillbaka i de fall kollision uppstår. Detta innebär att rekonstruktionen inte medför något moratorium för gäldenären eftersom leasegivare kan kräva antingen full betalning enligt avtal eller utlämnande av flygplan. Betalningsinställelse enligt 2 kap. 15 § FrekL och hävningsförbudet i 2 kap. 20 § FrekL hindrar inte sådana säranktioner av CTC-borgenär.

Med andra ord är rekonstruktionen helt beroende av att CTC-borgenärerna frivilligt går med på att stå tillbaka och delta i rekonstruktionen. Om så skulle bli fallet kan en effekt vara att leasingborgenär deltar fullt ut i ett eventuellt ackord enligt 3 kap. FrekL. Ackordet omfattar oprioriterade fordringar enligt FRL och i den mån det anses att CTC-borgenärens leasingfordran är oprioriterad, såsom fallet är med inhemsk svensk leasingfordran, deltar fordran fullt ut i vanlig ordning.

5. Slutord

En generell iakttagelse är att ovanstående genomgång av införlivandet av CTC i svensk rätt visar på problemen som uppstår när ny lagstiftning med nya lösningar ska passas ihop med äldre, ibland mycket gammal, befintlig lagstiftning. Svensk förmögensrätt i allmänhet och creditsäkerhetsrätt i

synnerhet har inte varit föremål för någon översyn av lagstiftaren på länge och det är inte förvånande att friktioner uppstår då nya konstruktioner – såsom modern kreditsäkerhetsregistrering – ska sammanjämkas med befintliga, äldre regelkonstruktioner. CTC-systemet representerar en nyare modell för hanteringen av kommersiell kreditsäkerhet och borde kunna utgöra en god förlaga för hur ett regelverk kan utformas som är anpassat efter dagens kommersiella verklighet.

Kapstadskonventionen och järnvägsprotokollet – Ett välkommet tillskott till svensk kreditsäkerhetsrätt

PROFESSOR EMERITUS GÖRAN MILLQVIST

1. Inledning

Svante har i olika roller sysslat med transporträtt, som dispasschör, professor och justitieråd, så det ska jag inte göra i denna festskriftsartikel. Däremot ska jag här ägna några rader åt ett närliggande område, nämligen tillämpningsområdet för den så kallade Kapstadskonventionen (KsK) med anslutande protokoll, särskilt Järnvägsprotokollet (JP).¹ Detta regelverk omfattar i hög grad transportsektorn men inte ur ren transportsynpunkt utan ur finansierings- och kreditsäkerhetssynpunkt avseende, bland annat, transportmedel. Konventionen lägger grunden för ett globalt, generellt kreditsäkerhetssystem men hittills omfattar detta endast luftfartyg och rälsbundna fordon, med andra ord flygplan, helikoptrar, tåg (ovan och under jord), spårvagnar och bergbarnor med flera spårbundna objekt.² Utvidgningar är dock under arbete och kommer omfatta satelliter och annan rymdutrustning samt gruvutrustning, jordbruksmaskiner och entreprenadmaskiner.³ Regelverket tillhandahåller ett registerbaserat kreditsäkerhetssystem för dessa olika kategorier av lösöre, som ersätter olika nationella rättsfigurer och modeller av mer eller mindre pålitlig karaktär. Förebilden är den så kallade ”*registered security interest*”, som infördes

1 Kapstadskonventionen förkortas lämpligen på svenska till KsK, även om den engelska förkortningen CTC – Cape Town Convention – naturligtvis är internationellt mera gångbar. Järnvägsprotokollet bör likaså förkortas till JP, inte RP – Rail Protocol. Det kan noteras att artiklarna i konventionen skrivs med arabiska siffror men i protokollen med romerska.

2 Se Art 2 (3) KsK, Art. I (a)(b)(c)(e) LP och Art. I (e) JP.

3 Rymdobjekten är föremål för ett protokoll som antogs i Berlin 2012, och gruvbrytningsutrustning, jordbruksmaskiner och entreprenadmaskiner omfattas av ett protokoll som antogs i Pretoria 2019, se <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/>

i USA genom Article 9 Uniform Commercial Code (UCC) och som skapade ett enhetligt system för kreditsäkerhet i samtliga delstater i USA.⁴

Nedan diskuteras detta konventionssystem särskilt med inriktning på järnvägen eftersom detta protokoll är det senaste som trätt i kraft i Sverige.⁵ Först en presentation av systemets omfång och uppbyggnad och därefter några ord om fenomenet registerbaserad kreditsäkerhet.

2. Närmare om konventionen och järnvägsprotokollet

Den 1 april 2016 trädde lagen (2015:860) om internationella säkerhetsrätter i lösa saker (ISL) i kraft och den 8 mars 2024 trädde även JP i kraft.⁶ I detta skick innebär lagen att Sverige har tillträtt en i väsentlig grad moderniserad kreditsäkerhetsordning vad gäller internationellt gångbar kreditsäkerhet i de aktuella egendomsslagen, helt baserad på ett registreringsförfarande.

Själva registerföringen handhas av *The International Registry of Interests in Rolling Stock* och är placerat i Luxemburg. Registret drivs av ett privat bolag Regulis S.A., hemmahörande i Luxembourg.⁷ Det är helt digitaliserat och hanteras av kunderna själva vad gäller att lägga in nya poster och att söka efter belastningar på registrerade objekt. Det finns en fysisk administration i Luxemburg men automatiseringen ska innebära att systemet blir självgående, billigt och pålitligt. Det bygger inte på någon form av myndighetsutövning liknande det svenska fastighets- och inteckningsregistret, utan är en autonom, icke-statlig konstruktion, åtminstone vad gäller skötseln av registret.

En tillsynsmyndighet av mellanstatlig karaktär, med säte i Bern, Schweiz, tillskapades genom JP. Alla ratificerande stater är företrädade i denna. Den

4 Article 9 UCC hade en lång tillkomsthistoria som sträckte sig från det första förslaget 1951, över större revideringar i början av 1970-talet och under 1990-talet, till den nuvarande versionen, som genomgått smärre ändringar och tillägg. Se Uniform Law Commission, <https://www.uniformlaws.org/acts/ucc>

5 Se förordning (2024:40) om ikraftträdande av lagen (2018:475) om ändring i lagen (2015:860) om internationella säkerhetsrätter i lösa saker. Ändringen trädde ikraft den 8 mars 2024 och innebär att JP införlivades med svensk lag. En del frågor i anslutning till förmånsrättsordningen och konventionen och till luftfartsprotokollet tar jag upp i Festskrift till Jan Kleineman, Jure Förlag AB, 2021, s. 559 ff. och i Festskrift till Stefan Lindskog, Jure Förlag AB, 2018, s. 491 ff.

6 Förordning (2015:869) om ikraftträdande av lagen (2015:860) om internationella säkerhetsrätter i lösa saker. Förarbetena består av prop. 2015/16:12 Bättre möjligheter till finansiering av luftfartyg, SOU 2014:79 Internationella säkerheter i flygplan m.m. – Kapstadskonventionen och luftfartygsprotokollet, Betänkande av Kapstadsutredningen – Internationella säkerheter i luftfartyg m.m., prop. 2017/18:117 Bättre möjligheter till finansiering av järnvägsfordon, och SOU 2016:43 Internationella säkerhetsrätter i järnvägsfordon m.m. – Järnvägsprotokollet, Betänkande av Kapstadsutredningen II – Internationella säkerhetsrätter i rullande järnvägsmateriel.

7 Se <https://rollingstockregistry.com/>

utfärdar föreskrifter för driften av det internationella registret och godkänner alla avgiftstariffer. *Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail (OTIF)*⁸ fungerar som dess sekretariat. Myndigheten kan också utse sakkunniga rådgivare.

Järnvägsfordon definieras i Art. 3.3 KsK och Art. I.2 (e) JP. De ska vara bundna till spår eller styrbana och förflyttas tillsammans med eget framdrivningssystem. Typiskt sett träffas lok och vagnar på räls eller annan styrbana men även spårvagnar, tunnelbanetåg, bergbanor och linbanor av definitionen.⁹

Det är ett formkrav för giltig säkerhet att egendomen kan identifieras såsom utgörande unika objekt, Art. 7 (c) KsK, och, med viss modifikation, Art. V JP. Liksom enligt nationell svensk rätt måste objektet för en säkerhetsrätt kunna preciseras och identifieras i enlighet med specialitetsprincipens krav på bibehållen identitet, för säkerhetsrättens sakrättsliga giltighet.

En försvarande omständighet för genomförandet av regelverket har varit att det aldrig funnits något enhetligt identifieringssystem för järnvägsfordon, varken nationellt eller internationellt, utan det skapas först nu genom Kapstadssystemet. Särskilt besvärande är att det inte heller funnits något allmänt accepterat system för identifiering på objektsnivå. Hur ska man kunna koppla ihop en befintlig registrering med ett visst lok eller tågsätt så att det inte kan ifrågasättas att borgenären faktiskt har en privilegierad säkerhetsrätt i utpekade objekt? Identifieringsfrågan har föranlett en hel del diskussion i samband med JP:s tillkomst och har mynnat ut i framtagandet av en metod för identifiering kallad "*Unique Rail Vehicle Identification System*" (URVIS). Detta bygger på ett regelverk som preciserar tilldelning och användning av en unik sifferkombination, som permanent appliceras på varje enhet och som följer objektet under dess livstid. Regelverket är framtaget av FN:s ekonomiska kommission för Europa (UNECE), och ansluter nära till KsK och JP.¹⁰

JP preciserar i Art. V att kravet på identifiering i Art. 7 (c) KsK även ska anses uppfyllt genom en beskrivning av den rullande järnvägsmaterielen som

8 <https://otif.org/en/>

9 Se SOU 2016:43 s. 66 f. Se även prop. 2017/18:117 s. 15 f., med beskrivning av vilka kategorier som omfattas. I Model Rules on the Permanent Identification of Railway Rolling Stock, från UNECE, finns i bilaga en utförlig uppräknings av vad som omfattas av definitionen.

10 Se Roy Goode, Official Commentary, Convention on international interests in mobile equipment and Luxembourg protocol thereto on matters specific to railway rolling stock, 2 uppl., UNIDROIT 2014, s. 432, och Howard Rosen, Inside Track Issue no. 29, 2017-09-29, Rail Working Group, Working towards a global common identifier for Railway Rolling Stock, <http://www.railworkinggroup.org.nova.ch-meta.net/wp-content/uploads/docs/r0594.pdf>

omfattar de ingående beståndsdelarna eller angivande av en typbeteckning eller en förklaring om att avtalet omfattar all befintlig eller framtida järnvägs-materiel, eventuellt med undantag för viss angiven materiel. I Art. V.2 JP anges särskilt att en internationell säkerhet kan föreligga i framtida järnvägs-materiel om det preciserats enligt det just sagda och säkerhetshavaren (pant-havaren, ägarförbehållssäljaren eller leasegivaren) förvärvar rätten att förfoga över egendomen utan att det behövs någon ny överlåtelsehandling. När det gäller järnvägsmateriel ska således kraven i Art. 2.2 ("en viss identifierbar tillgång") och 7 (c) (att avtalet "identifierar objektet") KsK, förstås som även omfattande framtida materiel. Den tämligen öppna och flexibla skrivning som ges i Art. V JP preciseras dock i Art XIV JP vad gäller kraven för registrering av säkerhetsrätt i viss järnvägsmateriel. Här krävs en tydlig och fast metod för identifiering genom (a) preciserad beskrivning på objektsnivå eller (b) typnivå, eller (c) ett uttalande om att all nutida och framtida järnvägsmateriel omfattas, eller slutligen (d) all nutida och framtida järnvägsmateriel med angivna undantag. Här träder såldes URVIS in som källan till identifiering.

Tillbehör av alla slag omfattas av definitionen av rullande järnvägsmateriel, Art. I.2 (e) JP. Häri ingår framdrivningssystem, motorer, bromsar, axlar, boogier, strömvtagare och andra tillbehör som är installerade på eller integrerade i fordonen. Även dokumentation i form av tillhörandedata, manualer och register omfattas. Däremot finns det inga regler om separat hantering av motorer. Dessa kan inte utgöra separata objekt i konventionens mening och därmed inte registreras separat för säkerhetsändamål.

KsK med sina protokoll är en ambitiös modell för unifiering av kredit-säkerhetsrätten i samband med vissa transaktioner avseende de utpekade egendomsslagen. Reglerna i konventionen sammantagna med protokollen är materiella regler för hur internationell kreditsäkerhet skapas och vilken rättsverkan sådan säkerhet har, vilket innebär att regelverket innehåller avtals-rättsliga, obligationsrättsliga, sakrättsliga och insolvensrättsliga regler som, i de fall de är tillämpliga, har företrädare framför de nationella motsvarigheterna. Samtidigt är dessa internationella regler mycket specifika genom att peka ut både de avtals- och transaktionstyper och de egendomslag som omfattas. Det ska särskilt framhållas att regelverket inom de yttre ramarna så långt det går bygger på avtalsfrihet och möjlighet att anpassa detaljerna efter enskilda par-ters behov.¹¹

¹¹ Jfr Roy Goode, a. a. s. 22.

Konventionen och dess protokoll kretsar kring skapelsen *internationell säkerhetsrätt* ("international interest"), vilket är ett kreditsäkerhetsintresse av visst slag i viss egendom skapat i enlighet med konventionens och det relevanta protokollets regler, på sådant sätt att det kan registreras i relevant register, Art. 1 (o), 2 och 7 KsK. Uttrycket internationell säkerhetsrätt¹² är neutralt i den meningen att olika former av säkerhetsrätter kan omfattas, oberoende av deras närmare konstruktion enligt nationell rätt. Som kommer framgå är det den särskilda, internationella registreringen som är avgörande.

De intressen som omfattas och är möjliga att registrera är *pant*rätt och äganderätt i säkerhetssyfte, med andra ord objektssäkerhet eller realsäkerhet (om man nu inte vill begränsa den senare termen till att avse endast fast egendom). Utöver regelrätta pantförskrivningar omfattas säkerhetsöverlåtelser, avtalade retentionsrätter, olika former av återtagande- och ägarförbehåll samt olika leasingkonstruktioner, allt under förutsättning av att de avser ett identifierbart objekt som omfattas av JP, att det underliggande avtalet är skriftligt samt att gäldenären är hemmahörande i en konventionsstat vid tidpunkten för avtalsingåendet, Art. 2 – 4 och 7 KsK. Är dessa förutsättningar uppfyllda kan en registrering av den aktuella säkerhetsrätten göras i det internationella registret, vilket medför förmånsrätt i förhållande till senare registreringar i samma egendom och till oregistrerade rättigheter i denna.

För svensk rätts del innebär det sagda särskild förmånsrätt enligt 4 § 2 p FRL, och Art. 29 KsK, samt utesluter senare godtrosförvärv av sådan egendom enligt nationell lagstiftning.¹³ Genom Art. 29 KsK och 2 § ISL jfrd med 1 § 2 st. godtrosförvärvslagen, blir de egendomslag som omfattas undantagna från godtrosförvärvslagens tillämpning.

Registreringen medför således fullständigt sakrättsligt skydd genom att medge både omsättningsskydd och borgenärsskydd. Eftersom den särskilda förmånsrätten omfattar samtliga typer av säkerhetsställanden som omfattas av regelsystemet innebär det att även säkerhetsöverlåtelser, återtagandeförbehåll och leasingrätt har särskild förmånsrätt enligt 4 § 2 p FRL.

De aktuella transaktionsslagen anges i Art 2.2 (a) – (c) KsK, i svensk översättning *pantavtal*, *äganderättsförbehåll* och *leasingavtal*, avseende de relevanta järnvägsfordonen. *Pantavtal* i den svenska översättningen kan innebära viss osäkerhet i tolkningen eftersom den engelskspråkiga versionen

12 På svenska skulle inte "internationellt intresse" fungera särskilt bra för att beteckna vad det är fråga om. Den amerikanska förebilden "security interest" är enklare att direktöversätta till säkerhetsintresse men i konventionssammanhanget tycker jag "internationell säkerhetsrätt" fungerar bättre.

13 Jfr Roy Goode, a. a. s. 301 ff. och SOU 2014:79 s. 121.

använder det vidare begreppet "*security agreement*" i KsK.¹⁴ Detta omfattar, utöver "*a pledge*" även "*a charge*", vilket kan beskrivas som en form av pant-rätt utan besittningskrav, och "*a contractual lien*", vilket närmast motsvarar avtalad retentionsrätt.¹⁵ Pantavtal får således omfatta flera varianter än vad som annars är vanligt i svenskt juridiskt språkbruk. De andra två säkerhetsformerna – äganderättsförbehåll och leasingavtal – kan däremot ges samma innebörd som enligt nationell svensk rätt.¹⁶

Det är väsentligt att notera att konventionen ensam avgör om det rör sig om en säkerhet som faller under konventionen men att klassificering av en säkerhet som omfattad av Art. 2.2 (a), (b) eller (c) avgörs av tillämplig nationell rätt, Art. 2.4 KsK. Detta innebär ett tvåstegsförfarande, där det först avgörs enligt konventionssystemet exklusivt om ett avtal innefattar ett säkerställande som omfattas av definitionerna och därefter en klassificering enligt tillämplig nationell rätt som tillhörig den ena eller andra kategorin. Om svensk rätt är tillämplig kan det exempelvis uppstå frågor om ett leasingavtal bör hanteras som ett kreditköp eller en nyttjanderättsupplåtelse, jfr 1 § 3 st. lagen (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl. (AvbL), eller om en säkerhetsöverlåtelse ska ses som en ren pantsättning eller inkluderande en äganderättsövergång.

Via kravet i Art. 7 (c) KsK på identifiering av objektet för säkerheten omfattas inte alls säkerhet i ett växlande underlag, såsom företagshypotek enligt svensk rätt, "*floating charge*" enligt brittisk rätt eller "*fixed security interest*" i en egendomsklass enligt amerikansk rätt. Denna avgränsning ska hållas isär från möjligheten till säkerhet i framtida rullande järnvägsmateriel enligt Art. V.2 JP.

Det kan också noteras att *personsäkerhet* i form av borgen och garanti av olika slag av samma skäl inte omfattas då de inte medför någon rätt till särskild egendom för säkerhetshavaren vilket är ett krav enligt Art. 2.1 och 7 (c) KsK.

Sale and lease-back är en avtalskonstruktion som är vanlig avseende kredit-säkerhet i järnvägsmateriel.¹⁷ Metoden innebär att kredittagaren som ägare av ett lämpligt objekt säljer detta till en kreditgivare/leasegivare mot kontant betalning och leasar därefter objektet för en bestämd tid samt betalar period-

14 I Art 2.2 (a) i den svenska översättningen anges endast pantavtal, vilket i SOU 2014:79 s. 106, sägs omfatta även säkerhetsöverlåtelse.

15 Jfr Roy Goode, a. a. s. 34. I prop. 2015/16:12 s. 22, anges att "pantavtal" omfattar pantförskrivning, säkerhetsöverlåtelse och fall där egendom lämnats till borgenären t.ex. för reparation eller förvaring och "där det avtalats om att egendomen ska utgöra en säkerhet för betalning av tjänsten."

16 Jfr prop. 2015/16:12 s. 23.

17 Jfr prop. 2017/18:117 s. 10 och SOU 2016:43 s. 44.

visa leasingavgifter motsvarande amortering och kreditkostnader. Äganderätten till objektet utgör leasegivarens huvudsakliga kreditsäkerhet och eftersom förhållandet är upplagt som en nyttjanderättsupplåtelse medför betalningarna i sig ingen återgång av äganderätt till leasetagaren, såsom fallet är vid kreditköp mot ägarförbehåll, jfr avräkningsreglerna i 9 och 10 §§ AvbL.

Transaktionen består således av två led i form av dels en försäljning, dels en nyttjanderättsupplåtelse. Det är naturligtvis väsentligt för alla inblandade att rättsverkningarna av helheten blir de avsedda, nämligen sakrättsligt skyddad kreditsäkerhet för kreditgivaren. Här visar sig dock en komplikation i förhållande till svensk rätt vad gäller KsK-reglernas omfång.

Utgångspunkten är Art. 41 KsK, som anger att konventionen är tillämplig på försäljningar av objekt och optioner avseende dessa, ”i enlighet med protokollets bestämmelser, med de inskränkningar som framgår där.” Enligt JP gäller det omfång som anges i KsK, vilket innebär de säkerhetstransaktioner som räknas upp i Art. 2.2 KsK. Ordinär omsättningsöverlåtelse av järnvägsmateriel kan därför inte registreras på sådant sätt att några särskilda rättsverkningar inträder. Det anges visserligen i Art. XVII JP att ”[m]eddelanden om försäljning av rullande järnvägsmateriel ska enligt regelverket kunna registreras i det internationella registret”, varvid registreringsbestämmelserna i kap. III JP och kap. V KsK blir tillämpliga, men samtidigt sägs uttryckligen att sådan registrering inte får ”ha något annat syfte än att informera och ska inte påverka någon persons rättigheter eller ha någon annan effekt enligt konventionen eller detta protokoll.” Registreringen i sig medför således inga särskilda rättsverkningar.

Denna avgränsning gentemot försäljningar väcker en del frågor i förhållande till svensk rätt, som måste hanteras i de fall svensk rätt är tillämplig lag och som inneburit införande av en särskild regel i 9 § ISL. Det gäller här dels gränsdragningen mellan säkerhetsöverlåtelse (som ska kunna registreras som internationell säkerhet) och omsättningsöverlåtelse (som endast kan registreras i upplysningssyfte), dels betydelsen av sakrättslig fullbordad omsättningsöverlåtelse av lösöre enligt svensk rätt.

Vid sale and lease-back har på grund av denna inskränkning i JP till att inte omfatta omsättningsöverlåtelser lagstiftaren skapat ett undantag från traditionsprincipen (och därmed även från 1845 års lösöreköpslag) genom en regel som anger att vid sale and lease-back av järnvägsfordon erhålles sakrätts-

ligt skydd i och med registrering i det internationella registret.¹⁸ Med denna lösning har lagstiftaren hanterat gränsdragningsfrågan till förmån för borgenär som ingått ett sale and lease-back-avtal med tillämpning av svensk rätt. Registrering enligt 1845 års lösöreköpslag kommer dock fortsatt vara möjlig men kanske inte så attraktiv. Det kan noteras att regeln i 9 § ISL hänvisar till Art. 2.2 (c) KsK, vilket medför att *alla* former av leasing som kan utgöra internationell säkerhetsrätt omfattas av registreringsmöjligheten som svenskt sakrättsmoment. Detta lär dock inte medföra några särskilda problem eftersom det endast innebär en dubblering av de åtgärder som medför sakrättsligt borgenärsskydd enligt svensk rätt. Vid ordinär leasing sker ju typiskt sett tradition av leasingobjektet från leverantören direkt till leasetagaren på uppdrag av leasegivaren.

I de fall det *inte* rör sig om sale and lease-back eller annan leasingkonstruktion kvarstår dock en gränsdragningsfråga mellan sådana säkerhetsöverlåtelser som i sig kan registreras som internationella säkerheter och andra överlåtelser. Denna gränsdragning måste göras baserad på KsK:s regler eftersom KsK exklusivt avgör om det i ett givet fall rör sig om en sådan internationell säkerhet som kan registreras. Härvid blir det avgörande att ta ställning till innebörden av Art. 2.2 (a) KsK avseende säkerställande ”enligt ett pantavtal”. Den engelska formuleringen är här att ”*an international interest*” kan utgöras av en säkerhetsrätt ”*granted by the chargor under a security agreement*”.

Tolkningen av uttrycket ”*security agreement*” ska ske autonomt i enlighet med Art. 5 KsK om tolkning av konventionen.¹⁹ De tolkningsprinciper som tas upp i Art. 5 har kända förebilder i Art. 31.1 Wienkonventionen 1969 och Art. 7 CISG. Art. 5.1 KsK anger att vid tolkningen av konventionen ”ska hänsyn tas till dess syften såsom dessa kommer till uttryck i ingressen, dess internationella karaktär och nödvändigheten av att främja enhetlighet och förutsägbarhet vid tillämpningen.” Art. 5.2 KsK anger vidare att frågor inom konventionens tillämpningsområde som inte regleras uttryckligen i den ska hanteras ”enligt de allmänna principer som ligger till grund för Konventionen eller, i annat fall, i enlighet med tillämplig lag”.

18 Se Lagrådsremiss 18 jan. 2018, s. 31 f. och 40, och SOU 2016:43 s. 162 f. med en något annan formulering av regeln men med snarlik innebörd.

19 Jfr Roy Goode, a. a. s. 23, ”whether an agreement falls within the Convention at all is a matter for interpretation of the definitions in the Convention, not of the applicable law.”

När det gäller uttrycket ”*security agreement*” finns tolkningsstöd i Art. 1 (ii) KsK.²⁰ Därmed avses ”*an agreement by which a chargor grants or agrees to grant to a chargee an interest (including an ownership interest) in or over an object to secure the performance of any existing or future obligation of the chargor or a third person*”. Denna skrivning har onekligen som ett centralt exempel vad vi från svensk utgångspunkt skulle anse vara ett pantavtal men genom hänvisningen till ”*ownership interest*” även en säkerhetsöverlåtelse. Därutöver kan noteras att skrivningen är öppen i den meningen att det centrala är att det ska röra sig om en överenskommelse som innebär att en upplåtare/överlåtare beviljar en förvärvare en rätt eller ett intresse i ett objekt som säkerhet för fullgörelsen av en befintlig eller framtida förpliktelse av upplåtaren/överlåtaren eller en tredje person. Partssyftet för överenskommelsen (avtalet) är således centralt och så länge detta är inriktat på ett säkerhetsställande kan det omfattas av KsK och utgöra en ”*security interest*”. Det ska därvid inte spela någon roll om överenskommelsen rubriceras på det ena eller andra sättet i olika nationella rättsordningar. Denna senare klassificering är uttryckligen hänvisad till att ske enligt nationell rätt, Art. 2.4 KsK. Kan säkerhetssyftet fastställas lär det således inte spela någon roll om en viss transaktion skulle klassificeras som en omsättningsöverlåtelse enligt svensk rätt, inte en säkerhetsöverlåtelse.

En central bestämmelse i Kapstadssystemet är Art. 29.1 KsK genom att där ges huvudregeln om *absolut prioritet* för registrerad säkerhet, dels i förhållande till senare registreringar, dels till oregistrerade rättigheter. Strikt tidsprioritet mellan registreringarna inbördes gäller varför tidpunkterna för olika säkerhetens uppkomst inte spelar någon roll eller eventuell vetskap hos säkerhetshavaren om dessa vid registreringen, Art. 29.2 KsK. Dock gäller enligt Art. 60 KsK att nationella rättigheter och säkerheter som fanns då konventionen trädde i kraft i den aktuella staten fortsätter att gälla i enlighet med nationell rätt. En befintlig *separationsrätt* för creditsäljare eller leasegivare, som förelåg vid tiden för det ursprungliga ikraftträdandet den 1 april 2016, bör vara fortsatt giltig och ha rättsverkan eftersom på svensk rätt baserad separationsrätt inte omfattas av FRL.

20 Här kan påpekas att det tyvärr insmugit sig några korrekturfel i det svenska offentliga trycket. I bilagan till lagen (2015:860) om internationella säkerhetsrätter i lösa saker, som innehåller konventions-texten på engelska med svensk översättning, har av någon anledning definitionerna i Art. 1 numrerats från 1 – 26 i den engelskspråkiga versionen men inte i den svenska, istället för som i originalet anges med alfabetet a) – z). Därefter följer dock bilagan originalet genom användning av aa) – nn) som indelning i båda versionerna. Denna skillnad i skrivsätt finns också i prop. 2015/16:12. I SOU 2014:79 följer Bilaga 2 visserligen originalet men istället har punkten i) ”creditor” means etc. fallit bort så att den fortsatta listan har kommit i otakt.

Det ska också påpekas att det finns undantag från den prioritetsordning konventionen föreskriver, som avser legala säkerheter, såvida särskilda förklaringar avgivits av den anslutande staten, Art. 39 och 40 KsK. Några sådana förklaringar avseende järnvägsfordon har Sverige dock inte lämnat. Däremot har förklaring lämnats om att registrering som internationell säkerhetsrätt kan ske av säkerhetsrätt som uppkommer till följd av ett avgörande om kvarstad, betalningssäkring eller utmätning av domstol eller Kronofogdemyndigheten.²¹

Regelverket är av uteslutande kommersiellrättslig karaktär vilket medför att de *parter* som är aktuella för att omfattas företrädesvis utgörs av juridiska personer. Varken konventionen eller protokollet innehåller dock några preciseringar av sådant slag. Det görs inte heller någon uttrycklig avgränsning gentemot konsumenträtten. "Borgenär" och "gäldenär" definieras särskilt i Art. 1 (i) och (j) KsK till att avse parterna i de creditsäkerhetsavtal som omfattas, således panthavare – pantsättare, säkerhetsförvärvare – säkerhetsöverlåtare, creditsäljare – kreditköpare och leasegivare – leasetagare. Med "gäldenär" kan också avses en tredje man vars egendom är belastad med en registrerbar legal säkerhetsrätt och "borgenär" omfattar även successorer till den ursprungliga avtalsparten. Inget hindrar att flera borgenärer har internationella säkerheter i samma objekt enligt samma registrering, exempelvis genom ett syndikerat lån eller som gemensamma leasegivare eller att det finns flera gäldenärer till samma förpliktelse, se Art. IV JP.²²

Det är en grundläggande förutsättning för regelverkets tillämplighet att *gäldenären* vid tidpunkten för det avtal som konstituerar den internationella säkerhetsrätten har en tillräcklig koppling till en konventionsstat, att gäldenären "är etablerad" ("*is situated*") i en sådan stat, Art. 3 KsK. Lokaliseringen av gäldenären preciseras i Art. 4 KsK till det land där gäldenären (a) är bildad ("*incorporated or formed*"), (b) är registrerad eller har legalt säte ("*registered office or statutory seat*"), (c) har sitt huvudkontor ("*centre of administration*") eller (d) bedriver verksamhet ("*place of business*") eller eventuellt den huvudsakliga verksamhetsorten om det finns flera. Saknas verksamhetsort gäller slutligen gäldenärens normala hemvist ("*habitual residence*"), Art. 4.2 KsK. Dessa anknytningsfaktorer är alternativa och det räcker således att en är uppfylld för att konventionssystemet ska vara tillämpligt. Tanken är att till-

21 Prop. 2015/16:12 s. 44 f.

22 Jfr Roy Goode, a. a. s. 44. Det kan även tänkas att en "trustee", "lead bank" eller annan representant utrustas med behörighet att registrera internationell säkerhetsrätt för borgenärs räkning, Art. IV JP.

lämpningsområdet ska vara så omfattande som möjligt.²³ Skulle gäldenären flytta till en icke fördragsslutande stat efter avtalsingåendet är konventionen fortsatt gällande och registrering av en internationell säkerhetsrätt kan ske. I det omvända fallet, att gäldenären flyttar från icke fördragsslutande stat till en konventionsstat, måste dock därefter ett relevant avtal ingås (eventuellt ett befintligt avtal förnyas) och registrering ske.

Var *borgenären* finns eller är hemmahörande spelar däremot ingen roll. Denne kan således vara av samma nationalitet som gäldenären eller hemmahörande i en icke fördragsslutande stat.

Eftersom KsK och dess protokoll har som huvudsakligt syfte att skapa pålitlig säkerhet för borgenärer är preciseringen av borgenärens ställning vid gäldenärens insolvens kanske den mest centrala regleringen i systemet. Det rör sig i dessa sammanhang om värdefulla objekt som är mycket mobila, vilket medför att det sällan går att förutse var dessa finns vid en betalningsinställelse eller annat moratorium, rekonstruktionsförfarande eller ett konkursutbrott.

För att den registrerade internationella säkerhetsrätten ska ha ett verkligt värde för kreditgivare är det nödvändigt att regelverket hanterar gäldenärens nationella insolvens på ett sådant sätt att säkerheten uppfattas som effektiv. Reglerna avseende relationen till insolvensförfaranden är därmed ingripande genom att de skapar en i förhållande till nationell insolvensrätt särskild position för konventionsborgenärer. Ett övergripande syfte för hela konventions-systemet är att borgenär som innehar en registrerad internationell säkerhetsrätt ska kunna lita på att denna står sig och kan göras gällande enligt sina villkor oberoende av vad gäldenärens nationella insolvensrätt föreskriver. För svensk rätts del visar sig detta främst i den särskilda förmånsrätten i 4 § 2 p FRL, 2 och 3 §§ ISL samt i konventionsreglernas företräde framför den svenska insolvensregleringen, se 1 kap. 4 § lagen (2022:964) om företagsrekonstruktion, 1 kap. 6 § konkurslagen (1987:672) och 1 kap. 2 § UB, där det i samtliga fall anges försteg för annan lag som avviker från respektive aktuell lag.

Utgångspunkterna anges i Art. 30 KsK vara att en registrerad internationell säkerhetsrätt får göras gällande i gäldenärens insolvensförfaranden, att inget i artikeln hindrar att säkerheten görs gällande om den är giltig enligt nationell rätt men att nationella återvinnings- och ogiltighetsregler gäller och att konkursförvaltare eller motsvarande inte är förhindrad att tillämpa nationella regler om separationsrätt och liknande i enlighet med tillämplig insolvensrätt.

23 Jfr Roy Goode, a. a. s. 26 f.

Till dessa utgångspunkter ska dock omedelbart läggas de särskilda regler som följer av Art. IX, Alternativ A, JP, vilka är de viktiga reglerna i sammanhanget men som förutsätter särskild implementering i medlemsstaterna antingen genom förklaringar eller, då det rör sig om EU:s medlemsstater, nationell lagstiftning. Sverige har infört sådan lagstiftning i form av 8 § ISL, innebärande tillämpning av Alternativ A i JP som nationell lag. På grund av EU:s tillträde till Kapstadskonventionen och det faktum att delar av konventionssystemet överlappar EU-lagstiftning är det nödvändigt för EU:s medlemsländer att införa de regler som anges i detta Alternativ A i protokollet som nationell lag istället för att endast avge förklaring enligt konventionen.²⁴ Art. IX JP tillhandahåller flera alternativ (B och C) men dessa är av mindre intresse då de knappast alls har implementerats nationellt. De tas inte upp här.

Liksom vid andra slags avtalsbrott gäller vid gäldenärens insolvens en ovillkorlig rätt för borgenären att få kontroll över objektet. Alternativ A inleds med en regel om att insolvensförvaltaren, eller gäldenären då förvaltare saknas, inom viss tid ska "överlämna" den rullande järnvägsmaterielen till borgenären. Tiden utgörs av den kortare perioden av fastställd väntetid om max 60 dagar eller den tidpunkt som hade varit tillämplig enligt nationell rätt om den aktuella regeln inte funnits. Förvaltaren/gäldenären kan dock vidta bevarandeåtgärder för att skydda objektet och även använda det om det i sig innebär bevarande. Interimistiska åtgärder enligt nationell rätt ska också kunna begäras av borgenären, jfr Art. 13 KsK. Förvaltaren/gäldenären har samtidigt möjlighet att hindra borgenärens övertagande av objektet genom att betala alla förfallna skulder och göra åtagande om fullgörelse av alla framtida avtalsförpliktelser. Således full betalning av gamla skulder och åtaganden av massakarakter vid konkurs och motsvarande vid företagsrekonstruktion, Art. IX.3-7 JP.

Eftersom borgenären alltid är säkerställd med särskild förmånsrätt i dessa sammanhang blir skuldnedskrivningsreglerna i företagsrekonstruktionslagen och ackordsreglerna i konkurslagen inte tillämpliga på borgenärens fordringar, 4 kap. 3-5 §§ lagen (2022:964) om företagsrekonstruktion och 12 kap. 5, 11 och 21 §§ konkurslagen, så långt de täcks av säkerheterna. Därutöver deltar de dock avseende den oskyddade delen i vanlig ordning.

²⁴ Se prop. 2017/18:117 s. 23. I samband med SAS rekonstruktion i USA visade det sig dock att Sverige inte fullföljt införandet av alternativ A luftfartsprotokollet, genom en förklaring riktad till UNIDROIT om att Sverige avser att tillämpa denna reglering även internationellt, se In re: SAS AB, *et al.*, Case No. 22-10925 (MEW), United States Bankruptcy Court Southern District of New York.

När det gäller kontrollen över de relevanta objekten finns också en reglering om rätt för borgenären att direkt begära export av objekt från det territorium (land) där det finns och att få relevant myndighetsassistans härmed senast inom sju dagar från begäran, Art. VII.1 och IX.8 JP.

3. Registersäkerhet – för- och nackdelar

Kapstadsutredningen II, som föreslog att Sverige skulle ratificera JP, diskuterade kort om förslaget i SOU 2015:18, om avskaffande av traditionsprincipen för sakrättsskydd och införandet av generell registerpant, påverkade ställningstagandet för ratificering. Utredningen uttalade här följande.

”Det alternativ som i teorin står till buds är att Sverige genomför en större modernisering av svensk kreditsäkerhetsrätt och på egen hand inför regelsystem som bl.a. motsvarar och speglar järnvägsprotokollet. Men utredningen bedömer att en sådan större lagstiftningsomgång inte kan nå upp till konventionsbaserad internationell reglering av den typ som Kapstadssystemet erbjuder.”²⁵

Utredningen fann således registerförfarandet inom Kapstadssystemet överlägset för internationella förhållanden och lämpligt för Sverige att ansluta till.

Det finns naturligtvis både för- och nackdelar med att införa registersäkerhet i specifika objekt som generell metod för kreditsäkerhet men erfarenheterna av Art. 9 UCC och Kapstadssystemet visar att fördelarna verkar väga över. Det är svårt att peka på några mera allvarliga negativa konsekvenser. En modell som bygger på att partsautonomin upprätthålls och respekteras och kompletteras av en möjlighet att registrera det säkerhetsarrangemang som avtalats, ter sig som en realistisk väg åt rätt håll. Kostnaden för tillskapande och upprätthållande av mycket omfattande, globala registermodeller är idag låg i ljuset av ökad tillförlitlighet och förutsebarhet. Risknivån påverkas nedåt vilket torde gälla både stats- och motpartsriskerna.

En invändning som kan vara värd att beakta är att effektiv kreditsäkerhet i just järnvägsfordon kan väcka betänkligheter. Dessa objekt är ofta av kritisk betydelse ur nationell infrastruktursynpunkt eftersom allmän järnväg, liksom tunnelbana och spårvagn måste kunna fungera ostört även om operatören går i konkurs. Är stora delar av en vagnpark belastad av olika, kanske internationella, kreditgivares säkerheter kan risk föreligga för export av fordonen till annat land. Men som konstaterades redan i Kapstadsutredningens betänkande är den reella risken för ett sådant scenario knappast sär-

25 SOU 2016:43 s. 153.

skilt stor om hänsyn tas till hur en rationell kreditgivare resonerar i en sådan insolvenssituation,²⁶ nämligen att söka minimera förlusterna genom fortsatt kontinuerlig drift med användning av de aktuella fordonen, av den aktuella gäldenären eller annan operatör. Fordonen är i de flesta fall mest lönsamma när de är i drift.

En annan invändning att beakta, som är relevant även för övriga objektsslag som omfattas av KsK-systemet, är reglernas övervägande borgenärsvänliga uppbyggnad. Systemet är helt inriktat på att gynna de säkerställda borgenärerna i denna deras position. Inte minst gäller det grundkonstruktionen med en registrerad, exklusiv rätt till visst eller vissa objekt hos gäldenären. En risk är naturligtvis att exempelvis en tågoperatör visar sig vara helt ”urgröpt” på tillgångar när ett insolvensförfarande igångsätts. Detta har visserligen kunnat konstateras redan tidigare men allmänna, oprioriterade borgenärer har knappast haft möjlighet att påverka detta. Det kan med andra ord bli svårare att bedöma gäldenärens kreditvärdighet för borgenärer med ordinära leverantörsfordringar. Detta är onekligen en effekt av ett generellt registreringssystem men det ska ställas mot de positiva effekter som kan uppnås genom ett sådant system vad gäller tillgången till kredit och kostnaden för denna.

För min del framstår modellen som Kapstadssystemet bygger på, med en lättillgänglig registerfunktion för registrering av internationell säkerhetsrätt i enlighet med en partsöverenskommelse, som lämplig och värd att både stödja och vara ansluten till. Sverige har med andra ord valt rätt väg i detta fall i mina ögon. Därtill kan det var anledning att ta fasta på innebörden i det citerade stycket från Kapstadsutredningen II, att Sverige kan behöva en ”större lagstiftningsomgång” avseende inhemsk creditsäkerhetsrätt med tanke på de brister och luckor som finns i dagens system. Men den frågan får lämnas därhän i detta sammanhang.

26 Se SOU 2016:43 s. 131 f.

NÅGRA KONKURS- RÄTTSLIGA FRÅGOR

GÖRAN MILLQVIST

CROSS-BORDER INSOLVENCY AGREEMENTS – PROTOCOLS FROM A SWEDISH PERSPECTIVE

1. Introduction

In the middle of May 1997 Michael Bogdan published his book *Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt*¹, and a few weeks later, UNCITRAL published “The Model Law on Cross-Border Insolvency”.² These are two events in the area of insolvency law with lasting effect, admittedly with somewhat different magnitude and importance, but still important from a Swedish perspective. They both meant that major steps were taken in the development of an international insolvency regulation. Michael’s book is still relevant in many parts as an accurate statement and discussion of the position of Swedish law in the area of cross-border bankruptcy and insolvency cases, especially regarding questions of Swedish jurisdiction over debtor assets abroad and the effects of foreign insolvency proceedings in Sweden.

The EU finalised its Insolvency Regulation (EIR)³ in 2000, thereby unifying the positions of the Member States on at least some insolvency questions, although this has also produced other, new problems. Still, apart from this initiative, not much has happened in this area of the law from a Swedish perspective, at least on the surface and after just a cursory look. The Swedish legislation is reticent when it comes to international insolvency questions, apart from the EIR and legislation in relation to the other Nordic countries (see below).

The UNCITRAL Model Law, on the other hand, has achieved acceptance and has been established as national legislation in several parts of the world. As of spring 2013, some 20 countries have enacted legislation based on the Model Law, among them Australia, Canada, Greece, Poland, Great Britain and the

¹ Michael Bogdan, *Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt*, Norstedts Juridik, Stockholm 1997 (Sweden’s and the EU’s international insolvency regime).

² Available at <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/insolvency-e.pdf>.

³ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of May 2000 on insolvency proceedings, OJ L 160, 30.6.2000, p. 1.

USA.⁴ To a large extent the common law world has adopted the Model law as a suitable model for handling cross-border insolvency cases. In late spring 2012 INSOL Europe suggested that the Model Law should be adopted on an EU level and implemented in all Member States as national law.⁵ However, this proposal has been criticised by some. An important future question, therefore, is whether the Model Law is a suitable model for other legal families than common law.

My aim for this short essay is not to make any thorough investigation into the intricacies of international insolvency law, but rather to give an overview and a short discussion from a Swedish perspective of a rather new phenomenon in this area of the law, the so-called *Protocols concerning cross-border insolvency agreements*. A *protocol* is a method developed under the auspices of the Model Law and also independently, to deal with the often very difficult procedural and material matters in large insolvency cases, especially when it comes to international company and enterprise groups. It is an agreement or a contract established by two or more parties involved in a specific insolvency proceeding which has cross-border implications.⁶ In a way, it is a “second-best solution” to the problem of coordination of cross-border legal proceedings. The lack of truly supra-state insolvency legislation makes it necessary for the involved parties to simply agree by contract to such a regime for their specific case. Courts, insolvency administrators/trustees/receivers, creditors and debtors may often all in fact agree, at least to some extent, on major issues of insolvency proceeding in the acute situation and may therefore be willing to formalise it into a contract. The ultimate aim is of course to preserve value for all involved through a faster and more efficient procedure, be it a reorganisation, liquidation proceeding or both in an enterprise group setting.

The notion of a bargained-for agreement in the area of international insolvency law is not completely new, however. In his 1997 book, Michael Bogdan proposed a method for Swedish courts to grant authority to foreign bankruptcy administrators to dispose over the debtor’s property situated in

⁴ Other countries are the British Virgin Islands, Columbia, Eritrea, Japan, Mauritius, Mexico, Montenegro, New Zealand, South Korea, Romania, Serbia, Slovenia, South Africa and Uganda. See http://www.uncitral.org/-uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html.

⁵ Revision of the European Insolvency Regulation. Proposal by INSOL Europe, May 2012. Drafting Committee: Robert van Galen (chairman), Marc André, Daniel Fritz, Vincent Gladel, Frans van Koppen, David Marks QC, and Nora Wouters.

⁶ The UNCITRAL definition is: “‘Cross-border insolvency agreement’: an oral or written agreement intended to facilitate the coordination of cross-border insolvency proceedings and cooperation between courts, between courts and insolvency representatives and between insolvency representatives, sometimes also involving other parties in interest.” *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective*, UN, New York 2011, p 2.

Sweden, despite the lack of formal legal authority. He described the idea as “a sort of agreement where the Swedish court dictates certain conditions and the foreign bankruptcy administrator declares his ability and determination to adhere to these [conditions]”⁷.

Below I will first present the settings for these protocols and what they may consist of, and thereafter discuss them from a Swedish point of departure. As far as I know no Swedish entities have been directly involved in a protocol of this kind, and the overarching question is whether it at all would be possible.⁸

2. The setting

2.1 The EU Insolvency Regulation

From a national perspective, the EIR may be viewed as an instrument covering many of the questions otherwise dealt with in a protocol. The basic structure in the EIR for allocating an insolvency proceeding to a specific place within the EU is in itself such a question. A main insolvency proceeding may be commenced at the place (within the Union) where the debtor has his/her/its centre of main interest (COMI), Art. 3.1, with recognition and binding effect for the proceeding throughout the Union, Arts. 16 and 17, and if need be, secondary proceedings in other places within the Union, Art. 3.2. Likewise, the authority of the administrator or other representative of the debtor estate, when acting in other countries, Art. 18, is such a question. Another example is the regulation of the choice-of-law rules, e.g. Art 4. These are all instances that have to be addressed in a cross-border proceeding in order to achieve results.

However, the EIR does not deal with enterprise or company groups, at least not yet. It is difficult in many cases to establish the COMI of such a group as a whole based on the actual organisation of the group, when the EIR recognises only single legal and natural persons. The presumption rule in Art. 3.1 in favour of the place of incorporation (the seat) of a single company makes it difficult to handle situations where the company is perhaps only a small part of a larger whole. Conducting multiple main proceedings

⁷ Bogdan, *Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt*, p. 110. (My translation.)

⁸ During autumn 2012, I asked the Chief Judges of the Bankruptcy Departments of the District Court of Stockholm and Gothenburg, Tore Gissin and Kerstin Ekstedt, and also the Chief Judge of the District Court of Gotland, Mikael Mellqvist, but none of them had any personal experience of taking part in a protocol.

in several countries is a real problem as long as enterprise group insolvency is not dealt with within the EIR.⁹

As a response to the resolution mentioned in Note 8 of this article, the Commission has produced *a report* on the functioning of the EIR, *a proposal* for its amendment and *a communication* on a new European approach to business failure and insolvency.¹⁰ It is proposed that hybrid and pre-insolvency proceedings as well as debt discharge proceedings and other insolvency proceedings for natural persons should be covered by the EIR. A complemented and refined definition of COMI is proposed, which include natural persons and, through a new recital, clarifies the circumstances in which the presumption that the COMI of a legal person is located at the place of its registered office can be rebutted.¹¹ Another proposal is to require Member States to publish the relevant court decisions in cross-border insolvency cases in a publicly accessible electronic register interconnected with other national insolvency registers, and also to introduce standardised forms for lodging claims. Lastly, a new Chapter IVA in the EIR is proposed, to coordinate insolvency proceedings concerning different members of the same group of companies by obliging the liquidators and the courts involved in different main proceedings to cooperate and communicate with each other; in addition, this legislation would give the liquidators involved in such proceedings the power to request a stay of other proceedings and to propose a rescue plan for the whole group.

In order to enhance cross-border proceedings, the proposed new EIR makes reference in several instances to cooperation through the use of protocols. In the proposed new wording of Art. 31, concerning cooperation and communication between liquidators, it is stated that such cooperation “*may take the form of agreements or protocols*”. And in new Art. 31a, concerning cooperation and communication between courts, it is stated that the recommended cooperation may be implemented by any appropriate means, “*including coordination in the*

⁹ Cf. the statement of the European Parliament in its Resolution 17 October 2011 with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law (2011/2006(INI)), “whereas groups of companies are a common phenomenon but their insolvency has not yet been addressed at Union level; whereas the insolvency of a group of companies is likely to result in the commencement of multiple separate insolvency proceedings in different jurisdictions with respect to each of the insolvent group members; whereas unless those proceedings can be coordinated, it is unlikely that the group can be reorganised as a whole and it may have to be broken up into its constituent parts, with consequent losses for the creditors, shareholders and employees;” <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0355&format=XML&language=EN>.

¹⁰ 12.12.2012, Com(2012) 742, 743, 744 final, http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/news/-121212_en.htm.

¹¹ The language of the new recital is taken from the “Interdil” decision of the Court of Justice of the EU, Case C – 396/09, judgment of 20.10.2011.

approval of protocols". This recommendation is also relevant for the cooperation and communication between liquidators and courts, Art. 31b. In addition, in the new chapter IVA (Art. 42a – 42d) on group-of-companies insolvencies, protocols are recommended for the necessary cooperation between liquidators and courts in joint proceedings.

2.2 The UNCITRAL Model Law

The UNCITRAL Model Law, according to Art. 1, paragraph 1, is designed to apply where assistance is sought in an enacting State by a foreign court or a foreign representative in connection with a foreign insolvency proceeding; or assistance is sought in the foreign State in connection with a specified insolvency proceeding under the laws of that State; or a foreign proceeding and an insolvency proceeding under specified laws of the enacting State are taking place concurrently, in respect of the same debtor; or, lastly, creditors or other interested persons have an interest in requesting the commencement of, or participation in, insolvency proceedings under specified laws of the enacting State.

The Model Law is said to be built on four distinct principles. The first is *the access principle*, which establishes the circumstances in which a "foreign representative" has rights of access to the court (the receiving court) in the enacting State from which recognition and relief is sought. The second is *the recognition principle*; the receiving court may make an order recognising the foreign proceeding, as either a foreign "main" or "non-main" proceeding. The third principle is *the relief principle*, which refers to three distinct situations. In cases where an application for recognition is pending, interim relief may be granted to protect assets within the jurisdiction of the receiving court. If a proceeding is recognised as a "main" proceeding, automatic relief follows. Additional discretionary relief is available in respect of "main" proceedings, and relief of the same character may be given in respect of a proceeding that is recognised as "non-main". The fourth principle is *the cooperation and coordination principle*, which places obligations on both courts and insolvency administrators in different States to communicate and cooperate to the greatest extent possible.¹²

The public policy objectives behind these principles have been formulated by UNCITRAL:

- “(a) The need for greater legal certainty for trade and investment; (b) The need for fair and efficient management of international insolvency

¹² UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: *The Judicial Perspective*, UN, New York 2011, p. 5.

proceedings, in the interests of all creditors and other interested persons, including the debtor; (c) Protection and maximization of the value of the debtor's assets for distribution to creditors, whether by reorganization or liquidation; (d) The desirability and need for courts and other competent authorities to communicate and cooperate when dealing with insolvency proceedings in multiple States; and (e) The facilitation of the rescue of financially troubled businesses, with the aim of protecting investment and preserving employment.”¹³

In Chapter IV (Art. 25-27) of the Model law, the basic principle of cooperation is formulated, both between courts of different countries and between administrators/liquidators. The simple rule is that all involved parties to a cross-border insolvency proceeding should cooperate to the extent necessary to facilitate the proceedings and in Art. 27 (d); concerning forms of cooperation, one possibility is the approval or implementation by courts of *agreements concerning the coordination of proceedings*.

2.3 The content and application of protocols

A protocol is an agreement or a contract concerning the administration of an insolvent debtor who is or has been established in several different jurisdictions, and who is the target of parallel proceedings in these jurisdictions. The agreement in the form of a protocol is in essence a tool by which the proceedings may be organised in an efficient way and choice-of-law rules may be established, as well as rules regarding material matters such as consolidation of assets and priority rights among creditors. However, the protocol is first and foremost a tool for information and communication between the affected parties.

Over the last couple of years, several guidelines or best practices for determining the content of protocols have been published. An early example is *the Cross-Border Insolvency Concordat 1995*, published by The Insolvency Committee of the International Bar Association (former Committee J). This document lays out ten principles to provide guidance to courts and other concerned parties, and focuses mainly on coordination of proceedings and principles of private international law.¹⁴ In the United States the American Law Institute (ALI) published the *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases* in 2000, and this has been used in several protocols over

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Paul H. Zumbro, Cross-border Insolvencies and International Protocols – an Imperfect but Effective Tool, 11 *Business Law International* 157 (165) 2010.

the years.¹⁵ This document has developed over time, and as of 2003 it was transformed into *Principles of Cooperation among the member-states of the North American Free Trade Association*. These principles in turn were the basis for a further initiative in 2006 by the ALI/III to adjust them for global use. A 2012 report published by Ian F. Fletcher and Bob Wessels, *Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*, contains principles for cooperation and guidelines for court-to-court communications adjusted for global use.¹⁶ Already in 2007, and together with Miguel Virgós, Bob Wessels published the *European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency* (the Co-Co Guidelines).¹⁷ These are non-binding provisions for protocols, particularly in respect of insolvency proceedings where the EIR is the applicable law. However, to a large extent, these principles are consumed by the recently-mentioned global principles and the proposed amendments to the EIR.

An advantage with protocols is the possibility to adapt and change the content to what the situation requires. Depending on the facts of a specific insolvency setting, the protocol may be limited to a few crucial matters, or extended to cover major issues of the procedure for liquidation and/or reconstruction. An example of the latter – although not entirely successful – is the Cross-Border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies, an eleven-page contract intended to encompass the whole of the Lehman Group and incorporating the full text of the ALI/III Guidelines. Despite these potential variations, it is possible to point out some issues which are more frequent and recommended in protocols.¹⁸

Not surprisingly, many protocols start with a *Purpose and aims* clause, stating the need for a specific regulation in the case at hand and pointing out the importance of cooperation and communication, as well as stating that the Protocol will respect the rights of the parties in question. A preamble of

¹⁵ *Ibid.* at 166 foot note 31 for case references. The publication is available at www.ali.org/doc/Guidelines.pdf. In 2001 the International Insolvency Institute (III) adopted and endorsed the Guidelines and recommended them for use.

¹⁶ The materials are available at www.iiiglobal.org/component/jdownloads/viewcategory/36.html.

¹⁷ Available at <http://bobwessels.nl/wordpress/?s=2007-09-doc+1>.

¹⁸ See Paul H. Zumbro, “Cross-border Insolvencies and International Protocols – an Imperfect but Effective Tool”, 11 *Business Law International* 157(167) 2010, and Anthony Sexton, “Current Problems and Trends in the Administration of Transnational Insolvencies Involving Enterprise Groups: The Mixed Record of Protocols, the UNCITRAL Model Insolvency Law and the EU Insolvency Regulation”, 12 *Chicago Journal of International Law* 811(829) (2012). The principals of Lehman Brothers International Europe and Lehman Brothers Japan refused to sign the protocol because of unacceptable limitations on possible avoidance actions and intra-company claims; see Sexton at p. 168.

this kind may also point to the need for information and data sharing, asset preservation, comity and inter-company claim reconciliation.

Another common feature is a *Right to appear* and be heard for creditors and representatives before the relevant courts. This may also include questions of jurisdiction for these courts.

One of the main areas for regulation is of course *Communication and cooperation*. These provisions can make explicit the methods courts and representatives of the debtor estate should use to coordinate the proceedings and create a framework for means of communication, as well as how and when this communication shall take place. The provisions may include agreements to share non-public information and to conduct joint hearings on matters of importance and relevance to the multiple proceedings.

Questions of *asset preservation* and the closely connected *recognition of stay proceedings* are often of a more controversial nature. In a cross-border proceeding, each separate proceeding is still a national proceeding, and for various reasons taking account of and respecting the interests of foreign creditors and debtor estates may be difficult. There may be a need for reciprocity and trust (comity) in order to ensure that assets are not depleted as a result of separate actions by local creditors in other countries. In the case of a multinational enterprise group, these provisions may be crucial in order to ensure that foreign creditors' rights are not undermined by the exercise of remedies by local creditors, and vice versa.

Lastly, *inter-company claims* are an important area of regulation in protocols. Terms for recognition and settlement may be a particularly significant concern in the case of insolvency of a multinational enterprise group. Provisions for methods of identifying and resolving inter-company claims may be crucial, and often include requirements for agreed-upon methods of accounting for quantifying purposes.

These different provisions are just a short list of examples of matters that may be regulated in a protocol, but they may be viewed as representative for the content of several protocols in actual use.¹⁹

3. Swedish insolvency law in an international setting

3.1 Some general observations

Swedish insolvency law with domestic application consists primarily of the

¹⁹ Zumbro, *ibid.*, Cf. *UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, UN, New York 2010, p. 36 et seq. for a more extensive list of common provisions.

Bankruptcy Act 1987 (BA), and the Reorganisation of Enterprises Act 1996 (REA).²⁰ Cross-border insolvency issues are dealt with in the EIR, in the Act on Bankruptcies Covering Property in Other Nordic Countries 1981 and in the Act on the Effects of Bankruptcies in Other Nordic Countries 1981.²¹ Cross-border insolvencies involving parties from countries other than those in Scandinavia and the EU are not regulated in Swedish law. The forum rules of the Code of Procedure 1942, Chapter 10, are utilised to establish jurisdiction in Sweden in an international case.²² Conflict-of-law matters are dealt with according to unwritten principles of choice of law. Sweden has not adopted the UNCITRAL Model Law or any similar rules to handle cross-border insolvencies globally.

The Swedish BA is based on the assumption of a level playing field for the creditors when their common debtor has become insolvent. This basic endeavour is primarily visible in the prohibition against separate actions, i.e. through foreclosure, Ch. 3, sec.7 and 8 BA, after bankruptcy has been declared, and the rules on avoidance of transactions, Ch. 4, sec. 5-13 BA. The bankruptcy creditors should be treated on an equal basis. However, in the Swedish system, this is a responsibility primarily for the bankruptcy administrator (Sw. *konkursförvaltare*), not the courts. A court cannot order the administrator to take account of a single creditor's or class of creditors' interests in an on-going bankruptcy proceeding. The liability question that may be involved has to be dealt with as a separate question on the initiative of the concerned creditor or creditors.

Would it be possible for a Swedish bankruptcy administrator to agree to a protocol that would affect the Swedish debtor estate? And would it be possible for the relevant Swedish bankruptcy court to be a party to the protocol in

²⁰ Konkurslag (Swedish Statutes 1987:672) and Lagen om företagsrekonstruktion (Swedish Statutes 1996:764). The Enforcement Code (Utsökningsbalken, Swedish Statutes 1981:774) and the Reorganisation of Personal Debt Act (Skuldsaneringslagen, Swedish Statutes 2006:548), are not dealt with here.

²¹ Lag om konkurs som omfattar egendom i annat nordiskt land (Swedish Statutes 1981:6) and Lag om verkan av konkurs som inträffat i annat nordiskt land (Swedish Statutes 1981:7), based on Konvention den 7 november 1933 mellan Sverige, Danmark, Finland, Island och Norge angående konkurs (nordiska konkurskonventionen (Convention of 7 November 1933 between Sweden, Denmark, Finland, Iceland and Norway concerning bankruptcy (the Nordic bankruptcy convention))), available in Swedish in Government proposition 1980/81:35 p 33.

²² In a recent case, NJA 2010 p. 734, the Supreme Court established jurisdiction in Sweden based on Ch. 10, sec. 3 of the Code of Procedure 1942, in a case where the bankruptcy estate of a franchisee demanded avoidance of a settlement agreement made between the franchisor and the franchisee. See also the judgements of the Supreme court in NJA 2013 p. 22 and NJA 2013 p. 31, concerning jurisdiction for Swedish courts in avoidance cases with defendants domiciled in Norway and St. Kitts and Nevis, respectively. In both cases the Supreme Court founded jurisdiction for Swedish courts on an extended analogy to the EIR and Ch. 10 of the Code of Procedure 1942.

order to facilitate faster and cheaper proceedings? It is of course not possible to answer “yes” or “no” to these questions without reservations. The interesting question is rather how much room there is in the Swedish insolvency system for protocols as a means to enhance the administration of the proceedings and to preserve value for the creditors.

A bankruptcy administrator is under the obligation to try to preserve as much value as possible of the debtor estate, according to Ch. 7 sec. 8 BA, and if this goal can be better achieved through a protocol, maybe one should be used.²³ However, it must be stressed that the Swedish legal system does not recognise much independent active participation by the courts when it comes to the administration of bankruptcy and reconstruction schemes, and the administrator is bound by the rules in the BA concerning administration and winding up of the estate. However, if the proposed changes and amendments of the EIR are made, Sweden will have to adapt to the new rules, including the references to the use of protocols.

A fairly safe and, generally speaking, probably uncontroversial observation is that if a protocol makes it easier to apply and uphold the rules that in any case would be applicable, there is authority for both the administrator and the courts to take part in such an agreement with binding effect on the relevant party. As long as it only is a question of best application and procedure under the relevant legal rules, there should be no objections, especially if in the end it produces a better preservation of value of the debtor estate.

3.2 General contract law and insolvency

The basic principle of freedom of contract extends into insolvency law. Bankruptcy does not in itself mean that on-going contractual relations between the debtor and third parties are rescinded or *ipso facto* invalid. However, the bankruptcy of a party changes the scene for all involved, and new considerations must be made. The winding up of the estate will mean that losses will be realised, and the questions are who will bear these losses and in what amounts. The bankruptcy administrator supersedes the debtor completely as representative of the estate and is thereby vested with the authority to take any action the debtor could have taken, including to take on liabilities towards the existing creditors and other third parties, with a binding effect for the estate. There should not be any general obstacles according to Swedish law to

²³ Cf. the statement by *UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, UN, New York 2010, p. 34, “Some commentators take the view that the insolvency representative’s responsibility to the insolvency estate could constitute a duty to enter into such an agreement.”

participation by the administrator to a protocol concerning e.g. a coordination of proceedings in a company group bankruptcy.

As a rule, creditor agreements concerning priority and subordination among creditors are valid among the contracting parties according to Swedish law. However, this does not extend to include the debtor or the bankruptcy estate (the administrator) of the debtor, unless the debtor has been a direct party to the agreement or the administrator enters into the agreement on behalf of the estate. But if that is the case, a subordination of a claim is valid and binding, both in bankruptcy and in composition in connection with reorganisation.²⁴ Such agreements must not be discriminatory towards creditors who are not party to the agreement. It is not possible to deteriorate the value of another creditor's claim through a contract to which that creditor is not a party.

A bankruptcy administrator has the authority to take all steps necessary to liquidate the estate, Ch. 8 sec. 1 BA. He or she is under an obligation to try to obtain as good a price as possible, be it through a sale of a business as a going concern or through an auction (a fire sale) of the assets. This means that the administrator can take whatever steps are necessary to meet this goal, as long as he or she complies with the demands of the BA concerning communication with the creditors and reporting on the progress of the proceeding to the supervision authority, Ch. 7 sec. 10 BA.²⁵ In terms of business decisions the administrator has a rather independent position, and his or her responsibility to achieve any specific quantitative results is limited, but he or she is under a strict rule of compliance with the formalities of the BA. As long as a protocol regulates the commercial, business aspects of the proceedings, there should be ample room for the administrator to take part with binding effect for the estate. On the other hand, it would be controversial for the administrator and/or the court to adjust the formal administration rules of the BA through a protocol. The protocol would not take priority over the BA.

3.3 Conflict of interest?

One aspect to observe and address when it comes to participating in a protocol is the possibility of conflict of interest and the position of the administrator. The use of protocols may increase the competition between individual creditors and groups of creditors of different classes and different countries. There is a risk that a protocol – perhaps contrary to its intention – could be viewed as a

²⁴ Cf. sec. 18 of the Rights of Priority Act (Swedish Statutes 1970:979).

²⁵ Cf. The Supreme Court cases NJA 2001 p. 99 and NJA 2005 p. 443, where administrators were held personally liable for creditor losses due to a lack of communication (information) concerning actions taken or not taken by the administrator.

vehicle for the promotion of certain creditors at the expense of others. A creditor or a group/class of creditors may consider themselves to be in a worse position than would have been the case without the protocol, especially in cases where they are referred to a foreign proceeding or the courts of another country to prove their claims. However, if the Protocol is a genuine attempt to further a cross-border proceeding to the benefit of *all* creditors, this problem is often one of information and perhaps education. In most cases it is perhaps more expensive to have these matters resolved by litigation than by a coordinated proceeding involving all concerned parties.

4. Summary

Protocols may be a tool of efficiency in the administration of cross-border insolvency proceedings, but it should be recognised that they represent a second-best solution to the problems of such proceedings. A truly international legal regime, with functional rules for cross-border issues, would certainly be better. However, such a regime is not foreseeable in the near future, not even in Europe and notwithstanding the EIR. So, as an often necessary complement to the legal infrastructure of insolvency law, the protocol should be welcomed in national law and given sufficient room to function as the facilitating tool it is meant to be.

Konkursförvaltares skadestånds- ansvar

Anteckningar rörande konkursförvaltares personliga
ansvar för konkursboförvaltningen

Av docent GÖRAN MILLQVIST

1. Inledning

Konkursens rättsliga reglering har undergått flera genomgripande förändringar under de senaste decennierna. Den så kallade fattigkonkursen försvann och ersattes av mindre konkurs.¹ Denna har i sin tur modifierats och fått bilda mönster för ett enhetligt konkursförfarande med variationsmöjligheter, beroende på om bevakningsförfarande inför rätten skall äga rum eller ej.² Rättens ombudsman har likaså avskaffats och, till viss del, ersatts av tillsynsmyndigheten.³ Även konkursförvaltersysslan har inbegripits i dessa förändringar av konkursrätten. Konkursförvaltaren har successivt fått en mera självständig ställning i förhållande till både konkursborgenärerna och konkursdomstolen, och förvaltersysslan har professionaliserats till att i princip vara ett heltidsarbete för vissa advokater. I 1990-talets konkursförfarande intar förvaltaren den centrala rollen. Det är i första hand förvaltaren det åligger att tillse att det insolvensförfarande som inleds genom gäldenärens försättande i konkurs uppfyller lagstiftningens krav vad gäller behandlingen av gäldenärens tillgångar, borgenärernas inbördes rätt och samhällets inflytande på förfarandet.⁴ Förvaltaren vidtar en mängd både faktiska och rättsliga åtgärder under konkursförfarandets gång. Arbetsuppgifterna spänner över ett stort område av både offentligrättslig och privaträttslig karaktär, vilket medför att förvaltaren vidtar rättsliga dispositioner med återverkningar för olika rättssubjekt. Subjekt som dessutom i många fall har direkt motsatta intressen i konkursen. Hans ställning är i konsekvens härmed utsatt, med åtföljande risker för felaktiga beslut och mindre lyckade uppgörelser. Detta medför i sin tur att tillämpliga tillsyns-, ansvars- och sanktionsregler får en särskild betydelse.

¹ Prop. 1978/79:105, jfr SOU 1983:24 s. 109.

² Prop. 1986/87:90 s. 97, 140 ff. och 293 ff., LU 1986/87:32.

³ Prop. 1978/79:105 s. 115 ff., 184 ff. och 265.

⁴ Jfr prop. 1986/87:90 s. 109 ff., prop. 1978/79:105 s. 163 ff., Pripp, Förvalta en konkurs, Advokat. Ett yrke i närbilder, Sveriges Advokatsamfund, Sthlm 1985, s. 82 ff. och Lennander, Den nya insolvensrätten, TfR 1987 s. 545 ff.

I denna uppsats skall förutsättningarna för konkursförvaltarens personliga ekonomiska ansvar för det arbete han utför behandlas. Systemet av tillsynsregler och tillsynsmyndighetens verksamhet tas inte upp här, liksom inte heller andra icke-ekonomiska sanktioner, såsom entledigande och straffansvar. Framställningen är helt inriktad på förvaltarens personliga skadeståndsansvar för det arbete han utför i egenskap av konkursförvaltare.

Konkursförvaltaren kan karaktäriseras som en fristående mellanman med ett på konkurslagen grundat uppdrag att realisera och avveckla konkursboet. Uppdraget är sedan nya konkurslagens tillkomst inte ens formellt givet av borgenärerna utan tillkommer uteslutande konkursdomstolen efter tillsynsmyndighetens hörande, 7:2 och 3 KL, varför det äldre språkbruket som angav förvaltaren som borgenärernas syssloman bör överges. Han är legal företrädare (organ) för boet och de rättshandlingar han företar i och för konkursen sker på boets vägnar. Som huvudregel ådrar han sig inte något eget ansvar för de förpliktelser och rättigheter hans handlande kan ge upphov till för andra.⁵ Samtidigt är det skadeståndsansvar som kan drabba förvaltaren förhållandevis omfattande. Förvaltningsuppgiften kan vid en översiktlig genomgång av de potentiellt tillämpliga ansvarsreglerna te sig tämligen riskfylld för den enskilde förvaltaren.

Praxis uppvisar inte något överflöd på skadeståndsmål mot konkursförvaltare vilket kan synas märkligt med tanke på förvaltarens centrala ställning i konkursen, de ekonomiska förluster som regelmässigt uppstår för borgenärer och andra i en konkurs och den just antydda skadeståndssanktionens omfattning. Man kunde förvänta sig att missnöjda parter skulle finna det närliggande att vända sig mot förvaltaren med krav på ersättning, då utdelning, brutna kontrakt, affärer direkt med konkursboet med mera ger sämre resultat än väntat. Att så inte sker kan dock ha flera tänkbara förklaringar.⁶ Många fall stannar säkerligen som frågor om försäkringsersättning ur advokaternas ansvarsförsäkring. Tillräcklig insyn i hur arbetet bedrivits av förvaltaren kan i vissa fall vara svår att uppnå. En massaborgenär har exempelvis inte rätt att löpande kontrollera förvaltaren i dennes arbete. Dagens konkursförvaltare, såsom yrkesgrupp, uppfattas förmodligen också av många som kunniga och kompetenta inom ett tämligen speciellt rättsområde. Genom att konkursrätten sedan 1979 handhas av successivt mera specialiserade jurister, på grund av att endast vissa advokater utses till förvaltare medan övriga sällan eller aldrig

⁵ Jfr Walin, Palmér, Konkurslagen, Del 1, Sthlm 1989, s. 1044.

⁶ Jfr SOU 1983:24 s. 395.

kommer i kontakt med rättsområdet, kan det vara svårt för en förment skadelidande part att få kompetent rådgivning och hjälp i samband med ett ersättningskrav. Det kan även som konkursgäldenär eller borgenär vara utomordentligt svårt att påvisa att man lidit en ersättningsgill skada, då ju i samband med konkursförluster regelmässigt uppstår.

2. De grundläggande reglerna

2.1 Lagstiftningen

Ett särskilt skadeståndsansvar infördes för konkursförvaltare genom den nya konkurslagen (KL 1987:672,⁷ 17:1). Regeln stadgar ett oaktsamhetsansvar för förvaltningsuppdragets fullgörande i förhållande till konkursborgenärerna, boet och gäldenären. Beroende på den skadegörande handlingens beskaffenhet, skadans storlek och omständigheterna i övrigt kan enligt stadgandets andra mening ersättningen jämkas efter skälighet. Därtill gäller solidariskt ansvar med regressmöjlighet om flera förvaltare är ansvariga, såvida jämkning inte skett för någon av dem.⁸ Denna kodifiering av det personliga förvaltaransvaret är enligt förarbetena inte avsedd att utgöra någon materiell nyhet i förhållande till tidigare rättsläge.⁹ Enligt specialmotiveringen står bestämmelsen i saklig överensstämmelse med vad som tidigare ansågs gälla enligt oskrivna regler och den har utformats efter förebild i aktiebolagslagens skadeståndsregler för likvidator (ABL 1975:1385, 13:7 st. 4 jämförd med 15:1).¹⁰

Ur skadesynpunkt har 17:1 KL två väsentliga begränsningar; regeln omfattar endast skador som förvaltarens orsakar *vid fullgörandet av förvaltningsuppdraget* samt endast skador som drabbar *konkursborgenär, boet eller gäldenären*. Den första begränsningen är tämligen självklar med tanke på stadgandets karaktär av specialreglering. En konkursförvaltares uppträdande och handlande utanför området för förvaltningen, såsom advokat eller privatperson, får bedömas efter de skadeståndsregler som då kan vara aktuella, exempelvis kontraktsrättsliga regler eller skadeståndslagen (SkL 1972:207, omtryckt i 1975:404).¹¹ Dessa fall ligger utan-

⁷ Prop. 1986/87:90, LU 1986/87:32, SOU 1983:24.

⁸ Jämkningsmöjligheten och det solidariska ansvaret behandlas inte i denna uppsats, se härom a. prop. s. 417 och Walin, Palmér, a. a. s. 1049. Förvaltaruppdragets personliga natur medför att solidariskt ansvar ej kan åläggas annan medförvaltare, NJA 1973 s. 42 — ej ansvar för handelsbolagsdelägare (advokatrörelse) för skada på grund av förvaltares försörjning av konkursboets medel.

⁹ Prop. 1986/87:90 s. 415. Talan av borgenär, boet eller gäldenären förs genom klander av slutredovisningen, 17:2 KL. Övriga skadelidande är inte bundna av klanderreglerna i KL, jfr NJA 1977 s. 816 och 1979 s. 700.

¹⁰ Prop. 1986/87:90 a. st., jfr SOU 1983:24 s. 397.

¹¹ Jfr prop. 1986/87:90 s. 415 f.

för området för vad som kan och bör regleras i konkurslagen. Samtidigt innebär begränsningen att gränsdragningsfrågan mellan vad som omfattas av uppdraget och vad som faller utanför blir väsentlig. Lokutionen "vid fullgörande av sitt uppdrag" i 17:1 KL kan medföra liknande tolkningsproblem som då begreppet "myndighetsutövning" är avgörande för statens ansvar.¹² Förvaltaruppdragets omfattning behandlas översiktligt i nästföljande avsnitt.

Den andra begränsningen — till konkursborgenärerna, boet och gäldenären, nedan kallade konkursintressenterna — ter sig däremot inte lika självklar. Varför omfattas inte exempelvis massaborgenärer, sakkunniga och biträden som anlitats av förvaltaren eller närstående till gäldenären av stadgandets tillämpningsområde? Den historiska förklaringen, att förvaltaren var konkursintressenternas syssloman, och ansvaret mot dessa därför hade kontraktsrättslig grund, medan ansvaret mot andra subjekt, tredje man enligt detta synsätt, vilade på utomobligatorisk grund, är knappast bärkraftigt idag. Sysslomannamodellen ger en endast bristfällig bild av förvaltarens ställning och uppdrag enligt dagens system, den motsvarar inte de realiteter under vilka en förvaltare arbetar.¹³ Förarbetena till konkurslagen motiverar begränsningen endast med ett inte närmare preciserat påstående att det skulle vara alltför komplicerat att reglera ansvaret mot tredje man samt att frågan inte varit föremål för prövning i rättspraxis i någon nämnvärd omfattning.¹⁴ Det finns anledning att återkomma till denna fråga längre fram.

Genom att 17:1 KL endast täcker en del av de skadefall en förvaltare kan vara upphov till i sitt arbete blir även allmänna skadeståndsregler och -principer aktuella för tillämpning. Ansvaret mot de nyss nämnda subjekten vilka inte omfattas av 17:1 KL, vilar enligt gängse uppfattning inom doktrinen inte primärt på skadeståndslagen utan på ett culpaansvar begränsat av normskyddsläran (läran om skyddat intresse).¹⁵ Begränsningen skulle bestå i ett krav på, utöver oaktsamhet, att förvaltaren "åsidosätter

¹² Förvaltaruppdraget är dock *inte* i sig att behandla som myndighetsutövning, se prop. s. 415. Angående lokutionen "vid myndighetsutövning" se prop. 1989/90:42 s. 9 ff., Ds 1989/90:12 s. 23 ff., Dir 1989:52 s. 4 f., Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I, Sthlm 1978, s. 53 ff. och dens., Det allmännas ansvar, Sthlm, 1990, s. 34 ff. Jfr NJA 1984 s. 80 där bland annat skillnaden mellan *i* myndighetsutövning (i 20:1 BrB) och *vid* myndighetsutövning (i 3:2 SkL) diskuterades samt NJA 1987 s. 535 angående omfattningen av "vid myndighetsutövning" i 3:2 SkL.

¹³ Jfr prop. 1988/89:31 (jäv för konkursförvaltare) s. 4 f. och DsJu 1988:37 s. 10 f.

¹⁴ Prop. 1986/87:90 s. 414, jfr SOU 1983:24 s. 396.

¹⁵ Termen från Kleineman, Ren förmögenhetsskada, Sthlm 1987, s. 287. Jfr prop. 1986/87:90 s. 413 och SOU 1983:24 s. 394 med hänvisning till Welamson, Konkursrätt s. 183 och Lawski, Konkurs- och ackordslagarna s. 172.

en uttrycklig, till tredje mans skydd meddelad lagbestämmelse.”¹⁶ Men om utgångspunkten är att förvaltaransvaret skall delas upp i ett uppdragsansvar (17:1 KL) och ett tredjemansansvar, kan det frågas varför inte skadeståndslagen skall reglera tredjemansansvaret? Lagen är ju som bekant tillämplig ”om ej annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden”, 1:1 SkL. En möjlig förklaring kan vara att i sådant fall kollision uppstår med spärregeln¹⁷ i 2:4 SkL angående ersättningsskyldighet för ren förmögenhetsskada, varvid denna regels koppling till brott som ansvarsrekvisit kan uppfattas som en besvärande begränsning. HD har dock ansett sig oförhindrad att utdöma skadestånd för ren förmögenhetsskada trots att den ansvarige inte begått något brott, han var inte ens åtalad för brott.¹⁸ Läran om skyddat intresse såsom rekvisit för skadeståndsskyldighet accepteras inte heller enhälligt av doktrinen.¹⁹ Positivt stöd för den i detta sammanhang består i realiteten i doktrinuttalanden och konkurslagsmotivens upprepande av dessa. Den närmare utformningen av förvaltaransvaret på detta område är härigenom en delvis öppen fråga och det synes motiverat att ta upp det till förnyad prövning.

Utöver dessa generella skadeståndsregler kan slutligen en konkursförvaltare vara underkastad lagstadgat skadeståndsansvar enligt diverse speciella författningar. Förvaltarens inträde som företrädare för konkursboet kan bland annat medföra personligt betalningsansvar enligt 77a § uppbördslagen (1953:272, omtryckt 1972:75) om boet inträtt som arbetsgivare med massaansvar. Förvaltarens skall även tillse att de särskilda kontrollföreskrifter som kan ha varit tillämpliga på gäldenärens verksamhet följs. Gäldenären kan exempelvis ha varit underkastad särskilt tillståndskrav för transporter av farligt gods (lagen 1982:821 om transport av farligt gods, 10 §) eller för miljöfarlig verksamhet (miljöskyddslagen 1969:387, 6 §). Den arbetsrättsliga lagstiftningens skadeståndssanktionerade krav på arbetsgivare utgör ytterligare ett exempel. Skulle boet bli skadeståndsskyldigt gentemot staten eller tredje man på grund av underlåtelser i något sådant fall, svarar förvaltarens mot boet såvida underlåtelserna utgör oaktsamhet från förvaltarens sida. Detta följer av culpaansvaret i 17:1 KL. Här finns

¹⁶ Lawski, a. s.

¹⁷ Termen från Kleineman, a. a. s. 83.

¹⁸ Se NJA 1987 s. 692, värderingsman ansvarig för felaktigheter i värderingsintyg gentemot tredje man, som litat på intyget för beviljande av lån till värderingsmannens uppdragsgivare. Jfr Kleineman, a. a. s. 541 ff.

¹⁹ Se bl. a. Dufwa, Skyddat intresse, ren förmögenhetsskada och andra skadeståndsrättsliga spörsmål i ett internationellt perspektiv, Festschrift till Sveriges Advokatsamfund, s. 173 ff.

inte utrymme för en allmän inventering av den lagstiftning som en konkursförvaltare i teorin kan tänkas bryta mot. Det får räcka med en allmän hänvisning till de i nästföljande not omnämnda arbetena. Arbetsrättslagstiftningen och särskilt AD:s praxis enligt denna har dock ansetts så intressant att den tagits upp till särskild behandling i slutet av uppsatsen.

2.2 Förvaltaruppdragets omfång

Utan att gå in på några detaljer kan förvaltaruppdragets omfång, såsom detta framträder i konkurslagen, sammanföras i tre faser — *utrednings- och konsolideringsfasen, realisationsfasen samt utdelnings- och redovisningsfasen*.²⁰ Den första omfattar alla åtgärder som krävs för att förvaltaren skall ha kontroll över boet i den meningen att boet blir så stort som är möjligt enligt lagreglerna. Tillgångarna i boets besittning skall säkras inför kommande försäljning, fordringarna skall indrivnas eller realiseras och återvinningsbara tillgångar skall dras in till boet. Består boet av en rörelse måste det avgöras om denna skall läggas ned omedelbart eller drivas vidare för försäljning. På skuldsidan skall omfattningen av bevakningsbara fordringar fastställas, eventuellt genom formellt bevakningsförfarande, tillgångar som inte tillhör boet skall utlämnas eller reserveras och uppsägning (hävning) av långvariga kontrakt, exempelvis anställnings- och hyreskontrakt, skall verkställas. Vidare skall prioriteten mellan konkursfordringarna enligt förmånsrättslagen fastställas och gäldenärens handlande utredas i förhållande till frågorna om gäldenärsbrott och näringsförbud.

Den andra fasen omfattar alla försäljnings- och avvecklingsåtgärder som krävs för att omvandla tillgångarna i boet till en utdelningsbar nettoförmögenhet. Försäljning på auktion eller under hand skall beslutas och genomföras, vilket medför diverse praktiska åtgärder såsom annonsering, infordrande av anbud, visning av tillgångarna samt arrangerande av auktionsförrättning.

Den tredje fasen slutligen omfattar åtgärderna för själva utdelningsförfarandet och det arbete som måste vidtas för en korrekt redovisning av förvaltningens resultat, vilket gäller både den löpande redovisningen under konkursens gång och vid dess avslutning. Häri ingår utbetalning till borgenärerna efter prioritet och utdelningsprocent samt upprättande och ingivande av bland

²⁰ Handläggningen av konkurs behandlas detaljerat i Elliot, Handbok i konkursförvaltning, Simrishamn 1989. Sveriges Advokatsamfunds yrkesråd och Konkursförvaltarcollegiernas Förening har sammanställt en utförlig Minneslista för konkursförvaltning (nr 5:5, januari 1988), vilken kan sägas ange ramarna för förvaltaruppdraget. Jfr även Lindskog, a. a. s. 302 och 304, Norri, Om konkursförvaltares inbördes ansvar, JfT 1982 s. 184 (187) samt Pripp, a. a. s. 83.

annat bouppteckning, borgenärsförteckning, förvaltarberättelse, halvårs- och helårsberättelser och slutredovisning.

En skadegörande handling eller underlåtenhet skall falla under någon av dessa faser eller områden för att vara ersättningsgill enligt 17:1 KL. Likaså bildar uppdraget den yttre ramen för tredjemansansvaret, i den mån detta vilar på andra grunder än skadeståndslagen. I de fall skadan uppstått genom att förvaltaren i sitt handlande avvikit från de skyldigheter som uttryckligen framgår av konkurslagen eller utgör följdförpliktelser därav, såsom processhandlingar eller åtgärder enligt anställningsskyddslagen, utgör denna gränsdragning inte något problem. Det är då klart att förvaltaren handlar (eller underlåter att handla) i egenskap av företrädare (organ) för boet. I tveksamma fall — skadan kan inte återföras på någon sådan viss förpliktelse i konkurslagen eller anslutande lagstiftning — torde vägledning kunna sökas i förvaltarens organställning samt i frågan om arvodets omfattning. Organställningen bör i detta sammanhang medföra att ansvaret omfattar varje åtgärd som i sig (bortsett från eventuell skada för annan) påverkat boet i något avseende och som även varit avsedd att påverka boet. Alla handlingar av både faktisk och rättslig karaktär förvaltaren vidtar i syfte att förändra boet, dess ekonomiska ställning eller faktiska omfattning, bör rimligen vara omfattade av hans uppdrag. Likaså torde arvodesfrågan kunna ge ledning då det i efterhand skall avgöras om en skada orsakats inom uppdraget eller ej. Rätt att debitera arvode för olika åtgärder torde nämligen förutsätta att åtgärden varit påkallad för förvaltningsuppdragets korrekta fullgörande.²¹ Med andra ord om en viss handling, som förvaltaren företagit eller borde ha företagit, grundar rätt till arvode från ett visst konkursbo ingår handlingen även i uppdraget att förvalta detta bo och kan grunda skadeståndsansvar enligt reglerna för förvaltaransvaret. Detta torde särskilt vara fallet då det av förvaltarens arvodesframställan framgår att han själv anser åtgärden ingå i arvodesunderlaget.²²

2.3 Dansk, norsk och finsk rätt

Ansvarsreglerna i de *nordiska grannländerna* är likartade de svenska vad gäller culpaparekvitet och dettas behandling såsom ett professionsansvar.²³ Däremot saknas i stort sett uppdelningen i ett uppdragsansvar och ett tredjemansansvar. Vid en jämförelse mellan

²¹ Se Welamson, a. a. s. 612.

²² Arvodesframställan skall åtföljas av specificerad räkning som utvisar hur det fordrade beloppet fördelar sig på de olika förvaltningsåtgärderna och av en redogörelse för det arbete som uppdraget medfört, jfr 14:6 KL och prop. 1986/87:90 s. 157.

²³ Angående professionsansvaret se vidare nedan avsnitt 3.2.

svensk och nordisk rätt i övrigt framstår det svenska rättsläget som något mera splittrat och med fler distinktioner än vad som kanske är nödvändigt.

Den *danska* konkurslagen av 1977²⁴ innehåller inte någon uttrycklig reglering av konkursförvaltarens, "kurators", personliga ansvar, vilket innebär att dansk rätts generella culparegel blir tillämplig. "Kurator" svarar därmed för sin oaktsamhet både i förhållande till konkursintressenterna och tredje man, det uppställs inga särskilda begränsningar i ansvaret mot tredje man.²⁵ Culpaansvaret utgör ett professionsansvar och har i detta sammanhang uttryckts på det sättet att "kurator" bedöms efter samma måttstock som en professionell företagsledning. "Kurator forudsattes at have de nødvendige kvalifikationer og forretningsmaessig indsigt. Såfremt han mangler specialviden inden for et fagfelt, må han selv baere ansvaret for at indhente udtalelser fra kompetente sagkyndige."²⁶ Avgörande för culpabedömningen skulle vara i vad mån "kurator" inhämtat ett "forsvarligt grundlag" för sina beslut och handlingar under konkursens gång.²⁷

Inte heller den *norska* konkurslagen av 1984²⁸ reglerar förvaltaransvaret explicit, utan detta följer av allmänna regler.²⁹ Den äldre konkurslagen från 1863³⁰ innehöll en hänvisningsregel i 25 § som utsade att förvaltare, "bostyreren", handlade "under det samme ansvar, som i almindelighet påligger den, som ifølge fullmakt varetar en annens anliggender". Denna regel ansågs dock av Konkurslovutvalget sakna självständigt innehåll och kunde därför utgå som överflödig.³¹ Däremot uppställer den nuvarande konkurslagen ett krav på att "bostyreren" ställer säkerhet för det ekonomiska ansvar han kan ådra sig på grund av förvaltningsuppdraget. "Snarest mulig etter at bostyreren blitt oppnevnt, skal denne stille sikkerhet for sitt mulige ansvar som bostyrer", 87 §, vilket innebär att "bostyreren" skall teckna godtagbar försäkring³²

²⁴ Lov nr 298 af 8 juni 1977, med ändringar senast genom lov nr 320 af 4 juni 1986, lovbekendtgørelse nr 444 af 28 august 1984.

²⁵ Jfr UfR 1964 s. 507 H, "kurator" ansvarig på grund av att han utlämnat gäldenärens tillhörig egendom till tredje man efter krav från denne, utan att efterforska om kravet var berättigat. Se även Poul Brincker, Hæfter kurator for massekrav, der er ufyldstgjorte efter midlertidig fortsaettelse af skyldnerens erhvervsvirksomhed?, Advokaten 1983 s. 79, och Mogens Munch, Konkursloven, 5 udg. Kbhvn 1987, s. 611.

²⁶ Brincker, a. a. s. 80.

²⁷ Brincker, a. a. s. 82.

²⁸ Lov om gjeldsforhandling og konkurs av den 8 juni 1984 nr 58.

²⁹ Se NOU 1972:20 s. 154.

³⁰ Se om denna Huser, Gjeldsforhandling og konkurs 1, s. 58 ff.

³¹ NOU 1972:20 s. 154.

³² Försäkringen typgodkänns av justitiedepartementet och omfattar enligt gängse villkor "et hvert ansvar bostyreren i egenskap av bostyrer kan gjøres ansvarlig for av boet, skyldneren og fordringshaverne"; den tecknas separat för varje konkursbo för minst sex månader och fastställs till belopp av skifteretten, se Foreskrift om bostyrerens sikker-

eller ställa bankgaranti.³³ Säkerheten behöver dock inte omfatta "bostyrerens" ansvar mot tredje man, vilket motiveras av att tredje man vanligen kan vända sig mot boet eller, om "bostyreren" är ensam ansvarig, utkräva dennes advokatansvar enligt domstol-
loven.³⁴ Det uppställs inga särskilda betingelser i norsk rätt för "bostyrerens" ansvar. Hans personliga ansvar "maa vaere betinget af, at han har foretaget handlinger, som ogsaa for enhver anden, som ikke havde paataget sig saerlige pligter ligeoverfor boet, efter almindelige skadeserstatningsregler vilde medføre ansvar."³⁵ Det är det allmänna culpaansvaret som tillämpas och det görs, i enlighet med detta, ingen egentlig åtskillnad mellan olika skadelidande eller olika typer av skador. Däremot består culpaansvaret i ett professionsansvar, på motsvarande sätt som i nordisk rätt i övrigt.³⁶ Culpabedömningen är därmed objektiv i den meningen att "bostyreren" skall leva upp till de krav som ställs på en sådan i lagstiftning och praxis vad gäller kunskap och skicklighet. Individuella förhållanden, såsom sjukdom, onormal arbetsbelastning och liknande, kan dock mildra bedömningen i det enskilda fallet.³⁷

I *finsk* rätt förekommer däremot en uttrycklig reglering av skadeståndsansvaret i 70 § konkursstadgan.³⁸ Den lyder: "Gode män och sysslomän vårde konkursboets egendom och rätt som skötsam man vårdar sin egen, eller gälde skadan. Äro flere gode män eller sysslomän ... (a)nsvare de och, envar lika, för hela förvaltningen, dock utan skyldighet för den ene att gottgöra något av den förlust, som härrört av sådant den andres vållande, som den förre ej kunnat förekomma."³⁹ Ett generellt culpaansvar uppställs således⁴⁰ utan att det antyds några begränsningar vad gäller skadetyper eller skadelidandes relation till förvaltaren.

hetsstillelse av 20.9.1985 och Almindelige forsikringsvilkår for typegodkjent kombinert ansvars- og garantiforsikring for bostyrer i konkursbo, publ. i Justitiedepartementets Rundskriv G-143/85 av 7.9.1985 om Konkursloven och Dekningsloven, jfr Huser, a. a. s. 256 ff.

³³ Se Ot prp nr 50 (1980–81) s. 99 och NOU 1972:20 s. 156 f.

³⁴ Lov om domstolene 13. august nr 5 1915 222 §, jfr NOU 1972:20 s. 157.

³⁵ Francis Hagerup, Konkurs og akkordforhandling, 4 udg ved P I Paulsen, Oslo 1932, s. 150.

³⁶ Jfr Jørgensen/Wanscher, Professionsansvar i skandinavisk ret, Juristen 1967 s. 425 ff.

³⁷ Jfr Rt. 1963 s. 161 och Peter Lödrup, Laerebok i erstatningsrett, Oslo 1985, s. 115 f. och 142.

³⁸ Konkursstadga 9.11.1868/31 (Pr. 39).

³⁹ Jfr angående det solidariska ansvaret Norri, a. a. s. 184 ff.

⁴⁰ Jfr HD 1959 II 27, sysslomän personligen ansvariga för en statens konkursfordran då fordringen inte medtagits i utdelningsförslaget. Fordringen var upptagen i konkursdomen som utdelningsberättigad men utdelningsförslaget hade godkänts av borgenärstämman. Boets medel fördelades i enlighet med förslaget. Sysslomännen ålades ersättningsskyldighet motsvarande det belopp som skulle ha tilldelats staten ifall medlen hade fördelats så som konkursdomen angav. Se även HD 1983 II 52, ansvar mot massaborgenär på grund av att utdelning skedde till konkursborgenärerna utan att massaborgenären först erhållit betalning såsom föreskrivs i 74 § konkursstadgan.

3. Culpaansvar enligt 17:1 KL och allmänna regler

3.1 Allmänt

Förvaltaransvaret utgör som framgått ett culpaansvar, både när det gäller skador som omfattas av 17:1 KL och skador som träffar tredje man. Utöver culpa förutsätter ansvar, här som eljest i skadeståndssammanhang, att skada uppstått och att adekvat orsakssamband mellan handling eller underlåtenhet från förvaltarens sida och skadan föreligger. Dessa två senare rekvisit behandlas dock inte i detta sammanhang.⁴¹

På det mycket generella planet kan aktsamhetskravet — frihet från culpa — beskrivas som ett krav på "etisk professionalism". Förvaltaren skall i sitt arbete upprätthålla en standard som innebär att det optimala resultatet för konkursförfarandet har så goda chanser som möjligt att förverkligas. "Det optimala resultatet" är därvid *inte* liktydigt med, och inte heller begränsat till, det optimala *ekonomiska* resultatet, utan omfattar även etiska aspekter såsom rättssäkerhets- och rättviseaspekter samt god advokatsed. I det professionella uppträdandet ligger att förvaltaren på ett informerat och "korrekt" sätt, under hänsynstagande till de etiska kraven, skall göra de val mellan olika alternativ som affärsmässiga/ekonomiska villkor respektive legala förutsättningar framkallar. Aktsamhetskravet får därvid mätas mot förvaltarens faktiska handlande satt i relation till vilka alternativ som förelåg i den givna beslutssituationen vid beslutstidpunkten.

Culpanormen får sitt närmare innehåll i första hand från konkurslagens handlingsregler för förvaltarssysslän, med anknytande rättspraxis, samt därtill från de ovan antydda etiska reglerna och civilrättens handlingsnormer i övrigt, i den mån de aktualiseras genom förvaltarens agerande i olika frågor. Någon skillnad i själva bedömningssättet mellan uppdragsfallen och tredjemansfallen föreligger knappast. Frågan gäller i båda fallen om ett visst handlande eller en viss underlåtenhet från förvaltarens sida, som orsakat konkursintressent eller tredje man skada, är av en sådan karaktär att de krav som kan ställas på förvaltaren i denna hans egenskap inte uppfyllts. Däremot bör skillnader kunna föreligga i bedömningarna av oaktsamheten beroende på om skadeförloppet ligger inom de centrala delarna av förvaltarens uppgifter eller tvärtom utgör ett i förhållande till konkursförfarandet udda förlopp.

Beroende på det enskilda fallets karaktär kan culpabedömningen vara inriktad på förvaltningens bristande eller uteblivna

⁴¹ Se härom Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, Sthlm 1989, s. 94 ff. med vidare hänvisning, vars resonemang i dessa delar har intresse även för förvaltaransvaret.

resultat, förvaltarens bristfälliga eller felaktiga *metod* eller dennes bristande eller uteblivna *åtgärder*. Förvaltaruppdragets lagreglering i konkurslagen kombinerad med den bredd och sammansatta karaktär som vanligtvis utmärker konkursförvaltning, medför att samtliga dessa tre former för culpaansvarets inriktning — resultatansvar, metodansvar och åtgärdsansvar — kan förekomma.⁴² Förvaltaren svarar förvisso inte för att han uppnår något visst *ekonomiskt* resultat i samband med boavvecklingen. Hans allmänna skyldighet att tillvarata konkursintressenternas olika intressen medför dock att en inte närmare preciserad nedre gräns finns för vad som är ett acceptabelt resultat av boavvecklingen. Han har även på konkurslagen grundade skyldigheter att uppnå vissa resultat vad gäller boets utredning och administration samt borgenärernas inbördes rätt.

Därutöver är han skyldig bedriva arbetet med den omsorg och noggrannhet som kan förväntas av en specialiserad advokat. Hans arbetsmetoder måste med andra ord vara så utvecklade, att rena förbiseenden och andra misstag undviks i både de enklare rutinfrågorna och de mera komplicerade rättstillämpningsfrågorna.⁴³

Åtgärdsansvaret slutligen, innebär i detta sammanhang närmast att förvaltaren ansvarar för att de olika åtgärder som är nödvändiga för konkursens rätta handläggning vidtas. Det kan vara åtgärder enligt konkurslagen⁴⁴ med anslutande lagstiftning men även enligt exempelvis den arbetsrättsliga lagstiftningen,⁴⁵ bolagsrätten, skatterätten⁴⁶ eller processrätten

⁴² Jfr Heuman, Advokatens rättsutredningar, Sthlm 1987, s. 25 ff., som dock för advokatens ansvar gentemot klienten anger att något resultatansvar i allmänhet inte föreligger.

⁴³ Jfr NJA 1988 s. 262, angående bl. a. delegering av arbetsuppgifter inom förvaltarens advokatbyrå. HD fann det naturligt att delegering kunde ske mot bakgrund av de höga krav på förvaltarens kvalifikationer och kontorsorganisation som framställts i motiven till 1979 års reform. Det poängterades dock att förvaltaren i dessa fall "givetvis" behöll sitt "ansvar för förvaltningen i dess helhet."

⁴⁴ Ett exempel utgör skyldigheten att anmäla jäv, se 7:1 4 st. KL. Förvaltaren skall omedelbart underrätta TSM om sådana jävsgrundande omständigheter föreligger som uppräknas i det nya jävsstadgandet i 7:1 3 st. KL. Lagrådet konstaterade i sitt yttrande över förslaget att förvaltaren kunde bli skadeståndsskyldig om hans underlåtenhet att anmäla jäv vållat skada, se prop. 1988/89:31 s. 15, se angående jävsbestämmelsen i övrigt DsJu 1988:37 och LU bet. 1988/89:LU11. Jfr även NJA 1989 C 1, angående nedsättning av förvaltararvodet på grund av dröjsmål med avgivande av bouppteckning och förvaltaruppgift enligt 185b § gamla KL samt RH 1988:49, angående nedsättning av arvode på grund av dröjsmål med förvaltarberättelse och halvårsberättelser enl 55 och 56 §§ gamla KL.

⁴⁵ Se härom nedan avsnitt 4.2.

⁴⁶ Jfr Svensson, Skattskyldighet under konkurs, Sv SkT 1984 s. 420 ff. (särskilt s. 424 ff.) och Wilhelmsson, Skatten dominerar ej längre konkursen, Advokaten 1986 s. 334 ff.

3.2 Professions- och specialistansvar för konkursförvaltaren?

Motiven till 17:1 KL andas viss försiktighet vad gäller skadeståndsskyldighetens ansvarsomfång. Bedömningen av om förvaltarens handlande, eller passivitet, är ansvarsgrundande skall enligt motiven ske på ett nyanserat sätt och med hänsyn tagen till de speciella förhållanden som karaktäriserar konkursen.⁴⁷ I specialmotiveringen poängteras att förvaltaren alltid är skyldig att ta till vara borgenärernas gemensamma rätt och bästa men samtidigt att motstridiga intressen kan föreligga inom borgenärskollektivet. Förvaltaren måste exempelvis i överensstämmelse med 7:8 st. 2 KL kunna sälja viss egendom till lägre pris än högsta avgivna anbud, utan att ådra sig skadeståndsskyldighet.⁴⁸ Det konstateras också att för det fall förvaltaren sålt lös egendom som är belastad av panträtt eller annan särskild förmånsrätt utan att inhämta samtycke från berörd borgenär skadestånd endast bör utgå om borgenären kan visa att han lidit skada. Det skall vidare, då skada uppstått, tas hänsyn till vilken grad av oaktsamhet som i det enskilda fallet ligger i underlåtenheten att inhämta samtycke samt vilken skaderisk som förelegat för borgenären. Därtill görs en allmän reservation mot skadeståndsansvar för sådana fall där borgenär varit passiv under konkursförfarandets gång och inte gjort anmärkning mot en bevakning eller invändning mot ett utdelningsförslag i vanlig ordning. "Starka skäl talar för att en borgenär, som försuttit ett tillfälle att i vanlig ordning få en förvaltares åtgärd prövad under konkursen, i princip inte bör ha möjlighet att i en skadeståndsprocess nå framgång med en talan som grundar sig på samma åtgärd."⁴⁹ Denna försiktiga hållning i ansvarsfrågan från lagstiftarens sida bör dock ställas i relation till förvaltarens faktiska ställning och kompetens samt karaktären av den skada som uppstått i det enskilda fallet.

Dagens typiske konkursförvaltare är en specialiserad advokat med stor erfarenhet och goda kunskaper inom obeståndsrätten. Han skall redan på grund av sin ställning som advokat kunna motsvara tämligen högt ställda krav på bland annat juridiska kunskaper, noggrannhet, omdöme och effektivitet. Därtill innebär specialiseringen till obeståndsområdet att det kan förväntas att han behärskar detta rättsområde även i dess olika detaljer.⁵⁰

⁴⁷ Prop. 1986/87:90 s. 416, Jfr SOU 1983:24 s. 396 och 398 f.

⁴⁸ A. prop. a. s.

⁴⁹ A. prop. a. s.

⁵⁰ HD är dock inte odelat positiv till denna specialisering såvitt framgår av NJA 1981 s. 764, "Det är knappast önskvärt att specialiseringen drivs så långt att konkursförvaltning huvudsakligen kommer att skötas av personer som praktiskt taget uteslutande ägnar sig åt sådan verksamhet. Snarare synes det vara en fördel om de som anlitas för förvaltaruppdrag också har tillfälle att ägna sig åt annan affärsjuridik och ekonomisk förvalt-

För advokater i deras arbete som klientombud och juridiska rådgivare anses allmänt ett så kallat professionsansvar gälla, vilket innebär ett skärpt aktsamhetskrav för åtgärder som omfattas av klientens uppdrag till advokaten och som faller inom området för advokatens särskilda kompetens som jurist.⁵¹ Jämförelsestandarden är här den omsorg och aktsamhet som en advokat förväntas visa i sitt arbete,⁵² vilket generellt sett är en något strängare standard än den som uppställs för exempelvis jurister i allmänhet eller i privata sysslomannaförhållanden.⁵³ Ansvar är knutet till kontraktsrelationen mellan advokaten och klienten men omfattar alla typer av uppdrag som faller inom normal advokatverksamhet. Professionsansvaret är inte att uppfatta som ett fristående ansvar vid sidan om culpaansvaret utan utgör snarare ett uttryck för hur culpabedömningen tillgår i dessa fall.

Det ligger nära till hands att som huvudregel tillämpa denna strängare standard även på förvaltersysslan. Det råder ingen tvekan om att konkursförvaltning faller inom normal advokatverksamhet⁵⁴ och även om förvaltaruppdraget knappast kan sägas utgöra ett kontraktsrättsligt sysslomannauppdrag har förvaltaren en på konkurslagen grundad skyldighet att tillvarata de olika intressen som gör sig gällande i konkursen. Därtill innebär förvaltersysslans specialisering till vissa advokater, att konkursintressenter, tredje man och myndigheter skall kunna hysa en berättigad tillit till, att den advokat som utses till förvaltare besitter erforderlig kompetens och erfarenhet samt har tillräckliga administrativa resurser till sitt förfogande.⁵⁵ Denna strängare syn på aktsamhetsnivån gör sig främst gällande i de fall förvaltarens agerande kan mätas mot

ning.” Jfr även Lindskog, Några synpunkter på konkursförvaltning i samband med rörelsekonkurser, Från Advokatens verkstad. Med anledning av Sveriges advokatsamfunds hundraårsjubileum, Sthlm 1987, s. 303 ff. samt Edström, Släpp marknadskrafterna fria vid val av konkursförvaltare, Advokaten 1990 s. 322 f.

⁵¹ Jfr Heuman, a. a. s. 21, Danowsky, Ansvar för råd, Från advokatens verkstad etc. s. 269 ff., Wiklund, Advokats skadeståndsskyldighet, Försäk.jur. Fören. publ. 10, s. 298 ff., A. Vinding Kruse, Advokatansvaret, 5 udg., Kbhvn 1985, s. 12 ff. Jfr även Dotevall, a. a. s. 112 ff., angående skärpt aktsamhetskrav för expertledamot i aktiebolags styrelse.

⁵² Jfr Advokatsamfundets styrelse i RH 21:82 — ”Vid övervägande av om advokat visat sådan vårdslöshet, att den bör föranleda skadeståndsskyldighet mot klienten, är det naturligt att utgå från den grad av aktsamhet, som god advokatsed kräver” — och NJA 1985 s. 856 vari HD intog en strängare attityd i culpabedömningen än Advokatsamfundet.

⁵³ Jfr Jørgensen/Wanscher, a. a. s. 426. Se dock NJA 1986 s. 402, vari HD tillämpade en tämligen sträng aktsamhetsstandard. Delägare i tipsbolag ansågs ha genom oaksamhet orsakat övriga delägare skada. Han hade på grund av tidsbrist och förkortade öppethållandetider missat att lämna in tipset den sista veckan i december; bolagets system utföll med vinst. HD fann oaksamhet föreliggande men jämkade skadeståndet till noll.

⁵⁴ Jfr Wiklund, God advokatsed, Sthlm 1973, s. 12, se även NJA 1973 s. 42.

⁵⁵ Jfr SOU 1983:24 s. 395, där förvaltarens ökade självständighet efter 1979 års konkursrättsreform tas till intäkt för en reglering av skadeståndsansvaret överhuvud.

konkurslagens handlingsregler. Förvaltaruppdraget får som nämnts sitt huvudsakliga innehåll från konkurslagen och det är rimligt att anta att om förvaltaren avviker från denna och därigenom vållar konkursintressent eller tredje man skada, avvikelsen bedöms som oaktsam såvida förvaltaren inte har ett starkt, objektivt grundat försvar för sitt handlande. Ett exempel härpå är att förvaltaren bedömt att han ifråga om försäljning av företagshypoteksbelastad egendom, ej haft skyldighet att samråda med tillsynsmyndigheten eller särskilt berörd borgenär enligt 7:10 KL, på grund av att samråd inte skulle kunna ge något annat resultat än det beslut förvaltaren ändå redan fattat.⁵⁶ Konkurslagens handlingsregler är ur skadeståndssynpunkt inte ovillkorliga, eftersom förvaltaren står ett culpaansvar, inte ett strikt ansvar, men de medför att culpabedömningen får en mera objektiv innebörd. Så långt reglerna sträcker sig kan förvaltarens faktiska agerande jämföras med en fast standard som principiellt skall efterlevas.

Rättspraxis ger av uppenbara skäl inte mycket ledning för frågan om konkursförvaltare arbetar under ett strängare aktsamhetskrav än andra syssломän. Några sådana jämförelser görs inte i domskälen och praxis är inte tillräckligt omfattande för några meningsfulla jämförelser i efterhand mellan ansvarsmål mot olika mellanmän. Exempel på ersättningsskyldighet vid klara fall av brott mot konkurslagens krav förekommer dock.

NJA 1916 s. 78. Köpare av byggnader från konkursbo fick ej tillträde till byggnaderna på utsatt dag. I rättegång mot boet tilldömdes han skadestånd härför. Boet saknade dock medel på grund av att förvaltaren avslutat konkursen innan skadeståndet slutligt fastställts. Köparen stämde därför förvaltaren personligen på beloppet. HD fastslog att en konkursförvaltare i främsta rummet är skyldig att använda boets tillgångar till betalning av dess gäld. Utdelning till borgenärerna och arvode till sig själv får inte betalas förrän boets skulder kunnat regleras. Förvaltaren var därför ansvarig för att i förtid ha utdelat medel till borgenärerna samt tillgodogjort sig arvode. Däremot var han inte ansvarig för (förtida) betalning av boets övriga gäld, arvode till gode män och resekostnadsersättning till sig själv. (Två JustR ville endast ålägga förvaltaren ansvar för tillgodogörandet av eget arvode.)

Genom att konstatera ett klart brott mot konkursförvaltares skyldigheter enligt konkurslagen (i detta fall 1862 års KL) samt att, såvitt framgår av referatet, förvaltaren inte kunnat anföra något godtagbart försvar för avvikelsen, ålade HD förvaltaren ersättningsskyldighet på grund av culpa. Den begränsning i ersättningen som företogs behandlas nedan i samband med tredjemansansvaret.

⁵⁶ Jfr RSV, Konkurs & Ackord, 3 uppl., Sthlm 1989, s. 98 f. och Palmér, Konkursförvaltares skyldighet att höra tillsynsmyndigheten, Advokaten 1988 s. 45 ff.

NJA 1929 s. 415. Förvaltare som sålt tre stadsfastigheter för boets räkning stämdes av staden på grund av att säljarandelen av trettiondepenning inte betalats (1 % av köpeskillingen till stadens fattigkassa) före konkursens avslutande. Hovrätten, vars dom fastställdes av HD, konstaterade att konkursboet varit skyldigt att erlägga avgiften till staden. Boet hade haft tillgångar som täckte denna men betalning eller reservation av beloppet hade inte skett, varför förvaltarna var personligen solidariskt ansvariga för beloppet.

Hovrättens motivering för att personligt ansvar förelåg är mycket kortfattad. Ansvaret grundas på att boet varit betalningsskyldigt för beloppet, att boet haft tillräckliga tillgångar härför men att betalning inte skett före slututdelningen. Liksom i 1916 års fall torde oaktamsbedömningen ha grundats på att domstolen ansett att förvaltaren brutit mot sina skyldigheter enligt konkurslagen på ett sätt som i sig konstituerade oaktamhet.

NJA 1931 s. 619, rörde förvaltarens ansvar för förvaltningen av boets likvida medel. Förvaltaren hade hållit dessa insatta på checkräkning i bank vilket innebar omedelbar tillgänglighet men samtidigt lägsta ränta. HD fann detta utgöra försummelse eftersom det inte förelegat "något behov att för boets utgifter hava penningar tillgängliga utan uppsägning." Personlig ersättningsskyldighet förelåg därför för förvaltaren motsvarande skillnaden mellan den ränta som trots allt utgått och den som kunnat erhållas om pengarna varit insatta på bankkonto med uppsägningstid.

Utan att det direkt utsägs i domsmotiveringen anknyter HD till 58 § 1921 års KL i konstaterandet att förvaltaren visat försummelse. Stadgandet löd i relevanta delar "Penningar ... skola, i den mån de icke äro erforderliga till bestridande av löpande utgifter, av förvaltaren ... mot ränta insättas i bank ...".⁵⁷ Tolkad i ljuset av förvaltarens generella skyldighet att uppnå bästa möjliga ekonomiska resultat grundades således ansvaret på förvaltarens bristande fullgörelse av sitt uppdrag såsom detta framgick av konkurslagen.

Förvaltersysslan i alla dess aspekter innehåller dock så många olikartade moment att motivens tal om en nyanserad bedömning av ansvarsfrågan har goda skäl för sig. Särskilt gäller detta vid större rörelsekonkurser där en mängd problem måste lösas av förvaltaren. Det kan röra sig om både rent praktiska problem i rörelsen och rättsliga/företagsekonomiska problem då rörelsen avvecklas eller drivs vidare. Deras samband med konkursförfarandet och därmed konkursrätten, kan vara mycket lösligt och i sig ligga vid sidan om förvaltarens fackkompetens. Det torde vara

⁵⁷ Motsvarande stadgande finns i 7:18 KL, jfr RSV, Konkurs & Ackord s. 123.

oundvikligt att en del felaktiga eller mindre lämpliga beslut fattas och att en viss värdeförstöring uppstår inom konkursförfarandets ram såsom detta är fastlagt i lagstiftningen. En rörelse som försätts i konkurs övergår från att vara en pågående verksamhet med tillverkning, försäljning, marknadsföring etc., till en i viss mening statisk egendomsmassa som i ett givet rättsligt förfarande skall administreras av en person som inte tidigare haft någon kontakt med den konkursförklarade rörelsen. Ett visst utrymme för avvikelser från det optimala avvecklingsresultatet måste tillåtas helt enkelt av praktiskt betingade rättviseskäl. Det är inte rimligt att kräva att en förvaltare för att undgå personligt ansvar alltid skall fatta de i efterhand sett bästa besluten och vidta de ur ekonomisk synpunkt effektivaste åtgärderna.⁵⁸ Följande rättsfall illustrerar det just sagda.

NJA 1969 s. 390. Förvaltaren till ett entreprenadföretags konkursbo beslutade att färdigställa vissa vid konkursbeslutet pågående entreprenadarbeten. Till en av de entreprenader som skulle färdigställas anlätades en underentreprenör för vissa arbeten. Denne var villig att åta sig arbetet endast om han fick "absolut bindande försäkran" om betalning inom viss tid. Förvaltaren mötte detta krav genom att underteckna en handling, upprättad av underentreprenören, vari bland annat stod — "Beställning av arbeten enligt detta brev bekräftas härmed, liksom att konkursboet förfogar över likvida medel för utbetalande av ersättning enl. ovan för det beställda arbetet." Arbetet tog längre tid än beräknat och under denna tid försämrades boets ställning i sådan grad att rättens ombudsman förbjöd förvaltaren att betala gammal massagäld eller att stifta ny. Rättens ombudsman ansåg att boet skulle behandlas som om det kommit på obestånd. Anledningen till dröjsmålet med arbetet blev inte klarlagd i rättegången, underentreprenören menade dock att det berodde på ytterligare arbetsbeställningar från boet. Underentreprenören stämde förvaltaren och yrkade skadestånd med motsvarande entreprenadsumman för arbetena.

HD ogillade käromålet. Något uppsåtligt vilseledande eller personligt garantiåtagande från förvaltarens sida kunde inte anses föreligga. Angående massaborgenärs ställning i konkursförfarandet var rättsläget oklart men så mycket kunde fastslås enligt HD, att förvaltningen måste ha rätt att vid boets obestånd tills vidare helt inställa betalning av massafordringar eller endast likvidera sådana, som för fortsättande av boets rörelse eller eljest ovillkorligen måste infrias. Härefter hade underentreprenören inte visat att de andra betalningar förvaltaren verkställt, skulle ha skett efter det att han fått insikt om obeståndet eller att de företags under sådana omständigheter att de inte kunde godtas trots inställandet i princip av betalningarna.

⁵⁸ Motsvarande lättnader i ansvarsbedömningen förekommer även för advokatens professionsansvar. "Med i de tilfælde, hvor advokatens rådgivende virksomhed vedrører *forretningsmaessige råd*, eller måske ligefrem råd om personlige forhold, er man uden for advokatens egenlige fagområde, hvorfor det strenge professionsansvar ikke kan anvendes." Jørgensen/Wanscher, a. a. s. 428 (kursiverat i originalet).

Det faktum att boet kom på obestånd var således inte ensamt tillräcklig grund för ansvar. Obeståndet lades inte förvaltaren till last som oaksamhet generellt liksom inte heller hans agerande i förhållande till kåranden. Förvaltaren lastades inte för att han möjligen visat sig vara en mindre skicklig entreprenör och att beslutet att driva verksamheten vidare i efterhand kunde bedömas som ofördelaktigt. Det var ett rationellt beslut vid konkurstidpunkten och det hade verkställts på ett i förhållande till konkurslagen korrekt sätt, även om det ekonomiska utfallet blev negativt. Uppenbarligen måste det finnas en nedre gräns för när vidare drift kan anses försvarbar⁵⁹ men om förvaltaren har haft ett ur företagsekonomisk synpunkt tillräckligt beslutsunderlag som motiverat vidare drift, kan han inte i efterhand lastas för en oförutsedd mindre lyckosam utveckling.⁶⁰

Består däremot förvaltarens försummelse i en åtgärd som ligger tämligen nära de direkta förvaltningsuppgifterna men inte omedelbart omfattas av dem torde ansvarsbedömningen kunna skärpas något. Möjligen kan man tala om en glidande skala med ena ändpunkten förankrad i konkurslagens uttryckliga förvaltningsföreskrifter och den andra i de mest perifera och udda uppgifter som förvaltaruppdraget kan föranleda. Följande fall kan sägas ligga någonstans i mitten på skalan.

NJA 1918 s. 624. Köpare som på offentlig auktion inropat ett konkursbos fastigheter förlorade dessa på grund av att inteckningshavare vägrade acceptera köparen. Köparen stämde förvaltaren och yrkade på återbekommande av en första delbetalning av köpeskillingen samt ersättning för kostnader och ränta. HovR:n, vars dom fastställdes av HD, gillade käromålet. Köparen hade "genom [förvaltarens] åtgöranden haft grundad anledning antaga, att hans anbud å 37 600 kr blivit godkänt, samt [köparen] förty vore berättigad att av [förvaltaren] utfå ersättning för den förlust, [köparen] sålunda genom [förvaltarens] förvållande lidit."

Domstolen grundade således ansvaret på att förvaltaren ansågs ha uppträtt culpöst då han givit köparen intrycket att dennes bud definitivt antagits. Det kan med andra ord krävas att förvaltaren visar ett stort mått av omdöme och omsorg även i de fall han endast fungerar som ett slags mellanhand mellan olika av konkursen berörda parter (i detta fall köparen och inteckningshavarna).

⁵⁹ Jfr Möller, Konkurs och kontrakt, Uppsala 1988, s. 41 ff., 45 ff. och Lindskog, a. a. s. 311 f.

⁶⁰ Jfr Brincker, a. a.

Det aktsamhetskrav som kan krävas av förvaltaren bör fastställas med hänsyn tagen till båda nu berörda generella aspekter, dels förvaltarens ställning av fackman och specialist inom obeståndsrätten — den juridiska aspekten, dels hans förmåga i det enskilda fallet att framgångsrikt bemästra konkursens faktiska omständigheter — den faktiska aspekten eller verklighetsaspekten.

Det nämndes inledningsvis att skadestandsregeln i 17:1 KL utformats med aktiebolagslagens likvidatoransvar⁶¹ som förebild. Culpanormens behandling enligt detta stadgande, liksom även enligt handelsbolagslagens, föreningslagens och bostadsrättslagens motsvarande stadganden,⁶² bör därmed kunna kasta visst ljus även över konkursförvaltarens ansvar.

Uppdrag som likvidator enligt aktiebolagslagen medför culpaansvar gentemot likvidationsbolaget för uppdragets fullgörande. Likaledes föreligger culpaansvar gentemot tredje man (bolagets ägare, borgenärer m. fl.), såvida skadan har sin grund i likvidatorns överträdelse av aktiebolagslagen eller likvidationsbolagets bolagsordning. Tredjemansansvaret är här således uttryckligen begränsat till fall av oaktsam normöverträdelse från likvidatorns sida.⁶³

Culpabedömningen enligt 15:1 ABL skall följa allmänna skadeståndsrättsliga principer, vilket i detta sammanhang innebär att aktiebolagslagens och bolagsordningens regler bildar utgångspunkt och måttstock för bedömningen.⁶⁴ Det kan endast undantagsvis bli aktuellt med skadeståndsskyldighet för likvidatorn om han följt dessa regler i sitt arbete. I sådana undantagsfall får ansvarsbedömningen falla tillbaka på det allmänna syssломannansvaret och därmed den kontraktsrättsliga culpabedömningen.⁶⁵ I förarbetena till aktiebolagslagen refereras till likvidatorns syssломannaroll generellt, vad gäller dennes omsorgs- och aktsamhetsplikt.⁶⁶

Även handelsbolagslagen stadgar ett culpaansvar för likvidator gentemot bolaget och liksom enligt aktiebolagslagen är detta knutet till uppdraget. Angående culpabedömningen hänvisar

⁶¹ ABL, 1975:1385, 13:7 jfrd med 15:1. Motsvarande reglering fanns i 1944 års ABL, 208 och 209 §§.

⁶² HBL, 1980:1102, 2:42, 3:1 och 4:7 jfrda med 2:14, FörenL, 1987:667, 11:7 jfrd med 13:1, BrL, 1971:479, 65 och 69 §§ jfrda med 13:1 FörenL.

⁶³ Jfr härom Dotevall, a. a. s. 72 ff. och Taxell, Bolagsledningens ansvar. Några riktlinjer, Åbo 1983, passim, se även nedan avsnitt 3.3.

⁶⁴ Prop. 1975:103 s. 540, SOU 1971:15 s. 353, Dotevall, a. a. s. 92, Kedner/ Roos, Aktiebolagslagen II, 3 uppl., Sthlm 1988, s. 364, jfr Nial, Svensk associationsrätt i huvuddrag, 4 uppl., Sthlm 1988, s. 311 ff.

⁶⁵ Kedner/ Roos, a. s.

⁶⁶ Prop. 1975:103 s. 540 (specialmotiveringen), se även SOU 1971:15, med förslag till aktiebolagslag, s. 353.

Nial⁶⁷ till allmänna skadeståndsrättsliga principer men tillägger att det saknas "grund till antagande att begreppet 'konkret culpa' skulle tillämpas". Det är med andra ord inte tillräckligt att likvidatorn visar samma aktsamhet som han visar i sin privata verksamhet. Nial syftar förmodligen på motsvarande objektiva bedömning som tillämpas enligt aktiebolagslagen.

Rättspraxis är inte omfattande vad gäller likvidatorers skadeståndsansvar, endast tre fall finns refererade från 1900-talet.⁶⁸

NJA 1927 s. 18. Inför likvidation av ett aktiebolag uppdrog de två enda aktieägarna S och G, tillika likvidatorer, åt en banktjänsteman Ö, att biträda dem med likvidationens genomförande. En större del av G:s aktier var pantsatta till den bank där Ö arbetade, denne reglerade dock inte pantsättningen i samband med likvidationen. Banken hade ingen framgång med en talan mot S (sedan G försatts i konkurs) i dennes egenskap av likvidator. Hovrätten, vars dom fastställdes av HD, ansåg att det ålåg likvidator att tillse att aktiebrev återställdes eller försågs med påskrift om likvidationen samt att denna skyldighet omfattats av Ö:s uppdrag. Ö:s underlåtenhet härvidlag tillsammans med det faktum att han var anställd i banken medförde att ansvar inte förelåg för S.

NJA 1930 s. 65 gällde likaledes pantsatta aktier som ej införades för påskrift av likvidatorerna, dessa hade däremot inte någon koppling till panthavaren. Likvidationen genomfördes utan att panthavaren fick reda på detta varvid aktierna blev värdelösa och då gäldenären var på obestånd krävde panthavaren likvidatorerna på skadestånd motsvarande förlusten. Rådhusrätten konstaterade att likvidatorerna "haft skyldighet tillse, att det till utdelning beslutade beloppet icke utlämnades annorledes än mot uppvisande av aktiebrev i och för påteckning om den verkställda utdelningen," och fann denna underlåtenhet skadeståndsgrundande. Hovrätten anslöt härtill i ansvarsbedömningen och ålade solidariskt ansvar. HD fastställde hovrättens dom.

I *NJA 1932 s. 32* hade likvidator underlåtit att före likvidationens avslutande reglera likvidationsbolagets slutliga skatt, vilket medförde personligt ansvar för honom. Underlåtenheten berodde på att omfattningen av bolagets skattskyldighet varit föremål för process och kammarrätten restituerat en del av tidigare inbetald skatt. Likvidationen genomfördes på grundval härav men innan domen vunnit laga kraft, eftersom likvidatorn fått uppgift om att överklagande inte skulle ske samt bibringats uppfattningen att restitutionen var definitiv. HD:s majoritet (4 mot 3) tog ingen hänsyn härtill utan ansåg att likvidatorn överträtt aktiebolagslagens krav för likvidation och utdömde betalningsskyldighet för det felande beloppet. (Av minoriteten ansåg ett justitieråd att ansvar inte förelåg, ett justitieråd att kronans skattekrav preskriberats och det tredje att ansvar visserligen förelåg men att kronan ej visat att skada uppkommit samt att kravet var preskriberat.)

⁶⁷ Nial, Om handelsbolag och enkla bolag, Sthlm 1983, s. 171 f., jfr s. 313 f.

⁶⁸ Se även HovR:n VS DT 83, T 5/83, 1983-11-09, RSV Rättsinformation Serie C Nr 55/84 (ej prövningstillstånd i HD). Likvidator personligt betalningsansvarig för likvidationsbolagets innehållna A-skatter och moms enligt 77a § UBL och 48a § ML, på grund av att likvidatorn brustit i kontrollen över bolaget samt ej fullföljt bolagets betalningsinställelse på tillräckligt verksamt sätt.

Likvidatorns culpaansvar uppvisar således ett markerat objektivt inslag. Förbiseenden och misstag som resulterar i att aktiebolagslagens (eller bolagsordningens) likvidationsregler inte uppfylls medför skadeståndsansvar för likvidatorn.⁶⁹ Culpabedömningen är härvid tämligen sträng och kan sägas närma sig ett presumtionsansvar genom att likvidatorn har mycket svårt att påvisa ansvarsbefriande omständigheter då regelöverträdelser konstateras föreligga. Konkursförvaltarens och likvidatorns ansvar torde här följas åt på det sättet att då fråga är om skada vållad genom respektive funktionärs brott mot de regelverk som reglerar deras verksamhet, ansvar som huvudregel inträder. Utrymmet för undantag i form av ursäktliga misstag och förbiseenden är därvid inte stort, eftersom utgångspunkten är att förvaltaren respektive likvidatorn behärskar sina arbetsuppgifter. Utanför de områden regelverken utstakar bör däremot utrymmet för ansvarsfrihet vara större. Förvaltarens eller likvidatorns personliga kvalifikationer och erfarenhet på just det område där skadan uppstått får större betydelse, liksom även hur pass perifer skadan är i förhållande till respektive funktionärs centrala uppgifter.

Den nu behandlade culpabedömningen för förvaltaransvaret är enhetlig för uppdrags- och tredjemansfallen. Konstaterad oaktsamhet som orsak till den skada som skall ersättas är grundläggande rekvisit för ansvar oberoende av vilken rättslig relation den skadelidande intagit till förvaltaren. För ansvar mot tredje man tillkommer dock frågan om betydelsen av principen om skyddat intresse, vartill framställningen nu övergår.

3.3 Rekvisitet skyddat intresse som ansvarsbegränsning

Det nämndes i inledningen att konkursförvaltarens oaktsamhetsansvar mot personer som inte omfattas av 17:1 KL, enligt gängse uppfattning, är begränsad av principen om skyddat intresse. Ansvar föreligger endast då skadan orsakats genom förvaltarens culpösa åsidosättande av en lagregel som uppställts till tredje mans skydd — till skydd för det intresse som lidit intrång genom förvaltarens agerande. Denna princip har kommit till direkt uttryck i 15:1 ABL vad gäller likvidators med flera bolagsfunktionärs ansvar mot aktieägare och annan tredje man. Ansvar mot dessa föreligger endast vid överträdelse av aktiebolagslagen och/eller bolagsord-

⁶⁹ Se också RH 1988:64, angående klander av likvidatorarvode. Konkursförvaltare klandrade den tidigare likvidatorns arvodesräkning såsom varande för hög. Hovrätten gav delvis medhåll på den grunden att likvidatorn väntat för länge med att begära likvidationsbolaget i konkurs efter det att insolvens konstaterats. Likvidatorn hade därmed utfört onödigt arbete som inte gav rätt till arvode.

ningen, varigenom de regler som är avsedda att utgöra skydd för tredje man erhåller en viss sanktionering.⁷⁰ För förvaltaransvaret har dock principen aldrig kommit till uttryck i lagstiftningen eller på ett tydligt sätt i rättspraxis. Principen har för dessa formulerats i litteraturen där den kan härledas tillbaka till ett uttalande av Sven Lawski i kommentaren till 1921 års konkurslag (se strax nedan). Dessförinnan görs ingen entydig uppdelning mellan ett generellt uppdragsansvar och ett begränsat tredjemansansvar.

Det första förslaget till 1921 års konkurslag från 1911, med Kallenberg som kommittéordförande, innebar endast en språklig föryngning av skadeståndsregeln i 1862 års konkurslag. Det var inte tal om någon uppdelning av ansvaret efter vilken relation den skadelidande haft till förvaltaren, utan denne "svare för skada, som han uppsåtligen eller av vårdslöshet förorsakat" (88 §). I motiveringen refererades endast till culpanormen — "gode män och sysslomän äro skyldiga att iakttaga den, objektivt bestämt, normala aktsamhet, som en omsorgsfull person använder i sina egna angelägenheter."⁷¹

I det fortsatta arbetet inför 1921 års konkurslag ströks den föreslagna ansvarsregeln i 88 §; kvar stod endast regeln om solidariskt ansvar då flera förvaltare eller rättens ombudsman och förvaltare var skadeståndsskyldiga. De sakkunniga, däribland Lawski, ansåg det följa av allmänna rättsregler "[a]tt förvaltningsfunktionär är ansvarig för skada, som han förorsakat". Det var inte tal om någon begränsning i ansvaret mot tredje man.⁷²

Regeln om solidariskt ansvar medtogs i prop 1920:82 (87 §). Lagrådet ansåg i yttrande över förslaget, det dock lämpligt att ansvaret mot "konkursboet, enskilda borgenärer eller gäldenären" uttryckligen reglerades. Ansvaret mot tredje man "torde däremot icke behöva regleras i förevarande lag utan kunna bedömas efter allmänna rättsgrundsatser".⁷³ Här görs således den distinktion mellan uppdragsansvar och tredjemansansvar som sedan blivit bestående, även om det inte anges vad tredjemansansvaret närmare besett skall anses innebära. Departementschefen höll inte med lagrådet. En uttrycklig reglering av endast uppdragsansvaret skulle "säkerligen skymma blicken för att jämväl massaborgenärer kunna vara befogade att mot ombudsmannen och förvaltaren personligen göra gällande civila skadeståndsanspråk, *grundade på att dessa åsidosatt de förpliktelser, som enligt lag åligga dem ...*" (min kursivering).⁷⁴ Departementschefens hänvisning till legala förpliktelser som ansvarsrekvisit kan möjligen ses som en tillämpning av principen om skyddat intresse men om så är fallet, är det, i förhållande till senare formuleringar av principen, i en något uttunnad version. Inte heller första

⁷⁰ Prop. 1975:103 s. 540, SOU 1971:15 s. 353, Dotevall, a. a. s. 421 ff., Kedner/Roos, a. a. s. 365 f., jfr Taxell, a. a. s. 51 ff. och Nial, Svensk associationsrätt s. 317.

⁷¹ Förslag till konkurslag och till lag om ackordsförhandling utan konkurs ävensom till andra därmed sammanhängande författningar. Afgivna af därtill utsedda kommittéer. Sthlm 1911, s. 328 f.

⁷² Förslag till konkurslag och lag om ackordsförhandling utan konkurs ävensom till andra därmed sammanhängande författningar. Avgivna av inom Kungl. Justitiedepartementet tillkallade sakkunniga. Sthlm 1919, s. 225 f.

⁷³ Prop. 1920:82 s. 336.

⁷⁴ Prop. 1920:82 s. 373.

lagutskottet ansåg det nödvändigt med en uttrycklig reglering utöver det solidariska ansvaret i 87 §. Motivet härför var dock ett annat än vad departementschefen angivit. Utskottet anförde: "Beträffande tredje-manskada, ifråga om vilken någon utbildad rättsuppfattning näppeligen förefinns, synes det lämpligast att icke på förhand binda rättsutvecklingen genom uttryckliga bestämmelser i en speciallagstiftning."⁷⁵ Man lämnade frågan öppen och ansåg det uppenbarligen inte föreligga några klara allmänna principer för ansvarets utformning och begränsning. Året efter konkurslagens ikraftträdande formulerade Lawski den uttryckliga begränsningsregel som sedan återgivits i olika sammanhang fram till idag. "Ifråga om skadeståndsskyldighet gentemot tredje man torde därjämte [utöver culpa, min anmärkning] i allmänhet förutsättas, att vederbörande åsidosätter en uttrycklig till tredje mans skydd meddelad lagbestämmelse; se t. ex. 125 §" (massagäld och konkurskostnader skall betalas innan utdelning sker).⁷⁶ Han återger dock som en reservation till regeln första lagutskottets uttalande angående avsaknaden av någon utbildad rättsuppfattning, och fortsätter "det har därför ansetts lämpligt att icke på förhand binda rättsutvecklingen genom uttrycklig bestämmelse i en speciallagstiftning". Hänvisning sker också till NJA 1918 s. 624, varom mera nedan.

I trettonde (och sista) upplagan av Lawskis konkurslagskommentar⁷⁷ gör författaren vissa justeringar i kommentaren till 87 §. Hänvisningen till 125 § KL som exempel på skyddsregel för tredje man byts ut till 124 och 171 §§ (massagäld och konkurskostnader skall betalas eller reserveras innan boets egendom återställs till gäldenären på grund av avskrivning eller nedläggning av konkurs eller fastställande av ackord), och den nyss nämnda reservationen mot första lagutskottets försiktiga hållning förstärks. "På denna punkt *ansågs emellertid vid konkurslagens tillkomst* [min kursivering] någon utbildad rättsuppfattning knappast förefinnas ..."⁷⁸ Hänvisningen till rättspraxis utökades också till NJA 1916 s. 78 och 1929 s. 415.

Welamson återgav i en artikel i SvJT 1952 om massafordran i konkurs Lawskis begränsningsregel nästan ordagrant. "I fråga om skadeståndsskyldighet mot tredje man anses härutöver [utöver culpa, min anmärkning] i allmänhet förutsättas, att skadan åsamkats genom åsidosättande av uttrycklig, till tredje mans skydd meddelad lagbestämmelse." Welamson använde dock skadestandsreglerna i (gamla) aktiebolagslagen, 207–212 §§, som exempel på sådana skyddsregler.⁷⁹ För det fall konkursboet kommit på obestånd (varom artikeln i övrigt handlade), ville dock Welamson inte tillämpa tredjemansansvaret överhuvud för förvaltarens skadeståndsansvar mot massaborgenärerna. Starka skäl talade, enligt Welamson, för att förvaltaren i detta fall, "betraktas såsom jämväl massaborgenärernas förtroendeman och blir skadeståndsskyldig gentemot massaborgenär under samma förutsättningar som gentemot konkursborgenär".⁸⁰

⁷⁵ Första lagutskottet 1921:22 s. 18.

⁷⁶ Lawski, Konkurs- och ackordslagarna jämte dithörande författningar, 11 uppl. (av H. Westring, Konkurslagen), Sthlm 1922, s. 152.

⁷⁷ Lawski, a. a., 13 uppl., Sthlm 1947.

⁷⁸ Lawski, a. a. s. 172.

⁷⁹ Welamson, Om massafordran i konkurs, SvJT 1952 s. 413 med not 3.

⁸⁰ Welamson, a. a. s. 414.

I Konkursrätt använder Welamson texten från artikeln i SvJT. I not återges också första lagutskottets omnämnda uttalande.⁸¹ Den särskilda situationen vid konkursbos obestånd diskuteras dock inte, det hänvisas endast till artikeln i SvJT.

I konkurslagskommitténs delbetänkande Förenklad konkurs m. m., SOU 1974:6, görs ingen åtskillnad mellan uppdragsansvar och tredjemansansvar. "Enligt allmänna rättsregler kan förvaltare också bli personligen skadeståndsskyldig för fel eller försummelser."⁸² Det hänvisas dock till både Lawski och Welamson. Kommittén är något utförligare i sitt andra delbetänkande Konkursförvaltning, SOU 1977:29. "Förvaltare är i viss omfattning personligen skadeståndsskyldig mot gäldenären, borgenär, konkursboet och tredje man för fel eller försummelser i samband med förvaltningen. Denna skadeståndsskyldighet regleras inte i KL utan följer av allmänna rättsregler i 1972 års skadeståndslag." (Här hänvisas till 2 kap. 1 och 4 §§ SkL.)⁸³ Det görs således ingen skillnad mellan uppdragsansvar och tredjemansansvar och rättsgrunden för en skadeståndstalan mot förvaltaren är, för samtliga skadelidande, skadeståndslagen.⁸⁴

I 1979 års proposition med förslag till revidering av konkurslagen, grundad på konkurslagskommitténs betänkande, behandlas skadeståndsfrågan endast i specialmotiveringen. Det hänvisas inte längre till skadeståndslagen men i övrigt är det kommitténs formulering som går igen. "Förvaltaren kan bli personligen skadeståndsskyldig mot gäldenären, borgenär, konkursboet och tredje man för fel eller försummelser i samband med förvaltningen. Denna skadeståndsskyldighet regleras inte i KL utan följer av allmänna rättsregler."⁸⁵

Med anledning av att konkurslagskommittén 1983⁸⁶ i sitt slutbetänkande Ny konkurslag, SOU 1983:24, föreslog lagreglering av uppdragsansvaret (17:1 KL) diskuterades även tredjemansansvaret. Men enligt kommitténs mening "har det inte framträtt något påtagligt behov av att binda rättsutvecklingen vid uttryckliga regler såvitt angår förvaltarens förhållande till tredje man."⁸⁷ På grund härav och då ansvarsfrågan i dessa fall ansågs vara betydligt mera komplicerad än i uppdragsfallen, tog kommittén inte självständig ställning till vad som kunde anses vara gällande rätt på området. Det konstaterades endast att "[s]om en allmän princip torde gälla

⁸¹ Welamson, Konkursrätt, Sthlm 1961, s. 183 f. med not 7.

⁸² A. SOU s. 97.

⁸³ A. SOU s. 186.

⁸⁴ En mycket märklig slutsats med tanke på att i varje fall uppdragsansvaret inte gärna kan uppfattas som ett rent utomobligatoriskt ansvar, jfr Arnesdotter, Om betalningsinställelse och offentligt ackord, Sthlm 1982, s. 377, och Kleineman, a. a. s. 293.

⁸⁵ Prop. 1978/79:105 s. 298.

⁸⁶ Året innan, 1982, utkom Arnesdotters tidigare omnämnda avhandling vari hon diskuterar god mans ansvarsställning i relation till konkursförvaltares. Hon gör dock ingen tydlig åtskillnad mellan uppdragsansvar och tredjemansansvar, utan finner, s. 378, bland annat med hänvisning till NJA 1980 s. 383 (ackordscentralas ansvar för bouppteckning utförd av god man som tillika var direktör för centralen), att "skadeståndsansvaret för god man förordnad enligt ackordslagen (respektive konkursförvaltare) följer reglerna för ansvar i kontraktsförhållanden." Härmed torde dock ha avsetts endast ansvaret gentemot konkursborgenärer, gäldenären och boet, jfr s. 377.

⁸⁷ A. SOU s. 396.

att förvaltaren svarar för skada som han uppsåtligt eller av vårdslöshet tillfogar någon utanför boet stående person.” Samt därtill att det ”i litteraturen uttalats att det i allmänhet torde förutsättas, att förvaltaren åsidosätter en uttrycklig, till tredje mans skydd meddelad bestämmelse för att han skall bli skadeståndsskyldig”. (Det hänvisades här till Lawski och Welamson.)⁸⁸

Propositionen 1987⁸⁹ om ny konkurslag, prop. 1986/87:90, går på samma linje som konkurslagskommittén. Tredjemansansvarets komplicerade karaktär och den ringa omfattningen av prövade fall i rättspraxis ansågs motivera att frågan lämnades oreglerad i konkurslagen.⁹⁰ Angående rättsläget uttalades endast att det ”[i] den rättsvetenskapliga litteraturen har antagits att förvaltaren ansvarar gentemot tredje man i vart fall om skadan åsamkats genom åsidosättande av en uttrycklig till tredje mans skydd meddelad lagbestämmelse” (hänvisning till Welamson).⁹¹

I senaste upplagan av läroboken Konkurs diskuterar Welamson inte tredjemansansvaret. Det konstateras endast: ”[f]rågan, i vad mån en förvaltare kan bli skadeståndsskyldig mot tredje man, har inte reglerats i KL.”⁹²

Rättspraxis är inte entydig. I vissa fall synes det tämligen klart att domstolarna varit inne på en skyddstanke och begränsat ansvaret till den direkta kollisionen mellan förvaltarens handlande och en tydlig tredjemansskyddsregel. I andra fall däremot finns inga sådana tendenser men ansvar har ändå ansett föreligga.

NJA 1915 A 498. Förvaltare sålde lösöre (kreatur) som funnits i boets besittning men inte upptagits i bouppteckningen och vartill tredje man hävdad äganderätt. Gälldenären och tredje man hade båda varit bosatta på gälldenärens arrendeställe. Förvaltaren ådömdes ersättningsansvar med kreaturens värde (dock ej den mjölkavkastning tredje man gått förlustig på grund av försäljningen).

Det framgår inte annat än att domstolen (hovrätten, vars dom fastställdes av HD) ansett förvaltaren ha varit medveten om att kreaturen med stor sannolikhet inte tillhörde gälldenären. Fallet kan därmed tolkas som en tillämpning av principen om skyddat

⁸⁸ A. SOU s. 394.

⁸⁹ Samma år, 1987, utkom Kleinemans tidigare omnämnda avhandling om ren förmögenhetsskada. Förvaltaransvaret tas upp till behandling, s. 292 ff., i anslutning till en diskussion av principen om skyddat intresse. Författaren tar dock inte ställning till gälande rätts innehåll utan diskuterar i första hand relationen mellan spärregeln i 2:4 SkL och principen om skyddat intresse.

⁹⁰ A. prop. s. 414.

⁹¹ A. prop. s. 413.

⁹² Welamson, Konkurs, 8 uppl. 1988, s. 191.

intresse genom att förvaltaren i sådant fall brutit mot skyldigheten att respektera tredje mans separationsrätt.

I *NJA 1916 s. 78* (köpare av byggnader — tredje man i förhållande till förvaltaren — fick ej tillträde på utsatt dag, ref. ovan s. 14) fann HD ansvar föreligga på grund av att förvaltaren brutit mot reglerna i konkurslagen angående i vilken ordning olika skulder skulle betalas. Samtidigt begränsades ansvaret beloppsmässigt till de belopp som felaktigt utbetalats. Käranden erhöll inte full täckning för sitt skadeståndskrav utan endast så mycket som motsvarade vad förvaltaren utbetalat till konkursborgenärerna och till sig själv som arvode. Fallet kan ses som en tillämpning av principen om skyddat intresse genom att ansvaret kopplades till vissa av de förtida utbetalningarna men inte till andra. En prioritetsregel till förmån för massaborgenär framför konkursborgenärernas krav och arvodeskravet medförde ansvar, medan avsaknaden av någon sådan regel för massaborgenärernas krav inbördes och i förhållande till förvaltarens kostnadstäckningskrav medförde att ansvar inte förelåg i dessa delar.

I *NJA 1918 s. 624* (fastighetsköpare förlorade fastigheten på grund av inteckningshavarnas vägrade samtycke, ref. ovan s. 17) torde det däremot vara svårt att konstatera någon lagöverträdelse från förvaltarens sida som skulle ha inneburit åsidosättande av tredje mans skyddade intresse. Trots det ålades förvaltaren ersättningsskyldighet med motiveringen att han förfarit oaktsamt, culpa-bedömningen har uppenbarligen varit ensam avgörande. Lawskis hänvisning till detta fall som stöd för tesen om skyddat intresse som ansvarsrekvisit är härigenom svårförståelig. Såvitt framgår av referatet har domstolen inte känt sig bunden av något sådant rekvisit för att kunna utdöma ansvar.

NJA 1929 s. 415 (underlåten betalning av trettondepenning, ref. ovan s. 15), kan uppfattas som en tillämpning av principen om skyddat intresse. Förvaltarna hade brutit mot den regel i konkurslagen som till massaborgenärs skydd ålade förvaltarna att betala massagäld innan utdelning verkställdes (125 § 1921 års KL) och de hade inte haft något giltigt skäl för denna underlåtenhet. Det framgår dock inte av domskälen om domstolen tagit någon särskild hänsyn till att en sådan skyddsregel åsidosatts. Det är fullt tänkbart att domstolen nöjt sig med att anse regelbrottet som ett klart fall av culpa från förvaltarna och utdömt ansvar på denna grund oberoende av den aktuella regelns karaktär. De olika tolkningsmöjligheterna medför att fallet inte utgör något obetingat stöd för tesen om skyddat intresse som nödvändigt rekvisit för ansvar.

NJA 1969 s. 390 (de misslyckade entreprenadarbetena, ref. ovan s. 16), som också gällde en tredjemansrelation genom att underentreprenören var massaborgenär, ger inte mycket ledning eftersom HD avgjorde ansvarsfrågan till förvaltarens förmån redan på culpabedömningen genom att anknyta till konkursbos obestånd. HD behövde därmed inte komma in på frågorna om något skyddat intresse kränkts och vilken betydelse detta i sådant fall skulle ha för ansvarsfrågan.

Detta material visar att det i första hand är Lawskis formulering av principen om skyddat intresse, som varit vägledande för uttalanden i lagförarbetena och doktrinen under 1900-talet. I subjektivt hänseende knyts ansvaret genomgående till culpanormen men ansvaret begränsas till fall av lagöverträdelser från förvaltarens sida som kränker tredje mans skyddade intresse. Noterbart är att både Lawski och Welamson använder uttrycket "lagbestämmelse" för de skyddsregler som avses, inte "rättsregel", "rättsprincip" eller liknande, vilket innebär att endast skriven lag har åsyftats. Tredje man måste med andra ord kunna åberopa en uttrycklig lagregel till sin förmån, inte endast en allmän rättsprincip, även om denna är väl etablerad.

Rättspraxis kan å andra sidan knappast tas till intäkt för en inskränkning i culpaansvaret i enlighet med Lawskis rekommendation även om flera av de äldre fallen *kan* tolkas i den riktningen. Det framgår inte av domsmotiveringarna om det faktum att en skyddsregel överträtts av förvaltaren varit av någon avgörande betydelse för utgången eller om det endast varit ett moment att grunda oaktsamheten på. Det mesta som kan utläsas av fallen torde vara, att brott mot en skyddsregel är ett avgörande moment vid culpabedömningen men att det möjliga ansvarsomfånget inte exklusivt är begränsat till sådana fall.

Det gjordes inga försök vid nya konkurslagens tillkomst att fullfölja analogin mellan förvaltaransvaret och likvidatoransvaret enligt aktiebolagslagen vad gäller skador för tredje man. Som påpekats ovan framhåller förarbetena till konkurslagen⁹³ att likvidatoransvaret stått förebild för 17:1 KL. Men frågan är varför det inte ansågs möjligt att anknyta förvaltarens tredjemansansvar till överträdelse av konkurslagen, på motsvarande sätt som likvidatorns tredjemansansvar förutsätter överträdelse av aktiebolagslagen eller bolagsordningen? En tydlig och samtidigt avgränsad ansvarsregel skulle därmed ha kunnat erhållas. Det anfördes inga argument varför analogin inte fullföljdes, frågan diskuterades över huvud taget inte, vilket är märkligt med tanke på det uttryckliga

⁹³ Prop. 1986/87:90 s. 415.

åberopandet av aktiebolagslagens reglering av likvidatoransvaret för uppdragsfallen. Möjligen ansågs Lawskis normskyddsrekvisit och aktiebolagslagens begränsningsregel i det väsentliga vara likvärdiga, varför uttrycklig reglering var överflödig. Men det är samtidigt möjligt att man tvärtom önskade hålla dörren öppen för ett längre gående tredjemansansvar för förvaltaren än vad som är fallet för likvidatorn. Här om kan dock endast spekuleras eftersom både Konkurslagskommittén och propositionen är helt tysta på denna punkt. Uppenbart är i varje fall att principen om skyddat intresse enligt lagstiftaren inte spelat ut sin roll som ansvarsrekvisit i tredjemansfallen.

Det kan noteras att inga klara ställningstaganden föreligger från lagstiftarens sida angående tredjemansansvarets förhållande till skadeståndslagen och då främst spärregeln i 2:4 SkL. Detta utgör en brist eftersom frågan om spärregelns betydelse för icke lagreglerade fall av ren förmögenhetsskada är både kontroversiell och svårbesvarad, vilket inte minst Kleineman visat i det ovan nämnda arbetet *Ren förmögenhetsskada*. Dotevall påpekar⁹⁴ att 15:1 ABL exklusivt reglerar bolagsfunktionärernas skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada med uteslutande av skadeståndslagen. Sakskada och personskada följer däremot skadeståndslagen. Detta låter sig sägas med tanke på att 15:1 ABL uttryckligen tar upp ansvaret gentemot både bolaget och tredje man. Däremot blir den hänvisning till 17:1 KL Dotevall gör i sammanhanget missvisande, eftersom 17:1 KL *inte* reglerar tredjemansansvaret. Sak- och personskada regleras även för förvaltarens del förvisso av skadeståndslagen men för ren förmögenhetsskada innebär 17:1 KL ansvar endast gentemot konkursintressenterna (uppdragsansvaret), inte mot tredje man,⁹⁵ och frågan kvarstår därmed i vad mån 2:4 SkL är tillämplig på dessa senare fall. Regeln i 2:4 SkL har av många uppfattats som en begränsning av det utomobligatoriska ansvaret för ren förmögenhetsskada till brottsskadefall. Enligt förarbetena till SkL⁹⁶ skall regeln dock inte tolkas *e contrario*, den tar endast ställning till brottsskadefallen, övriga fall är antingen reglerade i särskild lagstiftning eller oreglerade.⁹⁷

⁹⁴ Dotevall, a. a. s. 422 f.

⁹⁵ Dotevall menar på s. 451 att departementschefen uttalar sig om tredjemansansvaret i specialmotivering till 17:1 KL vilket dock inte är fallet, jfr prop. 1986/87:90 s. 413 och 415 överst.

⁹⁶ Prop. 1972:5 s. 568, jfr Kleineman, a. a. s. 136 ff.

⁹⁷ Jfr HD i NJA 1987 s. 692, "Huvudregeln i svensk rätt är enligt 2 kap. 4 § skadeståndslagen att ren förmögenhetsskada ersätts om den har vållats genom brott. För att skadan skall vara ersättningsgill i annat fall krävs — bortsett från kontraktsförhållanden — i princip stöd i lag. ... Av skadeståndslagens förarbeten framgår att avsikten med lagens bestämmelse ej har varit att lägga hinder i vägen för en rättsutveckling genom praxis i riktning mot ett vidgat ansvar för ren förmögenhetsskada (NJA II 1972 s. 609)." (Ref s.

Fullföljes lagstiftarens uppdelning av förvaltaransvaret i ett uppdragsansvar av närmast kontraktsrättslig karaktär och ett tredjemansansvar av utomobligatorisk karaktär, synes det naturligt att låta det senare omfattas av skadeståndslagen. Lagen är generellt sett tillämplig på alla skadeståndsfall, såvida annat inte är särskilt avtalat eller följer av speciallagstiftning, 1:1 SkL. Avtalsförhållande kan naturligtvis föreligga mellan förvaltaren och tredje man (beteckningen "tredje man" är i detta sammanhang endast en etikett på de subjekt som inte räknas upp i 17:1 KL) och det kan även tänkas fall där ett specialstadgande är tillämpligt som reglerar ansvarsfrågan i ena eller andra riktningen. Men för de fall där ingen sådan särskild rättsgrund föreligger synes det närmast oundvikligt att tredjemansansvaret omfattas av och primärt regleras i skadeståndslagen. Ett sådant konstaterande leder dock inte särskilt långt vad gäller riktlinjer för ansvarsbedömningen eftersom det här företrädesvis rör sig om rena förmögenhetsskador och det endast undantagsvis torde föreligga brottsligt förfarande från förvaltarens sida. Den viktiga frågan blir därmed i vilken utsträckning förvaltaren svarar mot tredje man för sådan ren förmögenhetsskada som inte omfattas av 2:4 SkL. Normskyddsläran skulle här kunna ge ledning om den uppfattas som ett komplement till 2:4 SkL. Läran träder då in på det oreglerade område där detta stadgande inte ger ledning men där intresset av en sanktionsmöjlighet är snarlikt eller lika starkt som på brottskadeområdet. En sådan modell skulle kunna utgöra grund för ett tredjemansansvar av samma typ som gäller för likvidator enligt aktiebolagslagen.

Det sist sagda leder tillbaka till det frågetecken som rests ovan inför den bristande överensstämmelsen mellan likvidatorns lagreglerade tredjemansansvar och förvaltarens oreglerade dito. De lege ferenda synes det mest ändamålsenliga vara att förvaltar- och likvidatoransvaret regleras på samma sätt genom en komplettering av 17:1 KL av innebörd, att förvaltaren svarar gentemot tredje man på samma grunder som mot borgenärerna, boet och gäldenären, i de fall skadan orsakats genom förvaltarens överträdelse av konkurslagen.

702.) Ett nästan likalydande uttalande gjordes av JustR:et Knutsson i NJA 1976 s. 282(287). I NJA 1980 s. 383 (Ackordscentralen) konstaterades däremot endast att ansvar gentemot en utanför ackordet stående person inte kunde grundas enbart på det förhållandet att gode mannen genom vårdslöshet föranlett bouppteckningens felaktighet.

4. Skadeståndsansvar enligt den arbetsrättsliga lagstiftningen

4.1 Allmänt

När det gäller skadeståndsskyldighet enligt olika särskilda författningar — både arbetsrättsliga och andra — är utgångspunkten att ansvaret åvilar boet såsom självständigt rättssubjekt, inte förvaltaren personligen. Bomassan får tas i anspråk i de fall förvaltarens agerande utlöst skadeståndsansvar enligt särskild författning och frågan blir därefter i vad mån förvaltaren skall ersätta boet för denna förlust jämlikt 17:1 KL. Helt undantagslös är dock inte denna ansvarsfördelning.

I de fall gäldenären hade anställda vid konkursutbrottet blir förvaltaren ur arbetsrättslig synvinkel arbetsgivarens företrädare. Konkursboets arbetsgivarskyldigheter mot de anställda, mot de fackliga organisationerna och mot det allmänna skall fullgöras av förvaltaren, dessa uppgifter omfattas således av förvaltaruppdraget.⁹⁸ Boet är primärt ansvarigt men ett eventuellt personligt ansvar för förvaltaren på grund av att tillämpliga arbetsrättsliga regler ej har följts, kan tänkas uppstå på tre olika sätt:

1. Underlåter förvaltaren att varsla länsarbetsnämnden om driftsinskränkning och uppsägning av gäldenärens anställda enligt 2 § främjandelagen⁹⁹ (inom viss tid) eller 4 § (så snart det kunnat ske efter det behovet av driftsinskränkning blivit känt), skall han personligen utge varselavgift enligt 17 § 1 st. främjandelagen.¹⁰⁰

2. Om förvaltaren bryter mot varsel-, uppsägnings- eller förhandlingsreglerna i LAS (8–10, 15–17 och 29–30 §§) och/eller MBL (10–17 §§) kan arbetstagare som är borgenär i konkursen, eller staten efter övertagande av arbetstagarens fordran på grund av lönegarantibetalning, väcka skadeståndstalan mot förvaltaren enligt 17:1 KL.

3. Om förvaltaren bryter mot varsel- och förhandlingsreglerna i MBL på sådant sätt att konkursboet tvingas utge skadestånd till arbetstagarorganisation och/eller anställd, kan boet (övriga bor-

⁹⁸ Det råder knappast någon tvekan om att den arbetsrättsliga lagstiftningen, MBL, LAS, främjandelagen, lagen om styrelserepresentation för de anställda m. fl. lagar, i princip är tillämplig även i konkurs. Jfr prop. 1978/79:105 s. 170 f., Schmidt, Facklig arbetsrätt, prov. uppl., Sthlm 1988, s. 176, dens. Löntagarrätt, rev. uppl. 1988 av Sigeman m. fl., s. 246 ff. samt Zethraeus, Arbetsrätten vid arbetsgivares konkurs, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, s. 581 ff. Angående rättspraxis se nedan.

⁹⁹ Lag (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder.

¹⁰⁰ Varselavgiften är ur systematisk synpunkt knappast att hänföra till skadestånd, jfr prop. 1973:129 — skälet till avgift istället för straff var att även juridisk person skulle kunna åläggas sanktion — men då den utgör en ekonomisk sanktion mot förvaltaren personligen har den ändå medtagits här.

genärer) väcka skadeståndskrav genom klander av slutredovisningen enligt 17:1 och 2 KL.¹⁰¹

Sedd från ansvarssynpunkt för förvaltaren vållar arbetsrätten problem. MBL, LAS m. fl. arbetsrättsliga lagar lägger flera förpliktelser på arbetsgivaren som svårligen kan uppfyllas i konkurs-situationen. En konflikt uppstår mellan arbetsrättens krav på tidig och utförlig information och förhandling från arbetsgivarens sida och konkursrättens krav på snabb och ekonomiskt fördelaktig avveckling av konkursboet från konkursförvaltarens sida. Förvaltaren måste härvid i sitt arbete, särskilt vid konkursens inledning då många uppgifter pockar på uppmärksamhet, balansera mellan oförenliga krav och söka tillfredsställa samtliga så långt det går. Denna balansakt är förvisso inte unik för relationen arbetsrättsliga krav kontra konkursrättsliga, tvärtom kan den sägas vara grundläggande för konkursrättens förhållande till civilrättslig och offentligrättslig regelbildning överhuvud. Arbetsrätten ställer dock detta problem på sin spets genom att det vid rörelsekonkurs så ofta finns anställda som drabbas på ett genomgripande sätt av konkursen, om inte ekonomiskt så i vart fall personligen, samt genom det klara skyddssyfte de arbetsrättsliga reglerna ger uttryck för. Lagstiftaren har i olika sammanhang uppmärksammat problemet men någon djupare analys med åtföljande riktlinjer för förvaltarens arbete har inte presterats. Samtidigt utgör denna "lagstadgade intressekonflikt" utgångspunkt för bedömningen av förvaltarens eventuella personliga ansvar. En bedömning av förvaltarens handlande i samband med att ersättningskrav riktas mot honom måste innefatta ett ställningstagande till om det varit försvarligt att exempelvis prioritera konkursintressena framför de arbetsrättsliga eller om större hänsyn skulle ha tagits till de senare. Förvaltarens egna ställningstaganden och handlande i sådana frågor blir på det sättet avgörande för hans eventuella ansvar.

I samband med konkurslagsreformen 1979 diskuterades förvaltarens skyldigheter i förhållande till de arbetsrättsliga lagarna. Konkurslagskommittén konstaterade att lagarna var tillämpliga i princip även i konkurssituationen men att tillämpningen måste påverkas av konkursens speciella ändamål, att åstadkomma en

¹⁰¹ Enligt denna punkt kan ansvar också inträda för brott mot kvittningslagen (1970:215). Arbetsgivare är skadeståndsansvarig om kvittning mot arbetstagares lönefordran sker i annat fall eller i vidare mån än vad lagen tillåter, 8 § KvL. Lagen är tillämplig även i arbetsgivarens konkurs och förvaltaren är därmed skyldig att iakttta begränsningarna i kvittningsrätten oberoende av om arbetstagaren har sagts upp eller blivit anställd av boet. Se 5 § 2 st. lönegarantilagen där kvittningslagens tillämplighet förutsätts samt prop. 1970:201 s. 67, jfr s. 88, och Sigeman, Kvittningslagen, Sthlm 1972, s. 297. Boet inträder i gäldenärens arbetsgivarroll även om detta inte blir självständig arbetsgivare gentemot den tidigare personalen.

avveckling av boet som tillgodoser samtliga borgenärers intressen.¹⁰² Kommittén hade vissa svårigheter att sammanjämka de två rättsområdena. I varje fall undvek man att ta ställning till hur prioriteringen skulle göras i det enskilda fallet. Å ena sidan stod arbetsrättens krav, vilka inte var utformade med hänsyn till konkurssituationen, och å den andra stod konkurslagen. Längre än så kom man inte. Kommittén ansåg dock att, "[d]et kan diskuteras, om inte den speciella situation som råder när en arbetsgivare har gått i konkurs borde särskilt beaktas i den arbetsrättsliga lagstiftningen. Emellertid ligger det utanför kommitténs uppdrag att se över de allmänna bestämmelserna på arbetslivets område."¹⁰³

I den efterföljande propositionen var departementschefen betydligt mindre tvehågsen vad gällde behovet av särskild "konkursanpassning" av arbetsrätten. De tillämpningsproblem som kunde uppstå vid arbetsrättens applicering på konkursfallet, angavs det, "torde dock inte vara större än att de kan lösas av parterna på arbetsmarknaden och i sista hand av de rättsliga instanserna".¹⁰⁴ "Det finns inte anledning att för själva konkurssituationen göra avsteg från de överväganden som har gjorts [av lagstiftaren i den arbetsrättsliga lagstiftningen]."¹⁰⁵

I anslutning till 7:8 2 st. KL — förvaltare skall vid avveckling av boet beakta vad som är ägnat att långsiktigt främja sysselsättningen, om det kan ske utan att borgenärernas rätt nämnvärt förringas — konstaterade departementschefen att det knappast var möjligt att uttryckligen reglera hur förvaltaren skulle agera i alla de situationer som aktualiserades under en konkurs och hur uppkommande intressekonflikter skulle lösas. "Ett betydande utrymme måste med nödvändighet alltid lämnas åt förvaltarens eget omdöme."¹⁰⁶ Konkursförvaltningen skulle även i fortsättningen drivas med utgångspunkt i borgenärernas intresse av en snabb avveckling med så gott ekonomiskt resultat som möjligt men detta borde inte "hindra att förvaltaren också måste kunna låta andra hänsyn än det rena borgenärsintresset spela in". Hänsynen till arbetstagarna och intresset av att sysselsättningen på en viss ort upprätthölls, var sådana omständigheter som borde kunna få påverka förvaltarens beslut i olika avvecklingsfrågor.¹⁰⁷ Med den utformning 7:8 2 st. erhöll får sådana hänsyn dock endast tas om

¹⁰² SOU 1977:29 s. 109 och 166.

¹⁰³ A. SOU s. 170.

¹⁰⁴ Prop. 1978/79:105 s. 171.

¹⁰⁵ A. prop. s. 172.

¹⁰⁶ Prop. 1986/87:90 s. 111.

¹⁰⁷ A. st.

det kan ske utan att borgenärernas rätt *nämnavärt* förringas. För att vara acceptabel skall alltså minskningen av utdelningsdividenden inte vara värd att nämna, vilket måste betyda endast helt försumbara belopp.

4.2 Varselavgift enligt främjandelagen

När det gäller det särskilda stadgandet i 17 § främjandelagen om varselavgift vid uppsåtlig eller grovt oaktsam underlåtenhet att varsla länsarbetsnämnd, ansåg lagstiftaren däremot att det fanns skäl för en särreglering av konkursfallet, innebärande personligt ansvar för förvaltaren. Det var inte tillräckligt att avgiftssanktionen ålades endast konkursboet, eftersom en sådan begränsning kunde medföra att avgiften framstod som ett "innehållslöst hot". Utmärkande för konkursfallen var enligt departementschefen,¹⁰⁸ att boet ofta saknade medel till avgiften och möjligheten för det allmänna att få boet att föra skadeståndstalan mot förvaltaren var begränsade. Det var därför nödvändigt med en undantagsbestämmelse som placerade ansvaret för avgiften, inte på arbetsgivaren/konkursboet, utan på dess representant/konkursförvaltaren. Samtidigt poängterades att regeln utgjorde en undantagsregel, som visserligen var nödvändig för sanktionens effektivitet men att det vid tillämpningen "måste beaktas, att skyldigheten att iaktta viss varseltid kan komma i konflikt med en konkursförvaltares skyldighet enligt konkurslagen att vidta alla åtgärder, som främjar en förmånlig och snabb utredning av boet."¹⁰⁹ Syftet var uppenbarligen att en mildare ansvarsbedömning borde ske då fråga var om förvaltarens avgiftsansvar, på grund av dels den personliga betalningsskyldigheten, dels förvaltarens speciella arbetssituation.

HD har dock inte följt denna linje i *NJA 1987 s. 349*, där en konkursförvaltare ålades jämkad varselavgift på grund av att han dröjt cirka sju veckor med varslets ingivande efter det att varselskyldigheten inträtt. HD konstaterade att uppgiftsskyldigheten enligt främjandelagen visserligen kunde komma i konflikt med andra skyldigheter för förvaltaren i konkursen men enligt HD:s förmenande framgick det inte av förarbetena att någon lindrigare bedömning av oaktsamhetsfrågan varit avsedd, det hänvisades härvid endast till utredningsbetänkandet SOU 1973:7 s. 285. Varslets betydelse för de anställda innebar tvärtom att stränga krav måste ställas på den som svarar för att det verkställs. Däremot kunde enligt HD hänsyn tas till förvaltarens särskilda ställning då avgiftens storlek skulle fastställas eller med andra ord vid jämkning av avgiftsbeloppet enligt 17 § 3 st. främjandelagen. Föredragande revisionssekreterare kom däremot till att avgift inte skulle åläggas

¹⁰⁸ Prop. 1973:129 s. 212.

¹⁰⁹ A. st.

förvaltaren på grund av att särskild hänsyn borde tas till de konkursrättsliga aspekterna. "Till skillnad från den arbetsgivare som lett sitt företag och som känner det väl hamnar en konkursförvaltare regelmässigt i en ny situation med krav på sig att snabbt sätta sig in i verksamheten varvid KL:s föreskrifter om konkursbouppteckning etc. skall iakttas. Samtidigt krävs hänsynstagande till anställdas och borgenärs intressen. Nämda förhållanden verkar typiskt sett i riktning mot en generösare behandling av en konkursförvaltare än av övriga som kan åläggas varselavgift, när graden av oaktsamhet skall bedömas."

HD:s bortseende från både propositionens försiktiga hållning och revisionssekreterarens hänsynstagande till förvaltarens särskilda situation pekar på att domstolen i detta fall velat markera att förvaltare skall bedömas efter samma måttstock som arbetsgivare i gemen. I den mån behov föreligger för en lindring i avgiftsskyldigheten får det ske genom jämkning av avgiftsbeloppet.

4.3 Felaktig utbetalning av lönegarantimedel

En viktig del av konkursförvaltarens arbete rör frågor kring den statliga lönegarantin. Flera svåra gränsdragnings- och kvalificeringsproblem kan uppstå när det gäller att avgöra om olika löne- och ersättningsanspråk kan grunda rätt till utbetalning enligt lönegarantilagen (LGL 1970:741). Arbetsrättsliga frågor angående tveksamma anställningsförhållanden och svårtolkade regler för uppsägningstid, liksom konkursrättsliga överväganden angående rätt till utdelning eller förmånsrätt utgör exempel härpå.¹¹⁰ Förvaltarens ställningstaganden i dessa frågor är direkt avgörande för om utbetalning skall ske och till hur stort belopp, i de fall bevakningsförfarande sker i konkursen. Han anmäler då till länsstyrelsen vilka löne- och ersättningsbelopp som grundar rätt till utbetalning, 7 § LGL. Någon materiell prövning av förvaltarens uppgifter görs inte av länsstyrelsen såvida inte förvaltaren själv gjort anmärkning mot bevakad lönefordran eller länsstyrelsen — utan att ha någon skyldighet till det — uppmärksammar någon tveksam fråga.¹¹¹ Förekommer inte formell bevakning i konkursen ligger däremot prövningen av lönegarantifrågorna på KFM, jämför 6 och 8 §§ LGL. Förvaltaren är då endast behjälplig KFM vid sammanställningen av uppgiftsunderlaget.

Sett från ansvarssynpunkt torde det stå klart att förvaltaren kan bli skadeståndsskyldig enligt 17:1 KL gentemot staten som bor-

¹¹⁰ Se härom Wilhelmsson, Den statliga lönegarantin vid konkurs. Några svårbedömda typfall, SvJT 1988 s. 1 ff. Lönegarantisystemet är för närvarande föremål för revidering, se DsA 1983:15, SOU 1986:9 och 1988:27. Se även Nyberg, Ny lönegarantilag ger konkursförvaltare nya uppgifter, Advokaten 1986 s. 192.

¹¹¹ RSV, Konkurs & Ackord s. 220 f.

genär om han av oaktsamhet förorsakar för stora garantiutbetalningar. Mera tveksamt är det om *condictio indebiti*-regeln i 12 § LGL är tillämplig även på förvaltare utöver den löneborgenär som uppburit för mycket betald garantiersättning.

4.4 Rättspraxis från arbetsdomstolen

I arbetsdomstolen har förvaltares behandling av de arbetsrättsliga reglerna varit uppe till prövning i ett femtontal fall sedan början av 1970-talet. Fallen har oftast rört skadeståndstalan mot konkursboet, inte förvaltaren personligen. Men eftersom boets ansvar är helt avhängigt förvaltarens agerande, eller brist på agerande, blir det dennes handlingar och uppträdande som prövas. I de fall skadeståndsskyldighet ålagts boet bör, som antytts ovan, underlag ha förelegat även för en talan enligt 17:1 KL mot förvaltaren.

Ett exempel på att en konkurs i sig kan *skärpa* tillämpningen av arbetsrättens regler till de anställdas förmån är *AD 1983 nr 30*. Fallet gällde företrädesrätt till återanställning enligt 25 och 27 §§ LAS, hos den arbetsgivare som övertagit konkursgäldenärens rörelse.¹¹² Personalen hade inte gjort anmälan om företrädesrätt och förvaltaren hade, enligt AD, utnyttjat detta för att få försäljning av rörelsen till stånd trots att han var medveten om att personalen önskade fortsatt arbete om verksamheten skulle komma att drivas vidare. AD menade här att även om anmälan från arbetstagarna i någon form utgör krav för företrädesrätt och det i många fall är lämpligt att detta krav upprätthålles tämligen strängt, är det ett helt annat läge i konkurssituationen. "[E]rfarenhetsmässigt [är] arbetstagarna ... angelägna om dels att verksamheten skall fortsätta dels att de skall kunna behålla sina anställningar. Just i dessa senare fall kan kravet på anmälan framstå som en onödigt formalitet om det för båda parter måste vara självklart att arbetstagarna vill fortsätta i anställningen." Kritik riktades i domen mot konkursförvaltaren för dennes agerande, hans handlingssätt var "anmärkningsvärt" och "otillbörligt gentemot arbetstagarna" enligt AD. Förvärvaren av konkursrörelsen ålades skadeståndsskyldighet för brott mot företrädesreglerna i LAS.

I *AD 1980 nr 106* gällde frågan primär förhandlingsskyldighet för konkursboet enligt 11 § MBL, angående förvaltarens beslut att avveckla gäldenärsbolaget genom vissa utförsäljningar av bolagets tillgångar. AD konstaterade att förhållandet att *gäldenären* på grund av konkurs skall upphöra med sin rörelse inte kan vara föremål för förhandling eftersom detta följer av lag, inte av förvaltarens beslut. Däremot hade det ingen betydelse för konkursboets förhandlingsskyldighet vilken form för avveckling förvaltaren valde. Förhandling skulle föras angående avvecklingsbeslutets genomförande både vid överlåtelse av hela rörelsen och vid utförsäljning av tillgångarna. Tidpunkten för förhandlingarna borde ligga så tidigt som möjligt så att arbetstagarsidan hade möjlighet att påverka händelseutvecklingen. AD fann dock att de försäljningar som

¹¹² Att företrädesrättsreglerna gäller även i konkurs och mot den arbetsgivare som förvärvat gäldenärens rörelse fastslogs i *AD 1977 nr 68*.

åberopats av arbetstagsarsidan (varumärke, delar av lager och inventarier) inte var av sådan avgörande karaktär att de manifesterade en viktig förändring av verksamheten. Talan avslogs därmed.

I sin allmänna motivering gav AD uttryck för sin syn på relationen mellan arbetsrätten och konkursrätten. Domstolen menade att även om en förvaltare ansåg sig vara i ett läge där något förhandlingsutrymme inte fanns på grund av praktiska, ekonomiska eller legala skäl, detta inte befriade honom från att påkalla förhandling i sådana frågor som omfattades av 11 § MBL. Saknades tillräcklig tid trädde 11 § 2 st. i funktion (möjlighet till beslut före förhandling vid synnerliga skäl). Men även då en förvaltare ställdes i situationer där ingripande åtgärder ofördröjligen måste vidtas utan att förhandling först kunde äga rum, var det viktigt att underhandskontakter om möjligt togs och att förhandling omgående påkallades.

I *AD 1980 nr 110*, även det om primär förhandling enligt 11 § MBL, blev resultatet däremot skadeståndsskyldighet för konkursboet. Med bakgrund i föregående mål fann AD att förhandlingsskyldighet förelegat angående beslut om att godta anbud på gäldenärsbolagets tillgångar, eftersom beslutet innebar nedläggning av rörelsen. Förhandlingar som kunde rubriceras som primär förhandling enligt 11 § MBL hade i och för sig kommit till stånd omedelbart före beslutet men det hade skett för sent enligt AD:s förmenande. Förvaltaren hade tidigare begärt in anbud på rörelsen och på anbudstidens sista dag erhållit ett anbud på de ingående tillgångarna. Han påkallade förhandling sex dagar senare, sedan han fått klart för sig att facket ansåg förhandlingsskyldighet föreligga. Förhandling hölls femton dagar därefter, varpå formellt beslut om anbudets antagande fattades samma dag. Förhandlingen hade enligt AD kommit allt för sent eftersom förvaltaren i realiteten bestämt sig för försäljning redan innan förhandling påkallades och förhandlingsmöjlighet förelegat tidigare vid eller i anslutning till de andra möten förvaltaren haft med de fackliga företrädarna.

Likaså i *AD 1988 nr 70* ålade arbetsdomstolen skadeståndsskyldighet för konkursbo på grund av att förvaltaren underlåtit att förhandla enligt 11 § MBL. Förvaltaren ifrågasatte inte förhandlingsskyldigheten i sig men menade att omständigheterna omedelbart före konkursen medförde att skyldighet inte förelåg i detta fall. Gäldenärsbolagets rörelse hade före konkursen överlåtits villkorligt till annat bolag på det sättet att gäldenären efter överlåtelsen skulle försättas i konkurs och den blivande förvaltaren skulle godkänna överlåtelsen. Så hade även skett och förvaltaren menade att det vid hans tillträde inte fanns något att förhandla om. AD tolkade överlåtelsevillkoret annorlunda och fann att förvaltaren fortfarande haft visst manöverutrymme. "Mot denna bakgrund blir arbetsdomstolens slutsats att konkursförvaltaren var förhandlingsskyldig, i överensstämmelse med vad som i allmänhet gäller inför avvecklingen av en konkursgäldenärs rörelse, innan förvaltaren ... bestämde sig för att godkänna avtalet om överlåtelse ..." Skadeståndet fastställdes under beaktande av att situationen hade varit "i viss mån svårbedömd för konkursförvaltaren och att denne har haft att handla under avsevärd tidspress".

När det gäller gäldenärspersonalens direkta anställningsförhållanden kan först framhållas att HD i *NJA 1979 s. 253* ansett det "alliga

förvaltaren att så snart omständigheterna medger ta ställning till frågan om uppsägning skall ske eller om konkursboet skall träda in i [anställnings]avtalet". Förvaltarens faktiska agerande i uppsägningsfrågan blir avgörande för om boet skall anses ha inträtt i anställningsavtalen eller inte. Inträde förutsätter överenskommelse därom mellan boet och den anställda men detta kan ske genom konkludent handlande, vilket innebär att förvaltarens åtgärder vad gäller att beordra arbete eller passivt "tillåta" att arbetet fortsätter som före konkursen, respektive uttryckligen säga upp personalen, avgör inträdesfrågan. Från inträdestidpunkten utgör lönekraven massafordran, inte konkursfordran såsom fallet är med uppsägningslönekrav. Härmed påverkar förvaltarens agerande i denna fråga boets ekonomiska ställning högst avsevärt och ett förbiseende som leder till att inträde anses ha skett kan genom klandertalan av borgenär medföra personligt ansvar för förvaltaren för vad som går borgenärerna förbi. I det omnämnda fallet hade arbetstagaren bevisbördan för sitt påstående om anställningsavtal med boet, vilket han inte lyckades styrka. Konkludent inträde ansågs inte heller ha skett trots att arbetstagaren utfört arbete för boet med förvaltarens vetskap och denne dröjt sexton dagar efter sitt tillträde med uppsägningen. Förvaltaren hade förlitat sig på en uppgift från konkursbolagets ägare om att arbetstagaren övergått till annat bolag, vilket inte stämde. Det hade rätt oklarhet om anställningsförhållandena men förvaltaren hade agerat så snart han fått klart för sig att uppsägning var nödvändig. Därigenom fann HD "situationen inte ha varit sådan att förvaltarens underlåtenhet att säga upp [arbetstagaren] tidigare än som skett medfört, att konkursboet skall anses ha trätt in som part i anställningsavtalet".

Från arbetsdomstolen föreligger *AD 1975 nr 75*, vilket gällde karaktären av boets anställning av gäldenärens personal samt vilken uppsägningstid dessa hade rätt till. Genom att förvaltaren inte var tillräckligt tydlig mot de anställda, ansågs anställningsförhållandena med boet utgöra tillsvidareanställningar, inte visstidsanställningar såsom förvaltaren hävdade. Det skriftliga anställningsavtal som använts hänvisade till tidigare anställningsförhållanden och personalen hade inte informerats av förvaltaren om att verksamheten skulle avvecklas genom nedläggning, inte försäljning. Angående personalens uppsägningstider konstaterades: "Enligt arbetsdomstolens mening föranleder konkurssituationen inte till annat bedömande i detta fall än att arbetstagarna bort komma i åtnjutande av de uppsägningstider som sålunda följer av lag och avtal." Personalen skulle därmed få tillgodoräkna sig hela anställningstiden hos gäldenären och åtnjuta den uppsägningstid detta berättigade till enligt antingen 11 § LAS eller gällande kollektivavtal.

I AD 1980 nr 143 gällde frågan varseltidens längd enligt 29 och 30 §§ LAS, vid varsel om uppsägning av gäldenärens anställda. Förvaltaren hade varslat fackklubbarna dagen innan uppsägningarna gavs till de anställda och frågan var om förvaltaren kunde åberopa undantagsbestämmelsen i 30 § LAS (varsel så snart det kan ske om hinder föreligger för en månads varseltid enligt 29 § LAS), eller om en månadsfristen i 29 § LAS utgjorde minimitid. AD utgick från tidigare egen praxis (AD 1976 nr 3, se nedan) och konstaterade att varsel aldrig får helt underlåtas, även om det ur konkurssynpunkt kunde uppfattas som meningslöst då uppsägning av gäldenärens anställda är en direkt följd av konkursförfarandets inriktning. Vidare konstaterades att konkurs inte i sig medförde att undantaget i 30 § LAS blev tillämpligt utan en bedömning från fall till fall var nödvändig.¹¹³ Domstolen fortsatte därefter: "Det återstår alltså att ta ställning till om situationen varit sådan att boet haft rätt att avkorta varseltiden. Boet har inte pekat på någon särskild omständighet utöver själva konkursutbrottet och förvaltarens skyldighet att snarast därefter uthärdla rörelsen som skulle tillåta en avkortad varseltid ... Det torde vara ovedersägligt att en facklig organisation normalt sett har ett berättigat intresse av att även i en konkurssituation få tillfälle att närmare diskutera uppsägningsfrågan. Det kan gälla frågor om tidpunkter för uppsägningar, om turlistor skall upprättas etc. För att detta intresse skall få åsidosättas till förmån för förvaltarens skyldighet att minska lönekostnader måste det föreligga sådana akuta eller icke förutsebara händelser att varseltiden kan förkortas." Domstolen fann att så icke var fallet och utdömde ett jämkat skadestånd för boet om 2 000 kr.

I det av AD omnämnda tidigare målet angående konkursbos varsel-skyldighet, AD 1976 nr 3, ådömdes boet likaså jämkat skadestånd. Inte heller här ansågs undantagsbestämmelsen i 30 § LAS berättiga förvaltaren att nedkorta varseltiden på det sätt han gjort. AD menade att endast en nedkortning motsvarande tiden mellan konkursutbrottet och beslut om nedläggning av driften varit berättigad, eftersom förvaltaren redan från konkursförfarandets inledning borde ha kunnat inse att en nedläggning skulle kunna bli aktuell. En överlåtelse av rörelsen hade visserligen varit ett realistiskt alternativ vid konkursens inledning men den var avhängig ny kredit från bank, vilket inte beviljades. Risker för att avyttringen inte skulle gå att genomföra borde förvaltaren ha tagit i beräkning och omedelbart vid konkursutbrottet varslat enligt 29 § LAS. Undantaget i 30 § LAS hade i sådant fall medfört att det inte skulle ha utgjort brott mot LAS att uppsägningarna verkställdes mindre än en månad från varseltidpunkten, nämligen då nedläggningsbeslutet fattades. Däremot var det inte möjligt att åberopa 30 § LAS för det varsel som lämnades i anslutning till bankens ställningstagande angående kreditgivningen.

I AD 1982 nr 143 konstaterade domstolen att eftersom gällande kollektivavtal även var bindande för boet,¹¹⁴ det ålegat förvaltaren att teckna så

¹¹³ Jfr dock AD 1977 nr 68, — "När konkurs inträffar finns emellertid utrymme för att tillämpa undantagsregeln i 30 § första stycket [LAS] om att varsel i stället kan lämnas så snart det kan ske."

¹¹⁴ Jfr AD 1972 nr 12 angående kollektivavtals bindande verkan för arbetsgivares konkursbo — "Enligt arbetsdomstolens mening saknas dock skäl att beträffande

kallad AGB-försäkring för anställd som under sin uppsägningstid utfört arbete för boet och att underlåtenhet härvidlag från förvaltarens sida i princip renderade boet skadeståndsansvar. Det fanns enligt AD ingen anledning till undantag från kollektivavtalets krav även om det kunde förekomma att kollektivavtals bindande verkan vad gällde boets förpliktelser kunde påverkas av den "särskilda ställning som konkursbo intar och boutredningens inriktning på att avveckla konkursgäldenärens verksamhet". Bundenheten åsidosattes inte heller av att den anställde i detta fall inte varit berättigad till försäkringsersättning även om försäkring hade tecknats. På grund av denna senare omständighet ålades dock inte boet någon skadeståndsskyldighet.¹¹⁵

I AD 1982 nr 143 gällde frågan om konkursboet varit skyldigt att betala avgifter till pensionskassa på det sätt som gällande kollektivavtal föreskrev för tiden mellan konkursbeslutet och försäljning av gäldenärens rörelse. Boet hade varslat om uppsägning av de anställda men ej fullföljt varslen på grund av att rörelsen visade sig överlåtbar med personal. Verksamheten hade drivits vidare av förvaltaren med användande av personalen på ett sätt som enligt AD innebar inträde med massaansvar för boet. AD fann att "konkursboet från början varit inställt på att driva rörelsen vidare till dess en rekonstruktion av verksamheten kunde genomföras och att konkursboet också i praktiken handlat på det sättet utan att säga upp personalen. Därmed har konkursboet genom konkludent handlande inträtt som arbetsgivare i förhållande till de i målet aktuella arbetstagarna. Som tidigare nämnts innebär detta också att konkursboet blivit bundet av pensionsavtalet."¹¹⁶

Såvitt framgår av detta material är varken lagstiftaren eller domstolarna inställda på några mera väsentliga lättnader i de förpliktelser arbetsrätten lägger på en arbetsgivare på grund av att denne försatts i konkurs. De två återkommande slutsatserna — att den arbetsrättsliga lagstiftningen i *princip* är tillämplig även i konkurs men att *viss* hänsyn måste tas till de ändrade förhållanden konkursen med nödvändighet innebär — skall uppenbarligen läsas med tyngdpunkten lagd på den första. De avsteg som accepteras av

[kollektivavtal] — vare sig det har slutits av arbetsgivaren själv eller av arbetsgivarorganisation, som han tillhörde — göra avsteg från den för ömsesidigt förpliktande avtal i allmänhet gällande grundsatsen, att bundenheten utav avtalet inte brytes genom avtalsparts konkurs." A. ref s. 209. — Kollektivavtal är enligt AD 1978 nr 95 bindande så länge "det kvarstår något förhållande för vilket kollektivavtalet innehåller regler." — Angående konkursbos bundenhet till medbestämmandeavtal se AD 1988 nr 128 — avtalet var bindande för boet, vilket innebar att förvaltaren hade varit skyldig att godta facketts begäran om tillsättande av arbetstagarkonsult på boets bekostnad, såvida avtalets allmänna förutsättningar för tillsättande av konsult varit uppfyllda, vilket dock inte var fallet.

¹¹⁵ Jfr det efterföljande fallet AD 1974 nr 10, angående utläggning av semester i strid mot kollektivavtal, med motsvarande sätt att resonera från AD:s sida och med motsvarande utgång (i princip skadeståndsansvar för boet på grund av brott mot kollektivavtalsbestämmelse men ingen ersättning i det enskilda fallet).

¹¹⁶ Jfr AD 1982 nr 150 angående anställd i ledande befattning — arbete som utförts på förvaltarens beordran under uppsägningstid utgjorde konkursfordran, inte massafor-
dran.

domstolarna synes genomgående vara av sådan karaktär att de rymms redan inom de undantagsbestämmelser LAS, MBL, främjandelagen med flera arbetsrättsliga lagar innehåller. Konkursreglerna *i sig* berättigar inte förvaltaren att sätta sig över exempelvis varsel- eller förhandlingsreglerna utan härför krävs att den enskilda konkursen uppvisar sådana särdrag vad gäller förvaltarens handlingsutrymme, att avsteg varit oundvikliga. Avkortade varseltider och genomförda förhandlingar på sätt och tider som gjort dem till endast formalia, har endast accepterats i den utsträckning de hade kunnat accepteras från arbetsgivare i allmänhet. Förvaltaren måste med andra ord prioritera de arbetsrättsliga förpliktelserna och anstränga sig så långt det går att följa reglerna i sitt arbete, eftersom han annars riskerar skadeståndsansvar för boet och i sista hand för sig själv.

Konkursförvaltares skadeståndsansvar i ny belysning

1. Inledning

Rättspraxis angående förutsättningarna för konkursförvaltares skadeståndsansvar har utökats med ett nytt HD-avgörande, *NJA 2001 s. 99*, i en tvist mellan en fastighetspanthavare och förvaltaren till pantsättarens konkursbo. Frågan gällde om förvaltaren kunde göras personligen ansvarig för den förlust panthavaren fått vidkännas på grund av att förvaltaren valt att med massaansvar ådra boet kostnaden för färdigställande av en tillbyggnad på fastigheten. Panthavaren menade att på grund av förvaltarens agerande och bristande information om vad han företog sig i boets namn, panthavaren förlorade nästan hela pantfordringen, vilken annars skulle ha erhållit full täckning ur fastigheten. HD fann förvaltaren fullt ut ansvarig, jämlikt 17 kap. 1 § KonkL. Detta är det tredje fallet inom loppet av några år där HD fått anledning att ta konkursförvaltarens personliga ansvar för boförvaltningen under prövning. I *NJA 1996 s. 700* var förvaltaren ansvarig gentemot utomstående tredje man¹ (ägare med separationsrättskrav till egendom i boets besittning, vilken förvaltaren sålt för boets räkning), och i *NJA 1997 s. 485* var förvaltaren ansvarig gentemot konkursborgenär med säkerhet i fastighetspant, på grund av att förvaltaren betalat massaskuld (återföringsmoms) ur fastighetsintäkten före utdelning till panthavaren.

2. Fakta i målet

I den aktuella tvisten hade konkursförvaltaren i ett fastighetsbolags konkurs genomfört färdigställandet av en tillbyggnad till ett befintligt flerfamiljshus genom att låta konkursboet anlita ny entreprenör och uppta ny byggnadskredit i bank men utan att informera eller höra borgenären med bästa inteckningsrätt i fastigheten (Handelsbanken Finans och Handelsbanken, i målet betecknade endast Handelsbanken). Förvaltaren hade inledningsvis försökt sälja fastigheten i befintligt skick, med pågående arbeten oavslutade, utan att lyckas. Han hade därmed bedömt det som lämpligast att fullfölja byggnationen för att över huvud

¹ Denna aspekt av förvaltaransvaret diskuteras i *Lindskog*, Om konkursförvaltares ansvar mot tredje man, Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, Uppsala 1999, s. 275. Se även *Millqvist*, Konkursförvaltares skadeståndsansvar, SvJT 1991 s. 1.

taget kunna få fastigheten såld, och då till ett pris som innebar att både den nya skulden och Handelsbankens befintliga inteckningslån kunde betalas. Han samrådde dock inte någon gång med Handelsbanken om detta. Banken å sin sida hade samtidigt med konkursutbrottet via betalningsföreläggande begärt exekutiv försäljning av fastigheten, vilket förfarande fortskred parallellt med konkursförvaltarens arbete och ledde till att exekutiv auktion hölls cirka ett halvår efter det att byggnadsarbetet på fastigheten färdigställts. Dagen före auktionen uppdagade banken att det förelåg en massafordran om knappt 2,8 miljoner kronor att utgå före bankens fordran och vid auktionen såldes fastigheten för tre miljoner kronor. Banken erhöll 185 000 kronor i utdelning på sin fordran om cirka 2,2 miljoner kronor. Därefter stämde banken för boets räkning förvaltaren på skadestånd om 2,5 miljoner kronor.

3. Domstolarna

Både tingsrätt och hovrätt fann förvaltaren skadeståndsansvarig jämlikt 17 kap. 1 § KonkL, på grund av oaktsamhet i form av underlåten kommunikation med direkt berörd borgenär enligt 7 kap. 10 § KonkL. *Tingsrätten* tillämpade ”normala bevisbörderegler” vad gällde bevisbördans placering avseende frågan om skadans omfattning. Detta ledde tingsrätten till konstaterandet att varken konkursförvaltaren eller Handelsbanken styrkt sina påståenden angående skadans omfattningen samt att det därmed för domstolen var fråga om en uppskattning enligt 35 kap. 5 § RB. Denna ledde till en uppskattning av fastighetens värde vid konkursutbrottet till 1 miljon kronor vilket därmed fick bilda tak för bankens skadeersättning. *Hovrätten* fann också förvaltaren ansvarig på samma oaktsamhetsgrund men ansåg däremot att skäl för jämkning enligt 17 kap. 1 § andra meningen KonkL förelåg. Skadan kunde uppskattas till bankens hela pantsäkrade fordran men jämkning med en tredjedel ansågs skäligt på grund av att banken inte gjort allt den kunnat för att stoppa den exekutiva auktionen eller självt ropat in fastigheten för att undvika kapitalförstöring.

HD tar i sina domskäl utgångspunkt i finans- och fastighetskrisen 1990-92, dock utan att närmare ange på vilket sätt denna bakgrund har relevans för bedömningarna i målet, annat än möjligen som en förklaring till den uppkomna situationen. Efter en genomgång av fakta i målet och med angivande av 17 kap. 1 § och 7 kap. 8 § KonkL, konstaterar domstolen att eftersom förvaltaren under svårbedömda förhållanden måste träffa affärsmässiga avgöranden, han också måste ha ”ett beaktansvärt handlingsutrymme och han kan inte bli ersättningskyldig så snart ett beslut visar sig vara ofördelaktigt för konkursboet eller någon borgenär.” Därefter pekar dock HD särskilt på samrådsskyldigheten i 7 kap. 10 § KonkL, vilken bland annat enligt prop. 1978/79:105 s. 273, omfattar frågan om försäljning av värdefull egendom. Förvaltarens beslut att färdigställa

byggnationen och skälen för detta beslut var enligt HD i och för sig inte något att anmärka mot. Men förvaltaren "hade emellertid inte rätt att fatta ett sådant beslut utan att först samråda med Handelsbanken." Domstolen fortsätter, "Handelsbankens rätt var särskilt berörd, inte bara därför att försäljningen av fastigheten blev uppskjuten, utan framför allt därför att den borgenär som lämnat byggnadskrediten kunde få företrädesrätt till betalning ur fastigheten framför Handelsbanken". Det senare visade sig också bli fallet eftersom förvaltaren anmälde den utnyttjade byggnadskrediten som gällande "vård av egendom" med betalningsrätt ur fastigheten framför inteckningsfordringarna.² Det hade inte heller förelegat något hinder för förvaltaren att höra banken.

I själva *culpabedömningen* godtar HD utgångsvis bankens ståndpunkt, att den skulle ha avisat en förfrågan från förvaltaren angående färdigställande och istället krävt att försäljning skedde omedelbart. Förvaltaren skulle visserligen inte ha varit skyldig att agera på det sättet, fortsätter HD, men om han gått mot bankens uttryckliga önskan och banken sedan inte fått full utdelning på sin fordran, skulle det enligt HD "emellertid vid bedömningen av om [förvaltaren] förfarit oaktsamt ha tagits i beaktande att han handlat mot bankens önskemål och utsatt banken för en avsevärd risk." Att helt underlåta kontakter med banken på det sätt som skett borde då enligt HD jämiställas med ett agerande i strid mot bankens uttryckta önskemål. "Att [förvaltaren] färdigställt byggnaden med hjälp av det nämnda lånet har inneburit att banken utsatts för en avsevärd risk och [förvaltaren] måste härigenom anses ha förfarit oaktsamt." Skadeståndsansvar förelåg därmed enligt 17 kap. 1 § KonKL.

Skadans storlek uppgick till yrkat belopp, vilket var ostridigt i HD. Den av banken åberopade skadan bestod i att banken inte fått utdelning för sin pantsäkrade fordran ur fastigheten på grund av att försäljningsintäkten nästan helt gick till att täcka den massafordran förvaltaren ådragit boet. Hade banken blivit tillfrågad hade den krävt att fastigheten skulle ha sålts utan färdigställande av tillbyggnaden. Den avgörande *adekvansfrågan* för HD blev därmed om fastigheten kunnat säljas *vid konkursutbrottet* till ett pris som skulle ha täckt bankens fordran. Om så var fallet var skadan adekvat kausal till förvaltarens underlåtenhet att höra banken angående tillbyggnaden och upptagande av ny kredit. Förvaltaren ålades härvid *bevisbördan* för att fastigheten *inte* hade tillräckligt försäljningsvärde vid konkursutbrottet.³ Mot de värderingsintyg som Handelsbanken

² HD hänvisade här till 14 kap. 18 § KonKL och till det ovan nämnda NJA 1997 s. 485.

³ HD hänvisade i denna del till NJA 1972 s. 633 och 1991 s. 277 samt *Walin-Palmér*, Konkurslagen s. 1048 f., särskilt s. 1049 not 1. I det senare rättsfallet från 1991 tillämpar HD samma bevisbördeplacering som i förevarande fall; part som påstår att fastighet saknar allt värde som säkerhet har bevisbördan härför. Vad det tidigare fallet från 1972 har med frågan om bevisbördans placering att göra är däremot höljt i dunkel. Fallet gällde frågan om inteckningshavares fordran övergick till en massafordran i och med att förvaltaren sålt intecknad fastighet och låtit köparen överta inteckningsansvaret. Svaret blev ja, varför boet ansvarade gentemot inteckningshavaren. Någon bevisfråga angående fastighetens värde var dock inte på tal.

åberopat i målet, och som utvisade att fastigheten hade ett värde vid konkursutbrottet som räckte till betalning av Handelsbankens fordran, hade förvaltaren inte styrkt motsatsen – ”att Handelsbanken inte skulle ha fått full betalning för sin fordran, om tillräckliga ansträngningar hade gjorts för att sälja fastigheten i befintligt skick under hand.”

HD ansåg inte heller någon jämningsgrund föreligga enligt 17 kap. 1 § andra meningen KonkL. En panthavare har inte skyldighet att själv ropa in panten för att skydda sin fordran och banken kunde inte lastas för att auktionen inte stoppades, eftersom banken på grund av förvaltarens bristande kommunikation inte förrän dagen före auktionen fick reda på att tillbyggnaden färdigställdes och att fastigheten därmed förmodligen hade ett väsentligt högre värde än det högsta bud som lämnades vid auktionen (3 miljoner kronor).

I och med dessa ställningstaganden ålades konkursförvaltaren personligt skadeståndsansvar för bankens hela förlust.

4. Kommentarer

Genom denna dom fullföljer HD konkurslagens sanktionshot i 17 kap. 1 § gentemot bristfälliga konkursförvaltare, vad gäller lagens krav på en god förvaltning. Bryter förvaltaren mot lagens direktiv för förvaltningen får han svårt att undgå ansvar genom att det då läggs på honom att styrka att den skadelidande skulle ha drabbats av den aktuella skadan *även om* förvaltaren till punkt och pricka följt konkurslagens direktiv, exempelvis skyldigheten att höra särskilt berörd borgenär enligt 7 kap. 10 § KonkL. Samtliga tre instanser ansåg denna förvaltarens underlåtenhet att höra banken angående de mått och steg han vidtog för fastigheten utgöra ansvarsgrundande oaktsamhet enligt 17 kap. 1 § KonkL. Genom den tydliga kopplingen till 7 kap. 10 § KonkL och förvaltarens uppdrag är dock domen knappast relevant för förvaltarens ansvar gentemot andra än dem som nämns i 17 kap. 1 § KonkL (boet, konkursborgenär eller gäldenären). Domen säger således inget om vilka begränsningar, om några, som gäller för förvaltaransvaret gentemot tredje man, exempelvis massaborgenär.

Denna aspekt tas, som nämnts inledningsvis, däremot upp i NJA 1996 s. 700. Frågan gällde där förvaltarens ansvar gentemot tredje man som hade separationsrätt i konkursen, på grund av att förvaltaren sålt den aktuella egendomen. HD konstaterade att förvaltaren stod ett culpaansvar även i den relationen, trots 2 kap. 4 § skadeståndslagen angående ren förmögenhetsskada och kopplingen (men inte begränsningen) till brott. HD förklarade: ”En väsentlig uppgift för en konkursförvaltare är att realisera den egendom som ingår i konkursboet (jfr 3 kap. 3 § KL). Därvid åligger det förvaltaren att tillse att egendom till vilken tredje man har separationsrätt inte omfattas av försäljning. Att förvaltaren har en skyldighet att tillse att tredje man tillhörig egendom inte dras in i konkursen

får anses följa såväl av konkurslagens reglering som av en allmän princip om förbud mot att obehörigen förfoga över annans egendom.” Uppenbarligen ansågs den tidigare diskussionen om en eventuell begränsning av ansvaret för ren förmögenhetsskada till fall där brott begåtts inte innebära något hinder för ett förvaltaransvar gentemot tredje man. Däremot tycks det som HD kopplat frågan om förvaltaransvaret till den så kallad normskyddsläran genom referenserna till 3 kap. 3 § KonkL och en ”allmän princip om förbud mot att obehörigen förfoga över annans egendom”.⁴

Det kan noteras att HD i det nya målet skiljer mellan de affärsmässiga bedömningar som en förvaltare måste göra, där ”feltoleransen” tydligen är tämligen stor, och iakttagandet av konkurslagens förfaranderegler, där ”feltoleransen” tvärtom är minimal. Det kan således inte begäras att en konkursförvaltare i kanske svåra lägen skall fatta optimala affärsmässiga beslut (optimala för vem kan man fråga) men det kan däremot krävas att han kan sin konkurslag och tillämpar den, även i dess detaljer, så att de legala garantierna för en god förvaltning får verka.

Processuellt var det *bevisbördans placering* som fällde avgörandet i tvisten. Förvaltaren hade enligt HD inte lyckats avlyfta bevisbördan angående fastighets värde och säljbarhet vid tidpunkten för konkursutbrottet. Hans påstående om att fastigheten då inte var säljbar och således i princip saknade värde ansågs inte styrkt. Tingsrätten ansåg här bevisläget så osäkert att en skälighetsbedömning jämlikt 35 kap. 5 § RB var på sin plats och uppskattade fastighets värde vid konkursutbrottet till en miljon kronor. Tingsrätten lade i och för sig också bevisbördan på förvaltaren och ansåg att han inte styrkt påståendet om fastighets osäljbarhet men eftersom enligt tingsrätten inte heller Handelsbanken hade styrkt sitt påstående om full täckning vid en omedelbar försäljning, var det nödvändigt med en skälighetsbedömning. Hovrätten lade däremot bevisbördan på Handelsbanken. Utredningen i målet ansåg hovrätten talade för ett värde om högst en miljon kronor vid konkursutbrottet, varför banken inte hade styrkt sitt påstående om att full täckning skulle ha uppnåtts vid en omedelbar försäljning. Därefter tog dock hovrätten fasta på det värde fastigheten hade vid den exekutiva auktionen och försäljningsintäkten om tre miljoner kronor som då uppnåddes och fann att förvaltarens ”agerande vållat Handelsbanken skada motsvarande det yrkade beloppet”. Men slutligen menade hovrätten, som påpekats ovan, att skäl för jämkning förelåg på grund av bankens medvållande.

HD verkar i sitt ställningstagande angående bevisbördeplaceringen ha anammat den rekommendation som Walin-Palmér ger avseende konkursboets försäljning av *lös pant* utan panthavarens samtycke enligt 8 kap. 7 § 2 st. KonkL, när det gäller *förhållandet mellan konkursboet och panthavaren*. Här uttalas att det ”förefaller motiverat att presumera skada till följd av förvaltarens underlåtenhet att inhämta samtycke när det bort ske. Om konkursboet inte förmår svara

⁴ Se dock *Lindskog*, a.a. s. 284 ff., som ifrågasätter HD:s sätt att resonera i fallet.

för skadan är det måhända en omständighet som skärper förvaltarens ansvar.”⁵ HD tycks nu således ha anammat och överfört denna presumtion även på det fallet som är aktuellt här, nämligen förvaltarens underlåtenhet att höra särskilt berörd borgenär enligt 7 kap. 10 § KonkL.⁶ Om detta antagande är riktigt står det i viss kontrast mot den försiktiga attityd departementschefen gav uttryck för i prop. 1986/87:90 s. 416, när det gällde förvaltarens åtgärd att sälja lös pant under hand utan panthavarens samtycke. Skadeståndsskyldighet borde i det fallet i allmänhet åläggas endast om borgenären/panthavaren *kunde visa att han lidit skada*, vilket i det här aktuella fallet borde ha inneburit att Handelsbanken ålagts bevisbördan för att det verkligen varit möjligt att sälja fastigheten i befintligt skick vid tidpunkten för konkursutbrottet till ett pris som gett banken full täckning på sin fordran. HD:s motsatta ståndpunkt, med bevisbördan lagd på förvaltaren, måste rimligen uppfattas som en skärpning i förhållande till förarbetena. Om det är ett strängt ansvar *i sig* är dock en annan sak. Bakgrunden i det aktuella fallet ger onekligen intryck av att det olyckliga händelseförloppet till övervägande del berodde just på förvaltarens svårförklarliga men konsekventa underlåtenhet att kommunicera med Handelsbanken över huvud taget.

Göran Millqvist

⁵ Se hänv. i not 3 ovan. Citatet är taget från den av HD särskilt påpekade not 1 hos *Walin-Palmér*.

⁶ Se även not 3 ovan ang. motsvarande bevisbördeplacering i NJA 1991 s. 277.

Kvittning av fordringar mellan konkursbon

GÖRAN MILLQVIST

Inledning

Kvittning i konkurs kan väcka tveksamma och ibland svåra rättsfrågor, särskilt när det gäller kvittning mellan två konkursbon på grund av återvinning för det ena konkursboet från det andra. Detta var situationen i ett nyligen avdömt mål av HD, Mål nr Ö 3989-00, den 28 november 2001 (NJA 2001 s. 805), mellan Franslast Åkeri AB i konkurs och Bålsön 29:14 AB i konkurs. Problemställningen behöver inte vara ny eller oprövad för att uppfattas som svårbedömd. Även om som i detta fall liknande frågor varit uppe till prövning både på 1930-talet och 1990-talet (NJA 1938 s. 149, 1994 s. 704) och diskuterats i litteraturen,¹ krävs ofta en noggrann eftertanke för att inte gå vilse i tankegångarna.

Bakgrunden var den att Franslast AB strax före sin konkurs vid tre tillfällen betalade förfallna lokalhyror till Bålsön AB om sammanlagt 134.450 kr. Franslast AB hade tidigare en uppsamlad hyresskuld till Bålsön AB om drygt 500.000 kr. Bålsön AB hade därmed, bortsett från betalningarna, en förmånsberättigad hyresfordran om 184.500 kr i Franslast AB:s konkurs. Cirka två veckor efter Franslast AB:s konkursutbrott försattes även Bålsön AB i konkurs. Bolagen hade samma ställföreträdare. I samband med utdelningsförfarandet i Franslasts konkurs påkallade förvaltaren återvinning enligt 4:19 st. 1 p. 2 KonKL, av hyresbetalningarna om 134.450 kr. Grunder härför var *att* de betalats kort tid före konkursen, *att* de sammantaget avsevärt försämrat Franslasts ekonomiska ställning, *att* de inte kunde anses ordinära samt *att* Franslast var på obestånd vid tiden för betalningarna vilket var väl känt för Bålsön. De återvunna betalningarna borde tillkomma det allmänna boet och gå till täckning av statens förmånsberättigade fordran enligt 11 § FRL. Genom kvittning av återvinningsfordran om 134.450 kr mot Bålsöns förmånsberättigade fordran om 184.500 kr föreslog förvaltaren utdelning till Bålsöns konkursbo för förmånsberättigad hyresfordran

¹ Se särskilt Lindskog, Kvittning, Norstedts Juridik, 2 uppl., Stockholm 1993, s. 309 ff., Simfors, Något om förmånsrätt i återvunnen egendom, SvJT 1988 s. 341 (346 ff.), Welamson, Konkursrätt, Stockholm 1961, s. 482, Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, Norstedts Juridik, 6 uppl., Stockholm 1996, s. 390, samt Lennander, Återvinning i konkurs, Norstedts Juridik, 2 uppl., Stockholm 1994, s. 337 not 24.

med mellanskillnaden 50.050 kr. Bålsöns konkursbo bestred kvittningen och yrkade utdelning för hela förmånsbeloppet 184.500 kr men vitsordade i och för sig att förutsättningar för återvinning förelåg.

Vad Franslast konkursförvaltare här ville undvika var att hamna i det läget att efter en framgångsrik återvinningstalan nödgas konstatera att denna fordran endast skulle utgöra en oprioriterad fordran i Bålsöns konkurs, vilken inte skulle erhålla någon utdelning. Och eftersom kvittning i konkurs är tillåten enligt 5:15 KonkL även i det fallet att borgenären har en oprioriterad fordran (Franslast konkursbo med återvinningsfordran) och konkursgäldenären har en prioriterad motfordran (Bålsöns konkursbo med förmånsberättigad hyresfordran), genomförde förvaltaren återvinningen genom en kvittning.

Domstolarna

Tingsrätten fastställde utdelningsförslaget i enlighet med vad förvaltaren yrkat och lämnade således Bålsöns konkursbos invändning utan bifall. Tingsrätten tog fasta på dels att en konkursförvaltare kunde påkalla återvinning på det sätt som skett med åberopande av 4:19 st. 1 p. 2 KonkL, dels att Franslast konkursbo inte hade separationsrätt till återvinningsfordran, denna var en vanlig oprioriterad fordran i Bålsöns konkurs, dels att förutsättningarna för kvittning förelåg enligt 5:15 KonkL, eftersom återvinningsfordran uppstod i och med att Franslast försattes i konkurs och Bålsöns hyresfordran förelåg redan tidigare, fordringarna stod därmed mot varandra då Bålsön försattes i konkurs, samt att kvittning får ske även om huvudfordran är oprioriterad och motfordran är prioriterad. *Hovrätten* fastställde tingsrättens beslut, dock med den skillnaden i motivering att "en konkursförvaltare kan underkänna en betalnings- eller förmånsrätt för fordran som gjorts gällande i konkursen, även om förutsättningarna för kvittning inte är uppfyllda."

I *Högsta domstolen* medgav Bålsöns konkursbo att Franslasts konkursbo haft kvittningsrätt enligt 5:15 KonkL, eftersom båda fordringarna uppkommit innan Bålsön försatts i konkurs. Men Bålsöns konkursbo menade att kvittning skulle ske mot Bålsöns samlade hyresfordran, varefter 184.500 kr av återstående fordran var förmånsberättigade och skulle utdelas till Bålsön. Bålsöns konkursbo hänvisade i denna del till principen att en konkursborgenär äger rätt att bestämma mot vilken av borgenärens fordringar konkursboet äger kvitta. Principen framhålles av Rodhe, *Obligationsrätt*, 1956, s. 163 f. och Welamson, *Konkursrätt*, 1961, s. 482.

En enig HD med JustR Håstad som referent, accepterade inte detta resonemang eftersom det skulle innebära att återvinningen var betydelselös och att Bålsön i praktiken skulle få betalt med 134.450 kr för oprioriterade fordringar. HD förklarade ställningstagandet ingående enligt följande. För det fall återvin-

ningssvaranden *inte* är försatt i konkurs (här Bålsön), kan denne inte möta boets återvinningsfordran med kvittning mot konkursfordran. Återvinningsfordran uppstår först i och med konkursen varför fordringarna inte stått mot varandra före konkursutbrottet, vilket är rekvisit för kvittning i konkurs enligt 5:15 st. 1 KonkL. HD hänvisade här till NJA 1994 s. 705, där denna fråga senast avgjordes. Däremot, tillade HD, kan återvinningsvaranden kvitta med *utdelningsfordran*, eftersom denna riktar sig mot konkursboet, vilket samtidigt är innehavare av återvinningsfordran. Kvittningsinitiativet kan i detta fall även komma från konkursboet.

Därefter gick HD in på den komplikation som kan ligga i det faktum att även återvinningsvaranden (Bålsön) var försatt i konkurs. HD konstaterade här, på liknande sätt som tingsrätten gjorde, att Franslasts konkursbo haft rätt att kvitta återvinningsfordran mot Bålsöns utdelningsfordran, eftersom dessa stått mot varandra före Bålsöns konkurs. HD gjorde dock det tillägget att Bålsöns konkursbo inte haft bättre rätt än Bålsön AB haft, då boet hävdade Bålsöns fordringar, här hänvisades till NJA 1938 s. 149.

Slutligen konstaterade HD, med hänvisning till NJA 1926 s. 615, att 4:19 st. 1 p. 2 KonkL kan omfatta, utöver vad som uttryckligen sägs där, att återvinning kan påkallas genom att betalnings- eller förmånsrätt bestrids i utdelningsförslaget, även det fallet att konkursboet önskar kvitta återvinningsfordran mot utdelningsfordran. I det nämnda rättsfallet har existensen – och därmed underförstått kvittningsbarheten – av en konkursgäldenären tillkommande motfordran ansetts kunna prövas i en anmärkningsprocess. Det kan enligt HD inte antas att bestämmelsen i 4:19 KonkL har inneburit någon ändring härvidlag.

Några kommentarer

HD:s metod för att ta ställning i dessa kvittningsfrågor är således att avgöra de ingående delfrågorna stegvis en i taget, så att därmed varje avgjort led bildar utgångspunkt för nästa. Först måste avgöras hur det förhöll sig med Bålsöns kvittningsrätt, tagen för sig, i Franslasts konkurs. I den delen kunde HD falla tillbaka på tämligen färsk och klar praxis i form av NJA 1994 s. 705, vari huvudfrågan var om kvittning av återvinningsfordran kunde ske mot konkursfordran. Frågan besvarades nekande med hänvisning till att återvinningsfordran inte föreligger vid konkursutbrottet, vilket är ett krav för kvittning i konkurs enligt 5:15 st. 1 KonkL. Till detta fall kan också läggas det omnämnda fallet NJA 1938 s. 149, vari konstaterades att endast utdelningsfordran kunde kvittas mot återvinningsfordran, se även 4:21 KonkL angående tillåten avräkning av utdelning efter återvinning. Detta innebar för Bålsöns del att hyresbetalningarna egentligen skulle återbetalas till Franslasts konkursbo. Men en sådan fordran på återbetalning är inte sakrättsligt skyddad genom separationsrätt eller på annat

sätt i förhållande till Bålsöns borgenärer, jämför härtill SOU 1970:75 s. 168 f. Och när nu Bålsön också försatts i konkurs innan återbetalning hunnit ske, blir det en ordinär oprioriterad fordran för Franslast konkursbo. Denna fordran uppstod då återvinningskravet uppstod, således samtidigt med beslutet om att försätta Franslast i konkurs. Den skiljer sig inte från andra ordinära, oprioriterade fordringar i Bålsöns konkurs. Den kan därmed också utnyttjas till kvittning mot fordran på utdelning (förmånsberättigad hyresfordran) som Bålsön kan ha mot Franslast, eftersom Bålsöns konkursbo visserligen kan driva in eller realisera Bålsöns fordringar men därvid inte får någon annan eller bättre ställning än vad Bålsön hade före konkursen, jämför 8:14 KonkL.

En precisering av de allmänna kvittningsreglerna i denna situation, införs här av HD genom att *den kvittande borgenären* (Franslasts konkursbo) får avgöra *mot vilken del* av motfordran som kvittning skall ske. Franslasts konkursbo kvittade mot förmånsberättigad, och därmed utdelningsberättigad, del av Bålsöns hyresfordran, vilket Bålsön (dess konkursbo) inte kunde motsätta sig enligt HD:s avgörande. Skälet för detta ställningstagande var att i och med att huvudfordran här var en fordran på återbetalning på grund av återvinning av denna betalning, en styrning av kvittningen till oprioriterad del av den totala motfordringen skulle innebära att återvinningsvaranden skulle *tjäna på kvittningen*, jämfört med om återvinning inte företagits. En kvittning på det sätt Bålsön hävdade i HD skulle inneburet förmånsrätt för Bålsön för tre månaders hyra (184.500 kr) samt *därutöver* bortkvittning av 134.450 kr från oprioriterad del av resterande hyreskrav. Sett från denna utgångspunkt ter sig HD:s ställningstagande som oundvikligt och rimligt i förhållande till återvinningsreglernas syfte, vilket med HD:s ord är ”att i konkursborgenärernas gemensamma intresse återställa det läge som rådde innan den återvinningsbara rättshandlingen företogs.”

BLANDADE ÄMNEN

GÖRAN MILLQVIST

URSÄKTA RÖRAN! OMBYGGNAD PÅGÅR! SVENSK CIVILRÄTT OCH KONTOFÖRDA FINANSIELLA INSTRUMENT*

1. Problemet

Följande mycket korta och samtidigt mycket osannolika scenario bildar utgångspunkt för nedanstående rader. SEB koncernen försätts efter stora, tumultartade omvälvningar på den globala finansmarknaden i konkurs! Svåra interna och externa missbedömningar och mycket dyra försök att reda upp situationen har lett till en ohållbar situation på mycket kort tid och för att inte skapa ännu större påfrestningar på det finansiella systemet sker inget statligt ingripande utan konkursen blir ett faktum. Kan en svensk storbank gå i konkurs och om så är fallet vad händer då? Nedan ges en kort och skissartad översikt av tillämpliga regelsystem, med särskilt sikte på den civilrättsliga hanteringen av kundernas kontoförda finansiella instrument. Vilken ställning har bankkunderna i en sådan extrem situation och hur borde den kanske istället se ut? Först ges dock några insolvensrättsliga noteringar angående hanteringen av finansiella företags insolvens.¹

2. Insolvensrätten på finansmarknaden

Till att börja med skall noteras att finansiella företag endast i mindre utsträckning särbehandlas inom insolvensrätten men att arbete pågår för att komplettera lagstiftningen med en lag om offentlig administration av banker och andra kreditinstitut, se strax nedan.² Några, i och för sig betydelsefulla,

* Artikeln utgör ett moment av författarens forskningsprojekt Pant och annan säkerhet i kontoförda finansiella instrument, vilket finansierades till viss del av Riksbankens Jubileumsfond under åren 2001-03.

¹ Beteckningen finansiella företag är tagen från Ds 2002:59 europeisk insolvens. I princip omfattar den alla typer av banker, finansieringsföretag och försäkringsverksamheter, Se betänkandet s. 177 ff. och 243 f. Beteckningen förekommer även i prop. 2002/03:139 Reformerade regler för bank- och finansieringsrörelse, se ex.vis s. 155.

² Prop. 2005/06:37 EU:s insolvensreglering, s. 34, Ds 2002:59 europeisk insolvens, s. 159 f. och Lars Gorton, The Swedish Financial Market in a Legal Perspective – Some Aspects, European Business Law Review, 2002, Vol. 13, s. 29 (37 f.).

avvikelser finns men de är inte många. Samtidigt är en övergripande målsättning för den *näringsrättsliga* regleringen av finansiella företag att hindra att dessa hamnar i sådan kris att de riskerar insolvens.³ Avsikten är att de finansiella företagen skall stå under ett sådant regelverk och en sådan kontroll att de löpande har en tillräckligt stark egen ekonomi för att kunna stå emot även kraftiga, tillfälliga svängningar. Men samtidigt skall de inte skyddas i sådan omfattning att marknadsekonomiska spelregler, däribland risken för insolvens, förlorar all betydelse. Riksbankens möjlighet att enligt 6 kap. 8 § riksbankslagen (1988:1385) vid "synnerliga skäl" bevilja kredit eller lämna garanti "på särskilda villkor", utan säkerhet, för att stödja finansiella företag i likviditetsstödjande syfte (Riksbankens funktion av "lender of last resort") samt skyddet för bank- och värdepappersföretagskunder genom insättningsgarantilagen (1995:1571) och investerarskyddslagen (1999:158), är de huvudsakliga avvikelserna med särreglering för finansiella företags insolvens.⁴

På den civilrättsliga sidan kan noteras att inte heller borgenärsskyddsreglerna (reglerna för separationsrätt samt förmånsrättsordningen) tar någon större hänsyn till de berörda gäldenärernas karaktär. Vissa undantag finns dock såsom 3 a § förmånsrättslagen (FRL 1970:979, omtr. 1975:1248) med förmånsrätt för innehavare av säkerställda obligationer enligt lagen (2003:1223) om utgivning av säkerställda obligationer och 4 a § FRL med förmånsrätt för försäkringstagare i försäkringsbolags registerförda tillgångar enligt 7 kap. 11 § försäkringsrörelselagen (1982:713) och 5 kap. 11 § lagen (1998:293) om utländska försäkringsgivares verksamhet i Sverige. I samtliga dessa fall skall gäldenären vara ett finansiellt företag för att förmånsrätten skall aktualiseras. Den tillkännagivna inställningen i lagstiftningsarbetet är också att särbehandling skall ske endast om det finns bärande skäl därför.⁵

Den svenska konkurslagen (KonkL 1987:672) är generell och tillämplig på alla privaträttsliga rättssubjekt, vilket inkluderar både fysiska personer och alla slags juridiska personer, även konkursbon och dödsbon, såvida de kan ha en separat förmögenhetsmassa.⁶ Det anses dock allmänt att staten, kommun och

³ Här kan särskilt nämnas den fortgående revideringen av kapitaltäckningsregleringen enligt Basel II, se <http://www.bis.org/publ/bcbis118.htm>. Se även t. ex. prop. 2002/03:139 Reformerade regler för bank- och finansieringsrörelse, s. 179, "Målet med regleringen [av bank- och finansieringsrörelse] kan sägas vara att skapa ett finansiellt system som är motståndskraftigt mot störningar, både till följd av problem i enskilda institut och i den övriga ekonomin, t.ex. makroekonomiska obalanser." Se även prop. 1998/99:30 s. 32 och prop. 2005/06:37 s. 34 f.

⁴ Se prop. 2002/03:139 s. 177 ff. och 257 f. samt prop. 1998/99:30.

⁵ Se prop. 2002/03:139 s. 179 och 264 ff.

⁶ Således kan inte en investeringsfond enligt 4 kap. 1 § lagen (2004:46) om investeringsfonder försättas i konkurs, se prop. 2002/03:150 s. 307.

landsting inte kan försättas i konkurs, trots att det i och för sig saknas lagstöd för sådant undantag.⁷ Banklagskommittén lade i sitt slutbetänkande, SOU 2000:66 Offentlig administration av banker i kris, fram ett förslag om särskild lag om offentlig administration av banker, vilken skulle medföra att banker med flera primärt skulle bli föremål för ett särskilt rekonstruktions- eller likvidationsförfarande, även om ordinär konkurs inte skulle vara helt utesluten. Förslaget ledde dock inte till lagstiftning, det fanns inte med i prop. 2002/03:139 Reformerade regler för bank och finansieringsrörelse, men har nu aktualiserats inom finansdepartementet som grund för ett nytt förslag i samma riktning.⁸ En reglering för hanteringen av banker och kreditmarknadsföretag som riskerar insolvens är avsedd att presenteras under våren 2007.

I den nuvarande konkurslagen görs således inga undantag för finansiella företag som konkursgäldenärer men genom hänvisning i 7 kap. 2 § 4 st. KonkL till försäkringsrörelselagen (1982:713), lagen (2002:149) om utgivning av elektroniska pengar och lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse, skall allmänt ombud utses och medverka i förvaltningen av konkurser i rörelser som omfattas av dessa lagar.⁹ Det allmänna ombudet utses av Finansinspektionen¹⁰ och deltar som konkursförvaltare tillsammans med den eller de förvaltare som utsetts enligt konkurslagen. Ombudet har rätt att delta i hela boförvaltningen även i de fall delning av boet beslutats enligt 7 kap. 2 § 3 st. KonkL. Vidare finns en lättnad för inlåningskunder till bank, kreditmarknadsföretag, inlåningsföretag¹¹, värdepappersbolag samt livförsäkringskunder i sådana verksamheters konkurs genom att kundernas fordringar på grund av insättningar på konto eller försäkringsbetalningar inte behöver bevakas särskilt, även om i övrigt bevakningsförfarande genomförs i konkursen, 9 kap. 5 § 2 st. KonkL, med hänvisning till 7 kap. 13 § 6 st. samma lag.

Avtal om slutavräkning enligt 5 kap. 1 § lagen (1991:980) om handel med

⁷ Se Curt Riberdahl, Kommunernas kreditvärdighet från rättsliga aspekter, SvJT 1992 s. 209, och Welamson, Mellqvist, Konkurs, 10 uppl., Norstedts, Stockholm 2003, s. 28 med not 7.

⁸ Finansinspektionen var en av initiativtagarna till detta, se Behov av en regelöversyn, FI Dnr 06-7087-299, http://www.fi.se/Templates/Page____6331.aspx. Se om det tidigare förslaget Staffan Viotti, Hantering av bankkriser – förslag till nytt regelverk, Penning- och valutapolitik 3/2000, s. 5 ff.

⁹ Se 14 kap. 21 § försäkringsrörelselagen, 6 kap. 6 § lagen om elektroniska pengar och 13 kap. 13 § bank- och finansieringsrörelselagen. Vissa särregler för likvidation och konkurs av försäkringsbolag finns också i 14 kap. 19–28 §§ försäkringsrörelselagen.

¹⁰ Allmänt ombud utsågs nyligen (slutet av augusti 2006) i Kreditmarknadsbolaget Custodia Credit AB:s konkurs, se Frågor och svar om Custodia, http://www.fi.se/Templates/Page____6331.aspx

¹¹ Företag som driver verksamhet enligt lagen (2004:299) om inlåningsverksamhet.

finansiella instrument (LHF), mellan parter som handlar med finansiella instrument, är bindande även för parts konkursbo och borgenärerna i den konkursen, vilket i vart fall är en precisering av rättsläget vad avser avtals fortsatta verkan efter konkurs. Företagsrekonstruktionslagen (FrekL 1996:764) undantar däremot helt från dess tillämpningsområde uppräknade banker och andra institut som gäldenärer, 1 kap. 3 § FrekL, men även i företagsrekonstruktion gäller avtalsvillkor om slutavräkning, 5 kap. 1 § 2 st. LHF, 2 kap. 20 § FrekL.¹²

Från borgenärssynpunkt finns, som antytts ovan, inte heller något större antal undantag för finansiella företag. Utöver de nämnda särskilda förmånsrättsreglerna i 3 a och 4 a §§ FRL, kan nämnas den utvidgade kvittningsrätten i 5 kap. 16 § KonkL för ordinära förvärv av motfordringar kort tid före konkursutbrottet, vilken primärt avser finansiella företag, även om dessa inte nämns uttryckligen i lagtexten.¹³ Vidare finns en utvidgad pantrealiseringsrätt i 8 kap. 10 § 2 st. KonkL för borgenär som har finansiella instrument eller valuta som säkerhet, vilken även den primärt syftar på samma krets av borgenärer.¹⁴ Här kan också återigen nämnas 5 kap. 1 § LHF angående bindande slutavräkning.

Lagen (2005:1047) om internationella förhållanden rörande försäkringsföretags och kreditinstituts insolvens¹⁵, med implementering av EU:s bankinsolvensdirektiv och försäkringsinsolvensdirektiv¹⁶, ändrar inte på denna bild. Lagen innehåller nödvändiga domsrätts- och lagvalsregler samt regler om registrering och information av vidtagna insolvensåtgärder. Däremot ges inga materiella regler i detta sammanhang.

Utsökningsbalken innehåller inte heller någon särreglering för finansiella företag. De enda avvikelserna från allmänt tillämpliga regler för utmätning och annan verkställighet är först en bestämmelse i 2 kap 25 § 2 st. UB, att då bank eller annan penninginrättning ställer säkerhet enligt balken det inte krävs pant eller borgen som sägs i första stycket, utan det räcker med betalningsutfästelse. Det andra undantaget gäller genombrytande av banksekretessen i 1 kap. 10 § bank- och finansieringsrörelselagen, jfr 14 kap. 1 § sekretesslagen (1980:100),

¹² Se prop. 2004/05:30 Finansiella säkerheter, s. 12 och 69 f.

¹³ Se a. prop. s. 7.

¹⁴ Se a. prop. s. 8 och 67 f.

¹⁵ Se prop. 2005/06:37 EU:s insolvensreglering, och Ds 2002:59 Europeisk insolvens.

¹⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/17/EG av den 19 mars 2001 om rekonstruktion och likvidation av försäkringsföretag, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr L 110 , 20/04/2001 s. 0028–0039, samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG av den 4 april 2001 om rekonstruktion och likvidation av kreditinstitut, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr L 125, 05/05/2001 s. 0015–0023.

då kronofogden kräver upplysning om viss gäldenär av bank i dess egenskap av tredje man, enligt 4 kap 15 § UB.¹⁷ Upplysningar om huruvida gäldenären har fordran hos banken eller annat mellanhavande och karaktären därav, måste banken lämna på begäran av kronofogden.

3. Civilrätten på finansmarknaden

Även en storbank kan således gå i konkurs och i princip bli föremål för en konkursbehandling enligt konkurslagens regler. Detta innebär att borgenärernas ställning blir densamma – i princip – som i andra konkurser. De ockuperar den position deras civilrättsliga relation med gäldenären ger anledning till, inklusive eventuell förmånsrätt enligt FRL. Och det är just här den klassiska riskanalysen landar. Den ordinäre bankkunden är i flertalet fall insättare av medel i banken vilket innebär att de insatta medlen utgör en fordran på banken, en ordinär fordran som inte har något särskilt skydd i händelse av bankens konkurs. Den är oprioriterad och man kan inte räkna med någon vidare utdelning i konkursen. Lagen om insättningsgaranti har nämnts ovan vid not 4 men den garanterar maximalt 250 000 kr, allt därutöver är oskyddat. Garantin träder in först efter beslutad konkurs och fungerar på så sätt att från den betalas maximalt 250 000 kr *inklusive* eventuell utdelning i konkursen, 4 § insättningsgarantilagen. Investerarskyddslagen har en liknande konstruktion och samma ersättningsbelopp. Den är dessutom sekundär till insättningsgarantilagen, se 3 § 2 st. och 9 § investerarskyddslagen. Kunderna/insättarna är således i stor utsträckning de slutliga riskbärarna i banksystemet.

När det gäller reguljär insättning av pengar på konto är rättsläget således klart. Insättningen utgör utlåning till banken – eller inlåning sett från bankens horisont – och det viktigaste villkoret för denna utlåning är normalt att den löper utan uppsägningstid och att betalning kan utkrävs utan varsel av insättaren (uttag kan ske utan begränsningar inom ramen för lånet/insättningen). Sparkontoinsättningar kan dock ha olika uttagsbegränsningar och uppsägningstider, vilket normalt kompenseras med högre ränta. Bankens kontoföring i dessa sammanhang utgör endast en bokföring av borgenärernas utlåning till banken och vållar inga särskilda problem utifrån civilrättslig och insolvensrättslig synpunkt.

Vad som däremot kan vålla problem i en teoretisk konkurs av det slag som diskuteras här, är den kontoföring banken tillhandahåller för kunders innehav

¹⁷ Se vidare prop. 2002/03:139 s. 476 ff.

av finansiella instrument. Här är det inte fråga om ett låneförhållande mellan banken och kunden utan snarare något liknande deposition. Kunden har sitt innehav av finansiella instrument "i förvar" hos banken, i vart fall är det säkert så som många kunder uppfattar saken utan att närmare fundera över den. Civilrättsligt sett föreligger också den väsentliga skillnaden mellan dessa två kontoföringar att det i det senare fallet inte föreligger någon dispositionsrätt för egen räkning för banken över de instrument som kontoförs på kundens konto, annat än efter särskilt, skriftligt avtal härom, se 3 kap. 1 och 3 §§ lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument (LHF). Citationstecknen runt formuleringen "i förvar" syftar på att den inte är en korrekt beskrivning av de verkliga förhållandena. Det finns ju inga instrument liggande i förvar hos den kontoförande banken, inte någon annan stans heller för den delen, lika lite som det finns några av insättarens pengar förvarade i banken trots att insatt belopp är kontofört. Avstämningsaktier, obligationer och andra finansiella instrument som kontoförs av banken är inga fysiska enheter som ägaren deponerat i banken men de bör samtidigt vara föremål för en odiskutabel äganderätt för den berättigade innehavaren av sådant slag att separationsrätt föreligger i konkurssituationen. Ägarens rätt till dem bör i denna mening vara likvärdig med att ha dem "i förvar" hos banken.¹⁸

4. Kontoföring av finansiella instrument

En syn på finansiella instrument som utgår från att dessa, trots kontoföringen, är löpande värdepapper (skuldebrev) som civilrättsligt i allt väsentligt följer skuldebrevslagens konstruktion, skapar problem. I kontoföringsmodellen ligger att det inte finns några specifika, fysiska objekt utan endast kontonoteringar vilka inte har någon existens alls utanför den elektroniskt tekniska apparatur som sköter kontohållningen hos kontoföraren. Det innebär att den historiska bakgrunden för de kontoförda instrumenten i form av löpande värdepapper med rättsverkningar knutna till innehållet på pappret och det faktiska innehavet av detta, är problematisk. Bäst vore nog om man släppte kopplingen till denna bakgrund och istället koncentrerade sig på att tillskapa väl avpassade regler för hanteringen av den kontoförda egendom på dess egna villkor och förutsättningar.

I Sverige förekommer kontoföring av finansiella instrument på i vart fall två nivåer. Dels finns VPC:s kontosystem som medför materiella civilrättsliga

¹⁸ Denna ståndpunkt var också den självklara utgångspunkten för lagstiftaren i samband med investerarskyddslagens tillkomst, se prop. 1998/99:30 s. 31.

rättsverkningar i enlighet med reglerna i lagen (1998:1479) om kontoföring av finansiella instrument (LKF), dels finns konto- och depåhållning i fondbolag, banker och andra mellanhänder för kunders räkning som inte regleras av LKF. Fondbolagens kontoföring av investeringsfonder (värdepappersfonder) regleras endast delvis av lagen (2004:46) om investeringsfonder (LIF). För övrigt finns ingen särskild lagreglering av denna kontoföring.

LKF föregicks av aktiekontolagen (1989:827) (AKL) och dåvarande Värdepapperscentralen AB:s¹⁹ system av värdepapperskonton och avstämningsregister för aktier i svenska aktiebolag, konvertibler och andra aktierelaterade instrument samt för obligationer. Lagstiftarens intentioner med AKL, vid tillkomsten i mitten av 1980-talet, var helt inriktade på praktisk effektivitet. Värdepappershandeln hade nått en sådan volym att det inte längre var praktiskt rimligt att fortsätta med pappershanteringen utan en övergång till ett kontoföringssystem var nödvändig för marknadens fortsatta funktion. I den så kallade princippropositionen från 1987²⁰ pekas särskilt på de hanteringsrisker som förelåg vid en pappersbaserad handel. Hanteringen var kostsam och tidskrävande och risk för stöld, förfalskning och för leveransförseningar var betydande. Departementschefen förklarade,

”De nuvarande formerna för värdepappershanteringen kan enligt *min mening* utgöra hinder för en effektiv och rationell handel. Dagens ordning har brister vad gäller säkerheten och är onödigt dyrbar och tidsödande. Värdepappershanteringen har nu också nått en sådan omfattning att en övergång till ett smidigare och mera rationellt system synes ofrånkomlig. Ett kontobaserat system anser jag kunna erbjuda flera väsentliga fördelar i effektivitets- och rationalitetshänseende.”²¹

Omedelbart före detta ställningstagande förklarar departementschefen att en övergång till ett kontobaserat system,

”innebär att den rättsverkan som värdepappersinnehavet har idag istället måste bygga på registreringen i ett system utan värdepapper. Registreringarna i aktie- och skuldböckerna med därtill hörande aktie- och obligationskonton blir därigenom, i stället för utfärdade värdepapper, bärare av aktie- och fordringsrätterna. Registreringen blir med andra ord rättsgrundande.”²²

¹⁹ Numera endast VPC AB eller NCSD (Nordic Central Securities Depository).

se <http://www.ncsdgroup.com/>.

²⁰ Prop. 1987/88:108 om ett kontobaserat system för registrering av aktier m.m. s. 17 f.

²¹ A. prop. s. 18, kursiv i org.

²² A. prop. s. 17.

I den därpå följande propositionen till aktiekontolag²³ fullföljdes detta genom reglerna i 6 kap. AKL angående registreringens rättsverkan samt 9 kap. 7 och 8 §§ angående legitimation och negotiabilitet för ensidiga skuldförbindelser (obligationer). I lagrådsremissens lagförslag fanns också ett tredje stycke i 1 kap. 1 § förslaget till AKL, vari angavs:

”Ändamålet med avstämningsregistren är att noteringar i registren skall medföra samma rättsverkningar som i andra fall är knutna till innehavet av värdepapper. Regeringen får föreskriva att registren skall ha ytterligare ändamål.”²⁴

Detta stycke togs dock bort på inrådan av lagrådet, då ändamålet med avstämningsregistren ändå framgick av övriga regler i lagen, enligt lagrådet.²⁵ Någon invändning i sak mot syftemålsbeskrivningen anfördes dock inte. Noteras kan att den allmänna motiveringen angående rättsverkan av registrering är mycket kortfattad. Motiveringen avsåg endast löpande instrument eftersom lagen då endast omfattade sådana och hänvisade endast till att kontoinnehållet avgjorde frågor om förfogandebehörighet, borgenärsskydd för förvärvare samt godtroshet.²⁶ Detta var också de rättsverkningar som reglerades i 6 kap. AKL. För obligationer och andra skuldförbindelser som kunde kontoföras i enlighet med 9 kap. AKL tillkom hänvisning i 9 kap. 8 § till 15–18 §§ SkbrL (gäldenärens invändningsrätt eller negotiabiliteten), och en reglering av betalningslegitimationen i 9 kap. 7 §, motsvarande 19 § SkbrL. Dessa regler överfördes i sak oförändrade till 6 kap. i samband med tillkomsten av LKF (nuvarande 6 kap. 5 och 6 §§).

När kontoföringssystemet infördes ansågs det bäst att skynda långsamt och inte tillåta mer av dematerialisering än vad som säkert kunde överblickas vid den tiden. Lagstiftaren stannade för att endast *löpande värdepapper som fanns reglerade i lag* skulle komma ifråga för dematerialisering, vilket konkret innebar aktier i avstämningsbolag, konvertibler och optioner till dessa, obligationer samt depåbevis.²⁷ Det uttalades dock samtidigt en beredskap för att utvecklingen kunde komma att innebära ett behov av utvidgning av kretsen instrument lämpliga för kontoföring. Så blev också fallet och redan 1993 föreslog clearingutredningen²⁸ att AKL skulle göras generellt tillämplig på

²³ Prop. 1988/89:152 om kontobaserat aktiesystem s. 77 ff.

²⁴ Se a. prop. s. 94.

²⁵ A. prop. s. 147.

²⁶ A. prop. s. 77 f.

²⁷ Prop. 1987/88:108 s. 22 f.

²⁸ SOU 1993:114 Konto, clearing och avveckling, s. 30 och 216.

finansiella instrument som handlades på värdepappersmarknaden, vilket genomfördes året därpå genom tillägg av ett nytt stycke till 9 kap. 1 § AKL, med innebörd att utöver i lagen tidigare uppräknade instrument kunde efter VPC:s beslut "även andra finansiella instrument" kontoföras.²⁹ I LKF sammanfördes därefter tillämpningsområdet till formuleringen i 1 kap. 1 §, att lagen avser

"kontoföring i avstämningsregister av äganderätt och särskild rätt till sådana aktier och andra finansiella instrument för vilka aktiebrev, skuldebrev eller annan motsvarande skriftlig handling inte har utfärdats eller, där sådan handling har utfärdats, det genom förvaring eller på annat likvärdigt sätt har säkerställts att handlingen inte kommer i omlopp."

Via definitionen av finansiellt instrument i 1 kap. 1 § LHF, är den enda egentliga begränsningen numera att det skall röra sig om en finansiell tillgång som är avsedd för handel på värdepappersmarknaden, eller med andra ord, är konstruerad för att omsättas som ett finansiellt instrument på kapitalmarknaden. Det kan röra sig om löpande instrument likaväl som enkla (exempelvis kontoförda aktiefondandelar), och det kan vara både svenska och utländska instrument. Några krav på viss volym eller värde på omsättningen föreligger inte.

Dematerialiseringens tydligaste effekt är naturligtvis förändringen på den sakrättsliga sidan, innebärande en övergång till registreringsprincipen för sakrättslig fullbordan, både vad gäller omsättningsskydd och borgenärsskydd. Innehav och tradition av löpande värdepapper, jfr 13, 14 §§ och 22 § 1 st. SkbrL, och denuntiation för enkla fordringar, 31 § 1 st. SkbrL, ersätts av notering i avstämningsregister som avgörande moment eller denuntiation till förvaltare av förvaltarregistrerade instrument enligt 3 kap. 10 § 3 st. LKF. På den obligationsrättsliga sidan blir effekten densamma, om än inte fullt lika tydlig. Förfogandelegitimationen styrs av registeruppgifterna. Den som är registrerad på avstämningskonto som ägare, är legitimerad att förfoga över instrumenten, 6 kap. 1 § LKF. De sakrättsliga effekterna och förfogandelegitimationen är gemensamt reglerad för alla typer av kontoförda instrument i 6 kap. 1–4 §§ LKF.

Däremot är betalningslegitimation och negotiabilitet endast reglerad för skuldförbindelser i LKF, i 6 kap. 5 och 6 §§. Registrerad innehavare äger motta betalning från gäldenären (aktiv betalningslegitimation, 6 kap. 6 § LKF).

²⁹ Prop. 1993/94:232 s. 4 och 7 f.

Likaså kan gäldenären betala med befriande verkan till den som är registrerad ägare såvida han är i god tro angående eventuella brister i innehavet (passiv betalningslegitimation, 6 kap. 6 § andra meningen LKF).

Negotiabiliteten är det område där registreringsprincipen kan tyckas innebära minst förändring. Men redan en hastig blick på lagtexten i skuldebrevslagen innebär frågetecken. Ett exempel utgör regeln i 16 § SkbrL – att gäldenären alltid kan åberopa ”sådan avbetalning som *enligt skuldebrevet* skall erläggas *å däri* angiven tid”. I avstämningsregister finns inga uppgifter noterade om amorteringstider eller amorteringsbelopp och något skuldebrev (obligationsbrev) med sådant innehåll existerar inte. Det finns förvisso allmänna villkor för obligationslån men är det samma sak som avses i 16 § SkbrL? Regeln i 16 § SkbrL bygger på tanken att en ny innehavare av ett fysiskt skuldebrev får räkna med att vad som framgår av själva handlingen angående gäldenärens avbetalning av den skuld handlingen utvisar också gäller och har fullföljts av gäldenären. Skulle en förvärvare ha missat detta och gjort sitt förvärv på andra villkor, som inte har täckning i skuldebrevet, är det hans risk. Gäldenären som fullföljt sin amorteringsplan drabbas inte utan kan åberopa gjorda betalningar.³⁰ Denna riskfördelning anses här motiverad eftersom det lätt kan kontrolleras vad som gäller för skuldens avveckling eftersom det står i skuldebrevet. Men så är ju inte situationen beskaffad vid handel med kontoförda skuldförbindelser. Villkoren för det obligationslån det gäller följer inte med vid handeln och det kan ifrågasättas om dessa villkor över huvud taget är av det slaget som avses i 16 § SkbrL. Här måste således tillkomma en tolkningsvis gjord precisering av innebörden av 16 § SkbrL, för att denna skall ge avsedd effekt även för kontoförda skuldförbindelser. Eller så måste ställning tas för att de allmänna villkoren för obligationslånet anses kända och utgör del av själva lånet även då det omsätts på en sekundärmarknad. En standpunkt som är fullt rimlig och realistisk utifrån hur marknaden faktiskt fungerar men som inte har något uttalat civilrättsligt stöd i de allmänna principerna för avtalsvillkors bindande verkan.

Likaså när det gäller de bestående (starka) invändningsgrunderna i 17 § SkbrL, kan lätt spänningar uppstå i förhållande till de kontoförda instrumenten. Inledningen av 17 § SkbrL förklarar att förfalskning *av skuldebrevet* är en bestående invändning för gäldenären. Betyder detta att det är kontouppgifterna

³⁰ Walin uttrycker detta på följande sätt när det gäller verkställd amorteringsplan i skuldebrev, ”Avgörande är endast, om skuldebrevet är så avfattat att med ledning av själva handlingen kan bedömas hur stort kapitalbelopp som vid varje särskild tidpunkt kan beräknas finnas kvar.” Gösta Walin, *Lagen om skuldebrev m.m.*, Norstedts, Stockholm 1977, s. 135 f.

som avses vad gäller kontoförda instrument, och om så är fallet, vad menas därmed. Kan över huvud taget VPC:s avstämningsregister förfalskas? Eller betyder detta istället att denna del av 17 § SkbrL saknar relevans för de kontoförda instrumenten? Det senare synes mest troligt, trots den generella hänvisningen till 15–18 §§ SkbrL i 6 kap. 5 § LKF, med tanke på att det skyddsbehov 17 § SkbrL skall tillgodose inte gör sig gällande i det kontobaserade systemet. Risken för att dokument förfalskas och att gäldenären därmed utsätts för risken att bli avkrävd felaktig betalning föreligger knappast för kontoförda skuldförbindelser.

När det gäller annan kontoföring än den som regleras i LKF finns endast sporadisk lagstiftning. LKF innehåller vissa regler om så kallad förvaltarregistrering, vilket innebär att en förvaltare istället för den egentlige ägaren står som innehavare hos VPC, se 3 kap. 7–13 §§ LKF. Hur kontoföringen ser ut och går till hos förvaltaren regleras dock inte här utan styrs primärt av avtalsförhållandet mellan denne och ägaren/uppdragsgivaren samt föreskrifter från Finansinspektionen.³¹

Kontoföringen av fondandelar i investeringsfonder (värdepappersfonder och specialfonder) är även den endast delvis lagreglerad. Andelsrätt i investeringsfond är en kontoförd samägenderätt till tillgångarna i en värdepappersfond eller specialfond, angiven som en bestämd bråkdel av fondens totala värde, 4 kap. 10 § investeringsfondlagen. Det utfärdas inga andelsbevis av värdepapperskaraktär för andelsinnehavet i fonden utan endast bekräftelse på innehavet, vilket medför att även denna är en rent immateriell finansiell tillgång. Fondbolaget skall föra eller låta föra ett register över samtliga andelsinnehavare och dessa skall erhålla skriftlig uppgift om sina innehav. Kontoföringen sköts antingen av fondbolaget som förvaltar fonden eller av VPC, jfr 4 kap. 11 § investeringsfondlagen. Det senare är dock ovanligt. För varje investeringsfond skall också finnas ett förvaringsinstitut, fristående från fondbolaget. Institutet skall bland annat ta emot och förvara den egendom som ingår i fonden, vilket innebär kontoföring av de instrument fonden investerar i, 3 kap. 1 och 2 §§ investeringsfondlagen.

Fondandelsrättens egenskap av ägarandel i fonden är endast rudimentär.

³¹ Jfr Beckman m.fl., Lagarna på värdepappersområdet, Norstedts, Stockholm 2002, s. 335. I Finansinspektionens föreskrifter om verksamhetsplan för värdepappersbolag m.fl., FFFS 2002:6, finns följande korta passus: 8 § Av verksamhetsplanen ska framgå vilka säkerhetsrisker som företaget anser föreligga i fråga om förvaring om (sic., bör vara av) värdepapper m.m. samt hur företaget har löst dessa frågor. Till ansökan ska bifogas en beskrivning av förvaringsrutinerna. Se vidare http://www.fi.se/Templates/RegulationPage_____2483.aspx

Fonden utgör visserligen en fristående förmögenhetsmassa, som ägs av andelsägarna men dessa svarar inte för fondens förpliktelser och de har inte rätt att delta i fondens förvaltning på grund av deras innehav, den hanteras uteslutande av fondbolaget, se 1 kap. 1 § 19 och 21 pp, 4 kap. 1 och 2 §§ investeringsfondlagen. Andelen utgör främst en i normala fall likvid placeringsstillgång, inlösningsbar vid anfordran enligt 4 kap. 13 § investeringsfondlagen. Eftersom fondandel inte utrustats med några löpande egenskaper (värdepappersegenskaper) borde den anses utgöra en enkel, icke personlig fordran på fondbolaget, reglerad av 3 kap. SkbrL, vilket också delvis bekräftas av hänvisningen i 4 kap. 14 § investeringsfondlagen till 31 § SkbrL. Detta senare stadgande är tillämpligt *mutatis mutantis* vid överlåtelse och pantsättning av fondandel, såvida andelen inte är kontoförd enligt LKF och ligger under den lagen (6 kap. LKF). Att andelen utgör en icke personlig fordran innebär att endast fondens tillgångar svarar för andelen, inte fondbolagets övriga tillgångar.³²

5. Kontoföring och äganderätt

Det har framgått ovan att vad som kontoförs enligt LKF och övrig kontoföring inte endast är bokföringsmässig registrering av vissa innehav av tillgångar, utan den är i sig själva tillgången. Frågan kan ställas om inte innehav av kontoförda finansiella instrument närmast borde beskrivas som en särskild typ av fordran på kontoföraren, inte som innehav av löpande instrument med egenskaper jämförbara med löpande skuldebrev. Konton och tillgångar på konton är i och för sig inga rättsliga nyheter. Pengar på konto utgör, som nämnts ovan, civilrättsligt sett en enkel fordran på kontoföraren, något som regelsystemet under lång tid kunnat hantera. Det som tillkommit är en kontoföring av mera än rena fordringar på kontoföraren, nämligen innehav av finansiella instrument. De senare avser fordringar på andra än kontoföraren, ofta av löpande karaktär, som dessutom kan inkludera delägarbefogenheter gentemot emittenten.

Det kunde hävdas att detta endast är en terminologisk fråga, en smaksak hur man valde att rubricera rättigheterna. Så enkelt är det dock inte eftersom själva

³² Uttrycket "icke personlig fordran" används här endast i beskrivande mening för att uttrycka den omständigheten att fondandelsägare endast kan göra sin rätt gällande gentemot fondens tillgångar, inte fondbolagets andra tillgångar. Jfr härom Myrdal, Återpantsättning, Norstedts, Stockholm 2005, s. 150 ff. och Rodhe, Handbok i sakrätt, Norstedts, Stockholm 1985, s. 125 och 161 f.

äganderätten till kontoförda finansiella instrument endast kan komma till uttryck som en kontonotering, aldrig som en rätt riktad mot viss fysisk egendom. Här kan inte dras någon parallell med pengar (penningfordringar) eftersom det för pengar i teorin trots allt finns det alternativet att "ta ut" pengarna i form av kontanter, varefter innehavaren "äger kontanterna", vilka i sig inte utgör fordran på någon, sedlarna är pengarna. Motsvarande "uttagsmöjlighet" kan sägas gälla för aktier som inte är avstämningsaktier men där inga aktiebrev utställts. Ägaren kan begära att få aktiebrev utställda, varefter aktiens rättsverkningar är knutna till aktiebrevet kompletterad med uppgifterna i aktieboken.³³ Finansiella instrument som kontoförs enligt LKF kan däremot aldrig "tas ut" från kontot. Det får inte utfärdas aktiebrev eller motsvarande för dessa instrument och skulle det ske har de ingen rättsverkan, 4 kap. 5 § LKF. Detta innebär att det inte räcker med att beskriva innehavet av kontoförda finansiella instrument som en fordran på kontohållaren eftersom civilrätten gör åtskillnad mellan äganderätt och fordringsrätt, bland annat ur sakrättslig synpunkt. Och eftersom en person onekligen kan äga finansiella instrument måste äganderättsterminologin tillåtas omfatta också det fallet att äganderätten har som föremål en fordran på en kontohållare avseende vissa finansiella instrument, med de rättsverkningar som förknippas med äganderätten.

Här föreligger med andra ord ett parallellfall till redovisningsfallet enligt 1944 års lag om redovisningsmedel (RVL 1944:181) i den meningen att äganderätt kan göras gällande till ett värde i annan persons hand, en fordran, såvida denne endast innehaft värdet med redovisningsskyldighet gentemot den berättigade och hållit detta avskilt. Frågan är väl om inte denna allmänna analogi till redovisningsförhållandet bör få slå igenom mera tydligt och i högre grad styra den närmare utformningen av det civilrättsliga regelsystemet på detta område. Till skillnad från bland annat engelsk och amerikansk rätt har ju svensk rätt ett allmänt institut avseende redovisningsrätt med sakrättsskydd eller äganderätt till redovisningsmedel. Är RVL uppfylld åtnjuter den redovisningsberättigade separationsrätt till redovisningsmedlen i den redovisningsskyldiges konkurs och vid utmätning hos denne, vilket innebär att en fordran inte nödvändigtvis är begränsad till att endast utgöra en obligationsrätt utan också kan utgöra en sakrätt.

Det kan noteras att RVL vilar på civilrättslig grund och avsågs från början

³³ Se SOU 2001:1 Aktieägarregister, s. 95, och Rodhe, Aktiebolagsrätt, 19 uppl., Norstedts, Stockholm 2000, s. 137, samt Lindskog, Om pant i aktier, Festskrift till Jan Sandström, Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1997, s. 309 ff.

ha en självständig ställning som riktmärke för bedömningen av äganderätt till fungibel egendom. Lagen tillkom visserligen i samband med ändringar i dåvarande strafflagen avseende förmögenhetsbrotten men gavs uttryckligen en helt civilrättslig motivering. I utredningsbetänkandet framhålls att lagtexten är avsedd att ge uttryck för ett visst betraktelsesätt vad gällde penningmedel och annan fungibel egendom som innehades av en person för annans räkning, nämligen vad som kunde krävas för bibehållen separationsrätt och därmed äganderätt.³⁴ Denna inställning bekräftades av departementschefen i propositionen.³⁵ Lagen avsågs också från början kunna användas analogt på snarlika fall, särskilt vad gällde hantering av fungibel egendom via mellanhand. Lagens viktigaste funktion är att klargöra förutsättningarna för separationsrätt till ett belopp hos en mellanhand. Departementschefen påpekade särskilt att vad som avsågs var inte de fall där en mellanhand satte in medel på ett konto i huvudmannens namn, då övergick medlen till huvudmannen genom att de ansågs överlämnade, utan sådana fall där mellanhanden avskiljde medlen på egen räkning med fortsatt dispositionsmöjlighet för egen del. En sådan möjlighet hade visserligen erkänts redan tidigare men förutsättningarna för separationsrätt var oklara och lagens acceptering av att en tillfällig sammanblandning inte förtog möjligheten till verksamt avskiljande var en nyhet.³⁶

I det fall en bank uppträdde som mellanhand kunde dock en kollision uppstå mellan RVL:s regel om avskiljande hos mellanhanden och principen inom banksystemet att medel på konto utgör vanlig enkel fordran på banken. Det påpekades av Bankföreningen att medel som en bank uppbar som syssloman för en kund och satte in på kundens konto inte innebar ett avskiljande i RVL:s mening.³⁷ Kunden hade endast en oprioriterad fordran på banken. Detta innebar dock inga problem på grund av de kontroll- och säkerhetsbestämmelser som omgärdade bankernas verksamhet. Departementschefen höll med om detta och slutsatsen blev att bankerna knappast kunde uppträda som redovisningsskyldiga mellanhänder med möjlighet att åstadkomma separationsberättigade fordringar för kunderna.³⁸ Jämförelsen mellan medel på konto och kontoförda finansiella instrument innebär således problem på det sättet att medel på konto ibland endast utgör en fordran på den som tillhandahåller kontot men ibland utgör avskilda redovisningsmedel som tillkommer den redovisningsberättigade med äganderätt. Det beror främst på

³⁴ SOU 1943:24 Betänkande med förslag till lag om redovisningsmedel m.m. s. 21.

³⁵ Prop. 1944:81 s. 31.

³⁶ A. prop. s. 34.

³⁷ A. prop. s. 16 f.

³⁸ A. prop. s. 33 f.

om mellanhanden själv tillhandahåller kontot, på det sätt som bankerna gör, eller om mellanhanden ombesörjer att medlen kontoförs hos annan.

På ett principiellt plan finns dock inga egentliga hinder mot att behandla kontoförda finansiella instrument som redovisningsfordringar. En investerare som låtit kontoföra finansiella instrument hos en förvaltare har anförtrött en tillgång av fungibel karaktär till en mellanhand. Avsikten är att mellanhanden skall förvalta tillgången för investerarens räkning och utföra de förvaltningsåtgärder som parterna avtalat om och att äganderätten till tillgången skall ligga hos investeraren. Förvaltaren skall också kunna redovisa för tillgången. Däremot ligger inte i förvaltningen att tillgången skall bibehållas intakt och med bevarad identitet under förvaltningsuppdraget. Kontoföringen är arrangerad på sådant sätt att detta inte är möjligt. Förvaltaren har avstämningskonto hos VPC i eget namn för kunders räkning och en intern kontohållning och bokföring som utvisar varje kunds innehav. Det är dock endast avstämningskontona som har materiell rättsverkan vad gäller rättigheter till de finansiella instrumenten, enligt 3 kap. 9–10 §§ LKF. Så länge en kund har sitt innehav av instrument förvaltarregistrerat har han således en fordran på förvaltaren motsvarande innehavet men han har däremot inte äganderätt direkt till instrumenten. Denna fordran bör kunna uppfattas som likvärdig med en redovisningsfordran och hanteras som en sådan i analogi med RVL.

Problemet är inte så mycket att det skulle föreligga några tydliga lagtekniska hinder mot att hantera innehav av kontoförda finansiella instrument som redovisningsfordringar i RVL:s mening, utan att praxis och allmän uppfattning har haft och fortfarande har en annan inriktning, nämligen på instrumenten som sådana.

Det finns ingen antydning till det här framförda synsättet i den svenska lagstiftningen rörande finansiella instrument eller dess förarbeten, främst LKF och dess föregångare. Däremot förekommer tankar av detta slag i litteraturen både här hemma och utomlands. Gösta Walin ger en antydning om att utvecklingen tidigare inte skulle ha länkats in på bästa spår,

”Till följd av den successiva överföringen [från förenklad aktiehantering till kontoföring av finansiella instrument] har regleringen av överlåtelser och pantförskrivning kommit att följa linjer som tidigare efter hand dragits upp för dokument som kunde jämföras med lösöre. Den för svensk del betydelsefullaste handeln med finansiella instrument har alltså ett regelsystem som kanske inte är valt efter övervägande av vad som kunde vara mest rationellt för den abstrakta konstprodukt som de dokumentlösa rättigheterna utgör. Måhända hade regelsystemet

blivit annorlunda och bättre, om man valt en annan utgångspunkt för regleringen.”³⁹

Han fullföljer dock inte med resonemang om vad som borde vara istället. Lars Afrell och Michael Bogdan har däremot tagit upp tråden när det gäller fastställande av lagvalsregel för bland annat giltig pantsättning av kontoförda andelar i värdepappersfond med utländsk anknytning.

”En central fråga i detta sammanhang blir hur man rättsligt uppfattar det av kunderna pantsatta förmögenhetsobjektet. Man talar visserligen lite löst om att kunderna pantförskriver ”sina fondandelar”, men äger de egentligen några sådana? Är det inte snarare så att allt de svenska kunderna äger är en rättighet *vis-à-vis* värdepappersbolaget att erhålla ett antal sådana andelar eller, mera realistiskt uttryckt, en fordran på det svenska värdepappersbolaget motsvarande fondandelarnas aktuella värde? Godtas det sistnämnda synsättet torde den sakrättsliga verkan av dessa rättigheters pantsättning bedömas enligt svensk rätt, eftersom pantsättningen i så fall avser egendom som rimligtvis måste behandlas som befintlig här i riket. I dessa fall torde det finansiella instrumentet i sakrättsligt avseende nämligen kunna jämföras med en enkel fordran eller annan dylik rättighet. Sakrättsliga förfoganden över sådana fordringar och rättigheter anses normalt böra prövas enligt lagen i den stat där sekundogäldenären (den förpliktade, i vårt fall det svenska värdepappersbolaget) är hemmahörande, även om detta inte är helt okontroversiellt.”⁴⁰

Författarna diskuterar också ett alternativt synsätt i form av en slags genomlysningmodell där den svenske fondandelsägaren skulle anses samäga en ”pool” av fondandelar hos det utländska fondbolaget, trots att det kanske föreligger en hel kedja av fondbolag mellan det första bolaget och slutkunden. I vissa fall, sägs det, kan denna modell stödjas på en analog tillämpning av RVL.

Även Dan Hanqvist har gett uttryck för att rättsutvecklingen gått i riktning mot att lösa upp kopplingen till fysisk egendom då han menar att finansiella instrument som sådana inte kan skiljas från deras kontoföring, det är samma sak. ”[I]nstrumenten har inte någon förnimbar existens oberoende av den sortens åtgärder registreringar utgör.”⁴¹ Han menar därmed, med hänvisning till rättsutvecklingen i England och USA att för svensk rätt frågan kunde ställas:

³⁹ Walin, Finansiella instrument, Norstedts, Stockholm 2001, s. 16.

⁴⁰ Afrell, Bogdan, Något om lagvalsregler vid pantsättning av dokumentlösa finansiella instrument, JT 2001-02 s. 517(522 f.).

⁴¹ Hanqvist, Var finns de finansiella instrumenten? – Lex rei sitae i modern rätt, JT 2003-04 s. 456(465).

”Är inte tillgången att betrakta som en enkel fordran på kontoföraren om att utfå finansiellt instrument eller ekonomiskt utfall respektive associationsrättslig kontroll av visst slag snarare än själva instrumentet (motsvarande vad som redan gäller för depåbevis)?”⁴²

I engelsk rätt har särskilt Joanna Benjamin genomfört en konsekvent analys av ”interests in securities”, vilka hon noga skiljer från ”securities”.⁴³ Det senare är det finansiella instrumentet i sig medan det förra är det intresse eller den fordran en innehavare av finansiella instrument har på sin motpart (intermediär eller kontoförande institut). Sådana ”interests in securities” kännetecknas av att de inte är hänförliga till några bestämda fysiska värdepapper och inte hålls avskilda från andra innehavares motsvarande intressen/fordringar hos samma kontoförande institut. Med denna utgångspunkt blir huvudfrågan sedan för Benjamin att klarlägga vilket skydd innehavaren har till detta intresse, särskilt när det gäller sakrättsskyddet och därmed förfogandemöjligheterna. Även Roy Good har i en tidigare artikel påvisat behovet av att skilja på de egentliga instrumenten och olika intressen i dessa. Han konstaterar att enligt engelsk rätt har kontoinnehavare inte någon rätt *in specie* till deponerade fysiska instrument, men däremot

”What he does have is a co-ownership interest (or if merely a secured creditor, a security interest) in the pool or fund of securities of the same issue held by the custodian. So in English law the custodian is a trustee of a trust fund of security entitlements represented by the pool of securities of a given issue in its hands at any one time, and the account-holders have beneficial interests in that trust fund, though not in any particular securities from time to time comprised in it. Hence we can say that their position is in most respects the same as that of beneficiaries under any ordinary trust which is not simply a bare trust of specific assets.”⁴⁴

Den amerikanska rättsutvecklingen har tidigt inneburit ett accepterande av en särskild form av äganderätt till kontoförda instrument. Efter kompletteringar av Art. 8 i UCC har en kund med värdepapperskonto en så kallad ”security entitlement”, vilken är en särskild rätt till finansiella tillgångar (”financial assets”) som en innehavare tillerkänns gentemot den mellanhand som kontoför

⁴² Hanqvist, a.a. s. 466.

⁴³ Joanna Benjamin, *Interests in Securities*, Oxford University Press, Oxford 2000, s. 4 ff., 36 ff.

⁴⁴ Roy Good, *The nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities*, Butterworths *Journal of International Banking and Financial Law*, 1996 s. 172.

hans innehav. Rätten kan närmast beskrivas som en fordringsrätt med särskilt innehåll avseende den aktuella tillgången, och utrustad med sakrättsliga rättsverkningar vad gäller borgenärsskydd i förhållande till mellanhandens borgenärer och omsättningsskydd i förhållande till konkurrerande förvärvare och tidigare innehavare. I tredje upplagan av "Legal problems of credit and security", från 2003, förklarar också Roy Good att den beskrivning av rättsverkningar som ges i Art. 8 UCC,

"precisely matches the entitlement of the holder of a securities account under English law, which consists of a combination of personal rights (including rights to delivery or transfer of the underlying security) and co-ownership of whatever is held by the intermediary for its customers, whether it holds direct from the issuer or from a higher-tier intermediary."⁴⁵

6. Redan påbörjat ombyggnadsarbete

Det svenska ombyggnadsarbete som påbörjats vad gäller strukturen för en ordnad hantering av kreditinstitut med allvarliga problem nämndes helt kort under avsnitt 2 ovan. Detta arbete pågår just nu och konkreta förslag lär komma under våren 2007, baserade på den tidigare utredningen om offentlig administration av banker i kris, SOU 2000:66. Synpunkter på dessa förslag måste dock anstå till dess de lagts fram.

De existerande osäkerheter som kan noteras angående gällande civilrätt och insolvensrätt för kontoförda finansiella instrument inte bara i Sverige utan tvärtom på många håll i världen, har föranlett internationella initiativ för lagstiftning. Inom EU pågår ett arbete inom den så kallade Legal Certainty Group för att utreda behovet och föreslå materiella regler för "securities held with an intermediary".⁴⁶ Detta arbete har så här långt, mitten av augusti 2006, lett till ett "Råd" ("Advice") till kommissionen avseende behovet av harmoniserad lagstiftning i medlemsländerna. Gruppen håller dock en låg profil och föreslår att endast de mest centrala frågorna regleras med minimiregler inledningsvis. Rättsverkan av kontoföring av finansiella instrument ("book-entry rights") bör enligt dessa råd för det första vara baserade på kontohavarens relation med hans närmaste motpart kontohållaren samt innebära en rätt till instrumenten som kan jämföras med vad som vanligen rubriceras som äganderätt. Särskilt vad gäller kontohållarens insolvens anges

⁴⁵ Roy Good, *Legal problems of credit and security*, third edition, Sweet & Maxwell, 2003, s. 214.

⁴⁶ Se http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/clearing/certainty_en.htm.

att separationsrätt bör föreligga för kontohavaren samt att regler behövs för hur förluster på grund av brist i tillgång till instrument skall bäras.

Inom UNIDROIT i Rom har parallellt pågått – och pågår – ett arbete på ett konventionsförslag med regler för den materiella hanteringen av kontoförda finansiella instrument. Detta har kommit något längre och här finns ett publicerat förslag,⁴⁷ som visserligen är under överarbetning men som ger en god bild av hur en nationell reglering kan komma att se ut. Här är inte platsen för någon mera utförlig redovisning av konventionsförslaget, det skulle föra för långt och dessutom vara inaktuell inom kort, men det kan vara intressant att något se på de stora dragen för den föreslagna regleringen.

Målsättningen för reglerna i förslaget är att dessa dels skall kunna fungera som nationellt regelverk för kontoförda finansiella instrument, dels skapa ”kompabilitet” mellan de nationella systemen och därmed främja den internationella handeln i finansiella instrument liksom säkerhetsställanden i dessa instrument över gränserna. Ambitionen är högt satt men är inriktad på den civilrättsliga och insolvensrättsliga nivån, inte den näringsrättsliga kontrollnivån som annars gärna dominerar regelskapandet på finansmarknaderna. Utgångspunkt för reglerna är att finansiella instrument kontoförs av en intermediär för kunds räkning. Kunden kan vara den slutlige ägaren men också en annan intermediär på en lägre nivå i en kontoföringskedja, exempelvis avseende utländska instrument. Reglerna fastlägger den materiella innebörden av att ha finansiella instrument kontoförda, innebärande rätt att bli behandlad som ägare i förhållande till emittent och omvärld i alla avseenden. Kraven för slutligt förvärv genom kreditering på konto fastläggs liksom för giltigt säkerhetsställande. En definitiv registrering på konto skall vara tillräcklig. Ett förbud uppställs för rättsliga åtgärder riktade mot bakre led i en kontoföringskedja, särskilt vad gäller utmätning och processuella säkerhetsåtgärder, förbud mot så kallad ”upper tier attachment”. En persons innehav av finansiella instrument kan endast åtkommas hos den ”relevante” kontoföraren, nämligen den som personen har konto hos. Godtrosförvärv regleras, liksom rangordningen mellan konkurrerande kontohavare i fall av kontoförarens insolvens och hur brist/underskott skall fördelas. Slutligen ges regler för relationen mellan säkerhetshavare, kontoföraren och kontohavaren i fall där den sistnämnda ställt säkerhet i kontoförda finansiella instrument.

⁴⁷ Preliminary Draft Convention on Substantive Rules Regarding Intermediated Securities (as adopted by the Committee of Governmental Experts, held in Rome, 06-14 March 2006), Unidroit 2006, Study LXXVIII – Doc. 42. Se <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study078/item1/main.htm>.

Arbetet inom EU och UNIDROIT sker som sagt parallellt och i nära samverkan. Det är i viss utsträckning samma personer som är engagerade i båda projekten och det finns en förhoppning om att det skall mynna ut i förslag till likartade regler, vilket bör kunna vara en styrka för framtiden.

7. En summering av dagsläget

Hur går det då för SEB-kunderna i den stora konkursen? Har en depåkund en giltig och i konkursen verksam äganderätt till de instrument som finns noterade på depåkontot eller endast en oprioriterad konkursfordran. Svaret bör rimligen vara det förstnämnda eftersom både depåavtalets innehåll och den faktiska partsavsikten har haft deposition som innehåll och hela kontoförings-systemet bygger på att banken "håller" kundernas tillgångar i förvar genom kontoföringen. Men även om detta accepteras löser det inte problemet med underskott i bankens innehav, särskilt vad gäller förvaltarregistrerade instrument. I en så allvarlig stressituation som föregår en regelrätt konkurs lär det kunna hända att bankens agerande i efterhand visar sig innebära att det inte finns tillräckligt av finansiella instrument registrerade på banken för att kunna tillfredsställa alla kunders separationskrav på en gång. Om sådan brist av någon anledning inte kan kompenseras genom "täckningsköp" inom konkurs-hanteringens ram blir frågan vem som skall bära en sådan förlust. Den sist tillkomne kunden som förvärvade det aktuella instrumentet? Samtliga hos banken registrerade ägare av detta instrument? Eller jämn fördelning över hela borgenärskollektivet? Härom vet vi föga i dagsläget varför en reglering av något mera utförligt slag än den befintliga vore på sin plats. Det skall villigt erkännas att frågeställningen knappast kommer att aktualiseras på riktigt, som väl är, men som en delfråga i en större riskanalys och riskhantering är den nog värd att beakta ändå.

Betalning – En rättsfigur med många drag

AV *Göran Millqvist**

1. Inledning

I rättspraxis från Högsta domstolen från de senaste 30-talet åren finns flera fall som berör problem i samband med betalning, problem som sammanhänger med förhållandet att en betalningsförmedlare (en bank eller motsvarande) varit inblandad och att därigenom frågor uppstått angående tider för verkställighet av betalning, misstag och återkrav med mera. Kännetecknande för sådan betalning är att den är *indirekt* i den meningen att ett eller flera mellanled hanterar betalningen för betalarens och betalningsmottagarens räkning. Motpolen är härvid den *direkta* betalningen i form av kontantbetalning, där betalaren överlämnar sedlar och mynt till betalningsmottagaren.¹ Detta är en faktisk handling (realhandling om man så vill) men väl även en rättshandling, som dock inte väcker samma frågor som den indirekta betalningsakten.

Ett tämligen nytt rättsfall som berör betalningsförmedlingen som sådan är en dom från HD från april 2009, NJA 2009 s. 182, angående återkrav mot bank på grund av misstagsbetalning, se strax nedan. Så snart en

* Professor i civilrätt vid Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

¹ Betalning ur olika aspekter har behandlats tämligen utförligt i modern litteratur se Ingrid Arnesdotter, Moderna betalningsmetoder, Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1996, Lennart Johansson, Banker och Internet, Iustus Förlag, Uppsala 2006, särskilt kap. 4–7, Kai Krüger, Pengekrav, 2 uppl., Universitetsforlaget AS, Bergen, 1984, Bert Lehrberg, Moderna betalningsformer, 3 uppl., I B A Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB, Uppsala 2005, Mikael Mellqvist & Ingemar Persson, Fordran & skuld, 8 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 2007, s. 234 ff., Karl Olivecrona, Penningenshetens problem, C W K Gleerup, Lund 1953, och Karin Wallin-Norman, Kontorätt. Rätt till kontoförda värdepapper, Jure Förlag AB, Stockholm 2009, s. 79 ff.

betalning sker på annat sätt än genom kontantbetalning blir betalaren beroende av att vald metod för betalningsförmedlingen fungerar. Sverige har ännu ingen lagstiftning med direkt sikte på dessa frågor men arbete har pågått på grund av att EU:s betaltjänstdirektiv egentligen skulle ha varit implementerat i medlemsstaternas lagstiftning redan den 1 november 2009.² Direktivet är ett fullharmoniseringsdirektiv, art. 86. Det kan därmed vara av visst intresse att något titta på svensk rättspraxis på området och då särskilt den fråga som stod i centrum i det senaste fallet, nämligen *tidpunkten för definitiv betalning*.

Det finns många tänkbara frågor kring betalning som kan diskuteras. Flera ansluter till relationen mellan betalaren och betalningsmottagaren och det förhållandet att betalning i de flesta fall är motprestationen till en annan prestation och får mycket av sitt innehåll från denna andra prestation och det avtal som i normala fall ligger till grund för dem båda, såsom dröjsmål med betalningen (NJA 1991 s. 217), fördelning av betalning mellan flera borgenärer (NJA 2005 s. 557), prisedsättning, beräkningsgrund för prissättning, destinerings av betalning, betalningsort etc. Dessa aspekter av betalning skall inte tas upp här, de hör mera hemma inom respektive område.³

Även allmänna avtalsrättsliga frågor aktualiseras i samband med betalning. I notisfallet NJA 2009 N40, är bankbetalning tema men i detta fall står inte själva betalningsakten i centrum utan behörigheten att beordra en överföring från ett klientmedelskonto. I fallet hade en obehörig person beordrat en överföring från en advokatbyrås klientmedelskonto, vilket stod i överensstämmelse med klientens önskan men som inte ratihabiterats av advokatbyrån. Beloppet hade därefter "försvunnit". Ratihabition i detta fall hade enligt hovrätten krävt ett godkännande av att den obehörige personen beordrade betalningen, det räckte inte att byrån eventuellt skulle ha accepterat överföringen som

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/64/EG av den 13 november 2007 om betaltjänster på den inre marknaden och om ändring av direktiven 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG och 2006/48/EG samt upphävande av direktiv 97/5/EG, EGT L 319, 5.12.2007, s. 1. Implementering är dock numera verkställd genom lagen (2010:571) om betaltjänster, vilken trädde i kraft den 1 augusti 2010, se prop. 2009/10:220. I samband därmed upphävdes lagen (1999:268) om betalningsöverföringar inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.

³ Från senare tid kan också nämnas NJA 2009 s. 519, vari HD konstaterar att en talan mot en betalningsmottagare om ersättning för en genomförd misstagsbetalning inte är en utomobligatorisk skadeståndstalan i den mening som avses i art. 5.3 Luganokonventionen 1988, se lag (1992:794) om Luganokonventionen, och därför inte kan väckas vid domstol på den ort där skada inträffat. Se även NJA 2009 s. 64 ang. den s.k. avräkningsordningen vid icke destinerad betalning och bevisbördeplaceringen för fordrans existens och betalning.

sådan i efterhand. HD förklarade att passivitet inte medförde ratihabition. Banken hade därmed inte betalat med befriande verkan utan fick ersätta klienten med det överförda beloppet.

Återvinning av betalning enligt konkurslagen är en återkommande frågeställning i rättstillämpningen. Ett fall där den rättsliga karaktären av betalning i återvinningssammanhang diskuteras är NJA 2001 s. 474 angående återvinning enligt 4 kap. 18 § konkurslagen av en betalning som skett till en mottagare som hade avtal med sin bank om att inkommande betalningar skulle gå i omedelbar avräkning på mottagarens skuld till banken. Återvinningstalan riktades mot banken. HD fann rekvisiten i 4 kap. 18 § konkurslagen uppfyllda och återvinning kunna ske. HD menade att det inte förelåg någon tvekan om att ett penningbelopp utgjorde egendom i paragrafens mening och att det i vissa fall var möjligt att anse samma belopp ha överförts först till en mottagare och sedan till en annan mottagare. Därtill var betalning att jämställa med överlåtelse, vilket är rekvisit i stadgandet. "Ett penningbelopp kan överlätas t.ex. genom gåva. Det vanliga är dock att pengar överförs genom betalning. I en betalning kan som ett väsentligt moment sägas ingå en överlåtelse av ett penningbelopp."⁴

Vilka regler gäller för betalningar som verkställs via olika betalningsförmedlare? De fall som avdömts i HD har dels handlat om problem som uppstått på grund av att betalningsförmedlaren begått något fel, dels att krav framställts mot förmedlaren då den egentlige motparten och betalaren inte kunnat eller velat betala, främst på grund av konkurs. Gemensamt för dem är dock att själva betalningsmetoden spelat roll för den rättsliga problemformuleringen och lösningen. Detta är också temat för betaltjänstdirektivet. Direktivets materiella regler avgränsas utifrån den betalningsförmedling som utpekade institut bedriver och som skall harmoniseras inom EU.

Samma tema återkommer också i amerikansk lagstiftning avseende bankbetalningar, se Art. 4A Uniform Commercial Code (UCC), "Funds transfers", och i den modellag på området som utarbetades av UNCITRAL redan 1992.⁵ Båda dessa regelverk är inriktade på själva förmedlingstransaktionen sedan en betalare lämnat en betalningsorder till en förmedlare om att en specifik betalning skall verkställas till en utpekad betal-

⁴ Ref. s. 484.

⁵ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/1992Model_credit_transfers.html

ningsmottagare. Med uttrycket "funds transfers" täcker den amerikanska lagstiftningen in de moment som krävs för genomförandet av en bankbetalning, från betalarens avgivande av en betalningsorder, i någon form, till sin bank, till betalningsmottagarens mottagande av beloppet i form av mottagarbankens accept av ordern, normalt genom kreditering av mottagarens konto och meddelande till denne, Art. 4A-104 (a) UCC.⁶ Däremellan kan finnas ett eller flera mellanled som också avger betalningsorder till nästa led avseende betalningen. Hela kedjan täcks därmed, från den ursprungliga "ordergivaren" till den slutlige mottagaren och samtliga förmedlingsled däremellan. Tekniken bygger på att varje "länk" i kedjan anses avge en i princip ny betalningsorder och att varje "länk" kan isoleras ur ansvarssynpunkt liksom då det gäller att återkalla en betalningsorder. Lagstiftningen anger således de rättsverkningar, inklusive det ansvar, som följer av att en betalningsorder lämnas till en bank om att en betalning skall verkställas till en mottagare. UNCITRAL:s modellag har ett snarligt innehåll men har inte rönt någon större framgång vad gäller att verkligen stå modell och införas som lagstiftning i något land. EU:s betaltjänstdirektiv bygger dock i stor utsträckning på modellen, vilket ändå måste anses som en framgång. Art. 4A UCC antogs däremot i samtliga delstater på relativt kort tid och är sedan 1992 gällande över i princip hela USA.

2. Tidpunkten för definitiv betalning

2.1 Regler

Vid kontantbetalning utgör överlämnandet av sedlar och mynt det avgörande momentet för definitiv betalning. Mellan parterna har den betalningsskyldige därmed fullgjort sin prestation och sakrättsligt har fullbordan skett genom tradition. Genom användandet av kontanter åstadkommes den avsedda värdeöverföringen mellan parterna eftersom kontanter i sig utgör det värde de uttrycker. Rättsverkningarna är också knutna till det fysiska innehavet, det gäller civilrättsligt såväl som offentligrättsligt och straffrättsligt. Men genom användningen av olika indirekta betalningsmetoder måste fullbordanspunkten fastställas och om alla eller endast vissa

⁶ För en kritisk analys av dessa regler se Symposium: Rethinking payments law, 83 Chicago-Kent Law Review 477 (2008).

rättsverkningar är knutna till denna tidpunkt.⁷ En indirekt betalningsmetod innefattar också flera parter än enbart betalare och betalningsmottagare vilket medför behov av regler som anger rättsverkningarna gentemot samtliga berörda.⁸

I det *amerikanska* regelsystemet sker den slutliga betalningen till betalningsmottagaren som huvudregel då dennes bank accepterat en betalningsorder från betalaren, UCC Art. 4A-406(a). Exakt *när* denna accept sker i förhållande till debiteringar och krediteringar av konton på vägen mellan betalaren och betalningsmottagaren kan variera, slutlig betalning *kan* således ha skett innan mottagarens konto krediteras med beloppet ifråga, jfr UCC Art. 4-209 och 4-405. Detta kan innebära en risk för banken men banken kan naturligtvis avstå från att ta en sådan risk och avvakta mottagandet (krediteringen) av beloppet innan accept sker i förhållande till betalningsmottagaren.

Ett liknande system gäller enligt *UNCITRAL:s modellag*. Den avgörande åtgärden är den mottagande bankens accept av en betalorder, vilket ger betalningsmottagaren rätt att disponera över betalningen, art. 9 och 10. Slutlig betalning har då skett även om det rör sig om en förtida accept i förhållande till kreditering av beloppet hos den mottagande banken.

Enligt *betaltjänstdirektivet* är huvudregeln att en kontobetalning (kontoöverföring) skall verkställas och bli tillgänglig för mottagaren (bli definitiv) dagen efter den dag en betalningsorder skall anses ha mottagits av betalarens betaltjänstleverantör. Detta framgår av en sammanställning av artiklarna 64, 66, 69 och 73.⁹ Regelsystemet bygger här på att en betalningsorder från en betalare är oåterkallelig då den inkommer till betaltjänstleverantören, såvida det inte avtalats om senare verkställighet varvid avtalad dag anses som ankomstdag, art. 64 och 66. Kreditering av mottagarens

⁷ År 1956 formulerade Knut Rodhe problemet sålunda, "I den mån bokbetalningar godtagas uppstår frågan hur långt betalningstransaktionen skall ha fortskridit inom prestationstiden, för att icke dröjsmål skall uppstå", Knut Rodhe, *Obligationsrätt*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1956, s. 33. Svaret Rodhe lämnar är att osäkerhet råder men han pekar på dåvarande 3:21 nyttjanderättslagen (12:20 JB) angående hyresbetalning (betalning skall anses ha skett då betalningsuppdrag i någon form inkommer till betalningsförmedlaren), som dock då endast var en precisering av väsentlighetskravet för hävning.

⁸ Se Benjamin Geva, *Bank collections and payment transactions. Comparative study of legal aspects*, Oxford University Press, Oxford 2001, s. 213 ff.

⁹ Se 5 kap. 9, 14, 19 och 21 §§ betaltjänstlagen.

betaltjänstleverantörs konto skall sedan ske senast dagen efter ankomstdagen varvid beloppet omedelbart skall ställas till mottagarens disposition, art. 69 och 73. Detta utgör huvudspåret för en enkel kontobetalning som initieras av betalaren och som skall gå från dennes konto till en mottagares konto. Modifieringar i kraven sker i de fall det handlar om betalningar som initieras av mottagaren (exempelvis kortbetalningar) eller som ingår i autogirosystem.¹⁰

2.2 Högsta domstolens praxis

Vad gäller då enligt svensk rätt för närvarande? Lagstiftning saknas men i rättspraxis har frågan varit uppe i flera olika sammanhang. Frågan om fullgjord betalning mellan betalare och betalningsmottagare var central i *NJA 1992 s. 782*. "Visad betalningsvilja" från gäldenären (Södertälje Stadshotell) avseende betalning av försäkringspremie utgjorde *inte godtagbar betalning*. Det räcker inte med att ha postat en betalningsorder till Postgirot för att betalning skall anses ha skett. Först sedan ordern inkommit till Postgirot har betalning skett. Om det som i rättsfallet rör sig om en pappersavi i vanlig postgång betyder det att betalning sker tidigast dagen efter det att avin lagts på postlådan. I rättsfallet var det avgörande om betalning skulle anses ha skett samma dag som ordern postades eller först dagen därpå eftersom det rörde sig om försenad betalning av försäkringspremie och försäkringen skulle åter börja gälla dagen efter inbetalning av premien. Tidigt på morgonen dagen efter det att betalningsordern postats inträffade försäkringsfall (brand) och om betalning kunde anses ha skett redan då ordern lades på postlådan skulle försäkringen gälla men om betalning skedde först dagen därpå då avin inkom till Postgirot var inbetalaren oförsäkrad vid tidpunkten för branden. HD anknöt här till en allmän regel om att "*den avgörande tidpunkten för genomförandet av betalningen bör vara den dag då medlen kommer under borgenärens rådighet*."¹¹ Vid girering är detta således tidigast den dag betalningsordern inkommer till girocentralen. HD ansåg inte heller anledning föreligga att jämlikt 36 § avtalslagen jämka

¹⁰ Direktivet innehåller också utförliga regler om betalarens auktorisation av betalningstransaktioner, ansvar för hantering av s.k. betalningsinstrument (kort, nummerdosa för internetbank o.likn.) och ansvar för felaktiga och icke auktoriserade betalningar, art. 54–63.

¹¹ Ref. s. 803, min kursivering.

villkoret om återinträde av försäkringsskyddet dagen efter betalning, eftersom det skulle innebära att

”domstolen kompletterar ett allmänt tillämpat standardvillkor med en regel som innebär att med betalning likställs visad betalningsvilja i form av en påbörjad betalningstransaktion trots att villkoret befunnits (avsnitt 1.1 [av domen]) anknyta till sedvanliga civilrättsliga principer.”¹²

Denna regel om rådighet över beloppet har preciserats genom både tidigare och senare rättsfall. Redan i NJA 1982 s. 366 uttalade HD:

”Betalning över postgirot är ett inom affärlivet allmänt godtaget betalningssätt. Av betydelse för frågan om rättidig betalning är att, *när bokföring hos postgirot sker av en betalningstransaktion, gäldenären förlorar möjligheten att återkalla betalningsuppdraget och därmed rådigheten över beloppet*. Vid bedömning huruvida en betalning skall räknas gäldenären till godo vid en prövning enligt 4 § konkurslagen får det anförda tillmätas avseende framför det förhållandet att besked om betalningen inte kommit mottagaren tillhanda på bokföringsdagen.”¹³

I NJA 1988 s. 312 ställdes frågan vilken betydelse för den definitiva betalningstidpunkten mottagarens *vetskap* om betalningen hade. HD fann i detta fall,

”Åtminstone när såsom i förevarande fall borgenären anvisat gäldenären att betala till visst postgirokonton, framstår å andra sidan postgirot som ombud för borgenären, vilket talar för att betalningen anses fullgjord *när bokföring skett på borgenärens konto*. I samma riktning talar att vissa betalningsmottagare tydligen i stor utsträckning tillgodogör sig betalningarna samma dag de bokförs genom att i sin tur lämna egna betalningsuppdrag till postgirot. Av särskild betydelse är möjligheten att i efterhand kunna bedöma när betalning skett och att föra bevisning härom. Även frånsett lördagar och helgdagar kan förseningar inträffa vid postbefordringen av kontoutdragen. Det är föga rimligt att gäldenären, som har att visa när betalning skett, skall förebringa utredning om när ett kontoutdrag nått hans borgenär. Det är däremot lätt att konstatera, vilken dag postgirot har bokfört betalningen. – – Uppkommer fråga om vid *vilken tidpunkt på dagen* betalning skett torde med hänsyn till postverkets upplysning att enligt postgirots uppfattning

¹² Ref. s. 806. Däremot ansåg HD Stadshotellets försäkringsmäklare ha varit försumlig genom bristande information och ansvarig för skadan.

¹³ Ref. s. 370, min kursivering. 4 § 1921 års konkurslag motsvaras av 2 kap. 9 § konkurslagen (1987:672).

betalaren kan förfoga över sin betalning under bokföringsdagen få anses att den fullgjorts vid den tidpunkt då postgirot avslutat sina bokföringsåtgärder.”¹⁴

I NJA 1995 s. 25 gällde frågan när en betalning senast kunde *återkallas* av betalningsförmedlaren (en bank), sedan betalningsorder införts i betalningssystemet men förmedlarens uppdragsgivare begärt återkallande. På förfallodagen för skattebetalning hade banken verkställt girering av skatt m.m. men dagen därefter hade kunden begärt att betalningen skulle återkallas på grund av att täckning för beloppet inte influtit som planerat. Kunden inställde betalningarna samma dag och försattes i konkurs strax därefter. Bankens betalning skedde via det så kallade skattegirot vilket innebar girering via bankgirot till postgirot, med clearing dem emellan, för betalning till staten. HD förklarade:

”Allmänt får anses gälla att en betalning kan återkallas så länge beloppet står under betalarens rådighet. När en gäldenär betalar ett belopp över ett betalningssystem påverkas möjligheten att återkalla betalningen av de villkor som gäller för betalningsförmedlingen i systemet. I fråga om förutsättningarna för återkallelse av den i målet aktuella betalningen måste även beaktas de särskilda bestämmelser som gäller för förfarandet vid inbetalning av skatt och arbetsgivaravgifter. Slutligen skall uppmärksammas att Riksskatteverket visserligen har vitsordat, att betalningen kunnat återkallas direkt hos uppborgsmyndigheten men att detta vitsordande inte kan ges någon vidare innebörd än att återkallelsen skulle ha skett hos myndigheten före den tidpunkt då betalningstransaktionen inte längre kunde avbrytas.

Bankgirocentralens och Postgirots yttranden ger vid handen att det knappast längre fanns några praktiska möjligheter att stoppa betalningen då Bankgirocentralen på morgonen d 19 aug 1987 transporterade de optiskt läsbara skatteinbetalningskortet till postgirot. Mycket talar alltså för att det redan vid den tidpunkten var för sent att återkalla betalningen.

Parterna är i målet ense om att clearing av det ifrågavarande beloppet var avslutad kl 12 d 19 aug 1987. Såsom framgår av Riksbankens yttrande innebär clearing att

¹⁴ Ref. s. 318 f., mina kursiveringar. Se även det efterföljande fallet NJA 1998 s. 23. Frågan i målet gällde om R J betalt vissa ansökningsavgifter till tingsrätten i tid innan denna meddelade ett avvisningsbeslut. R J:s betalning bokfördes på tingsrättens postgirokonto den 20 jan. 1997, samma dag som tingsrätten meddelade sina avvisningsbeslut. HD förklarade härvid att ”[p]ostgirot avslutar sina bokföringsåtgärder genom att kreditera mottagarens konto i reskontran. Denna kreditering sker vid en sista datakörning efter arbetsdagens slut (se Ingrid Arnesdotter, Moderna betalningsmetoder, 1996 s. 114 f. och s. 135 f.). På grund av det anförda finner HD utrett att [R J:s] betalning inte skett före det att TR:n meddelade avvisningsbesluten. Hans överklagande skall därför lämnas utan bifall.” Ref. s. 24.

överföringen av belopp mellan bankgirot och postgirot sker i flera led. Utmärkande för förfarandet är att överföringen avser nettobelopp, som är resultatet av utjämning mellan flera betalningsposter, och att den inte är primärt inriktad på den enskilda transaktionen. *Detta innebär i förevarande fall att Nordbanken senast vid clearingen måste anses ha förlorat rådigheten över beloppet. Oavsett att Postgirots bokföring av beloppet skedde först senare under dagen hade banken i vart fall efter clearingen inte längre möjlighet att återkalla betalningen.* Den återkallelse som ostridigt nådde LSt:ns uppbördsenhet ungefär kl 13 skedde således för sent. Nordbankens talan kan därför inte vinna bifall på den i första hand åberopade grunden.”¹⁵

Under 1999 kom ytterligare två fall från HD avseende den förmedlande bankens möjligheter att återkalla betalning. I ett fall, *NJA 1999 s. 793*¹⁶, var det fråga om en banköverföring var bestående eller kunde backas av banken. Två företag, Sun Microsystems AB (Sun) och Innovation Air Freight AB (IAF), hade avtalat att en tidigare genomförd förskottsbetalning från Sun till IAF för framtida tjänster skulle återgå, främst på grund av att Sun hade fått indikationer på att IAF hade en alltför svag ekonomi och att risk förelåg för konkurs. Återbetalningen genomfördes via banköverföring. Denna tillgick så att parterna besökte ett lokalt Nordbankenkontor, där ingen av dem var bankkund, och Sun öppnade ett nytt konto vilket krediterades av banken med det begärda beloppet. Parterna erhöll var sin undertecknad bokföringsavi om att Suns nyöppnade konto krediterats med det aktuella beloppet. Avsikten var att IAF:s konto i en sparbank skulle debiteras motsvarande belopp men detta förutsatte att IAF kunde utnyttja en kredit hos Sparbanken, vilket denna dock vägrade efter prövning, tvärtom sade Sparbanken upp IAF:s kredit i dess helhet samma eftermiddag. Sparbanken underrättade omedelbart Nordbanken att debitering inte kunde ske och därmed inte heller någon överföring bankerna emellan. Detta skedde dock efter det att Nordbankens kreditering och överlämnande av bokföringsavierna verkstälts. När Nordbanken fick detta klart för sig återtogs krediteringen genom debitering av Suns konto med lika stort belopp. Fråga var därmed om Nordbanken hade rätt att göra detta eller om en definitiv betalning kunde anses ha skett. HD:s ställningstagande blev att

¹⁵ Ref. s. 34 f., min kursivering.

¹⁶ Fallet har diskuterats utförligt av Lehrberg, a.a. s. 120 ff. och 145 ff.

"banken redan genom kontots kreditering skall anses åta sig en betalningsförpliktelse mot kontohavaren. Om en överföring av ett tillgodohavande till mottagarens konto skall kunna fylla funktionen att utgöra betalning, måste kontohavaren också få en rätt som är frigjord från det bakomliggande förhållandet utan att behöva lyfta beloppet."¹⁷

HD påpekade också särskilt att eventuella misstag från bankens sida och principerna om återkallande av betalning på grund av misstagsbetalning, inte påverkade frågan om vid vilken tidpunkt en bank åtar sig betalningsskyldighet.

"Det saknas anledning till annat synsätt än att detta åtagande skall anses vara en omedelbar följd av krediteringen, om denna skett utan förbehåll, och således utan att exempelvis bankdagens slut behöver avvaktas."¹⁸

Med andra ord är *krediteringen av kundkontot* den avgörande åtgärden för en definitiv betalning i förhållande till kontoinnehavaren/betalningsmottagaren. Bankens kreditering är därmed likvärdig med en kontantbetalning med överlämnande av sedlar och mynt. Betalningsmottagaren skall således inte behöva ta ut kontanter från banken för att vara säker på sin rätt till beloppet. Skall krediteringen kunna angripas framgångsrikt måste en relevant grund härför kunna påvisas, vilket också gäller för banken som utfört krediteringen och som därmed åtagit sig en definitiv skuld gentemot kontohavaren. Kontohavaren kommer inte i något bättre läge än kontantmottagaren men heller inte i något sämre. I fallet åberopade banken i denna del förklaringsmisstag jämlikt 32 § 1 st. avtalslagen, ogiltighet enligt förutsättningsläran eller på grund av att avtalet om återbetalning mellan Sun och IAF utgjorde *pactum turpe* på grund av att det stred mot 11:4 BrB (otillbörligt gynnande av borgenär), re integra-regeln i 39 § avtalslagen på grund av den korta tiden mellan krediteringen och debiteringen av Suns konto, obehörig vinst för Sun om betalningen blev bestående samt slutligen, jämkning enligt 36 § avtalslagen av bankens betalningsskyldighet. Ingen av dessa grunder accepterades dock av HD. Banken förlorade målet. Den definitiva krediteringen av Suns konto och Suns goda tro om att banken då inte hade och, som det visade sig, inte skulle

¹⁷ Ref. s. 803, min kursivering.

¹⁸ A.st. HD hänvisade här till fallen NJA 1982 s. 366, 1988 s. 312, 1995 s. 25 och 1998 s. 23.

få tackning från Sparbanken, medförde att krediteringen i sig utgjorde en definitiv, oåterkallelig betalning.

Parallellt med detta fall avgjordes i HD *NJA 1999 s. 575*. I detta fall hade Sparbanken Sverige AB¹⁹ blivit utsatt för bedrägeri och i samband därmed verkställt en överföring till Nordbanken för en kunds räkning. Fråga var om Sparbanken kunde återta denna överföring eller inte. Den slutlige betalningsmottagaren hade cirka en timme efter överföringen underrättats om att betalningen skulle frysas och att säkerhet som mottagaren innehade inte skulle släppas. Banken åberopade i första hand *condictio indebiti* som grund för återkrav men i den intresseavvägning HD gjorde konstaterades att banken, till skillnad från betalningsmottagaren, hade haft viss överblick över relevanta förhållanden, att banken, återigen till skillnad från mottagaren, visat viss oaksamhet i kontrollerna samt att "det allmänna intresset av trygghet i omsättningen" sammantaget innebar att avvägningen utföll till mottagarens fördel. Re integra-bestämmelsen i 39 § avtalslagen kunde inte ge banken rätt att gentemot mottagaren åberopa det svek banken utsatts för och genom 30 § avtalslagen få överföringen ogiltigförklarad. Inte heller förutsettningsläran gav banken någon återgångsgrund. Banken förlorade målet.

2.2 *Det senast tillkomna fallet från HD*

Så till den senaste i raden av domar avseende kontobetalningar, *NJA 2009 s. 182*. Ett företag hade skulder till sin bank på grund av lån. Inkommande betalningar gick enligt avtal med banken automatiskt i avräkning mot skulden då beloppen krediterades kontot. Vi ett tillfälle kom 2 milj. kr in på detta sätt och minskade därmed företags skuld till banken med detta belopp. Betalningen var dock 500 000 kr för stor på grund av ett misstag från betalarens företrädare, en misstagsbetalning, vilket företrädaren upptäckt och meddelat företaget/betalningsmottagaren (men inte banken) innan beloppet krediterades kontot av banken. Betalningen skedde via Internet och postgiro och misstaget var klarlagt mellan betalare och betalningsmottagare innan gireringen var avslutad. Banken var dock ovetande om dessa omständigheter då krediteringen och kvittningen skedde. Före-

¹⁹ Se föredraganden ang. namnfrågan, ref. s. 583. "De transaktioner som målet gäller har utförts av Första Sparbanken. Första Sparbanken har därefter ombildats till bankaktiebolag och senare genom fusioner vid flera tidpunkter gått samman med andra banker och därvid ändrat firma. Den senaste fusionen skedde med Föreningsbanken AB varvid Sparbanken Sverige AB ändrade firma till FöreningsSparbanken AB. För Första Sparbanken, Sparbanken Sverige och FöreningsSparbanken används i det följande beteckningen 'banken'."

taget hade gentemot betalaren godtagit att återbetala beloppet men innan detta hann verkställas försattes företaget i konkurs. Betalaren hade således en ostridig fordran på företaget på återbetalning av 500 000 kr men i konkursen var detta en oprioriterad konkursfordran som knappast skulle få någon utdelning.

Kunde betalaren i detta läge vända sig mot banken och kräva tillbaka beloppet därifrån? Grunden härför enligt betalaren skulle vara att banken inte kunde få någon bättre rättsställning avseende beloppet än vad företaget haft, jfr 27 § skuldebrevslagen, eftersom det fick anses vara fråga om en enkel fordran mot banken som företaget disponerat över genom att låta gå i kvittning mot bankens huvudfordran. Godtrosförvärv till enkel fordran kan inte ske, jfr 31 § andra stycket skuldebrevslagen, som endast reglerar dubbelförfoganden.²⁰

Högsta domstolen höll inte med om detta synsätt utan förklarade uttryckligen att reglerna i 3 kap. skuldebrevslagen om enkla skuldebrev och, analogt, enkla fordringar, inte var tillämpliga på förfoganden över banktillgodohavanden i situationer som denna. Däremot undvek domstolen nogsamt att ange vilka regler som istället var tillämpliga. Efter att utförligt ha förklarat att reglerna i skuldebrevslagen inte gav tillfredsställande resultat avseende betalningar på grund av att dessa måste vara fristående från bakomliggande förhållanden, konstaterade domstolen helt kort. "Eftersom det är ostridigt att [banken] vid kvittningen var i god tro om [betalarens] misstag, skall [betalarens] krav på återbäring från [banken] ogillas."

3. En analys av HD:s domskäl i kvittningsdomen

Ja, vad gäller egentligen för regler för kontobetalningar? Det är tydligen i mycket en definitionsfråga. Vad är en kontobetalning, om det nu inte är ett förfogande över en fordran på banken enligt skuldebrevslagens regler?

²⁰ Jfr följande uttalande i Ds 2003:38 Finansiella säkerheter, s. 48. "Någon närmare juridisk innebörd synes inte läggas i ordet [konto], annat än möjligtvis att det är en (teknisk) form av inlåning. Med andra ord är "pengar som har krediterats ett konto" enligt svensk rätt inget annat än en fordran på den som upprättar och tillhandahåller kontot. I svensk rätt ges således det faktum att pengar har krediterats ett konto ingen annan rättsverkan än att detta utgör ett bevis för att man har ett krav på motsvarande belopp. I stället sätts fokus på själva fordringen."

Det vill synas som om Högsta domstolen utgått från att det är en egen rättsfigur men det blir därmed vanskligt att precisera vilka regler som gäller för denna. Det finns utförliga standardavtal med detaljerade villkor för användningen av olika betaltekniker, såsom Internetbank, kontokort och giro, utöver kontoavtalen, vilka styr hanteringen av många frågor kring betalning, men dessa villkor lever knappast i "laglöst" land. Det kan noteras att inga avtalsvillkor åberopades i rättsfallen ovan eller figurerade i HD:s domskäl och frågan kan ställas mot vilken bakgrund dessa villkor verkar. Dessutom är det ofta som i det senaste fallet fråga om krav mot annan än avtalspart som är av intresse; i fallet framställdes återgångskravet mot betalningsmottagarens bank, inte betalarens bank.

Genom det nya fallet aktualiseras frågorna hur definitiv en bankbetalning är och tidpunkten för dess verkställande. HD uttalar sig i domen om tre olika fall men i ett av dem utan ställningstagande till vad som gäller i det fallet. Först konstateras att om en misstagsbetalning mottas av betalningsmottagarens bank och krediteras mottagarens konto som ett *positivt saldo* (fordran på banken) och mottagaren försätts i konkurs innan denne hinner verkställa en återbetalning, betalaren lär ha separationsrätt gentemot konkursboet och återkravsrätt gentemot banken (det senare framgår dock inte explicit av domskälen). I vart fall om "beloppet varit avskilt från [betalningsmottagarens] övriga förmögenhet men förmodligen även i vissa andra fall."²¹ Beloppet skulle också enligt HD kunna förföljas hos en ondtroende senare mottagare. Med andra ord kan man säga att *godtrosförvärv till betalning* för senare led är nödvändig förutsättning för att få behålla beloppet i de fall betalaren använt misstagsbetalningen för en egen betalning.²² Samtidigt utgör detta ett exempel på undantag från principen att godtrosförvärv förutsätter positivt lagstöd, såvida inte en utsträckt analogi med 14 § skuldebrevslagen skall anses räcka som lagstöd.

²¹ Ref. s. 187. HD hänvisar här till NJA 1985 s. 178 (Kalmar varv, separationsrätt p.g.a. ogiltigt leveransavtal), NJA 1963 s. 502, NJA 1994 s. 506 och NJA 1995 s. 367 II (samtliga om separationsrätt enligt lagen (1944:181) om redovisningsmedel, direkt eller analogt tillämpad), samt Hästad, Sakrätt, 6 uppl. 1996, s. 203 f. och 173 ff. och Lindskog i Festskrift till Wennberg, 2009, s. 241 not 51. Numera kan här också hänvisas till NJA 2009 s. 500 ang. separationsrätt till medel som fränhänts kändanden genom brott.

²² Godtrosförvärv av betalningar diskuteras utförligt i en examensuppsats, Carl Lidqvist, Om godtrosförvärv och vindikation av banköverföringar, Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, höstterminen 2009.

Den angivna regeln lär gälla för betalning med kontanter men således enligt HD även för bankbetalning. För hanteringen av kontanter åberopar HD en jämförelse med 14 och 15 §§ skuldebrevslagen. Det låter sig sägas att besittning till sedlar och mynt ger fullständig förfogandelegitimation och möjlighet till godtrostförvärv för en senare mottagare i enlighet med 14 § skuldebrevslagen, men att åberopa negotiabiliteten i 15 § skuldebrevslagen ter sig inte så relevant. Jämförelsen med löpande värdepapper haltar genom att det inte finns någon gäldenär till sedlar och mynt som skulle kunna vilja göra invändningar mot borgenärens betalningskrav efter att denne i god tro fått sedlar och mynt i sin hand som betalning. Inte sedan guldmynthoten avskaffades 1931 har den svenska kronan kunnat växlas in till något annat värde.²³ Kontanter är värden *i sig* så länge de utgör legalt betalningsmedel och vi har en fungerande valuta i landet. Någon fråga om negotiabilitet avseende invändningsmöjligheter mot ondtroende eller godtroende borgenär bör därmed inte kunna uppstå.

Därefter behandlar HD fallets egentliga fråga med resultatet att, *om misstagsbetalning sker och betalningsmottagaren har en skuld till sin bank och ett kvittningsavtal med banken bortfaller betalarens återkravsmöjlighet mot banken då kvittning sker enligt avtalet och banken är i god tro om misstaget*. Denna regel kan, som nyss sagts, också tillämpas då betalningsmottagaren använt beloppet för en betalning till någon godtroende tredje man. Någon förföljelserätt föreligger då inte.²⁴ Misstagsbetalaren har kvar sin återkravsrätt mot betalningsmottagaren enligt reglerna för *condictio indebiti*, om förutsättningarna härför är uppfyllda, men har mottagaren försatts i konkurs utgör rätten endast en eventuell, oprioriterad konkursfordran.

Slutligen nämner HD att ställning inte tas till följande fall.

”Som parterna har fört sin talan finns ingen anledning att ta ställning till om en bank, som genom clearing eller annorledes i god tro om ett misstag mottar ett belopp från

²³ Se dock för annan uppfattning Dan Hanqvist, Staten som gäldenär i och garant för penningväsendet, Förvaltningsrättslig Tidskrift 2005 s. 251 (256 ff.) och Niels C. Andersen & Helene Vinten, Betalningssystemer, i Lennart Lynge Andersen (red.), Videregående kreditret, Handelshøjskolen i København, Thomson Reuters, København 2008, s. 70 not 11, ”Sedler og mønter udgør en fordring på Nationalbanken.”

²⁴ Detta kan ställas i kontrast mot den långtgående förföljelserätt genom surrogation HD anser vara möjlig i NJA 2009 s. 500, men där var inte fråga om någon tro, vare sig ond eller god, hos senare led i kontoöverföringskedjan utan om rättsverkningarna av beloppets bibehållna identitet både i sig, eller som föremål för samäganderätt eller som redovisningsmedel.

betalarens bank med fri förfoganderätt men på villkor att betalningsmottagarens konto krediteras, redan vid mottagandet – och oberoende av om kvittning eller annan disposition verkställs innan den mottagande banken råkat i ond tro om misstaget – får en oangripbar rätt till beloppet.”²⁵

Således frågan om banken får en oangripbar rätt till misstagsbeloppet *redan vid mottagandet*, innan beloppet krediterats mottagarens konto, om banken var i god tro om misstaget vid mottagandet men kommer i ond tro innan kreditering eller någon disposition sker.

Det är svårt att avgöra vad som avses med detta uttalande från HD. En kontobetalning mellan två banker består normalt i ett meddelande om att ett visst konto skall krediteras samt (underförstått) att clearing och avveckling skall ske mellan bankerna via Rix eller annat clearingsystem²⁶. Banken ”mottar” inget belopp från avsändaren som på något sätt skulle kunna ”mellanlanda” hos banken och under ”mellanlandningen” kunna bedömas som tillkommande banken med ”oangripbar rätt”. Meddelandet med betalningsordern har alltid en betalningsmottagare och bokförs därmed direkt på det kontot. Möjligen menar HD att man bör se betalningsordern i sig som beloppet den uttrycker och som därmed kan disponeras över på olika sätt samt skulle kunna innebära en rätt att få betalarens konto definitivt debiterat och att utföra en egen definitiv kreditering, omedelbart i och med att ordern kommunicerats med banken. Detta kan också uttryckas på det sättet att *definitiv betalning* skulle kunna anses ske tidigare än vid kreditering av mottagarkontot, nämligen redan vid mottagandet av betalningsordern. Men HD tar som sagt inte ställning till denna möjlighet. Denna tanke får möjligen stöd av en passus i *NJA 1999 s. 793*. HD var i domskälen i det fallet noga med att påpeka att man inte tog ställning till om definitiv betalning kunde anses ha skett för den händelse en bank *i förväg* utställde och överlämnade till kontohavaren ett bevis om kreditering, innan själva krediteringen genomfördes, eftersom i fallet kreditering och överlämnande av bokföringsavin skedde i stort sett samtidigt.

²⁵ Ref. s. 188.

²⁶ Clearing och avveckling beskrivs kortfattat av Johansson, a.a. s. 148 ff., se även Den svenska finansmarknaden 2008, s. 75 ff., utg. av Sveriges Riksbank 2008 (http://www.riksbank.se/upload/Dokument_riksbank/Kat_publicerat/Rapporter/2008/finansmarknaden2008_sv.pdf).

4. När sker definitiv betalning?

Det kvarstår därmed en väsentlig fråga. Hur tidigt i händelsekedjan för en kontobetalning kan fullbordanspunkten ligga? Frågan kan dels gälla utåt gentemot kontohavare, dels internt mellan bankerna och ytterst betalaren. Krediteringen av beloppet på mottagarkontot ter sig som ett naturligt faktum att anknyta till men i båda de nämnda domarna har HD således antytt att något annat, tidigare faktum skulle kunna vara relevant, såsom i förtid utställt bevis om betalning eller mottagande av betalningsorder. En sådan regel skulle avvika från ”kontantregeln”, eftersom i det fallet betalning aldrig skett förrän sedlar och mynt fysiskt överlämnats, vilket skulle motsvara den faktiska konteringen, men skulle stå mer i linje med det amerikanska regelsystemet och UNCITRAL:s modellag. Utan lagstöd, såsom hittills varit fallet i svensk rätt, måste dock ett sådant ställningstagande bygga på antingen ändamålsöverväganden bakom en i praxis etablerad regel eller avtalstillämpning och tolkning. Eftersom ställningstagandet skall ha genomslag sakrättsligt både vad gäller omsättningsskydd och borgenärsskydd för att kunna fungera, ter det sig svårt att endast förlita sig på eventuella avtalsskrivningar.

Betaltjänstdirektivet har inte någon uttrycklig reglering av när en definitiv betalning tidigast skall anses ha skett och om denna tidpunkt kan tidigareläggas men möjligen kan en reglering anses följa indirekt av reglerna angående godkännande (auktorisation) av betalningstransaktioner och betalningsorders oåterkallelighet i art. 54 och 66.²⁷ En förutsättning för slutlig, definitiv debitering av en betalares konto är att debiteringen ifråga godkänts av betalaren genom auktorisering för betalningsförmedlaren att debitera kontot. En sådan auktorisering kan lämnas i förväg och den kan återkallas senast samtidigt med att en betalningsorder kan återkallas, vilket som huvudregel är dagen före betalningsdagen. Har en betalning skett enligt order och var den auktoriserad skall den krediteras mottagarens konto och vara tillgänglig för denne senast vid slutet av nästföljande bankdag, art. 69 och 73. Mera i detalj anges att krediteringen skall ske på betalningsmottagarens betalningsförmedlars konto senast dagen efter transaktionsdagen och att den då också skall göras tillgänglig för mottagaren. Därefter kan återbetalning krävas endast om det rör sig om

²⁷ Se 5 kap. 14 och 15 §§ betaltjänstlagen.

en transaktion initierad av eller via en betalningsmottagare, exempelvis en kreditkortsbetalning, och auktorisationen inte haft uppgift om exakt belopp samt det debiterade beloppet ”överstiger det belopp som betalaren rimligen kunde ha förväntat sig med hänsyn till sitt tidigare utgiftsmönster, villkoren i ramavtalet och relevanta omständigheter”, art. 62.1 b).

Omvänt bör allt detta betyda att möjligheterna till *återbetalningskrav* tidsmässigt som mest kan omfatta tre bankdagar. Ett *återkallande* av betalningsordern kan ske senast i slutet av den bankdag som föregår den avtalade dagen för genomförande, art. 66 och 64, och ett *återbetalningskrav* kan framställas fram till dagen efter transaktionsdagen, art. 69 och 73 motsatsvis. Uppstår önskemålet om återtagande/avstående *tidigare* än dagen före transaktionsdagen kan betalaren fritt återta en avgiven betalningsorder. Det föreligger inget uttryckligt hinder för en bank att åta sig skuld/betalningsskyldighet gentemot en betalningsmottagare innan banken erhållit valuta från en betalare men betalaren kan inte åläggas en oåterkallelig betalning tidigare än transaktionsdagen enligt betalningsordern. Definitiv betalning i betydelsen oåterkallelig betalning i förhållande till betaltjänstleverantörerna skulle därmed ske i och med krediteringen av mottagarens betaltjänstleverantörs konto, vilket i normala fall är detsamma som kreditering av mottagarens konto.

Patentöverlåtelse, sakrättslig fullbordan och hävningsförbehåll

GÖRAN MILLQVIST

1 Inledning

Förmögenhetstillgångar i form av immaterialrätter ställer till en del problem i den civilrättsliga systematiken. Det faktum att själva tillgången som sådan är immateriell gör att särskilt de sakrättsliga reglerna har svårt att fungera tillfredsställande eftersom dessa historiskt och även idag till övervägande del bygger på antagandet om fysisk egendom som reglernas föremål. Även insolvensrättsligt föreligger en del problem som sammanhänger med immaterialrätternas särskilda karaktär. Förmögenhetsvärdet i en immaterialrätt ligger i att exploatera rätten på ett eller annat sätt men till skillnad från en maskin eller ett redskap är det som exploateras och som utgör själva förmögenhetsvärdet inte gripbart och möjligt att hantera i sinnevärlden, som ett fristående värde i sig. Som JustR Lindskog påpekar i en skiljaktig motivering i NJA 2009 s. 695 är det inte vilken nytta som helst som kan uppnå sakrättsligt skydd (utgöra egendom). En nytta kan mycket väl vara ekonomiskt värdefull för innehavaren men samtidigt vara i avsaknad av sakrättsligt skydd, vilket medför att nyttigheten blir mycket svår att förfoga över genom exempelvis försäljning. Lindskog nämner sådana tillgångar som en utredning som utförts med exklusiv rätt för beställaren och företagshemligheter. I båda fallen värden som kan uppskattas i ekonomiska termer men som inte nödvändigtvis kan omsättas som annan egendom.

Sakrättsliga regler och därmed sakrättsliga problemställningar bygger på ett antagande om att vi har att göra med hantering av fysisk egendom eller i vart fall förpliktelser som åvilar någon annan, som är skild från dem som hanterar den. Enligt detta antagande finns dels parter (rättssubjekt) som genomför olika transaktioner sig emellan, dels den egendom som transaktionerna omfattar.¹

¹ En aktuell undersökning på detta tema är Jens Andreasson, *Intellexuella resurser som kreditsäkerhet. En förmögenhetsrättslig undersökning*, Juridiska institutionens skriftserie. Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, Skrift 6, Göteborg 2010. En bred och intressant studie på temat är Claes Martinsson, *Sakrätt avseende annat än egendom*, Festskrift till Torgny Håstad, Iustus Förlag, Uppsala 2010 s. 529.

Härur följer till helt övervägande del de frågeställningar sakrätten befattar sig med, såsom frågor om identifierbarhet (specialitet), besittningsövergång, separationsrätt och viss egendoms läge vid ett konkursutbrott eller utmätnings-tillfälle. En enkel fordran på betalning är i sig icke-materiell egendom men är hanterbar i denna systematik såsom en tillgång skild från dess innehavare, som kan disponeras över enligt kända regler (skuldebrevslagen). Liknande är förhållandena för kontoförda tillgångar, såsom ett positivt saldo på ett bankkonto (som också är en fordran), ett innehav av finansiella instrument i en värdepappersdepå (värdepapperskonto), ett innehav av elcertifikat eller utsläppsrätter på konto. Dessa tillgångar är icke-materiella men genom kontoföringen ändå skilda från det subjekt som är innehavare (av kontot och tillgången på kontot). Svårare blir det då det rör sig om immaterialrätter eftersom dessa endast består i en intellektuell prestation, i grunden en idé (en uppfinning, formgivning, berättelse, komposition etc.), även om denna sedan genom lagstiftningen gjorts exklusiv.

De antydda tveksamheterna skulle naturligtvis vara ur världen om lagstiftningen innehöll tillräckligt detaljerade regler för att besvara frågorna. Så är dock inte fallet, tvärtom är lagstiftningen märkligt tyst när det gäller sakrättslig och insolvensrättslig hantering av immaterialrätter.²

Strax före jul 2010 kom en dom från Högsta domstolen avseende giltigheten gentemot ett konkursbo av en hävning av en patentöverlåtelse *NJA 2010 s. 617*. Fallet illustrerar några av de frågor som står obesvarade när det gäller transaktionssidan inom immaterialrätten.³

En första allmän fråga är vad det egentligen är som hävs då hävning sker av en patentöverlåtelse. Ja självklart hävs försäljningsavtalet vilket enligt allmänna principer brukar innebära att fullgjorda prestationer enligt avtalet skall återlämnas. Levererad egendom skall återlämnas och köpeskillingen skall återbetalas som huvudregel. Men en hävning av en patentöverlåtelse måste rimligen betyda något mera, nämligen främst ett förbud för förvärvarn att efter hävningstidpunkten exploatera patentet, således en hävning för

² En illustration till detta är HD:s utförliga svar på frågor från tingsrätt i *NJA 2005 s. 510* avseende ett konkursbos dispositioner över upphovsrättsskyddade och licensupplåtna motiv och mönster för brukskonst.

³ Det bör noteras att fallet *inte* gällde en licensupplåtelse utan en försäljning men eftersom Claes har sitt rättsvetenskapliga ursprung inom immaterialrätten, med avhandlingen *Patentlicenser*, *Studier i licensavtal* angående patentansökningar och know-how med särskild hänsyn till amerikansk och tysk rätt, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1974, har jag ändå tyckt att en rättsfallskommentar med några funderingar inom detta område kunde vara ett lämpligt bidrag till en festskrift till honom.

framtiden (ex nunc).⁴ Hävningen innefattar också en hävning för förfluten tid (ex tunc) så att eventuell dokumentation avseende patentet och bevis om dess existens såsom patentbrev och liknande skall återlämnas. Men sådana manifestationer av patentet är inte i sig immaterialrätten, denna består i den uppfinning som registrerats och beviljats patentskydd. Värdet av immaterialrätten ligger i exploateringsmöjligheten. Det är exploateringsrätten som är det centrala och som måste återgå för att en hävning skall vara meningsfull.

2 Rättsfallets bakgrund

I slutet av 1990-talet hade en uppfinnare utvecklat en ny absorlator tillverkad i böjligt och icke korroderande material, bland annat för användning i värmeväxlare och uppvärmningssystem baserade på solenergi. Patent beviljades nationellt och internationellt och exploatering skulle ske via ett särskilt uppsatt bolag. Uppfinnaren överlät samtliga patent och pågående patentansökningar till bolaget mot dels en fast ersättning, dels en rörlig del kopplad till framtida försäljning. I överlåtelseavtalet ingick en uppsägningsklausul enligt vilken endera parten bland annat vid andra partens obestånd eller konkurs ägde säga upp avtalet med omedelbar verkan, varvid äganderätten till den överlåtna egendomen skulle återgå utan särskild ersättning.⁵

Bolaget lyckades inte åstadkomma någon nämnvärd försäljning inom den tid som det fanns utvecklingskapital anslaget för och under sommaren 2002 blev situationen akut och rekonstruktion sattes igång. Denna lyckades dock inte och i slutet av november 2002 försattes bolaget i konkurs. Uppfinnaren hade redan i slutet av september sagt upp (hävt) överlåtelseavtalet eftersom han menade sig ha god grund för att anta att bolaget var på obestånd. Denna uppsägning godtogs inte av bolaget. Uppsägningen av avtalet noterades vid edgångssammanträdet i konkursen men senare under våren 2003 sålde konkursförvaltaren boets samtliga tillgångar inklusive patent och patentansökningar till utomstående, med reservation för att uppfinnaren kunde vara den rättmätige ägaren av dessa tillgångar. Förvaltaren var av den uppfattningen

⁴ Se ang. hävning av avtal inom immaterialrätten Bengt Domeij, Patentavtalsrätt, 2 uppl., Stockholm 2010, s. 360 ff. och 371 f. samt Jan Rosén, Upphovsrättens avtal, 3 uppl., Stockholm 2006, s. 193 f. och 221.

⁵ Klausulen löd, "Part äger säga upp detta avtal till omedelbart upphörande (och skall äganderätten till den överlåtna egendomen återgå utan särskild ersättning) — b) om den andra parten försätts i konkurs, träder i likvidation, underlåter att behörigen infria accepterad växel eller annan icke tvistig förbindelse eller eljest kan antas ha kommit på obestånd."

att uppsägningen inte var bindande för konkursboet utan att även patent och patentansökningar ingick i boets tillgångar. Frågan i domstol i tvist mellan uppfinnaren och konkursboet blev därmed en fråga om bättre rätt till patent och patentansökningar. Uppfinnaren hävdade sig ha bättre rätt till egendomen på grund av uppsägningen framför konkursboet vid tidpunkten för boets överlåtelse av sina tillgångar.

Sett från patenträttslig och ekonomisk utgångspunkt är detta en besvärlig situation eftersom tiden ofta är en avgörande faktor för värdet. Ett förfarande i domstol som isolerar befintliga patent från exploatering och medför risk för att patentansökningar inte hålls vid liv av någon, kan innebära att hela det ekonomiska värdet försvinner. När väl domstolsförfarandet är avslutat finns det inte längre något att exploatera för den vinnande parten. Beviljade patent kanske har löpt ut eller så har utvecklingen på området gått vidare i andra eller parallella spår. Patentansökningar kan ha förfallit på grund av utebliven fullföljd. Detta var tydligen fallet i den aktuella tvisten men förmodligen ville uppfinnaren få sin rätt fastställd för att därefter kunna vända sig mot konkursboet och konkursförvaltaren.

Sett från insolvensrättslig och förmögenhetsrättslig utgångspunkt är detta en besvärlig situation eftersom viss osäkerhet råder angående så kallade ipso facto-klausulers verkan i konkurs och om immaterialrätt skall behandlas som annan lös egendom i fråga om krav på hävningsförbehåll vid hävning av avtal eller om särskilda lösningar gäller.

3 Domstolarna

Tingsrätten ogillade uppfinnarens talan. Det aktuella avtalet utgjorde en överlåtelse av egendomen, inte en licensupplåtelse eller därmed jämställt avtal som uppfinnaren hävdade, bland annat påpekade tingsrätten att uppfinnaren själv uppgett att man ingått en överlåtelse eftersom banken ville kunna pantsätta patenten, och det var ostridigt att uppsägning skett på det sätt som angivits samt att uppsägningsklausulen var obligationsrättsligt giltig. Det var också styrkt att gäldenärsbolaget var på obestånd vid hävningstidpunkten. Men däremot fann tingsrätten att klausulen saknade sakrättslig verkan på grund av att den var riktad mot tredje mans rätt, nämligen de blivande eller befintliga konkursborgenärernas rätt. ”Av allmänna rättsliga principer följer att en sådan klausul inte bör tillerkännas sakrättslig giltighet.”⁶ Av detta följ-

⁶ Ref. s. 621.

de enligt tingsrätten att hävningen inte kunde medföra att uppfinnaren hade bättre rätt till egendomen trots att hävningen skett före konkursutbrottet.

Hovrätten gick på samma linje som tingsrätten men med något annan motivering i det sakrättsliga ställningstagandet. Det rörde sig om ett överlåtelseavtal – även hovrätten pekade på att en tilltänkt pantsättning föranledde parterna att teckna ett överlåtelseavtal, inte en licensupplåtelse, gäldenärsbolaget skulle ha rätt att förfoga över egendomen – och hävningen hade skett enligt klausulens förutsättningar sedan bolaget kommit på obestånd. Men hovrätten tog fasta på att bolagets ”fundamentala uppgift” vara att exploatera de aktuella uppfinningarna och att bolaget följdriktigt ”vidtagit betydande och kostnadskrävande åtgärder i syfte att fullgöra denna uppgift.”⁷ I det läget kunde uppfinnaren inte återfå de aktuella immaterialrättsliga rättigheterna, med verkan mot bolagets borgenärer, enbart genom en uppsägning av överlåtelseavtalet. Inte ens med bolagets godtagande kunde det ske. Hovrätten fortsatte med att konstatera att detta gällde ”oavsett att det fanns en klausul om att [uppfinnaren], för det fall att bolaget kunde antas ha kommit på obestånd, hade rätt att med omedelbar verkan säga upp avtalet och utan särskild ersättning återfå överlåtten egendom, en klausul som framstår som tillkommen i syfte att vid risk för konkurs ge [uppfinnaren] en långtgående förmån på andra borgenärers bekostnad.”⁸ Det vill synas som om hovrätten haft en oskälighetsprövning i åtanke, kanske enligt 36 § avtalslagen, kombinerat med en prövning enligt bolagsrättsliga borgenärsskyddsregler, men det finns inga referenser till vad som tillämpats i domskälen.

HD valde däremot att godta hävningen som giltig och verksam fullt ut. Det fastställdes därmed att uppfinnaren hade bättre rätt till patenten och patentansökningarna vid tiden för boets överlåtelse. Skälen till utgången bestod sammanfattningsvis i att en i sig giltig hävning ansågs ha företagits före konkursutbrottet och att återgången av egendomen sakrättsligt fullbordades omedelbart i och med hävningen. I och med dessa ställningstaganden hade uppfinnaren uppnått sakrättsligt borgenärsskydd för egendomen före konkursutbrottet, vilket borde ha respekterats av konkursförvaltaren.⁹

⁷ Ref. s. 624.

⁸ Ref. s. 624.

⁹ JustR Torgny Håstad var referent. Domen var enhällig och saknar, ovanligt nog numera, både avvikande motiveringar och särskilda tillägg.

4 Granskning av HD:s domskäl

HD inledde sin materiella prövning med att förklara innebörden av relationen mellan ett konkursbo och konkursgäldenärens avtalsmotparter. Ett konkursbo "har i princip (jfr 63 § köplagen och 2 kap. 20 § lagen om företagsrekonstruktion) samma men inte bättre rätt än konkursgäldenären till prestationer från medkontrahenten."¹⁰ Och skall medkontrahenten ha något annat eller mera än en ordinär konkursfordran för sina krav krävs sakrättsligt skydd eller inträde från boets sida. I den aktuella situationen innebar detta att då boet medgett att hävningsklausulen var obligationsrättsligt bindande för avtalsparterna och det var styrkt att gäldenärsbolaget var på obestånd vid hävningen (det följde av prövningstillståndet), en för bolaget bindande hävning skett. Men för att hävningen skulle ge uppfinnaren bättre rätt till egendomen krävdes också att denna återgått till honom med sakrättslig verkan. Med andra ord blev frågan vad som krävdes för att en äganderättsövergång till immaterialrätt skulle uppnå sakrättsligt skydd. HD tvekade inte om svaret. "När en immaterialrätt överläts får förvärvarens rätt till immaterialrätten skydd mot överlåtarens borgenärer genom avtalet (jfr NJA 2009 s. 695 rörande dubbelöverlåtelse). --- I analogi med detta kan det inte heller krävas något sakrättsligt moment för att en obligationsrättsligt giltig hävningsförklaring, som avgetts före utmätning eller konkurs, ska medföra en sakrättsligt skyddad återgång av immaterialrätten och således ge överlåtaren bättre rätt till immaterialrätten än förvärvarens borgenärer."¹¹

Det kan noteras att HD i citatet inte ställer upp några reservationer för hur rättsläget är beskaffat. Avtalsprincipens giltighet på immaterialrättsområdet bekräftas reservationslöst, även om det sker domskälsvis både i denna och den åberopade domen NJA 2009 s. 695. Se om denna fråga strax nedan, först skall resten av domen refereras eftersom flera led återstår innan slutet.

HD väckte frågan om det möjligen krävs uttryckligt hävningsförbehåll för att kunna häva en överlåtelse av immaterialrätt, generellt eller i vart fall sedan förvärvaren tillåtits börja utnyttja rätten, på liknande sätt som regleras för köp av vara enligt 54 § fjärde stycket köplagen. Denna fråga behövde dock inte besvaras sägs det eftersom det ju förelåg en uttrycklig hävningsklausul i det aktuella överlåtelseavtalet. Men även anslutande frågor kunde väckas, enligt HD, nämligen om tillåtelse till utnyttjande eller fri förfoganderätt uteslöt hävningsrätt eller i vart fall medförde att sakrättsligt skydd saknades för hävning

¹⁰ HD:s dom punkt 8.

¹¹ HD:s dom punkt 10.

i konkurs. Köparens utnyttjande av immaterialrätten avfärdades omedelbart som ett möjligt hinder mot hävningsrätt eftersom det inte utgjorde hinder för hävning av förvärv av lösöre. ”Däremot skulle en tillåtelse för köparen att *fritt förfoga över* immaterialrätten, t.ex. genom att sälja den till tredje man innan köpeskillingen betalats, i enlighet med vad som gäller för lösöre (se t.ex. NJA 1932 s. 292) kunna tänkas leda till att en genom hävning åstadkommen återgång inte kan få sakrättslig effekt; detta skulle betyda att säljaren inte skulle få bättre rätt än konkursboet om avtalet hävs *sedan köparen försatts i konkurs*.¹² Härfter påpekade HD, vilket blev avgörande för domen, att en återgång av egendom på grund av hävning *innan konkursutbrottet* mycket väl kunde ha full rättsverkan, även sakrättsligt, oberoende av eventuell fri förfoganderätt för förvärvaren. Har en hävning skett av ett överlåtelseavtal och den överlåtna egendomen återgått till säljaren på sådant sätt att relevant sakrättsmoment har iakttagits, måste detta respekteras i förvärvarens efterföljande konkurs. Och eftersom det i detta fall rörde sig om en immaterialrätt medförde avtalsprincipen att egendomen omedelbart i samband med hävningen återgick sakrättsligt till uppfinnaren vilket i sin tur innebar att patenten och patentansökningar inte var i gäldenärens ägo vid konkursutbrottet.

I målet hade konkursboet också argumenterat för att hävningen skulle vara ogiltig på grund av att konstruktionen hävning utan återbetalningsskyldighet skulle vara obligationsrättsligt ogiltigt, vilket i sin tur skulle innebära att hävningen inte var verksam mot boet. HD höll inte med om detta. Hävningsvillkorets konstruktion kunde inte antas få en sådan oskälig effekt för gäldenären och boet att hävningen skulle sakna verkan i konkursen. Inte heller kunde boets påstående om hävningens överksamhet tolkas som invändning om återvinning enligt 4 kap. 19 § konkurslagen (1987:672), eftersom boet inte påstått att gäldenären var eller blev på obestånd vid hävningen, som skulle krävas enligt 4 kap. 5 § konkurslagen.

5 Några reflektioner i anledning av domen

I denna dom, liksom i de efterföljande domarna NJA 2010 s. 725 och NJA 2010 s. 734, är HD noga med att ta upp och precisera förhållandet mellan en konkursgäldenär, dennes konkursbo och medkontrahenter i pågående avtalsförhållanden. Det har på liknande sätt som i denna dom förklarats att ett konkursbo inte har någon annan eller bättre ställning avseende gäldenärens kontraktsförhållanden än vad gäldenären själv hade. Det poängteras från HD:s

¹² HD:s dom punkt 12, kursiveringar i original.

sida att pågående kontraktsförhållanden inte påverkas av att den ena kontraktsparten försätts i konkurs. Det verkar som om HD vill hålla undan alla eventuella synpunkter om att konkursen medför att pågående avtal upphör. Det är visserligen sant att konkurs inte är någon generellt verkande ogiltighetsanledning. Avtal upphör inte att finnas till på grund av att den ena parten i ett pågående kontraktsförhållande försätts i konkurs. Men samtidigt är det ovedersägligen så att konkursen i normalfallet medför att pågående avtal upphör att fungera i praktiken eller i vart fall får helt andra förutsättningar. Leveransavtal kan inte fullföljas utan vidare. Är gäldenären den leveransskyldige behöver konkursförvaltaren inte fullgöra leveranserna om det inte ligger i boets intresse, eftersom medkontrahenten i typfallet inte har uppnått sakrättsligt skydd för leveransen vid konkursutbrottet. Förvaltaren kan bryta avtalet och låta motparten göra gällande en skadeståndsfordran som konkursfordran. Om detta är till boets (övriga borgenärs) fördel *skall* till och med förvaltaren agera på det sättet. Är motparten den leveransskyldige kan denne i många fall vägra fullgörelse om inte motprestation sker eller säkerhet ställs med åberopande av befarat dröjsmål med motprestationen. I princip samma effekter inträder då det rör sig om tjänster av olika slag, liksom för anställningsavtal. Förvaltaren kan bryta avtalen och motparten kan ställa krav för att fullgöra, de anställda kan naturligtvis vägra arbeta om de inte får garantier för lönen, vanligen i form av statlig lönegaranti.

Att säga att konkurs inte påverkar avtalsförhållanden är riktigt i så måtto att den avtalsrelation som förelåg mellan gäldenären och motparten ligger till grund för motpartens ställning i förhållande till konkursboet och i konkursen men motpartens *faktiska ställning* påverkas i högsta grad av konkursen i många fall.¹³

Denna önskan från HD:s sida att förklara relationen mellan avtal och konkurs framstår som ett önskemål om att styra rättsläget åt ett specifikt håll

¹³ I NJA 2010 s. 734 finns följande principiellt riktiga men samtidigt ganska verklighetsfrämmande uttalande av JustR Lindskog. "En återvinningstalan avseende ett avtal eller en avtalsprestation berör inte avtalsförhållandet mellan avtalsparterna (d.v.s. konkursgäldenären och återvinningssvaranden). Avtalet och därur följande rättigheter och förpliktelser består även om boets återvinningstalan är framgångsrik. I stället innebär återvinningen en korrigering av avtalets verkningar såvitt gäller det inbördes förhållandet mellan konkursborgenärerna. Återvinningssvaranden har mot konkursgäldenären därför en på avtalet grundad rätt att få återställt vad han förlorat genom återvinningen. Om t.ex. en betalning återvinns, leder det till att fordringsrätten återuppstår, och den kan till följd av det också bevakas i konkursen (4 kap. 21 § konkurslagen)." Detta är naturligtvis helt riktigt men det är i praktiken en väsentlig skillnad mellan att ha fått betalt för sin fordran respektive att ha en bevakningsbar fordran i konkurs!

på detta område. HD verkar vilja renodla regelverket inom ”konkursavtalsrätten” och samordna obligationsrätten, sakrätten och konkursrätten (kanske snarare insolvensrätten eftersom företagsrekonstruktion ibland finns med). Genom en skiljaktig mening i NJA 2010 s. 725 förklarar JustR Håstad vad som enligt hans uppfattning följer av allmänna regler på området.

”I princip har ett konkursbo — — — inte bättre rätt mot konkursgäldenärens medkontrahenter i bestående avtal än vad konkursgäldenären har. Det betyder att medkontrahenten i princip kan framställa alla invändningar mot fortsatt egen prestationsskyldighet som vore möjliga att framställa mot konkursgäldenären vid krav från denne. Om medkontrahenten kan häva avtalet enligt de regler som är tillämpliga i förhållande till konkursgäldenären, har hävningsrätten ansetts gälla också mot konkursboet (se NJA 1989 s. 206 rörande förverkande av nyttjanderätt; jfr NJA 1916 s. 154 och 1996 s. 368 rörande kvittning i konkurs).”

Detta innebär bland annat att medkontrahenten kan använda hävningsshotet som ett påtryckningsmedel och kräva fullt betalt för tidigare prestationer för att gå med på att fullgöra ytterligare prestationer. Men enligt allmänna regler bör principen i 2 kap. 20 § lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion, om förbud mot hävning på grund av gäldenärens ”gamla” betalningsdröjsmål, ha genomslag även i konkurs enligt Håstad. Denna allmänna regel påminner också mycket om 63 § köplagen (1990:931) på det sättet att boet måste svara inom skäligen tid på medkontrahentens fråga om boet vill inträda och betala vid leverans eller ställa säkerhet för betalningen. Dessa ställningstaganden av Håstad sker visserligen i en skiljaktig mening men är ändå värda att framhålla eftersom JustR Lindskog, som tillhörde majoriteten i det fallet förklarade i ett särskilt tillägg att rättsläget sådant det framstod i rättspraxis var otillfredsställande och att han därför delade ”i frågan i det väsentliga den uppfattning justitierådet Torgny Håstad uttryckt i sin skiljaktighet.”¹⁴

Den här aktuella immaterialrättsdomen är också ett bra exempel på denna strävan från HD:s sida. Ett ställningstagande till hävningen av patentöverlåtelser förutsätter att man beaktar de sakrättsliga effekterna (förändringarna) som har skett före konkursutbrottet och låter detta rättsläge avgöra motpartens rättsställning i konkursen. Förvaltarens manöverutrymme i konkursen bestäms av hur läget såg ut vid konkursutbrottet. Om sakrättslig fullbordan då förelåg i relevanta avseenden är förvaltaren bunden därav. Förvaltaren har i det läget inget extraordinärt manöverutrymme på konkursrättslig grund.

¹⁴ Ref. s. 733.

En annan fråga som kan ställas i anledning av domen är var ett patent finns? Svaret är naturligtvis, överallt och ingenstans. Den patenterade uppfinningen finns kanske i uppfinnarens huvud och möjligen, indirekt, i den dokumentation som ligger till grund för patentet och som beskriver uppfinningen. Det innebär naturligtvis att ingenting i fysisk mening överläts och återtogs i den aktuella tvisten, utan endast kravet på att omvärlden skulle respektera innehavarens ensamrätt och därmed exploateringsrätt. Det sakrättsliga regelsystemet anses dock sedan tidigt 1900-tal innefatta ett krav på att en överlåtelse eller pantsättning måste ha manifesterats på ett förutbestämt sätt för att äga rättsverkan gentemot omvärlden. Ett så kallat sakrättsligt moment skall ha iakttagits vilket innebär att *rådigheten* över den överlåtna eller pantsatta egendomen skall ha frångått överlåtare/pantsättaren för att en transaktion skall vara sakrättsligt fullbordad. Skälet för detta är att när konkurrens uppstår avseende samma egendom, på grund av obehöriga förfoganden, dubbelförfoganden eller borgenärskrav, skyddas den part som kan uppvisa en fullbordad rättsställning, ibland kombinerad med ett krav på god tro om eventuella brister bakåt i fångskedjan.

I förhållande till en överlåtares/pantsättares borgenärer anses en förvärvare/panthavare mera skyddsvärd från den stund egendomen ifråga inte längre finns tillgänglig inom överlåtarens/pantsättarens förmögenhetssvär. Finns rådigheten däremot kvar hos överlåtare/pantsättaren ingår egendomen fortfarande i dennes förmögenhetssvär och tillfaller i händelse av konkurs borgenärerna. Denna tankegång förutsätter att det är meningsfullt att tala om rådigheten över viss egendom såsom något som är skilt från person och som kan tillkomma den ena eller andra personen (eller flera samtidigt) och som kan förflyttas mellan olika personer. Innehavet av en lös sak eller ett värdepapper eller en sekundogäldenärs skyldighet att prestera till en viss borgenär på förfallodagen innebär att en viss person kan pekas ut som innehavare av tillgången ifråga och med tillämpning av relevanta regler kan detta innehav överflyttas på ett iakttagbart sätt till en annan person. Rör det sig om ett fysiskt föremål är det helt enkelt fråga om var föremålet finns och rör det sig om en fordran eller rättighet kan det enligt legitimationsregler avgöras vem gäldenären är skyldig att prestera till.

I denna regelmiljö utgör immaterialrätten ett problem. Bland de manifestationer som ansetts utgöra relevanta moment att ta fasta på i den sakrättsliga prövningen (tradition, denuntiation, märkning eller registrering) har det visat sig att ingen av dem har relevans eller finns tillgänglig för avgörande av rådigheten över immaterialrätten. Rätten i sig kan inte överlämnas fysiskt, det finns inte heller någon rättsligt relevant symbol vars innehav medför rättsverkningar, det finns ingen gäldenär som det är meningsfullt att denuntiera (för att styra

legitimationsfrågan), det går inte att märka en immaterialrätt och lagstiftaren har endast i begränsad omfattning infört registrering som en möjlighet. Resultatet har därmed blivit att man varit tvungen att konstatera att immaterialrätter inte kräver något fristående sakrättsmoment för att kunna disponeras med sakrättslig verkan. En överlåtelse i sig räcker för att förvärvaren skall ha uppnått en skyddad position i förhållande till andra senare förvärvare (men inte tidigare förvärvare) och överlåtarens borgenärer, på samma sätt som gäller för konsumentköp enligt 49 § konsumentköplagen (1990:932) och för förvärv av hus på ofri grund (avtalsprincipen).¹⁵ Samma gäller vid återgång av avtal, såsom framgår av rättsfallet. En hävning av ett överlåtelseavtal fullbordas omedelbart genom att tillgången ifråga skall anses ha återgått till överlåtaren. Men bristen på sakrättsmoment innebär inskränkningar. Det går inte att godtrosförvärva en immaterialrätt eftersom tradition inte kan ske och det finns inga positiva regler som anger att exstinktivt förvärv kan ske. Det går inte att pantsätta en immaterialrätt med sakrättslig verkan, utom patent och varumärke som lagstiftaren skärskilt pekat ut som pantsättningsbara genom registrering av panträtten, eftersom det inte går att tillskapa ett läge där en panthavare skulle kunna hävda en skyddad position.¹⁶

Rättsläget kan mot denna bakgrund beskrivas som haltande utifrån sakrättslig utgångspunkt vilket kan förklaras av att immaterialrätter inte är jämförbara med andra kategorier av lös egendom. Själva uppfinningen eller verket kan inte hanteras som något fristående förmögenhetsvärde utan en lagstiftning som tillhandahåller isolering och ensamrätt, vilket är detsamma som att värdet är helt avhängigt lagstiftningen.

6 Patentöverlåtelse, hävningsförbehåll och fri föfoganderätt

Som HD:s domskäl utvisar är de obligationsrättsliga, sakrättsliga och insolvensrättsliga aspekterna avhängiga varandra för bedömningen av hävningsens rättsverkan. Det kan tänkas att ett hävningsförbehåll i ett patentöverlåtelseavtal som är kombinerat med fri föfoganderätt över patentet för förvärvaren inte är sakrättsligt giltigt, lika lite som det är giltigt för lösöre enligt NJA 1932 s. 292, men att detta inte hindrar obligationsrättslig giltighet och genomslag insolvensrättsligt om hävningen sker och fullgörs före konkurs.

¹⁵ Se Andreasson, *Intellectuella resurser som kreditsäkerhet*, s. 54 med utförliga hänvisningar i not 49.

¹⁶ Se 12 kap. patentlagen (1967:837) och 34 a–j §§ varumärkeslagen (1960:644).

Konkursboet är i sådant fall bundet till att respektera det som har skett eller att angripa avtalet på obligationsrättslig grund eller möjligen genom återvinning. Här kan immaterialrättens efemära karaktär kanske förvilla tanken något. Det syns ju inte på immaterialrätten att överlåtelseavtalet hävts. Varken immaterialrätten som sådan eller dess "läge" utvisar något som helst om vem den tillkommer. Gör man då en jämförelse med fysisk egendom eller sådan icke materiell egendom som kräver ett sakrättsmoment kan (en felaktig) slutsats bli att hävningen inte är giltig i konkurs. Det framstår ju som om egendomen fortfarande tillhör förvärvaren.

När det gäller lösöre finns viktiga inskränkningar i möjligheterna att förbehålla hävningsrätt (återtaganderätt, äganderätt) för en säljare, vilka har utvecklats i rättspraxis. En sådan inskränkning är att köparen inte får ha fri förfoganderätt över lösöret innan köpeskillingen slutbetalats. Har köparen sådan rätt är förbehållet inte verksamt vid utmätning hos köparen eller i dennes konkurs enligt HD i NJA 1932 s. 292. Det innebär att säljaren står oskyddad även om lösöret finns kvar hos köparen då exekution inleds. Men om hävningen skett före utmätningen eller konkursutbrottet och också verkställts genom återgång av lösöret till säljaren kan återgången inte angripas på denna grund. Hävningsförbehållet har således obligationsrättslig verkan och om det verkställts genom iakttagande av sakrättsmomentet (tradition), får det också sakrättslig verkan. Återstår i sådant fall att få förbehållet ogiltigförklarat eller bortjämkat enligt reglerna i 3 kap. avtalslagen (1915:218).

HD:s godtagande av den aktuella hävningsklausulen trots fri förfoganderätt för förvärvaren kan också ses i ljuset av NJA 2009 s. 79 vari HD godtog och utvecklade en princip om att fri förfoganderätt kan kombineras med en begränsad upplåtelse till egendom utan att det förtar upplåtarens äganderätt och separationsrätt i mottagarens konkurs (om egendomen då finns kvar där). I detta fall valde HD att godta leverantörens säkerhetsarrangemang, på den grunden att *leasing*, såsom innebärande uthyrning, inte förtog leverantörens separationsrätt trots att återförsäljaren/hyrestagaren hade en avtalad fri förfoganderätt över leasingobjekten. Leverantören hade i det fallet full rätt att hämta ut de fordon (husbil och husvagn) som var aktuella strax före återförsäljarens konkurs eftersom dessa upplåtits till återförsäljaren med endast begränsad rätt. Detta var enligt HD utslag av en "grundläggande princip" avseende äganderättens försteg, som bland annat kommer till uttryck i 53 § kommissionslagen (1914:45)¹⁷ och som "får anses tillämplig" även på leasingupplåtelse från leverantör till återförsäljare.

¹⁷ Numera 23 § kommissionslagen (2009:865).

I förhållande till den nya immaterialrättsdomen kan det konstateras att HD väljer att anpassa tillämpningen till den gamla domen från 1932. Det hade gått bra att göra en mera fristående bedömning av hur rättsläget är beskaffat på immaterialrättsområdet utan att snegla på lösörereglerna. Men det vill synas som om HD inte är beredd att rucka på principen från 1932 att ägar- och återtagandeförbehåll saknar sakrättslig verkan om de är kombinerade med fri förfoganderätt för köparen. Det uttalas inte i domen men det framstår som om HD skulle ha underkänt uppfinnarens hävning om den skett efter konkursutbrottet. Nu behövde domstolen inte avgöra den frågan liksom inte heller frågan om vilken verkan hävningsklausulen i sig skulle ha haft gentemot konkursboet såsom en ipso facto-klausul. Kanske ligger i HD:s påpekande om att hävningen företagits och verkställts före konkursutbrottet att samma åtgärd efter utbrottet inte skulle ha haft någon effekt. Det kan noteras att JustR Håstad i sin skiljaktiga mening i NJA 2010 s. 725 menar att enligt allmänna regler kan en medkontrahent till gäldenären inte häva ett avtal om el-leveranser efter konkursutbrottet med återopande av "gamla" betalningsdröjsmål och att konkursboet har en tvingande inträdesrätt i avtalet men också skyldighet att lämna besked om inträde och eventuellt ställa säkerhet för betalningen av nya leveranser.¹⁸ Här skulle enligt Håstad på allmänna grunder gälla samma regler som framgår av 2 kap. 20 § lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion och 63 § köplagen (1990:931). Det ligger nära till hands att tro att detta även omfattar immaterialrättsområdet.

¹⁸ Se ovan vid not 14.

Aktier utan aktiebrev – en blind fläck i bolagsrätten?*

GÖRAN MILLQVIST**

1. Inledning. Vad är problemet?

Hur erhålls sakrättsligt skydd vid överlåtelse eller pantsättning av aktier som inte finns upptagna i avstämningsregister och för vilka aktiebrev inte har utfärdats? Denna fråga, avseende en förvärvares eller panthavares skydd för sitt förvärv av kupongaktier¹ som inte manifesterats i aktiebrev gentemot andra pretendenter till aktierna eller i överlåtarens eller upplåtarens konkurs eller vid utmätning hos denne, är en fråga som återkommer med olika mellanrum för prövning, både i praktiken och inom rättsvetenskapen. Den får dock inte något definitivt svar förrän lagstiftaren bestämmer sig och anger vad som ska gälla eller Högsta domstolen (HD) får möjlighet att avge ett svar. Problemet är att uttryckliga regler för uppkomsten av sakrättsligt skydd i olika kollisionsfall endast finns för avstämningsaktier i 6 kap. lagen (1998:1479) om värdepapperscentraler och kontoföring av finansiella instrument (LVKF), och för *aktiebrev* i privata bolag i 6 kap. 8 § aktiebolagslagen (2005:551) (ABL) med hänvisning till 13, 14 och 22 §§ skuldebrevslagen (1936:81) (SkbrL). Samtidigt förekommer det att olika transaktioner avseende kupongaktier genomförs utan att några aktiebrev har utställts. Det kan exempelvis vara fråga om transaktioner där inga aktiebrev alls ställts ut eller utställda brev förkommit och dödningsförfarande igångsatts och pågår eller transaktioner som avser både befintliga och eventuella framtida aktier efter emission men där de senare inte blir manifesterade i aktiebrev.

* Har tidigare publicerats i Festskrift till Rolf Skog, Norstedts Juridik (2021) s. 935 ff.

** Professor i civilrätt vid juridiska fakulteten, Stockholms universitet, tillika föreståndare för Stockholm Centre for Commercial Law.

¹ Här används uttrycket kupongaktier för aktier i bolag som inte är avstämningsbolag, oberoende av om de uttrycks i aktiebrev eller inte.

Det föreligger inget tvång enligt ABL att utfärda aktiebrev, 6 kap. 1 § ABL.² Lagen skiljer mellan aktie och aktiebrev. *Aktiebrevet* är ett värdepapper som följer reglerna för löpande skuldebrev genom hänvisningen i 6 kap. 8 § ABL, men vad som gäller för *aktie* i de frågor som regleras i skuldebrevslagen, går inte att utläsa ur ABL, förutom att aktie som huvudregel är fritt överlåtbar, enligt portalstadgandet i 4 kap. 7 § ABL. Det fysiska innehavet av aktiebrev är inte någon nödvändig betingelse för aktieägarens rätt gentemot bolaget (dennes förvaltningsbefogenheter). I den delen är det anteckning i aktieboken om innehav av aktier i bolaget som är avgörande, jfr 4 kap. 37 § ABL.

I 6 kap. 8 § ABL regleras uttryckligen endast det fallet att *aktiebrev* överlåtes eller pantsättes. Frågan är om detta stadgande är exklusivt, så att det utesluter andra möjligheter till sakrättsligt fullbordade förvärv, eller om det endast reglerar fallet då aktiebrev finns utfärdade och därmed ska överlämnas i samband med överlåtelse och pantsättning men lämnar öppet vilka regler som annars gäller.

2. Spåren bakåt i lagstiftningshistorien

I lagberedningens förslag till aktiebolagslag 1941, fanns ganska utförliga regler om effekterna av brevlösa aktietransaktioner i 41 och 42 §§.³ Huvudprincipen i dessa regler var att brevlösa aktier närmast var att jämställa med enkla fordringar och att *denuntiation till bolaget* var relevant åtgärd för sakrättslig verkan för överlåtelse och pantsättning. Här förordades en analogi med 31 § SkbrL. Någon lagstiftning kom dock inte till stånd i dessa delar.⁴

² Jfr härtill för samma ståndpunkt enligt äldre rätt Håkan Nial, Om aktiebrev och andra aktierättsliga dokument, P. A. Norstedt & Söner, Stockholm 1929, s. 8 ff. och Curt Ols-son, Aktieförvärvares rätt i förhållande till bolaget, Akademiska Bokhandeln, Helsingfors 1949, s. 26 f.

³ SOU 1941:8 Förslag till lag om aktiebolag m.m. I Lagtext, s. 19 ff., och SOU 1941:9 Förslag till lag om aktiebolag m.m. II Motiv, s. 174 ff. Reglerna var föranledda av möjligheten att enligt förslaget 3 § 4 st. i bolagsordningen ange att inga aktiebrev skulle utfärdas, se SOU 1941:8 s. 1.

⁴ I SOU 1942:47 Lagrådets utlåtande över lagberedningens förslag till lag om aktiebolag m.m., s. 12 f., ansåg Lagrådet att det inte förelåg något större praktiskt behov av att tillåta en bestämmelse i bolagsordningen som innebar att aktiebrev inte fick utfärdas. I övrigt kommenterades inte Lagberedningens synpunkter, jfr a. SOU s. 21 ff. I prop. 1944:5 med förslag till aktiebolagslag m.m., s. 215, följdes Lagrådets rekommendation men med det tillägget att det inte förelåg någon skyldighet för aktiebolag att utfärda aktiebrev. I övrigt

Lagberedningen baserade sitt förslag på att dittills gällande rätt ansågs medge transaktioner i aktier utan aktiebrev enligt samma regler som för enkla fordringar.

”Enligt svensk rätt föreligger ej hinder mot överlåtelse av aktie, innan brev eller annan aktiebolagsrättslig urkund av liknande natur utgivits rörande aktien, överlåtelsen och dess rättsverkningar torde i sådant fall huvudsakligen vara att bedöma efter de regler som gälla beträffande överlåtelse av fordran. Numera lär i vidsträckt omfattning en analog tillämpning böra ske av de bestämmelser rörande överlåtelse av enkla skuldebrev som finnas upptagna i skuldebrevslagen. Sålunda måste i förhållandet mellan överlåtare och förvärvare själva avtalet vara avgörande, medan förvärvaren, i överensstämmelse med vad som stadgas om enkelt skuldebrev i 31 § nämnda lag, torde vara skyddad mot överlåtarens borgenärer först när bolaget underrättats om överlåtelsen. Även pantsättning av aktien torde kunna ske genom avtal och underrättelse till bolaget. Vid överlåtelse eller pantsättning till flera godtroende synes i överensstämmelse med nyssnämnda stadganden den rättshandling äga företräde, om vilken underrättelse (denuntiation) först ägt rum.”⁵

Vid tillkomsten av 1975 års ABL förekom inte några uttalanden angående verkan av brevlösa aktietransaktioner. Vid den tiden verkar det inte ha föresvävat lagstiftaren att någon annan möjlighet än utnyttjandet av föreskrifterna i 2 kap. SkbrL var möjlig.⁶

I prop. 2004/05:85 med förslag till ny aktiebolagslag gjordes vissa uttalanden angående aktiebrevslösa transaktioner i anledning av det förslag till avskaffande av aktiebrev som lades fram i SOU 2001:1.

”I anslutning till sitt förslag om ett aktieägarregister har kommittén också diskuterat en modell där aktiebrevens funktion i de angivna avseendena har övertagits av anteckningar i aktieboken. I den modellen skulle anteckningarna i aktieboken vara rättsgrundande och ersätta överlämnandet av aktiebrevet. Modellen skulle vidare innebära att de ekonomiska rättigheter som i dag utövas mot uppvisande av aktiebrevet i stället skulle få utövas av den som är införd som aktieägare i aktieboken. Aktieboken skulle alltjämt föras av bolaget, med styrelsen som ansvarig. Den angivna modellen – som kommittén främst sett som en möjlig övergångs-

gjordes inga uttalanden angående överlåtelse eller pantsättning av aktie, till skillnad från aktiebrev, jfr a. prop. s. 244 ff.

⁵ SOU 1941:9 s. 174 f. noter med hänvisning till tysk litteratur här utelämnade. I övrigt angavs inga källor.

⁶ Se prop. 1975:103 förslag till aktiebolagslag m.m., s. 228 ff., särsk. s. 231, och 320 f., SOU 1971:15 Förslag till aktiebolagslag m.m., s. 165 ff.

reglering på vägen till ett system med ett centralt aktieägarregister – har dock fått ett blandat remissmottagande. För vår del är vi för närvarande inte beredda att förorda den.

Vi föreslår därför att systemet med aktiebrev tills vidare får bestå. I likhet med kommittén ser vi inte heller någon anledning att föreslå annat än marginella sakliga ändringar av de närmare reglerna om aktiebrev. Vi återkommer till dessa i författningskommentaren.”⁷

Aktiebolagskommittén tog också, i samband med diskussionen av det önskvärda i att avskaffa aktiebrev helt och hållet och övergå till ett kontoföringssystem för alla aktiebolag, upp det fallet att utfärdade aktiebrev kan förkomma.⁸ Här påpekades de risker för förlust en förvärvare tar om hen förvärvar aktier där aktiebrev förkommit och således inte kan erhålla tradition av breven. Då föreligger varken omsättningsskydd eller borgenrättskydd. Det gjordes ingen antydning i detta sammanhang om att denuntiation till bolaget skulle kunna ersätta traditionskravet. För det fall inga aktiebrev alls utfärdats beskrev dock Aktiebolagskommittén på annan plats hur *gentemot bolaget* verksam denuntiation kunde gå till, men diskuterade inte vilken sakrättslig verkan en sådan denuntiation kunde ha.⁹

Frågan var föremål för förnyad utredning och förslag 2009 men ledde inte heller då till lagstiftning.¹⁰ Utredningen om ett enklare aktiebolag beskrev rättsläget på följande sätt:

”Av 6 kap. 8 § ABL framgår att aktiebrev ska betraktas som löpande skuldebrev enligt lagen (1936:81) om skuldebrev. Detta innebär att sakrättsligt skydd uppstår genom tradition av aktiebrevet. En oklarhet med dagens system är vad som gäller sakrättsligt vid överlåtelse eller pantsättning av aktie om något aktiebrev inte utfärdats. Det kan ifrågasättas om det är möjligt att skydda sig genom att bli införd i aktieboken, genom överlåtelseavtalet eller i analogi med reglerna i skuldebrevslagen om överlåtelse av enkla skuldebrev och enkla fordringar, genom denuntiation till bolaget. Rättsläget är oklart på denna punkt.”¹¹

⁷ Prop. 2004/05:85 s. 288 ff.

⁸ SOU 2001:1 Bilaga, Aktieägarregister, s. 131.

⁹ Se SOU 2001:1 Bilaga, Aktieägarregister, s. 95. – ”Om aktieägarna väljer att avstå från aktiebrev leder det till en ordning som innebär att bolagets styrelse i aktieboken antecknar förändringar mot företeende exempelvis av köpebrev, bodelnings- eller arvsskifteshandlingar och andra dokument som styrker anmälares påstående att han är ny aktieägare i bolaget.”

¹⁰ SOU 2009:34 Förenklingar i aktiebolagslagen m.m., Slutbetänkande av Utredningen om ett enklare aktiebolag.

¹¹ A.a. s. 189.

Utredningen föreslog att aktiebrev skulle avskaffas och denuntiation till styrelsen med införing i aktieboken skulle utgöra relevant sakrättsligt moment vid överlåtelse och pantsättning av kupongaktie. I prop. 2013/14:86 förklarade dock regeringen varför denna reform inte borde genomföras. Det skulle enligt regeringen innebära alltför stora risker för ägare och panthavare att vara beroende av bolagsstyrelsen för sin rätt. Styrelsens hantering av mottagna denuntiationer (införingen i aktieboken) skulle avgöra en förvärvares eller panthavares rättsställning och sakrättsliga skydd, vilket ansågs alltför riskabelt.

”Sammanfattningsvis menar regeringen att övervägande skäl talar för att det nuvarande systemet tills vidare behålls. Ett avskaffande av aktiebrev, antingen som en självständig reform eller som en del av införandet av ett aktieägarregister, har inte så stora fördelar att det uppväger de beskrivna nackdelarna. Möjligheten att utfärda aktiebrev bör alltså för närvarande inte avskaffas och det bör inte införas något centralt aktieägarregister.”¹²

Systemet med aktiebrev består således tills vidare, vilket innebär att den osäkerhet i rättsläget som råder för transaktioner i kupongaktier utan aktiebrev, också består.

3. Tankarna i litteraturen

I anledning av de uttalanden som Lagberedningen gjorde 1941 i anslutning till förslaget om ett system för brevlösa aktier, påpekade Knut Rodhe 1976 att det förord för analogi med 31 § SkbrL som då framställdes inte senare emotsagts eller ersatts av andra regler.¹³ Rodhes uttalande tog sikte på det fallet att aktiebrev inte alls utställdes. Bo Helander ansåg med hänvisning till Rodhe att ”man får räkna med att denuntiationsregeln även gäller för aktier varå aktiebrev ej utfärdats.”¹⁴ Walin tog fasta på detta uttalande och anförde ”I den mån aktier, som inte finns upptagna i avstämningsregister, förekommer utan att aktiebrev utfärdats vinns sakrättsligt skydd vid överlåtelse eller

¹² Prop. 2013/14:86 s. 77.

¹³ Knut Rodhe, *Pantsättning av lös egendom – Ett perspektiv på rättsutvecklingen under 1900-talet*, Svensk rätt i omvandling. Studier tillägnade Hilding Eek, Seve Ljungman och Folke Schmidt, AB P A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1976, s. 432, och även i *Ett på svensk rätt grundat värdepapperslöst system för registrering av aktier och obligationsfordringar*, Festskrift för Curt Olsson, JFT häfte 3-4 1979, s. 416 f.

¹⁴ Bo Helander, *Kreditsäkerhet i lös egendom*, AB P A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1983, s. 446.

pantsättning genom denuntiation till bolaget (se t.ex. Helander s. 446).¹⁵ I tredje upplagan av Walins Panträtt har uttalandet dock modifierats något – ”vinns sakrättsligt skydd vid överlåtelse eller pantsättning troligen genom denuntiation till bolaget. De flesta författare rekommenderar denna lösning men frågan har inte avgjorts på ett auktoritativt sätt av HD.”¹⁶ Stefan Lindskog gjorde inga reservationer i artikeln Om pant i aktier, utan konstaterade att ”om bolaget inte är VPC-anknutet och inte har utfärdat aktiebrev utgörs det sakrättsliga momentet av denuntiation till styrelsen.”¹⁷ Det skulle också föreligga en plikt för styrelsen att anteckna pantsättningen i aktieboken.

I senare aktiebolagsrättslig litteratur tas frågan inte upp till närmare diskussion. Johansson påpekar att det i aktieboken ska anges huruvida aktiebrev utfärdats, 5 kap. 5 § fjärde punkten ABL, men att i äldre bolag, dvs. bolag som bildats före utgången av år 2005, behöver denna upplysning ges endast om aktiebrev utfärdats efter den 1 januari 2006, 9 § andra stycket ABL promulgationslag. Därefter behandlar Johansson endast aktiebrev.¹⁸ Sandström påpekar att om ”*aktiebrev inte har getts ut i kupongbolag* kommer förmodligen förvärvarens ställning att bedömas enligt principer om denuntiation till bolaget, jfr 31 § SkbrL. Förvärvaren ska således hos bolagets styrelse anmäla och styrka sitt fång (normalt genom att visa upp köpeavtalet).”¹⁹ Därefter behandlas dock endast reglerna i 6 kap. 8 § ABL och 13, 14 och 22 §§ SkbrL. Något egentligt ställningstagande görs inte. Festskriftsföremålet slutligen har en utförlig genomgång av reglerna för aktiebrev i Rodhes aktiebolagsrätt men tar inte upp de brevlösa transaktionerna.²⁰

Vid en kontroll i aktuella kommentarer till ABL kan noteras att denna fråga inte diskuteras närmare. Norstedts Gula kommentar och Karnov innehåller inget alls medan Lexino konstaterar att förvärvare av aktie utan tillgång till aktiebrev ”torde” uppnå sakrättsligt skydd genom denuntiation till bolagets styrelse i analogi med 31 § SkbrL. Källa för detta uttalande är ovan

¹⁵ Gösta Walin, Panträtt, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1998, s. 105.

¹⁶ Gösta Walin, Göran Millqvist, Annina H. Persson, Panträtt, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2012, s. 106.

¹⁷ Stefan Lindskog, Om pant i aktier, Festskrift till Jan Sandström, Nerenius & Santérus Förlag AB, Stockholm 1997, s. 316 med not 26 (kursivering borttagen).

¹⁸ Svante Johansson, Svensk associationsrätt i huvuddrag, 12 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2018, s. 321 ff.

¹⁹ Torsten Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 7 uppl., Wolters Kluwer, Stockholm 2020, s. 159.

²⁰ Rolf Skog, Rodhes aktiebolagsrätt, 26 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2020, s. 134 ff.

nämnda SOU 2009:34 s. 202, vilket således är det förslag om avskaffande av aktiebrev som lagstiftaren valde att inte genomföra.²¹

Rekommendationen är allmänt att denuntiation i analogi med kravet i 31 § SkbrL duger som sakrättsmoment och medför sakrättsligt skydd för förvärvare och panthavare, dels borgenärsskydd, dels det begränsade omsättningsskydd som anges i 31 § andra stycket SkbrL. Någon mera ingående analys har dock inte företagits och i de utredningssammanhang där frågan tagits upp under senare år har osäkerheten i rättsläget påpekats som ett viktigt skäl till avskaffande av aktiebrev i alla aktiebolag.

4. Prejudikat saknas

Högsta domstolen har inte haft tillfälle att pröva frågan men det finns ett hovrättsavgörande att beakta, RH 2004:77, vilket handlade om godtrosvförvärv av brevlösa aktier.²² Omständigheterna var följande. STC Interfinans AB (STC) var ensam ägare till samtliga aktier, 3 000 st., i Gripsholms Rederi AB (Gripsholm), och sålde 2 700 st. av dessa till en privatperson G M. Kort därefter sålde G M från sitt innehav 600 st. aktier till en annan person U L. På grund av att STC inte kunde leverera aktiebok och aktiebrev för Gripsholm till G M, hävde denne sitt aktieförvärvsavtal, vilket STC accepterade. STC rekonstruerade därefter Gripsholms aktiebok och införde sig självt som ensam ägare till samtliga aktier samt ansökte om dödning av förkomna aktiebrev. Slutligen sålde STC samtliga aktier i Gripsholm till Euroskandic Ltd., medan ännu dödningförfarandet pågick. Den fråga som uppstod var: Vilken rätt hade U L till 600 aktier i Gripsholm i konkurrens med Euroskandic? Samtliga tre försäljningar och återgången genom hävning skedde utan tillgång till några aktiebrev.

Hovrätten tillämpade 3 kap. 6 § ABL (1975) på det sättet att avsaknaden av aktiebrev omöjliggjorde ett godtrosvförvärv för Euroskandic. U L ägde

²¹ Norstedts Gula kommentar av Svante Johansson, Rolf Skog, Sten Andersson, Aktiebolagslagen (2005:551), Juno Version 15, vid 6:8 ABL; Karnov Kommentar aktiebolagslagen av Per Samuelsson, vid 6:8 ABL; Lexino Aktiebolagslag (2005:551) 6 kap. 8 § av Erik Nerep, Johan Adestam, Per Samuelsson.

²² Här kan också nämnas Kammarrätten i Jönköping, Dom 2017-02-14, Mål nr 2843-2844-15, avseende nekad registrering av stiftelse. Länsstyrelsen hade vägrat registrering bl.a. på den grunden att aktier utan aktiebrev inte kunde anses ha "överlämnats" som stiftelsekapital på det sätt som krävs. Kammarrätten tog dock fasta på att bolaget denuntierats och ansåg därmed sakrättsligt skydd ha uppnåtts genom att tillräckligt avskiljande hade skett varför registrering kunde beviljas.

således bättre rätt än Euroskandic till 600 aktier i Gripsholm. Hovrätten utgick från att U L:s förvärv i sig var i sin ordning samt anförde angående 3 kap. 6 § ABL (1975).

”[F]öljande allmänna förutsättningar krävs för att ett godtrosförvärv av aktier vid en försäljning av dessa skall kunna uppkomma. Säljaren skall enligt aktiebolagets påskrift på aktiebrev i fråga i aktieboken vara införd som ägare till aktierna (kravet på *formell legitimation*). Säljaren skall ha aktiebrev i sin besittning (kravet på *besittning*). Säljaren skall överlämna aktiebrev till köparen (kravet på *tradition*).”

Är dessa förutsättningar uppfyllda och föreligger dessutom god tro kan godtrosförvärv ske enligt hovrätten, annars inte. Hovrätten menade att främst intresset för trygghet i omsättningen medförde att det inte kunde tänkas något alternativ till dessa krav på fysisk kontroll över aktiebrev. Domskälen är helt inriktade på frågan om godtrosförvärv, borgenärsskyddsaspekten beaktas synbarligen inte.

5. En diskussion av alternativen

Så vad gäller då? Är det riktigt att avsaknaden av aktiebrev medför en hantering av aktietransaktioner enligt reglerna för enkla fordringar i 3 kap. SkbrL? Det kan noteras att i utrednings- och lagstiftningssammanhang uttalandena har varit påfallande försiktiga medan doktrinen tämligen enhälligt har funnit rättsläget klart och utan egentliga reservationer konstaterat att analogin till enkla fordringar och därmed till 3 kap. SkbrL gäller.

Ett första problem med en sådan lösning är hur frågor kring godtrosförvärv ska lösas. Aktiebrev kan godtrosförvärvas genom hänvisningen till 14 § SkbrL men enkla fordringar kan inte alls godtrosförvärvas. Den enda omsättningsskyddsregeln i 3 kap. SkbrL är 31 § andra stycket som ger skydd för senare förvärvare vid dubbeldispositioner såvida denne varit först med att denuntiera gäldenären (bolaget) och därvid varit i god tro.

Ett andra uppenbart problem är hur de situationer ska hanteras där det bevisligen har ställts ut aktiebrev vid någon tidpunkt, för hela eller delar av aktiekapitalet, men de har förkommit eller i vart fall är på okända avvägar. Hur löser vi då konflikter mellan en förvärvare som förlitat sig på denuntiationen och en tidigare, okänd innehavare som dyker upp med aktiebrev i sin hand?

Ett tredje problem är det påpekande lagstiftaren gör angående osäkerheten i denuntiationsmodellen som sådan och att därmed behovet av att förlita sig på bolagsstyrelsens rätta hantering av inkommande denuntiationer. Denna fråga illustreras på ett tydligt sätt av NJA 2019 s. 94 angående skadeståndsansvar för styrelse i bostadsrättsförening för bristande hantering av uppgifter om pantsättningar. Sådan pantsättning får sakrättslig verkan genom denuntiation till föreningens styrelse i analogi med 31 § SkbrL.²³ Försummar styrelsen denna uppgift så att felaktiga, bristfälliga svar ges då förvärvare av bostadsrätt begär uppgift om belastningar på den aktuella bostadsrätten, blir styrelsen ersättningsskyldig såvida försummelsen utgör oaktsamhet (culpa) och förvärvaren lidit skada på grund därav genom att giltiga, okända panträtter visar sig finnas i bostadsrätten. Frågan är om detta är en tillräcklig och lämplig ordning även för brevlösa aktier eller om reglerna snarare bör verka för ett framtvingande av aktiebrev så att den lagstadgade modellen blir allenarådande. Med andra ord att transaktioner avseende brevlösa aktier inte kan uppnå sakrättslig fullbordan för förvärvare/panthavare annat än genom utställande av aktiebrev.

Med tanke på den fria överlåtbarheten av aktier i 4 kap. 7 § ABL synes det samtidigt oundvikligt att regelsystemet tillåter verksamma transaktioner i aktier utan aktiebrev. Det vore knappast rimligt med en ordning som inte erkände att en brevlös överlåtelse av samtliga aktier i ett bolag – kanske ett dotterbolag – kunde uppnå sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer och andra tredje män. Har det aldrig utfärdats några aktiebrev av bolaget men förvärvaren införts i aktieboken och exempelvis överlåtarens konkursbo skulle hävda att överlåtelsen inte är fullbordad, bör det kunna bemötas med påpekandet att inte heller överlåtaren hade några aktiebrev och att rätten att utställa brev följt med bolaget och därmed övergått till förvärvaren såsom obligationsrättslig ägare av bolaget. Det ligger således i dennes hand att ensidigt fullborda förvärvet genom att avkräva bolaget aktiebrev enligt 6 kap. 1 § ABL och denna rättighet bör, liksom andra rättigheter där det finns en prestationsskyldig tredje man (i detta fall bolaget) sakrättsligt följa reglerna för denuntiation enligt 31 § 1 st. SkbrL.

En enkel lösning i andra fall än överlåtelse av hela bolaget, är naturligtvis att anse hänvisningen i 6 kap. 8 § ABL vara exklusiv och inte acceptera några sakrättsliga verkningar på andra förutsättningar än vad som anges i 14 och

²³ Se NJA 1971 s. 66 och Göran Millqvist, *Sakrättens grunder*, 9 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2021, s. 174.

22 §§ SkbrL. Önskar aktieägare i aktiebolag som inte är avstämningsbolag överlåta eller pantsätta sina aktier får de se till att ha tillgång till aktiebrev som motsvarar deras innehav och fullborda transaktionen genom överlämnande av breven. I avsaknad härav skulle det inte föreligga något sakrättsligt skydd för förvärvare/panthavare, varken omsättningsskydd gentemot andra godtrosförvärv av aktiebrev, vilka således visar sig existera, eller borgenärs-skydd vid insolvens eller utmätning hos överlåtare/pantsättare.

Det givna alternativet härtill är, som framgått, att ta fasta på aktiens karaktär av särskild fordringsrätt (andelsägar rätt) och hantera sakrättsliga frågor i anslutning till 31 § SkbrL, då aktiebrev av någon anledning saknas. Denuntiation till bolaget i analogi med 31 § 1 st. SkbrL, blir då avgörande sakrättsmoment för förvärvares och panthavares borgenärsskydd. Det skulle därmed räcka att, enligt lagtexten, ”gäldenären om åtgärden underrättats” vilket är detsamma som ”kommit till handa”.²⁴ Godtrosförvärv från en orättmätig innehavare skulle dock inte kunna ske, som påpekas ovan, eftersom det enda fallet av omsättningsskydd som anges är dubbelförfoganden företagna av den rättmätige innehavaren, 31 § 2 st. SkbrL.²⁵ En senare förvärvare uppnår i detta fall sakrättskydd om han är först med att denuntiera gäldenären (bolaget) om sitt förvärv och då är i god tro om den tidigare överlåtelsen. Är dessa förutsättningar uppfyllda gör han ett godtrosförvärv, annars vinner den förste förvärvaren.

Detta alternativ med denuntiation väcker dock frågan om gränsdragning mellan de fall där denuntiation duger och de fall där 6 kap. 8 § ABL anger kraven. Om en överlåtare/pantsättare har tillgång till aktiebrev ter det sig onekligen diskutabelt om en förvärvare/panthavare trots uteblivet besittningstagande till aktiebrev kan uppnå sakrättsligt verksam äganderätt/panträtt genom denuntiation. Ett förfogande av ägaren över aktiebrev efter denuntiation måste rimligen kunna ha verkan enligt 6 kap. 8 § ABL och således undergrävs detta stadgande på ett olyckligt sätt om även denuntiation duger i de fall inga hinder föreligger för tradition av aktiebrev.

Det sist sagda leder till att möjligen båda alternativen kan vara tillämpliga men att det fysiska innehavet av aktiebrev har företräde vid konkurrens. I den mån breven existerar och det exempelvis visar sig att de innehas av en för bolaget och andra berörda okänd person, som gjort ett förvärv av dem i god

²⁴ Gösta Walin, Johnny Herre, Lagen om skuldebrev m.m., Juno version 4, under 31 § vid not 78.

²⁵ Jfr Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1996, s. 77 och 86.

tro, skulle det förvärvet gälla, jfr 14 § SkbrL, framför sådana transaktioner som fullbordats genom denuntiation till bolaget. Likaså skulle 22 § 1 st. SkbrL (besittningen) avgöra den sakrättsliga konkurrensen i pantsättarens konkurs då det visar sig att breven existerar och innehas av viss person. Om aktiebrevens däremot inte kommer fram utan förblir borta skulle det innehav som denuntierats bolaget accepteras och aktierna anses tillhöriga denne förvärvare/panthavare. Denna lösning ter sig mest trolig eftersom den medför att aktierna inte är helt paralyserade trots att de inte kan lokaliseras fysiskt, den rimmar också väl med dödningsreglerna, se strax nedan. Har det genomförts en transaktion som fullbordats endast genom denuntiation till bolaget innebär det visserligen en risk eftersom den konkurreras ut av ett påvisat faktiskt innehav av aktiebrevens men om så inte visar sig vara fallet gäller den denuntierade transaktionen fullt ut sakrättsligt.

6. Dödningsförfarandets betydelse för bedömningen

Ett dödningsförfarande enligt lagen (2011:900) om dödande av förkommen handling (DödL) påverkar inte bedömningen av om överlämnande av aktiebrev är nödvändig betingelse för uppkomsten av sakrättslig fullbordan av överlåtelse och pantsättning.²⁶ Om det skulle förhålla sig på det sättet att aktiebrevens faktiskt existerar och innehas av någon okänd person fortsätter detta innehav att vara legitimerande och sakrättsligt avgörande så länge dödningsförfarandet pågår.²⁷ Det innebär att förändringar också kan ske i innehavet med full sakrättslig verkan genom tradition. Med andra ord är läget detsamma som förordats strax ovan genom att transaktioner som genomförs under dödningsförfarandet är giltiga och skall läggas till grund för den sakrättsliga bedömningen såvida aktiebrevens dyker upp och visar sig innehas av någon som förvärvat dem med besittningstagande i god tro.

Sedan dödningsförfarandet fullbordats och aktiebrevens dödförklarats gäller enligt 11 § DödL, att det fysiska innehavet av aktiebrevens inte ger försteg för innehavaren i något avseende.²⁸ Vilken rätt en innehavare eventuellt kan

²⁶ Dödningslagen från 2011 ersatte motsvarande lag från 1927 i samband med överflyttningar av ärenden från domstolarna till förvaltningsmyndigheter men innebar inga materiella förändringar utan avsåg främst förfaranderegler, prop. 2010/11:119 s. 54.

²⁷ Jfr ang. 1927 års lag Gösta Walin, *Lagen om skuldebrev m.m.*, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1977, s. 306.

²⁸ NJA II 1927 s. 331, den kommitté som utarbetade lagförslaget anförde: "Att en handling blivit, såsom det i 8 § heter, genom beslut av rätten dödad, innebär, på sätt av själva uttryckssättet framgår, att därest handlingen mot förmodan fortfarande skulle finnas i

ha gentemot sökanden i dödningsärendet och gentemot bolaget är separata frågor som får avgöras utifrån den relation innehavaren har eller har haft med bolaget och med sökanden.²⁹

behåll, dess innehav icke längre utgör något bevismedel eller grundar någon rätt för den, som har eller kan få handlingen i handom.”

²⁹ Se Walin, a.a. s. 306 f.

Kontraheringsplikt för banker

Några synpunkter på en svårhanterlig fråga

1. Inledning

Vid ett internt seminarium vid Stockholm Centre for Commercial Law för en tid sedan diskuterades en fråga om innebörden av en eventuell likabehandlingsprincip på obligationsmarknaden och vad den kunde tänkas innebära. Något svar presenterades inte men bland annat väcktes en tanke om att likabehandling också innefattar plikt, kanske till och med en *kontraheringsplikt*. Detta fick mig att minnas att jag i ett annat sammanhang ägnat några rader åt frågan om kontraheringsplikt för banker för inte så länge sedan och att det kunde vara ett tema att åter ta upp, nu i form av denna festskriftsartikel till Peter.

Idag är bankverksamhet ett tämligen disparat och omfattande fenomen, med kontohantering, in- och utlåning, rådgivning, sparande, värdepappersaffärer, betalningsförmedling med mera på programmet. Bankerna tillhandahåller även flera elektroniska tjänster och system, bland de mera allmänt kända finns Swish för betalningar och BankID för säker identifiering. Bankerna riktar sig till både företag och privatpersoner och deras utbud är i hög grad digitaliserat och elektroniskt. Det mesta sker på distans numera.

Sedan länge finns i svensk rätt regler om kontraheringsplikt för banker och vissa andra finansiella institut och frågan kan ställas vad dessa regler betyder idag, särskilt hur långt de sträcker sig när det gäller andra tjänster än tillhandahållande av konto, och vilka rätts-

verkningarna är vid brott mot plikten, särskilt frågan om eventuellt skadeståndsansvar för bankerna. Frågorna har aktualiserats både på grund av bankernas försiktighet vad gäller risken för att medverka till illegal penningtvätt¹ och på grund av deras önskan om att kunna påverka vilket utbud av tjänster som erbjuds olika kunder. Frågan om penningtvätt och betalkonton har uppmärksamats av Finansinspektionen (FI), bland annat genom undersökning av bankernas efterlevnad av kontraheringsplikten enligt betaltjänstlagen. Klagomål har inkommit till FI över bankernas ställningstaganden utifrån risken för penningtvätt och vägran att öppna betalkonton.²

Det finns två huvudstadganden att beakta här:

11 d § lag (1995:1571) om insättningsgaranti (IGL)

Ett institut som erbjuder sig att ta emot insättningar enligt definitionen i 2 § är skyldigt att ta emot sådana insättningar av var och en, om det inte finns särskilda skäl mot det. *Lag (2016:625)*.

2 §

I denna lag betyder

— — —

insättning: tillgodohavande som avser inlåning på konto,

— — —.

4 a kap. 1 § lag (2010:751) om betaltjänster (BtjL)

Ett kreditinstitut eller en filial till ett utländskt kreditinstitut får inte vägra en konsument som är lagligen bosatt inom EES att öppna ett betalkonto med sådana grundläggande funktioner enligt 2 § som institutet eller filialen tillhandahåller andra konsumenter.

Första stycket gäller inte om det skulle strida mot lagen (2017:630) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism eller om det finns särskilda skäl mot att tillhandahålla konsumenten ett betalkonto. *Lag (2022:1704)*.

¹ Lagen (2017:630) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism.

² Se <https://fi.se/sv/publicerat/nyheter/2022/fi-vill-se-statistik-over-nekade-betalkonton/> (senast besökt 30 juni 2023).

2 §

Med grundläggande funktioner avses

1. tjänster som krävs för att öppna, inneha och avsluta ett betalkonto,
2. tjänster som gör det möjligt att sätta in medel på ett betalkonto,
3. tjänster som gör det möjligt att inom EES över disk eller i uttagsautomater ta ut kontanter från ett betalkonto, och
4. utförande av följande betalningstransaktioner inom EES:
 - a) autogirering,
 - b) betalningar genom ett debetkort, inbegripet betalningar online, samt
 - c) betalningar, inbegripet stående överföringar, vid terminaler, över disk och via onlinetjänster.

Ett kreditinstitut eller en filial till ett utländskt kreditinstitut som tillhandahåller en konsument ett betalkonto med grundläggande funktioner får inte begränsa det antal gånger konsumenten får använda de tjänster som är knutna till betalkontot. *Lag (2022:1704)*.³

Här nedan begränsar jag mig främst, men inte helt, till två frågor, kontraheringspliktens omfattning i relation till företagskunder samt rättsverkningarna av en vägran från banken (eller motsvarande) att ingå avtal med en företagskund, särskilt när det gäller andra tjänster än enbart tillhandahållandet av inlåningskonto.

2. Närmare om lagstiftningen

Kontraheringsplikten för banker lagfästes ursprungligen genom ändring 1991 i 2 kap. 1 § bankrörelselagen (1987:617) (BRL) som en motvikt mot bankernas monopol på rätten att ta emot inlåning från allmänheten. Det påpekas i prop. 1990/91:154 att,

³ 4 a kap. BtjL utgör implementering av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/92/EU av den 23 juli 2014 om jämförbarhet för avgifter som avser betalkonto, byte av betalkonto och tillgång till betalkonto med grundläggande funktioner (betalkontodirektivet).

”[i] konsekvens med att bankerna har monopol på inlåning på räkning från allmänheten får det anses föreligga en motsvarande principiell skyldighet för bank att erbjuda allmänheten möjlighet att sätta in medel på vanlig räkning. Detta bör uttryckligen framgå av lagstiftningen, även om skyldigheten att ta emot inlåning inte kan vara absolut.”⁴

Vidare preciseras begreppet inlåningsverksamhet i bankrörelse med att den,

”kännetecknas av ett antal faktorer. Den avser kontoinlåning från allmänheten med i princip likalydande villkor för alla insättare. Behållningen är nominellt säker och helt likvid. Inlåningen är inte förknippad med några skyldigheter för insättarna, och den är inte kopplad till någon annan typ av näringsverksamhet eller rörelse. Det är viktigt att inlåningsverksamhet med dessa kännetecken förbehålls bankerna.”⁵

Senare har detta skäl för en kontraheringsplikt kompletterats med hänvisning till rätten för allmänheten att få tillgång till ett konto med *insättningsgaranti* varför denna kontraheringsplikt numera återfinns i 11 d § IGL.⁶

Det kan noteras att plikten i 11 d § IGL endast är inriktad på att banken (eller institut som bedriver inlåningsverksamhet) ska ta emot ”insättningar av var och en” på inlåningskonto, om det inte finns särskilda skäl mot det. Lagtexten antyder inget om ett vidare omfång för kontraheringsplikten. Omfånget för kontraheringsplikten diskuterades nämligen i propositionen utifrån en önskan från Konsumentverket om att olika kringtjänster också borde omfattas av kontraheringsplikten och att FI i ett allmänt råd (FFFS 2001:8) framhållit att,

”för att på ett effektivt sätt kunna sköta uttag av kontanter, överföringar och betalningar, bör [kontohavare] ges möjlighet att koppla tilläggs-tjänster till ett inlåningskonto, om det inte finns skäl mot detta.”⁷

⁴ Se prop. 1990/91:154, s. 51.

⁵ Se a. prop. s. 52.

⁶ Se prop. 2002/03:139 s. 260 ff.

⁷ Se a. prop. s. 262.

Regeringen hänvisade dock till att FI under 2002 följt upp frågan och funnit att lagstiftningsåtgärder inte krävdes. Regeringen gjorde därför

”bedömningen att det för närvarande inte finns behov av att ålägga instituten en skyldighet att tillhandahålla tilläggstjänster.”⁸

Det finns inga senare ställningstagande i denna fråga från lagstiftarens sida.

Det kan också uppmärksammas att lagstiftaren nogsamt undvikit att ta upp frågan om vilka sanktioner som kan riktas mot en bank som bryter mot 11 d § IGL. Den enda lagstadgade effekten av brott mot kontraheringsplikten i IGL är vad som stadgas i 20 §:

Garantimyndigheten skall underrätta Finansinspektionen, om ett institut som omfattas av garantin inte fullgör sina skyldigheter enligt denna lag. *Lag (2007:1433).*

I övrigt nämns inget om vilka sanktioner som kan riktas mot en bank som bryter mot kontraheringsplikten.

I BRL sanktionerades kontraheringsplikten av vite, vilket innebär att plikten närmast sågs som en näringsrättslig regel och det råder inget tvivel om att den har en näringsrättslig sida som övervakas av FI och som ytterst sanktioneras av möjligheten till återkallelse av tillståndet för verksamheten enligt 15 kap. 1 § lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse (BFL).

Enligt 4 a kap. 1 § BtjL är svenska kreditinstitut (främst banker) och, sedan den 1 januari 2023, filialer till utländska institut, skyldiga att låta konsumenterna som är lagligen bosatta inom EES öppna ett betalkonto (transaktionskonto, lönekonto m.fl. namn) med så kallade grundläggande funktioner. Det ska vara möjligt att sätta in och ta ut pengar och genomföra betalningar via girering och kort eller online, 4 a kap. 2 § BtjL. Dock är denna skyldighet underställd prövning enligt penningtvättslagen. Skyldigheten är inte heller ovillkorlig, ”särskilda skäl” kan åberopas av institutet för vägran att

⁸ Se a. prop. s. 262.

öppna konto. Det kan till exempel röra sig om brottsligt handlande eller misstanke därom.

I samband med tillkomsten uttalades angående kringtjänster att sådana inte omfattades av kontraheringsplikten men samtidigt att det inte var tillåtet att kringgå plikten genom att endast erbjuda kombinerade konton, som innefattade även kringtjänster.

”Om kunden inte har möjlighet att välja bort dessa tilläggsfunktioner, ska de inte påverka kreditinstitutets skyldighet att erbjuda kontot. Kreditinstitutet ska då vara skyldigt att erbjuda kontot med de funktioner som ingår.”⁹

Det finns inga ställningstaganden i förarbetena till någon civilrättsligt skadeståndssanktionerad kontraheringsplikt för banker.¹⁰ Ingenstans i förarbetena till den lagfästa kontraheringsplikten för banker tas frågan om skadestånd upp. Såvitt känt finns det inget avgörande från högre instans som tar upp skadestandsfrågan. Här kan dock nämnas NJA 1991 s. 217, där Högsta domstolen, (HD) ålade en bank strikt skadeståndsansvar för försenad utbetalning på grund av att banken inte levde upp till sitt åtagande gentemot kund. Kunden hade fått löfte om en övertrasseringsrätt men det aktuella lokalkontoret där kunden ville ta ut pengar kände inte till detta. Här rörde det sig dock om kontraktsbrott och därmed ett ansvar för effekterna av den försenade utbetalningen. Man är i övrigt hänvisad till allmänna principer och argument avseende kontraheringspliktens omfång och effekter vad gäller ett eventuellt skadeståndsansvar.

Höjer man blicken ovan dessa lagstadganden torde det vara så att det finns en allmän civilrättslig princip om kontraheringsplikt i vissa fall men det råder en påtaglig osäkerhet om dess omfattning och närmare innebörd.¹¹ Denna osäkerhet omfattar också frågan hur lagreglerad kontraheringsplikt ska uppfattas civilrättsligt. En banks vägran att ta emot inlåning från en person som inte har konto i banken är inte ett kontraktsbrott från bankens sida i vanlig mening,

⁹ Se prop. 2016/17:129, s. 21.

¹⁰ Se prop. 1990/91:154, s. 52.

¹¹ Jfr Axel Adlercreutz, Lars Gorton, *Avtalsrätt I*, 13 uppl., Juristförlaget i Lund 2011, s. 113 ff. och Ulf Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 4 uppl., Norstedts Juridik 2015, s. 231.

som föranleder normala kontraktsbrottspåföljder, utan är ett brott mot en särskild förpliktelse och det är inte givet vad effekten blir, särskilt då det som oftast saknas lagreglering av rättsverkningarna. Hur har då den juridiska doktrinen sett på dessa frågor?

3. Diskussionen i litteraturen

Kontraheringsplikten allmänt har behandlats i den juridiska litteraturen i omgångar, särskilt när det gällt tillgången till viktiga samhällsnyttiga tjänster, såsom tillgången till el och vatten, transporter och för offentliga monopol, samt ur konkurrens- och konsumentskyddssynpunkt, men den går sällan på djupet när det gäller sanktioner mot vägrad kontrahering då plikt därtill förelegat.¹² Ett talande exempel är följande slutkläm av Bernt Hjejle i hans artikel Kontraheringsplikt, i Festskrift till Henry Ussing,

”Jeg skal endelig bemærke, at jeg her ikke er gået ind på spørgsmålet om følgerne af en uretmæssig kontraheringsnægtelse, herunder spørgsmålet om den kontraheringsberettigedes eventuelle erstatningskrav. Jeg henviser herom til Ussing i T.f.R. 1947. 240 ff., særlig p. 269.”¹³

Ett undantag är *Bert Lehrberg*, Bankernas kontraheringsplikt, som går igenom både pliktens innebörd och omfattning och dess rättsverkningar.¹⁴ Lehrberg utgår från att kontraheringsplikten måste vara sanktionerad eftersom den annars endast vore ”en papperstiger”

¹² Här kan särskilt nämnas Frey Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*. En nordisk undersökning av kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner, Nord 1997:10, Nordiska ministerrådet, Köpenhamn 1997, densamme, *Rätten till tjänster i informations- och kreditsamhället*, Helsingfors 2004. Jfr Ulf Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt* 1, 4 uppl., Norstedts Juridik 2015, s. 230 f. Även Henric Falkman, *Bankernas skyldighet att ta emot inlåning*, JT 2001–02 s. 731 ff. En mera utförlig men äldre undersökning är Mogens Koktvedgaard, *Kontraheringsplikt*, Köpenhamn 1960. Se även Håkan Strömberg, *Om rättsförhållandet mellan offentliga anstalter och deras nyttjare*, C. W. K. Gleerup, Lund 1949.

¹³ Bernt Hjejle, *Kontraheringsplikt*, Festskrift til Professor, Dr. Juris Henry Ussing, 5 Maj 1951, Juristförbundet, red. O. A. Borum, Knud Illum, København 1951, s. 163 f.

¹⁴ Bert Lehrberg, *Uppsatser i bankrätt*. Första samlingen, Norstedts Juridik, 2002, s. 85–115.

och att det är ovanligt med osanktionerade lagstadganden. Därtill är det fråga om en civilrättslig regel med civilrättsliga sanktioner enligt Lehrberg. Så har den enligt honom uppfattats i litteraturen och det ”mesta talar också för att en kontraheringsplikt för att över huvud taget kunna vara effektiv måste uppfattas på det sättet.”¹⁵ Detta låter sig sägas men utgör knappast i sig en övertygande argumentering i de båda principfrågorna – kontraheringspliktens omfång och utformningen av ett eventuellt skadeståndsansvar som rättsverkan av brott mot plikten.

Ett ytterligare undantag är *Lennart Johansson*, Banker och internet, som uppvisar en väsentligt mera försiktig inställning till frågorna än Lehrberg.¹⁶ Till att börja med utgår han från att den legala kontraheringsplikten är en näringsrättslig regel vilket innebär att den som

”utgångspunkt inte [kan] med framgång direkt åberopas av part för att vinna privaträttsliga förmåner gentemot en bank, eftersom näringsrättslig lagstiftning är en form av offentligrättslig lagstiftning.”¹⁷

I fråga om skadeståndsansvar för bank som vägrar tillhandahålla tilläggstjänster utesluter han inte ett sådant ansvar men menar dock att culpabedömningen blir vansklig och det förefaller ”oklart hur rättsföljden, det vill säga skadeståndet, skall fastställas”.¹⁸ Det är en slutsats som det är lätt att hålla med om, se strax nedan.

4. Omfattningen av bankernas kontraheringsplikt idag

Vid införandet av kontraheringsplikten för banker sågs inlåningsverksamheten i sig som central och kännetecknande för bankverksamhet och skulle förbehållas de kontrollerade bankerna. Därmed var det också viktigt att dessa ålades en skyldighet att ta emot sådan inlåning från allmänheten. Pliktens omfattning var från lagstifta-

¹⁵ Lehrberg, a.a. s. 106.

¹⁶ Lennart Johansson, Banker och internet – särskilt om kundaktiverade betalningsinstruktioner (ak. avh.), Iustus Förlag, Uppsala 2006.

¹⁷ Johansson, a.a. s. 96.

¹⁸ Johansson, a.a. s. 114.

rens sida helt inriktad på frågan om allmänhetens tillgång till sedvanligt bankkonto för insättning och uttag av pengar, att utgöra en trygg förvaring av dessa samt kunna genomföra betalningar. Efter övervägande av en eventuell vidare kontraheringsplikt uttalade lagstiftaren: "Någon skyldighet att tillhandahålla andra tjänster än inlåning åvilar inte en bank."¹⁹ Det konstaterades också att andra tjänster utöver tillhandahållandet av konto inte skulle *åläggas* bankerna.

"Som jag nyss anført bör det inte åvila bankerna en skyldighet att driva verksamhet som omfatter samtlige de banktjänster allmänheten kan tænkes ha behov av."²⁰

Motiveringen till införande av en kontraheringsplikt för banker är helt kopplad till skyddet av bankkunderna och bankernas centrala roll i samhällsekonomin. Bankerna tillerkändes ett direkt monopol på inlåning från allmänheten och ålades därmed som en motvikt en skyldighet att också motta sådan inlåning. Kontraheringsplikten sågs således som en garanti för att allmänheten skulle ha tillgång till ett sedvanligt inlåningskonto men därutöver stod det bankerna fritt att tillhandahålla eller inte tillhandahålla olika kommersiella tjänster. Det finns inget stöd i källorna för att kontraheringsplikten analogivis kan utsträckas till att omfatta även kringtjänster, även om de är nära kopplade till kontoavtalet och viktiga för kunden. Kontraheringsplikten infördes inte för att ålägga bankerna att tillhandahålla ett modernt utbud av banktjänster, utan som ett led i att upprätthålla ett stabilt och tillgängligt inlåningssystem i privata banker.

Men eftersom den legala kontraheringsplikten i 11 d § IGL och 4 a kap. 1 § BtjL endast omfattar själva kontot och transaktioner via detta blir det viktigt att skärskåda de argument som talar *för* en utvidgning av kontraheringsplikten genom analogi. Det har sedan 1990-talet utvecklats en service av bankerna som bygger på att kundernas bankärenden ska kunna skötas av dem själva på distans, en utveckling som möjliggjorts av samhällets digitalisering och som

¹⁹ Prop. 1990/91:154 om rörelse regler för bank m.m., s. 91.

²⁰ A. prop. s. 52.

drivits på av konkurrensförhållandena på bankmarknaden. Det har efter hand blivit viktigt för den enskilde att vara "uppkopplad" för att smidigt kunna sköta sina bankärenden. Det är dock inte fråga om något systemskifte som skulle innebära att man vore helt avskuren från tillgång till banktjänster om man inte är "uppkopplad", utan snarare en tydlig komplettering och utvidgning av traditionell bankverksamhet. De olika digitala banktjänsterna ser också olika ut hos olika banker. Både Swish, BankID och liknande tekniker är mer eller mindre framgångsrika inslag i denna utveckling, som fortsatt pågår. Här föreligger tydliga konkurrensförhållanden mellan aktörerna och frågan kan därmed ställas vad en mera omfattande kontraheringsplikt skulle ge för konsekvenser.

Samtidigt kan noteras att kontraheringsplikt som fenomen är en avvikelse från den i svensk rätt självklara utgångspunkten att avtalsfrihet råder i privata, kommersiella relationer. Marknadsaktörer är fria att ingå eller inte ingå avtal med de motparter de önskar och med det innehåll de önskar – även om konkurrensen och andra marknadskrafter hela tiden sätter upp faktiska gränser.

Sammantaget pekar detta på att man, trots ett påvisbart behov i vissa fall, bör vara mycket försiktig med utvidgning av kontraheringsplikten vad gäller olika banktjänster bortom det lagstadgade området. Det är verkligen ingen liten sak att påstå att en bank är *rättsligt förpliktad*, med allt vad det medför, att tillhandahålla vissa kringtjänster baserat på det faktum att lagstiftningen föreskriver sådan förpliktelse vad gäller inlåning på konto.

En tentativ slutsats blir därmed mot denna bakgrund att svensk rätt inte innebär att en bank (eller motsvarande institut) *är skyldig* att låta en kund få tillgång till de kringtjänster banken normalt erbjuder marknaden. En bank kan exempelvis säga upp sådana kringtjänster om grund för uppsägning föreligger enligt kontraktsvillkoren.

5. Kontraheringsplikten som grund för skadeståndsansvar

Det kan ligga nära till hands att anta att skadeståndsansvar blir följderna för en bank som bryter mot kontraheringsplikten genom att vägra öppna ett konto på begäran av en behörig person. Men bankens vägran utgör knappast ett kontraktsbrott eftersom det är just ett kontrakt som saknas i denna situation. Parterna har ingen kontraktuell relation med varandra och banken bryter inte mot något åtagande gentemot den enskilde motparten. Det rör sig istället om ett brott mot en legal förpliktelse ålagd banken i två blandade lagar. Både IGL och BtjL innehåller näringsrättsliga regler som har direkt civilrättslig/kontraktsrättslig betydelse. De påverkar direkt det kontraktsinnehåll banken kan erbjuda kunderna och blir därmed del av innehållet i relationen mellan kunderna och banken. Men från civilrättslig/kontraktsrättslig utgångspunkt måste ändå en åtskillnad göras mellan det som tveklöst utgör kontraktsinnehåll i ett befintligt kontoavtal och det som inte gör det, särskilt i de fall det ännu inte finns något kontraktsförhållande mellan parterna. Brott mot kontraheringsplikten går knappast att göra till ett kontraktsbrott med skadeståndsansvar som följd. Ett sådant ansvar måste istället stå på egna ben som en särskild typ av utomkontraktuellt (utomobligatoriskt) ansvar. Frågan blir därmed hur denna ansvarsgrund förhåller sig till reglerna och praxis avseende ren förmögenhetsskada.

Om min slutsats i föregående avsnitt angående kontraheringspliktens omfång inte är riktig utan denna kan analogivis ha ett vidare omfång så att även kringtjänster omfattas, blir frågan vad det innebär för en eventuell skadeståndsskyldighet. Två möjligheter föreligger här när det gäller ansvarsgrund. Ansvarsgrunden *kan* vara kontraktuell, eftersom en vägran att tillhandahålla kringtjänster till ett befintligt kontoavtal eller en uppsägning av kringtjänsterna kan uppfattas som enbart brott mot kontoavtalet. Detta skulle med stor sannolikhet innebära ett culpaansvar för det positiva kontraktsintresset, inklusive ansvar för ren förmögenhetsskada, där culpa typiskt sett utgörs av vägran att ingå/upprätthålla avtal (utan

relevant skäl).²¹ Således skulle banken här svara för all skada, inklusive utebliven vinst, den försmådde kunden kunde påvisa som en adekvat följd av den uteblivna tillgången till kringtjänsterna, med andra ord resultatet av alla transaktioner kunden skulle ha gjort om denne haft tillgång till dessa tjänster. En bortre adekvansgräns måste i och för sig fastställas men var?

Det skulle i detta fall röra sig om risk för ett mycket omfattande skadeståndsansvar och det ter sig mindre troligt att lagstiftaren utan diskussion skulle ha ansett det vara en naturlig följd av bestämmelsen om kontraheringsplikt, såsom den är utformad i 11 d § IGL och 4 a kap. 1 § BtjL. En sak är att monopol på inlåning på konto balanseras av en plikt att också motta sådan inlåning, en annan är att stå civilrättsligt ansvarig för oberäknliga uteblivna transaktioner.

Det andra alternativet till ansvarsgrund är ett utomobligatoriskt ansvar eftersom grunden utgörs av kontraheringsplikten, vilken i sig är fristående från det enskilda kontraktsförhållandet, inte egentligen ett brott mot ett ingånget avtal. Kontraktsvillkoren för kontoavtal och kringtjänster styr ju trots allt vilka innehåll dessa kontraktsrelationer har. Det är inte avtalet som föreskriver att banken är skyldig att tillhandahålla vissa tjänster utan kontraheringsplikten i sig.

Eftersom det i båda ovan angivna fall rör sig om *ren förmögenhetsskada* orsakad av det vägrade tillhandahållandet av konto/tjänster, blir frågan om skadan är ersättningsgill trots att straffbart brott inte har begåtts av banken, jfr 2 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207).

Frågan om ansvar för ren förmögenhetsskada bortom brottskadefallen var för inte så länge sedan föremål för HD:s prövning i NJA 2019 s. 94 ("Gamla vägen") och HD gjorde där vissa principiella uttalanden avseende ansvarets omfattning generellt, som är värda att återge *in extenso*.²² HD uttalade:

²¹ Här kan återigen jämföras med HD:s ställningstagande i NJA 1991 s. 217 angående strikt ansvar för försenad utbetalning. Här rörde det sig om kontraktsbrott och därmed ett tveklöst ansvar för effekterna av den försenade utbetalningen/uteblivna prestationen.

²² Målet gällde ansvar för en bostadsrättsförening för brister i lägenhetsföreteckning avseende pantsättningar, som köpare förlitat sig på vid köp av bostadsrätten. Föreningen ansågs ansvarig. Fallet kommenteras av Algot Bengtsson, Bostads-

”9. Med ren förmögenhetsskada avses ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada (1 kap. 2 § skadeståndslagen).

10. Vid sidan av fall där det föreligger ett kontraktsförhållande och fall där det särskilt föreskrivs om annat ersätts ren förmögenhetsskada som huvudregel bara under förutsättning att skadan har vållats genom brott (jfr 2 kap. 2 § skadeståndslagen).

11. Den restriktivitet som detta ger uttryck för har bl.a. att göra med vad som i angloamerikansk rättspraxis och den juridiska litteraturen har kallats för ”the floodgate argument”. Detta vilar på överväganden av olika slag. Ett gäller behovet av förutsebarhet sett från skadegörarens sida. Ett annat tar sikte på den betungande ersättningsskyldighet som ett ansvar skulle kunna föra med sig för skadegöraren, bl.a. på grund av bristande proportionalitet mellan den skadegörande händelsen och ansvarets omfattning. Ytterligare en aspekt avser de hanteringsmässiga svårigheter som ett ansvar mot en mycket stor krets skadelidande skulle kunna föra med sig. (Se ”BDO” NJA 2014 s. 272 p. 17.)

12. Det nu sagda betyder emellertid inte att ansvaret för ren förmögenhetsskada är begränsat till de situationer som redovisats ovan (p. 9 och 10). Tvärtom framgår uttryckligen av förarbetena till den bestämmelse som nu finns i 2 kap. 2 § skadeståndslagen att bestämmelsen varken ska läsas motsatsvis eller är avsedd att utgöra hinder för en rättsutveckling i praxis mot ett vidgat ansvar för ren förmögenhetsskada (se prop. 1972:5 s. 568).

13. Detta återspeglas också i Högsta domstolens rättspraxis enligt vilken ersättning för ren förmögenhetsskada därutöver kan utgå i framför allt två typsituationer. Den ena, vilken är av intresse i detta mål, är när det föreligger en kvalificerad tillitssituation. Se här särskilt rättsfallen ”Kone” NJA 1987 s. 692 och ”Fastigheten Pastorn” NJA 2001 s. 878, av vilka det framgår att ersättning kan utgå när någon med fog satt sin tillit till ett värderingsintyg. Den andra typsituationen avser fall där det har förekommit ett kvalificerat otillbörligt, om än inte brottsligt, handlande (se t.ex. ”Max och Frasses” NJA 2005 s. 608).”

Dessa uttalanden av HD visar på två omständigheter av principiell betydelse. 1) Ansvar för ren förmögenhetsskada är fortsatt huvudsakligen begränsat till brottsskadefall eftersom ett vidare ansvar

rättsföreningars ansvar för fel i lägenhetsförteckning, JT 2020–21 s. 158. Se även Stina Bratt, Alternativa anspråksvägar i skadeståndsrätten, *Jure* 2023, s. 131, 356 och 382 f.

riskerar att bli oproportionerligt omfattande och svårhanterligt. 2) De icke lagreglerade fall som trots detta föranlett ansvar utgörs av antingen kvalificerade tillitssituationer, där skadelidande haft goda skäl att förlita sig på specifika uppgifter från en utomstående sakkunnig, eller kvalificerat otillbörligt handlande av skadevällaren; denne har agerat medvetet på ett klandervärt sätt för egen vinning.

Den situation som är aktuell i fall av brott mot kontraheringsplikten (av vidare eller snävare innebörd) är inte av det slaget att den passar in under någon av de två typsituationer HD tar upp. Som antytts ovan är det också fråga om situationer som träffas av "the floodgate argument", särskilt vad gäller bankens möjligheter att kunna förutse och överblicka konsekvenserna av sitt handlande och risken för oproportionerligt stora ansvarsbelopp orsakade av uteblivet tillhandahållande av konto och/eller kringtjänster.

Det troliga är således att en skadeståndstalan på civilrättslig grund mot en bank på grund av bankens brott mot kontraheringsplikten inte leder till framgång. Vad som då återstår är en administrativ talan om åläggande för banken att ingå/vidmakthålla avtal med önskat innehåll, eventuellt sanktionerat av vite.

Omsättningsskydd – inte bara en fråga om godtroshet

Sent i våras kommenterade jag ett fall från HD¹ i Pointlex,² som handlade om i vad mån en förvärvare av lös egendom kunde ha lösenrätt enligt godtroshetslagen (GFL 1986:796, omtr. 2003:161), till viss egendomen sedan denna utmätts för säljarens skulder medan den fortfarande fanns hos säljaren och sålts exekutivt. En enhällig HD fann att så inte kunde vara fallet eftersom bristande borgenärsskydd för förste köparen medförde att han helt saknade rätt gentemot utmätningsborgenären och exekutivköparen enligt 14:2 Utsökningsbalken (UB). En fråga som jag inte berörde i det sammanhanget men som kan vara av intresse är hur denna prioritetsregel mellan omsättningsskyddet och borgenärsskyddet förhåller sig till den så kallade avtalsprincipen i 49 § konsumentköplagen (KköpL 1990:932). Från HD har också kommit ett nytt fall,³ angående kravet på god tro i nuvarande 2 § 2 st. GFL, tidigare 3 § GFL, när förvärvet avser en bil och både överlåtaren och förvärvaren är bilhandlare, vilket också ger anledning till en kort kommentar. Ytterligare kan nämnas att det för närvarande ligger ett fall för prövning i HD,⁴ angående kreditgivares ställning i en situation där en avbetalningsköpare sålt ej slutbetalt avbetalningsgod till en (möjligen) godtroende tredje man. Kreditgivaren har återtagandeförbehåll och hävdar rätt till godset men har samtidigt drivit kravet på köpeskillingen gentemot avbetalningsköparen dit hän att lagakraftvunnen exekutionstitel föreligger gentemot denne. Har kreditgivaren trots detta rätt att driva kravet på återfående av godset, en motorcykel, eller dess värde, från tredje man?

I det första fallet *NJA 2005 s. 425*, rörde det sig om den slutliga rätten till charterbåten M/Y Mirabelle efter det att denna sålts exekutivt. Båten hade tidigare sålts av ägaren men av olika skäl hade avlämnandet dragit ut på tiden och Mirabelle blev föremål för provisorisk betalningssäkringsåtgärd med efterföljande utmätning för säljarbolagets skatteskulder. Mirabelle såldes därefter på exekutiv auktion och ropades in av en tredje man. När köparen fick klart för sig detta framställdes krav på att få lösa båten från exekutivköparen enligt dåvarande 4 § godtroshetslagen. Det hävdades att det förelåg ett fall av tvesala där köpare nummer ett inte fått sakrättsligt skydd men att lösenrätt därför förelåg gentemot den förvärvaren som ropat in båten på auktionen och tagit båten i besittning. Det hävdades att lösen kunde ske enligt 14:1 UB och 4 och 5 §§ GFL.

Tingsrättens majoritet dömde till köparens favör enligt dennes resonemang. Referenten i tingsrätten, tingsfiskalen Ylva Svensson, var dock skiljaktig och

¹ HD:s dom 7 juni 2005, mål nr T 4824-03, *NJA* 2005 s. 425.

² Se www.pointlex.se (Analyser).

³ HD:s dom 15 juni 2005, mål nr T 3807-03, *NJA* 2005 s. 502.

⁴ Pt. HD, mål nr T 1839-04.

ville inte godta någon lösenrätt i denna situation vilket också blev linjen i både hovrätten och HD. Dissidenten pekade på att bristande borgenärsskydd för en köpare innebär att bland annat utmätning kan ske av köpegodset för säljarens skulder. Utmätningssökanden konkurrerar ut köparen i rätten till egendomen. Enligt 14:2 UB får också en exekutivköpare samma rätt och något utrymme för lösen enligt GFL finns då inte.

Hovrätten förde ett resonemang baserat på att en eventuell lösenrätt förutsätter att den senare köparen gjort ett godtrosvärkvär. I detta fall vilade det senare köpet på exekutionsrättslig grund och det hade inte förelegat något hinder mot den föregående utmätningen på grund av bristande sakrättskydd för det första köpet. Lösenrätt grundad på GFL kunde därmed inte föreligga.

I HD förde referenten Gertrud Lennander ett resonemang på samma linje men något utförligare motiverat. Hon pekade på att sakrätten innehåller två delar i form av dels omsättningsskyddet, som avser en förvärvares skydd gentemot konkurrerande förvärv av samma egendom, dels borgenärsskyddet, som avser konkurrensen mellan borgenärer till en gäldenärs egendom. Detta återspeglas i UB i 14:1 och 2, där 14:1 främst syftar på omsättningsskyddet och 14:2 på borgenärsskyddet. En exekutivköpare erhåller enligt 14:1 UB samma ställning som en "vanlig" köpare, vilket bland annat innebär att det kan visa sig att exekutivköparen måste kunna påvisa att han gjort ett exstinktivt godtrosvärkvär enligt GFL för att vara skyddad i sitt förvärv. Men den komplikationen förutsätter att någon utomstående kan åberopa en rätt till egendomen som kränkts genom utmätningen och som egentligen skulle ha respekterats men nu kan komma att gå förlorad på grund av godtrosvärkvervet. En exekutivköpare erhåller därtill enligt 14:2 UB samma rätt till köpt egendom som utmätningssökanden uppnått vilket innebär att i de fall utmätning kunnat ske av egendom hos gäldenären får utmätningen företräde framför ett tidigare köp av samma egendom som inte fullföljts genom tradition eller annat relevant sakrättsmoment. Genom att exekution kan företas i egendomen bortfaller eventuella oskyddade transaktioner avseende egendomen och det finns ingen rätt kvar för den tidigare förvärvaren att åberopa, inte ens en lösenrätt enligt GFL.

HD:s ståndpunkt i detta mål är inte förvånande, den ansluter till påpekanden i samband med UB:s tillkomst och i litteraturen, se prop. 1980/81:8 s. 717 ff. och Walin, Gregow, Löfmark, Utsökningsbalken, 3 uppl. 1999, s. 585 och 587 ff. Den innebär att borgenärsskyddet har försteg framför omsättningsskyddet vid kollision mellan dessa två aspekter av sakrätten, men det kan knappast förhålla sig på något annat sätt. Det ligger i kravet på sakrättslig fullbordan av en försäljning att innan detta skett genom uppkomsten av borgenärsskydd kan den aktuella egendomen tas i anspråk av säljarens borgenärer, genom utmätning eller konkurs. Men om säljaren är näringsidkare och försäljningen ingår i hans verksamhet samt köparen är en konsument medför 49 § KköpL att köparen uppnår borgenärsskydd redan i och med avtalsingåendet, såvida objektet är individualiserat. I det aktuella fallet skulle det således ha inneburit att båten inte kunde

utmätas så som skedde och om detta ändå skedde på grund av förbiseende och rättelse inte hann ske före den exekutiva försäljningen, skulle situationen vara att bedöma enligt 14:1 UB. Exekutivköparen skulle vara tvungen att påvisa att han gjort ett exstinktivt godtrosvärk enligt GFL. Den förste köparen skulle i sådant fall ha en odiskutabel lösenrätt enligt nuvarande 5 § GFL. Förelåg däremot inte godtrosvärk skulle förste köparen ha vindikationsrätt gentemot exekutivköparen. En lärdom härav är att nu när utmätning hos näringsidkare har blivit aktuellt igen på grund av att företagshypoteket med dess särskilda förmånsrätt försvunnit och ersatts av företagsinteckning med allmän förmånsrätt,⁵ kronofogdemyndigheten får se upp så att inte misstag begås genom utmätning av redan sålda men ej levererade konsumentvaror. Det räcker att konsumenten lagt en order på en vara – att avtal ingåtts – för att det sakrättsliga borgenärsskyddet skall inträda och hindra utmätning. Någon betalning behöver inte ha skett. Samma gäller naturligtvis i de övriga fall där borgenärsskydd inträder direkt i och med avtalet men dessa fall är inte så vanliga enligt nutida svensk rätt, överlåtelse av hus på ofri grund samt möjligen av immaterialrätter utgör dock kvarvarande exempel.

I det andra fallet, NJA 2005 s. 502, var det fråga om den typiska situationen för påstått godtrosvärk. En begagnad men dyr personbil hade sålts kontant men det visade sig att en kreditgivare hade giltigt återtagandeförbehåll till bilen och hävdade vindikationsrätt till den gentemot köparen. Till skillnad från typfallet med en privatperson som godtroende köpare var det dock här fråga om två erfarna bilhandlare som gjort en snabb affär avseende bilen och som handlat med varandra under åtskilliga år. Det förelåg således både interna rutiner parterna emellan och branschkutymen som båda var införstådda med och följde. Köparbolaget hade inte gjort några egentliga kontroller alls av säljarbolagets rätt till bilen och frågan var om det trots detta kunde föreligga ett exstinktivt godtrosvärk.

Varken tingsrätt, hovrätt eller HD ansåg exstinktivt godtrosvärk föreligga för det köpande bilhandelsbolaget. Tingsrätten pekade å ena sidan på den skärpning av godtrostrequisitet som gjordes 1999 i dåvarande 3 § GFL,⁶ och å den andra på vikten av att omsättningen kunde löpa smidigt, utan alltför tungrodd administration, vid handel mellan näringsidkare. ”Dagens teknik gör [dock] att en kontroll av bilregistrets uppgifter om fordonet kan ske rutinmässigt utan större administrationskostnader och utan försvårande av en smidig omsättning.”⁷ Köparen kunde därför inte anses ha varit i god tro. Hovrätten höll med tingsrätten i denna bedömning och framhöll att en helhetsbedömning skulle göras samt att i den aktuella situationen rekviset ”inte borde ha misstänkt” innefattade ett krav på att säljarbolaget ”bedrivit sin verksamhet under sådana

⁵ Se härom lagen 2003:535 om ändring i förmånsrättslagen och prop. 2002/03:49 s. 26 ff.

⁶ Prop. 1997/98:168 s. 12 f. Lokutionen köparen ”borde inte ha insett” ändrades till ”inte borde ha misstänkt”.

⁷ Ref. s. 504 f.

former att det för allmänheten framstått som ett etablerat och vederhäftigt företag i branschen”.⁸ Någon sådan bevisning förelåg inte från köparbolaget varför god tro inte var visad.

HD kom till samma resultat genom att beakta den skillnad som kan föreligga mellan olika köpare.

”När en privatperson vänder sig till ett etablerat bilförsäljningsföretag som har en verksamhet som utåt framstår som vederhäftig bör han emellertid under normala förhållanden kunna förlita sig på att säljaren är behörig att förfoga över egendomen. På den som yrkesmässigt handlar med motorfordon bör å andra sidan läggas ett särskilt strängt aktsamhetskrav, vilket innebär att det för att godtrosförvärv av ett inköpt motorfordon skall anses föreligga regelmässigt får krävas att ägarförhållandena undersöks, detta oavsett om säljaren är en privatperson eller ett företag som bedriver handel med motorfordon.”⁹

Trots att bolagen gjort åtskilliga affärer sinsemellan under ganska lång tid och att det aldrig förekommit några problem tidigare, hade köparbolaget i detta fall inte gjort ett godtrosförvärv. Kravet som HD härigenom ställer på bilhandeln är således att alltid kontrollera ägarförhållandena för de bilar som köps in oberoende av vem säljaren är. Sker inte det ligger risken på köparen för att ett okänt förbehåll visar sig föreligga till ett fordon vilket ger vindikationsrätt för ägaren. Faktisk god tro i den meningen att ingen person vid köparföretaget haft en tanke på att säljarföretaget inte skulle kunna sälja en viss bil på grund av förbehåll hjälper inte. Exstinktivt godtrosförvärv kan inte ske utan föregående kontroll av ägarförhållandena.

När det så gäller det tredje fallet som nämndes inledningsvis skall HD avgöra gränsen för återtagandeförbehållets giltighet då den kreditgivare som övertagit en befintlig kredit tillsammans med ett återtagandeförbehåll från säljaren driver både köpeskillingskravet gentemot förste köparen och återtagandekravet gentemot köparens köpare. Någon prövning av den senare köparens eventuella godtrosförvärv aktualiseras först om återtagandeförbehållet skall anses ha någon verkan i detta läge. Hovrätten¹⁰ ansåg i sin dom att förbehållet spelat ut sin roll i detta fall. Resonemanget bygger på hur avräkningsförfarandet vid förtida återtagande är konstruerat i 27 och 28 §§ konsumentkreditlagen (KkrL 1992:830) och särskilt det förhållandet att en kreditgivare inte äger kräva ut en eventuell restskuld av köparen efter det att återtagande skett, 28 § 3 st. KkrL. Hovrätten anför:

”[Kreditgivaren] har upplyst att kronofogdemyndigheten den 23 september 2002 meddelat ett laga-kraftvunnet utslag i mål om betalningsföreläggande för [köparen] att utge restskulden och att försök till verkställighetsåtgärd genom kronofogdemyndigheten vidtagits senast i oktober 2003. [Kreditgivaren] får härigenom anses ha valt att istället för att söka betalning ur säkerheten kräva köpets

⁸ Ref. s. 506. HovR:n hänvisade härvid till NJA 1975 s. 708.

⁹ Ref. s. 509 f.

¹⁰ Hovrätten över Skåne och Blekinge, avd. 3, rotel 34, Dom 2004-03-29, DT 3070, mål nr T 2046-03.

fullföljande och avsluta kreditförhållandet genom förtidsbetalning. Vid sådant förhållande måste [kreditgivaren] anses ha avstått från sin rätt att återta motorcykeln från [köparen] och vara hänvisad till att enbart i vanlig ordning kräva ut fordringen hos honom. [Kreditgivaren] har därmed inte längre någon säkerhetsrätt i motorcykeln som kan göras gällande mot [den senare köparen] och grunda någon skyldighet för honom att utge ersättning motsvarande motorcykelns värde.”¹¹

Om detta resonemang från hovrättens sida är korrekt blir frågan för HD således att ta ställning till varför kreditgivaren skulle ha rätt att utkräva motorcykelns värde av den senare köparen när detta inte kunnat utkrävas av förste köparen så länge köpeskillingskravet också drivs gentemot honom. I förhållande till förste köparen har kreditgivaren varit tvungen att välja, antingen direkt betalningskrav av köpeskillingen eller, eventuellt efter fruktlöst försök att genom betalningsföreläggande och utmätning få in köpeskillingen, förtida uppsägning och återtagande av varan. Det senare hade inneburit att köpeskillingskravet gått upp i (omvandlats till, konsumerats av) återtagande- och avräkningsförfarandet i KkrL. Efter att detta förfarande avslutats hade ingen rätt kvarstått för kreditgivaren gentemot köparen. Varför bör då kreditgivaren ha sådan rätt gentemot den senare köparen? Den enda grunden för en sådan rätt synes vara att kreditgivarens borgenärssposition bör *förbättras* på grund av förste köparens kontraktsbrott (att sälja motorcykeln i förtid) till en förföljelserätt gentemot den senare köparen, vilken skulle kvarstå oberoende av hur förhållandet gentemot förste köparen utvecklades. En sådan förföljelserätt står inte i god överensstämmelse med den köprättsliga konstruktionen som bygger upp kreditköp med återtagandeförbehåll enligt den köprättsliga och krediträttsliga lagstiftningen och ur konsumentskyddssynpunkt ter det sig inte särskilt motiverat att införa den nu. Det blir intressant att ta del av HD:s kommande ståndpunkt i denna fråga.

Göran Millqvist

¹¹ HovR:s dom s. 4.

Swedish Credit Security Law: A Case for Law Reform?

GÖRAN MILLQVIST*

1. The General Background

Swedish law in the area of credit security is a combination of very old legislation and legal principles, dating back several hundred years, and a case by case development through the courts, as well as more recent legislation regarding specific issues and types of property. Although Sweden is viewed as a civil law country in its fundamental legal structure, it also has a quasi-common law development through case law due to the fact that Sweden never codified its general body of private and commercial law as did Germany and France in the 19th century. Sweden does not have a Civil Code or Commercial Code of the continental type. The codification of 1734 is not a codification comparable with Continental models, but rather an amalgamation of medieval, local laws influenced by Roman law. This has meant that the law in force in the area of credit security is piecemeal and sketchy, and oftentimes difficult to discern. With this in mind, an overview of the structure and content of the Swedish credit security law is given below.

There is no traditional area of law categorised as ‘Credit Security Law’, and it is only recently that it has been accepted as a discipline in Swedish legal academic writing.¹ However, in later years an understanding has emerged in different quarters concerning the need for a more organised and constructive approach towards the material issues belonging to the area of credit security. The need for stability and foreseeability has dictated development in this field, although when it comes to legislative reform, it has just started.

2. What is Governed by Credit Security Law?

A summary of the legal techniques and institutions recognised in Swedish law with a security function is presented first, followed by a few comments as to their material content.

* Associate Professor of Private Law, Stockholm University, Law School.

¹ The first major book on the legal aspects of the subject is Bo Helander, *Kreditsäkerhet i lös egendom*, AB P A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1984.

1. Security with Legal Effect towards Third Parties (in rem)

- 1.1 Security based on a property interest in specified property
 - Stoppage in transit
 - Retention of title clause
 - Property right to a sum of money held in trust by an intermediary
 - Commission agency goods
 - Consignment of goods
 - Security transfer with or without a change in possession
 - Leasing
 - Factoring
 - Securitization
 - Repurchase agreement
 - Marking of timber without change of possession
 - Boat construction advance payment
 - 1.2 Security based on pledge and pledge-like techniques
 - Real property mortgage and shipping mortgage
 - Business (floating) charge
 - Aircraft mortgage
 - Pledge regarding patents and trade marks
 - Possessory pledge regarding personal property (chattels)
 - 1.3 Lien
 - 1.4 Set-off, clearing, netting
- 2. Security with Legal Effect only towards a Contracting Party (in personam)*²
- 2.1 Security based on surety
 - Primary and secondary surety according to Chapter 10 of the Commercial Code 1734
 - Letter of intent, letter of comfort
 - Guarantee, warranty, covenants
 - Credit insurance
 - 2.2 Contract based securities, which are not a surety
 - Negative pledge
 - Subordination clauses
 - Contractual priority scheme among creditors

3. Some Comments concerning the Content

Presented in this manner, a list of this kind may seem rather comprehensive and adapted to the demands of the modern market. However, there is much to be desired concerning the standards of the rules in terms of predictability and adaptation to modern demands. It is not possible here to give a thorough account as to the intri-

² These forms of security interests will not be addressed in this paper.

cacies of all these different security methods. It must suffice to highlight a few problematic questions.

First, Sweden does not have a general registration system for security interests as provided for in the United States by UCC Article 9, in Canada through the Personal Property Security Acts or in New Zealand through the New Zealand Personal Property Act 1999. Each type of Swedish security interest has developed more or less on its own, without much co-ordination with related types. Secondly, there are no clear distinctions made between commercial and consumer relations, although a consumer as a debtor is treated by the courts with the consumer protection laws in mind, and therefore has a better position than a commercial debtor with respect to creditors. The only general legislative restriction is that a business (floating) charge is reserved for business activities and the assets of the business entity.

3.1 Stoppage in Transit

Stoppage in transit has been viewed as a security device by the Swedish Supreme Court³ under the rationale that there are no other practical means of security available for many sellers. However, stoppage is a device regulated in the Sale of Goods Act 1990⁴ Sec 61, and it cannot be extended by contract or unilaterally by the seller to situations other than those covered by this section. This means that stoppage is limited to cases in which the seller, during the course of transportation of goods to the buyer, learns that the buyer has difficulties in performing the obligation of paying the purchase price.⁵

3.2 Retention of Title

Retention of title is recognised by the courts as a security device for sellers of chattels, both in commercial and consumer relations. The contractual side of credit sales, including the use of retention of title clauses, has been regulated through mandatory legislation in the Instalment Sales Between Merchants Act 1978,⁶ and the Consumer Credit Act 1992.⁷ However, the seller's protection against claims from third parties (purchasers in good faith and the buyer's creditors) is not covered by this legislation. Retention of title clauses have been recognised in the case law as a right in rem under certain conditions. First, the chattel must be a physical, identifiable object with a second-hand value possible to realise. Secondly, only the seller's interest in the purchase price can be validly secured by a retention of title clause. Finally, retention can only be effectuated as long as there is a claim remaining on the debt

³ *Nordisk Tekstil Væveri Aktieselskab v Tedder Kläder Aktiebolag*, NJA 1985 p 879.

⁴ Köplag (1990:931).

⁵ See for references to Swedish law, Svante O Johansson, *Stoppningsrätt under godstransport*, Norstedts Juridik, Stockholm 2001.

⁶ Lag (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m fl.

⁷ Konsumentkreditlag (1992:830).

and the chattel is still in the hands of the buyer (it has not been resold, processed or consumed). This means that the retention of title clause is not a very effective credit security measure for sellers in general, and particularly not for commercial sellers.⁸

3.3. Property Right to a Sum of Money held in Trust by an Intermediary

According to the Money Held in Trust Act 1944⁹ it is possible to have a property right to a sum of money held by another person on behalf of the owner. This claim must be labelled as a property right because the creditor/owner has the right to separate the entire sum from the debtor's estate, even in bankruptcy. It is not necessary that the identity be maintained in the sum paid to the intermediary, but it has to be deposited by the intermediary in a separate account without undue delay after receiving it, in order to protect the principal's right to the amount. However, an ordinary debt cannot be transformed into money held in trust by the parties through contract. There has to be an independent ground for this conclusion, such as an instruction by a third party (the payer) to the intermediary to transfer the sum to the principal, or a contractual relation between the principal and the intermediary which encompasses the handling of external money by the intermediary. The 1944 Act has been addressed several times by the courts with respect to the interpretation of when a sum of money is held in trust and when undue delay exists, but there still is uncertainty concerning its application.¹⁰

3.4. Commission Agency Goods and Consignment of Goods

Commission agency is regulated in the Commission Agency Act 1914.¹¹ Section 53 of the Act stipulates that goods sold or bought by the agent on behalf of the principal are the property of the principal until the property directly moves to or from the third party (buyer or seller). The agent is never the owner of the goods unless he makes a purchase or sale expressly for his own account. This legislation by reference is also applicable to trade in securities and financial instruments through intermediaries.¹² Consignment is not regulated through legislation but is a method used in order to take advantage of the commission agency model without having to create the contractual relationship of a commission agency. It is doubtful if this

⁸ The law in this area has been recently extensively researched and discussed by Annina H Persson, *Förbehållsklausuler*, Rättsvetenskapliga Biblioteket no 7, and part II *Förbehållsklausuler i vissa främmande rättssystem*, Stiftelsen Skrifter Utgivna av Juridiska Fakulteten vid Stockholms Universitet, Stockholm 1998.

⁹ Lag (1944:181) om redovisningsmedel.

¹⁰ The latest Supreme Court Case on these issues is *Zambagar Direkt Persontransport & Service i GBG AB, bankrupt, v. BSP Scandinavia ekonomisk förening*, NJA 1999 p 812.

¹¹ Lag (1914:45) om kommission.

¹² Sec 9 Securities Trading Act 1991, [Lag (1991:981) om värdepappersrörelse].

method is recognised as binding towards third parties, eg the bankruptcy creditors of the consignee. This issue has not yet been tried in the courts.

3.5. Security Transfer with or without a Change of Possession

It has long been recognised that a sale of chattels can work as a security device. The purchase price is then a credit extended by the buyer to the seller, and normally, the sale is combined with some form of resale agreement between the parties. The common understanding in the legal literature is that in general, the rules concerning pledges are applicable to this kind of security transfer. One example of this is that Sec 37 of the Contracts Act 1915,¹³ invalidating contract clauses with automatic property transfers in the case of non-payment of a secured debt (*lex commissoria*), is applicable to both pledge-contracts and security transfer-contracts. However, for approximately the last 100 years, the perfection of a sale of personal property, both a real sale and a security transfer, requires delivery of the property and a change of possession. This possessory requirement can be substituted by a rather burdensome and formal method of publication and registration, which is regulated in the 'Trade in Chattels, which the Buyer Leaves in the Seller's Care Act' 1845.¹⁴ This means that the sale and lease-back of personal property, with legal effect towards third parties, can be used as a credit device under Swedish law, but it is rather difficult to meet the demands of the rules and to be certain that a secured position really has been achieved. It can be mentioned that there are two Supreme Court cases from the late 1990s, in which the buyer/creditor had not perfected the purchase in a correct manner, and consequently did not have a right of separation in the seller's bankruptcy.¹⁵

3.6. Leasing, Factoring and Securitization

Finance leasing, factoring of receivables and securitization are all imports from the United States, and Great Britain to some extent, and have the same characteristics as in those jurisdictions. Initially, there was some uncertainty over the viability of these methods within Swedish law, but it has turned out that the Swedish legal system has had enough flexibility to harbour them. There is no specific legislation governing these methods as to date.

3.7. The Repurchase Agreement

Repurchase agreements or 'repos' are used in the financial markets in the same way as in other countries. There is no specific legislation regulating these contractual

¹³ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

¹⁴ Lag (1845:50 s 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva

¹⁵ *Förvaltningsaktiebolaget Traven v Finnboda AB, bankrupt*, NJA 1997 p 660, and *Masters Möbel AB, bankrupt*, v *Nils N, bankrupt*, NJA 1998 p 379.

obligations and the precise extent of their validity in relation to third parties. It can be questioned whether a resale obligation is binding as to the obligated party's creditors. On the other hand, there is nothing in Swedish law that prevents a conclusion that they are valid and binding. It is probably an area of the law that has to be dealt with in connection with the implementation of the EC Collateral Directive.¹⁶

3.8. The Marking of Timber without Change of Possession

According to local custom in the forestry and timber industry in Sweden, it is common to leave timber in the woods for longer or shorter periods of time before transportation to a processing plant. This could mean an unforeseen risk to the buyer if the seller becomes insolvent before the buyer has taken possession of the purchased timber. However, according to specific legislation, the Marking of Timber Act 1944,¹⁷ the marking of sold timber according to the custom of the place, for the account of the buyer will act as a substitute for the transfer of possession and protect the buyer's right as against the seller's creditors. The buyer can therefore pay the purchase price independently of the possession of the timber and, depending on the situation, the legislation can work as a credit device for the seller.

3.9. Boat Construction Advance Payment

If a contract for the construction of a boat stipulates advance payment or advance delivery of building materials by the buyer to the builder, and the contract is in writing, it can be registered with the District Court of Stockholm, and thereby creates a security interest in the unfinished boat and delivered building materials for the buyer.

3.10. Real Property Mortgage, Shipping Mortgage and Business (Floating) Charge

Real property mortgages, shipping mortgages and business (floating) charges here can be discussed together because of their common legislative background. In 1970, a new Real Property Code¹⁸ was enacted, with new rules concerning real property mortgages. These rules have later been used as a model for the corresponding rules in the Maritime Act 1994¹⁹ and the Business (floating) Charge Act 2003.²⁰ For all three, the technique for establishing a perfected security is based on an entry in a register (the Land-, Ship- or Business charge-register respectively). This is fol-

¹⁶ Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002, on financial collateral arrangements, Art 6.

¹⁷ Lag (1944:302) om köparens rätt till märkt virke.

¹⁸ Jordabalk (1970:1209).

¹⁹ Sjölag (1994:1009).

²⁰ Lag (2003:528) om företagsinteckning.

lowed by the issuance of a letter of mortgage (or charge) by the registrar, which is viewed as representing a certain value as stated in the letter regarding the registered piece of property, be it a certain real estate, a specified ship or a certain business entity. The letter of mortgage (or charge) can then be pledged as a piece of personal property and the perfection of the security is achieved by handing over the letter to the secured creditor. The creditor then has a valid security as long as he has possession of the letter or it is kept in custody for his account by a party other than the debtor.

There are, of course, differences between the three forms of mortgages or charges but this is not the place to go into more detail. However, it should be mentioned that the system of real estate mortgage recently has been completely computerized and thereby dematerialised. The physical paper is replaced by an electronic 'letter of mortgage'. The shipping mortgage also covers ships under construction and fixtures to ships, but not cargo. The business charge is a floating charge in the sense that the property covered by the charge may change over time. It is the business as such that is charged and the creditor has a general priority to maximum 55 per cent of the bankrupt estate. The charge crystallizes upon the business' bankruptcy.

3.11. Aircraft Mortgages

Aircrafts, separate air plane machines and other flying equipment (spare parts), can be mortgaged through a registration in the Register of Swedish Aircrafts, according to the Registration of Rights in Aircrafts Act 1955.²¹ In this case, perfection is achieved at the moment of registration and there is no separate letter of mortgage issued.

3.12. Pledge over Patents and Trade marks

In later years, new legislation has been introduced in order to facilitate the pledge of certain intellectual rights (patents and trade marks). In the Patent Act 1967,²² a new chapter 12 was introduced in 1987²³ making it possible to register pledges over patents and at the same time made perfection of such a pledge dependent on registration. This model was followed a couple of years later by new legislation for pledges over trade marks, in the Trade Marks Act 1960,²⁴ when Sections 34 a-j²⁵ were introduced. In these two cases, there are no letters of pledge or the like that have to be transferred into the hands of the pledgee. They are purely registered pledges. This construction was deemed appropriate by the Swedish legislator due

²¹ Lag (1955:227) om inskrivning av rätt till luftfartyg.

²² Patentlag (1967:837).

²³ SFS (Swedish Acts in Force) 1987:1330.

²⁴ Varumärkeslag (1960:644).

²⁵ SFS 1995:1277.

to the fact that neither for patents nor for trade marks are there any material rights linked to any physical object. There is no 'thing' to be transferred and it seemed enough to have only the public record of the Patent and Trade Mark Authority as the device for perfection of the security right.²⁶

3.13. Possessory Pledges over Personal Property

The traditional form of pledge over personal property is the possessory pledge, which is regulated in Chapter 10 Sections 1-7 of the Commercial Code 1734. These rules are rather ancient in character. The courts have had several opportunities to interpret and develop the rules; eg today possession does not necessarily mean actual, physical possession but rather control over the property, meaning that the owner/pledgor is separated from the control. This legislation today is limited to chattels pledged as separate objects, which is not very common in a modern economy,²⁷ and is complemented by legislation concerning pledges over negotiable instruments and common receivables in the Negotiable Instruments Act 1936,²⁸ and dematerialised or immobilised financial instruments in the Registration of Financial Instruments Act 1998.²⁹

A personal property pledge is perfected through possession of the thing pledged (chattels, physical negotiable instruments and shares, paper bonds etc.), or through notice to the debtor (receivables and other claims that are not negotiable), or through registration (dematerialised or immobilised financial instruments). However, the contractual rules concerning the relationship between the pledgor and the pledgee, as far as can be established, are the same for all kinds of personal property. There has to be an agreement to pledge certain property and also an identifiable debt that the pledge is to secure. Further, the contractual liabilities of the parties and the realisation of the pledge are governed by the same non-mandatory rules. As to the exception for pawn brokering, this is true for both consumer and commercial relations.

3.14. Liens

A lien in Swedish legal practice is a security interest of limited use. Its primary function is to be a security for a creditor in situations in which work of some form has been performed on the debtor's property and not paid for, and this same property is still in the creditor's possession. The creditor can then retain the property

²⁶ The *travaux préparatoires* can be found in Proposition (to amend the Patent Act) 1987/88:4 pp 9-11, 27-28, 38-39 and 42, and in SOU 1985:10 pp 81-84 and 159-69; and Proposition (to amend the Trade Marks Act) 1995/96:26 p 31 et seq.

²⁷ Except perhaps the system of Pawnbrokers, regulated by the Pawnbroker Act 1995 (Pantbankslag (1995:1000)), with mandatory consumer protection rules.

²⁸ Lag (1936:81) om skuldebrev, Sections 22 and 31.

²⁹ Lag (1998:1479) om kontoföring av finansiella instrument, ch 6.

until payment is rendered, on the condition that the claim is for payment for the work done.³⁰ This right of retention is a protected right as against third parties and has priority in the debtor's distraint proceedings and bankruptcy, according to Section 4 (2) of the Preferential Rights Act 1970.³¹ There is nothing in Swedish law that prevents the creation of a contractual lien, but it is very unusual in practice. For some reason, this is not a method of security that has been utilised within the Swedish credit market.

3.15. Set-off, Clearing and Netting

The general rules regarding set-off to some extent are legislated in the Negotiable Instrument Act 1936, Sections 18 and 28 (concerning the right of set-off in spite of a transfer of a negotiable instrument or claim to a new creditor), but to a large extent are regulated through the case law. This means that set-off can be utilised as a means of security to a certain extent. Set-off is also recognised as a protected right in bankruptcy, unless the set-off is arranged to circumvent the ordinary rules of creditor equality in bankruptcy, the Bankruptcy Act 1987, Chapter 5 Sections 15 and 16.

Clearing and netting in the Swedish legal language are limited to the clearing and netting systems of the financial markets. The basic principles and boundaries for clearing and netting are found in the Stock Market and Clearing Act 1992,³² Chapters 8 and 9. Although in both cases they have security functions, they will not be dealt with here.

4. A Final Remark

As demonstrated by this very short overview of Swedish credit security law, there is a lack of organisation within the field. The rules and principles have developed at different times and in many cases independently of each other. There has never been any serious attempt to codify this field of law. Instead, the legal development has often taken place in the courts. In some instances, this has meant an effective and flexible approach to unsolved problems but, in others, it has hindered the necessary adaptation and development of the law. It would seem that the credit security law would be an exceptionally good area for a major legislative initiative, maybe along the lines demonstrated by the present English project.

One example of how the courts have developed the law is the spread by analogy of the rule concerning the perfection of a sale or pledge of receivables. In Sections 10 and 31 of the Negotiable Instruments Act 1936, it is stated that perfection is accomplished by notice to the debtor concerning the sale or pledge of the debt. This

³⁰ *Kockums Jernverks AB, bankrupt, v Ronneby Rostfria AB*, NJA 1985 p 205.

³¹ Förmånsrättslag (1970:979).

³² Lag (1992:543) om börs- och clearingverksamhet.

rule is based on the rationale that a debtor who is made aware of the transaction concerning his debt cannot meet his obligation by paying a party other than the new creditor. Therefore, the material right to the demand can be linked to the notice given to the debtor, and if he is informed of the transaction, the seller or pledgor does not after that have any right to dispose over. This system of rules has been used by the courts in several situations that do not involve receivables, but have the same characteristics, with a third party (the debtor) obligated to deliver or perform something to a creditor. If the creditor chooses to dispose over his right through a sale or pledge, instead of demanding performance directly from the debtor, the rule from the Negotiable Instruments Act 1936 will apply by analogy. One example of this is a recent Supreme Court case concerning the validity of a refinancing scheme adopted by a leasing company.³³ The scheme involved the security transfer of leasing equipment by the leasing company to a financier. The equipment stayed with the lessee who was notified as to the transfer and that the leasing company for the remainder of the leasing period would be the representative of the financier and that nothing would change for the lessee. The Supreme Court found that this was a perfected sale and that the financier thereby had priority to the equipment in the leasing company's bankruptcy proceeding. This finding is an example in which the Supreme Court has shown flexibility and a readiness to adapt the rules to modern demands. There was no indication of any deception with respect to the bankruptcy creditors – secured or unsecured – and it did not create any false wealth problems. However, this attitude does carry the risk of creating a number of new questions and uncertainties, which may or may not be solved through new case law. Sweden is not a common law country and has a weaker system of precedent, with fewer cases tried in the courts than for instance, Great Britain or the United States. The Swedish attitude has traditionally been to address new demands with specific legislation, not to leave it to the courts, and therefore this area of the law is in great need of a legislative initiative.

³³ *AEC Investment AB v Obligentia Finans AB, bankrupt*, NJA 1995 p 367 I.

Om surrogation och utmätningsfri egendom

1. Inledning

Surrogation är en rättsfigur med ganska diffusa drag, inte helt lätt att identifiera bland andra närstående figurer.¹ Termen surrogation syftar vanligen på lösningen av en sakrättslig konflikt avseende separationsrätt till viss egendom, som trätt i stället för någon annan egendom. Det kan röra sig om fall där ett medvetet utbyte skett av någon anledning men också fall där viss egendom av en tillfällighet ersatts av annan slags egendom såsom en fordran på ersättning eller ett utbetalt belopp. Även fall där pengar ersatts av viss egendom kan räknas hit. Konflikten bottnar oftast i att en person (ägaren) hävdar separationsrätt ur en annan persons tillgångar framför dennes utmätnings- eller konkursborgenärer. Frågan blir i dessa fall om separatisten kan anses ha en bevarad, överförd rätt till surrogatet framför borgenärerna. Ägaren skulle således få sin äganderätt överflyttad på surrogatet och kunna separera detta i innehavarens konkurs eller vid utmätning hos denne. Men surrogation, eller snarare rättsverkningarna av utbyte, kan dyka upp som problem även i andra sammanhang där en ägare önskar freda egendom från andras krav baserat på att egendomen utgör surrogat för annan egendom. Det kan exempelvis röra sig om försäkringsersättning för utmätningsfri egendom, kanske i form av beneficium enligt reglerna i 5 kap. 1 § utsökningsbalken (1981:774) (UB).

Det kan noteras att surrogation ibland är direkt reglerad i lag och då inte behöver någon ytterligare motivering. Ett exempel är 23 § kommissionslagen (2009:865), som innebär att huvudmannens äganderätt flyttas över från vara till köpeskilling vid försäljningskommission och från tillhandahållna medel till vara vid inköpskommission. Ett annat exempel är reglerna i 9 kap. 1–6 §§ försäkringsavtalslagen (2005:104), om rätten i vissa fall för annan än försäkrings-tagaren att göra gällande rätt till ersättning.

Gösta Walin medverkade med en artikel om separationsrätt i konkurs och vid utmätning efter surrogation i Festskrift till Birger Ekeberg,² 1950, vari han var mycket positiv till en ganska långtgående surrogationsmöjlighet. Walin sammanfattade sin syn på rättsläget: ”För egen del anser vi ej uteslutet, att surrogationsprincipen kan slå igenom även när det gäller inköpt egendom för annans pengar eller försäljning av annans egendom eller byte av viss egendom mot

¹ Jfr Lindskog, Betalning, 2 uppl., Norstedts Juridik 2018, s. 725 ff.

² Walin, Gösta, Om separationsrätt efter surrogation. En förmögenhetsrättslig studie, Festskrift tillägnad Birger Ekeberg den 10 augusti 1950, Svensk Juristtidning 1950, s. 532–554.

annan.” Denna positiva attityd gentemot surrogationsmöjligheten delades dock inte av alla. Bland annat uttryckte Nils Beckman en minst sagt avvaktande hållning i sin recension av Festskriften.³ Denna avvaktande attityd har sedan varit rådande inom litteraturen under lång tid.⁴ Under senare år kan dock skönjas en viss omsvängning i praxis från Högsta domstolen (HD), särskilt gäller detta NJA 2009 s. 500 och NJA 2014 s. 935, där surrogation framhålls som en självklar möjlighet.

Det bör samtidigt framhållas att det ändå lär krävas en tydlig lagregel eller etablerad rättsprincip som grund för surrogation med äganderättslig rättsverkan; som huvudregel ”hoppas” inte äganderätten enligt svensk rätt på det sätt som surrogationen förutsätter. Äganderätt och därmed separationsrätt förutsätter som regel att egendomen ifråga kan identifieras och pekas ut, har den gått förlorad eller omvandlats utan ägarens medgivande har denne som huvudregel endast kvar en fordran på värdeersättning vilken inte har något särskilt skydd gentemot motpartens borgenärer.⁵

Men surrogation kan som antytts uppträda även i andra sammanhang än de rent sakrättsliga borgenärsskyddsfallen. En sådan situation illustreras av ett nytt prejudikat från HD avseende omfånget av utmätningsskydd enligt 5 kap. 7 § UB.⁶

2. Fallets gång genom instanserna

Målet gällde utmätning av en motorcykel hos AL. AL hade köpt en motorcykel i november 2017 för pengar som han bara tre dagar tidigare hade erhållit som ersättning från Brottsoffermyndigheten för uteblivet skadestånd för vissa allvarliga brott han varit utsatt för. Knappt hälften av ersättningen gick åt till motorcykeln. I april 2018 beslagtogs polisen motorcykeln och i maj utmätte Kronofogdemyndigheten (KFM) den för AL:s allmänna och enskilda skulder.

³ Nils Beckman, anmälan av Festskrift till Ekeberg, SvJT 1951 s. 434, ”För en omstörtning av hävdvunna begrepp om gränserna mellan sakrättsligt och obligationsrättsligt skydd drager sig däremot icke justitierådet WALIN, vilken i en artikel om separationsrätt efter surrogation vill draga vittgående konsekvenser av den samtidigt med 1944 års lag om redovisningsmedel vidtagna ändringen i 17 kap. 2 § handelsbalken. Ur lagrummet, vilket handlar om vad i gäldenärs bo som hör till annan till, borttogs då den punkt, varigenom ägaren, när föremålet för hans rätt »är förvandlat och ej i behåll», hänvisas att bevaka en skadeståndsfördran (jfr SvJT 1925 rf. s. 60). Efter punktens borttagande bör enligt Walin ägaren, när den ursprungliga egendomen ej finnes i behåll, ofta kunna göra anspråk på vad som kan sägas ha trätt i dess ställe. I vad mån praxis skall visa sig benägen att gå in på dessa nya linjer är tveksamt.”

⁴ Se Hessler, Allmän sakrätt, 1973, s. 161 (dock utgiven före Walins Separationsrätt, 1975), Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., 1996, s. 166.

⁵ Se härom Millqvist, Sakrättens grunder, 8 uppl., Norstedts Juridik 2018, s. 104 ff.

⁶ NJA 2018 s. 966.

AL överklagade och hävdade att motorcykeln inte kunde utmätas eftersom den var köpt för brottsskadeersättningen.

Tingsrätten gick på KFM:s linje och lämnade överklagandet utan bifall, efter att ha noterat att *anspråk* på brottsskadeersättning är utmättningsfritt enligt 32 § brottsskadelagen (2014:322) och att förbud mot utmätning av *själva ersättningen* kan följa av 5 kap. 7 § UB. Sådant förbud förutsätter att ersättningen hålls avskild och att antingen pengarna ska tillgodose ett försörjningsbehov eller att i lagrummet angiven tvåårsgräns ännu inte uppnåtts. Tingsrätten påpekade vidare att frågan om tillräckligt avskiljande fick bedömas med ledning av lagen (1944:181) om redovisningsmedel (RVL) och att därmed viss surrogation i och för sig kunde accepteras men att det var oklart hur långt en sådan möjlighet kunde sträcka sig. Dock bedömde tingsrätten att *”den i vart fall inte sträcker sig så långt att en motorcykel, som inköpts för medlen, skulle vara skyddad mot utmätning.”*⁷

Göta hovrätt gjorde samma bedömning som tingsrätten och fann att även om det fanns visst stöd i förarbetena till UB för att surrogation kunde godtas *”vore det enligt hovrättens mening att dra det för långt att utsträcka utmättningsfriheten till att omfatta den motorcykel som inköpts för de utbetalade medlen.”*⁸ Överklagandet lämnades utan bifall.

I HD fick AL däremot medhåll och HD ansåg enhälligt att eftersom AL visat att motorcykeln i sin helhet härrörde från brottsskadeersättningen gällde utmättningsförbud för cykeln, som hade *”trätt i brottsskadeersättningens ställe.”*⁹

3. En närmare titt på HD:s domskäl

HD inleder med att påpeka att den ersättning AL erhållit sattes in på ett tomt bankkonto och att 50 000 kr överfördes samma dag därifrån till ett annat AL:s konto, som också var tomt snarare än på 51 öre. Tre dagar senare köpte AL motorcykeln för 37 000 kr och betalade från det senare kontot. Frågan i HD var därmed *”om den motorcykel som [AL] har köpt för medel som han fått i brottsskadeersättning omfattas av utmättningsförbudet i 5 kap. 7 § andra stycket utsökningsbalken.”*¹⁰

HD utgår således från att det inte råder någon tvekan om att de pengar som använts utgörs av brottsskadeersättningen och att motorcykeln de facto är ett substitut för en del av detta belopp. Därmed blir prövningen i vad mån syftet

⁷ Växjö tingsrätt, Ä 2820-18, 2018-07-20, protokoll s. 3.

⁸ Göta hovrätt, ÖÅ 2172-18, 2018-07-30, protokoll s. 2 f. Hovrätten hänvisade till prop. 1980/81:8 s. 1123.

⁹ HD p. 20.

¹⁰ HD p. 6.

för brottskadeersättning ska omfatta även sådan egendom som införskaffas för dessa pengar.

Nästa moment i HD:s domskäl, p. 7–9, är genomgång av vad brottskadeersättning ersätter, nämligen personskada och kränkning enligt reglerna i skadeståndslagen (1972:207) och det påpekas att särskilt ersättning för ideell skada har en starkt personlig karaktär samt att kränkningersättning

”avser att kompensera känslor som den kränkande handlingen har framkallat, såsom rädsla, föredring, skam eller liknande som inte tar sig sådana medicinska uttryck att det föreligger en personskada (jfr p. 8). Ersättningen ska bidra till att den drabbade får upprättelse för den kränkande handlingen och därmed återställa dennes självrespekt och självkänsla. Tanken är att ge den skadelidande en möjlighet att genom kränkningersättningen t.ex. unna sig något extra och därigenom skingra tankarna på kränkningen och den olust och det obehag som han eller hon har åsamkats.”¹¹

Därefter tas utmätningsförbudet i brottskadelagen och UB upp och HD påpekar att tanken bakom dessa förbud är att den aktuella ersättningen har en så personlig prägel att gäldenären bör ha möjlighet att använda medlen för sitt avsedda syfte.¹² Frågan om tillräckligt avskiljande styrs av RVL.

Slutligen tar HD upp frågan om utmätningsförbud avseende sådant som trätt i ersättningens ställe med påpekande om att förarbetena till UB visserligen angav att surrogation i vissa fall kunde medföra förbud även avseende sådan egendom men att det ansågs tveksamt hur långt en sådan surrogationsprincip sträckte sig.¹³ Eftersom förarbetena inte gav någon vidare ledning är det enligt HD emellertid

”naturligt att [frågan] får avgöras mot bakgrund av framför allt ändamålet med ersättningen och syftet med utmätningsförbudet. Vidare bör en avvägning göras mot det allmänna borgenärsintresset.”¹⁴

HD återknyter till vad som tidigare sagts och finner därmed

”att starka skäl talar för att förbudet bör gälla även i sådan egendom som den skadelidande har köpt för ersättningen. De allmänna borgenärsintressen som också ska beaktas talar inte med någon styrka i annan riktning. Under förutsättning att den skadelidande kan visa att egendomen i sin helhet härrör från den ersättning som utmätningsförbudet skyddar föreligger hinder mot utmätning av egendomen.”¹⁵

Som redan konstaterats ovan innebar detta att motorcykeln var utmätningssfri såsom surrogat för utmätningssfri brottskadeersättning enligt 5 kap. 7 § andra stycket UB eftersom det var klarlagt att ersättningen hållits avskild, att två år ännu inte passerat och att motorcykeln i sin helt härrörde från ersättningen.

¹¹ HD p. 10, med hänv. till prop. 2000/01:68 s. 19 och 48.

¹² HD p. 12. Här hänvisas till prop. 2013/14:94 s. 47, jfr NJA 1987 s. 746, NJA 2001 s. 823 samt NJA 2017 s. 343.

¹³ Prop. 1980/81:8 s. 503.

¹⁴ HD p. 16.

¹⁵ HD p. 18.

4. Några reflektioner

Från civilrättslig utgångspunkt kan utgången sägas bekräfta en tendens i senare praxis från HD att befästa (och kanske utvidga) surrogationsprincipen och godta rättsverkningarna av surrogation i större utsträckning än som tidigare tycks ha varit fallet. I NJA 2009 s. 500 gällde det bland annat att spåra ett belopp genom en transaktionskedja mellan fyra olika bankkonton och HD ansåg att rättsverkningarna av surrogation kunde godtas trots att det knappast kunde sägas vara ”samma belopp” som vandrade från det ursprungliga kontot via två separata konton i annan persons namn för att landa på ett slutligt konto i ytterligare annan persons namn. Med hänvisning till Walin, Separationsrätt, s. 174, konstaterade HD i det fallet att separationsrätt kan godtas också efter surrogation i flera led.¹⁶ Dock kunde surrogationen inte medföra separationsrätt från det sista kontot då sammanblandning med andra medel (med okänt ursprung) skett på detta konto och sammanblandning enligt HD alltid medför separationsrättens bortfall.

Det är tydligt att HD i det aktuella målet har velat markera mot underinstansernas kategoriska ställningstagande *mot* surrogation och utmätningsfrihet. KFM ansåg inte skäl föreligga för undantag, tingsrätten menade att surrogationsmöjligheten ”i vart fall” inte kunde sträcka sig till att omfatta motorcykeln och hovrätten fann till och med att det vore att ”dra det för långt” att utsträcka surrogationsprincipen på ett sådant sätt. HD däremot beskriver det som ett uppenbart fall av utmätningsfrihet närmast på grund av att gäldenären använt ersättningen just på ett sådant sätt som det är tänkt. Han unnade sig något som han tydligen ville ha och som han annars kanske inte skulle haft råd med. Det framgår inte vad ”det allmänna borgenärsintresset” består av men främst rör det sig väl om intresset av att få betalt för fordran, vilket alltså inte väge upp gäldenärens intresse av att få nytta och glädje av brottsskadeersättningen.

Genom att konstatera att motorcykeln var utmätningsfri följer därav också att den inte skulle ha ingått i AL:s konkurs som del i konkursegendomen, jfr 3 kap. 3 § KonkL. AL fick således genom surrogationen fullt borgenärsskydd för cykeln.

Är det då viktigt att det som i fallet finns en obruten kedja från det faktum att brottsskadeersättningen som sådan är utmätningsfri under vissa förutsättningar, över att det är klarlagt att inköpet skedde helt för medel som var skyddade, till att objektet som sådant är ”acceptabelt” som surrogat? Ja, det är troligt att det var av avgörande betydelse för utgången att det rörde sig just om brottsskade-

¹⁶ HD hänvisar utan några reservationer till detta fall i NJA 2014 s. 935, som gällde fråga om kvittning av konkursförvaltararvode mot boets medel på advokatens klientmedelskonto. Detta ansågs inte möjligt eftersom boet bedömdes, efter surrogation, vara innehavare av medlen och inte endast ha en redovisningsfordran på advokaten. Det förelåg därmed inte något ömsesidigt fordringsförhållande mellan dem. Detta resonemang och resultat bekräftas av HD i Beslut 27 mars 2019, Ö 1820-18, avseende kvittning av likvidatorsarvode mot likvidationsbolagets medel inestående på klientmedelskonto.

ersättning, som i sig har ett utmätningsskydd av visst omfång. Frågeställningen uppstod just på grund härav genom att AL hävdade samma utmätningsskydd för motorcykeln och då skyddsintresset enligt HD var så starkt kunde det också omfatta cykeln. Kedjans länkar var också intakta och starka genom att det stod klart att ersättningen inte blandats med AL:s övriga tillgångar och endast medel från ersättningen använts för inköpet. AL ålades bevisbördan för båda dessa omständigheter men åstadkom således tillräcklig bevisning.

Det sagda kan å andra sidan innebära att om det brister i någon sådan länk utmätningsfriheten kan bedömas annorlunda. Särskilt om ersättningen används tillsammans med andra medel för inköp av egendom som är mera värd bör det vara svårt att hävda utmätningsfrihet för denna egendom.¹⁷

Göran Millqvist

¹⁷ Jfr här till Lindskog, *Betalning*, 2 uppl., Norstedts Juridik 2018, not 2676, s. 727.

Tidigare utgivning i SCCL:s skriftserie

1. Tvångsinlösen av minoritetsaktier – kommer den nya aktiebolagslagen att lösa problemen?
ISBN: 91-7678-541-6
2. Nyemissioner av aktier – de lege lata och de lege ferenda
ISBN: 91-7678-553-X
3. En svensk kod för bolagsstyrning – vad är det för något och vad innebär den?
ISBN: 91-7678-590-4
4. Intressekonflikter och finansiella marknader
ISBN: 91-7678-616-1
5. Commercial Law Challenges in the 21st Century
Jan Hellner in memoriam
ISBN: 978-91-7678-674-1
6. Redovisning och juridik
ISBN: 978-91-7678-690-1
7. Aktiebolagslagens minoritetsskydd
ISBN: 978-91-7678-695-6
8. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok I
ISBN: 978-91-7678-708-3
9. Finansiella kriser – betalningssystem och skuldförhållanden
ISBN: 978-91-7678-726-7
10. Aktieägars rättigheter
ISBN: 978-91-7678-730-4
11. CISG Part II Conference. Stockholm, 4–5 September 2008
ISBN: 978-91-7678-731-1
12. Marknadsmisbrukslagen i praktiken
ISBN: 978-91-7223-389-8
13. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok II
ISBN: 978-91-7223-399-7

14. A Common Frame of Reference for European Contract Law
ISBN: 978-91-7223-443-7
15. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok III
ISBN: 978-91-7223-465-9
16. Money Laundering
ISBN: 978-91-7223-469-7
17. Hyresgästs skadeståndsansvar. Diskmaskinsmålet NJA 2011 s. 454
ISBN: 978-91-7223-492-5
18. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok IV
ISBN: 978-91-7223-500-7
19. Perspectives on Credit Rating Agencies
ISBN: 978-91-7223-519-9
20. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok V
ISBN: 978-91-7223-546-5
21. Bolagsstämma
ISBN: 978-91-7223-564-9
22. Functional or dysfunctional – the law as a cure?
ISBN: 978-91-7223-582-3
23. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok VI
ISBN: 978-91-7223-602-8
24. Skälig hyra
ISBN: 978-91-7223-613-4
25. Miljöfarliga sjötransporter
ISBN: 978-91-7223-614-1
26. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok VII
ISBN: 978-91-7223-632-5
27. Festskrift till Lars Pehrson
ISBN: 978-91-7223-661-5
28. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok VIII
ISBN: 978-91-7223-675-2
29. Nordiska förmögenhetsrättsdagarna
ISBN: 978-91-7223-706-3
30. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok IX
ISBN: 978-91-7223-719-3
31. Festskrift till Stefan Lindskog
ISBN: 978-91-7223-720-9
32. Festskrift till Göran Millqvist
ISBN: 978-91-7223-747-6

33. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok X
ISBN: 978-91-7223-763-6
34. Bostadsrätten i initial- och övergångsskeden
ISBN: 978-91-7223-764-3
35. Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt
ISBN: 978-91-7223-792-6
36. The Future of Arbitration in Europe
ISBN: 978-91-7223-762-9
37. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok XI
ISBN: 978-91-7223-803-9
38. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok XII
ISBN: 978-91-7223-843-5
39. Festskrift till Jan Kleineman
ISBN: 978-91-7223-845-9
40. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok XIII
ISBN: 978-91-7223-866-4
41. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok XIV
ISBN: 978-91-7223-905-0
42. Regelfrågor på den svenska företagsobligationsmarknaden
ISBN: 978-91-7223-928-9
43. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok XV
ISBN: 978-91-7223-937-1
44. The Regulation of Discharge from Liability in Swedish Company Law
ISBN: 978-91-7223-955-5
45. Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok XVI
ISBN: 978-91-7223-963-0
46. Skadeståndsansvar vid personuppgiftsbehandling
ISBN: 978-91-7223-964-7
47. Stockholm Centre for Commercial Law – 25 Years at the Forefront
of Commercial Law
ISBN: 978-91-7223-967-8

