



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Bör traditionsprincipen överges till förmån för avtalsprincipen?

Examensarbete
20 poäng

av

Fredrik Jonsson

Handledare
Theo Adelswärd

Ämnesområde
Civilrätt, sakrätt

Termin
VT 1999

Innehåll

Sammanfattning	1
Förkortningar och främmande ord	3
1 Inledning	5
1.1 Syfte	5
1.2 Problemställning	5
1.3 Avgränsningar.....	6
1.4 Metod	7
2 Den sakrättsliga utvecklingen	9
2.1 Gällande rätt i Sverige från 1600-talet till 1835	9
2.2 Lösöreköpsförordningens tillkomst	10
2.3 Lösöreköpsförordningens konsekvenser.....	11
2.4 Liknande tendenser i andra länder.....	12
3 Gällande rätt	13
3.1 <i>Avtalsprincipens tillämpning i svensk rätt</i>	13
3.1.1 Byggnad på annans mark	13
3.1.2 Remuneratorisk gåva	14
3.1.3 Immaterialrätter.....	14
3.1.4 Fordringar vid överlåtelse av hel verksamhet.....	14
3.1.5 Löpande skuldebrev i deposition hos bank.....	15
3.1.6 Exekutiv försäljning	15
3.1.7 Nyttjanderätt till fast egendom.....	15
3.1.8 Samäganderättsandelar, numera krav på tradition	16
3.1.9 Virke	16
3.1.10 Slutsatser avseende avtalsprincipens rester	16
3.2 <i>Traditionsprincipen</i>	17
3.2.1 Besittning	17
3.2.1.1 Självständig eller osjälvständig besittning.....	18
3.2.1.2 Omedelbar eller medelbar besittning.....	18
3.2.1.3 Ensambesittning eller sambesittning	19
3.2.2 När tradition anses eller inte anses ha skett	19
3.2.2.1 Rättsfallsreferat	20
3.2.2.2 Slutsatser av rättspraxis	23
3.3 <i>Andra moment för uppnående av sakrättsligt skydd</i>	26
3.3.1 Enkla fordringar och SkbrL analogt.....	26
3.3.2 Bostadsrätt, andel i dödsbo och hyresrätt till lokal.....	26
3.3.3 Överlåtelse av skepp och luftfartyg	27

4	För- och nackdelar med avtalsprincipen respektive traditionsprincipen.....	28
4.1	<i>Kreditgivning, kreditlegitimation, och kreditkostnader.....</i>	28
4.2	<i>Den fria omsättningen och förhållandet till övriga Europa.....</i>	30
4.3	<i>Borgenärsbedrägerier: antedaterade köp, skenavtal och säkerhetsöverlåtelse.....</i>	31
4.4	<i>Likhetsprincipen, köparen är en borgenär bland flera andra.....</i>	32
4.5	<i>Det allmänna rättsmedvetandet – konsumentförhållanden.....</i>	33
4.6	<i>Sakrättens systematik.....</i>	34
4.7	<i>Snabbt konkursförfarande, processekonomi och en enkel tillämpning.....</i>	35
5	Komparativ studie – Dansk rätt.....	36
5.1	<i>Skäl som uppbär avtalsprincipen i dansk rätt.....</i>	36
5.2	<i>Gränsdragningen mellan omsättningsköp och säkerhetsöverlåtelser.....</i>	37
5.2.1	<i>Processuella aspekter.....</i>	38
5.2.2	<i>Gränsdragningen i dansk rättspraxis.....</i>	40
5.2.2.1	<i>Rättsfallsreferat.....</i>	41
5.2.2.2	<i>Diskussion kring gränsdragningen i praxis.....</i>	44
5.2.2.3	<i>Erfarenheter för svenskt vidkommande.....</i>	46
5.3	<i>Tillräckligt individualiserad egendom.....</i>	46
6	Förslag på övergång till avtalsprincipen.....	49
6.1	<i>Avtalsprincipens fördelar.....</i>	49
6.2	<i>Lagtekniska lösningar.....</i>	50
6.2.1	<i>LkL upphävs, lagbestämmelser införs i köplagen och konsumentköplagen.....</i>	51
6.2.2	<i>Utformning av lagtext.....</i>	51
6.2.2.1	<i>Individualiseringskravet.....</i>	52
6.2.2.2	<i>Säkerhetsöverlåtelser omfattas inte av avtalsprincipen.....</i>	53
6.2.2.3	<i>Lagförslag.....</i>	54
6.3	<i>Påverkan på gällande rätt.....</i>	55
6.3.1	<i>Skuldebrevslagen.....</i>	55
6.3.2	<i>Gåvolagen.....</i>	56
6.3.3	<i>Virkesmärkeslagen.....</i>	56
6.3.4	<i>Godtrosvärvslagen.....</i>	56
6.3.5	<i>Utsökningsbalken och konkurslagen.....</i>	57
6.3.6	<i>Skepp och luftfartyg.....</i>	58
6.3.7	<i>Samäganderättsandel.....</i>	58
6.3.8	<i>Andel i dödsbo, bostadsrätt och hyresrätt till lokal.....</i>	58
6.3.9	<i>Säkerhetsöverlåtelse av byggnad på annans mark.....</i>	59
6.4	<i>Problemområden.....</i>	59
6.4.1	<i>Processekonomi.....</i>	59
6.4.2	<i>Borgenärsbedrägerier.....</i>	60
6.4.3	<i>Bevisbördans placering i konsumentförhållanden.....</i>	60
7	Slutsatser.....	62
	Litteraturförteckning.....	64
	Rättsfallsförteckning.....	66

Sammanfattning

Syftet med denna uppsats är att med utgångspunkt i den sakrättsliga utvecklingen och gällande rätt undersöka om avtalsprincipens fördelar överväger de skäl som uppbär traditionsprincipen. Ett annat syfte är att *de lege ferenda* argumentera för en övergång till avtalsprincipen på ett handgripligt sätt med stöd av doktrin och dansk rätt.

Uppsatsen inleds med en rätthistorisk studie där traditionsprincipens utveckling förklaras och diskuteras. Traditionsprincipen förefaller att ha växt fram med anledning av borgenärsbedrägerier på 1820- och 1830-talet. Med dåtidens processuella förutsättningar, den legala bevisteorin, var det svårt för borgenärerna att visa skenöverlåtelse och säkerhetsöverlåtelse.

I kapitel 3 presenteras gällande rätt. Enligt gällande rätt i Sverige råder traditionsprincipen för lös egendom. Detta innebär att egendom som överlåts måste traderas för att köparen ska uppnå skydd mot säljarens borgenärer. För vissa egendomslag gör sig dock avtalsprincipen fortfarande gällande, d.v.s. att köparen uppnår borgenärsskydd redan i och med avtalet.

I kapitel 4 diskuteras de för- och nackdelar som traditionsprincipen respektive avtalsprincipen medför. De skäl som främst uppbär traditionsprincipen i svensk rätt är att borgenärsbedrägerier motverkas och att antalet separationstvister minimeras, vilket medför enklare och snabbare utmättnings- och konkursförfaranden. De skäl som talar för avtalsprincipen är att den står i överensstämmelse med det allmänna rättsmedvetandet, att materiell orättvisa undviks, att en bättre systematik uppnås inom det sakrättsliga området och att den fria omsättningen gynnas.

I kapitel 5 redogörs för dansk rätt. Den komparativa studien inriktas främst på gränsdragningen mellan omsättningsköp och säkerhetsöverlåtelse samt vilket krav på individualisering som bör ställas för generiskt gods. Dessa problemområden har dansk rätt kunnat hantera på ett funktionellt sätt och detta talar för att svenska domstolar torde kunna hantera de problem som avtalsprincipen tidigare uppvisat i Sverige då den var gällande rätt.

Kapitel 6 tar sin utgångspunkt i de arbeten som tidigare förespråkat en övergång till avtalsprincipen i konsumentförhållanden, d.v.s. Göranssons *Traditionsprincipen* och Gregows utredning i SOU 1995:11. Författaren går dock ett steg längre och presenterar ett lagförslag för en generell övergång till avtalsprincipen. En övergång skulle inte behöva innebära några större lagförändringar eller påverkan på gällande rätt.

Slutsatserna pekar på att traditionsprincipen bör överges till förmån för avtalsprincipen.

Förkortningar och främmande ord

Avtalsprincipen	Principen innebär att köparen uppnår borgenärsskydd redan i och med avtalet
ABL	Aktiebolagslagen
BrB	Brottsbalken
BRL	Bostadsrättslagen
Constitutum possessorium	Romerskrättsligt begrepp för avtal som ersätter fysisk tradition, t.ex. avtal om deposition, hyra osv.
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
HR	Häradsrätt
JB	Jordabalken
KKL	Konsumentköplagen
KL	Konkurslagen
KöpL	Köplagen
LkL	Lösöreköplagen, häri inbegrips även den tidigare gällande lösöreköpsförordningen
NJA	Nytt juridiskt arkiv (I)
Omsättningsköp	Köp i dess egentliga mening, där syftet är att äganderätten ska övergå på köparen. Köparen har intresse av

	saken i sig och inte endast som säkerhet för fordran.
RR	Rådhusrätt
SkbrL	Skuldebrevslagen
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
Säkerhetsöverlåtelse	En form av dold pantsättning under rubriken köp. Avsikten är att överlåtelsen ska tjäna som säkerhet för fordran.
Traditionsprincipen	Principen innebär att egendomen måste traderas till köparen för att borgenärsskydd ska uppstå
TR	Tingsrätt
UB	Utsökningsbalken
UfR	Ugeskrift for retsvæsen, dansk samling av rättspraxis

1 Inledning

1.1 Syfte

Syftet med denna uppsats är att med utgångspunkt i den sakrättsliga utvecklingen och gällande rätt undersöka om avtalsprincipens fördelar överväger de skäl som uppbär traditionsprincipen. Ett annat syfte är att *de lege ferenda* argumentera för en övergång till avtalsprincipen på ett handgripligt sätt med stöd av doktrin och dansk rätt.

1.2 Problemställning

Det torde komma som en överraskning för gemene man att den förskottsbetalade varan riskerar att gå förlorad till säljarens borgenärer vid händelse av utmätning eller konkurs för säljaren. En enkätundersökning visar att allmänheten har en bristande kunskap om traditionsprincipen och dess innebörd¹. Traditionsprincipen bärs i och för sig upp av goda skäl, men frågan är om dessa berättigar den risk för materiell orättvisa som kan uppstå i samband med säljarens konkurs? Bör den gällande rätten stå i strid med det allmänna rättsmedvetandet?

Vid en betraktelse av den sakrättsliga systematiken vad gäller äganderätts övergång är det inte svårt att upptäcka en bristande systematik. Huvudregeln är att det krävs tradition för borgenärsskydd vid överlåtelse av lös egendom, men avtalsprincipen gör sig gällande för vissa egendomsslag, t.ex. byggnad på annans mark, immaterialrätter, virke m.m.. Det förefaller även vara osystematiskt att den kreditgivande leverantören kan skaffa sig säkerhet i de levererade varorna genom äganderättsförbehåll, men att samma möjlighet till säkerhet förvägras den förskottsbetalande köparen.

Vid rättshistoriska studier visar det sig även att avtalsprincipen varit etablerad i svensk rätt sedan 1600-talet, men att traditionsprincipen från 1835 och framåt successivt tagit överhanden. Frågan är dock om övergången var motiverad av övertygande skäl, eller om det enbart blev konsekvensen av dåtidens bristfälliga processrätt? Med bristfällig menar jag avsaknaden av muntlighetsprincipen och fri bevisvärdering.

Det ter sig även anmärkningsvärt att Sverige är det enda landet i Europa som uppvisar en strikt tillämpning av traditionsprincipen. Huvuddelen av de europeiska

¹ SOU 1995:11, s. 141 (Gregow)

länderna bekänner sig till avtalsprincipen och i de länder där traditionsprincipen gör sig gällande finns möjlighet att kringgå kravet på fysisk tradition². Är den svenska lösningen bättre och mer förutseende än de i övriga Europa?

Det finns enligt min mening anledning att ifrågasätta den svenska traditionsprincipen, men för att komma till några hållbara slutsatser om vilken princip som bör äga företräde, krävs det en genomgående undersökning av gällande rätt och de skäl som uppbär den. För att argumenteringen *de lege ferenda* inte ska bli alltför teoretisk anser jag att det kan vara intressant med en komparativ undersökning, för vars ändamål jag valt att studera dansk rätt. Fördelen med att välja ett nordiskt land för komparation är den nordiska rättsgemenskapen, ett isolerat rättsområde kan lättare översättas från ett nordiskt land till ett annat.

Slutmålet med uppsatsen är att argumentera för en övergång till avtalsprincipen och att göra det på ett konkret sätt, genom ett lagförslag. Denna argumentering är inte ny i svensk doktrin, Göransson gjorde ett ordentligt avstamp med sin avhandling från 1985 där han framförallt argumenterar för en övergång till avtalsprincipen på konsumentområdet. Gregow har också med sin offentliga utredning (SOU 1995:11) utrett konsekvenserna av ett övergivande av traditionsprincipen på konsumentområdet. Han tog även tillfället i akt att argumentera för en generell övergång till avtalsprincipen. Med utgångspunkt av rättshistorien och gällande rätt samt Göranssons och Gregows arbeten ser jag det som möjligt att föra diskussionen vidare. Bör gällande rätt förändras eller överväger skälen för traditionsprincipen?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen syftar till att diskutera köparens skydd mot säljarens borgenärer, men jag avser inte att föra denna diskussion till sitt slut. Uppsatsen behandlar endast det första hindret som en separerande köpare måste övervinna, nämligen tradition eller registrering alternativt avtal för de egendomslag där avtalsprincipen gäller, däremot utlämnas nästa steg i processen huruvida köpet står sig i en eventuell återvinningstalan vid konkurs. Av utrymmesskäl utlämnas de fall då säljaren uppträder som kommissionär för köparens räkning (inköpskommission).

² Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 49f

1.4 Metod

Mitt övergripande angreppssätt har varit att avtalsprincipens fördelar talar för ett övergivande av traditionsprincipen. För att pröva om denna hypotes håller och för att kunna föra en argumentering för avtalsprincipen *de lege ferenda* har min strävan varit att sätta denna argumentering i ett större sammanhang. Det har därför varit av vikt att redogöra för den historiska rättsutvecklingen och gällande sakrätt. De rättshistoriska studierna har utförts med stöd av doktrin, framförallt Göranssons avhandling *Traditionsprincipen*. Den historiska bakgrunden till gällande rätt ser jag som viktig för att bättre förstå förhållandet mellan säljarens borgenärer och köparen *de lege lata* och för att identifiera problemområden. Med tanke på att det sakrättsliga rättsområdet är svåröverskådligt till följd av inslag av både traditionsprincipen och avtalsprincipen har en beskrivning av gällande rätt framstått som betydelsefull som utgångspunkt för fortsatta diskussioner *de lege ferenda*. Det finns få lagar som reglerar förhållandet mellan köparen och säljarens borgenärer och därmed har praxis och doktrin spelat en viktig roll för den sakrättsliga utvecklingen. Håstads *Sakrätt avseende lös egendom* har använts som utgångspunkt för beskrivning av gällande rätt, men tysk begreppsjurisprudens har även inlånats för att kunna förklara praxis och för att frigöra mig från doktrin vad gäller besittningsövergångens innebörd³. Det kan te sig anmärkningsvärt att använda en juridisk metod som är främmande för svenskt vidkommande, men min avsikt har varit att därigenom försöka visa en systematik i svensk praxis vad gäller traditionskravet. Jag anser att det går, att med hjälp av väl definierade begrepp, komma fram till logiska slutsatser. Praxis används som illustration och som underlag för slutsatser avseende traditionskravets innebörd.

De fördelar och nackdelar som avtalsprincipen respektive traditionsprincipen medför har redogjorts för i ett särskilt kapitel. Det torde stå klart för läsaren att min subjektiva inställning vad gäller avtalsprincipen har påverkat denna diskussion och att redogörelsen därmed inte är fullständigt objektiv eller förutsättningslös. Avtalsprincipens och traditionsprincipens konsekvenser har diskuterats med utgångspunkt i doktrin, framförallt med stöd av Göransson, Håstad och Gregow (SOU 1995:11).

Med tanke på att Sverige är ensamt i Europa om att tillämpa traditionsprincipen strikt och då huvuddelen av Europas länder tillämpar avtalsprincipen⁴ såg jag det som intressant att göra en komparativ studie, framförallt för att belysa de praktiska konsekvenserna av avtalsprincipen. Studien kunde antingen omfatta flera länder eller endast ett, beroende på vilket syfte studie skulle tjäna. Eftersom jag ville visa att en del av de problem som Sverige upplevde vid den tidigare

³ Göransson använder de tyska begreppen för att kunna förklara besittningsövergångens innebörd i praxis. Mina slutsatser skiljer sig dock från Göranssons, jfr. Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 463ff och 549ff

⁴ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 49

tillämpningen av avtalsprincipen har kunnat hanteras utomlands beslutade jag mig för att endast redogöra för ett land för att därigenom kunna gå på djupet. Göransson hade visserligen redan gjort en omfattande komparativ studie av sakrätten, men delvis utelämnat de nordiska länderna eftersom han ansåg deras rätt vara mer lättillgänglig i Sverige. Men anledning av den nordiska rättsgemenskapen och det lämnade utrymmet av Göransson såg jag det som mest utsiktsfullt att jämföra förhållandena i Sverige med de i ett annat nordiskt land. Att valet föll på Danmark kan förklaras utifrån att de danska domstolarna förefaller ha kunnat hantera de problem som avtalsprincipen ansågs medföra då den utgjorde gällande rätt i Sverige. Jag har valt att förutom doktrin även studera dansk praxis för att påvisa deras gränsdragning mellan säkerhetsöverlåtelse och omsättningsköp. Dansk praxis redovisas i *Ugeskrift for Retsvæsen (UfR)* och omfattar såväl avgöranden från deras motsvarighet till HD (Højesteret) och våra hovrätter (Landsret).

Genom att avge ett lagförslag har min avsikt varit att på ett konkret sätt kunna visa att en övergång till avtalsprincipen inte behöver medföra vittomfattande konsekvenser vad gäller lagstiftning och förhållandet till andra rättsområden. Lagförslag på konsumentområdet har redan lämnats av Göransson och Gregow och jag har använt deras arbeten som utgångspunkt för mitt lagförslag avseende ett generellt övergivande av traditionsprincipen.

Av de källor som till största del har använts (Gregow, Göransson och Håstad) har Håstad enligt min mening förhållit sig mest neutral till gällande rätt och har därmed använts till största del vad gäller beskrivningen av gällande rätt. Göransson och Gregow förhåller sig positivt inställda till avtalsprincipen varvid dessa källor kan vara mindre tillförlitliga vad gäller avtalsprincipens respektive traditionsprincipens för- och nackdelar. Jag har dessvärre inte kunnat finna någon lämplig källa i doktrin som i modern tid argumenterat för traditionsprincipen på ett rättspolitiskt sätt.

2 Den sakrättsliga utvecklingen

Traditionsprincipen, såsom vi känner den, antog sin slutliga form genom Högsta domstolens avgörande i NJA 1925 s.130 efter en lång tids rådande rättsosäkerhet. Denna övergång från den tidigare gällande avtalsprincipen påbörjades redan 1835 genom den första lösöreköpsförordningen. Den svenska traditionsprincipen växte således fram under en relativt lång tid. Vid studier av gällande rätt bortses ofta från det historiska perspektivet, vilket tyvärr leder till en viss vilshenhet vad gäller motstående intressen. Det som vi erkänner som gällande rätt och som av tradition funnits under en längre tid, kanske inte bärs upp av samma starka skäl idag som vid sin tillkomst. En rätthistorisk studie kan lättare identifiera de avvägningar som varit väsentliga vid framväxandet av det som idag är gällande rätt.

2.1 Gällande rätt i Sverige från 1600-talet till 1835

Var övergången till traditionsprincipen ett allvarligt brott i kontinuiteten? Den svenska rättsutvecklingen hade inte låtit sig påverkas i någon större betydelse av den romerska rätten och traditionsprincipen hade därmed inte fått fotfäste i Sverige på 1600-talet⁵. Den romerska traditionsprincipen var dessutom relativt uppluckrad med tanke på *constitutum possessorium*, vilket innebar att traditionen inte behövde vara faktisk utan att den kunde ersättas med att parterna avtalade att säljaren skulle inneha den sålda egendomen för köparens räkning. Sverige hade däremot påverkats av naturrättens spridning i Europa. De naturrättsliga idéerna hade vunnit inflytande i 1600- och 1700-talets Sverige och därmed även avtalsprincipen. Grotius anses vara avtalsprincipens fader, men föregångare hade redan framhållit det naturliga i att äganderätten övergick i samband med avtalet. Vidare så återfanns former av avtalsprincipen i de lokala sedvänjorna runt om i Europa, vilka hade börjat att accepteras på ett nytt sätt i och med koncilatoreernas arbete på 1300-talet. Avtalsprincipen kom inte att framgå uttryckligen av 1734 års lag, men den framhölls i lagförarbetena. Av pantsättningsreglerna följde dessutom *e contrario* att tradition inte var nödvändigt för köp⁶.

⁵ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 281

⁶ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 286

2.2 Lösöreköpsförordningens tillkomst

Redan under 1800-talet var avtalsprincipen sedan lång tid en del av den svenska rätten, men dess tillämpning skulle visa sig vara annat än invändningsfri. Viktiga borgenärsgrepp, främst på landsbygden upplevde problem med den rådande avtalsprincipen. Till följd av ändrade arbetsförhållanden och nya konsumtionsmönster under början av 1800-talet hade kreditgivningen ökat. Krigsåret och år av missväxt hade därtill försvårat återbetalningen för många och vid utmätning visade det sig ofta att besittaren i verkligheten inte var ägare till egendomen. Genom att äganderätten övergick redan vid avtalsögonblicket fanns utrymme för borgenärsbedrägerier genom skenupprättade eller antedaterade köpehandlingar.⁷ Att kalla en säkerhetsöverlåtelse för köp var också ett sätt att kringgå pantsättningsreglerna som krävde tradition för giltig pantsättning. Säkerhetsöverlåtelser kännetecknas av att förvärvaren inte är intresserad av själva egendomen i sig, utan endast som en säkerhet för fordran. Att säljaren inte valt att pantsätta egendomen öppet kan bero på att han inte vill gå miste om möjligheten att nyttja egendomen. Att säljaren fortsätter att inneha egendomen men ändå upplåter panträtt i egendomen kan jämföras med hypotekarisk pantsättning i lös egendom som redan 1730 hade förbjudits i svensk rätt⁸.

Lagstiftaren kom att ställa krav på registrering av lösöreköp för att dessa skulle åtnjuta borgenärsskydd, vilket innebar ett steg i riktning mot traditionsprincipen. Avsikten var att publiciteten skulle tydliggöra rättsförhållandena och fungera som en varningssignal för borgenärerna. Förordningen fick dock till följd att lösöreköpen ökade lavinartat eftersom ett i enlighet med förordningen upprättat köp innebar fullt bevis med dåtidens legala bevisteori⁹. Denna effekt var inte åsyftad, men man uppmärksammade samtidigt att ett verkligt kreditbehov förelåg och att säkerhetsöverlåtelser var en viktig säkerhetsform på landsbygden. Genom några mindre ändringar 1845 fick förordningen redan då det utseende som den idag efter namnändring till lag 1977 har (i fortsättningen kommer lösöreköpsförordningen och lösöreköpslagen gemensamt kallas för LkL).

⁷ För mer ingående studier av den samhälleliga utvecklingen se gärna Göranssons avhandling *Traditionsprincipen*, s. 314ff

⁸ Nordling, *Om lösöreköp enligt kongl. Förordningen den 20 november 1845*, s. 10ff

⁹ Benckert, *Pantsättning eller överlåtelse till säkerhet för fordran*, s. 10

2.3 Lösöreköpsförordningens konsekvenser

LkL innebar att systematiken i det dåvarande rättssystemet fick sig en allvarlig törn eftersom det accepterades en form av pantsättning utan krav på tradition. Med LkL kunde en giltig pantsättning göras genom registrering, dock under rubriken köp vilket medförde en otydlighet i gränsdragningen mellan köp och pantsättning¹⁰ (fortsättningsvis kommer jag att kalla köp i egentlig mening, d.v.s. där avsikten är att egendomen ska övergå till köparen, för omsättningsköp). Om lagstiftaren varit allvarlig i sin mening att tillåta säkerhetsöverlåtelser som säkerhetsform hade det enligt min mening varit mer systematiskt att återinföra den hypotekariska pantsättningen i lös egendom och därmed mer öppet visat att det rörde sig om pantsättning.

Vid LkL:s tillkomst 1835 levde fortfarande tanken på en kommande civillagsreform och borgenärsproblemen sågs även till viss del som en följd av det då rådande ståndssamhället¹¹. Trots att LkL hade en karaktär av att vara provisorisk, åtgärdade inte lagstiftaren de gränsdragningsproblem som skulle komma att uppstå. På 1870-talet var det aktuellt att avskaffa förordningen, men detta genomfördes aldrig. Istället utvidgades förordningens tillämplighetsområde även till konkurs 1907, något som föranledde häftiga diskussioner inom doktrin då man ansåg den fria omsättningens intresse vara hotat. Vid LkL:s tillkomst 1835 och vid senare ändring 1845 var Sverige fortfarande ett agrarsamhälle och den industriella revolutionen hade inte fått någon större inverkan på svenska förhållanden. Att göra en åtskillnad mellan omsättningsköp och säkerhetsöverlåtelser var inte ett viktigt gränsdragningsproblem då, men dess betydelse ökade allt eftersom den fria omsättningen tilltog. På den tiden var det vanligt att köp och hemtagning av saken skedde vid samma tillfälle. Det rådde oklarheter om lösöreköpsförordningen bara var tillämplig på säkerhetsöverlåtelser eller om den också var tillämplig på omsättningsköp. Enligt doktrin förefaller den förstnämnda tolkningen vara rimligast¹².

¹⁰ Göransson har kritiserat 1800-talets rättsordning för att vara omoget vad gäller rättsligt och samhällsekonomiskt tänkande. För närmare analys se *Traditionsprincipen*, s. 337f

¹¹ Lagkommitténs civillagsreform hade 1826 under stark motsättning från den historiska skolan inte lett till någon samlad lagreform. Kommittén hade förespråkat en ändring i UB som skulle innebära en bevisbörda för den som önskade separera egendom från gäldenären. Se Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 306ff.

¹² I doktrin har diskuterats om inte ordalydelsen ”tillåter kvarbliva i säljarens besittning” skulle tala för att intresset för detta låg hos säljaren och därmed avsåg säkerhetsöverlåtelse. Som stöd för att endast säkerhetsöverlåtelser omfattades ansågs också framgå av fokuseringen på dessa i förarbetena. Hillgård argumenterar för denna tolkning i *Säljarens stoppningsrätt*, s. 100-101 och för samma tolkning argumenterar Nordling i *Om lösöreköp enligt kongl. Förordningen den 20 november 1845*, s. 64-65

Trots den successiva övergången till en friare bevisvärdering som började omkring sekelskiftet hade domstolarna problem med att kunna avgöra om ett köp var en säkerhetsöverlåtelse eller ett omsättningsköp. Muntlighetsprincipen hade inte ännu fått sitt genombrott i processrätten vilket försvårade bevisvärderingen och därtill uppvisade domstolarna enligt Modéer en ovilja att ta hänsyn till det enskilda fallet¹³. Av rättsäkerhetsskäl ansåg sig tydligen HD föranledda att utsträcka traditionsprincipens tillämpning även till omsättningsköp 1925. De processuella skälen förefaller ha varit av stor betydelse för den sakrättsliga utvecklingen.

2.4 Liknande tendenser i andra länder

I detta sammanhang bör också framhållas att säkerhetsöverlåtelser inte bara var ett problem i Sverige på 1800-talet. I England infördes en motsvarighet till den svenska lösöreköpsförordningen, *Bills of Sales Act* 1854 som också krävde registrering för borgenärsskydd. Den viktiga skillnaden mot svenska förhållanden var och är fortfarande den att den engelska förordningen gör skillnad mellan försäljning av egendom som ingår i säljarens normala verksamhet och övrig egendomsförsäljning. De varor som säljs i den ordinarie handelsverksamheten faller utanför tillämpningen och åtnjuter således borgenärsskydd redan genom avtalet¹⁴. Liknande lagstiftning infördes även i Danmark där det kom att ställas krav på tingslysning för att en överlåtelse skulle stå sig mot säljarens borgenärer. Under 1800-talet var Danmark fortfarande influerat av traditionsprincipen, men lite hårddraget kan det sägas att Danmark successivt kom att övergå till avtalsprincipen under början av 1900-talet, samtidigt som Sverige gick i motsatt riktning. Genom en friare bevisvärdering kunde Danmark till skillnad från Sverige hantera avtalsprincipen vad gäller borgenärsbedrägerier, presumtionsregler kom att uppställas och domstolarna klarade av att skilja mellan säkerhetsöverlåtelser och omsättningsköp¹⁵.

¹³ Modéer pekar på dessa förhållanden i *Godtycklighet inom rättsstatens ramar*, s. 108ff

¹⁴ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 210ff, 337, Kruse, *Ejendomsretten*, s. 1220f

¹⁵ von Eyben, *Formuerettigheder*, s. 193f

3 Gällande rätt

Detta kapitel syftar till att ge en bild av den gällande sakrätten i Sverige vad gäller förhållandet mellan köparen och säljarens borgenärer. Redogörelsen för gällande rätt omfattar inte vad köparen behöver iakta för fullständigt borgenärsskydd. Köparen har bara övervunnit första hindret om traditionsprincipen iakttagits eller avtal ingåtts på de områden där avtalsprincipen gäller. För fullständigt borgenärsskydd vid händelse av konkurs måste även reglerna om återvinning avklaras, något som denna uppsats inte syftar till att behandla.

3.1 Avtalsprincipens tillämpning i svensk rätt

Vad som är anledningen till att traditionsprincipen inte till fullo undanträngt avtalsprincipen verkar till stor del vara praktiska skäl. För vissa egendomslag och vid vissa förfaranden förefaller krav på tradition vara mindre lämpligt. LkL är också bara tillämplig på lösöre varvid annan lös egendom faller utanför. Att annan lös egendom inte kräver tradition kan tyckas vara osystematiskt och i strid med de skäl som bär upp LkL, men å andra sidan kan rättssäkerhetsskäl tala emot en sådan utvidgning i de fall parterna utgått från att avtalsprincipen gäller¹⁶. För vissa slag av lös egendom har andra krav ställts för erhållande av sakrättsligt skydd, t.ex. denuntiation vid överlåtelse av enkelt skuldebrev eller egendom som återfinns hos tredje man, detta utvecklas under kapitel 3.3.

Uppsatsen behandlar endast lös egendom, men man bör inte bortse från att avtalsprincipen tillämpas för fast egendom. Köparen av fast egendom uppnår skydd mot säljarens borgenärer redan genom avtalet, lagfartsansökan får bara betydelse i dubbeldispositionsfall, som besittningskonstitut och som tidpunkt då fristiden börjar löpa i en eventuell återvinningstalan. Att avtalsprincipen är rådande för fast egendom ska inte tas som en intäkt för att lagstiftaren är beredd att utvidga principen till lös egendom, den stora skillnaden ligger i förvärvets formbundenhet. Principen anses annars upprätthållas av den allmänna uppfattningen och undvikandet av risk för stora rättsförluster.¹⁷

3.1.1 Byggnad på annans mark

Byggnad på annans mark faller utanför lösöreköpsförordningens tillämpningsområde eftersom egendomslaget inte klassificeras som lösöre. Vid överlåtelse vinner förvärvaren skydd redan genom avtalet. Detta framgår av NJA

¹⁶ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 249

¹⁷ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 412f

1952 s. 407. I domsmotiveringen uttalar HD klart och tydligt att varken lösöreköpslagen eller godtrosförvärvslagen är tillämpliga. Köparen erhåller en rättighet till byggnaden redan genom avtalet som är gällande såväl mot säljarens borgenärer som senare köpare, även om de sistnämnda tillträtt byggnaden. I domen redovisas öppet att det rör sig om en säkerhetsöverlåtelse och inte ett omsättningsköp.

Pantsättningsreglernas krav på tradition har dock inte eftersatts varvid en egentlig pantsättning fortfarande kräver besittningsövergång, men slutresultatet blir ändå att svensk rätt accepterar ett kringgående av pantsättningsreglernas traditionskrav, eftersom NJA 1952 s. 407 rör en säkerhetsöverlåtelse och inte ett omsättningsköp.

3.1.2 Remuneratorisk gåva

Remuneratorisk gåva är enligt rättspraxis skyddad mot givarens borgenärer redan genom avtalet. Detta framgår av NJA 1940 s. 682, vilket dock har kritiserats i doktrinen. Håstad menar exempelvis att avgörandet inte förtjänar att upprätthållas¹⁸. Ett sådant skyddande av remuneratorisk gåva kan också uppmuntra till ett kringgående av skattereglerna.

3.1.3 Immaterialrätter

Immaterialrätter är ett annat egendomsslag där avtalsprincipen gäller. Av praktiska skäl är någon faktisk tradition inte möjlig och att istället kräva någon form av denuntiation förefaller vara mindre lämpligt. Det finns ingen att underrätta och registrering har inte givits sakrättslig betydelse¹⁹.

3.1.4 Fordringar vid överlåtelse av hel verksamhet

Vid överlåtelse av hel verksamhet skyddas de övertagna kundfordringarna genom avtalet. Det har ansetts vara opraktiskt att underrätta varje gäldenär om överlåtelser²⁰. Detta undantag från skuldebrevslagens krav på denuntiation har särreglerats i 31§ 3 st SkbrL.

¹⁸ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 247

¹⁹ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 266

²⁰ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 255

3.1.5 Löpande skuldebrev i deposition hos bank

Vid banks försäljning av löpande skuldebrev ur egen portfölj som den senare kommer att inneha för kunds räkning har det av praktiska skäl ansetts vara olämpligt med traditionskrav. Risken för skenöverlåtelser har ansetts vara liten och det räcker med att egendomen hålls avskild från bankens egen egendom, t.ex. genom bokföringen²¹. Förhållandet har särreglerats i skuldebrevslagen 22§ 2 st för att möjliggöra banks försäljning av värdepapper ur egen portfölj.

3.1.6 Exekutiv försäljning

Vid exekutiv försäljning räcker det med själva avtalet för att uppnå borgenärsskydd. Detta framgick av NJA 1985 s. 159. Här uttalade HD att själva exekutionen utgör ett offentligt förfarande och att de skäl som bär upp traditionskravet, vikten av att skapa klarhet i rättsläget, inte gör sig gällande lika starkt. Praktiska skäl talar även för att samboende, gifta och andra närstående ska kunna ropa in egendom, och då är traditionskravet mindre lämpligt pga. svårigheten att uppnå en besittningsövergång. En motsatstolkning av lösöreköpslagen är det enda stödet för traditionskravet enligt HD och registrering är fullständigt opraktiskt i dessa sammanhang. Exekutiv försäljning ska dock inte förväxlas med konkursbos försäljning av egendom under hand där traditionskrav uppställs, se NJA 1956 s.770.

HD menade att konkursförfarandet medför en viss publicitet, men den är inte tillräcklig för att lösöreköpslagen inte behöver iakttas. Problemet uppstår för köparen först efter konkursens avslutande då ny utmätning tidigast kan väntas.

3.1.7 Nyttjanderätt till fast egendom

Avtalsprincipen tillämpas även på nyttjanderätter till fast egendom, t.ex. försäljning av rotposter vilket framgår av NJA 1979 s. 451. HD ansåg att ett eventuellt krav på denuntiation borde fastställas av lagstiftaren. Även om en analogi av skuldebrevslagens bestämmelser om denuntiation inte ligger långt borta ansåg HD att en sådan underrättelse inte skulle tjäna annat syfte än att just uppnå skydd mot säljarens borgenärer. Fastighetsägaren är inte prestationsskyldig på något sätt till skillnad från exempelvis fallet vid enkel fordran. HD ansåg att doktrinen efter skuldebrevslagens tillkomst tydligen förmedlat att avtalsprincipen fortfarande var gällande för nyttjanderätter och att det därmed ur rättssäkerhetssynpunkt och med hänsyn till omsättningens intresse skulle vara betänkligt att införa en annan ordning.

²¹ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 243

3.1.8 Samäganderättsandelar, numera krav på tradition

Överlåtelse av samäganderättsandelar vann tidigare borgenärsskydd redan genom avtalet, men med NJA 1987 s. 3 övergick HD till att kräva tradition även för andelar i lösöre. Som skäl anfördes bl.a. att avtalsprincipen kunde uppmuntra till skenöverlåtelser och till överlåtelse av lösöre med undantag för en liten bråkdel. Det tidigare rättsfallet från 1916 (NJA 1916 s. 656) ansågs inte längre vara av avgörande betydelse p.g.a. den senare sakrättsliga utvecklingen i lagstiftning (?) och praxis. HD gjorde en intresseavvägning mellan omsättningens intresse och risken för svek. I HD:s diskussion framhölls att andelsöverlåtelser skulle riskera att försvåras eller t.o.m. förhindras om besittningsövergång krävdes. Risken för skenöverlåtelser ansågs dock väga tyngre som skäl för krav på besittningsövergång. HD tog även i NJA 1987 s. 3 ställning till besittningsfrågan och menade att då köparen var son till säljaren och anställd i travrörelsen så hade inte någon sambesittning uppnåtts efter försäljningen p.g.a. köparens underordnade ställning. Min kommentar till fallet är att vad köparen än hade vidtagit så hade inte något borgenärsskydd kunnat uppnås, lösöreköpslagen är inte tillämplig, och någon besittningsövergång kunde tydligen inte uppnås.

3.1.9 Virke

Försäljning av virke har särreglerats, vilket framgår av 1944 års virkesmärkeslag. För dessa fall räcker det att virket har avskilts och individualiserats för köparens räkning. Förutom blotta avtalet krävs således en aktiv handling, men dock ej tradition. Virke är ett typiskt generiskt egendomsslag och vid avtalsprincipens tillämpning förutsätts att specialitetsprincipen iakttas för denna typ av egendom. Avtalsprincipen har i och med 1944 års virkesmärkeslag specialreglerats.

3.1.10 Slutsatser avseende avtalsprincipens rester

Av redogörelsen för avtalsprincipens tillämpning i svensk rätt framgår att avtalsprincipen upprätthålls av olika skäl. De främsta skälen som föranleder avtalsprincipen i dessa fall förefaller vara praktiska skäl, *e contrario* tolkning av LkL och specialreglering. Det viktigaste skälet torde vara praktiska skäl, något som kanske är oundvikligt men som ger en osystematisk sakrätt. En intresseavvägning inom sakrätten uppstår därmed mellan systematik och upprätthållandet av traditionsprincipen, då det torde vara omöjligt att uppställa traditionskrav eller krav på andra sakrättsliga moment för de flesta av ovan nämnda egendomsslag.

3.2 Traditionsprincipen

Alltsedan LkL:s tillkomst 1835 har svensk sakrätt successivt övergått från avtalsprincipen till traditionsprincipen. Genom en *e contrario* tolkning av LkL har resultatet blivit att tradition behövs för borgenärsskydd. De skäl som anses bära upp traditionsprincipen är att hindra efterhandskonstruktioner och att motverka i förväg träffade skenavtal samt att göra traditionskravet vid pantsättning effektivt²². Traditionsprincipen gäller för all egendom som faller under LkL, dvs. lösören som innehas av säljaren. HD fastslog i NJA 1997 s. 660 att traditionsprincipen fortfarande gäller *de lege lata* för lösören, trots förslag om dess avskaffande i doktrin, och att ett övergivande av traditionsprincipen förutsätter stöd av lag. För annan lös egendom, se ovan under avtalsprincipen och under kapitel 3.3. För viss lös egendom har traditionskravet specialreglerats vilket är fallet för löpande skuldebrev och bankböcker (SkbrL 22§ respektive 32§). SkbrL 22§ torde även vara analogt tillämplig på överlåtelse av växel, check, konossement m.m.²³. Av ABL 3:6 framgår det att SkbrL 22§ även gäller för aktier. Genom praxis har det även framkommit att tradition krävs för samäganderättsandel i lösöre (NJA 1987 s. 3).

En av svårigheterna med traditionskravet är att avgöra när tradition har skett. Svensk rätt är inte någon typisk företrädare för begreppsjurisprudens, utan ändamålsavvägningar är ofta förekommande. Detta leder till att det blir svårt att klart överblicka sakrättsområdet. Jag avser att med hjälp av praxis försöka utröna vad som krävs för att traditionskravet ska anses vara uppfyllt. Ett centralt begrepp är *besittning*. Detta begrepp låter sig dock inte klart förklaras och en av anledningarna därtill är enligt Göransson den funktionella eller teleologiska metoden i svensk rättstillämpning²⁴. Begreppsjurisprudens har ansetts vara ett ålderdomligt synsätt och därmed har nästan inga samlade framställningar om besittningssläran gjorts i svensk doktrin²⁵. Med tanke på att de sakrättsliga momenten till stor del syftar till att klargöra rättsläget och således vara objektivt påtagliga, torde det vara mindre besvärligt att konstatera när tradition skett, så är dessvärre inte fallet.

Det är inte helt tydligt om det räcker med att köparen kommit i besittning av egendomen eller om det därtill krävs att säljarens rådighet har avskurits.

3.2.1 Besittning

Göransson tar hjälp av tysk doktrin för att finna en viss teoribildning att hänga upp svensk praxis på. De distinktioner som Göransson behandlar är *självständig* –

²² Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 221

²³ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 252

²⁴ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 453f

²⁵ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 453f

osjälvständig besittning, omedelbar – medelbar besittning och *ensam – sambesittning*.²⁶ Besittningsbegreppen förklaras och diskuteras först utan någon koppling till rättsföljderna.

3.2.1.1 Självständig eller osjälvständig besittning

Avgörande för om det rör sig om självständig eller osjälvständig besittning är rättsförhållandet mellan den överordnade och den som har saken i sin vård. Enligt Göransson är alla fall där innehavaren inte står i ett direkt beroendeförhållande till den andre, självständig besittning. Äganderättsförvärvaren, pantinnehavaren, depositarien, låntagaren m.fl. är självständiga enligt Göransson²⁷. Detta innebär att flera kan ha självständig besittning samtidigt, och för att skilja dessa åt används andra distinktioner. Göransson delar inte det synsätt som HD i NJA 1984 s. 456 diskuterat, att en bank bara skulle ha en osjälvständig besittning till föremål som deponerats i bankfack²⁸.

3.2.1.2 Omedelbar eller medelbar besittning

Typfallet för omedelbar besittning är när innehavaren har fri och obehindrad tillgång till egendomen och har en förmåga att utestänga andra från tillgång, t.ex. har en bil i sitt garage. Mer komplicerat blir det när innehavaren eller ägaren förvarar egendomen på annans mark eller i annans lokal. Enligt Göransson är det fortfarande intressant att se till den fria och obehindrade tillgången, frågan är dock om den måste vara helt obehindrad för att det fortfarande ska anses röra sig om omedelbar besittning. Gränsen går enligt Göransson vid den punkt där innehavaren inte utan rättslig åtgärd kan undanröja hindret. Göransson har utfärdat en standardregel för omedelbar besittning: ”*Omedelbar besittning föreligger, om den berättigade inte är hindrad i fri tillgång till egendomen i vidare mån än vad som är normalt för att han ska kunna utöva de honom tillkommande rättigheterna*”. En ägare ska till skillnad från exempelvis en pantinnehavare kunna göra i stort vad som helst med sin egendom, när som helst. Detta innebär att en liten inskränkning kan medföra att han endast har medelbar besittning. Gränsdragningen är inte helt enkel, och kan variera från egendomsslag till egendomsslag, viss egendom används kanske inte när som helst.²⁹

HD har utgått från att medelbar besittning föreligger för ägaren till travhäst som hålls uppstallad hos travtränare (NJA 1984 s. 132 och 1984 s. 456). Dagtid har

²⁶ Utdrag ur Göranssons besittningsdiskussion är hämtad ur *Traditionsprincipens* kapitel 15, närmare bestämt s. 463-494

²⁷ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 469

²⁸ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 469

²⁹ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 470ff

ägarna haft tillgång till hästarna obehindrat, men nattetid har stallen varit låsta. Vad som HD fäste vikt vid, vad gäller inskränkning i tillgången till hästarna, är svårt att peka på, men det förefaller som att en ägare bör kunna ha fri, obehindrad tillgång när som helst för att omedelbar besittning ska föreligga. Omedelbar besittning för köparen av en båt förefaller ha uppstått genom att säljaren i samband med försäljningen även överlät nyttjanderätten till båtplatsen (NJA 1991 s. 564). Här hade köparen en fri och obehindrad tillgång till båten, fallet kan jämföras med NJA 1927 s. 513 där ett virkesparti såldes i samband med överlåtelse av nyttjanderätt till platsen där partiet låg upplagt.

3.2.1.3 Ensambesittning eller sambesittning

Slutligen kommer vi till ensambesittning och sambesittning. För att det ska vara fråga om sambesittning måste möjligheten att få tillgång till egendomen vara likartad för båda parter. En medelbar och en omedelbar besittare av en sak är således inte sambesittare, utan var och en på sina villkor ensambesittare.³⁰

I Göranssons avhandling från 1985 har inte NJA 1987 s. 3, som refererats ovan under kapitel 3.1.8, kunnat diskuteras. HD behandlade till viss del besittningsbegreppet i det att de konstaterade att travtränarens son som också var anställd inte kunde utöva sambesittning med travtränaren, eftersom hans ställning var underordnad. Sambesittning förefaller således inte heller kunna utövas av de som har självständig respektive osjälvständig besittning. Avgörandet hade möjligen blivit annorlunda om sonen och fadern haft en lika självständig besittning till hästen båda två.

3.2.2 När tradition anses eller inte anses ha skett

Om vi nu övergår till att diskutera rättsföljderna av besittning så blir följden nedslående om man får tro Göransson, som uppställer tolv (12) undergrupper för att kunna klarlägga praxis. Detta har inte medvetet gjorts av Göransson för att som han själv säger smutskasta det svenska systemet och göra narr av rättspraxis. Resultatet beror enligt Göransson på att det svenska besittningsbegreppet inriktat sig på de faktiskt, utåt synbara förhållandena och att domskälen först på senare tid blivit tydligare vad gäller ändamålsskäl som avvägts³¹. Jag väljer att inte ta in den klassificering som Göransson gjort av utrymmesskäl och för att inte göra hans framställning orättvisa genom en kort referering³². Istället har jag valt att med hjälp av några utvalda rättsfall försöka belysa den svenska traditionsprincipen utifrån

³⁰ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 492f

³¹ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 550

³² För den som önskar ta del av Göranssons klassificering ber jag om att få hänvisa till *Traditionsprincipen*, s. 549-618.

besittningsövergången. De ovan redovisade besittningsbegreppen anser jag kunna utgöra ett stöd i diskussionen. Mina slutsatser av rättsfallsstudien blir något enklare än Göranssons och jag delar inte riktigt hans uppfattning om att svensk rätt vad gäller köparens borgenärsskydd är icke-enhetlig och svåröverskådlig³³.

3.2.2.1 Rättsfallsreferat

Min avsikt är att kortfattat referera rättsfall som rör besittningsövergång och jag hoppas att detta kan vara av intresse för läsaren och ett stöd för den fortsatta diskussionen där återkoppling till praxis sker. I framställningen kommenteras även rättsfall som rör pantsättning. Traditionskraven för omsättningsköp torde inte vara strängare än vad de är för pantsättning. För de fall där praxis saknas i omsättningsfall torde pantsättningsfallen åtminstone sätta en yttersta gräns för vad som krävs för besittningsövergång.

NJA 1916 s. 54

C. Månsson överlät till M. Henriksson fastighet med tillhörande lösören, vilka tillsammans utgjorde en åkerirörelse. Lösöreköpsförordningen hade inte iakttagits och diverse lösören utmättes för Månssons skulder. Månsson hade bott kvar på fastigheten efter överlåtelsen och varit delaktig i åkerirörelsen. HovR fann att då Henriksson erhållig lagfart hade hon därigenom kommit i besittning av såväl fastighet som lösören som befann sig på fastigheten. HD fastställde hovrättens dom.

NJA 1923 s. 372

X sålde till sin son sin fastighet och all lös egendom, med förbehåll om att få bo kvar på fastigheten i vissa rum. Senare försattes X i konkurs. Lagfart för fastigheten hade erhållits av sonen innan konkursen. HD fann att eftersom X kvarblivit på fastigheten och utövat besittning av den lösa egendomen på samma sätt som tidigare, och då LkL inte iakttagits, så hade inte någon besittningsövergång skett, trots lagfartsövergången. Minoriteten ville bara tillerkänna konkursboet den lösa egendom som fanns i den av X bebodda delen av fastigheten. Målet är snarlikt NJA 1916 s. 54, dock med en motsatt utgång, och NJA 1923 s. 372 får anses ersätta det förra fallets prejudikatverkan.

NJA 1923 s. 626

Detta mål rör pantsättning av ett skolager. Banken som var pantinnehavare hyrde en lokal av pantsättaren, i vilken skolagret förvarades bakom låsta dörrar, till vilken endast banken hade tillgång. Hovrätten fann att banken hade besittning till den pantsatta egendomen. Som skäl anfördes att det endast var banken som hade tillgång till lagret, hyresrätten till lagerlokalen innebar inte någon begränsning för banken och banken ansågs ha obehindrad tillgång till skolagret då det genom vittnesförhör framkommit att banken när som helst under kontorstid hade obehindrad tillgång till lagret utan pantsättarens medverkan. Banken ansågs ha fått skolagret traderat till sig. HD fastställde hovrättens dom.

NJA 1924 s. 193

Målet rör gåva av en fastighet och lösöre från föräldrar till ett barn. Genom lagfart ansågs barnet ha kommit i besittning av fastigheten. Vad gäller lösöret så hade föräldrarna även efter överlåtelsen samma tillgång till lösöret och därmed fortfarande besittningen därtill. Lösöret ansågs inte ha traderats till barnet. HD och hovrätten fastställde häradsrättens dom.

³³ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 614f

NJA 1924 s. 543

Ett parti virke hade sålts av ett sågverk till ett trävarubolag. Virket hade avskilts, märkts och förskottsbetalats av trävarubolaget. Genom märkningen och avskiljandet fann HD att det rört sig om köp av bestämt gods, men virket ansågs inte ha kommit i bolagets besittning då det vid sågverkets konkurs fortfarande fanns kvar på sågverket. LkL hade inte iakttagits och därmed stod sig inte bolagets köp mot sågverkets borgenärer. HD var eniga i målet.

NJA 1925 s. 535

Bröderna Håkansson hade till sin syster sålt hästar med tillhörigt lösöre. I samband med överlåtelsen hade hästarna överlämnats till systemen, men nästpåföljande dag hade hästarna med tillbehör uthyrts till bröderna och även tillbakatransporterats. LkL hade inte iakttagits. Eftersom det antogs stå klart att detta varit avsikten redan vid överlämnandet till systemen så ansågs egendomen ha kvarblivit i brödernas besittning. Någon besittningsförändring hade således inte skett och köpet stod sig inte mot brödernas borgenärer. HD och hovrätten fastställde häradsrättens dom.

NJA 1926 s. 281

En verkstadsfirma överläts av O. Pettersson till R. Carlsén. I firman ingick en fastighet och lös egendom. Pettersson anställdes som arbetschef i firman under Carlséns direktiv. Carlsén stod som prokurist och ensam firmatecknare för firman, vilket också anmäldes till handelsregistret. Carlsén erhöll lagfart för fastigheten. LkL hade inte iakttagits för lösöret. Lösöret ansågs ha kvarstannat i Petterssons besittning även efter överlåtelsen eftersom firman fortsatt att drivas i hans namn och under hans ledning, samtidigt som Carlsén befann sig på annan ort och med annan tjänst. Den lösa egendomen hade funnits kvar på fastigheten vid Petterssons konkurs.

NJA 1927 s. 633

F. Rosendahl överlät till A. Ohlsson samtliga döda inventarier på en gård samtidigt som han även överlät nyttjanderätten till fastigheten. Rosendahl och Ohlsson skulle på samma villkor ha rätt att nyttja fastigheten. LkL hade inte iakttagits vad gäller den lösa egendomen. HD fann att även om Rosendahl och Ohlsson gemensamt brukade fastigheten så hade inte besittningen till den lösa egendomen övergått till Ohlsson. Köpet stod sig därmed inte mot Rosendahls borgenärer.

NJA 1927 s. 513

Ett timmerparti överläts av ångbåtsbolaget till importbolaget, samtidigt som nyttjanderätten till den plats där timret låg överläts. HR fann att äganderätten till timret övergått till importbolaget innan ångbåtsbolaget försatts i konkurs. Genom överlåtelsen av nyttjanderätten hade importbolaget kommit i besittning av timret, vilken även fortsatt att bestå genom fortsatt hyra av området. HD och hovrätten fastställde häradsrättens dom.

NJA 1929 s. 64

Ett parti ved hade överlåtits från Lennmans AB till O. Eklund och hade levererats fritt Norrtälje hamn. Veden hade uppmätts och märkts i köparens och säljarens närvaro. Veden kvarlåg på tredje mans mark, i detta fall stadens. LkL hade inte iakttagits. RR fann att då Eklund inte kunde styrka att han övertagit nyttjanderätten till hamnområdet, kunde han inte heller anses ha kommit i besittning av vedpartiet innan Lennmans AB:s konkurs. HD och hovrätten fastställde rådhusrättens dom.

NJA 1934 s. 473

Jacobsson överlät till Ekströmer och Bergström arrende och alla inventarier. Jacobsson kvarstannade på gården som förvaltare. Någon besittningsförändring till inventarierna ansågs inte ha skett eftersom Jacobsson kvarstannat. LkL hade inte iakttagits och därmed stod sig inte köpet mot Jacobssons borgenärer. HD och hovrätten fastställde häradsrättens dom.

NJA 1934 s. 193

Lantbrukare Nilsson sålde till lantmannaaffären ett antal hästar. Fyra dagar senare såldes hästarna tillbaka till Nilsson för samma summa på avbetalning och med äganderättsförbehåll. Det ansågs stå klart att det redan från början varit avsikten att hästarna skulle återföras till Nilsson och därmed ansågs de ha kvarblivit i hans besittning. LkL hade inte iakttagits. HD och hovrätten fastställde häradsrättens dom.

NJA 1936 s. 420

Föräldrar sålde fastighet med lösören till sin son som redan före överlåtelsen skötte fastigheten självständigt. Föräldrarna bodde kvar på fastigheten. Tack vare sonens självständiga skötsel av fastigheten ansågs han efter lagfartens erhållande ha kommit i besittning av såväl fastigheten som lösöret. Detta fall torde kunna jämföras med korthandstradition, s.k. *traditio brevi manu*³⁴.

NJA 1941 s. 687

En byggnadsentreprenör utförde arbeten för kronans räkning. Vid hans konkurs befann sig egendom, som enligt kontraktet mellan parterna skulle anses vara pantsatt egendom, på fastighet som tillhörde kronan. RR fann att då byggnadsentreprenören inte varit förhindrad från att förfoga över egendomen eftersom de hela tiden befunnit sig tillgängliga hade inte någon besittningsövergång uppstått. Någon panträtt för kronan hade därmed inte uppkommit. HD och hovrätten fastställde rådhusrättens dom.

NJA 1945 s. 400

En entreprenör skulle utföra vissa avloppsledningar för ett samhälle. Enligt kontrakt skulle avlämnad materiel på samhällets mark utgöra samhällets egendom, dvs. äganderätten skulle övergå i samband med avlämnandet. Vid entreprenörens konkurs var visst arbete inte slutfört och materiel kvarlåg på samhällets mark. HR fann att egendomen inte övergått till samhället eftersom det fortsatt vara tillgängligt för entreprenören i hans egenskap som utförare av arbetet. Detta gällde även om egendomen befunnits på samhällets mark samt besiktigats och godkänts av en representant för samhället. HD och hovrätten fastställde häradsrättens dom.

NJA 1956 s. 485

En grosshandlare pantsatte all brödsädsspannmål till Östgöta Enskilda bank. Banken hade ensamt nycklarna till bottenluckorna på silon, medan grosshandlaren hade tillgång till toppluckorna för påfyllning och kontroll. Banken hyrde förvaringsplatserna av grosshandlaren. Hovrätten fann att banken hade fått besittning till spannmålet eftersom endast de hade nycklar till bottenluckorna. Även om det förelåg en möjlighet att tömma förvaringsplatserna från toppluckorna så var detta en både onormal och omständlig handling. Att bottenluckorna öppnats vid ett par tillfällen hade inte avbrutit bankens besittning till spannmålet eftersom det skett under bankens övervakning. HD fastställde hovrättens dom.

NJA 1956 s. 770

Ett konkursbo hade sålt egendom under hand till en bostadsrättsförening. LkL hade inte iakttagits och någon besittningsförändring hade inte heller skett då gäldenären hade fortsatt tillgång till lösöret. Besittningsförändring ansågs inte uppstå genom avträdande till konkursboet. Efter konkursens avslutande kunde lösöret därmed utmätas för gäldenärens skulder.

NJA 1975 s. 638

En köpare av husvagn företog i samband med köpet en provtur med husvagnen, som sedan uppställdes hos säljaren. Husvagnen registrerades på köparen, men kvarstannade hos

³⁴ Jämför med Håstads förklaring av korthandstradition, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 221

säljaren för förvaring och reparation. Köparen hade en av nycklarna till husvagnen och lät använda den för övernattnings vid ett par tillfällen. HD fann att dessa åtgärder inte var tillräckliga för att utåt sett visa att överlåtaren inte hade rådighet över husvagnen längre. Minoriteten menade att det inte framkommit något som tydde på skenöverlåtelse eller svek mot borgenärerna. Äganderätten skulle anses ha övergått i samband med överlåtelsen, även om det från början var avtalat att vagnen skulle återföras till säljaren. Målet avgjordes 3-2.

NJA 1986 s. 409

Sonen i en familj pantförskrev sina jaktvapen till modern som säkerhet för en skuld. Han hade dock såväl före som efter pantsättningen i stort sett obehindrad tillgång till vapnen, genom att fråga sin fader om öppnande av vapenslåpet. Därmed hade någon besittningsförändring inte skett och moderns panträtt stod sig inte mot sonens borgenärer.

NJA 1991 s. 564

Richard F sålde en båt till Tommy S. Före utmätning hos Richard övertog Tommy nyttjanderätten till hamnplatsen av Richard. Därmed ansågs båten ha kommit i Tommys besittning och utmätningen upphävdes.

NJA 1998 s. 379

Ett företag överlät ett antal maskiner till säkerhet för fordran och maskinerna hyrdes därefter tillbaka från köparen (K). Någon besittningsövergång av maskinerna skedde inte och LkL iaktogs inte heller. Senare gick företaget i konkurs och konkursboet överlät verksamheten till ny ägare (N), men maskinerna upptogs inte i bouppteckningen utan köparens (K) äganderätt erkändes av konkursförvaltaren (utan skyldighet enligt gällande rätt). Eftersom konkursboet förlorat rådigheten till maskinerna genom överlåtelse av verksamheten till den nya ägaren (N), som var medveten om säkerhetsöverlåtelsen till K, ansågs K ha gjort ett sakrättsligt fullbordat förvärv.

Detta rättsfall är att anse som något unikt eftersom konkursförvaltaren inte handlat i enlighet med gällande rätt, därav den något ovanliga besittningsövergången. Det som framstår som något oklart är dock vad som föranlett borgenärsskydd för K. Någon uttrycklig denuntiation förefaller inte ha gjorts till N om att K är ägare till maskinerna, efter det att konkursboet avstått från rådigheten till maskinerna genom att inte uppta dem i bouppteckningen. N var i och för sig medveten om säkerhetsöverlåtelsen och K var även hälftenägare i N, men det framgår inte av HD:s avgörande om detta var tillräckligt eller om det underförstått gjorts en denuntiation i samband med att K och N avtalat om nyttjandet av maskinerna. Alternativt har HD ansett att maskinerna kommit i K:s besittning med tanke på att han var hälftenägare i N och även firmatecknare där. HovR motiverar sitt ställningstagande med att K kommit i besittning av maskinerna.

3.2.2.2 Slutsatser av rättspraxis

För att tradition ska anses ha skett måste en besittningsövergång ha kommit till stånd. Av praxis framgår att en besittningsförändring som sker från ensambesittning till sambesittning inte är tillräcklig för att tradition ska anses ha skett (NJA 1927 s. 633, 1941 s. 687, 1945 s. 400). I NJA 1945 s. 400 hade både byggnadsentreprenören och kommunen besittning till egendomen, och besittningen förefaller inte ha varit begränsad på något sätt för endera parten (omedelbar besittning för båda). Det räckte dock inte med att kommunen fick sambesittning med entreprenören för att traditionskravet skulle anses vara uppfyllt. Fallet var detsamma i NJA 1927 s. 633 där det inte var tillräckligt att dela på nyttjanderätten till marken där egendomen befann sig.

Överhuvudtaget har ingen tradition skett när överlåtaren efter överlåtelsen har samma eller liknande rådighet som tidigare över egendomen (NJA 1923 s. 372, 1924 s. 193, 1926 s. 281, 1934 s. 473, 1956 s. 770, 1986 s. 409 och 1975 s. 638). Det förefaller vara av vikt att säljarens rådighet över egendomen förhindras, både vad gäller den rent fysiska rådigheten och den utåt sett konstaterbara rådigheten, den omedelbara besittningen måste hävas. Tradition har inte skett när föräldrar efter överlåtelse tillåtits använda egendomen i samma utsträckning som tidigare (NJA 1923 s. 372 och NJA 1924 s. 193). Sak samma gäller om ett företag har fortsatt att drivas i samma namn som tidigare och med den förre ägaren i framträdande befattning (NJA 1926 s. 281). Det hjälper inte att säljaren saknat möjlighet att teckna firma, det utåt sett konstaterbara har varit av avgörande betydelse. Att besittningen förändrats från att vara självständig till osjälvständig spelar således ingen roll. Jämförbart med detta fall är NJA 1934 s. 473 där överlåtaren av arrende och lösören efter överlåtelsen kvarstannat på gården som förvaltare. Utåt sett förefaller ingen förändring ha skett. Även om arrendet faller under avtalsprincipen så hade överlåtaren en legitim anledning till att stanna kvar på gården. För att skilja detta fall från de fall där besittningsövergång skett i samband med överlåtelse av nyttjanderätt (NJA 1927 s. 513 och NJA 1991 s. 564) förefaller det som att det för tradition krävs att överlåtaren efter överlåtelsen saknar rättslig anledning att vistas på området. I NJA 1956 s. 770, 1986 s. 409 och 1975 s. 638 fortsatte överlåtaren att ha en omedelbar besittning till egendomen efter överlåtelsen och därmed kunde tradition inte anses ha skett.

Sett utifrån detta perspektiv förefaller det som att rådighetsavskärandet är av mycket väsentlig betydelse för att tradition ska anses ha skett, överlåtaren måste frångå sin omedelbara besittning. Som stöd för detta generella uttalande åberopar jag även HD:s inställning i NJA 1998 s. 379, där det enligt HD står klart enligt gällande rätt att det för sakrättsligt skydd krävs att överlåtaren har förlorat rådigheten över det försålda godset.

En annan sak som HD fäst vikt vid är vad som i samband med överlåtelsen får antas ha avtalats mellan parterna. Om det redan då stått klart att egendom ska återgå till överlåtaren, om än i en annan rättslig form så anses inte någon besittningsförändring ha skett. Den tid som längst förflutit innan egendom återgått är bara fyra dagar, men tiden verkar inte ha varit det väsentliga utan istället förefaller parternas vilja ha varit av betydelse. Besittningsövergång ansågs inte ha skett i NJA 1925 s. 535 och 1934 s. 193. Här verkar köparen inte ha varit intresserad av själva egendomen utan istället av säkerhet för fordran. Även om överlåtaren förlorat sin omedelbara besittning rent objektivt så har det bara varit ett sätt att ge sken av tradition. För tradition krävs således förutom objektiva fakta även en vilja hos parterna till tradition (en form av subjektivt rekvisit).

NJA 1936 s. 420 förefaller vara ett fall av korthandstradition (*traditio brevi manu*³⁵). Sonen hade redan innan överlåtelsen självständig besittning till egendomen, varvid tradition ansågs automatiskt ske i samband med själva överlåtelsen, alternativt i samband med erhållandet av lagfart till fastigheten.

För egendom som ligger på överlåtarens mark kan inte tradition ske såvida inte egendomen avlägsnas (NJA 1924 s. 543) eller möjligen hålls inlåst för köparens räkning (jfr. pantsättningsfallen NJA 1923 s. 626 och 1956 s. 485). En köpare av lösöre torde, på samma sätt som pantinnehavare erhållit borgenärsskydd i praxis, kunna erhålla sakrättsligt skydd mot säljarens borgenärer, om lösöret avskiljdes och låstes in, utom räckhåll för säljaren.

Om egendomen däremot finns på tredje mans mark så blir det intressant att se till nyttjanderätten till marken. Vid överlåtelse av nyttjanderätten till marken anses besittningsövergång av egendom ske automatiskt (NJA 1927 s. 513 och NJA 1991 s. 564, utgången i NJA 1929 s. 64 skiljer sig från de andra fallen endast p.g.a. bevisvärderingen). Det finns dock fall där egendom avlämnats på köparens mark, men ändå inte ansetts vara traderade (NJA 1945 s. 400 i jämförelse med pantsättningsfallet NJA 1941 s. 687). Dessa fall rörde byggnadsentreprenörer som ansågs ha fortsatt tillgång till egendomen p.g.a. sin ställning som uppdragstagare, rådigheten var inte avskuren.

Jag vill avslutningsvis försöka dra några sammanfattande slutsatser ur rättsfallsstudien. Överlåtarens besittning måste förändras för att det ska vara fråga om besittningsövergång. Det är dock inte tillräckligt med att den förändras från ensambesittning till sambesittning, inte heller att överlåtarens besittning förändras från att vara självständig till osjälvständig. Överlåtarens omedelbara besittning måste brytas, antingen fysiskt eller rättsligt. Det får dock inte bara röra sig om ett tillfälligt rådighetsavskärande, där det redan från början varit avsikten att egendomen skulle återgå, parternas vilja kan inte bortses från. Den omedelbara besittningen kan fortsätta att föreligga även om egendomen befinner sig på köparens mark, om överlåtaren har en rättslig anledning att vistas där. På motsatt sätt torde den omedelbara besittningen kunna brytas på överlåtarens egen mark om egendomen hålls avskild och inlåst, utom räckhåll för överlåtaren.

Omsättningsköp borde inte bedömas strängare än fallet är vid pantsättning. Om mina slutsatser är hållbara anser jag att det svenska traditionskravet vad gäller besittningsövergång inte är så svåröverblickbart som det framställs vara i doktrin³⁶. Jag tycker mig finna visst stöd för min förenkling angående traditionskravets innebörd hos Helander³⁷ i dennes kritik av Göransson's avhandling samt i HD:s resonemang i NJA 1998 s. 379.

³⁵ Jfr. Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 221

³⁶ Jämför med Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 614 och Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 214

³⁷ Helander menar att Göransson i sitt försök att förklara rättspraxis komplicerat diskussionen i onödan och att det istället är mycket mer att vinna om man renodlar och förenklar resonemanget, SvJT 1987:5, s. 381

3.3 Andra moment för uppnående av sakrättsligt skydd

För den lösa egendom som inte föll under LkL:s tillämpningsområde, ägde avtalsprincipen fortsatt tillämplighet. Genom lagstiftning och praxis har dock avtalsprincipen successivt inskränkts och vi ska kort redogöra för de egendomsslag som kräver ett sakrättsligt moment utöver avtalet.

3.3.1 Enkla fordringar och SkbrL analogt

Genom skuldebrevslagens tillkomst 1936 inskränktes avtalsprincipen genom att det för enkla skuldebrev kom att ställas krav på sakrättsligt moment för borgenärsskydd. För att erhålla sakrättsligt skydd krävdes en underrättelse till gäldenären om att överlåtelse skett (SkbrL 31§ 1 st). Det måste röra sig om en faktisk underrättelse, s.k. denuntiation och det var inte tillräckligt med att gäldenären kände till överlåtelsen³⁸. Underrättelsen kunde komma antingen från överlåtaren eller förvärvaren. I praktiken har 31§ SkbrL stor betydelse vad gäller factoring, d.v.s. ett företags försäljning eller pantsättning av kundfordringar till ett finansieringsföretag. För att uppnå sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer måste gäldenären eller gäldenärerna underrättas om själva factoringen.

Genom en analog tillämpning av SkbrL har kravet på denuntiation utsträckts till att även gälla för gods som befinner sig hos tredje man, detta gäller för speciegod³⁹. För generiskt gods är SkbrL direkt tillämplig då det rör sig om en enkel fordran, en fordran behöver inte vara ställd i pengar utan kan även utgöras av varor.

3.3.2 Bostadsrätt, andel i dödsbo och hyresrätt till lokal

HD har utvidgat denuntiationskravet till att även gälla för överlåtelse av nyttjanderätter till fast egendom med analogt lagstöd av SkbrL 31§. Vid överlåtelse av bostadsrätt krävs för sakrättsligt skydd att bostadsrättsföreningen underrättas om överlåtelsen (NJA 1971 s. 66). Håstad menar att samma krav torde uppställas vid överlåtelse av andel i ekonomisk förening eller handelsbolag⁴⁰. Vid överlåtelse av andel i dödsbo krävs denuntiation till dödsboet (NJA 1972 s. 512). Vid överlåtelse av hyresrätt till lokal (lös egendom) krävs denuntiation till hyresvärden (NJA 1988 s. 257).

³⁸ Detta framgår av förarbetena till lagen, se NJA II 1936 s. 113

³⁹ Se NJA 1949 s. 164 där det för borgenärsskydd krävdes att besittaren av en motorbåt underrättades om säljarens överlåtelse. Borgenärsskydd beviljades dock inte eftersom säljaren även efter överlåtelsen haft rätt att nyttja båten utan köparens medverkan.

⁴⁰ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 265

Överlåtelse av bostadsrätt och hyresrätt till lokal innebär överlåtelse av nyttjanderätt till fast egendom, vilket enligt doktrin ansetts omfattas av avtalsprincipen. Det som föranlett från avtalsprincipen avvikande avgöranden i HD har förklarats med att denuntiationen, förutom att utgöra sakrättsligt moment, även syftat till att styra motpartens prestation till förvärvaren⁴¹ (bostadsrättsföreningen upplåter nyttjanderätt till lägenheten, fastighetsägaren upplåter hyresrätt till lokalen). Att fallet befunnits vara annorlunda i NJA 1979 s. 451 (överlåtelse av rotpost) beror på att något godkännande av fastighetsägaren för överlåtelsens bestående inte krävts och att fastighetsägaren dessutom inte varit prestationsskyldig på något sätt.

3.3.3 Överlåtelse av skepp och luftfartyg

Vid överlåtelse av skepp, d.v.s. fartyg som är större än 12 x 4 meter krävs för sakrättsligt skydd att förvärvaren ansöker om inskrivning i ett fartygsregister som förs vid Stockholms tingsrätt. För båtar, de fartyg som inte klassas som skepp, gäller LkL och traditionskravet.⁴²

Rättsläget är osäkert vad gäller luftfartyg. De klassas som lösöre, men genom möjligheten till panträtt i luftfartyg 1955 medelst inskrivning, framhöll lagstiftaren att LkL inte längre kunde tillämpas. Om det vid överlåtelse av luftfartyg krävs tradition eller om avtalsprincipen gäller är enligt Håstad osäkert.⁴³ Gregow förefaller utgå från att avtalsprincipen gäller för luftfartyg⁴⁴.

⁴¹ Rodhe, *Handbok i sakrätt*, s. 215

⁴² Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 251

⁴³ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 251f

⁴⁴ SOU 1995:11, s. 159 (Gregow)

4 För- och nackdelar med avtalsprincipen respektive traditionsprincipen

Traditionsprincipen förefaller enligt praxis främst upprätthållas för att förhindra efterhandskonstruktioner och att motverka i förväg träffade skenavtal samt att göra traditionskravet vid pantsättning effektivt⁴⁵. Förutom pantsättningssyftet skiljer sig inte synsättet från de ursprungliga tankar som lagstiftaren hade i samband med införandet av LkL 1835, nämligen att förhindra borgenärsbedrägerier. Frågan är dock om traditionsprincipen är den enda garanten för detta, eller om samma syfte går att uppnå med avtalsprincipen? Är inte lagens regler om svek och skenavtal tillsammans med besittningspresumtionerna i UB:s 4:e kapitel samt återvinningsreglerna i KL tillräckliga för att motverka borgenärsbedrägerier? Samma svekfulla syfte mot borgenärerna torde gå att uppnå inför en kommande utmätning eller konkurs genom att gäldenären skenöverlåter egendom samt traderar denna utom räckhåll för borgenärerna. I den historiska tillbakablicken belyste jag de tidigare annorlunda processuella reglerna som förelåg vid LkL:s tillkomst och vid HD:s utvidgning av traditionsprincipen till omsättningsfallen 1925⁴⁶. Vi har inte samma processrätt idag. Sverige är ensamt i Europa om att ha en traditionsprincip som är så ovillkorlig som den svenska är. Är den svenska lösningen klokare än den som andra europeiska länder valt? För att försöka att åstadkomma en saklig diskussion om traditions- och avtalsprincipens respektive för- och nackdelar avser jag att punktvis diskutera de skäl som kan anföras i debatten. Med ordet traditionsprincip inbegriper jag även övriga krav som ställs på sakrättsligt moment, t.ex. krav på denuntiation.

4.1 Kreditgivning, kreditlegitimation, och kreditkostnader

Låt oss utgå från att de nuvarande sakrättsliga reglerna syftar till skydda kreditgivarna från att bli utsatta för borgenärsbedrägerier. Anledningen till att dessa grupper i samhället är särskilt skyddsvärda torde vara att samhället vill befrämja en sund kreditgivning till lägsta möjliga kostnad och risk. Ju högre risk en kreditgivare löper, att betalningar för amortering och ränta uteblir på förfallodagen, desto högre ränta vill han ha för att kompensera detta, eller en

⁴⁵ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 221. Denna slutsats kan kopplas till NJA 1987 s. 3, 1988 s. 257 och 1995 s. 367 samt NJA 1949 s. 164

⁴⁶ NJA 1925 s. 130

tillräcklig säkerhet i form av realkredit eller borgen. Högre kreditkostnader drabbar alltid till syvende og sidst konsumenten i samhället som får betala ett högre pris för slutprodukten enligt ”consumer pays principle”, något som drabbar samhällsekonomin. Jag ställer mig dock tveksam till att traditionsprincipen medför lägre kreditkostnader än avtalsprincipen. Förespråkare av traditionsprincipen har hävdat att det är väsentligt att egendom som gäldenären har i sin besittning inte kan undandras borgenärerna under förevändning om att den är såld och att gäldenärens förmögenhet således kan urholkas successivt utan borgenärernas kännedom⁴⁷. Detta synsätt var möjligen hållbart under den tid då personalkrediten var betydelsefull och borgenären således förlitade sig på gäldenärens totala förmögenhetsmassa och betalningsförmåga. Idag säkrar sig den förutseende borgenären i större utsträckning genom realkrediter, t.ex. panträtt i fast egendom och företagshypotek och då är det irrelevant huruvida gäldenären t.ex. har kvar viss egendom i lager eller inte. Företagshypoteks innehavaren får även acceptera att hans säkerhetsunderlag förändras över tiden. Dessutom torde kreditgivare under alla tider främst varit intresserade av att gäldenären betalar amorteringar och räntor enligt plan. En förutsättning för detta är att gäldenären har en hållbar affärsidé så att investeringar medför avkastning. Vilken egendom som gäldenären har i sin besittning vid beviljandet av krediten måste till stor del vara ointressant för kreditgivaren⁴⁸. För det första kan egendomen vara lånad, hyrd eller deponerad. För det andra säger den nuvarande besittningen inget om situationen när det eventuellt blir aktuellt med utmätning eller konkurs. Det enda som kan tala för en lägre kreditkostnad med traditionsprincipen är att borgenärer i allmänhet kan tro att vid en eventuell konkurs så är det svårt för en köpare att separera egendom och att en större förmögenhetsmassa därmed kvarstannar i konkursboet. Utdelningen för dessa borgenärer som inte har någon realkredit torde dock bli försumbar och även endast hypotetisk, eftersom det har visat sig att oprioriterade fordringar mycket sällan får någon utdelning.

Däremot vill jag anföra skäl i motsatt riktning, d.v.s. att traditionsprincipen kan medföra högre kreditkostnader. Den förskottsbetalande köparen riskerar att gå miste om sitt förskott vid konkurs, eftersom han endast får en oprioriterad fordran. Hans vilja att betala förskott och därmed finansiera en kostsam produktion torde därmed nedgå. Ta t.ex. en kostsam produktion av en serie rörtätningar som endast köparen kan vara intresserad av. Vid en jämförelse mellan olika finansiärer av denna produktion torde köparen vara den som kan finansiera den till lägsta kostnad, eftersom han till skillnad från en bank har ett direkt intresse av produkten och även kan värdera den mer marknadsmässigt. Köparen kan visserligen kräva säkerhet för sitt förskott, t.ex. bankgaranti, men

⁴⁷ Undén förespråkar traditionsprincipen och framför bl.a. som avgörande skäl att principen innebär att borgenärerna lättare kan bedöma gäldenärens ekonomiska ställning utifrån vad denne har i sin besittning och att gäldenären inte utan borgenärernas kännedom kan undergräva sin ekonomiska ställning, *Svensk sakrätt i lös egendom*, s. 46

⁴⁸ Kreditlegitimationsargumentet har ansetts vara icke-tungt vägande i doktrin. Se bl.a. Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 628, Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 211f och Hessler, *Allmän Sakrätt*, s. 88

detta är kostsamt och påverkar den totala kostnaden för produktionen. Med avtalsprincipen torde kreditkostnaderna kunna nedgå vid händelse av finansiering genom förskott.

4.2 Den fria omsättningen och förhållandet till övriga Europa

När köparen löper stor risk att förlora utbetalda förskott torde hans vilja att ingå dylika avtal nedgå och följaktligen torde den fria omsättningen påverkas negativt.

I en jämförelse med de länder i Europa där avtalsprincipen är rådande (Danmark, Norge, Finland, England, Skottland, Frankrike, Belgien, Luxemburg, Italien, Portugal, Rumänien och Bulgarien⁴⁹), torde den svenske leverantören hamna i en ogynnsam konkurrenssituation i förhållande till exempelvis sina danska och engelska konkurrenter. Vid likvärdiga produkter och priser framstår den svenske leverantören som en osäkrare avtalspart. Visserligen kan parterna vid avtalets ingående välja vilket lands lag som ska äga tillämplighet och vilket forum som ska vara behörigt att avgöra tvister mellan parterna, men detta rör ju endast parternas inbördes förhållande och således inte förhållandet gentemot tredje man. LkL är tvingande lag i svensk rätt och att avtala bort den är inte genomförbart, inte ens i internationella förhållanden. Det finns inga skrivna kollisionsregler som är av intresse för denna framställning och i övriga fall anser doktrin att sakrättsliga spörsmål bör prövas enligt *lex rei sitae*, dvs. enligt det lands lag där saken befinner sig.⁵⁰ Detta innebär att svensk lag blir tillämplig när det rör sig om en svensk leverantör och varan kvarblivit i säljarens besittning.

De länder som liksom Sverige har traditionsprincipen (t.ex. Tyskland, Grekland och Spanien⁵¹) skiljer sig dock genom att tillåta *constitutum possessorium*, vilket innebär att säljare och köpare kan låta saken kvarbli hos säljaren utan risk, förutsatt att de avtalat om exempelvis deposition eller hyra. I jämförelse med övriga Europa blir Sverige det enda landet där parterna inte kan avtala om de sakrättsliga förhållandena vad gäller omsättningsköp. Parterna kan i och för sig avtala om säkerhet i utbyte mot förskottet, t.ex. bankgaranti, frågan är dock om detta inte blir både för kostsamt och omständligt och att den fria omsättningen ändå påverkas menligt. Vid omsättningsköp avvecklas i normalfallet rättsförhållandena mellan säljaren och köparen relativt fort och då är det enligt min mening orimligt att parterna ska behöva ingå avtal om olika säkerhetsrätter.

Med en ökad harmonisering inom EU för att uppnå de fyra friheterna (kapital, varor, tjänster och personer) förefaller det som om de svenska säregna reglerna

⁴⁹ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 49

⁵⁰ Bogdan, *Svensk internationell privat- och processrätt*, s. 275f

⁵¹ Göransson, *Traditionsprincipen* s. 49

kan medföra vissa problem. För närvarande är det i och för sig tillåtet med omvänd diskriminering, vilket innebär att en medlemsstat kan diskriminera sina egna rättssubjekt⁵². Detta blir indirekt fallet för den svenske leverantören som hamnar i en ogynnsam konkurrenssituation. Även om Sverige rättsligt inte skulle vara tvunget att ändra lagstiftningen är det frågan om det är en hållbar linje att snedvrیدا konkurrensen för svenska leverantörer, framförallt om man tänker sig större europeiska företag som söker underleverantörer i Sverige och är villiga att finansiera produktionen. Läsaren får ha överseende med om jag överdrivit problematiken ur EG-rättsligt perspektiv, och det är fritt fram att undersöka huruvida det föreligger någon reell konkurrenssnedvridning.

Traditionsprincipens förespråkare har framfört ett annat synsätt vad gäller den fria omsättningen. Traditionsprincipen gynnar enligt Undén den fria omsättningen, eftersom den samverkar med de regler som gäller vid händelse av säljarens dubbeldisposition av egendom. Genom att på förhand uppställa krav på tradition, både för skydd mot säljarens borgenärer och för skydd mot eventuella singulärsuccessorer vet köparen vad han har att inrikta sig på och därigenom undviks fall av osäkerhet för köparen.⁵³ Enligt min mening är detta synsätt något egendomligt. Att ställa krav på tradition i dubbeldispositionsfall är motiverat utifrån omsättningens intresse och detta samverkar med reglerna för godtrosvärv. Det kan däremot inte vara motiverat att försätta köparen i en svagare position gentemot borgenärerna, bara för att göra denne mer uppmärksam på risken för dubbeldispositioner.

4.3 Borgenärsbedrägerier: antedaterade köp, skenavtal och säkerhetsöverlåtelse

Traditionsprincipen medför att det blir näst intill omöjligt för utmätnings-/konkursgäldenären att undandra egendom för borgenärerna som befinner sig i hans besittning, under hävdelse att den är såld. De problem som borgenärerna upplevde före LkL med att egendom i gäldenärens besittning visade sig tillhöra annan, med undantag för lånat, hyrt eller deponerat gods, existerar inte längre. Traditionsprincipen medför en viss ordning och reda i rättsförhållandena och det blir inte enkelt för gäldenären att hävda något annat. Det tjänar inget till att gäldenären tillsammans med en påstådd köpare i samband med konkurs hävdar att de har ett giltigt avtal om köp. Oavsett om ett skenavtal har ingåtts före konkurs eller utmätning eller om parterna i samband med konkurs eller utmätning antedaterar ett avtal till att vara ingånget tidigare behöver domstolen inte ta

⁵² Ett avgörande från EG-domstolen med sakrättslig anknytning talar också för att ogynnsamma sakrättsliga regler ligger alltför långt från tillämpningsområdet för artikel 30 i Romfördraget. Se C-69/88 Krantz slg 1990, s. I-583 och Quitzow, *Fria varurörelser i den Europeiska gemenskapen*, s. 165

⁵³ Undén, *Svensk sakrätt i lös egendom*, s. 47f

ställning till huruvida svek eller skenavtal föreligger. Om tradition inte skett kan egendomen inte separeras. Detta underlättar rättstillämpningen avsevärt. Det ska dock hållas i åtanke att alla gäldenärer inte uppträder svekfullt och att köpare som rättsenligt köpt och betalt egendom gör en rättsförlust genom att traditionsprincipen inte tar hänsyn till deras krav.

Å ena sidan är det komfortabelt med en enkel rättstillämpning där domstolen inte behöver utreda vad som rört sig inuti parternas huvud, men å andra sidan är det tveksamt om en enkel rättstillämpning är att föredra framför materiell rättvisa. Avtalsprincipen innebär inte att det är fritt fram för borgenärsbedrägerier, även om historien vittnar om detta. Hade de processuella förutsättningarna varit annorlunda för borgenärerna under 1800-talet, hade enligt min mening LkL med största sannolikhet inte behövts, eftersom domstolarna kunnat ta ställning till huruvida svek, skenavtal eller säkerhetsöverlåtelser förelegat. Med den legala bevis teorin var det dock näst intill omöjligt för en borgenär att bevisa detta. Avsaknaden av vår nuvarande muntlighetsprincip gjorde det också omöjligt att göra rimliga bevisvärderingar. De processuella förutsättningarna hade inte förändrats nämnvärt till 1925 då HD utsträckte LkL till att även omfatta omsättningsköp⁵⁴. Framförallt förefaller domstolarna ha haft problem med att skilja mellan omsättningsköp och säkerhetsöverlåtelser. Även lagstiftaren uppmärksammade gränsdragningsproblemet 1936: ”Det måste i många fall bliva förenat med oöverstigliga svårigheter att skilja ett omsättningsköp från ett säkerhetsköp...”⁵⁵ Att det fortfarande idag skulle vara lika svårt att skilja omsättningsköp från säkerhetsöverlåtelser är inte troligt. Denna tanke utvecklas under kapitel 6 med stöd av danska erfarenheter som framgår av den komparativa studien i kapitel 5. Med en rådande avtalsprincip torde besittningspresumtionerna i UB:s 4:e kapitel också göra det svårt för en påstådd köpare att separera egendom om det rör sig om skenavtal eller antedaterade avtal, eftersom hans skäl för köpet kan förefalla vara mycket svaga.

Det bör även slutligen poängteras att traditionsprincipen inte garanterar frånvaron av borgenärsbedrägerier. Möjligheten finns att skenöverlåta och tradera egendom utom räckhåll för borgenärerna, dock med den skillnaden att gäldenären går miste om möjligheten att nyttja egendomen under tiden, en uppoffring som kan medföra en ovilja att bedra borgenären.

4.4 Likhetsprincipen, köparen är en borgenär bland flera andra

Det kan framföras argument om att det enligt likhetsprincipen inte är orättvist att den förskottsbetalande köparen inte kan separera egendom i samand med

⁵⁴ NJA 1925 s. 130

⁵⁵ NJA II 1936 s. 112ff

konkurs. Han är att anse som en borgenär bland flera, varken mer eller mindre skyddsvärd. Mot detta kan dock invändas att det finns en viss skillnad i det att övriga borgenärer i regel endast har en fordran på ett visst belopp, medan köparen har en rätt till visst gods, speciegods eller individualiserat generiskt gods. Som Håstad anför så erbjuder individualiseringskravet en principiell möjlighet att begränsa antalet separationsyrkanden. Detta är dock enligt honom inte ett tillräckligt argument för att medge separationsrätt.⁵⁶ Gregow menar å andra sidan att det är naturligt att tillerkänna en bättre ställning åt den part vars anspråk är riktat mot ett individualiserat gods, dessutom kan den som har en fordran normalt ställa krav på annan säkerhet då dessa rättsförhållanden i regel är mer varaktiga.⁵⁷ I dansk doktrin har Illum framfört att det föreligger en skillnad mellan en långgivare och köpare i det att långgivaren är medveten om att han riskerar förlora lånet, något som ligger i pengalånets natur. Köparen torde inte i normalfallet beakta samma risk. En annan skillnad enligt Illum är att säljaren normalt inte är berättigad att disponera över den av köparen köpta egendomen, något som skiljer sig från pengalånet, där meningen är att gäldenären faktiskt och rättsligt ska vara berättigad att disponera beloppet fritt.⁵⁸

4.5 Det allmänna rättsmedvetandet – konsumentförhållanden

Det bör komma som en överraskning för de flesta att en köpt sak som kvarlämnats hos säljaren kan gå förlorad vid säljarens konkurs. Den enkät som gick ut i samband med SOU 1995:11 visade att konsumenternas kunskap om den risk som är förenad med att kvarlämna köpt vara hos säljaren är bristfällig eller obefintlig⁵⁹. Detta talar för att traditionsprincipen står i strid med det allmänna rättsmedvetandet. Något som också talar för att traditionsprincipen står i strid med det allmänna rättsmedvetandet eller möjligtvis naturrätten är att många konkursförvaltare erkänner att de medger separationsrätt för köpare som förskottsbetalat gods⁶⁰. Av SOU 1995:11 följer vidare att helt eller delvis betalda varor kvarlämnas i inte ringa utsträckning, vilket talar för ett reellt problem⁶¹. Det kan annars vara lätt att få uppfattningen att den uteslutande delen av konsumentköp sker på avbetalning med tanke på nuvarande köpkraft.

Vad gäller förhållandet näringsidkare - konsument torde enligt Gregow inte säkerhetsöverlåtelser förekomma i någon nämnvärd utsträckning där konsumenten är kreditgivare⁶². Gränsdragningsproblemet mellan

⁵⁶ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 211

⁵⁷ SOU 1995:11, s. 151 (Gregow)

⁵⁸ Illum, *Dansk Tingsret*, s. 176f

⁵⁹ SOU 1995:11, s. 141 (Gregow)

⁶⁰ Håstad, SvJT 1988:3-4, s. 243

⁶¹ SOU 1995:11, s. 141 (Gregow)

⁶² SOU 1995:11, s. 150 (Gregow)

säkerhetsöverlåtelser och omsättningsköp blir därmed obetydligt på konsumentområdet. Det torde inte heller vara vanligt med att skenavtal ingås mellan näringsidkare och konsument eller att konsumenten är i maskopi med näringsidkaren vid svek mot borgenärerna⁶³. De argument som framförts för traditionsprincipen vad gäller risken för borgenärsbedrägerier bortfaller nästan helt i konsumentförhållanden.

4.6 Sakrättens systematik

Den nu gällande sakrätten är enligt min mening osystematisk. Det faktum att sakrätten har inslag av både avtalsprincipen och traditionsprincipen kan leda till viss förvirring hos juristen. Lägg därtill praxis vacklande ställning i förhållande till vissa målgrupper. I NJA 1985 s. 159 ansåg HD att det var viktigt att samboende och närstående kan ropa in egendom på exekutiv auktion utan krav på tradition. I NJA 1987 s. 3 ansåg HD däremot att sonen till en travtränare inte hade fått en samäganderättsandel traderad till sig eftersom han hade en alltför närstående ställning. Att registrering av köpet enligt LkL eller tradition inte var genomförbart verkade inte bekymra HD som helt bortsåg från närståendes möjlighet att kunna förvärva egendom av varandra.

Att avtalsprincipen lever kvar på vissa områden förefaller till stor del bero på praktiska skäl, för vissa egendomslag är det inte möjligt att genomföra tradition, t.ex. immaterialrätter. Vore det då inte mer systematiskt att enbart tillämpa avtalsprincipen och därmed ta ett steg bort från den nu kasuistiska sakrätten?

Von Eyben har för danskt vidkommande framfört argumentet att det är osystematiskt att den förskottsbetalande köparen inte skulle kunna uppnå ett likvärdigt skydd som den kreditgivande leverantören kan göra genom att sälja egendom på avbetalning med återtagandeförbehåll⁶⁴. Detta argument är enligt min mening lika aktuellt för svenska förhållanden.

Med den nuvarande traditionsprincipen är det även synnerligen svårt att uppfylla kravet på besittningsövergång mellan vissa parter. Detta gäller t.ex. vid överlåtelser mellan samboende där gemensam besittning av egendomen föreligger. Inom koncerner torde det även kunna bli svårt att uppnå besittningsövergång, p.g.a. ägande- och kontrollförhållandena. Liknande problem kan även uppstå vid s.k. sale and lease-back affärer. Registreringsförfarandet enligt LkL är i och för sig en lösning, men det ger ju inte fullgott skydd när företagshypotek är intecknade hos den säljande parten. Likaså innebär den 30 dagar långa fristen i LkL en osäkerhet i rättsförhållandena under denna tid.

⁶³ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 214f

⁶⁴ von Eyben, *Formuerettigheter*, s. 192

4.7 Snabbt konkursförfarande, processekonomi och en enkel tillämpning

Med nuvarande sakrätt är det inte utsiktsfullt för en köpare att försöka separera kvarlämnad egendom ur säljarens konkursbo. Detta innebär att konkursförfarandet blir kortare och mindre komplicerat, eftersom rättsläget inte förblir osäkert under en längre tid av processande. Det är av fördel för alla inblandade parter att en konkurs kan slutföras så fort som möjligt för att undvika osäkerhet i rättsförhållandena. Vidare är det ur processekonomisk synvinkel fördelaktigt att antalet ägande+rättstvister hålls nere. Med detta synsätt visar traditionsprincipen en klar fördel i jämförelse med avtalsprincipen. Hellner anser att detta är det mest bärande skälet för traditionsprincipen i Sverige⁶⁵. Man bör dock samtidigt ställa sig frågan vad rättsväsendets funktion är. Om det visar sig att den materiella orättvisan blir alltför stor kan det inte vara försvarbart att hänvisa till processekonomiska skäl.

Det kan framföras skäl om att varje princip för sig är enkel och praktisk att tillämpa. Avtalsprincipen kan framstå som enkel och praktisk då den inte kräver mer än ett giltigt avtal och en tillräckligt tydlig individualisering. Traditionsprincipen har i doktrin framställts som krångligare med krav på tradition, registrering och svåröverblickbara besittningskonstitut⁶⁶. Å andra sidan besparar traditionsprincipen rättstillämparen från att särskilja säkerhetsöverlåtelser från omsättningsköp och processandet i samband med konkurs torde bli mindre omfattande. Mina slutsatser från kapitel 3.2 vad gäller traditionskravet och vad som krävs för besittningsövergång enligt praxis talar för att besittningsövergången inte är svår att fastställa eller överblicka. Den fortfarande gällande LkL innebär dock ett alltför krångligt registreringsförfarande, vilket också visat sig i att den mycket sällan används⁶⁷. Avtalsprincipen kan däremot bli svårtillämpbar vad gäller generiskt gods, vilka krav ska ställas på individualiseringen för att den ska innebära borgenärsskydd? Detta spørsmål utvecklas under kapitel 6 med stöd av den komparativa studien i kapitel 5.

⁶⁵ Hellner, *Köprätt*, s. 220, LU 1987/88:1, s. 16

⁶⁶ Se fotnot under kapitel 3.2.2.2

⁶⁷ Den undersökning som gjordes under utredningsarbetet visar att det under åren 1977-92 endast registrerades 2543 lösöre köp eller ca. 153/år i snitt. Av undersökningen följer att dessa nästan uteslutande utgjordes av säkerhetsöverlåtelser, SOU 1995:11, s. 141f

5 Komparativ studie – Dansk rätt

I dansk rätt är köparen skyddad från säljarens borgenärer redan genom avtalets ingående. Detta är en sanning med modifikation. Säkerhetsöverlåtelser omfattas inte av avtalsprincipen, eftersom de utgör en form av dold pantsättning, för vilka traditionskrav eller registrering enligt 1841 års förordning gäller. Detta utvecklas under kapitel 4.2. För att borgenärsskydd ska inträda krävs det även att egendomen är tillräckligt individualiserad. Vid köp av speciegoods är detta inte problematiskt, men däremot vid köp av generiskt gods. Individualiseringskraven utvecklas under kapitel 4.3. Även om avtalsprincipen tillämpas i Danmark så uppställs ändå krav på sakrättsliga moment för borgenärsskydd inom vissa områden. Liksom i Sverige uppställs krav på denuntiation vid överlåtelse av enkelt skuldebrev⁶⁸.

5.1 Skäl som uppbär avtalsprincipen i dansk rätt

Till skillnad från svensk rätt har således danskarna ansett att skälen för avtalsprincipen väger tyngre än de som talar för traditionsprincipen. Det råder ingen större skillnad i vilka skäl som anförs, utan skillnaden består i intresseavvägningen. I dansk doktrin lyfts särskilt värmandet om den fria omsättningen fram⁶⁹. Som en utveckling av detta anförs att den som ingår ett avtal inrättar sig därefter och träffar vidare dispositioner med utgångspunkt i det avtalet. Av den anledningen bör skyddet uppstå så tidigt som möjligt. Von Eyben gör en jämförelse mellan den förskottsbetalande köparen och den på kredit säljande säljaren⁷⁰. Han menar att det inte är relevant att jämföra köparen med andra penningutlånare eller borgenärer. Det skulle vara ohållbart om köparen inte kunde få en motsvarande rättighet som säljaren kan uppnå genom äganderättsförbehåll. Förskott kan i många fall vara nödvändigt för finansieringen eller för fullföljande av avtalet. Illum framhåller att den finansiering som köparen bistår med i vissa fall inte kan genomföras på ett annat effektivt sätt⁷¹. Højrup å sin sida anser att det normala i danskt omsättningsmönster är att förskott inte betalas och att det därmed inte skulle finnas ett så påträngande behov av att skydda den

⁶⁸ Illum, *Dansk Tingsret*, s. 175, se även Gaeldsbrevsloven 31§.

⁶⁹ Se bl.a. Illum, *Tingsret*, s. 175f och von Eyben, *Formuerettigheder*, s. 189f

⁷⁰ von Eyben, *Formuerettigheder*, s. 192

⁷¹ Illum, *Dansk Tingsret*, s. 177. För dessa fall har t.o.m. Ross som förespråkar traditionsprincipen velat bortse från traditionsprincipen, *Ejendomsret og Ejendomsøvergang*, s. 169f

förskottsbetalande köparen⁷². Den risk för svek, som avtalsprincipen anses kunna medföra argumenterar von Eyben emot utifrån det att parter i avtalsförhållande visar en tydlig förmåga att inrätta sig efter gällande positiv rätt och därmed kan parter uppnå samma svekfulla syfte med tradition.

Vidare framför von Eyben att borgenärer i regel inte heller ger kredit på grundval av den egendom som gäldenären har i sin besittning, eftersom det inte går att förutse vad gäldenären i verkligheten besitter vid en utmätning eller konkurs. Vad som är av intresse är istället gäldenärens framtida intjäningsförmåga⁷³.

Bland förespråkarna för traditionsprincipen i Danmark kan nämnas Alf Ross som tagit intryck av den svenska regleringen⁷⁴.

5.2 Gränsdragningen mellan omsättningsköp och säkerhetsöverlåtelser

För att avtalsprincipen ska anses vara funktionell är det enligt von Eyben av avgörande betydelse att domstolarna klarar gränsdragningen mellan säkerhetsöverlåtelser och omsättningsköp. Klarar de inte detta bör det krävas mer än själva avtalet. Med hänsyn till dansk praxis bör man enligt von Eyben erkänna att domstolarna lyckats ganska väl⁷⁵.

Vinding Kruse⁷⁶ ger i *Ejendomsret* en bakgrund till behovet av gränsdragningen. För att kort återge bakgrunden kan nämnas att ett kringgående av pantsättningsreglerna förekom i stor utsträckning från 1870-talet och framåt och domstolarna var villrådiga i hur de skulle tackla problemet.

Säkerhetsöverlåtelserna kunde formuleras så att de passade under *constitutum possessorium* varför de till en början accepterades. Vid denna tidpunkt var domstolarna fortfarandehängivna traditionsprincipen. Genom Lassens uppsats där han framhöll att det i verkligheten rörde sig om ett kringgående av pantsättningsreglerna som krävde tradition underlättades domstolarnas bedömning. Lassen fördjupade resonemanget i ett avgörande från Højesteret (UfR 1888.479). Nu började domstolarna leta efter objektiva kännetecken som kunde tala för säkerhetsöverlåtelser. Till en början tog domstolarna fasta på avtal om hyra eller lån samt återköpsrätt. Förekomsten av sådana faktorer ansågs utgöra en presumtion för säkerhetsöverlåtelse. Det som ansågs vara säkerhetsöverlåtelser vann inget skydd mot säljarens borgenärer om tradition eller registrering av underpanträtt enligt 1841 års förordning inte skett. Efterhand

⁷² Højrup, *Ejendomsret*, s. 71

⁷³ von Eyben, *Formuerettigheder*, s. 180

⁷⁴ För närmare resonemang se Ross argumentering för traditionsprincipen i *Ejendomsret og Ejendomsovergang*, s. 147ff

⁷⁵ För närmare utveckling se von Eyben, s. 193f. Denna åsikt framfördes tidigare av Vinding Kruse i *Ejendomsretten*, se s. 1215

⁷⁶ Kruse, *Ejendomsretten*, s. 1214ff

anpassade sig parterna och avtalade inte längre öppet om återköpsrätt, hyra, lån o.s.v., vilket försvårade domstolarnas bedömningar. Möller såg att återköpsrätt som kriterium inte var lyckat och lade istället stor vikt vid om säljaren hade en rätt att bruka saken. Om det var på det sättet skulle det vara ett kraftigt indicium på att köparen var mer intresserad av att få pengarna som den maskerade säkerheten skulle säkra än själva saken⁷⁷. Højrup anser att Möllers kriterium blivit det centrala för domstolarna i efterföljande avgöranden⁷⁸. Vinding Kruse har med stöd av praxis framtagit tre moment som kan användas vid gränsdragningen mellan säkerhetsöverlåtelse och omsättningsköp⁷⁹:

- Vilken är egendomens art i förhållande till köparens behov?
- Kvarstannar saken hos säljaren under en varaktig tid?
- Vid vilken tidpunkt ingås avtalet?

Alla dessa moment är yttre omständigheter som domstolarna kan rikta sin uppmärksamhet mot. Det första momentet kan tala för säkerhetsöverlåtelse om saken är ovanlig i köparens verksamhet eller om han svårligen kan anses ha någon nytta av den. Detta har dock enligt Illum inte tillmätts betydelse i praxis⁸⁰. Om saken kvarblir hos säljaren under en längre tid talar detta för att köparens intresse för själva saken är litet och att säkerhetsöverlåtelse skulle vara för handen. Att parterna avtalat om köp i anslutning till en utmätning eller konkurs kan tala för att det i verkligheten rör sig om skenöverlåtelse eller förskaffande av bättre säkerhet i en kommande konkurs. Det ska dock hållas i åtanke att dessa moment utgör olika presumtioner och att det därefter åligger parterna att motbevisa detta.

5.2.1 Processuella aspekter

Det anses vara rimligt i dansk rätt att med hjälp av bevisbörderegler kunna finna en avgränsning mellan normala och onormala dispositioner. Svek mot borgenärer presumeras om det föreligger en förskottsbetalning och föremålet befinner sig hos säljaren. Detta drabbar inte parterna nämnvärt hårt eftersom de bör kunna bryta presumtionen med rimliga förklaringar om sådana föreligger⁸¹.

För domstolen gäller rent generellt en plikt att komma fram till ett avgörande, d.v.s. det råder ett förbud mot *non liquet*. Bevisbörderegler blir ett sätt att avgöra de fall då det är osäkert vad som har inträffat. Rätten har ett visst utrymme att uppmana part att inkomma med ytterligare bevis, utan att agera i strid med den kontradiktoriska principen. Bevisbördereglerna är mer eller mindre stränga och det går inte med en generell klar regel fastställa vilket beviskrav som gäller.

⁷⁷ Möller, *TfR 1896 p147ff*

⁷⁸ Højrup, *Ejendomsret*, s. 84

⁷⁹ Kruse, *Ejendomsretten*, s. 1214ff, se särskilt s. 1220

⁸⁰ Illum, *Dansk Tingsret*, s. 211

⁸¹ Se bl.a. i Højrup, *Ejendomsret*, s. 85f

Utmärkande för dansk processrätt är att olika typer av mål bedöms med olika beviskrav, vilket kan innebära att det räcker med sannolikt eller antagliggjort i vissa mål. Antagliggjort är troligen det vanligaste beviskravet i dansk rätt. Gomard menar att en generell angivelse av vilket beviskrav som ska gälla för ett visst mål inte går att ange eftersom beviskrav kan vara olika för olika rättsfakta och i olika sammanhang⁸². Åtskilliga lagregler pekar ut vem av parterna som bär bevisbördan, men säger sällan något om vilket beviskrav som ställs. Vad gäller dansk rätt finns det inga lagregler på det aktuella sakrättsområdet som pekar ut en av parterna utan det har framkommit av praxis att köparen bär bevisbördan då egendom kvarlämnats hos säljaren. Denna placering av bevisbördan försvaras också av bl.a. Højrup som menar att det är rimligt att köparen bär bevisbördan för att det finns en anledning till att egendomen kvarlämnats hos säljaren och att han har förskottsbetalt⁸³. Parterna bör kunna komma med en rimlig förklaring vid ett verkligt omsättningsköp.

Frånsett de mindre rigida beviskraven skiljer sig inte dansk processrätt från den svenska i det ovan framställda. Det normala beviskravet i svensk rätt är *styrkt*, vilket är strängare än det danska *antagliggjort*. Däremot tillämpas överviktsprincipen i dansk rätt, något som vi i svensk rätt är obekanta med. Principen gäller inte på alla områden, utan tillämpas då det inte finns särskilda skäl för att ha ett högre eller lägre beviskrav. Med denna princip anser man från danskt håll att antalet materiellt oriktiga domar blir så lågt som möjligt. Överviktsprincipen är däremot olämplig när ett oriktigt beslut i ena riktningen får mycket större skadeverkningar än ett oriktigt beslut i andra riktningen.⁸⁴ Ekelöf ställer sig för svenskt vidkommande kritisk till överviktsprincipen. Han påpekar att överviktsprincipen lägger bevisbördepunkten på schemats mittpunkt, vilket medför att svagast tänkbara bevisning kan vara utslagsgivande. Enligt Ekelöf är bevisbördereglerens syfte att de materiella reglerna får genomslagskraft i samhället och då är inte överviktsprincipen lämplig.⁸⁵ Från annat håll i doktrin har å andra sidan framförts att materiellt riktiga domar är viktigare än de materiella reglernas genomslagskraft i samhället⁸⁶. Jag avser inte att ta ställning till om överviktsprincipen är lämplig i svensk rätt eller inte, framförallt inte då den inte verkar tillämpas i dansk rätt vid gränsdragningen mellan säkerhetsöverlåtelse och omsättningsköp.

Inom svensk processrätt finns olika principer som kan användas för att fastställa vem som bör bära bevisbördan vid osäkerhet. Av intresse i detta sammanhang är den princip som säger att den som påstår något avvikande från det normala,

⁸² Gomard, *Civilprocessen*, s. 417ff. Redogörelsen för de danska processuella reglerna är till största del hämtade ur denna källa.

⁸³ Højrup, *Ejendomsret*, s. 72, 85

⁸⁴ Gomard, *Civilprocessen*, s. 426ff

⁸⁵ Ekelöf, *Rättegång IV*, s. 96ff

⁸⁶ Eckhoff och Bolding företräder åsikten att domstolarnas främsta uppgift är att skipa materiell rättvisa. Ekelöf redogör för synsätten i *Rättegång IV*, s. 104ff

sedvänja eller handelsbruk också bär bevisbördan för detta påstående.⁸⁷ Denna princip talar för att bevisbördan bör ligga på köparen. Det kan anses vara onormalt att varor kvarlämnas hos säljaren, det kan också anses vara vanligt att den som besitter en sak också är ägaren därtill. En motsvarande bevisbörderegeln finns ju också redan i UB 4:18. En annan bevisbörderegeln säger att den som lättast kan säkra bevis om ett rättsförhållande också bär bevisbördan för detta. Detta talar också för att bevisbördan bör ligga på köparen som får anses ha möjlighet att skaffa sig skriftligt bevis i form av avtal och andra handlingar. Köparen har också en större möjlighet att bevisa att det rör sig om ett omsättningsköp än borgenären som vill hävda motsatsen. Vid studier av dansk processrätt kan jag inte finna något som tyder på ett annorlunda betraktelsesätt vad gäller bevisbördans placering⁸⁸.

Genomgående i dansk rättspraxis vid gränsdragningen mellan omsättningsköp och säkerhetsöverlåtelser torde vara att bevisbördan legat på köparen som önskat separera egendom som kvarlämnats hos säljaren. För närmare detaljer se rättsfallsrefereringen nedan.

5.2.2 Gränsdragningen i dansk rättspraxis

Min förhoppning är att bringa viss klarhet i den danska gränsdragningen mellan säkerhetsöverlåtelser och omsättningsköp genom att referera rättsfall på området. Av framställningen som följer refereras fallen kort och kommenteras efterhand när det är befogat. En sammanhängande avslutande diskussion om rättsfallen följer efter referatet. För den som är oinvigd i dansk rättspraxis vill jag kort förklara att de referat som åtföljs av ett ”H*” är avgöranden av Højesteret, medan resterande fall är från olika underinstanser, företrädesvis de olika landsrätterna. Prejudikatverkan kan till viss del bedömas utifrån detta. Den praxis som är aktuell hänför sig i stor utsträckning till slutet av 1800-talet fram till mitten av 1900-talet.

Det råder delade uppfattningar om när dansk rätt övergick från traditionsprincipen med inslag av *constitutum possessorium* till avtalsprincipen. Von Eyben menar att det först stod klart med U 1950.287H* då Højesteret ansåg att avtalsprincipen var gällande. Landsrätterna visade dock tidigare att tradition inte var nödvändigt för skydd mot överlåtarens borgenärer, t.ex. U 1923.132. Även om dansk rätt bekände sig till traditionsprincipen under flertalet av de nedan refererade rättsfallen, anser jag dem ändå vara av intresse. Tack vare läran om *constitutum possessorium* kunde köparen separera egendom hos säljaren om

⁸⁷ För resonemang om bevisbördans placering utifrån olika principer se Ekelöf, *Rättegång IV*, s. 94ff

⁸⁸ Detta framgår av de källor jag studerat, se Gomard, *Civilprocessen*, s. 418ff och Smith, *Civilproces*, s. 136ff

det rörde sig om ett omsättningsköp. Om det handlade om en säkerhetsöverlåtelse blev fallet ett annat, eftersom handpantreglerna obönhörligen krävde faktisk tradition. Därmed är gränsdragningen mellan omsättningsköp och säkerhetsöverlåtelser fortfarande intressant.

5.2.2.1 Rättsfallsreferat

UfR 1895.232 (Skifteskommissionens decisioner)

Ett bolag yrkade på separationsrätt till egendom ur ett konkursbo. Konkursboets invändningar mot separationen ansågs vara befogade då överlåtelsen endast syftat till att tjäna som säkerhet för bolagets fordran på konkursgäldenären. Egendomen kvarlåg i säljarens besittning och hade kvarblivit i hans besittning i mer än två år efter överlåtelsen samt kunnat nyttjas av honom.

Av domen följer inte några särskilda överväganden som klargör hur man fastslog att det rörde sig om säkerhetsöverlåtelse, men domstolen förefaller ha fäst vikt vid att egendomen kvarblivit under långt tid hos säljaren utan inskränkning i hans nyttjandemöjligheter.

UfR 1896.1163 (Viborg Landsoverrets Domme)

Utmätning gjordes av piano som gäldenären påstod tillhöra hans dotter. Senare gjorde gäldenären ett påstående om att pianot sålts till tredje man med samtycke av dottern och att pianot uthyrdes till dottern. Domstolen fann att dottern aldrig varit ägare, utan att gäldenären hela tiden haft pianot i sin besittning och överlätit det som säkerhet för fordran till tredje man. Det framkom att köparen sedan tidigare hade en fordran på gäldenären. Köparen hade därmed inte erhållit något skydd mot säljarens borgenärer, eftersom 1841 års förordning inte heller iakttagits.

Domstolen verkar ha fäst vikt vid att det förelåg hyresförhållande och återköpsrätt samt det faktum att köparen inte uppvisat något intresse för pianot i sig, som under lång tid kvarblivit hos gäldenären.

UfR 1897.500 (Landsover- samt Hof- og Stadsretsdomme)

En mejeriägare i ekonomiskt trångmål överlät specificerade lösören till ett värde av 1200kr till tre personer med samäganderätt. Samtidigt tecknades ett avtal om att de tre personerna hyrde ut egendomen till säljaren för en årlig kostnad á 100kr. Någon köpesumma betalades inte i samband med överlåtelsen utan köparna menade att värdet räknades av mot tidigare fordringar på säljaren. Domstolen fann att det inte rörde sig om något skenavtal. Däremot fann domstolen att det inte var någon avsikt att överföra äganderätten i omsättningssyfte utan endast för att säkra de tre personernas fordringar på säljaren som fanns sedan tidigare.

Något som talar för att det rör sig om en säkerhetsöverlåtelse är att de tre köparna inte hade någon tidigare inbördes relation och att de inte hade något intresse för egendomen som sådan.

UfR 1903.A168

En man överlät sitt bohag till sin broder och hyrde samtidigt tillbaka bohaget. Då det enligt domstolen rörde sig om en säkerhetsöverlåtelse var inte brodern skyddad från säljarens borgenärer. Hyresavtalet tillkom samma dag som överlåtelsen skedde. Med hänsyn tagen till detta framgick det att det inte rörde sig om ett normalt köp. Jämför dock med UfR 1909.910H*

UfR 1906.474 (Sø- og Handelsrettens Skiftesdecisioner)

I brist på bevis ansågs en överlåtelse utgöra ett verkligt köp och inte en säkerhetsöverlåtelse. Domstolen tog bl.a. hänsyn till dokumentens ordalydelse. Varorna hade sålts mot kontant betalning, men kvarblivit i säljarens besittning mot att de skulle

levereras på köparens begäran. Konkursboet gjorde gällande att köparen räddat gäldenären från utmätning och fått äganderätten som säkerhet för fordran. Varorna skulle säljas av gäldenären för täckning av skulden och överskottet skulle delas mellan säljaren och köparen. Eftersom borgenärerna inte bevisat något utöver det som köparen anfört som talar för säkerhetsöverlåtelse har domstolen följt de befintliga köpedokumenterna och funnit att det förelåg ett verkligt köp.

Köparen hade hävdade att någon fordran på gäldenären inte uppkommit i samband med köpet. Gäldenären skulle inte heller bli ersättningsskyldig för ev. underskott vid försäljningen. Köparen förefaller ha varit intresserad av att främst göra en god affär. Det framstår som om den ursprungliga bevisbördan legat på köparen som dock bevisat att det rört sig om ett omsättningsköp. Bevisbördan har då övergått på borgenären som inte lyckats i sin motbevisning. Det gäller alltså att se skillnaden mellan äkta och falska bevisbörda. Vinding Kruse har kommenterat fallet och påpekar att det rörde sig om egendom som inte skulle kvarbliva hos säljaren varaktigt, utan att det rörde sig om omsättningsvaror för vilka den ursprungliga överlåtaren inträdde som försäljningsagent för, och därmed var det inte fråga om en säkerhetsöverlåtelse utan om en fullgörelseöverlåtelse⁸⁹.

*UfR 1909.910H**

En man hade överlåtit möbler till sin bror. Brodern hade tidigare betalat borgenär vid utmätning och därigenom erhållit äganderätten till möblerna. Han hade därefter lånat ut möblerna till brodern. Højesteret fann att överlåtelsen varken skett *pro forma*, dvs. som skenöverlåtelse eller som en säkerhetsöverlåtelse. Domsmotiveringarna är tyvärr relativt sparsamma, men man verkar ha fäst vikt vid att gäldenären inte hade någon förpliktelse mot brodern. Brodern erkändes därmed separationsrätt i konkursen. Någon närmare motivering framgår inte av domsluten.

Varför detta fall avgjordes annorlunda än 1903.A168 har jag svårt att avgöra då förutsättningarna verkar vara de samma. Möjligen såg domstolen annorlunda på under vilka omständigheter som överlåtelsen skedde. Vid samband med utmätning verkar äganderätt kunna uppnås även om egendomen kvarblivit hos säljaren. Det ska dock också poängteras att det senare fallet avgjordes av Højesteret och att det tidigare därmed bör bortses från. Vinding Kruse har kommenterat den här typen av överlåtelser mellan närstående, där ett icke-egennyttigt intresse hos köparen finns. Han menar att domstolarna varit försiktiga med att förklara överlåtelserna ogiltiga. Även om det inte rört sig om normala omsättningsförvärv har det inte heller handlat om fall där köparen säkrat sig för sina egna utlägg, utan istället säkrat gäldenären gentemot hans borgenärer. Det typiska pantsättningsmotivet saknas således⁹⁰.

*UfR 1911.735H**

En man hade erhållit ett lån i utbyte mot överlåtelse av en del av sin egendom, dock med återköpsrätt och bibehållen besittning. Vid ett senare tillfälle köpte mannen tillbaka egendomen på avbetalning. Domstolen fann att det inte kan råda tvivel om att det ursprungliga avtalet rörde en säkerhetsöverlåtelse och därmed kunde inte något borgenärsskydd uppnås för köparen, eftersom 1841 års förordning inte heller iakttagits. I domen framhålls att det utan tvekan rört sig om en säkerhetsöverlåtelse, med hänvisning till vad som framkommit. Med detta bör domstolen ha avsett återköpsrätten, den bibehållna besittningen samt det senare avbetalningsköpet.

*UfR 1912.923H**

Ett bohag överläts till en bank mot kontant betalning á 200 kr, men med återköpsrätt á 216 kr. Bohaget kvarstannade hos säljaren tills utmätning gjordes av annan borgenär. Den tid som förflöt mellan överlåtelsen och utmätningen var fem månader med en kontinuerlig förlängning av återköpsrätten. Av omständigheterna följde att syftet med överlåtelsen varit

⁸⁹ Kruse, *Ejendomsretten*, s. 1222

⁹⁰ Kruse, *Ejendomsretten*, s. 1221

säkerhet för fordran. Panträtten kunde inte göras gällande då reglerna enligt 1841 års förordning inte iakttagits.

Domstolen betonade den tid som förflutit mellan överlåtelsen och utmätningen. Något som domstolen inte uttryckligen kommenterar, men som man kan fråga sig är vad en bank skulle ha för något intresse av möbler i sin rörelse.

*UfR 1917.839H**

En restauranginnehavare (S) överlät samtliga inventarier till tre handelsmän (K) för en summa av 1000 kr. Samma dag upprättades ett hyreskontrakt där S hyrde inventarierna av K. Några veckor tidigare hade S lånat motsvarande summa av K. I samband med S konkurs ville K separera inventarierna ur konkursboet. Højesteret accepterade inte separationsyrkandet med hänsyn till att det rört sig om en säkerhetsöverlåtelse och 1841 års förordning hade inte iakttagits. Domstolen tog hänsyn till förhållandet mellan köpesumman (1000kr) och de årliga månadsavgifterna (240kr), där avgifterna var förhållandevis höga för att utgöra ett års hyra. Likaså togs hänsyn till det faktum att äganderätten skall återgå till S efter det att 1000kr betalats totalt.

UfR 1921.575 (Østre Landsret)

Utmätning gjordes i planklag som påstods tillhöra någon annan. Säljaren hade tidigare varit i pengabrist och lånat pengar av köparen. Köparen hade innan överlåtelsen krävt återbetalning av lånet eller åtminstone ställande av säkerhet. Överlåtelsen hade skett som täckning för skulden. Köparen hade därefter inte gjort något vid plankorna. Överlåtelsen skedde dessutom bara en vecka innan utmätningen gjordes. Överlåtelsen förefaller ha utlösts av att utmätningsborgenären inte ville acceptera en uppgörelse och överlåtelsen skedde senare samma dag. Detta tillsammans talade för att det inte skett något omsättningsköp och att köparen därmed inte var skyddad mot säljarens borgenärer.

Domstolen förefaller ha fäst vikt vid köparens ointresse för egendomen samt den nära förestående utmätningen.

UfR 1933.766 (Østre Landsret)

En målarmästare (K) hade ett tillgodohavande på pengar hos S. För detta tillgodohavande lät han köpa ett antal möbler ur S bohag. Möblerna kvarblev dock hos S på, av vad som framkommit, obestämd tid. Parterna hade inte diskuterat leverans över huvud taget. Som anledning till att möblerna kvarblev framförde K att de skulle omsättas i pengar vid tillfälle och att han vid överlåtelsen inte hade någon plats för dem själv. Domstolen utgick med hänsyn till det ovan nämnda att syftet med överlåtelsen endast varit att förskaffa K en säkerhet för den tidigare uppkomna fordran. Eftersom 1841 års förordning inte iakttagits var K inte skyddad mot S utmätningsborgenärer.

Domstolen förefaller ha fäst vikt vid det sedan tidigare gällande skuldförhållandet och att möblerna kvarblivit på obestämd tid.

UfR 1935.560 (Vestre Landsret)

Kreaturshandlare K köpte kreatur av bonden S. Köpesumman betalades, men kreaturen kvarblev hos säljaren. Efter utmätning av säljarens gård vägrade sedan panthavaren att lämna ut kreaturen till köparen. Vestre Landsret fann att det inte kan anses vara osedvanligt att en kreaturshandlare låter kreatur kvarbliva hos säljaren. Domstolen fann också att försäljningen av kreaturen inte hade medfört att kreatursbesättningen blivit så liten att gårdens fortsatta drift riskerats, vilket talade för ett omsättningsköp. I domsmotiveringen diskuterades inte uttryckligen att man tagit hänsyn till varaktigheten i kvarblivandet hos säljaren. Inte heller diskuterade man det faktum att köparen innan utmätningen hämtat fem av de åtta djuren och således visat ett verkligt intresse av själva kreaturen.

Vem som bar bevisbördan är svårt att klargöra utifrån rättsfallet. Det verkar som om man utgått från att det vanliga är att kreaturen kvarblir hos säljaren och lagt bevisbördan på

utmättningsborgenären, men det framgår inte med säkerhet. Alternativt har bevisbördan legat på kreaturshandlaren ursprungligen och denna har fullgjort denna genom att påvisa vanligheten i branschen att kreatur kvarblir hos säljaren.

UfR 1942.168 (Østre Landsret)

K1 gjorde utmätning hos D. N köpte i samband därmed maskinerna för det i utmätningen fastslagna värdet. Maskinerna kvarstannade i N:s intresse hos D. Senare gjorde K2 utmätning i maskinerna, men domstolen fann att K2 måste respektera N:s äganderätt. Tidsförhållandena är de att den första utmätningen gjordes 28 oktober 1940, N köpte maskinerna 11 januari 1941 och den senare utmätningen gjordes den 16 april 1941.

Bakgrunden var enligt följande, N var D:s hyresvärd och hade förhoppningen att kunna sälja fastigheten till D när de ekonomiska förutsättningarna blev gynnsamma för D. Någon försäljning av fastigheten kom dock inte till stånd och maskinerna blev ju som nämnt ovan utmäta i oktober 1940. N:s motiv för att köpa maskinerna som utmäts var att verksamheten skulle kunna fortsätta och att D vid ett senare tillfälle skulle köpa tillbaka maskinerna samt kunna köpa fastigheten. Østre Landsret fann att det inte rörde sig om en säkerhetsöverlåtelse utan att det var ett verkligt köp. Maskinerna skulle inte utgöra säkerhet för de utlägg som N gjorde vid utmätningen utan syftade till att maskinerna skulle kunna kvarbliva på fastigheten och därmed betrygga N och D:s ekonomiska förbindelser. Domstolen förefaller ha fäst vikt vid att det vid överlåtelse tillfället inte förelåg något skuldförhållande mellan D och N.

Mitt intryck av fallet är att avgörandet är något tveksamt. Underförstått råder en återköpsrätt och N har inget intresse av maskinerna för egen del, han ämnar inte att sälja dem vidare eller själv bruka dem. D kan också fortsätta att bruka maskinerna i samma utsträckning som innan. Däremot har N ett visst intresse i att säkra den ekonomiska förbindelsen med D som för närvarande är hyresgäst och eventuellt blivande köpare av fastigheten. Domstolen varkar ha nöjt sig med att det råder ett intresse hos N att maskinerna kvarblir hos köparen. Detta är ett rättsfall som har kritiserats i doktrinen⁹¹. Frågan är vilken prejudikatverkan som fallet har i framtiden?

UfR 1950.586 (Østre Landsret)

S hushållerska K betalade i samband med utmätning av S möbler 800kr till S borgenär och samtidigt överlät S möblerna till K. Möblerna blev kvar i den lägenhet som S och K bebodde tillsammans. Senare ville ytterligare en borgenär göra utmätning i möblerna. Det hade förflutit ca. åtta månader sedan K köpt möblerna av S. Borgenären ville göra gällande att överlåtelsen blott syftat till att säkra K:s utlägg i samband med utmätningen.

I domen framgår att lägenheten bestod av fyra rum och att de aktuella möblerna befann sig i de två gemensamma rummen. Det framgår också att K hade önskat att lägenheten skulle förbli sig lik under den tid hon var anställd där. Parterna har förklarat att de var eniga om att möblerna skulle följa K då hon önskade flytta i framtiden.

Domstolen fann att K:s anledning förtjänade tilltro och att hon hade ett berättigat intresse i att lägenheten förblev som den hade varit. Av formuleringarna i domen följer att det är K:s berättelse som får köpet att framstå som ett omsättningsköp. Man kan spåra att bevisbördan ligger på den som låter saken kvarbliva i säljarens besittning.

5.2.2.2 Diskussion kring gränsdragningen i praxis

I den tidigare praxis förefaller gränsdragningen varit relativt enkel då det förekommit återköpsrätt vilket talat med styrka för säkerhetsöverlåtelser (UfR

⁹¹ Se bl.a. Højrup, *Ejendomsret*, s. 86f

1896.1163 och 1912.923H*). Av vad som också framhållits i doktrinen anpassade sig parterna efter dessa ställningstaganden från domstolarna och bevisföringen blev inte lika enkel. Senare har dock domstolarna tagit fasta på tillbakaförsäljning på avbetalning (UfR1911.735H*) eller hyresavtal (UfR 1917.839H*), Højestret fäste vikt vid att de årliga hyresavgifterna var höga i förhållande till egendomens värde. Ett annat viktigt kännetecken som domstolarna tagit fasta på är säljarens fortsatta brukande utan avbrott, vilket talat för att egendomen kvarblivit i säljarens intresse (UfR 1885.232, 1896.1163 och 1912.923H*), framför allt när parterna inte avtalat om leverans över huvud taget (UfR 1933.766). Att ett antal borgenärer gått samman och förvärvat egendom från gäldenären har också talat för att det förelegat säkerhetsöverlåtelse (UfR 1897.500). Ett uppvisat ointresse hos köparen för den förvärvade egendomen i kombination med överlåtelse kort före utmätning har talat för säkerhetsöverlåtelse (UfR 1921.575). Jag tycker mig också kunna skönja ett hänsynstagande till huruvida det redan förelegat eller uppkommit ett skuldförhållande mellan säljaren och köparen. Om detta varit fallet verkar det som om domstolarna presumerat säkerhetsöverlåtelse (UfR 1896.1163, 1897.500 och 1933.766) och när något skuldförhållande inte förelegat har domstolen poängterat detta i argumenteringen för omsättningsköp (U1906.473, 1909.910H* och 1942.168). Av vad jag kunnat utläsa av dansk doktrin förefaller detta inte ha varit ett moment som man uppmärksammat vid kommentarer av praxis.

Domstolarna förefaller ha varit relativt generösa mot köparna när något relevant intresse för att egendomen kvarstannat hos säljaren kunnat uppvisas. Det har således accepterats att ett syskon haft ett intresse av att ett annat syskon kunnat fortsätta nyttja sitt tidigare bohag (UfR 1909.910H*). Vidare har det accepterats att köparen värvat om framtida ekonomiska förbindelser med säljaren (UfR 1942.168). Att en kreaturshandlare haft ett intresse av att kreatur kvarstannat hos en omsorgsfull bonde är också erkänt, här handlade det dock mer om ett normalt förekommande förfarande inom en bransch (UfR 1935.560). Det har även accepterats att en säljare överlätit egendom till en köpare, men att egendomen kvarstannat hos säljaren för att denne ska uppträda som försäljningsagent för köparen. I och för sig är det rimligt att köparen kan ha ett intresse av att utnyttja säljarens försäljningskanaler för att uppnå ett så högt pris som möjligt, men gränsdragningen förefaller bli ganska svår (UfR 1906.474).

Det samlade intryck som praxis ger är att domstolarna varit relativt öppna för att väga de olika argument som framförts av parterna. Någon sträng rättstillämpning, där höga beviskrav ställts på den som har bevisbördan kan inte skönjas. Domskälen är dessvärre ganska knapphändig formulerade och det är svårt att dra några långtgående slutsatser. Det förefaller dock ändå som att gränsdragningen mellan säkerhetsöverlåtelse och omsättningsköp kunnat göras på ett enkelt sätt med hänsyn till objektiva fakta. Med hjälp av bevisbörderegler, där bevisbördan inledningsvis legat på köparen som önskat separera egendom förefaller det som om borgenärsbedrägerier kunnat avslöjas i förekommande fall.

Den åsikt som framförts i dansk doktrin om att domstolarna lyckats skilja på omsättningsköp och säkerhetsöverlåtelser⁹² anser jag bör tas på allvar.

5.2.2.3 Erfarenheter för svenskt vidkommande

Dansk praxis vittnar om att det är fullt genomförbart att skilja mellan säkerhetsöverlåtelser och omsättningsköp. Detta kan tas som en intäkt för att det även för svenskt vidkommande skulle vara genomförbart att hantera gränsdragningen. Frågan är dock om en svensk domstol med rådande beviskrav, styrkt, kan göra detta? Hur som helst torde beviskravet styrkt tillsammans med en bevisbörda som åligger den separerande köparen innebära att risken för borgenärsbedrägerier minimeras.

5.3 Tillräckligt individualiserad egendom

För borgenärsskydd vid köp av generiskt gods krävs individualisering. Inom dansk doktrin råder delade uppfattningar huruvida individualiseringen måste vara bindande eller inte för säljaren. Praxis har inte tagit principiell ståndpunkt i frågan⁹³. Det finns ingen lagregel i dansk rätt, lika lite som det finns i något annat nordiskt land som tar ställning till individualiseringsfrågan. Domstolarna har därför avgjort uppkomna fall utifrån sakens natur och utifrån överväganden om vad som är mest lämpligt och praktiskt för handelslivet. Ser man mer i detalj till praxis har domstolarna inte låtit sig bindas av sätt eller form för individualiseringen.⁹⁴

Illum menar att borgenärsskydd inte uppnås om individualiseringen inte är bindande, medan von Eyben menar att borgenärsskydd ändå kan uppnås såvida individualiseringen är normal i säljarens verksamhet⁹⁵. Højrup är av den uppfattningen att det inte ens krävs en individualisering av genusgods så länge köparen kan visa att han köpt ett av föremålen av sorten i fråga⁹⁶. Enligt min mening förefaller den sistnämnda ståndpunkten medföra en alltför stor avvikelse från ett krav på individualisering. Højrup utgår från att säljarens borgenärer inte bör ha en större rätt än säljaren själv och anför dubbeldispositioner som stöd för sin argumentering⁹⁷. Han anför som exempel det fall då säljaren sålt fem av sina tio grisar till en köpare, han kan då inte längre sälja alla tio grisarna till en annan köpare. För att argumentera mot detta resonemang utesluter ju inte dubbeldispositionen att den efterföljande köparen kan göra ett exstinktivt

⁹² von Eyben, *Formuerettigheder*, s. 193f

⁹³ von Eyben, *Formuerettigheder*, s. 210

⁹⁴ Kruse, *Ejendomsretten*, s. 1197f

⁹⁵ Højrup, *Ejendomsret*, s. 70. För närmare studier av författarna själva se Von Eybens *Formuerettigheder*, s. 200ff och Illums *Tingsret*, s. 179ff

⁹⁶ Højrup, *Ejendomsret*, s. 70

⁹⁷ För Højrup's argumentering se närmare i *Ejendomsret*, s. 76ff

godtrosvörvärv och därmed tillerkännas bättre rätt än den förste köparen, detta trots att säljarens rådighet var inskränkt. Vid en jämförelse med en borgenär vid utmätning eller konkurs kan man anföra att han är i en liknande god tro som den senare köparen så länge det inte finns någon märkning, avskiljande eller andra objektiva kännetecken. Højrupps resonemang förefaller inte vara riktigt hållbart eller relevant för individualiseringen. Dansk rättspraxis förefaller dock vid denna tidpunkt inte slutgiltigt ha tagit ställning till när exstinktivt godtrosvörvärv kan uppnås, varvid min kritik kan vara missriktad. Någonstans måste dock en gräns mellan fordringsrätt och sakrätt dras.

För att återgå till om individualiseringen ska vara bindande eller om det räcker att den är normal ska vi först studera von Eybens resonemang⁹⁸. Han menar att det väsentliga är om avskiljandet för köparens räkning varit normal. Vid avgörandet om vad som är normalt respektive onormalt ställs inte så höga krav att man ser till hela branschen utan det räcker med att det är normalt hos säljaren. Som stöd för att individualiseringen inte behöver vara bindande åberopar von Eyben U.1954.674H och 678. Där framgick det att det inte var tillräckligt med ett ensidigt avskiljande eftersom ett ensidigt avskiljande inte var normalt, men däremot ville inte Højesteret enligt von Eyben slå fast att det skulle krävas en bindande individualisering. Detta kan tolkas som att normalkravet är det väsentliga. Illum⁹⁹ är överens med von Eyben att det krävs ett normalt avskiljande. Vid ett onormalt avskiljande uppnås inte borgenärsskydd även om säljaren är bunden gentemot köparen. Illum menar dock att det dessutom krävs att säljaren är bunden av individualiseringen. Bundenheten behöver inte gå så långt att den är känd för tredje man. Som stöd för att det krävs bundenhet gör Illum en jämförelse med speciegoods. Där är det tydligt att en säljare inte med befriande verkan kan leverera ett annat objekt. En köpare har rätt att neka varje annat föremål, vad han gör i praktiken är ointressant.

Vi kan bara konstatera att det inte råder någon enighet i dansk doktrin om vad som krävs för att individualiseringen ska stå sig mot säljarens borgenärer, ej heller finns någon praxis att med säkerhet falla tillbaka mot. Det viktiga förefaller dock vara att individualiseringen bör vara normal i säljarens verksamhet, om det därutöver krävs att den är bindande är mer oklart.

Eftersom detta är en komparativ studie, avser jag att kort jämföra den danska rätten med svensk praxis före 1925, då det fortfarande var aktuellt att ställa krav på individualisering vid omsättningsköp. De HD-avgöranden som främst är av intresse är NJA 1914 s. 209 och 1924 s. 543. I båda fallen står det klart att säljaren märkt och avskilt egendomen för köparens räkning. I NJA 1914 s. 209 ansågs dock detta inte vara tillräckligt för att varorna skulle anses utgöra speciegoods. HD motiverade detta med att varorna inte avlämnats till köparen. I

⁹⁸ Se framförallt i von Eyben, *Formuerettigheder*, s. 214f

⁹⁹ För framställningen om Illums inställning se gärna hans resonemang i *Tingsret*, s. 179ff, framförallt s. 184, 190-197.

NJA 1924 s. 543 ändrade däremot HD inställning och godtog individualiseringen som tillräcklig, även om det inte skett något avlämnande. Vad som föranlett den ändrade inställningen är svårt att uttyda, men det förefaller som om HD tagit hänsyn till att köparen varit delaktig i individualiseringen i det senare fallet. Svensk praxis vittnar inte om någon diskussion huruvida individualiseringen varit bindande eller normal för säljaren. NJA 1924 s. 543 talar dock för en underförstådd bundenhet för säljaren då köparen varit närvarande vid individualiseringen. Enligt min mening ger dock svensk praxis ett alltför svagt underlag för att med utgångspunkt av rättsläget före 1925 framtaga någon generell regel för individualiseringen *de lege ferenda*.

6 Förslag på övergång till avtalsprincipen

Det är inget nytt med att förespråka en övergång från traditionsprincipen till avtalsprincipen. Göransson gjorde ett rejält avstamp med sin avhandling från 1985. Han nöjde sig visserligen med att plädera för avtalsprincipen på konsumentområdet, men framhöll ändå sitt arbete som en utgångspunkt för ett generellt övergivande av traditionsprincipen. Genom olika motioner har det senare lyfts fram förslag på en generell övergång till avtalsprincipen. Lagutskottet har avstyrkt motionerna med hänvisning till att det krävs en ordentlig utredning före en sådan utveckling¹⁰⁰. Gregow fick till uppgift att utreda ett övergivande av traditionsprincipen i konsumentförhållanden och resultatet framgår av SOU 1995:11. Gregow tog dock tillfället i akt att samtidigt slå ett slag för ett generellt övergivande. För närvarande bedrivs inga fortsatta utredningar och det har ännu inte lagstiftats om något sakrättsligt skydd för konsumenterna redan genom avtalet. HD förefaller ha tagit del av den sakrättsliga diskussionen i doktrin och framhåller i NJA 1997 s. 660 och 1998 s. 369 att traditionsprincipen fortfarande utgör gällande rätt avseende lösören. HD anser sig inte utan lagstöd kunna övergå till avtalsprincipen eftersom traditionsprincipen är etablerad i svensk rätt sedan lång tid tillbaka. Dessa uttalanden i HD kan möjligtvis tas som en intäkt för en beredvillighet hos HD att anpassa sig till avtalsprincipen.

Min avsikt med detta kapitel är att generellt argumentera för en övergång till avtalsprincipen. Jag avser inte att diskutera en uppluckring av traditionsprincipen genom införande av *constitutum possessorium*. Jag avser inte heller att argumentera för ett särreglerat konsumentskydd då jag är av den uppfattningen att den sakrättsliga utvecklingen då går ytterligare ett steg i fel riktning avseende systematik.

6.1 Avtalsprincipens fördelar

Jag ska inte upprepa vad jag tidigare skrivit, utan hänvisar till största del till kapitel 4 vad gäller avtalsprincipens fördelar. Jag ska dock försöka framhålla de argument som enligt min mening talar starkast för en övergång.

Den breda allmänheten förefaller vara ovetande om den nu rådande traditionsprincipen. Det kan inte vara ett gott betyg för ett rättssystem att stå i strid med det allmänna rättsmedvetandet. Traditionsprincipen bärs i och för sig upp av en del goda skäl och intresseavvägningen är inte enkel. Att påverka det

¹⁰⁰ LU 1987/88:1

allmänna rättsmedvetandet genom en stor informationskampanj förefaller dock vara utsiktslöst, framförallt med tanke på det informationsbrus som råder idag. Gregow avfärdade också möjligheten att påverka det allmänna rättsmedvetandet genom information, till stor del på grund av att LkL troligen inte skulle komma till användning ändå, med tanke på det krångliga registreringsförfarandet¹⁰¹. Med avtalsprincipen skulle en överensstämmelse mellan gällande rätt och det allmänna rättsmedvetandet uppnås.

Den nuvarande sakrätten är enligt min mening osystematisk. Huvudregeln är att tradition krävs vid överlåtelse, men det finns betydande inslag av avtalsprincipen både för lös och fast egendom. Det framstår även som osystematiskt att bevilja den kreditgivande leverantören ett sakrättsligt skydd genom återtagandeförbehåll och samtidigt förneka den förskottsbetalande köparen samma möjlighet till borgenärsskydd. Med en övergång till avtalsprincipen skulle det sakrättsliga området bli mer överblickbart och systematiskt. Jag ser det som viktigt att kunna undvika en kasuistiskt uppbyggd rätt när möjligheten finns.

Slutligen ser jag det som viktigt att kunna undvika rättsförluster för den godtroende omsättningsköparen. Rädslan för borgenärssvek behöver inte vara så stor att separationsrätten ska vara avgjord på förhand, våra domstolar bör kunna hantera bevisvärderingen på ett rimligt sätt. Jag ser det som ett steg mot större rättvisa genom att införa avtalsprincipen för omsättningsköp.

Det finns även andra fördelar som uppnås med en övergång, en större konformitet gentemot övriga Europa, företrädesvis EU och troligtvis lägre kreditkostnader.

6.2 Lagtekniska lösningar

Denna del tar till stor del stöd av den utredning som Gregow presenterade i SOU 1995:11 och av Göransson's avhandling från 1985. Varken Gregow eller Göransson tog steget fullt ut lämnade lagförslag för en generell övergång till avtalsprincipen. Jag är medveten om att det kommer krävas en mycket omfattande utredning för att möjliggöra en övergång, men jag vill ändå lämna ett lagförslag och peka på en del problemområden samt lämna förslag på hur de kan hanteras.

¹⁰¹ SOU 1995:11, s. 143 (Gregow)

6.2.1 LkL upphävs, lagbestämmelser införs i köplagen och konsumentköplagen

Det finns idag inget uttryckligt lagstöd för traditionsprincipen, utan den har härletts ur LkL genom *e contrario* tolkning. Traditionsprincipen och dess utsträckning bärs dock idag till största del upp av praxis. Att införa avtalsprincipen kräver ett uttryckligt lagstöd för att klargöra rättsläget. Det går inte, efter ett upphävande av LkL, att invänta något ställningstagande från HD där gammal praxis upphävs. Till en början bör LkL upphävas. Lagen tar visserligen inte endast sikte på omsättningsköp (NJA 1925 s. 130) utan gäller även för säkerhetsöverlåtelser (NJA 1912 s. 156), men om säkerhetsöverlåtelser (läs hypotekarisk pantsättning) ska vara möjliga även framledes bör ett enklare registreringsförfarande införas. Jag avser inte att ta ställning till huruvida hypotekarisk pantsättning i lös egendom är nödvändigt eller inte för svenskt rättsliv.

Av både Göranssons och Gregows förslag på konsumentområdet följer att en lagbestämmelse om avtalsprincipen bör framgå av konsumentköplagen (KKL). Även om lagen har karaktär av att endast omfatta obligationsrättsliga spörsmål, bör den enligt Göransson och Gregow ändå innehålla en regel av sakrättslig karaktär¹⁰². Jag delar deras uppfattning om att en bestämmelse om avtalsprincipen lämpligen bör framgå av KKL när endast konsumentköp ska omfattas. Det är lämpligt och överskådligt att konsumentens rättsställning och konsekvenserna av ett konsumentköp framgår av lagen, således även sakrättsliga spörsmål. Vid en generell övergång ser jag det som lämpligt att även införa en liknande bestämmelse i köplagen (Köpl). Jag ser det som en mindre god lösning att införa en särskild lagbestämmelse om avtalsprincipen som reglerar alla typer av köp, eftersom överskådligheten av äganderättens innebörd då går delvis förlorad. Det är även fördelaktigt att hålla sig till köplagens avgränsningar vad gäller egendomsslag, t.ex. gentemot fast egendom och skuldebrev, eftersom vi i första hand inriktar oss på avtalsprincipens införande för omsättningsköp av lösörens.

6.2.2 Utformning av lagtext

Vad gäller de lagbestämmelser som bör införas och hur de bör formuleras har både Gregow och Göransson lämnat förslag för konsumentförhållanden. Min avsikt är att med utgångspunkt ur dessa lagförslag diskutera lagbestämmelser som kan införas i KKL respektive köplagen Köpl.

¹⁰² SOU 1995:11, s. 179 (Gregow), Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 666ff

Gregows förslag: ”Köp enligt denna lag gäller mot säljarens borgenärer i och med avtalet. När köp inte avser en bestämd vara, blir köpet dock inte gällande mot borgenärerna förrän åtgärd har vidtagits genom avskiljande eller märkning av varan, anteckning om varan i en bokföringshandling eller på något annat sätt så att det framgår att varan är avsedd för köparen.”

Göranssons förslag: ”Köp av bestämd vara enligt denna lag är gällande mot säljarens borgenärer i och med avtalet, om det inte görs sannolikt, att avtalet har till syfte att utgöra pant eller annan säkerhet eller betalning för säljarens skuld eller att det har tillkommit för skens skull.

6.2.2.1 Individualiseringskravet

En av de stora skillnaderna i lagförslagen är att Gregow uttryckligen i lagtexten behandlar individualiseringskravet, medan Göransson endast nämner att det ska röra sig om bestämd vara. Göransson utvecklar dock individualiseringskravet på annat håll i sin avhandling och kommer fram till att individualiseringen bör vara normal och bindande för säljaren. Dessa tankegångar knyts dock inte samman med det lämnade lagförslaget på konsumentområdet¹⁰³. Gregows förslag innebär att vilken individualisering som helst är tillräcklig så länge det framstår som klart för en utomstående person att en vara är avsedd för köparen¹⁰⁴.

Gregows regel är ju i och för sig en enkel regel att tillämpa, eftersom man bara behöver se till objektiva kännetecken, t.ex. märkning, men risken för missbruk är dock betydande. Säljaren kan t.ex. inför en kommande utmätning eller konkurs undandra egendom från borgenärerna genom att på egen hand märka upp egendom för påstådda köpares räkning. Det bör finnas goda skäl till varför man i dansk rätt inte accepterar vilken märkning som helst för att individualiseringen ska anses stå mot borgenärerna. Även om dansk rätt inte har någon generell regel om vad som krävs för en mot borgenärerna gällande individualisering så förefaller det vara nödvändigt att individualiseringen är normal i säljarens verksamhet. Möjligtvis krävs det dessutom att säljaren är bunden av individualiseringen (se 5.3). När jag tidigare framhöll att köparen förtjänar en bättre ställning än övriga borgenärer så var grunden till detta att köparen har ett intresse för en viss sak till skillnad från borgenärerna som är ointresserade av vilken egendom fordran betalas med. Om vilken individualisering som helst accepteras blir det alltför enkelt att omvandla en fordran till ett anspråk på bestämd sak, eller att undandra egendom från borgenärerna för påstådda köpares räkning.

Enligt min mening utgör de generella krav på bundenhet och normalitet som framkommit av dansk praxis, en bra grund för att avgöra när en

¹⁰³ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 495-547

¹⁰⁴ SOU 1995:11, s. 174, 190f (Gregow)

borgenärsskyddad individualisering gjorts. Vad som är att anse som normalt bör begränsas till vad som är normalt i säljarens verksamhet. Svensk praxis har annars haft en tendens att ställa höga krav på vad som är att anse som normalt och har i vissa fall krävt att ett förfarande ska vara vanligt förekommande inom en hel bransch (Se t.ex. NJA 1980 s. 740 där HD ställde krav på fast och utbredd sedvänja). Dansk rätt ser till vad som är normalt hos säljaren. Vad gäller kravet på bundenhet är rättsläget mer osäkert i dansk rätt, men för svenska förhållanden och framförallt vid införandet av avtalsprincipen torde det vara lämpligt att ställa höga krav på individualiseringen, d.v.s. kräva att säljaren ska vara bunden. Risken för borgenärsbedrägerier motverkas och samtidigt skyddas just de fall där köparen har ett genuint intresse av en viss sak, och inte endast ett fordringsanspråk. Det är enligt min mening omöjligt att på förhand uppställa kriterier för vad som är normal individualisering och att avgöra när säljaren ska anses vara bunden. Den närmare innebörden av dessa begrepp bör för svenska förhållanden utvecklas av praxis.

6.2.2.2 Säkerhetsöverlåtelser omfattas inte av avtalsprincipen

Den andra stora skillnaden mellan lagförslagen är att Göransson uttryckligen behandlar gränsdragningsproblematiken för säkerhetsöverlåtelser och omsättningsköp, medan detta inte framgår av Gregows förslag. Göransson tar även i lagtexten ställning vad gäller placeringen av bevisbördan och beviskrav. Gregow bortser inte från problematiken utan den behandlas i motiven till lagförslaget. Båda är överens om att säkerhetsöverlåtelser inte ska omfattas av avtalsprincipen. Innebörden av Göranssons förslag är att borgenärerna bär bevisbördan för att det rör sig om en säkerhetsöverlåtelse. De behöver dock inte nå upp till normalkravet styrkt, utan det räcker om de gör det sannolikt att säkerhetsöverlåtelse är för handen. Gregow är av en annan uppfattning och menar att den separerande köparen bör bära bevisbördan för att det rör sig om ett omsättningsköp. Av utrymmesskäl avser jag inte utveckla deras ställningstagande ytterligare¹⁰⁵.

Vid en jämförelse med dansk rätt är det enligt min tolkning Gregows förslag som ligger närmast vad gäller bevisbördans placering. Jag är inte säker på att Göransson uppfattat dansk rätt på ett riktigt sätt vad gäller bevisbördans placering. Enligt Göransson har dansk rätt en s.k. hoppande bevisbörda, där köparen har att styrka avtal, medan det är upp till borgenären att göra det antagligt att det rör sig om en säkerhetsöverlåtelse¹⁰⁶. Av min studie av dansk praxis tycker jag det framgår att den separerande köparen har att visa både avtal och omsättningsköp (UfR 1906.474, 1935.560 och 1950.586). Højrup förefaller

¹⁰⁵ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 666ff och SOU 1995:11, s. 188ff (Gregow)

¹⁰⁶ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 369

också att vara av denna mening¹⁰⁷ och vad gäller övrig dansk doktrin som jag studerat har jag inte funnit något ställningstagande i bevisbördefrågan.

Det är få svenska lagar som säger något om bevisbördans placering och framförallt vad gäller beviskrav. Utan lagstöd har domstolarna vissa principer att falla tillbaka på. Den som påstår något avvikande från det normala eller den som bäst kan säkra bevisning är exempel på placering av bevisbördan. Därtill nämner Ekelöf bl.a. att bevisbördan bör placeras så att de materiella reglernas handlingsdirigerande funktion i samhället bäst tillgodoses. Mot bakgrund av dessa principer förefaller Göranssons placering av bevisbördan vara något olämplig. Köparen bör ju vara den som bäst kan ge en rimlig förklaring till varför godset kvarlämnats hos säljaren, t.ex. att han inte hade utrymme för tillfället. Han kan också lättast bevisa att han har nytta av själva saken i sig och inte endast som säkerhet. Sett till den normala handeln, torde det även vara ovanligt att gods kvarlämnas under en längre tid, varvid köparen bör vara den som har att visa anledningen till detta. Slutligen sett till de materiella reglernas handlingsdirigerande funktion bör det inte vara alltför lätt att separera egendom ur konkursbo eller hindra utmätning, på grund av risken för borgenärsbedrägerier. Denna typ av teleologiska resonemang kan dock vara vanskliga, eftersom ett rättssystem kännetecknas av många olika ändamål som ofta är inbördes motstridiga. Vid en intresseavvägning blir slutresultatet ofta varierande från gång till gång. Enligt min mening är det lämpligare att köparen bär bevisbördan för omsättningsköp. Frågan är om det måste nämnas uttryckligen i lagtexten att säkerhetsöverlåtelser inte omfattas av avtalsprincipen och vem som bär bevisbördan, eller om det är tillräckligt att det framgår av motiven? För att undvika oklarheter vad gäller gränsdragningen och för att tydliggöra vad som krävs för borgenärsskydd, anser jag det vara lämpligt att lagtexten innehåller bestämmelser om detta.

6.2.2.3 Lagförslag

Köp enligt denna lag gäller mot säljarens borgenärer i och med avtalet om det framgår att köpet skett i omsättningssyfte och inte som säkerhet för fordran. När köpet inte avser bestämd vara blir inte köparen skyddad mot säljarens borgenärer förrän varan har individualiserats på ett för säljaren normalt och bindande sätt.

Förslaget innehåller inga uttryckliga beviskrav och jag anser det vara olämpligt att med stela beviskrav försöka hantera svåra gränsdragningar. Erfarenheter från dansk rättspraxis visar att problematiken kunnat hanteras på ett rimligt sätt, mycket tack vare en friare bevisvärdering. Det är däremot av vikt att placeringen av bevisbördan framgår av lagtexten så att det för köparen blir tydligt vad som

¹⁰⁷ Højrup, *Ejendomsret*, s. 72, 85

krävs för att han ska kunna separera egendom vid en eventuell konkurs eller utmätning hos säljaren.

6.3 Påverkan på gällande rätt

Det finns även andra lagbestämmelser som måste tas hänsyn till vid en övergång till avtalsprincipen. Traditionskrav återfinns t.ex. i SkbrL och gåvolagen.

Avtalsprincipen är särreglerad i virkesmärkeslagen. Godtrosförvärvslagen är en annan sakrättslig lag, där bl.a. tradition krävs för exstinktivt godtrosförvärv.

Frågan är om dessa lagar kan förbli oförändrade vid en övergång till avtalsprincipen?

Med en övergång till avtalsprincipen följer även att antalet fall ökar där den rätte ägaren med sakrättslig verkan kan separera egendom från den som har den i sin besittning. Bör detta i så fall innebära att besittningspresumptionerna i UB bör förändras? Ett annat spørsmål är när återvinningsfristerna i KL ska börja löpa, från och med avtalsögonblicket eller från och med besittningsövergång?

Vad ska fortsättningsvis gälla för skepp och luftfartyg? Slutligen, hur står sig de avgöranden som HD träffat vad gäller överlåtelse av bostadsrätt, hyresrätt av lokal, andel i dödsbo, samäganderättsandelar och överlåtelse av byggnad på annans mark?

6.3.1 Skuldebrevslagen

Med SkbrL 1936 infördes för borgenärsskydd ett traditionskrav för löpande skuldebrev och ett krav på denuntiation för enkla skuldebrev. Med ett systematiskt synsätt vore det lämpligt att även denna typ av egendom kom att omfattas av avtalsprincipen. Frågan är dock vilka skäl som talar i motsatt riktning. Gregow tar ställning i frågan och menar att det saknas anledning att skuldebrev kvarblir i säljarens besittning och att risken för skenöverlåtelser och säkerhetsöverlåtelser är större för denna typ av egendom än annan. Därmed bör det enligt Gregow även i fortsättningen ställas krav på tradition respektive denuntiation för löpande och enkla skuldebrev.¹⁰⁸ Helander menar också att det är väsentligt mycket svårare att skilja mellan säkerhetsöverlåtelser och omsättningsköp då det är fråga om fordringar¹⁰⁹. Jag delar författarnas uppfattningar och vill samtidigt påpeka att dansk rätt överensstämmer med gällande rätt i Sverige vad gäller skuldebrev, detta trots att dansk rätt företräder avtalsprincipen¹¹⁰. Skuldebrevslagen bör inte förändras. Med detta följer att

¹⁰⁸ SOU 1995:11, s. 160ff

¹⁰⁹ Helander, SvJT 1987:5, s. 373

¹¹⁰ Se fotnot under kapitel 5

SkbrL även fortsättningsvis äger analog tillämpning på växel, check, konossement m.m.

6.3.2 Gåvolagen

Enligt gåvolagen krävs det tradition för att en gåva ska stå sig mot givarens borgenärer. För givaren själv inträder en bindande gåva först i och med överlämnandet alternativt offentlig utfästelse. Tanken bakom dessa regler är att motverka förhastade gåvor¹¹¹. Att förändra gåvolagen enbart på grund av en övergång till avtalsprincipen vid överlåtelse av lös egendom ser jag som felaktigt då gåvolagen bärs upp av andra grunder. Jag anser inte heller att gåvomottagaren är lika skyddsvärd som köparen, som betalat en vara i förskott eller erlagt handpenning. Enligt Gregow föreligger inte heller något substitut för borgenärerna vid gåva som fallet är vid erlagd köpeskilling på förhand¹¹². Enligt min mening bör gåvolagen förbli oförändrad.

6.3.3 Virkesmärkeslagen

Lagen utgör idag en specialreglering av avtalsprincipen. Genom märkning av virket anses det vara individualiserat och därmed skyddat mot säljarens borgenärer. Efter en övergång till avtalsprincipen föreligger inget behov av att särreglera för virke. Märkning av virke faller in under de individualiseringskrav som uppställs i KöpL och KKL. Lagen bör upphävas.

6.3.4 Godtrosvärvslagen

Godtrosvärvslagen innebär att en köpare kan göra ett exstinktivt förvärv under vissa förutsättningar. Säljaren måste ha saken i sin besittning, köparen måste vara i god tro om att säljaren är rätte ägaren och saken måste traderas från säljaren till köparen. Godtrosvärvslagen syftar till att befärma den fria omsättningen, en köpare ska inte behöva riskera att saken vindiceras av den rätte ägaren. Vindikationsprincipen anses medföra en osäkerhet i rättsförhållandena och det kan bli svårt att fatta beslut utifrån ingångna avtal. Är det då osystematiskt att överge traditionsprincipen för omsättningsköp och samtidigt kräva tradition för att godtrosvärv ska kunna göras? Enligt min mening är detta inte fallet, eftersom det i båda fallen är köparen som skyddas av reglerna. Godtrosvärvslagen berör inte heller frågan om borgenärsskydd och slutligen främjar både godtrosvärvslagen och avtalsprincipen den fria omsättningen. Enligt min mening

¹¹¹ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 51

¹¹² SOU 1995:11, s. 158 (Gregow)

saknas anledning att förändra godtrosförvärvslagen. Gregow är av liknande uppfattning och påpekar att traditionskravet i godtrosförvärvslagen inte syftar till att motverka skentransaktioner som fallet är för traditionsprincipen¹¹³.

6.3.5 Utsökningsbalken och konkurslagen

Att antalet fall ökar där besittaren inte är den rätte ägaren torde inte behöva förändra UB:s presumtionsregler¹¹⁴. Dessa utgör ju bara presumptioner om vem som är ägare och sett i förhållande till normalfallet torde det även fortsättningsvis vara vanligast att den som besitter egendom också är ägaren. Med nuvarande besittningspresumtioner uppnås även ett skydd mot borgenärsbedrägerier där det inte blir alltför enkelt att förhindra utmätning (Se närmare under kapitel 6.4). Detta får framförallt stor betydelse vid överlåtelse mellan samboende och gifta (UB 4:19) eftersom skenöverlåtelser kan anses förekomma i större utsträckning dem emellan.

Konkurslagen innehåller inga besittningspresumtionsregler som dem i UB, men motsvarande bevisbörda torde åligga den separationsyrkande köparen i konkurs¹¹⁵. Jag har, vilket framgår av kapitel 1, avgränsat mig från att behandla återvinningsreglerna och jag avser att hålla mig till denna avgränsning. Jag ser det dock som viktigt att kort utveckla konsekvenserna för återvinningsreglerna vid en övergång till avtalsprincipen. Med gällande rätt räknas återvinningsfristerna från och med besittningsövergången. Gregow föreslår att detta även fortsättningsvis bör vara fallet och att en särskild lagbestämmelse om detta införs. Han jämför med vad som gäller för fast egendom, där datumet för lagfartsansökan räknas som den tidpunkt då återvinningsfristen börjar löpa, trots att avtalsprincipen gäller¹¹⁶. Enligt min mening sker endast en halvhjärtad övergång till avtalsprincipen om besittningsövergången ska användas, istället bör avtalsögonblicket vara den tidpunkt som fristtiden räknas från. Det är en betydande skillnad mellan att t.ex. frakta hem en stor leverans betong och att ansöka om lagfart hos tingsrätten, även om båda fallen utgör sakrättsliga moment. Jag anser att besittningsövergångens publicitetsverkan är överskattad. Jag ställer mig tveksam till att en borgenär har kontroll över vilka besittningsövergångar som sker vid vanliga omsättningsköp. Sett ur en borgenärs perspektiv kan det inte vara orättvist att räkna återvinningsfristerna från avtalsögonblicket. Besittningspresumtionen utgör ett första hinder för den separationsyrkande köparen och därefter ska även återvinningsreglerna övervinnas. Om det rör sig om alltför frikostiga avtal till fördel för köparen bör dessa kunna ses som gåva och då gäller traditionskrav och längre återvinningsfrister. Att använda avtalstidpunkten vid återvinning gör det även enklare att överblicka vad som krävs för ett mot borgenärerna stående köp. För att klargöra rättsläget bör det införas lagbestämmelser i KL som säger att fristen

¹¹³ SOU 1995:11, s. 154f (Gregow)

¹¹⁴ SOU 1995:11, s. 156f (Gregow)

¹¹⁵ SOU 1995:11, s. 173 (Gregow)

¹¹⁶ SOU 1995:11, s. 158 (Gregow)

börjar räknas från avtalsstillfället för överlåtelser och från besittningsövergången vid gåvor.

6.3.6 Skepp och luftfartyg

Enligt gällande rätt krävs det idag inskrivning vid Stockholms Tingsrätt för borgenärsskydd vid överlåtelse av skepp. Vid en övergång till avtalsprincipen vore det mest systematiskt att avtalet innebär borgenärsskydd, eftersom skepp är ett slags lösöre. Gregow tar inte ställning i frågan eftersom han inte haft möjlighet att studera den nuvarande ordningen i praktiken. Han påpekar dock att det vore lämpligt om skepp och luftfartyg behandlas på samma sätt, d.v.s. enligt avtalsprincipen¹¹⁷. Mitt förslag är att inskrivningskravet bör avskaffas för borgenärsskydd vid överlåtelse av skepp.

För luftfartyg bör det införas en lagregel som klargör rättsläget, d.v.s. att borgenärsskydd inträder i och med avtalet.

6.3.7 Samäganderättsandel

Med gällande rätt är det näst intill omöjligt att förvärva samäganderättsandelar med sakrättslig verkan (NJA 1987 s. 3). Traditionskravet står enligt min mening i ett motsatsförhållande till tanken att äga något tillsammans med annan, eftersom kravet innebär ett utestängande av den ursprunglige samägaren från besittning. Vid en generell övergång till avtalsprincipen bör även samäganderättsandelar omfattas och således bör NJA 1987 s. 3 fränkännas verkan. Samäganderättsandelar bör inte särregleras vad gäller borgenärsskydd, utan avtalsprincipen kommer att framgå av KöpL.

6.3.8 Andel i dödsbo, bostadsrätt och hyresrätt till lokal

Vad gäller kravet på denuntiation till dödsbo för borgenärsskydd vid överlåtelse av andel i dödsbo bör kravet på denuntiation upprätthållas. Här gör sig inte något intresse gällande för en viss sak, utan endast för en andel av en förmögenhetsmassa. En överlåtelse av andel i dödsbo kan enligt min mening närmast jämföras med en säkerhetsöverlåtelse och överlåtelse av enkel fordran. Eftersom säkerhetsöverlåtelser inte bör omfattas av avtalsprincipen och då SkbrL bör upprätthållas i nuvarande lydelse ser jag ingen anledning att låta överlåtelse av andel i dödsbo omfattas av avtalsprincipen. NJA 1972 s. 512 förtjänar att äga fortsatt giltighet och detta framgår med stöd av SkbrL 31§ analogt.

¹¹⁷ SOU 1995:11, s. 159 (Gregow)

Vid överlåtelse av bostadsrätt uppställs enligt gällande rätt ett krav på denuntiation till bostadsrättsföreningen för borgenärsskydd (NJA 1971 s. 66). Överlåtelse av bostadsrätt bör ses som utgörande två olika delar, dels som en överlåtelse av medlemskap i föreningen och dels som en överlåtelse av nyttjanderätt till lägenheten. Eftersom det rör sig om ett indirekt ägande och då förhållandet mellan medlemmen och föreningen kan innebära inskränkningar i till vem som bostadsrätten får överlåtas, är det rimligt att det även framledes uppställs som krav för borgenärsskydd att föreningen underrättas om överlåtelsen. Detta krav upprätthålls genom analog tillämpning av SkbrL 31§. Ur rättssäkerhetssynpunkt kan det dock vara lämpligt att införa en lagbestämmelse i BRL som klargör vad som krävs för borgenärsskydd, framförallt efter ett generellt övergivande av traditionsprincipen.

Kravet på denuntiation för borgenärsskydd bör enligt min mening även upprätthållas vad gäller överlåtelse av hyresrätt till lokal (NJA 1988 s. 545). För giltigt avtal krävs fastighetsägarens godkännande och då är det inte orimligt att uppställa krav på denuntiation för borgenärsskydd. Ur rättssäkerhetssynpunkt kan det vara lämpligt att införa en lagbestämmelse i JB som klargör kravet på denuntiation.

6.3.9 Säkerhetsöverlåtelse av byggnad på annans mark

Vid överlåtelse av byggnad på annans mark har HD funnit att avtalet varit tillräckligt för borgenärsskydd, även om det rör sig om en säkerhetsöverlåtelse (NJA 1952 s. 407). Det kan framstå som något stötande att upprätthålla detta avgörande framledes då säkerhetsöverlåtelser inte bör omfattas av avtalsprincipen. HD borde enligt min mening visserligen redan 1952 ha klargjort att säkerhetsöverlåtelser inte ger borgenärsskydd och detta med stöd av pantsättningsreglerna. Med införandet av nya lagbestämmelser i KöpL och KKL torde det dock stå klart att säkerhetsöverlåtelser av byggnad på annans mark inte omfattas av avtalsprincipen och att NJA 1952 s. 407 fränkänns prejudikatverkan.

6.4 Problemområden

6.4.1 Processekonomi

Med en övergång till avtalsprincipen kommer med största sannolikhet antalet separationsyrkanden att öka, vilket kan innebära förlängda konkursförfaranden och försvarade utmätningförsök. Detta kan ur processekonomisk synvinkel framstå som ofördelaktigt, men samtidigt måste det materiella rättvisekravet

framhållas. Ett fördyrat konkursförfarande torde inte vara ett tillräckligt hinder för att man bör bortse från avtalsprincipens fördelar. Enligt min mening är det av stor betydelse att en kommande utredning gör en uppskattning av vad en övergång till avtalsprincipen kan innebära ur processekonomisk synpunkt och att detta vägs mot avtalsprincipens fördelar.

6.4.2 Borgenärsbedrägerier

Det finns även en risk att det kommer att framföras ogrundade och svekfulla separationsyrkanden. Dessa bör dock kunna avfärdas med stöd av UB:s regler om besittningspresumtionen, vilka även analogivis kan tillämpas vid konkursförfaranden. Straffbestämmelserna i BrB om brott mot borgenärer bör även ur allmänpreventiv synvinkel verka avskräckande för konkursgäldenären respektive den påstådde köparen, när denne försöker separera egendom på falska grunder.

Med mitt lagförslag på hur en lagbestämmelse i KöpL och KKL bör utformas så krävs det för borgenärsskydd att köparen bevisar avtal och omsättningsköp. Detta bör vara tillräckligt för att säkerhetsöverlåtelser inte felaktigt ska godkännas av domstolen med stöd av avtalsprincipen. De problem som avtalsprincipen tidigare uppvisat med borgenärsbedrägerier bör inte upprepas med tanke på bevisbördans placering, den fria bevisvärderingen och muntlighetsprincipen. Gränsdragningen mellan omsättningsköp och säkerhetsöverlåtelser bör inte framledes ses som ett problem, något som dansk praxis vittnar om.

6.4.3 Bevisbördans placering i konsumentförhållanden

Lämpligheten kan diskuteras med att ha den föreslagna placeringen av bevisbördan i konsumentförhållanden. Att konsumenten ska säkra bevis för att det rör sig om ett omsättningsköp kan innebära för höga krav, framförallt med tanke på gemene mans kunskap om detaljregleringar i gällande rätt. Å andra sidan torde inte säkerhetsöverlåtelser vara vanligt förekommande i relationen näringsidkare – konsument, varvid bevisbördan inte bör utgöra ett reellt problem. Dessutom torde konsumenten i normalfallet inte ha alltför stora svårigheter att visa att det rör sig om ett omsättningsköp, t.ex. att han/hon har ett behov av varan etc..

7 Slutsatser

Avtalsprincipens fördelar överväger traditionsprincipens uppbärande skäl, därmed bör traditionsprincipen överges till förmån för avtalsprincipen.

De skäl som främst talar för traditionsprincipen är att borgenärsbedrägerier motverkas och att utmätnings- respektive konkursförfarandet underlättas genom att separationsyrkanden inte behöver prövas när tradition eller registrering enligt LkL inte skett. Enligt min mening skulle dock inte risken för borgenärsbedrägerier öka nämnvärt vid en övergång till avtalsprincipen. Den lagstiftning som införs för att reglera övergången kan genom en lämplig placering av bevisbördan försvåra för påstådda köpare att separera egendom ur säljarens konkursbo eller hindra utmätning hos säljaren. Lägg därtill de redan förefintliga besittningspresumptionsreglerna i UB som verkar i samma riktning. Besittningspresumtionerna torde även kunna tillämpas analogt i konkurssammanhang, åtminstone vad gäller bevisbördans placering. Återvinningsreglerna i KL skyddar dessutom borgenärerna från otillbörliga eller alltför frikostiga avtal för köparen. Rädslan för borgenärsbedrägerier är enligt min mening överdriven och kan delvis spåras till förhållandena när avtalsprincipen var gällande rätt i Sverige. Den dåvarande situationen är dock inte jämförbara med den nuvarande, eftersom den legala bevisteorin tillämpades på den tiden, vilket innebar att det var mycket svårt för borgenärerna att bevisa sken- eller säkerhetsöverlåtelser. Med den nu gällande fria bevisvärderingen och muntlighetsprincipen torde det inte vara alltför svårt för domstolarna att skilja mellan säkerhetsöverlåtelser och omsättningsköp. Detta är ett antagande som dansk rätt ger ett gott stöd för. Genom den fria bevisvärderingen i dansk rätt har domstolarna kunnat motverka borgenärsbedrägerier. Med gällande processrätt torde svenska domstolar även kunna ta ställning till om det föreligger skenöverlåtelser på ett mer nyanserat sätt än fallet var under 1800-talet. Man bör också ha i åtanke att traditionsprincipen inte utesluter borgenärsbedrägligt beteende till fullo eftersom risken finns att gäldenären skentraderar egendom till en påstådd köpare i syfte att undandra borgenärerna egendom. De processekonomiska fördelarna som traditionsprincipen medför genom underlättade utmätnings- och konkursförfaranden är svårare att vederlägga. Enligt min mening är detta det argument som förtjänar störst vikt vid en argumentering för traditionsprincipen. De processekonomiska fördelarna får därmed sättas i jämförelse med avtalsprincipens fördelar och först då står det klart hur intresseavvägningen bör avgöras.

Traditionsprincipen medför en risk för materiell orättvisa, eftersom den förskottsbetalande köparen riskerar att förlora både den köpta varan och köpeskillingen, medan borgenärerna tillgodogör sig båda. Avtalsprincipen medför att denna typ av rättsförluster kan minimeras. En övergång till avtalsprincipen skulle även innebära att gällande rätt stod i bättre överensstämmelse med det

allmänna rättsmedvetandet, något som enligt min mening är eftersträvansvärt. De flesta torde idag vara omedvetna om traditionsprincipen och dess innebörd och tror inte att det föreligger någon risk med att kvarlämna förskottsbetalad egendom hos säljaren. Enligt min mening skulle avtalsprincipen också gynna den fria omsättningen, både ur ett svenskt och europeiskt perspektiv. Med gällande rätt innebär förskott och finansiering av tillverkning hos säljaren en betydande risk för köparen. Att använda bankgaranti som säkerhet för förskott är ett kostsamt sätt att undvika rättsförlust. Eftersom Sverige är ensamt i Europa om att tillämpa traditionsprincipen på ett strikt sätt innebär detta också att svenska leverantörer kan komma att ses som en osäkrare avtalspart än leverantörer i andra länder, en risk för konkurrenssnedvridning föreligger. Med en säkrare ställning för köparen skulle troligtvis kreditkostnaderna också kunna minskas. Köparen bör kunna finansiera en produktion till lägre räntesats än exempelvis en bank, eftersom köparen har ett direkt intresse i det som tillverkas. Att traditionsprincipen skulle medföra lägre kreditkostnader till följd av borgenärernas starka ställning vid händelse av utnämning eller konkurs ser jag som ett ohållbart argument. Slutligen vad gäller avtalsprincipens fördelar skulle enligt min mening den sakrättsliga systematiken påverkas positivt vid en övergång till avtalsprincipen. Med gällande rätt tillämpas både traditionsprincipen och avtalsprincipen för lös egendom. Vid en övergång skulle det undvikas att två principer tillämpas i olika fall beroende på egendomsslag, överskådligheten skulle förbättras. Den förskottsbetalande köparen kan *de lege lata* inte heller uppnå någon säkerhet för sin finansiering på samma sätt som den kreditgivande leverantören kan genom återtagandeförbehåll. Denna osystematik skulle undvikas vid en övergång till avtalsprincipen.

Vid en intresseavvägning mellan de processekonomiska fördelarna som traditionsprincipen medför och de ovan uppräknade fördelarna med avtalsprincipen står det enligt min mening klart att traditionsprincipen bör vika. Ett gynnande av den fria omsättningen och ett undvikande av rättsförluster bör ur ett renodlat rättsekonomiskt perspektiv uppväga processekonomin.

Att övergå från traditionsprincipen till avtalsprincipen skulle inte behöva innebära några större förändringar vad gäller lagstiftning och angränsande lagområden. Genom att införa bestämmelser om vad som krävs för borgenärsskydd vid köp av lös egendom i KöpL respektive KKL skulle äganderättens innebörd klargöras på ett tydligt sätt, både obligationsrättsligt och sakrättsligt. Om säkerhetsöverlåtelser inte är en viktig säkerhetsform i Sverige ser jag inget hinder mot att upphäva LkL i samband med en övergång till avtalsprincipen.

De erfarenheter som dansk rätt uppvisar vad gäller tillämpningen av avtalsprincipen är enligt min mening ett gott bevis för att en övergång till avtalsprincipen torde vara genomförbar i Sverige.

Litteraturförteckning

Benckert, Karl, *Pantsättning eller överlåtelse till säkerhet för fordran*, Stockholm 1926

Bogdan, Michael, *svensk internationell privat- och processrätt*, 5. Upplagan, Lund 1999

Ekelöf, Per-Olof, *Rättegång IV*, 6. Upplagan, Göteborg 1995

Gomard, Bernard, *Civilprocessen*, 4. Upplagan, Köpenhamn 1994

Göransson, Ulf, *Traditionsprincipen*, Uppsala 1985

Helander, Bo, Anm. Av Ulf Göransson: Traditionsprincipen, SvJT 1987:5, s. 369-383

Hellner, Jan, *Köprätt*, 4. Upplagan, Stockholm 1974

Hessler, Henrik, *Allmän sakrätt om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer*, Stockholm 1973

Hillgård, Karl, *Säljarens stoppningsrätt*, Lund 1923

Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6. Upplagan, Stockholm 1996

Håstad, Torgny, *Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten*, SvJT 1988:3-4, s. 224-261

Højrup, Hans Verner, *Ejendomsret*, 1976

Illum, Knud, *Dansk Tingsret*, 3. Omarbejdede Udgave, Köpenhamn 1976

Kruse, Fr. Vinding, *Ejendomsretten*, 3. Upplagan, Köpenhamn 1951

Modéer, K-Å, *Godtycklighet inom rättsstatens ramar. Om lagstiftning och rättskipning vid sekelskiftet. I: Festskrift tillägnad Gustaf Petré, Stockholm 1983*

Möller, TfR 1896 s. 147ff

Nordling, E.V., *Om lösöreköp enligt kongl. Förordningen den 20 november 1845*, 2. Upplagan, Uppsala 1877

Quitow, Carl Michael, *Fria varurörelser i den Europeiska gemenskapen: en studie av gränsdragningen mellan gemenskapsangelägenheter och nationella angelägenheter*, Stockholm 1995

Rodhe, Knut, *Handbok i sakrätt*, Lund 1985

Ross, Alf, *Ejendomsret og Ejendomsovergang*, Köpenhamn 1936

Smith, Eva, *Civilproces – grundlæggende regler og principer*, 3. Upplagan, Köpenhamn 1996

Undén, Östen, *svensk sakrätt i lös egendom*, 10. Upplagan, Lund 1976

Von Eyben, W.E, *Formuerettigheder*, 5. Udgave, Köbenhavn 1977

Offentliga källor:

SOU 1995:11, Nya konsumentregler, Betänkande av Utredningen om konsumenträttsliga frågor, Stockholm 1995

LU 1987/88:1, Lagutskottets betänkande om översyn av reglerna angående sakrättsligt skydd mot säljarens borgenärer.

Rättsfallsförteckning

Svensk praxis

NJA 1912 s. 156
NJÄ 1914 s. 209
1916 s. 54

NJA 1925 s. 535
NJÄ 1926 s. 281
NJÄ 1927 s. 513
NJÄ 1927 s. 633
NJÄ 1929 s. 64
NJÄ 1934 s. 193
NJÄ 1934 s. 473
NJÄ 1936 s. 420
NJÄ 1940 s. 682
NJÄ 1941 s. 687
NJÄ 1945 s. 400
NJÄ 1949 s. 164
NJÄ 1952 s. 407
NJÄ 1956 s. 485
NJÄ 1956 s. 770
NJÄ 1971 s. 66
NJÄ 1972 s. 512
NJÄ 1975 s. 638
NJÄ 1979 s. 451
NJÄ 1984 s. 132
NJÄ 1984 s. 456
NJÄ 1985 s. 159
NJÄ 1986 s. 409
NJÄ 1987 s. 3
NJÄ 1988 s. 257
NJÄ 1991 s. 564
NJÄ 1997 s. 660
NJÄ 1998 s. 369

Dansk praxis

UfR 1895.232
UfR 1896.1163 NJA
UfR 1897.50 NJA 1916 s. 656
UfR 1903.168 NJA 1923 s. 626
UfR 1906.474 NJA 1924 s. 193
UfR 1909.910H* NJA 1924 s. 543
UfR 1911.735H*

UfR 1912.923H*
UfR 1917.839H*
UfR 1921.575
UfR 1923.132
UfR 1933.766
UfR 1942.168
UfR 1950.287H*
UfR 1950.586

EG-rätt

C-69/88 Krantz Slg
1990, s I-583