



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Malin Olsson

Kommittentens borgenärsskydd

Ett krav på verkligt kommissionsavtal och/eller sakrättsliga
moment?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Birgitta Nyström

Termin för examen: HT2013

Innehållsförteckning

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Problem, syfte och frågeställningar	5
1.2 Metod	7
1.3 Material	10
1.4 Avgränsningar	13
1.5 Disposition	15
2 SAKRÄTT	17
2.1 Statisk och dynamisk sakrätt	17
2.2 Borgenärsskydd	17
2.3 Obligations- och sakrätt	18
2.4 Sakrättsligt moment	19
3 KOMMISSION	21
3.1 Kommissionsavtal	22
3.1.1 Uppdrag	23
3.1.2 Köpa eller sälja	24
3.1.3 Lös egendom	24
3.1.4 I eget namn	24
3.1.5 För annans räkning	25
3.1.5.1 Risk och rätt att returnera	26
3.1.5.2 Resultatintresse	26
3.1.5.3 Övriga omständigheter	26
3.2 Kommissionärens rättigheter och skyldigheter	27
3.2.1 Kommissionärens rätt till självinträde	27
3.2.2 Omsorgsplikt och lojalitetsplikt	28
3.2.3 Följa instruktioner	29
3.2.4 Informationsplikt	29
3.2.5 Vårdplikt	30

3.3	Kommissionsavtal i rättspraxis	30
4	KOMMITTENTENS SEPARATIONSRÄTT	32
4.1	Lagstadgad separationsrätt	34
4.2	Konkurs och utmätning	34
4.3	Separationsrättens omfattning	36
4.4	Specialitetsprincipen	36
4.4.1	Identitet	37
4.4.2	Individualitet	38
4.4.3	Fri eller begränsad förfoganderätt	38
4.5	Redovisning av anförtrodd egendom	38
4.5.1	Mottagna medel för annan	39
4.5.2	Skyldighet att redovisa	39
4.5.3	Skyldighet att avskilja	40
4.5.4	Tidpunkt för avskiljande	41
4.5.5	Sakrättsligt skydd	42
5	ANALYS OCH SLUTSATSER	43
5.1	Ett krav på verkligt kommissionsavtal för kommittentens sakrättsliga skydd	43
5.1.1	Ett lagreglerat krav	43
5.1.2	Förarbeten och praxis	44
5.2	Sakrättsliga effekter av verkligt kommissionsavtal	46
5.2.1	Separationsrättsliga krav	46
5.2.2	Sakrättsligt moment för kommittentens sakrättsliga skydd	48
5.3	Konsekvenser av kommittentens sakrättsliga skydd	50
5.4	Avslutande reflektioner	52
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	55
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	61

Summary

A significant part of Swedish trade involves distributing and selling goods. A company may choose to manage distribution of goods by himself or enter a partnership. A party who consider distribute goods through cooperation must count on various factors, such as desired control of the various marketing stages, own and the other party resources, conditions in the specific market and risk sharing.

The possibilities to distribute goods by cooperation are many and this paper deals with distribution through agreements of commission, which is governed by the Swedish law of commission, Kommissionslag (2009:865), KommL. The KommL applies to legal relations which one party (trustee) in its own name performs a task that involves selling or buying personal property on the other party's (principal) behalf. Act 23 KommL states that the principal have property right to the property that the trustee holds for the principal's behalf. The fact that the principal continues to have title to the property, despite the fact that the trustee has right to dispose the property through resale before the principal has been paid, offers an opportunity for the principal of having credit secured by property. As compared with sales through retailers with reservation of title where retention of title is not valid if the dealer has free disposal over the property before full payment has been made. The principal's ability of maintaining ownership is something that is much sought for by other contractors, even though they do not actually have agreed on commission. Although the principles of KommL have termed to have an impact on other contracts and above all other inter-party agreement, it must still be considered preferable to be able to know how a commission agreement is classified as a real commission. It's therefore very interesting to investigate how contractors must act in order for their contract to actually be evaluated as a commission contract and retaining ownership for the principal and the right of separation without regard to claims from other creditors.

Sammanfattning

En stor del av svensk handel går ut på att distribuera och sälja varor. Ett företag kan välja att distribuera varor självt, alternativt ingå samarbete med annan part. För en part som funderar på att distribuera varor genom samarbete finns det många alternativ att välja på och följaktligen måste en part fundera över och ta ställning till olika för- och nackdelar, exempelvis vilken kontroll över försäljningscykeln som önskas, avtalsparternas resurser, förhållanden på den specifika marknaden och riskfördelning.

Denna uppsats utreder distribution genom avtal om kommission. Enligt 23 § Kommissionslagen, (2009:865) KommL, bibehåller kommittenten äganderätt till egendom trots att kommissionären innehar egendom med rätt att förfoga över densamma genom vidareförsäljning. Bestämmelsen fastslår att kommittentens äganderätt består till dess att den övergår till tredje man.

Kommittentens bibehållna äganderätt innebär en möjlighet för kommittenten att ha kreditsäkerhet i egendom, vilket är någonting som är mycket eftertraktat av många olika avtalsparter och även av de som inte har avtalat om kommission. Bibehållen äganderätt medges exempelvis inte äganderättsförbehåll om återförsäljare har fri förfoganderätt över egendomen innan full betalning har erlagts. Principerna i KommL har i och för sig nämnts kunna vara tillämpliga även på andra avtal och framför allt andra mellanmansavtal efter en bedömning i det enskilda fallet, men det är intressant att utreda hur parter som avtalar om kommission faktiskt ska agera för att ett avtal om kommission ska bedömas som ett kommissionsavtal i KommL mening och att kommittenten på så vis kan skydda sin äganderätt och få separera sin egendom ur kommissionärens bo utan att behöva ta hänsyn till övriga borgenärers anspråk.

Förord

Efter mina studier på Lunds universitet vid juridiska fakulteten beger jag mig ut på nya äventyr med en lätt suck. Det finns många att tacka och inte sällan sägs det att om ingen nämns så blir ingen glömd. Jag skulle ändå vilja rikta några få tacksamma ord till några som jag inte kan låta bli att nämna.

Till en början vill jag tacka min familj som fört många långa diskussioner om samhället i försök att lära mig någonting om livet och om vad som är rätt eller fel. I min illusion var därmed vägen till juridik inte så lång. Ett särskilt stort tack vill jag ge till min sambo Mårten Bertilsson som med ett fantastiskt tålmod under många år har stått vid min sida och stöttat mig i vått och torrt. Jag vill också tacka min handledare Birgitta Nyström som gett mig många visa ord. Stor hjälp med korrekturläsning och skrivtips har Elisabeth Olsson och Irene Bertilsson stått för. Tack till Jimmy Pilo vars tips varit värdefulla för uppsatsen. Sist men inte minst skulle jag vilja tacka Patrik Lindskoug som också kommit med bra tips till uppsatsen och är den person som introducerat mig i sakrätten och på ett mycket pedagogiskt sätt lärt mig ”lite av allt”.

Trevlig läsning!

Lund 2013

Malin Olsson

Förkortningar

AvtL	Lag(1915:218) om avtal och andra rätts- handlingar på förmögenhetsrättens område
BrB	Brottsbalk(1962:700)
FB	Föräldrabalk(1949:381)
FRL	Förmånsrättslag(1970:979)
HagL	Lag(1991:351) om handelsagentur
HB	Handelsbalk(1736:1232)
HD	Högsta domstolen
KommL	Kommissionslag(2009:865)
KonkL	Konkurslag(1987:672)
KöpL	Köplag(1990:931)
LRM	Lag(1944:181) om redovisningsmedel
LVMP	Lag(2007:528) om värdepappersmarknaden
UB	Utsökningsbalk(1981:774)
ÄKommL	Lag(1914:45) om kommission

1 Inledning

Handel genom mellanmän är mycket vanligt och har stor betydelse för svenskt näringsliv.¹ Vid försäljning av lös egendom kan många olika distributionsmöjligheter vara aktuella för kommersiella parter, exempelvis de som vill etablera en ny produkt på marknaden men som inte kan göra det själva.² Intressant är om och hur normerna kring olika distributionssätt påverkar de val som aktörer på en fri marknad gör i förhållande till de olika kommersiella lösningar som finns.³ Vid valet av distributionssätt bör alltid för- och nackdelar beaktas, såsom kontroll över försäljningscykeln, resurser, affärsklimat och risker.⁴

Bland olika mellanmän är kommission särskilt intressant utifrån de sakrättsliga fördelar som kommittenten har enligt Kommissionslagen, KommL. I förarbeten till KommL anges de sakrättsliga verkningarna som lagen medger vara eftersträvansvärda av många avtalsparter som vill kreditsäkra sina affärer. Kommittentens kreditmöjlighet kan jämföras med försäljning i fast räkning med äganderättsförbehåll, som är ogiltigt om återförsäljaren får förfoga över egendomen innan den betalats till fullo.⁵

1.1 Problem, syfte och frågeställningar

Under kursen JUBN17 Kredit, säkerhet och exekution stärktes mitt intresse för sak- och krediträtt. Jag fick bland annat uppfattningen att det ofta inte är tillräckligt att avtalsparter är obligationsrättsligt förpliktade mot varandra

¹ Prop. 2008/09:88, s.1, 21f, Prop. 1990/91:63, s.16.

² Karnov, PACTA, Allmän kommentar Distributionsavtal, Rubrik: Introduktion.

³ Sandgren, Rättsvetenskap, s.14f.

⁴ Karnov, PACTA, Allmän kommentar Distributionsavtal, Rubrik: Tillverkning och försäljning i egen regi.

⁵ Prop. 2008/09:88, s.21, 190, SOU 1988:63 s.46.

utan att sakrättsliga reglerna också måste beaktas för att en part verkligen ska få bäst rätt till egendom. Jag tror att ett företag som är väl medvetet om rättsläget har bättre möjlighet att agera proaktivt i syfte att skydda sig mot framtida tvister och materiella samt immateriella förluster.

År 2009 trädde KommL ikraft och syftet var att klargöra regler och principer kring kommission.⁶ Vid införandet av KommL upphörde den äldre Lagen om kommission, ÄKommL som hade varit giltig sedan 1915, med undantag för avtal ingångna före 1 oktober 2009 enligt KommL övergångsbestämmelser. Med anledning av införandet av KommL konstaterades i förarbeten att de överväganden kring sakrättsliga problem som gjorts i äldre utredningar fortfarande var tidsenliga och fick fortsatt giltighet i förhållande till den nya lagen.⁷

I äldre förarbeten har det identifierats som praktiskt problematiskt att skilja de olika mellanmännen åt.⁸ Oklarhet och svårighet att bedöma vad som är ett verkligt kommissionsavtal och därmed när kommittentens egendom i kommissionärens besittning är sakrättsligt skyddad kan urskiljas i exempelvis praxis.⁹ I tillägg till HD:s dom NJA 2009 s.79 skriver justitierådet Torgny Håstad att det generellt är problematiskt och svårt att dra en gräns mellan bland andra kommission, konsignation och kreditavtal med äganderättsförbehåll. Han anser att det varken är rättsekonomiskt eller förutsebart med ett rättssystem som är oklart och svårt. Vidare noteras att reglerna om säkerhet i egendom som sålts av en mellanman men inte betalats i samband med förfogandet skiljer sig åt mellan olika europeiska länder, varav majoriteten av de europeiska länderna har valt en annan rättslig lösning än Sverige.¹⁰

⁶ Prop. 2008/09:88, s.1f.

⁷ Prop. 2008/09:88, s.21.

⁸ SOU 1988:63, s.48.

⁹ NJA 2012 s.419, s.432f.

¹⁰ NJA 2009 s.79, s.89f.

Sakrätten aktualiseras när det finns mer än ett legitimt anspråk på egendom och omfattar de regler som innebär vem som får bäst rätt till egendom.¹¹ Principen om sakrättens numerus clausus innebär att parterna inte kan avtala om olika sakrätter.¹² Min tes är därför att sakrättsliga regler till viss del är överordnade de obligationsrättsliga reglerna i avseende vem som får bäst rätt till egendom.

Syftet med mitt arbete är att från ett sakrättsligt perspektiv på ett kvalitativt sätt¹³ undersöka de lege lata om vad som anses vara ett verkligt kommissionsavtal och utröna hur kommittenten bibehåller äganderätt och separationsrätt till kommissionsegendom som lämnats till kommissionären med syfte att överlåta den till tredje man. Avsikten är att hitta lösningar för kommittenten att vid tvist faktiskt få bättre rätt till kommissionsegendom i kommissionärens händer, kunna identifiera och kalkylera risker med kommission för kommittenten samt föra ett lege ferenda resonemang. Huvudfrågeställningen för uppsatsen är följaktligen: vilka krav ställs på ett verkligt kommissionsavtal för att kommittenten ska vinna sakrättsligt skydd till kommissionsegendom? Detta framkallar i sin tur följdfrågor: vilka sakrättsliga effekter innebär ett verkligt kommissionsavtal? Vad medför kommittentens sakrättsliga skydd för konsekvenser för kommersiella parter?

1.2 Metod

För att uppnå uppsatsens syfte har jag använt mig av rättsdogmatisk metod. Det innebär att de juridiska rättskällorna lag, förarbeten, rättspraxis, doktrin, sedvänja och handelsbruk studeras, systematiseras och tolkas. Källornas betydelse för bedömning av gällande rätt kan variera i förhållande till olika

¹¹ Hessler, Allmän sakrätt, s.37.

¹² Millqvist, Sakrättens grunder, s.19f.

¹³ Sandgren, Rättsvetenskap, s.41.

rättsområden.¹⁴ Källorna rangordnas inte sällan hierarkiskt i den följd som de är nämnda ovan.¹⁵ Till detta arbete har främst rättskällorna: lag, förarbete, rättspraxis och doktrin bidragit med information. Vad gäller rättskällorna sedvänja och handelsbruk har undersökningen av de inte resulterat i någon, för denna uppsats, relevant information. Enligt 2 § 3 stycket KommL jämföras partsbruk eller sedvänja med avtalsvillkor, vilket kan innebära att de kan få betydelse vid bedömning av avtalet i det enskilda fallet.

För att komma fram till gällande rätt inom ett visst rättsområde bör det föras en diskussion om vad gällande rätt i allmän mening är. En definition av begreppet gällande rätt är inte lätt att åstadkomma, även om det många gånger kan anses finnas en vedertagen och accepterad innebörd.¹⁶

Ett förslag till definition av gällande rätt som Peczenik presenterar innebär att gällande rätt i största möjliga mån motsvarar juristernas gängse uppfattning om vad gällande rätt är och egenskaper hos densamma. En förutsättning för att juristernas gängse uppfattning ska ligga till grund för bedömningen är att det finns en motsägelsefri teori om vad som är gällande rätt i ett sammanhängande system.¹⁷ Den gällande rätten kan bestå av olika normer och handlingar som antingen är fysiska eller psykiska och kan påverkas av intryck från samhället.¹⁸ Normer kan antingen vara en rättslig norm eller endast en norm såsom etiken. Rättssystemets rättskällevärd är avgörande för huruvida normen är rättsligt grundad, vilket bland annat innebär att normen ska ha tillkommit i enlighet med de övre hierarkiska normerna.¹⁹ Rättssystemet bör också vara effektivt och offentligt för allmänheten trots att viss professionell begreppsbyggnad vanligtvis utvecklas av juristerna.²⁰ Uppfatt-

¹⁴ Henriksson, Sakrättsliga moment, s.33. Sandgren, Rättsvetenskap, s.13, 36f, 53.

¹⁵ Peczenik, Juridikens teori och metod, s.35. Jfr. Mellqvist, Entreprenadrätten, s.237f. som ställer sig frågande till normernas hierarkiska ställning i ett funktionellt sammanhang.

¹⁶ Hellner, Rättsteori, s.36.

¹⁷ Peczenik, Vad är rätt, s.151.

¹⁸ Peczenik, Vad är rätt, s.152f, 157f.

¹⁹ Peczenik, Vad är rätt, s.159,183ff.

²⁰ Peczenik, Vad är rätt, s.189, 191.

ningen om gällande rätt varierar i tid och rum.²¹ En analys av gällande rätt kan således ske utifrån rätten vid en specifik tidpunkt eller utifrån hur gällande rätt ändras i förhållande till exempel olika konventioner och grundläggande värderingar.²²

Den svenska rättskälleläran anger rättskällornas hierarkiska ordning. Rättskälleläran anses vara föränderlig²³ och den är inte absolut utan finns det tillräckligt bra skäl kan en rättskälla åsidosättas. Vad som är ett tillräckligt bra skäl beror på omständigheterna i det enskilda fallet och vilken rättskälla det handlar om, exempelvis kräver åsidosättande av lag tyngre skäl än åsidosättande av sedvänja.²⁴ Möjligheten att inte följa den hierarkiska ordningen ifall tillräckliga skäl finns, kan benämnas som rättskällornas karaktär av *prima facie*.²⁵

Ett rättssystem omfattas enligt Hellner av olika regler som är samordnade och står i sammanhang med varandra. Gällande rätt är således de regler som är del av rättssystemet.²⁶ Vidare utgår Hellner från att det finns regler i rättssystem som kan anses vara rättsregler men som inte utgör gällande rätt för att de till exempel blivit ersatta med nyare regler. Diskussionen kring vad gällande rätt är bör skiljas från diskussionen om rättsreglers giltighet, varav Hellner hänvisar den sistnämnda främst till naturrätten och rättspositivismen.²⁷

Förutsebarhet är en del av rättssäkerhetsbedömningen enligt Peczenik, även om kravet på rättsäkerhet är omdiskuterat och inte enhetligt har definierats. Peczenik delar upp rättssäkerhetsbedömningen i två delar som han benäm-

²¹ Peczenik, Vad är rätt, s.152f, 157f. Zetterström, Juridiken, s.21.

²² Hellner, Rättsteori, s.12f.

²³ Peczenik, Vad är rätt, s.213, 286f.

²⁴ Peczenik, Vad är rätt, s.219f, 227ff.

²⁵ Peczenik, Vad är rätt, s.225.

²⁶ Hellner, Rättsteori, s.10f, 20.

²⁷ Hellner, Rättsteori, s.17, 22.

ner formell och materiell rättssäkerhet. Förutsebarhet kallas för formell rättssäkerhet. Enligt Peczenik bör reglerna syfta till att vara förutsebara för medborgarna. Förutsebarhet är också ett sätt att generera ordning och att likhetsprincipen följs.²⁸

Rättssäkerhetsbedömningen inkluderar krav på att reglerna ska beakta olika etiska värden. Detta kallas ibland vid myndighetsutövning för materiell rättssäkerhet, vilket kan innefatta ett krav på att staten inte blandar sig i civilrättsliga avtal i större utsträckning än som medges i lag. Begränsning kan exempelvis ske genom 36 § Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, AvtL. Rättssäkerhetsbedömningen måste vara generell. Generaliteten innebär att rätten ska präglas av universalitet, generalitet i strikt mening och likhet. Om ett visst beslut eller myndighetsutövning ska anses vara rättsäkert är enligt Peczenik en avvägningsfråga och beror bland annat på om lagen som beslutet grundar sig på är etisk och på lagens förändringsbarhet i förhållande till ny praxis.²⁹

1.3 Material

Det material jag använt mig av har tagits fram genom sökningar i databaser-na Karnov³⁰, Zeteo³¹, Infotorg³², Regeringen.se³³, Sveriges domstolar³⁴, Libris³⁵, Lovisa³⁶, SwePub³⁷, Juridisk tidskrift³⁸, Artikelsök³⁹.

²⁸ Peczenik, Vad är rätt, s.89f, 99.

²⁹ Peczenik, Vad är rätt, s.92, 94, 96ff, 592.

³⁰ <http://www.karnovgroup.se/>.

³¹ <http://zeteo.nj.se/>.

³² <http://www.infotorg.se/?gclid=CPHJrc3u7rsCFYFe3godvjIAQg>.

³³ <http://www.regeringen.se/>.

³⁴ <http://www.domstol.se/>.

³⁵ <http://libris.kb.se/>.

³⁶ <http://lovisa.lub.lu.se/cgi-bin/webgw/chameleon>.

³⁷ <http://swepub.kb.se/?language=se>.

³⁸ <http://www.jt.se/>.

³⁹ <http://sob.btj.se.ludwig.lub.lu.se/sb/Servlet?jump=asok>.

De sökord som använts är 23 § kommissionslag, kommissionslag, kommissionsavtal, verkligt kommissionsavtal, allvarligt menat kommissionsavtal, vem är kommittent, vem är kommissionär, kommission sakrättslig verkan, kommissionsavtals sakrättsliga verkan, separationsrätt i kommission samt kommission och sakrätt.

Utifrån sökresultaten har de lagar och förarbeten valts ut som faktiskt har behandlat krav på kommissionsavtal och kommittentens separationsrätt. Rättspraxis har valts med utgångspunkt i vad som avgjordes, när och vilken instans som dömde. Angående vad rättsfallen har behandlat har jag presenterat de rättsfall som avgjort frågor kring kommittentens separationsrätt och bedömningar om avtalsförhållanden verkligen varit kommission. I förhållande till när målet avgjordes har jag valt de rättsfall som avgjorts från år 2009 då KommL infördes och fram till september 2013. I NJA 2012 s.419 konstaterade och accepterade Högsta domstolen, HD, genom hänvisning till förarbeten att tidigare rättspraxis inte varit enhetlig.⁴⁰ Eftersom HD har en prejudikatbildande roll har rättsfall som HD har avgjort valts.⁴¹ Ur sökresultaten av doktrin har jag valt den som gett relevanta kommentarer på KommL, förarbeten därtill och de senare rättsfallen.

Angående lag och förarbete har främst KommL och förarbetena Prop. 2008/09:88 och SOU 1988:63 varit användbara och bidragit med kvalitet till uppsatsen, exempelvis har SOU:n ansetts ha en bra ställning, trots att de principer som där utarbetades inte lagfästes förrän i samband med att KommL genomfördes.⁴² Praxis har använts för att försöka illustrera hur reglerna och principerna tillämpas i praktiken. De ledande rättsfallen är NJA 2012 s.419 och NJA 2010 s.154. Det finns också mycket annan praxis som har varit värdefull, främst med anledning av gjorda avgränsningar, såsom exempelvis NJA 2009 s.79. När det gäller doktrin har den beaktats i den

⁴⁰ NJA 2012 s.419, s.431, p.7.

⁴¹ Prop. 1988/89:78, s.1.

⁴² Bengtsson, SOU som rättskälla, s.798f, 783.

mån den gett värdefulla kommentarer till de problem jag försöker reda ut. Den doktrin som har använts lite mer än andra är Håstads Sakrätt och Millqvists Sakrättens grunder.

Den senast utgivna litteraturen på sakrättens område är Johan Sandstedts Sakrätten, Norden och europeiseringen från 2013 och Laila Zackariassons Borgenärsskydd som gavs ut 2012. Mycket av den sakrättsliga doktrinen har till stor del skrivits utifrån ÄKommL. Det gäller bland andra Staffan Myrdals bok Borgenärsskyddet från år 2002. År 2000 trycktes Torgny Håstads sjätte upplaga av Sakrätt med supplement från 2004. Andra verk som vägt tungt för den sakrättsliga utvecklingen är bland annat Henrik Hesslers Allmän sakrätt från år 1973, Ulf Göransson's avhandling Traditionsprincipen, de svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning från år 1985, Knut Rodhes Handbok i sakrätt från samma år samt Östen Undéns Svensk sakrätt vilken gavs ut första gången 1927 och den senaste upplagan år 1995.

Den terminologi och de begreppspår som har använts är borgenär och gäldenär, kommittent och kommissionär, huvudman och mellanman samt mellanman och syssloman. Alla fyra begreppspåren kan vara parallella begrepp. Ur pedagogisk synvinkel finns det en poäng att begreppen kommittent och kommissionär används vid de tillfällen då diskussionen utgår ifrån KommL. Begreppsparet borgenär och gäldenär används vid diskussion kring kredit och sakrättsliga lösningar och huvudman och mellanman används vid obligationsrättsliga diskussioner kring kommissionsavtalet. Angående begreppen mellanman och syssloman görs skiljelinjen att mellanman används för de rättsfigurer som innebär att mellanmannen agerar för huvudmannens räkning.⁴³ Begreppet syssloman har ett vidare användningsområde och omfattar situationer där en person innehar annans egendom oavsett anledning.⁴⁴

⁴³ Tiberg/Dotevall, Mellanmansrätt, s.14.

⁴⁴ Walin, Separationsrätt, s.87.

1.4 Avgränsningar

Syftet med denna uppsats är att utröna vad som civilrättsligt krävs enligt KommL för kommittentens sakrättsliga skydd vid försäljningskommission. Detta har fordrat vissa avgränsningar.

Justitierådet Torgny Håstad anger i domskälen av NJA 2009 s.79 att det finns ett behov av att se över de svenska reglerna och eventuellt harmonisera de med övriga Europas regler. För att kunna analysera, jämföra och ta ställning till respektive lands lagar och regler samt konsekvenserna därav, måste det vara av vikt att utröna vad respektive lands regler egentligen innebär. Denna uppsats är inriktad på svensk rätt, även om flertalet företag har verksamhet som kan innebära att även annat lands lag skulle kunna bli tillämplig menar jag att den svenska rätten först och främst bör utredas.

Handelsagenter har lämnats utanför denna uppsats. Handelsagenter regleras i Lagen om handelsagentur, HagL. HagL omfattar avtalsförhållande där ena parten självständigt och varaktigt köper eller säljer varor i den andre avtalspartens namn och räkning, enligt 1 § HagL. Enligt förarbeten till HagL omfattas huvudmannens sakrättsliga skydd av samma principer som gäller vid kommission angående förhållande till tredje man.⁴⁵

Inte heller kommer konsignation eller återförsäljning med äganderättsförbehåll, som båda är oreglerade genom lag, att behandlas något djupare i uppsatsen, men de kommer nämnas på ett par gånger där det är relevant att återpeka på skillnaden. I förarbeten till KommL konstaterades att föreliggande praxis om konsignation och äganderättsförbehåll var stabil och något lagstiftningsbehov därför inte fanns. Konsignation beskrivs i propositionen som ett avtal för huvudmannen att deponera egendom hos en person som i sin tur får optionsrätt i den förvarade egendomen. Konceptet går ut på att mellannans förvärv av egendomen sker i samband med en vidareförsäljning till

⁴⁵ Prop. 1990/91:63, s.34, 143.

tredje man. Det är inte ovanligt att överlåtelseavtalet, mellan huvudmannen och mellanmannen, innehåller en klausul om betalning på kredit.⁴⁶ Vidare konstateras i utredningen att konsignationsavtal inte ska kunna användas för att komma runt reglerna om giltiga äganderättsförbehåll.⁴⁷ Krav för att äganderättsförbehåll ska vara giltigt och säljaren därmed ska ha separationsrätt till egendomen är att säljaren förbehållit att få ta tillbaka egendomen om köparen inte betalar samt att köparen inte får förfoga över egendomen innan betalning erlagts.⁴⁸ I jämförelse med kommissionären kan en återförsäljare sägas förvärva egendomen i fast räkning, från exempelvis en leverantör, och sedan agerar återförsäljaren för egen räkning och i eget namn.⁴⁹

Det finns många andra sysslomän än de ovanstående, som också har lämnats utanför denna uppsats. För att räkna upp några exempel så har personer med fullmakt enligt 2 kap 10 § AvtL, bud, bulvaner, fastighetsmäklare, prokura, spedition, negotorium gestor⁵⁰, tjänstekommission⁵¹, platsförsäljare⁵² samt legotillverkning⁵³ utelämnats.

Alternativ till kommissionsavtal som säkerhetsmöjlighet såsom företagshypotek, bankgarantier och borgen lämnas också utanför denna framställning.⁵⁴ Inte heller kommer instituten förmyndare, förvaltare och gode män⁵⁵ vars lagregler främst hittas i 12 kap Föräldrabalken, FB, att behandlas i denna uppsats.

⁴⁶ Prop. 2008/09:88, s.82.

⁴⁷ SOU 1988:63, s.96f.

⁴⁸ SOU 1988:63, s.66f.

⁴⁹ Prop. 1990/91:63, s.20, 22.

⁵⁰ Tiberg/Dotevall, Mellanmansrätt, s.15, 17, 18ff.

⁵¹ Prop. 2008/09:88, s.29.

⁵² Prop. 1990/91:63, s.19, 22.

⁵³ SOU 1988:63, s.22.

⁵⁴ SOU 1988:63, s.47.

⁵⁵ Tiberg/Dotevall, Mellanmansrätt, s.15.

Uppsatsen behandlar inte heller huvudmannens möjlighet till samäganderätt i mellanmannens egendom vilket kan bli aktuellt i de fall huvudmannens egendom sammanblandas med en begränsad del av mellanmannens egendom.⁵⁶ Intressant praxis som behandlar samäganderätt till lös egendom är bland annat NJA 2008 s.1053, och för dold samäganderätt till fast egendom mellan sambos hänvisas till NJA 2013 s.242.

Reglerna om förmånsrätt och konkursförfarande, specialitetsprincipen, surrogat och Lag om redovisningsmedel, LRM, uppmärksammas i den omfattning som behövs för att uppfylla uppsatsens syfte. Utgångspunkten är inte att bedöma giltigheten av parternas avtal på obligationsrättslig grund. Giltigt avtal och bundna parter förutsätts som regel för sakrättsligt skydd.⁵⁷ Uppsatsen syftar till att utreda vad ett verkligt kommissionsavtal är och det i sig innebär att det förutsätts finns någon form av bindande avtal mellan huvudmannen och mellanmannen. Hur ett verkligt kommissionsavtal anses vara förhanden innebär dock att avtalsinnehåll kommer granskas som en del i bedömningen av avtalet mellan huvudmannen och mellanmannen på ett generellt plan, således kommer inte någon djupare diskussion om hur avtals-tolkning bör ske eller liknande. Utanför uppsatsen lämnas också regler kring bevisbörda och beviskrav.

1.5 Disposition

I detta första kapitel har problem kring vad ett verkligt kommissionsavtal är samt kredit- och sakrättsliga problem kring kommissionsavtal presenterats.

I kapitel 2 ges en introduktion till sakrätten för att åskådliggöra skillnader mellan statiska och dynamiska sakrättsliga regler och mellan sak- och obligationsrätt. I förhållande till kommittentens separationsrätt är sakrättens borgenärsskydd intressant, vilket också presenteras i kapitlet 2. Det ges

⁵⁶ Håstad, Sakrätt, s.174,

⁵⁷ Henriksson, Sakrättsliga moment, s.52. Jfr Millqvist, Fri förfoganderätt, s.234.

också insikt i det sakrättsliga momentet som krävs för sakrättsligt skydd i vissa situationer som bland annat illustrerats genom NJA 2010 s.154. En presentation av sakrätten som tvingande rätt finns sist i kapitel 2.

Kapitel 3 inleds med en kort bakgrund av kommission och KommL tillämpningsområde. Därefter presenteras KommL olika rekvisit för att skildra lagstiftningens innebörd. I bedömningen av kommissionsavtal vägs också parternas rättigheter och skyldigheter in, varav sådana som visar på parternas partsvilja presenterats. Problematiken kring bedömning av verkligt kommissionsavtal skildras på ett bra sätt i HD:s senast avgjorda rättsfall på området, NJA 2012 s.419, vilket presenteras sist i kapitel 3.

Därefter presenteras i kapitel 4 kommittentens separationsrätt och vilka krav som ställs på parterna och avtalet för att kommittenten ska vinna sakrättsligt skydd. Separationsrättens innebörd, omfattning och när separationsrätten blir tillämplig diskuteras också. Separationsrätt enligt allmänna separationsrättsliga principer genom specialitetsprincipen och enligt LRM presenteras överskådligt eftersom de i förarbeten till KommL också ska respekteras vid kommissionsavtal för beviljande av kommittentens separationsrätt.

Avslutningsvis, i kapitel 5, presenteras olika lösningar till den problematik som har presenterats i första kapitlet.

2 Sakrätt

De sakrättsliga reglerna är en del av den civilrättsliga förmögenhetsrätten,⁵⁸ och aktualiseras när det finns mer än en borgenär med ett legitimt anspråk på samma egendom eller belopp.⁵⁹ I detta kapitlet presenteras de sakrättsliga aspekterna som kan aktualiseras vid ett kommissionsavtal.

2.1 Statisk och dynamisk sakrätt

Inom sakrätten brukar rättighetsskydd delas upp i statiskt och dynamiskt skydd. De statiska skyddsreglernas syfte är att se till att den som har en rättighet ska kunna behålla och nyttja densamma. Syftet med de dynamiska skyddsreglerna är att reglera och skydda rättighetshavaren mot anspråk från tredje man i samband med exempelvis rättighetsöverlåtelse.⁶⁰

2.2 Borgenärsskydd

Borgenärsskydd kan delas upp i utmättnings- och konkursskydd, vilket är det skydd som borgenären har gentemot gäldenärens övriga borgenärer vid en utmätning eller i en konkurs. Separationsrätten i sin tur kan omfatta antingen det ena eller det andra alternativt båda två.⁶¹ I denna uppsats omfattar begreppet separationsrätt både utmätning- och konkursskydd.

Som Rodhe påpekar är rättssystemet inte så smidigt uppbyggt att borgenärsskyddet i egendom för en avtalspart existerar och övergår i precis samma sekund som avtal om överlåtelse av samma egendom ingås. Rättssystemet

⁵⁸ Ramberg, Civilrätt, s.43f.

⁵⁹ Hessler, Allmän sakrätt, s.37.

⁶⁰ Hessler, Allmän sakrätt, s.7.

⁶¹ Rodhe, Handbok i sakrätt, s.172f.

kräver någonting mer, något som vanligtvis kallas för sakrättsmoment, för att borgenärsskyddet ska gå över från överlåtaren till förvärvaren.⁶²

2.3 Obligations- och sakrätt

Sakrätten karaktäriseras av att parterna som huvudregel inte kan avtala om tillämpningen av befintliga sakrätter.⁶³ Principen om sakrättens numerus clausus innebär ur ett sakrättsligt perspektiv att reglerna om sakrättsligt skydd vilka är till fördel för tredje man inte omfattas av avtalsfrihet utan är tvingande. Antalet sakrätter anses vara begränsade och en skiljelinje mellan obligations- och sakrätt finns. En uppdelning mellan obligations- och sakrätt behöver dock inte vara fast för alltid.⁶⁴ Undén menar att trots att det finns en bestämd uppdelning mellan obligations- och sakrätt kan ett rättsligt problem omfattas av båda rättsområdena.⁶⁵ Millqvist beskriver principen om numerus clausus och sakrätten som tvingande i bemärkelsen att nya sakrätter uteslutande är privilegierat lagstiftaren eller rättstillämparen att bestämma.⁶⁶

Anspråk på egendom kan antingen avse egendom som är individuellt eller generiskt preciserad. Om anspråket är individuellt bestämt och avser huvudmannens rätt att få tillbaka egendomen benämner Hessler anspråket som äganderättsanspråk. Gäller anspråket egendom som är generiskt bestämt benämner Hessler anspråket för fordringsrätt.⁶⁷ Henriksson däremot betecknar fordringsrätt för ett anspråk som inte är skyddat mot tredje man och de anspråk som är skyddade mot tredje man definierar han som sakrätt.⁶⁸

⁶² Rodhe, Handbok i sakrätt, s.173.

⁶³ Millqvist, Traditioner är till för att brytas, s.357.

⁶⁴ Håstad, Sakrätt, s.16 not 4, 130.

⁶⁵ Undén, Svensk sakrätt, s.6.

⁶⁶ Millqvist, Sakrättens grunder, s.19f.

⁶⁷ Hessler, Allmän sakrätt, s.37f.

⁶⁸ Henriksson, Sakrättsliga moment, s.46f.

2.4 Sakrättsligt moment

De sakrättsliga momenten kan vara traditions-, denuntiation- och avtalsprincipen samt registrering.⁶⁹ Mats Henriksson påpekar att tidpunkten för när en part vinner sakrättsligt skydd beror på vilket sakrättsligt moment som gällande rätt kräver. Det sakrättsliga skyddet delar Henriksson in i yttre och inre moment,⁷⁰ varav till det inre momentet hänförs frågor om exempelvis avtalets syfte och krav på individualiserad egendom. Till det yttre sakrättsliga momentet kan reglerna om tradition, denuntiation och registrering hänföras.⁷¹

I förarbete till KommL beaktades publicitet som sakrättsligt moment för kommissionsavtalets sakrättsliga verkan. Krav på publicitet uppställdes aldrig eftersom några övervägande skäl inte ansågs förekomma.⁷²

För sakrättens utveckling har Millqvist konstaterat att praxis spelat en viktig roll, men han anser det vara förvånande eftersom sakrätten bestämmer vem som har bäst rätt, vilket i sig innebär ett behov av klara och fasta regler.⁷³ I NJA 2010 s.154 behandlades frågan om vad som krävs för att kommissionsavtalets sakrättsliga verkningar ska få effekt i de fall parterna byter mellan olika avtal.⁷⁴ Ostridigt var att B.C hade ett par avtal med leverantören H, som samtliga gick ut på att B.C skulle sälja H:s motorcyklar genom ett mellanmansförhållande. Det först ingångna avtalet parterna emellan var betecknat kommissionsavtal. Parterna ingick sedan ett nytt avtal i juni 2003 om att B.C från H istället skulle köpa motorcyklarna på kredit utan äganderättsförbehåll. I augusti samma år hävdades kreditavtalet då B.C inte skötte betalningarna och parterna avsåg att försäljningen åter skulle ske i kommission. Vid

⁶⁹ Henriksson, Sakrättsliga moment, s.27f.

⁷⁰ Henriksson, Sakrättsliga moment, s.45, 47.

⁷¹ Henriksson, Sakrättsliga moment, s.52, 54, 62, 66, 70.

⁷² SOU 1988:63, s.61f.

⁷³ Millqvist, Traditioner är till för att brytas, s.357.

⁷⁴ NJA 2010 s.154, s.164, p.6-7.

två tillfällen dagarna innan konkursen, november 2003⁷⁵, hämtade H totalt 16 stycken motorcyklar från B.C:s lager.⁷⁶ HD hade att ta ställning till vilken tidpunkt H fick skyddad sakrätt till motorcyklarna, för att kunna bedöma om egendomen skulle kunna återvinnas.⁷⁷

HD räknade upp besittning eller registrering i kombination med kungörelse enligt Lag om handel med lösöre, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva, LösöreKL, som möjligheter till sakrättsligt skydd i egendom. Kraven på registrering ansågs inte uppfyllda genom registrering hos vägverket eller att H fått registreringsbevis och registreringsskyltar i sin besittning. HD identifierade tidigare praxis som fastslagit att det i vissa fall medgivits sakrättsligt skydd för vissa skyddsvärda transaktioner om överlåtarens förfogandemöjligheter effektivt har avskurits trots att ovanstående inte föregåtts. Det fanns inget i parternas handlande som kunde klassificeras som skyddsvärd transaktion enligt HD. Enligt HD hade parternas handlande syftat till att återskapa separationsrätt för H och upprätthållande av kraven på tradition eller registrering ansågs motiverat. HD drog slutsatsen att H:s sakrättsliga skydd uppstått vid tidpunkten då H hämtat motorcyklarna hos BC det vill säga bara några dagar innan konkursen och återvinning medgavs.⁷⁸

Bland andra har Göran Millqvist kritiserat avgörandet som skildrar problematiken om äganderättens användande i creditsäkerhetssammanhang. Millqvist menar att den inkonsekventa användningen av äganderätten som säkerhet är en svaghet i svensk rätt som troligen genererar onödiga transaktionskostnader. Det var opedagogiskt för parterna i detta fall då de förmodligen ansåg att det var samma risktagande oavsett avtalstyp och om parterna istället för ett kreditavtal hade valt ett leasingavtal hade H:s separationsrätt bestått.⁷⁹

⁷⁵ NJA 2010 s.154, s.155.

⁷⁶ NJA 2010 s.154, s.163, p.1-4.

⁷⁷ NJA 2010 s.154, s.164, p.6.

⁷⁸ NJA 2010 s.154, s.164, p.7-8.

⁷⁹ Millqvist, Kreditförsäljning eller kommission, 150ff.

3 Kommission

Avtal om kommission regleras i KommL⁸⁰ vilken trädde i kraft 1 oktober 2009. Vid införandet av KommL upphörde ÄKommL, som varit giltig sedan 1 januari 1915, med undantag för avtal ingångna före KommL införande, enligt sistnämnda lags övergångsbestämmelser.

Regeringen ansåg att en ny reglering av kommission var efterfrågad eftersom samhället hade förändrats i förhållande till när ÄKommL instiftades. Syftet med den nya lagen var i likhet med den äldre lagen att förse handeln med rättstekniska lösningar.⁸¹ Ändamålet⁸² bakom KommL var att skapa långvarig stabilitet och göra lagen mer överrensstämmande med samhällsutvecklingen både nationellt och internationellt när det gäller kommission. Förändringar som skett och som lagstiftaren avsåg att med den nya KommL reglera var exempelvis regler om värdepapper och skydd för svagare parter.⁸³ En nyare och tydligare reglering nämns i förarbeten ha effekten av att motverka tvister och uppmuntra till tydligare avtal.⁸⁴

Lagen bygger på avtalsfrihet och är huvudsakligen dispositiv, i likhet med många andra civilrättsliga lagar. Enligt förarbeten anses avtalsfriheten främja marknaden, generera riskfördelning mellan parterna och gynna samhällsekonomiska lösningar. Att lagen är dispositiv hindrar inte att rättstillämparen tillämpar 36 § AvtL på oskäligen avtalsvillkor.⁸⁵ Lagen är tvingande i de fall kommittenten är en svagare part, exempelvis en konsument och avtalsvillkoret är till dennes nackdel eller om annat reglerats i lag enligt 2 § KommL. Tillämpning av undantaget måste bedömas i varje enskilt fall,

⁸⁰ Prop. 1990/91:63, s.16, 18f.

⁸¹ Prop. 2008/09:88, s.25f.

⁸² Myrdal, Borgenärsskyddet, s.25f.

⁸³ Prop. 2008/09:88, s.23f.

⁸⁴ Prop. 2008/09:88, s.1.

⁸⁵ Prop. 2008/09:88, s.31f, 34.

med hänvisning till Lagen om värdepappersmarknaden, LVMP. Avtalsfrihet kan gälla även för svagare part om denne uttryckligen vill bli ansedd som professionell och skulle kunna anses som näringsidkare.⁸⁶

I förarbetena till KommL fastslås att de rättsliga principer och allmänna rättsgrundsatser som finns i förarbeten till KommL har till syfte att vara vägledande för både kommissionsavtal och för andra mellanmansförhållanden.⁸⁷ Att allmänna principer och rättsgrundsatser har tagits in i KommL istället för att placera dem i eller i anslutning till AvtL har kritiserats av bland andra Christina Ramberg. Enligt Ramberg är det inte pedagogiskt att reglera centrala allmänna principer för hela avtalsrätten i KommL. Otillgängliga lagregler är någonting som i sig är både dyrt och tidskrävande, vilket går ut över medborgarna.⁸⁸

3.1 Kommissionsavtal

I 1 § KommL anges kraven för lagens tillämplighet. Avtalsförhållande som omfattas av KommL är då en part åtar sig att:

- på uppdrag
- sälja eller köpa
- lös egendom
- i eget namn
- för den andre partens räkning

Parterna i ett kommissionsavtal benämns kommittent och kommissionär, varav kommittenten är huvudmannen och kommissionären är mellanmannen, enligt 1 § KommL. Kommission har en tvådelad struktur av vilken avtal mellan kommittent och kommissionär kallas för kommissionsavtal eller

⁸⁶ Prop. 2008/09:88, s.32.

⁸⁷ Prop. 2008/09:88, s.1f, 89.

⁸⁸ Ramberg, En ny avtalslag, s.33f.

uppdragsavtal,⁸⁹ och är det avtal som omfattas av KommL. Avtal mellan kommissionär och tredje man kallas för kommissionärsavtal eller köpeavtal.⁹⁰ Kommissionärsavtalet ger tredje man en rätt i förhållande till avtalsparten kommissionären och inte mot kommittenten enligt 24 § KommL.⁹¹

Anledningen till att parter ingår kommissionsavtal varierar och därmed ansåg lagstiftaren det svårt att lämna några exakta kriterier för att avtal ska bedömmas som kommission.⁹² Bedömningen för om kommissionsavtalet är verkligt måste ske genom avtalstolkning.⁹³

Kommissionsavtal bör reglera villkor om bland annat exklusivitet, självinträdesrätt, försäljningsinsatser, prognoser, information, marknadsföring, utbildning, service, lagerhållning, kunders betalningsförmåga, kundfordringar, varumärken, konkurrerande produkter, avtalets upphörande, ändringar. Utöver de ovan uppräknade aspekterna kommissionsavtal bör reglera, bör också villkorens omfattning och innebörd preciseras.⁹⁴

3.1.1 Uppdrag

För att uppdragsavtal ska omfattas av KommL kan det handla om både varaktiga och enstaka uppdrag. Något formkrav finns inte för uppdragsavtalet. Grundförutsättningen är att det ska finnas en avsikt hos avtalsparterna att uppdragstagaren ska utföra någonting för uppdragsgivaren.⁹⁵

⁸⁹ Prop. 2008/09:88, s.21.

⁹⁰ Tiberg/Dotevall, Mellanmansrätt, s.93.

⁹¹ Prop. 2008/09:88, s.22.

⁹² SOU 1988:63, s.58.

⁹³ Prop. 2008/09:88, s.55.

⁹⁴ Karnov, PACTA, Kommissionsavtal, Rubrik: Upplåtelse alt. 1-3, självinträde alt. 1-3, försäljningsinsatser, nedläggning av produkter, prognoser, information, marknadsföring, utbildning, service, kunders solvens, kundfordringar och redovisning, varumärken och andra immateriella rättigheter, konkurrerande produkter, avtalets upphörande, ändringar.

⁹⁵ Prop. 2008/09:88, s.29f, 87.

3.1.2 Köpa eller sälja

Uppdrag som omfattas av KommL är sådana då kommissionären har hand om försäljning och/eller köp för kommittentens räkning. Om uppdraget går ut på att kommissionären ska sälja någonting kallas det för försäljningskommission och om kommissionären ska köpa någonting för kommittentens räkning kallas det för inköpskommission. Innefattar uppdragsavtalet en försäljning i kombination med en tjänst omfattas avtalet av KommL om kommissionärens övervägande förpliktelse är försäljning till tredje man.⁹⁶

3.1.3 Lös egendom

Egendom som omfattas av KommL är lös egendom. Inom lagens tillämpningsområde ryms således många olika typer av egendom såsom lösöre, finansiella instrument om de är registrerade och nyttjanderätter till fast egendom. Motsatsen till lös egendom det vill säga fast egendom omfattas inte av KommL. Fast egendom är jord och fastighetstillbehör enligt 1 kap 1 § Jordabalken, JB och 2 kap 1 § JB.⁹⁷

3.1.4 I eget namn

Rekvisitet att mellanmannen ska handla i eget namn är inte beroende av om tredje man har vetskap om det bakomliggande kommissionsavtalet eller inte. Det viktiga är att tredje man har vetskap om att denne ska vända sig till kommissionären i anledning av kommissionärsavtalet.⁹⁸

Håstad nämner att skillnaden mellan att mellanmannen handlar i eget eller i huvudmannens namn, är vem tredje man genom avtalet förvärvar rättighet och skyldighet gentemot. Om mellanmannen handlar i eget namn är det

⁹⁶ Prop. 2008/09:88, s.29, 88f.

⁹⁷ Prop. 2008/09:88, s.28, 88ff.

⁹⁸ Prop. 2008/09:88, s.29, 87.

endast i förhållande till densamme tredje man vinner rättighet. Om mellanmannen däremot handlar i huvudmannens namn får tredje man en rätt i förhållande till huvudmannen med begränsning av 2 kap 10 och 25 §§ AvtL.⁹⁹ Enligt Zackariasson bör det kunna påstås att huvudmannen har kvar sin separationsrätt även i de fall huvudmannen har tillåtit att egendomen säljs i huvudmannens namn, med hänvisning till gammal lagstiftning i 17 kap Handelsbalken, HB, och en därifrån kvarlevande princip samt genom analog tolkning av 23 § KommL.¹⁰⁰

3.1.5 För annans räkning

I förarbeten identifieras rekvisitet för annans räkning som ett eventuellt framtida tillämpningsproblem vid bedömning om ett avtal verkligen är ett kommissionsavtal.¹⁰¹ I granskningen av om uppdraget företagits för kommittentens räkning är utgångspunkten huruvida huvudmannen har ett verkligt intresse i avtalet mellan tredje man och kommissionären. Rekvisitet för annans räkning i KommL kan jämföras med rekvisitet för annan i LRM.¹⁰²

Parternas benämning på avtalet har ingen självständig betydelse, men kan utgöra tolkningsdata vid bedömning av avtalet.¹⁰³ Väljer parterna däremot att inte kalla avtalet kommission men sedan åberopar att ett sådant är förhanden, anses det vara svårt att bedöma avtalet som ett kommissionsavtal. Lagstiftaren har emellertid lämnat till rättstillämparen att bedöma huruvida det enskilda mellanmansförhållandet är ett verkligt kommissionsavtal, vilket innebär en granskning av parternas syfte med avtalet och samtliga omständigheter. Väsentligt för avtalsbedömningen är parternas rättigheter och skyldigheter, likaså läggs vikt vid resultatintresse, returrätt och returrisk.¹⁰⁴

⁹⁹ Håstad, Köprätt, s.329.

¹⁰⁰ Zackariasson, Borgenärsskydd, s.274f.

¹⁰¹ SOU 1988:63, s.48.

¹⁰² Prop. 2008/09:88, s.55, 87, 193f. SOU 1988:63, s.18, 52.

¹⁰³ NJA II 1914 s.272.

¹⁰⁴ Prop. 2008/09:88, s.55, 190. SOU 1988:63, s.49, 51, 54f.

3.1.5.1 Risk och rätt att returnera

Kommissionärens rätt att returnera kan variera. En villkorad returrätt kan innebära en sådan faktisk begränsning eller kostnad att returrätten för kommissionären endast är illusorisk alternativt att det är underförstått parterna emellan att returrätten aldrig kommer aktualiseras.

Om det är sannolikt att kommissionären kommer utnyttja returrätten och kommittenten därmed står en påtaglig returrisk, kan kommittenten anses ha ett verkligt intresse i kommissionärsverksamheten.¹⁰⁵ Returrättens innebörd är vem som står kostnaden för osåld kommissionsegendom.¹⁰⁶ Om returrisken är obetydlig och huvudmannen har ett obetydligt resultatintresse anses lämnandet av egendomen till kommissionären ha varit en överlåtelse.¹⁰⁷

3.1.5.2 Resultatintresse

Kommittentens intresse i överlåtelseavtalet mellan tredje man och kommissionären, framför allt i prisfrågan, visar på om kommittenten har något resultatintresse. I en del kommissionsavtal kan det vara tillräckligt att kommittentens resultatintresse är betydande för att separationsrätt ska medges. I förarbetena anges vidare att ett resultatintresse undantagsvis inte behöver föreligga, om det finns en sannolik returrätt och returrisk. Krav på resultatintresse, returrätt eller returrisk för att ett kommissionsavtal ska anses vara förhanden varierar med avtalet.¹⁰⁸

3.1.5.3 Övriga omständigheter

Utöver resultatintresse, resultatrisk och resultaträtt kan vem som står för kostnaderna av: finansiering, lager, försäkring och om huvudmannen kan kräva tillbaka egendomen, utgöra tolkningsdata för parternas avsikt med

¹⁰⁵ SOU 1988:63, s.52f.

¹⁰⁶ SOU 1988:63, s.54.

¹⁰⁷ Prop. 2008/09:88, s.190.

¹⁰⁸ SOU 1988:63, s.53ff.

avtalet. Även om det finns många variabler för att ett avtal ska tolkas och bedömas som ett kommissionsavtal så påpekas det i förarbete att begreppet kommission ska tolkas snävt i förhållande till andra mellanmän eller på ett sätt att kommissionsavtalet inte ska användas för att komma runt reglerna om giltigt äganderättsförbehåll.¹⁰⁹

3.2 Kommissionärens rättigheter och skyldigheter

Parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet är en viktig del i bedömningen om avtalet ska betecknas kommissionsavtal eller inte.¹¹⁰ I KommL finns det vissa undantag från avtalsfriheten enligt 2 § KommL. Förutom de tvingande lagreglerna får parterna själva bestämma vad de vill avtala.¹¹¹

3.2.1 Kommissionärens rätt till självinträde

Kommissionären har bland annat en rätt att själv gå in som köpare eller säljare av kommissionsegendom enligt 19 § KommL. Kommittentens uttryckliga godkännande av kommissionärens självinträde krävs som huvudregel, vilket innebär att kommittenten måste ta särskilt beslut antingen muntligen eller skriftligen vid självinträdet eller i efterhand.¹¹²

Självinträde får ske utan uttryckligt godkännande om kommissionärens uppdrag utförs i konkurrens eller om avtalsparterna betraktas jämbördiga i enlighet 8 kap 19 § LVMP. För att konkurrens ska föreligga krävs det en prisbildning som fungerar väl och är tillförlitlig exempelvis en allmän och öppen auktion.¹¹³ Motivering till denna begränsning är att självinträdet i ett

¹⁰⁹ SOU 1988:63, s.55.

¹¹⁰ SOU 1988:63, s.55.

¹¹¹ Prop. 2008/09:88, s.31.

¹¹² Prop. 2008/09:88, s.118.

¹¹³ Prop. 2008/09:88, s.118.

kommissionsförhållande kan innebära en intressekonflikt för kommissionären.¹¹⁴ Vid självinträde blir köprättsliga regler, såsom Köplagen, KöpL, tillämpliga mellan kommittent och kommissionär.¹¹⁵

3.2.2 Omsorgsplikt och lojalitetsplikt

Enligt 4 § KommL har kommissionären en omsorgsplikt att tillgodose kommittentens intresse i alla hänseenden. Vad som är kommittentens intresse bestäms av kommittenten¹¹⁶ och följaktligen vad kommissionärens omsorgsplikt faktiskt innebär varierar med kommissionsavtalet. Det ligger således i kommissionärens omsorgsplikt att exempelvis följa kommittentens instruktioner och informera kommittenten om ingångna avtal med tredje man vilka kommissionären ska försöka ingå enligt uppdraget utan dröjsmål. I kommittentens intresse kan det exempelvis i vissa fall vara negativt och i vissa fall positivt att kommissionären bedriver konkurrerande verksamhet. En motsvarande omsorgsplikt finns inte vid överlåtelse genom köp.¹¹⁷

Lojalitetsplikten är en kontraktsrättslig allmän princip som är särskilt framträdande i mellanmansförhållande och innebär att parternas avtal ska grunda sig i samarbete som gynnar och förpliktigar båda parterna.¹¹⁸ Lojalitetsplikten kan också sägas innebära en skyldighet att ta hänsyn och ta tillvara den andra partens intresse.¹¹⁹ I förarbeten nämns kommissionärens allmänna lojalitetsplikt kunna läsas in i 4 § KommL.¹²⁰

¹¹⁴ SOU 2005:120 del 2, s.201.

¹¹⁵ Prop. 2008/09:88, s.119.

¹¹⁶ Prop. 2008/09:88, s.36.

¹¹⁷ Prop. 2008/09:88, s.22, 94f,166.

¹¹⁸ Prop. 2008/09:88, s.26.

¹¹⁹ Munukka, Lojalitetsplikt som rättsprincip, s.837.

¹²⁰ Prop. 2008/09:88, s.166.

3.2.3 Följa instruktioner

Utöver omsorgsplikten i 4 § KommL ska också kommissionären följa kommittentens instruktioner. Vilka instruktioner kommittenten har lämnat bedöms genom tolkning av avtalet. En instruktion kan exempelvis innebära ett lägsta försäljningspris. Instruktioner kan ges vid avtalsslutet alternativt löpande under uppdragets gång.¹²¹

Kommissionärens skyldighet att följa instruktioner är inte så omfattande att kommissionären inte kan neka att genomföra en instruktion om olaglig handling eller en handling som strider mot god affärssed utan att göra sig skyldig till avtalsbrott. Kommissionären ska begära nya instruktioner enligt 5 § KommL om de givna instruktionerna inte kan genomföras utan att exempelvis bryta mot plikten att tillgodose kommittentens intressen.¹²²

3.2.4 Informationsplikt

Informationspliktens innebörd beror på uppdragets omfattning samt dess tidslängd och varierar således från uppdrag till uppdrag. En allmän riktlinje för informationsplikt är att faktorer som har betydelse för uppdraget såsom marknadsprognoser, intrång av immateriella rättigheter och kundsynpunkter, vilka kommissionären vet om ska vidarebefordras till kommittenten på kommissionärens eget initiativ. Hur information ska lämnas regleras antingen i kommissionsavtalet eller på det sätt kommissionären anser lämpligt för ändamålet. När det gäller avtal med tredje man ska kommissionären informera kommittenten utan dröjsmål, jämför med 8 kap 27 § LVMP.¹²³

¹²¹ Prop. 2008/09:88, s.93ff.

¹²² Prop. 2008/09:88, s.95, 97.

¹²³ Prop. 2008/09:88, s.94ff.

3.2.5 Vårdplikt

I 6 § KommL regleras kommissionärens plikt att vårda kommittentens egendom. Vårdplikten gäller från tidpunkten när kommissionären får tillgång till egendomen tills kommissionären inte längre har kontroll över den. Vårdplikten innebär att kommissionären ska agera: ”[...]hur en samvetsgrann och kunnig yrkesman skulle ha agerat i en motsvarande situation.”¹²⁴

Enligt 6 § 2 stycket KommL ska kommissionären hålla kommissionsgodset avskilt, i enlighet med LRM, från övrig egendom i de fall egendomen inte är individualiserad om inte annat är uttryckligen överenskommet.¹²⁵

3.3 Kommissionsavtal i rättspraxis

Bedömning av kommissionsavtal gjordes i NJA 2012 s.419. En bilförsäljare B försattes i konkurs i december 2005. Vid konkurstillfället fanns det mellan B och leverantören C två avtal, det ena benämndes återförsäljaravtal och det andra kommissionsavtal. Anledningen till att B:s konkursbo stämde C var att C hämtat 37 bilar från B:s lager dagarna innan B försattes i konkurs. Grunderna för konkursboets talan var att det inte förelåg något kommissionsavtal, C saknade separationsrätt till bilarna eller att C egenmäktigt hämtat bilarna alternativt att bilarna skulle kunna återvinnas enligt 4 kap 5 eller 10 §§ Konkurslagen, KonkL. Svaranden bestred konkursboets talan på grunden att de fortfarande hade äganderätt till bilarna. Frågan domstolarna hade att ta ställning till var om C hade separationsrätt till egendomen.¹²⁶

Enligt HD måste ett verkligt kommissionsförhållande föreligga för att kommittenten ska ha separationsrätt i egendomen vid en eventuell konkurs hos kommissionären. Tidigare praxis om innehållet i ett verkligt kommiss-

¹²⁴ Prop. 2008/09:88, s.99.

¹²⁵ Prop. 2008/09:88, s.98ff.

¹²⁶ NJA 2012 s.419, s. 430.

ionsavtal var enligt HD inte enhetlig, men de omständigheter som främst varit relevanta var:

- Kommissionärens returrätt
- Kommittentens returrisk
- Kommittentens intresse i vidareförsäljning¹²⁷

HD slog fast att parternas beteckning av avtalet inte har någon avgörande roll. En helhetsbedömning av avtalet måste göras, det vill säga alla relevanta omständigheter, exempelvis hur avtalsparterna faktiskt har handlat utifrån avtalet, ska värderas.¹²⁸

I målet kom HD fram till att C stod risken för osålda bilar i enlighet med det omdirigeringsystem leverantören ansvarade för. I de fall återförsäljaren inte ville självinträda förelåg en returplikt eller plikt att medverka till omdirigering av de bilar som efterfrågats.¹²⁹ HD påpekade att pris- och kvantitetintresse i sig inte har självständig betydelse i avtalstolkningen. HD beaktade likväl att C betalade marknadsföringskostnaderna medan B betalade ett fast pris per bil och C ansågs ha haft ett intresse av att sälja stora kvantiteter. Vidare konstaterade HD att omständigheterna, såsom att C hade kontrollmöjlighet av B via reglerna i avtalet om självinträde, redovisningsskyldighet till C, vad som inkluderats i B:s bokföring, rutiner vid en försäljning till kund samt att det förelåg en tydlig risk att B skulle returnera bilarna om de inte lyckades sälja dem, talade för att försäljning av bilarna hade skett för C:s räkning. Vid en samlad bedömning kom HD fram till att C haft ett verkligt resultatintresse och avtalet bedömdes som ett kommissionsavtal samt att C hade separationsrätt till de hämtade bilarna.¹³⁰

¹²⁷ NJA 2012 s.419, s.431, p.6-7.

¹²⁸ NJA 2012 s.419, s.431, p.8.

¹²⁹ NJA 2012 s.419, s.432, p.9-10

¹³⁰ NJA 2012 s.419, s.432f, p.11-14.

4 Kommittentens separationsrätt

En allmän princip i KommL är den om huvudmannens bibehållna äganderätt till kommissionsgods som kommer till uttryck i 23 § KommL.¹³¹ Separationsrätten innebär att den borgenär som är ägare, har rätt att få egendomen lämnad till sig utan att den inkluderas i gäldenärens egendomsmassa eller ta hänsyn till andra borgenärs anspråk på gäldenären.¹³² De situationer som kan framkalla kommittentens separationsrätt till kommissionsegen- dom är när kommissionären innehar egendomen och denne alternativt kommittenten exempelvis går i konkurs.¹³³

Kommittentens lagstadgade kreditsäkerhet i form av bibehållen äganderätt och separationsrätt anses vara den främsta anledningen till att parter väljer kommissionsavtal.¹³⁴ Kommittentens separationsrätt är en primär rätt som anses ligga i kommissionsavtalets natur. Möjlighet för kommersiella parter att genom avtal sprida risker mellan sig bör karaktärisera kommissionsavta- let och därför bör avtalsparter ha olika skyddade rättigheter.¹³⁵ I förarbeten identifierades separationsrätten generera risk för skenavtal. Lagstiftaren ver- kade anse att beviljande av separationsrätt endast är motiverat om det hand- lar om ett verkligt kommissionsförhållande.¹³⁶

Det viktiga är hur kommittentens egendom förvaras hos kommissionären för kommittentens separationsrätt. Att ha i åtanke är att kommissionären ofta förfogar över egendom för mer än en kommittents räkning samtidigt.¹³⁷

¹³¹ Prop. 2008/09:88, s.1f, 89.

¹³² Håstad, Sakrätt, s.144.

¹³³ Pfannenstill, Synpunkter på slutbetänkandet Kommission och dylikt, s.351.

¹³⁴ Prop. 2008/09:88, s.190.

¹³⁵ Prop. 2008/09:88, s.54.

¹³⁶ SOU 1988:63, s.49, 54f.

¹³⁷ Tiberg/Dotevall, Mellanmansrätt, s.94.

För kommittenten ska medges separationsrätt måste också hänsyn tas till allmänna separationsrättsliga principer, såsom att kommissionären måste förvara kommittentens egendom på ett sätt så att den kan identifieras. Kommissionären ska således hålla kommittentens egendom avskild alternativt redovisa influtna medel enligt LRM. Ett avskiljande av kommittentens egendom ansågs ligga i kommissionsförhållandet natur att det inte tvunget behöver avtalas om enligt förarbeten. Kommissionären får inte heller ha möjlighet att sätta egendomens värde i fara, vilket skulle kunna vara fallet om exempelvis kommissionären själv inträder och får kredit. Lagstiftaren har överlämnat till rättstillämparen att bestämma hur de allmänna principerna ska tillämpas i det enskilda fallet.¹³⁸

Håstad anger att kravet för att faktiskt erhålla separationsrätt innebär att ett riktigt kommissionsavtal ska vara förhanden och att egendomen kan identifieras.¹³⁹ Några ytterligare krav än att specialitetsprincipen är uppfylld för kommittentens separationsrätt i ett kommissionsavtal menar Lindskog inte borde föreligga, eftersom kommissionären inte har något rättsligt anspråk på kommissionsegendomen.¹⁴⁰

Sandstedt påpekar att det är att komplicera frågan att benämna kommittentens separationsrätt för borgenärsskydd, eftersom både kommittentens separationsrätt och borgenärsskyddet grundar sig på dennes äganderätt från den statiska sakrätten.¹⁴¹ Rodhe anser att det är viktigt att skilja på borgenärsskydd och äganderättens övergång därför att diskussioner därom måste särskiljas för olika situationer och att det inte anses ändamålsenligt att bedöma dem utifrån ett gemensamt resonemang. Om en part inte anses ha borgenärsskydd, intar parten ställning som borgenär med en oprioriterad fordran i mellanmannens egendomsmassa.¹⁴²

¹³⁸ Prop. 2008/09:88, s.38, 128.

¹³⁹ Håstad, Sakrätt, s.148.

¹⁴⁰ Lindskog, Om separationsrätt i samband med kommission, s.208.

¹⁴¹ Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen, s.19, 331.

¹⁴² Rodhe, Handbok i sakrätt, s.175, 228.

4.1 Lagstadgad separationsrätt

Kommittentens separationsrätt regleras i 23 § KommL och sägs ge uttryck för en svensk grundsats. I 23 § KommL fastställs att kommittenten bibehåller äganderätten till egendom som har lämnats hos kommissionären, intill äganderätten övergår till tredje man eller kommissionären själv inträder. Separationsrätt medges således intill kommissionären förfogat över kommissionsegendomen genom att sälja den vidare trots att full betalning inte har erlagts kommittenten.¹⁴³ Bedömning av äganderättens övergång sker i enlighet med de köprättsliga reglerna.¹⁴⁴ Detta innebär att kommittenten har separationsrätt intill dess att denne har fått betalt.¹⁴⁵ Kommittentens bibehållna äganderätt innebär att kommissionsegendom på så vis säkras från andra borgenärsanspråk på kommissionären om denne blir föremål för utmätning eller konkurs.¹⁴⁶

Kommissionärens förhållande till kommissionsegendom har i förarbete beskrivits att: ”Godset har inte lämnat huvudmanens sfär i sådan mån att det är befogat att tillämpa reglerna för överlåtelse.”¹⁴⁷

4.2 Konkurs och utmätning

Separationsrätt kan bli aktuell är när någon med äganderätt överlämnar egendom till annan utan att äganderätten övergår såsom i kommissionsavtal.¹⁴⁸ Egendom som anförtrotts annan kan både innebära att en besittningsövergång har skett till gäldenären eller om denne endast har egendomen i sin makt.¹⁴⁹

¹⁴³ Prop. 2008/09:88, s.54.

¹⁴⁴ NJA II 1914 s.274.

¹⁴⁵ Karnov, 23 § KommL, not.71.

¹⁴⁶ Prop. 2008/09:88, s.127.

¹⁴⁷ SOU 1988:63, s.59.

¹⁴⁸ Håstad, Sakrätt, s.145ff.

¹⁴⁹ Zackariasson, Borgenärsskydd, s.89f.

Kommittentens äganderätt är central för om densamme åtnjuter separationsrätt.¹⁵⁰ Vid utmätning eller konkurs får endast gäldenärens egenomdom tas i anspråk för dennes skulder enligt 4 kap 17 § Utsökningsbalken, UB, och 3 kap 3 § KonkL. Egendom som gäldenären innehar men denne inte är ägare till ska således varken vara del i utmätning eller i konkurs för gäldenärens skulder.¹⁵¹ En presumtion finns dock att den med egendom i sin besittning presumeras vara ägare till den enligt 4 kap 18 § UB. Det är upp till ägaren att bryta presumtionen för att få rätt till egendomen. Presumtionen i UB gäller även vid konkurs.¹⁵²

Likhetsprincipen gäller i konkursförfarande och innebär att ingen borgenär ska missgynnas i förhållande till annan borgenär. De borgenärer, som inte får utdelning i enlighet med Förmånsrättslagen, FRL, ska således få proportionerlig utdelning i förhållande till sin fordran.¹⁵³

Kommissionsavtalet upphör att gälla om någon av parterna försätts i konkurs enligt 36 § KommL. När avtalet inte längre gäller ska egendom som kommissionären innehar för kommittentens räkning returneras till kommittenten enligt 38 § KommL.¹⁵⁴ Går kommissionären i konkurs får kommittenten i samband med avtalets upphörande en fordringsrätt på tredje man enligt 27 § KommL. I de fall kommittenten använder sig av sin fordringsrätt och tredje man betalar till kommissionärens konkursbo ska konkursboet lämna medlen vidare enligt 7 kap 23 § KonkL.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Prop. 2008/09:88, s.127.

¹⁵¹ Håstad, Sakrätt, s.144.

¹⁵² Millqvist, Sakrättens grunder, s.88.

¹⁵³ SOU 2000:62, s.305.

¹⁵⁴ Prop. 2008/09:88, s.148.

¹⁵⁵ Håstad, Köprätt, s.329.

4.3 Separationsrättens omfattning

Kommittentens separationsrätt omfattar den faktiska egendom i kommissionärens besittning som kommittenten är ägare av intill kommissionären förfogat över kommissionsgodset enligt 23 § KommL. Är varan individualiserad övergår äganderätten från kommittenten till tredje man i och med avtalsslutet enligt 24 § 2 stycket KommL. Om egendomen inte är individualiserad, övergår äganderätten när egendomen har traderats till tredje man.¹⁵⁶

Separationsrätt föreligger också för kommittenten till fordran på tredje man alternativt till influtna medel med anledning av kommissionärsavtal enligt 23 § 3 stycket KommL. Influtna medel ska redovisas enligt LRM, vilket kan jämföras med 6 § KommL.¹⁵⁷ När det gäller separationsrätt till fordran på tredje man i anledning av sålt kommissionsgods krävs det att fordran avser just kommittentens egendom.¹⁵⁸

Enligt Zackariasson finns det inte några uttryckliga krav på att separationsrätt till egendomen tidigare ska ha förelegat eller att kommittenten nödvändigtvis ska ha haft äganderätt i den sålda egendomen, utan det viktiga är att det varit för dennes räkning.¹⁵⁹ Avgörande för kommittentens separationsrätt enligt Millqvist är om ett verkligt kommissionsförhållande har varit förhanden och specialitetsprincipens krav har upprätthållits.¹⁶⁰

4.4 Specialitetsprincipen

För att en part ska kunna separera sin egendom från innehavarens egendomsmassa är huvudregel att specialitetsprincipen ska vara uppfylld. Specialitetsprincipen innebär att ägarens anspråk ska omfatta en individuell egen-

¹⁵⁶ Prop. 2008/09:88, s.127.

¹⁵⁷ Prop. 2008/09:88, s.21, 128f. SOU 1988:63, s.14, 47.

¹⁵⁸ SOU 1988:63, s.125.

¹⁵⁹ Zackariasson, Borgenärsskydd, s.240.

¹⁶⁰ Millqvist, Sakrättens grunder, s.108.

dom vars identitet faktiskt ska bestå från det att huvudmannen lämnade egendomen i mellanmannens besittning intill utmätnings- eller konkurstillfallet. Om mellanmannen har gjort någonting med följd att egendomen förlorat sin identitet, oavsett om det i sig skulle innebära ett kontraktsbrott, är huvudregeln att någon separationsrätt inte är möjlig. Avsteg från huvudregeln är tänkbart om reglerna gällande surrogation kan tillämpas. Vidare krävs vanligtvis en begränsad rätt till egendomen för mellanmannen enligt specialitetsprincipen.¹⁶¹

Enligt Håstad bygger specialitetsprincipen på tesen om att ett giltigt äganderättsanspråk måste omfatta ett individualiserat och bestämt föremål som kan identifieras. Tesens funktion baseras på ett logiskt och ändamålsenligt tillvägagångssätt för att kunna bestämma äganderättens omfattning. Huvudregeln är nästintill absolut, med undantag för skälighet och praktiska behov.¹⁶²

4.4.1 Identitet

Huruvida en egendom har identitet eller inte, varierar med olika typer av egendom. Enligt Håstad handlar det om egendomens karaktärsdrag och om individuella sådana finns eller inte. Rättsläget visar inga problem ur identitetshänseende om egendomen är individuellt bestämd och den exempelvis inte bytts ut. Är egendomen inte individuellt bestämd krävs det att mellanmannen hållit egendomen avskild från egendom av samma slag som mellanmannen innehar för att huvudmannens separationsrätt ska bestå. Enligt Håstad är det inte sällan olämpligt, ur tekniska aspekter såsom risken för godtyckliga bedömningar, att ge huvudmannen separationsrätt till egendom utan individuella karaktärsdrag.¹⁶³

¹⁶¹ Millqvist, Sakrättens grunder, s.91ff.

¹⁶² Håstad, Sakrätt, s.152.

¹⁶³ Håstad, Sakrätt, s.152, 164f.

4.4.2 Individualitet

En sak är individuellt bestämd om den är unik som till exempel en bil.¹⁶⁴ Separationsrätt föreligger om mottagaren måste lämna tillbaka exakt samma sak. Håstad menar att när den överlämnade egendomen inte är individuellt bestämd uppstår en hel del frågor för huvudmannens anspråk. Anspråket kan avse samma sorts egendom som antingen är bestämt generiskt eller till ett visst värde. Alternativt kan anspråket avse annan typ av egendom.¹⁶⁵

4.4.3 Fri eller begränsad förfoganderätt

Utänför KommL tillämpning är det oklart om separationsrätt kan medges om mellanmannen haft fri förfoganderätt över egendomen. I kommissionsavtalets natur har kommittenten separationsrätt även om kommissionären har en förfoganderätt att sälja egendomen och den ersätts av annan egendom. Om ersättningsegendomen är pengar ska dessa redovisas och hållas avskilda enligt LRM.¹⁶⁶

4.5 Redovisning av anförtrodd egendom

Kommittentens separationsrätt grundar sig på att dennes egendom kan identifieras.¹⁶⁷ I många sammanhang kan det vara svårt att upprätthålla kraven i specialitetsprincipen, exempelvis vid försäljning av bulkvaror såsom olja.¹⁶⁸ Tillämpning av LRM:s separationsrättsliga regler kallas för specialsurregation.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Millqvist, Fri förfoganderätt, s.228.

¹⁶⁵ Håstad, Sakrätt, s.153f.

¹⁶⁶ Håstad, Sakrätt, s.154ff.

¹⁶⁷ Håstad, Köprätt, s.328.

¹⁶⁸ Millqvist, Sakrättens grunder, s.108.

¹⁶⁹ Linskog, Redovisningsmedel, s.223, 243.

Lagen består av en bestämmelse på tre stycken. Rekvisiten för separationsrätt enligt LRM är:

- Mottagit medlen för annan
- Skyldighet att redovisa dem
- Medel för sådant ändamål hållts avskilda
- Avskilts utan dröjsmål alternativt omedelbart tillgängligt för avskiljande utan dröjsmål alternativt avskilts senare om den redovisningsskyldige var solvent

4.5.1 Mottagna medel för annan

Medel som omfattas av LRM:s direkta tillämpningsområde är pengar. Det finns inget krav i LRM på avtal eller förtroendeställning mellan den som mottagit medlen och den som mottagaren innehar medlen för.¹⁷⁰ Mellanmannen kan till och med inneha medlen efter stöld.¹⁷¹ Medel som innehas på grund av skuldförhållande mellan den redovisningsskyldige och den redovisningsberättigade omfattas inte av LRM. En analog tillämpning av LRM kan vara möjlig för fungibel egendom.¹⁷²

4.5.2 Skyldighet att redovisa

Redovisningsskyldighet kan antingen grunda sig på lag eller framgå av ett rättsförhållande såsom ombud. En precision av redovisningsskyldighet är inte lätt.¹⁷³ Millqvist beskriver redovisningsskyldigheten med: ”[...] en person av någon anledning har fått omhand någon annans medel, som ett främmande värde i sin ekonomi, under sådana förutsättningar att en skyldighet att göra redo för och vidarebefordra dem uppstår.”¹⁷⁴

¹⁷⁰ Karnov, LRM, not.1-2.

¹⁷¹ Håstad, Sakrätt, s.161. NJA 2009 s.500.

¹⁷² NJA II 1944 s.405, 410, Håstad, Sakrätt, s.157.

¹⁷³ Millqvist, Redovisningsskyldighet, s.257.

¹⁷⁴ Millqvist, Redovisningsskyldighet, s.262.

Enligt Millqvist finns det en skillnad mellan redovisningsskyldig och skyldighet att avskilja. En redovisningsskyldig person behöver inte alltid se till att redovisningsmedlen hålls avskilda.¹⁷⁵

Rekvisitet mellanmannens redovisningsskyldighet vilar på samma bedömning som förskingring i 10 kap 1 § Brottsbalken, BrB. Förskingringsstadgandet innebär att den redovisningsskyldige inte får sätta egendomens värde i fara, vilket medför ett krav från huvudmannen att mellanmannen ska hålla redovisningsmedel avskilt i fall mellanmannen skulle bli insolvent. På denna punkt skilde sig LRM och ÄKommL åt, eftersom något krav på att kommissionären inte fick sätta värdet i fara inte fanns i ÄKommL.¹⁷⁶ Kravet på att kommissionären inte får sätta värdet i fara anges i förarbete till KommL som en allmän separationsrättslig princip och bör beaktas i bedömningen av bland annat 23 § KommL och självinträde kombinerat med kredit.¹⁷⁷ Enligt Håstad torde inte förskingringsansvar för kommissionären bli aktuellt vid självinträde men en redovisningsskyldighet borde föreligga.¹⁷⁸

4.5.3 Skyldighet att avskilja

I förarbete ansågs ett behov föreligga att en tillfällig sammanblandning av den redovisningsskyldiges och den redovisningsberättigades medel inte direkt utesluter sakrättsligt skydd. Ett avskiljande ska ske utifrån minst ett redovisningsändamål.¹⁷⁹ Enligt 1 stycket LRM ska den redovisningsskyldige anses ha en avsikt att avskilja medlen. Den sakrättsliga bedömningen enligt LRM ska följaktligen utgå ifrån både objektiva och subjektiva förhållande.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Millqvist, Redovisningsskyldighet, s.258.

¹⁷⁶ Håstad, Sakrätt, s.157f.

¹⁷⁷ Prop. 2008/09:88, s.128.

¹⁷⁸ Håstad, Sakrätt, s.158, 162.

¹⁷⁹ NJA II 1944 s.406, 411.

¹⁸⁰ Lindskog, Redovisningsmedel, s.245f.

Avskiljandet för den redovisningsberättigade syftar till att överföra besittningen av medlen inom den redovisningsskyldiges maktsfär till den redovisningsberättigades sfär.¹⁸¹

4.5.4 Tidpunkt för avskiljande

Det finns många varierande förhållanden i samhället som motiverade lagstiftaren till att inte definiera någon tidsfrist för när avskiljande av redovisningsmedel måste ske eftersom det inte ansågs möjligt att ange en tid som rimligtvis kunde passa alla situationer. När en redovisningsskyldig är i dröjsmål med avskiljandet varierar således från fall till fall utifrån en skälighetsbedömning. Det uttalas också i förarbetet att det bör kunna krävas noggrannhet från redovisningsskyldiga parter och således måste bedömningen av dröjsmålsrekvisitet kunna bedömmas relativt i förhållande till exempel transaktionens storlek.¹⁸²

I förarbeten diskuteras två varianter för avskiljande, antingen sker relativt snart efter sammanblandning eller efter en längre tid. Om den redovisningsskyldige är solvent får avskiljandet sakrättslig verkan både om avskiljandet sker relativt snart eller om den redovisningsskyldige är i dröjsmål.¹⁸³ Är den redovisningsskyldige insolvent vid avskiljandet erkänns den redovisningsberättigade sakrättsligt skydd endast om avskiljandet sker relativt snabbt men inte om avskiljandet sker i dröjsmål.¹⁸⁴ Det sistnämnda ansågs inte kunna få sakrättslig verkan utan att stå i strid med den redovisningsskyldiges övriga borgenärs intresse.¹⁸⁵

¹⁸¹ NJA II 1944 s.415.

¹⁸² NJA II 1944 s.413, 416f.

¹⁸³ NJA II 1944 s. 406, 412ff. Angående avskiljande i dröjsmål var inte alla de sakkunniga eniga, men majoriteten och departementschefen var det.

¹⁸⁴ NJA II 1944 s.406, 415.

¹⁸⁵ NJA II 1944 s.414f.

Redovisningsmedel som ännu inte blivit avskilda måste finnas tillgängliga för omedelbart avskiljande för att vara förbehållna huvudmannen. Att medlen ska vara omedelbart tillgängliga innebär att det inte ska krävas någon realisation av egendomen för att kunna redovisas.¹⁸⁶

4.5.5 Sakrättsligt skydd

Genom första stycket LRM kan den redovisningsskyldige tillskapa den redovisningsberättigade sakrättsligt skydd utan något sakrättsligt moment.¹⁸⁷

Tillfällig sammanblandning mellan huvudmannens och mellanmannens egendom innebär inte i sig att separationsrätten per automatik går förlorad. Inte heller innebär ett av mellanmannen gjort uttag från ett konto med redovisningsmedel att någon sammanblandning har skett i förhållande till den egendom som finns kvar på kontot.¹⁸⁸ Även om det skulle finnas en redovisningsskyldighet enligt LRM så kan huvudmannen uttryckligen efterge separationsrätten.¹⁸⁹

¹⁸⁶ NJA II 1944 s.407.

¹⁸⁷ Lindskog, Redovisningsmedel, s.243f.

¹⁸⁸ Håstad, Sakrätt, s.173.

¹⁸⁹ Millqvist, Separationsrätt eller kredit, rubrik: Domstolarna.

5 Analys och slutsatser

Detta kapitel syftar till att besvara de frågeställningar som ställts upp under 1.1 Problem, syfte och frågeställningar.

5.1 Ett krav på verkligt kommissionsavtal för kommittentens sakrättsliga skydd

Huruvida det finns ett krav på att kommissionsavtalet ska anses vara verkligt har delats upp nedan mellan lagreglerade krav och andra krav.

5.1.1 Ett lagreglerat krav

Syftet med KommL är att förse samhället med rättstekniska lösningar kring kommissionsavtal, men något uttryckligt krav på verkligt kommissionsavtal finns inte i dagsläget i lag. För KommL ska tillämpas ska avtalet avse ett uppdrag att i eget namn köpa eller sälja lös egendom för annans räkning enligt 1 § KommL. Avtalsfrihet gäller för parterna och det är upp till rättstillämparen att bedöma i det enskilda fallet om avtalet är ett verkligt kommissionsavtal. Avtalsfrihet har bedömts av lagstiftaren främja marknaden, generera riskfördelning och gynna samhällsekonomiska lösningar. Det finns inte heller något uttryckligt krav på ett verkligt kommissionsavtal i 23 § KommL som reglerar kommittentens sakrättsliga skydd.

Angående rekvisitet i eget namn har Zackariasson hävdats att huvudmannens separationsrätt bör bestå även om huvudmannen medgett att sälja egendomen i huvudmannens namn. Ett avtal att sälja för huvudmannens räkning och i huvudmannens namn skulle kunna klassificeras agentavtal, och eventuellt kan en tillämpning av KommL ske i vidsträckt mening bli aktuell. För att KommL ska vara direkt tillämplig måste det anses att det mot tredje man

är klart att kommissionären handlar i eget namn i avseendet att tredje man inser att dennes avtalspart är kommissionären, oavsett bakomliggande avtalsförhållande.

5.1.2 Förarbeten och praxis

Bland andra har Håstad påpekat att det är generellt svårt att skilja olika mellan olika mellanmän åt. I förarbeten ansågs endast verkligt kommissionsavtal åtnjuta separationsrätt.

För att bedöma om ett avtal verkligen handlar om kommission har både förarbeten och praxis hänvisat till en avtalstolkning av hela avtalsituationen. I förarbeten har rekvisitet huruvida kommissionären handlat för kommittentens räkning identifierats som praktiskt problematiskt. Om agerandet varit för kommittentens räkning bedöms huvudsakligen utifrån kriterierna om huvudmannens resultatintresse, kommissionärens returrätt och returrisk. Hur ska huvudmannens resultatintresse, risken för retur och kommissionärens returrätt bedömas? Är det sannolikt att kommissionären kommer utnyttja sin returrätt och det föreligger en påtaglig risk för retur då har det ansetts i förarbete som att kommittenten har ett verkligt intresse som kommittent. Föreligger det däremot en obetydlig returrisk och kommittenten har ett obetydligt resultatintresse kan avtalet istället bedömmas som köp. I vissa fall kan det vara tillräckligt med ett betydande resultatintresse för att kommissionären ska anses ha handlat i kommittentens räkning enligt förarbete.

I NJA 2012 s.419 konstaterade domstolen med hänvisning till tidigare förarbeten att praxis kring bedömningen av om ett kommissionsavtal verkligen var förhanden inte var enhetligt. HD ansåg att kommissionärens returrätt, returplikt, returrisk och kommittentens resultatintresse var viktiga i bedömningen av kommissionsavtal. Genom parternas dirigeringsystem förelåg det en tydlig risk för att mellanmannen skulle returnera egendomen. Efter en samlad bedömning ansåg HD att avtalet var ett kommissionsavtal.

Jag påstår att huvudmannens resultatintresse, returrisk och kommissionärens returrätt avgörs i varje enskilt fall i enlighet med ovanstående samt att anledningarna och innehåll i olika kommissionsavtal varierar, vilket innebär att det måste anses vara svårt att ställa upp några mer exakta krav som kan omfatta alla olika kommissionsavtal.

En slutsats som kan tas är att uttrycket verkligt kommissionsavtal är ett begrepp som står i relation till övriga mellanmän där kreditssäkerhet genom bibehållen äganderätt inte är möjlig. I förarbete har det uttryckts att kommissionsavtal ska tolkas snävt i förhållande till övriga mellanmän. Kommissionsavtalet ska inte kunna användas för att komma runt reglerna om äganderättsförbehåll. En slutsats som också konstateras i förarbete och praxis är att parternas benämning av avtalet inte har någon avgörande roll, utan terminologin är endast en del i den helhetsbedömning som måste göras. Helhetsbedömningen borde kunna påstås omfatta både subjektiva och objektiva omständigheter såsom partviljan, parternas faktiska handlande utifrån avtalet, vem som står för lager och returrätt. Vidare anser jag att det i bedömningen bör inkluderas huruvida parterna har respekterat de olika rättigheter och skyldigheter såsom omsorg-, lojalitet, instruktions-, information- och vårdplikt som KommL ställer upp. De uppräknade är omständigheter som lagstiftaren ansåg vara karaktäristiska för kommissionsavtalet och således borde de också kunna vara en del i bedömningen därav.

Kraven och skiljelinjen för om ett kommissionsavtal bedöms vara ett verkligt sådant innebär samma avvägningar som krävs för att bedöma om ett kommissionsavtal överhuvudtaget är förhanden. Det finns således inget ”mitemellan avtal” utan antingen är KommL direkt tillämpning eller inte.

5.2 Sakrättsliga effekter av verkligt kommissionsavtal

De sakrättsliga reglerna blir aktuella om det finns mer än ett anspråk på gäldenärens egendomsmassa och verkar som ett fördelningsverktyg mellan två parter vilka redan har varsin rätt. Finns det inte några övriga borgenärer måste ändå reglerna om specialitet och avskiljande vara uppfyllda eftersom annars borde inte borgenärens egendom längre kunna urskiljas ur gäldenärens bo. Om inte kommittentens egendom kan identifieras hos kommissionären borde presumtionen i 4 kap 18 § UB tillämpas. Utan sakrättsligt skydd får huvudmannen på obligationsrättslig grund istället en oprioriterad fordran i mellanmannens egendomsmassa vid utmätning eller konkurs. I enlighet med likhetsprincipen får borgenärerna proportionerlig betalning i förhållande till sin fordran om det finns några medel att betala ut.

De sakrättsliga effekterna som blir aktuella vid kommissionsavtal är separationsrätt enligt 23 § KommL.

5.2.1 Separationsrättsliga krav

Med ett verkligt kommissionsavtal följer separationsrätt för kommittenten enligt KommL. För att kommittentens sakrättsliga skydd ska få någon rättslig verkan ställs det vissa ytterligare krav utöver kommissionsavtalet som sådant. Om separationsrätt ska medges krävs det också att egendomen har förvarats på ett sätt att huvudmannens egendom kan urskiljas från annan egendom i kommissionärens bo i enlighet med allmänna separationsrättsliga principer.

Allmänna krav för separationsrätt som ställs upp är att specialitetsprincipen ska vara uppfylld alternativt att reglerna om specialsurrogation enligt LRM är uppfyllda. I de fall egendom är individualiserad kan specialitetsprincipen vara tillämplig om egendomens identitet inte är bruten och innehavaren har

en begränsad förfoganderätt. Huruvida specialitetsprincipen blir direkt tillämplig i kommissionsavtal ställer jag mig frågande till när det gäller egendomen, eftersom specialitetsprincipen ställer krav på innehavarens begränsade rätt vilket kommissionären inte har. Jag skulle istället formulera det som att KommL i kombination med allmänna separationsrättsliga principer om identitet och individualitet ska vara uppfyllda för kommittentens separationsrätt. I förhållande till fordran och influtna medel måste ändå kommissionären anses ha en begränsad rätt och således kan specialitetsprincipen anses vara gällande för dessa egendomsslag.

Separationsrätt genom tillämpning av LRM omfattar penningmedel, men kan också tillämpas analogt på annan fungibel egendom. Det ska finnas en redovisningsskyldighet enligt LRM, vilket det måste kunna påstås finnas genom rättsförhållandet som uppstår mellan parterna genom kommissionsavtal. Det ska också finnas en avskiljandeavsikt, vilket det ska finnas om avtalet ska kunna klassificeras som ett agerande för kommittentens räkning. Precis som i förarbeten till KommL finns det i LRM ett krav att egendomens värd inte får sättas i fara av kommissionären och således måste denne avskilja egendomen senast vid tidpunkten då denne blir insolvent. Att samma krav dyker upp i både KommL och LRM måste för kommittentens sakrättsliga skydd anses vara logiskt och sammanhängande för parternas syn på rätten.

Det ansågs onödigt i förarbeten till KommL att parterna uttryckligen ska reglera hur egendoms identitet, individualitet alternativt avskiljande ska hanteras för att upprätthålla ett verkligt kommissionsavtal. Jag skulle vilja påstå att det hade varit fördelaktigt om parterna i avtalet hade reglerat ovan nämnda omständigheter eftersom det ligger i kommittentens intresse att kunna tillgodogöra sig kommissionsegendom genom separationsrätt. En sådan reglering hade varit positiv för att klargöra avtalets partsvilja inför exempelvis framtida retur av egendomen och motverka bedömningen av avtalet som ett skenavtal. Det hade också varit positivt för att visa att det finns ett redovisningsändamål och en avskiljandeavsikt i enlighet med

LRM. Det borde också vara upp till kommittenten att följa upp att kommissionsegen- dom behandlas på ett sätt att kommittentens separationsrätt kan göras gällande, även om det är en skyldighet för kommissionären att ta hän- syn till kommittentens intresse i alla hänseenden varav en framtida separa- tion borde kunna räknas in. Även om pacta sunt servanda gäller kan det inte vara fel att genomföra möjliga åtgärder för att säkerställa sin rätt eftersom om en sammanblandning skett, kommittenten är i dröjsmål med avskiljandet och är insolvent finns det vad jag vet inga sanktioner för att få sakrättsligt skydd. Kommissionären är då utelämnad till vanliga inomobligatoriska sanktionerna som förmodligen inte är så lyckosamma om kommissionären är insolvent.

5.2.2 Sakrättsligt moment för kommittentens sakrättsliga skydd

En motiverad fråga är om kommissionsavtalet föranleder något krav på sak- rättsligt moment överhuvudtaget?

I förarbete till ÄKommL diskuterades krav på publicitet som sakrättsligt moment för kommissionsavtal, men några skäl därom hittades dock inte, vilket jag instämmer med.

Rättsfallet NJA 2010 s.154 behandlade främst återvinningsmöjlighet men berörde också betydelsen av sakrättsligt moment vid kommissionsavtal. Avtalsparternas första avtal var om kommission. Parterna omförhandlade kommissionsavtalet till ett avtal om försäljning av egendomen på kredit. Kreditavtalet bröts efter en tid då återförsäljaren inte betalade i tid och ett nytt kommissionsavtal ingicks. Kommittentens sakrättsliga skydd enligt KommL medgavs inte det sist ingångna kommissionsavtalet förrän kom- missionsegen- domen hade traderats till kommittenten. Tradition av kom- missionsegen- domen skedde först några dagar innan konkursen och därmed ansågs transaktionen återvinningsbar.

Innebär rättsfallet att tradition som sakrättsligt moment begränsas till att omfatta kommissionsavtal där kommittenten inte hade rådighet över egendomen då avtalet ingicks? Enligt Zackariasson finns det inget uttryckligt krav på att kommittenten ska ha haft separationsrätt till kommissionsegendomen innan, utan avgörande ska vara om kommissionären haft egendomen för kommittentens räkning. Jag anser inte att det är förenligt med rättsfallet. Sakrättsligt moment krävs i den dynamiska sakrätten. Obligationsrättsligt ingick parterna tre olika avtal och en tolkning i enlighet med domstolen är att äganderätten har överförts mellan avtalsparterna i samband med de olika avtalen. Problematiskt blev det för huvudmannen vid återgången till det sist ingångna kommissionsavtalet eftersom att egendomen var i kommissionärens besittning och någon sakrättsligt skyddade äganderätt uppstod inte förrän egendomen traderades till huvudmannen. Rättsfallet kan sägas aktualisera den dynamiska sakrätten, vilket jag anser är skälet till att traditionskravet upprätthölls. I rättsfallet uttalar sig HD om att det finns vissa kommersiellt skyddsvärda transaktioner som kan möjliggöra undantag från traditionsprincipens upprätthållande. Enligt HD var parternas syfte med återgången till kommissionsavtal att huvudmannen skulle få tillbaka sin separationsrätt och HD ansåg inte att det förelegat någon kommersiellt skyddsvärd transaktion. Rättsfallet har blivit omnämnt i anledning av bland annat att det illustrerar frånvaron av möjligheter för parter till creditsäkerhet i såld egendom med förfoganderätt och att äganderätten används till grund för creditsäkerhet.

I de fall där kommittenten har bibehållen äganderätt består denna och separationsrätten enligt 23 § KommL intill äganderätten övergår till tredje man. Är egendomen inte individualiserad krävs det att tredje man får egendomen traderad till sig för att vinna sakrättsligt skydd och för att kommittentens äganderätt ska anses vara förlorad. Kommittenten har således en sakrättsligt skyddad äganderätt intill äganderätten övergår till tredje man. Är egendomen individualiserad som exempelvis en bil, erhåller tredje man sakrättsligt skydd genom avtalet.

I doktrin har det uppmärksammats att en åtskillnad måste göras mellan borgenärsskyddet och äganderättens övergång. När det gäller kommittentens borgenärsskydd i form av separationsrätt till egendomen måste det anses visat att den förloras i samband med att äganderätten övergår till tredje man. Men kommittenten har även separationsrätt i surrogaten fordran på tredje man och influtna medel i anledning av kommissionärsavtal enligt 23 § KommL, och således får inte åtskillnaden mellan borgenärsskyddet och äganderättens övergång så praktiskt stor betydelse eftersom kommittenten har rätt till att separera någon form av egendom ur kommissionärens bo.

Sakrättsliga moment delas in i yttre och inre aspekter. I förhållande till LRM kan sakrättsligt skydd uppstå utan något yttre sakrättsligt moment. Separationsrätt enligt LRM kan medges så länge de subjektiva kraven är uppfyllda och kommissionären inte är insolvent och i dröjsmål med avskiljandet. Kommittentens borgenärsskydd enligt 23 § KommL kräver inget yttre sakrättsligt moment i sig. Däremot krävs det enligt 4-6 §§ KommL att kommissionären tillgodoser kommissionärens intresse och att icke individualiserad egendom hålls avskild. Ett krav på inre sakrättsligt moment kan således sägas föreligga.

5.3 Konsekvenser av kommittentens sakrättsliga skydd

Statistik på hur vanligt kommissionsavtal är har jag inte lyckats få fram. Enligt förarbeten till KommL är kommissionsavtal väldigt vanliga och viktiga för samhället.

Möjligheten för kommittenten till sakrättsligt skydd i kommissionsegendom innebär en möjlighet för parter att ingå affärsrelationer som i förhållande till ett icke kommissionsavtal skulle innebära helt andra risker. Det bör kunna påstås att det är problematiskt att regleringen av hur ett verkligt kommiss-

ionsavtal ska bedömas inte är helt lättöverskådligt för olika parter i samhället. Problematiken kring bedömning av ett verkligt kommissionsavtal innebär också svårighet att kunna förutse avtalets sakrättsliga verkningar.

Att kommittenten har sakrättsligt skydd har ansetts vara en av anledningarna till att många parter vill klassificera sina avtal som kommissionsavtal trots att deras avtal till innehållet kan klassificeras som annat. Kommittentens separationsrätt utgör i sig ett creditsäkerhetsmotiv, vilket innebär att kommittenten har säkerhet i sina varor trots att kommissionären har givits rätt att förfoga över egendomen. I jämförelse med äganderättsförbehåll, som inte anses giltigt om den som innehar egendomen får förfoga över egendomen innan full betalning erlagts. Möjlighet till creditsäkerhet genom reglerna kring separationsrätt i ett verkligt kommissionsavtal och avsaknaden av creditsäkerhet i förhållande till andra avtal innebär en svåröverskådlig rätt för många parter vilket bland andra Millqvist har kritiserat.

En osäkerhet om hur avtal kommer att klassificeras innebär förmodligen högre kredit- och transaktionskostnader för parterna än en reglering där parterna klart och tydligt kan förutse effekter av sina avtal. Reglering som är oklar genererar säkerligen större svårighet än klar reglering för att skapa tydliga avtal, varav oklara avtal förmodligen leder till fler tvister. Vad rättsäkerhet innebär är omdiskuterat men både Peczenik och Håstad verkar vara överrens om att det borde kunna påstås att oklarhet om hur regler tillämpas inte är eftersträvansvärt utan förutsebara regler måste vara mer positivt ur rättssäkerhetssynpunkt. Enligt Håstads tillägg i NJA 2009 s.79 skiljer sig de svenska sakrättsliga reglerna i 23 § KommL från reglerna i många europeiska länder. En sådan skillnad kan förmodligen påverka företags strategiska val i riskhanteringshänseende om avtalsparter från vissa länder är att föredra framför andra ur creditsäkerhetskänseende. En osäkerhet om huvudmannen kommer medges bibehållen äganderätt kan innebära en stagnation på marknaden vid lågkonjunktur eftersom riskerna att avtal inte klassificeras som kommissionsavtal är oklara. Andra sidan av samma mynt kan exempelvis vara att nyttjande av tjänster med avtalsskrivande sannolikt ökar.

Reglerna om beviljande av separationsrätt för en part grundar sig i en avvägning mellan rättssäkerhet och möjlighet för parterna att hitta individuella lösningar som är anpassade för varje enskild situation. Avvägningen måste också beakta övriga borgenärers anspråk, likhetsprincipen och fördelar med avtalsfrihet så som främjande av riskfördelning och samhällsekonomiska lösningar. Avtal binder parterna men som huvudregel inte någon annan. Samma bedömning måste således också göras för de sakrättsliga verkningarna i enlighet med principen om sakrättens numerus clausus, det vill säga parterna själva ska inte kunna avtala om verkningar för tredje man.

5.4 Avslutande reflektioner

Det är intressant att lagstiftaren tyckte att det var nödvändigt med en ny lag om kommission för att förtydliga parternas rättigheter och skyldigheter. Anledningen till att lagstiftaren ansåg det viktigt att främst förtydliga parternas rättigheter och skyldigheter var för att harmonisera lagstiftningen med rättsutvecklingen sen 1915 då ÄKommL instiftades.

Lagstiftningsbehov ansågs dock inte föreligga i förhållande till de sakrättsliga reglerna där avvägningar från 1980-talet fortfarande ansågs vara aktuella och riktiga. Problemen kring lagen har troligen inte att göra med de sakrättsliga frågorna direkt utan har sin grund i hur avtal tolkas och klassificeras. Eftersom det uppkommer tvister hade en kritisk granskning över vad som kunde gjorts annorlunda eller bättre med det sakrättsliga skyddet kunnat vara motiverad. Att tvisterna främst behandlar tolkning av avtalet är kanske för att många av dagens avtal är så komplexa att det blir väldigt svårt att identifiera vad som faktiskt är ett verkligt kommissionsavtal. Det behöver inte i sig innebära att de sakrättsliga frågorna är problemfria. Det hade kanske varit på sin plats att se över andra lösningar för creditsäkerhetsmöjligheter utöver den som kommissionsavtalet erbjuder.

Kritik har framförts av bland andra Millqvist mot tillämpningen av äganderätten som kreditmöjlighet samt avsaknaden av alternativ till en sådan användning för andra avtal. En förändring av äganderättsförbehållsinstitutet skulle kunna utjämna skillnaderna vad gäller de olika institutens rättsverkningar och därmed också ge bedömningskriterierna mindre betydelse. En förändring av äganderättsförbehållet föranleder att syftena med de olika instituten måste utredas. Det skulle kunna finnas syften med att ha olika regleringar. Att sälja någonting i eget eller i annans namn är inte samma sak och behöver inte med hänvisning till generalitet och likhetsprincipen behandlas lika.

En annan aspekt av kravet på ett verkligt kommissionsavtal för kommittentens sakrättsliga skydd, är om det finns någon motivering till en annan reglering kring kommissionsavtal. Tydligare regler borde generera att proaktivt arbete underlättas men avtalsinnehåll i olika avtal varierar och likaså varierar bedömningen av varje avtal. Jag därför att tror det är väldigt svårt att ställa upp mer tydliga kriterier och krav än de som finns i dag även om reglerna inte är helt klara. Eftersom att avtalsinnehåll varierar verkar kriterierna om resultatintresse, returrätt och returrisk samt en helhetsbedömning av avtalet vara rimliga. Syftet med kommissionsavtal är att det ska kunna användas smidigt av många olika parter. Det är en avvägning mellan förutsebarhet och ett användbart system samt en avvägning kring de vinster som eventuellt skulle kunna erhållas genom en detaljreglerad lagstiftning. Hur parter motverkar tvister och eventuella förluster, kalkylera risker samt tillförsäkra sakrättsligt skydd i förhållande mellan kommissionsavtal och andra avtal får stå till sidan då ett flexibelt och smidigt system väger tyngre. Enligt förarbete till KommL främjar avtalsfrihet marknaden, generera riskfördelning mellan parterna och gynnar samhällsekonomiska lösningar

En kritisk fråga är nu om denna sakrättsliga uppsats egentligen inte är särskilt sakrättslig utan mer obligationsrättslig, eftersom det sakrättsliga skyddet kräver en obligationsrättslig bedömning. Även om obligations- och sakrätten traditionellt sett är två skilda rättsområden, tycker jag det kan sä-

gas vara visat att vid bedömningen av om en kommittent vinner sakrättsligt skydd bygger på obligationsrättsliga bedömningar. Jag har valt att se på problemet kring kommittentens sakrättsliga skydd som en tvåstegsraket. Först ska en analys av kommissionsavtalet företas vilken påverkar om de sakrättsliga reglerna blir tillämpliga överhuvudtaget. Sedan krävs det ett säkerställande av att reglerna kring separationsrätten har följts.

Tesen om att sakrättsliga regler är överordnade de obligationsrättsliga reglerna stämmer endast i den mån att parterna inte på obligationsrättslig väg kan avtala om sakrätter. De sakrättsliga reglerna är bestämmande över vem som får bäst rätt men är beroende av avtalet. Det är således upp till parterna att påverka vilket sakrättsligt skydd som kan bli tillämpligt genom att faktiskt välja vad de avtalar om, vilket är problematiskt om rättsläget inte ger några klara besked eller det finns några tydliga regler att tillämpa kring vad som ska bedömmas som ett verkligt kommissionsavtal.

Käll- och litteraturförteckning

Artiklar

Bengtsson, Bertil, SOU som rättskälla, Svensk Juristtidning, 2011, s.777-785, [citeras: Bengtsson, SOU som rättskälla, s.]

Lindskog, Stefan, Om separationsrätt i samband med kommission, Juridisk Tidskrift, s.207-232, 1989/1999, s.207, [citeras: Lindskog, Om separationsrätt i samband med kommission, s.]

Mellqvist, Mikael, Entreprenadrätten och kontraktsträttens finrum, Svensk Juristtidning, 2013, 233-265, [citeras: Mellqvist, Entreprenadrätten, s.]

Millqvist, Göran, Separationsrätt eller kredit – en fråga om redovisningskyldighet, Analys på InfoTorg Juridik, publicerad 1 oktober 2007, [citeras: Millqvist, Separationsrätt eller kredit, rubrik:]

Millqvist, Göran, Kreditförsäljning eller kommission – traditionsprincipen avgör, Juridisk Tidskrift, 2010/2011, nr 1, s.147-152, [citeras: Millqvist, Kreditförsäljning eller kommission, s.]

Munukka, Jori, Lojalitetsplikten som rättsprincip, Svensk Juristtidning, 2010, s.837-848, [citeras: Munukka, Lojalitetsplikten som rättsprincip, s.]

Pfannenstill, Magnus, Synpunkter på slutbetänkandet Kommission och dylikt, Svensk Juristtidning, 1990, s.346-366, [citeras: Pfannenstill, Synpunkter på slutbetänkandet Kommission och dylikt, s.]

Ramberg, Christina, En ny avtalslag, Svensk Juristtidning, 2011, s.32-56, [citeras: Ramberg, En ny avtalslag, s.]

Elektroniska källor

Artieklsök, <http://sob.btj.se.ludwig.lub.lu.se/sb/FrontServlet?jump=asok>

Infotorg, <http://www.infotorg.se/?gclid=CPHJrc3u7rsCFYFe3godvjIAQg>

Juridisk tidskrift, <http://www.jt.se/>

Libris, <http://libris.kb.se/>

Lovisa, <http://lovisa.lub.lu.se/cgi-bin/webgw/chameleon>

Karnov Group, <http://www.karnovgroup.se/>

Karnov Internet, Kommissionslag(2009:865) 23§, not.71, 2013-11-01, [citeras: Karnov, 23§ Komml, not.]

Karnov Internet, PACTA, Allmän kommentar Distributionsavtal, Svart, Glenn, Westin, Göran, 2013-10-18, [citeras: Karnov, PACTA, Allmän kommentar Distributionsavtal, Rubrik:]

Karnov Internet, PACTA, Kommissionsavtal, 2013-10-18, [citeras: Karnov, PACTA, Kommissionsavtal, Rubrik:]

Karnov Internet, Lag(1944:181) om redovisningsmedel, 2013-11-01, [citeras: Karnov, LRM, not.]

Regeringen, <http://www.regeringen.se/>

Sveriges domstolar, <http://www.domstol.se/>

SwePub, <http://swepub.kb.se/?language=se>

Zeteo, <http://zeteo.nj.se/>

Litteratur

Göransson, Ulf, Traditionsprincipen: de svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1985.

Henriksson, Mats, Sakrättsliga moment och deras ekonomiska konsekvenser, Jure Förlag AB, Stockholm, 2009, [citeras: Henriksson, Sakrättsliga moment, s.]

Hellner, Jan, Rättsteori En introduktion, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1999, [citeras: Hellner, Rättsteori, s.]

Hessler, Henrik, Allmän sakrätt om det förmögensrättsliga tredjemansskyddets principer, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1973,[citeras: Hessler, Allmän sakrätt, s.]

Håstad, Torgny, Köprätt och annan kontraktsrätt, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2009, [citeras: Håstad, Köprätt, s.]

Håstad, Torgny, Sakrätt avseende lös egendom, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2000, [citeras: Håstad, Sakrätt, s.]

Lindskog, Stefan, Redovisningsmedel, sakrättslig identitet och några straffrättsliga randanmärkningar, I festskrift till Suzanne Wennberg, [citeras: Lindskog, Redovisningsmedel, s.]

Millqvist, Göran, Fri förfoganderätt över lös egendom, I festskrift till Gertrud Lennander, Jure Förlag AB, Stockholm, 2010, [citeras: Millqvist, Fri förfoganderätt, s.]

Millqvist, Göran, Sakrättens grunder – En lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2011, [citeras: Millqvist, Sakrättens grunder, s.]

Millqvist, Göran, Redovisningsskyldighet i senare rättspraxis. En skyldighet med komplikationer, I festskrift till Suzanne Wennberg, Norstedts juridik, 2009, [citeras: Millqvist, Redovisningsskyldighet, s.]

Millqvist, Göran, Traditioner är till för att brytas – så även traditionsprincipen, I festskrift till Lars Heuman, Jure Förlag AB, Stockholm, 2008, [citeras: Millqvist, Traditioner är till för att brytas, s.]

Myrdal, Staffan, Borgenärsskyddet, Om principerna för skyddet mot överlåtarens och pantsättarens borgenärer, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002, [citeras: Myrdal, Borgenärsskyddet, s.]

Peczenik, Aleksander, Juridikens teori och metod, En introduktion till allmän rättslära, Fritzes Förlag AB, Göteborg(tryck)/Stockholm(adress till förlaget) ,1995,[citeras: Peczenik, Juridikens teori och metod, s.]

Peczenik, Aleksander, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, Norstedts Juridik/Fritzes Förlag AB, Stockholm, 1995, [citeras, Peczenik, Vad är rätt, s.]

Ramberg, Christina, Sigeman, Tore(medverkande), Malmströms Civilrätt, Liber AB, 2012, [citeras: Ramberg, Civilrätt, s.]

Rodhe, Knut, Handbok i sakrätt, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1985, [citeras: Rodhe, Handbok i sakrätt, s.]

Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, ämne, material, metod och argumentation, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2007, [citeras: Sandgren, Rättsvetenskap, s.]

Sandstedt, Johan, Sakrätten, Norden och europeiseringen nordisk funktionalis möter kontinental substantialism, Jure Förlag AB, Stockholm, 2013, [citeras: Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen, s.]

Tiberg, Hugo, Dotevall, Rolf, Mellanmansrätt, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2000, [citeras: Tiberg/Dotevall, Mellanmansrätt, s.]

Undén, Östen, Svensk sakrätt, 1 Lös egendom, Fritze, Stockholm, 1995,[citeras: Svensk sakrätt, s.]

Walin, Gösta, Separationsrätt, P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1975, [citeras: Walin, Separationsrätt, s.]

Zackariasson, Laila, Borgenärsskydd och specialitet: om identitet, individuell bestämning och individualisering som förutsättningar för borgenärsskydd vid anspråk som har uppstått och fått sitt innehåll med borgenärens samtycke, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2012, [citeras: Zackariasson, Borgenärsskydd, s.]

Zetterström, Stefan, Juridiken och dess arbetssätt, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2012, [citeras: Zetterström, Juridiken, s.]

Publika tryck

NJA II 1914 Lagstiftning om kommission, handelsagentur och handelsresande

NJA II 1944 Lagstiftning om redovisningsmedel

Regeringens proposition 2008/09:88 Ny Kommissionslag, [citeras: Prop. 2008/09:88, s.]

Regeringens proposition 1990/91:63 om handelsagenter, [citeras: Prop. 1990/91:63, s.]

Regeringens proposition 1988/89:78 om högsta domstolen och rättsbildning, [citeras: Prop. 1988/89:78, s.]

Statens offentliga utredningar 2005:120 del 2, Fondkommission – och en ny kommissionslag, [citeras: SOU 2005:120 del 2, s.]

Statens offentliga utredningar 2000:62 Ny konkurstillsyn, [citeras: SOU 2000:62, s.]

Statens offentliga utredningar 1988:63 Kommission och dylikt Sakrättsliga frågor vid kommission, återtagandeförbehåll, konsignation, legotillverkning och kommissionärsbolag, [citeras: SOU 1988:63, s.]

Rättsfallsförteckning

NJA 2013 s.242

NJA 2012 s.419

NJA 2010 s.154

NJA 2009 s.500

NJA 2009 s.79

NJA 2008 s.1053