



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Harald Lagerlöf

Traditionsprincipen eller avtalsprincipen? Borgenärsskyddet i förändring

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Birgitta Nyström

Termin för examen: VT2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Allmän bakgrund	5
1.2 Syfte och problemformulering	7
1.3 Metod och material	7
1.4 Avgränsning	9
1.5 Disposition	9
2 SAKRÄTTENS UTVECKLING	11
2.1 Historisk genomgång	11
2.2 Traditionsprincipens och avtalsprincipens historiska tillämpning	12
2.3 Lösöreköpsförordningens införande	13
3 GÄLLANDE RÄTT	16
3.1 Traditionsprincipen	16
3.2 Stöd i lag för traditionsprincipen	17
3.3 Stöd i praxis för traditionsprincipen	18
3.3.1 Domar före 1990	18
3.3.1.1 Traditionskravet före 1990	20
3.3.2 Domar under 1990-talet	20
3.3.2.1 Traditionskravet under 1990-talet	21
3.3.3 Domar under 2000-talet	22
3.3.3.1 Traditionskravet under 2000-talet	25
3.3.4 Sammanfattning av rättsläget avseende traditionsprincipen	25
3.4 Alternativ till traditionsprincipen	26
3.4.1 Registrering enligt lösöreköplagen	26
3.4.2 Registrering gällande skepp och luftfartyg	27
3.4.3 Märkning av virke	28
3.4.4 Denuntiation	28

3.5	Avtalsprincipen	29
3.5.1	Konsumentköp	29
3.5.2	Försäljning av lösöre på exekutiv auktion	30
3.5.3	Andelsrätt i lösöre	31
3.5.4	Värdepapper som finns hos finansiellt institut	31
3.5.5	Byggnad uppförd på annans mark	32
3.5.6	Immaterialrätter	32
3.5.7	Avverkningsrätt tillhörande fast egendom	33
4	VILKET SAKRÄTTSLIGT MOMENT BÖR GÄLLA I FRAMTIDEN?	34
4.1	Lösöreköpskommitténs direktiv	34
4.2	De olika principernas för- och nackdelar	34
4.2.1	Etablerad rättsregel	35
4.2.2	Motverkar borgenärsbedrägerier och medför effektiv indrivning	36
4.2.3	Negativ inverkan på genuina köp	41
4.2.4	Likabehandling av köpare och borgenärer	42
4.2.5	Försvårar vissa typer av transaktioner	44
4.2.6	Allmänhetens uppfattning om traditionsprincipen	46
4.2.7	Twisteminerande regel	49
4.2.8	Gränsdragning mellan omsättnings- och säkerhetsöverlåtelse	50
4.2.9	Publicitet	52
4.2.10	Kreditvärdering	54
4.2.11	Motverka dubbelöverlåtelse	55
4.2.12	Internationell harmonisering	56
4.3	Sammanfattande slutsats	58
5	SÄRSKILDA FRÅGOR VID EN ÖVERGÅNG TILL AVTALSPRINCIPEN	61
5.1	När kan en vara anses tillräckligt individualiserad?	61
5.2	Behöver bevisreglerna vid utmätning eller konkurs förändras?	63
5.3	Behöver reglerna om återvinning anpassas?	65
5.4	Behöver det införas ett system för registerpantsättning?	67
5.5	Följändringar och sakrättsliga konsekvenser	69
5.5.1	Lösöreköplagen	69
5.5.2	Konsumentköplagen	69
5.5.3	Skuldebrevslagen	70
5.5.4	Gåvolagen	70
5.5.5	Utsökningsbalken	71
5.5.6	Konkurslagen	71
5.5.7	Virkesmärkningslagen	71
5.5.8	Skepp och luftfartyg	71
5.5.9	Pantsättning av lösöre	72
5.5.10	Byte av lösöre	72
5.5.11	Lösöre i tredje mans besittning	72
6	FÖRFATTNINGSFÖRSLAG	73

7 AVSLUTANDE KOMMENTAR	75
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	77
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	79

Summary

Swedish law requires that the parties to a transaction have fulfilled a controllable measure in order for a buyer of movable property to obtain protection against the seller's creditors. What kind of controllable measure that needs to be carried out varies depending on what type of property the transaction concerns. When the purchase concerns chattels the main rule is that the buyer receives protection against the seller's creditors only after the goods have been handed over – traded – to the buyer. The requirement of a transfer of possession follows from the *principle of tradition* (traditionsprincipen) that despite the absence of a specific legal basis has constituted applicable law for over 100 years. The principle of tradition has the effect that the seller's creditors, in case of bankruptcy or seizure of goods, can claim goods that has not been traded. The principle of traditions scope is widespread but the principle is not applied exhaustively in Swedish law. For example in consumer purchases the *principle of a valid agreement* (avtalsprincipen) applies instead of the principle of tradition. The principle of a valid agreement has the effect that a buyer wins protection against the seller's creditors through the contract.

The application of the principle of tradition has been a much-debated question in the doctrine during the last few years. As a consequence of this debate the government has appointed an inquiry by the name of Lösöreköpskommittén that shall investigate if a general transition to the principle of a valid agreement is desirable.

The thesis intention is to investigate and to respond to the same question as Lösöreköpskommittén has to consider; namely if a general transition to the principle of a valid agreement when trading with chattels is desirable.

After an examination of the historical background, the current law and the pros and cons that supports the principle of tradition, my conclusion is that the principle shall be replaced by the principle of a valid agreement. The main reason for my conclusion is that the risk for fraudulent behaviour is assured by other legislation, that a transition is consistent with the public opinion in the matter, that commercial transactions can be conducted in a more natural way and that a harmonization will occur with the majority of the European countries' legislation.

A general transition to the principle of a valid agreement regarding the purchase of chattels will raise some follow-up questions. The thesis conclusion regarding these questions is that there is no need for any extensive change in the existing legislation. Some possible consequential amendments are to apply regarding an increased demand for individualization of goods between business operators and the introduction of a new register for pledges.

Sammanfattning

Enligt svensk rätt krävs det att parterna till en transaktion har vidtagit ett sakrättsligt moment för att en förvärvare av lös egendom ska vara skyddad mot överlåtarens borgenärer. Vilket sakrättsligt moment som uppställs varierar beroende på vilken typ av egendom som transaktionen rör. Vid förvärv av lösöre vinner köparen som huvudregel skydd mot säljarens borgenärer först när varan har överlämnats – traderats – till köparen. Kravet på besittningsövergång följer av den s.k. *traditionsprincipen* som trots avsaknad av uttryckligt lagstöd utgjort gällande rätt i cirka 100 års tid. Traditionsprincipen har den effekten att varor som inte traderats kan tas i anspråk av säljarens borgenärer vid en konkurs eller utmätning. Traditionsprincipens tillämpningsområde är vidsträckt men tillämpas inte fullständigt inom den svenska sakrätten. Vid bl.a. konsumentköp gäller istället *avtalsprincipen*. Avtalsprincipen innebär att en förvärvare vinner sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer redan genom avtalet.

Tillämpningen av traditionsprincipen har under de senaste åren varit en omdebatterad fråga inom doktrinen. Regeringen har bl.a. av denna anledning tillsatt Lösöreköpskommittén, som ska utreda om en generell övergång till avtalsprincipen är önskvärd.

Uppsatsen har för avsikt att utreda och besvara samma fråga som Lösöreköpskommittén har att ta ställning till; nämligen om en generell övergång till avtalsprincipen vid köp av lösöre är önskvärd.

Efter en beskrivning av den historiska bakgrunden, av gällande rätt och en diskussion kring de för- och nackdelar som bär upp traditionsprincipen är min slutsats att traditionsprincipen bör ersättas med avtalsprincipen. Huvudskälen för mitt ställningstagande är att risken för borgenärsbedrägerier säkerställs genom annan lagstiftning, att en övergång överensstämmer med allmänhetens rättsuppfattning i frågan, att affärstransaktioner kan genomföras på ett naturligare sätt och att en harmonisering sker med flertalet europeiska länders lagstiftning.

En generell övergång till avtalsprincipen vid köp av lösöre aktualiserar vissa följdfrågor. Slutsatsen beträffande dessa är att det inte behöver ske någon mer omfattande förändring i aktuell lagstiftning för att möjliggöra en implementering av avtalsprincipen. Tänkbara följdändringar är att tillämpa ett förhöjt krav på individualisering av varor vid köp mellan näringsidkare och att införa ett nytt pantsättningsregister.

Förord

Det är först nu då jag är i slutfasen av mitt examensarbete som jag inser att mina 4,5 år här i Lund har kommit till vägs ände. Det känns som ett ypperligt tillfälle att tacka alla de människor som har förgyllt min studietid.

Jag skulle vilja rikta ett särskilt tack till min handledare Birgitta Nyström som har bidragit med värdefulla åsikter kring arbetets utformande. Jag vill även rikta ett särskilt tack till mina föräldrar som har stöttat mig då uppsatsskrivandet kändes som mest besvärligt.

Tack alla!

Lund, maj 2014

Harald Lagerlöf

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (2005:551)
BrB	Brottsbalken (1962:700)
Dir.	Direktiv
FHL	Lag (2008:990) om företagshypotek
GfL	Lag (1986:796) om godtrosvärv av lösöre
GåvoL	Lag (1936:83) angående vissa utfästelser om gåva
HB	Handelsbalk (1736:0123 2)
HD	Högsta domstolen
JB	Jordabalk (1970:994)
JT	Juridisk Tidskrift
KFM	Kronofogdemyndigheten
KKL	Konsumentköplag (1990:932)
KonkL	Konkurslag (1987:672)
KöpL	Köplag (1990:931)
LkL	Lagen (1845:50 s.1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva.
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
SjöL	Sjölag (1994:1009)
SkbrL	Lag (1936:81) om skuldebrev
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UB	Utsökningsbalk (1981:774)

1 Inledning

1.1 Allmän bakgrund

Sakrätten är ett rättsområde som utifrån lagstiftningssynpunkt är relativt oreglerat. Det finns ingen allmän sakrättslag och några försök från lagstiftarens sida att systematisera rättsområdet har aldrig skett. Sakrätten kan sägas utgöra ett rättsområde som behandlar hur olika tredjemanskonflikter angående äganderätt till egendom ska avgöras. Sakrättsliga konflikter uppkommer då två oberoende personer (A och C) gör gällande ett anspråk mot en tredje person (B) på egendom som B disponerar över. Sakrättsliga konflikter kan uppkomma inom olika rättsområden. Den sakrättsliga konflikt som kommer att behandlas här är hur en förvärvare av lös egendom/lösöre kan vinna borgenärsskydd vid säljarens utmätning eller konkurs.¹

Vid utmätning eller konkurs uppstår en konkurrenssituation mellan den som förvärvat äganderätten till lös egendom och överlåtarens utmätnings- eller konkursborgenärer. Vid utmätning eller konkurs kan båda parterna sägas ha ett legitimt intresse att tillgodogöra sig antingen egendomen eller det värde som egendomen motsvarar. Den avgörande frågan blir när en förvärvare av lös egendom kan sägas ha uppnått en sådan *definitiv äganderätt* att hans förvärv prioriteras före överlåtarens borgenärer som även de har ett legitimt anspråk på överlåtarens förmögenhetstillgångar.²

För att en förvärvare av lös egendom ska vinna sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer är det i normalfallet inte tillräckligt att enbart ett obligationsrättsligt bindande avtal har ingåtts mellan parterna. Förutom avtalet uppställs som huvudregel att ett sakrättsmoment - en kontrollerbar faktisk åtgärd - har vidtagits mellan avtalsparterna. Först om även detta sakrättsmoment är uppfyllt kan förvärvaren anses vara skyddad mot överlåtarens borgenärer. Vilket sakrättsligt moment som är aktuellt varierar beroende på vilken typ av lös egendom som överlåtelsen rör. De olika åtgärderna som kan vara aktuella är *tradition*, *denuntiation*, *registrering* eller *märkning*. I vissa undantagssituationer uppställs inget sakrättsmoment utan *avtalet ensam* är tillräckligt för att borgenärsskydd ska uppkomma.³

Vid köp av lösöre (vilket utgör en form av lös egendom) är huvudregeln att det krävs tradition för att sakrättsligt skydd ska uppkomma. Kravet på tradition följer av *traditionsprincipen* och innebär att en köpare av en vara får skydd mot överlåtarens borgenärer först när egendomen har kommit i förvärvarens besittning. En vara måste ha överlämnats – traderats – till förvärvaren för att sakrättsligt skydd ska anses ha uppkommit. Om det

¹ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 15

² Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 118 f. och Rodhe, *Handbok i sakrätt*, s. 172 f.

³ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 119 och Myrdal, *Borgenärsskyddet*, s. 34 ff.

förvärvade lösöret lämnas kvar hos överlåtaren finns det inget hinder för att egendomen tas i anspråk för betalning av överlåtarens skulder vid en eventuell utmätning eller konkurs. Detta gäller även i situationer där köparen redan har betalt varan, helt eller delvis. Traditionsprincipen är liksom andra sakrättsliga regleringar tvingande och går inte att avtala bort.⁴

Traditionsprincipen har under lång tid haft en stark ställning inom den svenska sakrätten och ansetts vara fast förankrad. På senare tid har principens ändamålsenlighet dock ifrågasatts och flera förespråkare har föreslagit att traditionsprincipen ersätts med *avtalsprincipen* som det sakrättsliga momentet. Avtalsprincipen innebär i korthet att en förvärvare uppnår sakrättsligt skydd redan då köpeavtalet sluts. Detta innebär att en vara inte måste traderas för att köparen ska vara skyddad mot säljarens borgenärer.⁵

Ett genombrott för avtalsprincipen ägde rum år 2002. Avtalsprincipen blev då det sakrättsligt gällande momentet vid konsumentköp. Genom införandet av 49 § KKL blev en konsument skyddad mot näringsidkarens borgenärer redan genom avtalet.⁶

Inom doktrinen har det därefter förts en diskussion om man inte bör tillämpa avtalsprincipen som en generell sakrättslig regel istället för traditionsprincipen. HD har uttalat att en övergång till avtalsprincipen förutsätter ny lagstiftning.⁷ I ett särskilt yttrande i NJA 2008 s. 684 har justitierådet Torgny Håstad argumenterat för vilka fördelar som skulle uppnås med en generell övergång till avtalsprincipen.

I mars 2013 fick Lösöreköpskommittén i uppdrag att pröva om det finns tillräckliga skäl för en generell övergång till avtalsprincipen vid köp av lösöre. Kommitténs uppdrag återfinns i Dir. 2013: 28. Om kommittén kommer fram till att en övergång bör ske ska de dessutom ta ställning till följande frågeställningar:

- Vilka krav bör ställas i fråga om individualisering av varan?
- Vilka beviskrav bör gälla vid utmätning eller konkurs?
- Bör reglerna om återvinning anpassas?
- Behöver det införas ett system för registerpansättning?
- Vilka följdändringar krävs och vilka sakrättsliga konsekvenser uppstår vid en övergång?

Kommittén ska i sitt arbete ta ställning till om det finns juridiska och samhällsekonomiska fördelar som i tillräckligt tydlig omfattning talar för en övergång till avtalsprincipen. Kommitténs arbete pågår för närvarande och ska redovisas i mars 2015.

⁴ Mattsson, *SvJT 2013* s. 1044 och Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 219

⁵ Mattsson, *SvJT 2013* s. 1044

⁶ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 126

⁷ NJA 1997 s. 660

1.2 Syfte och problemformulering

Det huvudsakliga syftet med denna uppsats är att utreda om det finns tillräckliga skäl för en generell övergång till avtalsprincipen vid köp av lösöre. Min avsikt är att utreda och bedöma alla de frågeställningar (se ovanstående punkter i avsnitt 1.1) som Lösöreköpskommittén har i uppdrag att besvara.

För att möjliggöra en diskussion kring *de lege ferenda* måste först *de lege lata* fastslås. Uppsatsen strävar därför till att klargöra hur en köpare av lösöre i dagsläget vinner sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer för att sedan gå vidare och argumentera kring hur det sakrättsliga momentet bör utformas i framtiden. För att möjliggöra en diskussion *de lege ferenda* kommer traditionsprincipens och avtalsprincipens fördelar respektive nackdelar att presenteras och analyseras.

De olika frågeställningarna som uppsatsen strävar efter att besvara kan formuleras på följande vis:

1. Hur uppnår en köpare av lösöre i dagsläget sakrättsligt skydd?
2. Vilka fördelar och nackdelar innebär ett tillämpande av traditionsprincipen respektive avtalsprincipen?
3. Bör avtalsprincipen generellt ersätta traditionsprincipen som det avgörande sakrättsliga momentet för när borgenärsskydd ska uppkomma vid köp av lösöre?
4. Vilka följdkonsekvenser (här behandlas enbart Lösöreköpskommitténs frågeställningar, se avsnitt 1.1) skulle en övergång till avtalsprincipen kunna tänkas få?
5. Hur skulle ett generellt införande av avtalsprincipen kunna utformas lagtekniskt?

1.3 Metod och material

Arbetsmetoden för uppsatsen har varit att använda den pågående Lösöreköpskommitténs uppdrag som utgångspunkt för mitt arbete och bedriva en begränsad parallellutredning om en övergång till avtalsprincipen är motiverad. Min metod har varit att utforma uppsatsen som en ”offentlig” utredning med följande innehåll; historik, gällande rätt, diskussion av för- och nackdelar med de respektive alternativen, lösningar på särskilda frågeställningar, författningsförslag och konsekvenser av författningsförslaget. Motivet till detta är att kommittén enligt min uppfattning har ett heltäckande uppdrag som kommer att lämna svar på de flesta frågorna om hur detta sakrättsliga problemområde ska behandlas i framtiden. Det främsta skälet till att jag gett uppsatsen formen av en ”offentlig” utredning är att det är ett beprövat och överskådligt arbetssätt för att bedöma en sakfråga. Min avsikt har varit att försöka spegla det arbete som bedrivs och som kommer att bedrivas i kommittén under detta och

nästa år. Min presentation och mina slutsatser påminner i strukturen därför om det förslag som kommittén förväntas lämna i form av sin statliga offentliga utredning under år 2015.

Uppsatsen inleds med en redogörelse av den historiska rättsutvecklingen inom sakrätten. Det är nödvändigt att undersöka hur sakrätten historiskt sett har utvecklats för att kunna förstå varför bestämmelserna ser ut som de gör i dag. Stöd för den historiska framställningen har sökts inom doktrinen där främst Göransons avhandling ”*Traditionsprincipen*” men även Mellqvists artikel i *SvJT 2010* har använts.

I beskrivningen av den gällande rätten har traditionell rättsdogmatisk metod använts. Detta innebär att lagstiftning, förarbeten, doktrinen och rättspraxis har använts för att fastslå innebörden av den gällande rätten.⁸ Då traditionsprincipen inte är direkt fastslagen i någon lagstiftning har stor vikt lagts vid att undersöka hur principen utvecklats i rättspraxis. Doktrin har använts för att beskriva den gällande rätten. Jag har då i första hand använt mig av *Sakrätt avseende lös egendom* av Torgny Håstad, *Sakrättens grunder* av Göran Millqvist och *Sakrättens fyra huvudfall* av Stefan Zetterström.

Traditionsprincipen och avtalsprincipens för- respektive nackdelar analyseras och beskrivs i ett särskilt kapitel i uppsatsen. Respektive delavsnitt innehåller en beskrivning av problemområdet och en personlig bedömning av argumenten. Kapitlet avslutas med en sammanfattande bedömning där jag presenterar min åsikt kring en eventuell övergång till avtalsprincipen. Avtalsprincipen och traditionsprincipens konsekvenser har diskuterats med utgångspunkt i doktrin och rättspraxis. Till stöd för beskrivningarna har jag använt mig av all tillgänglig doktrin inom området. I syfte att få den mest aktuella beskrivningen har jag framförallt använt mig av rättsvetenskapliga artiklar som publicerats i *SvJT* under 2000-talet av Mellqvist, Gregow, Vargö och Mattson. Utöver det har även Gregows synpunkter i SOU 1995:11 och Håstads tillägg i rättsfallet NJA 2008 s. 684 beaktats.

Efter mitt ställningstagande i huvudfrågan kommer jag att besvara de följdfrågor som Lösöre köpskommittén har i uppdrag att utreda (se avsnitt 1.1). För att besvara frågeställningarna har jag framförallt använt mig av information och argumentation som återfinns i SOU 1995:11 och Prop. 2001/02: 134.

Därefter presenteras ett lagförslag på hur avtalsprincipen generellt skulle kunna införas som det sakrättsliga momentet som avgör när borgenärsskydd uppkommer vid köp av lösöre. Vid utformningen av lagförslaget används förarbetena till 49 § KKL som utgångspunkt för hur det generella införandet av avtalsprincipen borde utformas.

I det sista kapitlet återfinns några avslutande kommentarer.

⁸ Peczenik, *Juridikens teori och metod*, s. 35

1.4 Avgränsning

Uppsatsen fokuserar på att avgöra om en övergång till avtalsprincipen vid köp av lösöre är önskvärd. Hur sakrättsligt skydd uppkommer vid andra typer av överlåtelser (byte eller gåva) kommer enbart behandlas översiktligt.

Bestämmelser om utmätning, konkurs och återvinning kommer enbart att behandlas om det anses nödvändigt att förändra dessa regelverk till följd av en övergång till avtalsprincipen.

Huvudsyftet med uppsatsen är att pröva om traditionsprincipen ska överges samt att behandla och bedöma de särskilda frågeställningar som Lösöreköpskommittén har att besvara (se avsnitt 1.1). Mot bakgrund av detta kommer jag inte att pröva om det finns alternativa sakrättsliga lösningar utöver avtalsprincipen som kan tänkas ersätta traditionsprincipen. När det gäller omfattningen av prövningen kommer jag endast besvara frågeställningarna utifrån ett juridiskt lämplighetsperspektiv. Jag kommer inte att pröva om det finns några påtagliga samhällsekonomiska vinster som talar för respektive emot en övergång.

1.5 Disposition

Uppsatsen består utöver detta inledande avsnitt av sex kapitel.

I kapitel 2 ”*Sakrättens utveckling*” ges en kortfattad historisk introduktion till de bestämmelser som rör sakrättsligt skydd vid köp. Traditionsprincipen och avtalsprincipens historiska tillämpning inom den svenska rätten kommer att presenteras. I avsnittet beskrivs även den bakomliggande samhällsekonomiska förändring som ledde till att traditionsprincipen etablerades i Sverige.

I kapitel 3 ”*Gällande rätt*” redogörs för hur en förvärvare av lös egendom i dagsläget vinner sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer. Avsnittet fokuserar på köp av lösöre men beskriver även hur det är möjligt att uppnå sakrättsligt skydd för andra typer av förvärv.

I kapitel 4 ”*Vilket sakrättsligt moment bör gälla i framtiden?*” beskrivs och bedöms för- och nackdelarna med traditionsprincipen och avtalsprincipen. För- och nackdelarna beskrivs objektivt utifrån åsikter som framförts inom doktrinen. Avslutningsvis presenteras min åsikt kring vilken av principerna som bör utgöra gällande rätt i framtiden.

I kapitel 5 ”*Särskilda frågor vid en övergång till avtalsprincipen*” utreds vissa följdfrågor som uppkommer om traditionsprincipen överges till förmån för avtalsprincipen.

I kapitel 6 ”*Författningsförslag*” lämnas ett författningsförslag på hur ett generellt införande av avtalsprincipen vid köp av lösöre skulle kunna utformas.

I kapitel 7 ”*Avslutande kommentar*” sammanfattas uppsatsens slutsatser.

2 Sakrättens utveckling

Avsnittet innehåller en historisk genomgång av hur traditions- och avtalsprincipen påverkat sakrätten. En historisk beskrivning är enligt min uppfattning ett naturligt led för att skapa en förståelse för hur regelsystemet är *de lege lata* och för hur det bör anpassas *de lege ferenda*.

2.1 Historisk genomgång

För att hitta de äldsta spåren av traditionsprincipen får vi gå tillbaka i tiden, närmare bestämt till år 293, då den romerska kejsaren Diocletianus utfärdade en sakrättslig konstitution. Konstitutionen fastslog att äganderätten till egendom överfördes genom tradition eller hävd och inte enbart genom avtal.

De romerska juristerna insåg att ett strikt krav på tradition kunde vara olämpligt i vissa situationer. De förstod att viss egendom var otymplig att flytta och därför svår att tradera. De insåg även att det kunde uppkomma situationer där förvärvaren av godset redan hade egendomen i sin besittning och kravet på tradition därför inte kunde uppfyllas. För att lösa denna problematik utvecklades olika typer av traditionssurrogat som hade samma rättsverkan mellan parterna som om en verklig besittningsförflyttning hade skett.⁹ Kejsare Diocletianus konstitution fastställde det som vi i modern tid har valt att kalla för traditionsprincipen. De omarbetade typerna av traditionsprincipen som kan återfinnas i modern lagstiftning är ursprungligen grundad på romersk rätt.

Motsatsen till traditionsprincipen är avtalsprincipen. Den nederländska juristen Grotius, som ofta benämns som naturrättens grundare, argumenterade i början på 1600-talet att äganderätten borde övergå redan vid avtalets ingående. Andra jurister vidareutvecklade Grotius idéer till mer konkreta regelsystem där äganderätten till ett föremål övergick direkt genom avtalet. Kravet på tradition slopades. Grotius var den första juristen som argumenterade för det som vi i modern tid har valt att kalla avtalsprincipen.¹⁰

Vilken av de olika principerna som hade störst inflytande på olika rättsystem är en fråga som är svår att säkerställa. Vad som med största sannolikhet går att fastslå är att den naturrättsliga avtalsprincipen sakta men säkert undanträngde den romerska traditionsprincipen och blev gällande rätt vid vanliga överlåtelser med start från 1700-talet.¹¹

⁹ Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 37 f.

¹⁰ Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 47 f.

¹¹ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 208

2.2 Traditionsprincipens och avtalsprincipens historiska tillämpning

Sveriges äldsta rättsliga regelsystem återfinns i landskapslagarna från 1300-talet. I dessa regelsystem finns det inte några bestämmelser om sakrättsligt skydd vid köp. Det är alltså svårt att fastställa vilken av de olika principerna som tillämpades i Sverige under medeltiden. Denna osäkerhet gäller även under 1600-talet.

I början av 1700-talet återfinns de första spåren kring vilken av de båda principerna som var gällande rätt. År 1721 uttrycker Svea hovrätt sitt stöd för att avtalsprincipen bör gälla. Detta gör domstolen i ett remissvar till lagkommissionens förslag till vad som senare skulle bli 1734 års lag. Stödet för avtalsprincipen kom inte enbart från domstolen. Även de mest framstående representanterna för doktrinen under 1700-talet ställde sig bakom avtalsprincipen. Genom införandet av 1734 års lag blev avtalsprincipen bestämmande för regler om äganderättens övergång och för regler rörande borgenärsskydd. Avtalsprincipen råder under hela 1700-talet och en bit in på 1800-talet.¹²

I början av 1800-talet var Sverige ett samhälle i förändring. Den stora merparten av Sveriges befolkning bodde fortfarande på landsbygden och jordbruk försörjde majoriteten av landets invånare. I början av 1800-talet var jordbruket i en expansionsfas. Näringen effektiviserades och man började i större utsträckning använda sig av moderna redskap i jordbruksdriften. Dessa förändringar kostade pengar och ökade behovet av tillgång till kapital för lantbrukarna.¹³

Vem vände man sig då till om man behövde tillskott av kapital i början av 1800-talet? Det moderna bankväsendet var ännu inte utvecklat. Den som behövde låna pengar fick vända sig till privatpersoner som hade ett kapitalöverskott och ett intresse av att göra sitt kapital räntebärande.¹⁴

Personerna som lånade ut kapital ville ha någon typ av säkerhet för sina fodringar. De säkerhetsalternativ som existerade vid tidpunkten var fastighetsinteckning eller handpant. Att pantsätta sin gård var ett stort steg som få eventuella låntagare var villiga att ta. Systemet med handpant var inte heller effektivt eftersom lantbrukarna behövde använda sina jordbruksredskap och kreatur i sin dagliga verksamhet. Lösningen på detta blev att säkerhetsöverlåtelse av lösöre började användas som säkerhet för lån. Avtalsprincipen uppställde inga hinder för säkerhetsöverlåtelse av

¹² Mellqvist, *SvJT 2010* s. 218 f.

¹³ Mattsson, *SvJT 2005* s. 319 och Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 317

¹⁴ Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 317 f.

lösöre så länge förfarandet inte kallades för pantsättning. Vid pantsättning av lösöre uppställdes krav på tradition redan vid denna tidpunkt.¹⁵

Användningen av säkerhetsöverlåtelser av lösöre som säkerhet för lån skapade problem. Genom att kalla proceduren för ett köp och inte för en pantsättning kunde kravet på tradition undvikas. På detta vis kunde säljaren fortsättningsvis ha kvar lösöret i sin besittning och använda det för att bruka sin jord. Långgivaren i sin tur ansåg att han hade säkerhet för sitt lån eftersom han ägde det köpta men kvarlämnade lösöret. Detta var dock inte alltid fallet.¹⁶

I mitten av 1820 talet uppstod svält i Sverige vilket fick stora ekonomiska konsekvenser för jordbruket. Många jordbrukare gick i konkurs och långgivarna ställdes ofta inför samma situation. Lösöret som hade lämnats kvar hos säljaren och som skulle fungera som säkerhet för lånet hade överlåtit till någon annan. Det pratades om skentransaktioner och borgenärsbedrägerier men det mest troliga var att det handlade om allvarligt menade underpantsättningar som i och för sig också var olagliga. Vad det egentligen rörde sig om för överlåtelse spelade antagligen mindre roll för borgenärerna som såg att deras exekutionsunderlag hade försvunnit. En förändring var tvungen att ske. Det fortsatta användandet av formlösa säkerhetsöverlåtelser kunde inte tillåtas. Även riksdagen insåg detta då de mottog en motion under riksdagssammanträdet 1828/30.¹⁷

2.3 Lösöreköpsförordningens införande

För att förhindra det fortsatta användandet av formlösa säkerhetsöverlåtelser utfärdades den första lösöreköpsförordningen år 1835. Förordningen uppställde krav på registrering av köpta varor som köparen ville lämna kvar i säljarens vård. Köparen var endast skyddad mot säljarens borgenärer vid en eventuell utmätning om registrering hade skett. Förordningens syfte var att förhindra att gäldenärer genom uppdiktade köpehandlingar undandrog egendom som skulle tillfalla utmätningsborgenärerna.¹⁸

Den första förordningen utsattes för kritik och kom därför att ersättas av en ny förordning år 1845 som uppställde skärpta krav på publicitet.¹⁹ LkL var vid sitt införande en specialregel. Tanken med lagen var inte att den skulle ingripa mot omsättningsköp. Ett omsättningsköp är ett köp där avsikten med transaktionen är att egendomen ska övergå till köparen. Omsättningsköp krävde vid denna tidpunkt varken registrering eller tradition för att

¹⁵ Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 318 ff.

¹⁶ Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 321

¹⁷ Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 321 och 334 f.

¹⁸ Mellqvist, *SvJT 2010* s. 220

¹⁹ Förordningen heter sedan 1978 *lagen* (1845:50 s.1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva. Lagen kallas normalt för lösöreköpslagen och kommer fortsättningsvis förkortas LkL eller förordningen. Då LkL eller förordningen används åsyftas både 1835 och 1845 års förordning.

borgenärsskydd skulle uppstå. LkL inriktade sig på att säkerhetsöverlåtelser som benämndes som "lösöreköp" skulle registreras. Att lösöreköp kallades för "köp" i LkL är i och för sig märkvärdigt. Transaktionerna som genomfördes rörde sig inte alls om något köp utan om en ren kreditsäkring, eller pantsättning för att använda ett enklare ord.²⁰

Frågan varför lagstiftaren inte öppet ville erkänna att lösöreköpen som var tvungna att registreras enligt LkL rent faktiskt rörde sig om pantsättningsförfaranden och inte om omsättningsköp är svår att svara på. En av orsakerna kan ha varit att lagstiftaren övervägde att ersätta 1734 års lag i dess helhet. Enligt denna lag existerade enbart en form av pantsättning där det uppställdes ett strikt krav på tradition. Att reformera det gällande pantsystemet för en undantagsregel var antagligen något som lagstiftaren ville undvika. Oavsett varför lagstiftaren valde att behålla denna terminologiska oklarhet har det påverkat rättstillämpningen och bidragit till övergången till traditionsprincipen.²¹

Trots införandet av LkL fortsatte avtalsprincipen att gälla för verkliga omsättningsköp. Den verkliga förändringen till traditionsprincipens absoluta krav på besittningsövergång togs först år 1925.

LkL:s införande undkom inte kritik. Klagomål uppstod i riksdagen och röster höjdes för att lagen borde avskaffas.²² Något avskaffande av lagen skedde inte utan den utvidgades istället år 1907. Vid denna tidpunkt utökades LkL:s skydd till att även omfatta konkursskydd och inte bara utmätningsskydd. I samband med utvidgandet höjdes röster för att Sverige var på väg att övergå till traditionsprincipen även när det gällde de verkliga köpen. Oron baserades på svårigheten att avgöra skillnaden mellan ett omsättningsköp och en säkerhetsöverlåtelse. Om skillnaderna inte kunde klargöras fanns risken att LkL skulle bli gällande för både omsättningsköp och säkerhetsöverlåtelser. Det skulle innebära att specialregleringen omvandlats till en heltäckande princip som omfattade både köp och säkerhetsöverlåtelser.²³

En övergång från avtalsprincipen till traditionsprincipen låg i luften. Den största förespråkaren för denna typ av övergång var justitierådet Wilhelm Sjögren. Sjögren argumenterade i en uppsats med titeln "Fiduciariska lösöreköp" att en bokstavstolkning av LkL fastställde att man inte kunde skilja mellan omsättningsöverlåtelser och säkerhetsöverlåtelser. Sjögren argumenterade för att oklarheterna som uppstått i LkL måste resultera i att även omsättningsköp skulle registreras på samma vis som säkerhetsöverlåtelser. Sjögren förde fram sin åsikt i ett minoritetsvotum i NJA 1912 s. 156 men fick aldrig se traditionsprincipens verkliga genomslag i svensk rätt innan han lämnade HD. Sjögrens tankar kan ändå anses ha

²⁰ Mellqvist, *SvJT 2010* s. 220 och Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 327 f.

²¹ Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 328

²² Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 337

²³ Mellqvist, *SvJT 2010* s. 221

inspirerat domstolen till kursändringen som genomfördes i tre avgöranden i mitten av 1920-talet.²⁴

NJA 1925 s. 130 är det vägledande rättsfallet som fastslog att traditionsprincipen hade övertagit avtalsprincipens roll i svensk rätt. Rättsfallet handlade om fyra ångvinschar som hade sålts till en köpare, som inte hade omedelbart behov av vinscharna och dessa kvarlämnades hos säljaren för senare leverans. Innan köparen kunde hämta vinscharna hade säljaren gått i konkurs. I samband med konkursen uppstod en tvist om vem som hade bättre rätt till vinscharna. HD konstaterade att vinscharna var kvar i säljarens besittning och att någon registrering enligt LkL inte hade vidtagits. Av denna orsak kunde borgenärsskydd inte anses ha uppkommit och köparen förlorade sin rätt till egendomen. Genom domslutet fastslog HD att tradition krävdes även vid omsättningsköp.²⁵

Genom Sjögrens uppsats och HD:s avgöranden blev traditionsprincipen gällande rätt både när det gäller säkerhetsöverlåtelser och verkliga köp. Principen har modifierats och utvecklats sedan 1920-talet men utgör fortfarande grunden för gällande rätt.

²⁴ Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 358 ff. och Mellqvist, *SvJT 2010* s. 223

²⁵ Mellqvist, *SvJT 2010* s. 224

3 Gällande rätt

I det följande avsnittet utreds hur en förvärvare av lös egendom kan vinna sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer. Beroende på vilken typ av egendom som överlåtelsen rör uppställs det olika krav på vilket sakrättsligt moment som ska vara uppfyllt för att köparen ska vara skyddad mot säljarens borgenärer.²⁶

Vid överlåtelser av lös egendom/lösöre är huvudregeln att det krävs tradition av egendomen för att borgenärsskydd ska uppkomma. Kravet på tradition kompletteras av regler om denuntiation, registrering och märkning som likvärdiga sakrättsliga moment vid överlåtelser där kravet på tradition inte ansetts möjligt att genomföra. I vissa undantagssituationer uppställs det inget krav på att något sakrättsligt moment ska vara uppfyllt utan avtalet är i sig tillräckligt för att borgenärsskydd ska uppkomma.²⁷

I avsnittet kommer den gällande rätten i form av traditionsprincipen, alternativ till traditionsprincipen och avtalsprincipen att beskrivas och analyseras.

3.1 Traditionsprincipen

Sedan införandet av LkL har traditionsprincipen steg för steg tagit över avtalsprincipens roll som det avgörande sakrättsliga momentet för när borgenärsskydd kan uppkomma. Kravet på tradition vid köp av lösöre följer av en motsatstolkning av LkL. Alla överlåtelser av lösöre måste traderas eller registreras för att en köpare ska vara skyddad mot överlåtarens borgenärer vid en eventuell utmätning eller konkurs. Traditionsprincipen gäller inte enbart för överlåtelser av lösöre utan spelar även en avgörande roll när borgenärsskydd kan uppkomma vid överlåtelse av annan lös egendom (se avsnitt 3.2).

Traditionsprincipen utgör huvudregeln för när en förvärvare vinner skydd mot överlåtarens borgenärer vid köp av lösöre.²⁸ Trots traditionsprincipens stora betydelse finns bestämmelsen endast lagreglerad i mindre omfattning. En stor del av traditionsprincipens utveckling har skett genom avgöranden i rättspraxis. Att traditionsprincipen utgör det avgörande sakrättsliga momentet för när borgenärsskydd uppkommer vid överlåtelser av lösöre har fastslagits av HD ett flertal gånger.²⁹

Tradition utgör ett sakrättsligt moment som objektivt sett borde vara relativt enkelt att fastslå. Den förvärvade varan ska ha överlämnats från säljaren till

²⁶ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 118 och Myrdal, *Borgenärsskyddet*, s. 34 ff.

²⁷ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 119 och Myrdal, *Borgenärsskyddet*, s. 34 ff.

²⁸ Mattsson, *SvJT 2013* s. 1044

²⁹ NJA 1997 s. 660, NJA 2007 s. 413 och NJA 2008 s. 684

köparen för att borgenärsskydd ska uppkomma. Det som försvårar avgörandet av när traditionskravet är uppfyllt är att den exakta innebörden av begreppet tradition inte har blivit klarlagt. Hur innebörden av begreppet tradition har utvecklats kommer att behandlas mer ingående i rättsfallsgenomgången i avsnitt 3.3.

3.2 Stöd i lag för traditionsprincipen

I detta avsnitt finns en sammanställning där traditionsprincipen uttryckligen eller motsatsvis framgår genom lagstiftning.

För gåva av lös sak finns ett traditionskrav direkt uppställt i lag. Genom 1 § 2 st. och 2 § GåvoL fastställs att en gåva ska ha kommit i gåvotagarens besittning för att vara fullbordad och därigenom skyddad mot givarens borgenärer. Detta är ett tydligt uttryck för traditionsprincipen.

I 22 § 1 st. SkbrL finns ett direkt uttryck för traditionsprincipen vid överlåtelser av löpande skuldebrev. Av paragrafen framgår att en förvärvare av ett löpande skuldebrev vinner skydd mot säljarens borgenärer då han fått skuldebrevet i sin besittning. Genom hänvisningar i ABL framgår att kravet på tradition även uppställs för andra typer av löpande värdepapper. Löpande skuldebrev och andra löpande värdepapper kan i stor utsträckning jämföras med lösöre.³⁰ Vid överlåtelse av löpande värdepapper krävs det på samma vis som vid överlåtelse av lösöre att egendomen kommit i förvärvarens besittning. Av 10 § SkbrL framgår att krav på besittningsövergång uppställs även vid pantsättning av löpande skuldebrev. De regler som uppställs för löpande skuldebrev gäller även för pantsättning och överlåtelse av aktiebrev enligt 6 kap. 8 § ABL.³¹

I 10 kap. 1 § HB uppställs ett krav på tradition vid pantsättning av lösöre. För att sakrättsligt skydd ska uppkomma måste pantsättaren överlåta lösöret till panthavaren.

För överlåtelse av lösöre finns det inget direkt stöd för krav på tradition i lag. Principens giltighet har istället grundats på ett motsatsslut av innehållet i LkL. För att sakrättsligt skydd ska uppstå vid en överlåtelse av lösöre måste varan antingen traderas eller registreras och kungöras enligt LkL:s bestämmelser. LkL fungerade under lång tid som det formella stöd som fanns för traditionsprincipens giltighet.³² Möjligheten att uppnå sakrättsligt skydd genom registrering enligt LkL kommer behandlas närmare under avsnitt 3.4.1.

Lagstöd för denuntiation som är en kompletteringsregel till traditionsprincipen återfinns i 31 § SkbrL för överlåtelser och 10 § SkbrL

³⁰ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 139 f.

³¹ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 120 och Henriksson, *Sakrättsliga moment*, s. 71

³² Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 120 och Myrdal, *Borgenärsskyddet*, s. 34

för pantsättning. Denuntiation innebär att en prestationsskyldig part måste underrättas om fullgörelse till annan för att sakrättsligt skydd ska uppkomma.³³ Regeln om denuntiation kommer att behandlas mer utförligt under avsnitt 3.4.4.

Krav på registrering eller märkning kan ses som ett komplement till traditionskravet. De kompletterande reglerna innebär att man ersätter ett krav på fysiskt överlämnande med antingen registrering eller märkning av godset. Det sakrättsliga skyddet uppkommer genom någon av dessa åtgärder.³⁴ Dessa olika situationer kommer att behandlas närmare under avsnitt 3.4.2 och 3.4.3.

3.3 Stöd i praxis för traditionsprincipen

Eftersom det inte finns något generellt lagstöd för traditionsprincipen vid köp av lösöre, är rättspraxis den primära rättskällan för att beskriva rättstillämpningen inom området. För att sakrättsligt skydd ska uppkomma vid överlåtelse av lösöre har det vid olika tidpunkter uppställts olika krav på tradition. Kraven är likadana för överlåtelser och för pantsättning av lösöre. Nedan följer en praxisgenomgång för att belysa vilka krav som under olika tidsperioder uppställts för att en förvärvare/panthavare ska uppnå sakrättsligt skydd. Tidsperioderna är valda för att man kan se en tydlig förändring av innebörden på traditionskravet inom och mellan respektive tidsperiod.

3.3.1 Domar före 1990

NJA 1956 s. 458 - ”Silofallet”

I NJA 1956 s. 458 prövade HD frågan om en pantsättare kunde anses vara avskuren rådigheten över egendom som fanns på hans fastighet. I fallet hade en grosshandlare pantsatt allt spannmål som fanns i en silo till sin bank. För att förhindra grosshandlaren från att bruka spannmålet hade banken låst silons bottenlucka och hade det enda paret nycklar i sin förvaring. Trots att grosshandlaren hade möjlighet att tömma silon från toppluckan ansåg HD att banken var sakrättsligt skyddad. Även om det förelåg en möjlighet för grosshandlaren att tömma silon ansåg HD att denna åtgärd skulle vara alldeles för omständlig och onormal. Trots att bottenluckan öppnades vid ett par tillfällen påverkades inte bankens sakrättsliga skydd eftersom det skett under deras kontroll. HD ansåg att det var tillräckligt att grosshandlaren hade blivit avskuren från möjligheten att normalt förfoga över panten. En bidragande orsak till detta var att pantsättningen varit synlig för tredje man och att banken självständigt kunde förfoga över panten.

³³ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 120

³⁴ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 120

NJA 1972 s. 246 - "Kassaskåpsfallet"

I NJA 1972 s. 246 fann HD att en giltig pantsättning inte kunde ansetts ha ägt rum när ställföreträdaren för pantavaren och pantsättaren var en och samma person. Domstolen konstaterade att det inte var möjligt för företrädaren att bli avskuren rådigheten över panten då han på en och samma gång representerade båda parterna. Något rådighetsavskärande hade inte uppkommit trots att ställföreträdaren hade för avsikt att förvara inteckningarna för pantavarens räkning och trots att de hölls avskilda i ett kassaskåp på hans kontor. Eftersom ställföreträdaren representerade båda parterna kunde han inte anses ha förlorat rådigheten över panten. Sakrättsligt skydd kunde därför inte anses ha uppkommit.

NJA 1975 s. 638 - "Husvagnsfallet"

I NJA 1975 s. 638 hade köparen av en husvagn träffat avtal med säljaren att husvagnen skulle kvarlämnas hos säljaren för förvaring och utförande av vissa reparationer. Innan kvarlämnandet hade vissa åtgärder vidtagits för att visa att äganderätten hade övergått. Köparen hade tagit husvagnen på en provtur och vid några tillfällen låtit bekanta övernatta där. Köparen hade fått det ena paret nycklar till husvagnen och han hade även gjort en anmälan till bilregistret om ägarbyte. Trots köparens åtgärder underkände HD hans rätt att separera husvagnen då säljaren hamnade i ekonomiska trångmål. HD:s majoritet ansåg att det inte med tillräcklig tydlighet hade blivit fastslaget att säljaren inte längre kunde förfoga över husvagnen. Trots att köparen vidtagit åtgärder för att klargöra att han var ägare till husvagnen var detta inte tillräckligt för att uppnå sakrättsligt skydd eftersom säljaren fortfarande kunde förfoga över husvagnen. HD:s minoritet var av uppfattningen att förfoganderätten underförstått hade övergått från säljaren till köparen och att husvagnen endast kvarlämnats för att uppfylla ett avtal om förvaring.

NJA 1986 s. 409 - "Vapenfallet"

I NJA 1986 s. 409 prövade HD om en sakrättsligt giltig pantsättning hade ägt rum då en son hade pantsatt jaktvapen för en skuld som han hade till sin mor. Vapnen hade överlämnats till modern som höll dem inlåsta i ett vapenskåp till vilket sonen saknade nycklar. Vid flera tillfällen hade sonen fått tillgång till vapnen för jakt. Detta hade han fått genom fadern som hade självständig tillgång till vapenskåpet. Domstolen ansåg att sonen kunde förfoga över vapnen på samma sätt som innan pantsättningen hade ägt rum. Han hade förvisso inte självständig tillgång till vapnen men kunde utan pantavarens medgivande få tillgång till dem genom sin far. Av denna orsak ansåg domstolen att någon besittningsförändring inte hade skett och att något sakrättsligt skydd inte kunde anses föreligga.

3.3.1.1 Traditionskravet före 1990

Genom dessa rättsfall uppställdes följande tre krav för att en panthavare/förvärvare skulle uppnå sakrättsligt skydd:

- Avskuren rådighet för överlåtaren/pantsättaren att förfoga över egendomen/panten.
- Självständig förfogandemöjlighet för förvärvaren/panthavaren.
- Tillräcklig publicitet av transaktionen för tredje man.³⁵

För att förvärvaren skulle vara skyddad mot överlåtarens borgenärer var han tvungen att uppfylla alla de tre kraven. Traditionsprincipen tillämpades strikt under denna tidsperiod.

3.3.2 Domar under 1990-talet

NJA 1996 s. 52 - ”Skuldebrevsfallet”

I NJA 1996 s. 52 hade ett löpande skuldebrev pantsatts som säkerhet för ett lån och lämnats i öppen depå hos en bank. Frågan som domstolen skulle ta ställning till var om det var tillräckligt att pantsättaren hade deponerat det löpande skuldebrevet hos en bank för att sakrättsligt skydd skulle kunna uppkomma för panthavaren. HD började med att konstatera att det i äldre rättspraxis uppställts tre krav för att fullgången pantsättning (tradition) skulle anses ha förelegat. De tre kraven som tidigare uppställts var att pantsättaren skulle ha avskurits från normal förfoganderätt över panten, att panthavaren skulle ha erhållit en självständig förfogandemöjlighet och att pantsättningen skulle ha blivit synlig för tredje man. Domstolen konstaterade att det inom doktrinen argumenterats kring att det avgörande rekvisitet för när sakrättsligt skydd borde uppkomma är när överlåtaren/pantsättaren har blivit avskuren rådigheten över föremålet i tillräcklig utsträckning. HD anslöt sig till uppfattningen i doktrinen och prövade om pantsättaren kunde anses ha blivit avskuren rådigheten över skuldebrevet då det lämnats i deposition hos banken. Domstolen konstaterade att pantsättaren inte kunde anses avskuren rådigheten över skuldebrevet eftersom det förvarats i en öppen depå. Panthavaren hade inte vidtagit några åtgärder för att begränsa pantsättarens möjlighet att råda över panten. Av denna orsak kunde någon sakrättsligt giltig pantsättning inte anses föreligga.

NJA 1997 s. 660 - ”Flytdockefallet”

I NJA 1997 s. 660 prövade HD om en förvärvare av en flytdocka kunde vinna sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer. Domstolen började med att konstatera att flytdockan trots sin längd på 195 meter utgjorde lösöre. Flytdockan hade efter förvärvet kvarlämnats på säljarens tomt. Vid överlåtelsen hade flytdockan utgjort industritillbehör till överlåtarens

³⁵ Henriksson, *Sakrättsliga moment*, s. 72

tomträtt. Köparen hävdade att sakrättsligt skydd borde uppkomma redan genom avtalet och/eller genom en förklaring genom 2 kap. 3 § JB att flytdockan inte utgjorde industritillbehör till den tomt där den var uppställd. HD fäste inte någon vikt vid säljarens argumentation. Domstolen konstaterade att flytdockan inte hade kommit i köparens besittning genom tradition eller att köpet hade registrerats i enlighet med reglerna i LkL. HD konstaterade att traditionsprincipen blivit föremål för en omfattande kritik i litteraturen och att många författare förespråkade ett avskaffande av principen. Domstolen fastslog dock att traditionsprincipen fick anses vara så pass fast förankrad i svensk rätt att principen inte kunde överges utan stöd i lag. Traditionsprincipen skulle därför tillämpas även i detta fall. Eftersom flytdockan varken registrerats eller traderats kunde köparen inte anses vara sakrättsligt skyddad mot överlåtarens borgenärer.

NJA 1998 s. 379 - ”Maskinfallet”

I NJA 1998 s. 379 hade ett företag sålt ett antal maskiner till en köpare. Omedelbart efter försäljningen upprättades ett hyresavtal där säljaren hyrde tillbaka maskinerna. Maskinerna fanns hela tiden i den ursprungliga säljarens lokaler. Någon tradition eller registrering enligt LkL hade inte ägt rum. Frågan som HD hade att ta ställning till var om köparen hade gjort ett sakrättsligt skyddat förvärv då han köpte maskinerna.

HD började med att hänvisa till NJA 1997 s. 660 och konstaterade att traditionsprincipen under lång tid har utgjort gällande rätt och att principen inte kunde överges utan stöd i lag. Därefter fastslog domstolen att det avgörande sakrättsliga momentet för när borgenärsskydd kunde anses uppkomma var knutet till när överlåtaren förlorat rådigheten över det sålda godset. Då maskinerna aldrig förflyttats och säljaren omedelbart efter överlåtelsen hyrde tillbaka maskinerna ansåg domstolen att något rådighetsavskärande inte ägt rum. Köparen kunde av denna anledning inte anses vara skyddad mot säljarens borgenärer. Något sakrättsligt skydd för köparen förelåg inte vid tidpunkten då säljaren gick i konkurs.

HD:s ledamöter var överens om att köparen inte var sakrättsligt skyddad vid tidpunkten då säljaren gick i konkurs. Domstolens majoritet ansåg dock att köparen retroaktivt vunnit sakrättsligt skydd genom rättshandlingar som konkursförvaltaren vidtagit efter konkursutbrottet.

3.3.2.1 Traditionskravet under 1990-talet

Genom rättsfallen under 1990-talet preciserade HD vad som krävdes för att kravet på tradition skulle anses vara uppfyllt. Genom avgörandena bekräftade HD att kravet på besittningsövergång i vissa situationer kunde vara tillräckligt uppfyllt genom att överlåtaren blivit avskuren rådigheten över egendomen. Domstolen fastslog att det inte var nödvändigt att lösöret fysiskt överflyttades för att sakrättsligt skydd skulle uppkomma. Trots att HD fokuserade på *besittningen* av lösöret i flytdockefallet fastslog domstolen i maskinfallet att *rådighetsavskärandet* var det avgörande

momentet för när en sakrättsligt skyddad transaktion förelåg.³⁶ Genom HD:s avgöranden under 1990-talet klargjorde domstolen att den fokuserade på rådhetsavskärandet vid prövning av om traditionskravet var uppfyllt.

3.3.3 Domar under 2000-talet

NJA 2000 s. 88 - ”Företagshypoteksfallet”

I NJA 2000 s. 88 prövade HD om upplåtelsen av ett företagshypoteksbrev kunde bli sakrättsligt skyddat trots att panthavaren var legal företrädare för bolaget som utfärdade pantsättningen. Fallet handlade om bolaget Kinnagarn AB som hade tre styrelseledamöter; Ronny, Christer och Kent. Ronny hade en fordran på bolaget och styrelsen beslutade att upplåta företagshypotek som säkerhet för denna fordran. Bolaget ansökte och beviljades företagsinteckning för denna fordran. Ronny antecknades som innehavare av företagshypoteksbrevet som han tog med hem till sin bostad och låste in i sitt vapenskåp. Bolaget försattes i konkurs och en tvist uppstod mellan Ronny och konkursboet. Tvisten gällde om Ronny skulle anses ha förmånsrätt för sin fordran.

HD konstaterade att det krävdes tradition för att en sakrättsligt giltig pantsättning skulle anses föreligga. Domstolen hänvisade till NJA 1996 s. 52 och framhöll att tradition innebar att pantsättaren skulle ha avskurits rådhetsen över panten och att detta tillstånd skulle bestå när panträffen gjordes gällande. Det avgörande för frågan var om Ronny kunde anses vara avskuren från rådhetsen över panten. HD slog fast att överlämnande av en pant till en person som företräder bolaget inte förhindrade att en sakrättsligt giltig pantsättning kunde ha ägt rum. I fallet hade bolaget överlämnat företagshypoteksbrevet till Ronny som säkerhet för hans kredit till bolaget. Ronny hade inte mottagit företagshypoteksbrevet som företrädare för bolaget utan som säkerhet för sin fordran på bolaget som privatperson. Domstolen ansåg att upplåtelsen var sakrättsligt giltig därför att hypoteksbrevet hade förvarats i Ronnys bostad, att Ronny inte hade förbundit sig att på bolagets begäran återlämna hypoteksbrevet och att ingen av de övriga firmatecknarna hade tillgång till hypoteksbrevet.

Den avgörande frågan i NJA 2000 s. 88 var om pantsättaren/bolaget hade avskurits rådhetsen över panten. Domstolen ansåg att så var fallet då Ronny hade tagit emot panten som panthavare och inte som ställföreträdare för bolaget. Det som utmärker fallet är att det inte skett någon tradition av hypoteksbrevet i egentlig mening. Det avgörande momentet för om bolaget skulle anses avskuren från rådhetsen över panten grundades på i vilken roll Ronny tagit hypoteksbrevet i besittning. Genom fallet har begreppet rådhetsavskärande utökats så att situationer där pantsättaren även är representant för bolaget inte omöjliggörs.

³⁶ Mellqvist, *Festskrift till Torgny Håstad*, s. 579 ff.

NJA 2007 s. 413 - ”Inkråmsfallet”

I NJA 2007 s. 413 hade ett aktiebolag (Gamla) som bedrev handel med bilar överlåtit hela inkråmet och firman till ett nytt aktiebolag (Nya). Nya representerades av modern till ägaren av Gamla och sonen var firmatecknare för båda bolagen. Bilarna transporterades från överlåtarens lokaler till förvärvarens lokaler. Utöver transporten av bilarna hade en anmälan till fordonsregistret skett där det klargjordes att det förvärvande bolaget numera var ägare till bilarna. Efter att överlåtelsen var genomförd försattes Gamla i konkurs. Bilarna som numera tillhörde Nya belades med kvarstad för Gamlas skulder och frågan uppkom om den överlåtna egendomen kunde anses vara sakrättsligt skyddad för det förvärvande bolaget.

I fallet konstaterade HD att det måste vara möjligt för närstående bolag att göra affärer med varandra. Domstolen fastslog att det var rådighetsavskärandet som var avgörande för när traditionskravet skulle anses vara uppfyllt. I fallet var sonen firmatecknare för både det överlåtande och det förvärvande bolaget. Domstolen påpekade att ett sådant arrangemang inte innebar att det säljande bolaget fortfarande kunde förfoga över egendomen. Om sonen i rollen som ställföreträdare för Gamla skulle låta bolaget använda bilarna skulle han göra sig skyldig till förskingring enligt 10 kap. 1 § BrB eller trolöshet mot huvudman enligt 10 kap. 5 § BrB. En ställföreträdare som representerar både det överlåtande och det förvärvande bolaget hindrar inte att ett rådighetsavskärande som skyddar förvärvaren kan ha uppkommit om överlåtaren anses avskuren rådigheten över objektet.

Genom rättsfallet fastslog domstolen att det är möjligt att uppnå ett rådighetsavskärande även om en och samma ställföreträdare representerar båda bolagen. Domstolen påpekade att det utåt sett kunde vara svårt att fastslå om någon överlåtelse hade skett men att detta publicitetskrav inte skulle tillmätas någon betydelse. Eftersom sonen var tvungen att företräda Nyas intressen ansåg domstolen att detta var tillräckligt för att rådigheten i tillräcklig grad skulle anses avskuren. Domstolen poängterade att närståendetransaktioner av den här typen i princip skulle omöjliggöras om ett rådighetsavskärande i sig inte skulle vara tillräckligt för att uppnå sakrättsligt skydd. HD konstaterade att Nya hade vunnit sakrättsligt skydd för sitt förvärv och att kvarstaden av de förvärvade fordonen skulle hävas.

NJA 2008 s. 684 - ”Räkfallet”

I NJA 2008 s. 684 hade ett aktiebolag (Sannäs) överlåtit en packlinje för räkor till ett finansbolag. Finansbolaget leasade ut packlinjen till Sannäs helägda dotterbolag (Havamannen). Packlinjen transporterades direkt från Sannäs till Havamannen utan att först ha kommit i finansbolagets besittning. Packlinjen återsändes på grund av fel till Sannäs för reparation. Sannäs gick en kort tid därefter i konkurs. Ägaren av Sannäs var även styrelseledamot och firmatecknare för Havamannen. Havamannen var genom avtal med finansbolaget förhindrad att fritt disponera över packlinjen. Vid beslut som

rörde packlinjen var Havamannen tvungen att kontakta finansbolaget för att få information om hur de skulle agera.

Frågan som HD skulle besvara var om Finansbolaget genom Havamannens besittningstagande kunde anses ha vunnit sakrättsligt skydd mot Sannäs konkursborgenärer. Domstolen började med att konstatera att de avgjort en liknande fråga i rättsfallet NJA 2007 s. 413. HD redovisade på vilka grunder domstolen i det fallet kommit fram till att sakrättsligt skydd för förvärvaren hade uppkommit. Därefter övergick domstolen till det aktuella fallet och fastslog att Havamannen fått packlinjen i sin besittning för finansbolagets räkning. Om någon representant för Havamannen skulle återlämna packlinjen till Sannäs utan finansbolagets samtycke skulle skadeståndsansvar och straffansvar uppkomma. Därefter konstaterade domstolen att personen som var styrelseledamot och firmatecknare i Havamannen var tvungen att respektera detta bolags intressen även om han också representerade Sannäs. Sammanfattningsvis ansåg domstolen att Sannäs i tillräcklig grad hade blivit avskuren från rådigheten över packlinjen och att finansbolaget på grund av detta fått sakrättsligt skydd för sitt förvärv.

NJA 2010 s. 154 - "Motorcykelfallet"

I NJA 2010 s. 154 hade en motorcykelleverantör slutit ett kommissionsavtal med en återförsäljare. Kommissionsavtalet innebar att leverantören skulle ha separationsrätt till motorcyklarna om återförsäljaren skulle bli föremål för exekutiva åtgärder. Kommissionsavtalet omvandlades av parterna till ett kreditförsäljningsavtal som inte innehöll något ägar- eller återtagandeförbehåll. Återförsäljaren kunde av olika anledningar inte uppfylla villkoren i kreditförsäljningsavtalet så parterna återgick därför till kommissionsavtalet. Den sista avtalsförändringen skedde i samband med att återförsäljaren befann sig i ekonomiska bekymmer. Genom att förändra avtalet skulle återförsäljaren enbart inneha motorcyklarna som kommissionär och leverantören skulle ha separationsrätt vid eventuell utmätning eller konkurs. I samband med avtalsomläggningen fakturerade leverantören återförsäljaren för de motorcyklar som "återtagits" och angav att de även fortsättningsvis skulle "stå kvar i kommission" hos återförsäljaren. Motorcyklarna var hela tiden placerade hos återförsäljaren. De enda handlingarna som traderades mellan parterna var registreringsskyltar och olika handlingar med koppling till äganderätsregistreringen i bilregistret.

Strax innan återförsäljaren gick i konkurs hämtade leverantören de motorcyklar som tillhörde honom men som befann sig hos leverantören i enlighet med kommissionsavtalet. Frågan som HD skulle ta ställning till var om leverantören hade vunnit sakrättsligt skydd eller om motorcyklarna kunde återvinnas enligt 4 kap. 10 § KonkL för återförsäljarens skulder. HD konstaterade att leverantören hade fullbordat sitt återtagande av motorcyklarna först då de fysiskt avhämtats. Eftersom detta hade skett i nära samband med konkursen kunde motorcyklarna återvinnas enligt KonkL:s regler. Domstolen ansåg att traditionskravet i detta fall endast kunde

uppfyllas genom en fysisk besittningsövergång eller genom registrering i överensstämmelse med LkL. HD påpekade att en viss uppmjukning hade skett av traditionsprincipen genom NJA 2007 s. 413 och NJA 2008 s. 684 för att möjliggöra vissa kommersiellt skyddsvärda transaktioner. HD ansåg inte att någon sådan skyddsvärd transaktion förelåg i det aktuella fallet. Domstolens bedömning var att parternas återgång till kommissionsupplägget enbart hade skett för att leverantören skulle få separationsrätt om återförsäljaren skulle gå i konkurs. HD ansåg inte att det fanns någon anledning att frångå kravet på verklig tradition eller registrering och av denna anledning skulle konkursboets talan vinna bifall.

3.3.3.1 Traditionskravet under 2000-talet

Under 1990-talet klargjorde HD att rådighetsavskärandet var avgörande för när kravet på tradition skulle anses uppfyllt. Under 2000-talet modifierade HD rådighetsavskärandet så att vissa typer av kommersiellt skyddsvärda transaktioner inte skulle omöjliggöras. Genom motorcykelfallet tydliggjorde HD att transaktioner som enbart syftade till att skapa en separationsrätt inte kunde anses tillhöra kategorin skyddsvärda transaktioner. Genom rättsfallen som HD prövat under 2000-talet är det klarlagt att även transaktioner där parterna har en nära koppling till varandra inte omöjliggörs av traditionsprincipen.³⁷ Utvecklingen av traditionsprincipen har resulterat i att sakrättsligt skydd kan uppkomma i situationer där det tidigare var omöjligt.

3.3.4 Sammanfattning av rättsläget avseende traditionsprincipen

HD:s rättsutveckling har över tid förändrats när det gäller innebörden av traditionskravet.

För att kravet på tradition ska anses vara uppfyllt ska lösöret kommit ur säljarens besittning på ett sådant vis att han inte längre har någon möjlighet att förfoga över egendomen. Överlåtarens rådighet över lösöret ska i rättslig mening ha blivit avskuren. De krav som tidigare uppställdes på att lösöret fysiskt var tvunget att komma i köparens besittning och att transaktionen genom kravet på tradition skulle bli publikt saknar i dagsläget betydelse. Det avgörande rekviritet för om sakrättsligt skydd kan anses föreligga baseras på om överlåtaren i tillräcklig utsträckning kan anses avskuren möjligheten att råda över det överlåtna lösöret.³⁸

Utvecklingen av traditionsprincipen i praxis har lett till att självständigheten i det sakrättsliga momentet tradition får anses ha blivit oförutsägbart. I dagsläget kan domstolen lägga vikt vid den bakomliggande orsaken till att någon besittningsövergång inte har skett eller att denna förändring enbart varit av begränsat slag. Om den bakomliggande anledningen till den

³⁷ Göranson, *Festskrift till Torgny Håstad*, s. 220 ff.

³⁸ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 126 f.

begränsade besittningsövergången kan anses godtagbar kan borgenärsskydd uppkomma trots att rådigheten över egendomen inte traderats i full utsträckning.³⁹ Både NJA 2007 s. 413 och NJA 2008 s. 684 är exempel på hur HD anpassat traditionsprincipen för att möjliggöra kommersiellt skyddsvärda transaktioner mellan närstående bolag.

Ett problem med HD:s mer flexibla tillämpning av traditionsprincipen och innebörden av rådighetsavskärandet är att det i dagsläget kan vara svårt att avgöra när borgenärsskydd föreligger.⁴⁰ Domstolens tillämpning möjliggör förvisso att flera typer av transaktioner kan bli sakrättsligt skyddade men bidrar inte till ett förutsägbart rättsläge.

När man inom doktrinen försökt analysera begreppet rådighetsavskärande tycks man vara överens om att det ställs ett krav på att överlåtaren ska vara avskuren möjligheten att bruka det överlåtna objektet. Det råder delade meningar om det är tillräckligt att överlåtaren är avskuren möjligheten att förfoga över egendomen. Rättsläget är enligt doktrinen oklart när det gäller omfattningen av begreppet rådighetsavskärande.⁴¹ HD bidrar inte heller till att tydliggöra rättsläget eftersom det ser ut som om domstolen kan komma till olika slutsatser om rådighetsavskärandet beroende på om de uppfattar transaktionen som kommersiellt skyddsvärd eller inte.

3.4 Alternativ till traditionsprincipen

Traditionsprincipen har ett brett tillämpningsområde i den svenska rätten. Kravet på tradition uppställs inte enbart för köp av lösöre utan gäller även andra egendomsslag. Det grundläggande syftet för de alternativa reglerna är att det inte vid alla situationer har anses lämpligt eller ens möjligt att uppställa krav på fysisk tradition av den köpta egendomen. Av denna anledning har det införts alternativa möjligheter att vinna sakrättsligt skydd. Nedan följer en genomgång av dessa regler.

3.4.1 Registrering enligt lösöreköplagen

LkL möjliggör ett alternativ till kravet på tradition. En köpare kan om han uppfyller vissa formföreskrifter i lagen kvarlämna köpt lösöre hos säljaren och trots detta vara skyddad mot säljarens borgenärer. LkL erbjuder ett registreringsalternativ för lösöre som köparen av någon anledning vill kvarlämna i säljarens vård. Registrering enligt LkL kan göras både vid omsättningsöverlåtelser och säkerhetsöverlåtelser. För en närmare förklaring av skillnaden mellan en omsättningsöverlåtelse och en säkerhetsöverlåtelse se avsnitt 4.2.8.

³⁹ Mellqvist, *Festskrift till Torgny Håstad*, s. 587

⁴⁰ Henriksson, *Sakrättsliga moment*, s. 77

⁴¹ Mellqvist, *Festskrift till Torgny Håstad*, s. 587 och Myrdal, *SvJT 2013* s. 1078

För att lösöre som kvarlämnas i säljarens vård ska anses sakrättsligt skyddat ska köpet och lösöret dokumenteras skriftligt och undertecknas av vittnen. Därefter ska köpet inom en vecka kungöras i den lokala ortstidningen. Efter publiceringen ska bevis på kungörelsen och köpekontraktet lämnas in till KFM inom åtta dagar för registrering. Om kraven är uppfyllda börjar en period på 30 dagar att löpa. Denna tidsperiod är en slags karenstid där köparen ännu inte är skyddad mot säljarens borgenärer. Om tidsperioden passerar utan att säljaren blir föremål för utmätning eller konkurs träder borgenärsskydd in. De ovanstående kraven följer av 1 och 3 §§ LkL.

Att en säljare registrerar sitt köp enligt LkL är ovanligt. Den främsta orsaken till detta är det invecklade förfarandet och väntetiden på 30 dagar innan det sakrättsliga skyddet inträder. Trots att lagen sällan används reglerar den exklusivt de möjligheter som finns för att lämna kvar köpt lösöre hos säljaren med sakrättsligt skydd. Registrering genom LkL är som andra sakrättsliga regler tvingande. Att försöka avtala bort delar av regelverket får ingen effekt.⁴²

Om köp av lösöre inte registreras enligt LkL måste det traderas för att vara sakrättsligt skyddat. LkL utgjorde länge det officiella stödet för att traditionsprincipen gällde om registrering enligt lagen inte skett. Traditionsprincipen utgör enligt HD numera en självständig princip som skulle kvarstå även om LkL upphävdes.⁴³

3.4.2 Registrering gällande skepp och luftfartyg

Genom SjöL görs det skillnad mellan skepp och båtar. En överlåtelse av ett skepp erhåller sakrättsligt skydd genom registrering i ett skeppsregister i enlighet med 2 kap. 9 § SjöL. Även ett pågående skeppsbygge kan överlåtas och ska då genomgå samma registreringsprocess. Förvärvaren av ett skepp eller skeppsbygge är inte sakrättsligt skyddad innan en registrering i skeppsregistret har skett. Något skydd uppkommer inte genom avtalet och en besittningsövergång är inte heller tillräcklig. Båtar behandlas som lösöre och följer de allmänna reglerna som gäller för dessa.⁴⁴

Ett liknande registreringsförfarande som gäller för fartyg har även införts för luftfartyg.⁴⁵ Innan registreringsmöjligheten hanterades flygplan som lösöre. Detta skapade problem för flygplansindustrin. Kommersiella flygplan är dyra objekt som normalt finansieras genom lån. Ett förvärv av ett flygplan måste struktureras så att kreditgivaren känner att hans lån är säkert vid flygplansoperatörens eventuella insolvens. Denna säkerhet var svår att åstadkomma då alla flygplan räknades som lösöre. På grund av dessa svårigheter övergick man till registreringsprincipen även för

⁴² Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 219

⁴³ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 138 och Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 219 f.

⁴⁴ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 251

⁴⁵ Registreringsförfarandet har införts i lagen (1955:227) om inskrivning av rätt till luftfartyg

luftfartyg. Registreringen sköts av Luftfartsverket. Genom registreringsprocess kan man numera skriva in förvärv av luftfartyg, återtagandeförbehåll och nyttjanderätt i registret. Inskrivningen ger sakrättsligt skydd redan från ansökningstidpunkten.⁴⁶

3.4.3 Märkning av virke

Ett lagstadgat undantag från traditionsprincipen finns i virkesmärkningslagen (1944:302) som handlar om köparens rätt till märkt virke. Lagen anger att ”ved eller annat virke” kan bli skyddat mot säljarens borgenärer genom korrekt märkning. Märkningen fungerar som ett surrogat för tradition och skyddar köparen från säljarens borgenärer både vid utmätning och konkurs.⁴⁷

3.4.4 Denuntiation

Kravet på denuntiation (underrättelse) kan ses som ett komplement till kravet på tradition för att uppnå sakrättsligt skydd. Kravet på denuntiation är tillämpligt på vissa typer av lös egendom som inte utgör lösöre. Vid överlåtelse av enkla skuldebrev har kravet på tradition uttryckligen ersatts av krav på denuntiation. Enligt 31 § 1 st. SkbrL uppnår förvärvaren skydd mot överlåtarens borgenärer i samband med att skuldebrevets gäldenärer underrättas om överlåtelsen. Kravet på denuntiation tillämpas analogt på ett flertal andra egendomsslag. Det vanligaste tillämpningsområdet är för fordringar där något skriftligt skuldebrev inte utfärdats.⁴⁸

Kravet på denuntiation syftar till att göra en gäldenär medveten om att hans skuld har överlåtits till en ny borgenär. Då en gäldenär blir underrättad om att hans skuld blivit överlåten kan han inte längre betala med befriande verkan till den tidigare gäldenären enligt 29 § SkbrL. Underrättelsen om att en gäldenärs skuld har blivit överlåten ersätter kravet på tradition. En denuntiation enligt 31 § SkbrL behöver inte uppfylla några särskilda formkrav. Denuntiationen måste dock vara ovillkorlig och tydlig för att skapa sakrättsligt skydd.⁴⁹

Vid överlåtelse av lösöre som finns i tredje mans besittning har denuntiation ersatt kravet på tradition. Lösöret måste inte flyttas utan underrättelsen är tillräcklig för att tredje man ska vara medveten om att äganderätten till lösöret har övergått till en ny ägare. Kravet på denuntiation har utvecklats genom praxis och framgår av ett analogislut av 31 § 1 st. SkbrL.⁵⁰

⁴⁶ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 139 och 2-8 §§ lagen (1955:227) om inskrivning av rätt till luftfartyg

⁴⁷ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 153 och Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 222

⁴⁸ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 143

⁴⁹ Henriksson, *Sakrättsliga moment*, s. 84 och Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 144 f.

⁵⁰ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 147 och NJA 1995 s. 367 I

Kravet på denuntiation har ersatt kravet på tradition vid överlåtelser av vissa typer av lös egendom. Genom en analogitolkning av 31 § 1 st. SkbrL uppställs krav på denuntiation vid överlåtelse av hyresrätt till lokal⁵¹, vid överlåtelse av bostadsrätt⁵², vid överlåtelse av andel i dödsbo⁵³ och vid förvärv av andel i handelsbolag.⁵⁴

3.5 Avtalsprincipen

Avtalsprincipen kan ses som traditionsprincipens motsats. Enligt avtalsprincipen krävs inget yttre sakrättsligt moment för att förvärvaren ska få sakrättsligt skydd. En förvärvare blir skyddad mot en överlåtares borgenärer redan genom överlåtelseavtalet.⁵⁵

Trots att traditionsprincipen är gällande rätt finns det idag rättsområden där sakrättsligt skydd uppkommer redan genom avtalet. Att avtalsprincipen gäller inom dessa områden har reglerats både genom lagstiftning och utveckling i praxis. I det följande avsnittet kommer ett antal utvalda undantagssituationer där sakrättsligt skydd uppkommer redan genom avtalet vid överlåtelser av lösöre/lös egendom att beskrivas.

3.5.1 Konsumentköp

Ett undantagsområde där traditionsprincipen inte gäller är vid konsumentköp. Genom en lagändring år 2002 infördes 49 § i KKL. Paragrafen stadgar att konsumenter är skyddade mot säljarens borgenärer redan genom köpeavtalet. En konsument som köper en vara av en näringsidkare men lämnar kvar varan hos säljaren, är skyddad om säljaren skulle gå i konkurs innan köparen hämtat ut varan. Skyddet gäller även för beställningsköp där säljaren ska tillverka varan efter köparens önskemål och där tillverkningsprocessen startar först efter att en förskottsbetalning har skett.⁵⁶

För att en konsument ska ha separationsrätt vid säljarens obestånd krävs att köpet avser individualiserad egendom. Köpet måste kunna spåras och kopplas till en viss vara hos säljaren för att borgenärsskydd ska uppkomma. Om varan särskilt märkts eller avskiljts så att det framgår att den är avsedd för köparen är detta tillräckligt för att borgenärsskydd ska anses föreligga. Konsumenten måste inte medverka vid individualiseringen av varan utan näringsidkarens interna åtgärd är tillräcklig för att köparen ska anses skyddad.⁵⁷

⁵¹ NJA 1998 s. 257

⁵² NJA 1971 s. 66

⁵³ NJA 1972 s. 512

⁵⁴ Zetterström, *sakrättens fyra huvudfall*, s. 82 f.

⁵⁵ Henriksson, *Sakrättsliga moment*, s. 91 och Mattsson, *SvJT 2013* s. 1044

⁵⁶ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 134

⁵⁷ Prop. 2001/02:134, s. 77

En av de främsta orsakerna till att traditionsprincipen övergavs till förmån för avtalsprincipen på konsumentområdet baserades på det allmänna rättsmedvetandet kring traditionsprincipen. Utredningen (SOU 1995:11) som gjordes i samband med lagändringen visade att merparten av de tillfrågade konsumenterna var av uppfattningen att de hade rätt att hämta ut en vara som de hade betalt oavsett om säljaren hade blivit insolvent. Konsumenternas bristfälliga kunskap om riskerna som var förenade med att lämna kvar en köpt vara hos säljaren innebar att en övergång till avtalsprincipen var önskvärd.⁵⁸

Av prop. 2001/02:134 framgår att regeringen ansåg att det var svårt att motivera att en konsuments intresse att få ut en vara som han köpt och betalt skulle få vika för övriga borgenärers intresse att få utdelning för sina fodringar. De övriga borgenärernas anspråk ansågs inte tillräckligt befogade för att de skulle kunna göra anspråk på en såld vara som överlåtarens redan hade mottagit betalning för. Innan övergången till avtalsprincipen hade näringsidkarens borgenärer rätt att tillgodogöra sig både köpeskillingen och konsumentens vara. Det påpekades att detta visserligen gällde vid alla typer av köp men att konsekvenserna blev extra tydliga på konsumentområdet. Orsaken till detta var att konsumenter ansågs ha sämre möjlighet att skydda sin fordran genom olika typer av säkerhetsarrangemang.⁵⁹

3.5.2 Försäljning av lösöre på exekutiv auktion

Vid försäljning av lösöre genom exekutiv auktion anordnad av KFM gäller inte traditionsprincipen. Köparen av lösöret blir skyddad redan genom avtalet. Att avtalsprincipen gäller vid försäljning av lösöre vid exekutiv auktion konstaterades i NJA 1985 s. 159. I fallet hade sonen till en utmätningsskyddad ropat in merparten av den utmätta egendomen. Efter auktionen lånade sonen ut egendomen till fadern efter att ett skriftligt låneavtal hade upprättats. Kort tid därefter mättes egendomen som sonen ropat in på auktionen ut för faderns övriga skulder. HD konstaterade att det skulle vara opraktiskt att tillämpa kravet på tradition vid exekutiv försäljning. Syftet med traditionsprincipen är att bringa klarhet i vem som äger egendom och på så vis försvåra att skentransaktioner begås. Genom det offentliga förfarande som en exekutiv auktion innebär har detta syfte redan uppfyllts. HD konstaterade att borgenärsskydd uppkommit redan genom inropandet på auktionen. Vid köp på exekutiv auktion gäller därför avtalsprincipen och inte traditionsprincipen.⁶⁰

⁵⁸ Prop. 2001/02:134, s. 73 f.

⁵⁹ Prop. 2001/02:134, s. 75

⁶⁰ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 135

3.5.3 Andelsrätt i lösöre

Överlåtelse av andel i lösöre är ett problemområde. Det är inte ovanligt att flera personer gemensamt äger viss egendom. Eftersom traditionsprincipen uppställer krav på besittningsövergång för att sakrättsligt skydd ska uppkomma försvårar det möjligheten att samäga lösöre.⁶¹

HD har i två fall prövat frågan huruvida det är möjligt för en nytilkommen samägare att vinna sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer. I NJA 1987 s. 3 hävdade sonen till en travtränare att han ägde hälften av en travhäst som fanns i faderns besittning och att hästen av denna orsak inte kunde utmätas för faderns skulder. HD konstaterade att det krävdes tradition även vid förvärv av andel i lösöre för att en förvärvare skulle vinna sakrättsligt skydd. HD antydde dock att det i vissa situationer kunde vara tillräckligt att förvärvaren fick aktiv sambesittning till lösöret. Då någon sådan sambesittning inte förelåg kunde travhästen utmätas för faderns skulder. I NJA 1998 s. 545 prövade HD om en segelbåt som samägdes av två familjemedlemmar kunde utmätas för faderns skulder. HD konstaterade i NJA 1998 s. 545 att det inte krävdes någon besittningsövergång utan att överlåtelseavtalet i sig var tillräckligt för att uppnå sakrättsligt skydd eftersom överlåtaren och förvärvaren hade sambesittning till segelbåten.

I dagsläget är det möjligt för en förvärvare att uppnå sakrättsligt skydd vid överlåtelser av andelsrätter i lösöre utan att det krävs någon besittningsförändring. För att skyddet ska uppkomma krävs det att överlåtaren och förvärvaren har aktiv sambesittning till lösöret. Om överlåtaren trots övergången av andelar har ensambesittning till lösöret kan förvärvaren inte anses skyddad mot överlåtarens borgenärer.⁶²

3.5.4 Värdepapper som finns hos finansiellt institut

Undantag från traditionsprincipen görs i situationer där säljaren i en värdepapperstransaktion är en bank eller ett värdepappersinstitut. Regeln som återfinns i 22 § 2 st. SkbrL fastslår att en försäljning av löpande skuldebrev är skyddad mot säljarens borgenärer trots att skuldebreven kvarlämnas för förvaring hos banken eller värdepappersinstitutet.

Undantaget grundas på att ett ovillkorligt traditionskrav skulle resultera i problem i de situationer där köparen önskar att de förvärvade värdepapperna ska kvarvara hos den säljande banken. Undantaget gör det möjligt för banken att sälja värdepapper ur sin egen portfölj samtidigt som de kan förvara värdepapper för sina kunders räkning. Om undantaget inte skulle

⁶¹ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 151 f. och Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 54

⁶² Millqvist, *Sakrättens grunder*, s.153

finnas skulle en köporder från bankens egen portfölj inte kunna genomföras utan att värdepappret skulle vara tvunget att lämnas ut till köparen.⁶³

Genom undantaget i 22 § 2 st. SkbrL gäller avtalsprincipen för de fall en bank eller värdepappersinstitut säljer ett löpande skuldebrev som kvarlämnats för förvaring.

3.5.5 Byggnad uppförd på annans mark

En byggnad som är uppförd på annans mark utgör rättsligt en särskild kategori av lös egendom. Orsaken till detta är att en sådan byggnad inte kan kategoriseras som tillhör till en fastighet enligt 2 kap. 1 och 4 §§ JB. Förfoganderätten till den här typen av byggnader ska huvudsakligen bedömas enligt allmänna regler gällande lös egendom och inte enligt reglerna som JB uppställer för fastigheter.⁶⁴

Vid överlåtelse av byggnad på annans mark är huvudregeln att det inte krävs något sakrättsligt moment för att borgenärsskydd ska uppkomma. Redan vid avtalstidpunkten blir köparen skyddad mot säljarens borgenärer. Avtalet i sig är tillräckligt för att ge en förvärvare borgenärsskydd vid transaktioner som rör byggnad på annans mark. Regeln fastslogs av HD i NJA 1952 s. 407. Domstolen motiverade beslutet genom att varken LkL eller reglerna om godtrosvärv omfattade denna speciella typ av lös egendom och att det således saknades grund att uppställa ett krav på tradition. Domstolens beslut anses fortfarande utgöra gällande rätt vilket innebär att avtalsprincipen gäller vid överlåtelse av byggnad på annans mark.⁶⁵

3.5.6 Immaterialrätter

Vid överlåtelse av en immaterialrätt uppstår borgenärsskydd redan genom avtalet. Det uppställs inga särskilda sakrättsmoment för fullbordan av överlåtelse av en immaterialrätt. Orsaken till detta är svårigheterna som det skulle innebära att applicera traditions- eller denuntiationsreglerna på immateriella rättigheter. En immaterialrätt är inget löst föremål och den kan således inte fysiskt traderas. Det finns inte heller någon person som intar en position som är jämförbar med gäldenären vid överlåtelse av enkla skuldebrev som skulle kunna denuntieras. För tillfället är registrering av immateriella rättigheter inte heller möjligt. Förvärvaren av en immaterialrätt får borgenärsskydd redan genom avtalet.⁶⁶

⁶³ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 140 f. och Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 252

⁶⁴ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 154

⁶⁵ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 154 f. och Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 249

⁶⁶ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 155

3.5.7 Avverkningsrätt tillhörande fast egendom

I NJA 1979 s. 451 hade en fastighetsägare sålt rätten att avverka skog på hans mark till en köpare. Försäljningen klassificerades som en upplåtelse av nyttjanderätt enligt 7 kap. 3 § JB och inte som ett köp av blivande lösöre. Personen som hade förvärvat avverkningsrätten överlät denna rättighet till en tredje person. Överlåtelsen av avverkningsrätten ansågs inte kräva fastighetsägarens samtycke för att vara giltig. Domstolen fastslog även att skydd mot överlåtarens borgenärer uppstod redan genom avtalet i dessa situationer.

Av domskälen går det att utläsa att ett krav på underrättelse till fastighetsägaren inte skulle fylla något annat syfte än att ge sakrättsligt skydd till förvärvaren. Avverkningen skulle ske självständigt av nyttjanderättshavaren utan fastighetsägarens inblandning. Domstolen ansåg att om ett krav på denuntiation skulle uppställas i dessa situationer skulle detta fastslås genom lag. Vid köp av avverkningsrätt är avtalet tillräckligt för att borgenärsskydd ska uppkomma.⁶⁷

⁶⁷ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 265 f.

4 Vilket sakrättsligt moment bör gälla i framtiden?

Traditionsprincipen har varit gällande rätt i mer än hundra år. Inom doktrinen har principen på senare tid kritiserats. HD har i NJA 1997 s. 660 slagit fast att traditionsprincipen är så fast förankrad i svensk rätt att den inte kan överges utan stöd i lag. Håstad har i ett särskilt tillägg i NJA 2008 s. 684 angett att övervägande skäl talar för att helt avskaffa traditionsprincipen. Det fanns i och med HD:s ställningstagande ett politiskt motiv för att utreda om en generell övergång till avtalsprincipen bör ske.

4.1 Lösöreköpskommitténs direktiv

Regeringen har genom Dir. 2013:28 gett Lösöreköpskommittén i uppdrag att ta ställning till om det finns långsiktiga och påtagliga samhällsekonomiska fördelar med en övergång till avtalsprincipen vid köp av lösöre. I sitt arbete ska kommittén bland annat analysera de för- och nackdelar som finns vid tillämpning av respektive princip. Bedömningen ska vara långsiktig och inte bara behandla de ekonomiska aspekterna av en övergång. Även principiella och mer allmänna rättsliga lämplighets-skäl ska vägas in i bedömningen.

4.2 De olika principernas för- och nackdelar

Min avsikt med detta avsnitt är att göra en prövning av de frågeställningar som kommittén kan tänkas ställas inför i sin bedömning av principernas för- och nackdelar. Redovisningen strävar efter att vara uttömmande. Till skillnad från kommittén kommer mina bedömningar uteslutande att ske utifrån ett juridiskt perspektiv.

Jag har valt att dela upp de olika för- och nackdelarna i ett antal delområden. Skälet till uppdelningen är i första hand för att tydliggöra de olika problemområdena och skapa en översiktlig struktur. Jag är medveten om att det finns en viss risk för överlappning med den här metoden. För egen del har det varit en pedagogisk fördel att strukturera frågeställningarna på det här sättet. Jag har vunnit i tydlighet genom strukturen. Den överlappning som skett blir en konsekvens av arbetsmetoden. Inom varje delområde har jag ett beskrivnings- och ett bedömningsavsnitt. I de beskrivande avsnitten har jag sammanfattat doktrinen uppfattning om för- och nackdelarna med de olika principerna. I bedömningsdelarna har jag dragit mina egna slutsatser med stöd av det som sagts under beskrivningarna och det stöd som

kan hämtas i rättspraxis. Avslutningsvis redovisar jag min helhetsbedömning och diskuterar om det finns tillräckliga skäl att övergå till avtalsprincipen eller inte.

4.2.1 Etablerad rättsregel

Uppfattning i doktrinen m.m.

Traditionsprincipen är gällande rätt och har varit det under lång tid. Detta argument talar enligt vissa förespråkare för fortsatt tillämpning av principen. Rättslig stabilitet och förutsägbarhet är i vissa situationer viktigare beståndsdelar än ett system som är inriktat på rättslig perfektionism.⁶⁸ Traditionsprincipen är en sådan princip som bör fortsätta att gälla eftersom det inte har visats föreligga sådana särskilda skäl som innebär att den ska avskaffas.⁶⁹ Traditionsprincipen har preciserats och anpassats i rättspraxis och rättsläget kan idag sägas vara relativt klarlagt. Detta talar för att den rättsliga bedömningen av när borgenärskydd kan anses inträda är förutsägbar och därför också rättssäker.⁷⁰

En motsatt åsikt är att man ska tillämpa den mest effektiva regeln för att vid varje tidpunkt lösa tvister på bästa sätt. Vid val av regel/princip ska det inte tillmätas någon särskild betydelse att traditionsprincipen sedan lång tid har varit gällande rättsregel inom området. Vid avgörande om vilken rättslig princip som ska gälla ska för- och nackdelar för respektive princip vägas mot varandra på objektiva grunder. Detta har särskild betydelse eftersom traditionsprincipen i sig inte kan anses vara känd av allmänheten och förutsägbar för parter i ett avtalsförhållande.⁷¹

Min bedömning

När man överväger att ändra en rättsregel står lagstiftaren alltid inför ett vägval. Ska man genomföra en ändring utan att med säkerhet i förväg veta hur utfallet av regeländringen blir. Vilka argument ska utifrån ett juridiskt och samhällsekonomiskt perspektiv väga tyngst? Det är ett naturligt val att inte ändra en rättsregel om den är gammal, känd och förutsägbar för allmänheten. Det är lika naturligt att överväga en ändring av en regel om den förutom att vara gammal är okänd och oförutsägbar för allmänheten. I så fall ska en regeländring prövas på objektiva grunder.

Den inarbetade rättsregeln bör alltid ha ett värde i sig. Traditionsprincipen som regel är dock till stora delar otydlig och till övervägande del okänd för allmänheten. Den rättsutveckling som sker inom området genom avgöranden ökar inte heller förutsägbarheten. Detta beror på att domstolen har ett ställning till enskilda situationer som inte gör att rättsläget klarar i

⁶⁸ Mellqvist, *SvJT 2010* s. 241

⁶⁹ Mellqvist, *SvJT 2010* s. 241

⁷⁰ Vargö, *SvJT 2013* s. 1055 och Helander, *Kreditsäkerhet*, s. 347

⁷¹ SOU 1995:11, s. 150

ett generellt perspektiv. En avtalspart kommer inte veta om hans affärstransaktion blir sakrättsligt skyddat förrän frågan avgjorts i domstol. Det kan dröja ett antal år innan den frågan har klarlagts.

Man kan inte påstå att en övergång till avtalsprincipen per automatik skulle medföra att man börjar tillämpa en tydligare rättslig reglering inom sakrätten. Även denna princip har konsekvenser som är svåröverskådliga. Det kan i alla fall slås fast att en övergång skulle innebära att reglerna om sakrättsskydd mer överensstämmer med allmänhetens uppfattning om vad som är rätt och fel. En övergång skulle också innebära att de obligationsrättsligt gällande principerna skulle få större sakrättslig betydelse. Det finns sammantaget i vart fall inte skäl att säga att traditionsprincipen bör ha företräde framför avtalsprincipen enbart på den grunden att det är en gammal princip. Reglerna bör prövas mot varandra efter objektiva grunder.

4.2.2 Motverkar borgenärsbedrägerier och medför effektiv indrivning

Uppfattning i doktrin m.m.

Det huvudsakliga syftet för att upprätthålla traditionsprincipen är att traditionskravet motverkar olika typer av borgenärsbedrägerier. De borgenärsbedrägerier som traditionsprincipen främst syftar att förhindra är skenöverlåtelser och efterhandskonstruktioner.⁷²

Målet med borgenärsbedrägerier är att undandra egendom för att förhindra att dessa föremål tas i anspråk av överlåtarens borgenärer. Att motverka och försvåra borgenärsbedrägerier måste prioriteras högt. Varje skenöverlåtelse som är framgångsrik påverkar överlåtarens borgenärer. Egendom som skulle kunna tillgodogöras av borgenärerna har undandragits och påverkar den totala ersättning som borgenärerna kan räkna med att få vid utmätning eller konkurs.⁷³

Gränsen mellan vad som utgör en skenöverlåtelse och vad som utgör en efterhandskonstruktion är inte helt självklar. En skenöverlåtelse förklaras enklast med att det utgör en situation där en överlåtare som närmar sig utmätning eller konkurs ingår ett avtal i maskopi med en utomstående part för att undanhålla egendom från sina borgenärer. Skenavtalet som parterna ingår är inte allvarligt menat utan syftar enbart till att utåt sett ge sken av att en transaktion har ägt rum fast egendomen lämnats kvar hos överlåtare. Det som utmärker en skenöverlåtelse är att den ingås *innan* överlåtare har försatts i konkurs.⁷⁴

⁷² Hessler, *Allmän sakrätt*, s. 90, Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 212 och Myrdal, *Borgenärsskyddet*, s. 40

⁷³ Gregow, *SvJT* 2013 s. 1068 f.

⁷⁴ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 212 och Myrdal, *Borgenärsskyddet*, s. 40

En efterhandskonstruktion kan sägas utgöra en typ av skenöverlåtelse som genomförts *efter* att gäldenären har blivit föremål för utmätning eller konkurs. I dessa situationer försöker gäldenären undandra egendom genom att konstruera en överlåtelse som inte ägt rum. Ett exempel på en efterhandskonstruktion är att en överlåtelsehandling antedateras för att ge sken av att ett avtal har ingåtts innan överlåtarens blev föremål för exekutionsåtgärder.⁷⁵

Att traditionsprincipen motverkar vissa typer av borgenärsbedrägerier följer automatiskt av principens uppbyggnad. Genom att kräva besittningsövergång för att uppnå sakrättsligt skydd förhindras möjligheten att undandra egendom genom efterhandskonstruktioner. Om egendomen fortfarande är kvar i säljarens besittning är det oväsentligt om ett överlåtelseavtal har ingåtts. Egendomen kommer oavsett om den är överlåten eller inte att tillfalla säljarens borgenärer. Om borgenärsskydd skulle uppkomma redan genom avtalet skulle det kunna underlätta undandragande av egendom genom falska överlåtelser. Genom traditionsprincipen förhindras i vart fall de okunniga bedragarna som inte traderar lösöret inom rätt tid eller låter registrera lösöret i enlighet med reglerna i LkL.⁷⁶

Mer avancerade typer av skenöverlåtelser kan fortfarande äga rum trots att det uppställs ett krav på besittningsövergång enligt traditionsprincipen. Om parterna i skenöverlåtelserna inte enbart påstår att egendomen blivit överlåten utan rent faktiskt förflyttar egendomen hjälper inte traditionsprincipen. Förflyttningen kan gälla under en kortare eller längre tid men utgångspunkten är att egendomen inte ska finnas i gäldenärens besittning när han blir föremål för utmätning eller konkurs.⁷⁷

Om traditionsprincipen skulle överges till förmån för avtalsprincipen skulle det kunna bli lättare för bedragare att nå framgång med enkla typer av skenöverlåtelser. Om kravet på en besittningsövergång skulle slopas skulle möjligheterna att undanhålla egendom som var kvar i överlåtarens besittning öka.⁷⁸

En övergång till avtalsprincipen skulle inte innebära att det var fritt fram att undandra egendom genom skenöverlåtelser. Orsaken till detta är att besittning av lös egendom spelar en avgörande roll när ägandeförhållandet ska avgöras i ett exekutionssammanhang. Den som innehar lös egendom presumeras vara ägare till egendomen. Vid utmätning av lös egendom framgår det av 4 kap. 18 § 1 st. UB att en gäldenär ska anses vara ägare till egendom som finns i hans besittning. Denna äganderättspresumtion är uttryck för en allmän princip som även får anses gälla i konkurssituationer.⁷⁹

⁷⁵ SOU 1995:11, s. 146

⁷⁶ Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 640 och Vargö, *SvJT 2013* s. 1058

⁷⁷ Gregow, *SvJT 2013* s. 1069

⁷⁸ Vargö, *SvJT 2013* s. 1058

⁷⁹ Gregow, *SvJT 2013* s.1070 och Prop. 2001/02:134, s. 78

Om avtalsprincipen skulle tillämpas istället för traditionsprincipen skulle det finnas en möjlighet för en förvärvare av kvarlämnad egendom att hävda att han är ägare till egendomen. För att förvärvaren skulle nå framgång med ett sådant påstående skulle han dock vara tvungen att styrka detta.⁸⁰ Det räcker inte att påstå att ett muntligt avtal har slutits mellan parterna. För att nå framgång krävs det i praktiken att ett skriftligt avtal visas. Risker som existerar med avtalsprincipen är att bedragare skulle kunna simulera ett köp genom att upprätta falska köpehandlingar och därefter koordinera sin historia med överlåtaren för att vinna sakrättsligt skydd. Om överlåtaren lyckas med detta blir resultatet att bevisbördan anses uppfylld och att borgenärskollektivet drabbas av en förlust.⁸¹

Genom en övergång till avtalsprincipen ökar möjligheten för bedragare att undandra egendom genom skenavtal. Det finns alltså en förhöjd risk för skenavtal om avtalsprincipen tillämpas. Mot denna förhöjda risk talar att skentransaktioner är förbjudna och straffbelagda enligt lag. Av 15 kap. 11 § och 11 kap. 2 § 2 st. BrB framgår det att den som upprättar en falsk urkund, eller återoppar ett skenavtal för att förhindra att egendom tas i anspråk, gör sig skyldig till brott med fängelse som påföljd.⁸² Även om vissa typer av skenöverlåtelser skulle kunna underlättas genom en övergång till avtalsprincipen skulle de fortfarande vara olagliga och straffvärda. Utöver skyddet i BrB finns återvinningsbestämmelserna i 4 kap. KonkL att tillgå om borgenärskollektivet skulle missgynnas på ett otillbörligt sätt av en överlåtelse som säljaren gjort.⁸³ Även reglerna i KonkL försvårar för en överlåtelse att nå framgång med en skenöverlåtelse.

Gregow har framfört en åsikt att traditionsprincipen egentligen nästan uteslutande har till syfte att underlätta arbetet för exekutiva organ. Han utvecklar sitt resonemang enligt följande. Om tredje man gör anspråk på egendom som finns i en gäldenärs besittning kan de exekutiva organen (KFM och konkursförvaltare) med stöd av traditionsprincipen avfärda anspråket på grund av att en besittningsövergång inte skett. I det här sammanhanget saknar det betydelse om det är ett verkligt köp eller ett skenavtal och om betalning skett eller inte. Alla köp som inte traderats blir föremål för exekution med stöd av tvingande reglering. Traditionsprincipens verkliga funktion blir att den underlättar exekution på ett antal verkliga köpars bekostnad.⁸⁴

Gregow får medhåll av Håstad i ovanstående resonemang. Håstad går så långt att han påstår att traditionskravet inte är något bra instrument för att motverka skenöverlåtelser. Han menar, liksom Gregow, att det enda värdet med traditionskravet ligger i att det neutraliserar antedateringar och på detta vis bidrar till en effektivare exekutionsprocess. Traditionsprincipen medför att någon prövning om ett verkligt överlåtelseavtal har ingåtts inte behöver

⁸⁰ Gregow, *SvJT* 2013 s. 1070

⁸¹ Vargö, *SvJT* 2013 s. 1058

⁸² Gregow, *SvJT* 2013 s. 1070 f.

⁸³ Håstad, *Tillägg i rättsfallet NJA 2008 s. 684*

⁸⁴ Gregow, *SvJT* 2013 s. 1066 och SOU 1995:11, s. 146

ske. Lösöre som efter ett förvärv kvarlämnats hos en överlåtare kan, om registrering enligt LkL inte har skett, i alla situationer tillgodogöras av överlåtarens borgenärer. Traditionsprincipens effekt att den motverkar vissa typer av borgenärsbedrägerier vinnas på bekostnad av genuina köp som kvarlämnats hos överlåtaren. Håstad ifrågasätter vilket empiriskt stöd som finns för att borgenärskollektivet ska prioriteras före en verklig köpare.⁸⁵

Min bedömning

Det tyngsta skälet för att traditionsprincipen bör upprätthållas är att principen motverkar borgenärsbedrägerier. Då huvudsyftet med traditionsprincipen är att förhindra borgenärsbedrägerier (skenöverlåtelse/efterhandskonstruktioner) blir en avgörande fråga att pröva till vilken grad principen verkligen uppfyller detta mål.

Att traditionsprincipen motverkar falska efterhandskonstruktioner är ett faktum. Genom att uppställa ett strikt krav på tradition blir det omöjligt för en bedragare att genom ett falskt påstående hävda att lösöre som finns i hans besittning redan är överlåtet. Vid andra typer av skenöverlåtelser kan traditionsprincipen inte anses vara lika effektiv. Om en gäldenär är fast besluten att bedra sina borgenärer kan han åstadkomma detta genom att tillfälligt överförflytta lösöret eller registrera överlåtelser enligt LkL. Traditionsprincipen kan sägas motverka i efterhand ingångna överlåtelseavtal men fyller inte samma funktion vid mer sofistikerade undandragandeförsök.

Att traditionsprincipen motverkar vissa typer av borgenärsbedrägerier måste ses som en positiv egenskap. Principen är i det här avseendet effektiv.

En övergång till avtalsprincipen kommer att innebära en förhöjd risk för borgenärsbedrägerier. Den fråga man då måste ställa sig är i vilken utsträckning risken kommer att öka.

Som ovan beskrivits innehåller reglerna i UB skydd för borgenärer i exekutionssammanhang. Skyddssystemet är omfattande och innehåller presumptionsregler för att gäldenären är ägare till lösöre i sin besittning. För att bryta presumptionen krävs i praktiken skriftligt avtal och bevisning om att avtalet rör ett verkligt köp. Enbart den omständigheten att man kan presentera ett skriftligt dokument är inte tillräckligt utan det krävs att man med hjälp av dokumentation kan styrka sin äganderätt. UB:s regler är gällande rätt och ska tillämpas även om man övergår till avtalsprincipen. Min uppfattning är att skyddssystemet i UB ger ett rimligt gott skydd mot skentransaktioner för borgenärskollektivet.

Det finns inte någon direkt motsvarighet till UB:s regler inom konkursrätten men besittningspresumptionen är en allmän princip som även får anses gälla i konkurssituationer. Om man väljer att övergå till avtalsprincipen finns det

⁸⁵ Håstad, *Tillägg i rättsfallet NJA 2008 s. 684*

skäl att överväga ett införande av en lagregel med motsvarande innehåll som UB 4:18 i KonkL. En sådan regel skulle tydliggöra rättsläget i konkursituationerna.

De objektiva och subjektiva återvinningsreglerna som finns i 4 kap. KonkL kommer även de att motverka den förhöjda risken för borgenärsbedrägerier. Den subjektiva återvinningsregeln tar sikte på otillbörligt gynnande av viss borgenär på andra borgenärs bekostnad. Regeln förutsätter ond tro och innebär att en sådan rättshandling ska återgå om den ägt rum fem år före konkursen. Den objektiva återvinningsregeln innebär återvinning av rättshandlingar som ägt rum tre månader före fristdagen.

Den förhöjda risken med avtalsprincipen motverkas också av reglerna i BrB om osant intygande 15 kap. 11 § och försvårande av exekutiv förrättning 11 kap. 2 §.

Ett regelsystem som innebär att det föreligger en presumtion för att egendom som finns hos gäldenären kan utmätas, att möjligheter finns till återvinning i konkurs, och att straffansvar för borgenärsbedrägerier kan påföras, räcker enligt min uppfattning för att anse att borgenärskollektivet är tillräckligt skyddat av lagstiftaren. Det uppställda kravet på tradition känns i det här sammanhanget främmande och onödigt rigoröst.

När man ska bedöma om traditionsprincipen är en välmotiverad och praktisk metod för att motverka borgenärsbedrägerier måste man också ställa sig frågan hur ofta den här typen av bedrägerier förekommer. En konsekvens av regeln är nämligen att alla verkliga köpare som inte har tagit med sig köpt egendom riskerar att drabbas av en rättsförlust. Det är svårt eller omöjligt att försöka fastställa hur ofta borgenärsbedrägerier förekommer i utmätning och konkurs. Det är lika svårt att beräkna hur många verkliga köp som genomförs och som kommer att drabbas av rättsförlust därför att godset kvarlämnats. Behöver man kunna beräkna antalet borgenärsbedrägerier och jämföra dem med antalet verkliga köp som drabbats av en rättsförlust för att bestämma om traditionsprincipen är välmotiverad eller inte? Hur ska man hantera frågeställningen när det inte går att säkerställa några statistiska uppgifter till stöd för en ståndpunkt? Enligt min uppfattning kan man besvara frågeställningen utifrån en bedömning av vem/vilka som enklast kan bära bördan av en ekonomisk förlust. Om man tillämpar traditionsprincipen får bördan alltid bäras av en person (köparen) medan bördan vid tillämpning av avtalsprincipen skulle fördelas på flera (borgenärskollektivet). Avtalsprincipen skulle innebära att förlusten pulvriserades och bars av kollektivet. En ekonomisk riskspridning är ett starkt argument för avtalsprincipen framförallt med hänsyn till att det inte finns några säkra uppgifter om omfattningen av borgenärsbedrägerierna som traditionsprincipens skyddar.

Ett argument för traditionsprincipen är att den effektiviserar exekutiva organs arbete vid utmätning och konkurs. Principen innebär i praktiken att KFM inte behöver göra någon som helst prövning om godset tillhör

gäldenären eller inte. Regeln är av tvingande karaktär och kommer att fungera på det sättet att KFM tar egendomen i anspråk även om det i det enskilda fallet är klarlagt – bevisat – att egendomen tillhör annan. KFM kommer här att tillämpa en exekutionsregel ”i strid” med avtal och allmänna rättsprinciper. Redan härigenom kan man säga att traditionsprincipen tillvaratar en ”tveksam” rätt för borgenärskollektivet.

Ett annat perspektiv som måste beaktas är rimligheten i bevisbördefördelningen. Genom traditionsprincipen har lagstiftaren bestämt att det är köparen som ska bevisa att han har bättre rätt till egendom och även om han gör det så kommer köparens krav inte vinna framgång. Det är rimligt att ifrågasätta varför en utomstående tredje man (i form av KFM) så lättvindigt och utan processkostnader har fått tillgång till en regel som undanröjer alla andra legitima krav. Regeln har allt för långtgående konsekvenser.

Min sammanfattade bedömning är att de förhöjda riskerna för ökade borgenärsbedrägerier och en dyrare exekutionsprocess inte är av sådan karaktär att de i sig skulle förhindra en övergång till avtalsprincipen.

4.2.3 Negativ inverkan på genuina köp

Uppfattning i doktrin m.m.

Alla, eller i princip alla, affärstransaktioner som ingås mellan en köpare och en säljare är äkta - genuina - och avsedda att fullföljas fullt ut enligt avtalet. Detta gäller oavsett om det är frågan om en transaktion i ett konsumentförhållande eller i ett kommersiellt förhållande.

Idag slår ett traditionskrav hårt mot en förvärvare som gjort ett genuint köp men av någon anledning valt att kvarlämna den förvärvade egendomen hos överlåtaren. Skälet till det är att traditionsprincipen, liksom andra sakrättsliga regler, är tvingande och inte går att avtalas bort av parterna.⁸⁶ Orsakerna till att en förvärvare väljer att kvarlämna egendom hos överlåtaren kan variera. Det kan röra sig om situationer där:

- Förvärvaren av lösöre ännu inte hunnit anordna transport.
- Förvärvaren har direkt tänkt överlåta lösöret till en ny förvärvare.
- Överlåtaren ska tillverka lösöret åt förvärvaren.
- Egendomen är för otymplig för att transportera.

Vid den sakrättsliga prövningen blir orsaken till kvarlämnandet betydelselös om överlåtaren blir föremål för exekution. Även den mest rimliga förklaring till varför lösöret kvarlämnats är meningslös. Om lösöret inte traderats i

⁸⁶ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 219

enlighet med de krav som uppställs enligt traditionsprincipen kan egendomen utmätas för överlåtarens skulder.⁸⁷

Min bedömning

Det är mindre lämpligt att tillämpa en regel som innebär att verkliga köpare förlorar både den köpta varan och erlagd köpeskilling. Traditionsprincipens krav på besittningsövergång innebär en förhöjd risk för sådana ”dubbla förluster”. Detta förhållande är otillfredsställande och blir extra tydligt när regeln inte på något sätt gynnar någon avtalspart, utan endast är avsedd för att tillvarata tredjemans - borgenärskollektivets - rätt.

Då traditionsprincipen övergavs för konsumentköp argumenterade lagstiftaren att det borde vara naturligt att ge en konsument som har ett anspråk på en betald och individualiserad vara separationsrätt vid utmätning eller konkurs. Lagstiftaren borde enligt min uppfattning resonera på samma vis även för transaktioner som sker mellan två näringsidkare. Även om konsumenter får anses vara extra skyddsvärda borde samma moment av ”orättvisa” kunna bedömas föreligga om en näringsidkare som genomfört en genuin affär förlorar både det köpta godset och sin betalning. Lagstiftaren borde kunna utgå från att merparten av alla affärstransaktioner är genuina. Med denna utgångspunkt borde det vara mer naturligt att skydda den som gjort ett genuint köp oavsett om han är konsument eller näringsidkare istället för säljarens borgenärer.

Konsekvensen av traditionsprincipen drabbar genuina köpare. För ytterligare motivering hänvisar jag till avsnitt 4.2.2.

Vid en samlad bedömning talar detta till traditionsprincipen nackdel.

4.2.4 Likabehandling av köpare och borgenärer

Uppfattning i doktrin m.m.

Argument som innebär att en köpare av lösöre blir särskilt illa behandlad genom traditionsprincipen har framförts i doktrinen.⁸⁸ Påståendet förekommer vanligtvis i samband med att en köpare av en vara har betalt för egendomen men kvarlämnat den hos säljaren. Om överlåtaren blir föremål för exekution kommer den kvarlämnade egendomen att kunna utmätas. I teorin har förvärvaren rätt att få ut liknande egendom eller ersättning för sin betalning om den köpta egendomen har tagits i anspråk. I praktiken kommer förvärvaren endast att ha en oprioriterad fordran med svag förmånsrätt i konkursen. Då överlåtaren är i sådana ekonomiska problem att han inte kan fullgöra sina förpliktelser kommer det anspråk som förvärvaren får sakna betydelse. Anspråket kommer inte att ge någon utdelning vid konkursen.

⁸⁷ Håstad, *Tillägg i rättsfallet NJA 2008 s. 684* och Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 656 f.

⁸⁸ Vargö, *SvJT 2013 s. 1054* och prop. 2001/02:134, s. 74

Realeffekten blir att överlåtarens borgenärer kan tillgodogöra sig både den sålda egendomen och pengarna som erlagts i betalning. Traditionsprincipen resulterar i att en överlåtares borgenärer kan tillgodogöra sig ”dubbel nytta” om förvärvare kvarlämnar betald egendom hos överlåtare.⁸⁹

Principiellt kan man också betrakta denna konkurrenssituation omvänt. Det går att ifrågasätta varför en förvärvare av lösöre ska ha särskild separationsrätt vid en konkurs när andra borgenärer, exempelvis säljare som har ett krav på pengar eller långivare som har ett krav på återbetalning, inte har det. Man kan jämställa en köpare av lösöre med en borgenär som alla andra som inte bör ha rätt till någon särbehandling.⁹⁰ Traditionsprincipen kan betraktas på det här sättet sägas upprätthålla kravet på likabehandling av olika typer av borgenärer.⁹¹

Varför ska en köpare av individuellt bestämt lösöre gynnas framför en köpare av generiskt lösöre eller en annan avtalspart som har presterat i förskott?

Gregow menar att det finns en principiell skillnad mellan att ha en fordran på utlämnande av en individuellt bestämd vara och en fordran på pengar. Det är enligt honom naturligt att anse att en fordran på ett individualiserat objekt bör prioriteras. Denna inställning stämmer också överens med det allmänna rättsmedvetandet. Ett annat argument till stöd för den här åsikten är att en borgenär som har en fordran på pengar kan säkra sin fordran genom exempelvis återtagandeförbehåll eller panträtt. Denna möjlighet är mycket begränsad för en köpare som av en eller annan anledning kvarlämnat den betalda varan.⁹² Vargö, å sin sida, menar att köpare av lösöre principiellt sett har samma möjlighet som ”alla andra” att kreditsäkra köp som kvarlämnats. Det är inte heller nödvändigt att förskottsbetala en vara utan att samtidigt skaffa någon form av säkerhet.⁹³

Min bedömning

I en konkurssituation kommer både en säljare (borgenär) och en köpare (som lämnat kvar varan) att göra förluster. Båda två går miste om varan och pengarna. Med det som utgångspunkt är det enligt min bedömning svårt att säga att någon av dem gör en dubbel förlust. En säljare och en köpare blir teoretiskt likabehandlade vid konkursutbrottet. En köpare kan inte anses vara särskilt förfördelad enbart på den grunden att han förlorar både varan och betalningen.

Finns det då något skäl för att gynna en köpare som kvarlämnat sin egendom?

⁸⁹ Gregow, *SvJT* 2013 s. 1067

⁹⁰ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 210 och Vargö, *SvJT* 2013 s. 1055

⁹¹ Vargö, *SvJT* 2013 s. 1060

⁹² SOU 1995:11, s. 151

⁹³ Vargö, *SvJT* 2013 s. 1060

En köpare har typiskt sett mindre möjligheter att garantera sin äganderätt genom att kräva någon form av säkerhet. För en säljare är det däremot fullt naturligt att i sina avtalsvillkor koppla på äganderätts- och återtagandeförbehåll. Säljaren uppnår genom detta en separationsrätt i konkursen. Den enda möjligheten att likabehandla köparen med säljaren i konkurssituationen är att erbjuda köparen en motsvarande separationsrätt. Om köparen ges separationsrätt blir han likabehandlad med en säljare med återtagandeförbehåll. Så länge det föreligger så stora skillnader mellan en köpares och en säljares praktiska möjligheter att säkerställa att avtalet fullföljs genom garantier kan det finnas skäl att gynna köparen.

Traditionsprincipen bidrar i realiteten inte till någon likabehandling av köpare och övriga borgenärer. Påståendet om effekterna av likabehandling bör av denna orsak inte tillmätas någon särskild betydelse vid bedömningen av vilken princip som ska tillämpas.

4.2.5 Försvårar vissa typer av transaktioner

Uppfattning i doktrin m.m.

Avtalsfrihet i kommersiella förhållanden borde medföra att kontrahenterna kan välja den mest effektiva avtalsformen för att åstadkomma det som parterna har avsett med transaktionen. Obligationsrättsligt giltiga avtal bör så långt det är möjligt slutgiltigt och fullständigt reglera vad som senare kan hända både vad gäller parternas inbördes förhållanden och förhållandet till en utomstående tredje man.⁹⁴

Kravet på tradition försvårar och omöjliggör vissa typer av överlåtelser enbart på den grunden att det uppställs krav på besittningsövergång. Alternativen för att uppnå skydd i sådana överlåtelssituationer är att avtalsparterna kan tvingas konstruera svårförståeliga och egenartade avtalskonstruktioner för att kunna genomföra avtalet och uppnå sakrättsligt skydd.⁹⁵ Exempel på sådana avtalssituationer är:

- Sale and leaseback köp där meningen med förvärvet är att egendomen ska kvarvara hos överlåtaren som även i fortsättningen ska kunna utnyttja föremålet. Den rättsliga statusförändringen som uppstår är att äganderätten övergår från överlåtaren till förvärvaren. Någon fysisk förflyttning av egendomen sker inte.⁹⁶
- Tillverkningsköp som innebär att förvärvaren förskottsbetalar en del av köpesumman för att tillverkning av varan ska påbörjas.⁹⁷
- Överlåtelser mellan företag (olika rättssubjekt) som bedriver verksamhet i gemensamma lokaler.⁹⁸

⁹⁴ Mattsson, *SvJT 2005* s. 320 och Gregow, *SvJT 2013* s. 1065

⁹⁵ Gregow, *SvJT 2013* s. 1067

⁹⁶ Gregow, *SvJT 2013* s. 1067

⁹⁷ Mattsson, *SvJT 2005* s. 320

⁹⁸ SOU 1995:11, s. 147

- Köp av vara eller material till en underleverantör som ska användas i underleverantörens produktion för att producera varor för köparen.⁹⁹
- Familjerättsliga och kommersiella närståendeförvärv.¹⁰⁰

Inom doktrinen har det framförts åsikter att avtalsparter kan avstå från att genomföra affärer på grund av de problem och ekonomiska risker som är förknippade med traditionsprincipen.¹⁰¹

En tillämpning av avtalsprincipen skulle enligt Mattsson kunna underlätta att transaktioner av ovanstående typ genomförs. Om sakrättsligt skydd skulle uppkomma redan genom avtalet kan parterna bortse från riskerna med en besittningsövergång. Genom att det skulle bli lättare för avtalsparter att själva avgöra när sakrättsligt skydd skulle kunna uppkomma skulle flera typer av affärstransaktioner genomföras och de ekonomiska resurserna skulle användas mer effektivt.¹⁰²

Mellqvist menar att det finns ett värde i att traditionsprincipen är en sedan länge gällande rättsregel som genom rättspraxis har förfinats och preciserats till att idag vara förhållandevis förutsägbar. Rättspraxis har till exempel prövat och avgjort personunionsförhållanden och förhållanden som gäller företag som bedriver verksamhet i gemensamma lokaler.¹⁰³ Enligt Mellqvists uppfattning finns det ett fortsatt utrymme för att genom praxis ytterligare precisera gränserna för sakrättskydd. En fördel med denna ordning är att man bygger vidare på en etablerad regel som erbjuder rättslig stabilitet istället för att radera systemet för att börja använda sig av en ny regel med alla de initiala tillämpningsproblem som det skulle innebära.¹⁰⁴

Min bedömning

Moderna ekonomiska realiteter ställer höga krav på flexibilitet inom avtalsrätten. Man kan nästan påstå att det dagligen uppstår nya rättsfigurer, vanligtvis till följd av mer eller mindre avancerade finansieringsformer för avtal. Med det som bakgrund borde det vara en förutsättning att parterna har full rådighet om avtalsvillkoren och om de sakrättsliga aspekterna av avtalet.

Idag tillämpas traditionsprincipen. Genom sitt krav på besittningsövergång förhindras den mest effektiva avtalslösningen i det enskilda fallet. För att minimera riskerna för borgenärsgenombrytande kommer avtalsparterna att vara tvungna att konstruera säregna och komplicerade avtalslösningar som förutom allt annat innebär processekonomisk fördyring.

⁹⁹ Dir. 2013:28, s. 3 och Mattsson, *SvJT* 2005 s. 320

¹⁰⁰ Gregow, *SvJT* 2013 s. 1067

¹⁰¹ Gregow, *SvJT* 2013 s. 1068

¹⁰² Mattsson, *SvJT* 2005 s. 320

¹⁰³ NJA 2000 s. 88, NJA 2007 s. 413 och NJA 2008 s. 684

¹⁰⁴ Mellqvist, *SvJT* 2010 s. 240 f.

En övergång till avtalsprincipen skulle innebära att behovet av säregna avtalslösningar upphör. Avtalet skulle säkerställa både parternas obligationsrättsliga förhållanden och ge sakrättsligt skydd.

Mellqvist har argumenterat för att rättspraxis förändrat och anpassat traditionsprincipen till moderna avtalsförhållanden. Exempel på sådana rättsliga avgöranden är NJA 2007 s. 413 och NJA 2008 s. 684. Mellqvist menar också att rättspraxis även fortsättningsvis kommer kunna precisera och tydliggöra traditionsprincipen. Min bedömning är att domstolarna inte kommer att kunna modifiera traditionsprincipen genom rättsliga avgöranden på det sätt som den ekonomiska verkligheten kräver. Domstolarna kommer inte att kunna detaljreglera traditionsprincipens närmare innehåll för olika avtalssituationer. Det kommer dröja många år innan HD har möjlighet att pröva ett nytt avtalsupplägg och på så sätt utveckla och precisera traditionsprincipen. Det är enligt min uppfattning en omöjlighet att uttömmande reglera rättsutvecklingen enbart genom rättspraxis.

Vid en jämförelse med avtalsprincipen, som inte omöjliggör vissa typer av transaktioner, anser jag att argumentet att traditionsprincipen går att precisera genom utveckling i rättspraxis väger ganska lätt. För rättsutvecklingen är det en fördel att tillämpa avtalsprincipen som ger parterna flexibilitet jämfört med att tillämpa traditionsprincipen som innebär att parterna blir tvungna att avvakta ett rättsligt ställningstagande för att få klarlagt om sakrättsligt skydd uppnåts.

Min uppfattning är att traditionskravet försvårar och eventuellt omöjliggör vissa typer av överlåtelser. Vid en samlad bedömning talar detta till traditionsprincipens nackdel.

4.2.6 Allmänhetens uppfattning om traditionsprincipen

Uppfattning i doktrin m.m.

Grundläggande tankar kring rättsregler är att de ska återspegla vad som omfattas av det allmänna rättsmedvetandet och samtidigt vara kända för allmänheten. En person; vem som helst, ska ur ett teoretiskt perspektiv kunna förstå konsekvenserna av ett handlande och förutse effekterna av handlandet.

Traditionsprincipen har fått kritik för att den är relativt okänd bland allmänheten. De flesta personer som genomför affärstransaktioner är inte medvetna om att en vara måste överlåtas för att sakrättsligt skydd ska uppkomma.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Gregow, *SvJT* 2013 s. 1067

I doktrinen har det framförts åsikter om att allmänhetens uppfattning om en rättsregels innehåll inte ska vara avgörande för om man ska tillämpa en rättsregel eller inte. Vid lagstiftningsarbete kan man inte fästa avseende vid vad allmänheten känner till eller kan förväntas känna till om innehållet i en rättsregel. Om man skulle tänka så skulle lämpligheten av en hel rad rättsregler kunna ifrågasättas. Det är långt ifrån ovanligt att en rättsregel är okänd bland allmänheten trots att regeln finns och kommer att tillämpas om relevanta rättsfakta uppkommer. Kännedom eller brist på kännedom om en rättsregel bör inte väga särskilt tungt då en regels existens ska prövas.¹⁰⁶ Man måste göra en distinktion mellan att en rättsregel kan vara okänd bland allmänheten och allmänhetens uppfattning om vad som bör vara ”rätt”. Lagstiftaren bör i och för sig sträva efter att utforma regler som överensstämmer med det allmänna rättsmedvetandet om vad som är ”rätt” eller ”fel”. Vid denna bedömning måste det dock göras ordentliga empiriska undersökningar. Utan en sådan undersökning kan spekulationer kring det allmänna rättsmedvetandet få en godtycklig karaktär. Det allmänna rättsmedvetandet bör beaktas av lagstiftaren då övervägande tas om en princip lämplighet men bör aldrig ensam avgöra om principen ska överges eller behållas.¹⁰⁷

Lagstiftaren har gjort ett avsevärt avsteg från traditionsprincipens strikta krav på besittningsövergång. Genom införandet av 49 § KKL övergavs traditionsprincipen vid konsumentköp som inte gäller generisk egendom. Övergången motiverades principiellt främst av hänsyn till det allmänna rättsmedvetandet. Människor utgår i allmänhet från att en köpare ska ha rätt att separera egendom som han betalat för vid en säljares konkurs. Avsaknaden av separationsrätt anses strida mot det allmänna rättsmedvetandet.¹⁰⁸

Kriström är av den uppfattningen att det inte finns något som talar för att en näringsidkare i högre utsträckning än en konsument skulle vara medveten om effekterna och riskerna med att kvarlämna en vara hos en säljare. Han menar att det inte heller bör vara någon skillnad i det allmänna rättsuppfattning enbart på den grunden att man agerar som konsument eller som näringsidkare.¹⁰⁹

Gregow har genom ett exempel beskrivit vilka följder och konsekvenser som kan uppkomma vid ett köp av lösöre som inte tas med vid avtalsslut. Han säger ” Om säljaren blir föremål för utmätning eller försätts i konkurs medan den köpta egendomen är kvar hos honom, tas egendomen i anspråk för betalning av hans skulder. Att få köparen att förstå det befogade i denna ordning torde i allmänhet inte vara möjligt. Om en kronofogde eller konkursförvaltaren förklarar att det finns en regel eller en princip av detta slag och att den syftar till att förhindra skenöverlåtelse, blir svaret att det är gott och väl men att i detta fall är det inte fråga om någon skenöverlåtelse

¹⁰⁶ Vargö, *SvJT 2013* s. 1054 och Mellqvist, *SvJT 2010* s. 240

¹⁰⁷ Vargö, *SvJT 2013* s. 1054

¹⁰⁸ Prop. 2001/02:134, s. 74 f.

¹⁰⁹ Kriström, *SvJT 2005* s. 1113

och det visas kvitto på betalning som det inte finns anledning att betvivla. När kronofogden eller förvaltaren svarar att det inte hjälper eftersom principen gäller i alla situationer, även i fråga om korrekta och seriösa köp, accepteras det inte. Tillämpningen uppfattas som orättvis och personer som råkat i denna situation anser sig ofta förlora förtroendet för rättsväsendet.”¹¹⁰

Min bedömning

Den konsekvens av traditionsprincipen som Gregow beskriver i ovanstående exempel ger enligt min mening ett tydligt uttryck för att traditionsprincipen både är okänd för allmänheten och att den strider mot det allmänna rättsmedvetandet.

Det är svårt att fastslå i vilken utsträckning traditionsprincipen idag är okänd bland allmänheten. Den undersökning som gjordes i samband med SOU 1995:11¹¹¹ talade dock tydligt för att regeln var okänd eftersom det var ett avgörande argument för att övergå till avtalsprincipen i konsumentförhållanden. Det finns ingen anledning att anta att principen i någon större utsträckning skulle vara mer känd för att man agerar i rollen som näringsidkare.

En och samma person kan i olika avtalsförhållanden agera antingen som privatperson eller som näringsidkare. Om man agerar i ett avtalsförhållande privatperson i förhållande till privatperson eller näringsidkare i förhållande till näringsidkare kommer KöpL:s regler gälla obligationsrättsligt och krav på tradition kommer att gälla för sakrättsligt skydd. Om man däremot agerar i avtalsförhållandet privatperson i förhållande till näringsidkare kommer KKL:s regler gälla obligationsrättsligt och sakrättsligt skydd kommer att uppkomma med stöd av avtalsprincipen. I och med att en och samma person kan agera i olika roller med olika krav på sakrättsligt skyddat moment kommer det att bidra till en ökad osäkerhet om vad som egentligen krävs för att uppnå borgenärsskydd. Detta kan ses som ett uttryck för att traditionsprincipen strider mot det allmänna rättsmedvetandet.

Sammanfattningsvis kan man enligt min mening inte med någon stor övertygelse hävda att en regel som både är okänd och strider mot det allmänna rättsmedvetandet ska fortsätta att gälla. Antingen måste regeln göras känd och/eller omfattas av det allmänna rättsmedvetandet. Traditionsprincipen lider brist på båda dessa egenskaper. Dessa omständigheter bör få viss betydelse när man överväger om traditionsprincipen ska fortsätta att tillämpas.

¹¹⁰ Gregow, *SvJT 2013* s. 1065

¹¹¹ SOU 1995:11, s. 269 ff. enbart inom båtbranschen ansågs konsumenter ha kännedom om traditionsprincipen

4.2.7 Tvisteminimerande regel

Uppfattning i doktrin m.m.

En fördel som ofta åberopas med traditionsprincipen är att den är enkel att tillämpa. Besittningsövergången utgör ett objektiva faktum som är lätt att konstatera. Detta bidrar till färre tvister som innebär att det skapas ”ordning och reda” i rättstillämpningen.¹¹²

Principen har trots sin relativa enkelhet lett till ett antal rättsliga tvister. Tvisterna handlar framförallt om vad som krävs för att en besittningsövergång ska anses uppfylld och om det finns möjlighet att göra undantag från traditionsprincipen.¹¹³ Man kan konstatera att det inte, varken genom lagstiftning eller ändring i praxis, går att mer exakt fastslå vad som krävs för att besittningskravet ska anses vara uppfyllt. Det innebär i sin tur att traditionsprincipen kommer att innehålla osäkerhetsmoment om det exakta innehållet i en viss given situation.¹¹⁴

Påståendet att traditionsprincipen är enkel att tillämpa måste nyanseras. I doktrinen har det uttrycks åsikter att traditionsprincipen vid en första anblick kan ge sken av att vara enkel. Gregow påpekar att det föreligger oklarheter med vad som egentligen krävs för att en besittningsövergång ska anses uppfylld. Han tycker att det är anmärkningsvärt att det inte har förtydligats om det är tillräckligt att egendom ska ha kommit ur överlåtarens besittning eller om den måste ha kommit i förvärvarens besittning. Han påpekar även att det föreligger oklarheter kring om tillfällig besittning kan vara nog för att traditionskravet ska vara uppfyllt och om subjektiva faktorer kan spela in vid denna bedömning.¹¹⁵ Göransson ifrågasätter om besittningsbegreppet verkligen underlättar en enkel rättstillämpning. Han påpekar att det föreligger en stor mängd olika kombinationer av besittningsförhållanden som ger borgenärsskydd och en lika stor mängd som inte ger det. Göransson anser att rättsläget endast kan anses klart i okomplicerade fall.¹¹⁶ Håstad konstaterar att kravet på tradition inte enbart kan anses förenkla rättstillämpningen.¹¹⁷

För att bedöma om en princip är enkel eller svår att tillämpa måste den jämföras med den alternativa regeln. Den alternativa regeln är avtalsprincipen. Även denna regel är i sin grundform enkel att tillämpa.¹¹⁸ Vilka eventuella risker finns då förknippade med en tillämpning av avtalsprincipen? Vargö har pekat på ett flertal områden där en övergång till avtalsprincipen antagligen skulle medföra nya gränsdragningsproblem.

¹¹² Mellqvist, *SvJT 2010* s. 239, SOU 1995:11, s. 147 och Helander, *Kreditsäkerhet*, s. 362

¹¹³ Vargö, *SvJT 2013* s. 1055

¹¹⁴ SOU 1995:11, s. 147

¹¹⁵ SOU 1995:11, s. 147

¹¹⁶ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 634 f.

¹¹⁷ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 214

¹¹⁸ Mellqvist, *SvJT 2010* s. 239

Avtalsprincipen kommer förmodligen att leda till tvister när det gäller:

- Att avgöra om en överlåtelse utgör en omsättnings- eller säkerhetsöverlåtelse. Detta område är av särskilt intresse och diskuteras närmare under avsnitt 4.2.8.
- Att pröva om ett ingånget avtal är allvarligt menat och från vilken tidpunkt avtalet ingicks.
- Att avgöra om ett lösöre är tillräckligt individualiserat eller om ett avtal tillräckligt tydligt utpekar specifikt lösöre.
- Att avgöra om transaktionen är ett kringgåendeförsök eller inte. Detta diskuteras närmare under avsnitt 4.2.2.¹¹⁹

Min bedömning

Om en regel ska anses vara enkel att tillämpa förutsätts att den omfattar och täcker in de flesta situationer som kan uppstå. Det enkla med traditionsprincipen måste vara att bedöma när besittningsövergång har skett. Den prövning som sker för närvarande tar inte sikte på den frågan. Den rättsfallsgenomgång som gjorts i avsnitt 3.3 visar tydligt på komplexiteten i rättsfrågorna. Det går mot bakgrund av detta inte att säga att traditionsprincipen är enkel att tillämpa.

En övergång till avtalsprincipen skulle antagligen inte innebära att antalet tvister minskar. Man kan förutse att de nuvarande tvisterna om rådgivningsavskärning föreligger eller inte ersätts av tvister om gränsdragning och individualisering av varor. Det finns dock inget som talar för att bedömningarna blir svårare vid en tillämpning av avtalsprincipen.

Att traditionsprincipen är enkel att tillämpa och därför begränsar antalet tvister stämmer inte och borde enligt min uppfattning inte tillmätas någon särskild betydelse då man ska avgöra vilken av principerna som ska tillämpas.

4.2.8 Gränsdragning mellan omsättnings- och säkerhetsöverlåtelser

Uppfattning i doktrin m.m.

Ett argument som ofta åberopas till traditionsprincipens fördel är att någon skillnad inte behöver göras mellan omsättnings- och säkerhetsöverlåtelser. En omsättningsöverlåtelse är en verklig transaktion där tanken med affären är att äganderätten ska övergå från överlåtaren till förvärvaren. En säkerhetsöverlåtelse utgör per definition en pantsättning där transaktionen ser ut att vara ett köp. Vid en säkerhetsöverlåtelse väljer parterna att

¹¹⁹ Vargö, *SvJT* 2013 s. 1055 ff.

upprätta ett köpeavtal med en ”underförstådd” återköpsklausul istället för att upprätta ett pantavtal.¹²⁰

För att sakrättsligt skydd ska uppkomma vid verklig pantsättning av lösöre krävs det enligt 10 kap. 1 § HB att egendomen överlämnas till panthavaren och förblir där under den avtalade tidsperioden. Överlämnande av pantsatt egendom motiveras på samma sätt som överlämnande av sålt lösöre. Genom att kräva tradition undviks falska påståenden om att egendom har pantsatts. Traditionskravet är också tänkt att bidra till att pantsättaren ska känna av en viss uppoffring då han tar upp lån genom att han måste avstå från egendomen.¹²¹

Det är inte aktuellt att ändra kravet på tradition för pantsättning. Om man ändrar det sakrättsliga momentet för överlåtelse av lösöre till en avtalsprincip kommer olika sakrättsliga moment att krävas för att uppnå sakrättsligt skydd vid överlåtelser och pantsättning. Detta leder i sin tur till att risken ökar att panträtter/säkerhetsöverlåtelser maskeras som äganderätter för att undvika kravet på tradition.¹²²

Man kan förutse att det kommer att uppstå nya gränsdragningsproblem vad gäller maskerade transaktioner. Vid en eventuell övergång till avtalsprincipen kommer domstolarna att vara tvungna att pröva om en transaktion egentligen rör sig om en omsättningsöverlåtelse, eller om det gäller en säkerhetsöverlåtelse eller en pantsättning. En sådan avvägning kan i många situationer vara komplicerad.¹²³

En fördel med att behålla traditionsprincipen är att domstolarna slipper att hantera gränsdragningsstvister mellan omsättnings- och säkerhetsöverlåtelser. Domstolar och exekutiva myndigheter gör processekonomiska vinster genom att samma krav uppställs för att sakrättsligt skydd ska anses föreligga för de olika överlåtelsearterna.¹²⁴

Min bedömning

Enligt den nuvarande rättsordningen uppställs ett krav på tradition för erhållande av borgenärsskydd både vid överlåtelser och pantsättning. En eventuell övergång till avtalsprincipen är enbart aktuell för omsättningsköp och skulle inte påverka reglerna om pantsättning. Om en övergång blir verklighet skulle olika sakrättsliga moment uppställas för omsättningsköp och pantsättningar.

En konsekvens av en övergång till avtalsprincipen skulle vara att det blir nödvändigt att skilja mellan maskerade säkerhetsöverlåtelser och

¹²⁰ Hästad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 213 och Myrdal, *Borgenärsskyddet*, s. 52

¹²¹ Hästad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 213

¹²² Henriksson, *Sakrättsliga moment*, s. 174

¹²³ Henriksson, *Sakrättsliga moment*, s. 174

¹²⁴ Vargö, *SvJT 2013* s. 1056

omsättningsöverlåtelse. Det är naturligt att tro att detta kommer att göras genom rättspraxis.

Kommer då en övergång till avtalsprincipen att få en reellt betungande effekt?

I den nuvarande ordningen har domstolen i princip endast att pröva om ett rådgivningsavskärmande uppstått. Denna prövning har många gånger lett till komplicerade avgöranden där rättsläget är svåröverskådligt och oförutsägbart. HD kan sägas anstränga sig för att konstruera en besittningsändring när det föreligger kommersiellt skyddsvärda transaktioner. Den ”nya” tänkta tvistefrågan som domstolen typiskt sett kommer att få pröva är om det skett en maskerad pantsättning istället för ett verkligt köp. Det är inte självklart att den frågan skulle generera fler tvister med oförutsägbart och rättsosäker utgång. I och för sig kan man säga att ett nytt tvisteområde innebär processekonomiska förluster men om rättsläget klarnar inom överskådlig tid är detta i sig inte något allvarligt men.

Andra rättsordningar har kunnat hantera gränsdragningsproblematiken mellan säkerhetsöverlåtelse och omsättningsöverlåtelse på ett relativt effektivt sätt. Ett exempel på det är Norge som löst frågan genom att lägga fokus på bevisningen om i vems intresse varan har kvarlämnats.¹²⁵ Det finns ingenting som talar emot att samma resultat skulle kunna uppnås här.

Sammanfattningsvis är det i vart fall ett processekonomiskt problem att nya tvister gällande gränsdragningen kommer att uppkomma. Min uppfattning är att rättsläget kommer att bli klarlagt relativt snart när det gäller denna gränsdragningsproblematik. När rättsläget väl har klarlagts uppkommer inte längre några processekonomiska förluster som överstiger de nuvarande. I det klarlagda rättsläget är det förmodligen enklare – och mer processekonomiskt – att pröva en fråga om maskerad säkerhetsöverlåtelse jämfört med att pröva en fråga om tillräcklig besittningsövergång skett i det enskilda fallet.

4.2.9 Publicitet

Uppfattning i doktrin m.m.

Krav på besittningsövergång ger publicitet åt en överlåtelse. Äganderättsövergången blir känd för andra genom förflyttningen. Detta krav på besittningsövergång var ett av huvudändamålen då traditionsprincipen infördes. Genom krav på publicitet kan ingen annan aktör göra felaktiga antaganden om en persons samlade förmögenhetsmassa. Man är god för det man har, varken mer eller mindre. Publicitetskravet ger i den här meningen ett utökad skydd för kreditgivning. Ett annat argument som skulle tala för att publicitet är effektiv är att förflyttning har ansetts förhindra undandragande

¹²⁵ Håstad, *Tillägg i rättsfallet NJA 2008 s. 684* och SOU 1995:11, s. 139 f.

av exekutionsunderlag genom falska påståenden om att lösöre redan har blivit överlåtet.¹²⁶

Om publicitet uppfyller ovanstående funktioner är de hållbara argument som talar till traditionsprincipens fördel. Inom doktrinen har man dock varit mycket kritisk till att publicitet numera har ett egenvärde som stöd för traditionsprincipen. Bland annat har det framförts åsikter att kravet på publicitet inte är så mycket värt, att publicitetskravet inte har något självändamål, att publicitetskravet är kontrastlöst och att publicitetskravet till och med kan betraktas som vilseledande.¹²⁷

Doktrinen uppfattning verkar i det här avseendet sammanfattningsvis vara att publicitet numera har en underordnad, eller obefintlig betydelse, till stöd för traditionsprincipen. Om publicitetskravet har något kvarvarande syfte är det som ett underordnat syfte för att hindra borgenärsbedrägerier och underlätta kreditgivning.¹²⁸

Min bedömning

Publicitet har varit ett ursprungsargument för att införa och bibehålla traditionsprincipen. Efterhand har det argumentet blivit mer och mer ifrågasatt inom doktrinen. Kritikerna menar, med lite olika inbördes motiveringar, att det inte är själva överflyttningen i sig som stödjer traditionsprincipen utan den effekt i form av skydd mot exempelvis borgenärsbedrägerier som motiverar kravet på publicitet. Stöd för doktrinen uppfattning kan man hitta i NJA 2007 s. 413 där domstolen diskuterade vilken relevans publicitetsfrågan skulle tillmätas utifrån en generell utgångspunkt. I fallet prövade domstolen om det var nödvändigt att en överlåtelse måste ha blivit ”tydlig för en utomstående” för att sakrättsligt skydd skulle kunna anses föreligga. Domstolen kom fram till att något krav på publicitet inte längre kunde vara relevant för att avgöra när en förvärvare vinner borgenärsskydd.

Enligt min uppfattning kan man på goda grunder säga att publicitetskravet inte längre är ett självständigt skäl som kan åberopas till stöd för traditionsprincipen. När det gäller bedömningen om publicitetskravet kan ha något underordnat syfte för att motverka borgenärsbedrägerier och underlätta kreditvärdering hänvisar jag till min argumentation i avsnitten 4.2.2 och 4.2.10.

¹²⁶ Mellqvist, *SvJT 2010* s. 237 och Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 211

¹²⁷ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 211, SOU 1995:11, s. 145, Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 626, Myrdal, *Borgenärsskyddet*, s. 233 och Mellqvist, *SvJT 2010* s. 237

¹²⁸ Myrdal, *Borgenärsskyddet*, s. 45 f. och SOU 1995:11, s. 145 f.

4.2.10 Kreditvärdering

Uppfattning i doktrin m.m.

En fördel med traditionsprincipen har sagts vara att principen underlättar för en kreditgivare att värdera kreditvärdigheten för en person som söker lån. Det krav på besittningsövergång som traditionsprincipen uppställer ska motverka att personen ger sken av att äga egendom som egentligen tillhör någon annan och på så sätt framstå som mer kreditvärdig än vad han egentligen är. Genom att kravet på tradition uppställs minskar risken att en kreditgivare missbedömer en persons kreditvärdighet och ger lån på felaktiga grunder.¹²⁹

Inom doktrinen har det uttryckts åsikter om att påståendet att traditionsprincipen underlättar kreditvärderingar inte håller vid en närmare granskning. Orsaken till detta är att det existerar alldeles för många alternativa sätt som en person kan inneha lösöre utan att faktiskt vara ägare till egendomen. Det är inte ovanligt att en persons egendom antingen är hyrd, köpt på avbetalning eller lånad. Av denna anledning är det inte möjligt för en kreditgivare att lita på det intryck som innehav av viss egendom ger. Lösöre som finns hos den kreditsökande personen kan mycket väl tillhöra någon annan och därför inte anses tillhöra personens förmögenhetsmassa.¹³⁰ En annan orsak till att en kreditgivare inte kan basera sin kreditvärdering på en persons innehav av lösöre är att det inte finns några garantier för att egendomen finns kvar om personen skulle hamna på obestånd. Kreditvärderingen är inte värd mycket om låntagaren har förbrukat det lösöre som från början bidrog till att han fick lånet.¹³¹

Min bedömning

I normalfallet går en kreditprövning mellan två kommersiella parter till på följande sätt. Kreditgivaren och låntagaren har en diskussion om finansieringsbehovet, återbetalningstider och eventuella säkerhetskrav. Därefter provas företagets finansiella ställning med hjälp av årsredovisningar, resultat- och balansrapporter samt budgetanalyser. Slutligen gör kreditinstitutet en sammanställning av allt underlag, tar kreditupplysningar och fattar ett formellt kreditbeslut.

De faktorer som tillmäts betydelse för modern kreditgivning är baserade på ett företags intjänandeförmåga i förhållande till den risk som kreditinstitutet löper vid utlåningen. Den säkerhet som låntagaren kan erbjuda i form av lösöre som han har i sin besittning är i det här sammanhanget endast av marginell betydelse. Modern kreditgivning tar nästan inte någon hänsyn till vilket lösöre en låntagare är ägare till.

¹²⁹ SOU 1995:11, s. 145

¹³⁰ Johansson, *SvJT 1997* s. 346, Håstad, *Tillägg i rättsfallet NJA 2008 s. 684*, Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 211 f., Göranson, *Traditionsprincipen*, s. 627 f. och Mellqvist, *SvJT 2010* s. 236

¹³¹ Hessler, *Allmän sakrätt*, s. 91

Om det skulle vara så att modern kreditgivning byggde på vad låntagaren hade för lösöre i sin besittning finns det en stor risk för felbedömningar vid kreditgivningen med tanke på att egendomen kan vara i låntagarens besittning av flera olika skäl. Låntagaren kan ha egendomen på grund av hyresavtal, leasingavtal, låneavtal och köpeavtal med kopplade återtagande- och/eller äganderättsförbehåll. Det går helt enkelt inte att lita på att besittning av egendom är ett uttryck för kreditvärdighet.

Historiskt går det att förstå tanken att traditionsprincipen underlättade och gjorde kreditbedömningar säkrare. Traditionsprincipen introducerades för cirka 100 år sedan då samhället såg helt annorlunda ut.

Det finns inte längre några väl motiverade skäl för att anse att traditionsprincipen underlättar och gör kreditprövningen säkrare.

4.2.11 Motverka dubbelöverlåtelser

Uppfattning i doktrin m.m.

Ett argument för traditionsprincipen som har framförts i doktrinen är att den motverkar dubbelöverlåtelser. Med dubbelöverlåtelser menar man att en person överlåter samma egendom till två olika förvärvare. De två förvärvarna har konkurrerande äganderätt till samma egendom. Ett krav på tradition motverkar risken för dubbelöverlåtelser eftersom köparen måste ta varan i sin besittning. Tanken är att detta leder till omsättningstrygghet i affärlivet.¹³²

I litteraturen har det framhållits främst två argument mot påståendet att traditionsprincipen motverkar dubbelöverlåtelser. Det första argumentet är att det redan genom reglerna om godtrosvärförvärv existerar ett incitament för en köpare att så fort som möjligt ta förvärvad egendom i sin besittning. En köpare som förvärfvar egendom av en överlåtare i god tro gör ett godtrosvärförvärv. Redan genom dessa regler är en köpare skyddad. Det är därför av största vikt för köparen att på grund av dessa regler ta den köpta egendomen i besittning. GfL ger tillräcklig anledning för en köpare att ta lösöret i besittning. Kravet på köparen att ta egendomen i sin besittning måste inte upprepas och förtydligas genom traditionsprincipen som ett yttre sakrättsligt moment.¹³³

Det är inte heller logiskt, menar Håstad, att en köpare som kvarlämnat egendom ska kunna förlora egendomen till förmån för ett borgenärskollektiv när någon dubbelöverlåtelse inte ägt rum. I denna konkurrenssituation är egendomen kvar i säljarens vård, vilket per definition innebär att det inte har

¹³² Vargö, *SvJT* 2013 s. 1059

¹³³ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 212

skett någon fysisk dubbelöverlåtelse. Att förlora egendomen på grund av en dubbelöverlåtelse som i det enskilda fallet inte har ägt rum är orimligt.¹³⁴

Min bedömning

Det är riktigt att påstå att ett krav på tradition motverkar dubbelöverlåtelser. Om säljaren inte längre har kvar varan är han definitivt avskuren från möjligheten att sälja egendomen en gång till. Traditionsprincipen hindrar effektivt risken för dubbelöverlåtelser.

Det finns andra regelsystem som hanterar riskerna för dubbelöverlåtelser parallellt med traditionsprincipen.

Det är i första hand reglerna om godtrosvärv. Dessa regler ger en köpare i god tro bättre rätt till den köpta egendomen. Eftersom en ägare riskerar att förlora egendomen i en sådan konkurrenssituation kommer godtrosvärvsreglerna att göra att förvärvaren redan vid avtalsslutet tar med sig den köpta egendomen. Den upplevda risken av att förlora egendomen i en godtrossituation kommer i praktiken innebära att man agerar och skapar sig sakrättsligt skydd genom att ta med sig egendomen. Reglerna om godtrosvärv är dessutom enligt min uppfattning kända av allmänheten på ett helt annat sätt än traditionsprincipen.

I andra hand finns reglerna om tvesalu i 1 kap. 5 § HB. Den som säljer en sak två gånger drabbas av ersättningsanspråk från den köpare som inte får egendomen. Slutligen finns det straffrättsliga regler som skulle kunna få konsekvenser vid dubbelöverlåtelser – olovligt förfogande – när egendomen överlämnas till fel köpare. Det är oklart hur allmänt kända reglerna om tvesalu och olovligt förfogande är i detta sammanhang.

Enligt min uppfattning är det i första hand reglerna om godtrosvärv som gör att en köpare tar förvärvad egendom i sin besittning eftersom denna regel är mest känd. Traditionsprincipen behövs egentligen inte för att åstadkomma samma skydd.

4.2.12 Internationell harmonisering

Uppfattning i doktrinen m.m.

Den strikta tillämpningen av traditionsprincipen skiljer svensk rätt från vad som gäller i övriga rättsordningar. Den svenska rättens krav på tradition eller registrering för sakrättsligt skydd framstår som unik vid en jämförelse med några av våra närmaste handelspartners. Andra länder har systematiserat sitt sakrättsliga skydd så att det uppkommer direkt genom ett bindande köpeavtal, genom ett köpeavtal kombinerat med en särskild överenskommelse om att äganderätten ska övergå eller genom ett köpeavtal

¹³⁴ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 212 och Vargö, *SvJT 2013* s. 1059 f.

kombinerat med en överenskommelse om att överlåtaren ska besitta varan för förvärvarens räkning.¹³⁵

Inom doktrinen har det faktum att Sveriges tillämpning av traditionsprincipen strider mot vad som i allmänhet gäller utomlands framhållits som en nackdel med principen.¹³⁶ Håstad anser att det är märkvärdigt att Sverige i princip är det enda land som anser det nödvändigt att uppställa ett krav på tradition eller registrering för att en förvärvare ska vara skyddad mot överlåtarens borgenärer. Han ställer sig frågande till om det svenska systemet kan anses tvisteminimerande och om de undandragandeproblem som existerar inte skulle kunna hanteras utan ett traditionskrav.¹³⁷ Håstad får medhåll av Göransson som anser att det är något suspekt med att tillämpa en princip som skiljer sig så radikalt från vad som gäller i övriga rättsordningar. Göransson påpekar att det i tider av ökad internationell handel måste ses som en fördel om olika länder strävar efter att hantera konflikter på ett liknande sätt. Då det svenska systemet skiljer sig åt kan det påverka vår handelsomsättning negativt eftersom företag kan välja att göra affärer i länder som tillämpar mer likartade rättsregler.¹³⁸

Både Myrdal och Kriström instämmer i att det är negativt att den svenska sakrätten skiljer sig från vad som gäller utomlands. Myrdal påtalar att det finns ett egenvärde i att ha ett system som liknar övriga länders. Detta intresse borde vara särskilt stort inom EU där medlemsländernas marknader mer och mer blir en och samma gemensamma marknad.¹³⁹ Kriström håller med Myrdal och uttrycker att en övergång till avtalsprincipen dessutom skulle underlätta för näringslivet att genomföra internationella affärer vilket skulle vara positivt för svenska företag.¹⁴⁰

Min bedömning

Internationella handelsförbindelser gör att nationsgränser suddas ut. Överenskommelser mellan två eller flera stater träffas ofta i form av traktat och konventioner. Vid sådana förhandlingar kommer det att ske jämkningar mellan ländernas åsikter men utgångspunkten är alltid att en majoritet kommer bestämma innehållet i överenskommelsen. Sverige är en del av EU. Inom EU finns krav på fri rörlighet för både varor och tjänster. Sverige har vid jämförelse med de flesta andra länderna i Europa en sakrättslig skyddsregel som helt eller delvis skiljer sig från våra handelspartners. Genom att vår regel avviker från normen har vi bevisbördan för att vår regel är ”bättre” än andra länders. Först om vi kan ”bevisa” det blir vår uppgift att i ett internationellt sammanhang övertyga andra rättsordningar om att traditionsprincipen är det mest effektiva sakrättskyddet som kan erbjudas.

¹³⁵ Håstad, *Tillägg i rättsfallet NJA 2008 s. 684*

¹³⁶ SOU 1995:11, s. 148, Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 662 och Håstad, *Tillägg i rättsfallet NJA 2008 s. 684*

¹³⁷ Håstad, *Tillägg i rättsfallet NJA 2008 s. 684*

¹³⁸ Göransson, *Traditionsprincipen*, s. 661 f.

¹³⁹ Myrdal, *JT 2003-04*, s. 480 f.

¹⁴⁰ Kriström, *SvJT 2005* s. 1113

Som jag tidigare redogjort för finns det enligt min uppfattning inte så många objektiva godtagbara grunder för att påstå att traditionsprinciper är den bästa sakrättsliga lösningen som finns.

En eventuell övergång till avtalsprincipen skulle medföra att vi:

- Motverkar hinder för den fria omsättningen vid internationell handel.
- Minskar handelshinder.
- Motverkar risker för att internationella avtalspartners väljer annan avtalspart på grund av olikheter i reglerna.
- Förenklar eventuellt framtida harmoniseringsarbete på sakrättsområdet inom EU.

Dessa skäl bör vägas in vid prövningen om en övergång ska ske.

4.3 Sammanfattande slutsats

Efter en historisk genomgång, en undersökning av den gällande rätten och en genomgång av de för- och nackdelar som finns med de respektive principerna ska jag sammanfattningsvis besvara frågan – *bör avtalsprincipen generellt ersätta traditionsprincipen som det avgörande sakrättsliga momentet för när borgenärsskydd ska uppkomma vid köp av lösöre?*

Det här avsnittet är endast en sammanfattning av mina synpunkter. Min fullständiga argumentation återfinns under respektive delavsnitt i kapitlet.

Ett av de starkaste argumenten för att bevara traditionsprincipen är att kravet på tradition motverkar vissa typer av borgenärsbedrägerier. Denna positiva egenskap med traditionsprincipen går inte att ifrågasätta. Vad som går att ifrågasätta är om traditionskravet verkligen utgör ett effektivt instrument för att motverka borgenärsbedrägerier. Enligt min uppfattning borde borgenärsbedrägerier lika effektivt kunna förhindras med andra typer av bestämmelser. Både besittningspresumtionen i UB och återvinningsreglerna i KonkL är bestämmelser som ger ett tillräckligt adekvat skydd mot borgenärsbedrägerier.

Traditionsprincipens främsta fördel får anses vara att principen effektiviserar exekutiva organs arbete vid utmätning och konkurs. De exekutiva organen behöver aldrig genomföra en materiell prövning av den bakomliggande orsaken till kvarlämnandet av en köpt vara utan kan enbart hänvisa till att någon besittningsövergång inte skett. Den effektivitetsvinst som de exekutiva organen gör måste vägas mot rimligheten i att tillämpa en bestämmelse som inte går att motbevisa. Enligt min uppfattning är det en bättre ordning att en köparens möjlighet att framlägga bevis om äganderätt prioriteras framför den eventuellt ökade arbetsbördan som en övergång till

avtalsprincipen kan innebära för KFM/konkursförvaltaren. Ett annat argument för avtalsprincipen är att den möjliggör separationsrätt för verkliga köpare som tidigare omöjliggjordes av det strikta kravet på besittningsövergång som traditionsprincipen uppställde.

Argumentet att traditionsprincipen har en tvisteminimerande inverkan ser jag som direkt felaktigt. Den rättsfallsgenombgång som gjorts i avsnitt 3.3 stödjer detta påstående. Rättsfallsgenombgången visar också att domstolarnas bedömning av traditionsprincipen förändras över tid. Idag tycks separationsrätt kunna uppnås om domstolen anser att rådighetsavskärning skett under förutsättning att transaktionen är kommersiellt motiverad. En sådan rättstillämpning kommer inte leda till att praxis på området blir vägledande i någon större omfattning. Nya affärsupplägg kommer hela tiden att utformas. Hur kommersiellt motiverade de kan bedömas vara i ett sakrättsligt perspektiv är omöjligt att förutse. Även vid en tillämpning av avtalsprincipen kommer det uppkomma tvister. Inom doktrinen har främst svårigheten att skilja mellan vad som utgör en omsättningsöverlåtelse och en säkerhetsöverlåtelse framhävts som ett särskilt problemområde. Andra rättsordningar som tillämpar avtalsprincipen har med goda resultat lyckats undvika denna gränsdragningsproblematik. Enligt min uppfattning finns det inget som talar för att Sverige inte skulle kunna uppnå samma resultat.

Traditionsprincipens krav på besittningsövergång försvårar eller omöjliggör vissa typer av transaktioner. Vid en övergång till avtalsprincipen skulle dessa typer av transaktioner kunna genomföras på ett naturligare sätt. Företag som i dagsläget är tvungna att konstruera onaturliga och osäkra avtalskonstruktioner skulle vid en övergång uppnå sakrättsligt skydd redan genom avtalet. En övergång till avtalsprincipen skulle underlätta för företag att ingå avtal och minska de merkostnader som i dagsläget används för att konstruera särskilda avtalskonstruktioner. En övergång till avtalsprincipen borde underlätta både för företag och enskilda köpare att sluta avtal. De risker som i dagsläget är sammankopplade med att kvarlämna en förvärvat vara hos en säljare kommer att försvinna. Då det blir smidigare för både näringsidkare och enskilda köpare att ingå avtal talar det för att en övergång till avtalsprincipen borde ha en positiv inverkan på omsättningen i stort.

Det faktum att avtalsprincipen stämmer bättre överens med det allmänna rättsmedvetandet talar enligt min uppfattning också för en övergång. Avtalsprincipen är både enklare att tillämpa och förefaller vara en mer logisk reglering än traditionsprincipen. Att kräva besittningsövergång för att en köpare ska bli skyddad mot säljarens borgenärer förefaller ålderdomligt och måste framstå som ologiskt för gemene man. Det är viktigt att rättsutvecklingen följer samhällsutvecklingen. Det faktum att traditionsprincipen varit gällande rätt under lång tid är enligt min uppfattning inte skäl nog för att behålla principen även i framtiden.

Sveriges tillämpning av traditionsprincipen avviker vid en jämförelse med länder som är våra närmaste handelspartners. Få länder tillämpar traditionsprincipen och ingen tillämpar principen lika kategoriskt och strikt

som Sverige. Den globala handeln ökar och de internationella marknaderna närmar sig varandra mer och mer. En övergång till avtalsprincipen skulle underlätta för den gränsöverskridande handeln och gynna svenskt näringslivs konkurrenssituation i ett globalt perspektiv.

Jag anser att avtalsprincipen bör ersätta traditionsprincipen som det sakrättsliga momentet vid köp av lösöre. Övergången innebär att ett antal följdfrågor måste behandlas. Jag tar ställning till dessa frågor i följande avsnitt.

5 Särskilda frågor vid en övergång till avtalsprincipen

Som redovisats i det föregående avsnittet har jag kommit fram till slutsatsen att man bör övergå till avtalsprincipen. Detta innebär att avtalet i sig blir det avgörande sakrättsliga momentet för när borgenärsskydd uppkommer vid köp av lösöre. Övergången resulterar i att de risker som i dagsläget är sammankopplade med att kvarlämna en förvärvad vara i säljarens besittning minimeras. En köpare kommer inte längre riskera att förlora både den erlagda betalningen och den förvärvade varan vid en eventuell utmätning eller konkurs.

I kommittédirektivet, Dir. 2013:28, har Lösöreköpskommittén fått i uppdrag att besvara ett antal specifika frågeställningar (se avsnitt 1.1) om kommittén kommer fram till att en övergång till avtalsprincipen ska ske. Jag besvarar dessa frågor i det följande avsnittet.

5.1 När kan en vara anses tillräckligt individualiserad?

En grundläggande princip inom sakrätten är att en vara som ska kunna separeras måste vara bestämd; individualiserad. För att uppnå separationsrätt vid köp med tillämpning av avtalsprincipen måste det uppställas ett tydligt krav på individualisering av en vara. Individualisering bygger på en tillämpning av specialitetsprincipen och är en förutsättning för att kunna särskilja en ägare med separationsrätt till en vara från en borgenär med fordringsrätt till betalning för såld egendom.¹⁴¹ Vilka krav på individualisering av en vara bör uppställas vid en generell övergång till avtalsprincipen?

Vid konsumentköp får köparen av en vara skydd mot säljarens borgenärer redan genom avtalet om det i tillräcklig utsträckning framgår att varan är avsedd för köparen. För att sakrättsligt skydd ska uppkomma måste den köpta varan individualiseras i tillräcklig utsträckning. En köpare blir skyddad direkt genom avtalet om köpet rör en viss bestämd vara. Om köpet inte rör en viss bestämd vara utan en vara av ett visst slag, t.ex. en mobiltelefon av ett visst märke, måste en åtgärd vidtas så att varan blir individualiserad för köparen. I 49 § KKL uppräknas fyra möjligheter för hur ett köp som inte avser bestämd egendom kan bli individualiserad. För att en köpare ska bli skyddad mot säljarens borgenärer måste varan antingen avskiljas, märkas, noteras i bokföringen eller genom att det på något annat sätt framgår att varan är avsedd för köparen.¹⁴² Vid konsumentköp uppställs

¹⁴¹ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 152

¹⁴² Dir. 2013:28, s. 6 och Mellqvist, *SvJT 2010* s. 240

det inget krav på att en köpare ska medverka vid individualiseringen av varan. Säljaren kan på eget bevåg avskilja köpt egendom och på detta vis skapa sakrättsligt skydd för köparen. Vid införandet av 49 § KKL riktades viss kritik mot att säljaren genom ensidiga åtgärder som inte var bindande för honom kunde avskilja varor och på detta vis skapa sakrättsligt skydd för köparen.¹⁴³ En sådan möjlighet att ensidigt avskilja varor ansågs ändå nödvändig att införa. Orsaken till detta var att konsumenter sällan medverkar vid individualisering av köpt egendom som sker efter köpeavtalet.¹⁴⁴

Vid en generell övergång till avtalsprincipen kommer även köp mellan två näringsidkare bli sakrättsligt skyddade redan genom avtalet. Frågan som uppkommer är om det är önskvärt att obestämt lösöre ska kunna bli skyddat redan genom avtalet även vid en övergång. Om detta är fallet är det då tillräckligt att uppställa samma förhållandevis mjuka krav på individualisering av varor som gäller vid konsumentköp eller måste dessa krav stramas åt?¹⁴⁵

Utgångspunkten för de generella kraven på individualisering bör hämtas i 49 § KKL. Sedan regeln infördes har inte någon frågeställning om individualisering av varan varit föremål för HD:s prövning. Detta kan i sig tas som intäkt för att regelsystemet är relativt väl avvägt och tjänar de syften som de är avsedda för. När det gäller konsumentförhållanden är det en självklarhet att de nu gällande individualiseringskriterierna ska kvarstå. Samma sak bör gälla i de situationer då en privatperson avtalar och köper från en annan privatperson.

I avtal mellan näringsidkare kan man ha en delvis annan infallsvinkel på individualiseringsproblematiken. Utgångspunkten är då att två näringsidkare är jämbördiga avtalsparter där det inte föreligger risk för en beroendeställning (som kan finnas i konsumentförhållanden och som är en förklaring till skyddsreglerna som återfinns i KKL). Näringsidkare ska betraktas som likvärdiga avtalsparter vilket i sig innebär att det kan uppställas förhöjda krav på individualisering för att sakrättsligt skydd ska uppnås. Ett tänkbart förhöjt krav är att individualiseringen motsvarar det som är ett normalt led i handelsförhållandet mellan parterna. Om t.ex. en säljare genomför en märkning som skiljer sig från hur han normalt märker sålda varor borde detta tala för att en vara inte ska anses tillräckligt individualiserad. Om däremot märkningen eller avskiljandet har skett på ett mellan parterna sedvanligt sätt har sakrättsligt skydd uppnåtts. Möjligheten för säljaren att ensidigt individualisera köpt egendom blir på det här sättet en del av bedömningen i vad som utgör normalt handelsbruk mellan parterna. Vid en tvist om vad som är normalt handelsbruk mellan parterna skulle bevisbördan placeras hos den som åberopar separationsrätt.

¹⁴³ Prop. 2001/02:134, s. 77

¹⁴⁴ Prop. 2001/02:134, s. 77 och SOU 1995:11, s. 173 f.

¹⁴⁵ Mattsson, *SvJT 2013* s. 1048

Slutsatsen är att kravet på individualisering i konsumentförhållanden ska bedömas på samma sätt som det görs idag. När det gäller avtalsförhållanden mellan privatpersoner bör kravet på individualisering ske på i princip samma sätt som i konsumentförhållanden. I avtalsförhållanden mellan näringsidkare bör det uppställas ett förhöjt krav som innebär att avskiljandet ska ha skett på ett för parterna/branschen sedvanligt sätt. Vad som är normalt handelsbruk får sannolikt avgöras genom bedömningar av branschgemensamma överenskommelser och genom rättspraxis.

5.2 Behöver bevisreglerna vid utmätning eller konkurs förändras?

En övergång till avtalsprincipen kommer innebära att KFM:s undersökningsskyldighet kommer att öka. Påståenden om att en vara som befinner sig hos gäldenären är överlåten kan inte avfärdas enbart på den grund att någon besittningsövergång inte har skett. Vid en utmätning kommer KFM vara tvungen att undersöka de faktiska förhållandena kring äganderätten till egendom som en förvärvare påstår sig ha köpt men kvarlämnat hos säljaren.¹⁴⁶

Regler om utmätning finns i 4 kap. UB. Vid en övergång till avtalsprincipen är det nödvändigt att undersöka om dessa regler måste anpassas till den nya principen och vilka krav som bör uppställas för att en köpares anspråk på egendom ska godtas vid en utmätning. En sådan prövning kan få följande utfall:

- 1) Reglerna ska tillämpas på samma vis som tidigare.
- 2) Reglerna ska skärpas.
- 3) Reglerna ska mildras.

För att lös egendom ska kunna utmätas krävs det att det framgår att egendomen tillhör gäldenären enligt 4 kap. 17 § UB. Denna regel kompletteras av 4 kap. 18 § UB som fastslår att gäldenären ska presumeras vara ägare till all lös egendom som finns i hans besittning om det inte kan visas att egendomen tillhör någon annan. För att bryta gäldenärens äganderättspresumtion krävs det att det blivit klarlagt att någon annan är ägare till egendomen. Bevisbördan faller på tredje man som hävdar att egendomen i själva verket tillhör honom. I doktrinen har det argumenterats för att det måste uppställas strikta krav för att tredje man ska nå framgång med en sådan talan. I praktiken bör det krävas att tredje man kan uppvisa en skriftlig handling där det framgår att han är ägare till den kvarlämnade egendomen. Om man som köpare underlåter att skaffa en skriftlig handling som bevisar att ett köp genomförts får man anses ha förlikat sig med risken att egendomen kan utmätas.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Dir. 2013:28, s. 6

¹⁴⁷ Prop. 2001/02:134, s. 78, SOU 1995:11, s. 155 f. och Gregow, *SvJT* 2013 s. 1070

Enligt min uppfattning uppställer reglerna i UB ett adekvat skydd för att motverka undandragandeförsök genom illojala transaktioner. Reglerna innebär att det ställs strikta krav för att tredje man ska lyckas bryta äganderättspresumtionen. Om det skulle uppställas ännu striktare krav för att bryta äganderättspresumtionen skulle övergången till avtalsprincipen få begränsad genomslagskraft. Tanken med en övergång är att det ska bli möjligt för en förvärvare av köpt men kvarlämnad egendom att få separationsrätt till varan om säljaren blir föremål för exekution. Om man höjer de redan strikta beviskraven som förvärvaren måste uppfylla minskar syftet med en övergång till avtalsprincipen. Effekten som detta skulle få är att man vinner sakrättsligt skydd redan genom avtalet men att separationsrätt omöjliggörs. Min uppfattning är att samma beviskrav som nu gäller bör uppställas för att tredje man ska kunna bryta äganderättspresumtionen och få separationsrätt till förvärvad egendom även vid en övergång till avtalsprincipen.

Trots min uppfattning att presumtionsreglerna i UB inte bör förändras kan det vara av intresse att undersöka om reglerna på något vis kan kompletteras för att ytterligare strama åt risken för konstgjorda avtalsarrangemang.

En tänkbar möjlighet skulle vara att införa en genomsynsregel i UB. Tillämpningsområdet skulle vara att KFM använde sig av genomsyn av ett avtal för att bedöma parternas verkliga avsikt med avtalsupplägget istället för att enbart fokusera på upplägget av transaktionen. Inom svensk rätt har lagstiftaren varit restriktiv med att tillämpa genomsynsregler. Ett visst utrymme för sådana bedömningar har dock skett inom t.ex. skattelagstiftningen där Skatteverket i egenskap av myndighet tillämpat genomsyn i vissa situationer. Om KFM skulle ha möjlighet att bedöma den bakomliggande orsaken till ett avtalsupplägg skulle KFM få tillgång till ett instrument som skulle kunna förhindra vissa typer av undandragandeförsök. Eftersom genomsynsregler är skarpa instrument skulle rätten för KFM att tillämpa en sådan regel kunna kopplas till ett krav att det var KFM som självständigt skulle initiera dessa tvister vid domstol. Man skulle då göra ett tillägg i 4 kap. 20 § UB med innebörd att KFM självständigt måste väcka talan vid domstol. I denna situation skulle innehållet i 4 kap. 20 § UB tillämpas omvänt med krav på KFM att väcka talan om avtalets verkliga innebörd. Genom tillämpning av en genomsynsregel skulle de ökade riskerna för skentransaktioner som en övergång till avtalsprincipen kan innebära minskas ytterligare. På grund av lagstiftarens restriktiva tillämpning av genomsynsregler inom andra rättsområden kan det vara tveksamt om en sådan regel kan införas, men frågan bör i vart fall uppmärksammas.

I KonkL finns inga särskilda presumtionsregler. Presumtionsregeln i UB är dock en allmän princip som även gäller i konkursituationer. En konkursförvaltare kan därför med samma utgångspunkt som KFM presumera att egendom som finns i konkursboet vid konkursutbrottet tillhör gäldenären. Samma strikta bevisbörda tillkommer den som påstår att han

förvärvat lös egendom som vid konkursutbrottet finns hos gäldenären.¹⁴⁸ Reglerna om bevisbördan för separationsrätt vid konkurs bör med samma motivering som gäller för utmätning inte förändras. Ur tydlighetssynpunkt är det önskvärt att införa en regel med samma innehåll som 4 kap. 18 § UB i KonkL.

5.3 Behöver reglerna om återvinning anpassas?

Bestämmelserna om återvinning i konkurs återfinns i 4 kap. KonkL. Reglerna uppställer en möjlighet för ett konkursbo att återvinna en rättshandling som gäldenären har vidtagit till skada för borgenärerna. För att återvinning ska bli aktuellt krävs det dels att gäldenären har vidtagit en handling som kan ge konkursboet rätt till återvinning, t.ex. en överlåtelse till uppenbart underpris, och dels att denna rättshandling har vidtagits inom en viss tid som är kopplad till konkursens fristdag.¹⁴⁹ Det är endast aktuellt för ett konkursbo att väcka talan om återvinning om förvärvaren har vunnit sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer. Om förvärvaren inte har vunnit sakrättsligt skydd kan egendomen utan någon särskild prövning tas i anspråk av överlåtarens konkursborgenärer.¹⁵⁰

Enligt gällande rätt börjar återvinningsfristen löpa först vid en besittningsövergång. Vid en övergång till avtalsprincipen uppkommer sakrättsligt skydd redan genom avtalsslutet. Detta innebär att tidpunkten för då återvinningsfristen börjar löpa förändras från besittningsövergången till avtalsslutet om man inte gör någon ändring i den nuvarande regleringen.¹⁵¹

Om återvinningsfristen börjar löpa redan vid avtalsslutet kan det förväntas försämra borgenärers möjlighet att uppmärksamma en äganderättsövergång och ta tillvara möjligheten till återvinning. Då avtalsprincipen ersatte traditionsprincipen vid konsumentköp uppmärksammades detta problem. Utredningen om konsumenträttsliga frågor (SOU 1995:11) föreslog att det skulle införas en särskild bestämmelse i KonkL som fastslog att ett köp aldrig i återvinningshänseende skulle anses fullbordat förrän varan hade traderats, trots att köpet utifrån en sakrättslig synpunkt skulle anses fullbordat redan genom avtalet.¹⁵² Utredningen ansåg att det fanns ett behov av att koppla återvinningsfristerna till den rättshandling som borgenärerna lättast kunde upptäcka. I Utredningen konstaterades också att besittningsövergången i allmänhet inte kunde anses ge någon särskild publicitet men att det i vart fall borde vara enklare för borgenärer att konstatera en besittningsövergång än ett avtalsslut. Av denna orsak skulle en särreglering med en sådan innebörd öka borgenärskollektivets möjlighet att

¹⁴⁸ SOU 1995:11, s. 173 och Prop. 2001/02:134, s. 78 f.

¹⁴⁹ SOU 1995:11, s. 157 och Dir. 2013:28, s. 7

¹⁵⁰ Prop. 2001/02:134, s. 77

¹⁵¹ Dir. 2013:28, s. 7

¹⁵² SOU 1995:11, s. 158 f.

bevaka sin rätt.¹⁵³ Regeringen uppmärksammade problematiken men ansåg inte att det fanns ett tillräckligt behov av den här typen av särreglering. Skälet till detta var att effekten av publicitet vid masstransaktioner ansågs vara låg.¹⁵⁴ Vid en generell övergång till avtalsprincipen måste det dock undersökas om behovet av att anpassa återvinningsreglerna kan vara större nu än det var vid övergången för konsumentköp.

Det finns avgörande fördelar att ha gemensamma tolkningar för vad ett avtal ska ha för rättsverkningar. Detta gäller inte minst för att öka förutsägbarheten för en regel. Om inte avgörande skäl talar emot det bör ett avtal få likartade rättsverkningar både inomobligatoriskt och utomobligatoriskt. Utgångspunkten bör därför vara att det i återvinningsssammanhang ska vara avtalstidpunkten som ska vara avgörande för när återvinningsfristen ska börja löpa. Avtalsprincipen kommer att få generell genomslagskraft och omfatta alla köp av lösöre. Avtalsparter som omfattas är näringsidkare/näringsidkare, privatpersoner/privatpersoner och näringsidkare/privatpersoner. Mängden köp som omfattas av den nya principen kommer att vara oräkneliga. Det är inte ett självbärande argument att säga att ett borgenärskollektiv skulle få bättre kännedom om återvinningsvärda transaktioner bara för att man skulle införa en beräkningstid av återvinningsfrister från traditionstidpunkten. Enkelhet och förutsägbarhet talar för att fristiden ska beräknas från avtalsslutet. En annan grund som talar för att man ska tillämpa avtalet som beräkningstidpunkt är att återvinningsreglerna kan ses som ett skyddsnät för borgenärskollektivet. För att tredje man ska nå framgång med en separationstalan måste han först bryta innehavarens besittningspresumtion. Först om tredje man lyckas med detta ska det prövas om återvinning kan ske. Det krävs alltså att tredje man som hävdar separationsrätt till kvarlämnad egendom ska övervinna båda dessa hinder.

En annan fråga som är kopplad till återvinning vid konkurs är att det enligt de nuvarande reglerna görs skillnad mellan under vilka omständigheter en betalning och en leverans av en förskottsbetalad vara kan återvinnas. Enligt 4 kap. 10 § KonkL kan en betalning av en skuld som skett senare än tre månader före fristdagen återvinnas under vissa omständigheter. En leverans av en förskottsbetalad vara kan inte återvinnas på samma villkor.¹⁵⁵ Detta har ansetts vara en brist med återvinningsbestämmelserna. Vid en övergång till avtalsprincipen kan det vara aktuellt att överväga om återvinningsbestämmelsen inte bör anpassas för att få ett bredare tillämpningsområde.

Enligt min uppfattning bör en sådan förändring ske. Genom att tillämpa avtalsprincipen ger man en köpare av en individualiserad vara en separationsrätt som inte existerat tidigare. Då man inför en sådan positiv rättighet måste även borgenärernas möjlighet att återvinna egendomen anpassas. Det bör inte uppställas striktare krav för borgenärskollektivet att i

¹⁵³ SOU 1995:11, s. 158

¹⁵⁴ Prop. 2001/02:134, s. 78

¹⁵⁵ Dir. 2013:28, s. 7

normalfallet kunna återvinna en förskottsbetalad vara än att kunna återvinna en betalning. Bestämmelsen i 4 kap. 10 § KonkL bör därför utvidgas så att även förskottsbetalade varor kan återvinnas på samma vis som en betalning. Det kan i och för sig uppstå vissa tillämpningsproblem beträffande separationsrätt i levererade varor som bearbetats eller infogats i annan egendom. Hur denna problematik närmare ska behandlas får bli en fråga för rättspraxis.

Sammanfattningsvis bör en generell övergång till avtalsprincipen inte påverka reglerna om när återvinningsfristen ska börja löpa. Tidsfristen börjar löpa när sakrättsligt skydd uppnåts. Vid en övergång till avtalsprincipen innebär det att fristen börjar löpa vid avtalsslutet. Reglerna om återvinning bör dock utvidgas så att även förskottsbetalade varor kan återvinnas på samma vis som betalningar. I 4 kap. 10 § KonkL bör det införas ett tillägg som klargör att det ska vara möjligt att återvinna också fullgörelse av annat slag än betalningsförpliktelser.

5.4 Behöver det införas ett system för registerpansättning?

Övergången till avtalsprincipen gäller enbart för omsättningsköp, dvs. verkliga köp där köparen har ett intresse att använda den förvärvade egendomen i sin verksamhet och inte enbart som säkerhet för en fordran. För att en vara ska fungera som säkerhet för en fordran bör det även i fortsättningen krävas att egendomen traderas för att sakrättsligt skydd ska uppkomma. LkL har uppställt ett alternativt sätt att uppnå sakrättsligt skydd för den här typen av säkerhetsöverlåtelser. Genom att följa registreringsprocessen som LkL uppställer kan lösöre som är tänkt att fungera som säkerhet för en fordran kvarlämnas hos överlåtaren. Kraven som LkL uppställer för att en registrering ska anses vara uppfylld är ålderdomliga och möjligheten utnyttjas inte i någon större utsträckning.¹⁵⁶

Vid en övergång till avtalsprincipen är det enligt min uppfattning önskvärt att avskaffa LkL. Funktionen att kunna registrera omsättningsköp försvinner om det sakrättsliga skyddet uppkommer redan vid avtalsslutet. Behovet av att kunna lämna säkerhet i form av lösöre kvarstår, men LkL:s ålderdomliga system bör ersättas med ett modernt pantregister. Detta register kan ha formen av ett elektroniskt system som är utformat på samma sätt och integrerat med företagsinteckningsregistret. Även om säkerhetsöverlåtelser har kritiserats för att de utgör en form av kringgående av de normala pantsättningsreglerna¹⁵⁷ finns det enligt min uppfattning ett behov av att kunna använda lösöre som säkerhet utan kravet på att egendomen måste traderas. Genom att ersätta LkL med ett modernare förfarande för registrering undviker man också problematiken med att transaktionen kallas för ett köp då det i verkligheten rör sig om en pantsättning. Om LkL ersätts

¹⁵⁶ Dir. 2013:28, s. 8 och Mattsson, *SvJT* 2013 s. 1049

¹⁵⁷ SOU 1995:11, s. 169

med ett pantregister där man uttryckligen godtar registrering av säkerhetsrätter där lös egendom kan användas som säkerhetsunderlag borde det enligt min uppfattning bidra till ett smidigare kreditgivningssystem. Det borde vara en fördel både för kreditgivare och kredittagare men även för omsättningsintresset i stort.

Hur ett nytt pantregister skulle utformas kommer kräva en grundlig utredning vilket inte ryms inom ramen för denna uppsats. Enligt min uppfattning borde dock vägledning till hur ett sådant register skulle kunna utformas sökas i bestämmelserna kring företagshypotek. Reglerna i FHL möjliggör för en näringsidkare att lämna ett företagsinteckningsbrev som fungerar som en säkerhetsrätt till en borgenär. Näringsidkaren kan enligt 1 kap. 2 § FHL upplåta företagsinteckning till ett visst belopp som genom ett företagsinteckningsbrev fungerar som säkerhet för borgenären. Företagsinteckningsbrevet måste antingen fysiskt överlämnas till borgenären eller registreras elektroniskt. Oavsett hur företagsinteckningen har utfärdats kommer beslutet skrivas in i det offentliga företagsinteckningsregistret och fungera som ett bevis om att beslutet utfärdats. Av 2 kap. 1 § FHL framgår att ett företagshypotek omfattar en näringsidkares lösa egendom i den mån egendomen hör till den intecknade verksamheten och inte utgör något av de undantag som framgår av 2 kap. 1 § 2.st FHL. Genom reglerna om företagshypotek finns en möjlighet att inteckna lös egendom men fortfarande ha kvar egendomen i näringsverksamheten. Genom att upprätta ett företagshypotek kan en näringsidkare använda den lösa egendomen i verksamheten som säkerhet för ett lån utan att behöva tradera egendomen enligt de krav som uppställs i 10 kap. 1 § HB.

Det nya pantregistret som skulle möjliggöra pantsättning av individuellt bestämt lösöre genom inskrivning bör utformas på ett liknande sätt som reglerna om företagsinteckning. På samma vis som vid företagsinteckning måste det uppställas ett krav att pantsättningen av lösöre registreras i ett offentligt register. Vid utformning av det nya pantregistret är det viktigt att bestämmelserna samordnas med reglerna om företagshypotek. De båda registerna bör samordnas så att det är enkelt att kontrollera om individuellt bestämt lösöre som är tänkt att användas som säkerhet för ett lån redan används som säkerhet i ett företagshypotek. Skillnaden mellan de båda systemen ligger i att kreditgivaren som erhållit ett företagsinteckningsbrev har ett säkerhetsunderlag som baseras på hela det kreditsökande företags lösa egendom, medan en kreditgivare som får registrerat specifikt lösöre som säkerhet för sin fordran enbart har den egendomen som säkerhet för sitt lån. För en kreditgivare som får individuellt bestämt lösöre som säkerhet för sitt lån måste det vara viktigt att egendomen inte utgör säkerhet för annan kreditgivare. Av denna orsak är det viktigt att de båda registerna korrelerar och omöjliggör detta scenario. Man skulle även kunna tänka sig att ett framtida system tillåter registerpantsättning av lösöre som ingår i företagsintecknad egendom. Ett krav skulle då vara att innehavaren av företagshypoteket underrättades och godkände registerpantsättningen. Det kan finnas ett omsättningsintresse för en sådan åtgärd. Tvärtom borde det

dock inte vara möjligt att agera. Det bör alltså föreligga ett förbud för att bevilja företagshypotek i registerpansatt egendom.

I samband med en övergång till avtalsprincipen är det enligt min uppfattning önskvärt att lagstiftaren upphäver LkL och inför ett nytt system som möjliggör registrering av säkerhetsrätter. I samband med införandet av ett sådant register är det även önskvärt att lagstiftaren förtydligar att traditionskravet endast ska överges för omsättningsköp och att det även i fortsättningen ska uppställas ett krav på tradition för säkerhetsöverlåtelser som inte registrerats.

5.5 Följdändringar och sakrättsliga konsekvenser

Om traditionsprincipen överges och ersätts av avtalsprincipen måste det undersökas vilka konsekvenser en sådan övergång kommer få på andra sakrättsliga regleringar som bygger på traditionsprincipen eller som har utformats mot bakgrund av den. I det här avsnittet ska jag uppmärksamma bestämmelser av detta slag och undersöka om reglerna måste förändras eller om de kan tillämpas på samma vis som tidigare. Jag har av utrymmesskäl koncentrerat mitt urval till en granskning av de regler som direkt påverkas av en generell övergång till avtalsprincipen. För en uttömmande genomgång av vilken påverkan en övergång till avtalsprincipen kommer få på gällande rätt hänvisas till Gregows genomgång i SOU 1995:11.¹⁵⁸

5.5.1 Lösöre köplagen

Vid en generell övergång till avtalsprincipen bör LkL upphöra att gälla. Om kravet på besittningsövergång vid omsättningsköp avskaffas fyller det registreringsalternativ som LkL erbjuder ingen funktion. Det faktum att LkL möjliggör säkerhetsöverlåtelser är inte ett tillräckligt skäl för att behålla lagen. Om det även i framtiden är önskvärt att kunna lämna säkerhet i form av lösöre bör lagstiftaren införa ett särskilt pantregister för detta ändamål. För en mer djupgående analys om frågan om pantregister se avsnitt 5.4.

5.5.2 Konsumentköplagen

49 § KKL bör kvarstå och tillämpas i konsumentförhållanden på samma sätt som tidigare. Regeln är inarbetad och allmänt känd. Det finns ingen anledning att överföra innehållet i regeln till någon annan lag.

¹⁵⁸ SOU 1995:11, s. 153-193

5.5.3 Skuldebrevslagen

SkbrL innehåller vissa rättsregler som bygger på traditionsprincipen. Vid överlåtelse av löpande skuldebrev krävs det tradition och vid överlåtelse av enkla skuldebrev krävs det denuntiation för att sakrättsligt skydd ska uppkomma. Reglerna i SkbrL har genom laghänvisningar och analogitolkningar blivit tillämpliga på ett flertal andra egendomsslag.¹⁵⁹

Vid en övergång till avtalsprincipen borde det vara en logiskt att även förändra kravet på tradition och denuntiation i SkbrL. Inom doktrinen har det dock framförts argument mot en sådan förändring. Orsaken till denna synpunkt är grundad på objektens olika beskaffenhet. En överlåtelse av lösöre rör en fysisk vara medan en överlåtelse av ett skuldebrev rör ett dokument. Enligt Gregows uppfattning finns det ingen naturlig anledning för en köpare av ett skuldebrev att kvarlämna värdepappret i överlåtarens besittning. Även den förhöjda risken för skenöverlåtelser och en svårare gränsdragning mot vad som utgör en säkerhetsöverlåtelse talar enligt Gregow mot att avskaffa traditionskravet vid överlåtelser av skuldebrev.¹⁶⁰

Jag instämmer med Gregows uppfattning om att traditionskravet i SkbrL inte bör förändras. Det främsta skälet till detta är att en köpare av lösöre kan ha ett naturligt intresse av att kvarlämna förvärvad egendom hos säljaren. Motsvarande intresse finns inte för en förvärvare av ett skuldebrev. Av denna orsak bör reglerna i SkbrL inte påverkas av en generell övergång till avtalsprincipen beträffande köp av lösöre.

5.5.4 Gåvolagen

Vid gåva av lös egendom krävs det på samma sätt som vid köp tradition för att gåvotagaren ska bli skyddad mot givarens borgenärer. En gåvotagare blir inte skyddad mot givarens borgenärer förrän gåvan överlämnats eller kommit till allmänhetens kännedom. Syftet med att uppställa ett krav på tradition vid gåvor anses ha tillkommit för att förhindra förhastade gåvolöften.¹⁶¹ Att traditionsprincipen överges vid köp bör enligt min uppfattning inte påverka GåvoL. De bakomliggande motiven till att man genomför ett köp och en gåva varierar. En köpare som förskottsbetalat en vara är skyddsvärd på ett annat sätt än en gåvotagare. En gåvotagare bör inte på samma vis som en köpare kunna få separationsrätt till egendom som inte traderats. GåvoL:s krav på tradition för borgenärsskydd bör kvarstå i oförändrad form.

¹⁵⁹ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 139 ff.

¹⁶⁰ SOU 1995:11, s. 161 ff.

¹⁶¹ Hästad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 51 och Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 120

5.5.5 Utsökningsbalken

En gäldenär som besitter lösöre presumeras enligt 4 kap. 18 § UB vara ägare till egendomen. Vid utmätning uppställs det strikta krav för att tredje man ska bryta denna äganderättspresumtion. Det finns enligt min uppfattning ingen anledning att ändra presumtionsreglerna i UB vid en övergång till avtalsprincipen. För ytterligare motivering kring detta hänvisar jag till avsnitt 5.2.

5.5.6 Konkurslagen

Vid en generell övergång till avtalsprincipen vid köp av lösöre är det enligt min uppfattning önskvärt att införa vissa följdändringar i KonkL. Som fastslagits i avsnitt 5.3 behöver reglerna om när återvinningsfristen börjar löpa inte förändras. Fristen bör även i framtiden räknas från det att transaktionen blivit sakrättsligt fullbordad. Det är önskvärt att lagstiftaren inför en bestämmelse i KonkL som tydliggör att återvinningsfristen vid köp börjar löpa redan från avtalstidpunkten. En sådan bestämmelse behövs eftersom sakrättsligt skydd uppkommer på olika sätt för köp och gåvor.

Det bör även införas en presumtionsregel i KonkL som har ett liknande innehåll som 4 kap. 18 § UB. Ett klagörande att besittningspresumtionen även gäller i konkurser bidrar till ett tydligare rättsläge. Slutligen bör ett tillägg ske i 4 kap. 10 § KonkL så att återvinning av en förskottsbetalad vara kan ske på samma villkor som nu gäller för betalningar.

5.5.7 Virkesmärkningslagen

Virkesmärkningslagen möjliggör ett undantag från kravet på tradition då ved som blivit korrekt märkt kan kvarlämnas hos säljaren. Ved och virke räknas som lösöre. Vid en generell övergång till avtalsprincipen finns det ingen anledning att ha en specialreglering för den här typen av lösöre. Om veden har blivit individualiserad kommer sakrättsligt skydd uppkomma redan genom avtalet. Virkesmärkningslagen bör av denna anledning upphävas.

5.5.8 Skepp och luftfartyg

För att uppnå sakrättsligt skydd för överlåtelse av skepp eller luftfartyg krävs i dagsläget att överlåtelsen registreras i särskilda register.¹⁶² Införandet av de olika registreringsmöjligheterna ansågs nödvändigt eftersom både skepp och luftfartyg är föremål som är svåra att förflytta. Vid en generell övergång till avtalsprincipen kommer borgenärsskydd uppkomma redan vid avtalsslutet även för överlåtelser som rör skepp och luftfartyg. Min

¹⁶² Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 138 f.

uppfattning är att kravet på inskrivning för att uppnå sakrättsligt skydd vid överlåtelse av skepp och luftfartyg av denna anledning bör slopas.

5.5.9 Pantsättning av lösöre

Vid pantsättning av lösöre krävs det tradition enligt 10 kap. 1 § HB för att panthavaren ska bli skyddad mot pantsättarens borgenärer. Kravet vid pantsättning är strängare än vid överlåtelser eftersom det uppställs ett krav på att panten ska vara i panthavarens besittning under hela pantsättningen. Risken för skenöverlåtelser har även ansetts vara större vid pantsättning än vid överlåtelse av lösöre.¹⁶³ Trots att besittningsförändringens huvudsakliga funktion får anses vara densamma vid överlåtelser och pantsättning bör kravet på tradition inte förändras gällande pantsättning. Då olika krav kommer uppställas för att en förvärvare ska uppnå sakrättsligt skydd vid överlåtelser och pantsättning kan det tänkas leda till problem kring vad som utgör ett omsättningsköp respektive en säkerhetsöverlåtelse. Denna problematik bör enligt min uppfattning inte förändra det faktum att det även i framtiden bör uppställas krav på tradition vid pantsättning av lösöre. Se avsnitt 4.2.8 för en mer ingående diskussion om problematiken kring omsättnings- och säkerhetsöverlåtelser.

5.5.10 Byte av lösöre

För att uppnå sakrättsligt skydd vid byte av lösöre uppställs i dagsläget samma krav på tradition som vid köp av lösöre.¹⁶⁴ Om traditionskravet avskaffas för köp bör detsamma gälla för byte. Vid en övergång till avtalsprincipen bör kravet på tradition vid byte slopas.

5.5.11 Lösöre i tredje mans besittning

Vid förvärv av lösöre som finns i tredje mans besittning uppställs det i dagsläget inget krav på tradition. För att sakrättsligt skydd ska uppkomma är det tillräckligt att innehavaren av lösöret underrättas om övergången.¹⁶⁵ Vid en övergång till avtalsprincipen kommer kravet på underrättelse bli överflödigt. Det sakrättsliga skyddet uppkommer redan då avtalet ingås. Något krav på underrättelse till tredje man som innehar sålt lösöre kommer inte längre behövas.

¹⁶³ SOU 1995:11, s. 160

¹⁶⁴ SOU 1995:11, s. 158

¹⁶⁵ SOU 1995:11, s. 168 f.

6 Författningsförslag

I avsnitt 5.5 har jag lämnat förslag på vissa följdändringar och sakrättsliga konsekvenser som ska genomföras med anledning av en övergång till avtalsprincipen. Till dessa ändringar kommer det inte presenteras något författningsändringsförslag. Jag lämnar i det följande ett författningsförslag som gäller i förhållande mellan privatpersoner, mellan näringsidkare och i konsumentförhållanden.

Det hade i och för sig varit en fördel om all sakrättslig reglering hade kunnat hållas samman i en generell sakrättslag som hade innefattat all sakrättslig reglering inom alla områden. Nu förhåller det sig inte så. Sakrättslig reglering är redan nu utspridd på ett stort antal delområden. Eftersom sakrätten till sin natur omfattar så många olika transaktionstyper och egendomslag skulle en generell reglering i en och samma lag bli svåröverskådlig och komplicerad att tillämpa. Det finns inte heller något som talar för att man skulle uppnå några särskilda vinster genom att omarbeta regleringen och åstadkomma en sammanhållen sakrättslag.

Min bedömning är att en generell övergång till avtalsprincipen vid köp av lösöre bör lagregleras enligt följande.

För **konsumentköp** behåller man 49 § KKL i dess nuvarande lydelse och med sitt nuvarande innehåll.

För köp mellan **näringsidkare** bör en ny regel införas i KöpL. Paragrafen bör ges beteckningen 2 a § och ha följande innehåll:

Köp mellan näringsidkare enligt denna lag gäller mot säljarens borgenärer i och med avtalet. När köp inte avser en bestämd vara, blir köpet dock inte gällande mot borgenärerna förrän åtgärd har vidtagits genom avskiljande eller märkning av varan enligt vad som utgör normalt handelsbruk mellan parterna eller vad som utgör normalt handelsbruk inom branschen.

Kommentar: Genom införandet av bestämmelsen övergår man till att tillämpa avtalsprincipen som sakrättsligt moment vid köp mellan näringsidkare. Bestämmelsen påminner om regleringen som gäller i konsumentförhållanden men uppställer striktare krav på individualisering av varan. Skälet till det förhöjda kravet på individualisering är kopplat till den förhöjda risken för borgenärsbedrägerier som kan finnas i avtalsförhållanden mellan näringsidkare. Jag hänvisar till min beskrivning i avsnitt 5.1 när det gäller motiveringen av de förhöjda riskmomenten och placeringen av bevisbördan för påståenden om separationsrätt.

För köp mellan **privatpersoner** bör en ny regel införas i KöpL. Paragrafen bör ges beteckningen 2 b § och ha följande innehåll:

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

Kommentar: Den här regeln är avsedd att tillämpas för köp mellan privatpersoner. Regeln är införd för att samtliga avtalsförhållanden vid köp av lösöre ska få en författningsreglering. Det sakrättsliga skyddet för köp mellan privatpersoner är reglerat på ett liknande sätt som vid konsumentköp. Orsaken till detta är att privatpersoner i riskhänseende avseende borgenärsbedrägerier är att jämställa med konsumenter. Privatpersoner har ingen skyldighet att föra räkenskaper. Av denna anledning har möjligheten att individualisera egendom genom anteckning i bokföringshandling tagits bort för denna personkategori.

7 Avslutande kommentar

Jag har föreslagit en generell övergång till avtalsprincipen vid köp av lösöre. Hur stor förändring innebär en sådan övergång? Ska förändringen klassificeras som ett paradigmskifte eller innebär en övergång endast marginella förändringar av det som idag är gällande rätt? Svaret på de frågorna beror till vissa delar på vem man ställer frågorna till.

För allmänhetens del – det allmänna rättsmedvetandet hos den vanliga människan – är en förändring till avtalsprincipen inget paradigmskifte. För allmänheten skulle en ändring snarast vara att betraktas som en kodifiering av gällande rätt. Detta beror i sin tur på att allmänheten har en felaktig uppfattning om den gällande rätten och tror att avtalsprincipen är gällande rätt i alla sammanhang.

För fackpersoner kommer däremot en förändring att betraktas som ett paradigmskifte. En övergång från ett sakrättsligt moment som kräver överlämnande till ett sakrättsligt moment där det är tillräckligt med ett avtal är per definition att betrakta som ett skifte i paradigm. All doktrin och all rättspraxis blir genom ändringen mer eller mindre obsolet.

Traditionsprincipen har varit gällande rätt i cirka 100 år. Det är en relativt lång tidsperiod. När principen infördes fanns det, med hänsyn till den tidens affärsförhållanden, ett godtagbart skäl för att införa regeln. Det fanns något tveksamt i en affär som t.ex. innebar att en person köpte en häst men valde att inte ta med den hem. I dag är det inte så. Den utveckling inom handeln som skett det senaste seklet har medfört att traditionsprincipen blivit otidsenlig och opraktisk att tillämpa. Ett modernt sakrättsligt system måste ge näringslivet ett ganska stort utrymme av flexibilitet för att kunna hantera nya avtalslösningar. Den rättsutveckling som idag sker på sakrättens område sker uteslutande genom rättsliga avgöranden; rättspraxis. I det här sammanhanget blir den rättsliga utvecklingen statisk istället för flexibel. De rättsliga avgörandena speglar förmodligen bara förhållanden som redan har passerats i näringslivet. Detta är ett generellt problem som uppstår genom att man lagstiftar genom rättspraxis. Detta lider traditionsprincipen av.

Traditionsprincipen fungerar enligt min mening idag till stora delar endast som en presumtionsregel i exekutiva sammanhang. Principen får den konsekvensen att den är omöjlig att motbevisa. Det är felaktigt att tillämpa en princip som får så genomgripande effekter på verkliga och genuina transaktioner bara för att tillförsäkra offentliga organ en enkel regel att tillämpa i sitt arbete. Detta borde kunna lösas på annat sätt.

HD har under det senaste decenniet på flera olika sätt demonstrerat en vilja att mildra konsekvenserna av en för strikt tillämpning av traditionsprincipen. Detta har främst skett genom en utvidgad subjektiv bedömning av när ett rådighetsavskärande ansetts föreligga. HD har också

uttalat att det krävs en lagändring för att överge traditionsprincipen. Detta pekar enligt min uppfattning tydligt på att det finns en majoritet inom HD som är för en övergång till avtalsprincipen. Inom doktrinen går självklart åsikterna isär men majoriteten argumenterar för en övergång. Som jag tidigare nämnt har allmänheten redan uppfattningen att avtalsprincipen är gällande rätt. Det finns enligt min bedömning inte några hållbara juridiska invändningar för att inte övergå till en tillämpning av avtalsprincipen som det avgörande sakrättsliga momentet vid alla köp av lösöre.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

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

Proposition 2001/02: 134 Ändringar i konsumentköplagen.

SOU 1995:11 Nya konsumentregler.

Litteratur

Gregow, Torkel, *Avtalsprincipens fördelar*, SvJT 2013 s. 1062-1073.

Göranson, Ulf, *Besittning och rådighet – är det samma sak?*, *Festskrift till Torgny Håstad*, Iustus. Uppsala, 2010.

Göranson, Ulf, *Traditionsprincipen*, Iustus, Uppsala, 1985.

Helander, Bo, *Kreditsäkerhet i lös egendom*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 1984.

Henriksson, Per, *Sakrättsliga moment: och deras ekonomiska konsekvenser*, Jure Förlag, Stockholm, 2009.

Hessler, Henrik, *allmän sakrätt*, P.A. Nordstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1973.

Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6:e omarbetade upplagan., Norstedts juridik, Stockholm, 2000.

Johansson, Marcus, *Ändamålsenliga sakrättsmoment – om rådighet, sken och rådighetssken*, SvJT 1997 s. 343-377.

Kriström, Bengt, *En återgång till avtalsprincipen? Replik på Dag Mattsons artikel i Svensk Juristtidning nr 3/05* s. 1112-1114.

Mattsson, Dag, *En återgång till avtalsprincipen*, SvJT 2005 s. 319-323.

Mattsson, Dag, *Traditionsprincipen eller avtalsprincipen?*, SvJT 2013 s. 1044-1050.

Mellqvist, Mikael, *Diocletianus vs. Grotius – om den sakrättsliga traditionsprincipens berättigande*, SvJT 2010 s. 217-244.

Mellqvist, Mikael, *Kräver traditionsprincipen tradition? Festskrift till*

Torgny Håstad, Iustus, Uppsala, 2010.

Millqvist, Göran, *Sakrättens grunder: en lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom*, 6:e uppdaterade upplagan., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Myrdal, Staffan, *Borgenärsskyddet: om principerna för skyddet mot överlåtarens och pantsättarens borgenärer*, Nordstedts juridik, Stockholm, 2002.

Myrdal, Staffan, *Några synpunkter på borgenärsskyddet*, JT 2003-04, s. 468- 481.

Myrdal, Staffan, *Oklarheter med traditionsprincipen*, SvJT 2013 s. 1074-1086.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, 1:a upplagan, Nordstedts juridik, Stockholm, 1995.

Rodhe, Knut, *Handbok i sakrätt*, P.A. Nordstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1985.

Vargö, Daniel, *Traditionsprincipens fördelar*, SvJT 2013 s. 1051-1061.

Zetterström, Stefan, *Sakrättens fyra huvudfall*, 3:e upplagan., Iustus, Uppsala, 2012.

Rättsfallsförteckning

Avgöranden från Högsta domstolen

NJA 1912 s. 156
NJÄ 1925 s. 130
NJÄ 1952 s. 407
NJÄ 1956 s. 458
NJÄ 1971 s. 66
NJÄ 1972 s. 246
NJÄ 1972 s. 512
NJÄ 1975 s. 638
NJÄ 1979 s. 451
NJÄ 1985 s. 159
NJÄ 1986 s. 409
NJÄ 1987 s. 3
NJÄ 1995 s. 367 I
NJÄ 1996 s. 52
NJÄ 1997 s. 660
NJÄ 1998 s. 257
NJÄ 1998 s. 379
NJÄ 1998 s. 545
NJÄ 2000 s. 88
NJÄ 2007 s. 413
NJÄ 2008 s. 684
NJÄ 2010 s. 154

Enskilda justitieråds tillägg i avgöranden från Högsta domstolen

Håstad, Torgny: i NJÄ 2008 s. 684