

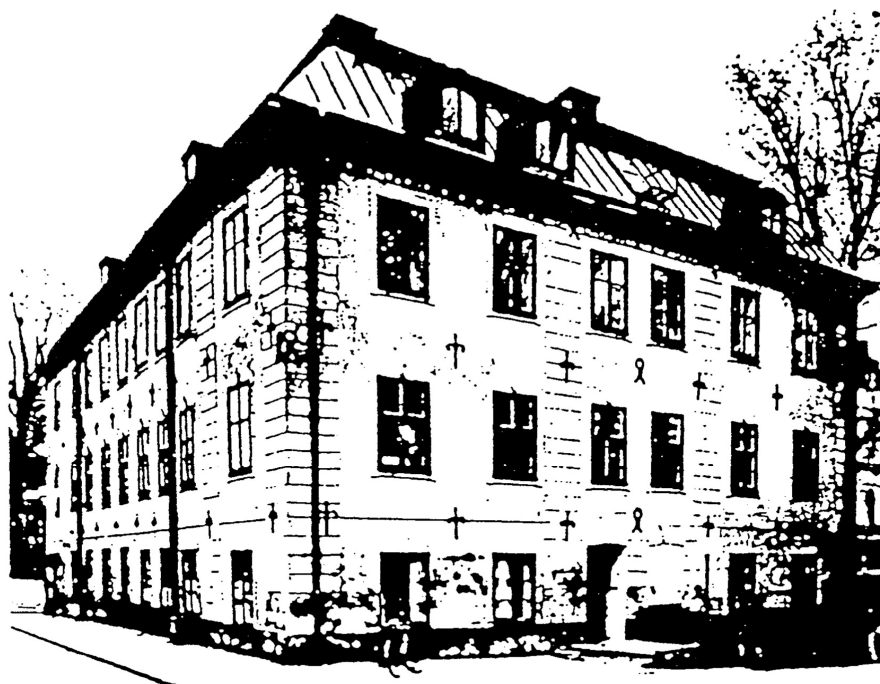
**Borgenärsskyddet vid överlåtelse av lösöre  
enligt  
Draft Common Frame of Reference**

Slutet för den pragmatiska svenska regleringen?

Examensarbete med praktik  
Civilrätt, 30 högskolepoäng

Författare: Erik Hellström  
Handledare: Professor Mikael Möller

VT 2011



**JURIDISKA FAKULTETEN – INSTITUTIONEN  
UPPSALA UNIVERSITET**

Riddartorget 5/Trädgårdsgatan 1, Uppsala. Postadress: Box 512,751 20 Uppsala, Tel 018-4710000



# Innehållsförteckning

<b>Förkortningar</b>	4
<b>1 Inledning</b>	5
1.1 Problemet	5
1.2 Syfte och metod	6
1.3 Avgränsningar och begränsningar	7
1.4 Framställningens fortsatta disposition	8
<b>2 Allmänt om DCFR</b>	9
2.1 Projektets bakgrund och syfte	9
2.2 Principer	10
2.3 Tillämpningsområde för Book VIII	11
<b>3 Äganderättens övergång enligt svensk rätt</b>	13
3.1 Det funktionella äganderättsbegreppet	13
3.2 Traditionsprincipen	15
3.2.1 Sakrättsligt moment	15
3.2.1.1 Avskuren rådighet	15
3.2.1.2 Med tradition likställda sakrättsliga moment	16
3.2.2 Varför tradition?	17
3.2.3 Traditionsprincipens närmare innebörd och dess problem	20
3.2.3.1 Allmänt	20
3.2.3.2 Lösörets geografiska placering	21
3.2.3.3 Överlåtelse av ideell andel	22
3.2.3.4 Återställanden och finansiering	22
3.2.3.5 Överlåtelse mellan närstående	28
3.3 Sammanfattning och konsekvenser	33
3.3.1 Förutsättningar för avskuren rådighet	33
3.3.2 Konsekvenser	34
<b>4 Äganderättens övergång enligt DCFR</b>	37
4.1 Kapitlets fortsatta disposition	37
4.2 Ett enhetligt äganderättsbegrepp	37
4.2.1 Vad omfattas av äganderättens övergång?	37
4.2.2 Motiv till valet	39
4.3 Tidpunkt för äganderättens övergång	40
4.3.1 Allmänt	40
4.3.2 Ett dispositivt traditionskrav	40
4.3.2.1 Materiell innebörd	40
4.3.2.2 Innebörd av ”delivery”	41

4.3.2.3	Motiv till valet	44
4.4	Övriga grundläggande krav	47
4.4.1	Lösöret skall existera	47
4.4.2	Lösöret överlåtbart och behörighet att rättsligt förfoga	47
4.4.3	Ogiltighet och hävning	48
4.4.4	Specialitet	49
4.4.5	Villkorade avtal	52
<b>5</b>	<b>Konsekvenser ur ett svenskt perspektiv</b>	<b>55</b>
5.1	Kapitlets fortsatta disposition	55
5.2	Ett enhetligt äganderättsbegrepp	55
5.2.1	Undantag av obligationsrättslig karaktär	55
5.2.2	Undantag av insolvensrättslig karaktär	56
5.2.2.1	Stoppningsrätt	56
5.2.2.2	Återvinning	57
5.2.3	Ett enhetligt eller funktionellt äganderättsbegrepp?	60
5.3	Grundläggande förutsättningar	64
5.3.1	Lösöret överlåtbart och behörighet att rättsligt förfoga	64
5.3.2	Lösöret skall existera	65
5.3.3	Ogiltighet och hävning	67
5.3.4	Villkorade avtal	70
5.4	Ett dispositivt traditionskrav	72
5.4.1	Avtalstolkning	72
5.4.2	Specialitet	75
5.4.3	Traditionskravet	81
5.4.4	Ett dispositivt traditionskrav, traditionsprincipen eller något annat?	84
5.5	Några övriga konsekvenser	87
<b>6</b>	<b>Avslutande synpunkter</b>	<b>89</b>
	<b>Källförteckning</b>	<b>91</b>
	Offentligt tryck	91
	Litteratur	91
	Rättsfall	93

## Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (2005:551)
AvbetL	Lagen (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl.
AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Tyskland)
BrB	Brottsbalken
CC	Code Civil (Frankrike)
COM	Offentligt tryck utgivet av Kommissionen (EU)
CU	Civilutskottet
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Dir	Direktiv
EU	Europeiska unionen
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
HR	Häradsrätt
JB	Jordabalken
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet
KKL	Konsumentköplagen (1990:932)
KkrL	Konsumentkreditlagen (2010:1846)
KL	Konkurslagen (1987:672)
KöpL	Köplagen (1990:931)
LRP	Limited-right-possessor
LkL	Lagen (1845 s. 1) om handel med lösören som köparen låter i säljarens vård kvarbliva
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avdelning II
NJM	Nordiskt juristmöte i Köpenhamn
OP	Owner-possessor
PA	Possession-agent
Prop	Proposition
RedovL	Lagen (1944:181) om redovisningsmedel
RG	Rettens gang (Norge)
RH	Rättsfall från hovrätterna
RR	Rådhusrätt
SkbrL	Lagen (1936:81) om skuldebrev
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
UB	Utsökningsbalken
VD	Verkställande direktör
ÄktB	Äktenskapsbalken

# 1 Inledning

## 1.1 Problemet

Med anledning av att ett av de huvudsakliga målen med EU är att främja en effektiv och fungerande inre marknad så har konkurrensfrämjande regler införts på det överstatliga planet för att öka den fria rörligheten av varor och tjänster. När det gäller främjandet av den fria rörligheten för varor och tjänster så kan dock problem uppstå på grund av att de civilrättsliga reglerna i medlemsstaterna skiljer sig åt på flera viktiga punkter. Inom civilrätten så har harmoniseringen inte kommit lika långt utan det har snarare handlat om att lösa vissa uppkomna problem med hjälp av direktiv.<sup>1</sup> Föreliggande skillnader mellan olika medlemsstaters civilrättsliga regleringar har lett till en omfattande debatt rörande en eventuell *harmonisering av civilrätten* och ett skapande av en gemensam europeisk civillag.<sup>2</sup> Debatten har nu efter en lång tid resulterat i att ett utkast till en tänkbar framtida europeisk civillag lagts fram med benämningen "*Draft Common Frame of Reference*" (DCFR) med ett tillämpningsområde som sträcker sig över stora delar av civilrätten.

Skillnaderna mellan olika rättsordningars civilrättsliga innehåll tenderar att vara större och därmed mer svårhanterliga inom sakrätten än vad som är fallet inom obligationsrätten där olika regleringar i större utsträckning överensstämmer med vanliga människors rättsuppfattning.<sup>3</sup> Av tradition så har också utvecklingen av sakrätten skett tämligen isolerat i olika rättssystem.<sup>4</sup> Även de olika rättsordningarnas civilrättsliga traditioners ålder i sig innebär en särskild utmaning ur harmoniseringssynpunkt då dessa tenderar att vara starkt sammankopplade med den nationella identiteten.<sup>5</sup>

Ur ett sakrättsligt perspektiv så är främst reglerna i DCFR Book VIII beträffande *äganderättens övergång* av intresse då en harmonisering av detta område anses vara en mycket svår uppgift.<sup>6</sup> Äganderättens övergång har under en längre period varit en het

---

<sup>1</sup> Håstad, JT 2002/03, s 745.

<sup>2</sup> Se exempelvis Wilhelmsson, JFT 2001, s 736 ff., Sisula-Tulokas, JFT 2001, s 708 ff., Bernitz, JT 2003/04, s 503 ff., Ramberg, C, SvJT 2004, s 459 ff. och Håstad, NJM 2002, s 341 ff.

<sup>3</sup> Håstad, JT 2002/03, s 747.

<sup>4</sup> Göranson, Traditionsprincipen, s 25.

<sup>5</sup> Samuelsson, Europarättslig tidskrift 2009, s 64.

<sup>6</sup> Ramberg, C, SvJT 2004, s 472.

potatis inom den svenska rättsvetenskapliga debatten där *traditionsprincipen* fått agera slagpåse.<sup>7</sup> Sakrättsliga skillnader mellan olika rättsordningar inom EU går naturligtvis att finna på detaljnivå men de huvudsakliga skillnaderna går främst att finna på det övergripande principiella planet. På kontinenten är ett *enhetligt* äganderättsbegrepp förhärskande vilket innebär att en tidpunkt är avgörande för många aspekter kopplade till äganderätten medan de skandinaviska rättsordningarna tillämpar ett *funktionellt* äganderättsbegrepp.<sup>8</sup> Även om ett traditionskrav finns uppställt i andra europeiska rättsordningar så får dock den svenska traditionsprincipen vid en jämförelse anses som unikt sträng. I Book VIII har ett *enhetligt* angreppssätt på äganderättens övergång samt ett *dispositivt traditionskrav* implementerats och med tanke på de utgångspunkter som ligger till grund för utformningen av den svenska rättsordningens reglering av äganderättens övergång ter sig denna konstruktion vid en första anblick som främmande.

Med anledning av ovan förenklat angivna skillnader mellan olika rättsordningar inom EU så finns det en väl grundad anledning till att ur ett svenskt perspektiv titta närmare på innehållet i Book VIII och analysera vilka *konsekvenser* ett eventuellt införande av dessa regler skulle kunna tänkas få samt även ta ställning till huruvida dessa konsekvenser är önskvärda.

## 1.2 Syfte och metod

Syftet med den fortsatta framställningen är således att ur ett sakrättsligt perspektiv utreda vilka faktiska konsekvenser ett införande av reglerna beträffande äganderättens övergång i Book VIII skulle få för svensk rätt *de lege lata* samt att argumentera för ett svenskt ställningstagande. Detta huvudsakliga syfte kan i sin tur delas in i två delsyften. Framställningen syftar således *dels* till att precisera innebörden av det valda enhetliga äganderättsbegreppet och dess konsekvenser, *dels* till att klargöra hur övriga bestämmelser, med primär fokus på traditionsprincipen, skulle påverkas av bestämmelserna i Book VIII. Inom dessa delsyften ryms en behandling av aktuell problematik både *de lege lata* samt *de lege ferenda*.

---

<sup>7</sup> Se för starkast kritik främst Göranson, Traditionsprincipen, SOU 1995:11 (utredningsman Gregow) och justitierådet Håstads tillägg i NJA 2008 s 684.

<sup>8</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 4380.

Beträffande val av metod så har genomgående traditionell rättsdogmatisk metod tillämpats. Detta har varit fallet både vid analysen av den svenska regleringen och DCFR. Den svenska regleringen finns grundligt behandlad i doktrinen<sup>9</sup> men utvecklingen i praxis har naturligtvis resulterat i att vissa delar av den tidigare förda diskussionen numera får anses överspelad. I stort är dock även äldre doktrin av intresse och denna har i kombination med senare bidrag och praxis utgjort grunden för behandlingen av den svenska regleringen. *Ändamålsskäl* bakom sakrättsliga regleringar är av stor betydelse vid avgörandet av tveksamma fall i svensk praxis. Den *teleologiska lagtolkningsmetoden*, vilken innebär att en rättsregels ändamål i klara fall fastställs för att sedan tjäna som utgångspunkt vid avgörandet av oklara fall,<sup>10</sup> har mot bakgrund av detta tillåtits spela en central roll.

DCFR i tryckt form innehåller lagtext med tillhörande kommentar men av naturliga skäl råder viss osäkerhet kring hur en del bestämmelser skall tillämpas. En ansats har dock gjorts för att precisera ändamålen även bakom dessa bestämmelser och hur de skall tillämpas i skarpt läge.<sup>11</sup> Inom det valda ämnesområdet finns naturligtvis en komparativ aspekt. Tyngdpunkten ligger dock på bestämmelserna i DCFR och komparativa utblickar mot andra rättsordningar har blott gjorts sporadiskt för att exemplifiera specifika problemområden. Då allt material kopplat till DCFR är författat på engelska så vill jag passa på att påpeka att alla översättningar är mina egna.

### 1.3 Avgränsningar och begränsningar

I den följande framställningen är det enbart den sakrättsliga problematiken rörande bestämmelserna i Book VIII som behandlas. Vidare behandlas endast *dynamisk sakrätt* med inriktning på *borgenärsskyddet* då detta är den centrala delen i Book VIII. Frågor rörande omsättningsskyddet kommer således inte att behandlas. Kommission kommer

---

<sup>9</sup> Se exempelvis Undén, Svensk sakrätt 1. Lös egendom, Hessler, Allmän sakrätt, Rodhe, Handbok i sakrätt, Göranson, Traditionsprincipen, Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom, Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, Myrdal, Borgenärsskyddet och Henriksson, Sakrättsliga moment och deras ekonomiska konsekvenser.

<sup>10</sup> Ekelöf & Edelstam, s 85.

<sup>11</sup> Samuelsson har framfört att ett dylikt angreppssätt "knappast är värt att ta på vetenskapligt allvar" med anledning av att ingen vet vilka lösningar DCFR skulle ges om den tillämpades i domstol, Samuelsson, Europarättslig tidskrift 2009, s 80 not 82. Min ståndpunkt är att det utifrån kommentaren går att bilda sig en relativt god uppfattning om bestämmelsernas överensstämmelse med svensk rätt de lege lata som är tillräcklig för att uppnå syftet med denna framställning.



inte att beröras utan istället fokuseras på en traditionell avtalssituation mellan två rättssubjekt. I övrigt så avgränsas denna framställning av tillämpningsområdet för Book VIII vilket innebär att det är äganderättens övergång beträffande *lösöre* som avhandlas.

I Book VIII finns bestämmelser som rör *dels* köparens skydd mot säljarens borgenärer, *dels* säljarens skydd mot köparens borgenärer och båda dessa aspekter avhandlas. Säkerhetsrätter behandlas dock i Book IX där ett registreringsförfarande har föreslagits och inom detta område har säkerhetsöverlåtelser samt återtagandeförbehåll placerats vad gäller *säkerhetsaspekten*. Dessa institut kommer enbart att beröras flyktigt då en djupare analys av Book IX kräver att ett helhetsgrepp tas beträffande kreditsäkerhet i lös egendom och detta är inte möjligt inom ramen för denna framställning.

Den europarättsliga aspekten på ett genomförande och införande av en gemensam europeisk civillag lämnas därhän. Detta betyder att framställningen inte behandlar huruvida ett införande av en gemensam europeisk civillag över huvud taget är möjligt eller om detta kan tänkas bli möjligt i framtiden inom gällande europarättsliga regler.

## **1.4 Framställningens fortsatta disposition**

I kapitel 2 redogörs allmänt för bakgrunden till projektet som utmynnat i DCFR samt tillämpningsområdet för Book VIII. I kapitel 3 avhandlas den svenska synen på äganderättens övergång och dess problem i syfte att skapa en referensram inför behandlingen av dessa frågor i Book VIII samt den jämförande diskussionen. I kapitel 4 redogörs sedan för innebörden av de centrala reglerna i Book VIII om äganderättens övergång samt vissa bestämmelser i Book IX om säkerhetsrätter. Denna redogörelse gör inte anspråk på att utgöra en fullständig kommentar av alla bestämmelser i Book VIII. Istället har fokus lagts på de centrala bestämmelserna och redogörelsen i kapitel 4 följer inte den reella strukturen i Book VIII då jag anser att det ur framställningsteknisk synpunkt är att föredra att effekten av en övergång av äganderätten avhandlas innan avgörande tidpunkt för densamma. Det bör redan här nämnas att vissa centrala bestämmelser i Book VIII återges i sin helhet medan andra bestämmelser återges i förkortad form eller blott i den löpande texten. Efter detta följer i kapitel 5 en analys av tänkbara konsekvenser den valda regleringen skulle få för svensk sakrätt och slutligen avhandlas i kapitel 6 de resultat och slutsatser som denna analys utmynnat i.

## 2 Allmänt om DCFR

### 2.1 Projektets bakgrund och syfte

Tankar kring en eventuell harmonisering av civilrätten inom EU har funnits under en längre tid och Book II och III bygger således på ”Principles of European Law” som arbetats fram av den tidigare verksamma Commission on European Contract Law.<sup>12</sup> Olika forskningsgrupper ligger bakom resultatet i de skilda delarna av DCFR och ”*The Research Group on Existing EC Private Law*” ligger bakom arbetet med kontraktsrätten medan ”*the Study Group on a European Civil Code*” (”studiegruppen”), under ledning av professor Christian von Bar, har haft huvudansvaret för det övriga materialet och grupperna har tillsammans engagerat över 250 personer under mer än 25 år.<sup>13</sup> Dessa båda grupper har i sin tur varit en del av CoPECL (Common Principles of European Contract Law) Joint Network on European Private Law.<sup>14</sup>

DCFR i sin nuvarande form är resultatet av ett uppdrag mottaget av Kommissionen<sup>15</sup> med innebörden att upprätta ett förslag till en politiskt sanktionerad civillag, men det understryks att resultatet till sitt innehåll inte är politiskt sanktionerat och det ursprungliga initiativet till det resultat som idag utgör DCFR väcktes långt tidigare inom den rättsvetenskapliga världen.<sup>16</sup> Det är för närvarande oklart vad som kommer att hända med DCFR i sakrättsligt hänseende då Kommissionen synes fokusera på en europeisk harmonisering av avtalsrätten. Kommissionen har tillsatt en expertgrupp och publicerat en grönbok<sup>17</sup> enligt vilken ett antal alternativ för att implementera expertgruppens förslag på endera frivillig eller tvingande basis lagts fram.<sup>18</sup>

Som ovan nämnts så är ett av *syftena* med DCFR att denna skall kunna fungera som en tänkbar framtida politiskt sanktionerad europeisk civilrättslig lagstiftning men med anledning av det akademiska avstampet så är dock ambitionen större än så. De ansvariga har även en förhoppning om att DCFR skall kunna stå på egna ben som aka-

---

<sup>12</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 1.

<sup>13</sup> A st. Se även a a s 25 ff. för närmare information om deltagande personer i projektet.

<sup>14</sup> A a s 2.

<sup>15</sup> COM (2003) final, OJ C 63/1.

<sup>16</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 2 f.

<sup>17</sup> COM (2010) 348.

<sup>18</sup> Civilutskottets utlåtande 2010/11:CU6, s 4 ff.

demisk produkt och som inspirationskälla därmed kunna bidra till en informell harmonisering av den europeiska civilrätten.<sup>19</sup> Bestämmelserna är ett resultat av att man eftersträvat att finna *de bästa lösningarna*.<sup>20</sup> Det bör i detta sammanhang nämnas att HD i NJA 2009 s 672 i ett mål rörande uppsägning av handelsagentur hänvisat till motsvarande regler i DCFR. Arbetsgrupperna tar dock inte ställning till huruvida en harmonisering av civilrätten inom EU är möjlig eller ens önskvärd inom den närmaste framtiden.<sup>21</sup>

## 2.2 Principer

Ett antal *grundläggande principer* genomsyrar och ligger till grund för hela DCFR vilka enligt Book I artikel 1:102 stycke (1) tillsammans med de motiv som ges i kommentaren skall ligga till grund för tolkningen av bestämmelserna. Principerna delas in i dels principer av *överordnad* karaktär, dels principer av *genomsyrande* karaktär som påverkat utformningen på ett mer direkt sätt. De principer av överordnad karaktär som legat till grund för utformningen av DCFR är principerna om skydd för mänskliga rättigheter, främjande av solidaritet och socialt ansvar, bevarande av kulturell och språklig mångfald, skydd och främjande av välfärden samt främjande av den inre marknaden.<sup>22</sup> Dessa principer ligger på det högre abstrakta planet och kan naturligtvis kännas självklara.

De principer som på ett mer direkt sätt påverkat utformningen av bestämmelserna i DCFR är principerna om frihet, säkerhet, rättvisa och effektivitet. Principen om frihet har flera aspekter såsom att reglerna inte i större grad än nödvändigt skall innehålla tvingande delar, men också att på ett generellt plan underlätta för människor att genomföra transaktioner.<sup>23</sup> Detta manifesteras i Book VIII genom en utbredd *partsautonomi* och i kommentaren understryks att goda argument måste föreligga för att denna skall inskränkas.<sup>24</sup> Denna grundläggande inställning är främmande ur ett svenskt sakrättsligt perspektiv. Beträffande principen om säkerhet så anges att just säkerhet och förutse-

---

<sup>19</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 3 f.

<sup>20</sup> Samuelsson, Europarättslig tidskrift 2009, s 77.

<sup>21</sup> Lurger, Rules for the Transfer of Movables, s 7.

<sup>22</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 8 ff.

<sup>23</sup> A a s 38.

<sup>24</sup> A st.

barhet ibland kan vara viktigare än reglers utformning inom sakrätten.<sup>25</sup> Ett exempel på hur principen om rättvisa påverkat bestämmelserna i Book VIII är att man eftersträvat likabehandling av borgenärer.<sup>26</sup> Principen om effektivitet omfattar dels förhållandet mellan parterna, dels den samhällsekonomiska aspekten.<sup>27</sup> Denna har tillåtits slå igenom genom att olika formaliteter minimerats men enligt kommentaren så har man också strävat efter att dispositiva bestämmelser skall motsvara vad parterna annars skulle ha avtalat.<sup>28</sup>

### 2.3 Tillämpningsområde för Book VIII

Regleringen av äganderättens övergång finns alltså i Book VIII ”*Acquisition and loss of ownership of goods*”. Den inledande artikelns första stycke lyder enligt följande:

#### **VIII. – 1:101: Scope of application**

(1) This Book applies to the acquisition, loss and protection of ownership of goods and to specific related issues.

Book VIII är alltså tillämplig beträffande förvärv och förlust av äganderätten till lösöre.<sup>29</sup> Av artikel 1:201 framgår att skepp och luftfartyg omfattas av dessa bestämmelser. Några speciella bestämmelser för konsumentförhållanden finns inte.<sup>30</sup> Äganderätt definieras fristående i artikel 1:202 enligt följande:

#### **VIII. – 1:202: Ownership**

”Ownership” is the most comprehensive right a person, the ”owner”, can have over property, including the exclusive right, so far as consistent with applicable laws or rights granted by the owner, to use, enjoy, modify, destroy, dispose of and recover the property.

Det handlar alltså om en exklusiv rätt tilldelad ägaren att inom gällande lagregler *förfoga* över lösöret. Det centrala i arbetet med Book VIII har varit reglerna om derivativt

---

<sup>25</sup> A a s 52.

<sup>26</sup> A a s 58.

<sup>27</sup> A a s 59.

<sup>28</sup> A a s 60 f.

<sup>29</sup> A a s 4207.

<sup>30</sup> A a s 4416.

fång då detta anses vara det viktigaste beträffande främjandet av den inre marknaden.<sup>31</sup> I artikel 1:101 stycke (2) (a)-(i) undantas således vissa *typer av fång* och av denna uppräkningsföljning följer motsatsvis att gåvor och byten omfattas av Book VIII. Jag kommer dock för enkelhetens skull i det följande att benämna avtalsparterna som köpare och säljare. Det bör nämnas att artikel 1:101 stycke (2)(d) stadgar att nationella bestämmelser om samäganderätt skall tillämpas om inget annat framgår av bestämmelserna i Book VIII.

Av artikel 1:101 stycke (3) framgår att Book VIII är tillämplig vid underhandsförsäljning av pant. Om klubbslaget ger sakrättsligt skydd enligt nationell rätt skall denna ordning däremot äga företräde.<sup>32</sup> Nationella system för *registrering* av äganderätt och äganderättens övergång skall enligt artikel 1:102 äga företräde framför Book VIII om en sådan har konstitutiv effekt, vilket innebär att äganderätten kan överföras genom registrering.<sup>33</sup> Nationella register av blott administrativ karaktär skall dock inte påverka tillämpningsområdet för bestämmelserna i Book VIII.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> A a s 4206.

<sup>32</sup> A a s 4213.

<sup>33</sup> A a s 4218.

<sup>34</sup> A st.

### 3 Äganderättens övergång enligt svensk rätt

#### 3.1 Det funktionella äganderättsbegreppet

Det finns som bekant ingen *definition* av det civilrättsliga äganderättsbegreppet likt den i artikel 1:202 inom svensk rätt. Så är dock fallet i en rad europeiska rättsordningar såsom exempelvis Tyskland och Frankrike.<sup>35</sup> Äganderätten finns dock både som begrepp och realitet inom den svenska civilrätten och vid ett köp så är det äganderätten till överlåtelseobjektet som överläts mot vederlag i pengar.<sup>36</sup> Detta är tämligen självklart, men vad innebär egentligen äganderätten till lösöre och en övergång av densamma mer explicit enligt den svenska rättsordningen?

Undén beskrev äganderätten som ett sammanfattande uttryck för ett *komplex av rättsverkningar* vilka innebär att en ägare inom ramarna för gällande rätt har olika befogenheter i förhållande till olika rättssubjekt.<sup>37</sup> Slutsatsen beträffande vem som är ägare har dock endast terminologisk betydelse och det mest rättvisande är istället att tala om att olika moment av äganderätten går över på förvärvaren successivt.<sup>38</sup> En säljare kan då vara skyddad mot köparens borgenärer på grund av dennes detentionsrätt eller stoppningsrätt samtidigt som köparen i sin tur är skyddad mot säljarens borgenärer genom registrering.<sup>39</sup> Äganderätten är alltså ett *relativt och funktionellt begrepp* uppbyggt på gällande legala regler.<sup>40</sup> Att förekomsten av en rättsföljd i ett fall är knuten till ett visst rättsfaktum behöver inte innebära att så är fallet i andra hänseenden då detta enligt den allmänna uppfattningen i doktrinen skulle utgöra en tillämpning av *begrepps-jurisprudens*.<sup>41</sup> Undén underströk det *ovetenskapliga* i att flytta äganderätten ovan den positiva rättsordningen som en *"apriorisk princip"*.<sup>42</sup> Denna utgångspunkt är synnerligen intressant då det är ett enhetligt angreppssätt beträffande äganderättens övergång som idag är dominerande på den europeiska kontinenten.<sup>43</sup>

<sup>35</sup> Se beträffande fransk rätt CC Art. 544 och tysk rätt BGB § 903.

<sup>36</sup> Lehrberg, Köprätt, s 59.

<sup>37</sup> Undén, s 57.

<sup>38</sup> Håstad, Sakrätt, s 209 f. och Hessler, Allmän sakrätt, s 18.

<sup>39</sup> Håstad, JFT 2009, s 328.

<sup>40</sup> Undén, s 58.

<sup>41</sup> Se exempelvis Hessler, Allmän sakrätt, s 18 f., Ramberg, C, SvJT 2004, s 472 och Håstad NJM 2002, s 360.

<sup>42</sup> Undén, s 58.

<sup>43</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 4582.

Det svenska, eller rättare sagt nordiska, *funktionella äganderättsbegreppet* går att härleda tillbaks i tiden till 1892 då dansken Torp första gången propagerade för detta synsätt, men sitt verkliga genomslag i Sverige fick dock inte detta förrän efter det nordiska juristmötet i Köpenhamn 1902.<sup>44</sup> Ett tydligt skifte från ett enhetligt till det funktionella synsätt vi idag finner som naturligt skedde genom HD:s dom i NJA 1925 s 80 och sedan slutet av 1920-talet har detta varit dominerande inom svensk sakrätt.<sup>45</sup> Denna inställning har varit relativt oemotsagd då "Svensk sakrätt 1. Lös egendom.", författad av Undén med den första upplagan utgiven 1927, var det enda standardverket inom sakrättens område fram tills dess att Hessler kom ut med sin "Allmän sakrätt" 1973.<sup>46</sup> Hessler har inte avsett att förändra det funktionella synsättet och detta har inte heller varit fallet beträffande Håstad<sup>47</sup> och Rodhe<sup>48</sup> med senare sakrättsliga arbeten av standardkaraktär.

Tänkbara anledningar till att äganderättsbegreppet fick denna utformning är att det vid denna tid rådde en stor tro på vetenskapen i Sverige. Uppsalaskolan med fokus på realism bidrog förmodligen också till den aktuella utvecklingen, men samtidigt så gynnas denna utveckling säkerligen av avsaknaden av kodifikation på området.<sup>49</sup> Här skall inte närmare återkopplas till den rättighetsdebatt vilken tidigare tagit plats i svensk doktrin och som idag kan te sig aningen "mossig". Kortfattat grundades denna i Hägerströms slutsats att juridiska begrepp såsom "rättighet" och "skyldighet" saknade motsvarighet i verkligheten vilket skulle innebära att dess existens inte omedelbart kan läggas märke till och att de inte heller skulle vara definierbara med hjälp av ett begrepp som förekommer i verkligheten.<sup>50</sup>

Med ett funktionellt äganderättsbegrepp blir det alltså fråga om att lösa uppkomna konflikter i varje enskilt *typfall* utan att äganderätten används som *kopplingsbegrepp* och oreglerade eller tveksamma fall skall avgöras med hjälp av en avvägning mellan relevanta ändamålsskäl.<sup>51</sup> Även innehållet i parternas avtal, eventuellt fastställt efter tolkning, tar dock över beträffande många aspekter såsom exempelvis rätten att nyttja lösöret. Bland de rättsordningar som tillämpar ett enhetligt äganderättsbegrepp finns dock variationer beträffande vilka aspekter av äganderätten som omfattas av ägande-

<sup>44</sup> Martinson, Transfer of Title, s 10.

<sup>45</sup> A a s 11 f.

<sup>46</sup> A a s 11.

<sup>47</sup> Håstad, Sakrätt avseende lös egendom.

<sup>48</sup> Rodhe, Handbok i sakrätt.

<sup>49</sup> Martinson, Transfer of Title, s 12.

<sup>50</sup> Se exempelvis Helin, Uppsalaskolan – och efteråt, s 72 ff. för en sammanfattning av denna debatt.

<sup>51</sup> Göranson, Traditionsprincipen, s 423 ff.

rättens övergång och således är det inte fullt adekvat att tala om att det finns ett enhetligt äganderättsbegrepp.<sup>52</sup> Den ovan etablerade terminologin kommer dock att användas i det följande då mindre skillnader mellan olika rättsordningar inte är av betydelse för syftet med denna framställning.

## 3.2 Traditionsprincipen

### 3.2.1 Sakrättsligt moment

#### 3.2.1.1 *Avskuren rådighet*

På ett generellt plan går det att göra skillnad mellan köpets faktiska och sakrättsliga fullbordan då dessa tidpunkter inte alltid överensstämmer mellan olika egendomsslag.<sup>53</sup> Beträffande fast egendom så ges sakrättsligt skydd redan genom avtalet medan lösöre måste traderas.<sup>54</sup> Ursprungligen har i traditionskravet legat ett absolut krav på besittningsövergång men den eniga uppfattningen i doktrinen har under en längre tid varit att det borde vara tillräckligt att överlåtarens *rådighet* över lösöret avskurits.<sup>55</sup> Rådighetsdoktrinen har också erhållit genomslag i praxis.<sup>56</sup>

*Traditionsprincipen* är inte direkt stadgad i lag utan framgår *e contrario* av lagen (1845 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva (LkL) och dess ålderdomliga och synnerligen omständliga registreringsförfarande. För verklig registrering krävs att egendomen förtecknas på ett sådant sätt att den kan identifieras.<sup>57</sup> Att traditionskravet även skulle omfatta omsättningsöverlåtelser blev avgjort genom NJA 1925 s 130. Vad gäller historiken kring registreringsförfarandet i LkL kan sägas att detta infördes genom den år 1835 instiftade lösöreköpsförordningen som i huvudsak föranleddes av problem med bedrägliga beteenden vid säkerhetsöverlåtelser.<sup>58</sup> Med anledning av möjligheten till registrering torde det ursprungliga ändamålet varit att

---

<sup>52</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 4582.

<sup>53</sup> Hessler, Allmän sakrätt, s 32.

<sup>54</sup> A st.

<sup>55</sup> Se exempelvis Mellqvist, SvJT 2010, s 238, Helander, s 416, Rodhe, s 210 f., Håstad, Sakrätt, s 288 och Hessler, Allmän Sakrätt, s 241.

<sup>56</sup> Se exempelvis NJA 1995 s 367 och NJA 1996 s 52.

<sup>57</sup> SOU 1995:11, s 138.

<sup>58</sup> Göranson, Traditionsprincipen, s 313 ff. och Håstad, Sakrätt, s 208 f.



ge *publicitet* till överlåtelsen till förhindrande av vilseledande vid kreditprövning samt falska påståenden vid exekution.<sup>59</sup>

I övrigt så har traditionsprincipens närmare innebörd och utformning utvecklats i *praxis* med beaktande av *relevanta ändamålsskäl*.<sup>60</sup> LkL används dock inte i någon större utsträckning och har i doktrinen också benämnts som en nödlösning från vilken bortses ifrån.<sup>61</sup> Tänkbara anledningar till detta är att en registrering skulle ge dåligt rykte, att förfarandet är omständligt och kostsamt, att allmänheten har dålig kunskap om detta samt att en registrering inte tidigare hade företrädde framför företagshypotek.<sup>62</sup>

### 3.2.1.2 *Med tradition likställda sakrättsliga moment*

Förutom tradition så finns andra sakrättsliga moment som ämnar fylla *samma funktion*. Denuntiation till en tredje man som besitter lösöret ger samma verkan som tradition och kan i princip tillgodoräknas samma bakomliggande ändamålsskäl.<sup>63</sup> Det handlar i dessa fall om att det denuntiationskrav som finns i 31 § lagen (1936:81) om skuldebrev (SkbrL) tillämpas analogt och denuntiationen kan utföras utan formkrav av endera säljaren eller köparen utan att den obligationsrättsliga förpliktelsen styrkts.<sup>64</sup> Även registrering vid sidan av LkL utgör i vissa fall sakrättsligt moment.<sup>65</sup> Möjlighet att erhålla sakrättsligt skydd genom märkning följer av lagen (1944:302) om köpares rätt till märkt virke. 22 § SkbrL medför att även tradition av utställt transportdokument med förbindelse att leverera lösöret likställs med tradition.

Vid överlåtelse av lösöre finns några *undantag* där *avtalsprincipen* istället har tillåtits slå igenom. Av NJA 1985 s 159 följer att tradition inte krävs beträffande *köp vid exekutiv auktion*. HD motiverade undantaget med att det offentliga förfarandet medförde att syftet bakom traditionsprincipen uppfylldes samt att en svårmotiverad motsättning annars skulle föreligga beroende på var auktionen hålls. Registrering enligt LkL ansågs

---

<sup>59</sup> Justitierådet Håstads tillägg i NJA 2008 s 684.

<sup>60</sup> Så exempelvis Håstad, Sakrätt, s 221 och Helander, s 347 ff.

<sup>61</sup> SOU 1995:11, s 147.

<sup>62</sup> Helander, s 403 och Martinson, Transfer of Title, s 62. Se även HD:s uttalande om att registrering i enlighet med LkL inte ansågs praktiskt genomförbar i NJA 2007 s 413.

<sup>63</sup> NJA II 1936, s 112 f.

<sup>64</sup> Håstad, Sakrätt, s 230.

<sup>65</sup> Se 2:9 sjölagen (1994:1009) beträffande skepp och skeppsbyggen, 2 § lagen (1955:227) om inskrivning av rätt till luftfartyg, prop. 2003/04, s 1 och 52. Se också 8:1 ÄktB beträffande registrering av gåva mellan makar. Enligt 4 § förmånsrättslagen (1970:979) kan även förmånsrätt erhållas om registrering skett enligt lagen (1975:605) om registrering av båtbyggnadsförskott.

inte heller praktiskt genomförbar i den aktuella situationen. Det är aningen oklart vad som gäller vid underhandsförsäljning.<sup>66</sup> Av NJA 1998 s 545 följer vidare att sakrättsligt skydd uppnås genom avtalet vid *andelsöverlåtelse* om lösöret finns i överlåtarens och förvärvarens sambesittning. Likaså bör noteras att HD i NJA 2007 s 652 slagit fast att traditionskravet inte gäller då lösöre enligt 2:4 JB blir *tillbehör till fast egendom* genom att detta kommer i samme ägares hand. Gemensamt för de två senare rättsfallen är att registrering enligt LkL inte är möjlig i dylika situationer och att ett underkännande av sakrättsligt skydd enligt HD skulle omöjliggöra kommersiellt skyddsvärda transaktioner.

Traditionskravet har också övergivits beträffande *konsumentköp*. Av 49 § konsumentköplagen (1990:932) (KKL) följer att avtalsprincipen istället gäller i konsumentförhållanden, men i fall då köpet inte avser en bestämd vara så krävs att åtgärder för individualisering av denna vidtagits genom avskiljande eller märkning av varan, anteckning om varan i en bokföringshandling eller på något annat sätt så att det framgår att varan är avsedd för köparen. Det bör slutligen tilläggas att avtal om att lösöret skall lämnas kvar hos säljaren i köparens intresse (*constitutum possessorium*) inte ger sakrättsligt skydd enligt svensk rätt.<sup>67</sup>

### 3.2.2 Varför tradition?

Ovan har antytts att traditionsprincipen ämnar uppfylla ett *ändamål* och vid en diskussion kring en rättsregels ändamål så är det mycket viktigt att skilja mellan ändamålet bakom regeln vilket är den *avsedda* funktionen och den funktion som regeln *de facto* har.<sup>68</sup> Det får anses som klart att det idag *huvudsakliga ändamålet* som uppbär traditionskravet är att detta är tänkt att *förhindra borgenärsbedrägliga beteenden* i form av undandraganden och efterhandskonstruktioner.<sup>69</sup> Den allmänna uppfattningen i doktrinen är dock numera att en gäldenär under alla förutsättningar enkelt kan föra undan egendom och detta gör att traditionskravet i sig inte är ett effektivt medel för att nå målet, utan i realiteten så är funktionen istället att det underlättar handläggningen av

---

<sup>66</sup> Håstad, Sakrätt, s 229 och Zackariasson, SvJT 2003, s 819.

<sup>67</sup> Håstad, a a s 223.

<sup>68</sup> Grönfors, JT 1999/00, s 523.

<sup>69</sup> Se för tydligt understrykande av detta NJA 1987 s 3 och senare praxis.

exekutionsärenden.<sup>70</sup> I motiven till 49 § KKL bortsågs dock inte helt från risken för att skentransaktioner skulle öka, men denna ökning bedömdes inte bli beaktansvärd i konsumentförhållanden.<sup>71</sup> Den huvudsakliga anledningen till denna lagändring var att konsumenter i regel saknade kännedom om risken med att kvarlämna förskottsbelagt lösöre hos säljaren och att regleringen därmed kunde te sig orättvis och överraskande.<sup>72</sup> Mellqvist synes dock i övrigt vara av åsikten att man inte allt för lättvindigt bör avfärda argumentet att exekution underlättas då traditionsprincipen faktiskt löser flertalet av dessa fall.<sup>73</sup> Mot detta kan ställas Håstads ståndpunkt att den vinst som erhålls genom att exekutionen underlättas görs på bekostnad av fullt legitima transaktioner där lösöret kvarlämnats.<sup>74</sup>

Det krävs naturligtvis alltid att gäldenären finner en ”medbrottsling” som är beredd att hjälpa honom med sitt ohederliga undandragande av egendom då blotta påståendet om överlåtelse inte är tillräckligt.<sup>75</sup> Håstad anser att problemet till stor del löses genom presumptionsregeln i 4:18 UB som ålägger *bevisbördan* på den person som påstår sig ha förvärvat lösöret från exekutionsgäldenären.<sup>76</sup> Vidare har Göranson framfört att det vid en tillämpning av avtalsprincipen borde kunna inverka att företeende av falsk handling vid exekution är *straffbart* enligt BrB 11:2 och att avtalet är ogiltigt enligt 34 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL).<sup>77</sup> Presumptionsregeln i 4:18 UB kan säkerligen fylla sin funktion i detta hänseende liksom risken för straffrättsligt ansvar men jag vill däremot påstå att det torde spela mindre roll att skenavtal är ogiltiga då avsevärda bevissvårigheter lär föreligga i dessa fall.

Det är dock inte möjligt att utreda vilken effekt traditionskravet de facto har på utbredningen av borgenärsbedrägliga beteenden.<sup>78</sup> Såsom Myrdal påpekat krävs att en komparativ studie görs i vilken utreds huruvida det är vanligare att gäldenären påstår att lösöre i dennes besittning överlåtits i rättsordningar där avtalet kan ge sakrättsligt skydd.<sup>79</sup> Någon sådan studie finns mig veterligen inte att tillgå men det är av intresse att

---

<sup>70</sup> Se exempelvis SOU 1995:11, s 146, Helander, s 216, Millqvist, JT 2008/09, s 120, Göranson, Traditionsprincipen, s 640 f. och justitierådet Håstads tillägg i NJA 2008 s 684.

<sup>71</sup> Prop. 2001/02:134, s 75.

<sup>72</sup> A prop. s 74.

<sup>73</sup> Mellqvist, SvJT 2010, s 240.

<sup>74</sup> Justitierådet Håstads tillägg i NJA 2008 s 684.

<sup>75</sup> Göranson, Traditionsprincipen, s 641.

<sup>76</sup> Håstad, Sakrätt, s 212. Det bör tilläggas att 4 kap. UB torde ge uttryck för en allmän princip som också är tillämplig i konkurs, se prop. 2001/02:134, s 78.

<sup>77</sup> Göranson, Traditionsprincipen, s 641.

<sup>78</sup> A s 434 och justitierådet Håstads tillägg i NJA 2008 s 684.

<sup>79</sup> Myrdal, JT 2002/03, s 480.

riskan för borgenärsbedrägerier inte synes diskuteras i större utsträckning på kontinenten.<sup>80</sup> I exempelvis Frankrike där avtalsprincipen tillämpas så ses inte detta som ett problem.<sup>81</sup> Som tänkbara anledningar till detta har Martinson anfört institutionella skillnader, olika kreditupplysningssystem och att juridiska lösningar ofta baseras på kvalificerade gissningar om människors beteende gjorda av jurister utan att sociologiska och nationalekonomiska aspekter tillåts påverka i tillräcklig utsträckning.<sup>82</sup> Detta är intressanta synpunkter och utöver dessa torde kunna tilläggas det förhållandet att olika rättsordningars sakrättsliga regleringar historiskt sett har utvecklats isolerat samt återvinningsinstitutets skilda utformning i olika rättsordningar.

Enligt min mer eller mindre kvalificerade gissning skulle nog en *viss ökning* av borgenärsbedrägliga beteenden aktualiseras vid ett avskaffande av traditionsprincipen då den fysiska förflyttningen trots allt utgör en *uppoffring*. Exekutionen skulle då betungas och denna nackdel måste ställas mot de problem som trots allt finns med traditionsprincipen samt alternativen. De problem som avses med alternativen är för det första problemet att fastställa huruvida ett obligationsrättsligt avtal föreligger och för det andra hur specialitetsproblem skall lösas. Om constitutum possessorium tillåts så måste avgöras i vilkens intresse lösöret kvarlämnats hos säljaren och återvinningsinstitutets utformning spelar vidare in vid bedömningen.<sup>83</sup>

Övriga tänkbara ändamål med traditionskravet som lyfts fram i doktrinen men som numera torde kunna bedömas som *obsoleta* är till att börja med att detta skulle verka publicitetsskapande vid kreditprövning.<sup>84</sup> Detta är naturligtvis orealistiskt i dagens samhälle vilket också är den förhärskande uppfattningen i doktrinen.<sup>85</sup> Ett annat tänkbart ändamål med traditionsprincipen är att denna skulle förhindra dubbeldispositioner och skapa ordning och reda.<sup>86</sup> Såsom Håstad påpekat är det dock märkligt att en köpare som inte tar hand om sina egna intressen på grund av detta skall förlora sitt borgenärsskydd och möjligheten till sakrättsligt skydd genom registrering är inte heller direkt ägnat att motverka dubbeldispositioner.<sup>87</sup>

---

<sup>80</sup> Martinson, *Transfer of Title*, s 51 not 121.

<sup>81</sup> Göranson, *Traditionsprincipen*, s 169. I anslutning till detta påpekar dock Göranson att *actio pauliana*-institutet finns att tillgå i Frankrike.

<sup>82</sup> Martinson, *Transfer of Title*, s 51.

<sup>83</sup> Dessa frågor kommer att behandlas utförligt i kapitel 5.

<sup>84</sup> Håstad, *Sakrätt*, s 211 f.

<sup>85</sup> Se exempelvis Håstad, a st och Hessler, *Allmän sakrätt*, s 88.

<sup>86</sup> Håstad, a a s 212.

<sup>87</sup> Justitierådet Håstads tillägg i NJA 2008 s 684.

Ett ytterligare argument som har större tyngd är att det inte blir nödvändigt att skilja mellan överlåtelse i omsättningssyfte och överlåtelse i säkerhetssyfte.<sup>88</sup> Ett varaktigt rådighetsavskärande för pantsättaren är som bekant en förutsättning för en sakrättsligt giltig pantsättning.<sup>89</sup> Göranson har dock påpekat att säkerhetsöverlåtelse var vanliga vid införandet av lösöre köpsförordningen och att registreringsförfarandet då uppfyllde ett reellt behov men att företagshypotek numera dominerar.<sup>90</sup> Det ligger en del i detta och säkerhetsöverlåtelse mellan privatpersoner torde höra till de sällsynta fallen. I Norge där *constitutum possessorium* tillåts finns dock endast ett fåtal rättsfall i högsta instans som behandlar frågan i vems intresse lösöret kvarlämnats hos säljaren.<sup>91</sup> Förklaringen till detta är förmodligen att lösöret vid tvivel presumeras ha kvarlämnats i köparens intresse. Avslutningsvis så är ett starkt argument för traditionsprincipen att det är enklast och mest rättvist att behandla alla borgenärer lika.<sup>92</sup> En särbehandling av köpare av *individuellt bestämt gods* bör dock kunna anses rättfärdigad då borgenärerna har andra möjligheter att erhålla säkerhet för sin fordran och att dessa istället gynnas av traditionskravet.<sup>93</sup> Borgenärer som inte valt sin motpart skulle däremot missgynnas av avtalsprincipen men jag finner inte detta argument i sig nog övertygande.

### 3.2.3 Traditionsprincipens närmare innebörd och dess problem

#### 3.2.3.1 Allmänt

HD har med utgångspunkt i ändamålet att förhindra borgenärsbedrägerier anammat en allt mer *pragmatisk tillämpning* av traditionsprincipen, vilket som ovan nämnts resulterat *dels* i rena undantag, *dels* som skall framgå i det följande i modifieringar av kravet på rådighetsavskärande.<sup>94</sup> I normalfallet torde dock ett traditionskrav inte orsaka problem och den följande diskussionen i detta avsnitt syftar därför främst till att ringa in traditionsprincipens problem och hur HD har behandlat dessa.<sup>95</sup>

---

<sup>88</sup> Håstad, Sakrätt, s 213.

<sup>89</sup> A a s 289 f.

<sup>90</sup> Göranson, Traditionsprincipen, s 619.

<sup>91</sup> Justitierådet Håstads tillägg i NJA 2008 s 684.

<sup>92</sup> Håstad, JT 2002/03, s 760.

<sup>93</sup> SOU 1995:11, s 151 och Göranson, Traditionsprincipen, s 434.

<sup>94</sup> Se exempelvis Myrdal, Borgenärsskyddet, s 234.

<sup>95</sup> Genomgången av praxis i detta avsnitt gör på inget sätt anspråk på att vara fullständig. För en fyllig genomgång av äldre praxis se exempelvis Hessler, SvJT 1983, s 161-215 och Zackariasson, SvJT 2003, s

### 3.2.3.2 Lösörets geografiska placering

Inledningsvis skall två rättsfall där betydelsen av vem som *äger eller disponerar marken* på vilken lösöret befinner sig då det sakrättsliga momentet iakttas behandlats avhandlas. I NJA 1945 s 400 skulle en entreprenör för ett municipalsamhälles räkning enligt avtal utföra diverse avloppsarbeten och vid leverans av material överlåta äganderätten till detta. HR:n uttalade i sin dom som fastställdes av HovR:n och HD att även om materialet befunnit sig på ett område som samhället upplåtit och detta vid leverans godkänts av samhällets kontrollant, detta likväl inte kunde anses ha kommit i samhällets besittning. Rättsläget vid *entreprenader* får anses som otillfredsställande då dylika transaktioner är av praktisk betydelse.<sup>96</sup> Karlsson och Sääf har förespråkat att rådigheten borde vara avskuren i tillräcklig grad om materialet inlåses i ett garage till vilket entreprenören inte har nycklar och att eventuell sambesittning kan diskuteras om beställaren är ett byggföretag som anlitar en entreprenör.<sup>97</sup> Jag anser att det i alla fall de lege ferenda borde vara tillräcklig att byggarbetsplatsen är tillbommad efter arbetsdagen om endast beställaren har nycklar till denna. Vid *infogande* av material så torde dock sakrättsligt skydd uppnås och detta leder naturligtvis till slumpartade resultat. Samma problematik uppstår även om två näringsidkare delar lokal och önskar överlåta lösöre sinsemellan.

HD har även prövat frågan om *samtidig överlåtelse av nyttjanderätt* till marken eller lokal i vilken lösöret befinner sig. I NJA 1991 s 564 hade en person köpt en båt och samtidigt med överlåtelsen fått nyttjanderätten till båtens uppläggningsplats överlåten på sig. HD konstaterade att det framgått att säljaren med köparens godkännande avtalat med upplåtaren av nyttjanderätten om en överlåtelse av denna och att köparen i och med övertagandet också fått båten i sin besittning. Håstad har framhållit att det inte verkar krävas att hyresvärden tillämpar någon tillträdeskontroll.<sup>98</sup> Jag vill mena att utgången är rimlig då en besittningsförändring trots allt skett utan en opåkallad förflyttning.

---

753-956. Traditionskravet kan inte rimligen vara strängare vid överlåtelse än vid pantsättning av lösöre vilket innebär att även praxis beträffande pantsättning är av intresse, se exempelvis Myrdal, Borgenärsskyddet, s 121.

<sup>96</sup> Jfr här till att det i praxis synes föreligga en form av presumtion för förfogandemedgivande vid leverans av material till byggarbetsplatser vilket omöjliggör uppställande av verksamt återtagandeförbehåll, se NJA 1960 s 221 och NJA 1974 s 660.

<sup>97</sup> Karlsson & Sääf, Ny Juridik Nr 1 1997, s 77 f.

<sup>98</sup> Håstad, Sakrätt, s 223.

### 3.2.3.3 *Överlåtelse av ideell andel*

Ett krav på rådighetsavskärande ställer naturligtvis till problem då *ideell andel* i lösöre överläts. I NJA 1987 s 3 gällde frågan huruvida en ensam ägare av en häst med sakrättslig verkan kunde överlåta en andel av denna till sin son som var lärling i stallen. HD konstaterade att intresset av att motverka skentransaktioner hade en sådan tyngd att en besittningsförändring borde krävas vid en samlad bedömning. Så ansågs ej ha skett med tanke på en lärlings underordnade ställning.

En något annorlunda situation uppkom i NJA 1998 s 545 där en far överlät andelar i en segelbåt till sin son. Båten förvarades på en av ett varv förhyrd båtplats på sommaren och under vinterhalvåret på land och båda hade nycklar till båten. HD konstaterade, med hänvisning till NJA 1991 s 564, att båten befann sig i sonens och faderns sambesittning. Vidare anfördes att den aktuella situationen lämnats öppen i NJA 1987 s 3 och att det till stöd för ett krav på att överlåtaren skall avstå från sin del av besittningen kunde åberopas att detta förmodligen skulle bidra till att motverka skenöverlåtelser. Efter detta slog HD fast att risken för konstruerade överlåtelser och kringgåenden inte bör överdrivas samt att möjligheten att överlåta ideella andelar torde tillgodose ett legitimt syfte som det inte finns anledning att motverka. Mot bakgrund av detta talade enligt HD övervägande skäl för att sakrättsligt skydd skulle erhållas i och med avtalet och skäl för att göra en annan bedömning beträffande gåvor ansågs inte föreligga.

Det är tydligt att HD i NJA 1998 s 545 sett till det *överordnade syftet* att tillgodose omsättningsintresset.<sup>99</sup> HD:s uttalande att risken för borgenärsbedrägerier inte bör överdrivas är dock enligt min mening anmärkningsvärt då denna risk torde vara särskilt stor i dylika fall. Att LkL inte är tillämplig vid andelsöverlåtelse var nog förmodligen av avgörande betydelse för utgången i målet. I NJA 1987 s 3 så kan det nog antas att sakrättsligt skydd skulle ha tillerkänts köparen om sambesittning uppnåtts.<sup>100</sup>

### 3.2.3.4 *Återställanden och finansiering*

*Återställandefallen* är särskilt problematiska och rättsläget får trots en omfattande diskussion i doktrinen där alla tänkbara tolkningsalternativ av praxis dryftats i viss mån

---

<sup>99</sup> Myrdal, Borgenärsskyddet, s 114.

<sup>100</sup> Håstad, Supplement, s 22.

alltjämt anses vara oklart. I det vida omdiskuterade NJA 1975 s 638 hade en person förvärvat en husvagn som efter köpet togs på en provtur för att därefter återföras för förvaring, reparation samt föreskriven kontrollbesiktning. Köparen mottog och behöll en av nycklarna samt registrerades i bilregistret och husvagnen användes även för övernattnings. HD konstaterade att de åtgärder som köparen företagit med husvagnen inte kunde anses vara av den beskaffenhet att det genom dessa med tillräcklig tydlighet blivit ådagalagt att besittaren inte längre ägde förfoga över husvagnen.

I anslutning till detta rättsfall bör två äldre rättsfall med bibehållen aktualitet beröras. I NJA 1925 s 535 såldes hästar och diverse annat lösöre av två bröder till deras syster. Lösöret överfördes i systemens besittning men efter en dag tecknades ett hyreskontrakt varefter nämnda lösöre återfördes till bröderna. HR:n anförde i sin dom som fastställdes av HovR:n och HD att då egendomen återförts en dag efter köpet omedelbart efter upprättandet av det ”så kallade hyreskontraktet” det med hänsyn jämväl till andra omständigheter måste antagas att det redan vid köpet var avsett att besittningen skulle återföras. Lösöret ansågs ha blivit kvar i brödernas vård. Ett liknande fall uppstod i NJA 1934 s 193 där en lantbrukare sålt några hästar till ett bolag som efter fyra dagar sålde tillbaka dessa till säljaren enligt ett köpekontrakt med uppställt äganderättsförbehåll. Separationsrätt erhöles inte heller i detta fall.

I de två äldre daterade rättsfallen synes HD möjligen ha fäst vikt vid *transaktionens syfte* vid sin bedömning av huruvida tradition skett. Beträffande NJA 1975 s 638 så har emellertid Hessler (som tillhörde minoriteten) i doktrinen tillstått att risken för skentransaktioner är stor i dylika situationer, men att en separat prövning av syftet med återställandet borde ha gjorts.<sup>101</sup> Myrdal har framfört att den mest sannolika tolkningen, trots publicitetsterminologin, är att HD har gjort en bedömning av traditionsåtgärderna inbegripet varaktighet i tiden.<sup>102</sup> Jag anser att denna tolkning är riktig då ett krav på *varaktighet* på det sakrättsliga momentet rimligen torde föreligga på grund av att ett förutbestämt återställande eller en kortvarig besittningsförändring *typiskt sett* implicerar en icke allvarligt menad transaktion och detta tolkningsalternativ går också ihop med Hesslers uttalande. I NJA 2007 s 413<sup>103</sup> har också HD uttalat att tradition skall ses som ett fristående moment från det obligationsrättsliga avtalet men att syftet med överförande och återförande kan spela in vid bedömningen av traditionens varaktighet och

---

<sup>101</sup> Hessler, SvJT 1983, s 175.

<sup>102</sup> Myrdal, Borgenärsskyddet, s 103.

<sup>103</sup> Se vidare om detta rättsfall nedan avsnitt 3.2.3.5.



detta har också stöd i 4 § LkL. Vidare har i NJA 2008 s 684<sup>104</sup> slagits fast att återställande för reparation inte påverkar det sakrättsliga skyddet men återställandet var i detta fall inte förutbestämt. Prognosen torde dock vara att ett *lojalt förutbestämt återställande* för reparation eller service inte påverkar det sakrättsliga skyddet.

Det är dock oklart hur varaktig en besittningsförändring måste vara vid övriga återställanden. Enligt Möller kan en besittningsförändring på tre-fyra veckor vara tillräcklig om köpet inte har karaktären av undandragande och inte heller är att bedöma som en säkerhetsöverlåtelse.<sup>105</sup> En *gräns* måste rimligen dras vid någon tidpunkt då en överlåtelse inte för all framtid skall behöva innebära avskuren rådighet för överlåtaren. Den osäkerhet som råder beträffande rådighetsavskärans varaktighet orsakar naturligtvis problem vid olika finansieringslösningar såsom *sale and lease back*. I detta sammanhang bör tilläggas att HD i NJA 1958 s 422 tillerkänt en pantsättning sakrättsligt skydd trots att panten av misstag kommit i pantsättarens besittning.<sup>106</sup>

En liknande problematik beträffande *investorleasing* har prövats i NJA 1995 s 367 där ett leasingbolag hade överlåtit leasingobjekt till en investor med förbehåll för leasingkundernas rätt och enligt ett administrationsavtal skulle leasingbolaget även i fortsättningen uppbära betalning från kunderna samt administrera utskick av påminnelser. Leasingkunderna denuntierades i form av ett meddelande att överlåtelse skett av leasingobjekten samt att deras rätt inte skulle påverkas och att de skulle fortsätta att prestera till leasingbolaget. HD uttalade att det grundläggande syfte som kravet på sakrättsligt moment är avsett att tillgodose är att förhindra skentransaktioner genom att detta innebär en viss yttre manifestation, vilket i sin tur kan motverka efterhandskonstruktioner samt innebär en uppoffring till förhindrande av transaktioner som inte är allvarligt menade. I anslutning till ett motivuttalande bakom 31 § SkbrL anfördes att med uppoffring närmast synes syftas på avskuren förfogandelegitimation medan betalningslegitimationen enligt 29 § SkbrL inte skulle behöva vara avskuren. Efter detta uttalades att varken lagtext eller förarbeten ger grund för att beakta förutsättningar för betalningslegitimation i 29 § SkbrL. Den fråga som enligt HD istället skulle vara avgörande var huruvida en denuntiation som, i den situation som var aktuell i det aktuella målet, innehöll ett meddelande att egendomen fick utlämnas till överlåtaren som uppdragstagare kunde tillgodose det sakrättsliga momentets syfte.

---

<sup>104</sup> Se vidare om detta rättsfall nedan avsnitt 3.2.3.5.

<sup>105</sup> Möller, *Civilrätten vid finansiell leasing*, s 122.

<sup>106</sup> Enligt NJA 1983 s 103 måste dock aktiva åtgärder vidtas vid vetskap om återställandet för bibehållen separationsrätt.

HD konstaterade att en denuntiation av aktuellt slag ger en yttre manifestation och därför kunde fungera som hinder mot efterhandskonstruktioner, att förfogandelegitimationen överflyttas i varje fall under leasingavtalets löptid samt att avtal om finansiell leasing normalt är tänkt att gälla under objektets hela ekonomiska livslängd. Härtill, uttalade HD, tillkom att förvärvaren när som helst kunde meddela tredje mannen att uppdraget upphört. HD slog avslutningsvis fast att det med beaktande av det nyss nämnda fick anses väga mindre tungt att överlåtaren, trots att han inte ägde förfoga över objekten, skulle erhålla ett visst sken av rådighet vid leasingperiodens slut. Denuntiationen medförde således att ett sakrättsligt skyddat förvärv uppkommit.

Zackariasson anser att den speciella avtalsrelationen blev avgörande och att denuntiationen i förening med leasingavtalets innehåll då medförde att säljarens uppoffring ansågs tillräcklig.<sup>107</sup> Möller och Håstad synes båda vara av åsikten att prejudikatet innebär att utlämning till säljaren tillåts även i andra situationer.<sup>108</sup> Det understryks visserligen i domskälen att denuntiationens verkan bedömts i den situation som var aktuell i målet men *vissa variationer i avtalsförhållandet* skulle förmodligen tolereras. Vad gäller frågan huruvida avskuren *betalningslegitimation*, och därmed rätten att mottaga lösöret, tillmättes betydelse så anser Håstad och Myrdal att avskuren förfogandelegitimation avgjorde och inte rätten att ta emot prestation.<sup>109</sup> Detta torde dock enligt HD:s skrivning vara beroende av att ett liknande uppdragsförhållande föreligger. Rättsfallet är vidare i linje med NJA 1956 s 485 där avskuren praktisk tillgång till pantsatt spannmål bedömdes som tillräckligt. Under alla förhållanden är NJA 1995 s 367 ett tydligt fall av en pragmatisk tillämpning av traditionsprincipen med en uppluckring av kravet på rådighetsavskärning, men frågan är om den föreliggande avtalskonstruktionen verkligen var skyddsvärd. Håstad har framfört att något samhällsintresse knappast förelåg i detta fall då syftet med dylika transaktioner snarare är att genom skatteplanering kvitta bort vinster.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> Zackariasson, SvJT 2003, s 821. Se även Myrdal, Borgenärsskyddet, s 219 f.

<sup>108</sup> Håstad, Sakrätt, s 232 och Möller, Civilrätten vid finansiell leasing, s 127 och s 126 not 112 med kritik mot HD:s resonemang gällande leasingobjektets värde vid återlämnande med tanke på utbredningen av restvärdeleasing. Se även Möller, Festskrift till Lars Gorton, s 406 ff. beträffande prejudikatets bäring på reskontrabelåning och annan factoringfinansiering.

<sup>109</sup> Myrdal, Borgenärsskyddet, s 216 och justitierådet Håstads tillägg i NJA 2008 s 684. Håstad har dock tidigare uttalat att ett självständigt krav beträffande betalnings-/mottagandelegitimationen inte uppställts men att denna istället kom in som ett moment i helhetsbedömningen beträffande avskuren rådighet, Håstad, Sakrätt, s 262.

<sup>110</sup> Håstad, JT 2002/03, s 755 not 47.

Som ovan framkommit ställer traditionsprincipen till med problem vid sale and lease back och i NJA 1998 s 379 hade ett möbelföretag (Masters) överlåtit maskiner till en person (Nils N) och samtidigt tecknat ett hyresavtal med denne avseende de aktuella maskinerna. Maskinerna traderades aldrig och Masters hyrde vid tidpunkten för överlåtelsen fastigheten där maskinerna befann sig av Aro Bygg som senare överlät denna till L & C Karlsson. Fastigheten hyrdes därefter av Masters och detta hyresförhållande liksom detsamma med Nils N bestod vid Masters konkurs. Masters konkursbo överlät senare rörelsen med undantag för de aktuella maskinerna till L & C Karlsson och avflyttade från fastigheten. HD anförde att det för uppnående av sakrättsligt skydd krävs att överlåtaren förlorat rådigheten för att sakrättsligt skydd skall uppnås. Vidare konstaterades att så skett då Masters konkursbo avflyttade från fastigheten och L & C Karlsson tillträdde densamma och att L & C Karlsson använde maskinerna i den fortsatta rörelsen med kännedom om överlåtelseavtalet mellan Masters och Nils N. HD konstaterade att Nils N:s förvärv fullbordats och erhållit sakrättsligt skydd genom att Masters konkursbo avstod från rådigheten över maskinerna.

Domskälens är ett tydligt exempel på hur en fri intresseavvägning kan leda till *oväntade* resultat och i doktrinen har ifrågasatts huruvida domen är förenlig med 3:2 och 3:3 konkurslagen (1987:672) (KL).<sup>111</sup> Av intresse är att det i HovR:ns domskäl läggs vikt vid att Nils N var hälftenägare och firmatecknare i L & C Karlsson. Enligt Zackariasson kan det då ifrågasättas om ond tro hos tredje man skall kunna ersätta denuntiation eller om Nils N:s ställning var avgörande.<sup>112</sup> Rättsfallet är svårtolkat men HD synes ha fäst vikt vid att L & C Karlsson hade kännedom om överlåtelseavtalet mellan Masters och Nils N. Med anledning av 3:2 och 3:3 KL måste dock med tanke på hur domskälens utformats ifrågasättas om utgången i detta mål är riktig.

Ett notisfall där en eventuell öppning för ett *kringgående* av ovan avhandlad etablerad reglering kring återställanden lämnats bör nämnas i detta sammanhang. I NJA 1996 A 4 hade ett bolag sålt tre lastbilar till ett annat bolag vilka traderades till köparen som i sin tur leasade ut dessa till ett tredje bolag fyra dagar efter det att tradition skett. Leasetagaren lät dock med omedelbar verkan det ursprungliga säljarbolaget nyttja lastbilarna. Både leasetagaren och det ursprungliga säljarbolaget försattes sedermera i konkurs och frågan i målet blev huruvida köparen skulle erhålla separationsrätt till lastbilarna. HovR:n slog i sin dom, vilken sedermera fastställdes av HD, fast att ett sakrättsligt

---

<sup>111</sup> Håstad, Supplement, s 20 och Zackariasson, SvJT 2003, s 823.

<sup>112</sup> Zackariasson, a a s 823 f.

skyddat förvärv uppkommit i och med tradition av lastbilarna och att utredningen i målet inte gav stöd för att köparen varken kände eller bort känna till att leasetagaren skulle låta säljaren nyttja lastbilarna.

Zackariasson synes vara öppen för att en dylik konstruktion bör kunna underkännas åtminstone vid kvalificerad ond tro hos köparen, då tidigare praxis annars enkelt kan kringgås.<sup>113</sup> Jag vill mena att detta enligt HD:s domskäl i sådana fall torde kräva att köparen behandlas som *bulvan* och att en form av genomsynsargumentation tillämpas. Detta skulle dock enligt min mening vara att gå väl långt.

Avslutningsvis skall beträffande finansiering av lösöre nämnas ett färskt avgörande där det sakrättsliga momentet åter prövats. I NJA 2010 s 154 hade en tillverkare (Honda) slutit ett kommissionsavtal med en återförsäljare (Bike center). Efter en tid slöts ett nytt specialavtal enligt vilket Bike center istället skulle förvärva ett antal motorcyklar på kredit utan återtagandeförbehåll. Specialavtalet hävdades sedermera på grund av utebliven betalning och vid detta tillfälle slöts ett nytt kommissionsavtal men motorcyklarna förblev i Bike centers besittning. Honda erhöll dock vid tillfället samtliga registreringsbevis, registreringsskyltar samt registrerades i fordonsregistret. Bike center försattes sedermera i konkurs och dagarna innan detta hade Honda hämtat resterande motorcyklar. HD konstaterade att Honda förvärvat motorcyklarna genom hävningen av specialavtalet. Då hävningen betingats av utebliven betalning med anledning av specialavtalet bedömdes transaktionen som en betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel enligt 4:10 KL och då återvinningsfristen börjar löpa vid uppnående av sakrättsligt skydd blev frågan i målet vid vilken tidpunkt detta uppkommit.

HD konstaterade att överlåtelsen inte registrerats enligt LkL och i anslutning till detta anfördes, med hänvisning till NJA 2007 s 413 och NJA 2008 s 684, att det i praxis stundom i syfte att möjliggöra kommersiellt skyddsvärda transaktioner medgetts att andra åtgärder vidtas som får verkan att överlåtaren effektivt avskärs förfogandemöjligheter med avseende på egendomen. Efter detta konstaterade HD att syftet med kommissionsavtalet i kombination med hävningen varit att uppnå sakrättsligt skydd och att det i den situationen inte fanns anledning att inte upprätthålla kravet på registrering enligt LkL oaktat att Hondas medverkan vid överlåtelse skulle ha krävts. Andra vidtagna åtgärder tillmättes inte betydelse och sakrättsligt skydd ansågs således ha upp-

---

<sup>113</sup> A a s 818.

kommit då Honda avhämtade motorcyklarna. Transaktionen kunde således återvinnas då den föll inom tremånadersfristen.

Att återtagande och kreditering utgör betalning av skuld med annat än sedvanliga betalningsmedel enligt 4:10 KL synes inte vara ifrågasatt.<sup>114</sup> Mer intressanta i detta sammanhang är HD:s domskäl vad gäller traditionsfrågan. Rättsfallet ger uttryck för att blott avskuren förfogandelegitimation inte är tillräcklig utan det krävs också att möjligheten att förfoga i form av *brukande* måste vara avskuren.<sup>115</sup> Med tanke på att Bike center inte kunde sälja motorcyklarna vidare eller köra dessa på allmän väg så innebar alltså möjligheten att köra dessa på privat mark eller att sälja dessa till någon som inte heller kunde erhålla registrering i fordonsregistret att uppoffringen inte bedömdes som tillräcklig. HD:s hänvisning till att syftet med det andra kommissionsavtalet och hävningen var att Honda skulle erhålla sakrättsligt skydd är svårtolkad. Det ansågs ”i den situationen” inte finnas anledning att inte upprätthålla traditionskravet. Man kan då med anledning av HD:s skrivning fråga sig om de övriga åtgärderna skulle ha kunnat vara tillräckliga om det aktuella syftet inte förelegat? Det är enligt min mening märkligt att syftet med transaktionen omnämns men under alla förutsättningar utgör detta rättsfall en strikt tillämpning av traditionsprincipen.<sup>116</sup> Några större svårigheter att *registrera* överlåtelsen enligt LkL synes inte ha förelegat och detta torde ha spelat en avgörande roll i HD:s strikta bedömning.

### 3.2.3.5 *Överlåtelse mellan närstående*

Det ligger i traditionsprincipens natur att *överlåtelser mellan närstående* i många fall orsakar problem. Regleringen i 8:1 ÄktB om registrering av gåva löser dock detta problem inom sitt tillämpningsområde. Problematiken i övrigt aktualiserades i NJA 1986 s 409 i vilket en son pantsatt jaktvapen till sin mor. Sonen bodde till en början tillsammans med modern och fadern och vapnen fanns i den gemensamma bostaden inlåsta i ett vapenskåp till vilket endast fadern hade nycklar. Avgörande i målet blev det förhållandet att sonen innan, men även efter avflyttning, genom faderns försorg haft oför-

---

<sup>114</sup> Renman, s 124 f. med hänvisningar.

<sup>115</sup> Se NJA 1993 s 429 beträffande krav på kontroll i fordonsregistret för godtrosvärv av bil.

<sup>116</sup> Göranson anser att HD:s domskäl i detta rättsfall är en ”fläkt av den gamla ändamålsmotiveringen” att traditionsprincipen skall motverka kollussiva förfaranden, Göranson, Festskrift till Torgny Håstad, s 221. Enligt min mening har väl detta hela tiden varit det uppbärande ändamålet bakom traditionsprincipen. Låt vara att detta ändamål i senare praxis inte försvaras av HD och inte heller alltid uppfylls.

ändrad tillgång till vapnen och enligt HD hade erforderlig besittningsförändring således ej skett.

Utgången är enligt min mening rimlig då sonens pantsättning *inte* innebar en *uppföring* och därmed så uppfylldes inte ändamålet bakom traditionsprincipen. Det kan antas att pantsättningen skulle ha tillerkänts sakrättslig verkan om modern hade lämnat instruktioner till fadern att inte lämna ut jaktvapnen till sonen vid anfordran.<sup>117</sup> Närståenderelationen i sig torde dock inte varit avgörande men rättsfallet visar att registrering enligt LkL generellt sett är rekommendabel i dylika situationer.

Ett problem har tidigare uppstått vid transaktioner mellan *bolag och närstående där personunion råder*.<sup>118</sup> Detta synsätt har dock förändrats genom NJA 2000 s 88 i vilket Ronny B som var ensam ägare och firmatecknare i ett bolag erhållit företagshypotek som säkerhet för en fordran mot bolaget. I bolaget fanns två andra styrelseledamöter som även de tecknade firma. Ronny B förvarade företagshypoteksbrevet i ett vapenskåp i sin bostad. Bolaget försattes i konkurs och Ronny B bevakade sin fordran. Enligt HD hindrade inte den omständigheten att bolaget lämnat pant till en företrädare att sakrättsligt giltig pantsättning ägt rum. HD konstaterade att åtminstone i de fall då den som tagit emot panten är den avsedde panthavaren med en fordran mot bolaget, och denne inte mottagit panten som representant för bolaget, det i regel får anses att bolaget frånhänt sig rådigheten på det sätt som krävs för giltig pantsättning. Det hade inte i målet visats att någon av de övriga firmatecknarna haft tillgång till panten eller att Ronny B förbundit sig att på begäran utlämna denna och därmed ansågs pantsättningen sakrättsligt giltig.

I rättsfallet avgjordes dock inte förhållandet mellan *två närstående bolag* men denna fråga har prövats i två senare rättsfall. I NJA 2007 s 413 hade ett bolag (nya Vitala) förvärvat inkråmet och firma från ett annat bolag (gamla Vitala) mot marknadsmässig ersättning och egendomen förflyttades mellan två adresser. En företrädare tecknade emellertid firma för båda bolagen och var suppleant i styrelsen för gamla Vitala innan överlåtelsen. HD konstaterade att tradition skall ses som ett fristående moment från den bakomliggande rättshandlingen men att syftet med överförandet och återförandet kan få betydelse vid bedömningen av varaktigheten. Besittningsförändring hade därmed skett obeaktat syftet. Då de båda bolagen hade gemensam representant så slog HD fast att ett egenintresse fanns för representanten att hålla fast vid överlåtelsen vid äventyr av

---

<sup>117</sup> Håstad, Sakrätt, s 292.

<sup>118</sup> Se NJA 1972 s 246 och RH 1990:116.

skadeståndsansvar samt straffrättsligt ansvar enligt 10:1 och 10:5 BrB. Då representanten efter överlåtelsen varit skyldig att iaktta nya Vitalas intressen så ansågs rådgivningen i tillräcklig grad blivit avskuren för det överlåtande bolaget. HD hänvisade också till 2 kap. 20 § aktiebolagslagen (2005:551) (ABL) där det framgår att inbetalat aktiekapital är skyddat mot inbetalarens borgenärer när stiftelseurkunden undertecknats av samtliga stiftare och att detta även gäller beträffande enmansbolag. HD underströk att kravet på rådgivningsavskärning inte får drivas så långt att legitima transaktioner mellan närstående i praktiken omöjliggörs. Efter detta gick HD över till att pröva om det också skulle ställas krav på publicitet och konstaterade att NJA 1996 s 52 talade för att så ej skulle vara fallet. Publicitet i form av en yttre manifestation bedömdes inte nödvändig då registrering enligt LkL inte ansågs praktiskt genomförbar och då oklarhet skulle uppstå om kommersiellt opåkallade förflyttningar, rundskrivelser till borgenärer eller registrering i bilregistret skulle tillmätas betydelse.

I NJA 2008 s 684 uppstod en liknande situation där ett svenskt bolag (Sannäs) överlät en räkpackningslinje till ett leasingbolag som i sin tur leasade ut denna till ett norskt dotterbolag till det svenska bolaget (Havmannen). Sannäs ägdes i sin helhet av en person som var ensam styrelseledamot och firmatecknare i bolaget och denne var även firmatecknare samt en av fyra styrelseledamöter i Havmannen. Räkpackningslinjen levererades direkt från Sannäs till Havmannen varefter fel i denna konstaterades vid montering och denna återfördes till Sannäs för reparation och intrimning. HD konstaterade inledningsvis att ett återlämnande för reparation inte påverkar det sakrättsliga skyddet. Vidare hänvisades i domskälen till NJA 2007 s 413 och HD kom med samma motivering som i 2007 års fall till samma slut i detta mål.

Jag anser att HD:s hänvisning till de aktiebolagsrättsliga bestämmelserna är logisk då det kan ifrågasättas varför juridiska personer skall särbehandlas just vad gäller överlåtelse av lösöre. Detta synsätt harmonierar också med NJA 1984 s 595 där en person som utgjorde ensam styrelse i ett aktiebolag med sakrättslig verkan enligt lagen (1944:181) om redovisningsmedel (RedovL) avskilt redovisningsmedel på postgirokonto i bolagets namn. Håstad är dock av uppfattningen att rättsfallen innebär att traditionsprincipen ”ordentligt urholkats”.<sup>119</sup> Det är onekligen svårt att se vem som skall vidta rättsliga åtgärder och med anledning av detta får *avhållandeargumentet* ses som en

---

<sup>119</sup> Håstad, JFT 2009, s 336. Densamme påpekar att hans kritiska tillägg i NJA 2008 s 684 inte skrevs för ”egen del”, a st. not 16. För diskussion kring justitierådets tilltagande benägenhet att dryfta sina personliga synpunkter och åsikter i tillägg till HD:s domar, se Millqvist, JT 2008/09, s 117 ff.

*fiktio*n. I betänkandet bakom 49 § KKL ansågs constitutum possessorium utgöra en verklighetsfrämmande konstruktion för att upprätthålla ett formellt krav.<sup>120</sup> I viss mån kan detsamma därmed anföras beträffande avhållandeargumentet. Enligt Henriksson så öppnar eventuellt domskälen i NJA 2008 s 684 upp för ett accepterande av constitutum possessorium.<sup>121</sup> Detta är dock enligt min mening tveksamt då den aktuella situationen tog sikte blott på återställande på grund av reparation då tradition faktiskt iakttagits.

I *koncerner* har både styrelsen och VD enligt 8:4 respektive 8:29 ABL en *vårdplikt* och skall se till "sitt bolags" intressen. Vad gäller jäv för styrelse och VD enligt 8:23 respektive 8:34 ABL bör nämnas att dessa regler finns till för att skydda det egna bolagets aktieägare och gäller således inte då styrelseledamot eller VD äger dotterbolaget eller ett koncernförhållande föreligger.<sup>122</sup> Det bör noteras att bestämmelserna om kapitalskydd i 17 kap. ABL torde kunna åsidosättas med samtliga aktieägares samtycke om bolagets fordringsägares rätt inte riskeras då dessa, liksom jävsbestämmelserna, är uppställda till aktieägarnas skydd.<sup>123</sup> Med primärt sikte på pantsättningsfallen har olika åsikter beträffande transaktioner inom koncerner diskuterats i doktrinen. Lindskog har framfört att dotterbolaget har en förpliktelse mot sig självt att ta vara på sina intressen utom området för utdelningsbart belopp.<sup>124</sup> Walins ståndpunkt är att dotterbolaget självständigt har att pröva huruvida lösöret skall återlämnas till moderbolaget vid anfordran och att sakrättsligt skydd alltid föreligger så länge så ej sker.<sup>125</sup> Rodhe har däremot framfört ståndpunkten att lydnadsplikt föreligger.<sup>126</sup> Håstad har ifrågasatt huruvida det är lämpligt att låta det sakrättsliga skyddet vara beroende av svårskönjbara förhållanden som dotterbolagets disponibla vinstmedel och att det kanske vore enklare att ha en klar regel med innebörden att sakrättsligt skydd endera alltid underkänns eller alltid tillerkänns moderbolaget vid transaktioner inom en koncern.<sup>127</sup> Densamme synes i viss mån anse Walins slutsats som rimlig då det inte torde spela någon roll för borgenärerna om dotterbolaget realiserar panten eller om denna återlämnas i en insolvenssituation.<sup>128</sup>

Walins slutsats är enligt min mening visserligen rimlig vad gäller rättsföljden. Jag är dock benägen att instämma i Lindskogs resonemang och skulle ett bolag *efterge* ett

---

<sup>120</sup> SOU 1995:11, s 152.

<sup>121</sup> Henriksson, s 58.

<sup>122</sup> Prop. 1997/98:99, s 209 och 214 f.

<sup>123</sup> Hemström, s 152 f.

<sup>124</sup> Lindskog, JT 1991/92, s 281 f.

<sup>125</sup> Walin, Panträtt, s 79.

<sup>126</sup> Rodhe, s 392.

<sup>127</sup> Håstad, Insolvensrättsligt forum 2007, s 147.

<sup>128</sup> A a s 148.



anspråk utom ramen för utdelningsbart belopp torde dess borgenärer kunna angripa rättshandlingen genom återvinning i konkurs eller alternativt genom en skadeståndstalan. Bolagsorganens *formella beslutanderätt* och beslutsordning torde dock inte kunna kringgås.<sup>129</sup>

*Publicitet* tillmättes i NJA 2007 s 413 inte någon självständig betydelse men huruvida detta skall gälla generellt är aningen oklart då det inte med säkerhet kan slås fast att HD avgjorde denna fråga i NJA 1996 s 52. Millqvist har framfört att osäkerhet torde råda beträffande situationen då en helt ensam ägare av ett bolag bildar ett nytt bolag och genomför en inkråmsöverlåtelse utan fysisk förflyttning av lösöret och samtidigt lämnar samtycke till det överlåtande bolaget att förfoga så att straffrättsligt ansvar skulle vara uteslutet.<sup>130</sup> Enligt min mening är det dock svårt att få detta att gå ihop med HD:s domskäl i NJA 1949 s 164 där traditionskravet inte ansågs uppfyllt då överlåtaren i en denuntiation till tredje man förbehållit sig rätten att nyttja en överlåten båt. Då tradition *de facto* skett i NJA 2007 s 413 bör det enligt min mening ifrågasättas om inte HD:s uttalande i denna fråga skall bedömas utgöra ett *obiter dictum*. HD uttalade i NJA 1996 s 52, som gällde pantsättning av löpande skuldebrev som placerats i öppen depå i bank, att tonvikten lagts på avskuren normal förfogandemöjlighet i doktrinen och att det avgörande i målet skulle vara huruvida pantsättaren avskurits rådigheten över panten. Så ansågs ej vara fallet då sådana begränsningar inte framgick av notariatavtalet med banken. Myrdal tolkar detta rättsfall som att HD tar avstånd från publicitetskravet och att detta talar för att man inte längre bör fästa avseende vid vad som uttalats om publicitet i tidigare domar.<sup>131</sup> Johansson är dock av åsikten att HD inte hade anledning att pröva denna fråga då rådigheten inte ansågs avskuren.<sup>132</sup> Jag vill mena att det inte är helt klart vad som skall innefattas i publicitetsbegreppet men i kravet på denuntiation ligger onekligen en publicitetsaspekt. Såsom Myrdal tidigare slagit fast torde dock det relevanta vara att det *i efterhand* skall gå att konstatera att rådigheten avskurits.<sup>133</sup> Ett krav på faktiskt iakttagande av tredje man för sakrättsligt skydd är dock naturligtvis orealistiskt.<sup>134</sup>

---

<sup>129</sup> Jfr Luleå tingsrätt mål nr K 924-01, beslut 2006-03-10.

<sup>130</sup> Millqvist, JT 2008/09, s 117.

<sup>131</sup> Myrdal, Borgenärsskyddet, s 108.

<sup>132</sup> Johansson, SvJT 1997, s 360 f.

<sup>133</sup> Myrdal, Borgenärsskyddet, s 233.

<sup>134</sup> A a s 96 f.

### 3.3 Sammanfattning och konsekvenser

#### 3.3.1 Förutsättningar för avskuren rådighet

Ovan avhandlad praxis ger enligt min mening en relativt klar bild av vad som krävs för ett sakrättsligt skyddat förvärv av lösöre. För att rådigheten skall anses vara avskuren krävs att *överlåtarens möjlighet att förfoga* över lösöret skall vara inskränkt i sådan utsträckning att detta utgör en *uppoftning* för överlåtaren.<sup>135</sup> För att denna inskränkning skall utgöra en uppoftning så krävs att möjligheten att bruka och rättsligt förfoga en gång till är avskuren. NJA 2010 s 154 talar för att även en egentligen obefintlig möjlighet att bruka samt inskränkt möjlighet att rättsligt förfoga inte utgör en tillräcklig uppoftning. Johansson och Myrdal anser att avskuren möjlighet att bruka bör vara av betydelse men är båda tveksamma till huruvida avskuren förfogandelegitimation förhindrar borgenärsbedrägerier.<sup>136</sup> Jag vill dock mena att en inskränkning i möjligheten att rättsligt förfoga över sin egendom i sig *alltid* utgör en uppoftning även om ett förfogande inte är planerat.

Vad gäller betydelsen av *avskuren betalningslegitimation*, eller rätten att mottaga och bruka lösöret, skall denna möjlighet i normalfallet vara avskuren, men HD har genom NJA 1995 s 367 öppnat upp för en möjlighet att motta som *ombud*. Denna situation får dock beaktas som tämligen säregen och torde kräva ett explicit avtalsförhållande och i annat fall bör principen i NJA 1949 s 164 alltså gälla. *Publicitet* i form av att transaktionen skall bli direkt synlig för omgivningen kan inte vara ett självständigt krav. *Syftet* med transaktionen skall ses som ett fristående moment men i traditionskravet ligger enligt NJA 1975 s 638 ett implicit krav på varaktighet. Lojala återställanden skall enligt NJA 2008 s 684 tolereras men det är oklart vad som skall gälla om detta är förutbestämt. Kravet på det sakrättsliga momentets varaktighet är alltså osäkert. Jag anser dock att det är lämpligt att syftet hålls utanför traditionsbedömningen då eventuella ogiltighetsgrunder torde utgöra rättsfakta som, om de skall beaktas, måste åberopas i enlighet med 17:3 RB.

Mellqvist har framfört den synnerligen sunda åsikten att det är viktigt att praxis ges en kontextuell tolkning då alla situationer är olika.<sup>137</sup> Även Martinson synes vara av en

---

<sup>135</sup> Annorlunda Mellqvist som avfärdar uppoftningen som argument, Mellqvist, SvJT 2010, s 238.

<sup>136</sup> Johansson, SvJT 1997, s 350 och Myrdal, Borgenärsskyddet, s 137 och 199 f.

<sup>137</sup> Mellqvist, JT 2002/03, s 711.

liknande åsikt då han anser att det med anledning av den pragmatiska utvecklingen går att tala om flera traditionsprinciper.<sup>138</sup> Jag instämmer i detta och med ett sådant synsätt blir det inte nödvändigt att pressa in mer säregna prejudikat i någon typ av formel för sakrättsligt skydd då detta lätt blir konstlat.

### 3.3.2 Konsekvenser

Med anledning av den pragmatiska utvecklingen av traditionsprincipen har farhågor för *rättssäkerheten* uttryckts i doktrinen.<sup>139</sup> Just detta var också det huvudsakliga argumentet emot Torps åsikt vid etablerandet av det funktionella äganderättsbegreppet.<sup>140</sup> I doktrinen har dock framförts att ett funktionellt angreppssätt genom partsorienterade normativa ändamålsskäl skapar ett system av regler som då tar sin form i praxis och att det därmed finns fasta regler att följa.<sup>141</sup> NJA 1998 s 379 är dock ett tydligt exempel på att oförutsedda domar är möjliga och så är även i viss mån fallet med NJA 1995 s 367. Vad gäller rättsfallen rörande bolag med personunion så grundar sig dessa på andra lagregler och är enligt min mening mindre spektakulära trots att avhållandeargumentet får anses utgöra en fiktion, men innan förändringen av praxis skedde har säkerligen dylika transaktioner undvikits i många fall. *Den pragmatiska utvecklingen* kan leda till att vissa branscher gynnas av en slump då en viss typ av avtal kommer under HD:s prövning och rättsläget blir klarlagt. För att HD skall kunna ta ställning till en ännu oreglerad situation eller avtalstyp krävs det att ett mål också kommer upp till prövning vilket kan ta tid med den följd att en branschpraxis hinner etableras.<sup>142</sup> Johansson anser att det är mindre allvarligt när en förändring sker i mildrande riktning då borgenärerna inte förlitat sig på ett rättsläge.<sup>143</sup> Borgenärskollektivet lider dock en förlust i dessa fall och det kan knappast vara HD:s uppgift att skydda en bransch som eventuellt felaktigt tänjer på gränserna.

När en precisering väl skett så är detta naturligtvis positivt men innan så skett föreligger naturligtvis en viss rättsosäkerhet. Det är dock önskvärt ur ett rättssäkerhetsperspektiv att *skälen till inskränkningar* i kravet på avskuren rådighet samt skälen för

---

<sup>138</sup> Martinson, Transfer of Title, s 59.

<sup>139</sup> Se exempelvis Göranson, Traditionsprincipen, s 428 f. och s 434 samt Henriksson, s 83 f.

<sup>140</sup> Martinson, Ejendomsrettens overgang - Norden kontra verden, s 6.

<sup>141</sup> Martinson, Rules for the Transfer of Movable, s 74 f.

<sup>142</sup> Håstad, JT 2002/03, s 755.

<sup>143</sup> Johansson, SvJT 1997, s 351.

undantag redovisas.<sup>144</sup> HD:s domskäl i NJA 2007 s 413 och NJA 2008 s 684 är ett steg i rätt riktning vad gäller denna aspekt. Mellqvist ser ”urholkningen av traditionsprincipen” som en vällovlig precisering och förädling av denna och att utvecklingen har neutraliserat många nackdelar med densamma.<sup>145</sup> Myrdal ser dock allvarigare på utvecklingen och menar att det finns anledning att från grunden se över borgenärsskyddsbestämmelserna om denna fortgår.<sup>146</sup> Jag är av åsikten att det måste vara möjligt eller praktiskt genomförbart att överlåta lösöre och i många av de fall där en uppmjukning av traditionskravet skett samt i de fall där rena undantag gjorts så har registrering enligt LkL varit omöjlig eller i varje fall inte praktiskt genomförbar.<sup>147</sup> I viss mån kan detta uttryckas som att HD gjort *reduktionsslut* från traditionsprincipen men det ligger onekligen en del i Myrdals ståndpunkt då risken för borgenärsbedrägliga beteenden knappast kan minska på grund av att en registrering enligt LkL är omöjlig eller svåriligen kan genomföras. Att avgöra när en registrering enligt LkL är *tillräckligt komplicerad* att genomföra med följderna att ett undantag från traditionsprincipen aktualiseras är inte helt enkelt i alla situationer.

Som ovan framkommit har inte alla problem som föranleds av traditionsprincipen lösts i praxis och vissa problem går inte heller att lösa inom gällande reglering. Ett stort problem uppstår vid *tillverkningsköp* som finansieras av köparens förskott och beställaren måste då i många fall begära bankgaranti för förskottet.<sup>148</sup> Sale and lease back är svårt att genomföra då osäkerhet råder kring kravet på rådighetsavskärandets varaktighet. Negativa konsekvenser ur ett samhällsekonomiskt perspektiv uppstår också i många fall då exempelvis *transportkapacitet* inte kan utnyttjas på ett optimalt sätt samt då en förvärvare kan behöva *hyra extra lagringsutrymme*.<sup>149</sup> I dylika situationer kan det sakrättsliga momentet leda till att transaktionerna inte genomförs.<sup>150</sup> Likaså är det ur ett konkurrensperspektiv på kreditmarknaden olyckligt att parterna internt inte tillåts reglera dessa frågor om de så önskar.

*Sammanfattningsvis* anser jag att den aktuella regleringen medför att en viss *rättsosäkerhet* föreligger. Även om det finns relativt fasta ramar för en argumentering i frå-

---

<sup>144</sup> Myrdal, Borgenärsskyddet, s 230.

<sup>145</sup> Mellqvist, SvJT 2010, s 235 och 241.

<sup>146</sup> Myrdal, Borgenärsskyddet, s 235.

<sup>147</sup> Se NJA 1985 s 159, NJA 1998 s 545, NJA 2007 s 413 och NJA 2007 s 652. Jfr också NJA 1986 s 217 där denuntiation till gäldenärerna av praktiska skäl inte ansågs nödvändig vid andrahandspantsättning av factoringfordringar trots uttryckligt krav på detta i lag enligt 31 § 1 st. SkbrL.

<sup>148</sup> Mattson, SvJT 2005, s 320.

<sup>149</sup> Henriksson, s 299 f.

<sup>150</sup> A a s 300.

gan så spelar detta mindre roll då regleringen är okänd bland allmänheten där tillämpningen skall ske.<sup>151</sup> I motiven till 49 § KKL konstaterades att det inte ansågs möjligt att öka kunskapen om sakrättsliga regler med hjälp av information.<sup>152</sup> Det får med anledning av detta anses mindre lyckat att HD under årens lopp i sina domskäl uttryckt sig tämligen dunkelt. Det är dock en inte alltför vågad gissning att HD om möjligt kommer att tänja på gränserna ytterligare i framtiden.<sup>153</sup> Utvecklingen kommer dock ha sina gränser då HD i NJA 1997 s 660 slagit fast att ett övergivande av traditionskravet kräver lagändring och NJA 2010 s 154 är ett exempel på detta. Den reglering som ursprungligen härrör från en *strävan efter realism* har dock genom undantag och avhållandedoktrinen närmat sig en *fiktion*.

---

<sup>151</sup> SOU 1995:11, s 146.

<sup>152</sup> Prop. 2001/02, s 74.

<sup>153</sup> Jfr justitierådet Svenssons tillägg i NJA 2000 s 88 med en ytterst pragmatisk syn på traditionsprincipen och justitierådet Håstads kritiska tillägg i NJA 2008 s 684 (ej ”för egen del”).

## 4 Äganderättens övergång enligt DCFR

### 4.1 Kapitlets fortsatta disposition

Inledningsvis skall i detta kapitel innebörden av det i Book VIII implementerade *enhetliga* äganderättsbegreppet avhandlas (avsnitt 4.2). Därefter behandlas frågan om *tidpunkten* för äganderättens övergång (avsnitt 4.3). Slutligen kommer de ytterligare *förutsättningar* som uppställts som krav för en övergång av äganderätten att avhandlas (avsnitt 4.4).

### 4.2 Ett enhetligt äganderättsbegrepp

#### 4.2.1 Vad omfattas av äganderättens övergång?

De *effekter* som en övergång av äganderätten får enligt Book VIII regleras i en egen artikel med följande lydelse:

#### **VIII. – 2:201: Effects of the transfer of ownership**

- (1) At the time determined by Section 1, ownership passes within the limits of the transferor's right or authority to dispose, with effect between the parties and with effect against third persons.
- (2) The transfer of ownership does not affect rights and obligations between the parties based on the terms of a contract or other juridical act, court order or rule of law, such as:
  - (a) a right resulting from the passing of risk;
  - (b) a right to withhold performance;
  - (c) a right to fruits or benefits, or an obligation to cover costs and charges; or
  - (d) a right to use or an obligation not to use or otherwise deal with the goods.
- (3) The transfer of ownership does not affect rights of or against third parties under other rules of law, such as:
  - (a) any right of the transferor's creditors to treat the transfer as ineffective arising from the law of insolvency or similar provisions; or
  - (b) a right to claim reparation under Book VI (Non-contractual liability arising out of damage caused to another) from a third party damaging the goods.
- (4) Where ownership has been transferred but the transferor still has a right to withhold delivery of the goods (paragraph (2)(b)), terminating the contractual

relationship while exercising the right to withhold performance has retroactive effect in the sense of the following Article.

Äganderätten går alltså enligt stycke (1) som *huvudregel* över vid en tidpunkt med effekt både mellan parterna och gentemot tredje man. Ett flertal *undantag* har dock gjorts och enligt kommentaren har så skett där detta ansetts lämpligt och speciella intressen talar för detta.<sup>154</sup> I stycke (2)(a)-(d) räknas på ett ej uttömmande sätt upp fall där *obligationsrättsliga regleringar eller parternas avtal* skall ges företräde.<sup>155</sup> Enligt stycke (2)(a) omfattas inte frågan om risken för lösöret av äganderättsövergången. Denna fråga behandlas istället i Book IV.A artikel 5:102 enligt vilken besittaren skall stå risken om inget annat avtalats. Enligt stycke (2)(b) påverkas inte heller överlåtarens detentionsrätt som finns stadgad i Book III artikel 3:401 och av stycke (4) framgår att en hävning efter utnyttjad detentionsrätt får sakrättslig retroaktiv effekt. Hävningen har givits retroaktiv effekt då det finns ett praktiskt behov för säljaren att kunna sälja lösöret vidare.<sup>156</sup> I stycke (2)(c) anges vidare att parterna sinsemellan kan avtala om rätt till avkastning men enligt kommentaren skall reglerna i detta kapitel avgöra detta förhållande vid en av parternas insolvens, vilket torde innebära att rätten till avkastning följer äganderätten.<sup>157</sup> Även parternas avtal om rätt att använda lösöret efter äganderättens övergång skall enligt stycke (2)(d) respekteras.

I stycke (3) slås fast att äganderättens övergång inte heller skall påverka *rättigheter för eller i förhållande till tredje man enligt andra lagregler*. Vilka dessa andra lagregler kan tänkas vara exemplifieras i stycket ("*such as*"). Som ett exempel tas enligt stycke (3)(a) upp möjligheten för borgenärer att enligt insolvensrättsliga regler angripa transaktionen genom återvinning.<sup>158</sup> Det andra exemplet som tas upp i stycke (3)(b) innebär att en part som inte är ägare i vissa situationer ändå skall kunna erhålla skadestånd om tredje man orsakar skada då lösöret finns under dennes vård. Detta är naturligtvis lämpligt då denne står risken för lösöret. Några direkta regler om stoppningsrätt har inte införts men nationella regler beträffande sådan av insolvensrättslig karaktär anses kunna falla inom stycke (3) och sådana regler av obligationsrättslig karaktär inom stycke (2).<sup>159</sup> I övrigt så skall säljarens skydd mot köparens borgenärer sträcka sig till och med

---

<sup>154</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 4577.

<sup>155</sup> A a s 4578.

<sup>156</sup> A a s 4581.

<sup>157</sup> A a s 4578.

<sup>158</sup> A a s 4579.

<sup>159</sup> A a s 4582.

tradition.<sup>160</sup> Håstad har framfört kritik beträffande utformningen av stycke (3) och ifrågasatt huruvida alla tänkbara nationella sakrättsliga regler skulle kunna ges företräde.<sup>161</sup> Att detta skulle vara avsett är dock föga troligt då det inte skulle föreligga någon harmoniserande effekt inom det sakrättsliga området i sådant fall och detta intryck ges inte heller i kommentaren.

Vad *omfattas* då egentligen av äganderättens övergång? Utöver att borgenärsskydd erhålls så övergår till att börja med de negativt bestämda befogenheter som framgår av artikel 1:202 inkluderat reglerna i artikel 6:101 vilken behandlar skydd för äganderätten. Vidare övergår rätten att förfoga över lösöret enligt artikel 1:202 då äganderätten övergår men om denna övergår först vid tradition så har säljaren kvar denna rätt fram till denna tidpunkt.<sup>162</sup> Även reglerna om obehörig vinst i Book VII är kopplade till äganderätten och så är även rätten till skadestånd i allmänhet.<sup>163</sup> Av Book VI artikel 3:202 följer dock att besittaren ansvarar för eventuell skada orsakad av lösöret. Skatterättsliga frågor skall enligt kommentaren inte avgöras med ledning av äganderätten.<sup>164</sup>

#### 4.2.2 Motiv till valet

Ett första argument som lyfts fram *emot* en utformning av bestämmelserna enligt ett funktionellt angreppssätt är att många europeiska jurister skulle ha problem med att tillämpa ett sådant.<sup>165</sup> Vidare anförs att lagtexten skulle bli av betydande omfång om varje konflikt skulle behandlas var för sig då en kodifikationsmetod vid utformandet av reglerna använts.<sup>166</sup> Någon motivering till den valda kodifikationsmetoden ges inte men denna ordning synes vara förhärskande på kontinenten. Det konstateras vidare att det inte finns någon rättsordning i Europa som använder sig av en kodifikationsliknande lagstiftningsteknik och samtidigt använder sig av ett funktionellt äganderättsbegrepp och att då ge sig i kast med detta inom ramen för DCFR ansågs vara allt för riskabelt.<sup>167</sup>

---

<sup>160</sup> A a s 4409.

<sup>161</sup> Håstad, JFT 2009, s 334.

<sup>162</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 4410.

<sup>163</sup> A a s 4576 f.

<sup>164</sup> A a s 4577.

<sup>165</sup> A a s 4427.

<sup>166</sup> A a s 4428 f.

<sup>167</sup> A a s 4429.



## 4.3 Tidpunkt för äganderättens övergång

### 4.3.1 Allmänt

I artikel 2:101 behandlas *förutsättningarna* för att en övergång av äganderätten skall kunna komma till stånd och dessa är kumulativa.<sup>168</sup> Bestämmelsen lyder enligt följande:

#### **VIII. – 2:101: Requirements for the transfer of ownership in general**

- (1) The transfer of ownership of goods under this Chapter requires that:
  - (a) the goods exist;
  - (b) the goods are transferable;
  - (c) the transferor has the right or authority to transfer the ownership;
  - (d) the transferee is entitled as against the transferor to the transfer of ownership by virtue of a contract or other juridical act, a court order or a rule of law and
  - (e) there is an agreement as to the time ownership is to pass and the conditions of this agreement are met, or, in the absence of such agreement, delivery or an equivalent to delivery.
- (2) For the purpose of paragraph (1)(e) the delivery or equivalent to delivery must be based on, or referable to, the entitlement under the contract or other juridical act, court order or rule of law.
- (3) Where the contract or other juridical act, court order or rule of law defines the goods in generic terms, ownership can pass only when the goods are identified to it. Where goods form part of an identified bulk, VIII. – 2:305 (Transfer of goods forming part of a bulk) applies.
- (4) Paragraph (1)(e) does not apply where ownership passes under a court order or rule of law at the time determined in it.

### 4.3.2 Ett dispositivt traditionskrav

#### 4.3.2.1 *Materiell innebörd*

Den mest centrala bestämmelsen i denna artikel är stycke (1)(e) i vilken den *avgörande tidpunkten* för äganderättens övergång framgår. Inledningsvis skall dock påpekas att det av stycke (4) framgår att kraven i stycke (1)(e) inte behöver vara uppfyllda då äganderätten övergår genom en dom eller en bestämmelse i en lagregel. I stycke (1)(e) stadgas att det för äganderättens övergång krävs ett avtal beträffande tidpunkt för överlåtelse av äganderätten eller subsidiärt att tradition eller en med tradition likställd handling vidtas. Detta förtydligas i artikel 2:103 som slår fast att tidpunkten för äganderättens övergång

---

<sup>168</sup> A st.

kan avtalas, förutom i de fall då registrering är nödvändig för att förvärva äganderätt enligt nationell lagstiftning.<sup>169</sup> Stycke (1)(e) innebär tillsammans med en läsning av stycke (1)(d) att det *inte* är tillräckligt att ett obligationsrättsligt bindande avtal träffats mellan parterna, utan det krävs *utöver detta* att parterna explicit avtalat om att just *äganderätten* skall övergå vid en specifik tidpunkt. I vissa länder, såsom i exempelvis Tyskland, så har man vid sidan av det obligationsrättsliga avtalet ett särskilt sakrättsligt avtal där äganderätten överläts på engelska benämnt "*real agreement*".<sup>170</sup> I kommentaren slås dock tydligt fast att det *inte* är ett "*real agreement*" som krävs utöver det obligationsrättsliga avtalet.<sup>171</sup>

Inga formkrav skall gälla för avtalet om äganderättens övergång, vilket betyder att detta även kan vara *konkludent* och avtalet skall kunna träffas *före* det obligationsrättsliga avtalet, men även *före* det att lösöret existerar eller ägs av säljaren.<sup>172</sup> Om lösöret finns hos tredje man och säljaren överlåter sin fordran på att få ut detta hos denne till köparen ligger enligt kommentaren i denna överlåtelse typiskt sett implicit en överlåtelse av äganderätten.<sup>173</sup> Enligt kommentaren skall det dock vara tillräckligt att parterna avtalar om en övergång av äganderätten då tredje man i praktiken ändå kommer meddelas om överlåtelsen.<sup>174</sup> Vidare skall det också gå att ångra sig och avtala om ny tidpunkt och då skall denna senare tidpunkt gälla.<sup>175</sup> Det går dock inte att skapa en retroaktiv effekt med ett dylikt avtal.<sup>176</sup> Enligt kommentaren skall det krävas *klara bevis* för att en överenskommelse om tidpunkt för äganderättens övergång träffats och den som påstår att så är fallet har ålagts bevisbördan för detta.<sup>177</sup>

#### 4.3.2.2 *Innebörd av "delivery"*

Vid avsaknad av ett avtal om äganderättens övergång så övergår äganderätten enligt artikel 2:101 stycke (1)(e) vid *tradition* eller då en med tradition likställd handling vidtagits. Traditionskravet regleras i artikel 2:104 enligt följande:

---

<sup>169</sup> A a s 4218.

<sup>170</sup> A a s 4382.

<sup>171</sup> A a s 4384.

<sup>172</sup> A a s 4477.

<sup>173</sup> A a s 4478.

<sup>174</sup> A a s 4540.

<sup>175</sup> A a s 4477.

<sup>176</sup> A st.

<sup>177</sup> A st.

### VIII. – 2:104: Delivery

- (1) For the purposes of this Book, delivery of the goods takes place when the transferor gives up and the transferee obtains possession of the goods in the sense of VIII. – 1:205 (Possession).
- (2) If the contract or other juridical act, court order or rule of law involves carriage of the goods by a carrier or a series of carriers, delivery of the goods takes place when the transferor's obligation to deliver is fulfilled and the carrier or the transferee obtains possession of the goods.

Av artikel 2:104 stycke (1) framkommer att traditionskravet uppfylls genom att säljaren *frånhänder* sig besittningen av lösöret och köparen *erhåller* densamma. I kommentaren understryks att traditionskravet skall baseras på *verkliga händelser* ("factual acts") och grunda sig i en frivillig handling.<sup>178</sup> Besittning definieras i artikel 1:205 och i denna artikel så laborerar man med tre olika begrepp. Dessa är "*owner-possessor*" (OP), "*limited-right-possessor*" (LRP) och "*possession-agent*" (PA). Det som avgör vilken kategori en person hamnar inom är avsikten som finns bakom utövandet av den fysiska kontrollen. En OP utövar fysisk kontroll själv eller genom en annan person med avsikten att göra detta som ägare.<sup>179</sup> En LRP utövar fysisk kontroll i eget intresse men för en OP:s räkning baserat på ett avtal med denne som exempelvis en leasetagare eller depositarie.<sup>180</sup> En PA besitter aldrig själv i dessa reglers mening utan utövar kontroll för annans räkning och ett typexempel på detta är en anställd.<sup>181</sup> I artikel 1:205 stycke (1) anges att med besittning avses *direkt fysisk kontroll* eller *indirekt fysisk kontroll* över lösöret. Direkt fysisk kontroll definieras i stycke (2) som fysisk kontroll utövad endera av besittaren själv eller genom en PA som utövar sådan kontroll för besittarens räkning. I stycke (3) definieras indirekt besittning som fysisk kontroll utövad av en LRP.

Vid en tillämpning av artikel 2:104 stycke (1) spelar det ingen roll om besittningen är direkt eller indirekt och indirekt besittning kan föreligga på endera sidan.<sup>182</sup> I kommentaren uttrycks att köparens erhållande av besittning skall förstås i vid mening och det centrala är att lösöret kommer in i dennes *kontrollsfär* enligt den allmänna uppfattningen.<sup>183</sup> Det skall alltså inte vara nödvändigt att köparen fysiskt tar emot lösöret.<sup>184</sup> Som exempel på detta anförs att ett tidningsbud lägger en tidning utanför en dörr, att mjölkbud ställer mjölkflaskor utanför en dörr, att biljetter lämnas i en brevlåda samt att

---

<sup>178</sup> A a s 4494.

<sup>179</sup> A a s 4292.

<sup>180</sup> A st.

<sup>181</sup> A a s 4295.

<sup>182</sup> A a s 4494.

<sup>183</sup> A a s 4495.

<sup>184</sup> A st.

byggmaterial lämnas på en byggarbetsplats utan att någon är närvarande.<sup>185</sup> Vidare framgår av kommentaren att det inte är tillräckligt att säljaren gör lösöret tillgängligt för köparen utan det skall krävas att denne kommer och faktiskt hämtar detta för att en besittningsförändring skall anses föreligga.<sup>186</sup> Vid *gemensam besittning* ("joint possession") måste förvärvaren bli ensam besittare för att äganderätten skall övergå.<sup>187</sup>

Det rör sig alltså här om en klar *enhetlig definition* av traditionsbegreppet och i kommentaren uttalas att man är medveten om att en sådan kan komma att kritiseras av förespråkare av ett funktionellt äganderättsbegrepp och till viss del medges att innebörden av tradition inte alltid nödvändigtvis behöver vara densamma.<sup>188</sup> Emellertid framhålls att den valda definitionen är användbar i förhållande till alla tänkbara situationer samt att *viss flexibilitet* skall gälla beträffande kravet att köparen skall erhålla besittningen.<sup>189</sup> Uttalandet om viss flexibilitet är inte direkt klagörande och torde kunna föranleda vissa problem liksom fastställandet av den allmänna uppfattningen av köparens kontrollsfär.

Enligt stycke (2) sker då det underliggande avtalet involverar en *fristående fraktförare* tradition när överlåtarens förpliktelse är fullgjord och den fristående fraktföraren eller förvärvaren tar lösöret i sin besittning. Utgångspunkten i denna bestämmelse är att besittningen *inte* avgör då detta skulle innebära att det skulle vara av betydelse vem som anlitat den fristående fraktföraren.<sup>190</sup> Motivet bakom denna ordning är att praktiska skäl talar för att inte låta det bli avgörande vem som avtalat med fraktföraren, då de olika parterna kan ha olika förutsättningar att erhålla ett fördelaktigt pris av denne.<sup>191</sup>

I artikel 2:105 anges handlingar *likställda med tradition* och av stycke (1) framgår att äganderättsövergången sker omedelbart vid uppkomsten av den obligationsrättsliga förpliktelsen när lösöret redan är i förvärvarens besittning om inget annat avtalats. I stycke (2) stadgas vidare att äganderätten övergår vid denuntiation till en tredje man som besitter lösöret för ägarens räkning. Denuntiation regleras i Book I artikel 1:109 och kan ske utan formkrav.<sup>192</sup> Det är viktigt att påpeka att denuntiationen enligt denna artikel enligt ordalydelsen måste *göras av överlåtare* då detta anses vara ett uttryck för att denna är frivillig och som motivering till den valda ordningen anges att säljarens *de-*

---

<sup>185</sup> A a s 4495 f.

<sup>186</sup> A a s 4495.

<sup>187</sup> A a s 4496.

<sup>188</sup> A st.

<sup>189</sup> A st.

<sup>190</sup> A a s 4497.

<sup>191</sup> A st.

<sup>192</sup> A a s 4540.

*retentionsrätt* annars inte skulle kunna utnyttjas.<sup>193</sup> En köpare skall dock kunna denun-  
tiera tredje mannen om denne kan styrka att ett avtal som berättigar denne till en över-  
gång av äganderätten genom denuntiation ingåtts eller att rätten till att erhålla lösöret av  
tredje mannen överlåtits.<sup>194</sup> Har äganderätten till lösöre i tredje mans besittning över-  
låtits torde dock inte en denuntiation krävas som sakrättsligt moment då köparen redan  
genom detta avtal är skyddad mot säljarens borgenärer. Tredje mans rättigheter såsom  
exempelvis dennes *retentionsrätt* påverkas inte av äganderättsövergången.<sup>195</sup> I stycke (3)  
likställs uppgivande av möjlighet att själv besitta med tradition och av stycke (4) fram-  
går slutligen att utfärdande av dokument med förbindelse att leverera lösöret till inne-  
havaren av dokumentet samt tradition av detta likställs med tradition av lösöret. Märk-  
ning av lösöre skall dock inte likställas med tradition och detsamma gäller översändande  
av prov.<sup>196</sup>

I detta sammanhang bör även nämnas att det i artikel 2:303 finns en bestämmelse om  
äganderättens övergång i fall då samma lösöre skall överlåtas vidare i en kedja av över-  
låtare. Innebörden av bestämmelsen är att tradition kan ske utan att varje part i kedjan  
själv behöver besitta lösöret. Äganderätten skall dock anses passera varje person i  
kedjan i en logisk sekund.<sup>197</sup> Insolvensrättsliga regler påverkas således inte av detta.<sup>198</sup>

#### 4.3.2.3 *Motiv till valet*

Inledningsvis bör nämnas att vanliga människors förväntningar inte ensamt tillåtit att  
fälla avgörandet mellan de olika alternativen då man i ett europeiskt perspektiv inte  
kunnat styrka dessa empiriskt.<sup>199</sup> I kommentaren diskuteras inledningsvis både för- och  
nackdelar med ett *traditionskrav* och *avtalsprincipen* men även *betalning* som avgö-  
rande tidpunkt för äganderättens övergång avhandlas.

Låt oss då först se vilka argument som framförts till förmån för ett *traditionskrav*. Ett  
argument som lyfts fram emot avtalsprincipen är att denna ställer höga krav beträffande

---

<sup>193</sup> A st.

<sup>194</sup> A a s 4541.

<sup>195</sup> A st.

<sup>196</sup> A a s 4545.

<sup>197</sup> A a s 4772 f.

<sup>198</sup> A a s 4773.

<sup>199</sup> A a s 4385.

*specialitet* som då måste definieras i exakta termer.<sup>200</sup> Denna fråga anses vara av stor vikt och det påpekas att transaktioner rörande generiskt bestämd egendom förmodligen utgör den största delen av den totala omsättningen inom EU i absoluta tal.<sup>201</sup> Vidare anförs att ett traditionskrav underlättar överlåtelse av varor under tillverkning då det inte behöver definieras vid vilken gräns lösöret kan överlåtas.<sup>202</sup> Ett traditionskrav anses också vara i linje med principen om *likabehandling* i konkurs och prestation i förväg anses innebära ett risktagande som alla borgenärer tar.<sup>203</sup> I kommentaren understryks att det vid en tillämpning av avtalsprincipen istället är tjänsteförare som presterat i förtid och borgenärer som inte valt sin motpart som blir förfördelade.<sup>204</sup>

De ovan anförda argumenten skulle kunna anföras och ha bäring även vid en tillämpning av ett funktionellt äganderättsbegrepp. Med anledning av antagandet av ett enhetligt synsätt på äganderättens övergång så anses dock ett traditionskrav vara mer fördelaktigt som utgångspunkt exempelvis på grund av att det kan vara en fördel om köparen inte erhållit äganderätten till varor som säljaren besitter då köparen inte skulle kunna *förfoga* över lösöre som bytts ut på grund av fel.<sup>205</sup>

Som ett argument för *avtalsprincipen* anförs att säljaren ändå skyddas genom att denne har *detentionsrätt* i lösöret.<sup>206</sup> Vidare anges att köparen kan ha ett *speciellt intresse* i det aktuella lösöret och att ingen annan därmed skulle betala bättre än denne, men å andra sidan påpekas att ett konkursbo har inträdesrätt i gäldenärens avtal enligt nationella insolvensrättsliga bestämmelser.<sup>207</sup> Det framhålls att det är önskvärt att en person som tjänar hela borgenärskollektivet får göra detta val.<sup>208</sup> Enligt kommentaren skulle det dock kunna antas att köparen är *bäst lämpad att förvalta* egendomen vilket skulle tala till förmån för avtalsprincipen.<sup>209</sup> Ett annat argument som lyfts fram till förmån för avtalsprincipen är att denna också innebär ett skydd för köpare som gjort en *bra affär* då denne alltid skall kunna få ut lösöret mot betalning, och om affären skulle vara för bra så finns alltid återvinningsinstitutet att tillgå.<sup>210</sup>

---

<sup>200</sup> A a s 4386.

<sup>201</sup> A a s 4386.

<sup>202</sup> A a s 4386.

<sup>203</sup> A a s 4396 f.

<sup>204</sup> A a s 4396.

<sup>205</sup> A a s 4410.

<sup>206</sup> A a s 4389.

<sup>207</sup> A a s 4391.

<sup>208</sup> A a s 4401.

<sup>209</sup> A a s 4391.

<sup>210</sup> A a s 4393 f.

Vidare diskuteras att *båda parter vill ha en omedelbar äganderättsövergång* men det konstateras att *constitutum possessorium* sällan används där det är tillåtet.<sup>211</sup> Detta påstående är förvånande och inte något som brukar lyftas fram i svensk doktrin vid en diskussion av dessa frågor. Ett argument som enligt kommentaren talar för avtalsprincipen är att denna skulle kunna tänkas *minska transaktionskostnaderna* då köparen inte skulle behöva kräva bankgarantier och andra liknande säkerheter.<sup>212</sup> Man slår även fast att avtalsprincipen troligen bäst stämmer överens med *vanliga människors förväntningar* men att detta inte ensamt utan andra goda argument kan tillåtas fälla avgörandet.<sup>213</sup>

Som ovan framkommit framförs i kommentaren goda argument för både avtalsprincipen och ett traditionskrav, men av huvudsakligen praktiska skäl samt argument rörande likabehandling av borgenärskollektivet så synes pendeln falla över mot ett traditionskrav. Alternativet att *partiell betalning* skulle vara avgörande för äganderättens övergång erhöll starkt stöd i arbetet med regleringen med i princip samma argument som beträffande avtalsprincipen.<sup>214</sup> Förslaget röstades dock ned då majoriteten föredrog ett traditionskrav. Anledningen till att traditionskravet gjordes *dispositivt* är att ett tvingande traditionskrav ansågs vara ett allt för stort ingrepp i *principen om partsautonomi* och tillräckligt starka skäl att inskränka denna ansågs inte föreligga.<sup>215</sup> I kommentaren framhålls att erfarenheter från länder där traditionskravet är *dispositivt* visar att avtal till frångående från huvudregeln är relativt sällsynta och det ifrågasätts också huruvida det skall anses som självklart att överlåtaren vill gynna förvärvaren framför sina borgenärer då det i Europa finns en tendens att i större utsträckning försöka finna former för rekonstruktion av verksamheten.<sup>216</sup>

Man har dock inte helt bortsett ifrån risken att partsautonomin kan komma att *undergräva* det dispositiva traditionskravet, men denna risk har inte ansetts särskilt stor med tanke på avtalstolkningsreglerna i Book I artikel 1:102 och Book II kapitel 8 och det understryks att domstolar skall ta hänsyn till de motiv som ges i kommentaren samt till de partsintressen som är inblandade och *inte* acceptera påstådda konkludenta avtal om äganderättsövergång utan klart stöd för detta.<sup>217</sup> Det tillstås dock att det torde vara

---

<sup>211</sup> A a s 4392.

<sup>212</sup> A a s 4393.

<sup>213</sup> A a s 4389.

<sup>214</sup> A a s 4415.

<sup>215</sup> A a s 4402.

<sup>216</sup> A a s 4403.

<sup>217</sup> A a s 4394.

enklare att fastställa att ett obligationsrättsligt avtal slutits än att parterna avtalat om tidpunkt för äganderättens övergång.<sup>218</sup> Likaså har man varit medveten om att ett dispositivt traditionskrav kan utgöra en fälla för människor som inte förstår att ett speciellt avtal beträffande tidpunkt för äganderättens övergång krävs, men slutsatsen är att den valda ordningen trots allt utgör ett balanserande av alla inblandande parter intressen.<sup>219</sup>

Risken för borgenärsbedrägerier har *inte* befunnits tillräckligt stor för att bryta igenom partsautonomin och bestämmelserna i Book II artikel 9:201 (effect of simulation), vilken innebär ogiltighet vid skenavtal, samt beviskravet anses ta hand om detta problem.<sup>220</sup> Det uttrycks klart att inga av de svenska argumenten passar vid utformningen av ett dispositivt traditionskrav.<sup>221</sup> Vad gäller bevisbördans placering så har besittningen ansetts utgöra en rimlig utgångspunkt.<sup>222</sup>

## 4.4 Övriga grundläggande krav

### 4.4.1 Lösöret skall existera

En förutsättning för att äganderätten skall kunna överlåtas är enligt stycke (1)(a) att *lösöret existerar* vid överlåtelsen. Detta innebär att ett i förväg ingånget avtal om äganderättens övergång inte ges *effekt* förrän lösöret existerar. Det skall dock vara möjligt att avtala om övergång av äganderätten beträffande *enbart materialet* och stipulera en särskild förpliktelse beträffande tillverkningen.<sup>223</sup> Vidare skall det gå att avtala om att ”halvfärdigt” lösöre skall utgöra lösöre i denna artikels mening.

### 4.4.2 Lösöret överlåtbart och behörighet att rättsligt förfoga

I stycke (1)(b) stadgas att lösöret måste vara *överlåtbart* och detta regleras närmare i artikel 1:301 stycke (1) där utgångspunkten är att allt sorts lösöre är överlåtbart så-

---

<sup>218</sup> A st.

<sup>219</sup> A a s 4392 f.

<sup>220</sup> A a s 4407.

<sup>221</sup> A st.

<sup>222</sup> A a s 4405.

<sup>223</sup> A a s 4387 och s 4430.



tillvida inte förbud finns i lag. Av stycke (1) framgår vidare att ett överlåtelseförbud som uppställts vid en tidigare överlåtelse inte påverkar lösörets överlåtbarhet. Denna fråga får istället lösas mellan parterna.<sup>224</sup> Huruvida ett överlåtelseförbud utgör hinder för exekution skall bestämmas enligt nationell rätt.<sup>225</sup> Detsamma gäller enligt stycke (2) frågan huruvida tillbehör till lösöre eller fast egendom är separat överlåtbara.

Stycke (1)(c) stadgar att den som överlåter lösöret skall vara *behörig att förfoga* över detta. Av artikel 2:102 stycke (1) följer att senare erhållen behörighet medför att äganderätten överlåts från och med denna tidpunkt eller vid *ratihabition*. I stycke (2) stadgas att *ratihabition* medför att äganderätten anses överlåten vid det första avtalet med reservation för att den behörige redan överlåtit lösöret.

#### 4.4.3 Ogiltighet och hävning

Av stycke (1)(d) följer att äganderättsövergången måste grunda sig på ett giltigt avtal. I denna bestämmelse integreras alltså *causapricipen* då avtalet som grundar förpliktelsen måste vara giltigt för en överlåtelse av äganderätten och motsatsen till detta synsätt är *abstraktionsprincipen*.<sup>226</sup> De flesta rättsordningar i Europa kräver en giltig underliggande förpliktelse men enligt exempelvis *tysk rätt* övergår äganderätten trots ogiltighet och förvärvaren får istället en skyldighet att återföra äganderätten enligt principen om obehörig vinst.<sup>227</sup> Fram till det att äganderätten överförs är dock förvärvaren ägare med allt vad detta innebär enligt ett enhetligt synsätt.<sup>228</sup>

Effekten av ogiltighet och hävning förtydligas i artikel 2:202 och av stycke (1) och stycke (2) följer att *ogiltighet* innebär att äganderätten inte övergår och denna effekt är *retroaktiv*. Av stycke (3) följer att hävning, utnyttjande av ångerrätt eller återkallande av gåva inte medför samma verkningar som ogiltighet. I och med en *hävning* så uppkommer blott en förpliktelse för förvärvaren att återföra lösöret till överlåtaren och detta anspråk erhåller *inte* sakrättsligt skydd.<sup>229</sup> Motivet till den valda ordningen är att varken

---

<sup>224</sup> A a s 4376.

<sup>225</sup> A st.

<sup>226</sup> A a s 4381 f.

<sup>227</sup> A a s 4382.

<sup>228</sup> A st.

<sup>229</sup> A a s 4658.

en köpare, säljare, givare av gåva eller näringsidkare vid utnyttjad ångerrätt anses vara skyddsvärd då en medveten risk tagits i och med ingåendet i avtalsförhållandet.<sup>230</sup>

#### 4.4.4 Specialitet

Av stycke (3) följer att lösöret måste vara *individualiserat* för att kunna överlåtas. Enligt kommentaren så har man medvetet valt att avstå från att definiera specialitetskravet och istället stannat för kravet att individualiseringen skall *bevisas* ("becomes clear") och separatisten har ålagts bevisbördan för detta.<sup>231</sup> Det skall dock inte vara tillräckligt att individualiseringen skett inom överlåtarens huvud men individualiseringen kan göras *ensidigt* och behöver *inte* vara oåterkallelig.<sup>232</sup> Beträffande individualiseringsåtgärden så anges att denna kan utgöras av exempelvis märkning, paketering eller att varor separeras från övriga lagret.<sup>233</sup> Om det skulle krävas att identifikationen måste vara oåterkallelig så anförs att detta skulle vara opraktiskt då säljaren inte skulle kunna märka lösöre som han själv besitter eftersom det alltid skulle vara hypotetiskt möjligt att ta bort märkningen.<sup>234</sup> Detta är enligt min mening ett mycket märkligt resonemang då en säljare i sådana fall inte skulle kunna ådra sig skadeståndsskyldighet vid tvesala. Om en individualisering återkallats men förvärvaren kan visa att kravet en gång uppfyllts så skall denne ändå erhålla sakrättsligt skydd.<sup>235</sup>

I stycke (3) hänvisas vidare till regler beträffande specialitet i artikel 2:305 vilken lyder enligt följande:

#### **VIII. – 2:305: Transfer of goods forming part of a bulk**

- (1) For the purposes of this Chapter, "bulk" means a mass or mixture of fungible goods which is identified as contained in a defined space or area.
- (2) If the transfer of a specified quantity of an identified bulk fails to take effect because the goods have not yet been identified in the sense of VIII. – 2:101 (Requirements for the transfer of ownership in general) paragraph (3), the transferee acquires co-ownership in the bulk.

---

<sup>230</sup> A a s 4659.

<sup>231</sup> A a s 4436.

<sup>232</sup> A st.

<sup>233</sup> A st f.

<sup>234</sup> A st.

<sup>235</sup> A a s 4437.

Denna artikel utgör en *säkerhetsventil* då det grundläggande specialitetskravet i artikel 2:101 stycke (3) inte uppfyllts under förutsättningen att det rör sig om ”*fungible goods*” som identifieras i förhållande till ett definierat utrymme eller område. Enligt kommentaren avses att lösöret skall vara internt utbytbart men detta behöver inte vara av exakt samma kvalitet.<sup>236</sup> Enligt stycke (2) erhålls samäganderätt till en *avgränsad del av säljarens egendom* i fall då förutsättningarna i stycke (1) är uppfyllda samt parterna avtalat om en övergång av äganderätten men denna misslyckats på grund av att specialitetskravet inte uppfyllts. Det understryks att det för bestämmelsens tillämpning inte är tillräckligt att en viss mängd lösöre överläts utan det krävs att denna mängd enligt avtalet också är preciserad till en avgränsad del av säljarens förmögenhet.<sup>237</sup> Detta inskränker bestämmelsens praktiska tillämpningsområde avsevärt då det vanliga torde vara att exempelvis 100 flaskor vin av fabrikatet X överläts och inte att 100 flaskor vin av fabrikatet X i säljarens vinkällare Y överläts.

I stycke (3) regleras hur andelarna skall beräknas (”at any time”) genom att det antal till vilket förvärvaren är obligationsrättsligt berättigad till sätts i förhållande till det totala antalet som finns i det definierade partiet vid tidpunkten för beräkningen (”at that time”).<sup>238</sup> I fallen där säljaren *tillför lösöre* till partiet så räknas i teorin andelarna om.<sup>239</sup> Skulle någon utomstående tillföra lösöre som sammanblandas med det samägda partiet löses detta problem mellan den utomstående och ägaren av den avgränsade mängden lösöre genom artikel 5:202 (Commingling), vilken då ger den utomstående parten samäganderätt.<sup>240</sup> Om en ökning skulle ske på ett *naturligt sätt* tillfaller hela denna ökning överlåtaren.<sup>241</sup> Partiet kan dock minska av exempelvis *våda eller stöld* och enligt stycke (4) har risken för detta placerats på överlåtaren och dennes andel minskas i första hand ned till noll och subsidiärt får övriga samägare bära minskningen proportionellt efter sina andelar.<sup>242</sup> Att säljaren i första hand drabbas motiveras med att denne står risken för lösöret.<sup>243</sup>

---

<sup>236</sup> A a s 4805.

<sup>237</sup> A st.

<sup>238</sup> A a s 4806.

<sup>239</sup> A a s 4807. Exempel: Säljarens avskilda lager innefattar 10000 st. radioapparater och denne säljer 1000 st. av dessa till en köpare som erhåller en samäganderättsandel om 1/10 i lagret. Om säljaren därefter köper in ytterligare 2000 st. så blir följaktligen köparens samäganderättsandel i lagret 1/12. Det antal radioapparater köparen är berättigad till förändras således inte av lagrets ökning.

<sup>240</sup> A a s 4807.

<sup>241</sup> A a s 4807 f.

<sup>242</sup> A a s 4808 f. Exempel: Säljarens avskilda lager innehåller 12000 st. radioapparater och köparna X, Y och Z köper 2000 st., 3000 st., respektive 5000 st. X äger efter detta 2/12, Y 3/12 och Z 5/12 av lagret. Efter detta förstörs 6000 st. radioapparater av våda vilket gör att 6000 st. återstår. För att bestämma

Stycke (5) innehåller en speciell regel som innebär att det enbart är möjligt att förvärva en andel som gör att brist uppstår i god tro. Den goda tron skall föreligga i förhållande till överskridandet av tillgängligt antal i partiet, men beträffande den del som täcks av antalet i partiet erhålls samäganderätt enligt huvudregeln.<sup>244</sup> Någon undersökningsplikt föreligger dock ej.<sup>245</sup> Om förvärvaren är i god tro beträffande den överstigande delen blir resultatet att alla samägares andelar minskas proportionellt efter det att säljarens andel först minskats till noll.<sup>246</sup>

Motivet till den valda godtrosbestämmelsen är att en kapplöpning mellan köpare inte ansetts önskvärd.<sup>247</sup> Det är oklart vad resultatet blir vid en *efterföljande inlagring*. Visserligen anges att andelsberäkningen "at any time" regleras exklusivt enligt stycke (5) vid överskridande av total mängd men denna reglerar inte påfyllning. Rimligen bör dock en köpare erhålla sakrättsligt skydd upp till sitt obligationsrättsliga anspråk om en mängd motsvarande bristen individualiseras på annat sätt eller om säljaren gör en inlagring då avtalet om äganderättens övergång kan ingås i förväg. Det bör understrykas att dessa bestämmelser *tillåter* att säljaren fritt *disponerar* över den del av lagret som tillhör denne genom konsumtion eller försäljning.<sup>248</sup>

Artikel 2:306 behandlar upplösandet av samäganderätten och av stycke (1) framgår att ensam äganderätt erhålls genom tradition. Det skall dock påpekas att redan samäganderätten ger skydd mot överlåtarens borgenärer.<sup>249</sup> I artikel 2:306 stycke (2) finns en godtrosregel som aktualiseras då tradition sker av en del som överstiger förvärvarens andel. Om förvärvaren traderas lösöret i ond tro så fortsätter övriga samägare att ha del i det som traderats som motsvarar brist.<sup>250</sup> Den goda tron skall föreligga i förhållande till existensen av överskridandet men även beträffande negativa konsekvenser för övriga samägare, såsom misstanke att innehavaren av partiet inte kommer att lyckas

---

andelarna i detta fall sätts respektive köparens mängd i förhållande till köparnas totala samägda mängd. Säljarens andel har då redan initialt räknats av. X äger då 2/10, Y 3/10 och Z 5/10 av lagret om 6000 st. radioapparater.

<sup>243</sup> A a s 4809.

<sup>244</sup> A a s 4810.

<sup>245</sup> A st.

<sup>246</sup> A a s 4810 f. Exempel: Köparna X och Y har förvärvat 4000 st. respektive 5000 st. av ett lager om totalt 10000 st. radioapparater. Köparen B förvärvare därefter 2000 st. radioapparater i god tro, vilket medför att en brist om 1000 st. radioapparater uppstår. Andelarna blir då för X, Y och B 4/11, 5/11 respektive 2/11 av de 10000 st. radioapparater som finns i lagret.

<sup>247</sup> A a s 4811.

<sup>248</sup> A a s 4808.

<sup>249</sup> A a s 4815.

<sup>250</sup> A a s 4816.

fylla på efter försäljningen.<sup>251</sup> I kommentaren medges att man varit medveten om att praktiska svårigheter kan uppkomma vid denna bedömning, men detta angreppssätt anses vara att föredra framför ett sådant där först till kvarn gäller samt vara i linje med likhetsprincipen och tanken om solidaritet som finns inkorporerad i de principer som genomsyrar DCFR.<sup>252</sup> Att praktiska svårigheter kan uppstå vid denna bedömning är väl en rejäl underdrift.

#### 4.4.5 Villkorade avtal

I artikel 2:203 regleras villkorade avtal och av stycke (1) följer att om parterna avtalat om en återgång av äganderätten och knutit detta till ett *resolutivt villkor* så återförs äganderätten automatiskt vid inträffande av detta villkor med reservation för ägarens förfoganderätt. I stycke (2) behandlas *suspensiva villkor* och av denna bestämmelse framgår att äganderätten övergår vid uppfyllelse av ett sådant såsom vid äganderättsförbehåll. Dessa bestämmelser är i realiteten endast ett förtydligande av huvudregeln att parterna fritt kan avtala om tidpunkt för äganderättens övergång. Vad gäller frågan om äganderätten isolerad synes säkerhetsöverlåtelser falla inom stycke (1) och äganderättsförbehåll inom stycke (2). Hur dessa institut skall behandlas kompliceras dock av Book VIII artikel 1:103 stycke (1) vilken stadgar att Book IX som behandlar säkerhet i lös egendom skall äga företräde framför Book VIII vad gäller *säkerhetsöverlåtelser* och *äganderättsförbehåll* ("retention of ownership") om det finns ett *säkerhetssyfte* bakom transaktionen.

I Book IX artikel 1:102 definieras säkerhetsrätter och av stycke (3) följer att en överlåtelse av äganderätten i syfte att fungera som säkerhet *enbart* ger köparen en säkerhetsrätt. I stycke (4) understryks att detta särskilt gäller säkerhetsöverlåtelser. Innehåll före form gäller alltså i detta hänseende.<sup>253</sup> Såvitt jag kan förstå skall en överlåtelse av äganderätten i säkerhetssyfte *omklassificeras* till en säkerhetsrätt.<sup>254</sup> Äganderättsförbehåll definieras i Book IX artikel 1:103 stycke (1) som transaktioner där säljaren behåller äganderätten till lösöre i syfte att säkra motprestation. Innehåll före form gäller således även i dessa fall och en förmodad förestående bevisproblematik torde aktuali-

---

<sup>251</sup> A st.

<sup>252</sup> A a s 4817.

<sup>253</sup> A a s 5395.

<sup>254</sup> A st.

seras vid styrkande av detta syfte.<sup>255</sup> I regleringen av äganderättsförbehåll har man valt att fokusera på äganderätten istället för att som i svensk rätt behandla äganderättsförbehåll och återtagandeförbehåll på samma sätt och mer direkt.<sup>256</sup> I kommentaren tillstås att den svenska mer direkta regleringen är smidigare när det kommer till exekution men med anledning av att många europeiska rättsordningar saknar regler som i dessa fall ger rätt att återta lösöret vid exekution har man valt att fokusera på äganderätten.<sup>257</sup> Enligt Book IX artikel 2:101 (b) skall det dock även vara möjligt för säljaren att överlåta äganderätten till lösöret och samtidigt *kvarhålla* en säkerhetsrätt i detsamma.

För att en säkerhetsrätt skall ges effekt mot tredje man skall enligt Book IX artikel 3:102 krävas *registrering* om inte en övergång av besittningen skett. Detsamma gäller enligt Book IX artikel 3:107 för transaktioner där ett syfte att säkerställa en köpeskillingsfordran finns ("acquisition finance devices"). Motiven bakom registreringskraven är av publicitetskaraktär.<sup>258</sup> Säkerhetsrätters prioritet styrs enligt Book IX artikel 4:101 stycke (1) och (2) av tidpunkten då dessa erhållit effektivitet gentemot tredje man. "Acquisition finance devices" har emellertid enligt artikel 4:102 stycke (1) givits vad som i kommentaren på engelska benämns "super-priority". Innebörden av detta är att prioritet ges framför alla andra säkerhetsrätter som upplåtits i lösöret oavsett tidsordning.<sup>259</sup> Motivet bakom detta försteg för denna typ av finansiering i prioritetshänseende är att finansiering av lösöreköp anses fylla en skyddsvärd samhällsekonomisk nytta.<sup>260</sup>

Den *reella skillnaden* mellan äganderättsförbehåll och fallen där köpeskillingen säkerställs genom en kvarhållen säkerhetsrätt i lösöret uppkommer således vid exekution. Vad gäller säkerhetsrätter så tillfaller enligt Book IX artikel 7:105 stycke (4) *övervärdet* upplåtaren av säkerheten. Vid äganderättsförbehåll så anses aldrig äganderätten ha gått över till köparen utan istället följer av Book IX artikel 7:301 stycke (3) att *övervärdet efter hävning* tillfaller säljaren. Säljaren skall vidare kompenseras av köparen för eventuell nytta denne haft av lösöret samt för eventuell värdeminskning

---

<sup>255</sup> Såsom Håstad konstaterat finns en uppenbar möjlighet att kringgå registreringskravet för säljaren och istället lita till bestämmelserna i Book VIII kapitel 5 som behandlar sammanfogande och bearbetning av lösöre och enligt vilka materialägaren erhåller en säkerhetsrätt utan ett krav på registrering, Håstad, JFT 2009, s 342. Med anledning av att denna framställning blott syftar till att behandla dynamisk sakrätt lämnas dock denna möjlighet därhän.

<sup>256</sup> Se avsnitt 5.3.4 för vidare diskussion rörande den svenska regleringen.

<sup>257</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 5397 f.

<sup>258</sup> A a s 5495 f.

<sup>259</sup> A a s 5554.

<sup>260</sup> A a s 5555.

medan köparen i sin tur har rätt att återfå vad denne betalat jämte ränta.<sup>261</sup> Det synes med anledning av detta onekligen smidigare för en säljare att utnyttja möjligheten att kvarhålla en säkerhetsrätt i överlåtet lösöre enligt Book IX artikel 2:101 (b).

Vad gäller *köparens skydd mot säljarens borgenärer* finns i Book VIII artikel 2:307 en bestämmelse som ger köparen rätt att mot betalning erhålla äganderätt till lösöre belastat med äganderättsförbehåll. Av Book IX artikel 7:106 stycke (1) framgår att en säkerhetsupplåtare även efter inledd exekution har rätt att betala sin skuld med effekten att säkerheten upphör att existera. Av stycke (2)(a) följer dock att upplåtarens rätt att återlösa lösöret upphör om innehavaren av säkerhetsrätten hinner realisera lösöret eller ingå bindande avtal om försäljning eller uthyrning av detta. Av Book IX artikel 7:107 stycke (1) följer att en konsument måste meddelas tio dagar innan försäljning. Meddelande om en intention att realisera säkerheten måste enligt Book IX artikel 7:208 lämnas även i kommersiella förhållanden. Någon tidsfrist synes emellertid inte vara tilltänkt i dessa fall. Köparens skydd gentemot säljarens borgenärer vad gäller rätten att efter betalning erhålla äganderätten till lösöre belastat med äganderättsförbehåll upphör enligt Book IX artikel 7:106 stycke (2)(b) om säljaren givits anledning att häva avtalet. Som ovan framkommit så bör rimligen en säkerhetsöverlåtelse behandlas på samma sätt som en pantsättning med den följd att säkerhetsöverlåtaren har samma sakrättsligt skyddade rätt som en pantsättare att återlösa en pant.<sup>262</sup>

*Sammantaget* innebär således detta att en säkerhetsöverlåtare har en *sakrättsligt skyddad rätt* att återlösa lösöret enligt dessa bestämmelser. Köparen i denna transaktion erhåller ju enligt dessa bestämmelser som ovan påpekats blott en säkerhetsrätt och då är ju inte denne behörig att förfoga över lösöret. En köpare av lösöre belastat med *äganderättsförbehåll* synes även denne ha en sådan rätt så länge denne betalar i enlighet med köpekontraktet.

---

<sup>261</sup> A a s 5664 f.

<sup>262</sup> Håstad har emellertid tolkat dessa bestämmelser såsom att säkerhetsöverlåtarens rätt har lämnats oreglerad och att dennes rätt därmed skulle vara beroende av huruvida säkerhetsöverlåtelsen utformats som ett resolutivt eller suspensivt villkor, Håstad, JFT 2009 s 341 f.

## 5 Konsekvenser ur ett svenskt perspektiv

### 5.1 Kapitlets fortsatta disposition

I detta kapitel skall den svenska regleringen av borgenärsskyddet *jämföras* med den i Book VIII föreslagna regleringen. Inledningsvis avhandlas det enhetliga äganderättsbegreppet (avsnitt 5.2). Därefter kommer de grundläggande krav som uppställts för en övergång av äganderätten att diskuteras (avsnitt 5.3) och efter detta avhandlas det dispositiva traditionskravet (avsnitt 5.4). Några övriga tänkbara konsekvenser av den föreslagna regleringen kommer därefter avslutningsvis att beröras (avsnitt 5.5).

### 5.2 Ett enhetligt äganderättsbegrepp

#### 5.2.1 Undantag av obligationsrättslig karaktär

Som ovan konstaterats begränsas *effekten* av den enhetliga äganderättsövergången i Book VIII av ett stort antal undantag.<sup>263</sup> Säljaren skall stå *risken* för lösöret trots att äganderätten överlåtits och detta torde i princip överensstämma med den svenska regleringen enligt 13 § köplagen (1990:931) (KöpL). Detta är naturligtvis att föredra då säljaren är mest lämpad att förhindra skada då lösöret befinner sig i dennes besittning. Även säljarens *detentionsrätt* har tillåtits bryta igenom den enhetliga äganderättsövergången med retroaktiv effekt och detsamma följer för svensk rätts del av 10 § KöpL, men någon retroaktiv effekt behövs naturligtvis inte med ett funktionellt äganderättsbegrepp. Det får anses lämpligt att säljarens rätt till hävning vid utebliven betalning säkerställs genom denna möjlighet.<sup>264</sup>

Parternas avtal beträffande *rätten till avkastning* skall respekteras men vid exekution styras av Book VIII. Detta torde innebära att denna rätt följer äganderätten vilket överensstämmer med principen enligt exempelvis NJA 1995 s 367 där det konstateras att

---

<sup>263</sup> Se avsnitt 4.2.1.

<sup>264</sup> Johansson, Stoppningsrätt under godstransport, s 97.



rätten till avkastning följer rätten till objektet. I övrigt har det ansetts lämpligast att parternas avtal får reglera frågor som rör interna förhållanden av obligationsrättslig karaktär. Detsamma är fallet inom svensk rätt då det får anses självklart att en säljare inte har rätt att *nyttja* lösöret efter att detta obligationsrättsligt överlåts. En skillnad synes däremot föreligga vad gäller *förfoganderätten* vilken enligt svensk rätt enligt min mening givetvis går över vid obligationsrättslig bundenhet, men enligt Book VIII övergår denna vid äganderättens övergång om inte annat avtalats. Således inträder in dubio en skyldighet för säljaren att *inte* rättsligt förfoga över lösöret *tidigare* med ett funktionellt äganderättsbegrepp. Vad gäller säljarens rätt till *skadestånd* för skada orsakad av tredje man då denne står risken för lösöret tillfaller naturligtvis denna även enligt svensk rätt säljaren eftersom det är denne som är skadelidande. Det som i Book VIII har ansetts lämpligt anses således i princip även lämpligt enligt svensk rätt.

## 5.2.2 Undantag av insolvensrättslig karaktär

### 5.2.2.1 Stoppningsrätt

Någon bestämmelse om *stoppningsrätt* har inte intagits i Book VIII men som ovan framkommit hindrar inte detta att nationella sådana tillämpas. Stoppningsrätt regleras i 61 § KöpL och i doktrinen har denna motiverats främst med att det skulle vara obilligt om säljaren tvingades lämna ut varan trots att denne i princip vet att betalning kommer att utebli.<sup>265</sup> Det är svårt att finna argument emot detta.

I NJA 1985 s 879 hade varor överlåts av en dansk säljare till en svensk köpare vilka skulle fraktas till köparen av en självständig fraktförare och på köparens ort initialt tas om hand av fraktföraren som anlåtats av köparen. Av HD:s domskäl framgår att säljarens stoppningsrätt bestod även vid tidpunkt då varorna omhändertagits av fraktföraren på köparens ort men att denna sedermera upphörde då köparen givit i uppdrag att lagra varorna för dennes räkning. Det är alltså inte av någon betydelse vilken av parterna som anlitat den fristående fraktföraren.<sup>266</sup> På ett principiellt plan kan regler som har till syfte att skydda tredje man inte avtalas bort utan i dessa fall krävs att det finns stöd för detta i

---

<sup>265</sup> Johansson, Stoppningsrätt under godstransport, s 94.

<sup>266</sup> Håstad, Sakrätt, s 178.

rättsordningen.<sup>267</sup> Att avtala om en längre gående stoppningsrätt skulle försätta köparens borgenärer i en sämre sits och sådana ovillkorliga hävningsförbehåll ges inte sakrättslig verkan.<sup>268</sup> Det omvända gäller beträffande säljarens konkurs.<sup>269</sup> Då säljarens stoppningsrätt enligt kommentaren anses kunna klassificeras antingen som ett obligationsrättsligt eller ett insolvensrättsligt undantag torde med anledning av det ovan anförda stoppningsrätten för svensk rätts del falla inom artikel 2:201 stycke (3), trots att KöpL enligt dess 3 § är dispositiv.<sup>270</sup>

Innebörden av att besittningen *inte* påverkar säljarens stoppningsrätt blir att säljaren kan ha sin stoppningsrätt i behåll trots att köparen redan erhållit sakrättsligt skydd.<sup>271</sup> Johansson har motiverat denna *motsättning* med att det med ett funktionellt äganderättsbegrepp på det normativa planet är naturligt att rättigheter sammanfaller.<sup>272</sup> Stoppningsrättens företrädare motiverar densamme med att äldre besittning erhåller ett starkare skydd enligt svensk rätt.<sup>273</sup> Jag ställer mig något tveksam till dessa argument då stoppningsrätt även förekommer i rättsordningar som tillämpar en enhetlig syn på äganderättens övergång.<sup>274</sup> Vad gäller argumentet att äldre besittning enligt svensk rätt erhåller ett starkare skydd så gäller väl detta främst den artskilda situationen då besittning av lösöre olovligen rubbats. Enligt min mening handlar det istället om ett rent *undantag* från övriga bestämmelser rörande borgenärsskyddet som bäst motiveras med *lämplighets*skäl. Innebörden av att besittningen i detta fall saknar betydelse blir att stoppningsrätten inte kommer i konflikt med artikel 2:104 stycke (2).

### 5.2.2.2 Återvinning

Enligt artikel 2:201 stycke (3) skall inte nationella insolvensrättsliga bestämmelser påverkas av äganderättens övergång och *återvinning* nämns explicit.<sup>275</sup> Det finns därför anledning att undersöka hur återvinningsinstitutet står rustat inför ett eventuellt systemskifte. Av intresse i detta sammanhang är främst den subjektiva återvinningsregeln av

---

<sup>267</sup> Johansson, Stoppningsrätt under godstransport, s 214.

<sup>268</sup> Johansson, a a s 214 och Möller, Konkurs och kontrakt, s 94.

<sup>269</sup> Möller, a a s 199 f.

<sup>270</sup> Se avsnitt 4.2.1.

<sup>271</sup> Håstad, Sakrätt, s 228.

<sup>272</sup> Johansson, Stoppningsrätt under godstransport, s 233.

<sup>273</sup> A a s 236 f.

<sup>274</sup> Faber, Rules for the Transfer of Movables, s 106.

<sup>275</sup> Se avsnitt 4.2.1.

rättshandlingar i 4:5 KL samt den objektiva bestämmelsen som behandlar återvinning av betalning av skuld i 4:10 KL. Rättshandlingen respektive betalningen skall för bestämmelsernas tillämpning ha ägt rum senare än fem år respektive tre månader före fristdagen enligt 4:2 KL. Återvinningsfristen börjar som huvudregel att löpa vid uppnående av sakrättsligt skydd.<sup>276</sup> Ett undantag har dock gjorts beträffande avhändelse av fast egendom i 4:4 KL av vilken framgår att avhändelse av fast egendom inte anses ha ägt rum förrän lagfart sökts. I motiven förklaras denna ordning med att borgenärerna inte skall behöva riskera att insolvensbedömningen hänförs till en tidpunkt som kan ligga långt tillbaks i tiden före den publicitetsåtgärd som lagfartsansökan utgör.<sup>277</sup> Samma princip torde gälla beträffande återvinning av eftergift vid bodelning enligt 4:7 KL där registrering av denna enligt 13:6 ÄktB krävs för att återvinningsfristen skall börja löpa.

I betänkandet bakom 49 § KKL föreslogs ett tillägg i 4:4 KL med innebörden att återvinningsfristen skulle börja löpa vid besittningsövergång.<sup>278</sup> Departementschefen ansåg emellertid inte att borgenärer skulle ha någon större möjlighet att upptäcka en besittningsförändring än ett avtals undertecknande eller en individualisering med anledning av konsumentköpens masskaraktär.<sup>279</sup> Vidare ansågs en besittningsförändring knappast jämförbar med en lagfartsansökan i publicitetshänseende.<sup>280</sup> Jag är tveksam till huruvida argument rörande mängden transaktioner över huvud taget är relevanta i detta hänseende men dessa torde under alla förhållanden inte ha bäring i kommersiella förhållanden. Såsom anförts i betänkandet bakom 49 § KKL torde tradition i alla fall vara lättare att upptäcka än en överlåtelse.<sup>281</sup>

Ett annat problem med gällande reglering inom området är att återvinning av *kongruenta varuleveranser* efter förskottsbetalning inte är möjlig att åstadkomma enligt 4:10 KL. Detta följer av NJA 1950 s 417 där en verkstad inom återvinningsfristen levererat gods till en motpart som hade erlagt betalning i förskott. RR:n uttalade kortfattat i sina domskäl som fastställdes av HovR:n och HD att varuleveransen inte kunde anses utgöra betalning av gäld. Lennander har tolkat detta som att en språklig tolkning gjorts av ”gäld” samt att återvinningsinstitutet utgör undantagsbestämmelser som skall tolkas

---

<sup>276</sup> Lennander, s 75.

<sup>277</sup> SOU 1970:75, s 139.

<sup>278</sup> SOU 1995:11, s 158.

<sup>279</sup> Prop. 2001/02:134, s 78.

<sup>280</sup> A st.

<sup>281</sup> SOU 1995:11, s 158.

restriktivt.<sup>282</sup> I doktrinen har utgången utifrån rättspolitiska ställningstaganden med rätta kritiserats.<sup>283</sup>

Håstad anser att 4:10 KL borde kunna tillämpas analogt beträffande varuleveranser redan de lege lata och att HD:s domskäl i NJA 1988 s 149 där varuleveranser i ett kon- tokurantförhållande bedömdes utgöra betalning av gäld i den mån de motsvarade ett negativt saldo talar för detta.<sup>284</sup> I motiven till 49 § KKL uttrycks dock uppfattningen att NJA 1988 s 149 inte förändrar det fastslagna rättsläget i NJA 1950 s 417.<sup>285</sup> Det ligger onekligen en del i Håstads ståndpunkt men med tanke på *återvinningsinstitutets karak- tär* så ställer jag mig tveksam till en tillämpning av analogier inom ramen för detta. Kommissionslagskommittén föreslog att 4:10 KL skulle ändras på så vis att denna även skulle omfatta avtalsenligt fullgjorda naturaförpliktelser som inte är ordinära.<sup>286</sup> Jag finner en sådan bestämmelse tilltalande då det är önskvärt att utförda individualiseringar och leveranser inför en annalkande exekution kan angripas med 4:10 KL. Till detta bör tilläggas att otillbörlighetsrekvisitet i 4:5 KL inte per automatik är uppfyllt vid köparens onda tro.<sup>287</sup> Av exempelvis NJA 1978 s 194 följer också att ett gynnande i sig inte är tillräckligt utan att beloppet också skall vara betydande.

Ovan har enbart återvinning i konkurs diskuterats men utom konkurs torde enda möj- ligheten vara en tillämpning av 34 § AvtL vilken motsvarar Book II artikel 9:201. Att bevisa att en skenrättshandling är föreliggande torde dock innebära uppenbara problem. Ett förslag till en bestämmelse gällande *återvinning utom konkurs* lades fram i motiven till UB med innebörden att återvinning skulle vara möjlig vid misslyckad utmätning om gäldenären bortgivit egendom eller hans ekonomiska ställning försämrats genom annan rättshandling som kunde vara föremål för återvinning i konkurs.<sup>288</sup> Ansökan om ut- mätning skulle utgöra fristdag och Kronofogdemyndigheten skulle ansvara för att pröva förutsättningarna för återvinning.<sup>289</sup> Förslaget genomfördes dock inte med anledning av att avskrivningsförfarandet i de så kallade fattigkonkurserna avskaffats och det ifråga- sattes då om ett behov för återvinning utom konkurs skulle finnas.<sup>290</sup>

---

<sup>282</sup> Lennander, s 211.

<sup>283</sup> Welamson & Mellqvist, s 97 f. och Håstad, Sakrätt, s 272.

<sup>284</sup> Håstad, a a s 272. I NJA 1988 s 149 bedömdes dock leveranserna som ordinära och kunde därmed inte återvinnas enligt 4:10 KL.

<sup>285</sup> SOU 1995:11, s 175.

<sup>286</sup> SOU 1988:63, s 112.

<sup>287</sup> Göranson, Traditionsprincipen, s 543.

<sup>288</sup> SOU 1973:22, s 27.

<sup>289</sup> A bet s 28.

<sup>290</sup> Prop. 1980/81:8, s 348.

Göranson har framfört att återvinning utom konkurs är ett värdefullt komplement vid ett avskaffande av traditionsprincipen.<sup>291</sup> Densamme har dock uttryckt kritik mot förslaget då han saknar en anknytning till den kontinentala actio pauliana-regleringen och har vidare kritiserat den direkta kopplingen till återvinningsfristerna i KL då borgenärer enligt honom kan tänkas vilja bereda möjlighet för gäldenären att lösa sina förpliktelser och att resultatet av den föreslagna regleringen skulle kunna bli att onödiga utmätningsförfaranden igångsätts.<sup>292</sup> Vidare har Göranson framfört att en subsidiär talerätt för borgenärer borde finnas, att även annan påvisbar betalningsoförmåga än resultatlös utmätning bör kunna föranleda återvinning samt att Kronofogdemyndighetens arbetsbelastning kan utgöra ett problem.<sup>293</sup> Det ligger åtskilligt i denna kritik då det är önskvärt att undvika utmätningsförfaranden och att ålägga Kronofogdemyndigheten ansvaret skulle med beaktande av att återvinningsmål ofta kan vara tämligen komplicerade medföra en förmodad resursproblematik.

*Actio pauliana* innebär att uppsåtligt borgenärsskadliga transaktioner kan tvingas återgå vid ond tro hos medkontrahenten och finns att tillgå utom konkurs i exempelvis tysk rätt.<sup>294</sup> Vid en dylik reglering kan en frikoppling från återvinningsfristerna i KL anses rättfärdigad med beaktande av det subjektiva rekvisitet. En ogiltighetsregel med sikte på borgenärsskadliga transaktioner, eventuellt med en viss bevislättning vad gäller det subjektiva rekvisitet, ter sig onekligen mer effektiv än ett angripande av skentransaktioner med 34 § AvtL. *Sammanfattningsvis* skulle ett övergivande av traditionsprincipen kräva en *översyn av återvinningsinstitutet*.

### 5.2.3 Ett enhetligt eller funktionellt äganderättsbegrepp?

Som tidigare framkommit så är det funktionella äganderättsbegreppet djupt förankrat i den svenska rättsordningen.<sup>295</sup> En lika stark förankring av det enhetliga äganderättsbegreppet finns i de kontinentaleuropeiska rättsordningarna som tillämpar ett sådant, men frågan beträffande distinktionen mellan angreppssätten har inte varit föremål för

---

<sup>291</sup> Göranson, Återvinning utom konkurs, s 310.

<sup>292</sup> A a s 41 f.

<sup>293</sup> A a s 41.

<sup>294</sup> Lennander, s 132.

<sup>295</sup> Se avsnitt 3.1.

närmare diskussion.<sup>296</sup> Inte heller i svensk doktrin diskuteras denna fråga i vidare utsträckning.<sup>297</sup> När denna fråga väl kommer upp i den svenska rättsvetenskapliga debatten så kan dock en viss *motsträvighet* gentemot det enhetliga äganderättsbegreppet skönjas.<sup>298</sup> Låt oss då se vilka sakliga argument som kan tänkas spela in vid ett ställningstagande för eller emot det val som gjorts beträffande äganderättsbegreppet i DCFR.

Ett första argument som har framförts till stöd för respektive sak är att det skulle vara *enklare* för den som tillämpar ”det andra angreppssättet” att byta sådant.<sup>299</sup> Detta är också det huvudsakliga argumentet som anförts som motivering i kommentaren men jag anser inte att detta i sig är ett nog tungt vägande argument utan mer intressant är vilka *reella skillnader* som föreligger. Faber anser att det finns en tendens hos en del kritiker till det enhetliga angreppssättet att tro att fler aspekter kopplade till äganderätten överförs än vad som faktiskt är fallet.<sup>300</sup> Det har vidare antytts att ett funktionellt angreppssätt förmodligen i större grad tar hänsyn till verkliga förhållanden.<sup>301</sup> Det funktionella äganderättsbegreppet har som tidigare konstaterats till viss del historiskt, men även än idag, förfäktats med argumentet att något annat skulle vara ovetenskapligt och en tillämpning av begreppsjurisprudens. Ur ett svenskt perspektiv så är begreppsjurisprudens tydligen något synnerligen negativt.<sup>302</sup> Det torde dock råda samstämmighet kring att *all* lagstiftning är ett resultat av intresseavvägningar och att normer i sig är ett resultat av värderingar.<sup>303</sup>

Som ovan konstaterats i samband med diskussionen kring traditionsprincipen finns en viss risk för att denna fria intresseavvägning på ett negativt sätt påverkar *rättssäkerheten*.<sup>304</sup> De fall som lämnas öppna i ett enhetligt system måste dock också lösas. Enligt Göranson behöver inte heller rättsutvecklingen hämmas av att ett enhetligt äganderättsbegrepp införs då så ej skett i exempelvis Tyskland och Nederländerna.<sup>305</sup> Såsom nedan skall utvecklas kommer gränsfall uppstå beträffande exempelvis vad som skall anses ut-

---

<sup>296</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 4379 f.

<sup>297</sup> Samuelsson, Europarättslig tidskrift 2009, s 67.

<sup>298</sup> Se exempelvis Håstad, JFT 2009, s 331 och Ramberg, C, SvJT 2004, s 472.

<sup>299</sup> Håstad, JT 2002/03, s 753 och Faber, Rules for the Transfer of Movables, s 118 f.

<sup>300</sup> Faber, a a s 99.

<sup>301</sup> Martinson, Transfer of Title, s 10.

<sup>302</sup> Samuelsson, Europarättslig tidskrift 2009, s 68.

<sup>303</sup> Faber, Rules for the Transfer of Movables, s 103 f., Göranson, Traditionsprincipen, s 427, Martinson, Ejendomsrettens övergang – Norden kontra verden, s 9 och Johansson, SvJT 1997, s 344 not 7.

<sup>304</sup> Se avsnitt 3.3.

<sup>305</sup> Göranson, Traditionsprincipen, s 422.

göra säljarens kontrollfär vid traditionsbedömningen enligt artikel 2:104.<sup>306</sup> Enligt Faber föreligger inte heller någon större skillnad mellan de olika angreppssätten i rättssäkerhetshänseende.<sup>307</sup> Detta innebär att den huvudsakliga skillnaden är att ändamål bakom olika regler beaktas på *olika stadier*. En helt annan sak är dock att dessa ändamål kan vara olika. Ur ett *demokratiskt perspektiv* kan det enligt min mening i viss mån ses som positivt att denna avvägning i större utsträckning görs i lagstiftningsarbetet och lagstiftaren ges också större kontroll över rättsutvecklingen då det som tidigare påpekats kan gå lång tid innan en oklar fråga kommer inför HD:s prövning. Ett enhetligt äganderättsbegrepp torde dock *inte* hindra att en *teleologisk lagtolkningsmetod* tillämpas då det skulle vara orimligt om en rättsregel som inte ger ett klart svar i ett specifikt fall inte skulle tillämpas i enlighet med sitt ändamål och detta torde ha direkt stöd i Book I artikel 1:102 stycke (1). Möjligen torde vissa justeringar i den teleologiska metoden behöva göras med tanke på att traditionsbegreppet i Book VIII skall vara enhetligt och med samma innehåll tillämpas i flera typfall med olika ändamål. Enligt min mening skulle man dock kunna se på saken såsom att enkelhet och klara gränser eftersträvas och att just detta då tillsammans med de principer som genomsyrar DCFR får utgöra det *övergripande ändamålet*.

Avsaknaden av en enhetlig kodifierad definition av det civilrättsliga äganderättsbegreppet kan i många fall orsaka svårlösta tvister. Ett illustrativt exempel på detta är NJA 2010 s 227 där fråga uppkom huruvida en förvärvare (EK) i ond tro av en bil belastad med äganderättsförbehåll skulle anses vara ”verklig ägare” i försäkringsvillkors mening och således berättigad till ersättning efter försäkringsfall. I målet hade en person (MP) köpt bilen på kredit av BMW som uppställt ett giltigt äganderättsförbehåll. Vid överlåtelsen till EK försäkrade dock MP att hon skulle vidarebefordra köpeskillingen till BMW och att äganderättsförbehållet därmed skulle upphöra att belasta bilen. Detta löfte uppfylldes emellertid aldrig och BMW vann framgång med sin talan om bättre rätt till bilen mot EK. I sina domskäl konstaterade HD inledningsvis det funktionella äganderättsbegreppets natur och att tolkningen av begreppet ”verklig ägare” i försäkringsvillkoren skulle tolkas utifrån villkorens syfte och natur. För att EK skulle anses vara ”verklig ägare” enligt försäkringsvillkoren talade enligt HD att EK som registrerad ägare enligt trafikskadelagen (1975:1410) var försäkringspliktig av bilen, att EK var den huvudsaklige brukaren, att EK betalat premier, att EK gjort ett obligationsrättsligt giltigt

---

<sup>306</sup> Se avsnitt 4.3.2.2.

<sup>307</sup> Faber, *Rules for the Transfer of Movable*, s 117.

förvärv samt att BMW inte skulle ha haft någon rätt att rikta något anspråk mot EK om MP betalat sin skuld. Emot EK talade enligt HD att denne inte gjort ett sakrättsligt giltigt förvärv av bilen samt förvärvat denna med vetskap om MP:s kvarvarande skuld till BMW. Med anledning av detta slog HD fast att det enda intresse EK hade i bilen efter att BMW gjort anspråk på denna var att kunna utge dess värde till BMW. EK ansågs inte vara ”verklig ägare” och således inte ha haft ett sådant försäkringsbart intresse som försäkringsvillkoren uppställt.

Även om det till stor del går att sympatisera med utgången i målet med anledning av att en ondrosförvärvare på ett principiellt plan inte bör skyddas av rättsordningen så är det ett problem att kunskapen om dessa regler inte nödvändigtvis är utbredd.<sup>308</sup> Håstad har ifrågasatt huruvida utgången i målet är riktig då EK enligt honom borde ha haft samma rätt som MP att enligt 42 § konsumentkreditlagen (2010:1846) (KkrL) inom forton dagar återlösa lösöret från BMW även efter återtagande.<sup>309</sup> Densamme anser att BMW genom domen om bättre rätt blott förvärvade en säkerhetsrätt mot EK och inte äganderätten till bilen.<sup>310</sup> Till stöd för detta anförs att köparen har rätt till övervärdet vid exekution och att denne således erhållit en villkorad äganderätt.<sup>311</sup> I detta kan jag instämma men jag anser dock att situationen blir en annan vid överlåtelse av lösöre belastat med äganderättsförbehåll. Även om det med ett funktionellt äganderättsbegrepp ofta är ointressant vem som är ägare så kan dock rimligtvis inte ett gäldenärsbyte tolereras utan borgenärens samtycke.<sup>312</sup> Under alla förhållanden visar rättsfallet att en civilrättslig definition av äganderättsbegreppet i många fall inte skulle vara av ondo.

Såsom artikel 2:201 utformats blir *effekten* av äganderättens övergång begränsad. Håstad anser dock att det hade varit lämpligare om varje situation tydligt reglerats var för sig.<sup>313</sup> Densamme har uttryckt att det aldrig är fel att veta vad man talar om utan dogmatiska omskrivningar.<sup>314</sup> Som ovan framgått så ansågs detta dock inte praktiskt genomförbart med anledning av den valda kodifikationsmetoden. Jag kan inte se *kodifikation i sig* som något negativt även om resultatet blir att många frågor som för en svensk jurist ter sig som givna stadgas direkt i lag vilket innebär att mängden lagtext sväller ut. Den stora skillnaden med den av Håstad förespråkade ordningen skulle vara att en

---

<sup>308</sup> Se NJA 1993 s 429 beträffande krav på kontroll i bilregistret för godtrosförvärv av bil.

<sup>309</sup> Håstad, Festskrift till Torkel Gregow, s 130.

<sup>310</sup> A st. Se avsnitt 5.3.4 för vidare diskussion kring den svenska regleringen av äganderättsförbehåll.

<sup>311</sup> A a s 130 f.

<sup>312</sup> Adlercreutz, s 140

<sup>313</sup> Håstad, JFT 2009, s 342.

<sup>314</sup> Håstad, JT 2002/03, s 753.



*teoretisk omväg* med äganderätten som *kopplingsbegrepp* med flertalet undantag undviks.

Jag ser inte några större problem med den valda ordningen i Book VIII och om rädslan för att använda en äganderättsterminologi blir alltför stor så går det ju naturligtvis att byta ut begreppet "äganderätt" mot "sakrättsligt skydd" och nå samma resultat.<sup>315</sup> Det handlar ju i båda fallen om ett *rättsfaktum* (avskuren rådighet enligt svensk rätt eller avtal om äganderättens övergång alternativt besittningsövergång enligt Book VIII) som konstituerar en *rättsföljd* (sakrättsligt skydd enligt svensk rätt eller en övergång av äganderätten som i sin tur konstituerar sakrättsligt skydd enligt Book VIII). Argumentationstekniken kan dock skilja sig åt genom att frågor i större utsträckning finns avgjorda genom kodifikation med ett enhetligt äganderättsbegrepp men detta är då beroende av just kodifikationsmetodiken i lagstiftningsarbetet. Martinson är också kluven beträffande de reella skillnaderna då det finns ett intresse av att begränsa sakrätterna enligt svensk rätt och funktionellt inriktade argument samt dogmatism förekommer med en tillämpning av båda angreppssätten.<sup>316</sup> Såsom Samuelsson påpekat är det ur ett kontinentaleuropeiskt perspektiv naturligtvis vi som framstår som dogmatiska.<sup>317</sup> Ett enhetligt äganderättsbegrepp ter sig onekligen mindre främmande om man tillåter sig att bryta ned detta och se till de *reella effekterna*. Protektionism kan enligt min mening aldrig vara positivt för rättsutvecklingen.

## 5.3 Grundläggande förutsättningar

### 5.3.1 Lösöret överlåtbart och behörighet att rättsligt förfoga

Frågan huruvida ett *överlåtelseförbud* står sig vid exekution skall avgöras enligt nationell rätt.<sup>318</sup> Av 5:5 1 st. UB följer att *utmätningförbud* gäller för egendom som till följd av sin beskaffenhet eller föreskrift om överlåtelseförbud vid gåva eller i testamente eller på annan mot envar gällande grund inte får utmätas och av 3:3 KL följer att sådan egendom inte heller ingår i konkurs. Skillnad görs mellan benefika och onerösa förvärv och

---

<sup>315</sup> Martinson, *Ejendomsrettens övergång – Norden kontra verden*, s 14 och Göranson, *Traditionsprincipen*, s 432.

<sup>316</sup> Martinson, a a s 11.

<sup>317</sup> Samuelsson, *Europarättslig tidskrift* 2009, s 85.

<sup>318</sup> Se avsnitt 4.4.2.

ett överlåtelseförbud står sig vid exekution endast vid benefika förvärv.<sup>319</sup> Utmättningsförbud innebär emellertid inte att egendomen undantas då gäldenären inte själv bundits.<sup>320</sup> Denna ordning är rimlig och därmed värd att bevara.

*Behörighet* att rättsligt förfoga är också enligt svensk rätt en förutsättning för att äganderätten skall kunna överlåtas med reservation för eventuella godtroshänsförvärv. Vid konsumentköp enligt 49 § KKL bör sakrättsligt skydd uppnås vid ratihabition. En ratihabition ger även enligt svensk rätt samma resultat som om den icke behörige mellanmannen varit behörig vid den ursprungliga överlåtelsen.<sup>321</sup>

### 5.3.2 Lösöret skall existera

Enligt svensk rätt uppkommer i regel inte något problem beträffande *lösörets existens* med tanke på traditionskravet. Enligt LkL torde det dock vara möjligt att registrera fast egendom som skall bli lösöre samt lösöre som skall komma i säljarens besittning med verkan från tidpunkten då beståndsdelen blivit lösöre respektive då lösöret kommit i säljarens besittning.<sup>322</sup> En förutsättning är dock att specificering av lösöret kan ske med tillräcklig tydlighet.<sup>323</sup> Göranson har dock framfört att sakrättsligt skydd uppkommer redan då lösöre som finns hos säljarens underleverantör individualiserats.<sup>324</sup> Håstad anser att detta inte är möjligt då lagen gäller lösöre i säljarens vård men att köparen kan erhålla sakrättsligt skydd genom denuntiation till säljarens leverantör beträffande överlåtelse av säljarens fordran gentemot denne.<sup>325</sup> Denna uppfattning ter sig rimlig och som ovan framgått skall det även vara möjligt att överlåta lösöre i tredje mans besittning enligt artikel 2:101 stycke (1)(a). Det resultat som går att åstadkomma med bestämmelsen i artikel 2:101 överensstämmer således i princip med detsamma enligt LkL.<sup>326</sup>

Frågan är hur det ovanstående förhåller sig till artikel 1:301 stycke (2) vilken stadgar att överlåtelse av tillbehör till fast egendom skall regleras enligt nationella regler. Detta innebär att 2:3 och 2:7 JB skulle fortsätta att styra ett sådant förfarande. Av NJA 1997 s 660 följer att traditionsprincipen skall tillämpas även då anmälan om avmagnetisering

<sup>319</sup> Håstad, Sakrätt, s 449 f.

<sup>320</sup> A st.

<sup>321</sup> Adlercreutz, s 219 f.

<sup>322</sup> Håstad, Sakrätt, s 218 f.

<sup>323</sup> Helander, s 571.

<sup>324</sup> Göranson, Traditionsprincipen, s 517 f. med hänvisningar.

<sup>325</sup> Håstad, Sakrätt, s 218 f.

<sup>326</sup> Se avsnitt 4.4.1.

skett. Det troliga är nog att artikel 2:101 är tänkt att tillämpas och då torde avtalet om äganderättens övergång kunna slutas innan tillbehöret avskiljts med verkan från avskiljandet.

Traditionsprincipen medför problem beträffande finansiering av *tillverkningsavtal* då tillverkaren tillhandahåller materialet. Då en beställare tillhandahåller materialet gäller gränsdragningen enligt 2 § KöpL mellan köp och arbetsbeting.<sup>327</sup> All form av gränsdragningsproblematik i detta hänseende bortfaller dock med den innebörd artikel 2:101 stycke (1)(e) givits då parterna själva kan avtala om att äganderätten till materialet skall överlåtas successivt. Beträffande *konsumtförhållanden* följer av 2 § 1 st. KKL att lagen gäller vid köp av en vara som skall tillverkas under förutsättning att beställaren inte skall tillhandahålla en väsentlig del av materialet. Av betänkandet framgår att identifikationskravet kan antas vara uppfyllt när tillverkningen påbörjats.<sup>328</sup> Detta är enligt min mening en rimlig utgångspunkt och överensstämmer således med regleringen enligt stycke (1)(e). Traditionsprincipen förhindrar dock att sakrättsligt skydd erhålls i lösöre som en detaljist beställt av en grossist eller tillverkare för konsumentens räkning om denne blir föremål för exekution innan detaljisten traderats lösöret.<sup>329</sup> Olägenheten med *oenhetliga sakrättsliga moment* kommer dock att kvarstå med ett dispositivt traditionskrav i fallen då grossisten inte överlåtit äganderätten till detaljisten.

I sammanhanget bör nämnas att HD i NJA 1973 s 635 har godtagit en förtida denuntiation med sakrättslig verkan vid pantsättning av ännu ej intjänade fordringar i takt med intjänandet. Jag har svårt att finna betänkligheter med förhållandet att ett tidigare ingått avtal ges sakrättsligt skydd från tidpunkten då detta uppfyller specialitetskravet samt överlåtare är behörig att förfoga över detta. Detta överensstämmer med *intjänandeprincipen* enligt NJA 1973 s 635 samt med regleringen enligt LkL. Nämnas bör även att det enligt NJA 1988 s 257 vid överlåtelse av hyresrätt till lokal krävs denuntiation till hyresvärden men att det inte är nödvändigt att godkännande hunnit ges för sakrättsligt skydd. Håstad har framfört att detta också borde vara möjligt vid ett systemskifte.<sup>330</sup>

Att lösöret måste existera innebär ju att "*något*" skall existera och av 3:3 KL följer att egendom som tillhörde gäldenären när konkursbeslutet meddelades samt utmätningsbar egendom som tillfaller denne under konkursen skall ingå i konkursboet. Om en detaljist *före* den kritiska tidpunkten *inte* erhållit äganderätten till lösöre som befinner sig

---

<sup>327</sup> SOU 1988:63, s 208 ff. och Rodhe, s 198.

<sup>328</sup> SOU 1995:11, s 168.

<sup>329</sup> Prop. 2001/02:134, s 76.

<sup>330</sup> Håstad, JT 2002/03, s 759.

hos en grossist så har denne inte varit behörig att i sin tur överlåta detta till köparen och då får man falla tillbaka på traditionskravet. Konkursboets inträdesrätt enligt 63 § KöpL innebär vidare att ett färdigställande av lösöre under tillverkning aldrig kan framtvingsas.

Det vanliga torde dock i dag vara att näringsidkare upplåtit företagshypotek i sin verksamhet enligt lagen (2008:990) om företagshypotek och det kan då ifrågasättas huruvida det är lämpligt att köparen erhåller sakrättsligt skydd till lösöre som kan bli kvar i tillverkarens vård under *längre tid*. Säkerhetsunderlaget är fluktuerande och överlåtelser enligt LkL konkurrerar med företagshypotekshavarnas rätt vilket enligt motiven ansetts rimligt då detta är något som dessa har att räkna med och förhålla sig till.<sup>331</sup> Håstad har framfört att det inte bör innebära några betänkligheter med att tillerkänna en beställare sakrättsligt skydd vid tillverkningsavtal då det är fråga om en kredit kopplad till nya värden ägnad att öka konkurrensen på kreditmarknaden.<sup>332</sup> Jag instämmer i denna ståndpunkt och det är inte heller realistiskt att anta att kreditgivare kontinuerligt kontrollerar säkerhetsunderlaget.

### 5.3.3 Ogiltighet och hävning

*Causaprincipen* är tillämplig även enligt svensk rätt vilket innebär att ogiltighet medför separationsrätt.<sup>333</sup> Som exempel kan nämnas NJA 1995 s 162 där sakrättsligt skydd erhöles efter att en gåva på grund av svek förklarats ogiltig och framställning om ogiltighet kan göras även efter exekutionsutbrott. Det är enligt svensk rätt inte av betydelse huruvida ogiltighetsgrunden är stark eller svag.<sup>334</sup> Detsamma är fallet enligt artikel 2:202.<sup>335</sup> Martinson synes dock förespråka en åtskillnad mellan grövre ogiltighetsgrunder såsom hot och bedrägliga beteenden och övriga ogiltighetsgrunder och att en part på grund av sitt agerande inte i dessa fall skall erhålla separationsrätt om den andre vill hålla fast vid avtalet.<sup>336</sup> Jag är tveksam till att låta graden av en parts ohederliga beteende spela in vid denna bedömning då det synes lämpligare att detta tas om hand

---

<sup>331</sup> Prop. 2007/08:161, s 42.

<sup>332</sup> Håstad, JT 2002/03, s 759.

<sup>333</sup> Håstad, JFT 2009, s 339.

<sup>334</sup> Hessler, Allmän sakrätt, s 172.

<sup>335</sup> Se avsnitt 4.4.3.

<sup>336</sup> Martinson, Transfer of Title, s 81 f. Frågan finns med sikte på omsättningsskyddet utförligt behandlad av Göranson i Ogiltighet i sakrätten.

inom ramen för den straffrättsliga bedömningen. Den valda ordningen är med anledning av detta mer lätthanterlig.

Av artikel 2:202 paragraf (3) framgår att en *hävning* av avtalet inte innebär retroaktiv effekt.<sup>337</sup> Äganderättsförbehåll behandlas i Book IX och kräver som tidigare påpekats registrering för sakrättsligt skydd. Möjligen skulle en hävning av andra orsaker än utebliven betalning kunna regleras av parternas avtal men en överlåtelse reglerad av ett resolutivt villkor förutsätter att överlåtaren är behörig att överlåta lösöret vilket denne då inte skulle vara enligt 3:1 KL. Enligt svensk rätt får enligt 54 § 4 st. KöpL säljaren efter att varan kommit i köparens besittning häva köpet på grund av utebliven betalning endast om denne förbehållit sig rätt till detta eller om köparen avvisar varan.<sup>338</sup> Vad gäller hävning på grund av andra orsaker så har Almén förespråkat att sakrättsligt skydd bör kunna erhållas och till stöd för detta anfört ett exempel med ett bytesavtal där ena parten erhållit en halt häst.<sup>339</sup> Håstad och Martinson synes något förvånande anse att detta möjligen bör vara fallet med reservation för fall då fri förfoganderätt givits och då infogande skett.<sup>340</sup> Diskussionen blir dock av akademisk karaktär med beaktande av att förfogandemedgivande generellt får förutsättas och *de lege lata* torde anspråk grundat på hävning *inte* grunda separationsrätt.<sup>341</sup>

På ett principiellt plan bör anspråk grundat på ogiltighet erhålla sakrättsligt skydd. Utgångspunkten är ju att separationsrätt grundar sig på äganderätt och den som exempelvis hyr ut eller deponerar lösöre kan separera detta enligt 4:17 UB respektive 3:3 KL.<sup>342</sup> Ogiltigheten drabbar avtalet och finns inget avtal kan naturligtvis inte äganderätten överlåtas. Vid hävning av ett avtal så är situationen däremot *till sin art* skild från ogiltighetsfallen då det istället föreligger en icke korrekt tillämpning av ett fullt giltigt avtal. Således har parterna tagit en risk genom att ingå i avtalsförhållandet och är därmed inte skyddsvärda. Gränsdragningsproblem kan dock uppstå och i vissa fall kommer man ut på ett sluttande plan.

I NJA 1985 s 178 hade Kalmar varv hamnat i ekonomiskt trångmål med betalningsinställelse som följd och Riksgäldskontoret tillsatte en förhandlingsgrupp för att försöka åstadkomma en rekonstruktion av varvet som dock var beroende av både riksdagens och

---

<sup>337</sup> Se avsnitt 4.4.3.

<sup>338</sup> Reservation måste här göras för säljarens stoppningsrätt enligt 61 § KöpL.

<sup>339</sup> Almén, s 755 f.

<sup>340</sup> Håstad, Festskrift till Anna Christensen, s 157 f. och s 166 not 15 och Martinson, Transfer of Title, s 80.

<sup>341</sup> Se exempelvis NJA 1996 s 410.

<sup>342</sup> Håstad, Sakrätt, s 145 f.

regeringens godkännande. Innan godkännande erhöles blåste bolaget faran över och Järnsida levererade fartygsplåt till varvet efter att ha tagit del av kommunikation rörande den förestående rekonstruktionen. Regeringen avlog emellertid framställningen om rederistöd och Kalmar varv försattes i konkurs. Järnsida gjorde gällande att avtalet skulle ogiltigförklaras då leveransen vidtagits under förutsättningen att Kalmar varv skulle erhålla rederistödet. HD avgjorde målet enligt förutsättningsläran och konstaterade att det saknade betydelse att framställningen gjorts efter konkursutbrottet.

Med ovan refererat rättsfall bör jämföras NJA 1996 s 410 där ett bolag förvärvat en fastighet och erhållit lån i en bank enligt tidigare ingånget avtal enligt vilket pantbrev skulle tas ut och pantsättas för bankens fordran. Ansökan om in-teckning förklarades dock vilande då fastigheten inte utgjorde registerfastighet. Bolaget försattes i konkurs och banken yrkade på avtalets ogiltighet med stöd av förutsättningsläran. HD anförde, efter att ha konstaterat förutsättningslärans subsidiära karaktär, att det framgick att säkerheten var ett villkor i avtalet och att banken även hade allmänna villkor som innebar att man kunde påfordra omedelbar betalning om motparten inte fullgjorde sina förpliktelser. Därmed ansågs frågan om säkerhet utgöra avtalsvillkor och den uteblivna panten ett kontraktsbrott med hävning som påföljd och således utebliven separationsrätt.

Såsom Håstad påpekat var väl ändå *också* betalningsdröjsmål reglerat i kontraktet samt i lag i NJA 1985 s 178.<sup>343</sup> Densamme anser att gränsen för vad som är en inte-grerad del av avtalet och vad som är bakomliggande förutsättningar är subtil och därför ofta olämplig för en skillnad i rättsföljder.<sup>344</sup> Zackariasson har anför-t att HD kan ha avsett att det skall krävas någon form av kvalificerat beteende för att förutsättningsläran skall tillämpas men påpekar att detta skulle leda till gränsdragningsproblem.<sup>345</sup> Denna tolkning är den rimligaste men parterens beteende är som tidigare påpekats mindre lämpligt som sakrättsligt rekvisit. Med tanke på osäkerheten i tillämpningen ställer jag mig tveksam till huruvida förutsättningsläran bör tillerkännas sakrättsliga verkningar. Detta skulle överensstämma med Lehrbergs uppfattning att förutsättningsläran endast i princip medför att avtalet blir overksam och att separationsrätt därmed saknas.<sup>346</sup> Hur förutsättningsläran skall behandlas inom ramen för artikel 2:202 framgår inte av kommentaren.

---

<sup>343</sup> Håstad, Festskrift till Anna Christensen, s 163.

<sup>344</sup> Håstad, Supplement, s 18.

<sup>345</sup> Zackariasson, SvJT 2003, s 812 f.

<sup>346</sup> Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, s 218 och s 48.

### 5.3.4 Villkorade avtal

Traditionsprincipen förhindrar naturligtvis att sakrättsligt skydd erhålls vid uppfyllande av ett mellan parterna avtalat villkor. Beträffande suspensiva avtalsvillkor finns emellertid enligt svensk rätt inget som förhindrar att lösöret traderas innan det obligationsrättsliga avtalet ingås och att transaktionen senare i och med att avtal om överlåtelse ingås omedelbart erhåller sakrättsligt skydd genom *korthandstradition*. Säkerhetsaspekten obeaktad är den som traderats lösöre under öppet köp skyddad mot säljarens borgenärer vad gäller rätten att fullfölja köpet då ett anbud anses binda anbudsgivarens borgenärer.<sup>347</sup> Med anledning av detta förhållande synes således den allmänna uppfattningen i doktrinen numera vara att *optioner* bör vara sakrättsligt skyddade.<sup>348</sup> Om så ej skulle anses vara fallet skulle det annars vara möjligt att utsträcka tiden för ett anbud så att denna omfattar den tänkta tiden för optionens obligationsrättsliga verkan.<sup>349</sup> Huruvida ett anbud skall anses binda säljarens borgenärer enligt artikel 2:203 synes oklart. Det finns enligt min mening inte några starka argument för att optioner inte borde erhålla sakrättsligt skydd efter tidpunkten för iakttagande av sakrättsligt moment. Såsom Möller påpekat kan transaktionen naturligtvis också alltid angripas med återvinningsinstitutet om förutsättningar för detta skulle föreligga i det enskilda fallet.<sup>350</sup> I princip samma argument som anförts beträffande lösörets existens ovan torde kunna anföras till stöd för att optioner bör erhålla sakrättsligt skydd även vid ett eventuellt systemskifte.

*Säkerhetsöverlåtelser* regleras som tidigare framkommit vad gäller säkerhetsaspekten i Book IX. Book VIII artikel 1:103 stycke (1) stadgar att reglerna i Book IX skall äga företräde framför reglerna i Book VIII om det finns ett säkerhetssyfte bakom transaktionen. Av Book IX artikel 1:102 stycke (3) och (4) följer att syftet med transaktionen skall vara avgörande och finns ett säkerhetssyfte skall således säkerhetsöverlåtelser omklassificeras och registreras för att vara verksam mot tredje man. Detta synes överensstämma med den uppfattning som framförs i motiven bakom 49 § KKL.<sup>351</sup> Om säkerhetsöverlåtelser utformas som ett suspensivt villkor skulle visserligen äganderätten finnas kvar hos säkerhetsöverlåtare. Enligt svensk rätt har säkerhetsöverlåtare

---

<sup>347</sup> Håstad, Sakrätt, s 443.

<sup>348</sup> Möller, Konkurs och kontrakt, s 540 ff med hänvisningar, särskilt s 550.

<sup>349</sup> Håstad, Sakrätt, s 444.

<sup>350</sup> Möller, Konkurs och kontrakt, s 550.

<sup>351</sup> SOU 1995:11, s 172 f. Jfr även den omklassificering till köpeavtal som enligt 1 § 3 st. lagen (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl. (AvbetL) skall göras av hyresavtal där avsikten är att den som hyr skall bli ägare av egendomen.

en sakrättsligt skyddad rätt att *återlösa* lösöret då det reellt sett är en pantsättning.<sup>352</sup> Med en tillämpning av artikel 2:203 stycke (1) skulle detta inte vara möjligt då återgången av äganderätten sker med reservation för överlåtarens rätt.<sup>353</sup> Om äganderätten överläts blott vid utebliven återbetalning av krediten enligt stycke (2) så skulle dock detta problem kunna lösas. Huruvida denna tolkning är tilltänkt synes dock enligt min mening tveksamt och det kan ifrågasättas om ändå inte säkerhetsöverlåtaren skall behandlas som en vanlig pantsättare. Med anledning av att köparen blott erhåller en säkerhetsrätt vid en säkerhetsöverlåtelse så skulle det vara aningen inkonsekvent att behandla säkerhetsöverlåtaren på ett annat sätt än som en vanlig pantsättare.

Enligt svensk rätt har köparen vid stipulerat återtagande- eller äganderättsförbehåll efter tradition en rätt att *fullfölja köpet* vilken erhåller sakrättsligt skydd vid säljarens insolvens.<sup>354</sup> Att benämningen på förbehållet saknar relevans följer av NJA 1975 s 222 och med ett funktionellt äganderättsbegrepp så saknar naturligtvis frågan om vem som är ägare betydelse.<sup>355</sup> Köparens sakrättsligt skyddade rätt att att fullfölja köpet överensstämmer således med regleringen i Book VIII artikel 2:307. En skillnad mellan regleringen i Book IX och den svenska regleringen är hur *övervärdet* skall behandlas vid exekution. Enligt svensk rätt tillfaller övervärdet enligt 9 § AvbetL och 40 och 41 §§ KkrL vid exekution köparen efter avräkning. Som tidigare antytts är denna reglering betydligt smidigare än vad som blir fallet om man istället väljer att fokusera på äganderätten. Rättsföljden av ett verksamt uppställt äganderätts- eller återtagandeförbehåll enligt svensk rätt är att säljaren tillerkänns separationsrätt i köparens konkurs.<sup>356</sup> Även om resultatet vid en jämförelse med vad som på engelska benämns "*superpriority*" i Book IX i princip synes överensstämma så är det enligt min mening smidigare att behandla säljarens rätt som en separationsrätt.

---

<sup>352</sup> Se exempelvis Håstad, Sakrätt, s 443 och Hessler, Allmän sakrätt s 450.

<sup>353</sup> Se avsnitt 4.4.5.

<sup>354</sup> Håstad, Sakrätt, s 246 f.

<sup>355</sup> A a s 183 f.

<sup>356</sup> A a s 184.



## 5.4 Ett dispositivt traditionskrav

### 5.4.1 Avtalstolkning

Ett grundläggande problem blir naturligtvis att avtalet kan vara muntligt vilket då skulle innebära att gäldenären vid exekution falskt kan påstå att lösöre överlåtits till en medkontrahent som ställer upp och vittnar. Visserligen kan detta bli svårt att styrka med tanke på presumptionsreglerna i 4 kap. UB men det torde likaså vara tämligen svårt att styrka en föreliggande skentransaktion enligt 34 § AvtL. Fri bevisprövning bör dock gälla i båda fallen och en synnerligen trovärdig ”förvärvare” skulle väl då rimligtvis kunna bryta presumptionen enligt 4 kap. UB?

Håstad anser att effekten av utformningen av artikel 2:101 stycke (1)(e) kommer bli att insiktsfulla parter som sluter det ”*extra avtalet*” blir skyddade medan vanliga människor kan komma att göra förluster och att den dispositiva bestämmelsens innebörd knappast kan sammanfalla med vad parterna avsett då alla som lämnar en vara hos säljaren vill ha borgenärsskydd, och tanken att säljaren inte nödvändigtvis vill gynna köparen finner Håstad verklighetsfrämmande.<sup>357</sup> I framtiden skulle dock i teorin en ökad lojalitet mot borgenärerna möjligen kunna aktualiseras om tankarna beträffande ett samlat insolvensförfarande skulle genomföras då syftet med ett sådant synes vara att underlätta rekonstruktioner.<sup>358</sup> I realiteten är detta dock mindre troligt.

Då avtalet om äganderättens övergång kan vara både muntligt och konkludent skulle risken för i efterhand påstådda överlåtelser av äganderätten vara stor.<sup>359</sup> *Avtalstolkning* blir då av särskild betydelse och inom DCFR:s tillämpningsområde skall denna verksamhet enligt artikel 1:104 ske i enlighet med speciella bestämmelser i Book I artikel 1:102 och Book II kapitel 8. En reservation görs dock i artikel 1:104 för att Book I-III enbart skall tillämpas om det är lämpligt att så sker. Det bör i sammanhanget nämnas att avtalstolkning reellt sett utgör en tolkning av parternas viljeförklaringar.<sup>360</sup> Tolkningen av parternas viljeförklaringar bör skiljas från utfyllning av avtalet i fall där parterna lämnat något förhållande oreglerat.<sup>361</sup> Utfyllande bestämmelser finns i Book II kapitel 9 och dessa kan i princip anses överensstämma med motsvarande bestämmelser i KöpL.

---

<sup>357</sup> Håstad, JFT 2009, s 337.

<sup>358</sup> Se Dir. 2007:29, s 1 ff. och SOU 2010:2, s 88 ff.

<sup>359</sup> Se avsnitt 4.3.2.

<sup>360</sup> Lehrberg, *Avtalstolkning*, s 32.

<sup>361</sup> A a s 20 f.

Av Book I artikel 1:102 stycke (1) framgår att tolkningen av bestämmelserna i DCFR skall ske *autonomt* och i linje med dess mål och de principer som genomsyrar lagverket. Enligt kommentaren understryker denna bestämmelse att reglerna skapar ett enhetligt system och att tolkningen skall vara liberal, framåtsyftande med DCFR:s utveckling i åtanke och inte bokstavsbinden.<sup>362</sup> Av stycke (3) följer att hänsyn skall tas till enhetlighet i tillämpningen, lojalitet och rättssäkerhet. Stycke (4) stadgar att luckor i lagstiftningen skall lösas i enlighet med de principer som genomsyrar DCFR och med detta vill man åstadkomma enhetlighet då en dynamisk utveckling av bestämmelserna eftersträvas.<sup>363</sup> Detta är alltså de *utgångspunkter* som nationella domstolar har att rätta sig efter.

I Book II kapitel 8 finns närmare prioriteringsregler och i princip så har den huvudsakliga ramen för den avtalstolkningsmodell som även tillämpas inom svensk rätt kodifierats. Av artikel 8:101 stycke (1) framgår att den gemensamma partsavsikten har företräde framför avtalets ordalydelse. Så är fallet även inom svensk rätt, men en gemensam partsavsikt i strid med avtalets ordalydelse är väldigt svår att bevisa och blir ofta lätt en efterhandskonstruktion.<sup>364</sup> Av stycke (2) framgår att om en av parterna hade en uppfattning om avtalsinnehållet som den andre inte delade men måste ha insett så skall avtalet ges detta innehåll. Detta är en kodifiering av *dolusregeln* som i svensk rätt kan härledas från 6 § AvtL.<sup>365</sup> Av stycke (3) följer att den allmänna ordalydelsen skall tillämpas om en avsikt inte kan utläsas eller om en utomstående förlitat sig på denna mening av avtalet. Detsamma är fallet enligt svensk rätt.<sup>366</sup>

I artikel 8:102 följer en exemplifierande uppräkningslista av tolkningsdata som kan tänkas spela in vid avtalstolkningen såsom omständigheter kring avtalsslutet, parternas beteende och partsbruk. Sådana tolkningsdata beaktas även inom svensk rätt.<sup>367</sup> I artikel 8:103 stycke (1) stadgas att om oklarhet råder beträffande ett avtalsvillkor så skall detta tolkas till nackdel för den part som införde villkoret i avtalet. Även denna princip, benämnd oklarhetsregeln, tillämpas i svensk rätt.<sup>368</sup> Av stycke (2) framgår att villkor infört av part i dominerande ställning vid tvivel skall tolkas till dennes nackdel, vilket påminner om en tillämpning av 36 § AvtL. Individuellt utformade villkor skall enligt artikel

---

<sup>362</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 87.

<sup>363</sup> A st.

<sup>364</sup> Lehrberg, Avtalstolkning, s 27 och 41.

<sup>365</sup> A a s 28.

<sup>366</sup> A a s 83 ff.

<sup>367</sup> A a s 105 ff.

<sup>368</sup> A a s 152 ff.

8:104 ges företräde och så är fallet också inom svensk rätt.<sup>369</sup> Av artikel 8:105 framgår vidare att uttryck och termer skall tolkas i ljuset av kontraktet som helhet, med andra ord en systeminriktad tolkning.<sup>370</sup> Slutligen framgår enligt artikel 8:106 att företräde skall ges för en tolkning som gör att avtalet blir verksamt. Även inom svensk rätt eftersträvas ett tolkningsalternativ som ger avtalet effekt.<sup>371</sup>

Grundprincipen att avtal skall tolkas liberalt och i enlighet med underliggande principer där partsautonomin är central är enligt mig svår att få ihop med det stränga beviskravet. Vid avtalstolkning så rör det sig primärt om *bevisfrågor* då det skall fastställas vad parterna avsett eller uppfattat.<sup>372</sup> Det är svårt att se att de principer som genomsyrar DCFR skall kunna tillåtas påverka denna bedömning. *Bevisbördan* skall dock placeras utifrån vem som besitter lösöret, och även om det inte synes röra sig om en presumtion likt den i 4:18 UB blir resultatet i princip detsamma. Utgångspunkten torde vara att köparen vill åstadkomma en omedelbar äganderättsövergång och *dolusregeln* skulle då innebära att säljaren blir bunden av detta avtalsinnehåll om denne måste ha insett detta.<sup>373</sup> Dolusregeln skulle då medföra en sänkning av beviskravet från att avtalet om äganderättsövergång skall vara styrkt till att säljaren måste ha insett köparens avsikt och inte reklamerat.<sup>374</sup> Detta skulle i många fall innebära en omedelbar äganderättsövergång. Även etablerat partsbruk torde påverka denna bedömning.

Med beaktande av ovan anfört förhållande är *dolusregeln* inte lämplig att tillämpa vid avtalstolkning i denna kontext och skall därmed förmodligen undantas med stöd av Book VIII artikel 1:104. Slutligen kan tilläggas att det i Book II artikel 9:101 stycke (3) finns en bestämmelse som stadgar att avtalet skall utfyllas med villkor som parterna, om de avtalat om det aktuella förhållandet, förmodligen skulle ha infört i avtalet. Även denna bestämmelse torde nog inte böra tillämpas i denna kontext då det i kommentaren understryks att påstådda konkludenta avtal om äganderättsövergång inte skall accepteras av domstolar utan klart stöd för detta.<sup>375</sup> Ett alternativ för att slippa ovan antydd problematik skulle kunna vara att införa ett *formkrav*. Allmänt sett anses dock nackdelarna med ett formkrav i form av ökade transaktionskostnader överväga fördelarna vid över-

---

<sup>369</sup> A a s 182.

<sup>370</sup> A a s 90 ff.

<sup>371</sup> A a s 140.

<sup>372</sup> A a s 16.

<sup>373</sup> A a s 44.

<sup>374</sup> A st.

<sup>375</sup> Se avsnitt 4.3.2.3.

låtelse av lösöre.<sup>376</sup> Ett formkrav skulle naturligtvis lägga en uppenbar börda på den allmänna omsättningen med ökade transaktionskostnader som följd och anförs inte heller som ett alternativ i kommentaren. Med beaktande av att köparen måste uppvisa klart stöd för ett avtal om en överlåtelse av äganderätten kan det dock ifrågasättas om inte ett skriftligt avtal i realiteten kommer att krävas om inte andra bevismedel finns att tillgå.

#### 5.4.2 Specialitet

*Specialitetsprincipen* är djupt förankrad i den svenska rättsordningen och innebär att en gräns dras mellan en fordran och en sakrätt.<sup>377</sup> Innebörden är dels att det riktade anspråket skall avse ett *individuellt bestämt föremål*, dels att detta föremål skall gå att *identifiera hos motparten*.<sup>378</sup> När det gäller kravet på individualisering i artikel 2:101 stycke (3)<sup>379</sup> kan paralleller dras till detsamma enligt 49 § KKL. Med tanke på att de flesta fall av individualiseringar som inte sker vid köpet sker genom en ensidig handling så har det i motiven bedömts som tillräckligt att denna sker genom säljarens försorg.<sup>380</sup> Avgörande är att det skall framgå tillräckligt tydligt för en utomstående att egendomen är avsedd för en viss köpare och åtgärden behöver inte ha vidtagits med saken fysiskt utan detta kan framgå av en upprättad handling.<sup>381</sup> I motiven understryks att beviskravet för iakttagen individualisering skall vara strängt.<sup>382</sup> Beträffande identifikationskravet enligt LkL kan nämnas att det i NJA 1937 s 579 inte godtogs som tillräckligt i detta hänseende att ”samtliga å snickerirörelsens verktyg” överlåtits men däremot godtogs att en till firmamärke preciserad maskin överläts. Identifikationskravet enligt LkL bör vara uppfyllt om en utomstående utan större svårigheter kan identifiera egendomen.<sup>383</sup> Ensidiga individualiseringsåtgärder genomförda av säljaren efter undertecknandet av köpeavtalet tilläts också enligt stycke (3) med liknande motivering. Enbart *allmänna exempel* på vad som kan krävas för åtgärder går att utläsa av kommentaren och detsamma är fallet enligt 49 § KKL. Klart är att det i båda fallen blir en *bevisfråga* huruvida en individualisering skett och beviskraven synes överensstämma.

---

<sup>376</sup> Henriksson, s 219.

<sup>377</sup> Undén, s 61 f.

<sup>378</sup> Håstad, Sakrätt, s 152.

<sup>379</sup> Se avsnitt 4.4.4.

<sup>380</sup> Prop. 2001/02:134, s 77.

<sup>381</sup> SOU 1995:11 s 191.

<sup>382</sup> Prop. 2001/02:134, s 78.

<sup>383</sup> Helander, s 571.

Vad som gäller beträffande säljarens *bundenhet* av individualiseringen är oklart. I betänkandet bakom 49 § KKL anges att man torde böra acceptera att individualiseringen ändras till att avse objekt av samma slag.<sup>384</sup> I propositionen tas inte ställning i frågan och Håstad har framfört att det inte kan uteslutas att en ensidig individualisering binder säljaren gentemot köparen såtillvida inte utbyte till undvikande av felansvar skett.<sup>385</sup> Vid registrering enligt LkL synes ett medgivande för säljaren att byta ut specificerat lösöre mot egendom av samma slag och värde inte förhindra separationsrätt.<sup>386</sup> Individualisering berörs även i motiven till kommissionslagen (2009:865) i vilka kortfattat anges att ett avskiljande i detta sammanhang måste ha skett endera under medverkan av båda parter eller i varje fall vara bindande.<sup>387</sup> Vid kvarlämnande enligt 22 § 2 st. SkbrL synes oklart huruvida värdepappersinstitutets avskiljande skall vara bindande.<sup>388</sup>

Ovan har konstaterats att kommentaren anger att ett återtagande av en individualisering i princip innebär att borgenärsskyddet går förlorat, men det tilläggs att köparen skall vara skyddad om denne kan visa att individualisering genomförts i ett tidigare skede.<sup>389</sup> Detta är enligt min mening att gå väl långt då det rimligen måste krävas att lösöret är individualiserat vid exekutionsutbrottet. Visserligen skulle en styrkt tidigare genomförd individualisering tala emot en föreliggande försträckning men komplikationer torde uppstå om flera köpares individualiseringar upphävts. Uttalandet i kommentaren att en ensidig individualisering inte kan vara bindande då den alltid kan ändras är som tidigare påpekats märkligt.<sup>390</sup>

Den allmänna uppfattningen i svensk doktrin är att ett krav på *bundenhet* bör uppställas vid ett systemskifte.<sup>391</sup> Göranson anser att individualiseringen också skall vara normal och i detta krav innefattas att denna skall utgöra ett normalt led i näringsverksamheten.<sup>392</sup> Densamme vill dock inte driva kravet på normalitet så långt som gjordes i virkesmärkningsmålet NJA 1980 s 740 där fast och utbredd sedvänja krävdes.<sup>393</sup> Det grundläggande argumentet för *bundenhet* synes vara att säljarens borgenärer inte

---

<sup>384</sup> SOU 1995:11, s 174.

<sup>385</sup> Håstad, Supplement, s 19.

<sup>386</sup> Håstad, Sakrätt, s 218.

<sup>387</sup> Prop. 2008/09:88, s 57.

<sup>388</sup> Håstad, Sakrätt, s 252 f.,

<sup>389</sup> Se avsnitt 4.4.4.

<sup>390</sup> Se avsnitt 4.4.4.

<sup>391</sup> Göranson, Traditionsprincipen, s 540, Håstad, JT 2002/03, s 760 f. och Henriksson, s 58.

<sup>392</sup> Göranson, a a s 538. Göranson tar dock inte ställning till huruvida normalitetskravet skall utgöra sakrättsligt rekvisit eller behandlas inom återvinningsinstitutet, a st.

<sup>393</sup> A a s 540.

skall ha sämre rätt än vad säljaren själv har.<sup>394</sup> Vidare uppstår ett haltande rättsläge beträffande straffrättsligt ansvar för olovligt förfogande enligt 10:4 BrB om obligationsrättslig bundenhet inte krävs i fallen då det sakrättsliga skyddet är lagstadgat.<sup>395</sup> Dessa är enligt min mening synnerligen starka skäl för att bundenhet för säljaren bör krävas även om det naturligtvis saknar betydelse för köparen till vilket lösöre av samma slag denne tillerkänns separationsrätt. Utbyte på grund av fel bör dock naturligtvis tolereras. Ett *normalitetskrav* hör dock enligt min mening bättre hemma *inom återvinningsinstitutet* och således bör inte någon utredning beträffande normalitet krävas i huvudfallet då detta utgör en omväg som skulle komma att betunga exekutionen. Således bör en lojal individualisering kunna genomföras även om säljaren är insolvent. Ett normalitetskrav synes inte heller vara tilltänkt enligt artikel 2:101. Ett krav på att datum för individualiseringen skall framgå synes inte uppställt vare sig enligt 49 § KKL eller stycke (3) vilket naturligtvis är beklagligt i återvinningshänseende. Det kan dock ifrågasättas huruvida det är realistiskt att ålägga separatisten bevisbördan för vilket datum individualiseringsåtgärden iakttagits om en individualisering konstaterats då denne inte behöver medverka.

Beträffande krav på *köparens medverkan* anser jag att detta inte är praktiskt möjligt och både kommentaren och motiven till 49 § KKL har framfört goda argument i frågan. Ett sätt att på något vis utåt visa bundenhet och datum för individualiseringsåtgärden skulle vara att kräva att säljaren meddelats. Göranson har dock framfört tveksamhet till huruvida detta skulle påverka utbredningen av borgenärsbedrägerier.<sup>396</sup> Det ligger en del i detta då en medkontrahent troligen skulle ljuga även om detta om denne är beredd att ljuga om överlåtelsen. Det synes under alla förutsättningar oundvikligt att man vid en diskussion kring denna fråga hamnar i en bevisproblematik och det är svårt att närmare precisera riktlinjer. Så är även fallet enligt exempelvis fransk och engelsk rätt där denna fråga också aktualiseras och där en bedömning får göras från fall till fall.<sup>397</sup> Mellqvist har anfört att lösningen i 49 § KKL inte direkt är tvisteminerande.<sup>398</sup> Jag instämmer till stor del i denna kritik och även om regleringen inte orsakat stora problem i konsumentförhållanden så torde dessa bli större vid kommersiella överlåtelser. Alternativet blir då att anamma en mer välvillig syn när det kommer till bevisfrågor men detta

---

<sup>394</sup> A a s 529.

<sup>395</sup> Håstad, JT 2002/03, s 761 not 61.

<sup>396</sup> Göranson, Traditionsprincipen, s 531.

<sup>397</sup> A a s 171 och s 186 f.

<sup>398</sup> Mellqvist, SvJT 2010, s 240.

rimmar illa med det uttryckligen stränga beviskravet som då blott blir en fiktion. En mer liberal syn på individualiseringsproblematiken synes tillämpas i exempelvis Norge.<sup>399</sup>

I artikel 2:305 neutraliseras dock problemet i de fall där generiskt bestämt lösöre i avtalet preciserats till en *definierad del av säljarens förmögenhet*.<sup>400</sup> Paralleller kan i detta sammanhang dras till RedovL och dess motiv. RedovL är analogt tillämplig beträffande fungibel egendom.<sup>401</sup> Av intresse i detta sammanhang är NJA 1994 s 506 där flera huvudmän deponerat spannmål som sammanblandats med huvudmannens egen spannmål i en silo. Frågan i målet var huruvida separationsrätt kunde föreligga trots sammanblandningen. Inledningsvis anförde HD att det var ostridigt att inlagrad spannmål funnits kvar vid konkursutbrottet samt att sammanblandningen skett av praktiska skäl. Vidare ansågs inte utredningen i målet ge vid handen att depositarien medgivits sådan förfoganderätt att avtalet skulle bedömas på annat sätt än som ett depositionsavtal. Vid dylik sammanblandning ansågs inte RedovL vara tillämplig men med hänvisning till motiven och doktrin konstaterades att denna inte är avsedd att tillämpas *contrario* och att den redovisningsberättigade och sysslomannen bör anses ha samäganderätt till ett belopp som hålls avskilt från sysslomannens övriga förmögenhet. HD slog fast att den inlagrade spannmålen kommit att ingå i en tydligt avskiljbar egendoms massa och fick därmed anses tillräckligt identifierad. Separationsrätt (samäganderätt) till inlagrad mängd tillerkändes därmed.

Denna modifiering av specialitetskravet har alltså stöd i ett förarbetsuttalande<sup>402</sup> och förutsätter *inte* att sammanblandningen är otillåten. Vidare synes det även enligt NJA 1994 s 506 böra tolereras att sysslomannen disponerar över ”sin andel” av det avskilda. Principen överensstämmer således så långt med artikel 2:305. Naturligtvis innebär i båda fallen ett *förfogandemedgivande* att en försträckning föreligger som inte medför separationsrätt.<sup>403</sup>

En liknande delfråga uppstod i NJA 1995 s 367 II där RedovL tillämpades och HD konstaterade, med hänvisning till motiven, att medel som insatts på ett bankkonto inte är behörigen avskilda om sysslomannen använder kontot som ett vanligt privatkonto men att ett konto med redovisningsmedel å andra sidan inte heller förlorar sin särskilda karaktär så snart ett belopp som tillhör kontohavaren finns på kontot. Konkursboet,

---

<sup>399</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 4459.

<sup>400</sup> Se avsnitt 4.4.4.

<sup>401</sup> NJA II 1944, s 405.

<sup>402</sup> NJA II 1944, s 411.

<sup>403</sup> Håstad, Sakrätt, s 153 f.

vilket i detta fall ålades bevisbördan med anledning av att detta hade bäst möjligheter att säkra bevisning i frågan, förmådde emellertid inte styrka i vilken omfattning kontot använts för egen räkning.

Håstad har kritiserat domskälen i NJA 1995 s 367 II och synes anse att samäganderätt till medlen borde ha kunnat tillerkännas med stöd av NJA 1994 s 506 då det senare nämnda prejudikatet synes innebära att omfattande insättningar och uttag tolereras.<sup>404</sup> Jag instämmer i denna kritik då det är svårt att se varför skillnad skall göras mellan olika typer av fungibel egendom. Möjligen är det, såsom Håstad påpekat, så att HD avsett att separationsrätt efter en mängd transaktioner endast skall föreligga beträffande tämligen fungibel egendom om dessutom ett praktiskt behov förelegat, men aldrig beträffande superfungibel egendom (pengar) trots att huvudmannens pengar alltid funnits i behåll.<sup>405</sup>

Inställningen i *doktrinen* vad gäller tillerkännande av separationsrätt vid sammanblandning av en begränsad del av säljarens egendom synes under alla förhållanden generellt välvillig.<sup>406</sup> Enligt min mening borde principen enligt NJA 1994 s 506 också i alla fall *de lege ferenda* kunna tillämpas vid köp enligt 49 § KKL. Artikel 2:305 överensstämmer således i princip med svensk rätt och enligt denna är det rimligt att separatisten åläggs bevisbördan. Vid muntliga avtal skulle dock kravet på att det definierade och avskilda partiet definierats kunna tänkas orsaka problem och jag ställer mig frågande till varför detta skall krävas och någon motivering ges inte heller i kommentaren. Bestämmelsen skulle enligt min mening fungera tillfredsställande även utan detta krav.

Rättsläget vad gäller andelsberäkningen vid *insättningar och uttag samt förstörelse av våda* enligt den ovan presenterade ordningen är oklart enligt svensk rätt då den inlagrade mängden hela tiden fanns i behåll i NJA 1994 s 506. Håstad har med sikte på depositionsfallen framfört att huvudmannen vid otillåten sammanblandning samt då minskningen skett genom otillåtna uttag bör erhålla samäganderätt till det lägsta saldo

---

<sup>404</sup> Håstad, A a s 176. Jfr NJA 1998 s 275 beträffande samboendes sammanblandade medel på konto där separationsrätt enligt RedovL underkändes med anledning av att separatisten, som ålades bevisbördan på grund av att hon inte var innehavare till kontot, inte förmått styrka att omfattande uttag avsett betalning av gemensamma utgifter. Därmed slog HovR:n i sina domskäl, vilka fastställdes av HD, fast att separatisten inte visat att medlen mottagits för ett bestämt redovisningsändamål eller att de behörigen avskilts. Yrkande om samäganderätt bifölls inte heller. Håstad har kritiserat även dessa domskäl och ifrågasatt varför en person som inte givit fri föfoganderätt inte skall kunna erhålla samäganderätt till medlen i en "penningsilo", Håstad, Supplement, s 17.

<sup>405</sup> Håstad, Sakrätt, s 176.

<sup>406</sup> A a s 173 och Rodhe, s 197.



som hela tiden funnits tillgängligt.<sup>407</sup> Det lägsta saldot torde motsvara den ovan presenterade andelsberäkningen vid minskning av våda eller stöld enligt artikel 2:305. Vid minskning på grund av våda eller stöld vid tillåten sammanblandning förespråkar Håstad, med hänvisning till en skiljedom av Braekhus i RG 1985 s 400, att samägarna belastas proportionellt i förhållande till hela mängden och inlagringar skall tillfalla den redovisningsskyldige.<sup>408</sup> Resultatet av den senare beräkningsmetoden blir att deponenten får kännas vid en större minskning än vid otillåten sammanblandning vilket Zetterström anser lämpligt med anledning av att förstörelse av våda inte kan skyllas någon samt att tillåten sammanblandning innebär ett visst risktagande.<sup>409</sup> Jag kan för egen del emellertid inte i något fall se hur *riskan*, som besittaren enligt lag står, för minskning skulle *öka* på grund av att sammanblandningen är tillåten eller ej och med anledning av detta finner jag regleringen i artikel 2:305 lämplig.

Som tidigare framgått skall det enligt artikel 2:305 enbart vara möjligt för säljaren att överskrida sin egen andel genom att en köpare gör ett godtrosförvärv. Samma sak torde väl vara fallet enligt svensk rätt vid exempelvis överlåtelse av deponerat lösöre eller lösöre belastat med återtagandeförbehåll. Kommentaren tiger beträffande konsekvenser av senare inlagring men utgångspunkten är naturligtvis att den mängd som godtrosförvärvas går förlorad. De samägare som får vidkännas en minskning av sina andelar erhåller då rimligtvis en fordran mot säljaren. Under förutsättning att säljaren inte är insolvent så är detta inte ett problem och skulle köpeskillingen flyta in efter konkursbeslutet har ägaren rätt att erhålla redovisning enligt 7:23 2 st. KL. En efterföljande inlagring vid insolvens hör förmodligen till de sällsynta fallen men återuppväckande av separationsrätt tolereras enligt RedovL, dock under förutsättning att den redovisningsskyldige varit solvent.<sup>410</sup> Så som jag tolkat artikel 2:305 bör detsamma gälla vid inlagringar i den avskilda mängden då avtalet om äganderättens övergång kan ingås i för-tid, men i detta fall torde något krav på solvens inte kunna uppställas.

Den allmänna uppfattningen i svensk doktrin är att *surrogation* bör tolereras om sambandet är okomplicerat.<sup>411</sup> Enligt Walin bör det dock vara tillräckligt om ett objektivt ändamålssamband föreligger.<sup>412</sup> Walins resonemang är enligt min mening visserligen sympatiskt men torde i praktiken leda till tillämpningssvårigheter. Under alla för-

---

<sup>407</sup> A a s 174.

<sup>408</sup> A st. och Zetterström, s 56.

<sup>409</sup> Zetterström, a st.

<sup>410</sup> Håstad, Sakrätt, s 171.

<sup>411</sup> A a s 166 med hänvisningar.

<sup>412</sup> Walin, Separationsrätt, s 162 ff.

hållanden bör separationsrätt kunna erhållas med stöd av ett surrogationsresonemang om inlagring sker i den avskilda delen av säljarens förmögenhet. Slutligen bör nämnas att det med tanke på effektiviteten i den allmänna omsättningen får anses lämpligt att samägarna enligt artikel 2:306 *inte* tvingas att agera gemensamt vid *upplösande av samäganderätten*. Detta torde däremot vara fallet enligt 2 § lagen (1904:48 s. 1) om samäganderätt (SamägL). Visserligen finns enligt 6 § SamägL möjlighet att hos tingsrätt ansöka om tillförordnande av god man och upplösning av samäganderätten men vid en jämförelse med artikel 2:306 ter sig denna ordning som omständlig.

### 5.4.3 Traditionskravet

Det centrala enligt traditionskravet i artikel 2:104 är som ovan framkommit att köparen *avhänder sig* besittningen och att köparen *erhåller* densamma i vid mening enligt den allmänna uppfattningen.<sup>413</sup> Besittningsförändringen måste vara frivillig och så är även fallet enligt svensk rätt.<sup>414</sup> Besittning enligt svensk rätt kan vara dels omedelbar, vilket är fallet då någon har direkt kontroll över sin egen sak, och dels medelbar när en person utövar den omedelbara besittningen för annans räkning.<sup>415</sup> Det torde inte föreligga någon materiell skillnad mellan det svenska besittningsbegreppet som sådant och det samma i artikel 1:205 då medelbar besittning torde motsvara indirekt besittning. Besittning genom en "*limited-right-possessor*" motsvaras därmed av *medelbar besittning*. Intentionen betonas dock i artikel 2:104 på ett sätt som inte känns igen i svensk rätt. Vid överlåtelse av lösöre skulle intentionen möjligen kunna påverka om en representant i en högst hypotetisk situation tar emot lösöret utan vilja eller intention att behålla detta.

Vid en jämförelse med det svenska traditionskravet är det tämligen givet att inga problem uppstår i de klara fallen då en omedelbar besittningsövergång naturligtvis är det vanliga vid överlåtelse av lösöre. Gränsfall kommer dock att uppstå även med ett enhetligt definierat besittningsbegrepp och gränserna för vad som skall utgöra säljarens kontrollsfär i vid mening enligt den allmänna uppfattningen måste definieras i praxis. En fundamental skillnad är dock att risken för borgenärsbedrägerier *inte* skall beaktas vid denna bedömning och en viss skillnad i bedömningen skulle därmed aktualiseras då

---

<sup>413</sup> Se avsnitt 4.3.2.2.

<sup>414</sup> Håstad, Sakrätt, s 229.

<sup>415</sup> A a s 50.

en fysisk förlyttning alltid kommer krävas, med förmodad reservation för situationer då nyttjande- eller äganderätt till mark eller lokal där lösöret befinner sig överläts simultant med lösöret. Återställanden efter besittningsövergång skulle därmed böra tolereras. Avhållandedoktrinen<sup>416</sup> torde ha bäring även med ett traditionskrav baserat på en besittningsövergång men HD:s argumentation i NJA 2007 s 413 rörande att en fysisk förlyttning inte skulle vara nödvändig i dylika fall skulle dock sakna relevans.

Helander har framhållit att ett resonemang i vilket besittningen tillåts avgöra är färgat av begreppsjurisprudens.<sup>417</sup> Att besittningen tillåts avgöra med beaktande av de ändamål som ligger bakom det dispositiva traditionskravet samt med beaktande av utformningen av detta är enligt min mening dock knappast mer färgat av begreppsjurisprudens än att låta avskuren rådighet avgöra. Det är emellertid en aning inkonsekvent att motivera traditionskravet med att undvikande av diverse gränsdragningsproblematik är önskvärd då detta gjorts dispositivt. Ändamålen skulle även förverkligas om fokus istället lades på säljarens uppgivande av sin besittning men det torde vara svårt att finna en realistisk situation där en säljare ger upp sin besittning utan att lösöret också kommer i köparens kontrollsfär. Den svenska *pragmatiska utvecklingen*, sprungen ur att utformningen av LkL i vissa fall i praktiken omöjliggör kommersiellt skyddsvärda transaktioner, är nog *snarare* det som *istället* skapat rådighetsdoktrinen men då det dispositiva traditionskravet enligt artikel 2:101 inte medför att några transaktioner omöjliggörs och inte heller är lika omständligt kan enligt min mening ett traditionskrav baserat på besittningen anses som mer rättfärdigat beträffande *utformningen* av detta. Det finns helt enkelt då inte ett behov av att lämna dörren öppen för pragmatiska lösningar i samma utsträckning.

Vid *gemensam besittning* ("joint possession") måste förvärvaren enligt artikel 2:104 erhålla ensam besittning. Om detta också gäller sambesittning och om principen i NJA 1998 s 545 fortfarande skulle vara tillämplig är aningen oklart, men det synes vara möjligt att avtala om tidpunkt för äganderättens övergång även i dylika fall vilket inte är möjligt enligt LkL. Beträffande transaktioner innefattande en *fristående fraktförare* så har Håstad framfört att traditionskravet skall vara uppfyllt vid överlämnande till denne då köparen anlitat den fristående fraktföraren eftersom lösöret då kommit i köparens medelbara besittning.<sup>418</sup> Då säljaren anlitat den fristående fraktföraren torde dock denne

---

<sup>416</sup> Se NJA 2000 s 88, NJA 2007 s 413 och NJA 2008 s 684.

<sup>417</sup> Helander, s 379.

<sup>418</sup> Håstad, Sakrätt, s 228.

ha en sådan reell möjlighet att omdisponera leveransen att tradition inte kan anses ha skett.<sup>419</sup> Den i artikel 2:104 stycke (2) valda ordningen innebär som tidigare framgått dock att ett undantag gjorts frikopplat från besittningen. Det kan med säkerhet påstås att det inte är ovanligt att ett köpeavtal innehåller en leveransklausul och i den valda lösningen ligger onekligen en effektivitetsaspekt. Undantaget är inte heller mer inkonsekvent än en tillämpning av stoppningsrätt för säljaren.

Något skall avslutningsvis nämnas om de moment som *likställts med tradition* enligt artikel 2:105. *Märkning av lösöre* omfattas inte vilket innebär att lagen (1944:302) om köparens rätt till märkt virke skulle bli obsolet. I stycke (1) regleras *korthandstradition* och detsamma gäller inom svensk rätt.<sup>420</sup> Likaså likställs *denuntiation* till en tredje man som besitter lösöret för säljarens räkning med tradition i såväl svensk rätt som enligt stycke (2). En skillnad mellan den svenska ordningen<sup>421</sup> och artikel 2:105 är att enligt den senare så måste *säljaren* denuntiera tredje man vid äventyr att annars förlora sin *detentionsrätt*. Med denna bestämmelse, vilken har samma principiella innehåll som lagen (1936:88) om pantsättning av lös egendom som innehas av tredje man, försvinner olägenheten som kan uppstå för tredje man om denne lämnar ut lösöret till fel person.<sup>422</sup> Enligt 1936 års lag kan dock panthavaren denuntiera med sakrättslig verkan om denne företer skriftligt bevis. Som tidigare anförts skall detta vara möjligt även enligt artikel 2:105 stycke (2) men av uttalandena i kommentaren är det svårt att utläsa huruvida säljarens detentionsrätt skall anses finnas kvar även i dessa fall. Den allmänna uppfattningen i svensk doktrin är att säljarens detentionsrätt finns kvar trots denuntiation om kredit ej givits då denuntiationen blott utgör sakrättsligt moment.<sup>423</sup> Säljarens instruktionsmakt över tredje man bör således inte påverkas av denuntiationen och det skulle enligt min mening vara orimligt om köparen inte skulle kunna denuntiera tredje man då köparen annars skulle kunna drabbas negativt av säljarens plötsliga insolvens om säljaren drar ut på sin denuntiation. Det skulle vidare vara aningen inkonsekvent att inte låta säljarens detentionsrätt bestå även vid köparens denuntiation då denna i övrigt tillåts bryta igenom den enhetliga äganderättsövergången.

---

<sup>419</sup> A st.

<sup>420</sup> A a s 221.

<sup>421</sup> A a s 230.

<sup>422</sup> A st.

<sup>423</sup> Möller, Konkurs och kontrakt, s 743 och Walin, Separationsrätt, s 58.

Enligt stycke (3) likställs *uppgivande av besittning* med tradition vilket överensstämmer med svensk rätt enligt vilken nyckelpantsättning är möjlig.<sup>424</sup> Vid överlåtelse av bil har detta också ansetts tillräckligt i RH 1982:96 och RH 1983:89. I stycke (4) anges att *utfärdande av dokument* med förbindelse att leverera lösöret till innehavaren och tradition av detta är att likställa med tradition av lösöret vilket torde överensstämma med regleringen i 22 § SkbrL. I fallen med en *kedja av förvärvare* skall insolvensrättsliga bestämmelser inte påverkas av att en mellanpart aldrig besitter lösöret vilket innebär att möjlighet till återvinning och boets inträdesrätt enligt 63 § KöpL består. Bestämmelsen torde inte förändra rättsläget då en mellankommande parts rådighet bör vara avskuren om tradition sker från första till sista part i kedjan.

#### 5.4.4 Ett dispositivt traditionskrav, traditionsprincipen eller något annat?

Det centrala frågemarkålet är huruvida regleringen i artikel 2:101 löser föreliggande problem med traditionsprincipen. Om parterna *avtalar bort traditionskravet* skulle detta medföra positiva samhällsekonomiska verkningar då transaktioner som annars inte skulle ha företagits faktiskt blir av samt att konkurrensen på kreditmarknaden förstärks. En ytterligare positiv effekt är att en ökad förutsebarhet torde aktualiseras i de fall då parterna inte avtalat sig ur traditionskravet.

Den stora *nackdelen* med den valda ordningen är att regleringen är *svårtillgänglig*. Att äganderätten explicit måste överlåtas är för mig verklighetsfrämmande och då abstraktionsprincipen inte implementerats i Book VIII finner jag ordningen som än märkligare. Det är svårt att här inte ana en stark tysk influens. Jag instämmer vidare i Håstads skepsis gentemot argumentet att förskottsbetalare vet om att de tar en risk då 125 år av traditionskrav inte medfört detta i Sverige vilket resulterat i 49 § KKL.<sup>425</sup> Mellqvist anser dock att det allmänna rättsmedvetandet inte kan vara ett tyngre argument i sammanhanget då 49 § KKL torde ha löst stora delar av detta problem samt att det finns många för allmänheten okända lagregler och principer som trots detta inte kritiserats.<sup>426</sup> Jag vill mena att även majoriteten små och medelstora företag torde sakna närmare kännedom

---

<sup>424</sup> Helander, s 415.

<sup>425</sup> Håstad, JFT 2009, s 337.

<sup>426</sup> Mellqvist, SvJT 2010, s 240.

om sakrättsliga regleringar och ingen annan för allmänheten okänd lagregel lär ha så pass stor praktisk betydelse.

*Specialitetsfrågan* är inte löst vilket kan förmodas bli mer kännbart i kommersiella förhållanden. Tendensen på kontinenten synes vara ett förespråkande av ett traditionskrav.<sup>427</sup> Detta i kombination med den skepsis som uttrycks i kommentaren beträffande diverse gränsdragningsproblematik kan vara ett indicium på att dessa problem är värda att ta på allvar. Specialitetsproblemet löses dock då tradition sker i samband med överlåtelsen, vilket får förmodas vara huvudfallet, och om en långvarig förvaring av generiskt bestämd egendom aktualiseras är det troligt att artikel 2:305 blir tillämplig. Specialitetsproblem är därmed inte ett nog övertygande argument för ett traditionskrav och särskilt inte när detta gjorts dispositivt. Det kommer troligen att uppstå en liknande problematik beträffande *avtal som skall styrkas och tolkas* och härmed öppnas dörren på glänt för borgenärsbedrägliga beteenden. Argumenten väger tämligen jämnt men det står med anledning av de varierande synsätten på kontinenten klart att inget alternativ på något sätt skulle komma att radera det ekonomiska systemet. I vissa fall är argumenten också motsägelsefulla då det å ena sidan påstås att transaktioner inte genomförs på grund av traditionskravet och å andra sidan att kunskapen om regleringen är bristfällig. Om det senare är fallet så faller rimligtvis det förra argumentet.

Ett alternativ är att behålla traditionsprincipen och tillåta *constitutum possessorium*. Problemet blir då att det måste utredas i vems intresse lösöret kvarlämnats men detta synes, som tidigare påpekats, inte ställa till med problem inom norsk rätt.<sup>428</sup> I motiven till 49 § KKL avvisades dock denna lösning som främmande för det svenska realistiska synsättet med goda argument då detta blott skulle utgöra en konstruktion för att upprätthålla ett formellt krav.<sup>429</sup> Mellqvist har som ett tänkbart alternativ förespråkade en ordning *frikopplad* från traditions- och avtalsprinciperna som istället fokuserar på frågan om borgenärsskydd uppnåtts där tradition och besittning kan prövas simultant med transaktionens äkthet och att så kanske redan är fallet trots att bedömningen kläs i termer av om tradition skett eller ej.<sup>430</sup> För egen del finner jag en dylik ordning allt för omständlig och en sådan skulle säkerligen betunga exekutionen.

Skall risken för borgenärsbedrägerier beaktas kan en modernisering av LkL diskuteras. En sådan föreslogs av Leasingutredningen i form av att kravet på företeende inför

---

<sup>427</sup> Von Bar & Clive, DCFR Full Edition, s 4385 och Mattson, SvJT 2005, s 322.

<sup>428</sup> Justitierådet Håstads tillägg i NJA 2008 s 684.

<sup>429</sup> SOU 1995:11, s 151 f.

<sup>430</sup> Mellqvist, SvJT 2010, s 242 f. med not 96.

Kronofogdemyndigheten och bevittningskravet skulle avskaffas men i betänkandet bakom 49 § KKL framfördes att detta i alla fall inte i konsumentförhållanden skulle lösa problemet med bristande kunskap hos allmänheten.<sup>431</sup> En modernisering av LkL skulle omöjliggöra antedateringar men problemen med falska överlåtelse och det allmänna rättsmedvetandet skulle dock kvarstå.

Jag anser att det är enklare och mer konsekvent att tillämpa avtalsprincipen. Transaktionens äkthet får då prövas separat om något skulle tyda på att det rör sig om en skentransaktion oberoende av huruvida tradition eller en delbetalning verkställts. Med anledning av *det allmänna rättsmedvetandet* samt att vissa transaktioner *svårligen kan genomföras* anser jag att avtalsprincipen är att föredra. Likaså spelar *rättssäkerhetsaspekten* in i mitt ställningstagande och även om problem beträffande specialitet kan uppkomma torde dessa problem inte vara oöverkomliga. Vidare talar övriga borgenärs större möjligheter att erhålla säkerhet för sin fordran emot argumentet om likabehandling. De vinster som erhålls skulle komma att göras på bekostnad av en ökning av borgenärsbedrägerier samt att exekutionen betungas men det bör tilläggas att saktmätning numera inte torde vara vanligt förekommande.<sup>432</sup> Utvecklingen i praxis där sakrättsligt skydd i vissa fall erhålls genom avtalet på grund av att registrering enligt LkL inte är möjlig *trots* risken för borgenärsbedrägerier är enligt min mening om något verklighetsfrämmande. Möjligen har risken för borgenärsbedrägerier överdrivits vid den relativa avvägningen av argument och ett *reellt behov* av att kvarlämna förskottsbelänslösa i säljarens vård synes finnas. Vid ett systemskifte krävs dock en *översyn av återvinningsinstitutet* där någonting form av ogiltighetsregel, likt *actio pauliana*, utom konkurs är önskvärd. Här står lagstiftaren inför en grannliga uppgift där risken för borgenärsbedrägerier måste balanseras mot tryggheten i den allmänna omsättningen vid utformningen av det subjektiva rekvisitet.

---

<sup>431</sup> SOU 1995:11, s 139 och 143 ff.

<sup>432</sup> A bet s 157. Jfr 5 kap. UB och NJA 1983 s 642 med HD:s hänvisning till lagberedningens uttalande beträffande den i samhället allmänna standardhöjningens påverkan på vad som enligt 5 kap. UB skall anses utgöra beneficium.

## 5.5 Några övriga konsekvenser

I artikel 1:102 stadgas att *nationella registreringssystem* enligt vilka äganderätten kan överlåtas skall ha företräde framför Book VIII. Det är troligen avsett att svenska registreringsförfaranden enligt vilka borgenärsskydd erhålls skall bryta igenom bestämmelserna i Book VIII. Att LkL inte behövs vid en tillämpning av Book VIII är självklart men registreringsförfarandet enligt sjölagen kan dock vara önskvärt att bevara med tanke på marknadens internationella karaktär. I övrigt torde något reellt behov av registreringssystem inte föreligga. Book VIII skall tillämpas även beträffande *gåvor* och i motiven till 49 § KKL framfördes att det i dessa fall inte finns något substitut för borgenärerna att ta i anspråk och att tradition därför bör krävas.<sup>433</sup> Jag anser att ett dylikt resonemang numera efter NJA 1998 s 545 där risken för skentransaktioner tonats ned blir något inkonsekvent och gränsdragningsfrågor beträffande köp med delvis gåvoavsikt torde uppstå med oenhetliga sakrättsliga moment. Illojala gåvor tas enligt min mening därmed bättre om hand inom ramen för återvinningsinstitutet samt 4:18 UB. Då tradition enligt NJA 1985 s 159 inte krävs vid exekutiv auktion torde detsamma vara fallet vid tillerkännande av bättre rätt genom *domslut*. Vid *exekutiv auktion* skall nationella bestämmelser gälla medan Book VIII skall tillämpas beträffande underhandsförsäljning. Jag anser att tradition inte bör krävas i dessa fall och om parterna är i maskopi löses detta ändå inte genom ett traditionskrav då pantavaren har förmånsrätt enligt 4 § förmånsrättslagen (1970:979). Pantsättaren torde också enligt 37 § AvtL ha en sakrättsligt skyddad rätt att återlösa panten.

Besittningens betydelse i *andra sammanhang* spelar enligt min mening mindre roll då traditionsprincipen inte ens de lege lata är knuten till denna. Av NJA 1979 s 62 följer vidare att besittningsbegreppet beträffande *straffrättsligt ansvar* för olovligt förfogande inte heller överensstämmer med traditionskravet. Att besittningen tillåts utgöra presumption i 4:18 UB utgör dock blott en presumption som kan brytas och då det vanliga är att en köpare omedelbart tar lösöret i sin besittning får bevisbördans placering anses som rimlig.

Book VIII omfattar inte *rättigheter eller fordringar* och i betänkandet bakom 49 § KKL anförs att traditionskravet enligt 22 § SkbrL samt denuntiationskravet enligt 31 § SkbrL bör kvarstå med anledning av att det inte är naturligt att kvarlämna fordringar, att

---

<sup>433</sup> SOU 1995:11, s 158 f.



riskan för skenöverlåtelser är större samt att behovet av säkerhetsöverlåtelser är större beträffande fordringar.<sup>434</sup> Att ett reellt behov av kvarlämnande saknas är förmodligen riktigt men övriga argument som framförts till stöd för avtalsprincipen torde dock ha bäring även beträffande fordringar. Således är det svårt att finna stöd för att risken för skentransaktioner skulle vara större för dessa egendomsslag. Detsamma torde kunna anföras beträffande övriga rättigheter och därmed finner jag att avtalsprincipen bör kunna tillämpas med tillfredsställande resultat även beträffande dessa egendomsslag.<sup>435</sup> Detta harmonierar också bättre med ordningen att avtalet enligt NJA 1952 s 407 ger sakrättsligt skydd vid överlåtelse av byggnad på ofri grund.

---

<sup>434</sup> A bet s 161 f.

<sup>435</sup> Jfr här till att HD i NJA 1979 s 451 rörande överlåtelse av rotpost där avverkning skulle ske på nyttjanderättshavarens initiativ slagit fast att en denuntiation blott skulle tjäna till att ge sakrättsligt skydd (!) samt att en branschpraxis med innehållet att avtalet skulle vara tillräckligt etablerats. Sakrättsligt skydd ansågs således ha uppkommit i och med avtalet.

## 6 Avslutande synpunkter

Som framkommit i denna framställning erbjuds i Book VIII en heltäckande reglering av äganderättens övergång beträffande borgenärsskyddet som i vissa grundläggande delar på det principiella planet skiljer sig från den svenska regleringen. Det enhetliga äganderättsbegreppet innebär i viss mån en *teoretisk utmaning* men som konstaterats så blir den reella skillnaden med anledning av mängden undantag från den enhetliga övergången inte särskilt stor. Då rättsreglers ändamål alltid kommer att beaktas vid lagstiftningsarbetet och då ett enhetligt äganderättsbegrepp inte utesluter en tillämpning av en teleologisk lagtolkningsmetod anser jag att frågan i viss mån är *terminologisk*. Vidare så är det naturligtvis inte så att det svenska rättssystemet är uppbyggt så att intresseavvägningar alltid görs i det enskilda fallet då många frågor är lagreglerade och om en fråga avgjorts i praxis så är ju denna fråga också avgjord. Att rättsfrågor avgörs genom kodifikation medför till viss del att mindre flexibilitet lämnas till rättstillämpningen men detta i sig är inte ett resultat av att äganderätten används som kopplingsbegrepp.

Juridiken skall verka handlingsdirigerande och således påverka människors beteende som inte rimligen torde skilja sig åt nämnvärt över nationsgränserna. Det är därför närmast fascinerande att *riskan för borgenärsbedrägerier* så starkt lyfts fram i den svenska sakrättsliga debatten och tillåtits utforma reglerna rörande borgenärsskyddet. Även om nu risken för borgenärsbedrägerier beaktas eller ej så landar en diskussion rörande lämpligt sakrättsligt moment i en intresseavvägning där argumenten enligt min mening väger synnerligen jämnt. Kanske är dock inte människor så ohederliga som den svenska rättsordningen tycks ge uttryck för och i viss mån är många andra rättsområden beroende av människors hederliga beteende med straffrättsliga sanktioner som påtryckningsmedel. Det skatterättsliga området kan anföras som ett typexempel på detta och det är möjligen så att en "köpare" i en konstruerad transaktion inte gärna önskar uppge en oriktig utsaga i en domstol.

Hur skall då lagstiftaren förhålla sig till reglerna om borgenärsskyddet i Book VIII? Förutom de två huvudsakliga principfrågorna rörande äganderättsbegreppet och tidpunkt för äganderättens övergång överensstämmer som framgått i princip Book VIII med svensk rätt de lege lata. Detta visar att det främst är den svenska rädslan för borgenärsbedrägerier som skiljer oss från den övervägande majoriteten rättsordningar på kon-

tionen. Det dispositiva traditionskravet kan dock av tidigare anförda skäl inte för-  
språkas och det finns naturligtvis av praktiska skäl ingen anledning att inom svensk rätt  
tillämpa ett enhetligt äganderättsbegrepp om nu inte en harmonisering av sakrätten inom  
EU trots allt skulle komma till stånd.

Jag kan dock inte *ur ett demokratiskt perspektiv* se kodifikation i sig som något att ta  
avstånd ifrån och en civilrättslig definition av äganderättsbegreppet skulle i många fall  
underlätta rättstillämpningen. Med tanke på den i doktrinen på senare tid förda debatten  
och HD:s praxis rörande traditionsprincipen är det inte osannolikt att en utredning med  
uppgift att se över reglerna för borgenärsskyddet kommer att tillsättas inom en inte allt  
för avlägsen framtid. Detta skulle dock då rimligen böra kombineras med en översyn av  
återvinningsinstitutet. Det blir enligt min mening i förlängningen närmast absurt att HD  
skall tillämpa en bestämmelse mot bakgrund av ändamålsskäl som inte anses hållbara  
och detsamma gäller förhållandet att sakrättsligt skydd uppnås på mildare villkor om  
transaktionen inte annars skulle vara möjlig att genomföra *även* om risken för borge-  
nårsbedrägerier är *särskilt stor* i vissa av dessa fall. Tiden är möjligen kommen för en  
*övergång till avtalsprincipen* och först då skulle efter en tid kunna bedömas vilka av de  
argument som anförts i kommentaren och i denna framställning verkligen speglar verk-  
ligheten.

## Källförteckning

### Offentligt tryck

- COM (2010) 348 Grönbok om politiska alternativ för främjandet av en europeisk avtalsrätt för konsumenter och företag
- COM (2003) final OJ C 63/1 Kommunikation från Kommissionen till Europaparlamentet och Rådet
- Prop. 2008/09:88 Ny kommissionslag
- Prop. 2007/08:161 Företagshypotek – en bättre säkerhet för lån till företag
- Prop. 2003/04:27 Rättigheter i luftfartyg
- Prop. 2001/02:134 Ändringar i konsumentköplagen
- Prop. 1997/98:99 Aktiebolagets organisation
- Prop. 1980/81:8 med förslag till utsökningsbalk
- SOU 2010:2 Ett samlat insolvensförfarande – förslag till ny lag
- SOU 1995:11 Nya konsumentregler
- SOU 1988:63 Kommission och dylikt
- SOU 1973:22 Utsökningsrätt XII
- SOU 1970:75 Utsökningsrätt X
- 2010/11:CU6 Civilutskottets betänkande – Politiska alternativ för främjande av en europeisk avtalsrätt
- Dir. 2007:29 Samordnat insolvensförfarande
- NJA II 1936 Lagstiftning om skuldebrev
- NJA II 1944 Lagstiftning om redovisningsmedel

### Litteratur

- Adlercreutz, A*, Avtalsrätt I, 12 uppl., Lund 2005
- Almén, T*, Om köp och byte av lös egendom, 4 uppl., Stockholm 1960
- Bernitz, U*, En europeisk civillag?, JT 2003/04 s 503-521
- Ekelöf, P O & Edelstam, H*, Rättegång första häftet, 8 uppl., Stockholm 2007
- Faber, W*, Scepticism about the Functional Approach from a Unitary Perspective, Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?, Faber, W & Lurger, B (eds.), München 2008 s 97-122 (Cit. Faber, Rules for the Transfer of Movables)
- Grönfors, K*, Ändamål och funktion, JT 1999/00 s 523-537
- Göranson, U*, Besittning och rådighet – är det samma sak?, I: Festskrift till Torgny Håstad, Uppsala 2010 s 209-224
- Göranson, U*, Återvinning utom konkurs, Stockholm 1989
- Göranson, U*, Traditionsprincipen, Uppsala 1985
- Göranson, U*, Ogiltighet i sakrätten, Uppsala 1984
- Helander, B*, Kreditsäkerhet i lös egendom, Stockholm 1984
- Helin, M*, Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet – några anmärkningar, Uppsalaskolan – och efteråt, Rättsfilosofiskt symposium Uppsala 23-26 maj 1977, Stockholm 1978 s 71-83 (Cit. Helin, Uppsalaskolan – och efteråt)
- Hemström, C*, Bolagens rättsliga ställning, 7 uppl., Stockholm 2007

- Henriksson, P*, Sakrättsliga moment och deras ekonomiska konsekvenser, Stockholm 2009
- Hessler, H*, Svensk rättspraxis: sakrätt 1964-1981, SvJT 1983 s 161-215
- Hessler, H*, Allmän sakrätt, Stockholm 1973
- Håstad, T*, Vem är den verkliga ägaren till en bil köpt med äganderättsförbehåll? Om konsten att bedriva lönsam försäkringsrörelse genom att vid försäkringsfall bara betala tillbaka premien, I: Festskrift till Torkel Gregow, Stockholm 2010 s 125-133
- Håstad, T*, Äganderättens övergång i en gemensam europeisk rättsordning, JFT 2009 s 327-342
- Håstad, T*, Tradition och denuntiatio, särskilt vid kommersiella närståendetransaktioner, Insolvensrättsligt forum 2007, Uppsala 2009 s 134-148
- Håstad, T*, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. 1996 med senaste supplement 2004, Stockholm 2005 (Cit. Håstad, Sakrätt och Håstad, Supplement)
- Håstad, T*, Inför en europeisk sakrätt – några principfrågor, JT 2002/03 s 745-777
- Håstad, T*, En europeisk civillag och den nordiska kontraktsrätten, NJM 2002 Band 1, s 341-346
- Håstad, T*, Förutsättningar eller kontraktsvillkor? Om separationsrätt vid felaktiga förutsättningar. I: Festskrift till Anna Christensen, Lund 2000 s 157-167
- Johansson, M*, Ändamålsenliga sakrättsmoment – om rådighet, sken och rådighetsken, SvJT 1997 s 343-377
- Johansson, S O*, Stopplingsrätt under godstransport, Stockholm 2001
- Karlsson, J & Sääf, B*, Lös egendom på byggarbetsplats, Ny Juridik Nr 1 1997 s 64-79
- Lehrberg, B*, Köprätt enligt 1990 års köplag, Uppsala 2008 (Cit. Lehrberg, Köprätt)
- Lehrberg, B*, Avtalsrättens grundelement, 2 uppl., Uppsala 2006
- Lehrberg, B*, Avtalsstolkning, 4 uppl., Uppsala 2006
- Lennander, G*, Återvinning i konkurs, 3 uppl., Stockholm 2004
- Lindskog, S*, Om sakrättsligt misstroende, JT 1991/92 s 275-285
- Lurger, B*, Introduction to the Project "Transfer of Movables": Organisational Framework, Basic Issues and Goals, Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?, Faber, W & Lurger, B (eds.), München 2008 s 1-8 (Cit. Lurger, Rules for the Transfer of Movables)
- Martinson, C*, How Swedish Lawyers Think about "Ownership" and "Transfer of Ownership" – Are We just Peculiar or Actually Ahead?, Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?, Faber, W & Lurger, B (eds.), München 2008 s 69-95 (Cit. Martinson, Rules for the Transfer of Movables)
- Martinson, C*, Transfer of Title Concerning Movables Part III - National Report: Sweden, Frankfurt 2006 (Cit. Martinson, Transfer of Title)
- Martinson, C*, Ejendomsrettens övergång – Norden kontra verden, Muntligt anförande på NJM 2008 men ej publicerad i NJM 2008.
- Mattson, D*, Aktuella frågor, SvJT 2005 s 319-323
- Mellqvist, M*, Diocletianus vs. Grotius – om den sakrättsliga traditionsprincipens berättigande, SvJT 2010 s 217-244
- Mellqvist, M*, Recension: Staffan Myrdal, Borgenärsskyddet – om principerna för skyddet mot överlåtarens och pantsättarens borgenärer, JT 2002/03 s 708-713
- Millqvist, G*, Traditionsprincipen på tillbakagång, JT 2008/09 s 115-120
- Myrdal, S*, Några synpunkter på borgenärsskyddet, JT 2002/03 s 468-481
- Myrdal, S*, Borgenärsskyddet, Stockholm 2002
- Möller, M*, Reskontrabelåning – Granskning av en företagsinteckningsliknande factoringform, I: Festskrift till Lars Gorton, Lund 2007 s 399-409

- Möller, M, *Civilrätten vid finansiell leasing*, Uppsala 1996  
 Möller, M, *Konkurs och kontrakt*, Uppsala 1988  
 Ramberg, C, *Mot en gemensam europeisk civillagstiftning*, SvJT 2004 s 459-474  
 Renman, H, *Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen*, Stockholm 2009  
 Rodhe, K, *Handbok i sakrätt*, Stockholm 1985  
 Samuelsson, J, *Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalitetens funktionalitet*, Europarättslig tidskrift 2009 s 63-86  
 Sisula-Tulokas, L, *To be or not to be – harmonisering av den europeiska civilrätten*, JFT 2001 s 708-720  
 Undén, Ö, *Svensk sakrätt I. Lös egendom.*, Stockholm 1974  
 Von Bar, C & Clive, E (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, München 2009 (Cit. Von Bar & Clive, DCFR Full Edition)  
 Walin, G, *Panträtt*, 2 uppl., Stockholm 1998  
 Walin, G, *Separationsrätt*, Stockholm 1975  
 Welamson, L & Mellqvist, M, *Konkurs*, 10 uppl., Stockholm 2003  
 Wilhelmsson, T, *En EU-kontraktsrätt eller en europeisk experimentell rätt? Ett nordiskt svar*, JFT 2001 s 736-753  
 Zackariasson, L, *Svensk rättspraxis – Sakrätt 1982-2001*, SvJT 2003 s 753-956  
 Zetterström, S, *Sakrättens fyra huvudfall*, 2 uppl., Uppsala 2008

## Rättsfall

### Högsta domstolen

NJA 1925 s 80	s 14
NJA 1925 s 130	s 15
NJA 1925 s 535	s 23
NJA 1934 s 193	s 23
NJA 1937 s 579	s 75
NJA 1945 s 400	s 21
NJA 1949 s 164	s 32 och 33
NJA 1950 s 417	s 58
NJA 1952 s 407	s 88
NJA 1956 s 485	s 25
NJA 1958 s 422	s 24
NJA 1960 s 221	s 21n
NJA 1972 s 246	s 29n
NJA 1973 s 635	s 66
NJA 1974 s 660	s 21n
NJA 1975 s 222	s 71
NJA 1975 s 638	s 23 och 33
NJA 1978 s 194	s 59
NJA 1979 s 62	s 87
NJA 1979 s 451	s 88n
NJA 1980 s 740	s 76
NJA 1983 s 103	s 24n
NJA 1983 s 642	s 86n

NJA 1984 s 595	s 30
NJA 1985 s 159	s 16, 35n och 87
NJA 1985 s 178	s 68 och 69
NJA 1985 s 879	s 56
NJA 1986 s 217	s 35n
NJA 1986 s 409	s 28
NJA 1987 s 3	s 17n och 22
NJA 1988 s 149	s 59
NJA 1988 s 257	s 66
NJA 1991 s 564	s 21 och 22
NJA 1993 s 429	s 28n och 63n
NJA 1994 s 506	s 78 och 79
NJA 1995 s 162	s 67
NJA 1995 s 367 I	s 15n, 24, 33, 34 och 55
NJA 1995 s 367 II	s 78
NJA 1996 s 52	s 15n, 30 och 32
NJA 1996 s 410	s 68n och 69
NJA 1996 A 4	s 26
NJA 1997 s 660	s 36 och 65
NJA 1998 s 275	s 79n
NJA 1998 s 379	s 26 och 34
NJA 1998 s 545	s 17, 22, 35n, 82 och 87
NJA 2000 s 88	s 29, 36n och 82n
NJA 2007 s 413	s 16n, 23, 27, 29, 30, 32, 35 och 82
NJA 2007 s 652	s 17 och 35n
NJA 2008 s 684	s 16n, 24, 25n, 27, 30, 31, 33, 35, 36n och 82n
NJA 2009 s 672	s 10
NJA 2010 s 154	s 27, 33 och 36
NJA 2010 s 227	s 62

### **Hovrätterna**

RH 1982:96	s 84
RH 1983:89	s 84
RH 1990:116	s 29n

### **Övrigt**

Luleå tingsrätt mål nr K 924-01	s 32n
RG 1985 s 400 (norsk skiljedom)	s 80







