



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Jacob Frank

Leverantörers rätt till osålt varulager
– är det dags att avskaffa den så kallade förfoganderegeln vid
uppställt äganderättsförbehåll?

Särtryck ur häfte 2/2016

LEVERANTÖRERS RÄTT TILL OSÅLT VARULAGER – ÄR DET DAGS ATT AVSKAFFA DEN SÅ KALLADE FÖRFOGANDEREGELN VID UPPSTÄLLT ÄGANDERÄTTSFÖRBEHÅLL?

Av Jacob Frank¹

Sakrättsliga regler har en märklig tendens att förbli bestående över tid. Att regler är gamla betyder förvisso inte med nödvändighet att de är bristfälliga. Det bör heller inte förnekas att sakrättsliga regler alltid innefattar svåra gränsdragningar mellan olika intressen eftersom de är avsedda att tillämpas i en situation där tillgångsmassan är begränsad. Ändrade samhällsförhållanden, såsom den ökade utrikeshandeln och behovet av gemensamma regler på viktiga områden, kan dock tala för en reform. En regel vars existensberättigande tidvis varit föremål för debatt är den så kallade förfoganderegeln vid äganderättsförbehåll, som är intimt sammanbunden med frågan om leverantörers möjlighet att kredit-säkra vidareförsäljningsgods. I denna artikel är det min avsikt att väcka liv i debatten på nytt, särskilt mot bakgrund av rättsfall som NJA 2009 s. 79 och NJA 2012 s. 419.

I. INLEDNING

I. I ALLMÄN BAKGRUND

Regeringen beslutade den 14 mars 2013 att tillkalla en kommitté med uppdrag att ta ställning till om köpare av lösöre bör få skydd mot säljarens borgenärer genom köpeavtalet.² För ungefär ett år sedan överlämnade kommittén sitt slutbetänkande, där ett avskaffande av traditionsprincipen och ett införande av avtalsprincipen rekommenderas.³

En fråga som inte alls rönt samma uppmärksamhet är säljarens skydd mot köparens borgenärer. Det kan tyckas märkligt, särskilt mot bakgrund av de olika reglernas praktiska betydelse. En jämförelse kan med fördel göras mellan å ena sidan hur ofta köparen hinner lämna kvar en vara hos säljaren innan denne går i konkurs och å andra sidan hur ofta en säljare förlorar sin rätt till varorna i de fall där köparen går i konkurs. Att det senare inträffar är betydligt vanligare

¹ Juriststudent, termin 9 vid Uppsala universitet. Artikeln bygger på ett arbete skrivet under fördjupningskursen Kommersiell kontraktsrätt vid Uppsala universitet. Jag vill rikta ett särskilt tack till Laila Zackariasson som var min handledare på nämnda kurs. Artikeln speglar endast mina egna åsikter och ställningstaganden.

² Kommittédirektiv 2013:28.

³ SOU 2015:18.

än det förra.⁴ Frågan är därför om det inte hade varit mer angeläget att tillsätta en utredning för att undersöka hur ändamålsenligt utformat säljarens skydd mot köparens borgenärer egentligen är. Jag skulle till och med vilja påstå att de argument som åberopats till stöd för ett avskaffande av traditionsprincipen (huvudsakligen att den inte anses stämma överens med dagens kommersiella behov, att den skapar onödiga transaktionskostnader samt att den utgör en konkurrensnackdel vid en internationell jämförelse) gör sig gällande med betydligt större styrka när det gäller frågan om säljarens skydd mot köparens borgenärer bör förstärkas genom ett avskaffande av den så kallade förfoganderegeln vid uppställt äganderättsförbehåll.⁵ Den här uppfattningen ska utvecklas i förevarande artikel.

1.2 NÄRMARE OM PROBLEMSTÄLLNINGEN

Många köpeavtal för med sig finansieringsbehov. Ett praktiskt mycket vanligt sätt på vilket finansieringen kan lösas är genom försäljning av varor på kredit. Köparens möjlighet att erhålla anstånd med betalningen anses underlätta omsättningen, samtidigt som det är ett sätt för näringsidkare att finansiera varandra oberoende av extern finansiering.⁶ Den säljare som lämnar kredit för att köparen ska kunna finansiera förvärvet vill emellertid, liksom andra kreditgivare, ha en säkerhet. Detta behov har ansetts vara fullt naturligt och legitimt och en säljare har därför sedan länge kunnat erhålla separationsrätt i köparens konkurs eller vid utmätning genom att uppställa ett äganderättsförbehåll.

Inom kommersiella avtalsförhållanden är det vanligt att en säljare – i regel en tillverkare/leverantör – samverkar med en köpare som fungerar som en mellanhand, en återförsäljare. Avsikten är att återförsäljaren i sin tur ska vidareförsälja varorna till slutliga användare. En viktig komponent för att parternas samarbete ska fungera tillfredsställande är just att finansieringslösningen blir effektiv. För köparen finns vanligtvis ett behov av att kunna vidareförsälja varorna innan full betalning erläggs till säljaren, särskilt när det rör sig om dyrare lagervaror. Ett sådant avtal är i huvudsak fördelaktigt även för säljaren, eftersom vidareförsäljningen skapar nya värden som ökar chansen för att säljaren ska få betalt. Samtidigt kvarstår säljarens behov av att kunna erhålla en fungerande säkerhet för den beviljade krediten om köparen inte betalar, varan förblir osåld och köparen går i konkurs. Parterna söker med andra ord en lösning enligt vilken köparen har möjlighet att betala varan med pengar som

4 Att leverantörerna utgör den stora gruppen av förlorare vid en konkurs är sedan länge vedertaget (låt vara att dessa inkluderar såväl varu- som tjänsteleverantörer). För en någorlunda uppdaterad statistik, se KFM:s rapport 2008:4, s. 12–13.

5 Se SOU 2015:18 s. 89 ff. och längre ned, bl.a. avsnitt 5 in fine.

6 Vilket kan vara av särskild betydelse i tider när bankernas kreditgivningsvilja minskar.

köparen får genom vidareförsäljning, utan att säljaren till följd av medgivandet till vidareförsäljning omedelbart förlorar sin säkerhet i de varor som faktiskt finns kvar vid utmätningstillfället eller konkursutbrottet.

Enligt svensk rätt är det inte möjligt att uppställa ett giltigt äganderättsförbehåll till varor när köparen har haft rätt att sälja dem vidare före slutbetalning, och detta oberoende av om någon försäljning faktiskt skett vid den kritiska tidpunkten. Inom de nyss beskrivna avtalsförhållandena är äganderättsförbehållet därför värdelöst.

Den nyssnämnda begränsningen i äganderättsförbehållens giltighet, fortsättningsvis benämnd *förfoganderegeln*, har tidvis varit föremål för debatt. Kritiken har främst bestått i att regeln inte är anpassad för dagens kommersiella avtalsförhållanden, där köparen endast utgör en länk i kedjan mellan tillverkare/leverantör och den slutlige användaren.⁷ För återförsäljaren innebär regeln att han först måste fullgöra sina förpliktelser enligt avbetalningskontraktet innan en vidareförsäljning kan ske, vilket är ineffektivt och ställer höga krav på likviditeten. För leverantören medför regeln många gånger att denne tvingas leverera varor utan säkerhet. I de fall ett förbehåll uppställs är nämligen risken stor att det underkänns, eftersom ett förfogandeförbud för en kapitalsvag återförsäljare strider mot affärsmässiga realiteter.⁸ Förfoganderegeln komplicerar sålunda kreditförsäljning till återförsäljare som saknar kapital och förhindrar en ändamålsenlig belåning av varulager. Regeln riskerar härmed att inverka negativt på omsättningen och hämma företagandet i stort.

Dessa synpunkter har dock inte vunnit något större gehör, i alla fall inte hos lagstiftaren. Detta har föranlett näringslivets aktörer att allt oftare börja konstruera egna lösningar för att tillgodose sina behov genom att finansiera återförsäljningen med avtalskonstruktioner som syftar till att kringgå regeln om att äganderättsförbehåll är sakrättsligt ogiltiga när en köpare får förfoga över varan före betalning. Genom att lägga upp avtalsförhållandet som leasing, konsignation eller kommission står det klart att parterna kan åstadkomma det eftersträvade resultatet att ”köparen” får möjlighet att betala varan med

7 SOU 1988:63 s.82 ff. sammanfattar debatten i doktrinen. Jag återkommer till vilka argument som talar för och emot att överge förfoganderegeln nedan, huvudsakligen i avsnitt 3–6.

8 I dessa fall anses det kunna presumeras att ett förfogandeförbud inte är allvarligt menat. Se vidare Almén, SvJT 1918 s. 21 not I, och jfr vidare NJA 1932 s. 292, 1935 s. 152, 1960 s. 221 och 1974 s. 660 med Mannerfelts tillägg. Jfr dock NJA 1959 s. 590. Se även SOU 1988:63 s. 68 f. Frågan om när förfoganderätt föreligger kommer inte att utredas närmre, men det kan nämnas att nödvändigheten av en sådan prövning i sig utgör ytterligare ett (rättsekonomiskt) skäl till att avskaffa förfoganderegeln.

pengar som köparen får genom vidareförsäljning, samtidigt som ”säljaren” inte förlorar sin säkerhet i de varor som faktiskt finns kvar vid utmätnings-tillfället eller konkursutbrottet.⁹ Problemen som är förknippade med dessa kringgåendekonstruktioner är förvisso ingen nyhet, men gränsdragnings-frågorna synes ha blivit svårare än förr i takt med framväxten av nya och komplicerade options- och avräkningsvillkor.¹⁰ Frågan uppstår då på nytt om det finns någon mening med att behålla förfoganderegeln; den är uppenbarligen inte särskilt effektiv och den skapar dessutom onödiga transaktions-kostnader förbundna med kringgåendet. Formulerat på ett annat sätt kan frågan ställas huruvida det är rimligt att formellt skilda, men funktionellt likartade, säkerhetsarrangemang behandlas olika.¹¹

En diskrepans i äganderättsförbehållens rättsverkningar föreligger inte endast inom ramen för det svenska rättssystemet. I många europeiska men även utom-europeiska länder har säljaren separationsrätt till varorna även om köparen har haft rätt att sälja dem vidare.¹² Då återförsäljaravtal ofta är internationella kan detta ur svenskt perspektiv skapa problem utifrån internationell konkurrens-hänsyn och ur europeiskt perspektiv medverka till en handelshindrande effekt.

1.3 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNING

Redan dessa iakttagelser gör det enligt min mening befogat att på nytt väcka liv i debatten om äganderättsförbehållens begränsningar.¹³ Syftet med denna artikel är att väga argument för och emot en reform mot varandra. Den fråga som ska besvaras är om ett äganderättsförbehåll bör tillerkännas sakrättsligt skydd även om köparen medgivits rätt att förfoga över varan innan betalning erlagts till säljaren, såvida något förfogande inte ägt rum vid den kritiska tid-punkten. Framställningen avgränsas vidare till att gälla kommersiella avtals-förhållanden där parterna bedriver handel med vidareförsäljningsgods och obligationsrättsliga frågor lämnas utanför. Merparten av de resonemang jag

9 NJA 2009 s. 79, se vidare nedan avsnitt 3. Jfr även NJA 2010 s. 154 samt NJA 2012 s. 419.

10 Som senare ska framhållas är dylika villkor av betydelse för frågan huruvida avtalet ska omklassificeras eller inte (returrätt/returrisk); se särskilt avsnitt 4.1.2.

11 En jämförelse mellan kreditköp med äganderättsförbehåll, och leasing, konsignation respektive kommission, görs nedan i avsnitt 3 samt 4.1.1.

12 Se nedan avsnitt 4.2.

13 Spörsmålet synes återigen ha blivit uppmärksammat på senare tid, se Justitiedepartementets förteckning över uppsatsämnen för år 2013, s. 4, men även prop. 2008/09:88 s. 83 och Håstads tillägg till NJA 2009 s. 79; samt, allra senast, SOU 2015:18 s. 32. Frågan utreddes grundligt senast för 27 år sedan, se SOU 1988:63.

för utifrån leden grossist-detaljst torde äga principiell giltighet för analyser av liknande avtalsförhållanden, exempelvis i de fall där köparen, förutom rätt till vidareförsäljning, även har rätt att till viss del bearbeta gods innan full betalning erlagts.¹⁴

2. KORT OM ÄGANDERÄTTSFÖRBEHÅLLETS FUNKTION

Äganderättsförbehållens funktion kan liknas vid att en panträtt accepteras i den sålda egendomen; varorna tjänar som säkerhet för fordran på betalning.¹⁵ Som bekant kräver emellertid en ordinär panträtt att borgenären har besittning till pantobjektet, vilket säljaren inte har.¹⁶ Längre fördes därför en debatt kring varför ett äganderättsförbehåll bör tillerkännas sakrättslig verkan utan något sådant krav.¹⁷

Ursprungligen förklarades äganderättsförbehållens sakrättsliga verkningar med hjälp av äganderättsförbehållsbegreppet. Man menade att säljaren vid ett uppställt äganderättsförbehåll ”aldrig avsagt sig äganderätten”.¹⁸ Det är svårt att finna ett bättre exempel på begreppsjurisprudens; motiveringen till regeln söks ur ett begrepp som formulerats på förhand och regeln får därför just det inne håll som medför att den kan förklaras. Äganderättsterminologin debatterades

14 Då bortses emellertid från eventuella specifikationsproblem; här handlar det endast om huruvida säljaren bör vara skyddad innan förfogande faktiskt har skett.

15 En skillnad är emellertid att panträtt är en särskild förmånsrätt medan äganderättsförbehåll medför separationsrätt. Se dock nedan avsnitt 5.3 in fine om möjligheten till ”omvandling” i vissa fall.

16 Det är emellertid möjligt att argumentera för att ett sorts besittningskrav är uppfyllt, nämligen en straffrättsligt skyddad besittningsrätt för borgenären (se brottsbalken (1962:700) (hädanefter BrB) 10 kap. 4 §; ett giltigt äganderättsförbehåll förutsätter ju förfogandeförbud). Här kan hänvisas till Zackariassons arbete *Borgenärsskydd och specialitet*. Zackariassons tes är genomgående att en viss nivå hos (det straffrättsliga) skyddet mot otillåtna förfoganden från gäldenärens sida är det avgörande för att borgenären ska förtjäna skydd mot gäldenärens allmänna borgenärskollektiv. Detta grundar sig i sin tur på den teori som Zackariasson avser att undersöka i sitt arbete, nämligen att prioritet vid konkurrens om gäldenärens tillgångar endast kan tillerkännas borgenärer som på särskilt sätt har försökt undvika en riskfylld situation, se s. 71. Jag återkommer till detta synsätt senare, eftersom det är högst relevant för de frågor jag i denna artikel behandlar. Det huvudsakliga syftet med det nyssnämnda arbetet har dock varit att utreda huruvida teorin stämmer överens med *gällande rätt*. Någon diskussion kring vad som borde vara gällande rätt har inte förts (se t.ex. s. 734).

17 Se härom främst Persson, *Förbehållsklausuler*, s. 90 ff.

18 Se NJA II 1915 s. 297, jfr Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 182, Schmidt, *Om ägarförbehåll och avbetalningsköp*, s. 118 ff. Zackariasson menar att förklaringen bakom den äldre uppfattningen, gällande betydelsen av att förbehållen formuleras just som ”ägarförbehåll”, har med hotet om straffansvar att göra, se *Borgenärsskydd och specialitet*, s. 281 f.

flitigt i litteraturen.¹⁹ Den debatten ska inte fortsättas här. Vad som däremot kan vara värt att framhålla är att äganderättsbegreppet och äganderättens övergång numera är utmönstrade från svensk sakrätt.²⁰ De anses inte längre vara användbara när en sakrättslig konfliktsituation ska lösas, vilket säkerligen beror på att begreppen riskerar att förvirra mer än att klargöra.²¹ Att det inte längre är nödvändigt att använda äganderättsterminologin just på detta område står dessutom klart genom rättsfallet NJA 1975 s. 222, där det framgår att även förbehåll om hävning eller återtagande har samma sakrättsliga verkan som ett förbehåll om äganderätt.²²

En förklaring till äganderättsförbehållens sakrättsliga verkan som bättre stämmer överens med nutida rättsuppfattning är att de motsvarar ett verkligt *behov* inom omsättningslivet.²³ Det rör sig om en praktisk, enkel och kostnadsfri kreditsäkringsmetod och det finns få andra alternativ för näringsidkare att finansiera varandra oberoende av extern finansiering.²⁴ Äganderättsförbehållet fyller således en viktig funktion för en väl fungerande avbetalningshandel och eftersom leverantörskrediterna står för en stor del av den totala kreditgivningen underlättas omsättningen av att det finns möjlighet till en fungerande säkerhet.²⁵

19 Se bl.a. Schmidt, *Om ägarförbehåll och avbetalningsköp*, s. 97 ff. och s. 118 f., Hessler, *Allmän sakrätt*, s. 189 f., Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 182, Helander, *Kreditsäkerhet i lös egendom*, s. 617 med not 121 samt Persson, *Förbehållsklausuler*, s. 107 ff.

20 Jfr Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 184 "Frågan (huruvida säljaren förbli ägare, förf. anmärkning) är meningslös". Jfr Schmidt, *Om ägarförbehåll och avbetalningsköp*, s. 88, samt Rodhe, *Handbok i sakrätt*, s. 175.

21 Det exempel som kanske tydligast åskådliggör problemet med äganderättsterminologin är Lindblom, *Utmätning av egen ko*, i SvJT 1973 s. 561 ff., där den som sålt egendom med äganderättsförbehåll inte kunde begära utmätning av egendomen eftersom den inte ansågs tillhöra köparen (!). Jfr här även Undén, *Svensk sakrätt I*, s. 94 f.

22 I det följande kommer enbart termen *äganderättsförbehåll* att användas.

23 Se exempelvis Olsson i JfT 1960 s. 6, Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 182 f. och s. 294, Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 106, Helander, *Kreditsäkerhet avseende lös egendom*, s. 616, Hessler, *Allmän sakrätt*, s. 189, Rodhe, *Handbok i sakrätt*, s. 355 f. och SOU 1988:63 s. 66 samt Zackariasson, *Borgenärsskydd och specialitet*, s. 289.

24 Övriga existerande säkerhetsrätter är främst anpassade för säljarens respektive köparens egen, *interna* finansiering och de är dessutom ofta förenade med viss administrativ börda och kostnad. Jfr även Persson, *Förbehållsklausuler*, s. 98.

25 Jfr här även HovR:s dom (fastställd av HD i NJA 1980 s. 219) som förvisso gällde frågan om giltigheten av ett sekundärt äganderättsförbehåll men som belyser förklaringen bakom regelns existensberättigande: "Med hänsyn till äganderättsförbehållets funktion som väsentligen en kreditsäkerhetsrätt, betingad av näringslivets intressen att underlätta omsättningen, finner HovR:n att ett sekundärt äganderättsförbehåll i regel bör godtagas ...". Intressanta är dessutom Bergendahls iakttagelser i SvJT 1939 s. 671.

3. OM KOMBINATIONEN SEPARATIONSRÄTT OCH FRI FÖRFOGANDERÄTT

3.1 INLEDNING

Det har sagts att det allmänt sett skulle strida mot det sakrättsliga systemet med en säkerhetsrätt om gäldenären medgavs fri förfoganderätt, vilket alltså skulle tala emot att avskaffa förfoganderegeln vid äganderättsförbehåll.²⁶ Eftersom borgenären har kvar sin säkerhetsrätt trots att gäldenären har fri förfoganderätt i kommissions-, konsignations- och leasingförhållanden behöver dock argumentet preciseras ytterligare.

Vad som avses torde egentligen vara att säljaren, genom att medge köparen rätt att sälja varorna vidare före betalning, har exponerat sig för en sakrättslig risk genom att under en tid acceptera att stå utan sakrättsligt skydd.²⁷ Med andra ord accepterar säljaren ett (potentiellt) ”glapp” i sitt borgenärsskydd, och säljaren anses därför inte skyddsvärd. Det bakomliggande motivet för denna uppfattning är sannolikt att slumpen inte bör tillåtas avgöra huruvida säljaren ska stå skyddad vid en konkurs.²⁸ Eftersom detta argument utgör ett av de tyngsta skälen mot ett avskaffande av förfoganderegeln, finns det inledningsvis anledning att undersöka om borgenären även i de övriga avtalsförhållanden som nyss nämnts också har accepterat ett glapp i sitt borgenärsskydd.²⁹ Frågan synes berättigad att ställa eftersom de nämnda avtalskonstruktionerna används som substitut för äganderättsförbehållen; om gäldenären har rätt att skapa ett glapp i borgenärsskyddet även i dessa avtalsförhållanden – och separationsrätten kvarstår – faller ett väsentligt argument mot att avskaffa förfoganderegeln bort.

Det kan inflikas att gäldenären har rätt att skapa glapp i borgenärsskyddet vid upplåtande av företagshypotek – här är emellertid syftet att tillåta just detta. Motiveringen måste ha varit att det finns ett legitimt behov av att kunna utnyttja gäldenärens varulager trots att borgenärens säkerhetsunderlag kan tyckas osäkert.³⁰ En sådan särreglering ger naturligtvis upphov till frågan om

26 Hästad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 189.

27 Säljaren har ju ingen säkerhet i surrogatet och blir varorna föremål för förfogande står han oskyddad; se SOU 1988:63 s. 69, Zackariasson, *Borgenärsskydd och specialitet*, s. 524 ff. (särskilt s. 527; jfr not 13).

28 Se i allmänhet om argumentet att medvetet risktagande sänker skyddsvärdet Zackariasson, *Borgenärsskydd och specialitet*, s. 60. Hädanefter kommer termen *slumpargumentet* att användas.

29 Slumpargumentet analyseras ytterligare i avsnitt 5.2.

30 Låt vara att företagshypoteks innehavarna till viss del är skyddade genom reglerna om förföljningsrätt (2 kap. 3 § lagen (2008:990) om företagshypotek) och att genom i vissa fall få begära betalning i förtid (2 kap. 8 §).

det är möjligt att göra ett sådant avsteg även för säljare som sålt sina varor med äganderättsförbehåll, men detta får jag anledning att återkomma till nedan.³¹

3.2 HAR GÄLDENÄREN RÄTT ATT SKAPA ETT GLAPP I Borgenärs- SKYDDET VID KOMMISSION, KONSIGNATION OCH LEASING?

Jag vill inledningsvis framhålla att min avsikt inte är att försöka ge ett uttömmande svar på den i rubriken ställda frågan, utan endast att framhäva att frågan synes sakna ett säkert svar.³² Den är sparsamt behandlad i doktrinen, ganska komplicerad, och det saknas rättspraxis som ger ett klart besked i frågan.

Låt oss börja med att se till kommissionsförhållanden. Enligt 23 § kommissionslagen (2009:865)³³ förblir en kommittent ägare till varor som lämnats till kommissionären för försäljning intill dess att äganderätten har övergått på tredje man, eller, vid självinträde, till kommissionären. I det första fallet uppstår inget glapp i kommittentens borgenärsskydd sedan äganderätten övergått till tredje man, eftersom kommittenten i detta fall har rätt till hela ”flödet” hos kommissionären. Av 23 § 3 st. KommL följer nämligen att en fordran mot tredjeman på grund av avtal med kommissionären är förbehållen kommittenten framför kommissionärens borgenärer. Av intresse här är istället det senare fallet enligt vilket kommittenten alltså förblir ägare intill dess att kommissionären självinträtt.

Det finns inget i KommL som föreskriver att kommissionären måste betala kommittenten samtidigt som självinträdet sker. Rätt till självinträde på kredit tycks således föreligga. Frågan är nu om KommL medger en allmän rätt till självinträde på kredit, som innefattar tillåtelse att självinträda på kredit även om kommittentens rätt därigenom sätts i fara. Det senare inträffar i situationer där kommissionären tillåts göra självinträde på kredit under en tid då denne saknar förmåga att betala sina skulder och denna oförmåga inte endast är tillfällig (vid insolvens).³⁴ Kommissionären har då skapat ett glapp i borgenärsskyddet, vilket öppnar upp för frågan huruvida separationsrätt fortfarande föreligger eller ej.³⁵

31 Se främst avsnitt 5.2.

32 Jfr kommissionslagspropositionen 2008/09:88 s. 128.

33 Hädanefter KommL.

34 Jfr Zackariasson, *Borgenärsskydd och specialitet*, s. 547 och s. 303 i denna artikel.

35 Förfogar kommissionären över kommissionsgodset när han är insolvent genom ett självinträde får kommittenten sin äganderätt/separationsrätt utbytt mot en osäkrad fordring hos kommissionären; det är förmodligen denna situation man haft i åtanke i prop. 2008/09:88 på s. 128: ”[E]n annan näraliggande princip som kan behöva beaktas är att separationsrätt också kan gå förlorad om kommissionären får sätta värdet i fara. Detta kan vara av betydelse om kommissionären har

KommL synes inte hindra att kommissionären självinträder även under en tid då denne är insolvent.³⁶ Om däremot redovisningslagens (1944:181)³⁷ bestämmelser tillämpas, har kommittenten endast separationsrätt om kommissionärens rätt till självinträde på kredit är villkorad av att denne är och förblir solvent. RedovL, som är analogt tillämplig på annan fungibel egendom än pengar, kräver nämligen redovisningsskyldighet för att huvudmannen ska ha företräde till det denne lämnat till mottagaren vid den senares insolvens.³⁸ För att redovisningsskyldighet ska anses föreligga fordras att mottagaren saknar rätt att sätta värdet av det han mottagit i fara. I nu diskuterade fall, det vill säga självinträdesfallen, torde detta kunna översättas med en skyldighet för kommissionären att antingen hålla sig solvent och likvid för det värde som varorna motsvarar tills kommittenten fått betalning eller, om insolvens föreligger, att betalning erläggs senast i samma ögonblick som självinträde sker.³⁹

Frågan uppstår då vilka bestämmelser som *ska tillämpas*, respektive vilka bestämmelser som faktiskt *är tillämpliga*, i dessa fall. Torgny Håstad synes för egen del mena att RedovL:s bestämmelser ska tillämpas även inom ramen för kommissionsförhållanden.⁴⁰ Han tycks däremot betvivla huruvida de *faktiskt är tillämpliga*. Håstad anför nämligen att konsekvensen av att RedovL:s bestämmelser ska tillämpas även i kommissionsförhållanden blir:

”... att kommittenten vid flertalet av idag förekommande kommissionsavtal i t ex bil- och båtbranschen saknar separationsrätt vid kommissionärens konkurs, eftersom kommissionären normalt givits rätt att självinträda på kredit utan att oåterkallelig betalning behöver ha erlagts senast samtidigt med självinträdet. Det kan nämligen knappast antas att kommissionären i dessa fall får anses ha påtagit sig en

rätt att självinträda på kredit. Hur dessa principer påverkar paragrafens tillämpning i det enskilda fallet är en fråga för rättstillämpningen.”

36 Jfr Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 158. Meningarna härom är dock delade, se strax nedan gällande Lindskogs uppfattning (not 45) och Zackariassons uppfattning (brödtexen).

37 Hädanefter RedovL.

38 Se SOU 1943:24 s. 41 om den analoga tillämpligheten, jfr NJA 1994 s. 506. Såvitt gäller förfogandemedgivandets betydelse torde emellertid lagen vara analogt tillämplig även på icke-fungibla varor. Att egendomen är fungibel har endast betydelse för frågan om avskiljande, jfr Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 157. Såvitt gäller rekvisitet att egendomen ska ha mottagits för annan överensstämmelse de båda lagarna, jfr 1 § KommL. Det är alltså rekvisitet redovisningsskyldighet som skiljer dem åt.

39 Jfr Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 157.

40 Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 158.

*redovisningsskyldighet med risk för ansvar för förskingring om han skulle sättas i konkurs före betalning.*⁴¹

Strax därefter uttrycker Håstad dock viss tvekan kring huruvida RedovL:s bestämmelser ska ges företräde framför KommL, eftersom det uttalas att kommittentens separationsrätt åtminstone de lege ferenda borde förutsätta redovisningsskyldighet, annars torde kommittenten från början ha en oprioriterad fordran.⁴²

En något avvikande uppfattning finns representerad hos Laila Zackariasson. Enligt Zackariasson avviker inte KommL:s reglering från den reglering som finns i RedovL i berört avseende.⁴³ KommL:s reglering torde således inte, enligt Zackariasson, innebära att en rätt till självinträde kan föreligga även om borgenärens skyddade position därigenom skulle sättas i fara, vilket med andra ord innebär att en kommissionär normalt får anses vara redovisningsskyldig för den mottagna egendomen.⁴⁴ Det sagda kan också uttryckas så, att man normalt bör kunna intolka ett förbud mot självinträde vid insolvens i kommissionsförhållanden.⁴⁵

41 Ibid. Notera att begreppet redovisningsskyldighet i RedovL överensstämmer med motsvarande begrepp i 10 kap. 1 § BrB (förskingringsbestämmelsen), jfr Zackariasson, *Borgenärsskydd och specialitet*, s. 542 ff.

42 Ibid. Här lämnas alltså dörren öppen för att borgenären kan ha separationsrätt trots ett glapp i borgenärsskyddet. Jfr även Håstad, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, s. 327 not 51.

43 Zackariasson, *Borgenärsskydd och specialitet*, s. 545 ff., särskilt s. 548 f. Se även s. 553 med not 76.

44 Zackariasson grundar sin uppfattning på ett antal bestämmelser i KommL som ger uttryck för kommissionärens lojalitetsplikt och kommittentens anvisningsrätt, se *Borgenärsskydd och specialitet* s. 548 f.

45 Det bör nämnas att även Lindskog behandlat frågan om systemkonsistensen mellan RedovL och KommL samt frågan huruvida en försäljningskommissionär ska anses vara redovisningsskyldig, se densamme i *Festskrift till Wennberg* s. 223 ff. Lindskog ger uttryck för uppfattningen att kommissionären normalt får anses vara redovisningsskyldig och således förpliktigad att inte sätta kommittentens rätt i fara, vilket överensstämmer med vad Zackariasson anför, men Lindskog går ett steg längre och anför att rätten till självinträde "faller bort" vid kommissionärens insolvens (s. 229). Det senare tillägget innebär att om kommissionären självinträder på kredit vid insolvens "underkänns" självinträdet, vilket leder till att något självinträde inte ska anses ha skett och att kommittenten därför är bevarad sin äganderätt/separationsrätt. Lindskog stödjer sin uppfattning på den allmänna lojalitetsplikten i syssemannaförhållanden (jfr not 44 ovan; Lindskog tillägger dock att detsamma bör gälla även när gäldenären inte är syssemannan). Såvitt gäller systemkonsistensen mellan RedovL och KommL ifrågasätter Lindskog Håstads uppfattning att mötet mellan regleringen i KommL och regleringen i RedovL ger upphov till en motstridighet i rättssystemet. Detta eftersom RedovL, enligt Lindskog, endast innehåller bestämmelser som går utöver vad som redan följer av allmänna sakrättsliga principer samt, mer specifikt i det nu diskuterade avseendet, att RedovL:s bestämmelser tar sikte på en återskapad separationsrätt

Såvitt gäller konsignationsfallen (med vilka leasingfallen såvitt här är aktuellt är jämställda) verkar liknande oenighet föreligga.⁴⁶ Håstad tycks mena att vad som sades i SOU 1988:63 (där Håstad själv var ordförande) apropå konsignantens separationsrätt i fall som dessa är felaktigt.⁴⁷ I den nämnda utredningen antogs nämligen att så länge det fanns en tydlig returrätt och returrisk behöll konsignanten sin separationsrätt vid konsignariens konkurs.⁴⁸ Att konsignatarien hade fri förfoganderätt över den deponerade egendomen, eller annorlunda uttryckt, en obegränsad rätt till självinträde på kredit, skulle alltså inte utgöra ett hinder mot konsignantens separationsrätt. Enligt Håstad är detta felaktigt eftersom en relevant koppling till bestämmelserna i RedovL uteblev. I enlighet härmed anförs därför att separationsrätt för konsignanten i allmänhet saknas.⁴⁹

Zackariassons uppfattning avviker något även i detta fall. Hon menar att utgångspunkten även vid konsignationsavtalen måste vara att gäldenären saknar rätt att sätta borgenärens rätt i fara, eller med andra ord att konsignatarien in dubio anses motta egendomen för annan med redovisningsskyldighet.⁵⁰ Också här bör det sålunda kunna intolkas ett förbud mot självinträde vid insolvens.⁵¹

De frågor som här har diskuterats har aldrig ställts på sin spets i rättspraxis. I NJA 2009 s. 79 gavs ett gyllene tillfälle, men HD fick aldrig chansen att ta ställning.⁵² Den enda slutsatsen som kan dras utifrån rättsfallet är att den

med egendom ur kommissionärens egen förmögenhetsmassa, medan KommL:s bestämmelser gäller separationsrätt till det ursprungliga kommissionsgodset (se och jfr de besvärliga vidarehänvisningarna i not 12, 15, 47 och 65–74).

46 Jfr nedan under 4.1.1.

47 Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 159 (med not 21); jfr s. 193.

48 SOU 1988:63 s. 96 f. (se nedan 4.1.2 om detta kriterium som lämpligt gränsdragningskriterium).

49 Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 159.

50 Zackariasson, *Borgenärsskydd och specialitet*, s. 551 ff. (jfr även s. 554 med not 79).

51 Om Linskogs uppfattning, se not 45 ovan (varvid det Linskog anför om försäljningskommissionärer torde äga motsvarande tillämpning såvitt avser rättsläget vid konsignationsavtal, jfr *Festskrift till Wennberg*, s. 229).

52 Vilket närmast berodde på processuella skäl. Det kan dock tyckas märkligt att HD inte nämnde ett ord om den eventuella betydelsen av redovisningsskyldighet. För egen del anser jag att Zackariassons uppfattning stämmer bäst överens med hur gällande rätt, och framförallt NJA 2009 s. 79, kan förklaras. Skulle det visa sig att borgenärens separationsrätt i de nyssnämnda avtalsförhållandena inte bortfaller trots att gäldenären har rätt till självinträde även vid insolvens, är det nuvarande rättsläget nämligen svårt att förklara. Notera i sammanhanget att Möller, *Civilrätten vid finansiell leasing*, s. 62 ff., inte gör någon som helst koppling till RedovL när han diskuterar gränsdragningen mot avbetalningsköp (och därmed separationsrätten). Observera också att Håstad, när han i sitt tillägg i rättsfallet NJA 2009 s. 79 tog ställning till huruvida avtalet bort omklassificeras, inte nämnde RedovL:s bestämmelser.

rättsprincip som följer av nuvarande 23 § 1 st. KommL, och som innebär att kommittenten inte förlorar sin separationsrätt även om han givit kommissionären rätt till självinträde på kredit, ger uttryck för en allmän rättsgrundsats som är tillämplig på situationer när någon besitter annans egendom med fri förfoganderätt men utan att (ännu) ha laga fång till den.

Resultatet av min undersökning i denna del visar främst att det inte är helt säkert att ett avskaffande av förfoganderegeln vid äganderättsförbehåll allmänt sett skulle strida mot det ”sakrättsliga systemet”, eftersom det är oklart huruvida borgenären har separationsrätt inom andra, liknande avtalsförhållanden trots ett eventuellt glapp i borgenärsskyddet. Slumpargumentet som sådant förefaller dock fortfarande i viss mån övertygande och diskuteras ytterligare i avsnitt 5.2.

4. ARGUMENT FÖR EN REFORM

4.1 KRINGGÅENDEKONSTRUKTIONER SOM ETT ARGUMENT FÖR EN REFORM

Vid alla de kreditsäkerhetsarrangemang som ovan behandlats, inklusive vid kreditförsäljning med äganderättsförbehåll, kan innehavaren av egendomen alltså ha rätt att disponera över egendomen, vid kommission även för annans räkning men annars för egen räkning, trots att egendomen egentligen anses ”ägas” av någon annan. Oaktat denna fria förfoganderätt har ägaren bibehållen separationsrätt till egendomen vid innehavarens konkurs, i alla fall fram till att innehavaren faktiskt förfogat över egendomen, utom vid kreditförsäljning med äganderättsförbehåll. Det ger naturligtvis upphov till frågan hur gränsdragningen ska göras, närmare bestämt vilka rekvisit som ska vara uppfyllda för att avtalet ska kunna hänföras till någon av de privilegierade avtalstyperna.

I praktiken är det vanligt att parter försöker kringgå förfoganderegeln genom att rubricera sitt avtal som leasing-, kommissions- eller konsignationsavtal, vilket kan ge upphov till besvärliga gränsdragningar.⁵³ I detta avsnitt kommer jag att titta närmre på gränsdragningsfrågorna och vilka problem de kan ge upphov till.⁵⁴ Jag kommer även att utreda vilka fördelar som kan vara förknippade med att kreditförsäljning med äganderättsförbehåll behandlas på samma

53 Som nyare rättsfall kan nämnas, förutom NJA 2009 s. 79, även NJA 2010 s. 154 och NJA 2012 s. 419.

54 Viktigt att notera är sålunda att avsikten här inte är att i detalj redogöra för gränsdragningskriterierna utan snarare presentera dem och peka på vissa utvalda problem som de kan ge upphov till. För en fylligare redogörelse för gränsdragningskriterierna får främst hänvisas till Zackariassons *Borgenärsskydd och specialitet*.

sätt i rättsföljdshänseende (separationsrätt för borgenären) som för de övriga avtalstyperna.

4.1.1 VAD ÄR DET SOM SKILJER KREDITKÖP FRÅN ÖVRIGA AVTALSTYPER?

Ett kommissionsförhållande föreligger när någon fått i *uppdrag* att *i eget namn men för annans räkning* sälja lös egendom.⁵⁵ Skillnaden mot kreditköpet är alltså att försäljningen sker för annans räkning, inte för egen.⁵⁶ De väsentligaste faktorerna för att avgöra huruvida så är fallet har traditionellt ansetts vara dels om kommissionären har rätt att returnera gods som inte kunnat säljas och risken för att huvudmannen verkligen får godset i retur, dels kommittentens intresse av vilka villkor – främst vilket pris – mellanmannen lyckas uppnå vid försäljningen till tredje man.⁵⁷

Konsignation har definierats som ett avtal varigenom en leverantör eller motsvarande (konsignanten) deponerar egendom hos någon (konsignatarien) med en rätt (option) för den senare att förvärva den deponerade egendomen, företrädesvis i samband med att konsignatarien säljer egendomen vidare till tredje man för egen räkning. Vidareförsäljningen får i regel ske innan konsignatarien erlägger betalning till konsignanten.⁵⁸ Skillnaden mot de klassiska kommissionsfallen är alltså att försäljningen sker för konsignatariens egen räkning, medan skillnaden mot kreditförsäljning med äganderättsförbehåll anses vara att ingen överlåtelse sker förrän vid vidareförsäljningen.⁵⁹ Det kan naturligtvis ifrågasättas om det inte även vid försäljning med äganderättsförbehåll kan ”anses” att ingen överlåtelse sker förrän vid vidareförsäljningen. Det avgörande för separationsrätten vid konsignation måste uppenbarligen

⁵⁵ Se I § KommL.

⁵⁶ Jfr uttryckligen NJA 2012 s. 419 p. 9, mening 5. Notera att om kommissionären tillåts göra självinträde sker vidareförsäljningen dock för egen räkning – däremot bör självinträdet som sådant ske åtminstone delvis med beaktande av kommissionärens intresse för att det ska anses röra sig om ett verkligt kommissionsavtal, se härom återigen Zackariasson, *Borgenärsskydd och specialitet*, s. 294 ff.

⁵⁷ SOU 1988:63 s. 51 ff. Att utredningens uttalanden fortfarande är avgörande för gränsdragningen bekräftas av NJA 2012 s. 419 p. 6–7 samt prop. 2008/09:88 s. 55 f. Det bör dock framhållas att returrätten, respektive returrisken, verkar vara de enskilt viktigaste rekvisiten. Här kan hänvisas till anförd prop. s. 54, där returrisken sägs vara det som motiverar kommittentens separationsrätt, samt anförd SOU på s. 50: ”ingen annan omständighet verkar ha tillmätts sådan vikt vid bedömningen som returrätten”. Intrycket förstärks ytterligare av rättsfallet NJA 2012 s. 419. I de fall kommissionären gör självinträde återstår för övrigt inget annat gränsdragningskriterium än returrätt/returrisk, jfr avsnitt 3.2.

⁵⁸ Se SOU 1988:63 s. 47 och s. 95 samt ovan avsnitt 3.2.

⁵⁹ SOU 1988:63 s. 95. I fall där kommissionären gör ett självinträde uppstår dock ingen sådan skillnad, vilket ibland torde kunna ge upphov till frågan om KommL eller reglerna om konsignation ska tillämpas. I praktiken ska det dock inte bli någon större skillnad (jfr även ovan avsnitt 3.2).

vara att depositionsmomentet ska vara mer framträdande än överlåtelsemomentet (vilket är ett annat uttryck för att konsignanten ska stå affärsrisken för osålt lager, se nedan). Om exempelvis konsignatarien alltid måste fråga om lov innan denne förfogar över egendomen trots att den inte är betald anses konsignanten ha separationsrätt.⁶⁰ Om konsignanten istället lämnar ett generellt tillstånd till förfogandemedgivande, kan det tyckas som att det endast blir en lek med ord huruvida det kallas försäljning eller konsignation. Föreligger en tydlig returrätt och returrisk anses dock konsignanten ha separationsrätt även i detta fall.⁶¹

Det avgörande för gränsdragningen mellan *leasing* och kreditköp anses i allmänhet vara huruvida avtalsinnehållet faktiskt är sådant att det måste anses överföra äganderätten till nyttjanderättshavaren.⁶² Såvitt nu är aktuellt är emellertid den intressanta frågeställningen hur gränsen dras mot kreditförsäljningsförhållanden där köparen har en mer eller mindre uttalad rätt att sälja varorna vidare före slutbetalning. I leasingförhållanden där leaseta- garen har fri förfoganderätt rör det sig i själva verket närmast om konsignationsförhållanden (dock med den skillnaden att avtalet kan sägas ligga närmre leasing om gäldenären betalar för själva deponeringen). Det avgörande måste därför även här vara hur returrätten och returrisken gestaltat sig i det enskilda fallet.⁶³

4.1.2 RETURRÄTT OCH RETURRISK SOM LÄMPLIG VATTENDELARE?

Det kan konstateras att gränsdragningskriterierna är gemensamma för kommission, konsignation och leasing. Det avgörande för gränsdragningen mot kreditförsäljning med äganderättsförbehåll, och därmed separationsrätten, är antingen:

1. att försäljningen kan anses ske för annans räkning, eller
2. att huvudmannen (kommittenten/konsiganten/leaseta garen) ändock kan anses stå marknadsrisken för varan (varvid det starkaste bevismedlet härför är de närmre villkoren för en returrätt/returrisk).⁶⁴

60 SOU 1988:63 s. 95 f.; detta gäller emellertid även vid försäljning med äganderättsförbehåll.

61 SOU 1988:63 s. 96. Samtidigt konstateras att rättsläget är oklart, vilket är riktigt eftersom saken aldrig ställts på sin spets i rättspraxis, åtminstone inte från HD (jfr diskussionen ovan avsnitt 3.2). Gränsen mellan konsignation och leasing där leasingkunden har fri förfoganderätt är dock obefintlig (NJA 2009 s. 79).

62 I § 3 st. lagen (1978:559) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl. Se härom NJA II 1915 s. 306 f., SOU 1994:120 bl.a. s. 285 ff. samt Möller, *Civilrätten vid finansiell leasing*, s. 53 ff.; jfr Håstad, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, s. 295 ff. samt Håstads tillägg till NJA 2009 s. 79.

63 Jfr Möller, *Civilrätten vid finansiell leasing*, s. 62 ff. och nedan.

64 I NJA 2009 s. 79 var det närmast uppenbart att avtalet bort omklassificeras; där hade återförsäljaren både rätt och skyldighet att senast vid viss tidpunkt förvärva varorna till fast pris,

Gemensamt för fall ett och två är att det avgörande i de båda situationerna är hur returrätten respektive returrisken gestaltat sig i det enskilda fallet. I fall två återstår överhuvudtaget inget annat gränsdragningskriterium eftersom försäljningen sker för egen räkning. I fall ett kan däremot i sällsynta situationer brist på returrätt och returrisk läkas genom att huvudmannen anses ha ett betydligt resultatintresse vid vidareförsäljningen till tredje man.

Förmånen av separationsrätt förutsätter alltså viss uppoffring. För en leverantör kan det därför tyckas finnas två val; antingen accepterar han att stå affärsrisken för varan för att komma i åtnjutande av separationsrätt, eller så väljer han att inte acceptera den risken men får då samtidigt godta sämre behandling i kredit-hänseende. De leverantörer som väljer det första alternativet kan anses ha gjort sig förtjänta av en giltig säkerhetsrätt, men inte de som väljer det senare alternativet. Argumentet har enligt min mening viss tyngd, men åtminstone två bärande invändningar kan riktas mot detta ”uppoffringsresonemang”.

För det första kan det framstå som uteslutet när varorna lämnas till återförsäljaren att returrätten faktiskt kommer att utnyttjas.⁶⁵ Detta kan ha flera anledningar. Marknadsrisken för varan kan vara obetydlig när efterfrågan är hög eller när konkurrensen i den aktuella branschen är låg eller helt enkelt enkelt därför att endast en begränsad mängd varor levererats. Ett slentrianmässigt tillägg i ett avtal om returrätt bör inte få medföra att förfoganderegeln kringgås. Det kan samtidigt vara värt att framhålla att det knappast föreligger någon enighet kring vad som krävs för att en returrätt och returrisk ska vara ”verklig”. Förutsatt att det finns en tydlig marknadsrisk för själva varan, tillkommer den omständigheten att det finns otaliga exempel på olika options- och avräkningsvillkor där det många gånger saknas säkra svar.⁶⁶ Att avgöra den *reella ekonomiska* risken för varan och sedan jämföra den med den *avtalade* risken är således en mycket svår uppgift och ger upphov till knepiga frågor av såväl rättslig som faktisk (bevisrättslig) art. Den slutsatsen kan i varje fall dras att uppoffringsresonemanget bara kan göras gällande i vissa situationer där marknadsrisken är mer eller mindre tydligt framträdande. För en leverantör kan det ofta vara svårt på att förhand bedöma vilken faktisk returrisk han bär, eftersom den beror på de affärsmässiga villkoren

varvid det stod klart att återförsäljaren stod marknadsrisken för varan (denne hade ju därmed såväl fördelen som nackdelen av prisutvecklingen på marknaden). Se vidare Håstads tillägg till domen.

65 Jfr SOU 1988:63 s. 52 ff.

66 För leasingfallen kan här hänvisas till Möller, *Civilrätten vid finansiell leasing*, s. 62 ff. med olika ”typfall”, varav de absolut flesta saknar säkra svar i rättspraxis, och för kommissionsfallen kan hänvisas till SOU 1988:63 s. 52 ff., s. 59 f. och s. 260 (jfr här återigen med Möller, bl.a. s. 65 ff.).

i det enskilda fallet. Detta innebär även att det för en leverantör som överväger att ge kredit kan vara svårt att på förhand avgöra huruvida han med framgång kommer kunna göra gällande separationsrätt i godset.

För det andra utgår resonemanget ifrån att leverantören har en verklig valfrihet. Pondera emellertid att köparen verkligen vill fungera som en riktig återförsäljare med hänsyn till egenintresse i att själv kunna kontrollera försäljningscykeln samt uppnå maximal vinstutdelning (och samtidigt stå – den ibland obefintliga – risken för utebliven försäljning). Beroende på de inbördes styrkeförhållandena mellan parterna kan säljaren tvingas acceptera en sådan ordning; på sin höjd kan säljaren lyckas övertyga köparen om att kontraktet inte bör motsvara de verkliga förhållandena, varefter parterna nedlägger tid och pengar på detta. Huruvida en domstol kommer att godta upplägget beror helt på konkursboets eventuella processföring. Är det rimligt att säljaren inte ska kunna åtnjuta säkerhet till osälda varor i fall som dessa, bara därför att köparen inte accepterar att säljaren ska fungera som en egentlig huvudman?⁶⁷

4.1.3 NÅGRA PRELIMINÄRA SLUTSATSER

Det finns en beaktansvärd risk, illustrerad och analyserad i det föregående, att näringslivets aktörer förbrukar resurser för att på olika sätt komma runt den gällande regeln att äganderättsförbehåll är ogiltiga om köparen har rätt att sälja varan före slutbetalning. Ett slopande av kravet på förfogandeförbud vid äganderättsförbehåll skulle medföra att parterna slipper nedlägga tid och pengar på olika kringgåendekonstruktioner. På samma sätt skulle såväl konkursförvaltare som domstolar besparas från att befatta sig med svåra gränsdragningsfrågor. Allt detta skulle medföra praktiska, rättstekniska och rättsekonomiska fördelar. Rättstillämpningen skulle bli mer enhetlig och en mycket efterfrågad förutsebarhet skulle kunna tillgodoses.⁶⁸ Överhuvudtaget bör finansiering av återförsäljning kunna ske utan att parterna behöver ta en massa omvägar, såvida inte starka skäl kan anföras mot en sådan ordning.⁶⁹ Från saklig synpunkt förefaller olikheterna, som visats, ibland slumpmässiga.⁷⁰

67 Se vidare nedan avsnitt 4.3 in fine där diskussionen utvecklas angående fördelarna med en friare syn överhuvudtaget på parternas dispositionsfrihet över avtalet.

68 Som nyare rättsfall kan nämnas, förutom NJA 2009 s. 79, även NJA 2010 s. 154 och NJA 2012 s. 419.

69 Se avsnitt 5.

70 Sakrätten är ett tvingande rättsområde, men tillhör likväl i processrättsliga termer det dispositiva varav följer att domstolarna är bundna av parternas yrkanden och åberopanden (17 kap. 3 § rättegångsbalken (1942:740)). NJA 2009 s. 79 är ett gott exempel på att en invecklad regelmassa inte bara medför svårigheter för domstolen utan även för parterna, eftersom de ibland inte vet vilka omständigheter de ska åberopa (eller vem som ska åberopa dem, låt vara att omständigheterna i det fallet var ganska speciella). Uppenbarligen räknade konkurs-

4.2 INTERNATIONELLA HÄNSYN SOM ETT ARGUMENT FÖR EN REFORM

Ett annat mycket viktigt argument för en reform är att ett slopande av ogiltighetsregeln skulle ge bättre villkor åt den internationella handeln. Säkerhetsrätt till såld egendom fram till faktiskt förfogande finns i den absoluta majoriteten av de europeiska rättsordningarna, liksom i flera utomeuropeiska länder varav här kan nämnas Australien, Sydafrika och USA.⁷¹ Som nämndes i inledningen till denna artikel är återförsäljaravtal ofta internationella, och såväl ett svenskt som ett bredare europeiskt perspektiv kan med fördel anläggas.

Vad gäller det förstnämnda kan inledningsvis anmärkas att parterna inte kan avtala om lagval i sakrättsliga frågor. Den tvingande svenska IP-regeln innebär att svensk rätt ska tillämpas, om saken befinner sig här vid tiden för den händelse vars sakrättsliga verkningar ska bedömas (*lex rei sitae*).⁷² När en utländsk leverantör säljer till en svensk återförsäljare innebär detta att det äganderättsförbehåll som leverantören uppställt, och som kan vara gällande i hans land, underkänns när varorna anländer hit. I ett sådant läge måste utländska leverantörer trygga sina leveranser med andra, dyrare alternativ för att säkerhetsställa sina krediter. Detta är ofta förenat med svårigheter, vilket kan leda till att svenska näringsidkare får betala ett högre pris än motsvarande utländska konkurrenter för samma transaktion.⁷³ I värsta fall vänder sig leverantören till återförsäljare i andra länder än Sverige. I sammanhanget kan följande uttalande, taget ur regeringens proposition till den nya kommissionslagen, nämnas:

*”I flera europeiska rättsordningar har återtagandeförbehåll en starkare ställning än enligt svensk rätt och kan stå sig också när avsikten är att köparen ska sälja en vara vidare eller bearbeta den. En ökande gränsöverskridande handel och fördelen med gemensamma regler på ett för näringslivet så praktiskt viktigt område som detta kan motivera att den svenska rätten anpassas nära till vad som gäller i andra jämförbara länder.”*⁷⁴

boet med att den fria förfoganderätten var tillräcklig grund för omklassificering. Förutom den dåliga förutsebarheten som följer redan av att en samlad bedömning ska göras av alla omständigheter i det enskilda fallet, tillkommer sålunda att en mindre god processföring kan leda till att lika fall behandlas olika. Även av detta skäl kan det finnas ett behov av att samordna rättsföljderna för de nu behandlade säkerhetsarrangemangen.

71 Se för en någorlunda uppdaterad genomgång *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, (red. Eva-Maria Kieninger). För nu aktuellt spörsmål se Del II, Case study, nr. 4.

72 Åtminstone om saken befunnit sig här under viss (kortare) tid, se NJA 1984 s. 693.

73 Se avsnitt 2 in fine med not 23.

74 Prop. 2008/09:88 s.83. Orsaken till att regeringen inte uttalade sig vidare om en eventuell reform

Anläggs ett europeiskt perspektiv, väcks också frågan om de svenska sakrättsliga reglerna på detta område överhuvudtaget är förenliga med EU:s grundläggande principer om fri rörlighet för varor. Det finns, som nämnts, en konkret risk för att reglerna verkar handelshindrande.⁷⁵ Saken har dock aldrig ställts på sin spets i Europeiska unionens domstol.⁷⁶

4.3 FÖRHÖJD KONKURRENS OM KREDITGIVNINGEN, ÖKAD DISPOSITIONSFRIHET FÖR PARTERNA M.M. SOM SKÅL FÖR EN REFORM

Övriga argument för ett avskaffande av förfoganderegeln har bland annat varit att det vid nuvarande ordning finns en risk för att säljaren avstår från att leverera varor om köparen hamnar i en tillfällig likviditetskris, vilket, om något, förvärrar en redan ansträngd situation och kan öka riskerna för ett konkursutbrott. Omvänt skulle ett utökat skydd för säljaren medföra att köparen kan ta sig ur en tillfällig kris genom att det skapas incitament för säljaren att fortsätta att erbjuda kredit; säljarens säkerhet kommer inte omedelbart att upphöra så fort varorna anlänt till köparen. Sker ingen försäljning behåller säljaren sin säkerhet, medan chansen till betalning ökar om varan faktiskt säljs.⁷⁷ Det kan i och för sig ifrågasättas om det alltid är önskvärt att företag ”på fallrepet” bereds ytterligare kredit. Detta kan även verka i motsatt riktning på så sätt att insolvensen kan fördjupas. Eftersom empiriska data saknas är det svårt att uttala sig om huruvida fortsatt leverans i dessa fall kan vara av godo eller inte. Emellertid kan ett förstärkt äganderättsförbehåll som stimulerar till ökad leverantörskredit förmodas leda till ökad konkurrens om kreditgivning, med lägre kreditkostnader som följd.⁷⁸

En annan särskild aspekt i relation till en reform är att vidareförsäljningsgods är mer värt i säljarens hand än i konkursboets. En försäljning av vidareförsäljningsgods genom konkursboets försorg medför nämligen viss kapitalförstöring, eftersom en sådan försäljning ofta resulterar i ett lägre pris än vad en leverantör hade kunnat uppnå via en försäljning på den

var att ”kommitténs förslag är dock i detta avseende inte tillräckligt underlag för lagstiftning”.

75 Jfr här även Akkermans, *Free Movement of Goods and Property Law*, bland annat sammanfattningen på s. 244 f. med hänvisningar.

76 Se ytterligare om harmoniseringsarbetet även Håstad i JT 2002/03 s. 745 ff.; särskilt s. 750 samt Håstads tillägg i NJA 2009 s. 79. En intressant uppsats som belyser den internationella aspekten, särskilt EU-aspekten, samt harmoniseringsarbetet är Linn Lestrups studentuppsats (2014) *Lex rei sitae och säkerhetsrätter i lösöre vid gränsöverskridande handel inom EU – är effekten av reglerna handelshindrande och är en harmonisering möjlig?*

77 SOU 1988:63 s. 88. Återvinningsreglerna skapar en spärr mot otillbörliga förfaranden i detta avseende.

78 Jfr Håstads tillägg i NJA 2009 s. 79.

fria marknaden.⁷⁹ Ur ett samhällsekonomiskt perspektiv är detta en nackdel. Eftersom leverantören är den som till bästa pris kan realisera säkerhetsunderlaget kan det också tänkas att denne är benägen att belåna detta högre än t.ex. företagshypoteks innehavaren.⁸⁰

Det har vidare anförts att det förefaller befogat att prioritera den kredit som möjliggjort förvärvet av godset, vilket i förlängningen skulle vara produktionsfrämjande, samt att det kan tyckas orättvist att ett varulager som precis har levererats ska få utnyttjas av andra borgenärer än säljaren.⁸¹ Argumenten har emellertid inte ansetts ha någon större tyngd, vilket är en uppfattning som jag delvis kan instämma i. Även andra borgenärer än leverantörer kan ha gett gäldenären kredit som kunnat möjliggöra förvärv, eller i övrigt ha ett lika rimligt men oprioriterat anspråk vid en konkurs. Som exempel har angetts en förskottsbetalande kund.⁸² Däremot har lagstiftaren inte varit främmande inför att införa separationsrätter närmast av rättviseskäl; just sådana anfördes till stöd för att införa avtalsprincipen för konsumenter.⁸³ Dessutom kan kanske även en förskottsbetalande näringsidkare inom en snar framtid uppnå sakrättsligt skydd redan genom avtalet.⁸⁴ Som redan noterats i avsnitt 1 sammanfaller många av de argument som anfördes till stöd för ett slopande av traditionsprincipen i utredningen från 2015 med de som nämnts här. Utredningen uttalade sig även kortfattat om regleringen av äganderättsförbehåll. Härvidlag förordades att det tillsätts en särskild utredning. Med instämmande från både näringsliv och advokater uppgavs att förfoganderegeln anses försvåra såväl handeln som kreditgivningen.⁸⁵

En särskild fråga är om en övergång till avtalsprincipen kan tänkas påverka diskussionen om en eventuell reform av regleringen av äganderättsförbehåll. En första iakttagelse är att om en köparens äganderättsanspråk blir gällande mot tredje man redan genom avtalet, även om varan finns kvar hos säljaren, framstår det som än mer följdriktigt att en säljare genom avtal kan ”hålla kvar” sitt äganderättsanspråk även sedan varan kommit i köparens besittning. Detta kan måhända i sig inte motivera att säljaren bör vara skyddad även när köparen medgettts fri förfoganderätt. Den kommitté som nyligen utrett avskaffandet

79 SOU 1988:63 s. 90, jfr motion 1997/98:L304.

80 Se nedan avsnitt 5.1 om inverkan på företagshypoteksunderlaget för det fall förfoganderegeln avskaffas.

81 Helander, *Kreditsäkerhet i lös egendom*, s. 726 och Adlercreutz, *Festskrift till Rodhe*, s. 14.

82 SOU 1988:63 s. 88. Jfr dock även nedan avsnitt 5.2.

83 Prop. 2001/02:134 s. 71 ff.

84 SOU 2015:18.

85 SOU 2015:18 s. 32.

av traditionsprincipen gör emellertid som antytts i avsnitt 1 en intressant koppling till en mer öppen syn på köparens och säljarens dispositionsfrihet över avtalet. En av kommitténs oreserverade utgångspunkter var att en köpare och en säljare bör vara fria att bestämma villkoren för köpet så långt möjligt utan att behöva ta hänsyn till köparens skydd vid säljarens konkurs.⁸⁶ Såvitt jag förstår grundas denna uppfattning på att en annan ordning kan riskera att leda till ökade och framförallt onödiga transaktionskostnader med ett försvarat varuutbyte som konsekvens, såväl inom som utom Sverige. En ökad dispositionsfrihet över avtalet kan också tänkas stärka förutsättningarna för att de avtal som träffas är rationella och produktiva. Resonemanget passar väl, om inte bättre, in även här och hänvisning kan göras till diskussionen i avsnitt 4.1, där uttrycket onödiga transaktionskostnader ter sig högst relevant.

5. ARGUMENT MOT EN REFORM

5.1 ETT FÖRSÄMRAT FÖRETAGSHYPOTEK?

Fördelarna med en reform måste naturligtvis vägas mot eventuella nackdelar. Ett mycket frekvent återoppat argument har varit att ett avskaffande av förfoganderegeln skulle inskränka företagshypoteksinnehavarnas rätt att få utdelning ur företagshypoteksunderlaget, vilket som bekant delvis består av gäldenärens varulager.⁸⁷ Det finns utan tvekan en viss sanning i detta påstående, men hur stor påverkan på *kreditmarknaden* som utökad separationsrätt för leverantörer faktiskt skulle få är emellertid svårt att avgöra.⁸⁸

Jag vill göra en rad invändningar mot detta argument. Exempelvis kan anföras att det i takt med att näringslivets aktörer blir skickligare på att komma runt äganderättsförbehållens begränsningar genom olika avtalskonstruktioner (och i takt med att domstolarna intar en alltmer snäv inställning till omklassificering), kommer ske en urholkning av företagshypoteksunderlaget oavsett. Det finns dessutom en möjlig lösning på problemet; de borgenärer som betingar sig säkerhet genom företagshypotek villkorar kreditavtalet genom att förbjuda gäldenären att köpa in varor vilka omfattas av äganderättsförbehåll.⁸⁹ Diskussionen kan dock fördjupas mer än så.

86 SOU 2015:18, jfr s. 90 och s. 100.

87 2 kap. 1 § lagen om företagshypotek. Se SOU 1988:63 s. 84 f., jfr Helander, *Krediträtt i lös egendom*, s. 725.

88 Se prop. 2002/03:49 s. 92 ff. och jfr SOU 1991:1 s. 296 (som förvisso rör de skäl som återopats för en inskränkning av företagshypoteket men som belyser svårigheterna med att ange de direkta följderna av en inskränkning eller utökning av viss säkerhetsrätt). För övrigt uttalas att bankerna många gånger begär säkerhet i företagshypotek utan att det är en nödvändig förutsättning för beviljandet av krediten.

89 Jfr SOU 1988:63 s. 85.

Ovan har konstaterats att det huvudsakligen är banker och andra kreditinstitut som utgör företagshypoteks innehavare. Det kan därför vara värt att framhålla, att företagshypotek endast är *ett* sätt för dessa borgenärer att skaffa sig betryggande säkerhet på. Detta är en väsentlig skillnad gentemot leverantörernas motsvarande möjligheter, som inte kan sprida sina risker lika lätt genom att använda andra kreditsäkringsmetoder. Dessutom är företagshypoteket långt ifrån den säkraste metoden för bankerna att skaffa sig säkerhet på.⁹⁰ Vidare torde bankerna ha bäst möjlighet att bevaka gäldenärens ekonomiska ställning och därmed att anpassa sin kreditrisk. Sammantaget med vad som diskuterats i tidigare avsnitt skiljer sig såväl möjligheten som kunskapen om kreditgivning mot säkerhet på ett avgörande sätt mellan å ena sidan banker och å andra sidan leverantörer; de förras verksamhet går som bekant ut på kreditgivning.

Det anförda ger anledning att fundera över om bankerna inte borde kunna hantera ett ökat leverantörsskydd genom att utnyttja det kunskapsövertag och inte minst de övriga säkerhetsrätter som står dem till buds. Det måste också framhållas att det strikt taget endast rör sig om en *omfördelning* av kreditbehovet från en egendomssfär till en annan; från in-teckningsunderlaget till leverantörens separationsrättsunderlag. Om detta är av godo eller inte kan inte enbart bedömas utifrån företagshypoteks innehavarnas intresse, eftersom det skulle vara detsamma som att säga att deras intresse väger tyngre än leverantörernas. Gäldenären bör själv få välja på vilket sätt han vill erhålla kredit, varefter borgenärerna får tävla om att ge de bästa villkoren. Det stämmer överens med hur marknaden i övrigt fungerar och som ovan nämnts innebär detta i sig en fördel, eftersom ökad konkurrens leder till lägre kreditkostnader totalt sett. Skulle gäldenären inte acceptera ett villkorat kreditavtal eftersom han hellre vill kunna få kredit genom avbetalningsköp, och i övrigt inte är beroende av ett särskilt stort rörelsekapital, är det svårt att se varför en sådan ordning ska motverkas endast av omtanke gentemot bankerna.⁹¹

90 Företagshypoteksunderlaget varierar ständigt, vilket exempelvis sker när en vara säljs, vilket också är tanken att det ska göra. Säkerheten är följaktligen redan från början otillförlitlig. Se också ovan not 82 om att företagshypotek ibland avkrävs slentrianmässigt. Det framstår som osannolikt att den omständigheten att delar av gäldenärens varulager belastas med äganderättsförbehåll skulle utöva ett avgörande inflytande på huruvida banken i ett enskilt fall ska låna ut pengar eller inte. Lån till företag baserar sig förmodligen ytterst på en uppskattning av företagets affärsidé och vinstgivningsmarginal, och andra säkerhetsrätter såsom borgen och fastighetspant lär ha mycket större betydelse än företagshypotek.

91 Företagshypoteks innehavarna förlorar inte rätten till varulagret om inte köparen uppnått sakrättsligt skydd. Notera att om avtalsprincipen införs, och samtidigt äganderättsförbehåll skulle tillerkännas sakrättsligt skydd trots ett eventuellt föfogandemedgivande, kan den sammanlagda effekten på företagshypoteket bli ganska kraftfull; företagshypoteks innehavarna blir då angripna från "två håll".

I samband med denna diskussion bör ytterligare en viktig iakttagelse göras. Ett förstärkt äganderättsförbehåll kommer, om det införs, sällan att inverka på den allmänt rådande likhetsprincipen vid konkurs; skulle inte leverantören få tillgodogöra sig värdet av varulagret kommer det likväl inte övriga borgenärer till godo så länge gäldenären upplåtit företagshypotek. Ett annat så viktigt skäl för att generellt vara restriktiv med att tillskapa nya separationsrätter har därmed fallit bort.

5.2 SLUMPARGUMENTET

Ett annat lika vanligt återoppat argument som berörts i avsnitt 4 har varit att det är slumpen som avgör om godset finns kvar när säljaren vill göra sin separationsrätt gällande.⁹² Säljaren får därför anses ha accepterat en risk för att underlaget för hans separationsrätt plötsligt försvinner. I förlängningen anses detta även innebära att säljarens säkerhetsrätt i varan blir så osäker, och därmed svag, att en säkerhetsrätt för säljaren ändå inte gör någon större skillnad.⁹³

Det är i och för sig riktigt att det är svårt att på förhand avgöra om viss vara kommer att finnas kvar vid en eventuell konkurs. Detta är emellertid inte likvärdigt med att säljaren accepterat en risk. Säljaren vill naturligtvis erhålla största möjliga säkerhet för att *undvika* en risk genom att ha kvar sin säkerhetsrätt så länge som möjligt. Skulle äganderättsförbehållet sedermera inte visa sig möjliggöra en tillfredsställande säkerhet, har säljaren likväl haft att avyttra sina varor. I samband härmed aktualiseras emellertid en viktigare fråga; är det alltid en slump huruvida några varor alls finns kvar att separera vid konkursen?

Med detta som bakgrund kan man undra varifrån de stora leverantörsskulderna härrör och, inte minst, varför parterna gör sig sådant besvär att komma runt förfoganderegeln.⁹⁴ I verksamheter med dyrbara lager, där ett förstärkt äganderättsförbehåll har sin största betydelse, sker inte alltid vidareförsäljningen direkt efter inköpet. I många fall kan det snarare förhålla sig så att återförsäljaren vill hålla sig med ett stort lager för att kunna erbjuda ett varierat utbud, samtidigt som en försäljning av varorna endast förekommer periodvis. Ett gott exempel kan vara återförsäljare av bilar, motorcyklar och dylikt. Dessa är också exempel från rättspraxis där de ovan

92 SOU 1988:63 s. 83.

93 Ibid.

94 Se även beträffande leverantörsskulderna KFM:s rapport 2008:4 s. 12–13. I SOU 2015:18 s. 32 anförs också att näringslivet ständigt efterfrågar ett starkare äganderättsförbehåll. Om inte ett starkt äganderättsförbehåll skulle medföra några reella fördelar för leverantörerna kan man undra varifrån denna efterfrågan kommer.

berörda kringgåendekonstruktionerna är som mest vanligt förekommande.⁹⁵ I exempelvis en bilåterförsäljares konkurs är det inte alls orimligt att anta att ett förhållandevis stort lager bilar kommer finnas kvar vid konkursutbrottet. Detta framstår till och med som mycket sannolikt; skulle alla bilar vara borta har verksamheten uppenbarligen fungerat väl, och en konkurs framstår mot den bakgrunden som mindre trolig.

Trots det nyss sagda framstår slumpargumentet fortfarande i viss mån som övertygande. Ska särskilda krav gälla för borgenärsskydd kan det antas att den allmänna funktionen är att dra en gräns mellan skyddsvärda och icke-skyddsvärda anspråk. Varför ska borgenärer som inte samtyckt till att stå skyddslösa, exempelvis borgenärer som grundar anspråk på utomobligatorisk grund, nekas prioritet, i motsats till den säljare som funnit sig i att eventuellt stå utan säkerhet? Ett sätt att se på saken är att det inte så mycket gäller att se till den enskilde säljarens mer eller mindre skyddsvärda anspråk, utan vad som framstår som en praktiskt lämplig lösning utifrån ett bredare samhälls-ekonomiskt perspektiv.

Som ovan framgått utvecklades äganderättsförbehållen mot bakgrund av behovet av att underlätta omsättningen och anskaffandet av kredit. Trots att det på ett sätt stred mot ”det sakrättsliga systemet” att tillerkänna förbehållen sakrättslig verkan – eftersom normala krav för sakrättsligt skydd i form av sakrättsliga moment inte ansågs behöva uppställas – var en annan inställning nödvändig av rent pragmatiska skäl. Bör inte samma skäl kunna anföras till stöd för att i vissa fall kunna bortse även från andra krav som eljest uppfattas som naturliga för borgenärsskydd, såsom att borgenären inte är skyddsvärd om han tagit en risk för att hamna i en situation utan sakrättsligt skydd? Det torde vara berättigat att anta att ett avskaffande av förfoganderegeln skulle öka leverantörernas intresse av att lämna kredit till kapitalsvaga återförsäljare. I förlängningen skulle det innebära att äganderättsförbehållets funktion, att främja omsättningen, skulle förstärkas ytterligare. Ett skäl till att avskaffa förfoganderegeln skulle således vara att i än högre grad anpassa regelsystemet efter näringslivets behov.

Som visats i avsnitt 3 har införandet av företagshypoteket ansetts kunna ske trots de betänkligheter som kan riktas mot det osäkra säkerhetsunderlaget, helt enkelt därför att praktiska behov tillåtit genombryta vad som annars uppfattas som sakrättsliga principer. Även traditionsprincipen har visat sig kunna vara möjlig att avskaffa eftersom den inte ansetts stämma överens med dagens

95 Jfr NJA 2009 s. 79 (husbilar), NJA 2010 s. 154 (motorcyklar) samt NJA 2012 s. 419 (bilar).

kommersiella förhållanden. Tyngdförskjutningar i synen på olika berörda intressen måste kunna, och tillåtas, uppstå. Ett övergripande rättspolitiskt syfte bakom reglerna som bestämmer fördelningen av ett konkursbos tillgångar har också angetts vara att reglerna bör utformas så att fördelningen svarar mot ett samhälleligt behov.⁹⁶

5.3 FÖRSVÅRANDE AV REKONSTRUKTION, ÖKAD RISK FÖR KONKURS OCH EN MER KOMPLEX KONKURSSITUATION

Det har vidare anförts att ett slopande av förfoganderegeln skulle försvåra en rekonstruktion utan konkurs. Det anses finnas en risk för att leverantörer på olika sätt skulle utöva påtryckningar för att förmå en köpare som närmar sig insolvens att inte förfoga över det levererade godset eller i värsta fall sätta köparen i konkurs innan det egentligen "behövs" för att köparen inte ska hinna göra sig av med godset så att separationsrätten går förlorad.⁹⁷

Det kan förvisso inte uteslutas att en eller annan leverantör skulle kunna agera på ett sådant sätt, men risken för ett sådant agerande torde i de flesta fall vara överdriven och stå i strid med affärsmässiga överväganden. Ofta sker kreditförsäljning genom mer eller mindre långvariga återförsäljaravtal. För parter som står i ständiga relationer till varandra är det ofta viktigt att upprätthålla dessa goda förbindelser; förtroendet och det framtida samarbetet mellan parterna kan förmodas stå i centrum för parternas intressen. I syfte att få till stånd en på längre sikt tillfredsställande uppgörelse lär det många gånger vara fördelaktigare för leverantören att omförhandla en del av villkoren, eller till och med bortse från dem, när det gäller köpare som hamnat i betalningssvårigheter. Att finna en ny samarbetspartner kan i flertalet fall förväntas bli dyrare. Det kan heller inte bortses från att leverantören torde ha visst intresse av att kunna upprätthålla ett gott anseende på marknaden.

Vad gäller risken för att leverantören skulle försätta gäldenären i konkurs fortast möjligt kan ytterligare anmärkas att 2 kap. konkurslagen (1987:692) innehåller noggranna rekvisit för vad som krävs för att sätta gäldenären i konkurs. Leverantörer har därför inte större möjligheter än någon annan att försätta gäldenären i konkurs. Härtill kommer att det snarast är ett generellt problem att borgenärer kan ha ett intresse av att försätta gäldenären i konkurs så snabbt som möjligt för att insolvensen inte ska förvärras och deras chans till utdelning i motsvarande mån minska. Störst incitament till ett sådant

96 Jfr prop. 2002/03:49 s. 64 f.

97 SOU 1988:63 s. 87.

förfarande torde *oprioriterade* borgenärer ha. Argumentet är så pass allmängiltigt att det inte förtjänar beaktande.

Det har vidare uttryckts oro över att konkursförvaltaren skulle åläggas ett stort mått av merarbete om separationsrätt till levererade varor skulle kunna göras gällande i större utsträckning.⁹⁸ Exempelvis har anförts att konkursförvaltaren skulle tvingas utreda för vilket gods äganderättsförbehållet gäller vid konkursutbrottet och från vilken leverantör respektive gods härstammar. Skulle leverantören ha sålt likadant gods vid flera tillfällen och köparen betalat en del av godset, måste konkursförvaltaren dessutom avgöra om det går att hänföra det gods som fanns vid konkursutbrottet till de försäljningar som inte är betalda.⁹⁹ Hur dessa förhållanden avviker från vad som redan är fallet idag, med den specialitetsprincip som för närvarande råder, är högst oklart, låt vara att de nu nämnda undersökningarna måste vidtas i en något större utsträckning än annars vid en eventuell reform. Det måste också påpekas att detta argument precis som det förra är så pass allmängiltigt att det kan användas snart sagt varje gång en utvidgning av en separationsrätt ska övervägas; en ny separationsrätt medför alltid visst merarbete för konkursförvaltaren. Såvitt det nu är aktuellt uppstår även frågan om inte konkursförvaltaren dessutom i motsvarande mån besparar sig visst arbete genom att slippa ta ställning till andra svåra gränsdragningsfrågor.¹⁰⁰

Ännu ett argument har varit att den fortsatta driften i ett konkursbolag skulle försvåras om leverantörerna får en ökad möjlighet att separera gods vid konkursen.¹⁰¹ Häremot kan invändas att leverantörerna redan enligt gällande rätt har möjlighet att separera varor vid en konkurs såvida äganderättsförbehållet är giltigt. Giltiga äganderättsförbehåll där separationsrätten inte bortfaller på grund av förfoganderegeln kan i första hand göras gällande i anläggningstillgångar (dessa säljs sällan vidare). Det är, i min mening, i första hand en separation av dessa tillgångar som torde medföra de största svårigheterna för en fortsatt drift av konkursbolaget, till exempel en viktig maskin. När det gäller omsättningstillgångar är det svårare att se hur driften av konkursbolaget kan försvåras.¹⁰² Slutligen kan nämnas att problemet skulle kunna lösas genom att separationsrätten, i de

98 Se för det närmast följande SOU 1988:63 s. 86 f.

99 NJA 1976 s. 251 ("sopcontainrarmålet").

100 Jfr avsnitt 4.1.1–4.1.3 ovan.

101 SOU 1988:63 s. 86.

102 Med undantag möjligen för bearbetningsgods. Skulle den maskin som är ägnad att förädla godset försvinna torde bearbetningsgodset emellertid vara värdelöst för den fortsatta driften ändå.

fall där den fortsatta driften riskerar att påtagligt försvåras, kan få avse värdet av levererat gods, eller i förekommande fall värdet av köparens restskuld (i den mån skulden inte överstiger varans värde vid konkursutbrottet).¹⁰³

6. BÖR EN REFORM SKE, OCH I SÅ FALL, AV VEM?

Att få ett verkligt grepp om vilka faktiska verkningar olika lösningar på sakrättsliga problem kan få har visat sig vara en svår uppgift. De rättsliga faktorerna har varit svåra att skilja från andra faktorer, och det är inte omöjligt att det kan krävas rättsekonomiska och/eller rättssociologiska undersökningar. Egentligen skulle dessutom samtliga säkerhetsrätter behöva analyseras innan några generella slutsatser dras. Här har det blivit praktiskt nödvändigt att sänka ambitionsnivån något.¹⁰⁴ Enligt min mening finns det trots dessa svårigheter visst fog för uppfattningen att tidigare utredningar underskattat fördelarna och överdrivit nackdelarna med ett slopande av förfoganderegeln. Min bedömning är att förfoganderegeln inte står i proportion till de syften den avser att fylla. Några allvarigare hinder för att tillerkänna leverantörer säkerhetsrätt i orörda varulager har alltså inte kunnat påvisas.

Frågan om vem som bör gå i bräschen för en nyordning är en fråga för sig. Eftersom förfoganderegeln växt fram i rättspraxis finns i och för sig inga formella hinder mot att HD avskaffar regeln på samma sätt. Regeln har emellertid varit i kraft i åtminstone hundra år, och rättssäkerheten har stor betydelse inom sakrätten. Dessutom kan HD inte uppställa några övergångsregler. Ett absolut minimum för att HD ska ta sig an uppgiften är, enligt min mening, att den sakrättsliga doktrinen uppvisar en närmast oinskränkt samstämmighet om att en förändring är påkallad, vilket inte är fallet för närvarande.

103 Det vill säga egentligen blir separationsrätten i dessa fall en slags (särskilt stark) *förmånsrätt*, jfr SOU 1988:63 s. 86. Återigen torde det främst vara bearbetningsgods som härvidlag blir aktuellt. Såvitt jag förstår borde emellertid konkursboet redan enligt 63 § köplagen (1990:931) kunna inträda i avtalet om det finns ett sådant intresse. För problemet om konkursboets rätt till inträde är tvingande eller inte, se Hellner, *Särskilda Avtal II, Häfte II, Allmänna ämnen*, s. 90 f. (med not 24 med vidare hänvisningar). Samtidigt bör framhållas att en omvandling till en slags förmånsrätt medför att vissa av de argument som anförts ovan för en reform bortfaller, t.ex. att leverantören kan få ut ett större värde av varorna jämfört med konkursboet.

104 En jämförelse kan göras med den utredning som nyss avlagt förslag om avskaffandet av traditionsprincipen. Kommittén brottades med liknande svårigheter och fick bl.a. konstatera att det fanns så många osäkerhetsfaktorer att det var lönlöst att "låta göra några självständiga empiriska studier av den svenska handeln med varor inom olika branscher eller några matematiska beräkningar av det tänkbara samhällsekonomiska utfallet av en övergång till avtalsprincipen", SOU 2015:18 s. 30. Ytterst blev man hänvisad till rimlighetsbedömningar och sunt förnuft.

Förutom dessa allmänna iakttagelser finns det många viktiga fördelar med en lagstiftningsprocess. En utredningsgrupp som är väl insatt i ämnet har bättre möjligheter att överblicka för- och nackdelar än vad HD har; inte minst tidsaspekten är avgörande. Till detta kommer att ett eventuellt förslag kan remissbehandlas, varigenom värdefulla synpunkter kan inhämtas. Rätts-säkerhetsaspektens vikt har redan understrukits, och som ovan framgått kan det härutöver finnas behov av internationell samordning. Det finns också ett värde i sig av att lagstiftaren tar ett samlat grepp, inte bara om äganderättsförbehållen, utan helst kring samtliga kreditsäkerhetsrätter.¹⁰⁵ Att sakrätten i många avseenden kan framstå som otidsenlig och stillastående torde till största del ha sin förklaring i svårigheterna, men även oviljan, från HD:s sida att utveckla ett sakrättsligt system som motsvarar dagens kommersiella behov, utan stöd i lag. Det är viktigt att komma ihåg att övervägningar mellan olika borgenärs rätts *ytterst* är en politisk fråga, och inte en juridisk.

7. AVSLUTANDE ORD

Min uppfattning är, vilket framgått i det föregående, att ett äganderättsförbehåll bör tillerkännas sakrättsligt skydd även om köparen medgetts rätt att förfoga över varan, så länge varan finns kvar orörd och obetald vid den kritiska tidpunkten. Det rättspolitiska motivet till att erkänna ett starkare äganderättsförbehåll skulle ytterst vara att det skulle fylla vissa praktiska behov. Affärsavtal, som idag inte kan fullföljas eller som endast kan fullföljas genom kringgående-konstruktioner med osäkra resultat, skulle kunna genomföras på ett regelrätt sätt. Att inte tillerkänna parterna i avtalsförhållandet en möjlighet att åstadkomma säkerhet för säljaren till orörda varor, samtidigt som köparen medges rätt att betala säljaren med medel som influtit från en vidareförsäljning, riskerar att inverka negativt på omsättningen och representerar inte något uppenbart skyddsintresse.

Tvärtom kan en nyordning antas förenkla avtalsingåendet och därmed underlätta omsättningen av varor (såväl nationellt som internationellt), vilket skulle bidra till att uppfylla de politiska ändamålen med äganderättsförbehållet – att skapa gynnsammare förutsättningar för handeln och kreditgivningen. En nyordning skulle också göra det möjligt för näringsidkare att i större utsträckning finansiera varandra oberoende av extern finansiering, vilket är en fördel framförallt för mindre företag. Den föreslagna ordningen är förvisso ett brott mot principen att en borgenär inte bör vara skyddad när

¹⁰⁵ Se allmänt om kritiken mot sakrättens bristande överskådlighet, särskilt Helander, *Kreditsäkerhet i lös egendom*, s. 17, men även Adlercreutz, *Finansieringsformers rättsliga reglering* (2 uppl 1995), s. 36 f., samt Tiberg, *Lösöresköp och köp av lösöre*, i *Svensk rätt i omvandling. Studier tillägnade Hilding Eek, Seve Ljungman och Folke Schmidt*, s. 577 ff.

han accepterat ett glapp i borgenärsskyddet, även om denna principns räckvidd som visats är omdebatterad och oklar, men torde vara betingad av praktiska och ekonomiska realiteter. Sammantaget bedömer jag att det finns goda skäl för lagstiftaren att överväga en reform och tillsätta en utredning i frågan. 