

Förfogandelegitimation och teknikneutralitet

EMIL ELGEBRANT*

1. Inledning och problemformulering

Diskussioner rörande mot varandra stående ändamål, definitioner och lösningar på en rad olika problem med anknytning till nya företeelser som utsläppsrätter, stödrättigheter, kyotoenheter, kryptovalutor, betalappar och Swish är inte alltid lätta att föra. Inte för att de är nya på den rättsliga arenan utan för att de ofta bedöms utifrån regelverk som tillkom i en verklighet som i flera avseende skiljer sig från den vi lever i idag. Med Göran har dessa diskussioner aldrig varit svåra att föra, tvärt om, och de är sedan lång tid tillbaka en vital del av min vardag.¹ Denna text är en fortsättning på denna aldrig avslutade diskussion med utgångspunkt i tankar från mitt nuvarande forskningsprojekt "Sakrättslig identitet för annat än saker".²

Ett av problemområdena inom det förmögenhetsrättsliga området vid införandet av nya tekniska lösningar på värdepappersmarknaden eller andra tekniska betalningshjälpmedel såsom olika betalningsappar, elektroniska skuldebrev, kryptovalutor etc. är att det ofta skapas en egendom som saknar fysisk representation. I ett rättsligt perspektiv är det inget ovanligt att rättssystem även betraktar annat än saker som egendom. Fordringar, rättigheter, kontobaserade finansiella instrument, immaterialrätter m.fl. saknar alla fysisk representation men har sedan lång tid tillbaka betraktas som om de vore en sak även om de inte utgör en sak i egentlig mening. Den rättsliga teknik som lagstiftaren och rättstillämpare har använt sig av för att i ett förmögenhetsrättsligt och obeståndsrättsligt perspektiv hantera olika slag av egendom, som inte utgör saker, skiljer sig dock åt mellan de olika egendomsslagen och de rättsteoretiska förklaringsmodellerna har i mångt och mycket varit både ologiska och opedagogiska.³

* Docent i civilrätt vid Stockholms universitet.

¹ Göran Millqvist var fram till 2012 min huvudhandledare och är numera min kollega på SCCL vid Stockholms universitet.

² Forskningsprojektet "Sakrättslig identitet för annat än saker" finansieras av Torsten Söderbergs stiftelse och planeras pågå till 2019.

³ Med egendom som saknar fysisk representation avses i detta sammanhang, motsatsvis, all egendom som inte är en fysisk sak. Det kan således röra sig om finansiella instrument,

I denna text diskuterar jag utifrån att det är en ägares *förfogandelegitimation*, i vid bemärkelse, som skapar avgörande problem inom det obeståndsrättsliga området med avseende på digital egendom.⁴ Ett grundläggande antagande till att förfogandelegitimationen är avgörande är att sakrättslig verkan, oavsett vilket sakrättsmoment som anses tillämplig, på ett eller annat sätt är knutet till en faktisk förändring av förfogandet av egendomen, oavsett om denna förändring skett genom tradition, denuntiation eller något annat erkänt sakrättsmoment.⁵ Detta antagande stöds även av senare års praxis där det numera klart framgår att besittningsbegreppet i flera sammanhang kan tolkas utifrån överlåtarens/pantsättarens faktiska rådighetsavskärande eller faktiska förfogandeavskärande snarare än utifrån dess avstående av fysiska besittning.⁶ Liknande förskjutning i rättsläget föreligger även med avseende på innebörden av andra sakrättsmoment som exempelvis denuntiation enligt 31 § 2 st. skuldebrevslagen⁷. I ett obeståndsrättsligt perspektiv utgår således problematiken från att omsättnings- eller borgenärsskydd ofta, men inte alltid, kräver att äganderätten manifesteras på annat sätt än att en obligationsrättsligt giltig överlåtelse rättshandling kan styrkas. Innebörden av denna manifestation och i vilken utsträckning vissa faktiska åtgärder skall genomföras är i stora delar oklart, särskilt med avseende på egendom som saknar fysisk representation.⁸

I ett aktuellt avgörande, NJA 2017 s. 769 (Collectors elektroniska skuldebrev), stod Högsta domstolen inför frågan om ifall ett elektroniskt skuldebrev ställt till viss man eller order kan anses vara ett löpande skuldebrev. Detta ansågs möjligt, under förutsättning att en gäldenär som erlagger betalning kan på informationsteknisk väg ställas i samma säkra position

fordringar, upphovsrätter, patent, utsläppsrätter, elcertifikat, olika typer av associationer, bruksrätter etc.

⁴ Temat har tidigare berörts utifrån andra perspektiv av mig i Elgebrant, Emil, *Ägande & värde av utsläppsrätter och andra liknande handelsobjekt*, Jure Förlag, 2012 samt i Elgebrant, Emil, *Kryptovalutor, Särskild rättsverkan av bitcoins och andra liknande betalningsmedel*, Wolter Kluwer, 2016.

⁵ Se bl.a. NJA 1912 s. 156, NJA 1998 s. 29, NJA 1998 s. 275, NJA 1998 s. 545, NJA 2006 s. 45, NJA 2008 s. 684, NJA 2009 s. 889, NJA 2010 s. 154, NJA 2010 s. 617, NJA 2011 s. 524, NJA 2012 s. 391, NJA 2012 s. 419.

⁶ Se NJA 2000 s. 88, NJA 2007 s. 413, NJA 2008 s. 684 m.fl.

⁷ Se bl.a. diskussionen om mottagandelegitimation och betalningslegitimation i NJA 1995 s. 367 där HD poängterat att det som var avgörande för att uppnå sakrättsligt skydd var att ett avskärande av den faktiska förfogandelegitimationen skett, inte ett avskärande av betalningslegitimation eller annat.

⁸ Denna ytterligare manifestation av äganderätten gör sig även gällande inom det köprättsliga området där egendomen i fråga måste avlämnas för att vissa regler i köplagen ska kunna tillämpas. En annan sida av samma manifestation återfinns även i det straffrättsliga egendomsskyddet i 8 kap. BrB där det förutsätts att någon sorts fysisk handling (tagande) har skett. För att bli dömd för stöld enligt 8 kap. 1 § BrB förutsätts till exempel att en besittningsändring av egendomen har skett, se Jareborg, Nils, *Brotten – andra häftet – Förmögenhetsbrotten*, Studentlitteratur, Stockholm, 1986, s. 35.

som när anteckning sker på en skuldebrevshandling eller när han återfår handlingen.

”Att skuldebrevslagen utgår från att kravet på rådighet och kontroll över fordringsförhållandet utövas genom ett unikt och besittningsbart pappersdokument kan emellertid inte anses innebära att löpande skuldebrev måste ha pappersform eller på motsvarande sätt manifesteras i ett fysiskt föremål. Lagen bör kunna tillämpas teknikneutralt, om det kan ske med upprätthållande av de skyddsändamål som reglerna i skuldebrevslagen är avsedda att fylla.” (NJA 2017 s. 769, p. 8)

Högsta domstolen utgick i fallet från att skuldebrevslagens regler visserligen innefattar ett underliggande krav på att det ska finnas en möjlighet att besitta skuldebrevshandlingen (med följande rådighet och kontroll över fordringsförhållandet). Rådigheten och kontrollen över fordringsförhållandet kunde dock ersättas genom andra tekniska lösningar, så länge som skuldebrevslagens skyddsändamål upprätthålls.⁹ HD:s resonemang i domen är intressant utifrån flera perspektiv, men med avseende på temat i denna text är en tillkommande intressant fråga i vilken utsträckning Högsta domstolen i detta avgörande anknyter till tidigare praxis likabehandlings- och teknikneutralitetsskäl för att på så sätt fylla ut luckor eller oklarheter i gällande rätt rörande digital egendom i stort. Om så är fallet är frågan om argumenteringen till förmån för teknikneutralitet och likabehandling även bidrar till att förutsättningarna för tredje mans skydd förskjuts ytterligare. Min uppfattning är att det inte kan uteslutas.

2. Allmänt om förfogandelegitimation för digital egendom

Termen förfogandelegitimation används främst inom det skuldebrevsrättsliga området med avsikt att beskriva borgenärens relation till tredje man, dvs. vem som har rätt att förfoga över ett skuldebrev, se 13 och 14 §§ skuldebrevslagen. Användningen av termen förfogandelegitimation är dock spridd även utanför det skuldebrevsrättsliga området i syfte att beskriva vem som är legitimerad att förfoga över en egendom, särskilt då intressekonflikter mellan anspråk från tredje man föreligger. En både språklig och rättslig innebörd av termen torde således utgå ifrån att förfogandelegitimation avser all faktisk möjlighet en innehavare har att med rättslig verkan företa dispositioner avseende egendomen. Detta innebär att då förfogandelegitimationen är avskuren till följd av ett sakrättsmoment är en överlåtare eller pantsättare förhindrad att med rättsverkan överlåta

⁹ Se Mikael Mellqvist, Elektroniska skuldebrevs rättsliga karaktär, JT 2017–18, s. 855 f.

eller pantsätta egendomen på nytt. Uppkomsten av omsättningskydd för förvärvaren sammanfaller således med förlorad förfogandelegitimation för överlåtaren eller pantsättaren. På liknande sätt förhåller det sig med överlåtarens avskärande av förfogandelegitimationen genom tradition vid en lösörestransaktion.

Med avseende på digital egendom saknas det inte någon generell möjlighet att förfoga över egendom. Som all annan egendom kan även denna typ av egendom förfogas över såtillvida att den obligationsrättsligt går att överlåta, pantsätta eller disponeras över som om den vore vilken egendom som helst. Vad som däremot är problematiskt är att avgöra innebörden av förfogandelegitimationen i sammanhanget, och särskilt innebörden av det i praxis återkommande uttrycket "den faktiska möjligheten att förfoga över". I ett praktiskt perspektiv används närapå alltid olika hjälpmedel för att kunna disponera över egendomen (exempelvis en bankdosa, virtuell plånbok eller olika koder till register som i sig går att ha tillgång till och förfoga över etc.). Vad som däremot är oklart är om och i vilken utsträckning tillgången till dessa verktyg eller nycklar har för möjligheten att erhålla sakrättsligt skydd.

Då ett avskärande av förfogandelegitimation är ett bakomliggande krav för att uppnå tredjemansskydd har det i flera fall funnits skäl för lagstiftaren att med avseende på vissa egendomsslag legitimera förfogandet genom en av lagstiftaren angiven metod, nämligen registrering. Någon generell lagstiftning som ger tredjemansskydd för digital egendom saknas däremot, även om en analog tillämpning av 31 § skuldebrevslagen inte går att utesluta.

Det finns fyra alternativ att utgå ifrån för att sakrättsligt skydd ska kunna erhållas för digital egendom, (a) genom att lagstiftaren inför särskilda regler om rättsverkan av en registrering, (b) genom att en transaktion genomförs som i tillräcklig grad säkerställer förvärvarens position och därmed motsvarar ett faktiskt förfogandeavskärande, (c) denuntiation som även innebär ett faktiskt förfogandeavskärande, (d) avtalet ensamt eller (e) att sakrättsligt skydd inte erhålls överhuvudtaget.

Alternativ (a) har med avseende på vissa digitala egendomsslag skett vid flera tillfällen. Ett exempel är de särskilda regler som infördes på 1980-talet rörande dematerialiserade finansiella instrument.¹⁰ Med avseende på förfogandelegitimationsfrågan infördes ett registreringsförfarande där den som är antecknad som ägare på ett avstämningskonto skall, med de begränsningar som framgår av kontot, anses ha rätt att förfoga över det finansiella instrumentet, se 6 kap. 1 § lag (1998:1479) om värdepapperscentraler och kontoföring av finansiella instrument. Denna s.k. *formella förfogandelegitimation* innebär även att godtrosförvärv av finansiella instrument vid dubbelöverlåtelse respektive obehörig överlåtelse är möjlig under vissa angivna

¹⁰ Aktiekontolagen (1989:827) (AKL) och dess nuvarande efterföljare, lag (1998:1479) om värdepapperscentraler och kontoföring av finansiella instrument (KFL).

förutsättningar enligt 6 kap. 3–4 §§ samma lag. Denna teknik användes även vid införandet av särskilda regler rörande utsläppsrätter och elcertifikat på 2000-talet då det skapades ett regelverk som starkt var influerad av reglerna för finansiella instrument.¹¹ Förfogandelegitimationen tillskrevs, på samma sätt som i reglerna för finansiella instrument, den som är registrerad på kontot, se 4 kap. 14 § lag (2004:1199) om handel med utsläppsrätter samt 3 kap. 10 § lag (2011:1200) om elcertifikat. För elcertifikat tillerkänner lagstiftaren även rättsligt skydd för godtrosvärv och pantsättning, vilket inte är fallet med avseende på utsläppsrätter.¹²

a. Förfogandelegitimation vid omsättningsskydd

Då digital egendom saknar fysisk representation, och därmed inte utgör lösöre i svensk rätt, är en tillämpning av lag (1986:796) om godtrosvärv av lösöre utesluten.¹³ Utöver att det enligt 1 § enbart är lösöre som omfattas av lagen följer även av 2 § att en besittningsförändring från överlåtaren till förvärvaren ska ske för att godtrosvärv ska vara möjlig. En analog tillämpning av godtrosvärvslagen anses enligt förhärskande uppfattning som utesluten, och några tecken från Högsta domstolen om att detta är på väg att ändras torde inte finnas. Att Högsta domstolen har öppnat upp för möjligheten att tolka besittningsbegreppet mer ändamålsenligt torde inte ändra tillämpligheten av godtrosvärvslagen för digital egendom. Att Högsta domstolen genom NJA 2017 s. 769 möjliggjort en tillämpning av samtliga skuldebrevslagens regler om löpande skuldebrev för elektroniska

¹¹ Vid tillkomsten av AKL hämtades inspiration från en rad olika håll, bl.a. 20 § SjöL, 14 § skuldebrevslagen, 18 kap. 1 § JB samt 6 kap. 8 § ABL. Enligt förarbetena till AKL framgår exempelvis att regeln i 6 kap. 4 § AKL (motsvarande 6 kap. 4 § KFL) tar sikte på situationer då ett aktieförvärv sker från någon som genom bedrägeri eller förfälskning har lyckats bli antecknad på ett aktiekonto som ägare till aktien. Förarbetena till KFL betonar att 6 kap. 4 § KFL bl.a. tar sikte på de fall där någon förvärvat finansiella instrument från den som är försatt i konkurs.

¹² Se vidare Elgebrant, Emil, Ägande & värde av utsläppsrätter och andra liknande handelsobjekt, Jure Förlag, 2012, s. 151 ff. samt 190 ff.

¹³ Det bör noteras att det även förekommer vissa allmänna regler angående exstinktiva godtrosvärv, exempelvis vid bristande befogenhet enligt 11 § AvtL, skenrättshandling enligt 34 § AvtL eller obehörig överlåtelse av löpande handling enligt 35 § AvtL. Då reglerna i 11 § och 34 § AvtL inte förutsätter något särskilt om besittning och besittningsövergång av avtalsobjektet, kan dessa regler tillämpas när det gäller avtal om digital egendom. Annonlunda förhåller det sig dock med avseende på godtrosvärvsregeln i 35 § AvtL, då digital egendom inte *per se* är en handling som gör sig gällande i innehavarens hand (det bör dock inte uteslutas att ett elektroniskt skuldebrev i enlighet med NJA 2017 s. 769 skulle kunna göra sig gällande i innehavarens hand. Regeln förutsätter att handlingen kommit ur utställarens eller gäldenärens besittning utan dennes vilja, vilket troligtvis ställningstagandet i NJA 2017 s. 769 skapat möjlighet för).

värdepapper, om än med vissa villkor, är däremot anmärkningsvärt. Vilken innebörd och vilka svårigheter detta kommer att leda till är dock svårt att förutse.

Med avseende på omsättningsskyddsfrågan för digital egendom som inte varit föremål för lagstiftarens uppmärksamhet saknas inte bara direkt lagstöd utan troligtvis även stöd för en ny vidare tolkning av besittningsbegreppet utöver vad som kan tänkas följa av NJA 2017 s. 769. I de fall en digital egendom anses som ett löpande skuldebrev skulle troligtvis både 14 § och 22 § skuldebrevslagen kunna tillämpas och i de fall digital egendom inte anses som ett löpande skuldebrev men ändå en fordran finns möjlighet att tillåta en tillämpning av skuldebrevslagen regler om extingktivt godtrosförvärv vid dubbelöverlåtelse enligt 31 § skuldebrevslagen (se även mer angående detta i avsnitt 2 b.). I de fall digital egendom inte är fordringsliknande är dock utgångspunkten att extingktivt förvärv inte kan ske. I denna kategori torde alla oreglerade egendomsslag falla, inklusive utsläppsrätter, kryptovalutor men även immaterialrätter.¹⁴

Det finns dock undantag med avseende på påståendet att icke fysiska egendomsslag som saknar särskild lagstiftning också saknar omsättningsskydd, nämligen *betalning av kontofordringar*. Svenska domstolar har haft stora svårigheter både med avseende på omsättningsskydd och borgenärskydd rörande kontofordringar och ett exempel rörande omsättningsskyddet är NJA 2009 s. 182 (angående kontofordringar och borgenärskydd, se avsnitt 2 b.).

I NJA 2009 s. 182 hade A från sin bank av misstag betalat för mycket till B, som kände till misstaget innan hans konto i en annan bank (C) krediterades. A:s rätt till återbäring från B ansågs inte gälla mot C (B:s bank), som i god tro tillgodogjort sig beloppet genom kvittning. I fallet framgår att banken ansågs kunna göra godtrosförvärv på betalningen med motiveringen att "tillämpning av bestämmelserna om överlåtelse av enkla fordringar inte ger betalningsmottagaren den trygghet som borde föreligga". Det bör diskuteras hur denna skrivning ska tolkas men att notera är att en kontoinsättning enligt förhärskande teori utgör en enkel fordran vilket innebär att godtrosförvärv enligt tidigare uppfattning inte är möjlig annat än vid dubbelöverlåtelse, se 31 § skuldebrevslagen. HD ansåg dock att resultatet av en tillämpning av 31 § skuldebrevslagen var orimlig i detta fall och argumenterade utifrån det fiktiva fallet då någon levererar en vara i förlitan på att hans konto krediterats genom en banköverföring. Enligt HD borde en betalningsmottagare som är i god tro om betalarens bristande

¹⁴ Med avseende på utsläppsrätter, se Elgebrant, Emil, Ågande & värde av utsläppsrätter och andra liknande handelsobjekt, Jure Förlag, 2012, s. 133 ff., med avseende på kryptovalutor, se Elgebrant, Emil, Kryptovalutor, Särskild rättsverkan av bitcoins och andra liknande betalningsmedel, Wolter Kluwer, 2016, s. 80 ff. och med avseende på immaterialrätter se NJA 2009 s. 695.

rätt i förhållande till sin bank eller till ett tidigare led när kontot krediterats ha en självständig rätt till beloppet.¹⁵ En, enligt HD, önskad konsekvens skulle annars bli att betalningsmottagaren hade anledning att ta ut beloppet i form av kontanter, varigenom denne vid god tro får en självständig rätt till pengarna.¹⁶ HD ansåg därmed att det skulle vara orimligt att rättsläget ändrades om betalningsmottagaren tog ut beloppet i kontanter, varför HD underkände tillämpningen av reglerna i 3 kap. skuldebrevslagen om enkla skuldebrev vid förfogande över banktillgodohavanden. Om NJA 2009 s. 182 i sammanhanget enbart ska tolkas vara tillämplig på betalningar eller om undantaget har en vidare räckvidd är dock oklart, det sistnämnda kan dock inte helt uteslutas.¹⁷

b. Förfogandelegitimation vid borgenärsskydd

Vid avsaknad av särskild lagstiftning om förfogandelegitimation kan en domstol vid en sakrättslig bedömning av digital egendom välja mellan följande tre alternativ; i) argumentera utifrån att ett faktiskt förfogandeavskärande har skett genom viss teknisk åtgärd, ii) argumentera utifrån en analog tillämpning av lämplig lag med tillhörande motivering av faktiskt förfogandeavskärande, iii) erkänna överlåtelsehandlingen i sig som tillräcklig förfogandelegitimation eller iv) inte erkänna borgenärsskydd alls. Historiskt sett har domstolarna oftast valt att inte erkänna tredjemansskydd utan särskilt lagstöd, men jag kommer i det följande att diskutera vilka möjligheter en domstol kan tänkas ha för att använda sig av alternativ i), ii) respektive iii) i ljuset av den senaste rättsutvecklingen på området.

Det första alternativet (i), att ett faktiskt förfogandeavskärande har skett genom viss teknisk åtgärd, utgår från att ett faktiskt förfogande- eller rådighetsavskärande är tillräcklig för att åstadkomma borgenärsskydd för en förvärvare. Med avseende på digital egendom nämndes i kapitel 1 att det av NJA 2017 s. 769 framgår att det är möjligt att säkerställa faktisk förfogandemöjlighet genom vissa tekniska åtgärder, åtminstone med avseende på klassificeringsfrågan i skuldebrevslagen. Beroende på vilka tekniska förutsättningar ett egendomsslag har, torde det innebära att om det går att, tekniskt sätt, helt säkerställa att en överlåtare eller pantsättare inte längre har faktisk möjlighet att förfoga över egendomen så är det, med stöd av NJA 2017 s. 769, inte omöjligt att erhålla tredjemansskydd den vägen. Om denna

¹⁵ Se NJA 1999 s. 793.

¹⁶ Jfr 14 och 15 §§ skuldebrevslagen.

¹⁷ Se även resonemang utifrån att HD i NJA 2009 s. 182 grundade sin bedömning på novation, se Lidquist, Carl, Om godtrosvärv respektive vindikation av bankmedel m.m., Juridisk Publikation 2/2009 s. 199.

tolkning är korrekt innebär det att det är de tekniska förutsättningarna för en enskild digital egendom som avgör möjligheten till tredjemansskydd.

Ett exempel då tekniska åtgärder kan tänkas vara tillräckliga för att utesluta en överlåtarens eller pantsättares faktiska förfogandemöjlighet är de tekniska steg som krävs för att en bitcoinstransaktion ska kunna ske. För att en transaktion av bitcoins överhuvudtaget ska kunna utföras krävs en rad olika faktiska (tekniska) omständigheter och där de centrala är a) ett överlämnande av privata och publika nycklar mellan parterna ska ske, b) verifiering genom s.k. mining av ett kryptovalutanätverk ska ske. Det finns goda skäl att utgå från att en utförd (bekräftad) transaktion i en blockkedja är den ensamt avgörande omständighet för både riskens övergång i ett köprättsligt perspektiv och för att ett faktiskt avskärande av förfogandemöjligheten för överlåtare/pantsättaren, till förmån för förvärvaren/panthavaren, sker. Om detta är ett tillräckligt faktiskt förfogandeavskärande eller ej är dock fortfarande oklart, men det kan inte uteslutas.¹⁸

Det andra alternativet (ii), att sakrättsligt skydd kan uppnås genom denuntiation, måste rimligtvis baseras på en analogilösning av 31 § skuldebrevslagen. För att en analogi ska kunna ske krävs att egendomslaget är "fordringsliknande" såtillvida att parterna i någon mån intar en borgenärs respektive gäldenärsposition. Med avseende på banktillgodohavanden, som rent tekniskt juridiskt utgör en enkel fordran, innebär det att olika betalningsappar, Swish etc. inte ändrar den ursprungliga fordringsrelationen vilket innebär att en analogilösning är teoretiskt möjlig i dessa fall. Att det föreligger skillnader mellan de tekniska lösningarna för att bankkunder ska kunna förfoga över sina kontopengar (bankappar, Swish etc.) ändrar ju inte den ursprungliga fordringsrelationen då de olika tekniska stegen enbart möjliggör olika sätt att förfoga över betalningar och mottagande av medel på kontofordringen. De olika tekniska lösningarna påverkar med andra ord inte vad som förfogas över, dvs. den enkla fordringen. Det bör även noteras att elektroniska pengar, som regleras i lagen (2011:755) om elektroniska pengar, också, i egenskap av förmögenhetsobjekt, utgör en fordran mellan innehavaren och utgivaren. Av intresse i sammanhanget är även att en trolig anledningen till att exempelvis kryptovalutor *inte* är fordringsliknande, och därmed utesluten för att analogivis tillämpa 31 § skuldebrevslagen, är för att det saknas intressepart som är möjlig att denuntiera.¹⁹

Det tredje alternativet (iii), att sakrättsligt skydd uppnås genom ett giltigt avtal mellan överlåtarens och förvärvaren har i vissa fall erkänts med avseende på olika immaterialrätter (upphovsrätt, patent, varumärke,

¹⁸ Se Elgebrant, Emil, *Kryptovalutor, Särskild rättsverkan av bitcoins och andra liknande betalningsmedel*, Wolter Kluwer, 2016, s. 104.

¹⁹ A.a., s. 104.

mönsterrätt och i viss mån även firmarätt).²⁰ I dessa fall har avtalet ensamt utgjort stöd för sakrättsligt skydd för förvärvaren i relation till överlåtarens borgenärer. I praxis har det även undantagsvis godkänts att avtalet i sig är tillräckligt för att sakrättsligt skydd ska kunna erhållas, även utanför det immaterialrättsliga området.

Det är dock oklart om det går att fastställa några enskilda kriterier för vad som har krävts för att avtalet som sådant ska kunna leda till borgenärsskydd. En möjlig argumentationslinje som skulle kunna anföras är att en avtalsprincip godkänns om det *inte* anses finnas alternativa sätt att förfoga över egendomen. När det gäller immaterialrätter (upphovsrätt, patent, varumärke, mönsterrätt och i viss mån även firmarätt) kan tänkas att domstolen ansett att dessa, av olika skäl, betraktats som personliga även om dessa ensamrätter i sig är fullt möjliga att förfoga över på annat sätt än just av den part som ursprungligen har haft rättigheten. I NJA 2010 s. 617 p. 10 anges:

”När en immaterialrätt överläts får förvärvarens rätt till immaterialrätten skydd mot överlåtarens borgenärer genom avtalet (jfr NJA 2009 s. 695 rörande dubbelöverlåtelse). Något sakrättsligt moment behöver inte tillkomma, eftersom en immaterialrätt inte kan traderas, det inte finns någon utomstående prestationspliktig att denutiera och registrering inte föreskrivits i lag för skydd mot överlåtarens borgenärer. I analogi med detta kan det inte heller krävas något sakrättsligt moment för att en obligationsrättsligt giltig hävningsförklaring, som avgetts före utmätning eller konkurs, ska medföra en sakrättsligt skyddad återgång av immaterialrätten och således ge överlåtaren bättre rätt till immaterialrätten än förvärvarens borgenärer.” (NJA 2010 s. 617 p. 10)

Några klara skäl till varför en avtalsprincip anses tillräcklig med avseende på immaterialrätter är dock svåra att finna.

En annan sak är att en avtalsprincip godkänns i fall då exklusiv förfoganderätt över egendomen är *omöjlig* eller *svåruppnådd*, se exempelvis NJA 1998 s. 545, där avtalet ensamt ansågs utgöra tillräcklig grund för separationsrätt vid överlåtelse av andel i segelbåt. I detta fall betonades dock att någon sorts besittningsförändring, från överlåtaren till förvärvaren, ändå måste ha skett. Då både överlåtaren och förvärvaren ansågs vara i besittning (sambesittning) ansågs dock avtalet vara tillräckligt. När det gäller sakrättsmoment vid överlåtelse av andel av lös egendom saknas dock normalt möjlighet att överhuvudtaget erhålla sakrättsligt skydd vid överlåtelsen, se bl.a. NJA 1987 s. 3.

Sammanfattningsvis kan sägas att det inte går att utesluta att ett framtida domstolsavgörande väljer det fjärde alternativet (iv), dvs. att en förvärvare av digital egendom helt saknar skydd från överlåtarens borgenärer. Men det

²⁰ Se Millqvist, Göran, Sakrättens grunder – en lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom, 7 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2015, s. 135 f.

är heller inte uteslutet att rättsutvecklingen går mot motsatt håll, särskilt inte i ljuset av NJA 2017 s. 769.

3. Teknikneutralitet som argument för förfogandelegitimation?

Att vid lagstiftningsprocesser argumentera utifrån teknikneutralitet är inte ovanligt då lagens ändamål och funktion inte bör vara, eller komma att bli, beroende av vilken teknik eller vilka tekniska hjälpmedel som används eller i framtiden kan komma att användas.²¹ Att utgå från lagstiftning som inte från början var ämnade att vara teknikneutrala har ibland, men inte alltid, varit förenat med vissa svårigheter. Ibland har det visat sig att äldre lagstiftning står sig gott genom decennierna trots att ingen vid lagens tillkomst kunnat ana den tekniska revolution som var stundande och skulle komma att påverka tillämpningen.²²

I senare tids praxis återfinns tydliga spår av en ambition av *teknikneutralitet* eller likabehandling mellan egendom som finns representerade i den digitala världen och egendom som har en representationsform som vi är vana vid. Problematiken ligger inte i ambitionen, den är tvärt emot lovvärd, utan i svårigheten att rättsligt förankra och motivera ambitionen.

Senaste tidens rättsfall har väckt en hel del frågor med anledning av möjligheten till tredjemansskydd för digital egendom men då de flesta fall berört digitala kontofordringar, och närmare bestämt *betalningar*, är det svårt att dra några säkra slutsatser vilken bäring fallen har på den rättsliga positionen för digital egendom i stort. Svenska domstolar har i flera lägen även visat sig ha svårigheter med att hantera och teoretiskt förklara kontofordringar. Förmögenhetsrättslig praxis har haft anledning att pröva frågan angående besittning av kontoförda pengar vid flera tillfällen, se exempelvis NJA 1984 s. 656 samt NJA 2009 s. 500.²³ De nämnda fallen berörde båda frågan om tillämpligheten av 4 kap. 17–19 §§ UB, och i NJA 1984 s. 656 berörde frågan banktillgodohavanden på motbokskonto. HD konstaterade i 1984 års fall att ett banktillgodohavande inte har ansetts kunna vara föremål för besittning i den mening som avses i 4 kap. 18 och

²¹ Se bl.a. Delgivningslagen (2010:1932), lag om signalspaning i försvarsunderrättelseverksamhet (2008:717), förvaltningslagen (2017:900), häkteslagen (2010:611), polisdatalag (2010:361), offentlighets- och sekretesslag (2009:400), skatteförfarandelagen (2011:1244), fastighetsbildningslagen (1970:988) m.fl.

²² Två klassiska exempel är lag (1915:219) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område men även köplagen (1990:931) och dess föregångare, lag (1905:38 s. 1) om köp och byte av lös egendom.

²³ Se även NJA 1998 s. 275 som behandlar frågan om mottagande.

19 §§ UB. I NJA 2009 s. 500 kritiserades dock NJA 1984 s. 656 tämligen ingående av det i målet skiljaktiga justitierådet Torgny Håstad. NJA 2009 s. 500 berörde frågan huruvida separationsrätt vid utsökning för den som fränhänts kontomedel genom brott var möjlig. HD utgick visserligen i sina resonemang från NJA 1984 s. 656, men Håstad tillade (för egen del) att "besittningsbegreppet i 4 kap. 18 § bör tolkas ändamålsenligt, och i detta fall bildligt, och inte genom en mekanisk överföring av begreppets betydelse i andra sammanhang." Håstad menade vidare:

"Det vore orimligt om utgången i ett utmätningsmål skulle bli olika beroende av om ovissheten gäller huruvida sammanblandning har skett med utmätningsgäldenärens medel på ett bankkonto eller huruvida sammanblandning har skett med annan fungibel egendom som ägs och disponeras av utmätningsgäldenären, till exempel sedlar, spannmål eller olja." (NJA 2009 s. 500, s. 17 i domen)

Trots HD:s försök att inta en pragmatisk inställning till besittningsbegreppet, samt Håstads anförande, kan digital egendom, på ett hittills antaget principiellt plan, inte "besittas" i svensk rätt.

Frågan om likabehandling mellan icke-fysisk och fysisk egendom i besittningshänseende har även diskuterats i ett straffrättsligt perspektiv. I NJA 2011 s. 524 berörde Lindskog närmare lämpligheten och den rättsliga möjligheten att likställa icke-fysisk egendom med fysisk egendom. Lindskog resonemang utgick ifrån ståndpunkterna att a) lika fall ska behandlas lika, b) praxis upprepade gånger har tonat ned betydelsen av skillnaden mellan materiell och icke-fysisk egendom och c) det finns pedagogiska fördelar med att behandla icke-fysisk och fysisk egendom på liknande sätt.²⁴ Utöver detta kommenterade Lindskog även den rättsvetenskapliga kritik som anförts mot bland annat Håstads resonemang i NJA 2009 s. 500.²⁵ Lindskogs uppfattning var att en likställighet (likabehandling) torde vara möjlig så länge de rör sig om en klassificeringsfråga inom det förmögensbrottsrättsliga området och inte en bestämning av systemets gräns mot det straffria området.²⁶

Både Håstads och Lindskogs resonemang om likabehandling av icke-fysisk och fysisk egendom påminner starkt om de överväganden som görs i både NJA 2009 s. 182 och NJA 2017 s. 769. I 2017 års fall tas en tydlig ställning för likabehandling mellan digital egendom och fysisk egendom, medan det i 2011 års fall inte tas ställning i den frågan alls (utöver Lindskogs egna tillägg). I 2009 års fall är läget mer oklart om ställningstagandet grundas i en ambition av teknikneutralitet eller om likabehandlingsresonemangen enbart tar sikte på själva betalningshandlingen i sig.

²⁴ NJA 2011 s. 524, p. 11, p. 12, p. 44.

²⁵ Kritiken avsåg främst frågor rörande den straffrättsliga legalitetsprincipen där en likställighet ansågs utgöra en nykriminalisering, se NJA 2011 s. 524, p. 35.

²⁶ Se NJA 2011 s. 524, p. 39.

Oavsett om NJA 2009 s. 182 utgår ifrån ett teknikneutralitetsändamål eller inte är en grundläggande utgångspunkt att det bör finnas tydliga skäl för och en rättsteoretisk förankring för att argumentera utifrån likabehandling eller teknikneutralitet.²⁷ Svårigheten utgörs dock av att hitta de rättsvetenskapliga skäl som eventuellt skulle finnas bakom en likabehandlings- eller teknikneutralitetsargumentering. Den förfogandelegitimation som enligt NJA 2009 s. 182 ges vid en notering eller transaktion på ett bankkonto torde inte automatiskt kunna betraktas som ett substitut, eller en fiktion, för besittning.²⁸ Frågan om likabehandling vid förfogande av ett kontotillgodohavande (kontopengar) kan dock, med stöd av lämplighetsavvägningar, likställas med förfogande av kontanter, då pengar kan och historiskt alltid har funnits både i form av något materiellt (kontanter) och något icke-fysiskt (banktillgodohavande).²⁹ Frågan är som sagt hur dessa resonemang står sig i relation till digital egendom som inte utgör ett betalningsmedel.

Hur lovvärda HD:s ambitioner i sina neutralitetssträvanden än må vara, återstår således frågan hur detta rättsligt ska ske och det kan inte uteslutas att det inom kort kommer fler avgöranden på området. Det är dock troligt att även dessa fall kommer följa en mer omfattande rättsutveckling på området, en förändring som har pågått i åtminstone två decennier, nämligen en revidering av, eller kanske rentav en avveckling av, traditionsprincipen.

²⁷ Se bl.a. Johansson, Markus, Ändamålsenliga sakrättsmoment – om rådighet, sken och rådighetssken, *Svensk Juristtidning* 1997, s. 343 och Lindskog, Stefan, Om sakrättsligt misstroende, *Juridisk Tidskrift*, 1991–92, s. 275 ff.

²⁸ Se Elgebrant, Emil, *Kryptovalutor, Särskild rättsverkan av bitcoins och andra liknande betalningsmedel*, Wolter Kluwer, 2016, avsnitt 2.1 samt 4.2.4.

²⁹ Med avseende på andra alternativa betalningsmedel som kryptovalutor saknas dock lika starka skäl för liknande lämplighetsavvägningar av primärt två anledningar. Det första är att kryptovalutor, till skillnad från pengar, enbart finns i icke-fysisk form (transaktion i en blockkedja). Det andra är att kryptovalutor aldrig utgör en enkel fordran, då det inte finns någon att rikta ett rättsligt anspråk mot, se Se Elgebrant, Emil, *Kryptovalutor, Särskild rättsverkan av bitcoins och andra liknande betalningsmedel*, Wolter Kluwer, 2016, avsnitt 2.4.