

Fri förfoganderätt över lös egendom

GÖRAN MILLQVIST*

1. Inledning

Uttrycket *fri förfoganderätt* förknippar nog de flesta med arvs- och testamentsrätten, som en beteckning på den dispositionsrätt en arvtagande maka/make har enligt 3 kap. ÄB eller testamentstagare har då det förordnats om vart viss egendom faller efter förste testamentstagares bortgång.¹ Men uttrycket syftar också på ett ganska speciellt förhållande inom förmögenhetsrätten, nämligen en rätt för en innehavare av egendom att disponera för egen räkning över denna egendom trots att den ägs av någon annan person. Och denna fria förfoganderätt till trots skall ägaren bibehålla sin äganderätt, åtminstone fram till det att innehavaren faktiskt disponerar över egendomen. Dessa till synes ganska säregna förutsättningar hindrar inte att denna form av fri förfoganderätt skulle kunna utgöra en grundläggande princip med generell tillämplighet, i vart fall enligt Högsta Domstolen (HD) i ett våren 2009 avgjort fall angående separationsrätt i konkurs, NJA 2009 s. 79. Domen ger anledning till att något fundera över hur denna grundläggande princip tar sig ut i olika sammanhang och i förhållande till olika slags egendom, särskilt finansiella instrument eftersom det är på finansmarknaden dessa förfoganden främst är aktuella. Nedan presenteras först rättsfallet varefter de avtalstyper och egendomslag där principen spelar roll diskuteras, därefter görs ett försök till en något mera preciserad formulering av principen ifråga.

2. Det nya rättsfallet

HD hade i NJA 2009 s. 79 följande creditsäkerhetsfråga att bedöma; kan en finansiär inom bilförsäljningsbranschen åstadkomma creditsäkerhet i enskilda objekt genom leasingarrangemang som enligt avtal gör finansiären till ägare och leasegivare men som samtidigt medger leasingkunden att

* Professor i civilrätt vid Stockholms universitet.

¹ Jfr Kommentar till Ärvdabalken, www.zeteo.se vid 3 kap. ÄB.

under leasingtiden disponera över leasingobjekten genom försäljning för egen räkning? Formulerad på detta sätt rör det sig i grunden om den numera klassiska frågan om gränsdragningen mellan leasing och kreditköp eller vad som skall klassificeras som en nyttjanderättsupplåtelse respektive äganderättsövergång.² Vid kreditköp är det sedan länge etablerad praxis att återtagandeförbehåll saknar verkan om köparen medgivits förfoganderätt över avbetalningsgodset före slutbetalning.³ Men hur förhåller det sig vid andra typer av avtal, såsom leasingavtal?

I det aktuella fallet rörde det sig om en husvagn och en husbil som hade utgjort demonstrationsfordon hos en återförsäljare men som strax före dennes konkurs hade hämtats därifrån för en finansiärs räkning. Konkursförvaltaren till återförsäljarens konkursbo hävdade att fordonen skulle ingå i konkursen då boet hade bättre rätt till dessa, vilket finansiären bestred. Finansiären hade genom ett leasingarrangemang finansierat återförsäljarens innehav av demonstrationsfordon och även lagerfordon. Avtalskonstruktionen innebar i korthet att enligt ett finansieringsavtal (ramavtal) kunde återförsäljaren beställa önskade fordon hos importören/generalagenten och samtidigt via denne ansöka om kredit för dessa fordon hos finansiären. Krediten innebar ett leasingarrangemang avseende de beställda fordonen enligt finansiärens "Demovagnsupplägg med allmänna villkor för leasing". Den förtryckta beställningsblanketten innehöll också en direkt reglering av äganderätten. "[Återförsäljaren] är införstådd med att äganderätten till fordonen tillkommer [finansiären] och förbinder sig att inte överlåta demovagnen till annan".

Avtalsdokumentationen avseende de aktuella fordonen var enligt konkursförvaltaren bristfällig. Han menade att alla slags fordon i realiteten levererades enligt samma tillvägagångssätt, utan att klara avtal skrevs som motsvarade kraven i finansieringsavtalet och utan hänsyn till om de skulle utgöra demonstrationsvagnar eller lagerfordon och att de såldes vidare till kund utan beaktande av eventuella ägarförbehåll. Konkursförvaltarens ståndpunkt var att bristerna medförde att varken giltiga leasingavtal eller ägarförbehåll förelåg och därmed finansiären inte haft rätt att låta hämta husvagnen och husbilen.

HD ogillade konkursförvaltarens talan. HD ansåg det vara utan betydelse att en del brister möjligen förelåg i de faktiska partsrutinerna eftersom trots allt återförsäljarens företrädare tveklöst undertecknat och utgett beställningsblanketterna. Dessa var därmed bindande enligt 11 § första stycket avtalslagen varför fordonen fick anses vara förvärvade på de villkor som framgick av leasingavtalet och blanketterna. Därmed ansåg HD det

² Se om denna fråga allmänt Millqvist, Kreditköp eller hyra. En fråga om verklighetens inflytande på rättsliga klassificeringar, SvJT 1995 s. 545.

³ Se särskilt NJA 1932 s. 292 och Persson, Förbehållsklausuler, Jure AB, Stockholm 1998, s. 570 ff.

vara klargjort att leasingbolaget i egenskap av uthyrare hade en i princip bibehållen äganderätt (separationsrätt) till hyresobjekten och att förfogandeförbud förelåg för hyrestagaren. Dessa rättsverkningar inträdde oberoende av om de nämndes i avtalet eller inte enligt HD, närmast då som *naturalia negotii* till avtalstypen.

I och med detta ställningstagande blev analysen i HD helt inriktad på hur man skulle ställa sig till eventualiteten av en faktisk, fri förfoganderätt för återförsäljaren. Frågan var om ett förfogandemedgivande, som skulle ha medfört separationsrättens bortfall vid kreditförsäljning mot ägarförbehåll, också hade sådan effekt vid leasingavtal.

Konkursförvaltaren argumenterade för att ett förfogandemedgivande för en leasingkund innebar att en så viktig del av äganderätten övergått på denne att leasegivaren inte kunde ha någon skyddad separationsrätt i förhållande till leasingkundens borgenärer. Mot denna ståndpunkt uppställde HD *"en grundläggande princip, som är tillämplig på olika situationer när någon besitter annans egendom med fri förfoganderätt men utan att (ännu) ha laga fång till den."*⁴ Principen innebär att äganderätten (separationsrätten) består så länge egendomen finns kvar hos besittaren. HD framhåller 53 § kommissionslagen och att principen enligt den juridiska litteraturen också gäller för s.k. *pignus irregulare* eller panträtt med fri förfoganderätt för panthavaren.⁵ Enligt HD gäller den således också för leasingavtal. *"Därav följer att ett förfogandemedgivande i ett leasingförhållande, t.ex. i form av en optionsrätt, inte i sig medför att leasegivarens separationsrätt till leasingobjektet går förlorad innan förfoganderätten utnyttjas."*⁶

HD avslutar domen med att framhålla att slutsatsen avseende finansierens bibehållna separationsrätt trots förfogandemedgivandet endast avser verkliga leasingavtal, inte avtal som p.g.a. sitt sakliga innehåll är att anse som kreditköp. Ägarförbehåll och återtagandeförbehåll i avbetalningsköp och andra kreditköp har således inte fått någon utvidgad giltighet.

Denna skillnad i rättsverkningar föranleder ett särskilt tillägg "för egen del" av JustR Håstad. Han finner det högst otillfredsställande att det skall föreligga en sådan skillnad mellan å ena sidan kommission, consignation och leasing (bibehållen separationsrätt trots förfogandemedgivande), och å den andra ägarförbehåll och återtagandeförbehåll (förbehållet saknar verkan från början om köparen har förfoganderätt innan slutbetalning). Finansiering av återförsäljning borde kunna ske med säkerhet för finansieraren på ett sätt som inte behöver involvera olika omvägar. Håstad konkluderar, "Säkerhetsrätt till såld egendom fram till köparens förfogande finns i alla västeuropeiska rättsordningar utom, såvitt jag vet, den svenska, norska, finska och spanska. En europeisk harmonisering framstår på sikt som oundviklig, eftersom den spansk-nordiska avvikelserna kompli-

⁴ Ref. s. 87, min kursivering.

⁵ Här hänvisar HD till Undén, Svensk sakrätt I, 10 uppl. 1995, s. 171 f., Rodhe, Handbok i sakrätt, 1985, s. 439, Håstad, Sakrätt, 6 uppl. 1996, s. 155 ff. och Lindskog i Festskrift till Suzanne Wennberg, 2009, s. 227 not 11; jfr Hessler, Allmän sakrätt, 1973, s. 156 f.

⁶ Ref. s. 87, min kursivering.

cerar det fria varuutbytet i Europa (jfr det internationellt privaträttsliga målet NJA 1984 s. 693). En ändring av den i Sverige gällande sakrättsliga ogiltighetsregeln borde därför övervägas av lagstiftaren (jfr Håstad, a. a. s. 190 f.).”⁷

3. Avtalstyper

När förekommer egentligen fri förfoganderätt som beståndsdel av ett avtal? Om förutsättningen skall vara att egendom lämnas i annans besittning i något annat syfte än att egendomen säljs till mottagaren men att denne skall ha rätt att sälja egendomen för egen räkning, måste det röra sig om kombinerade avtal som skall åstadkomma flera resultat. Om egendomen säljs till mottagaren finns ju typiskt sett inga hinder för denne att sälja vidare, såvida inte det rör sig om kreditförsäljning med ägarförbehåll.

Den första avtalstypen som kan komma ifråga är *kommission* och regleringen i 23 § nya kommissionslagen (2009:865, NKommL), motsvarande 53 § i gamla kommissionslagen (1914:45),⁸ där det föreskrivs att egendom som lämnas kommissionären för försäljning fortsatt tillhör kommittenten fram till det den säljs till utomstående eller kommissionären gör självinträde. Men redan här uppstår viss tvekan om detta är ett fall av fri förfoganderätt. Typbeskrivningen av kommission är ju att kommissionären säljer eller köper *i eget namn men för kommittentens räkning*, 1 § 1 st. NKommL. Kommissionsegendomen mottas av kommissionären för försäljning eller pengar mottas för att användas vid inköp. Kommissionären disponerar således inte över kommittentens tillgångar för egen räkning utan för kommittentens. Det är förvisso sant att kommissionären i typfallet handlar självständigt och i eget vinningssyfte samt att 23 § NKommL föreskriver att egendomen vid försäljningskommission fortsatt ägs av kommittenten även efter det att den lämnats ut till kommissionären med rätt för denne att disponera över den genom försäljning eller självinträde. Men det övergripande syftet med utlämnandet är ändå att egendomen skall säljas för kommittentens räkning och att det är denne som skall göra den kommersiella vinsten på försäljningen mot att kommittenten erhåller provision för åstadkomna affärer. Vid inköpskommission har kommissionären ingen rätt alls att disponera över inköpt egendom, annat än som säkerhet enligt 15 och 16 §§ NKommL. Kommission är därmed inte något bra exempel, i vart fall inte något renodlat exempel, på principen fri förfoganderätt i den mening som angavs ovan. I vad mån regleringen i 23 § NKommL är uttryck för en grundläggande princip kan därmed faktiskt ifrågasättas.

⁷ Ref. s. 90.

⁸ Se prop. 2008/09:88 Ny kommissionslag, s. 127 ff.

När det gäller *konsignation* blir synpunkterna desamma. Konsignation brukar kännetecknas av att en huvudman håller eget lager hos en mellanhand och att mellanhanden äger rätt att verkställa försäljningar genom att ta ur lagret. Lagret kan fysiskt finnas hos mellanhanden eller på annan plats, det väsentliga för konstruktionen är att huvudmannen skall vara bibehållen äganderätten till lagret och därmed separationsrätten om mellanhanden skulle komma på obestånd och försättas i konkurs. Relationen mellan de två parterna kan vara olika utformad. En variant är att mellanhanden träder in och köper konsignationsvaran från huvudmannen då en affär gentemot tredje man skall genomföras. Mellanhanden säljer sedan i eget namn och för egen räkning till tredje mannen. En annan variant är att mellanhanden uppträder som fullmäktig och säljer för huvudmannens räkning i dennes namn, jfr handelsagentmodellen och 17 § handelsagenturlagen (1991:351). En ytterligare variant är att mellanhanden helt enkelt äger ta varor ur lagret och sälja dessa för egen räkning samt redovisa resultatet för huvudmannen i efterhand med någon form av avräkning. Denna sista variant kan sägas innefatta en sådan fri förfoganderätt som antytts ovan. En ägare/huvudman deponerar egendom hos en mellanhand samt tillåter mellanhanden att fritt disponera över egendomen för egen räkning. I de andra varianterna av konsignation gäller dock samma synpunkter som vid kommission. Förfogandena sker för huvudmannens räkning eller utgör ett direkt förvärv och förfogande för egen räkning därefter.

Vid andra former av *deposition* kan man också, åtminstone i teorin, tänka sig en kombination med fri förfoganderätt för depositarien, så kallad *depositum irregulare* (oegentlig deposition). Konsignationsmodellen är ju ett exempel härpå. Denna kombination kan också tänkas i andra sammanhang av förvaring/lagerhållning än renodlad försäljningsverksamhet. Och om lagerhållaren åtnjuter en avtalad rätt att disponera över den mottagna egendomen för egna ändamål skulle således en relevant fri förfoganderätt föreligga. Även vid *transport* och *reparation* förekommer inslag av deposition och inget hindrar en kombination med fri förfoganderätt för transportören eller reparatören.

Pantsättning är ytterligare ett fall där fri förfoganderätt är en tänkbar kombination med huvudsyftet för avtalet. En panthavare kan av pantsätaren beviljas en rätt att disponera över panten för egen räkning, varvid konstruktionen *pignus irregulare* (oegentlig pantsättning) skulle föreligga. Beteckningen lär trots latinets inte härstamma från den romerska rätten utan ha skapats mycket senare i anslutning till den just omnämnda romerskrättsliga figuren *depositum irregulare*.⁹ Denna hybrid mellan pantsättning och överlåtelse har diskuterats ganska flitigt i litteraturen under

⁹ Östen Undén, a.a. s. 171, som dock inte ger några källor för avsaknaden av romerskrättsligt ursprung.

senare år på grund av utvecklingen på finansmarknaden.¹⁰ I det så kallade säkerhetsdirektivet från EU finns hybriden direkt angiven i art. 5 med direktiv till medlemsstaterna att den skall enligt inhemsk rätt vara fullt möjlig att åstadkomma genom avtal.¹¹

Det kan påpekas att *försträckning* av ett belopp i princip *alltid* är kombinerad med fri förfoganderätt. Även om försträckningen skett genom överlämnande av sedlar och mynt skall inte dessa återlämnas *in specie*, endast motsvarande summa skall återlämnas, jämför också nedan angående redovisningsmedel.

Låneavtal avseende lös egendom kan också kombineras med fri förfoganderätt för låntagaren. Det rör sig då om fall där det står klart mellan parterna att låntagaren inte behöver återlämna samma exemplar av egendom som han lånade, utan det räcker med att återställa samma slags egendom (sakförsträckning), något som är vanligt i samband med så kallade värdepapperslån.¹²

I det aktuella rättsfallet påpekar HD att frågan om förfogandemedgivande har stor betydelse för bedömningen av separationsrätt i konkurs bland annat vid *aktielån*. Denna referens till aktielån är intressant genom att den kanske bekräftar ett antagande om bibehållen separationsrätt ur en värdepappersförvaltares konkurs till aktier som inte var utlånade vid konkursutbrottet men där förvaltaren hade fri förfoganderätt att låna ut dem.¹³ Uttalandet sker dock *obiter dictum* och kanske bör inte allt för stor vikt fästas vid det.

Som det refererade rättsfallet visar kan *leasing och uthyrning* kombineras med olika varianter av fri förfoganderätt för nyttjanderättshavaren, i ett samlat finansieringsupplägg. Tanken är härvid att upplåtaren kan bibehålla en separationsrätt till egendomen genom den begränsade upplåtelsen men ändå medge nyttjanderättshavaren en rätt att sälja hyresobjektet för

¹⁰ Se Erica Johansson, *Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, Tyskland 2009, s. 7, 112 ff., och 184 ff., Staffan Myrdal, *Återpantsättning. Om pantsättning av pant och panträtt*, Norstedts Juridik, Stockholm 2005, s. 49 ff. m. fl. st., och Karin Wallin-Norman *Kontorätt. Rätt till kontoförda värdepapper*, Jure Förlag, Stockholm 2009, s. 217 ff.

¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet, EGT L 168, 27/06/2002 s. 0043–0050. Se om implementeringen prop. 2004/05:30 och Ds 2003:38.

¹² Det har påvisats i litteraturen hur det kan vara missvisande att rubricera dagens värdepapperslån som sakförsträckning eftersom ingen "sak" överlämnas till låntagaren utan endast noteringar görs på konton, se Wallin-Norman, a.a. s. 199 ff.

¹³ Se dock Beckman m.fl., *Lagarna på värdepappersområdet*, Norstedts, Stockholm 2002, s. 457, där texten närmast tyder på att endast fordringsrätt skulle föreligga i denna situation, samt Wallin-Norman, a.a. s. 200, "Under den tid som värdepapperslånet pågår [från ägaren till hans förvaltare], har långivaren ingen äganderätt till de utlånade värdepapperen, dvs. ingen kontorätt." Långivarens konto är debiterat de utlånade instrumenten under utlåningstiden och det går inte att peka ut vilka instrument som skulle vara hans på förvaltarens konto.

egen räkning med en redovisningsskyldighet för resultatet i efterhand. Detta är närmast en variation på temat konsignation och lagerfinansiering med säkerhet i lagret. Den borde kanske betecknas *locatio irregulare*.

I samtliga dessa fall rör det sig om förhållanden där en befintlig ägare kombinerar fri förfoganderätt med en mera begränsad upplåtelse. På grund av rättsutvecklingen på det sakrättsliga området finns en näraliggande fråga om betydelsen av fri förfoganderätt då det gäller innebörden av *traditionsprincipen*, således kraven för köparens och panthavarens borgenärsskydd gentemot säljar-/upplåtarsidan. Genom NJA 2007 s. 413 (inkrämsoverlåtelse mellan närstående bolag) och 2008 s. 684 (leasad räkförpackningsmaskin), är fastlagt att avskuren rådighet för säljare/pantsättare av fysiskt lösöre i sig räcker för att uppfylla traditionsprincipen i affärer mellan närstående bolag med samme fysiske företrädare. Det krävs inte längre någon fysisk förflyttning (fysisk tradition) för köpar-/pantivarbolagets borgenärsskydd, avgörande är istället att den fysiske företrädaren står under personligt förskingrings- och skadeståndsansvar om han trots försäljningen/pantsättningen skulle disponera över egendomen för säljar-/pantivarbolagets eller egen personlig räkning. Det finns dock vissa problem med denna princip förutom att den onekligen komplicerar prövningen av det som varit avsett att utgöra ett enkelt iakttagbart faktum av den fysiska leveransen av en såld eller pantsatt vara. I ingetdera av rättsfallen var den agerande fysiska personen helt ensam, även om han var dominerande företrädare i båda bolagen. Men hur går det om en ensamägare till ett aktiebolag sätter upp ett nytt enmansbolag och genomför en inkramsöverlåtelse eller pantsättning till det nya bolaget helt utan några fysiska förflyttningar av inkramet? Före överlåtelsen/pantsättningen ser ägaren till att det förvärvande bolaget även lämnar samtycke till det överlåtande/pantsättande bolaget att *fritt förfoga över inkramet efter eget val och behov*, jfr 24 kap. 7 § BrB angående samtyckes inverkan på om brott föreligger. Förmodligen föreligger då inte förskingring enligt 10 kap. 1 § BrB men väl oredlighet mot borgenärer enligt 11 § kap. 1 § BrB. Frågan blir om tillräckligt rådighetsavskärande åstadkommit även i det fallet eller ej.¹⁴ Det personliga skadeståndsansvaret kanske inte påverkas av ett sådant samtycke men räcker det eller är båda rättsföljderna – förskingringsansvar och skadeståndsansvar – nödvändiga? Kan en fri förfoganderätt godtas även i denna omvända situation eller är det en alltför långtgående spekulation? Frågan måste lämnas därhän i detta sammanhang men den pekar på det utökade utrymme HD skapat för nya sakrättsliga konstruktioner med sin mera pragmatiska bedömning av sakrättsliga frågor.

¹⁴ Se SvJT 1973 rf s. 78 angående frågan om straffbarhet för förskingring vid samtycke av ensamägt bolag.

4. Betydelsen av olika egendoms­slag

De frågor eller problem som kan tänkas vara aktuella i samband med en princip om fri förfoganderätt enligt ovan skissat slag är av olika karaktär beroende på den egendom som är aktuell, såsom fast eller lös egendom, fungibel eller individuell egendom och materiell eller immateriell egendom. Den fasta egendomen tas dock inte upp i detta sammanhang.

Den viktiga skiljelinjen går mellan individuellt bestämd egendom (*species*) och fungibel egendom.¹⁵ En bil är alltid unik, även om den är fabriksny, medan aktier, obligationer, pengar och de flesta finansiella instrument saknar egen individualitet inom respektive grupp.¹⁶ Denna skillnad mot individuell lös egendom medför också skillnad vad gäller hanteringen av fri förfoganderätt. När det rör sig om *species* är det endast det enskilda objektet som är aktuellt. Frågan kan ställas om innehavaren har beviljats en rätt att förfoga över just detta objekt för egen räkning. Det går också att enklare avgöra om något sådant förfogande skett och ägarens förlorade eller möjligen bibehållna separationsrätt kan avgöras på ett meningsfullt sätt.

Då det rör sig om *fungibel egendom* förändras situationen eftersom det inte spelar någon roll vilka enheter som eventuellt säljs eller i övrigt disponeras över. Om tio aktieägare vardera har 100 aktier av samma aktieslag på konto (depå) förvaltarregistrerade i bank och banken har ett förvaltar­konto hos Euroclear Sweden (f.d. VPC), går det utgångsvis inte att säga vems aktier banken disponerar över då 500 aktier säljs av banken. På förvaltarkontot finns inga enskilda innehav angivna, endast ett samlat innehav av 1 000 aktier i bankens namn "för kunders räkning" eller "i ägares ställe".¹⁷ Själva försäljningen verkställs genom debitering av förvaltarkontot. En bedömning av vems aktier som sålts måste kompletteras med uppgifter om eventuella säljorder och instruktioner från kontohavarna samt bankens interna kontoföring på kundkontona (depåerna). Men om samt-

¹⁵ "Generika" kunde vara en kortform för denna kategori om inte denna term blivit upptagen som beteckning på läkemedel som innehåller samma substans som tidigare patentskyddade läkemedel. Andra kortformer är "genussaker" och "myckenhetsting" men de är inte gängse i modernt juridiskt språk. Se Undén, a.a. s. 18. I 1905 års köplag användes i 3 § uppdelningen *species*köp och *genusköp*, vilken syftade på uppdelningen mellan köp av individuellt bestämd egendom och köp av en "viss myckenhet av angivet slag" (leveransavtal), jfr Tore Almén, Om köp och byte av lös egendom, 4 uppl. av Rudolf Eklund, Norstedts Förlag, Stockholm 1960, s. 58.

¹⁶ Wallin-Norman, a.a. s. 172 f. anser det irrelevant att tala om kontoförda finansiella instrument som fungibla eller generiskt bestämda eftersom det leder tanken till att det skulle röra sig om fysiska enheter i någon mening vilket är fel. Kontoförda instrument är i verklig mening immateriella och identitetslösa inom sin kategori.

¹⁷ Se om olika kontoslag i dessa sammanhang Wallin-Norman, a.a. s. 68 ff. och 72 ff. samt ang. aktiers identitetslöshet s. 168 f.

liga kunder medgivit fri förfoganderätt för banken är det en smaksak vems aktier banken förfogat över då banken förfogat för egen räkning.¹⁸ Det går inte att fastställa. Om banken sedan återställer innehavet av aktien till 1 000 stycken på förvaltarkontot går det heller inte att fastställa vems eller vilkas innehav som återställts. Det spelar heller ingen roll för en enskild ägare om hans aktier rörts eller inte, så länge han kan disponera över sitt innehav av 100 aktier gentemot banken.¹⁹ Och eftersom knappast samtliga ägare av det aktuella aktieslaget samtidigt vill disponera över hela sina innehav, uppstår inga problem. Situationen är med andra ord mera lik insättning (inlåning) av pengar på konto i banken än deposition av en bil på en verkstad och den faktiska innebörden av fri förfoganderätt varierar därmed beroende på egendomslaget.

Som påvisats av Wallin-Norman medför kontoföringen i sig också en påverkan på de traditionella värdepappersrättsliga reglerna, så även i fråga om fri förfoganderätt.²⁰ Dispositioner över kontoförda finansiella instrument utgörs endast av elektroniska noteringar på olika konton och det materiella rättslaget för berörda ägare, panthavare med flera kan endast styras av vad som kan utläsas av kontona. I exemplet ovan är det endast bankens förvaltarkonto som påverkas vid försäljningen av 500 aktier, även om det vanligen också sker notering på kundkonto, detta är dock ingen förutsättning för försäljningen. Exemplet kan således lika väl beskrivas som att banken förfogat över 500 aktier tillhöriga någon men okänt vem (banken eller en eller flera kunder). Det blir helt bankens val om man skall anse att banken sålt 500 egna aktier eller förfogat över kunders aktier. Det blir först i samband med clearing och avveckling som det måste bestämmas på vilket konto som den aktuella leveransen skall debiteras.

En fri förfoganderätt har under lång tid varit ett vanligt inslag i samband med handel med värdepapper och finansiella instrument, på engelska "right of use" eller "reuse". Särskild lagstiftning härom finns i 3 kap. lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument (LHF) och har funnits alltsedan lagen (1919:242) om rätt att förfoga över annan tillhöriga fondpapper. Det är också i första hand hanteringen av värdepapper som varit föremål för diskussion i litteraturen.²¹ Den nuvarande regleringen är näringsrättslig och ger knappast någon indikation av principiellt slag av den civilrättsliga hanteringen av fri förfoganderätt.²² I 3 kap. 1 § LHF ges en

¹⁸ I praktiken lär förfoganderätten avse aktielån och bankens förfogande således avse utlåning av kundernas aktier.

¹⁹ Se Wallin-Norman, a.a. s. 219 ff.

²⁰ Se Wallin-Norman, a.a. s. 139 ff.

²¹ Se särskilt Johansson, a.a. s. 107 ff., Myrdal, a.a. s. 443 ff. och Wallin-Norman, a.a. s. 219 ff.

²² 1919 års lag ersattes av lag (1979:950) om rätt att förfoga över annan tillhöriga fondpapper. Både 1919 års och 1979 års lagar var civilrättsliga och straffrättsliga. Lagstiftningen

regel om att avtal om fri förfoganderätt som ingås mellan ett företag som står under Finansinspektionens tillsyn (en bank eller ett värdepappersbolag) och en ägare till finansiella instrument som *inte* i sin tur är en bank eller liknande institut, skall ingås skriftligen enligt särskilt upprättad handling som preciserar de förfoganden som är aktuella.²³ Enligt 3 kap. 3 § LHF gäller samma skriftlighetskrav också för förfoganden över panträtt (återpantsettning och överlåtelse av panträten).

Det kan röra sig om att institutet för egen räkning skall kunna sälja instrumenten, pantsätta dem eller låna ut dem. Ett typiskt exempel kan vara att en investerare lånar pengar för en investering i finansiella instrument via ett värdepappersbolag och samtidigt pantsätter det konto som instrumenten skall registreras på och det framtida innehållet. Tillsammans med pantföreskrivningen ingås en reglering av värdepappersbolagets förfoganderätt över de instrument som införskaffas för investerarens räkning. Denna förfoganderätt innebär att värdepappersbolaget får rätt att disponera över instrumenten i samma utsträckning som över egna instrument men bolaget har också en skyldighet att återställa instrument så att en "återpåfyllnad" sker av kundens konto.²⁴ Som nämnts ingår också fri förfoganderätt i värdepapperslån genom att låntagaren disponerar över de lånade instrumenten för egen räkning och återställer vid lånetidens utgång motsvarande instrument. Vilken civilrättslig effekt brott mot detta kvalificerade skriftlighetskrav i 3 kap. 1 och 3 §§ LHF har är något osäkert men förmodligen ingen alls. Formkravet är näringsrättsligt.²⁵

När det gäller det mest fungibla egendomsslaget, *pengar*, får frågan om fri förfoganderätt ytterligare dimensioner. Som påpekades ovan ingår som uttalad förutsättning vid försträckning att gäldenären har fri förfoganderätt till det lånade beloppet. Huvudsyftet för en försträckning är att gäldenären använder sig av det lånade beloppet för egna ändamål och återbetalar en summa motsvarande lånebeloppet på förfallodagen. Det förekommer ibland att gäldenären förbinder sig att använda lånebeloppet för något särskilt ändamål men användandet sker även i dessa fall för gäldenärens egen räkning.

har diskuterats utförligt av Staffan Myrdal, Återpantsettning. Om pantsättning av pant och panträtt, Norstedts Juridik 2005, s. 63 ff. och 443 ff.

²³ Svenska Fondhandlarföreningen tillhandahåller standardvillkor för återpantsettning av kunders pantsatta instrument, se www.fondhandlarna.se. Skriftlighetskravet inskränktes genom SFS 2006:1376 till att endast avse fall där kunden/ägaren inte själv är professionell aktör eller offentligt organ enligt särskild uppräknning i ett nytt andra stycke, p.g.a. EU:s säkerhetsdirektiv, se prop. 2004/05:30 s. 37 ff. och Ds 2003:38 s. 54 ff.

²⁴ Jfr Wallin-Norman, a.a. s. 220 ff.

²⁵ Se prop. 1990/91:142 Handel och tjänster på värdepappersmarknaden m.m., s. 148, och närmare Myrdal, a.a. s. 445 ff., som diskuterar möjligheten av civilrättslig ogiltighetsverkan i vissa fall.

I NJA 2009 s. 182 gällde det för HD att fastställa när *definitiv betalning sker* i en situation där betalningen genomfördes via girering mellan bankkonton och betalningsmottagarens bank hade kvittningsavtal med betalningsmottagaren. Betalaren krävde åter sin betalning från betalningsmottagarens bank på grund av att den skett av misstag men betalningsmottagaren hunnit gå i konkurs innan denne själv verkställt återbetalning. Slutsatsen i HD blev att definitiv betalning till banken skett då beloppet krediterats mottagarens konto och samtidigt därmed kvittats av banken. Bankens goda tro om misstaget medförde att återbetalningskravet underkändes. I anslutning härtill gör HD ett kryptiskt påpekande som berör frågan om fri förfoganderätt. HD skriver: "Som parterna har fört sin talan finns ingen anledning att ta ställning till om en bank, som genom clearing eller annorledes i god tro om ett misstag mottar ett belopp från betalarens bank med *fri förfoganderätt* men på villkor att betalningsmottagarens konto krediteras, redan vid mottagandet – och oberoende av om kvittning eller annan disposition verkställts innan den mottagande banken råkat i ond tro om misstaget – får en oangripbar rätt till beloppet."²⁶ Frågan är vad HD här syftar på med uttrycket "fri förfoganderätt". Inkommande betalningar till en bank är alltid destinerade till en mottagare, eventuellt banken själv, och banken har alltid en förfoganderätt över beloppet eftersom betalningsmottagaren verkställer en inlåning till banken då beloppet krediteras hans konto. Hans fordran på banken ökar. Kanske är det endast detta som åsyftas av HD men uttryckssätet ger anledning till en undran om något annat eller mera åsyftats.

En fri förfoganderätt i den mening som här avses kan förekomma då det gäller hanteringen av *andras* pengar såsom *redovisningsmedel*. En redovisningsskyldig gäldenär kan ha uttrycklig eller underförstådd rätt att disponera över en huvudmans redovisningsmedel för egna ändamål fram till dess faktisk redovisning skall ske.²⁷ Lagen (1944:181) om redovisningsmedel (RVL) förutsätter också att pengar som mottagits med redovisningsskyldighet kan komma att sammanblandas med den redovisningsskyldiges egna medel innan ett belopp avskiljs för redovisningsändamål. Så länge mellanhanden är solvent innebär detta inga problem och huvudmannen har en fordran som skall infrias i vanlig ordning av mellanhanden. Denna fordran ter sig då som vilken annan fordran som helst. Men då mellanhanden blivit insolvent och försatts i konkurs uppstår frågan om huvudmannen har separationsrätt till ett belopp motsvarande hans fordran. Sådan separationsrätt kan föreligga enligt RVL om mellanhanden sett till att avskilja medel i tid (utan dröjsmål från mottagandet) före konkursen (eller utmätningen) eller om beloppet inkommit så nyligen att det inte hunnit avskiljas men är omedelbart tillgängligt för avskiljande enligt andra stycket RVL. Frågan om separationsrätt för huvudmannen styrs här av hur mellanhanden hanterat sin skyldighet att avskilja medel enligt RVL fram till dess han försattes i konkurs, inte av i vad mån han har kvar just det belopp som mottogs med redovisningsskyldighet. Så länge mellanhanden är sol-

²⁶ Ref. s. 188, min kursivering.

²⁷ I NJA 2007 s. 599 var den avgörande frågan en bevisfråga om Gulliver's Resebureau AB hade haft rätt att fritt förfoga över inkommande flygbiljettsbetalningar fram till redovisningstidpunkten. Sådan rätt var inte styrkt i fallet.

vent kan således en fri förfoganderätt föreligga för denne utan att det för- tar huvudmannens position som redovisningsberättigad borgenär, med en eventuell separationsrätt (äganderätt) i en senare konkurs.

Eftersom pengar är, och skall vara, helt fungibla har rättsordningen så- ledes släppt kravet på identitet för separationsrätten. Det väsentliga är istäl- let att det belopp det rör sig om utgör redovisningsmedel (ett "främmande värde" i mellanhandens ekonomi) och att mellanhanden skött avskiljandet av medel på ett korrekt sätt före insolvensen.

Efter dessa genomgångar av avtalstyper där fri förfoganderätt kan före- komma och betydelsen av att beakta egendomens karaktär, övergår fram- ställningen nu till en diskussion av hur de civilrättsliga reglerna för en fri förfoganderätt kan ta sig ut.

5. Civilrättsliga regler

När det gäller en otvetydig rätt för en mottagare av egendom att sälja egendomen för egen räkning, uttryckligen avtalad eller som en följd av ett finansieringsupplägg, kan man fråga sig hur en sådan rätt går ihop med för- utsättningen att den som lämnar ut egendomen skall ha kvar full ägande- rätt till den. Det enkla svaret är att det inte går ihop, om man uppfattar "full äganderätt" som innefattande ett krav på "bibehållen dispositions- rätt". Tanken skulle då vara att äganderättens privilegium i form av sepa- rationsrätt i konkurs förutsätter att ägaren inte släppt ifrån sig all kontroll över egendomen så att det är en ren tillfällighet om denna eller annan (eller ingen) egendom finns kvar hos motparten vid dennes konkursut- brott. Men svensk rätt innehåller inget principiellt hinder mot konstruk- tionen fri förfoganderätt i kombination med annan ägardisposition över lös egendom. "Äganderätt" är ju inte någon given storhet som i sig anger när den föreligger och med vilka verkningar. Det hinder som föreligger är en klar praxis vad gäller ägarförbehåll (äganderättsförbehåll, återtagande- förbehåll) vid kreditköp, som innebär att en kreditköparens fria förfogan- derätt medför ägarförbehållets ursprungliga ogiltighet. Det är dock troligt att denna praxis numera måste anses återspegla en äldre principiell syn på äganderättens gränser och får nog anses som ett specialfall begränsat till kreditköpet.²⁸

När det gäller rättsverkningarna av fri förfoganderätt i den mening som här diskuteras råder det knappast någon tvekan om att en ägare som läm-

²⁸ Jfr den ingående diskussionen för och emot en utvidgning av ägarförbehållens giltighet i SOU 1988:63 Kommission och dylikt, s. 82 ff. samt Persson, a.a. s. 698 ff. Se även JustR Hästads tillägg till domen i NJA 2009 s. 79.

nar ut sin egendom till en motpart *till påseende* har en bibehållen äganderätt och därmed separationsrätt, om detta skulle aktualiseras, fram till dess motparten bestämmer sig för köp (eller återlämnande).²⁹ En sådan *optionsrätt* är inte kontroversiell utifrån nu aktuella aspekter. Skulle spekulanten försättas i konkurs innan något beslut fattats blir frågan om boet kan återropa optionsrätten och fullfölja köpet, vilket bör vara fallet åtminstone vid kontantaffär, men någon förlust av äganderätt blir det inte fråga om. Detta gäller också HD:s uttalande i NJA 2009 s. 79 angående optionsrätt i samband med leasingavtal. Endast det förhållandet att leasingavtalet innehåller en option till utköp för leasetagaren förtar inte leasegivarens separationsrätt. Att motparten *själv* har rätt att *köpa* egendomen ifråga enligt särskilt avtal med ägaren/leasegivaren om han vill är ur rättsverksamhetspunkt knappast detsamma som att han har rätt att *sälja* egendomen för *egen* räkning om han vill.

Vid öppet köp, 16 § köplagen och 8 § 3 st. konsumentköplagen, uppstår inte heller någon tvekan. Köparens möjlighet att ångra sig och låta köpet återgå ger inte säljaren någon särskild rätt. Skulle köparen sälja egendomen vidare innan fristen löpt ut blir hans köp därmed definitivt och skulle köparen försättas i konkurs inom fristen medför det endast att konkursboet (förvaltaren) övertar rätten att avgöra återgångsfrågan.

Obligationsrättsligt råder det knappast någon tvekan om att den fria förfoganderätten utgör bindande avtalsinnehåll i samma utsträckning som gäller för andra villkor i avtal. Den bortre gränsen för giltigheten sätts därmed av oskälighetsprövningen enligt 36 § avtalslagen och ogiltighetsanledningarna i och kring avtalslagens tredje kapitel. I en sådan prövning avseende finansiella instrument kan brister i formalia enligt föregående avsnitt vägas in som moment i avvägningen av vad som är skäligen/rimlig standard i sammanhanget. Via en sådan prövning enligt 36 § avtalslagen kan således 3 kap. 1 § LHF få civilrättslig verkan.³⁰ Eftersom ett medgivande om fri förfoganderätt är en ingripande inskränkning i äganderätten även för annan egendom än finansiella instrument kan det generellt vara rimligt att det godtas endast under förutsättning av att ägaren varit väl informerad om och införstådd med innebörden av åtagandet. Om så inte varit fallet vid avtalsingåendet kan det utgöra grund för att jämka bort åtagandet.

Även *avtalsstolkning* kan vara aktuell som korrigerande faktor. Det kan i många fall te sig naturligt att kräva ett visst mått av tydlighet och klarhet

²⁹ Jfr Lindskog, Redovisningsmedel, sakrättslig identitet och några straffrättsliga randanmärkningar, Festskrift till Suzanne Wennberg, Norstedts Juridik 2009, s. 227. Se även Myrdal, a.a. s. 50 angående synen på panthavarens optionsrätt vid pignus irregulare.

³⁰ Samma Myrdal, a.a. s. 447. Se det av Myrdal anmärkta NJA 1999 s. 408 ang. HD:s förordande av att åstadkomma överensstämmelse mellan civilrätten och näringsrätten genom användandet av 36 § avtalslagen.

för att anse en fri förfoganderätt vara avtalad.³¹ Just det förhållandet att det rör sig om en väsentlig inskränkning i ägarens bibehållna dispositionsrätt gör att det är troligt att domstol ställer sig skeptisk om inte avtalet är tydligt på denna punkt.

Den viktigare frågan är dock hur långt den fria förfoganderätten sträcker sig *sakrättsligt*, närmare bestämt gränserna för *separationsrätten*. Denna fråga måste hållas isär från den obligationsrättsliga prövningen eftersom separationsrätt i konkurs vilar på andra förutsättningar än de som avgör om två avtalsparter på ett giltigt, bindande sätt avtalat om den enes fria förfoganderätt. Det är fullt tänkbart att separationsrätt visar sig föreligga trots obligationsrättslig ogiltighet av en förfoganderättsreglering, liksom att en giltig reglering medför eller inte medför bibehållen separationsrätt för ägaren.³² Den sakrättsliga prövningen avser ju frågan om det finns anledning att gynna en utpekad borgenär på övriga borgenärs bekostnad i gäldenärens konkurs. Som framgår av NJA 2009 s. 79 är det fullt möjligt för en detaljist att kombinera leasing av lagervaror med fri förfoganderätt så att försäljning från lagret kan ske i vanlig ordning och leverantören/leasegivaren/kreditgivaren har separationsrätt till kvarvarande lager vid konkursutbrott. Detta betyder att så länge säkerhetsarrangemanget inte konstrueras som en kreditförsäljning är det fullt möjligt med konstruktioner som innefattar tillgång för kredittagaren till den aktuella egendomen med rätt för denne att disponera över den genom försäljning för egen räkning, men med bibehållen separationsrätt för kreditgivaren fram till dess försäljning sker och krediten därmed kan avvecklas.³³

Var kommer denna princip ifrån? Sett till den rättsvetenskapliga litteraturen har det inte varit fråga om en generellt accepterad princip. Det kan noteras att Undéns tidiga uttalande, att ett förfogandemedgivande inte förtog ägarens separationsrätt så länge egendomen fanns kvar, endast avsåg pengar och värdepapper.³⁴ Undén diskuterade i vad mån *pignus irregulare* avseende pengar och värdepapper utgjorde panträtt eller om förfogandemedgivandet medförde en äganderättsövergång. Han konstaterade därvid att om exempelvis pengar överlämnats kontant som säkerhet för annan förpliktelse utan skyldighet för mottagaren att hålla beloppet avskilt, utgjorde det inte panträtt utan äganderättsövergång, med en obligatorisk skyldighet att återbetala beloppet om säkerheten inte behövde tas

³¹ Se NJA 1959 s. 590 där HD godtog ägarförbehåll bl.a. på grund av att försäljningsavtalet tolkades som innefattande ett förbud för köparen att förfoga över egendomen (smågrisar) innan slutbetalning skett.

³² Jfr Lindskog, a.a. s. 226 f.

³³ Jfr JustR Håstads tillägg till domen i NJA 2009 s. 79.

³⁴ Undén, Svensk sakrätt I Lös egendom, C.W.K. Gleerups Förlag, Lund 1927, s. 259 f., uttalandet kvarstod även i sista upplagan, se faksimil av 10 uppl., Norstedts Juridik 1995, s. 171 f.

i anspråk. Men pengarna uppgick i mottagarens egendom först när det verkligen tagits i anspråk. Skulle mottagaren ha hållit beloppet avskilt för "pantsättarens" räkning förelåg ändå separationsrätt för denne i mottagarens konkurs.³⁵ Dessa uttalanden gjordes redan på 1920-talet, före RVL:s tillkomst, men Undén vidhöll uppenbarligen sin ståndpunkt även senare genom tillägg av hänvisning till Walin, Festskrift för Ekeberg, vari denne diskuterar effekterna av RVL.³⁶ Undén uttalade sig dock inte om annan typ av egendom, inte heller om hans slutsats var utslag av någon allmän princip eller speciell för de fungibla egendomslagen pengar och värdepapper. De rättsfall som sedermera åberopades, NJA 1930 s. 685 och NJA 1941 s. 711, avsåg båda pengar.

Hessler var bestämd i sin uppfattning att det både vid *depositum irregulare* och *pignus irregulare* rörde sig om försträckning och att deponenten/pantsättaren inte hade någon separationsrätt i konkurs.³⁷ Via en hänvisning till Karlgren noterade Hessler frågan om bibehållen separationsrätt till egendom som faktiskt hållits avskild från mottagarens egen egendom men utan att själv ta ställning. Även Karlgren undvek ställningstagande genom att endast hänvisa till Undén.³⁸

Såsom Myrdal utrett ger källorna i övrigt motstridiga besked vad gäller ägarens separationsrätt vid medgiven fri förfoganderätt.³⁹ I samband med säkerhetsdirektivets implementering diskuterades avseende finansiella instrument bland annat innebörden av kombinationen pantsättning och fri förfoganderätt i art. 5. Utredningen påpekade att rättsläget var osäkert och att olika uppfattningar rådde men att avgörande för bibehållen separationsrätt var om säkerheten kunde identifieras och den inte sammanblandats med säkerhetstagarens egendom, i vart fall gällde detta då RVL var tillämplig.⁴⁰ Denna ståndpunkt upprepades i den efterföljande propositionen.⁴¹ Lagrådet var i sin granskning av ändringsförslagen däremot mera kategoriskt. Separationsrätt till sådan säkerhet som avsågs med direktivet (finansiella instrument) kunde aldrig föreligga för säkerhetsställaren i kombination med fri förfoganderätt, såvida inte RVL var tillämplig och förfogandet skedde under förskingningsansvar. Om inte denna förutsättning var uppfylld innebar det att "säkerhetsställaren saknar separationsrätt till överhypoteket även om säkerheten är orubbad och därmed avskild från

³⁵ Undén, a.a. s. 172 not 15.

³⁶ Walin, Festskrift för Birger Ekeberg, Svensk Juristtidning, Stockholm 1950, s. 532 ff.

³⁷ Hessler, Allmän sakrätt, Norstedts 1973, s. 156 f.

³⁸ Karlgren, Ändamålsbestämmelse och stiftelse, Karl Bloms Boktryckeri AB, Lund 1951, s. 74 not 38.

³⁹ Myrdal, a.a. s. 503 ff.

⁴⁰ Ds 2003:38 s. 79 f.

⁴¹ Prop. 2004/05:30 s. 53.

säkerhetstagarens övriga förmögenhet.”⁴² Tydligt menade Lagrådet att bibehållen separationsrätt i samband med förfoganderätt för motparten alltid förutsätter att RVL är tillämplig så att motpartens förfoganderätt inte är fri utan avser redovisningsmedel. Det innebär att försöksningsansvar kommer ifråga om motparten inte hållit sig solvent för egen del eller hållit redovisningsmedlen åtskilda i den utsträckning som krävs enligt RVL.⁴³

Men eftersom diskussionen rör *kontoförda* finansiella instrument blir den, som antytts ovan, lätt förvirrande om inte denna aspekt beaktas. Kontot i läsbar form är den enda manifestationen av dessa instrument som finns att tillgå. Det finns ingen fysisk verklighet ”bakom” kontot eller ”på” detta. Lika lite som de kontanter jag satte in på mitt bankkonto ”finns” i någon fysisk mening på kontot, ”finns” mina aktier på eller i min värdepappersdepå. Frågorna om bibehållen identitet respektive sammanblandning måste överföras till att avse de konteringar som företagits. En debitering av ett konto kan inte kopplas till en kreditering av ett annat konto i någon objektiv, fristående mening. Det stämmer helt enkelt inte med verkligheten att påstå att det är ”samma” eller ”en annan” aktiepost som ”överförs” från ett konto till ett annat. Det är två fristående händelser som *kan* ha ett rättsligt samband på grund av att inblandade parter anser så vara fallet, exempelvis på grund av ett köp, men som inte behöver ha det.⁴⁴ Att det råkar ske en debitering av en sådan aktiepost som köpet avser nära i tiden efter avtalsingåendet betyder i sig *inte* att det är just den posten som sålts till köparen. Detta betyder i sin tur att det inte går att fastställa identitet respektive sammanblandning på det sätt som tidigare kunnat ske med fysiska värdepapper. Avgörande blir istället vad som finns noterat på det relevanta kontot.⁴⁵ Wallin-Norman menar här att avgörande måste vara vad som framgår av kontot vid konkursögonblicket. Finns det då aktier krediterade på kontot har kontohavaren kontorätt till detta innehav, men finns inga aktier krediterade saknar han kontorätt.

Detta låter sig sägas men besvarar tyvärr inte frågan hur man skall bedöma det fallet att det finns aktier krediterade på kontot men kontohavaren samtidigt avtalat om fri förfoganderätt för kontohållaren. Med andra ord vem tillkommer kontorätten i denna situation? Ingår den som tillgång i kontohållarens konkursbo eller är den förbehållen (separerbar) för kontohavaren?

⁴² A. prop. s. 122.

⁴³ Jfr Myrdal, a.a. s. 503 ff. för ingående diskussion och kritik av dessa uttalanden i lagstiftningsärendet.

⁴⁴ Jfr Wallin-Norman, a.a. s. 174 ff.

⁴⁵ Se härom Wallin-Norman, a.a. s. 217 ff., jfr s. 140 ff., särsk. s. 158 ff. och 165 ff.

6. En preliminär slutsats

Varför skall den "ägare" som medgivit fri förfoganderätt gynnas framför andra borgenärer i konkursen när "ägaren" medvetet tagit risken att "hans egendom" inte finns kvar? Svaret på den frågan är nog helt pragmatiskt. Det finns behov av sådant gynnande. Det finns marknadsbehov av att kunna åstadkomma giltig objektssäkerhet (realsäkerhet i lös egendom) i situationer där ägarförbehåll inte har verkan enligt praxis och handpanträtt kan ifrågasättas som innebärande en definitiv äganderättsövergång, men som har ett bättre förmånsrättsläge än företagshypoteket. Det finns också lönsamhets- och effektivitetsbehov av att kunna fortsätta omätta finansiella instrument oberoende av "äganderättsfördelningen" och eventuella pantsättningar. En kanske önskad principiell innebörd i begreppet äganderätt bör inte hindra sådana lösningar. Som framgår av NJA 2009 s. 79 är HD också beredd att hålla med om detta. Genomgången ovan torde visa att någon etablerad allmän princip, med tydliga rättsverkningar, inte föreligger i svensk rätt, trots HD:s påstående härom i rättsfallet, men att det faktiska behovet föreligger och att det inte finns några allvarliga hinder för etablerandet av en allmän princip.

Slutsatsen av detta skulle bli att svensk rätt är flexibel vad gäller synen på avtalskombinationer som delar upp äganderätten i olika beståndsdelar där en del (separationsrätt vid konkurs) kan bibehållas av en befintlig ägare medan en annan del (vidareförsäljningsrätt och andra dispositions-möjligheter) kan överföras på annan part. För individuell egendom är en sådan uppdelning verksam fram till dess ett förfogande sker över egendomen. En eventuell rätt för borgenären till köpeskillingen eller fordran på denna måste dock regleras särskilt, exempelvis genom pantsättning av fordran. För fungibel egendom sträcker sig rättsverkningarna längre eftersom en giltig separationsrätt kan avse andra enheter än de ursprungliga och således bestå även efter det att ett förfogande skett. Detta gäller särskilt det fungibla och immateriella egendomslaget kontoförda finansiella instrument eller kontorätt med Wallin-Normans kortare och mera träffande uttryck.

Det sist sagda är möjligen endast en återgivning av vad som följer av art. 5 säkerhetsdirektivet, och som således skall utgöra gällande svensk rätt, men som förarbetena till implementeringen av direktivet visar var det långt ifrån självklart vad som kunde anses utgöra gällande svensk rätt på området. NJA 2009 s. 79 kan därmed sägas ha bekräftat rättsläget på ett klagörande sätt.

