

Traditioner är till för att brytas – så även traditionsprincipen

GÖRAN MILLQVIST*

1. Inledning

Svensk förmögenhetsrätt är i hög grad beroende av rättspraxis för sin utveckling och anpassning till nya förhållanden. Lagstiftaren har under mycket lång tid hållit en låg profil och avhållit sig från stora kodifierande lagstiftningsprojekt. Ända sedan de icke fullföljda försöken att uppdatera Handelsbalken under mitten och senare delen av 1800-talet har rättsutvecklingen främst skett i domstolarna, med enskilda viktiga insatser från lagstiftaren såsom avtalslagen, köplagarna och skuldebrevslagen. Detta är kanske inte så märkligt inom sådana områden som allmän avtalsrätt, kontraktsrätt och krediträtt där den grundläggande principen om avtalsfrihet medför att det ändå primärt är en enskild partsfråga hur rättsförhållandena skall gestalta sig. Konsumentskyddslagstiftningen har dock här inneburit både en utveckling och uppgradering av rätten. Mera förvånande kan det tyckas att rättspraxis i så hög grad fått stå för utvecklingen inom sakrättens område. Sakrättens tillämpningsområde kännetecknas av grundläggande, tydliga intressekonflikter mellan enskilda parter som inte kan regleras avtalsvis som huvudregel. Sakrättens regler har en tydlig förlustfördelningsfunktion – vem skall bli stående med förlusten då konkurrens uppstår om begränsade förmögenhetstillgångar – vilket innebär att tvisteläget är tydligt och behovet av klara, fasta regler stort. Icke desto mindre är svensk sakrätt lika med dess ledande prejudikat till helt övervägande del, åtminstone när det gäller lösegendomsrätten.¹ När det gäller panträtt i lös egendom är det 10 kap. Handelsbalken från 1734 och skuldebrevslagen från 1936 som utgör stommen som praxis bygger på, även om panträtt i fartyg och luftfartyg samt kontoförda finansiella instrument har nyare reglering i

* Docent i civilrätt vid Stockholms universitet.

¹ Detta faktum gör ämnesområdet lämpat för en hyllningsartikel i en festskrift till Lars Heuman. Få personer inom svensk rättsvetenskap har en sådan koll på NJA som prof. em. Lars Heuman. Han lär ha plöjt sig igenom NJA årgång för årgång, från pärm till pärm åtskilliga gånger under sin forskarbana på jakt efter särskilt rara processuella finesser och då bör väl en artikel inriktad på rättspraxis passa bra.

form av särskild lagstiftning, liksom även fastighetspanträtten.² Däremot saknas som sagt en mera sammanhållen och principiell syn på sakrätt och panträtt från lagstiftarens utgångspunkt.

Under senare tid har det kommit nya prejudikat som tar upp olika aspekter av den så kallade traditionsprincipen inom sakrätten. Närmare bestämt den princip som säger att en överlåtelse eller pantsättning av lösöre eller löpande värdepapper måste fullbordas genom tradition av lösöret eller pappret för att förvärvaren eller panthavaren skall åtnjuta sakrättsligt skydd mot överlåtarens eller pantsättarens borgenärer. Fallen har medfört att denna i rättspraxis utvecklade förutsättning för sakrättslig fullbordan fått delvis nytt eller i vart fall modifierat innehåll.

Traditionsprincipen gäller både vid överlåtelse och pantsättning av lösöre och värdepapper men det är relationen till panträttsinstitutet som främst diskuteras i denna uppsats. De nya rättsfallen handlar i sig i flertalet fall om överlåtelser men enligt etablerat synsätt inom sakrätten, vilket också bekräftas av HD i fallen, skall överlåtelse och pantsättning behandlas lika, åtminstone inledningsvis då det gäller förutsättningarna för sakrättslig fullbordan och därmed inträde av borgenärsskydd för förvärvaren/panthavaren.

Detta lär dock inte gälla undantagslöst, som visas av NJA 1998 s. 545 och NJA 2007 s. 652. I det förra fallet var frågan vilket utrymme traditionsprincipen hade vid överlåtelse från far till son av andelar i en fritidsbåt och det visade sig att det inte förelåg något utrymme alls! HD påpekade i detta fall att risken för konstruerade överlåtelser och kringgåenden inte borde överdrivas samt att överlåtelse av ideell andel i lösöre ofta torde tillgodose ett legitimt syfte som det inte fanns anledning att motverka. Att då uppställa krav på att överlåtaren avstod från besittningen till egendomen skulle uppenbarligen enligt HD i många fall förhindra eller åtminstone starkt försvåra överlåtelse av ideell andel. Det fick därmed räcka med avtalet kombinerat med att överlåtaren och förvärvaren hade aktiv sambesittning till båten.

Det senare fallet, NJA 2007 s. 652, avsåg frågan hur man skall se på konkurrensen mellan traditionsprincipen för lösöre och avtalsprincipen för fast egendom, inklusive industritillbehör. Ett koncernbolag hade sålt maskiner (»latenta» industritillbehör) till ett annat bolag inom samma koncern, vilket tillika var ägare till den fastighet där säljbolaget bedrev verksamhet. Blev då fastighetsrättens avtalsprincip tillämplig så att köparen omedelbart uppnådde borgenärsskydd för köpet av maskinerna trots att dessa stod kvar i säljbolagets besittning? Samtliga domstolsinstanser fann att maskinerna utgjorde fullgångna industritillbehör omedelbart i och med förvärvet och att köparbolaget således uppnådde borgenärsskydd direkt genom avtalet. Det fanns inget utrymme för tillämpning av reglerna för lösöre (traditionsprincipen) i denna situation eftersom 2 kap. 4 § JB tar över och anger förutsättningarna för tillbehörskaraktären (»föremålet och fastigheten kommit i samme ägares hand»). En tillämpning av lösörereglerna skulle dessutom »i praktiken omöjliggöra genomförandet av kommersiellt skyddsvärda transaktioner» enligt HD.

² Se 3 kap. 1, 2, 36, 42 och 43 §§ SjöL (1994:1009), 3 § lagen (1955:227) om inskrivning av rätt till luftfartyg, 11 kap. 3 § luftfartslagen (1957:297), 6 kap. 7 § lagen (1998:1479) om kontoföring av finansiella instrument samt 6 kap. JB.

Ingetdera av dessa fall lär kunna överföras på panträttsområdet. Undantagen från traditionsprincipen i dessa situationer kan knappast åberopas som stöd för att det inte skulle föreligga något traditionskrav vid pantsättning. Ideell andel i lösöre kan inte pantsättas annat än genom hela lösörets överförande och industritillbehör kan inte pantsättas annat än tillsammans med fastigheten vari det ingår.

Ytterligare ett undantag från den sakrättsliga samordningen mellan upplåtelse av pant rätt och övergång av äganderätt är kompletteringen av konsumentköplagen med återinförandet av avtalsprincipen för konsumentköp, 49 § konsumentköplagen (1990:932). En pantsättning av lösöre från en näringsidkare till en konsument kan inte verkställas med sakrättslig giltighet annat än genom tradition av lösöret.³

De nya rättsfallen diskuteras nedan i ljuset av senare års doktrin. Det har gjorts flera djupgående analyser av sakrättens grundfrågor, dess syften och ratio, under det senaste 30-talet åren, liksom av rättsområdets utveckling över tiden. Detta arbete skall naturligtvis inte upprepas här, utan snarare utnyttjas som underlag för fortsatta analyser. Doktrinens forskningsresultat skall naturligtvis användas som underlag för fortsatt forskning och vetenskaplig diskussion. Läsaren hänvisas till denna litteratur.⁴

2. Nyare rättspraxis

2.1 Några inledande anmärkningar

Ett mönster framträder vid läsning av senare års HD-domar på panträttens område. En rättsutveckling har skett som förmodligen inte är avslutad och som innebär att traditionskravet koncentrerats till ett krav på *rådighetsavskärande* som helt dominerande faktor. Från ett tidigare synsätt som, utöver rådighetsavskärande för pantsättaren, innebar krav på erhållen rådighet över panten för panthavaren samt synbarhet utåt för pantsättningen, domineras numera prövningen av frågan om tillräckligt rådighetsavskärande skett och upprätthållits. Det kan till och med ifrågasättas om inte de båda senare rekvisiten helt spelat ut sin roll och blivit överflödiga vid prövningen av om godtagbart sakrättsmoment iakttagits i det enskilda fallet.⁵ I

³ SOU 1995:11 Nya konsumentregler s. 189.

⁴ Den moderna sakrättens systematik skapades till övervägande del av Henrik Hessler genom monografien *Allmän sakrätt*, Norstedts, Stockholm 1973. Området har utvecklats doktrinärt främst av Bo Helander, *Kreditsäkerhet i lös egendom*, Norstedts, Stockholm 1983, Torgny Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl., Norstedts, Stockholm 1996, Ulf Göransson, *Traditionsprincipen*, Iustus, Uppsala 1985, och Staffan Myrdal, *Borgenärsskyddet*, Norstedts, Stockholm 2002, dens., *Återpantsättning*, Norstedts, Stockholm 2005.

⁵ Se Helanders ställningstagande för denna ståndpunkt, a.a. s. 380, och Rodhes, instämmande i *Handbok i sakrätt*, Norstedts, Stockholm 1985, s. 391 f.

senare litteratur har, med något undantag, inga invändningar rests här-
emot.⁶ Förklaringen till denna ståndpunkt är att det är rådighetsavskär-
andet som anses utgöra *condicio sine qua non* för panträttens förmånsrätt.
Genom att pantsättaren avstår från panten till förmån för panthavaren har
pantsättaren gjort en uppoffring och avstått från att kunna tillgodogöra sig
pantens värde under pantsättningstiden och istället reserverat detta värde
för panthavaren. Genom denna avtalsvis gjorda privilegiering av pant-
havaren anses denne berättigad till panten framför pantsättarens övriga
borgenärer. Att denna reservering är gjord på sådant sätt att den kanske
inte är lätt iakttagbar utåt och heller inte medför att panthavaren kan
komma åt panten förrän det eventuellt blir fråga om utdelning efter pant-
ens realisering, påverkar således inte panträttens sakrättsliga giltighet en-
ligt detta synsätt. Detta gäller förmodligen både panthavarens omsätt-
ningsskydd och hans borgenärsskydd.

Den helt avgörande frågan blir därmed vad detta rådighetsavskärande
närmare besett innebär. Vilka krav gäller för att rådigheten skall anses
avskuren för pantsättarens del? Beskrivningen här ovan är medvetet vagt
formulerad. På vilket eller vilka sätt skall pantsättaren »avstå från panten
till förmån för panthavaren» och på vilket eller vilka sätt skall pantsättaren
förhindras från att »kunna tillgodogöra sig pantens värde under pantsätt-
ningstiden»? Pantens värde som förmögenhetstillgång står i centrum efter-
som det är det realiserbara värdet som är av intresse då panten tas i anspråk
i enlighet med reglerna för pantrealisering och som också är av intresse för
pantsättarens övriga borgenärer exempelvis vid konkurs. Rådighetsavskä-
randet måste vara inriktat på pantens ekonomiska värde.

Här spelar säkerligen pantens karaktär stor roll. Typen av egendom har
stor betydelse för de sakrättsliga reglernas utformning över huvud taget
och det ligger nära till hands att utgå från att rådighetsavskärandets inne-
börd styrs mycket av denna faktor. För fast egendom, skepp och lös före-
tagsintecknad egendom, är pantbrevssystemet avgörande men det betyder
endast att frågan om rådighetsavskärande flyttats från den egentliga egen-
domen till hanteringen av pantbrevet.⁷ Men med införandet av datapant-
brev och registrering av dessa i pantbrevsregister som substitut för tradi-
tion av det skriftliga pantbrevet utgör det knappast något reellt problem
idag. För kontoförda finansiella instrument är saken i de flesta fall klar då
det gäller de allmänna förutsättningarna enligt lagen om kontoföring av
finansiella instrument (LKF, 1998:1479), registreringsprincipen gäller, se

⁶ Se särskilt Staffan Myrdal, *Borgenärsskyddet*, s. 86 ff., särsk. s. 110 f., med utförlig redo-
visning av ställningstagandena i litteraturen, samt Gösta Walin, *Panträtt*, 2 uppl., Nor-
stedts, Stockholm 1998, s. 94.

⁷ Se 6 kap. 2 § JB, prop. 1970:20 B s. 303, och 3 kap. 2 § sjölagen (1994:1009), prop.
1973:42 s. 272 och 344. Detsamma gäller även för hanteringen av företagsintecknings-
brev, 1 kap. 2 § företagsinteckningslagen (2003:528), prop. 2002/03:49 s. 116.

6 kap. LKF, men här kan tänkas någon tveksamhet då det gäller denuntiation till förvaltare enligt 3 kap. 10 § LKF då instrumenten är förvaltarregistrerade, liksom för pantsättningar som endast sker genom notering på konto hos förvaltare och inte styrs av LKF.

För annan lös egendom än den nu nämnda är rådighetsavskärandet mera svårångat. Som framgår av rättsfallen nedan måste här en nyanserad bedömning göras utifrån den faktiska situationen i dess helhet. I avsaknad av regler av det slag som finns för de nyssnämnda egendomsslagen måste motsvarande läge åstadkommas genom de faktiska åtgärder parterna vidtar. Den »ekonomiska tillgången» till egendomen måste frångå pantsättaren och reserveras för panthavaren. Består panten i lösöre blir det förfogandelegitimationen i form av fysisk besittning som står i centrum och består panten av fysiska värdepapper är likaså den fysiska kontrollen över dokumenten avgörande på grund av skuldebrevslagens legitimationsregler (både betalnings- och förfogandelegitimationen). Består panten av en enkel fordran eller rättighet blir det kontrollen över sekundogäldenärens prestation ur legitimationssynpunkt som avgör. Utgör panten en fordran på betalning står betalningslegitimationen i centrum, både den aktiva och passiva, eftersom den styr rätten till betalning och förfogandemöjligheterna, gäller det en rättighet, exempelvis en bostadsrätt, är oftare den rena förfogandelegitimationen i centrum på det sättet att den avgör om pantsättaren är förhindrad att med framgång förfoga på nytt över rättigheten genom försäljning eller ny pantsättning med verkan framför den första pantsättningen.

2.2 Domarna

Ett viktigt avgörande för traditionsprincipens utveckling har *NJA 1996 s. 52* visat sig vara. Fallet gällde frågan om ett löpande skuldebrev pantsatts med sakrättslig verkan genom att ha lagts i depå i bank med den instruktionen att skuldebrevet inte fick tas ut ur depån annat än gemensamt av pantsättaren och skuldebrevsgäldenären.

Formuleringen i pantförskrivningen löd, »Denna pantförskrivningshandling skall jämte reversen nedläggas i depå hos Nordbanken för förlagsbevisinnehavarnas räkning och får ej uttas ur depån utan vårt [pantsättarens] och NCCs medgivande».

Detta ansågs inte som tillräckligt rådighetsavskärande av HD och talan ogillades redan på denna grund. Pantsättaren hade möjlighet att när som helst instruera banken angående annan hantering av skuldebrevet, kravet på gäldenärens deltagande förändrade inte detta. I vad mån traditionsprincipen också krävde publicitet och egen rådighet för panthavaren prövades

inte av HD även om det antydde i domskälen att dessa moment inte borde spela någon avgörande roll numera.

Under de två följande åren kom så *NJA 1997 s. 660* – Finnboda Varv AB:s flytdocka, och *NJA 1998 s. 379* – Master Möbel AB:s maskiner, vilka båda handlade om bristande tradition av lösöre i samband med säkerhetsöverlåtelse. Domstolen var i båda fallen mycket tydlig med att markera traditionskravets principiella tillämplighet men eftersom objekten i inget av fallen över huvud taget flyttats på efter det att de sålts gavs ej anledning till någon mera nyanserad bedömning av vad traditionskravet kan tänkas innefatta i tveksamma fall.⁸

Det var dags igen i *NJA 2000 s. 88*. Fråga var om traditionsprincipen hindrade tillkomsten av sakrättsligt giltiga transaktioner mellan ett bolag och dess ägare. I fallet hade den ende ägaren till ett aktiebolag i samband med utlåning till bolaget låtit bolaget ta ut företagsinteckning och ställa företagshypotek till ägaren enligt 1984 års företagshypotekslag (1984:649). Ägaren hade tagit hand om företagshypoteksbrevet och gjorde i bolagets konkurs gällande sin fordran med förmånsrätt enligt 5 § 2 p. förmånsrättslagen (1970:979). HD tog ställning för att det måste gå att genomföra en sådan pantsättning med sakrättslig verkan.

»Den omständigheten att ett bolag har överlämnat en pant till någon som har rätt att företräda bolaget hindrar inte att en sakrättsligt giltig pantsättning kan ha ägt rum. Åtminstone i fall då den som har tagit emot panten själv är den avsedde panthavaren med en fordran mot bolaget – och alltså inte har tagit emot panten i egenskap av företrädare för panthavaren – får bolaget som regel anses ha fränhänt sig rådigheten över panten på det sätt som krävs för att pantsättningen skall vara sakrättsligt giltig».⁹

Genom detta ställningstagande gjordes en markering gentemot de äldre fall där pantsättare och panthavare representerats av samma fysiska person och där det ansetts att traditionskravet inte var uppfyllt.¹⁰ Företagsägaren/hypotekshavaren kunde bevaka sin fordran med förmånsrätt för företagshypotek.

Senast i raden av fall på traditionstemat är *NJA 2007 s. 413*. Här godtogs sakrättsligt en inkrämsöverlåtelse av fordon mellan två närstående bolag trots att dessa hade samma företrädare och överlåtelsen säkerligen

⁸ I *NJA 1998 s. 379* förekommer visserligen ett lite märkligt ställningstagande av HD:s majoritet avseende en konkursförvaltares möjligheter att genom övergivande åstadkomma sakrättslig fullbordan av en tidigare försäljning efter säljarens konkurs men det innebar inget ställningstagande till traditionskravets innebörd.

⁹ Ref. s. 91.

¹⁰ Särskilt gäller detta *NJA 1972 s. 246* där RR:n uttalade, vilket fastställdes av HovR:n och HD, »B har under ifrågavarande tid varit företrädare för såväl byggnadsbolaget som stiftelsen. Så länge han omhänderhaft in-teckningarna, har byggnadsbolaget därför, oavsett om han haft för avsikt att hålla dem stiftelsen ensam tillhanda och oavsett om de av honom förvarats avskilda, icke fränhänt rådigheten över in-teckningarna.» Ref. s. 251.

skedde för att kunna driva verksamheten vidare utan gamla leverantörsskulder. Fallet är intressant på grund av sina utförliga domskäl. Bakgrunden var en inkråmsöverlåtelse av tämligen vanligt slag. Ett bolag med stora leverantörsskulder sålde sina tillgångar, inklusive firman, till ett närstående bolag under medverkan av bolagets bank. Det säljande bolaget fick marknadsmässig ersättning för tillgångarna och behöll skulderna. Det köpande bolaget kunde fortsätta verksamheten med en ekonomi i bättre balans, så var det åtminstone tänkt, tillgångar och skulder motsvarade varandra, och när det säljande bolaget så småningom försattes i konkurs blev det leverantörerna som fick ta förlusten.

Som HD påpekar inledningsvis i domen är denna metod för rekonstruktion av företag fördelaktig för ägarna genom att verksamheten kan fortgå utan avbrott och insyn av konkursförvaltare eller rekonstruktör. För borgenärerna blir det enligt HD ingen skillnad jämfört med omedelbar konkurs såvida betalningen för tillgångarna är marknadsmässig och pengarna går till den eller de borgenärer som skulle ha fått utdelning i en konkurs. Men HD:s jämförelse förutsätter omedelbar konkurs i säljarbolaget. Finns det däremot någon överlevnadspotential i bolaget är inkråmsöverlåtelsen naturligtvis sämre för de oprioriterade borgenärerna. Så länge det skuldyngda bolaget lever vidare som juridisk person kan ju trots allt den möjligheten finnas att det skall kunna betala sina skulder efter hand.

I det aktuella fallet rörde det sig främst om ett lager begagnade personbilar och ett släp. En av borgenärerna till säljarbolaget försökte hösten 2006 komma åt dessa tillgångar genom ansökan om kvarstad och efterföljande utmätning hos säljarbolaget. Vid tidpunkten för inkråmsöverlåtelsen i början av 2006 bestod kopplingen mellan bolagen i att en person M.F. var ensam styrelse och firmatecknare i säljarbolaget och samtidigt styrelse-suppleant, firmatecknare och anställd i köparbolaget. Såvitt framgår av tingsrättens dom¹¹ var han dock inte aktieägare i köparbolaget. I köparbolaget var också M.F:s mor firmatecknare och det var hon som under-tecknade överlåtelseavtalet för köparbolagets räkning. De aktuella tillgångarna flyttades i samband med överlåtelsen till andra lokaler, fordonen omregistrerades i bilregistret på köparbolaget, någon registrering enligt lösöreköpslagen (LkL, 1845:50 s. 1) skedde däremot inte. Kreditgivande bank medverkade under hela förfarandet. Frågan var därmed om personalunionen mellan bolagen innebar att säljarbolaget hade fortsatt rådighet över tillgångarna på sådant sätt att köparbolaget inte uppnått sakrättsligt borgenärsskydd genom förvärvet.

HD:s domskäl är utförliga och detaljerade, uppenbarligen har domstolen velat klarlägga så många aspekter som möjligt av traditionsprincipens innehåll. Utgångspunkten var att det fanns ett obligationsrättsligt giltigt avtal om överlåtelse mellan bolagen samt att det vid överlåtelse av lösöre

¹¹ Ref. s. 414.

krävs tradition (besittningsövergång) eller lösöreköpsregistrering för att överlåtelsen skall ha sakrättslig verkan. Sådan tradition eller registrering utgör samtidigt fristående moment från försäljningen.

Vid bedömningen av om tillräcklig tradition eller giltig registrering skett skall enligt HD inte prövas om försäljningen eventuellt utgör en skenrätts-handling eller skett i undandragande syfte. Det spelar ingen roll att avsikten kan ha varit att verksamheten skulle kunna drivas vidare utan merparten av gamla leverantörsskulder. Detta skulle istället beaktas vid en eventuell ogiltighetsprövning (jfr 4 § LkL) eller vid återvinning enligt 4 kap. 5 § konkurslagen (1987:672). Däremot kan vid bedömningen av om en besittningsövergång haft *tillräcklig varaktighet* för sakrättsligt skydd, syftet bakom överförandet och ett återförande av köpeobjektet ha betydelse.

HD påpekar sedan att i flera tidigare rättsfall det ansetts erforderligt att en överlåtare eller pantsättare *frånhänts rådigheten* över den överlåtna eller pantsatta egendomen för att sakrättskydd skulle anses ha uppnåtts. Men enligt HD är det inte helt klart om därmed menas möjligheten för överlåtaren eller pantsättaren att själv få tillgång till egendomen eller dennes möjlighet att förfoga på nytt över den.¹² Emellertid är två rättsfall av särskilt intresse enligt HD, NJA 1972 s. 246 och RH 1990:116. I NJA-fallet¹³ underkändes panträtt och i RH-fallet överlåtelse sakrättsligt, på grund av bristande rådighetsavskärande för pantsättaren/överlåtaren i situationer där innehavaren företrädde båda parter, oavsett om innehavaren hade för avsikt att hålla egendomen panthavaren/förvärvaren ensam tillhanda och oavsett om egendomen förvarades avskilt. Men rättsutvecklingen har gått vidare påpekar HD och dessa fall skall kompletteras med NJA 2000 s. 88, åtminstone i situationer där innehavaren agerar i eget intresse samtidigt som han företräder pantsättaren. I sådana fall anses som regel tillräckligt rådighetsavskärande ha skett. På grund av dessa rättsfall konstaterar HD,

»Innehavarens behörighet att företräda pantsättaren och hans rent faktiska möjlighet att på nytt förfoga över den pantsatta egendomen till förmån för pantsättaren är således inte i sig tillräckliga omständigheter för att anse att pantsättaren fortfarande kunnat råda över egendomen och att tradition därför inte skett, utan det måste också bedömas om innehavaren haft ett tillräckligt eget intresse av att hålla fast vid transaktionen.»¹⁴

¹² När det gäller möjligheten till egen tillgång hänvisar HD till NJA 1949 s. 164 Brinkmanis motorbåt, denuntiation med reservation, NJA 1980 s. 197 andrahandspantsatt entreprenadfordran, NJA 1986 s. 217 andrahandspantsatt factoringfordran, NJA 1986 s. 409 pantsatta jaktgevär med tillgång till gevären för pantsättaren, och NJA 1989 s. 671 konsument bör förstå innebörden av tydlig denuntiation. När det gäller möjligheten att förfoga på nytt över egendomen hänvisas till NJA 1995 s. 367 Obligentia Finans konkurs, denuntiation med viss reservation. HD hänvisar också till Myrdal, Borgenärsskyddet, 2002, för diskussion av legitimationsfrågan.

¹³ Se vid not 10 ovan.

¹⁴ Ref. s. 422.

Detta egenintresse kan manifesteras i det faktum att han som företrädare för förvärvaren/panthavaren kan stå under straffansvar enligt 10 kap. 1 och 5 §§ Brottsbalken samt skadeståndansvar. Företrädaren är bunden av dessa regler i sin egenskap av företrädare för förvärvaren/panthavaren och kan inte agera för överlåtaren/pantsättarens räkning utan svåra konsekvenser. Detta förhållande får anses tillräckligt för att manifesteras rådighetsavskärande för överlåtaren/pantsättaren. Däremot räcker det inte enligt HD med det ansvar som följer av 10 kap. 4 § Brottsbalken, olovligt förfogande, eftersom då skulle kravet på sakrättsmoment helt bortfalla. Utöver det straffrättsliga ansvaret och skadeståndsansvaret pekar HD på att 2 kap. 20 § aktiebolagslagen (2005:551) godtar som fullbordad borgenärsskyddad inbetalning av aktiekapital att beloppet tillförts bolaget och stiftelseurkunden undertecknats av samtliga stiftare. Denna regel gäller även för enmansbolag och godtar således att ägaren/företrädaren rent faktiskt skulle kunna disponera över beloppet för egen räkning. HD påminner också om ställningstagandet i NJA 1998 s. 545, att »kravet på rådighetsavskärande inte drivs så långt att andra legitima transaktioner mellan närstående i praktiken omöjliggörs».¹⁵ Detta fall avsåg dock som nämnts en relation mellan far och son och avsåg primärt den sakrättsliga verkan av gåvor av andelar i lösöre.¹⁶ Det tog knappast sikte på kommersiella inkråmsöverlåtelser. Uttalandet har således nu fått en utvidgad innebörd.

HD:s slutsats blev därmed:

»I förevarande fall har M.F. visserligen rent faktiskt kunnat återlämna fordonen till [säljarbolaget] eller direkt förfoga över dem för [säljarbolagets] räkning, men efter överlåtelseavtalet har han som representant för förvärvaren varit skyldig att iaktta [köparbolagets] intressen. Med beaktande av detta och av vad som ovan anförts om behovet av att kunna genomföra överlåtelser mellan närstående får [säljarbolaget] anses ha i tillräcklig grad berövats sin rådighet över fordonen, så att sakrättsligt skydd inte utesluts av att M.F. vid och efter överlåtelserna var representant även för [säljarbolaget].»¹⁷

Något fristående krav på *publicitet* av något slag bör inte uppställas som del av traditionsprincipen enligt HD. Visserligen finns det källor som tyder på ett sådant krav, såsom lösöreköpsregistreringen, denuntiationens utformning i 31 § 1 st. skuldebrevslagen (1936:81), NJA 1975 s. 638 husvagnsfallet, NJA 1926 s. 281 lösöre kvar i säljarens besittning, och NJA 1995 s. 367 Obligentia Finans konkurs, men mycket talar däremot. Det är enligt HD svårt att åstadkomma publicitet i samband med inkråmsöverlåtelse och undantag skulle vara nödvändiga bland annat vid återgång av

¹⁵ Ref. s. 422.

¹⁶ Se vid not 3 ovan.

¹⁷ Ref. s. 423.

leverans på grund av oväntade, tillstötande omständigheter.¹⁸ Vidare pekar HD på att det vid nyckelpantsättning inte krävs publicitet samt att tradition av löpande skuldebrev inte behöver medföra någon publicitet, jfr 22 § 1 st. skuldebrevslagen. Ett publicitetskrav skulle enligt HD medföra oklarhet om vad som krävdes – kanske onödigt byte av lokaler, rundskrivelse till borgenärerna eller andra registreringar än lösöre köpsregistrering.

»Slutsatsen blir [...] att det måste vara nog att, som i förevarande fall, överlåtarens rådhets över egendomen blivit i väsentlig grad avskuren.»¹⁹

Sammanfattningsvis innebär beslutet att *tradition* i sakrättslig mening kan syfta enbart på att en överlåtare eller pantsättare *förlorar rådhets* över egendomen. I vad mån detta också innefattar en utåt synbar besittningsövergång är inte avgörande. Fysisk tradition och synbarhet är inte längre nödvändiga förutsättningar för sakrättsligt borgenärsskydd. Om överlåtare/pantsättare och förvärvare/panthavare är bolag med samma företrädare räcker det med att överlåtelsen/pantsättningen medför försörjnings- eller trolöshetsansvar (10 kap. 1 och 5 §§ Brottsbalken) och skadeståndsansvar för företrädaren om han förfogar över egendomen för överlåtarens/pantsättarens eller egen räkning.

3. Några reflektioner i anledning av ny rättspraxis

Det sist refererade fallet, NJA 2007 s. 413, framstår genom sina utvecklade domskäl som en sammanfattning av rättsläget i dag. I materiellt hänseende framträder fyra aspekter i detta fall som kan vara värda att notera särskilt, (i) traditionsmomentet är fristående från den bakomliggande transaktionen, (ii) rådhetsavskärandet är avgörande för tillräcklig tradition, (iii) publicitet krävs inte längre för tillräckligt rådhetsavskärande samt slutligen frågan (iv) vad innebär detta för handpanträtten.

¹⁸ HD hänvisar här till Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s. 226, men det är troligt att det även är fråga om en referens till ett kommande mål som beviljats prövningstillstånd (HD pt 28 nov. 2006, T 1657-06) och som avser just denna situation. – Ett leasingobjekt (en räkförpackningslinje) som levererats till leasingkunden återfördes till leverantören för felavhjälpan med mera, men leverantören försattes i konkurs innan avhjälpan var klart och objektet fortfarande var kvar där. Viss ägargemenskap och personalunion förelåg mellan leverantör och leasingkund. Leasingbolaget var dock helt fristående från dessa två. Frågan är därmed om leasingbolaget såsom ägare till objektet har separationsrätt till detta i leverantörens konkurs, med andra ord om verksam tradition har skett av leasingobjektet inledningsvis. Både tingsrätt och hovrätt har ansett att så varit fallet.

¹⁹ Ref. s. 424.

Först påpekandet från HD:s sida om att tradition är ett fristående moment från den bakomliggande rättshandlingen i den meningen att eventuella dolda avsikter bakom rättshandlingen – sken, undandragande – inte spelar någon roll för bedömningen av traditionen. Tradition i rättslig mening kan mycket väl ha skett även om försäljningen/pantsättningen är ogiltig eller angripbar. Ett exempel: Om ett aktiebolag säljer lösöre strax före konkurs till uppenbart underpris till närstående och överlämnar egendomen till denne mot erhållande av en symbolisk betalning, är det en fullbordad försäljning och giltig tradition har skett. Men den kan vara angripbar enligt aktiebolagslagens regler om värdeöverföring och den kan vara återvinningsbar enligt 4 kap. 5 eller 6 §§ konkurslagen. Så trivialt uppfattat ter sig påpekandet dock som överflödigt och knappast nödvändigt att ta med i domskälen till ett HD-beslut. Påpekandet bör nog ses i ljuset av HD:s avslutande bedömningar avseende avskaffandet av publicitetskravet. Nämligen det exempel angående kortvarig besittningsförändring som HD anför som ett skäl till att det inte bör krävas publicitet. Undantag från publicitet, om nu ett sådant krav skulle upprätthållas, måste då medges i fall där traditionen var tänkt att bli tydlig och permanent men den blir kortvarig och svår att iaktta, därför att godset oväntat behöver återlämnas till säljaren, förklarar HD. Skolexemplet är här det fallet att en köpare direkt efter leverans upptäcker garantifel i köpeobjektet och reklamerar och återlämnar detta till säljaren, som åtar sig att avhjälpa felet men försätts i konkurs innan detta arbete hunnit utföras. Se för en snarlik, verklig situation fallet som nämns i not 18 ovan. Det bör inte råda någon tvekan om att verksam tradition skett i detta fall och att köparen har separationsrätt till objektet i konkursen, trots att hans innehav av det varit mycket kortvarigt och tillfälligt. I denna situation måste traditionskravet bedömas utifrån partsavsikten då besittningsövergången sker, inte enbart den yttre fysiska placeringen vid konkursutbrottet. Därför måste man hålla isär bedömningen av traditionen från prövningen av skälen bakom transaktionen. Enbart det förhållandet att egendomen påträffas hos säljaren eller åtkomlig för säljaren räcker inte för konstaterandet att den också är tillgänglig för säljarens borgenärer, såsom NJA 1975 s. 638 (husvagnsmålet) kan tyda på. Det är ofrånkomligt att partsavsikten spelar roll i prövningen men samtidigt är rådighetsavskärandet ett undantagslöst krav i den meningen att även en helt lojal och korrekt försäljning, som inte alls fullföljts med leverans eller rådighetsavskärande saknar verkan i förhållande till konkurs- eller utmätningsborgenärerna. Men det har saknats auktoritativt rättskällestöd för resonemang av detta kanske mera nyanserade slag.

Den andra aspekten som kommer fram i domen är att tradition numera domineras av kravet på rådighetsavskärande för överlåtare/pantsättare samt att detta är ett pragmatiskt utformat krav som styrs av förutsättningarna i det enskilda fallet och av en nyetablerad princip om att traditions-

kravet inte skall drivas så långt att legitima transaktioner mellan närstående i praktiken omöjliggörs. Intressant nog stammar denna HD:s hänvisning till »kommersiellt skyddsvärda transaktioner», som nämnts från det tidigare rättsfallet NJA 1998 s. 545, angående överlåtelse (gåvor) i familjeförhållande av andelar i en fritidsbåt, där det påpekades att sakrätten inte i onödan skulle förhindra eller försvåra i och för sig skyddsvärda transaktioner. Ett ställningstagande som nu således har kommit till oanad nytta i helt andra sammanhang. Sakrätten har nog i tidigare skeden varit känd för en viss fyrkantighet och åtminstone en strävan mot att upprätthålla en slags formalism i tillämpningen eftersom intressekollisionerna ofta är så tydliga och direkta i sakrättsliga tvister. Förutsebarhetskravet har ansetts innebära formella krav på att vissa moment iakttagits och att detta varit synbart. Nyare rättspraxis från HD visar dock att synsättet är på väg att förändras hän mot en mera nyanserad och komplex tillämpning. En rättsutveckling som särskilt Myrdal har uppmärksammat och bejakat.²⁰ Om olika mer eller mindre specifika hänsyn kan tas i den enskilda sakrättsliga tvisten medför det naturligtvis större flexibilitet i rättstillämpningen och möjligen i någon mening mera korrekta domar men risken är naturligtvis att förutsebarheten minskar.

Den tredje aspekten är att något fristående krav på publicitet inte längre gäller för giltig tradition. Har godtagbart rådighetsavskärande skett kan inte därutöver upprätthållas ett krav på att detta också blivit synbart eller kontrollerbart för omgivningen. Den äldre uppfattningen att ett viktigt motiv för traditionskravet var att den påstådda överlåtelsen eller pantsättningen därmed blev synlig eftersom det låg i själva traditionens begrepp, såsom detta uppfattades, gäller inte längre. Möjligheten för omgivningen (särskilt överlåtarens/pantsättarens borgenärer) att kontrollera den påstådda transaktionen har spelat ut sin roll som rekvisit för tillräcklig tradition. Däremot har knappast den klassiska traditionen, i betydelsen faktisk besittningsövergång, spelat ut sin roll som sakrättsmoment. Självklart kan en köpare åstadkomma ett definitivt sakrättsligt borgenärsskydd gentemot säljarsidan genom att ta den köpta egendomen i fysisk besittning. Vad HD åstadkommit med senare års rättsfall är en utvidgning av möjligheterna till fullbordad borgenärsskydd vid överlåtelser och pantsättningar.

Slutligen som en fjärde aspekt, bör det rättsläge som sålunda etablerats genom HD:s prejudikat konfronteras mot panträtten. Det nämndes inledningsvis att det under lång tid framhållits i litteraturen att samordning bör eftersträvas mellan kraven för sakrättsligt fullbordad äganderättsövergång och upplåtelse av panträtt i lös egendom.²¹ En samordning underlättar

²⁰ Se Myrdal, Borgenärsskyddet, s. 114 ff. och 234 f.

²¹ Se redan Östen Undén, Svensk sakrätt I, Lös egendom, 10 uppl., Fritzes Förlag AB faksimilupplaga 1995, s. 47, för ett sådant påpekande, jfr Staffan Myrdal, Borgenärsskyddet s. 52 ff.

rättstillämpningen genom att dels förhindra oönskad överströmningseffekt mellan de två rättsinstituterna, dels förenkla prövningen av gränserna mellan omsättningsöverlåtelse – säkerhetsöverlåtelse – pantsättning. Men frågan är hur man skall ställa sig till den nu etablerade principen om rådhetsavskärandet som avgörande för borgenärsskyddet. Är det fullt ut överförbart på pantsättning, som i och för sig HD:s domskäl antyder? Om ett moderbolag pantsätter lösa tillgångar till ett dotterbolag som säkerhet för lämnad kredit men behåller objekten och åtar sig att vårda dem för panthavarens räkning och bolagen har samma företrädare. Har då en verksam panträtt åstadkommit? Moderbolagets företrädare kan inte bortse från denna företrädarroll i dotterbolaget och förfoga över panten för moderbolagets räkning, så att dotterbolaget blir stående med en oskyddad fordran på modern. Är situationen med andra ord helt analog med överlåtelsetallet ovan? Ja, det vill synas vara avsett så från HD:s sida. I den centrala delen av domskälen som preciserar innebörden i rådhetsavskärandet och som delvis citeras vid not 14 ovan, refererar HD genomgående i första hand till pantsättare och panthavare trots att det aktuella fallet handlade om äganderättsöverlåtelse (inkrånsoverlåtelse). Detta är knappast en tillfällighet utan måste uppfattas som medvetet valt för att utvidga omfånget till att också omfatta pantsättningsfallet. De två NJA-fall som åberopades där, NJA 1972 s. 246 och NJA 2000 s. 88, handlade också om pantsättning, inte överlåtelse. Det är tydligt att HD i denna del velat hålla ihop systemet och låta traditionsprincipen fortsätta att omfatta både överlåtelse och pantsättning i sin nya, utvecklade utformning.

