

# Rådighetsavskärandet och förhindrandet av borgenärsbedrägliga transaktioner –

Om sakrättens syften och kraven på tradition och denuntiation – generellt  
och vid närståendetransaktioner

**Kandidatuppsats, Affärsjuridiska programmet, termin 6, 2007**

**Författare:**

Fredrik Bergqvist

Patrik Engberg

**Engelsk titel:** *The loss of the right of disposition and the prevention of fraudulent transactions to the detriment of the assignor's creditors*

## Sammandrag

Skydd mot en överlåtares/pantsättares borgenärer kräver att ett sakrättsligt moment skall ha genomförts. Två av de vanligaste momenten är tradition och denuntiation. Trots att båda dessa moment har en lång historia och vidsträckt tillämpning, är deras innebörd inte helt klar. Det har, i såväl praxis som doktrin, länge varit oklart om det, för att momenten skall anses genomförda, skall ställas krav på att förvärvaren erhåller rådighet över den överlåtna/pantsatta egendomen eller om det räcker med att överlåtaren/pantsättarens rådighet avskärs. Frågan är viktig, eftersom parter som handlar med varandra måste veta vilka åtgärder de skall företa för att undgå att den förvärvade egendom tas i anspråk av överlåtaren/pantsättarens exekutionsborgenärer.

Oavsett om kravet för sakrättsligt skydd är beroende av förvärvarens erhållna rådighet eller av överlåtaren/pantsättarens avskurna dito uppkommer problem i situationer, i vilka åtgärder för att uppfylla kraven är svåra att företa. Exempel på sådana situationer är rättshandlande mellan olika konstellationer av närstående parter.

För att öka förståelsen för hur sakrättsligt skydd uppkommer är det av intresse att kartlägga vilka syften som föranlett utformningen av de befintliga sakrättsmomenten. Ett identifierat syfte kan ge ledning i frågan om vad som bör krävas för att sakrättsligt skydd skall uppstå. Åtgärderna som företas skall helt enkelt leda till ett uppfyllande av de bakomliggande syftena.

I denna framställning har de nuvarande kraven på sakrättsligt moment, både vad gäller närståendetransaktioner och övriga transaktioner, sökts genom analys av praxis. Vilka syften som ligger bakom momenten har identifierats genom förarbeten, praxis och litteratur. En analys har genomförts av hur väl kraven, som ställs på momenten, svarar mot syftena bakom momenten och vissa förslag till förändringar har lagts fram för de situationer som vi anser föranleder problem.

Slutsatserna av denna studie är att de krav som ställs på momenten på ett relativt bra sätt uppfyller de syften som vi identifierat som de bakomliggande till momenten. Kraven på rådighetsavskärande upprätthålls hårt även vid närståendetransaktioner, vilket leder till att sakrättsligt giltiga transaktioner kan vara nästintill omöjliga att uppnå i vissa situationer. Syftet bakom momenten har ansetts viktigare än möjligheten att i dessa fall företa sakrättsligt skyddade transaktioner.

**Sökord:** tradition, traditionsprincipen, denuntiation, denuntiationsprincipen, sakrätt, rådighetsavskärande, borgenärsbedrägeri, borgenärsskydd, uppoffring, publicitet, närståendetransaktion.

# Innehållsförteckning

<b>Innehållsförteckning</b> .....	<b>i</b>
<b>Förkortningar</b> .....	<b>iii</b>

## KAPITEL 1

<b>Inledning</b> .....	<b>1</b>
1.1 Problembakgrund .....	1
1.2 Problemformulering .....	1
1.3 Syfte .....	2
1.4 Metod .....	2
1.5 Avgränsning .....	3
1.6 Disposition .....	3

## KAPITEL 2

<b>Något om sakrätten</b> .....	<b>4</b>
2.1 Några förklaringar .....	4
2.2 Vad är sakrätt? .....	5

## KAPITEL 3

<b>De sakrättsliga momenten</b> .....	<b>7</b>
3.1 Inledning .....	7
3.2 Tradition .....	8
3.2.1 Inledning och historik .....	8
3.2.2 Vilka krav ställs för giltig tradition? .....	9
3.2.3 Tradition vid pantsättning .....	12
3.3 Denuntiation .....	13
3.3.1 Inledning och historik .....	13
3.3.2 Vad är en denuntiation? .....	14
3.3.3 Överlåtelse alternativt pantsättning av enkla fordringar .....	14
3.3.4 Denuntiation till tredje man som innehavare av egendomen .....	15
3.3.5 Vilka krav ställs för giltig denuntiation? .....	15
3.4 Sammanfattning .....	17

## KAPITEL 4

<b>De sakrättsliga momentens syften</b> .....	<b>18</b>
4.1 Inledning .....	18
4.2 Förhindra övervärdering av gäldenärens kreditvärdighet .....	19
4.3 Historisk hävd .....	20
4.4 Borgenärens faktiska makt över säkerhetsobjektet .....	21
4.5 Uppoffring .....	21
4.6 Förhindra borgenärsbedrägerier .....	22
4.6.1 Publicitet .....	23

4.6.2	Uppoffring .....	26
4.7	Sammanfattning .....	28

## **KAPITEL 5**

### **De olika legitimationernas betydelse för uppnående av syftet med denuntiation .. 30**

5.1	Inledning.....	30
5.2	Uppoffring .....	30
5.3	Publicitet.....	31
5.4	Sammanfattning.....	32

## **KAPITEL 6**

### **Borgenärsskydd vid närståendetransaktioner ..... 32**

6.1	Inledning.....	32
6.2	Rättshandlande mellan sammanlevande.....	33
6.3	Rättshandlande mellan en juridisk person och dess företrädare.....	33
6.4	Slutsatser angående rådighetsavskärandet vid närståendetransaktioner .....	36
6.4.1	Situation 1.....	36
6.4.2	Situation 2.....	37
6.4.3	Situation 3.....	38
6.5	Överlåtelse/pantsättning av samäganderättsandel i lösöre .....	38
6.6	Uppfyllande av syftet bakom sakrättsmomenten vid närståendetransaktioner ...	40
6.6.1	Uppoffring .....	40
6.6.2	Publicitet.....	41
6.7	Sammanfattning .....	41

## **KAPITEL 7**

### **Sakrätten de lege ferenda ..... 42**

7.1	Inledning.....	42
7.2	Subjektiv prövning i det enskilda fallet.....	43
7.3	Redovisningsmodellen .....	44
7.4	Betalningslegitimationens relevans de lege ferenda .....	45
7.5	Moderniserat registreringsförfarande.....	47
7.6	Avtalsprincipen.....	48

## **KAPITEL 8**

### **En avslutande kommentar ..... 50**

### **Litteraturförteckning ..... I**

### **Offentligt tryck ..... I**

### **Rättsfall ..... I**

### **Litteratur ..... I**

### **Artiklar ..... II**

## Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BankL	Lag (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse
BokfL	Bokföringslag (1999:1078)
BrB	Brottsbalk
f.	följande (en sida framåt)
ff.	följande framställning (mer än en sida framåt)
EFL	Lag (1987:667) om ekonomiska föreningar
FRL	Förmånsrättslag (1970:979)
HB	Handelsbalk
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JB	Jordabalk
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
JustR	Justitieråd
KKL	Konsumentköplag (1990:932)
KL	Konkurslag (1987:672)
Lag 1936	Lag (1936:88) om pantsättning av lös egendom som innehaves av tredje man
LkF	Förordningen (1835:25 s. 3) angående vad som iakttagas bör vid handel om lösören, vilka köparen låter i säljarens vård kvarbliva
LKL	Lag (1845:50 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avd II
prop.	Proposition
RevSkr	Revisionssekreterare
RF	Regeringsformen
RH	Rättsfall från hovrätterna
SkbrL	Lag (1936:81) om skuldebrev
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TR	Tingsrätt
UB	Utsökningsbalk
ÅRL	Årsredovisningslag (1995:1554)
ÄktB	Äktenskapsbalk

# KAPITEL 1

## Inledning

### 1.1 Problembakgrund

För att uppnå sakrättsligt skydd enligt svensk rätt krävs att vissa åtgärder vidtas, de så kallade sakrättsmomenten. I många fall uppfylls inte kraven för sakrättsligt skydd redan genom den obligationsrättsligt bindande handlingen utan ytterligare åtgärder krävs. Vilka dessa åtgärder är, och således hur sakrättsligt skydd uppstår, är bland annat beroende av vilken typ av egendom som det enskilda fallet berör. Skyddet uppnås huvudsakligen genom en av de följande tre åtgärderna; tradition, denuntiation och registrering. Syftet med kravet på ett sakrättsligt moment är bland annat att rättshandlingen skall bli synliggjord<sup>1</sup> och ge omvärlden möjlighet att uppfatta att rättsförhållandet, avseende ifrågavarande egendom, förändrats. Det finns emellertid fall när ett, i och för sig korrekt, genomfört sakrättsmoment inte nödvändigtvis synliggör rättshandlingen och således inte uppfyller syftet med momentet. Ett exempel på detta är att en ensam ägare i ett aktiebolag rättshandlar med sig själv, i skepnad av å ena sidan företrädare för aktiebolaget och å andra sidan sin egen person. Hur ska denne ägare exempelvis kunna tradera något mellan de båda rättssubjekten; ge bort det med en hand och ta emot det med den andra? Andra, till synes icke ovanliga, fall, i vilka problematiken är densamma, är att rättshandlingar företas mellan bolag i samma koncern, mellan familjemedlemmar samt mellan parter som bedriver sin verksamhet i samma lokaler. Även om de sakrättsligt relevanta åtgärderna har genomförts på ett korrekt sätt kan man fråga sig om det i sig uppfyller syftet med desamma, alltså bland annat synliggörandet av rättshandlingen i fråga. På senare tid har en viss uppluckring av traditionskravet kunnat skönjas i rättspraxis. Möjligen skulle även kraven på de andra sakrättsmomenten kunna ha förändrats. Det kan ifrågasättas om syftet bakom kravet på sakrättsmomenten verkligen uppnås när kraven, för att exempelvis tradition skall anses ha skett, sänks.

### 1.2 Problemformulering

- Vilka krav ställs idag på sakrättsmomenten vid rättshandlingar, generellt och mellan närstående?<sup>2</sup>
- Fyller sakrättsmomenten de syften som ligger till grund för desamma vid rättshandlingar, generellt och mellan närstående?
- Bör kraven på sakrättsmomenten skärpas, eller möjligen mildras, för att bättre svara mot de bakomliggande syftena eller bör momenten ersättas?

---

<sup>1</sup> Det har i doktrinen framförts skiljaktiga meningar om det fullständiga syftet. Detta kommer att utredas senare i framställningen, varför vi här nöjer oss med en ofullständig beskrivning, för att ändå ge läsaren en bild av problematiken.

<sup>2</sup> Begreppet definieras i avsnitt 6.1.

### 1.3 Syfte

Syftet med denna framställning är i huvudsak av teoretisk karaktär men i viss utsträckning även praktisk. Författarna avser att utreda vad som idag krävs för att uppnå sakrättsligt skydd gentemot överlåtarens/pantsättarens borgenärer, generellt och vid rättshandlande mellan närstående. Frågan gäller således vilka åtgärder som måste vidtas och vilka krav som ställs på dessa åtgärder för uppnående av sakrättsligt skydd. Därefter kommer syftena, som ligger till grund för kraven på de åtgärder som föranleder sakrättsligt skydd, att fastslås. Dessa fastslagna syften kommer sedermera att jämföras med de krav på åtgärder som idag uppställs för att erhålla sakrättsligt skydd, både generellt och i de särskilda situationer som uppstår vid rättshandlande mellan närstående, för att se om syftena med kraven verkligen uppfylls. Om så inte är fallet, avser författarna att utreda ifall det kan finnas andra åtgärder som kan vidtagas istället för de traditionella, vilka på ett bättre sätt skulle tjäna syftena.

Framställningens riktar sig å ena sidan till exempelvis konkursförvaltare och andra, som kan stöta på de behandlade problemen i sin yrkesutövning och å andra sidan till jurister som bedriver andra rättsvetenskapliga studier.

### 1.4 Metod

I utredningen, av vad som *de lege lata* gäller för uppnående av sakrättsligt skydd vid rättshandlande, generellt och mellan närstående, kommer vi att studera främst lag, rättspraxis och doktrin för att identifiera de krav som ställs på de åtgärder som skall vidtas för att sakrättsligt skydd skall uppkomma.

För att slå fast vilka syften<sup>3</sup> som ligger till grund för kraven på åtgärder för uppnående av sakrättsligt skydd kommer ledning att sökas i rättspraxis, lagförarbeten och doktrin. I den mån vi finner motstående ståndpunkter, kommer argumenten och ändamålen<sup>4</sup> bakom dessa att analyseras för att identifiera de syften som vi finner vara de bäst underbyggda. Det tillvägagångssätt författarna ämnar använda sig av för att uppnå detta är en avvägning mellan de ändamål som de olika syftena grundar sig på.

För att fastställa huruvida de krav som ställs, för uppfyllande av sakrättsmomenten, svarar mot deras syften, kommer utgångspunkten att vara de tidigare fastställda kraven och syftena. En diskussion kommer att företas i vilken vi analyserar hur pass väl kraven leder till att syftena med åtgärderna uppfylls. Ledning kommer att hämtas ur vad som tidigare framkommit genom studierna av rättspraxis, lagförarbeten och doktrin.

Det underlag, som den senast nämnda analysen ger, kommer att vara avgörande för om det över huvud taget finns anledning att vidare undersöka huruvida kraven på de traditionella sakrättsmomenten bör ersättas med krav som bättre svarar mot de syften vi funnit bäst underbyggda, eller om momenten som sådana bör ersättas. Denna undersökning sker med utgångspunkt i de tidigare fastslagna syftena och med dessa i

---

<sup>3</sup> Med *syfte* menas det som avses bli den direkta effekten av de åtgärder som leder fram till att sakrättsligt skydd uppkommer, exempelvis att borgenärsbedrägerier försvåras.

<sup>4</sup> *Ändamål* i vår mening är syftet på ett högre plan. Exempelvis kan sägas att syftet med sakrättsmomenten är att förhindra borgenärsbedrägerier. Värdet av att sådana bedrägerier förhindras, eller i vart fall försvåras, ligger i samhällets intresse av en väl fungerande marknad (och ytterst största möjliga nytta för samhället).

fokus skall författarna söka formulera en annan typ av krav som på ett bättre sätt uppfyller syftena. De möjliga fördelarna, i uppfyllandet av syftena genom de tänkta alternativen, måste, för att ge en rättvisande bild, vägas mot möjliga nackdelar i andra hänseenden, exempelvis praktiska och ekonomiska.

## 1.5 Avgränsning

Författarna gör med framställningen inte anspråk på att grundläggande redogöra för sakrätten som sådan, utan avser att ge endast en kortfattad beskrivning. Enär framställningen främst riktar sig till såväl praktiskt som akademiskt verksamma jurister får det ses som självklart att läsaren har goda juridiska kunskaper, varför en sådan grundläggande redogörelse är överflödig. De sakrättsmoment som kommer att behandlas är endast tradition och denuntiation. Den sakrätt som kommer att behandlas i det följande är det så kallade borgenärsskyddet, det vill säga skydd mot överlåtarens/pantsättarens utmättnings- eller konkursborgenärer. Omsättningsskyddet kommer inte att ges något utrymme i denna framställning. Den statiska sakrätten kommer inte heller att behandlas utan när termen sakrätt förekommer är det den *dynamiska* sakrätten som åsyftas. Framställningen kommer vidare inte att behandla internationell rätt, utan är begränsad till den nationella.

## 1.6 Disposition

Det inledande kapitlet leder in läsaren på vilken problemformulering författarna avser att besvara med denna framställning samt i vilket syfte studien genomförs. I kapitel två ges en överblick över sakrätten och i det följande kapitlet genomförs en grundlig analys av vilka krav som *de lege lata* erfordras för giltigt genomförd tradition respektive denuntiation. Det fjärde kapitlet ger läsaren en genomgång av de identifierade syften som ligger till grund för sakrättsmomenten. I anslutning härtill prövas huruvida rådighetsavskärande eller erhållen rådighet bäst uppfyller dessa syften. Femte kapitlet ägnas åt en analys av förfogande-, betalnings-/mottagandelegitimationens betydelse för uppfyllande av syftet bakom denuntiation. Sjätte kapitlet behandlar rättshandlande mellan närstående och vilka krav som ställs för ett korrekt genomfört sakrättsmoment. I det sjunde kapitlet ges författarnas egna tankar kring hur identifierade problem kan lösas eller hur de sakrättsmomenten bakomliggande syftena kan uppfyllas bättre genom dels alternativa sakrättsliga moment, dels genom förändrade krav på de befintliga. Som avslutning ges en kortare kommentar om arbetet i dess helhet.



## KAPITEL 2

### Något om sakrätten

#### 2.1 Några förklaringar

Begreppen besittning och rådighet är centrala inom sakrätten men trots detta är de inte helt lätta att förstå. För att öka förståelsen av framställningen ges därför en kort förklaring av begreppen.

En besittning är *omedelbar* när ett föremål finns under besittarens direkta kontroll. En *medelbar* besittare innehar inte föremålet, utan detta finnes hos annan som innehar föremålet för den medelbare besittarens räkning. Begreppsparet har införts för att den till traditionen knutna besittningen skall kunna användas i situationer i vilka egendomen fysiskt inte finns hos den materiellt legitimerade.<sup>5</sup> Till detta kan fogas att begrepp som *självständig* och *osjälvständig* besittning förekommer, men dessa tar, till skillnad från det förstnämnda begreppsparet, sikte på endast det rättsliga förhållandet avseende egendomen. Den som innehar äganderätten till ett föremål är *självständig besittare*.<sup>6</sup> När begreppen förekommer är det av vikt att inte osökt anta att exempelvis omedelbar besittning medför att besittaren har självständig besittning, även om det kan presumeras vara på det viset.<sup>7</sup>

I den sakrättsliga litteraturen och inom sakrätten som sådan är begreppen *sambesittning* och *gemensam besittning* centrala institut. Sambesittning föreligger när två eller flera personer i förening har besittning till viss egendom på ett sådant sätt att var och en av besittarna oberoende av de övriga har faktiskt tillgång till egendomen. Gemensam besittning innebär att två eller flera personer har besittning till viss egendom men att en person inte utan övriga besittares hjälp kan få tillgång till egendomen.<sup>8</sup> Två personer som förvarar egendom inlåst bakom dubbla lås, varvid en av de två har nyckeln till ett lås och den andre till det andra låset, skulle alltså ha gemensam besittning till den inlåsta egendomen. Ingen av dem kan ju på egen hand öppna båda låsen. På senare tid har emellertid HD kommit att använda termen gemensam besittning som beteckning för båda förhållandena.<sup>9</sup> Detta medför att termerna ej längre kan anses ha den betydelse de ursprungligen hade – ordvalet torde numera behöva kompletteras med en beskrivning av den situation som är för handen.<sup>10</sup> Anledningen till att en kortare beskrivning av begreppen ges här är att läsaren ska veta vad som avses när rättsfall av äldre årgång diskuteras.

I äldre rättsfall och i lagtexten är termen besittning i fokus men i andra, oftast yngre, rättskällor diskuteras istället begreppet rådighet. Ordet besittning föranleder ofta den uppfattningen att någon faktiskt har någonting i handen. När sakrättsmomenten knyts till besittningen kan man lätt förledas tro att den som besitter egendomen har den i sin

---

<sup>5</sup> Helander s. 377.

<sup>6</sup> Göranson s. 463 ff.

<sup>7</sup> 4 kap 18 § UB.

<sup>8</sup> Undén s. 38, Helander s. 381 f.

<sup>9</sup> NJA 1984 s. 132.

<sup>10</sup> Håstad s. 50.

hand men, som senare kommer påvisas, är besittningsbegreppet snarare knutet till överlåtarens/pantsättarens förlorade rådighet. Viss förvirring kan som synes uppkomma och så har skett även i doktrin. Med denna kortfattade beskrivning hoppas vi kunna göra det enklare för läsaren att tillgodogöra sig den vidare framställningen.

## 2.2 Vad är sakrätt?

Redan i den romerska rätten återfanns begreppet sakrätt där det betecknade en rättighet som kunde göras gällande mot envar, till skillnad mot en sådan rättighet som endast var gällande mot motparten. I den äldre germanska rätten skilde man mellan sakrätter och fordringsrätter. Sakrätten innebar, naturligt nog, rätt till en viss specifik sak, medan fordringsrätten stod för rätt till ett visst värde. Till synes har den romerska och den germanska rätten sett på sakrätten på ett, från varandra, tydligt skilt sätt. I den germanska rätten avgjordes frågan huruvida det var fråga om en sakrätt på grundval av objektets art medan det i den romerska rätten var avgörande mot vilka olika rättssubjekt rättigheten kunde göras gällande.

Dagens svenska sakrätt påminner mer om den romerskrättsliga sakrätten än den germanska, eftersom sakrätten enligt lagstiftare och domstolar inte behöver vara bunden till vissa saker utan även kan knytas till annan egendom, såsom fordringar och andra rättigheter. Det som idag kännetecknar sakrätten är hanteringen av en uppkommen, eller tänkt, trepartskonflikt avseende samma egendom. Vardera konfliktparts anspråk på motparten är obligationsrättsligt giltigt, men kan inte tillgodoses fullt ut utan att det andra anspråket antingen inskränks eller helt utsläcks. Ett sakrättsligt skyddat anspråk ges företräde framför ett endast, mot den gemensamma motparten, obligationsrättsligt anspråk. Konflikten kan på ett enkelt sätt åskådliggöras genom ett exempel med figurerna A, B och C. A och C betecknar de rättssubjekt mellan vilka konflikten råder medan B betecknar överlåtaren/pantsättaren av den egendom som konflikten rör.<sup>11</sup> Modellen kommer att användas kontinuerligt i framställningen för att underlätta läsarens förståelse av de exemplifieringar som görs.

A köper en dator hos säljaren B, vilken vid ett senare tillfälle säljer samma dator till köparen C. Vi borde även kunna tänka oss att B upplåter nyttjanderätt till samma egendom till både A och C vid olika tidpunkter och utan förbehåll för den andres rätt. Vilket av förvärven skall ges företräde framför det andra?

Obligationsrätten ger ingen ledning för hur konflikten mellan A och C skall lösas utan används endast för att reglera rättigheter och skyldigheter mellan B och A eller B och C, alltså mellan avtalsbundna parter. Sakrätten används, till skillnad från obligationsrätten, för att lösa konflikter mellan parter som inte har någon obligationsrättslig relation, utan som binds samman endast av sina anspråk på samma egendom och mot samma part.<sup>12</sup> Eftersom den ger vetskap om hur dessa konflikter löses, kan sakrätten även tjäna som ett instrument för att i förväg, innan en konflikt uppstår, ge en person möjlighet att tillvarata och säkerställa sina intressen.

---

<sup>11</sup> Modellen presenterades ursprungligen av professor Henrik Hessler och har därefter frekvent använts i den sakrättsliga litteraturen.

<sup>12</sup> Exempelvis Håstad JT 2002-03 s. 747.

Det har inte från lagstiftarens håll gjorts något försök att samla alla sakrättens bestämmelser i en lag utan de finns spridda i en mängd lagar som behandlar vissa typer av situationer och egendomstyper. Sakrätten är alltså inte en sammanhängande disciplin i den meningen att den kan studeras i ett speciellt regelverk utan det är de speciella trepartskonflikterna och vilken egendom konflikten gäller som får bestämma var i författningarna svaren skall sökas. Dessa konflikter kan delas upp i två huvudtyper; omsättningsskyddet och borgenärsskyddet. Det förra skyddar en förvärvare av en sak eller rättighet från en senare, eller tidigare<sup>13</sup>, förvärvares anspråk på samma egendom. Bakom omsättningsskyddet finns samhällets intresse av en fungerande och säker handel som medger att en förvärvare som handlar på ett visst sätt kan förvissa sig om att förvärvet inte kan angripas av en annan pretendent, med anspråk på samma egendom<sup>14</sup>. Reglerna inom omsättningsskyddsområdet skall därför trygga rättssubjektets förvärv från andra subjekt och hindra att den effektiva marknaden störs, på ett sätt som kan leda till exempelvis högre transaktionskostnader. Den aktuella konflikten finns exemplifierad ovan men kommer inte att behandlas mer i den följande framställningen, varför den intresserade hänvisas till annan litteratur.

Det så kallade borgenärsskyddet behandlar konflikten mellan en förvärvare och överlåtarens/pantsättarens konkurs- eller utmätningsborgenärer. Dels skall den förvärvade egendomen skyddas från att dras in i ett general- eller specialexekutionsrättsligt förfarande hos överlåtare/pantsättaren, dels skall exekutionsborgenärerna skyddas mot att gäldenären vidtar skentransaktioner eller efterhandskonstruktioner för att minska den egendomsmassa som dessa borgenärer kan gör sig betalda ur. Borgenärsskyddet syftar alltså i huvudsak till att reglera kollisionen mellan anspråk som två eller flera aktörer har på samme motpart och ange vems anspråk som skall respekteras av de övriga aktörerna. Nedan ges exempel på typiska konfliktsituationer som borgenärsskyddsreglerna syftar till att lösa.

A köper en tavla av säljaren B och erlägger betalning för denna. Av olika anledningar har A ingen möjlighet att ta med sig tavlan hem utan denna hänger kvar hos B. Innan A hinner hämta tavlan blir B försatt i konkurs och frågan uppstår vem som har rätt till tavlan eller det värde denna betingar, A eller konkursborgenärerna  $C_1-C_n$ ?

Ytterligare ett exempel är att en borgenär C, i anledning av en fordran på B, begär utmätning hos B av en bil som finns i dennes garage. A hävdar då att bilen inte kan tas i mät när den ägs av honom och fanns hos B endast för att bli reparerad. Skall A behöva se sin bil utmätt för C:s fordran på B?

Vidare kan man tänka sig att B försöker duperas sin konkursborgenär C genom att hävda att viss egendom som finns hos B har försålts till A och därför inte kan försäljas för betalning av B:s skuld till C. Skall C behöva finna sig i denna försäljning?

Borgenärsskyddsreglerna är som synes mycket insolvensrättsligt präglade och skapar, tillsammans med FRL, ett viktigt komplement till KL:s likabehandlingsprincip, vilken ger vid handen att alla konkursborgenärer skall få betalt i samma utsträckning. Av stor vikt för borgenärsskyddet är även återvinningsreglerna i 4 kap KL, vilka ger möjlighet att återvinna rättshandlingar som företagits i tiden nära inpå konkursutbrottet och som försämrat borgenärernas ställning eller gynnat en borgenär framför de andra.

<sup>13</sup> Se 1 kap 5 § HB. För att ett senare förvärv skall ges företräde framför ett tidigare uppställs krav på den senare förvärvarens goda tro. Jfr Håstad s. 83 ff., Millqvist s. 62 ff.

<sup>14</sup> Millqvist s. 14.

Återvinning är möjlig även om rättshandlingen är sakrättsligt skyddad.<sup>15</sup> Likabehandlingsprincipen, i kombination med förmånsrättsreglerna och sakrätts borgenärsskyddsregler, skänker viss trygghet till fordringsägarna när en gäldenär inte klarar av att betala samtliga sina skulder. Regleringen innebär att fordringsägarnas rättigheter tillvaratas, eftersom reglerna klart anger den ordning i vilken borgenärerna har rätt till betalning. Härigenom undviks att en borgenär *kastar sig över* gäldenären för att, före övriga borgenärer, se till att få betalt för sina fordringar. Reglerna ger således ett mer ordnat och effektivt system för att tillgodose borgenärernas intressen i en konkurs eller vid utmätning.<sup>16</sup>

## KAPITEL 3

### De sakrättsliga momenten

#### 3.1 Inledning

Enligt obligationsrätten övergår en äganderätt redan vid avtalslutet.<sup>17</sup> Ett giltigt avtal medför att äganderätten övergått till köparen och således har frångått säljaren. Vid tvist angående äganderätten mellan avtalsparterna avgörs äganderättsfrågan med utgångspunkt i avtalet. Även säkerhetsrätter blir obligationsrättsligt giltiga genom avtalet. Obligationsrätten torde emellertid spela en mindre roll vad gäller säkerhetsrätter, eftersom dessa till sin natur syftar till att reglera inte bara förhållandet mellan avtalsparterna utan även till tredje man. Att få en endast obligationsrättsligt giltig säkerhetsrätt är därför inte av samma intresse, eftersom den (ofta) ska kunna göras gällande mot tredje man, vilket kräver en sakrättsligt giltig transaktion.<sup>18</sup> För att uppnå det sakrättsliga skyddet, oavsett om det är fråga om en säkerhetsupplåtelse eller en överlåtelse, krävs vidtagande av en åtgärd, det så kallade sakrättsmomentet. Exempelvis kan nämnas det krav på tradition av pantobjektet, vid pantsättning av lösören, som uppställs i 10 kap 1 § HB, denuntiation vid såväl överlåtelse som pantsättning av en enkel fordran, 31 § SkbrL, samt tradition alternativt registrering av pantbrev i fastighet, 6 kap 2 § JB.

De vanligaste sakrättsmomenten har redan skymtat ovan och är tradition, denuntiation och registrering. Sakrättsmomenten har antingen kommit till uttryck i lag eller fastslagits genom praxis. För de fall sakrättsmomentet för en viss egendomstyp inte har fastställts, vare sig genom lag, genom analog lagtillämpning eller i rättspraxis, är rättsläget osäkert avseende vad som skall gälla som sakrättsmoment. I doktrin har framförts åsikter om att det i dessa fall är avtalet i sig som ger upphov till det sakrättsliga skyddet.<sup>19</sup> Den fullständiga äganderätten, obligationsrättslig och sakrättslig,

---

<sup>15</sup> Millqvist s. 40 f., Håstad s. 118 ff.

<sup>16</sup> Millqvist s. 15, Håstad s. 17.

<sup>17</sup> Denna regel är inte undantagslös; exempelvis kan äganderätten övergå stegvis vid avbetalningsköp, Håstad s. 210.

<sup>18</sup> Bergström & Lennander s. 72 f.

<sup>19</sup> Håstad s. 220 f.

uppstår i dessa fall vid samma tidpunkt. Eftersom avtalsprincipen anses gälla i de fall andra bestämmelser saknas bör denna i det närmaste ses som grundprincip, vilken man *in dubio* får falla tillbaka på, och de ytterligare krav som uppställs utgör således undantag från denna princip. I sammanhanget kan nämnas några i praktiken vanliga situationer i vilka avtalet ger sakrättsligt skydd; köp av fastighet<sup>20</sup>, upplåtelse av nyttjanderätt till fast egendom<sup>21</sup>, konsumentköp av bestämt lösöre<sup>22</sup>, överlåtelse på offentlig auktion<sup>23</sup> och överlåtelse av vissa immaterialrätter.<sup>24</sup> Avtalsprincipen har av HD ansetts gälla även vid överlåtelse av byggnad på ofri grund.<sup>25</sup> För att klargöra effekten av avtalsprincipen ges här ett exempel:

Konsumenten A köper en blå SAAB 95 med registreringsnummer ABC 123 av bilhandlaren B AB. A har ingen möjlighet att ta med sig bilen därifrån utan tvingas lämna kvar bilen hos B under några dagar. Under denna tid går B i konkurs och konkursborgenärerna C<sub>1</sub>-C<sub>n</sub> menar att bilen tillhör konkursboet, eftersom den inte blivit traderad. Eftersom A är en konsument i förhållande till B och den vara han köpt helt klart har en individuell prägel medför redan avtalet i sig att A är skyddad mot C<sub>1</sub>-C<sub>n</sub>.

Som synes uppkommer det sakrättsliga skyddet på olika sätt beroende på vilken egendomstyp och vilken form av förvärv det aktuella fallet rör. Regleringarna är komplexa till sin art och kräver en mer utförlig genomgång, vilken återfinns nedan under 3.2 – 3.3.

## 3.2 Tradition

### 3.2.1 Inledning och historik

Det vanligaste sättet för en förvärvare att uppnå en sakrättsligt skyddad ägande- eller panträtt är tradition av egendomen. Huvudprincipen vid tradition är att egendomen ska komma i förvärvarens besittning och överlåtaren/pantsättaren skall förlora rådigheten över objektet. Traditionskravet kom in i svensk rätt genom införandet av LKL.<sup>26</sup> Sakrättsmomentet vid överlåtelse av lösören har, genom praxis, sedan LKL introducerades bestämts genom en motsatstolkning av de i denna lag uppställda rekvisiten för uppnående av skydd mot överlåtarens borgenärer. Ifall LKL:s formella föreskrifter inte efterföljs är tradition nödvändig för att uppnå sakrättsligt skydd. Genom detta tog rättsordningen steget från den tidigare normen att ett avtal ensamt kunde ge skydd mot överlåtarens borgenärer, till att traditionsprincipen införlivades i den svenska rätten. Principen har gång på gång använts av HD och vissa menar att det är den nationella rättens viktigaste rättsprincip.<sup>27</sup>

---

<sup>20</sup> Grauers s. 312 ff.

<sup>21</sup> Rodhe s. 215 samt NJA 1979 s. 451.

<sup>22</sup> 49 § KKL.

<sup>23</sup> NJA 1985 s 159.

<sup>24</sup> Rodhe s. 192 och s. 216, Håstad s. 266.

<sup>25</sup> NJA 1952 s. 407 samt Rodhe s. 212 avseende köp. Vad gäller gåva anser Millqvist att tradition krävs, Millqvist s. 100. Emellertid har pantsättning av sådan byggnad inte ansetts fullbordad endast genom avtalet utan det krävs att panthavaren erhåller och behåller besittningen till byggnaden, NJA 1954 s. 455.

<sup>26</sup> Håstad s. 216.

<sup>27</sup> Mattson SvJT 2005 s. 320.

Tradition har genom lag, men främst genom praxis, kommit att utgöra det sakrättsliga momentet även för andra egendomstyper än lösören och dessutom inte bara för äganderättsövergångar. Vid en tillbakablick över den svenska rättsutvecklingen kan man se att redan när avtalsprincipen fortfarande skyddade en förvärvad äganderätt så hade man ett strängt krav på tradition för en fullgod panträtt i ett lösöre. En panträttsupplåtelse är ett bra exempel på ett fall i vilket tradition säkerställer något annat än en äganderätt. Som exempel på en annan egendomstyp än lösöre, där tradition skyddar såväl panträtter som äganderätter, kan nämnas löpande skuldebrev.<sup>28</sup>

Traditionskravet avskaffades år 2002 för konsumentköp, vilket gav, som ovan kort omnämnts, själva köpeavtalet egenskapen att fullborda såväl den obligationsrättsliga som den sakrättsliga giltigheten.<sup>29</sup> Skälen var att man från lagstiftarens håll ansåg det som orimligt att förvänta sig att en normalbegåvad konsument skulle känna till, eller ens ana existensen av, traditionskravet och de verkningar en näringsidkares eventuella konkurs skulle kunna få.<sup>30</sup>

### 3.2.2 Vilka krav ställs för giltig tradition?

Huvudprincipen, som nämnts ovan, innehåller ingalunda problemfria bedömningar varför det blir naturligt att belysa problematiken avseende besittningsövergång och rådighetsavskärning. Om ett föremål ostridigt och fysiskt har övergått från en överlåtare/pantsättare till en förvärvare torde några problem kring traditionskravets uppfyllande knappast uppstå. Det blir de fall i vilka besittningsövergången och/eller rådighetsavskärningen är tveksamma eller i vart fall ger utrymme för ett ifrågasättande som problem uppstår. På frågan om vad som krävs för uppfyllande av traditionskravet går det inte att ge ett enkelt svar, när det inte finns någon klar definition i lagförarbetena. Vad som gäller för traditionskravet har förändrats över tiden i takt med att nya vägledande fall avgjorts av HD. Dessa rättsfall kommer i det följande att granskas och analyseras med avsikten att utreda vad som idag krävs för ett uppfyllande av traditionskravet.

I *NJA 1925 s. 130* hade A köpt ångvinschar av B. Parterna avtalade om att egendomen skulle kvarlämnas hos B. B gick sedermera i konkurs. En tid efter konkursutbrottet överlät A rätten till egendomen till A<sub>2</sub>. A<sub>2</sub> vände sig mot konkursboet och krävde ersättning för vinscharna, vilka i anledning av konkursen hade sålts för att betala B:s skulder. Fråga i målet var om reglerna i LkF var tillämpliga. HD ogillade A<sub>2</sub>'s talan med hänvisning till att ångvinscharna vid konkursutbrottet kvarlegat hos B utan att det registreringsförfarande som stipuleras i LkF hade iakttagits. HD ansåg alltså LkF tillämplig och eftersom varken någon registrering eller någon tradition ägt rum hade sakrättsligt skydd ej uppkommit.

I ett annat fall, *NJA 1997 s. 660*, slog HD fast att inskrivningsförfarande enligt 24 kap JB inte medfört borgenärsskydd för A. A förvärvade av B en 195 m lång flytdocka som (av naturliga skäl) inte traderades, utan kvarblev hos B. Flytdockan utgjorde vid överlåtelsen industritillbehör till B:s tomträtt och avskiljdes aldrig enligt 2 kap 7 § JB. Istället sökte B inskrivning enligt 24 kap JB av att flytdockan inte hörde till tomträten. Någon registrering enligt LKL hade inte skett. HD menade att flytdockan, i rättslig mening, utgjorde lösöre för vilket borgenärsskydd fordrar

<sup>28</sup> Utöver löpande skuldebrev inbegrips även exempelvis aktiebrev (6 kap 8 § ABL), emissionsbevis (11 kap 7 § ABL), förlagsandelsbevis (5 kap 5 § EFL).

<sup>29</sup> 49 § KKL.

<sup>30</sup> SOU 1995:11 s. 149.

tradition (alternativt registrering enligt LKL). Man menade att traditionsprincipen knappast torde kunna frångås annat än med stöd i lag. Flytdockan har inte under något tillfälle efter A:s förvärv lämnat B:s besittning. Någon tradition hade inte skett och traditionskravet kan ersättas endast med sådan registrering enligt LKL, eller för viss egendom, i särskilda register. Således fann HD att det saknades skäl att tillerkänna den nämnda inskrivningen sakrättslig verkan mot C.

I NJA 1925 s.130 tar HD avstånd från en tanke, som vid den tiden fått fäste i litteraturen, om att köp som gällde bestämd sak inte behövde traderas utan kunde kvarlämnas i säljarens vård och ändå vara sakrättsligt skyddad mot säljarens borgenärer.<sup>31</sup> Genom avgörandet tog HD steget att innefatta också omsättningsköp av lösöre i LkF:s regler.<sup>32</sup> Avgörandet innebar att flera förvärvstyper kom att omfattas av LkF:s regler och således, genom motsatstolkning, av traditionsprincipen.

Ovan återgivna rättsfall påvisar traditionsprincipens tillämpbarhet vid olika slags transaktioner. Det räcker emellertid inte att känna till *när* en princip skall tillämpas om man inte vet *hur* principen skall tillämpas.

I *NJA 1934 s 193* sålde A hästar till B mot betalning i utsäde och lämnade hästarna till sin granne för B:s räkning. A fick några dagar senare tillbaka hästarna, sedan B återsålt dessa till A med äganderättsförbehåll. Föreskrifterna i LkF hade inte iakttagits. HD fastställde underinstansernas domskäl att besittningsövergången varit så tillfällig att den är att anse som att hästarna kvarblivit i A:s vård.

*NJA 1975 s. 638* handlar om att ett köpeavtal avseende en husvagn träffades mellan köparen A och säljaren B. A har efter köpeavtalets undertecknande företagit en provtur med husvagnen för att sedermera återlämna den i B:s förvar för reparation. A fick nycklarna till vagnen och har en tid efter köpet låtit några vänner övernatta i husvagnen. A har, vid ungefär samma tidpunkt som han upplåtit husvagnen för övernattnings, i bilregistret, registrerats som ägare till vagnen. *Minoriteten* i HD ansåg att A:s förvärv var fredat från C när det redan från början varit parternas avsikt att husvagnen skulle kvarbli hos B. Till detta anfördes att B inte kunde förfoga över vagnen såsom denne kunde göra som ägare och inte heller fanns det något som tydde på att transaktionen syftat till att undandra C egendom. *HD:s majoritet* underkände att köpet blivit sakrättsligt skyddat när vagnen från tidpunkten för köpet fram till utmätningstidpunkten hela tiden varit i B:s förvar och att ”de åtgärder som [köparen] ... företagit ... icke anses vara av den beskaffenhet att besittningsövergången med tillräcklig tydlighet blivit ådagalagd, att [säljaren] ej längre ägde förfoga över vagnen.”

Som framgått, och som har fastslagits i rättspraxis, torde, för giltig tradition, en rimlig varaktighet beträffande besittningsförändringen behöva föreligga. En endast momentan besittningsförändring medför inte att traditionskravet uppfylls.<sup>33</sup> Att godta en endast tillfällig förändring av besittningsförhållandet vore att öppna för skentransaktioner eller andra transaktioner vid vilka det aldrig varit parternas avsikt att rättsförhållandet avseende egendomen skulle förändras.<sup>34</sup> *Minoriteten*, i 1975 år fall, tycks emellertid mena att en endast momentan besittningsövergång är tillräcklig om parternas avsikt från

---

<sup>31</sup> Håstad s. 318.

<sup>32</sup> Rodhe s. 209.

<sup>33</sup> Undén s. 133.

<sup>34</sup> Rättsläget är oklart i fråga om vilken varaktighet som krävs. Jfr Helander s. 407 ff., Göranson SvJT 1987 s. 489.

början varit att företa ett (seriöst) omsättningsköp men egendomen efter köpet av någon anledning skall återföras till B. Rimligen borde man kunna tala om en subjektiv sida hos traditionskravet. Transaktioner som vidtagits genom samma faktiska åtgärder godtas i ett fall men inte i andra, beroende av avtalets eller transaktionens syfte.<sup>35</sup> Att egendomen åter kommer i överlåtarens besittning behöver inte uteslutande innebära att transaktionen företagits i borgenärsbedrägligt syfte, utan skälet till återförandet kan vara av annan art.<sup>36</sup>

Vad gäller traditionens innebörd som sådan har frågan blivit föremål för debatt i den rättsvetenskapliga doktrinen. Behöver egendomen komma i förvärvarens besittning eller räcker det med att överlåtaren mister sin rådighet? Söker man i lag efter vilka åtgärder som behöver vidtas för att en sakrättsligt skyddad överlåtelse skall uppnås, finner man endast en reglering – 22 § SkbrL.<sup>37</sup> I nämnda paragraf krävs att förvärvaren fått handlingen i sin besittning.<sup>38</sup> Synsättet präglade den svenska rätten under ett tidigt 1900-tal. Senare har man i doktrinen varit av en annan uppfattning. Man menar att förvärvaren inte behöver få egendomen i sin omedelbara (eller ens medelbara) besittning – det bör räcka med att överlåtarens rådighet har skurits av i sådan grad att denne ej längre kan förfoga över egendomen.<sup>39</sup> Att traditionskravet uppfylls genom ett avskärande av överlåtarens förfogandemöjligheter har bekräftats av praxis och allt verkar tyda på att HD anslutit sig till denna uppfattning.

En tydlig vattendelare mellan äldre rättspraxis och den moderna, och av HD accepterade, uppfattningen om traditionskravets uppfyllande är NJA 1996 s. 52, som handlade om pantsättning. HD ansåg att pantsättarens rådighet varit så pass avskuren att tradition hade ägt rum.<sup>40</sup> Strax därefter följde NJA 1998 s. 379 som bekräftade att ett rådighetsavskärande var tillräckligt även avseende överlåtelse.

Fallet gällde huruvida A, som förvärvat maskiner från B, erhållit sakrättsligt skydd mot C genom att B avskurits rådigheten till maskinerna. I samband med köpeavtalet upprättades ett hyresavtal genom vilket B hyrde de försålda maskinerna av A. Full köpeskillning erlades och inget tydde på att det var fråga om ett skenavtal. Maskinerna traderades inte i samband med köpeavtalets ingående och köpet registrerades inte heller i enlighet med LKL:s regler, trots att maskinerna kvarblev hos B. B gick sedermera i konkurs och konkursförvaltaren sålde för konkursboets räkning hela rörelsen och dess inkråm, förutom de redan tidigare försålda maskinerna, till ett bolag i vilket A var delägare. HD menade att B:s konkursbo, genom försäljning av rörelsen, inte längre hade tillgång till lokalen i vilken maskinerna fanns. Såldes hade det inte längre någon rådighet över maskinerna och därigenom blev A sakrättsligt skyddad mot C.

Traditionskravet vid överlåtelser torde alltså ha utvecklats från att ha inneburit stränga krav på att objektet skall ha kommit i förvärvarens besittning varmed man menat att förvärvaren skall ha erhållit rådighet och överlåtarens dito skall ha utsläckts.<sup>41</sup> Till detta lades ett krav på att besittningsförändringen skulle ha viss publicitet eller offentlighet.<sup>42</sup>

<sup>35</sup> Helander s. 410 ff.

<sup>36</sup> Exempelvis hyra, saklån eller annan liknande rättstitel.

<sup>37</sup> Till detta lagrum hänvisar även exempelvis 6 kap 8 § ABL.

<sup>38</sup> Både omedelbar och medelbar besittning är tillräcklig, SOU 1935:14 s. 97 f.

<sup>39</sup> Millqvist s. 104, Helander s. 435, Myrdal s. 84, Håstad s. 209 ff..

<sup>40</sup> Referat under 3.2.3.

<sup>41</sup> Millqvist, JT 1996-97, s. 129.

<sup>42</sup> NJA 1956 s. 485 (refererat under 4.6.1).



Dessa tre krav har med all sannolikhet luckrats upp och man borde kunna säga att svensk rätt numera uppfattar kravet på tradition – och därmed besittningsövergång – som ett krav på att överlåtarens rådighet skall av ha skurits av. I det omdebatterade NJA 1998 s. 379 tycks, i väntan på kommande prejudikat, ha fastslagits att så är fallet.<sup>43</sup> Dock bör man inte av det sagda dra slutsatsen att publiciteten helt saknar betydelse, se vidare under 4.6.1.

### 3.2.3 Tradition vid pantsättning

För panträtt i lösören krävdes redan tidigt att pantobjektet traderats till panthavaren. De ålderdomliga pantsättningsreglerna i 10 kap 1 § HB kräver att panthavaren ”*panten i händer får*”. Det finns som synes ett uttryckligt stöd i lag för att tradition krävs vid pantsättning av lösören. Frågan, om lagtextens formulering betyder att panthavaren skall få rådighet över pantobjektet eller om det, som vid överlåtelser, skulle krävas endast ett rådighetsavskärande från pantsättaren, ges en genomgång i det följande. Generellt kan sägas att traditionskravet för giltiga pantsättningar, till skillnad från samma krav vid överlåtelser, har blivit förankrat i lagtext i tämligen vidsträckt omfattning. Exempelvis kan nämnas; 10 kap 1 § HB för lösören, 10, 22 §§ SkbrL för löpande skuldebrev; 6 kap 8 § ABL med hänvisning till SkbrL för aktiebrev.<sup>44</sup>

I *NJA 1986 s. 409* pantförskrev B sina jaktvapen till A. B:s vapen blev föremål för utmätning varpå A hävdade att dennes panträtt skulle respekteras. HD fastslog att någon sakrättsligt giltig handpanträtt inte uppkommit med motiveringen att B ”genom medverkan av [annan] – som hade självständig tillgång till [vapen]skapen – kunnat föfoga över vapnen i samma utsträckning och på samma sätt som tidigare”.

Ytterligare ett fall där panträtten underkänts är *NJA 1996 s. 52*. Ett löpande skuldebrev pantförskrevs som säkerhet för ett förlagslån och lämnades i öppen depå i bank. Omständigheterna var sådana att upplåtaren i praktiken behöll rådigheten över panten. HD menade att ingen sakrättsligt giltig pantsättning skett, eftersom pantsättaren förbehållit sig en rätt att gemensamt med annan återta panten, varför banken, som agerat som *negotiorum gestor* för förlagsbevisinnehavarna, saknat möjlighet att tillvarata deras intressen.

I de båda fallen har panträtterna underkänts, eftersom pantsättaren haft möjlighet att antingen bruka pantobjektet eller faktiskt återta detta. Vad gäller NJA 1986 s. 409 kan man fråga sig vad utgången i målet blivit om panthavaren och den andre, genom vilken pantsättaren fått tillgång till vapnen, inte haft möjlighet att komma åt vapnen utan bådads medverkan, så kallad gemensam besittning. Pantsättarens rådighet skulle ju därmed ha varit avskuren i den mån att han inte haft möjlighet att komma åt vapnen utan medgivande av panthavaren, vilket i princip borde räcka för uppnående av giltig panträtt. Det har, till skillnad från i exempelvis NJA 1975 s. 648, inte lagts någon vikt vid att egendomen vid ett tillfälle blivit erforderligt traderat utan vid det faktum att pantsättaren kunnat föfoga över pantobjektet efter det att man vidtagit (otillräckliga) åtgärder för att beröva pantsättaren denna möjlighet. Man kan således urskilja en diskrepans mellan pantsättningar och överlåtelser. De förra kräver att rådigheten förlöpande är avskuren under hela pantsättningsperioden<sup>45</sup> och de senare torde kräva

<sup>43</sup> Jfr HD:s domskäl i NJA 1996 s. 52 samt i NJA 2000 s. 88.

<sup>44</sup> Tradition är det sakrättsliga momenten även vid pantsättning av pantbrev i fast egendom eller skepp, trots att dessa dokument inte är bärare av någon fordringsrätt.

<sup>45</sup> Exempelvis SOU 1995:11 s. 136, Hessler s. 358 ff., Håstad s. 275 ff.

att egendomen blivit erforderligt traderad vid endast ett tillfälle<sup>46</sup>. Skillnaden har, enligt Helander, kunnat utnyttjas, förutom för att undandra exekutionsborgenärer egendom, som ett kringgående av de panträttsliga reglerna. Genom att förklä en transaktion i äganderättslig dräkt skulle man kunna utnyttja det lägre ställda traditionskravet för att skapa en säkerhetsrätt med samma egenskaper som en pantträtt men utan att pantsättarens rådighet bestående är avskuren.<sup>47</sup> Man kan ställa sig frågan om denna kringgåendemöjlighet verkligen är förenlig med de syften som ligger bakom den vedertagna skillnaden mellan överlåtelse och pantsättning i den svenska rätten. Man kan vidare fråga sig i fall ordalydelsen i HB:s ålderdomliga föreskrifter om pantsättning verkligen kan anses äga tillämpning i dagens moderna samhälle. Dock borde lydelsen av 22 § SkbrL stämma mer överens med verkligheten genom dess öppna formulering – *fått handlingen i besittning*. Det har framförts skilda meningar, i såväl rättspraxis som i doktrin, om det uppställda traditionskravet innehåller ett krav på att panthavaren ska ges rådighet till pantobjektet. I de nyss nämnda NJA 1996 s. 52 och NJA 1986 s. 409 kan man inte sluta sig till om HD tagit ställning till detta, eftersom man underkänner pantträtten redan på grund av att pantsättarens rådighet inte varit tillräckligt avskuren. Man har i äldre rättspraxis kommit fram till att *panthavarens erhållna rådighet* över pantobjektet borde vara att anse som ett ytterligare rekvisit för traditionskravets uppfyllande vid pantsättning.<sup>48</sup> I doktrinen har man emellertid ställt sig tveksam till om ett sådant extra rekvisit verkligen är nödvändigt, sett i ljuset av traditionsprincipens syften som väl får anses vara uppfyllda redan genom att pantsättarens rådighet skärs av.<sup>49</sup> Doktrinens uppfattning verkar på senare tid ha bekräftats av HD.<sup>50</sup>

### 3.3 Denuntiation

#### 3.3.1 Inledning och historik

Före skuldebrevslagets tillkomst ansågs avtalet ge skydd vid överlåtelse av enkla fordringar när traditionskravet eller registrering enligt LkF inte kunde tillämpas på denna egendomstyp. Anledningen till att LkF inte ansågs tillämplig är att en fordran inte kan besittas och att ett enkelt skuldebrev inte medför någon legitimerande verkan för besittaren. Ett enkelt skuldebrev är att betrakta endast som ett bevismedel för en bakomliggande fordran eller rättighet. Därav följer att ett besittande av sådant skuldebrev inte ges någon rättslig verkan.<sup>51</sup> Användandet av avtalsprincipen ställde till problem, eftersom gäldenären på ett enkelt sätt kunde undandra borgenärerna egendom genom att i efterhand upprätta påhittade överlåtelseavtal för att minska exekutionsunderlaget. Därför beslöt lagstiftaren att införa denuntiation som sakrättsmoment vid överlåtelse av enkla fordringar.

<sup>46</sup> Dock hänvisas till vad som sagts ovan om *momentan* besittningsövergång.

<sup>47</sup> Helander s. 403.

<sup>48</sup> Exempelvis NJA 1930 s. 685, även NJA 1956 s. 485 (refererat under 4.6.1), jfr Helander s. 421ff.

<sup>49</sup> Helander s. 435, Se Kapitel 4.

<sup>50</sup> HD:s domskäl i NJA 1996 s. 52 och NJA 2000 s. 88, "*Frågan i målet är alltså om pantföreskrivningen ... fullföljts på ett sådant sätt att [pantsättaren] blivit avskuren från rådigheten ...*" respektive "*... pantsättaren skall ha avskurits rådigheten över panten och detta tillstånd ... skall bestå...*". Myrdal anför, att HD redan verkar ha tagit ställning till att ett rådighetsavskärande skulle vara tillräckligt genom sina domskäl i NJA 1989 s. 705 II "*... får [pantsättaren] genom administrationsavtalet anses ha blivit på sådant sätt avskuren från rådigheten ... att pantsättning ägt rum*", Myrdal s. 83 not 283. Jfr även Mellqvist JT 2002-03, s. 709.

<sup>51</sup> Millqvist s. 153, Håstad s. 255.

### 3.3.2 Vad är en denuntiation?

En denuntiation är en underrättelse från antingen förvärvaren eller överlåtare/pantsättaren till sekundogäldenären eller tredje man.<sup>52</sup> Denne skall underrättas om att fordran har överlåtit/pantsatts. Underrättelsen skall vara så klart uttryckt att det inte finns utrymme för att misstolka den. Genom underrättelsen skall den underrättade få kännedom om att en överlåtelse/pantsättning skett och att denne nu skall prestera till en annan person. Underrättelsen skall uppfylla vissa krav för att en godkänd denuntiation skall anses företagen. Sekundogäldenären måste i alla lägen få en uttrycklig underrättelse om att en överlåtelse/pantsättning har skett. Även om denne skulle sitta i samma rum som överlåtare/pantsättaren och förvärvaren, när dessa diskuterar överlåtelser/pantsättningen, måste sekundogäldenären likväl erhålla en uttrycklig underrättelse. Han skulle inte med befriande verkan kunna betala till överlåtare/pantsättaren på grund av sin onda tro (se 29 § SkbrL) men borgenärsskydd för förvärvaren uppkommer inte utan uttrycklig denuntiation.<sup>53</sup> Vidare skall en denuntiation, för att vara gällande, innehålla meddelande om att det är en överlåtelse/pantsättning som har skett. Det är exempelvis inte tillräckligt att bara peka ut en ny betalningsmottagare utan att tala om att fordran är överlåten/pantsatt.<sup>54</sup>

### 3.3.3 Överlåtelse alternativt pantsättning av enkla fordringar

Lagstöd för kravet på denuntiation vid överlåtelse av enkla fordringar finns i 31 § 1 st SkbrL, som stadgar att förvärvaren av ett enkelt skuldebrev uppnår skydd mot överlåtarens borgenärer genom att gäldenären, muntligen eller skriftligen, underrättas om överlåtelser.<sup>55</sup> Denuntiation gäller som sakrättsmoment även för upplåtelser av panträtt i enkla fordringar; detta framgår av 31 § SkbrL jämförd med 10 § samma lag. Denuntiation, som sakrättsligt moment, har genom praxis kommit att erkännas för även andra egendomstyper. Redan i motiven till skuldebrevslagen anges att lagens bestämmelser om enkla skuldebrev skall ges analogisk tillämpning även på andra egendomstyper, exempelvis muntliga fordringar och kontraktsfordringar.<sup>56</sup> Det som verkar genomgående för att denuntiation skall gälla som sakrättsligt moment, enligt praxis, är att det finns en utomstående prestationsskyldig part vilken det finns anledning att informera om överlåtelser/pantsättningen samt att inget annat sakrättsmoment krävs enligt lag.<sup>57</sup>

I *NJA 1988 s. 257* menar HD i sina domskäl att när någon tredje part måste underrättas för att denne är prestationsskyldig eller innehavare av egendomen i fråga och således måste underrättas för att reglera dennes prestation till förvärvaren skall även det sakrättsliga momentet knytas till denuntiationen.

Oftast har det vid analogitillämpning rört sig om egendom som till sin art liknar enkla fordringar, exempelvis hyresrätt till lokal, *NJA 1988 s. 257*, andel i dödsbo, *NJA 1972 s. 512*, överlåtelse av bostadsrätt, *NJA 1971 s. 66*.<sup>58</sup> Troligen är denuntiation till den

---

<sup>52</sup> I detta avsnitt skall med sekundogäldenären även förstås tredje man, och med fordran även egendom som innehas av tredje man.

<sup>53</sup> Exempelvis Helander s. 473.

<sup>54</sup> Hästad s. 256 f. Mer om kraven på en denuntiations utformning, jfr Helander s. 473 ff.

<sup>55</sup> Att underrättelsen kommit gäldenären *till handa* verkar vara tillräckligt, jfr Adlercreutz s. 128, Myrdal s. 144 not 457, Mellqvist s. 186, Henning SvJT 1995 s. 78.

<sup>56</sup> Hästad s. 255.

<sup>57</sup> Millqvist s. 119 f.

<sup>58</sup> Millqvist s. 119 f.

juridiska personen det sakrättsliga momentet vid överlåtelse av andelar i juridiska personer i vilka andelsbevis ej finns utfärdade, exempelvis handelsbolag.<sup>59</sup>

I stora delar gäller samma regler vid pantsättning av enkla fordringar som vid överlåtelser av desamma. Vad gäller pantsättningen måste man dock beakta de krav som finns på att pantsättaren, i princip under hela pantsättningstiden, skall vara avskuren sin rådighet över det pantsatta objektet.<sup>60</sup>

### 3.3.4 Denuntiation till tredje man som innehavare av egendomen

Denuntiation spelar ytterligare en viktig roll i den svenska sakrätten, nämligen vid upplåtelse av panträtt i egendom som innehas av tredje man, enligt *lag 1936*. Genom att pantsättaren underrättar innehavaren av pantobjektet, alternativt om panthavaren visar innehavaren *skriftlig* bevisning om pantsättningen, erhåller panthavaren förmånsrätt i pantsättarens konkurs eller vid utmätning hos denne. Kraven på skriftlig underrättelse från förvärvaren vid *pantsättning* av egendom som innehas av tredje man innebär en skillnad från bestämmelserna i 10, 31 §§ SkbrL. Här kan således skönjas ett problem; när räcker det med en muntlig denuntiation från panthavaren vid pantsättning av enkel fordran (som ju ryms inom lös egendom) och när krävs skriftlig underrättelse från panthavaren? Lösningen har HD funnit i ordet *innehas*. Man förstår ordet på sådant sätt att lag 1936 endast gäller för sådan egendom som kan innehas och därmed *besittas* av tredje man, varför enkla fordringar inte kan komma i fråga eftersom de inte (för de fall de ens finns på papper) kan besittas i ordets rätta bemärkelse.<sup>61</sup> Skulle en enkel fordran vara uttryckt skriftligen spelar detta ingen roll för huruvida den kan besittas eller inte, eftersom ett enkelt skuldebrev *de lege lata* endast är att betrakta som ett bevis för en bakomliggande rättighet, inte som bärare av själva rättigheten. Det sagda sammantaget ger vid handen att 31§ SkbrL – och alltså inte 1936 år lag – kommer att reglera alla fall av förstahandspantsättning av enkla fordringar.<sup>62</sup>

Denuntiation är även gällande sakrättsmoment för *överlåtelse* av egendom som innehas av tredje man. Sådan egendom som annars omfattas av traditionskravet men som finns hos en tredje man, skyddas, för det fall parterna väljer att låta den kvarbli hos tredje man, genom denuntiation till denne. Denna princip är fastslagen genom NJA 1949 s. 164.<sup>63</sup> Det formkrav som uppställs vid förvärvarens denuntiation vid pantsättning av egendom som innehas av tredje man gäller inte vid överlåtelse av sådan egendom utan muntlig denuntiation från endera part räcker för sakrättsligt skydd.<sup>64</sup>

### 3.3.5 Vilka krav ställs för giltig denuntiation?

I den följande analysen av denuntiationskravet kommer inte den ovan använda uppdelningen mellan de olika *typerna* av denuntiation ske. Oavsett om denuntiationen

---

<sup>59</sup> Rodhe s. 216, Millqvist s. 100 f.

<sup>60</sup> Jfr HD:s domskäl i NJA 1980 s. 197 och NJA 1983 s. 107.

<sup>61</sup> Millqvist s. 153.

<sup>62</sup> Jfr NJA 1980 s. 197 (refererat under 3.3.5). I NJA 1986 s. 217 godkändes emellertid en underrättelse till *faktorn* vid andrahandspantsättning av fakturafordringar. HD fann att underrättelse till alla sekundogäldenärer, vilket krävs enligt 31 § 1 st SkbrL, av praktiska skäl inte kunde krävas. Jfr Mellqvist, s. 188, Myrdal s. 161.

<sup>63</sup> Refererat under 3.3.5.

<sup>64</sup> Håstad s. 229, Hessler s. 241.

sker till tredje man eller till sekundogäldenären, är kraven i stort sett desamma och eventuella skillnader kommer, i de fall sådana identifieras, att redovisas.

Tidigare har fastslagits att traditionskravets viktigaste innebörd är att avskära överlåtarens/pantsättarens rådighet. Samma sak gäller för denuntiationskravet, vilket framgår redan av motiven till SkbrL. Där sägs att:

*”denuntiation fyller det syfte som i fråga om löpande skuldebrev och lösören ligger till grund för traditionskravet: den faktiska möjligheten att förfoga över den tillgång det gäller överflyttas genom åtgärden från överlåtare till förvärvaren.”<sup>65</sup>*

Att rådigheten skall avskäras har i rättspraxis fastslagits av HD. I NJA 1949 s.164 ansågs ett förvärv inte sakrättsligt giltigt enär den underrättelse som skett till tredje man inte avskurit överlåtarens rådighet över egendomen.

*NJA 1949 s.164.* En båt som förvärvats av B från Y hade senare vidare sålts till A. Vid försäljningen mellan B och A meddelade A Y om att överlåtelsen skett men att B hade rätt att hämta ut båten från Y och därefter förfoga över densamma. I B:s efterföljande konkurs ansågs båten inte tillhöra A, eftersom B haft förfoganderätt över båten.

Fallet avser denuntiation till *tredje man* och inte denuntiation enligt 31 § SkbrL men ingenting talar för att den fastslagna principen om rådighetsavskärande inte går att tillämpa även på denuntiation enligt denna paragraf.<sup>66</sup>

Genom granskning av förarbeten och praxis får anses klargjort att denuntiationen (liksom traditionen) skall avskära överlåtarens/pantsättarens rådighet över egendomen. Frågan, som då uppkommer, är på vilket sätt man förlorar rådigheten över något som inte är ett objekt i ens närhet. En fordran att från en sekundogäldenär/tredje man uppbära betalning eller få egendom utlämnad kan man inte sägas råda över på samma sätt som man råder över ett lösöre. Rådigheten över en fordran kan sägas bestå i legitimation att uppbära betalning alternativt mottaga egendom eller legitimation att rättsligt förfoga över fordran. Frågan blir då vilken legitimation som måste berövas överlåtare/pantsättaren för att rådigheten skall anses avskuren. Svaret på frågan sökes i praxis som, vilket framgår av nedanstående referat, till synes har genomgått en förändring.

*NJA 1980 s. 197.* B pantsatte till A<sub>1</sub> en del av sin fordran som B hade på gäldenären, Y, på grund av ett entreprenadavtal. Y underrättades om pantsättningen. B pantsatte därefter ett överhypotek i sin fordran på Y till A<sub>2</sub> som säkerhet för dennes fordran på B. Om denna andrahandspantsättning blev A<sub>1</sub>, men inte Y, underrättad. HD uppmärksammar i sina domskäl att varken förarbeten eller utformningen av *1936 års lag* skulle tyda på att lagen skulle kunna tillämpas på pantsättning av enkla skuldebrev. Det var alltså frågan om en pantsättning i SkbrL:s bemärkelse, vilket skulle kräva en underrättelse som avskar pantsättarens förfogandelegitimation samt gjorde transaktionen kontrollerbar av utomstående. Vidare anför HD i sina domskäl att *”[o]m inte kravet på underrättelse till gäldenären upprätthålls även vid andrahandspantsättning av enkelt skuldebrev, skulle gäldenären kunna få möjlighet*

---

<sup>65</sup> SOU 1935:14 s. 116.

<sup>66</sup> Helander s. 486.

*att med befriande verkan betala pantsatt överhypotek till pantsättaren.”* HD ansåg att andrahandspantsättningen inte blivit giltig mot B:s övriga borgenärer.<sup>67</sup>

*NJA 1995 s. 367.* B överlät ett leasingobjekt med tillhörande leasingavtal till A. I anknäpning härtill träffade samma parter ett administrationsavtal enligt vilket B skulle ombesörja bland annat inkassering av leasingavgifter med redovisningsskyldighet mot A. A pantsatte därefter sina rättigheter enligt det förvärvade leasingavtalet till Y. B gick i konkurs. Tvisten gällde huruvida A kunde göra anspråk på de medel som influtit hos B, och sedermera dennes konkursbo, framför konkursborgenärerna C<sub>1</sub>-C<sub>n</sub>. Fråga i målet var således om överlåtelsen mellan A och B skett med sakrättsligt giltig verkan. Det var i målet ostridigt att leasingtagarna underrättats om överlåtelsen mellan A och B och att B fortfarande skulle vara betalningsmottagare på uppdrag av A. HD ställde sig frågan om denuntiationen uppfyllde de krav som ställs på en godtagbar sådan. HD godtog denuntiationen, trots det faktum att B under viss tid gavs visst sken av rådighet, med motiveringen att den genomförda denuntiationen ”... överflytta[t] legitimationen att överlåta och pantsätta den överlåtna egendomen från överlåtare till förvärvaren. Härtill kommer att förvärvaren ... har möjlighet att när som helst meddela [leasingtagaren] ... att alla betalningar i fortsättningen ska ske till [A]”. HD godkände alltså denuntiationen genom att den överflyttat förfogandelegitimationen från överlåtare till förvärvare.

Rättsfallen tyder på att HD genom det senare fallet gått ifrån den tidigare uppfattningen att rådigheten avskärs genom att betalningslegitimationen berövas B till att det är förfogandelegitimationen som skall gå förlorad för B. Denna uppfattning har av Myrdal kritiserats hårt men måste ändå i väntan på annat avgörande ses som *de lege lata*. Myrdals kritik, mot det faktum att det är förfogandelegitimationen som är av intresse för om ett rådighetsavskärande skett eller ej, grundar sig på ett ändamålsresonemang vilket enligt honom leder fram till att det är betalningslegitimationen som är av intresse för frågan om rådighetsavskärande.<sup>68</sup> Det har i doktrin framförts ett tämligen unisont stöd för ett sådant resonemang.<sup>69</sup> Håstad har emellertid ställt sig skeptisk till detta och menar att det enligt ordalydelsen i lagmotiven till SkbrL är förfogandelegitimationen som åsyftas. Han menar att en sådan tolkning skulle stämma väl överens med bestämmelserna i LKL, som hindrar att överlåtare på nytt överlåter men inte att denne själv tillgodogör sig egendomen.<sup>70</sup> Huruvida detta krav på bästa sätt verkar ändamålsenligt behandlas nedan i Kapitel 5.

### 3.4 Sammanfattning

Gemensamt för tradition, oavsett egendoms- eller förvärvstyp, är att överlåtarens/pantsättarens rådighet över egendomen skall avskäras till den grad att denne *de facto* inte kan förfoga över den. Rådighetsavskärandet avser inte bara den rent rättsliga förfogandemöjligheten utan även den faktiska. En viktig skillnad, mellan tradition vid pantsättning och tradition vid överlåtelser, är att för att pantsättningen skall vara giltig krävs i regel att rådighetsavskärandet är bestående fram till dess att panten

<sup>67</sup> Jfr HD:s uttalanden angående betalningslegitimationens relevans i domskälen till NJA 1986 s. 217 ”... har kunden med hänsyn till denna underrättelse [om förstahandspantsättningen till faktorn] inte kunnat med befriande verkan betala till säljaren.” Jfr Myrdal s. 162.

<sup>68</sup> Myrdal s. 170 ff.

<sup>69</sup> Hessler s. 253, Helander s. 482, Rodhe s. 400 (samtliga med 1995 års fall obeaktat).

<sup>70</sup> Håstad s. 260.

antingen realiseras eller återlämnas.<sup>71</sup> Motsvarande krav vid överlåtelse saknas, varför det, ur ett sakrättsligt perspektiv, är möjligt att det sakrättsliga skyddet bibehålls även när egendomen åter kommer i överlåtarens besittning, efter det att en besittningsövergång mellan överlåtare och förvärvaren *de facto* en gång skett. Principerna om traditionskravet för överlåtelse/pantsättning kan inte dras till sin spets, utan ett visst mått av rimlighet måste tillämpas. Så gäller till exempel att en allför kortvarig besittningsövergång vid överlåtelse inte kan godtas samtidigt som ett kortare avbrott i pantsättarens rådighetsavskiljande inte kan innebära att panten är att se som ogiltig.<sup>72</sup> Oavsett om situationen rör en överlåtelse eller en pantsättning torde kraven på själva rådighetsavskärandet, bortsett från dess varaktighet, vara densamma.<sup>73</sup> Allt sammantaget kan sägas att rättsläget idag förefaller vara det att en giltig tradition uppnås redan genom att överlåtarens/pantsättarens rådighet skärs av.

Denuntiationen används som sakrättsligt moment för de fall i vilka tradition ej kan tillämpas. Det faller sig därför naturligt att rådighetsavskärandet är det centrala kravet även vid denuntiation. Genom förarbeten och praxis har det framkommit att en giltig denuntiation skall avskära överlåtarens/pantsättarens rådighet. Den skillnad, avseende rådighetsavskärandets varaktighet, mellan överlåtelse och pantsättning som föreligger vid tradition föreligger även vid denuntiation.

## KAPITEL 4

### De sakrättsliga momentens syften

#### 4.1 Inledning

För att bättre förstå de regler som styr borgenärsskyddet och de krav på åtgärder som uppställs för åtnjutande av detta skydd, är det av intresse att söka förstå syftet med användandet av sakrättsmomenten. När det gäller syfte och ändamål med en lagregel, generellt sett, torde man kunna identifiera ett flertal syften för samma regel. Naturligtvis kan detta bero på att olika författare haft olika syn på vad syftet är men det kan också bero på att det finns flera bakomliggande syften; de ligger bara på olika plan. De flesta av våra lagar torde bygga på den grundläggande tanken att skapa så mycket nytta som möjligt för samhället, exempelvis genom att skapa enkla, förutsebara lagregler som innebär ett minimalt utrymme för tolkning och tvister.<sup>74</sup> Vad gäller sakrättsmomenten ligger troligen samma nyttotanke till grund.<sup>75</sup> Nyttan uppkommer genom regler som gör att handeln fungerar med minsta möjliga friktion. Genom att kräva vissa åtgärder vid överlåtelse/pantsättning skapar man en trygghet för borgenärerna genom att de inte i samma utsträckning kan utsättas för bedrägerier av olika slag i samband med att gäldenärer försöker undandra egendom. Skulle dessa regler inte finnas kan man lätt

---

<sup>71</sup> Exempelvis HD:s domskäl i NJA 1983 s. 103.

<sup>72</sup> Rodhe s. 392.

<sup>73</sup> Helander s. 401, SOU 1995:11 s. 147.

<sup>74</sup> I vart fall enligt ett *utilitaristiskt* synsätt.

<sup>75</sup> Håstad JT 2002-03 s. 747.

tänka sig en marknad där det skulle bli svårare att få kredit eller där krediter skulle kosta mycket mer, beroende på den risk borgenären tar. Således skulle man kunna hävda att syftet bakom sakrättsmomenten är att förhindra borgenärsbedrägerier, vilket skapar en säkrare kreditmarknad, vilket är en förutsättning för ett effektivare handelsliv vilket i sin tur är att se som ändamålet bakom sakrättsmomenten.<sup>76</sup> Förhindrandet av borgenärsbedrägerier anges i litteraturen som det främsta syftet och motsvarande har dessutom framkommit i praxis vid ett flertal tillfällen.<sup>77</sup> Även om försvårandet av borgenärsbedrägerier verkar vara det primära, och mest vedertagna, syftet, återfinns i litteratur och praxis en hel del andra syften av varierande tyngd. I det följande kommer en genomgång att ske av de olika syften som kan tänkas ligga till grund för kravet på tradition och denuntiation. De identifierade syftena är; *förhindra övervärdering av gäldenärens kreditvärdighet, historisk hävd, borgenärens faktiska makt över säkerhetsobjektet, uppostring och förhindrandet av borgenärsbedrägerier.*

Som framkommit i tidigare avsnitt är rådighetsavskärandet det centrala i kraven på ett giltigt sakrättsmoment. Frågan blir då, hur väl syftena bakom sakrättsmomenten upprätthålls genom att kräva rådighetsavskärande i jämförelse med att kräva förvärvarens erhållna rådighet.

## 4.2 Förhindra övervärdering av gäldenärens kreditvärdighet

I äldre litteratur stöter man på argument för att ett syfte med sakrättsmomenten skulle vara att förhindra att en kreditgivare överskattar kredittagarens kreditvärdighet.<sup>78</sup> Det hävdas att användandet av traditionsprincipen leder till att borgenären med större säkerhet kan förlita sig på att den egendom som finns hos gäldenären faktiskt tillhör denne. Överlåten/pantsatt egendom måste traderas och således kommer denna egendom ej att återfinnas hos gäldenären och skapa en felaktig bild av kreditvärdigheten. En borgenär utan förmånsrätt, eller med endast allmän förmånsrätt, skulle alltså med stor säkerhet kunna räkna med att få betalt eller, om man inte fick betalt för sin fordran, kunna låta utmäta den egendom som finns hos gäldenären. Ytterst kan tänkas att borgenären väger risken mot värdet av den egendom som finns och den eventuella förmånsrätt borgenären har för att söka försäkra sig om att han som konkursborgenär får betalt för sin fordran.

Att företa en kreditprövning på detta sätt torde idag vara ytterst ovanligt och syftet får ses som föråldrat.<sup>79</sup> Det vore vanskligt och knappast troligt att en kreditgivare, i ljuset av dagens transaktionsmodeller, skulle fästa större vikt vid nyss angivna förhållanden, i sin kreditprövning. Det är vanligt att den egendom som, rent fysiskt, finns hos gäldenären alltjämt ägs av någon annan. Mycken egendom, speciellt sådan som betingar stora värden, som skulle kunna tänkas påverka en kreditprövning, leasas eller köps på avbetalning mot återtagandeförbehåll.<sup>80</sup> Egendom som på detta sätt kommit att finnas i gäldenärens besittning, kommer vid en konkurs att separeras från konkursboet och ger

---

<sup>76</sup> Myrdal s. 39 f. Se även *syftesschemat* i 4.7.

<sup>77</sup> Exempelvis NJA 1979 s. 45, NJA 1987 s. 3, NJA 1995 s. 367, Göranson s. 638 ff., Håstad s. 212, Hessler s. 90, Myrdal s. 40 f., Helander s. 359, Henriksson JT 2003-04 s. 974.

<sup>78</sup> Fehr s. 46.

<sup>79</sup> Myrdal s. 50.

<sup>80</sup> Håstad s. 286.



således ingen säkerhet över huvud taget för någon annan än separatisten.<sup>81</sup> Därtill kommer den egendom som separeras på grund av bibehållen äganderätt enär gäldenären haft egendomen i besittning på grund av saklån, reparationsuppdrag, dispositionsrätt eller under annan liknande rättstitel.

Även om allt som finns i kredittagarens omedelbara besittning ägs av denne och har det värde det förefaller ha, är detta ingen bra säkerhet för en utebliven betalning långt in i framtiden.<sup>82</sup> Således bör kreditprövning inte ske på grundval av vad som finns i kredittagarens besittning och så sker heller inte idag. Vad som istället ligger till grund för kreditprövningar är en kredittagares förvärvsmöjligheter eller en rörelses resultat.<sup>83</sup> Att hävda att sakrättsmomenten syftar till att förhindra en övervärdering av kredittagarens kreditvärdighet är därför föga relevant. Syftet får anses föråldrat och tillhöra en tid när de ekonomiska förhållandena i samhället var betydligt mer okomplicerade än idag.

Väljer man att tillmäta detta syfte relevans kan man ifrågasätta om det skulle fyllas på ett sämre sätt vid krav på endast rådighetsavskärning. Kreditbedömningen görs hos överlåtaren/pantsättaren och således är det vad som finns hos *denne* som är av intresse, inte vad som finns hos förvärvaren. Redan när överlåtaren/pantsättarens rådighet har avskurits minskar kreditgivarnas risk för en felaktig bedömning av dennes egendomsmassa och därmed vore det omotiverat att kräva att förvärvaren erhållit rådighet för att uppfylla det syftet som nu är i fråga.

### 4.3 Historisk hävd

Ett argument, för i synnerhet tradition men även denuntiation som sakrättsligt moment, vilket kan identifieras i litteraturen, är momentets historiska betydelse och tillämpning.<sup>84</sup> Man menar att en princip med så gamla anor och som är så väl etablerad i handelslivet inte utan mycket speciella skäl bör ändras. Syftet kan inte sägas ha någon självständig relevans utan måste ses som endast ett komplement till andra syften. Det kan knappast heller utgöra ett skäl för ett bibehållande av de befintliga sakrättsmomenten om det fanns ett annat moment, vilket på ett bättre sätt tjänade ändamålet bakom sakrättsmomenten. Självklart kan man inte förändra en princip, som är den kanske mest vedertagna rättsystemet känner, utan mycket goda skäl men syftet bakom traditionsprincipen, eller för den delen denuntiationsprincipen, kan inte finnas i dess historia. Exempelvis måste någonting annat än historisk hävd per definition ha legat bakom införandet av principerna. Det skulle även kunna sägas att sakrättsmomentens, främst traditionsprincipens, långa historia i sig utgör ett skäl att ifrågasätta dess lämplighet som sådant moment. Med den samhällsutveckling som skett kan det tyckas märkligt att använda sig av en princip som i mångt och mycket varit densamma under mycket lång tid. Att utreda huruvida ett syfte, som förefaller ha sådan ringa betydelse, uppfylls på bästa sätt genom krav på erhållen rådighet eller endast rådighetsavskärning anser vi omotiverat.

---

<sup>81</sup> Sådan egendom kan heller inte bli föremål för utmätning för kredittagarens skuld, 4 kap 17 § UB. Egendom som blivit tillbehör till fast egendom, sammanblandats, sammanfogats eller på annat sätt mist sin identitet kan ej separeras av exempelvis leasegivaren. Jfr Rodhe s. 195 ff.

<sup>82</sup> Helander s. 353, Hessler s. 88.

<sup>83</sup> Håstad s. 286.

<sup>84</sup> Helander s. 347, Undén s. 47 f.

#### 4.4 Borgenärens faktiska makt över säkerhetsobjektet

Ett syfte som framförts i doktrinen är att en panthavare ska erhålla den faktiska makten över panten. En sådan makt kan knappast vara något självändamål utan avsikten torde vara att förhindra att pantsättaren, till förfång för panthavaren, förfogar över egendomen. Exempelvis kan man tänka sig att pantsättaren dubbeldisponerar eller låter egendomen bli föremål för ett extinktivt godtrosvörvärv.<sup>85</sup> Vidare ger det en panthavare en praktisk realisationsmöjlighet av pantobjektet. Behovet av en sådan förmån för borgenären väljer författarna att direkt avvisa och ansluter sig till Helanders mening att en underlättad realisationsmöjlighet knappast kan ses som ett tungt vägande argument för ifrågavarande syfte utan snarare som en fråga om bekvämlighet.<sup>86</sup>

Att pantsättaren förhindras att disponera över egendomen, åstadkommes redan genom att dennes rådighet avskärs och således behöver förvärvaren ej erhålla rådighet över egendomen för att argumenten bakom syftet skall tillgodoses. Det andra argumentet, att panthavarens realisationsmöjlighet skulle förbättras om denne hade makt över egendomen, har ingenting med tredjemansintresset att göra och borde således inte ses som ett skäl för sakrättsligt moment. Att för borgenärsskydd uppställa krav som syftar till att förenkla panthavarens realisation verkar vara ett omständigt sätt att uppnå någonting som parterna likaväl kan uppnå genom ett avtal.<sup>87</sup> Ett krav på att panthavaren erhåller rådighet med motivet att ge denne bättre möjlighet att realisera panten skulle kunna få oönskade konsekvenser. En i övrigt giltig och lovvärd pantsättning skulle kunna underkännas, på grund av att panthavaren inte haft rådighet över objektet, med anledning av att det skulle ligga i hans intresse att ha sådan rådighet. Det märkliga inträffar härvidlag att ett krav som syftar till att bevaka panthavarens intresse får hans rätt att gå om intet, eller som Helander uttrycker det ”det är sannerligen ett märkligt sätt att skydda panthavaren genom att underkänna hans panträtt”.<sup>88</sup>

#### 4.5 Uppoffring

Uppoffring fungerar som självständigt syfte bakom sakrättsmomenten på grund av att man, genom att förlora rådigheten över egendomen, inte längre kan bruka eller tillgodogöra sig denna. Uppoffringen torde medföra att en person inte kan/vill pantsätta all sin egendom<sup>89</sup>, vilket i princip skulle vara möjligt om inget krav på tradition eller denuntiation, och därigenom uppoffring, fanns.<sup>90</sup> En gäldenär skulle genom nyss angivna möjlighet kunna skada både sig själv och sina borgenärer. Utan uppoffring skulle gäldenären, i svåra ekonomiska situationer, på ett alltför *smidigt* sätt kunna pantsätta en stor del av sin egendom med den konsekvensen att obeståndet endast tillfälligt läks och konkursen endast skjuts en bit in i framtiden.<sup>91</sup> Gäldenären skulle således på ett lättvindigt sätt kunna ådra sig fler och större skulder än vad som skulle

---

<sup>85</sup> Undén s. 55.

<sup>86</sup> Helander s. 365 f.

<sup>87</sup> Bergström & Lennander s. 95.

<sup>88</sup> Helander s. 366.

<sup>89</sup> I vart fall den egendom som vid pantsättning inte ger upphov till hypotekarisk panträtt, det vill säga annan egendom än exempelvis fast egendom, skepp och luftfartyg.

<sup>90</sup> Helander s. 362 ff.

<sup>91</sup> Helander s. 363.

vara möjligt med ett krav på uppoffring.<sup>92</sup> Exempelvis kan man tänka sig en gäldenär på gränsen till obestånd och som bor långt ut på landsbygden och därför är i stort behov av sin bil. Genom kravet på uppoffring kommer gäldenären, efter en pantsättning av bilen, inte att kunna använda den och därmed väljer han troligen att ej pantsätta den (i vart fall inte utan eftertanke).<sup>93</sup>

Utan uppoffring skulle en större egendomsmassa kunna pantsättas med följderna att borgenärer utan särskild förmånsrätt skulle få sämre möjlighet till betalning i en konkurs.<sup>94</sup> Tidigare borgenärer med ingen eller endast allmän förmånsrätt skulle tvingas ge vika för senare tillkomna panträter.<sup>95</sup> I förlängningen skulle detta kunna leda till att företagsinteckningen som säkerhetsalternativ försvinner eller i vart fall förlorar en stor del av sitt värde som säkerhet. Den uppoffring som följer av tradition och denuntiation innebär alltså dels att gäldenären inte på ett alltför enkelt sätt kan ådra sig större skulder än han klarar av, dels att borgenärer med allmän eller ingen förmånsrätt får ett skydd. Båda dessa effekter kan sägas främja en effektiv och säker kreditmarknad.

Uppoffringstanken som sådan bygger på pantsättarens förlorade möjlighet att bruka egendomen. Ett krav på förvärvarens erhållna rådighet, skulle inte leda till vare sig mindre eller större uppoffring.

#### 4.6 Förhindra borgenärsbedrägerier

Traditions- och denuntiationsprincipens främsta syfte är, enligt praxis och doktrin, förhindrandet, eller i vart fall försvårandet, av handlingar som syftar till att undandra konkurs- eller utmätningsborgenärer tillgångar som eljest skulle ingå i exekutionsunderlaget.<sup>96</sup> Borgenärsbedrägerierna kan uppdelas i två huvudtyper; *skentransaktioner* och *efterhandskonstruktioner*.<sup>97</sup> När en gäldenär, som står inför ett stundande exekutionsförfarande, ämnar skaffa undan egendom för att undgå risken att den tas om hand av borgenärerna, genomför gäldenären en skentransaktion. Transaktionens syfte är att egendomen skall lämna gäldenärens tillgångsmassa genom en simulerad transaktion (ofta med släkt eller vänner) och därmed inte anses tillhöra denna. Följden skulle således bli att den skenöverlåtna/-pantsatta egendomen varken skulle kunna tas i mät eller ingå i konkursen.<sup>98</sup> Den senare huvudtypen är ett förfarande, vilket, som ordet låter ana, är konstruerat *efter* det att ett exekutionsrättsligt förfarande har inletts och utan att någon egentlig transaktion har genomförts. Man kan tänka sig en konkursgäldenär som hävdar att ett föremål som visserligen rent fysiskt finns hos denne, inte tillhör honom, eftersom föremålet hyrs eller vid ett tidigare tillfälle har överlåtits på annan. Antedaterade överlåtelseavtal kan tjäna som typiska efterhandskonstruktioner. En efterhandskonstruktion, till skillnad från en skenöverlåtelse, bygger alltså på ren lögn och inte någon faktisk handling.

---

<sup>92</sup> Det antas att en kreditgivare knappast skulle bevilja ett lån utan rimlig säkerhet, speciellt i de fall kredittagaren redan är hårt skuldsatt och utan reella möjligheter att infria sina redan tidigare förpliktelser. Se 8 kap 1 § BankL.

<sup>93</sup> Undén s. 55.

<sup>94</sup> Göranson s. 632 f.

<sup>95</sup> Se 4-9 §§ & 15 § FRL.

<sup>96</sup> Se not 77.

<sup>97</sup> Termen *borgenärsbedrägerier* är Myrdals samlingsnamn på efterhandskonstruktioner och skentransaktioner, Myrdal s. 41.

<sup>98</sup> 4 kap 17, 24 §§ UB, 3 kap 3§ KL.

Genom kravet på sakrättsmoment, vid sidan av avtalet, för borgenärsskydd motverkas dessa typer av ohederliga transaktioner. Exempelvis torde en gäldenär dra sig för att företa skentransaktioner när dessa innebär att han tvingas avstå från rådföretaget över den egendom som han avser att undandra. Sakrättsmomenten innebär således en *uppföring* för överlåtare/pantsättaren, oavsett om egendomen är av det slag som fordrar tradition eller av det slag som fordrar denuntiation. Vidare kan en gäldenär, som grundar någon annan persons rätt på en i efterhand konstruerad transaktion, men där egendomen likväl finns i hans besittning, genom kravet på tradition, knappast vinna någon framgång med ett sådant påstående.<sup>99</sup> En sådan antedatering motverkas genom en, till detta syfte, underliggande *publicitet* vilken skulle möjliggöra en kontroll av att en transaktion verkligen företagits.<sup>100</sup> Således kan sägas att huvudsyftet – att motverka borgenärsbedrägerier – bakom sakrättsmomenten uppfylls genom att detta medför dels att rättshandlingen får *publicitet*, dels innebär en *uppföring* för överlåtare/pantsättaren.<sup>101</sup>

#### 4.6.1 Publicitet

Publicitet eller manifestation anges ofta som ett syfte bakom sakrättsmomenten, men i litteraturen och praxis framförs även åsikten att den skulle vara ett rekvisit för att en åtgärd skall utgöra tradition respektive denuntiation.<sup>102</sup> En fråga man kan ställa sig härvidlag är för vems skull det förändrade rättsförhållandet skall ges *publicitet*. Helander menar att *publiciteten* innebär att det är tredje man som skall ges möjlighet att, genom ett iakttagbart yttre faktum, uppmärksamma förändringen. Vidare menar han att det måste vara fråga om personer med någon form av intresse i den ifrågavarande egendomen, i vart fall vad gäller borgenärsskydd. För omsättningsskydd kan tänkas att i princip envar har intresse av att veta hur rättsförhållandet ser ut, varför *publiciteten* torde ha större betydelse i dessa fall än i de fall där fråga är om problem- och frågeställningar rörande borgenärsskydd.<sup>103</sup>

Myrdal, som mycket utförligt behandlar *publiciteten*, hävdar att meningen med denna inte är att någon skall *bevittna* övergången. Däremot skall det efteråt gå att uppfatta att en förändring har skett.<sup>104</sup> Han skiljer mellan *direkt* respektive *indirekt publicitet*. Den förra termen innebär att en handling vidtas varigenom överlåtelsen/pantsättningen blir omedelbart synlig och möjlig att notera för tredje man. En indirekt *publicitet* skulle upptäckas endast vid en undersökning företagen i efterhand, exempelvis vid en domstol. I två rättsfall som behandlar *publiciteten*, *NJA 1956 s. 485* samt *NJA 1975 s. 638*, verkar HD närmast argumentera för ett krav på direkt *publicitet*.<sup>105</sup> Att det skulle vara på det viset framstår emellertid som mycket märkligt, när ett stort antal transaktioner aldrig någonsin blir publika och ingen, förutom de parter som ingått avtalet, är medvetna om att transaktionen över huvud taget företagits. Att inte bara kräva besittning, utan en *publik besittning*, för uppnående av borgenärsskydd, skulle i princip strida mot

<sup>99</sup> Myrdal JT 2003-04 s. 473. Detta påstående är inte undantagslöst, se exempelvis 49 § KKL.

<sup>100</sup> Se 4.6.1.

<sup>101</sup> Mellqvist JT 2002-03 s. 708 f., Mattson SvJT 2005 s. 319.

<sup>102</sup> Exempelvis *NJA 1956 s. 485*, *NJA 1980 s. 197*, *NJA 1995 s. 367*, Myrdal s. 86, Håstad s. 171, Helander s. 351.

<sup>103</sup> Helander s. 255 ff.

<sup>104</sup> Se Myrdal s. 106 f., Helander s. 359.

<sup>105</sup> Myrdal s. 94.

lagtexten<sup>106</sup> och innebära betydande svårigheter att uppnå sakrättsligt skydd. Vår syn på publicitet är att den *inte* skall förstås som någon form utav kungörelse utan en möjlighet att i efterhand kontrollera att en åtgärd företagits. Denna tanke har inte alltid delats av HD, varför det är av intresse att återge ett belysande rättsfall.

I *NJA 1956 s. 485* hade B pantsatt säd i sin silo till A. På silon fanns två luckor, en i botten och en i taket. På den undre luckan, den så kallade avtappningsluckan, satte A ett lås till vilket endast han hade nyckel. B hade emellertid fortfarande fri tillgång till säden via den övre luckan. I målet hävdades att pantsättningen inte skulle anses giltig eftersom B:s rådighet inte avskurits, A inte erhållit besittning till panten på sätt som var att se som tillräckligt samt att åtgärderna inte kunde anses ha givits tillräcklig publicitet. HovR:n anförde dock i sina domskäl att B:s rådighet, trots tillgången till säden via takluckan skulle anses avskuren när det skulle vara så pass opraktiskt, dyrt och ovanligt att tappa säd från den övre luckan. En sådan åtgärd skulle även väcka förvåning på orten och komma till allmän kännedom. Man ansåg därför att A erhållit tillräcklig besittning till panten. Efter att man fastslagit detta prövades frågan om tillräcklig publicitet erhållits genom de åtgärder som företagits. HovR:n fann att man gjort vad som krävdes för att ”*för en utomstående visa att [panthavaren] hade panträtt i spannmålen*”. Pantsättningen ansågs därmed giltig. HD fastställde HovR:ns dom.

Som synes har HD ansett det nödvändigt att pröva huruvida åtgärderna givits tillräcklig publicitet, trots att domstolen redan fastställt att rådigheten var tillräckligt avskuren och besittningsförändringen tillräcklig. Härav borde den slutsatsen kunna dras att HD menar att tradition i sig inte räcker för giltig panträtt utan att den publicitet traditionen inneburit skall prövas särskilt. För det fall HD inte funnit publiciteten tillräcklig skulle således en fullt genomförd tradition ändå kunna underkännas på grund av bristande publicitet. Tanken är förbryllande. Helander menar att HD borde ha nöjt sig med att konstatera att giltig tradition hade skett och att publicitetsintresset *därmed* uppfyllts på ett korrekt sätt.<sup>107</sup> Vidare bör det inte vara så att man, *efter* att ha konstaterat att traditionskravet är uppfyllt, granskar huruvida de syften som *ligger bakom* traditionskravet har uppfyllts.<sup>108</sup> Helanders resonemang bygger alltså på att publiciteten inte är ett rekvisit som måste uppfyllas för borgenärsskyddets uppkomst utan endast en effekt av genomförandet av sakrättsmomentet. I denna åsikt erhåller han vårt stöd.

Myrdal menar, i en analys av samma fall, att HD:s skrivning i domskälen skulle ge publicitet betydelse vid sidan av tradition. HD har förklarat att, på grund av att det var så onaturligt att komma åt säden via takluckan, var det inte nödvändigt att ”*utmärka att spannmålen vore pantsatt[a]*”. Skrivningen borde kunna tolkas som att, om man inte avgränsat rådigheten tillräckligt och således ej genomfört en giltig tradition, istället kunnat uppnå giltig pantsättning genom att utmärka att spannmålen pantsatts. Publiciteten skulle på detta sätt, som Myrdal själv uttrycker det, kunna läka en bristande tradition.<sup>109</sup>

Myrdal och Helander verkar båda vara av den åsikten att HD dragit en felaktig slutsats om publicitetens innebörd, som de anser vara blott en effekt av sakrättsmomentet. Hur

<sup>106</sup> Enligt formuleringen i exempelvis 22 § SkbrL skall egendomen komma i förvärvarens besittning för att skydd mot överlåtarens borgenärer skall uppkomma.

<sup>107</sup> Helanders resonemang stödjer författarnas uppfattning om att publiciteten bör ses som en effekt av genomförandet av det sakrättsliga momentet.

<sup>108</sup> Helander s. 352.

<sup>109</sup> Myrdal s. 99.

det än förhåller sig, påvisas problematiken kring publiciteten. Skall den ses som ett skäl till kravet på ett sakrättsmoment eller som ett rekvisit som måste uppfyllas för att momentet skall anses genomfört? Författarna är av den åsikten att utformningen av sakrättsmomenten har syftat till att deras genomförande skall ge (indirekt) publicitet åt förändringen i rättsförhållandet avseende egendomen. Publiciteten är inget självändamål utan ett medel för att försvåra borgenärsbedrägerier (främst efterhandskonstruktioner). Denna synpunkt, att publiciteten inte är något självändamål, verkar för övrigt vara genomgående i litteraturen.<sup>110</sup>

HD tog i *NJA 1996 s. 52* avstånd från den äldre principen om krav på publicitet genom att fastslå att vad som är av betydelse är huruvida överlåtaren/pantsättaren fått sin rådighet över objektet avskuren. Inte heller i rättsfall som följt efter 1996 års fall har någon vikt lagts vid publiciteten.<sup>111</sup> Detta stärker ytterligare uppfattningen att publiciteten inte, i alla fall numera, är ett rekvisit för sakrättsmomentets genomförande, utan snarare är en effekt av ett genomfört sakrättsmoment. Visserligen torde publiciteten kunna stödja en omtvistad, men korrekt genomförd, transaktion genom att man kan kontrollera att ett sakrättsmoment har genomförts. På detta sätt kan publiciteten ha en viktig funktion i bevishänseende. Det faktum att man kunnat konstatera att ett rådighetsavskärande skett innebär ju att rätthandlingen givits, åtminstone indirekt, publicitet.

Slutligen kan till det anförda fogas att överlåtelse/pantsättningar av enkla fordringar, eller egendom som innehas av tredje man, torde kunna kontrolleras av en borgenär genom en förfrågan hos sekundogäldenären/tredje man om denne blivit denuntierad om den påstådda transaktionen. På detta sätt innebär denuntiationen viss publicitet genom att den, mellan avtalsparterna, företagna transaktionen blir känd för någon mer än bara dessa.<sup>112</sup> Dessutom torde en denuntiation till sekundogäldenären/tredje man motverka efterhandskonstruktioner genom möjligheten att i efterhand kontrollera tidpunkten för denuntiationen. Så länge sekundogäldenären/tredje man har antecknat, eller kommer ihåg, när han fick denuntiationen om överlåtelsen/pantsättningen kan man bevisa att en antedatering skett. Redan genom att sekundogäldenären/tredje man fått anledning att misstänka att en överlåtelse/pantsättning skett upphör dennes möjlighet att prestera med befriande verkan till överlåten/pantsättaren. Att knyta borgenärsskyddet till sekundogäldenärens/tredje mans onda tro skulle emellertid göra det svårare att i efterhand kontrollera med denne om och när misstanken uppstod, om att en överlåtelse/pantsättning skett.<sup>113</sup> Detta stärker argumenten för att denuntiationen syftar till att göra rättshandlingen kontrollerbar, vilket i sin tur försvårar borgenärsbedrägerier. I övrigt kan sägas att de flesta av de skäl som anförts för publicitetskrav vid tradition även gäller för denuntiation.<sup>114</sup>

Av vikt är att utreda huruvida överlåtaren/pantsättarens avskurna rådighet, jämfört med förvärvarens erhållna rådighet, ger samma möjlighet att i efterhand kontrollera om ett sakrättsmoment vidtagits. Möjligheten uppkommer, enligt Helander, redan genom att överlåtaren/pantsättaren förlorar sin rådighet. Man skulle i efterhand kunna kontrollera om dennes tillgång till egendomen, vid tiden för den påstådda rättshandlingen,

---

<sup>110</sup> Exempelvis Göransson s. 621, Helander s. 351, Hessler s. 90f., Henrikson JT 2003-04 s. 974.

<sup>111</sup> Myrdal s. 109.

<sup>112</sup> Hessler s. 92.

<sup>113</sup> *NJA II 1936 s. 113*, Helander s. 483, Henning SvJT 1995 s. 79.

<sup>114</sup> Exempelvis *NJA 1995 s. 367*.

förändrats. Det borde inte vara lättare att i efterhand konstatera att någon erhållit rådighet över egendomen än att någon förlorat rådigheten över egendomen. Att kräva förvärvarens erhållna rådighet över egendomen skulle därför inte göra det enklare att i efterhand kontrollera förändringar i besittningsförhållandet. I en utmättnings- eller obeståndssituation är det ju lönlöst att åberopa en efterhandskonstruerad transaktion om det visar sig att den (påstått) överlåtna/pantsatta egendomen likväl finns i exekutionsgäldenärens besittning.<sup>115</sup> En efterhandskonstruktion är ju endast ett svekfullt påstående utan någon bakomliggande transaktion varför den bedragande exekutionsgäldenären, såvitt egendomen inte förvaras av tredje man, blir tvungen att bryta presumtionen i 4 kap 18 § UB genom att visa att hans motpart gjort ett sakrättsligt fullbordat förvärv.<sup>116</sup> Förmår han inte visa detta kommer egendomen att utmätas eller ingå som tillgång i konkursboet och borgenärsbedrägeriet har misslyckats.<sup>117</sup> Det kan ju knappast vara så, att en (sken)förförvärvare som förmått visa att han erhållit rådighet över egendomen kan bryta presumtionen utan att samtidigt styrka ett sakrättsligt fullbordat förvärv. Har ett sådant förvärv genomförts, har ju överlåtare förlorat sin rådighet. Den indirekta publiciteten som ett sakrättsmoment oftast medför, borde tillsammans med presumptionsregeln i UB effektivt förhindra efterhandskonstruktioner.

#### 4.6.2 Uppoffring

Det finns anledning att se uppoffringen både som ett självständigt syfte och som ett led i syftet att försvåra borgenärsbedrägerier. Den största fördelen med uppoffringen torde vara dess funktion att motverka skentransaktioner. Utan krav på rådighetsavskärande, vilket medför en uppoffring, kan man tänka sig att en gäldenär på väg mot konkurs finner det intressant att vidta sådana transaktioner på grund av att denne inte behöver avstå från den skenöverlåtna/-pantsatta egendomen. Samma uppoffringstanke ligger till grund för försvårandet av borgenärsbedrägerier som vid uppoffringens självständiga syfte; skillnaden ligger i avsikten bakom handlingen. Man skulle alltså kunna tänka sig en liknande situation som i exemplet med den på landsbygden boende gäldenären.<sup>118</sup> Denne skulle vid en skenöverlåtelse/-pantsättning tvingas avstå från sin bil, varför han troligen finner ett sådant agerande mindre intressant. Sakrättsmomentens krav på rådighetsavskärande hindrar honom från att bedra borgenärerna genom att han har sådant behov av egendomen att han ej kan avstå den och därmed inte heller skenöverlåta/-pantsätta den.

Den uppmärksamme läsaren har förmodligen noterat att termen *förfoga* har undvikits i avsnittet. Anledningen är att den lätt kan föra tankarna till möjligheten att rättsligt disponera över egendomen, den så kallade förfogandelegitimationen. Genom att skentransaktioner (förmodligen) sker mellan skenöverlåtare/-pantsättaren och medkontrahenten i maskopi torde man kunna föreställa sig att den skenöverlåtna egendomen återlämnas till skenöverlåtare/-pantsättaren på begäran. Genom återlämnandet kan egendomen visserligen brukas men risken att skendispositionen avslöjas gör möjligheten att *bruka* egendomen ganska liten. Myrdal för ett liknande resonemang och påpekar att om överenskommelsen mellan skenparterna skulle innebära en alltför stor frihet för B att nyttja egendomen "... föreligg[er] en risk för [att bli

---

<sup>115</sup> Myrdal JT 2003-04 s. 473.

<sup>116</sup> Gäldenären kan emellertid åberopa att lösöret exempelvis är lånat eller hyrt.

<sup>117</sup> I konkurs tillämpas samma presumtion som i 4 kap 18 § UB, prop. 1975:6 s 128 ff, Håstad s. 115

<sup>118</sup> Jfr 4.5

upptäckt ...” och skendispositionen uppdragas.<sup>119</sup> Överlåtarens/pantsättarens möjlighet att *rättsligt förfoga* över egendomen går däremot inte förlorad när förvärvaren, som bulvan, kan överlåta/pantsätta egendomen för överlåtarens/pantsättarens räkning. Uppoffringen fungerar således på det sättet än den avskär överlåtarens/pantsättarens möjlighet att bruka egendomen, men någon uppoffring i förfogandeavseende föreligger knappast.<sup>120</sup>

Den bild av uppoffringen som målats upp är nog enklast att förstå när egendomslaget är sådant att tradition erfordras för sakrättsligt skydd. Motsvarande uppoffring torde emellertid uppkomma vad gäller skenöverlåtelser/-pantsättningar av enkla fordringar eller av egendom som innehas av tredje man. Måhända är uppoffringen större när lösöret finns i borgenärsbedragarens omedelbara besittning än när lösöret finns hos tredje man eller när egendomen är en enkel fordran. Nyttan man i vardagslivet kan tänkas ha av exempelvis en bil torde överstiga den nytta en fordran på en bil som finns hos tredje man kan sägas innebära. Den uppoffring som en denuntiation medför ligger i överlåtarens/pantsättarens förlorade rådighet. Genom att denuntiera sekundogäldenären eller tredje man, mister överlåtare/pantsättaren normalt sett både sin rätt att ta emot betalning eller egendomen samt sin rätt att rättsligt förfoga över egendomen.

I visst hänseende kan den uppoffring som denuntiation medför vara mer ingripande än vid tradition, när en tredje part blir inblandad. Genom att denuntiation sker till sekundogäldenären/tredje man kan denne tänkas få vetskap om att överlåtelser/pantsättningen endast är ett försök att undandra borgenärerna egendom och därigenom löper överlåtare/pantsättaren risk att bli avslöjad.<sup>121</sup>

Det bör härtill sägas att skentransaktioner förutsätter att skenöverlåtarens/-pantsättarens motpart är införstådd med att det handlar om en sådan transaktion.<sup>122</sup> Utan denna förståelse kan man tänka sig att motparten avhänder sig, förbrukar eller förstör den egendom som skenöverlåtit/-pantsatts. Situationen är knappast vanligt förekommande. När någon väl bestämt sig för att bedra sina borgenärer, borde det vara ovanligt att skenmottagaren *inte* får uppgift om vad transaktionen syftar till.

Att bedragaren, trots att motparten är införstådd med bedrägeriet, inte kan bruka egendomen på samma sätt som tidigare på grund av risken att bli upptäckt och därmed löpa risk för åtal innebär trots allt en uppoffring.<sup>123</sup> Skenöverlåtare/pantsättaren måste även beakta risken att motparten efter ett tag drar sig ur överenskommelsen, avhänder sig egendomen för egen räkning eller kommer på obestånd.<sup>124</sup> Även problemet med att finna en medbrottsling, samt eventuellt ersätta denne för dennes hjälp, får ses som en uppoffring värd att beakta.<sup>125</sup>

Uppoffringen torde enligt författarna, allt sammantaget, bidra till att förhindra borgenärsbedrägerier, främst skentransaktioner, på ett sådant sätt att den kan sägas vara

---

<sup>119</sup> Myrdal s. 47 f.

<sup>120</sup> Johansson SvJT 1997 s. 350.

<sup>121</sup> Johansson SvJT 1997 s. 353.

<sup>122</sup> Myrdal s. 47.

<sup>123</sup> Se *oredlighet mot borgenärer*, 11 kap 1 § BrB, eller medhjälp därtill, 23 kap 4 § BrB.

<sup>124</sup> Man vill knappast i detta läge åberopa *skenavtal* enligt 34 § AvtL när man därigenom ändå skulle förlora egendomen. Denna går ju till borgenärerna, samt riskera att försöket till bedrägeri uppdragas, vilket kan leda till åtal. Se föregående not.

<sup>125</sup> Myrdal s. 201 f., Göranson s. 641.



en viktig del av sakrättsmomenten. Angående denuntiationen kan man emellertid fråga sig om det verkligen är avskärandet av förfogandelegitimationen som innebär en uppoffring och därmed fyller syftet att motverka skentransaktioner.<sup>126</sup>

Vad gäller frågan om uppoffringens betydelse vid ett krav på förvärvarens erhållna rådighet, jämfört med ett krav på överlåtarens/pantsättarens rådighetsavskärande, kan man i princip genom termen skapa sig en uppfattning om vilket som är av störst betydelse. Frågan huruvida en förvärvare erhållit rådighet saknar i detta avseende helt relevans. Syftet med uppoffringen bygger på tanken att överlåtare/pantsättaren, genom att han inte kan överlåta/pantsätta egendomen och samtidigt fortsätta att bruka den, blir mindre benägen att företa en skentransaktion. Hans uppoffring ligger därmed i det faktum att han inte själv kan använda sig av egendomen, och det är genom denna uppoffring som borgenärsbedrägerier stävjas.

#### 4.7 Sammanfattning

För att öka läsarens förståelse av resonemanget angående sakrättsmomentens bakomliggande syften, fogas till denna sammanfattning ett schema över vår syn på hur syftena förhåller sig till varandra och till ändamålet.

Ändamålet bakom användandet och utformningen av traditionen och denuntiationen är att skapa en effektiv marknad. Kravet på ett uppfyllt sakrättsmoment är att överlåtarens/pantsättarens rådighet över den överlåtna/pantsatta egendomen skall avskäras. Rådighetsavskärandets verkan är att överlåtare/pantsättaren tvingas att avstå egendomen, vilket innebär en uppoffring. Av genomförandet av sakrättsmomenten, rådighetsavskärandet, följer i de flesta fall att åtgärden kan kontrolleras i efterhand (publicitet). Uppoffringen och publiciteten är således verkningar av ett genomfört sakrättsmoment. Dessa verkningar innebär i sin tur att det blir svårt och betungande att företa borgenärsbedrägliga transaktioner, vilket vi anser vara det primära syftet bakom sakrättsmomenten. Försvarande av borgenärsbedrägerier medför i sin tur en ökad trygghet för borgenärskollektivet och en säkrare kreditmarknad vilket är en förutsättning för en effektiv marknad.<sup>127</sup>

De övriga identifierade syftena har vi funnit föråldrade, dåligt underbyggda eller på annat sätt inte relevanta för ändamålet. Visserligen kan historisk hävd, i det hänseendet att handelslivet är inrättat efter ett visst mönster, sägas ha betydelse för en effektiv marknad. Likaså kan förhindrande av övervärdering av kreditvärdigheten och borgenärens faktiska makt över säkerhetsobjektet sägas ha betydelse för ändamålet på grund av att de skapar trygghet för borgenärskollektivet. Syftena har trots detta ”kryssats över” i vårt syftesschema, vilket är en följd av att argumenten bakom syftena inte är övertygade. Syftena skulle inte utgöra starka argument för ett behållande av sakrättsmomenten om man bortsåg från momentens försvarande av borgenärsbedrägerier.

Vår analys av publiciteten har lett fram till åsikten att denna inte är något självändamål, något vi valt att illustrera genom att ”kryssa över” publiciteten som självständigt syfte.

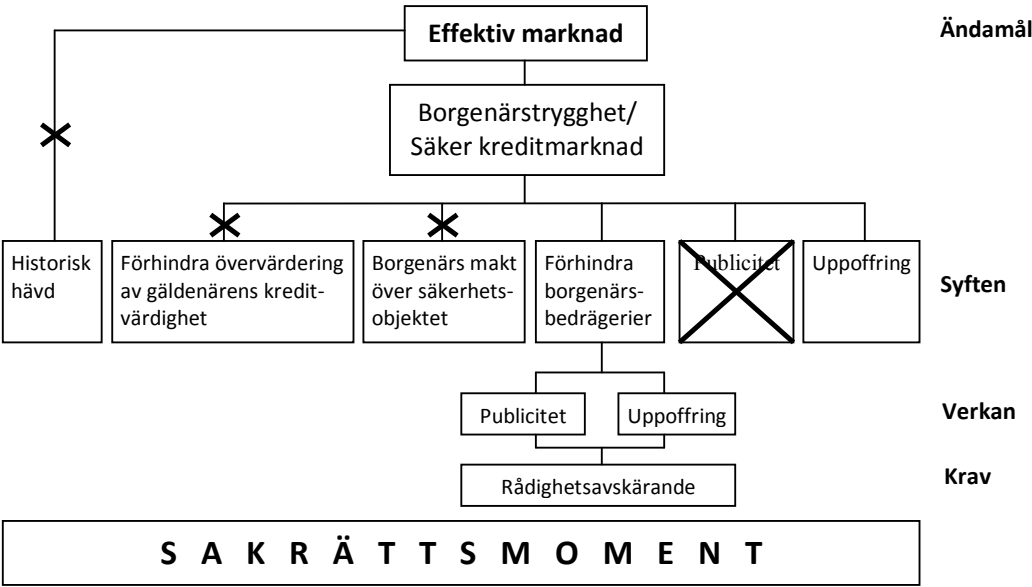
---

<sup>126</sup> Se 5.2.

<sup>127</sup> Naturligtvis är en effektiv marknad beroende av andra faktorer än enbart borgenärernas trygghet. Sådana faktorer ligger emellertid utanför ramen för denna framställning.

Däremot kan uppfoffringen ges en självständig betydelse, enär den skyddar såväl gäldenären som borgenärer med ingen eller endast allmän förmånsrätt.

Vi menar att ett krav på rådighetsavskärande för fullgjort sakrättsmoment är tillräckligt för att tillgodose uppfoffringstanken samt att göra rättshandlingen kontrollerbar. Därmed torde rådighetsavskärandet vara tillräckligt för att i förlängningen skapa en effektiv och säker marknad. Att kräva att förvärvaren samtidigt erhåller rådighet över egendomen, och därmed gå längre än vad som är behövligt för att fylla de syften som ligger till grund för momenten, förefaller olämpligt. Att, som HD gör idag, ställa krav på rådighetsavskärande fyller alltså de syften som föranleder användandet av sakrättsmomenten. Ett strängare krav skulle bara ha negativa konsekvenser i form av ett hämmande av omsättningsintresset.



## KAPITEL 5

### De olika legitimationernas betydelse för uppfyllande av syftet med denuntiation

#### 5.1 Inledning

I föregående kapitel har fastslagits att syftet bakom sakrättsmomenten är att försvåra för gäldenärer att vidta borgenärsbedrägliga transaktioner. Denuntiationskravet uppfyllande medför dels möjligheten att i efterhand kontrollera om en överlåtelse/pantsättning skett, genom förfrågan till sekundogäldenären om huruvida denne blivit underättad om transaktionen, dels uppoffringen att den skär av överlåtarens/pantsättarens rådighet. Rådighetsavskärandet vid denuntiation innebär *de lege lata* att det är förfogandelegitimationen som skall avskäras. Uppfyller avskärandet av denna legitimation syftet bakom denuntiation på bästa sätt eller vore det bättre att fästa rådighetsavskärandet vid betalningslegitimationen?<sup>128</sup> För att besvara denna fråga är det av vikt att utreda huruvida avskärandet av respektive legitimation innebär en uppoffring och ger en kontrollmöjlighet.

#### 5.2 Uppoffring

Ett avskärande av betalningslegitimationen torde i sig vara tillfyllest för att uppnå uppoffringstanken – överlåtare/pantsättaren kan ju inte uppbära betalning. Visserligen kan man, som ovan gjorts, ifrågasätta hur stor uppoffringen verkligen är, när skenförvärvaren oftast handlar i maskopi med skenöverlåtare/pantsättaren. Inget hindrar att en skenförvärvare, efter avslutad konkurs eller utmätning hos en skenöverlåtare, lämnar vad han erhållit från sekundogäldenären till skenöverlåtare. Risken finns emellertid att överlämnandet får till följd att skendispositionen avslöjas. Viss uppoffring ligger även i risken att motparten går i konkurs eller lurar borgenärsbedragaren, samt i ansträngningen i att finna motpart, ersättning till denne och rädsla för straffsanktioner.<sup>129</sup>

Att fästa kravet vid förfogandelegitimationen och därmed vid möjligheten att ånyo överlåta/pantsätta den ifrågavarande egendomen ter sig något märkligt i diskussioner angående borgenärsskydd. För det första kan samma invändningar göras som ovan gjorts vad gäller betalningslegitimationen. Eftersom en skentransaktion sker mellan en överlåtare/pantsättare och en förvärvare i maskopi, med målet att undandra överlåtarens/pantsättarens borgenärer egendom, reduceras uppoffringen även vad gäller förfogandemöjligheten. På detta sätt har uppoffringstanken, även vad gäller förfogandelegitimationen, inte så stor betydelse. Uppoffringen kan, i vart fall, inte sägas bli större om man kräver avskärande av förfogandelegitimationen än om kravet istället skulle fästas vid betalningslegitimationen. För det andra kan man ställa sig frågan vad denna förfogandemöjlighet skulle tjäna till om man avser att skenhandla. Det torde väl vara så, att den som skenöverlåter/-pantsätter egendom knappast är intresserad av att på

<sup>128</sup> Vad som sägs i detta kapitel om betalningslegitimation skall ock gälla mottagandelegitimation.

<sup>129</sup> Myrdal s. 203, jfr även 4.6.2.

nytt överlåta/pantsätta samma egendom till en andra mottagare.<sup>130</sup> Syftet att undandra sina exekutionsborgenärer egendom torde ju vara uppfyllt redan genom den första transaktionen.

För diskussionens tydlighet bör erinras om att det i SkbrL uppställs *olika* krav för legitimationernas avskärande. Betalningslegitimationen stipuleras i 29 § SkbrL och avskärs genom att sekundogäldenären får *skälig anledning att misstänka* att en överlåtelse/pantsättning ägt rum. Samma lags 31 § 2 st. anger att, om gäldenären, antingen av överlåtare/pantsättaren eller förvärvaren, *underrättats* om överlåtelsen/pantsättningen så har överlåtarens/pantsättarens förfogandelegitimation avskurits.<sup>131</sup> Det uppställs å ena sidan för betalningslegitimationens avskärande, ett krav på ond tro och å andra sidan, för förfogandelegitimationens avskärande, ett krav på att gäldenären skall ha underrättats, denuntierats. I normalfallet borde legitimationerna avskäras vid samma tidpunkt, men ”glappet” ger, strängt taget, utrymme för framgångsrika skentransaktioner. Det är, åtminstone i teorin<sup>132</sup>, möjligt att sekundogäldenären underrättas utan att denne försatts i ond tro angående överlåtelsen/pantsättningen. Ett meddelande om en överlåtelse kan ha lagts i gäldenärens brevlåda (och därmed uppfyllt tillhandarekvisitet) men ännu inte försatt gäldenären i ond tro om överlåtelsen. Förvärvaren skulle därmed ha uppnått skydd från överlåtarens borgenärer samtidigt som överlåtarens fortfarande har legitimation att motta betalning från den ”underrättade” gäldenären. Överlåtarens borgenärer skulle alltså undandras fordringen samtidigt som överlåtarens har rätt att uppbära betalning för denna.<sup>133</sup> På detta sätt skulle alltså uppoffringstanken naggas i kanten, eftersom egendomen lämnar borgenärsbedragarens egendomsmassa (och ingår i förvärvarens skyddade dito) samtidigt som bedragaren fortfarande är berättigad att uppbära betalning för den överlåtna fordringen. Situationen kan inte vara vanligt förekommande. Den förutsätter att bedragaren (eller hans motpart), för att hinna utnyttja glappet, har kännedom om att sekundogäldenären inte ska (eller kan) kontrollera underrättelsen. Inte heller borde situationen vara aktuell när gäldenären underrättas muntligen (och därigenom omedelbart försatts i ond tro).<sup>134</sup> Genom lagtextens utformning torde även den motsatta situationen – avskuren betalningslegitimation utan avskuren förfogandelegitimation – vara möjlig.<sup>135</sup> En sekundogäldenär skulle kunna, på omvägar eller via rykten, *få skäl att misstänka* att betalningsmottagaren nu är en annan, eftersom fordran överlåtit, utan att förvärvet blivit sakrättsligt fullbordat.

### 5.3 Publicitet

Denuntiation medför att en transaktion ges publicitet genom att sekundogäldenären underrättas om att fordringen är överlåten/pantsatt. Som tidigare konstaterats krävs inte

---

<sup>130</sup> Myrdal s. 201, Myrdal JT 2003-04 s. 473.

<sup>131</sup> Förfogandelegitimationen kan till skillnad från betalningslegitimationen inte avskäras redan genom sekundogäldenärens onda tro utan uttrycklig denuntiation krävs, Myrdal s. 141 not 443, Hessler s. 92.

<sup>132</sup> Samt att antagandet att en underrättelse enligt 31 § 1 st SkbrL är giltig när den kommit mottagaren *till handa* är riktigt. Uppfattningen har inte fastslagits i praxis men har emellertid kommit att vara allmänt accepterad. Jfr Adlercreutz s. 128, Myrdal s. 144, Walin s. 203.

<sup>133</sup> De medel som inflyter till B, samt eventuell köpeskilling för fordringen, kommer visserligen (i den mån de finns kvar) att ingå i dennes konkurs.

<sup>134</sup> Man borde emellertid kunna tänka sig att underrättelsen lämnas på gäldenärens telefonsvarare, som av denne inte avlyssnats, och därmed uppfyllt tillhandarekvisitet. Tanken är extrem.

<sup>135</sup> Tiberg & Lennhammer s. 60 f.

någon denuntiation för att avskära en överlåtares/pantsättares betalningslegitimation, utan endast att sekundogäldenären fått skäl att misstänka att en överlåtelse/pantsättning har förtagits. För avskuren förfogandelegitimation krävs däremot att sekundogäldenären denuntierats om överlåtelsen/pantsättningen. Tidpunkten, när sekundogäldenären blivit denuntierad, borde vara enklare att, i efterhand, fastställa än den tidpunkt, när samme gäldenär kom i ond tro om att överlåtelsen/pantsättningen ägt rum. Av resonemanget följer att publicitetstanken inte uppfylls på samma sätt om rådighetsavskärandet knyts till den avskurna betalningslegitimationen som om den knyts till den avskurna förfogandelegitimationen.

## 5.4 Sammanfattning

I den mån man anser att en uppoftning följer av rådighetsavskärandet torde denna uppoftning uppnås på ett lika bra sätt genom avskärande av betalningslegitimationen som vid avskärande av förfogandelegitimationen. Förfogandelegitimationen innebär enligt resonemanget ovan ingen ytterligare uppoftning och därmed torde förfogandelegitimationens avskärande inte på ett bättre sätt svara mot syftet att förhindra borgenärsbedrägerier. Samma resonemang som under 4.7 kan användas härvidlag, vilket skulle innebära att ett mer långtgående krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftena inte är att föredra. Kontrollerbarheten torde däremot bli bättre vid krav på avskuren förfogandelegitimation enär detta, till skillnad från betalningslegitimationen, kräver en uttrycklig denuntiation. Det bör vara enklare att fastslå att och när en denuntiation skett än att fastslå att och när sekundogäldenären kommit i ond tro.

# KAPITEL 6

## Borgenärsskydd vid närståendetransaktioner

### 6.1 Inledning

Två omständigheter gör närståendetransaktioner<sup>136</sup> extra intressanta ur borgenärsskyddssynpunkt. Dels kan man tänka sig att borgenärsbedrägerier vanligen företas mellan närstående, dels torde det innebära svårigheter att åstadkomma det rådighetsavskärande som krävs för sakrättsligt skydd. Tradition har i praxis underkänts i de fall överlåtare/pantsättaren kunnat bruka egendomen på samma sätt som före överlåtelsen/pantsättningen.<sup>137</sup> Problemen blir därmed uppenbara vad gäller rättshandlingar mellan två parter som lever eller bedriver verksamhet i samma lokaler. Ytterligare ett problem, som torde vara vanligare mellan närstående än annars, är hur sakrättsligt skyddade förvärv genomförs av samägd egendom. Samäganderätter är

---

<sup>136</sup> Med begreppet *närstående* skall i denna framställning inte förstås någon utav de innebörder uttrycket har givits i lagtext (Se 21 kap 1 § ABL, 4 kap 3 § KL). Vilka som innefattas i begreppet låter sig inte enkelt och kategoriskt uttryckas utan torde snarare förstås utifrån de relationer som ger upphov till de problem som här behandlas.

<sup>137</sup> Exempelvis NJA 1986 s. 409 (refererat under 3.2.3).

troligen vanligare bland närstående än bland andra; exempelvis ett samboende par kan ju tänkas inhandla egendom som är tänkt för bådas räkning. För att utreda hur tradition (och i viss mån även denuntiation) skall företas mellan närstående redogörs för och analyseras nedan ett flertal viktiga rättsfall på området.

## 6.2 Rättshandlande mellan sammanlevande

När överlåtelse/pantsättningar företas mellan sammanlevande parter uppstår frågan om hur rättshandlingen får verkan visavi överlåtarens/pantsättarens borgenärer.<sup>138</sup> Problemet när de rättshandlande delar bostad är att det generellt sett torde vara svårt att få till stånd ett adekvat rådighetsavskärande. Situationen är av intresse, enär en närstående ofta torde vara motpart vid de skentransaktioner som sakrättsmomenten syftar till att motverka. Av det ovan sagda förefaller det vara av vikt att slå fast vilka krav som ställs på rådighetsavskärandet för att sakrättsligt skydd skall uppnås i den ifrågavarande situationen.

*NJA 1962 s. 669.* B överlät som gåva en möbel till sin dotter A. Möbelen förvarades efter överlåtelsen, under en lång tid, på lika sätt som före gåvoutfästelsen, i A:s gamla flickrum, beläget i B:s bostad. Efter B:s bortgång uppstod frågan huruvida gåvan fått giltighet mot B:s dödsbo.<sup>139</sup> HD anför i sina domskäl att, enär möbelen på lika sätt stod kvar hos B även efter gåvoutfästelsen och att A inte givits *uteslutande rätt* till det utrymme i vilket möbelen förvarades hade därmed heller inte någon tillräcklig besittningsförändring skett varför gåvans giltighet underkändes.

I *NJA 1986 s. 409* (refererat under 3.2.3) hade B pantsatt jaktvapen till sin mor A. Pantobjektet hade låsts in i ett vapenskåp till vilket A och B:s far haft sambesittning. B har emellertid, genom fadern, haft tillgång till pantobjektet på samma sätt som tidigare. HD ansåg att någon sakrättsligt giltig panträtt i jaktvapnen inte kommit till stånd.

Rättspraxis från senare tid saknas, varför svaret på frågan om vad som gäller för tillräckligt rådighetsavskärande inte låter sig lätteligen besvaras. I båda de refererade rättsfallen har HD ansett att de företagna åtgärderna ej varit tillräckligt rådighetsavskärande.<sup>140</sup> Rättsfallen klargör inte på ett tillfredställande sätt vilka krav som uppställs för ett adekvat rådighetsavskärande i förevarande situationer. De slutsatser man kan dra av fallen är att HD verkar upprätthålla ett strängt krav på att överlåtare/pantsättaren skall förlora sin möjlighet att bruka den överlåtna/pantsatta egendomen. Hänsyn verkar inte ha tagits till att situationen inneburit svårighet att få till stånd ett reellt rådighetsavskärande.

## 6.3 Rättshandlande mellan en juridisk person och dess företrädare

För att kunna dra en underbyggd slutsats beträffande vad som krävs för ett adekvat rådighetsavskärande vid rättshandlande mellan närstående är det av intresse att redogöra för och analysera rättsfall rörande, till sammanlevandesituationen, närliggande

<sup>138</sup> Gåvor mellan makar regleras särskilt i 8 kap 1 § 2 st ÄktB.

<sup>139</sup> Prövningen skedde enligt, vid tidpunkten för gåvoutfästelsen (1921), gällande rätt. För fullbordad gåva både i förhållande till gåvomottagaren (obligationsrättsligt) och tredje man (sakrättsligt) krävdes att tradition av lösöret företagits.

<sup>140</sup> Ett sådant fall finns dock från *NJA 1936 s. 420* men där var det snarare fråga om *korthandstradition*. Fallet torde därför ej ha samma relevans för den nu aktuella frågeställningen.

problemsituationer. Rättshandlande mellan juridiska personer och dess ställföreträdare, eller mellan två juridiska personer via samma fysiska person som representant, innebär liknande problem som i ovan behandlade situation. En juridisk person rättshandlar genom sina organ; exempelvis styrelse och VD. En sådan ställföreträdare har skyldighet att handla i den juridiska personens intresse och att inte sätta sina egna intressen framför den juridiska personens.<sup>141</sup> När en fysisk person rättshandlar med en juridisk person där han å ena sidan agerar som privatperson och å andra sidan som företrädare för den juridiska personen uppkommer problem. När företrädaren tar emot egendom från den juridiska personen synes denna knappast avskuren sin rådighet; personen som mottagit egendomen är ju också företrädare för den juridiska personen. Kanske bör man inte dra rådighetsavskärandet till sin spets och göra det omöjligt att över huvud taget företa sakrättsligt skyddade rättshandlingar mellan närstående. Nedan skall, genom ett antal viktigare rättsfall, söka utrönas hur domstolarna argumenterar för att komma till en lösning.

*NJA 1958 s. 422.* En person A hade lånat ut pengar till ett företag B, i vilket han hade stort intresse och inflytande. A hade fått säkerhet för sin fordran i ett pantobjekt. Objektet låstes in i A:s personliga bankfack i vilket inga handlingar som rörde bolaget förvarades. Frågan i målet rörde huruvida A genom förfarandet skulle anses förmånsberättigad i B:s konkurs trots det faktum att pantobjektet av misstag, under tiden för pantsättningen, åter kommit i B:s besittning. Av HD:s uttalande framgår emellertid att just frågan om A:s ställföreträdarskap för B inte inneburit ett hinder för giltig tradition. HD ansåg att A, genom ovan beskrivna förfarande, fått *uteslutande besittning* till panten, varför B:s rådighet avskurits.

Problemet, i detta och liknande fall, är den intressekonflikt som möjligtvis föreligger när panthavaren har ett starkt intresse i pantsättaren. A kan tänkas, genom sitt intresse i B, antingen på eget initiativ eller efter påtryckning från B, lämna ut pantobjektet till denne. Vad som troligen varit det avgörande i fallet är att A, som själv är den som lånat ut pengar till B, inte torde ha något intresse av att utlämna objektet till denne. Helander verkar uppfatta fallet på samma sätt.<sup>142</sup> Intressekonflikten ansågs i förevarande fall inte vara så stor att panträkten skulle underkännas.

*NJA 1972 s.246.* Bolaget B ställde, för sin skuld till stiftelsen A, säkerhet genom inteckning i fastighet. Pantbrevet överlämnades till Y som var representant för stiftelsen i vilken denne var styrelseledamot samt ekonomiansvarig. Y var emellertid även VD för B. Y fick pantbrevet av B och låste därefter in dessa i sitt kassaskåp i vilket han förvarade endast sådana handlingar som rörde A samt vissa privata handlingar. Fråga var om pantbrevet genom förfarandet traderats och giltig panträtt därigenom uppkommit. TR:n anförde att pantsättaren, B, genom att Y, förutom att vara representant för A, även varit företrädare för B, inte genom förfarandet avskurits rådigheten över pantbrevet. Huruvida Y hade för avsikt att faktiskt hålla pantbrevet avskilda för A och inte utlämna dem till B ansågs inte vara av betydelse. TR:n ansåg att giltig panträtt ej uppkommit. HovR:n och HD fastställde TR:ns dom.

Omständigheterna i fallet liknar de i 1958 års fall, men utgången är den motsatta. Skillnaden ligger troligen i att Y inte mottar pantobjektet som *panthavare* utan endast som *representant* för denne. En representant för båda parter tycks, enligt HD, inte

---

<sup>141</sup> Se bestämmelserna om *jäv* i 8 kap 23, 34 §§ ABL.

<sup>142</sup> Helander s. 390.

kunna agera för endast en parts intressen. Håstad synes tycka att HD:s resonemang går för långt. Det skadeståndsansvar som mottagaren av pantobjektet ådrar sig om han lämnar ut panten till pantsättaren borde innebära att rådigheten därmed avskurits.<sup>143</sup>

Fallet RH 1990:116 rör, till skillnad från de i avsnittet hittills refererade rättsfallen, *överlåtelse* av egendom från ett bolag till dess enda företrädare.

*RH 1990:116.* A köpte en båt av aktiebolaget B i vilket han var ensam styrelseledamot och firmatecknare. Båten förvarades, vintertid, såväl före som efter överlåtelsen på samma varv och, sommartid, förtöjd vid samma, av A förhyrda, kajplats. B:s rådighet kunde därmed inte anses avskuren. HovR:n menade att, genom att A var ställföreträdare för B och således ägt disponera bolagets egendom, det varit, som domstolen uttryckte det, *inte möjligt* att åstadkomma ett rådighetsavskärande.<sup>144</sup>

Med beaktande av HovR:ns formulering, att det var omöjligt att avskära rådigheten, skulle en överlåtelse mellan en juridisk person och dess ende ställföreträdare inte kunna bli sakrättsligt skyddad genom tradition. Klart är att det är viktigt att hålla hårt på rådighetsavskärande i dessa situationer, men frågan är om det verkligen ska vara omöjligt att, på ett sakrättsligt giltigt sätt, rättshandla med exempelvis sitt eget bolag. HovR:n antyder i sina domskäl att fallet *möjligen* kunde ha fått en annan utgång om B företagit en annan åtgärd för uppnående av sakrättsligt skydd.<sup>145</sup> Denuntiation till tredje man, (företrädare för det varv, vid vilket båten vid tiden för överlåtelsen vinterförvarades), låter man antyda, skulle möjligen ha medfört sakrättsligt skydd. Visserligen kan tänkas att sådan åtgärd skulle ge överlåtelsen viss publicitet och på så sätt motverka efterhandskonstruktioner, men problemet med rådighetsavskärandet skulle emellertid inte lösas genom en sådan åtgärd. Varvsägaren skulle vara förhindrad att lämna ut båten till B, men eftersom B inte kan rättshandla genom någon annan än A, är det omöjligt att avgöra om båten hämtas, och senare brukas, av A som privatperson eller som ställföreträdare för B.

Det senaste fallet, avseende den situation som här behandlas, är från år 2000 och behandlar upplåtelse av företagshypotek från ett bolag till en av dess representanter.

*NJA 2000 s. 88.* A var ensam ägare till bolaget B och utgjorde tillsammans med två andra personer styrelsen i bolaget varav samtliga hade firmateckningsrätt. Frågan i målet var om A genom erhållande av företagsinteckningsbrev som säkerhet för en fordran mot B erhållit förmånsrätt i B:s konkurs. A låste in breven i ett, i hans bostad beläget vapensköp, skilt från bolagets handlingar. Frågan var om han genom förfarandet genomfört en giltig tradition av breven och därmed fått förmånsrätt i B:s konkurs. HD ansåg att någon sådan lojalitetskonflikt som fanns i NJA 1972 s. 246 ej förelegat eftersom A mottagit breven såsom faktisk panthavare och inte som företrädare för en sådan. Man menade att överlämnande av pant till någon som har rätt att företräda bolaget inte hindrar att en sakrättsligt giltig pantsättning ägt rum.<sup>146</sup> Ingen av de övriga firmatecknarna hade haft någon tillgång till objektet och man

<sup>143</sup> Håstad s. 293.

<sup>144</sup> RH 1985:6 rör ett liknande fall. En bolagsman har i fallet överlåtitt en grävmaskin på sitt handelsbolag men har därefter *”utövat besittning av maskinen på samma sätt som dessförrinnan”* varför man ansåg att giltig tradition inte företagits.

<sup>145</sup> HovR:n i domskälen: *”I målet har ej påståtts att på annat sätt än genom besittningsövergång – t ex genom ett meddelande till tredje man – [A] skulle vunnit sakrättsligt skydd...”*

<sup>146</sup> HD:s diskussion får ses generell då fallet inte avser pantsättning.



ansåg att A saknade intresse av att lämna ifrån sig pantobjektet till bolaget. B:s rådgighet ansågs således avskuren och giltig säkerhet uppkommen.

Fallet behandlar i princip samma fråga som 1958 års fall. HD har även här ansett att det är möjligt för en förvärvare att genomföra ett tillräckligt rådgighetsavskärande trots att upplåtaren av säkerheten är dennes eget bolag. Skillnaden, som anförts mellan 1958 års och 1972 års fall, torde även härvidlag vara för handen. Föredraganden i HD i NJA 2000 s. 88, RevSkr Sjöblom, förefaller, på ett mer uttryckligt sätt än HD, ge stöd för åsikten att någon lojalitetskonflikt inte förelegat. Han påpekar orimligheten i att A, trots att han inte velat låna ut pengar till B utan säkerhet, skulle lämna ut panten till B och därmed gå miste om sin säkerhet. Panthavarens intresse torde ligga i att säkerställa den egna ekonomin medan det i ett fall som NJA 1972 s. 422 är mindre klart var representantens intresse finns. Således borde man – 1990 års fall obeaktat – kunna dra slutsatsen att överlämnande av pantobjektet till en företrädare, som representerar både panthavaren och pantsättaren, i normalfallet innebär att pantsättaren inte avskurits rådgigheten medan detta troligen är fallet om det är panthavaren själv som mottar objekten, trots att samma förhållande till pantsättaren är för handen.

Utgången i NJA 2000 s. 88 visar att det inte är någon omöjlighet att sakrättsligt fullborda en rättshandling mellan en juridisk person och dess företrädare. Måhända ställs stora krav för adekvat rådgighetsavskärande.

## **6.4 Slutsatser angående rådgighetsavskärandet vid närståendetransaktioner**

Till en början kan konstateras att underlaget, för att genomföra en bedömning av vilka krav som ställs för adekvat rådgighetsavskärande i förevarande situationer, är tämligen tunt. Rättspraxis, vari frågan behandlats, är sparsam och i doktrinen genomförs knappast någon tillfredsställande analys. Av de ovan genomgångna rättsfallen kan tre typfall urskiljas. Den första situationen avser pantsättning där den som mottar pantobjektet är en företrädare för pantsättaren. Den andra situationen avser överlåtelser mellan en juridisk person och dennes ställföreträdare. Den tredje och sista situationen avser rättshandlande mellan sammanlevande.

### **6.4.1 Situation 1**

NJA 1958 s.422, NJA 1972 s. 246 och NJA 2000 s. 88 behandlar samtliga säkerhetsupplåtelser mellan två rättssubjekt där mottagaren av säkerhetsobjektet är företrädare för säkerhetsupplåtaren. Att en mottagare av pantobjektet även har ett intresse i pantsättaren, medför inte i sig att en sakrättsligt skyddad panträtt går om intet. Problem uppstår emellertid när mottagarens lojalitet mot panthavaren inte med säkerhet kan sägas vara större än lojaliteten mot pantsättaren. Mottagaren kan ju närhelst han vill återföra pantobjektet till pantsättaren.<sup>147</sup> En sådan lojalitetskonflikt har ansetts föreligga när mottagaren är ställföreträdare för såväl panthavaren som pantsättaren och panträtten har därför underkänts. När mottagaren är panthavaren själv, förutsätts att dennes intresse ligger i att kunna utnyttja panträtten som säkerhet för sin fordran mot pantsättaren. Skulle panthavaren återföra pantobjektet till pantsättaren skulle ju

---

<sup>147</sup> Göranson s. 567.

säkerheten upphöra, varför ett sådant agerande vore högst irrationellt. Härtill ska fogas att det krävs att panthavaren avskär pantsättarens övriga ställföreträdarens möjlighet att komma åt pantobjektet.<sup>148</sup> En förutsättning för giltighet, liksom vid övriga pantupplåtelser, är att det inte till pantavtalet fogas någon rätt för pantsättaren att återkalla eller bruka pantobjektet.

#### 6.4.2 Situation 2

RH 1985:6 och RH 1990:116 behandlar båda överlåtelser mellan en juridisk person och dess ställföreträdare. HovR:n fann, i båda fallen, att något tillräckligt rådighetsavskärande inte ägt rum. I 1990 års fall uttalade HovR:n att det till och med skulle vara *omöjligt* att åstadkomma ett rådighetsavskärande i den förevarande situationen. Klart är att ett *totalt* rådighetsavskärande inte kan ske. Ett sådant totalt rådighetsavskärande kan emellertid inte heller ske vid pantsättning, vilket förklarats i *situation 1*. Pantsättningen har trots detta godkänts. Innebär ett sådant resonemang att ett *tillräckligt* – men inte totalt – rådighetsavskärande kan sakrättsligt fullborda även överlåtelser och vad skulle krävas för att ett sådant adekvat rådighetsavskärande skall anses ha blivit genomfört? Enär överlåtelsernas sakrättsliga skydd, i såväl RH 1985:6 som RH 1990:116, underkänts på grund av bristande rådighetsavskärande samt att det saknas rättsfall där överlåtelser av förevarande slag godkänts, går det inte, att genom granskning av praxis, säga vilka krav som ställs på ett adekvat rådighetsavskärande. Inte heller i doktrin finns vägledande uttalanden om vilka krav som borde ställas på ett sådant rådighetsavskärande. Därav följer att nedanstående resonemang inte skall ses som något annat än författarnas egna tankar och åsikter om vad som borde medföra att ett adekvat rådighetsavskärande åstadkommits.

I de båda hovrättsfallen har egendomen efter överlåtelsen använts på ett likadant sätt som före överlåtelsen – det är troligen på dessa grunder överlåtelserna underkändes.<sup>149</sup> Man borde därmed kunna sluta sig till att en giltig överlåtelse, mellan ett bolag och dess ende ägare och ställföreträdare, kräver en reell besittningsförändring som innebär en skillnad mellan hur egendomen kunnat brukas före överlåtelsen och hur den kunnat brukas efter överlåtelsen. En giltig överlåtelse torde därför vara enklare att uppnå för vissa egendomstyper. Har egendom som, före överlåtelsen, förvarats i bolagets kassaskåp, efter överlåtelsen, flyttats till ställföreträdarens kassaskåp torde en viss skillnad i möjligheten att bruka egendomen ha åstadkommits. Skulle överlåtelsen avse en bil som, såväl före som efter överlåtelsen, dagligen används av ställföreträdaren för både privata och bolagsrelaterade ärenden borde ett förflyttande av bilen, från bolagets garage till ställföreträdarens personliga, knappast innebära någon förändrad brukarmöjlighet. Oavsett vilken egendomstyp överlåtelsen gäller kommer något *totalt* rådighetsavskärande inte kunna ske, varför förvärvarens intresse av att hålla egendomen skild från överlåtarens skulle kunna vara en förutsättning för sakrättsligt skydd i förevarande situation liksom i situation 1.

Det kan tänkas att sakrättsligt skydd, genom tradition, inte kan åstadkommas i ifrågavarande situation, eftersom ett rådighetsavskärande inte kan genomföras. För

<sup>148</sup> Jfr NJA 1958 s. 422 där pantobjekten förvarats i ett personligt bankfack och därigenom *uteslutande besittning* uppkommit. NJA 2000 s. 88 där det ”...inte visat[s] att någon av de övriga firmatecknarna haft tillgång till [pantobjektet]...”

<sup>149</sup> Se not 144 samt RH 1990:116 där lösöret vintertid ”[s]åväl före som en tid efter köpet... förvarats på [samma varv]” och ”förtöjts på en... plats, där den sommartid uppenbarligen också tidigare [innan överlåtelsen] varit förtöjd.”

sakrättsligt skydd i sådana fall torde man, för lösören, behöva registrera överlåtelsen enligt reglerna i LKL. En annan möjlighet är – som HovR:n i 1990 års fall låter antyda – att en denuntiation skulle kunna medföra sakrättsligt skydd.<sup>150</sup> Denuntiation till tredje man/sekundgäldenären skulle innebära att överlåtelsen manifesteras på ett bättre sätt än vid tradition och i vart fall försvåra efterhandskonstruktioner. Möjligen skulle detta kunna innebära ett alternativ vid rättshandlande med det egna bolaget i vissa fall, i vilka gällande sakrättsmoment är denuntiation, men i väntan på praxis på området är rättsläget oklart.

### 6.4.3 Situation 3

Den tredje situationen är att sammanlevande rättshandlar med varandra. Skillnaden, jämfört med situation 1 och 2, är att vi här inte har att göra med det *representationsproblem* som påvisats i situationerna ovan. Det torde därför typiskt sett vara enklare att åstadkomma ett rådighetsavskärande i sammanlevandesituationen. Problemet med rådighetsavskärande i förevarande fall är att överlåtaren/pantsättaren och förvärvaren delar samma utrymme. Ett adekvat rådighetsavskärande torde emellertid inte vara någon omöjlighet. Inlåsnad av egendomen, eller annan liknande åtgärd varigenom endast förvärvaren har tillgång till egendomen, torde innebära att överlåtaren/pantsättaren avskärs sin brukarmöjlighet. I såväl NJA 1958 s. 422 som NJA 1962 s. 669 kan av HD:s domskäl utläsas att *uteslutande besittning* är av vikt för utgången i målen. Någon sådan besittning sägs inte ha kommit till stånd genom de åtgärder som företogs i det senare fallet. Om rummet låsts, och överlåtarna därmed framtogs möjligheten att komma åt egendomen, skulle förvärvarens besittning förmodligen ha varit uteslutande och överlåtarens rådighet därmed tillräckligt avskuren.

## 6.5 Överlåtelse/pantsättning av samäganderättsandel i lösöre

Det är troligt att, i vart fall rörande familj- eller samboendesituationer, samma egendom ägs av fler än bara den person som blivit föremål för exekutionsrättsligt förfarande. Det blir således relevant för framställningen att utreda hur en förvärvare vinner sakrättsligt skydd mot andelsöverlåtarens borgenärer. Två, för diskussionen, relevanta situationer kan utkristalliseras. Den ena avser en överlåtare som ensam äger föremålet i vilket en andel ska överlåtas till en närstående. Andelsöverlåtelsen har, som läsaren förstår, upphävt den ensamma äganderätten och överlåtaren och den förvärvande närstående kommer därmed att samäga föremålet.<sup>151</sup> Den andra situationen är att överlåtaren samägar egendomen med annan och överlåter endast en del av sin andel till en närstående. Lagtexten i SamägL är tyst i frågan om hur borgenärsskydd vid andelsöverlåtelser uppkommer. Svaren får sökas i praxis.

I *NJA 1916 s. 656* hade B:s samägandeandel (om 50 %) i lösöre (som avsåg en såg och ett tröskverk) överlåtits till A och när denne sedermera försattes i konkurs ansåg HD att den omständigheten att föremålen inte överlämnats till A eller att någon registrering enligt LkF inte företagits saknade betydelse för A:s rätt mot B:s borgenärer. A:s rätt bevarades således genom köpeavtalet.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> Se not 145.

<sup>151</sup> Se 1 § SamägL.

<sup>152</sup> Håstad s. 250.

Man har i doktrinen kritiserat domen och ifrågasatt dess prejudikatvärde. Åsikten har framförts att när någon överlåter *hela sin andel* (som i fallet) bör krävas tradition – eller om egendomen finns hos tredje man, denuntiation – för att hindra att överlåtaren fortsätter att bruka den (andels)överlåtna egendomen.<sup>153</sup> Rättslaget är därför, i väntan på en ny prövning av HD, tämligen oklart.<sup>154</sup> Man kan dessutom fråga sig hur vanliga sådana situationer verkligen är, eftersom den senast uppmärksammade domen är nästan ett sekel gammal.

Det andra fallet, att en person som har ensam äganderätt till ett lösöre överlåter andel i detta, har prövats i rättsfall av senare årgång. Hur borgenärsskydd, för förvärvaren av sådan andel, uppkommer har besvarats av HD i NJA 1987 s. 3. Ett specialfall av förevarande andelsöverlåtelse prövades i NJA 1998 s. 545.

*NJA 1987 s. 3.* B hade överlåtit en samäganderättsandel i en av honom helägd häst till A<sub>1</sub> och A<sub>2</sub>. Denna andel uppgick till hälften och resterande hälftendel behöll B själv. A<sub>1</sub> och A<sub>2</sub> överlät något år senare sin samäganderättsandel till B:s son A<sub>3</sub>. B försattes i konkurs och frågan i målet var om den till A<sub>3</sub> överlåtna samäganderättsandelen kunde utmätas för B:s skulder. HD anför i sina domskäl genom en ändamålstolkning att om det inte skulle krävas en besittningsändring skulle kravet vid överlåtelser av lösöre kunna kringgås genom en överlåtelse av ”betydande andel av egendomen; det torde inte vara möjligt att uppställa olika regler beroende på storleken av den överlåtna andelen.” Det skulle alltså vid en konkurs eller utmätning bli mycket svårt att tillvarata borgenärernas rätt varför utrymmet för skentransaktioner borde öka. HD ansåg att intresset att motverka sådana oseriöst menade transaktioner väger så tungt att en andelsöverlåtelse från den som äger egendomen i dess helhet att en förvärvare av sådan andel inte skall skyddas mot överlåtarens borgenärer utan att en besittningsändring kommit till stånd.

I *NJA 1998 s. 545* hade B, som ensamt ägde en segelbåt, årligen skänkt andelar i båten till A. Andelarna understeg fribeloppet – i vid tiden gällande gåvoskatt – som, mellan familjemedlemmar, medförde att någon gåvoskatt inte behövde betalas. Dispositionen syftade således till att, samtidigt som man överflyttade egendom benefikt, undkomma skatt. B överlät följaktligen en fjortondel varje år till A men efter sex gåvor förrättades utmätning hos B. HD konstaterade att B och A haft sambesittning till båten. Fråga uppkom huruvida A:s rätt var skyddad mot C redan genom avtalet. HD gjorde en liknande avvägning som i NJA 1987 s. 3. I ena vågskålen låg intresset att försvåra skentransaktioner och förhindra ett kringgående av överlåtelser av (hela) lösören, i den andra vågskålen låg intresset att inte motarbeta möjligheten till samäganderättsandelar och det behov det tillgodoser. HD ansåg att det fanns övervägande skäl att godkänna skydd mot överlåtarens borgenärer redan genom avtalet eftersom B och A haft sambesittning till lösöret, i vilket samäganderättsandelarna, överlåtits. A:s skydd mot B:s utmätningborgenärer uppstod redan genom avtalet, varför utmätningen av de sex fjortondelar som tillhörde B upphävdes.

Av de nyss refererade fallen kan, 1998 års ”specialfall” obeaktat, uttolkas att borgenärsskydd uppkommer genom att en tradition – besittningsändring – företas.

<sup>153</sup> Helander s. 450 f., Hessler s. 246, Rohde s. 209, RH 1987:34.

<sup>154</sup> Millqvist s. 125 f., Walin Samäganderätt s. 42 f. Även HD verkar hålla med om att utgången i 1916 års fall har ett vacklande prejudikatvärde. I sina domskäl i NJA 1983 s. 3 uttrycker man att argumentationen ”med hänsyn till den rättsutveckling ... i såväl lagstiftning som i praxis ... [som] ägt rum under den långa tid som förflutit sedan tillkomsten av rättsfallet ... inte anses avgörande vid prövningen av förevarande mål.” Jfr även HovR:ns domskäl i RH 1987:34.

Betydelsen av 1987 års fall bör knappast vara överspelat utan endast åsidosatt i de situationer i vilka överlåtaren och förvärvaren sambesuttit lösöret (som i NJA 1998 s. 545).<sup>155</sup> Således kvarstår problematiken kring tillämpningen av traditionsregeln i närstående-transaktioner, oavsett om överlåtelsen avser en andel till ett objekt eller ett objekt i dess helhet. Genom 1987 års fall borde det för pantsättning, av en sådan samäganderättsandel som det där är fråga om, krävas tradition, eller, om lösöret finns hos tredje man, denuntiation till innehavaren.<sup>156</sup>

## **6.6 Uppfyllande av syftet bakom sakrättsmomenten vid närstående-transaktioner**

Hur väl fungerar sakrättsmomenten, för förhindrande eller försvårande av borgenärsbedrägerier, vid rättshandlande mellan närstående? Tidigare har fastslagits att borgenärsbedrägerier förhindras genom att ett genomfört sakrättsmoment medför en uppoffring för överlåtaren/pantsättaren och dessutom gör rättshandlingen kontrollerbar i efterhand. Därför är det av intresse att pröva hur stor uppoffringen blir respektive hur publik, i bemärkelsen kontrollerbar, rättshandlingen blir vid närstående-transaktioner.

### **6.6.1 Uppoffring**

Ett rådighetsavskärande medför att överlåtaren/pantsättaren därefter inte har rätt att bruka egendomen, vilket innebär en uppoffring. När motparten är en person som överlåtaren/pantsättaren sammanlever med eller är en representant för det överlåtande/pantsättande bolaget, kan man tänka sig att överlåtaren/pantsättaren kan bruka egendomen i lönnedom, alternativt tillgodogöra sig de medel som inflyter vid betalning av en enkel fordran. Resonemanget fördes även ovan, eftersom vi ansåg det troligt att skenmotparten i de flesta fall är just en närstående.<sup>157</sup> Det förhåller sig emellertid så, att en överlåtare som, efter överlåtelsen, fortsätter att bruka egendomen löper risk att bli påkommen i sitt försök att undandra sina borgenärer egendom.<sup>158</sup> Denne kan på denna grund anse att skenöverlåtelsen inte är värd risken och således reduceras risken för borgenärsbedrägliga transaktioner.

I avsnitt 4.6.2 påpekades att motparten kan få kalla fötter, komma på obestånd eller, i strid med överenskommelsen, bruka egendomen till förfång för överlåtaren/pantsättaren. Påpekandet är härvidlag relevant endast vid transaktioner mellan sammanlevande. När skenmotparten är överlåtarens/pantsättarens eget bolag, vilket inte har någon möjlighet att agera annat än genom sin företrädare, det vill säga överlåtaren/pantsättaren själv, saknar påpekandet relevans.

På grund av att en överlåtelse/pantsättning mellan ett bolag och dess enda ställföreträdare inte kan sägas innebära något egentligt rådighetsavskärande, och därmed inte heller någon reell uppoffring, har det i domstol, i vart fall vad gäller säkerhetsupplåtelser, lagts vikt vid att förvärvarens intresse av att inte utlämna egendomen skall vara så starkt att ett utlämnande sannolikt inte kommer att ske. Finns ett sådant intresse har bolagets möjlighet att bruka egendomen i praktiken avskurits och

---

<sup>155</sup> Millqvist s. 127.

<sup>156</sup> Walin Samäganderätt s. 141, Rohde s. 436 f.

<sup>157</sup> Jfr 4.6.2.

<sup>158</sup> Se not 123.

därmed medför överlåtelsen/pantsättningen trots allt en uppoffring för det överlåtande bolaget.

### 6.6.2 Publicitet

Sakrättsmomenten är utformade på ett sådant sätt att ett genomförande medför att rättshandlingen blir möjlig att kontrollera i efterhand. Kan man, i efterhand, inte konstatera att en sådan åtgärd vidtagits kommer egendomen inte att vara fredad mot överlåtarens/pantsättarens borgenärer. En efterhandskonstruktion är inget annat än ett *påstående* om att en sakrättsligt fullbordad rättshandling företagits. Den kontrollerbarhet som skulle följa av genomförandet av ett sakrättsmoment saknas därför, vilket verkar försvärande för sådana borgenärsbedrägerier.

Transaktioner mellan sammanlevande eller mellan ett bolag och dess ställföreträdare företas i en sluten krets, vilket innebär att någon tydlig manifestation inte alltid sker och att rättshandlingen därmed inte går att konstatera i efterhand. Problemet innebär en svårighet att bryta presumptionen att den egendom som finns hos gäldenären också kan utmätas för hans skuld.<sup>159</sup> Presumptionsregeln hindrar således efterhandskonstruktioner – för de fall någon transaktion inte företagits och således ej kan konstateras i efterhand – men slår hårt även mot lovvärda närståendetransaktioner.

Möjligen kan transaktioner avseende viss egendom vara enklare att i efterhand kontrollera. Sådan egendom är exempelvis en teve i en familjens vardagsrum eller en truck på ett företags lager. Flyttande av sådan egendom torde innebära ett visst mått av synlighet för de som vistas i lokalerna. Genom förfrågan till personer som vistas i bolagets lokaler alternativt i det hem i vilket de sammanlevande bor, kan man bilda sig en uppfattning om huruvida egendomen flyttats. För annan typ av egendom torde inte någon publicitet alls kunna påvisas. Om ett bolags företrädare dagen före en konkurs flyttar ett värdefullt föremål från bolagets kassaskåp till sitt hem eller om en person flyttar ett litet värdefullt föremål till sin sambos rum, innebär inte någon publicitet över huvud taget. Sammantaget verkar den publicitet, som ett genomförande av sakrättsligt moment skall medföra, på ett effektivt sätt försvåra borgenärsbedrägerier. Att även vissa lovvärda transaktioner underkänns är uppenbarligen något som lagstiftaren och domstolarna ser som ett offer värt att göra.<sup>160</sup>

## 6.7 Sammanfattning

Problematiken med närståendetransaktioner kan diskuterats utifrån olika typfall. Trots att fallen liknar varandra kan man identifiera väsentliga skillnader, vilket gör det svårt att generellt uttala vad som krävs för ett adekvat rådighetsavskärande. I situation 1 och 2 är det inte möjligt att åstadkomma ett totalt rådighetsavskärande. HD har emellertid godkänt rådighetsavskärandet i de fall i vilka förvärvaren haft ett sådant intresse av att inte lämna ut egendomen att ett utlämnande skulle förefalla ytterst irrationellt. Skulle denna möjlighet inte ges torde ett giltigt sakrättsmoment mellan en juridisk person och dess ställföreträdare omöjliggöras. Genom att godkänna rådighetsavskärandet när ett

<sup>159</sup> Se 4 kap 18 § UB. Samma presumtion görs även vid konkurs, se not 117.

<sup>160</sup> Exekutionsförfaranden skulle bli ineffektiva om det krävdes av kronofogdemyndigheten eller konkursförvaltaren att denne skulle bevisa exekutionsgäldenärens äganderätt.

uppenbart intresse att inte utlämna egendomen föreligger öppnar praxis för möjligheten att genomföra lovvärda transaktioner i dessa fall.

Problemet med att inte kunna åstadkomma ett fullt rådighetsavskärande föreligger inte på samma sätt i situation 3. Parterna är två fysiska personer, vilka rättshandlar på egen hand och inte, som i situation 1, genom en ställföreträdare. Deras sammanlevande gör det svårt att, på ett rent fysiskt plan, avskära motpartens rådighet. Vår uppfattning är att det krävs att överlåtaren/pantsättaren hindras att bruka, eller på annat sätt råda över, egendomen. Det enklaste sättet att åstadkomma detta torde vara att egendomen förvaras i ett utrymme till vilket överlåtaren inte har tillträde. Saknar de lokaler i vilka man sammanlever sådant utrymme torde det bli svårt att åstadkomma ett adekvat rådighetsavskärande, förutsatt att förvärvaren inte väljer att flytta egendomen från lokalen.

Problemet avseende rådighetsavskärandet torde inte uppstå vid de transaktioner som fordrar denuntiation, eftersom ett fysiskt rådighetsavskärande inte krävs, utan en underrättelse till tredje man eller sekundogäldenär om vem denna äger presteras till. Problemet att åstadkomma ett adekvat rådighetsavskärande genom tradition medför svårigheter att företa lovvärda transaktioner. Även om möjligheten finns till att exempelvis låsa in egendomen innebär detta att förvärvaren inte har möjlighet att nyttja egendomen på önskat vis. HD håller, trots detta, hårt på rådighetsavskärandet, vilket måste innebära att intresset av att underlätta lovvärda transaktioner inte väger lika tungt som intresset av att försvåra borgenärsbedrägerier.

## KAPITEL 7

### Sakrätten de lege ferenda

#### 7.1 Inledning

De tidigare kapitlen i denna framställning har utgått från de krav på åtgärder som idag fordras för ett giltigt sakrättsmoment vid såväl närståendetransaktioner som vid transaktioner i övrigt. Dessa krav har jämförts med de syften som utformat sakrätten *de lege lata*. Dagens krav på tradition och denuntiation verkar fungera väl för att förhindra borgenärsbedrägliga transaktioner. Det blir således *inte* författarnas främsta ambition i detta kapitel att söka alternativ som kan *ersätta* traditions- eller denuntiationsprincipen. Vissa problem som sakrättsmomenten medför kommer att diskuteras och vissa förändringar kommer att föreslås. Fokus kommer att ligga på att söka alternativ för de situationer, i vilka det är omöjligt eller i vart fall svårt att genomföra ett giltigt sakrättsmoment. Vi ämnar inte göra en helt förbehållslös prövning av hur lagen borde se ut utan vi avser snarare pröva vissa alternativa lösningar för de problem som vi identifierat. Begränsningen är nödvändig för att rymma diskussionen inom ramen för denna framställning. De åsikter som framförs skall inte ses som förslag på konkreta ändringar av sakrätten och dess moment, utan är till för att endast väcka en tanke hos läsaren som därefter själv får ta ställning till huvuddragen i argumenten.

Oavsett om det är förändrade krav på ett befintligt moment eller ett alternativ till detta som diskuteras, kommer hela tiden intresset för en väl fungerande omsättning och marknad att vara vår utgångspunkt. Det saknas fog att söka efter krav som är längre gående än de som ställs idag, när sådana torde hämma en strävan mot en så friktionsfri marknad som möjligt. Det sagda föranleder, att om kraven kan sänkas, utan negativ inverkan på ändamålen, borde en sådan sänkning av kraven ske.

## 7.2 Subjektiv prövning i det enskilda fallet

Kraven för åtnjutande av sakrättsligt skydd är objektiva, varför en tillämpning av dessa kan bli tämligen stel. Fördelen är att reglerna blir förutsebara så att en förvärvare vet hur han skall agera för att skydda sitt förvärv. Följden blir att vissa lovvärda transaktioner, i vilka parterna på grund av okunskap eller annat, inte företagit vad som krävs, eller, som i vissa närstående förhållanden, inte ens har möjlighet att göra vad som krävs, får se sin förvärvade egendom gå förlorad.<sup>161</sup> Skulle de åtgärder som företagits istället sättas in i sitt sammanhang skulle en bedömning kunna genomföras utifrån syftet med transaktionen. Om en viss transaktion förefaller lovvärd skall den godkännas och om den förefaller syfta till att undandra borgenärerna egendom eller kringgå pantsättningsregler skall den underkännas.

De objektiva krav som idag ställs är, som framgår av det ovan anförda, inte helt lätta att förstå sig på. Det som krävs är att ett rådighetsavskärande skett. För överlåtelser skall rådigheten vara avskuren ett visst, obestämt, antal dagar medan det för pantsättning krävs att rådighetsavskärandet består under hela panttiden.<sup>162</sup> Därutöver skall den vidtagna åtgärden vara möjlig att i efterhand kontrollera (i alla fall torde det vara en fördel ur bevishänseende)

Vad som här föreslås är inte ett avskaffande av de objektiva kraven till förmån för subjektiva. Vår åsikt är att om ett förvärv, som av allt att döma framstår som seriöst, inte efterföljts av ett tillräckligt långvarigt rådighetsavskärande så borde förvärvet trots det kunna tillerkännas sakrättsligt skydd. När de, oklara, objektiva kraven inte uppfyllts skulle detta uppvägas av att omständigheterna i övrigt är sådana att det förefaller klart att parternas syfte var att företa ett seriöst omsättningsköp. Resonemanget går givetvis att vända på och hävda att en transaktion som klart och tydligt framstår som ett försök att undandra borgenärerna egendom måste uppfylla alla de objektiva krav som uppställs för att kunna godkännas.<sup>163</sup> De subjektiva kraven fungerar således som ett komplement till de existerande objektiva kraven för att domstolen skall kunna göra en rättvis och ändamålsenligt prövning.

Vad som skulle utgöra sådana traditions-/denuntiationsläkande och subjektiva omständigheter kan exempelvis vara relationen mellan parterna, avtalets innehåll eller liknande.<sup>164</sup> Sådana omständigheter verkar, enligt föredragandens yttrande i NJA 1975

<sup>161</sup> Exempelvis Håstad JT 2002-03 s. 757.

<sup>162</sup> Att en förvärvare skulle vara medveten om detta och handla därefter är knappast troligt, jfr SOU 1995:11 s. 148 f.

<sup>163</sup> Ett sådant förvärv kanske till och med skulle underkännas, jfr NJA 1925 s. 535 och 1934 s. 193.

<sup>164</sup> I SOU 1995:11 ansågs det inte troligt att en näringsidkare, typiskt sett, hade sådan relation till sina kunder att dessa skulle företa skentransaktioner. Samma resonemang borde kunna anföras på rättssubjekt som uppenbarligen inte har någon annan relation utöver den som uppstod genom den företagna transaktionen.



s. 638 (referat ovan), ha utgjort ett led i minoritetens bedömning att HovR:ns dom – att traditionskravet uppfyllts – bör stå fast.<sup>165</sup> Rättspraxis, vari domstolarna *visat tendens* till att fästa vikt vid subjektiva omständigheter, är sparsam och ger knappast stöd åt några generella slutsatser angående en sådan (subjektiv) bedömning. Hur det än förhåller sig bör det möjligen finnas fog för att påstå att omständigheterna i det enskilda fallet borde kunna utgöra underlaget till en subjektiv bedömning.<sup>166</sup>

En sträng prövning av sådana transaktioner som typiskt sett ofta är ett försök att undandra borgenärerna egendom upprätthåller syftet bakom sakrättsmomenten. Samtidigt skulle lägre krav på uppfyllandet av de objektiva åtgärderna i de fall i vilka omständigheterna tyder på att det är frågan om ett seriöst köp inte verka urholkande på syftet.

Mot en subjektiv prövning talar att sakrättsliga regler borde vara så tydliga och förutsebara som möjligt, eftersom de icke kan preciseras genom avtalsbestämmelser.<sup>167</sup> Ytterligare ett förhållande som talar mot en subjektiv prövning av förevarande slag är att tredje mans rätt skulle göras beroende av subjektiva omständigheter hos avtalsparterna. Sakrättens regler skall utifrån objektiva krav avgöra motstridiga krav på samma egendom.<sup>168</sup>

### 7.3 Redovisningsmodellen

I ett särskilt tillägg till NJA 2000 s. 88 uttalade sig JustR Svensson om sin syn på traditionsprincipen vid närståendetransaktioner. Han menade att ett krav på absolut rådighetsavskärande inte borde vara nödvändigt för bokföringsskyldiga rättssubjekt utan det skulle räcka med den anteckning i årsredovisningen som måste göras enligt ÅRL och BokfL.<sup>169</sup> Genom att årsredovisningen lämnas in till Bolagsverket och därmed blir offentliggjord, borde det vara av mindre intresse hur man väljer att hantera säkerhetsobjektet. En tolkning av Svenssons resonemang innebär att alla bokföringsskyldiga rättssubjekt skulle kunna åtnjuta sakrättsligt skydd vid upplåtelse av säkerheter vilka, enligt ÅRL och BokfL, måste antecknas i årsredovisningen. Svenssons uttalande gjordes förvisso i anslutning till ett fall, avseende en närståendetransaktion, i vilken frågan var om det över huvud taget gick att genomföra ett adekvat rådighetsavskärande. Det är möjligt att Svenssons alternativa lösning endast skall kunna tillämpas i dessa situationer. Millqvist menar dock, och denna åsikt anser vi det svårt att motsäga, att de materiella argumenten är lika giltiga för alla bokföringsskyldiga rättssubjekt, inte bara närstående.<sup>170</sup>

Som tidigare konstaterats verkar det vara svårt att i närståendetransaktioner uppnå sakrättsligt skydd. Vore inte en notering i årsredovisningen då ett bra alternativ till tradition, vars innebörd och krav kan vara svåra för parterna att utröna? Författarna är av den åsikten, vilken även Millqvist tycks ansluta sig till, att det på ett enkelt sätt skulle

---

<sup>165</sup> Föredraganden: "... det finns ... ej något fog för antagande ... att arrangemanget endast syftat till att [egendomen] skulle undandragas [säljarens] borgenärer." Jfr Helander s. 746.

<sup>166</sup> Helander s. 407.

<sup>167</sup> Hellner i remissyttrande på SOU 1974:55, s. 6.

<sup>168</sup> NJA II 1936 s. 113 ff., Millqvist JT 1996-97 s. 131.

<sup>169</sup> 6 kap 2 § BokfL & 8 kap 3 § ÅRL.

<sup>170</sup> Millqvist JT 1999-00 s. 906.

gå att undandra borgenärerna egendom genom att manipulera årsredovisningarna.<sup>171</sup> Därmed skulle man kunna avsluta resonemanget och hävda att alla alternativa sakrättsmoment, som innebär en ökad risk för borgenärsbedrägerier, är av ondo. Vi låter oss emellertid inte nöja med en sådan, aningen förhastad, slutsats.

Man bör ställa sig frågan om det inte kan anses godtagbart att acceptera den ökning av borgenärsbedrägerier som möjligen skulle följa ett införande av den ovan omtalade modellen om den innebär en möjlighet att genomföra lovvärda transaktioner i situationer i vilka detta idag är nästintill omöjligt. I de situationer i vilka kraven på ett genomförande av sakrättsligt moment inte innebär samma problem som mellan närstående kan det tyckas onödigt att frångå de befintliga momenten. Millqvist verkar tycka att eftersom de materiella argumenten i Svensons uttalande går att applicera även på andra situationer, än den i rättsfallet bedömda, skall man analysera modellen från hur den skulle påverka borgenärsbedrägerierna om den kunde tillämpas av alla bokföringsskyldiga rättssubjekt. Vi är av den uppfattningen att modellen skulle kunna göras tillämpbar endast i den problemsituation som föreligger vid handel mellan ett bokföringspliktigt bolag och dess ställföreträdare. Därigenom skulle man undvika de problem som uppstår genom kraven på dels ett rådighetsavskärande, dels ett starkt intresse av att inte lämna ut egendomen. Hur dessa båda faktorer bedöms kan vara svårt att i förväg avgöra.<sup>172</sup> Kan man, efter en noggrann undersökning, sluta sig till att de fördelar ett införande av redovisningsmodellen skulle medföra, överväger de nackdelar som skulle uppkomma i form av ökat antal borgenärsbedrägerier torde ett införande inverka positivt på marknaden. En liknande argumentation fördes av HD i NJA 1998 s. 545. HD gjorde en avvägning mellan, å ena sidan, intresset av att motverka skenöverlåtelser och, å andra sidan, intresset av att inte motarbeta möjligheten till en lovvärd transaktion och fann övervägande intresse av att kunna genomföra sistnämnda trasaktioner.<sup>173</sup>

#### 7.4 Betalningslegitimationens relevans de lege ferenda

Det har tidigare i framställningen framhållits att vad som *de lege lata* krävs för att en förvärvare av en enkel fordran skall vinna sakrättsligt skydd är att sekundogäldenären denuntieras om överlåtelser (eller pantsättningen).<sup>174</sup> Det uppställs enligt lagtextens ordalydelse inga ytterligare krav för att sakrättsligt skydd ska uppkomma. Det går, genom lagtexten och HD:s ställningstagande, knappast att ifrågasätta förfogandelegitimationens roll *de lege lata*. Förfogandelegitimationens relevans för borgenärsskydd kan emellertid – med beaktande av de identifierade syftena – ifrågasättas *de lege ferenda*.

Denuntiationen avskär överlåtarens/pantsättarens rättsliga möjlighet att antingen överlåta eller pantsätta egendomen (förfogandelegitimationen) till förfång för en tidigare förvärvare. Vi måste fråga oss – med beaktande av de syften som sakrättsmomenten skall fylla – vilken funktion förlusten av den rättsliga dispositionsmöjligheten innebär. Skulle utrymmet för borgenärsbedrägliga transaktioner

<sup>171</sup> Visserligen kan man fråga sig hur intressant en borgenärsbedragare skulle finna möjligheten att göra sådana osanna ändringar i årsredovisningen som innebär att han gör sig skyldig till bokföringsbrott.

<sup>172</sup> NJA 1972 s. 422 och NJA 2000 s. 88, refererade under 6.3.

<sup>173</sup> Refererat under 6.5.

<sup>174</sup> Vad som sägs i detta avsnitt om betalningslegitimation skall ock gälla mottagandelegitimation.

minska genom att man ställer krav på att överlåtaren/pantsättaren inte skall kunna på nytt disponera över den ifrågavarande egendomen? Svaret på frågan torde vara nekande, eller i vart fall att det är av ringa betydelse.<sup>175</sup> En skenöverlåtare/-pantsättare har inget intresse av att kunna överlåta/pantsätta egendomen igen. Syftet med skentransaktionen är ju att inte avhända sig egendomen utan snarare att, när faran för konkurs eller utmätning ”blåst förbi”, återfå egendomen, eller i vart fall åter kunna bruka den.

Förfogandelegitimationen medför möjligheten att rättsligt bruka egendomen, inte att rent faktiskt använda den eller att tillgodogöra sig dess avkastning. Att möjligheten att kunna dubbeldisponera egendomen går förlorad skulle knappast verka avskräckande, eller innebära en uppoffring, för den gäldenär som är beredd att vidta en skenmanöver. En skenöverlåtare vill, samtidigt som han har möjlighet att hävda att egendomen inte längre tillhör honom och därför inte skall ingå i det exekutionsförfarande som förestår honom, använda det skenöverlåtna lösöret eller tillgodogöra sig dess avkastning. Borde då inte ett krav som innebär att skenöverlåtaren förhindras att bruka den skenöverlåtna egendom bättre svara mot syftet? Det har tidigare nämnts, men erinras återigen, att förfogandelegitimationen och betalningslegitimationen normalt avskärs samtidigt, varför frågan kan anses ha betydelse främst i teorin och till endast liten del i praktiken. Frågans besvarande kan emellertid ge svaret på ytterligheter och möjligen öka förståelsen av borgenärsskyddet.

Om sekundogäldenären med befriande verkan kan prestera till överlåtaren/pantsättaren kan ju denne när han mottagit egendomen eller betalningen *bruka* denna. Situationen kan uppstå på två sätt, antingen genom att förvärvaren medger att sekundogäldenären kan prestera till överlåtaren/pantsättaren eller att överlåtaren/pantsättaren har kvar sin betalningslegitimation (enligt 29 § SkbrL). Bibehållen betalningslegitimation genom bemyndigande från sekundogäldenären torde tilldra sig misstankar om att det rör sig om en skentransaktion.<sup>176</sup> Varför skulle en *seriös* förvärvare av en enkel fordran ge fordringsgäldenären möjligheten att betala till överlåtaren? Sådana upplägg kan knappast – sett till sakrättsmomentens syften – tillerkännas sakrättsligt skydd såvida det inte framgår att överlåtaren äger mottaga betalning endast tillfälligt och i förvärvarens intresse.<sup>177</sup>

Bibehållen betalningslegitimation kan även, vilket framgår av avsnitt 5.2, uppkomma på grund av att lagtexten uppställer olika krav för förlorad förfogande- respektive betalningslegitimation. Diskrepansen ger upphov till ett glapp mellan förvärvarens erhållna borgenärsskydd och överlåtarens/pantsättarens förlorade betalningslegitimation. Utrymmet har diskuterats ovan och det har visats att det är möjligt – med de där gjorda antagandena – att betalningslegitimationen bibehålls samtidigt som förvärvaren åtnjuter borgenärsskydd. Tidsrymden mellan borgenärsskyddets uppkomst och att överlåtarens/pantsättarens betalningslegitimation utsläcks kan, strängt taget, utnyttjas i borgenärsbedrägliga syften. I och med att borgenärsskyddet redan uppkommit kan överlåtarens borgenärer inte längre komma åt egendomen, men eftersom överlåtaren fortfarande är betalningslegitimerad äger denne rätt att uppbära medel från sekundogäldenären. Man skulle alltså kunna säga att överlåtaren/pantsättaren fortfarande har brukandemöjligheten kvar, varför någon tillräcklig uppoffring – åtminstone ur ändamålssynpunkt – inte borde anses ha ägt rum.

<sup>175</sup> Jfr liknande diskussion i 5.2.

<sup>176</sup> Jfr Göransons SvJT 1987 s. 490 om överlåtelser med bibehållen nyttjanderätt för säljaren.

<sup>177</sup> Johansson SvJT 1997 s. 371.

Den tid som detta skulle vara möjligt är – om ens någon – givetvis begränsad och borde i praktiken knappast ge en borgenärsbedragare utrymme för några större manövrar. Frågan är snarare av principiell betydelse, men flera författare verkar hålla med om att borgenärsskydd *de lege ferenda* torde kräva att betalningslegitimationen skärs av.<sup>178</sup> Med det ovan sagda och med beaktande av de bakom sakrättsmomenten liggande syftena torde anledning finnas att, istället för att knyta uppkomsten av borgenärsskyddet till förfogandelegitimationens avskärande, låta avskärandet av möjligheten till fortsatt brukande av egendomen, det vill säga betalningslegitimationen, vara avgörande för uppkomsten av borgenärsskyddet.

## 7.5 Moderniserat registreringsförfarande

Möjlighet till registrering av såväl omsättningsöverlåtelser som säkerhetsöverlåtelser av lösören ges idag genom ett användande av LKL:s regler. Möjligheten används dock sällan, vilket kan tänkas bero på reglernas komplexitet och det faktum att de är utarbetade för att fungera i en annan tid än den vi nu lever i. Reglerna är svårgreppbara, vilket troligen också innebär att det krävs hjälp av juridisk expertis för tillämpning, varför registreringen tenderar att bli kostsam.<sup>179</sup>

Ett moderniserat registreringsförfarande för hypotekarisk pantsättning av lösören skulle medföra många fördelar. I situationer i vilka det är svårt att uppnå sakrättsligt skydd genom de traditionella momenten, exempelvis mellan två bolag som bedriver verksamhet i samma lokaler, skulle en registrering underlätta pantsättning. Andra fördelar med ett sådant system är att företag ges möjlighet att säkerställa sina lån genom pantsättning och ändå fortsätta bruka egendomen i sin verksamhet. Eftersom panträkten gäller i viss specifik egendom innebär den en större säkerhet än en företagsinteckning, vars underlag är föränderligt. Kredittagaren skulle, genom att erbjuda kreditgivaren en bättre säkerhet, kunna få förmånligare krediter. I andra fall skulle registreringen kunna användas av privatpersoner som vill kunna pantsätta sin egendom men som inte har möjlighet att avstå den. En bil, eller en byggnad som vilar på ofri grund, betingar ju ofta ett stort värde, i vissa fall kanske lika stort som en fastighet. Till skillnad från fastigheten kan bilen eller byggnaden inte pantsättas utan att pantsättaren avstår från möjligheten att bruka den. Genom införande av hypotekarisk panträtt för nya egendomstyper skulle möjligheten att ställa säkerhet öka och därigenom ökar möjligheten att få kredit.

Registreringssystemet skulle behöva moderniseras och göras mer tillämpbart än vad LKL är idag. Registreringssystem för pantsättning av vissa egendomstyper finns redan idag, exempelvis för pantsättning av skepp och finansiella instrument. Dessa system skulle kunna användas som förebilder vid utarbetandet av detaljerna för det nya registreringsystemet. Kronofogdemyndigheten som sköter registreringen enligt LKL skulle kanske kunna sköta även den nya registreringsverksamheten. Registreringsmöjlighet skulle kunna användas parallellt med befintliga förfaranden för pantsättning *de lege lata* men, som tidigare nämnts, fungera som ett alternativ i situationer i vilka ett rådighetsavskärande är svårt att åstadkomma.

---

<sup>178</sup> Myrdal s. 184 ff., Rodhe s. 400, Helander s. 482.

<sup>179</sup> Helander s. 734.

En panthavare skulle, vid hypotekarisk panträtt i lösören, löpa en större risk än om han själv skulle vårda panten och se till att den inte förstörs eller förbrukas. Denna risk är emellertid något som en panthavare skulle få ta med i beräkningen när han avgör vilken säkerhet han vill ha för sin kredit. En kreditgivare kan ju, i särskilt riskabla fall, kräva en pant som betingar ett större värde än vad som skulle vara nödvändigt vid traditionell pantsättning eller, om han upplever risken med en hypotekarisk panträtt för stor, kräva att få panten i sin hand.

Frågan är om ett registreringsförfarande av förevarande slag skulle innebära att det blir enklare att undandra borgenärerna egendom. Inför ett förestående exekutionsförfarande registrerar exekutionsgäldenären helt enkelt en panträtt i sin egendom på en skenmotpart. Härvidlag menar vi att återvinningsreglerna i 4 kap KL skulle spela en viktig roll. Alla transaktioner som skadar borgenärerna och som företas viss tid före en konkurs skulle kunna återvinnas.<sup>180</sup> Fördelen med en registrering är att det blir enkelt att fastställa vid vilken tidpunkt rättshandlingen företagits och om denna således är återvinningsbar. Därtill kommer att efterhandskonstruktioner skulle förhindras enär det inte går att, med framgång, hävda att egendom som finns i en gäldenärs besittning inte tillhör denna om en anteckning om pantsättning saknas i registret. Det är alltså viktigt att en regel liknande 4 kap 18 § UB bibehålls även om införandet av förevarande system skulle medföra revidering av exekutionsrätten.

Problemet med en förändring av denna storlek är att den skulle påverka många andra rättsområden än krediträtten.<sup>181</sup> Författarna inser att ett dylikt system skulle kräva en omfattande genomlysning och en stor lagstiftningsteknisk omarbetning av delar av det svenska rättssystemet. Det allra största problemet är troligen kostanden det skulle innebära att registrera panträtter. Utredningar, om utökade registreringsmöjligheter för pantsättningar, har gjorts men kostnaderna har visat sig bli alltför stora.<sup>182</sup> Kostnaden skulle, troligen, behöva bäras av pantsättaren, varför bara egendom av betydande värde, i praktiken, skulle vara värd att pantsätta.

Problemen att lösa är många och ryms av förståeliga skäl inte i denna framställning. Vår intention är inte att lägga fram ett färdigt förslag eller att lösa alla de tänkbara problem som uppkommer, utan bara att lyfta fram en möjlighet. Läsaren får sedan själv ta ställning till relevansen i förslaget.

## 7.6 Avtalsprincipen

Kravet på sakrättsligt moment och det rådighetsavskärande som skall genomföras för att freda en förvärvare från överlåtarens borgenärer får, vilket påvisats, till följd att en seriös köpare kan drabbas av att, efter att ha erlagt betalning, egendomen utmäts för konkurs/utmättningsborgenärernas fordringar på överlåtaren. I många fall är det säkert så att köparen inte ens kände till att säljarens rådighet måst avskäras för att han skall vara skyddad mot dennes borgenärer. Denna okunskap var en av anledningarna till avskaffandet av traditionsprincipen i konsumentförhållanden.<sup>183</sup> Det förefaller naturligt

---

<sup>180</sup> Med beaktande av återvinningsreglerna *de lege lata*.

<sup>181</sup> Företagsinteckningen skulle troligtvis tappa en stor del av sitt värde som säkerhetsform om sådan pantsättning som nu är i fråga skulle införas.

<sup>182</sup> Jfr prop. 2002/03:57 om kostnader för registreringssystem av pantsättning av byggnad på ofri grund.

<sup>183</sup> SOU 1995:11 s. 147.

att fråga sig om inte även andra köpare än konsumenter drabbas på ett hårt sätt av att se sin förvärvade egendom utmätt trots att de erlagt betalning och avsett företa ett seriöst köp. Vore det inte lämpligt att knyta skyddet mot överlåtarens borgenärer till avtalet för alla slags lösöresköp, när det stämmer väl överens med vad en köpare förväntar sig och även med vad som gäller i flera andra länder.<sup>184</sup> I de situationer, vilka finns behandlade ovan, i vilka det är svårt att åstadkomma ett adekvat rådighetsavskärande skulle avtalsprincipen innebära ett underlättande för parterna att åstadkomma sakrättsligt giltiga transaktioner.

Läsaren inser säkerligen att en dylik ändring av sakrätten skulle komma att få även negativa konsekvenser. I förarbetena till ändringen i KKL beskrev man förhållandet mellan traditionsprincipen och avtalsprincipen som att; ”*Fördelar och nackdelar med avtalsprincipen kan sägas utgöra baksidan av nackdelarna och fördelarna med traditionsprincipen.*”<sup>185</sup> Avtalsprincipen skulle med all säkerhet underlätta borgenärsbedrägerier. Möjligheten till efterhandskonstruktioner skulle göras större, eftersom man vid en konkurs eller utmätning skulle kunna hävda att egendom, som påträffas hos gäldenären, vid tidigare tillfälle är överlåten till tredje man. Bevisning om överlåtelsen borde krävas men det torde vara enklare att fabricera ett köpeavtal än att påvisa att ett giltigt rådighetsavskärande skett.

Avtalsprincipen kan sammanfattningsvis sägas verka på det sättet att den skulle underlätta sakrättsligt giltiga förvärv där dessa idag är svåra att åstadkomma, exempelvis vid närståendetransaktioner. Den skulle dock innebära negativa konsekvenser i form av ökad möjlighet till borgenärsbedrägerier. För att avtalsprincipen skulle få en positiv inverkan på marknaden krävs att de fördelar den skulle innebära, i form av underlättande av att företa lovvärda transaktioner, överstiger de nackdelar den skulle innebära i form av underlättande av borgenärsbedrägerier. I sådant fall skulle ju det övergripande ändamålet i form av en effektiv marknad uppfyllas på ett bättre sätt genom tillämpning av avtalsprincipen än genom traditions-/denuntiationsprincipen.

---

<sup>184</sup> SOU 1995:11 s. 148 Visserligen kanske en köpares förväntan inte bör gå ut över tredje mans intresse.

<sup>185</sup> SOU 1995:11 s. 148.

## KAPITEL 8

### En avslutande kommentar

I vår analys av de bakomliggande syftena till sakrättsmomenten har vi stundtals varit kritiska. Vi menar att vissa syften helt saknar relevans eller i vart fall inte alltid medför de positiva verkningar som man önskat uppnå genom momentens utformning. Vi finner emellertid att sakrättsmomenten fungerar väl för att förhindra borgenärsbedrägerier. De verkningar som åstadkoms genom momentens genomförande torde innebära att långt färre borgenärsbedrägliga transaktioner företas än vad som skulle ha varit fallet utan krav på de sakrättsliga momenten. Inte heller anser vi oss, vare sig i litteraturen eller genom vår egen analys, ha funnit något annat moment eller system som skulle verka mer hämmande på borgenärsbedrägerierna, i vart fall inte utan att ha sådana omsättningshämmande effekter att de negativa konsekvenserna skulle överskugga de positiva. I sin strävan efter att förhindra borgenärsbedrägerier måste man gå försiktigt fram så att man inte skapar så vittomfamnande regler att de inverkar negativt på det bakomliggande ändamålet; att säkerställa en effektiv marknad. Myrdal har på ett välfunnet sätt tydliggjort vikten av att borgenärsskyddstanken inte får gå ut över dess ändamål.

*”Antag exempelvis att man utöver kraven på idag gällande sakrättsliga moment införde ett krav för borgenärsskydd på att minst fem borgenärer till respektive part vid varje överlåtelse eller pantsättning skulle på förhand godkänna transaktionen från ett borgenärsskyddsperspektiv. En sådan regel skulle antagligen ytterligare försvåra borgenärsbedrägerier. Å andra sidan skulle den givetvis verka förlamande på handelslivet i stort; den kostar mer än den smakar.”<sup>186</sup>*

Det blir således viktigt att skapa ett så starkt borgenärsskydd som möjligt utan att reglernas utformning går ut över det ändamål som ligger bakom borgenärsskyddet; nämligen en effektiv marknad.

I vissa fall, speciellt vid närståendetransaktioner, finner vi till och med nuvarande sakrättsmoment så pass ingripande att de ger mer negativa följder än positiva. I dessa fall har vi föreslagit alternativa moment eller ändring av de existerande momenten. Dessa ändringar kan tänkas medföra viss ökad möjlighet att genomföra borgenärsbedrägliga transaktioner. Vi anser dock att man i vissa lägen måste acceptera sådana offer för att möjliggöra borgenärsskyddade transaktioner mellan parterna. Allt syftar i slutändan till att, genom att väga olika alternativs fördelar mot dess nackdelar, skapa en så effektiv marknad som möjligt.

---

<sup>186</sup> Myrdal s. 45.

## Litteraturförteckning

### Offentligt tryck

- NJA II 1936 nr 1 Lagstiftning om skuldebrev
- SOU 1935:14 Lagberedningens förslag till lag om skuldebrev m.m.
- SOU 1995:11 Nya konsumentregler. Preskriptionstid. Garantier m.m.  
Borgenärsskydd
- Prop. 1975:6 Ändringar i konkurslagen m.m.
- Prop. 2002/03:57 Effektivare pantbrevshantering m.m.

### Rättsfall

NJA		RH
1916 s. 656	1979 s. 451	1986:6
1925 s. 130	1980 s. 197	1987:34
1925 s. 535	1983 s. 103	1990:116
1930 s. 685	1985 s. 159	
1934 s. 193	1986 s. 217	
1936 s. 420	1986 s. 409	
1949 s. 164	1987 s. 3	
1952 s. 407	1988 s. 257	
1954 s. 455	1989 s. 705 II	
1956 s. 485	1995 s. 367	
1958 s. 422	1996 s. 52	
1962 s. 669	1997 s. 660	
1971 s. 66	1998 s. 379	
1972 s. 246	1998 s. 545	
1972 s. 512	2000 s. 88	
1975 s. 116		
1975 s. 638		
1979 s. 45		

### Litteratur

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, tolfte upplagan, Studentlitteratur, Lund 2002

Bergström, Svante & Lennander, Gertrud, *Kredit och säkerhet, lärobok i krediträtt*, åttonde upplagan, Iustus Förlag, Göteborg 2003



- Fehr, Martin, *Två spörsmål ur svensk civilrätt*, Almqvist & Wiksell, Uppsala 1913
- Grauers, Folke, *Fastighetsköp*, sextonde upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2005
- Göranson, Ulf, *Traditionsprincipen, de svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning*, Iustus Förlag, Uppsala 1985
- Helander, Bo, *Kreditsäkerhet i lös egendom. Sakrättsliga spörsmål*, Norstedts, Lund 1984
- Hessler, Henrik, *Allmän sakrätt, Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1973
- Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, sjätte upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999
- Jensen, Ulf, *Panträtt i fast egendom*, sjunde upplagan, Iustus Förlag, Uppsala 2004
- Mellqvist, Mikael & Persson, Ingemar, *Fordran & Skuld*, sjunde upplagan, Iustus Förlag, Uppsala 2004
- Millqvist, Göran, *Sakrättens grunder en lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006
- Myrdal, Staffan, *Borgenärsskyddet: om principerna för skyddet mot överlåtarens och pantsättarens borgenärer*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002
- Rodhe, Knut, *Handbok i sakrätt*, Norstedts, Lund 1985
- Tiberg, Hugo & Lennhammer, Dan, *Skuldebrev, växel och check*, sjunde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 1995
- Undén, Östen, *Svensk sakrätt i lös egendom*, tionde upplagan, Norstedts Juridik AB, Göteborg 1995
- Walin, Gösta, *Panträtt*, andra upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998 [cit. Walin]
- Walin, Gösta, *Samäganderätt. En studie rörande samäganderättsanspråk och samäganderättslagen m.m.*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2000 [cit. Walin Samäganderätt]

## **Artiklar**

- Göranson, Ulf, *Sakrättsmomentens ändamål – HD visar färg i NJA 1987 s. 3*, SvJT 1987 s. 484-491
- Henning, Ronny, *Denuntiation eller ond tro som sakrättsligt moment vid överlåtelse av enkel fordran – en replik*, SvJT 1995 s. 74-80

- Henriksson, Per, *Aktiebrev, aktiebok och sakrätten*, JT 2003-04 s. 974-975
- Håstad, Torgny, *Inför en europeisk sakrätt – några principfrågor*, JT 2002-03 s. 745-777
- Johansson, Marcus, *Ändamålsenliga sakrättsmoment – om rådighet, sken och rådighetssken*, SvJT 1997 s. 343-377
- Lindskog, Stefan, *Om legitimation och sakrättsligt skydd vid överlåtelse av enkel fordring*, SvJT 1994 s. 113-135
- Mattson, Dag, *En återgång till avtalsprincipen?* SvJT 2005 s. 319-323
- Mellqvist, Mikael, *Staffan Myrdal, Borgenärsskyddet. Om principerna för skyddet mot överlåtarens och pantsättarens borgenärer*, JT 2002-03 s. 708-713
- Millqvist, Göran, *Traditionsprincipens innebörd vid pantsättning av löpande skuldebrev genom deponering i s k öppet förvar i bank*, JT 1996-97 s. 125-133
- Millqvist, Göran, *Traditionsprincipen vid transaktioner mellan bolag och dess ägare*, JT 1999-00 s. 903-907
- Myrdal, Staffan, *Några synpunkter på borgenärsskyddet*, JT 2003-04 s. 468-481