



UPPSALA
UNIVERSITET

Sakrätt

Seminariematerial

Terminskurs 3

Juridiska institutionen

Gäller från och med hösten 2023



Innehållsförteckning

Sida:

Skiljedom meddelad i Uppsala den 25 juni 1998 (Håstad)	s.
SOU 1988:63 s. 45-57, 95-97, 99-105 och 195-206.....	s.
Prop. 2008/09:88 s. 1-2, 11, 53-58, 127-133	s.
Utdrag ur Håstad, Köprätt: och annan kontraktsrätt, kap. 10.....	s.
Zackariasson, L., Perspektiv på 4 kap. 19 § 1 st. Utsökningsbalken	s.

Skiljedom meddelad i Uppsala den 25 juni 1998

Torgny Håstad

- Kärande:* Aktiebolaget Berga Snickerifabrik konkursbo, 556022-3033
- Ställföreträdare:* Konkursförvaltaren, advokaten Peter Savin, Advokatfirman Glimstedt, Larmtorget 4, 392 32 Kalmar
- Svarande:* UTEC SM AB, 556075-9937, Box 709, 931 27 Skellefteå
- Ombud:* Advokaten Ulf Contman, Box 7390, 931 27 Stockholm
- Saken:* fastighetstillbehör och äganderättsförbehålls giltighet

Bakgrund

- Enligt avtal i mars-april 1995 sålde UTEC en virkestorkanläggning till Berg. För leverans gäller NLM 94, vilka innehåller ett äganderättsförbehåll i p. 25: ”Godset förblir leverantörens egendom, till dess att anläggningen blivit betald, i den utsträckning som sådant äganderättsförbehåll är giltigt enligt tillämplig lag.”
- Virkestorkanläggningen levererades till Bergas fastighet Oskarshamn Bockara 25:1 och igångkördes i december 1995.
- Virkestorkanläggningen står på en plastgjuten betongplatta. Den innehåller tre torkkammare. Väggarna består av prefabricerade betongelement utvändigt belagda med friliggande ballast. Taket består av prefabricerade betongelement belagda med papp samt yttertakets tätsikt. Sammanbyggt med torkbyggnaden finns en mindre platsbyggd träbyggnad med installationer för torkanläggningen. Grundplattan, torkbyggnaden och träbyggnaden med installationerna ingår i UTEC:s leverans. I fortsättningen talas endast om en byggnad.
- Berga försattes i konkurs den 4 juni 1996. Berga var då skyldigt UTEC en del av köpeskillingen för virkesanläggningen. I anledning av konkursen underrättade UTEC konkursboet om att UTEC under åberopande av reglerna i NLM 94 såväl hävde avtalet (p. 24) som gjorde gällande äganderättsförbehåll (p. 25). Konkursboet bestred att UTEC hade rätt att göra äganderättsförbehållet gällande.

- Med förbehåll för en rätt att i efterhand rättsligt pröva giltigheten av det av UTEC hävdade äganderättsförbehållet utbetalade konkursboet till UTEC totalt 1 778 558 kr, varav 1 691 907 den 28 juni 1996 och 86 651 kr den 1 juli 1996. Det är ostridigt att dessa belopp belöper på egendom som omfattas av äganderättsförbehållet.

Parterna är ense om att svensk lag är tillämplig.

Skiljeförfarandet

Genom skiljeavtal den 16 och 19 januari 1998 har parterna avtalat att tvisten med bortseende från p. 71 i NLM 94 skall avgöras genom skiljedom enligt svensk lag av professorn Torgny Håstad som ensam skiljeman. Skiljedomen skall meddelas senast den 30 juni 1998, och den skall inte omfattas av sekretess.

Målet har förberetts genom skriftväxling. Huvudförhandling har hållits i Uppsala den 18 maj 1998. Vid huvudförhandlingen har Kjell Lundberg, VD i UTEC-koncernens moderbolag, hörts på begäran av UTEC.

Yrkanden

Konkursboet har yrkat i första hand att skiljemannen förpliktar UTEC att genast till konkursboet utge 1 778 558 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 10 oktober 1996 eller i vart fall enligt 2 och 5 §§ räntelagen på 1 691 907 kr från den 28 juni 1996 och på 86 651 kr från den 1 juli 1996, allt till dess betalning sker.

Konkursboet har yrkat i andra hand att skiljemannen förpliktar UTEC att genast till konkursboet utge 608 266 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 10 oktober 1996 eller i vart fall enligt 2 och 5 §§ räntelagen från den 28 juni 1996 till dess betalning sker

UTEK har bestritt yrkandena. Skulle UTEC vara betalningsskyldigt (dvs äganderättsförbehållet vara ogiltigt) har UTEC medgivit att betala ränta enligt 2 och 5 §§ räntelagen med yrkade från de tider som konkursboet därvidlag angivit.

Parterna har yrkat ersättning för egna rättegångskostnader och att motparten, parterna emellan, förpliktas svara för skiljemannens kostnader och arvode.

Grunder

Konkursboet har åberopat att UTEC saknade rätt att göra äganderättsförbehållet gällande, eftersom byggnaden tillförts fastigheten av Berga för stadigvarande bruk och därför utgör allmänt (omedelbart) fastighetstillbehör enligt 2 kap. 1 § jordabalken.

115 Självva torkutrustningen utgör enligt 2 kap. 2 § jordabalken tillbehör till byggnaden, eftersom byggnaden är skräddarsydd för torkverksamheten, har samma livslängd som torkutrustningen (alternativ användning är omöjlig) och därför utgör ett jämliken värdeöst skal, vilket med hänsyn till sin karaktär ändå är att betrakta som en byggnad.

80 Skulle byggnaden anses som tillbehör till processutrustningen, skall denna anses vara en anläggning ägnad för stadigvarande bruk på den Berga tillhöriga fastigheten, som användes uteslutande sågverksrörelse. Anläggningen utgör då tillbehör till fastigheten enligt 2 kap. 1 § jordabalken.

Andrahandsyrkandet bygger på att i vart fall byggnaden (vars värde utgjorde 24,2 % av kontraktssumman) skall anses utgöra tillbehör till fastigheten.

85 Som grund för ränta enligt 6 § räntelagen har konkursboet åberopat att konkursbolaget betalat under tvång, för att kunna sälja rörelsen vidare, och att återkravet i räntehänsennde därför skall ses som ett skadestånd.

UTEK har åberopat att äganderättsförbehållet var giltigt, eftersom i första hand hela anläggningen och i andra hand torkutrustningen exklusive byggnaden utgör industritillbehör enligt 2 kap. 3 § jordabalken.

90 Härvidlag har UTEC påstått att virkestorken inte utgör en byggnad i den mening som avses i 2 kap. 1 § jordabalken och att, i annat fall, byggnaden åtminstone inte anbragts för stadigvarande bruk, eftersom byggnaden monterats ner vid byte till annan virkestork när den ekonomiska och tekniska livslängden på torkutrustningen är slut. Skulle utrustningen vara tillbehör till byggnad som är anbragd för stadigvarande bruk, är utrustningen ändå inte ägnad för stadigvarande bruk i byggnaden och utgör därför inte tillbehör enligt 2 kap. 2 § jordabalken. Byggnaden i en virkestork utgör enligt UTEC en del i torkprocessen, vilken inte kan fungera utan anläggningens tak, väggar och golv.

100 Vidare har UTEC åberopat att anläggningen inte tillförts fastigheten av fastighetsägaren själv utan av UTEC, som monterat anläggningen, varför anläggningen enligt 2 kap. 4 § 1 st. 1 p. jordabalken inte kunnat bli tillbehör till fastigheten.

105 UTEK har särskilt hänvisat till ett förhandsbesked från RSV:s nämnd för rättsärenden den 18 april 1975, vari en torkanläggning i dess helhet (inklusive byggnaden) ansågs tjänstgöra som maskin med därav följande skatteavdragskonsekvenser. Regeringsrätten beslöt i dom den 30 oktober 1975 att inte ändra förhandsbeskedet. UTEK har dessutom hävdatt att det är en allmän inställning bland leverantörer, beställare, banker och finansbolag att virkestorkar utgör industritillbehör, eftersom dessa anläggningar brukar vara föremål för äganderättsförbehåll eller leasing.

110 Beträffande räntan har UTEC åberopat att fråga är om återgång av betalning och inte dröjsmål med betalningen. Räntan skall därför beräknas enligt 2 och 5 §§ räntelagen.

115 *Konkursboet* har genmält att det saknar relevans hur virkestorkar behandlas i beskattningshänsennde. Vidare har konkursboet förnekat det skulle föreligga ett handelsbruk innebärande att virkestorkar är industritillbehör och bestritt att jordabalkens tillbehörsregler över huvud taget kan påverkas av handelsbruk.

120 Domsål

Enligt ett av konkursboet ingivet utlåtande från byggnadsingenjör Ove Eklund är byggnaden en specialbyggnad och utgör endast ett skal för verksamheten som är virkestorkning. Alternativanvändningen är enligt utlåtandet mycket begränsad.

125 Kjell Lundberg har uppgivit bl.a. följande: Grundplattan kan inte tas bort. Övriga delar av en virkestork kan plockas ner. Livslängden på maskinerna är 10–20 år och på byggnaderna maximalt 20 år, men äldre torkar är mindre efterfrågade på grund av den tekniska utvecklingen. Den totala montageiden från grundplatta till färdig torkanläggning är 3–4 veckor, medan det tar 1–2 veckor att demontera anläggningen. Under de senaste 8–10 åren har UTEC demonterat och efter översyn åter sålt ett femtiotal torkar. En del av dem har gått till Baltikum. Vid en omsorgsfull ny försäljning kan en under några år begagnad torkanläggning betinga 50–75 % av det ursprungliga priset; kostnaden för demontage, frakt och montage ligger kring 15–20 %. Är anläggningen äldre, kan värdeminskningen på grund av slitage i stort sett kompenseras genom prisökningen på nya torkanläggningar. Vid försäljning av 20 år gamla torkar till Baltikum, ursprungligen värda 250 tkr per kammare, har UTEC fått 75–100 tkr. När en kund förnyar sin torkanläggning kan han i och för sig ibland behålla byggnaden och ersätta bara maskinutrustningen, men oftast byts allt ut eftersom byggnaden slitits eller inte svarar mot nutida krav eller inte passar med den nya maskindelen. Byggnaden, som ofta står i en flödeslinje, används i praktiken aldrig för andra ändamål än som virkestork. UTEC samarbetar med flera leasingbolag. Ungefär 10 % av affärens är leasing, 90 % försäljning med äganderättsförbehåll. I de senare fallen vet UTEC inte hur kunderna ordnar sin finansiering. UTEC har aldrig tagit säkerhet i byggnadskreditiv. Betalningsvillkoren följer NLM och är detsamma vare sig slutanvändaren eller ett leasingbolag är kund, dvs. 30 % vid order, 30 % vid materialleverans, 30 % vid färdigt montage och 10 % vid garantitidens utgång.

150 En första fråga i målet är om fastigheten skall anses ha försetts med anläggningen av UTEC, dvs. av annan än fastighetsägaren. Eftersom UTEC monterat anläggningen till uppfyllande av ett leveransavtal med fastighetsägaren Berga och UTEC inte har något omedelbart intresse i produktionsresultatet, får Berga anses ha försett fastigheten med anläggningen (jfr NJA II 1966 s.

155 69 och 76). Hinder enligt 2 kap. 4 § 1 st. 1 p. jordabalken mot att anlägg-
ningen är fastighetstillbehör föreligger därmed inte.

160 Avgörande för utgången blir därför om det som omfattades av äganderätts-
förbehållet – byggnaden och torkutrustningen – utgör tillbehör till fastigheten
enligt 2 kap. 1–2 §§ jordabalken (omedelbart fastighetstillbehör eller
byggnadstillbehör) eller blott kunde utgjort tillbehör enligt 2 kap. 3 § jorda-
balken (industritillbehör). Endast i det senare fallet är äganderättsförbehållet
giltigt och har hindrat att de sålda föremålen blivit tillbehör till fastigheten (se
2 kap. 5 respektive 4 § jordabalken). Jag återkommer nedan till frågan huru-
vida ett giltigt äganderättsförbehåll utesluter att ett föremål är industri-
tillbehör, så att fastighetspatenten kan omfatta övervärdet.

165 Enligt 2 kap. 1 § jordabalken hör byggnad och annan anläggning som an-
bragts för stadigvarande bruk till fastigheten. I lagen 1966 om vad som är fast
egendom behövde en byggnad ej vara anbragd för stadigvarande bruk, om
den befann sig på fastigheten, men genom en omredigering (styckesamman-
slagning) i jordabalken 1970 har stadigvarandekravet utsträckt till att
170 omfatta byggnader. Förändringen synes dock ha varit oavsiktlig (se proposi-
tion 1970:20 del B 1 s. 97 och B 2 s. 893 eller NJA II 1972 s. 27 ff., där den
inte kommenteras. Westerlind, jordabalken 1–5 kap., 1971, s. 128 ff., hänför
inte stadigvarande rekvisitet till byggnad. Jfr Mats Gustafsson, jordabalkens
tillbehörslag, 1985, s. 15).

175 Enligt 2 kap. 2 § jordabalken hör till byggnad – och därmed medelbart till
fastigheten – fast inredning och annat varmed byggnaden blivit försedd, om
det är ägnat till stadigvarande bruk för byggnaden. Regeln exemplifieras i §:n
först avseende byggnader i allmänhet och därefter avseende speciella slags
byggnader. I fråga om fabrikslokaler sägs att kylsystem och fläktmaskineri i
180 regel utgör byggnadstillbehör.

185 Frågan i vad mån industriella tillbehör skulle medelbart (som byggnads-
tillbehör) eller omedelbart (som fastighetstillbehör) höra till fastigheten och
därmed utgöra underlag för fastighetspant – samt i det förstnämnda fallet
utesluta separationsrätt på grund av äganderättsförbehåll eller leasing – blev
ingående diskuterat vid jordabalkens tillkomst. För att ett föremål skall vara
byggnadstillbehör krävs det enligt lagtexten att föremålet, vare sig det utgör
fast inredning eller ej (NJA II 1966 s. 40 ff., särskilt s. 43 m), är ägnat till
190 stadigvarande bruk för byggnaden. Härmed förstås enligt Lagberedningen i
dess förslag 1947 och 1960 att det inte ankommer på ägarens uppsåt utan att
skall föreligga ett objektivt ändamålssamband mellan föremålet och bygg-
naden (NJA II 1966 s. 36). Enligt jordabalksutredningen 1963 bör man utgå
från att den byggnad varom fråga är även i fortsättningen kommer att an-
vändas på i huvudsak (som bostad, affärslokal etc.) samma sätt som tidigare,
om den inrättats på ett sådant sätt att den inte kan ändras utan genomgripande
195 ombyggnadsarbeten; de för byggnader i allmänhet i lagtexten uppräknade
tillbehören utmärks av universalitet, och enligt Jordabalksutredningen var det

en relevant fråga huruvida diskar och hyllor i en affärslokal passar för olika
typer av butiker (NJA II 1966 s. 42 f.). Jämför härmed lagens generella ex-
empel rörande fabrikslokaler! Departementschefen anförde i proposition
1966:24 att föremålet med hänsyn till den huvudsakliga användning, för vil-
ken byggnaden eller lokalen på ett bestående sätt är inrättad, skall framstå
som en så typisk inredningsdetalj, att man bör anta att en ny ägare eller nytt-
jare av byggnaden eller lokalen – med samma huvudsakliga inriktning av
byggnadens eller lokalens användning – har bruk för föremålet (NJA II 1966
s. 43).

200 Lagberedningen konstaterade i sitt förslag 1947 och 1960 att en gräns-
dragning enbart med utgångspunkt i det för byggnader i allmänhet uppställda
kravet på stadigvarande bruk kunde leda till en alltför vidsträckt krets av till-
behör i fråga om maskiner och annan industriell utrustning. De fall som
210 åsyftades var bl a sådana där en fabriksbyggnad konstruerats med hänsyn till
den utrustning som skulle användas i byggnaden eller över huvud till den
avsedda användningen. Maskiner och annan utrustning kunde i sådana fall i
betydande omfattning sägas vara ägnade till stadigvarande bruk för bygg-
naden. Lagberedningen föreslog därför en särskild begränsning i nuvarande 2
215 kap. 2 § beträffande industribyggnader, innebärande att gränsdragningen
skulle ske så att endast maskiner o.d. vilka tjänade till stadigvarande bruk för
industriell rörelse i allmänhet kom att falla under (byggnads-)tillbehörs-
begreppet; användningen fick således inte vara begränsad till viss industri
eller verksamhetsgren (NJA II 1966 s. 31 och 44). Fastighetspantunderlaget
220 skulle m a o ha högsta karat och inte spädas ut med föremål som en ny ägare
efter en eventuell förändring av verksamhetens inriktning var ointresserad av.

225 Sedan Lagberedningens förslag kritiserats av flera remissinstanser, därför
att det skulle leda till att många i byggnader fästade maskiner som enligt då
gällande rätt (1895 års lag) var byggnadstillbehör skulle bli lös egendom, och
Jordabalksutredningen med departementschefens efterföljande gillande kom-
pletterat byggnadstillbehören med en särskild kategori industritillbehör enligt
2 kap. 3 § jordabalken för att istället vidga underlaget för fastighetspatenten,
230 anförde departementschefen (NJA II 1966 s. 44 f., se även s. 52 och 75 f.) att
den av honom gjorda tolkningen av rekvisitet stadigvarande bruk i normal-
fallet – utan någon uttrycklig begränsning – låg ganska nära Lagberedningens
ståndpunkt; maskinell utrustning skulle räknas som byggnadstillbehör endast
om den tjänar till stadigvarande bruk för industriell rörelse i allmänhet.
Kravet att utrustningen skall vara så typisk, att en efterföljare i fabrikslokalen
235 kan antas ha användning för den – låt måhända inte i exakt samma ut-
sträckning som företrädaren – även om han vill driva annan tillverkning torde
enligt departementschefen i det stora flertalet fall innebära att maskiner, red-
skap m.m. inte blir att betrakta som byggnadstillbehör. En motsatt bedömning
borde bli resultatet i fråga om utrustning som har till ändamål att göra själva

240 fabrikslokalen brukar för industriell verksamhet i allmänhet, t.ex. fläkt-
maskinerier och kylsystem. Departementschefen fortsatte:

245 Det bör emellertid med anledning av lagberedningens överväganden inte
döljas, att speciella situationer kan uppstå, där man kan vara tveksam
huruvida inte en maskin är ägnad till stadigvarande bruk för viss bygg-
250 nad. Jag tänker här på sådana industribyggnader, som helt ”skräddar-
syfts” för att passa till en särskild maskinell utrustning. Är det uppenbart
att byggnaden inte är åtminstone begränsat användbar inom annan in-
dustriell verksamhet än den aktuella, kan man hävda, att byggnaden i
255 princip har samma livslängd som verksamheten på platsen och därmed
som den maskinella utrustningen. I ett sådant fall, liksom ett fall då
byggnaden endast utgör ett i sig tämligen värdelöst ”skal” runt en större
anläggning – exempelvis en masugn – och måste rivas, om anläggningen
skall flyttas, torde man knappast kunna undgå att betrakta den ifråga-
varande utrustningen som tillbehör till byggnaden.

260 Det nu anförda kan synas tyda på att det i fråga om industrifastigheter
måste uppkomma svårigheter att tillämpa den nu aktuella regeln. Så
torde dock inte bli fallet. Spörsmålet har, som jag redan antytt, betydelse
endast i de fall, då maskiner är förhyrda eller köpta under äganderätts-
förbehåll. De mycket stora maskiner eller anläggningar, som till äventyrs
kan komma att anses som byggnadstillbehör, torde emellertid mera
sällan förhyras eller säljas på avbetalning. Betydelsen av att de nu be-
265 rörda speciella formerna av finansiering av industriell verksamhet kan
bedrivas ostört även framgent synes dock kräva en viss restriktivitet vid
tolkningen av begreppet byggnadstillbehör såvitt avser industri-
byggnader.

270 I rättspraxis (NJA 1985 s. 365) har en silo, även om den möjligen kunnat
flyttas (s. 366), ansetts som en anläggning för stadigvarande bruk enligt 2
kap. 1 § jordabalken på en jordbruksfastighet. Vidare har en fliseldnings-
anläggning, som ersatt en oljepanna och anslutits till ett belfintligt rörsystem
som var förbundet med alla byggnader som bostäder och växthus på en
275 fastighet inrättad för handelsträdgårdsrörelse, ansetts typiskt sett utgöra
byggnadstillbehör enligt 2 kap. 2 § jordabalken (jfr ”i regel”), och det var i
målet inte visat att fliseldningsutrustningen skulle bidra till just den på fastig-
heten bedrivna verksamheten eller eljest vara av den speciella karaktär att den
inte skulle utgöra byggnadstillbehör (NJA 1985 s. 232. Se även NJA 1996 s.
139 och 1997 s. 699 avseende bostadsfastigheter).

280 Lagregleringens syfte är tydligen att möjliggöra att branschknuten in-
dustriell utrustning – med undantag för fordon och annan lätttrörlig sådan –
skall kunna belånas som fastighetspant istället för företagshypotek, vilket

285 ansågs vara en mindre god säkerhet (NJA II 1966 s. 47 ff.), dock utan att
näringsidkaren skall betagas möjligheten att köpa utrustningen med
äganderättsförbehåll eller hyra den, eftersom leverantörerna ansågs erbjuda
högre belåningsgrad (80–90 %) vid kreditförsäljning än banker erbjuder vid
kreditgivning mot fastighetspant (NJA II 1966 s. 74 f.).

290 Hade inte departementschefen gjort uttalandet om skräddarsydda bygg-
nader, med annat innehåll än Lagberedningens motsvarande uttalande, skulle
det varit klart att branschknuten industriutrustning inte kan vara byggnads-
tillbehör. Enligt det citerade uttalandet skall sådan utrustning i skräddarsydda
byggnader, vilka inte har alternativ användning, emellertid kunna utgöra
byggnadstillbehör. I det aktuella målet innebär det att fortkutrustningen borde
vara tillbehör till den byggnad vari utrustningen finns. Äganderättsförbehållet
295 vore därmed ogiltigt.

Departementschefens uttalande står emellertid – i betydligt större ut-
sträckning än han antog på 1960-talet – i strid mot ändamålet att vidga
fastighetspantunderlaget utan att beskära avbetalningssäljares och lease-
givares separationsrätt. Uttalandet är dessutom formalistiskt. Om man anser
300 att en byggnad är skräddarsydd för en innesluten processutrustning eller att
byggnaden t.o.m. är ett värdelöst skal, borde man inte anse utrustningen vara
tillbehör till byggnaden utan istället bortse från byggnaden och fråga sig om
processutrustningen är en anläggning som faller under 2 kap. 1 § jorda-
balken (se Mats Gustafsson, a.a. s. 23 ff., 85 och 86 f. samt Håstad, Sakrätt, 6
uppl., s. 37 f.). I så fall ställs kravet att anläggningen skall vara anbragd för
305 stadigvarande bruk. Det finns – även med beaktande NJA 1985 s. 365 – inte
skäl att ge rekvisitet ”anbragt för stadigvarande bruk” i 1 § en vidare inne-
börd än rekvisitet ”ägnad för stadigvarande bruk” i 2 § vid en bedömning
som den nu aktuella. Reellt sett står mot varandra å ena sidan fastighets-
ägarens möjlighet att få högsta möjliga beläning genom att kunna spela ut
310 bankerna mot leverantörerna och finansbolagen och å andra sidan nackdelen
att viss viktig utrustning kan komma att återtas vid insolvens eller snarare att
den totala köpeskillingen kan behöva fördelas mellan fastigheten och
processutrustningen, vare sig fastighetsägarens konkursbo löst process-
utrustningen eller ej. Departementschefen har härvidlag prioriterat en
315 maximal initial beläning genom att kräva att byggnadstillbehör utgörande
maskiner o d skall vara användbara för industriella rörelser i allmänhet, fastän
det betyder att en samlad exekution försvåras (NJA II 1966 s. 74 f.), vilket
samma hänger med att departementschefen betvivlade att en samlad för-
säljning alltid ger ett bättre resultat än vad en försäljning av de olika delarna
320 ger (NJA II 1966 s. 54). Att en anläggning i vissa fall, såsom i det före-
varande, enligt köpevillkoren måste till största delen betalas av leverantören,
innan anläggningen har hunnit tjäna in köpeskillingen, kan inte tillmätas
betydelse; den betalda delen kan dessutom omedelbart komma köparens
325 bank, som normalt har fastighetspant, tillgodo om övervärdet anses utgöra

industritillbehör, vilket visserligen strider mot lagtexten men ligger i linje med lagens ändamål (se Adlercreutz i Festskrift till Rodhe, 1976, s. 9 f.).

330 Fastän det kan förmodas att en sågverksrörelse vid konkurs normalt överläts till en som avser att fortsätta med samma rörelseinriktning, blir slutsatsen således att torkutrustningen inte har den generalitet som krävs för att den skall kunna utgöra byggnadstillbehör. Det omtvistade äganderättsförbehållet var således giltigt såvitt avse torkutrustningen i byggnaden.

Det återstår att bedöma om själva byggnaden skall anses vara omedelbart fastighetstillbehör enligt 2 kap. 1 § jordabalken.

335 Visserligen har genom omredigeringen (styckesammanslagningen) av lagtexten i jordabalken 1970 ett krav införts på att även byggnader skall vara anbragda för stadigvarande bruk, men förändringen tycks ha skett av förbi-seende (se ovan). Kravet bör inte betyda mer än att byggnader som är anbragda för rent tillfälligt bruk på fastigheten eller har en starkt rörlig utformning (NJA II 1966 s. 12 och NJA 1996 s. 139) undantas; gavs rekvisitet samma inskränkta mening som i 2 § om byggnadstillbehör, skulle många eller rentav de flesta fabriksbyggnader bli lös egendom! Den i målet omtvistade torkanläggningen bör inte undantas på nu nämnda grunder.

340 Frågan blir därmed bara om byggnaden saknar självständigt värde, ifall torkutrustningen tas bort, och därför bör betraktas som en del av en torkanläggning som utgör industritillbehör. Av Kjell Lundbergs vittnesmål framgår att en virkestorkbyggnad aldrig används för annat ändamål än för virkestorkning men att sådana byggnader ibland används för installation av ny torkutrustning; torkanläggningen inklusive byggnaden skulle också ha ett andrahandsvärde. Utsagan stöds delvis av Eklunds utlåtande.

Beaktas bör vidare att byggnadens värde enligt konkursboet uppgår till 34 % av hela leveransens värde.

355 Att en byggnad saknar självständigt värde, ifall en branschknuten processutrustning tas bort, kan inte generellt upphäva byggnadens egenskap av omedelbart fastighetstillbehör. I förevarande fall har byggnaden emellertid förvärvats som en integrerad och underordnad del i en torkanläggning, och byggnaden saknar alternativ användning. Den kan också utan långtgående värdeförstöring demonteras och återuppföras tillsammans med processutrustningen. På grund härav och eftersom lagens syfte är att vidga fastighetspantunderlaget men samtidigt möjliggöra separationsrätt för creditsäljare och leasegivare till föremål som ofta finansieras genom avbetalningsköp respektive leasing, skall byggnaden som sådan anses inter utgöra omedelbart fastighetstillbehör enligt 2 kap. 1 § jordabalken (utan tillsammans med processutrustningen utgöra industritillbehör). Äganderättsförbehållet var således giltigt även såvitt avser själva byggnaden.

Konkursboets krav på återbetalning av dess utgivna lösen av den med äganderättsförbehåll köpta egendomen skall därmed ogillas.

370 Vid denna utgång skall konkursboet ersätta UTEC för dess rättegångskostnader, vilka vitsordats som skäliga, och slutligen stå för skiljemannens arvode.

Domslut

Konkursboets yrkanden ogillas.

375 Konkursboet förpliktas att till UTEC utge 50 000 kr exklusive mervärdesskatt i ersättning för rättegångskostnader.

Båda parter förpliktas att till skiljemannen utge arvode med 75 000 kr varav 15 000 kr utgör mervärdesskatt.

380 Konkursboet förpliktas att till UTEC utge vad konkursboet visar sig ha betalat skiljemannen.

Nöjes ej part åt skiljemannens beslut angående honom tillkommande arvode, må parten draga frågan under Uppsala tingsrätts prövning såframt parten instämmer sin talan inom sextio dagar från det parten fick del av skiljedomen.

385 *Torgny Håstad*

2 Separationsrätt vid försäljningskommission

2.1. Inledning

2.1.1 När och varför används försäljningskommission?

I Delbet. (s. 88 och 158) anfördes att kommissionsinstitutet hade stor betydelse i mitten av förra seklet, att dess betydelse avtog redan i början av 1900-talet och att det under senare tid varit sällsynt med företag som huvudsakligen sysslar med kommissionsverksamhet. Det konstaterades emellertid att kommissionsuppdrag spelar en viss roll som inslag i vissa rörelser som eljest bedrivs för egen räkning. Och det uttalades vidare att institutet är vanligt förekommande dels vid handel med värdepapper, dagstidningar, bilar och begagnade kläder, dels i speditorsbranschen. S.k. kommissionärsbolag (som behandlas i kap. 12 nedan) sades också vara vanliga.

I en undersökning som gjorts vid juridiska institutionen i Uppsala (Magnus Björck, Något om gränsdragningen mellan försäljningskommission och köp i fast räkning, skriftligt arbete i civilrätt höstterminen 1984) nämns följande exempel på gods som säljs i kommission: värdepapper, fordon och reservdelar till fordon, kläder och andra textilvaror, båtar, plåt, verktyg, videofilmer, tidningar, maskiner, spelautomater, virke och andra trävaror, skidor, windsurfingbrädor, köttvaror, målarfärg, musikinstrument och musikanläggningar.

Varför inte återförsäljning i stället?

Varför används då institutet? I Delbet. (s. 158) anges följande anledningar varför leverantören inte i stället säljer godset till mellanmannen, dvs. lämnar det till honom "i fast räkning".

1. Mellanmannen vill ha returrätt. Härmed kan jämföras att huvudmannen av någon anledning är den som skall ha det huvudsakliga affärsintresset av vidareförsäljningen.

2. Huvudmannen vill undvika en kreditrisk. Reglerna om kommission ger honom på olika sätt säkerhet för sin fordran mot mellanmannen, varom mera nedan.

3. Huvudmannen får betala moms vid en senare tidpunkt än eljest.

4. Mellanmannen vill, särskilt vid försäljning av begagnade varor, tvinga huvudmannen att uppge sitt namn, varigenom mellanmannen söker undvika att få befatta sig med stöldgods.

5. I fråga om handel med värdepapper gäller dels att mellanmannen inte vill ta kursrisker, dels att det är praktiskt att han säljer i eget namn.

Ett ytterligare skäl till varför gods överlämnas för försäljning i kommission i stället för att säljas i fast räkning är att huvudmannen ibland önskar ha frihet att sedan leverans skett omdirigera varor från en detaljist till en annan. Och i bilbranschen gäller att, om kommission används, accis får betalas senare än eljest.

Kreditsäkerhetsmotivet

Man kan räkna med att – fränsett inom fondhandeln – kreditsäkerhetsmotivet i dag är det dominerande skälet till att man använder kommissionsformen i stället för att sälja i fast räkning. Särskilt markant är detta i bilbranschen. Bilproducenterna och generalagenterna är i regel stora kapitalstarka företag med betydande finansiella resurser. Återförsäljarna är mindre företag med begränsade möjligheter att finansiera ett tillräckligt stort lager av bilar. För att gardera sig mot återförsäljarnas insolvens är det då praktiskt för leverantörerna att sälja i kommission och på så sätt, i enlighet med vad som beskrivs i det följande, tillförsäkra sig en säkerhetsrätt. Någon annan vägande anledning att inte sälja i fast räkning finns knappast. En returrätt finns visserligen i regel inskriven i avtalen mellan huvudman och kommissionär. Det synes dock vara utomordentligt ovanligt att denna rätt utnyttjas, och ingen av parterna torde räkna med att returneringsmöjligheten över huvud taget skall komma i bruk. Detaljisten bär affärsriskerna och bestämmer i huvudsak själv priserna. Huvudmannen tillförsäkrar sig ett visst fast pris, inget därutöver. Lagerhållningskostnaden och finansieringskostnaden, av vilka den senare ofta debiteras som ränta på fakturabeloppet, ligger på detaljisten, liksom risken för skador på grund av olyckshändelser och skyldigheten att försäkra godset. Med hänsyn till avtalens utformning kan det ifrågasättas om de sakrättsligt över huvud taget är att betrakta som kommissionsavtal, dvs. om försäljningen verkligen kan anses ske för huvudmannens räkning. Vi återkommer strax till denna fråga.

När gods säljs i kommission bäddar det som sagt för att huvudmannen skall få en säkerhetsrätt. Han har kvar sin äganderätt till godset fram till dess det säljs. Kommissionären blir alltså i princip aldrig ägare, om han inte själv går in som köpare (s. k. självinträde). Att huvudmannen är ägare innebär att han har separationsrätt till godset, dvs. att detta är förbehållet honom framför kommissionärens borgenärer. Regeln framgår av 53 § 1 st. KommL.

När försäljning skett har huvudmannen separationsrätt till kommissionärens eventuella kvarstående fordran mot köparen (57 och 61 §§ KommL).

Sedan köparen betalat till kommissionären har huvudmannen en redovisningsfordran mot denne. Detta innebär att beloppet är förbehållet huvudmannen vid kommissionärens insolvens, under förutsättning att pengar avskilts – eller hålls tillgängliga för avskiljande – i den ordning som föreskrivs i RedovL.

Huvudmannen kan alltså lämna kommissionären kredit utan att löpa någon större risk. Skulle kommissionären bli insolvent utan att ha betalat vad han är skyldig har huvudmannen så gott som alltid betryggande säkerhet.

Genom den goda realsäkerheten har huvudmannen ett betydande försteg framför den leverantör som istället säljer godset till en återförsäljare. Denne leverantör kan nämligen inte med en mot köparens borgenärer giltig verkan förbehålla sig säkerhet i det levererade godset, om köparen får sälja detta vidare innan krediten slutreglerats. Återtagandeförbehåll (ägarförbehåll, hävningsförbehåll) är visserligen i princip giltiga enligt svensk rätt men bara under vissa villkor. Bland annat kan de enligt rättspraxis inte göras gällande sakrättsligt när vidareförsäljning får ske före slutbetalning av krediten. De är inte heller giltiga om godset får bearbetas i väsentlig mån, sammanfogas med annan egendom eller konsumeras före betalning. Se närmare kap. 3 nedan.

Alternativa säkerheter

Varför föredrar man då i vissa fall att ingå kommissionsavtal framför att skaffa sig någon annan typ av säkerhet för lämnade krediter? Låt oss ta bilbranschen som exempel.

Som nyss nämdes är det över huvud taget inte möjligt att med sakrättslig verkan uppställa *återtagandeförbehåll* i gods som överläts på kredit och är avsett att vidareförsäljas innan krediten slutreglerats. Bilarna kunde då i stället överlämnas i vad vi kallar *konsignation*, dvs. deponeras hos återförsäljaren med rätt för denne att förvärva dem i anslutning till att han säljer dem vidare till tredje man för egen räkning. Men det råder, som vi närmare utvecklar i kap. 4 nedan, viss osäkerhet om rättsverkningarna av sådana avtal, vilket föranleder att ett ganska omständligt förfarande måste iakttas av den som vill känna sig helt säker. Dessutom är konsignation ett sämre alternativ än kommission genom att leverantören inte har någon säkerhet i utestående kundfordringar eller inbetald köpeskilling. *Företagshypotek* anses ofta uteslutet som säkerhetsform, eftersom inteckningsutrymmet antas vara förbehållet återförsäljarens bank. *Företagshypotek* är en sämre säkerhetsform än kommission i det avseendet att influten köpeskilling inte utgör inteckningsunderlag. Borgenären måste alltså hålla uppsikt över försäljnings- och betalningstakten. Att ställa *bankgaranti* torde bli förhållandevis dyrt för återförsäljaren. Han får då betala en särskild bankgarantiavgift, som för närvarande för den typ av krediter det här blir fråga om uppgår till ca 1–2 % av garantibeloppet. Dessutom kräver banken säkerhet i någon

form. *Personliga borgensåtaganden* av återförsäljarna torde sällan vara tillfyllest, eftersom det inom bilhandeln är fråga om ansevärda belopp. Och tillräckligt utrymme för säkerhet i rörelsens eller återförsäljarens personliga *fastighet* torde endast sällan finnas.

2.1.2 Den principiella skillnaden mellan kommission, försäljning med återtagandeförbehåll och konsignation

I föregående avsnitt nämndes att olika sakrättsliga rättsverkningar gäller beroende på om kommission, försäljning med återtagandeförbehåll eller det vi kallar konsignation föreligger. Det är därför av vikt att skilja mellan de olika avtalstyperna.

1. Vid *kommission* säljer mellanmannen godset *för huvudmannens räkning*. Sistnämnda rekvisit ger, som vi redan antytt, upphov till tillämpningsproblem. I nästa avsnitt skall dessa behandlas.

2. Vid *försäljning med återtagandeförbehåll* överläts godset till en återförsäljare, som säljer det vidare för egen räkning.

3. Vid det vi här kallar *konsignation* (angående termen, se avsnitt 4.1) deponeras godset hos återförsäljaren med rätt för denne att förvärva det i anslutning till att han, såvitt nu är av intresse, säljer det vidare till tredje man för egen räkning. (Som framgår av avsnitt 4.2 bör med konsignation jämföras kommissionsavtal som innebär att kommissionären regelmässigt skall göra självinträde i samband med försäljningen till tredje man.)

Den teoretiska gränsen mellan de tre fallen ter sig skarp. Ändå är det i praktiken ofta svårt att avgöra hur ett visst avtal bör klassificeras. Detta kan illustreras med ett exempel. A och B har avtalat följande: "A levererar traktordäck till B. Däcken hålls åtskilda från B:s övriga lager och säljs av B för A:s räkning. B betalar 3 000 kr per däck och erlägger betalning till A senast 10 dagar efter det att ett däck sålts. B har full returrätt utan kostnad och är skyldig att returnera kvarvarande däck när A så begär." Avtalet har gällt i flera år, och B har aldrig utnyttjat sin returrätt. – Är detta kommission, försäljning med återtagandeförbehåll eller konsignation (såsom vi definierat sistnämnda begrepp)? Har A separationsrätt till kvarvarande däck om B går i konkurs? En följdfråga är: Har A säkerhet i eventuella utestående kundfordringar för däck som sålts före konkursen resp. till pengar som betalats in av kunder och hållits avskilda av B för A:s räkning?

2.1.3 Dispositionen av kap. 2–4

Avgränsningen av kommissionsbegreppet och frågan om huvudmannens separationsrätt kan inte hållas isär från den större frågan om i vad mån en

leverantör över huvud taget kan – eller bör kunna – tillförsäkra sig säkerhet i det levererade godset och surrogat för detta. Frågor rörande leverantörssäkerhet i gods som är avsett för vidareförsäljning bör därför ges en samlad belysning. Det faller sig naturligt att samtidigt ta upp motsvarande frågor rörande gods som är avsett för bearbetning, sammanfogande med annan egendom eller konsumtion.

Närmast behandlar vi avgränsningen av kommissionsbegreppet, varvid betydelsen av rekvisitet "för annans räkning" utreds. I kap. 3 tar vi upp giltigheten av återtagandeförbehåll i varor som köparen får förfoga över före betalning, och i kap. 4 belyser vi det vi valt att kalla konsignationsinstitutet.

2.2 Gällande rätt beträffande rekvisitet "för annans räkning"

2.2.1 Förarbeten, praxis och doktrin

Om mellanmannens försäljning till tredje man kan anses ske "för annans räkning" uppnår som vi sagt denne andre sakrättsligt en förmånlig ställning. Obligationsrättskommittén, som lade fram förslaget till KommL, var medveten om risken för att vissa parter kunde försöka göra reglerna om separationsrätt vid kommission tillämpliga trots att mellanmannens försäljning till tredje man rätteligen borde bedömas som en försäljning för mellanmannens egen räkning. Kommittén anförde att separationsrätt enligt 53 § 1 st. KommL naturligtvis endast skulle åtnjutas om ett kommissionsförhållande verkligen förelåg; att parterna betecknat sitt mellanhavande som kommission var inte tillräckligt. Kommittén fortsatte (Förarb. s. 272 f):

"Såsom i den inledande motiveringen till detta kapitel framhållits, förekommer det understundom, att en person, som i själva verket sålt en vara i fast räkning eller med köparen öppen lämnad rätt att returnera vad han icke kan finna avsättning för, i samförstånd med köparen söker giva mellanhavandet sken av kommission för att dymedelst bereda sig företräde framför köparens övriga borgenärer. Kommittén har ingalunda förbisett, att den föreslagna bestämmelsen kan i sådant syfte missbrukas, men att av hänsyn härtill avstå från att lagfästa den redan nu gällande rättsgrundsatsen, att kommittenten är ägare till kommissionsgodset, torde icke kunna försvaras. Domstolarna skola säkerligen hädanefter såsom hittills veta att skilja mellan verklig kommission och egenhandel under namn av kommission.

I sådant avseende må erinras, att rättförhållandet mellan en fabrikant eller en grossist å ena sidan och en detaljist å den andra kan vara att bedöma enligt de för kommission gällande rättsregler, även om det varit hänsyn till den senares osäkra ekonomiska ställning, som föranlett den förre att lämna varan i kommission i stället för att sälja den i fast räkning, men att å andra sidan för kommission förutsättes, att återförsäljaren verkligen skall handla för kommittentens räkning och icke för sin egen. Kommission kan visserligen, såsom vid 9 och 13 §§ framhållits, föreligga, även om kommissionären skulle hava betingat sig rätt att

endast behöva redovisa ett visst minimipris och att få för egen räkning behålla ett eventuellt överskott, men i allmänhet är detta icke händelsen. Om sålunda ett avtal mellan en grossist eller fabrikant och en detaljist har den innebörden, att den senare skall vara betalningsskyldig endast för varans i fakturan utsatta engrospris och icke behöva redovisa något därutöver, torde detaljisten, även om han i avtalet betecknats såsom kommissionär, i själva verket vara att anse såsom köpare.”

I rättspraxis finns flera fall där gränsdragningen mellan ”för egen” och ”för annans” räkning varit uppe till bedömning. Många av HD-fallen är av äldre datum (NJA 1909 s. 413, 1913 s. 137, 1935 s. 230, 1937 s. 591, 1940 s. 164, 1940 s. 312, 1941 s. 165 och 1945 s. 406), och det enda nyare (NJA 1979 s. 330) är ett utmättningsmål, i vilket omständigheterna var något oklara. Någon entydig princip kan inte utläsas av dem. Det kan dock konstateras att kommissionärens returrätt haft stor betydelse för utgången. I inget av målen har, såvitt framgår av referaten, kommission ansetts föreligga trots avsaknad av returrätt. Inte heller synes mellanmannen i något fall ha haft returrätt men leverantören ändå vägrats separationsrätt (se dock RH 1986:60). Ingen annan omständighet verkar ha tillmätts sådan vikt vid bedömningen som returrätten, se särskilt NJA 1940 s. 164, 1940 s. 312 och 1945 s. 406.

Av det sagda skulle man kunna vara benägen att dra den slutsatsen att kommissionärens returrätt är en både nödvändig och tillräcklig betingelse för att kommission skall anses föreligga. Rättsfallen tillåter emellertid inte denna slutsats. Frågan om hur långt returrättens betydelse sträcker sig har inte riktigt ställts på sin spets.

I den svenska doktrinen har *Schmidt* diskuterat förutsättningarna för att kommission skall anses föreligga (Om ägareförbehåll och avbetalningsköp, 1938). *Schmidt* avslutar sin genomgång med vissa rekommendationer om vad som bör krävas för att kommissionsregler skall bli tillämpliga (s. 208 f). För det första bör man fordra att varorna *hålls åtskilda*, eftersom det annars inte är möjligt att bestämma vad som skall anses som huvudmannens egendom. För det andra måste kommissionären föra *särskilda kommissionsräkenskaper*. Vidare bör kommissionären inte vara skyldig att betala andra varor än han kunnat avsätta till tredje man. Han bör alltså – åtminstone i regel – ha *rätt att returnera* de varor som han inte kan sälja. Slutligen menar *Schmidt* att man vanligtvis bör fordra, att huvudmannen *regelbundet kontrollerar* dels att hans varulager hålls åtskilt, dels att kommissionären redovisar gjorda försäljningar.

Det bör betonas att *Schmidt* behandlar skyldigheten att avskilja huvudmannens gods från mellanmannens eget som en förutsättning för att kommission över huvud taget skall anses föreligga. En annan sak är att, även om kommission anses föreligga, huvudmannens separationsrätt kan äventyras genom att sammanblandning sker. Vi återkommer till detta i kap. 6 nedan.

I den uppsats som nämndes i avsnitt 2.1.1 har *Björck* menat att kommissionärens returneringsrätt är – och bör vara – den enda nödvändiga förutsättningen för att avtalet skall kunna godkännas som kommission (s. 61).

Sådana omständigheter som huvudmannens redovisning och kontroll samt kommissionärens behandling av godset och dennes räkenskaper vill Björck endast betrakta som "indicier" på huruvida kommission föreligger eller inte. Björck förordar alltså att avtalet görs till föremål för en samlad bedömning.

Björck diskuterar också betydelsen av det sätt på vilket mellanmannens ersättning beräknas (s. 26 ff). Han menar, bl. a. med hänvisning till flera nordiska författare, att gränsen mellan provision och ersättning med belopp som överstiger visst pris är flytande. Den slutsats Björck drar av detta är att ett kommissionsförhållande bör erkännas även om mellanmannen endast behöver redovisa ett visst minimipris och själv får behålla resten.

2.2.2 Vår bedömning av gällande rätt

Vi behandlar först frågan om KommL:s sakrättsliga regler enligt gällande rätt kan anses tillämpliga när de förutsättningar föreligger som Schmidt, enligt vad som sagts ovan, ansett relevanta föreligger. Med andra ord: Har huvudmannen separationsrätt när – och endast när – varorna hålls åtskilda, kommissionären för särskilda räkenskaper och har returrätt samt huvudmannen utövar kontroll?

Enligt 4 § KommL förstås med kommissionär den som åtagit sig att på visst sätt rättshandla för annans räkning. Avgörande är alltså vad parternas avtal innebär. Huruvida mellanmannen hållit godset avskilt och fört särskilda räkenskaper är inte av omedelbar relevans. Detsamma kan sägas om frågan huruvida huvudmannen utövat kontroll eller inte. Vi anser dock att de nämnda omständigheterna kan ha viss betydelse som bevisfakta om hur parterna uppfattat innebörden av sitt avtal. Jämför Håstad, Sakrätt, s. 139.

Det bör observeras att Schmidts ståndpunkt endast svårligen torde kunna förenas med den senare tillkomna RedovL. Den grundläggande frågan om redovisningsskyldighet föreligger – som motsvarar frågan om kommission föreligger – besvaras här utan att det har omedelbar betydelse huruvida medel hålls avskilda, sysslomannen för särskilda räkenskaper eller huvudmannen utövar kontroll. RedovL:s betydelse för reglerna om kommission skall särskilt behandlas i kap. 6 nedan.

Avgörande för om gods mottagits för försäljning för annans räkning eller ej måste alltså vara hur parternas rättigheter och skyldigheter i vissa väsentliga hänseenden reglerats i avtalet. Som tidigare sagts är kommissionärens *returrätt* enligt praxis en väsentlig omständighet. Enligt det i föregående avsnitt återgivna motivuttalandet är det vidare av betydelse hur det belopp som kommissionären har att erlagga till huvudmannen bestäms. Skall kommissionären betala ett i förväg bestämt fast belopp saknar ju huvudmannen *resultatintresse*, dvs. intresse av de villkor, främst avseende försäljningspriset, som kommissionären lyckas uppnå. Och då är det enligt nyssnämnda motivuttalande mycket som talar för att det är fråga om en vanlig försäljning och inte kommission.

I uttrycket "för annans räkning" måste anses ligga att *huvudmannen skall ha ett verkligt intresse av försäljningen till tredje man*. Kan då detta krav på huvudmannens intresse översättas till något enskilt, lätt urskiljbart kriterium vilket *alltid medför* att det rör sig om kommission (tillräckligt kriterium), och/eller vilket *alltid måste vara uppfyllt* för att det skall röra sig om kommission (nödvändigt kriterium)? Hur ligger det till i detta avseende med de tidigare nämnda "kritiska" omständigheterna, kommissionärens retrurrätt och huvudmannens resultatintresse?

Returrättsrätt (retrurrätt) och returteringsrisk (returrisk)

Returrätt kan inte vara ett *tillräckligt* kriterium på kommission. Detta framgår redan av att ett avtal som utan tvekan bör betecknas som en överlåtelse kan förses med en retrurrätt. Jämför det ovan återgivna citatet ur förarbetena till KommL: "... förekommer ... att en person, som i själva verket sålt en vara ... med köparen öppen lämnad rätt att returnera vad han icke kan finna avsättning för, i samförstånd med köparen söker giva mellanhavandet sken av kommission ...".

Returrätten kan vara mer eller mindre villkorad, exempelvis förenad med en skyldighet att betala en straffavgift. Returrätten kan i själva verket vara så starkt villkorad att det från kommissionärens synpunkt av ekonomiska skäl inte är aktuellt att utnyttja den. Detta innebär i sig att retrurrätt inte kan vara ett tillräckligt kriterium på kommission.

Men inte heller en helt villkorslös retrurrätt är alltid utslagsgivande för avtalets klassificering. Om rätten bara framstår som en ren formalitet, och det är klart mellan parterna att den aldrig skall utnyttjas, bör den inte anses vara ensamt avgörande för om kommission föreligger eller ej. Om andra kommissionstypiska rekvisit är för handen kan emellertid även en dylik retrurrätt få betydelse, se vidare nedan.

Om det rör sig om en retrurrätt som huvudmannen i hög grad har att räkna med torde emellertid denna kunna vara tillräcklig för att avtalet skall klassas som kommission. Om risken för att huvudmannen får godset i retur är påtaglig har han ju ett reellt intresse av hur kommissionärens försäljningsförsök artar sig. Om risken är avlägsen har han visserligen ändå ett intresse av att godset säljs så att den osannolika händelsen att han får godset i retur inte inträffar. Men detta intresse väger lätt.

Vi kan illustrera det sagda med ett enkelt exempel. Antag att A lämnar ett smycke till en juvelerare och anger att han vill få det sålt för minst 2 000 kr. Kan detta pris inte uppnås skall smycket enligt A:s instruktioner återlämnas. Kan juveleraren få mer än 2 000 kr – vilket ter sig osäkert – skall han få behålla överskottet. – I detta fall har A ett beaktansvärt intresse av försäljningen till tredje man; juvelerarens retrurrätt är praktiskt mycket betydelsefull, ett återlämnande av smycket framstår som en fullt sannolik händelse. Försäljningen bör därför anses ske för huvudmannens räkning, och han bör således ha separationsrätt. Annorlunda hade det varit om det

för båda parter framstått som helt uppenbart att smycket skulle kunna säljas för minst 2 500 kr och att det därför inte skulle bli aktuellt med återlämnande. Huvudmannens intresse av att mellanmannen kan hitta en köpare är då inte beaktansvärt; risken för att så inte skall kunna ske är liten. Den risk huvudmannen står att mellanmannen skall returnera godset (*returrisken*) är alltså av stor betydelse.

När returrisken är försumbar trots att parterna avtalat om en oinskränkt returrätt, torde omständigheterna ibland vara sådana att man kan säga att parterna för skens skull avtalat om returrätt eller att avtalet om denna rätt eljest inte varit allvarligt menat. Då ger nog vanliga avtalsrättsliga regler ofta vid handen att returrätt i själva verket saknas. Men enligt vår uppfattning finns det i princip ingen anledning att fästa avseende vid hur det förhåller sig med detta; det bör räcka att beakta returrisken.

Nästa fråga blir om returrätt skall anses som ett *nödvändigt* kriterium på kommission. Har mellanmannen inte rätt att lämna tillbaka varan även om den är omöjlig att sälja, är han kanske fast med den till ett pris som parterna bestämt. Då ligger det nära till hands att anse att han köpt varan redan från början och att hans försäljning till tredje man sker för hans egen räkning.

Emellertid kan man tänka sig fall där returrätt saknas men där kommission ändå bör anses föreligga. Antag att A lämnar in en tavla till försäljning hos en konsthandlare. Denne skall endast ha normal provision på försäljningslikviden. A vill absolut få tavlan såld eftersom han måste betala en skuld och saknar likvida medel för detta. Han säger därför till konsthandlaren att under alla förhållanden se till att tavlan säljs. Den får alltså inte återlämnas. – I detta fall bör A:s intresse av försäljningen till tredje man anses tillräckligt starkt för att kommission skall föreligga. Han är ju helt beroende av försäljningsresultatet när det gäller frågan hur mycket han skall få för tavlan.

Genom att huvudmannen i exemplet inte hade uppställt något minsta pris (limitum) utan endast sagt att försäljning skulle ske till bästa möjliga pris skulle det, även om returrätt förelegat, inte ha funnits någon returrisk. Och i sådana fall saknar det som sagt i huvudsak betydelse om returrätt föreligger eller ej. Exemplet utgör alltså en ytterligare illustration av returriskens betydelse för hur returrätten skall värderas vid bedömningen av om ett avtal är att bedöma som kommission.

Returrätt för kommissionären är således inte ett nödvändigt kriterium på kommission. Det kan i vissa fall räcka med att huvudmannen har ett betydande resultatintresse. Men det handlar här om undantagssituationer. I normala fall torde krävas att kommissionären på något sätt har returrätt.

För tydlighetens skull bör här påpekas följande. När vi diskuterar returrättens betydelse är det inte rätten att fysiskt returnera godset som är det väsentliga. Ibland saknar det helt betydelse för huvudmannen om han rent faktiskt får godset i retur eller ej. Detta är exempelvis fallet om varorna är sådana att de efter en tid blir värdelösa. Så är det ofta med en produkt som tillverkats för ett visst evenemang och av vilken det finns ett lager kvar när evenemanget avslutats. På samma sätt kan det vara med matvaror som

förstörs eller med varor som råkat bli "politiskt infekterade" och därför osäljbara. För kommissionären kan det nog i vissa fall vara bättre att få skicka tillbaka värdelösa varor än att tvingas att göra sig av med dem på annat sätt, men i regel är en sådan "fysisk returrätt" ointressant för honom. Det är i stället rätten att slippa betala de varor som inte säljs som är av intresse. Det väsentliga är med andra ord *vem av parterna som står risken för utebliven försäljning*. Det är också detta vi avser när vi anger att returrätt finns eller inte finns.

Resultatintresse

Med huvudmannens resultatintresse avser vi som nämnt huvudmannens intresse av vilka villkor, främst vilket pris, mellanmannen lyckas uppnå vid försäljningen till tredje man.

Först frågar vi oss: Utgör resultatintresse ett *tillräckligt* kriterium på kommission? Om resultatintresset är mycket starkt är det vår uppfattning att detta bör kunna räcka för att avtalet skall klassificeras som kommission (jämför strax ovan), men normalt torde det inte vara tillfyllest. En returrätt kombinerad med en icke helt försumbar returrisk krävs nog vanligtvis. Men bedömningen försvåras av att resultatintresset kan vara mycket skiftande mellan olika avtal. Det kan ju av parterna fritt varieras längs en glidande skala.

Därefter blir frågan om resultatintresse utgör ett *nödvändigt* kriterium på kommission. Kan avtalet betecknas som kommission även om huvudmannen förbehållit sig ett fast pris, och således hela överskottet skall tillfalla kommissionären? Det ovan återgivna motivuttalandet ger vid handen att detta är möjligt, men att det normala i sådana fall är att överlåtelse bör anses föreligga. Det exempel om försäljningsuppdrag avseende ett smycke vi använde ovan visade för övrigt att resultatintresse inte krävs, om returrätt och påtaglig returrisk föreligger.

En sammanvägning

Av vad vi hittills anfört torde framgå att vi anser att frågan huruvida försäljning sker för egen eller för annans räkning får avgöras efter en *sammanvägning av alla relevanta omständigheter*. Det gäller därvid som sagt att avgöra om huvudmannen har ett *verkligt intresse av försäljningen till tredje man* eller inte.

De väsentligaste faktorerna man har att ta hänsyn till vid sammanvägningen är returrätten/returrisken och resultatintresset. Däremot har det inte med huvudmannens intresse av försäljningen att göra huruvida kommissionären håller godset avskilt och för särskilda kommissionsräkenskaper samt huruvida huvudmannen utövar kontroll. Dessa omständigheter kan

dock någon gång ha betydelse som bevis för hur parterna själva uppfattat avtalet.

Förutom returrätten/returrisken och resultatintresset bör emellertid vissa andra faktorer, som också är relevanta för bedömningen av vilket intresse huvudmannen har av försäljningen, kunna tillmätas viss betydelse. Vi avser då frågor som vem av parterna som svarar för finansieringskostnader och lagerkostnader samt vem som står faran för och skall försäkra godset. Av betydelse är också, som skall framgå nedan, huruvida huvudmannen har rätt att återkräva godset från kommissionären eller inte.

Vi vill i någon utsträckning ytterligare klargöra hur vi uppfattar gällande rätts ståndpunkt beträffande kommissionsbegreppet. Vad krävs för att sammanvägningen skall utmyнна i slutsatsen att avtalet bör betecknas som kommission?

Av betydelse i detta sammanhang är, som vi nämnt ovan och närmare skall redogöra för i nästa kapitel, att återtagandeförbehåll de lege lata inte är sakrättsligt giltiga i gods som får vidareöverlätas före betalning. För att upprätthålla denna regel, och inte möjliggöra för parter att enkelt komma förbi den, måste ett tämligen snävt kommissionsbegrepp användas. Huvudmannens intresse av försäljningen till tredje man får alltså inte vara alltför uttunnat. Det bör t. ex. inte räcka med att huvudmannens enda intresse är att försäljning och betalning sker snabbt så att han så fort som möjligt får sina pengar. Inte heller intresset av att en viss försäljningsvolym uppnås bör vara tillfyllest. Antingen en returrätt kombinerad med en beaktansvärd returrisk eller ett kvalificerat intresse av vilket försäljningspris som uppnås torde alltid krävas. Om såväl returrätt/returrisk som resultatintresse föreligger kan, eftersom det rör sig om en sammanvägning, kraven på returrisken och resultatintresset som framgått mildras.

En särskilt fråga är vilken betydelse det har hur parterna själva rubricerat sitt avtal. Ovan har framgått att det i förarbetena till 53 § 1 st. KommL slås fast att det inte är tillräckligt för regelns tillämplighet att parterna betecknat sitt mellanhavande som kommission. Man kan emellertid också fråga sig om regeln i vissa fall kan bli tillämplig även om parterna använt sig av begrepp som överlåtelse eller konsignation.

Enligt vår uppfattning bör det sätt på vilket parterna betecknat avtalet i princip inte tillmätas så stor betydelse. Det är i överensstämmelse med nutida rättsuppfattning att i stället låta parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet vara avgörande. Men ibland är parternas benämning av avtalet relevant som tolkningsdatum när dessa rättigheter och skyldigheter skall fastställas, och på det viset kan avtalets rubricering ändå få betydelse för bedömningen av om kommission föreligger eller ej. Det sagda föranleder att kommission endast i undantagsfall torde kunna anses föreligga om parterna använt överlåtelseterminologi; eljest skulle "köparen" i efterhand konstateras ha varit redovisningsansvarig mot "säljaren", vilket en köpare normalt inte räknar med att han är.

Om kommitténs ovan redovisade uppfattning om kommissionsbegreppets avgränsning enligt gällande rätt är riktig torde många av de "kommissions-

avtal" som gäller i dag inte vara att betrakta som kommission. Detta gäller i synnerhet sådana avtal som träffats mellan tillverkare/grossister och detaljister avseende dyrbara kapitalvaror. Det kan alltså betvivlas att leverantörerna genom att använda "kommissionsavtal" uppnår det avsedda syftet, att få separationsrätt i godset. Vi kommer, som redan sagts, i det följande att uppmärksamma frågan om, och i så fall hur, leverantörerna de lege ferenda bör beredas möjlighet att få säkerhet i godset och surrogat för detta.

För säkerhets skull bör tilläggas att de försäljningskommissionsuppdrag som normalt ges inom fondhandeln naturligtvis utgör odiskuterade och klara fall av kommission; här kan huvudmannens separationsrätt inte sättas ifråga.

Returplikt

Det förekommer att parterna avtalar att huvudmannen skall sakna rätt att kräva tillbaka godset från kommissionären. Kommissionären skall alltså enligt avtalet få utföra ett försäljningsuppdrag även om huvudmannen före försäljningen av någon anledning inte längre vill ha det utfört. Skälet till avtalsbestämmelsen kan vara att kommissionären av goodwillhänsyn e.d. inte vill försättas i den situationen att han måste meddela presumtiva köpare, som blivit intresserade av godset, att det inte längre är till salu.

Vi har övervägt om en sådan avtalsbestämmelse är förenlig med kommissionsinstitutet, som ju kan sägas vila på tanken att huvudmannen som ägare har fri dispositionsrätt över godset. Vi har alltså ställt oss frågan om det för att kommission skall anses föreligga krävs att kommissionären har returneringsplikt (*returplikt*), och om det faktum att han enligt avtalet inte har det bör anses innebära att överlåtelse redan skett. I sammanhanget har beaktats praxis angående s. k. oåterkalleliga lyftningsfullmakter, bl. a. NJA 1942 s. 321, av vilken framgår att utgivandet av en sådan fullmakt föranleder att överlåtelse anses ha skett.

Vi har emellertid funnit att frågan huruvida kommissionären har returplikt inte har någon betydelse för frågan huruvida hans försäljning till tredje man sker för egen eller för huvudmannens räkning, varför huvudmannen kan åtnjuta separationsrätt till godset och surrogat för detta även om parterna avtalat att försäljningsuppdraget inte får återkallas.

Om huvudmannen har rätt att när som helst kräva godset i retur tyder detta på att mellanmannen besitter det för huvudmannens räkning. Returplikt föreligger vid bl. a. depositionsavtal, men normalt inte efter överlåtelse. Eftersom kommission kan ses som ett depositionsavtal kombinerat med ett försäljningsuppdrag kan returplikten som ovan antytts ha betydelse vid bedömningen av om kommission eller överlåtelse bör anses föreligga.

Separationsrätten till gods som från början var kommissionärens och till köpeskillingsfordran avseende sådant gods

Antag att B innehar och är ägare till visst gods. Antag vidare att A köper godset av B men samtidigt uppdrar åt B att sälja det i kommission för A. A

har då inte separationsrätt till godset i B:s konkurs; för sakrättsligt skydd krävs enligt den s. k. traditionsprincipen att godset kommer ur säljarens, B:s, besittning.

Men antag att B i kommission för A lyckats sälja godset på kredit till C; har A separationsrätt enligt 57 och 61 §§ KommL till B:s köpeskillingsfordran mot C?

Av relevans för hur frågan skall besvaras är vad som gäller om separationsrätten vid inköpskommission. Vi skjuter därför upp spørgsmålet till dess inköpskommission behandlats, och återkommer till det i avsnitt 11.2.3.

2.3 Överväganden om den framtida regleringen av separationsrätten vid försäljningskommission

2.3.1 Principiella utgångspunkter

Vi övergår nu till att diskutera vad som framdeles bör gälla i det avseende som behandlas i detta kapitel.

Att bedömningen av huruvida leverantören har separationsrätt eller ej enligt gällande rätt är beroende av en sammanvägning av relevanta omständigheter är föga tillfredsställande. För leverantören måste det, när han överväger att ge kredit, ofta vara svårt att bedöma huruvida han med framgång kommer att kunna göra gällande separationsrätt i godset. Detta gäller särskilt när avseende fästs vid vilken returrisk han står; denna beror ju på de affärsmässiga betingelserna i det enskilda fallet. Den framtida regleringen bör om möjligt utformas så att förutsebarheten förbättras.

Även i fortsättningen bör en huvudman beredas separationsrätt till gods som han lämnat till en kommissionär för försäljning. Kommissionsavtalet kan som vi sagt ses som ett depositionsavtal kombinerat med ett försäljningsuppdrag. Att en deponent har separationsrätt är en självklar utgångspunkt, och att det finns ett försäljningsuppdrag bör inte föranleda att separationsrätten går förlorad, om försäljningen skall ske för deponentens räkning.

Det är alltså klart att det bör följa separationsrätt i uppenbara kommissionsfall. De fall som här avses är de i vilka dels kommissionären har en returrätt som är förknippad med en reell risk att godset returneras, dels huvudmannen har ett starkt intresse av det försäljningspris kommissionären lyckas uppnå.

Men det är också klart att regler om separationsrätt vid kommission inte bör tillämpas i sådana fall då förhållandena är likvärdiga med vanlig överlåtelse. Detta gäller även om parterna använt uttrycket kommission för att beteckna sitt avtal. Sålunda bör separationsrätt på grund av kommission inte åtnjutas om mellanmannen har att erlægga ett fast och förutbestämt pris för godset även om han misslyckas med att sälja det.

4 Separationsrätt vid konsignation

4.1 Inledning

I avsnitt 2.1.2 nämndes att vi med konsignation menar ett avtal enligt vilket en leverantör (konsignant) deponerar gods hos någon (en konsignatarie) med rätt (option) för denne att förvärva det, främst i anslutning till att han säljer det vidare till tredje man för egen räkning, vilket ofta får ske innan han betalat godset till leverantören (dvs. på kredit).

Termen konsignation är mindre lämplig från den synpunkten att den ibland har använts som en synonym till försäljningskommission (se Schmidt s. 205, SOU 1965:14 s. 34 samt bl. a. NJA 1941 s. 165 och 1945 s. 406), och att betydelsen av det engelska ordet consignment delvis synes sammanfalla med det svenska försäljningskommissionsbegreppet. Vi har emellertid ansett att det vore en fördel att ha en benämning på den aktuella avtalstypen. Dansk rätt känner vid sidan av kommissionsinstitutet termen konsignation i den betydelse vi tillägger den, och vi har inte funnit något bra alternativ.

När det gäller konsignation är alltså skillnaden mot kommission att försäljningen till tredje man sker för detaljistens egen räkning och skillnaden mot försäljning med återtagandeförbehåll att ingen överlåtelse till detaljisten sker förrän i samband med vidareförsäljningen. I avtalet förpliktar sig konsignatarien ofta att hålla godset avskilt och att erlagga betalning i takt med försäljningen. Han har normalt också såväl returrätt som returplikt (se avsnitt 2.2.2).

Det förekommer också avtal enligt vilka konsignatarien har rätt att, ofta före betalning, för egen räkning förfoga över godset på annat sätt än genom försäljning. Han kan ha rätt att bearbeta det, sammanfoga det med annan egendom eller konsumera det. Vad vi anför i det följande har i tillämpliga delar avseende också på sådana avtal.

Vi skall nu behandla i vilken utsträckning konsignantens rätt till godset är skyddad mot konsignatars borgenärer.

4.2 Gällande rätt

I vissa fall är det klart att konsignanten är skyddad mot konsignatars borgenärer. Så är det om konsignatarien är skyldig att erlagga betalning innan han förfogar över godset eller om han i varje särskilt fall måste begära tillåtelse till att få förfoga över gods trots att det inte är betalt. Liksom vid

försäljning med återtagandeförbehåll äger leverantörens rätt till kvarvarande gods sakrättslig giltighet i dessa situationer; han har ju inte givit sådan tillåtelse som gör att denna rätt kan sättas i fråga.

Men om konsignanten lämnat generellt tillstånd för konsignatarien att göra uttag ur laget *på kredit* är rättsläget mera svårbedömt. Skall man här fästa avgörande avseende vid att varorna deponerats hos konsignatarien, varvid separationsrätt skall medges, eller skall man anse avtalets likheter med försäljning med återtagandeförbehåll bestämmande, varför separationsrätt skall nekas?

Omständigheterna i det enskilda fallet kan vara avgörande. Om en beaktansvärd *returrisk* föreligger synes godset inte ha lämnat konsignantens sfär i sådan utsträckning att överlåtelse regler bör tillämpas (jfr avsnitt 2.2.2). Men om returrisken är obetydlig eller obefintlig, och det således framstår som nästan säkert att konsignatarien kommer att förfoga över godset för egen räkning, är det svårt att motivera varför inte samma rättsföljd skall gälla som i ett fall av försäljning med återtagandeförbehåll.

Eftersom vägledande motivuttalanden, rättsfall och doktrinuttalanden saknas är rättsläget beträffande separationsrätten vid konsignation emellertid osäkert (jämför Håstad, Sakrätt s. 163). Ett klarläggande i lag av vilka regler som gäller får anses ha praktisk betydelse.

Det förekommer kommissionsavtal som innebär att kommissionären regelmässigt skall göra självinträde i samband med försäljningen till tredje man. Sådana kommissionsavtal bör, i vart fall när det gäller reglerna om separationsrätt, likställas med det vi kallar konsignationsavtal. Innehållet i de båda typerna av avtal synes nämligen i relevanta avseenden överensstämma.

4.3 Överväganden

De flesta konsignationsavtal tillämpas så att konsignanten ställer ett lager till konsignatariens förfogande, från vilket konsignatarien vid behov fritt får göra uttag på kredit. Returrisken framstår normalt som försumbar; den händelseutveckling parterna förutser är att konsignatarien skall utnyttja sin optionsrätt och således förvärva godset.

När man tar ställning till vad som i dessa fall bör gälla beträffande separationsrätten måste beaktas, att det inte bör vara möjligt att komma förbi de sakrättsliga reglerna om återtagandeförbehåll genom att avtala om konsignation. Som vi konstaterade ovan är det svårt att motivera varför olika regler skall gälla i separationsrättshänseende beroende på om parterna ingått konsignationsavtal, tillämpat på sätt beskrevs i föregående stycke, eller om de avtalat om försäljning med återtagandeförbehåll. I praktiken saknas enligt vår uppfattning sådana skillnader mellan fallen som kan motivera olika rättsföljder i det aktuella hänseendet.

Annorlunda förhåller det sig om konsignanten bär en icke oväsentlig returrisk, och depositionsmomentet således är väl så framträdande i parternas avtal som överlåtelsemomentet. I sådana fall bör konsignanten, trots att

återförsäljaren får göra uttag på kredit, ha separationsrätt. Se föregående avsnitt.

Det anförda föranleder slutsatsen att, om returriskens vid konsignation är försumbar, reglerna om separationsrätt vid försäljning med återtagandeförbehåll bör tillämpas. Detsamma bör, när returriskens är obetydlig, gälla beträffande kommissionsavtal enligt vilka självinträde regelmässigt sker (se åter föregående avsnitt).

I kap. 2 har vi redovisat hur gränsdragningen mellan kommission och försäljning med återtagandeförbehåll enligt vår uppfattning bör göras. När det gäller att dra upp gränsen mellan å ena sidan konsignation som bör föranleda separationsrätt och å andra sidan sådana avtal som av parterna kanske benämns konsignation men som i enlighet med vad vi nyss sagt sakrättsligt bör jämföras med försäljning med återtagandeförbehåll, blir delvis samma synpunkter aktuella som i kap. 2. Det gäller att avgöra huruvida godset finns kvar inom leverantörens intressesfär i sådan utsträckning att han bör ha separationsrätt. Returrätten/returriskens är den viktigaste faktorn vid bedömningen, men liksom i kap. 2 bör även frågor som vem av parterna som svarar för finansieringskostnader och lagerkostnader samt vem som står faran för och skall försäkra godset kunna tillmätas viss betydelse, liksom frågan om returplikt finns.

Skillnaden gentemot den gränsdragning vi behandlade i kap. 2 synes vara att det vid konsignation aldrig föreligger något resultatintresse (om begreppet, se avsnitt 2.2.2) för leverantören att ta hänsyn till vid bedömningen; försäljningen till tredje man skall ju ske för mottagarens egen räkning. Det är då i överensstämmelse med våra överväganden i kap. 2 att en returrätt kombinerad med en icke obetydlig returrisk krävs för separationsrätt vid konsignation när tillstånd till uttag på kredit givits.

Reglerna om separationsrätt vid konsignation bör som vi sagt slås fast i lag, eftersom innehållet i gällande rätt är osäkert och ett klarläggande har betydelse från praktisk synpunkt.

Gällande rätts ståndpunkt beträffande separationsrätten vid försäljning med återtagandeförbehåll framgår endast av praxis. För att uppnå ett klart och entydigt rättsläge beträffande såväl konsignation som försäljning med återtagandeförbehåll bör denna praxis – trots att vi i kap. 3 funnit att gällande rätt inte bör ändras – kodifieras i en bestämmelse i anslutning till regeln om konsignation.

Det finns inte någon redan existerande lag som dessa bestämmelser lämpligen kan placeras i, och de bör heller inte inflyta i den nya lagen om handelsagentur och kommission; det skulle spränga ramarna för den lagen.

Vårt förslag

Mot denna bakgrund föreslår vi att av en ny lag, benämnd "lagen om separationsrätt i vissa fall", bl. a. skall framgå vad som i aktuellt hänseende gäller vid försäljning med återtagandeförbehåll (1 §) och vid konsignation (2 §). I kap. 11 får vi anledning att fylla ut lagen med ytterligare bestämmelser.

5 Separationsrätt m.m. vid inköpskommission

5.1 Inledning

I kommissionärsbolagsförhållanden är det vanligt förekommande att inköp sker för huvudbolagets räkning. Vi behandlar sådana förhållanden i kap. 12. Också inom fondhandeln och råvaruhandeln samt vid auktionsverksamhet (se t. ex. NJA 1937 s. 619) används institutet inköpskommission. Men i övrigt förekommer rättsfiguren, såvitt kommittén känner till, inte i någon större utsträckning som huvudsakligt inslag i rörelsers verksamhet. Sporadiskt torde emellertid inträffa att näringsidkare, som eljest är egenhandlare, åtar sig inköpsuppdrag.

I Delbet. (s. 96) uttalades att det, mot bakgrund av att institutet inte är så vanligt förekommande, under det nordiska samarbetet yppats tveksamhet i frågan huruvida lagförslaget borde innehålla regler om inköpskommission, men att kommittén stannat för att i lagen uppta också sådana regler. – Med hänsyn bl. a. till inköpskommissionsinstitutets stora principiella betydelse när det gäller de sakrättsliga frågorna vid kommission anser vi numera att det är självklart att den nya lagen skall innehålla regler om inköpskommission.

Huvudmannen har enligt gällande rätt separationsrätt till det för hans räkning inköpta godset. Regeln framgår av 53 § 2 st. KommL. Huvudmannen har också, innan leveransen till kommissionären skett, separationsrätt till kommissionärens då föreliggande fordran mot säljaren på att erhålla godset. Detta framgår av 57 och 61 §§ KommL. Vi återkommer till reglerna om huvudmannens rätt att ta över anspråket mot tredje man i kap. 9; här behandlar vi bara hans rätt till godset.

Bestämmelsen i 53 § 2 st. KommL har inte bara betydelse för huvudmannens separationsrätt. Den avgör också under vilka förutsättningar kommissionären är obligationsrättsligt förpliktad att ge ut just det inköpta godset till huvudmannen. Vad som sägs i fortsättningen avser alltså såväl huvudmannens separationsrätt som hans obligationsrättsliga rätt till godset. Det sistnämnda åsyftar närmare bestämt hans möjlighet att, utan att det är aktuellt med konkurs eller utmätning hos kommissionären, få fullgörelse avseende godset. – Också en huvudmans rätt mot en konkurrerande huvudman avses i den fortsatta framställningen. Se om detta särskilt avsnitt 5.3.2 nedan.

Reglerna om separationsrätt vid inköpskommission förutsätter inte för

sin tillämplighet att huvudmannen lämnat kommissionären förskott. Men i praktiken torde de sällan få någon betydelse om förskott ej utgått. Liksom vid försäljningskommission har kommissionären nämligen panträtt i godset och fordringen mot tredje man till säkerhet för sin fordran mot huvudmannen, se 36 § KommL. Kommissionären eller hans konkursbo har alltså, trots att huvudmannen har separationsrätt, rätt att innehålla godset till dess huvudmannen betalat vad han är skyldig. Om emellertid huvudmannen har fordringar mot kommissionären kan han betala genom kvittning, och härigenom kan reglerna om separationsrätt vid inköpskommission i viss utsträckning användas för att säkra krediter. Vi återkommer nedan till detta.

Separationsrätten vid inköpskommission ger upphov till vissa problem. I följande avsnitt skall vi redogöra närmare för gällande rätt i aktuellt avseende, och dessa problem kommer därvid att uppmärksammas.

5.2 Närmare om gällande rätt

För att huvudmannen skall ha separationsrätt enligt 53 § 2 st. KommL krävs dels att ett inköpskommissionsavtal mellan honom och mellanmannen föreligger (jfr 4 § KommL), dels att det gods huvudmannens anspråk riktar sig mot verkligen köpts in för hans räkning, dvs. för att uppfylla inköpskommissionsavtalet.

Frågan huruvida ett avtal är att bedöma som ett inköpskommissionsavtal påminner om den fråga vi behandlade i kap. 2, nämligen huruvida ett försäljningskommissionsavtal föreligger eller ej. I viss utsträckning blir också likartade omständigheter av betydelse vid bedömningen. Och eftersom separationsrätt även i detta fall kan uppnås om kommission anses föreligga är det av vikt att slå fast hur gränsen dras. – Frågan om visst gods köpts in för att uppfylla kommissionsavtalet saknar däremot naturligen motsvarighet när det gäller försäljningskommission.

Även om kommission anses föreligga och det utreds att godset köpts in för huvudmannens räkning kan dennes separationsrätt äventyras genom att godset sammanblandas med annat gods av samma slag. Se om detta i kap. 6.

Vi skall nu ange vilka omständigheter som är av betydelse när de inledningsvis nämnda frågorna skall besvaras. Vi tar upp frågorna var för sig.

5.2.1 Föreligger inköpskommissionsavtal?

När det gäller den första frågan, om avtalet mellan huvudmannen och mellanmannen är att bedöma som ett kommissionsavtal, saknas motivuttalanden och praxis om vilka omständigheter som är av betydelse. I den juridiska litteraturen har frågan emellertid behandlats av Håstad i Studier (s. 24 f). Håstad återger Schmidts uppfattning om hur gränserna för försäljningskommission bör dras (se ovan avsnitt 2.2.1), och anger att motsvarande krav bör uppställas vid inköpskommission. Håstad har emellertid sedermera reviderat sin uppfattning om hur försäljningskommissionsbe-

greppet bör avgränsas (Sakrätt s. 139), varför grunden för uttalandena i Studier ryckts undan. Men de omständigheter Håstad här ansåg avgörande var *att* godset hölls avskilt från mellanmannens egen egendom, *att* mellanmannen förde särskilda kommissionsräkenskaper, *att* huvudmannen inte godtyckligt hade rätt att avvisa inköpt gods, *och att* mellanmannen inte när som helst fick överta godset för egen räkning. Håstad höll dessutom öppet om man skulle fästa avseende vid huruvida huvudmannen utövade kontroll över mellanmannens verksamhet.

När det gäller försäljningskommission har vi poängterat att med kommissionär förstås enligt 4 § KommL den som åtagit sig att på visst sätt rätts-handla för annans räkning, och att de omständigheter som skall vara avgörande för bestämningen av kommissionsbegreppet således måste sökas med utgångspunkt i denna definition. Detsamma kan sägas såvitt avser inköpskommission. Av omedelbar relevans är alltså inte heller här huruvida mellanmannen hållit godset avskilt, om han fört särskilda räkenskaper eller om huvudmannen utövat kontroll. Men liksom vid försäljningskommission kan nämnda omständigheter ha viss betydelse som bevisfakta om hur parterna uppfattat innebörden av sitt avtal.

I linje med våra överväganden om försäljningskommission ligger, att mellanmannen bör anses handla för huvudmannens räkning, om denne har *ett verkligt intresse av inköpet från tredje man*. Frågan blir då liksom vid försäljningskommission om detta intresse kan översättas till några konkreta kriterier.

Ett par av de omständigheter Håstad i Studier ansåg relevanta har med huvudmannens intresse av inköpet att göra. Det gäller dels frågan om huvudmannen har rätt att godtyckligt avvisa inköpt gods (huvudmannens avvisningsrätt), dels frågan om mellanmannen när som helst får överta godset för egen räkning (mellanmannens övertaganderätt). Vidare är det liksom vid försäljningskommission av betydelse vilket intresse huvudmannen har av de villkor som mellanmannen lyckas uppnå vid sitt avtal med tredje man (huvudmannens resultatintresse). Vi skall strax kortfattat redogöra för hur dessa omständigheter enligt vår uppfattning påverkar bedömningen av huruvida ett inköpskommissionsavtal föreligger eller ej.

Typiska och odiskutabla inköpskommissionsavtal förekommer inom fondhandeln och råvaruhandeln samt vid auktions- och kommissionärsbolagsverksamhet. Kommissionären åtar sig – mot viss procentuell ersättning, mot att han får betalt för sina kostnader e.d. – att göra ett inköp för huvudmannens räkning. Huvudmannen har inte, utöver vad som följer av 15 § KommL, rätt att avvisa inköpet. Kommissionären får inte överta godset för egen räkning, i vart fall inte så länge huvudmannen uppfyller sina förpliktelser mot honom.

Det finns också fall som klart inte utgör inköpskommission, trots att det ibland påstås att de gör det. Det har t. ex. hänt att en försäljningskommissionär tar emot en inbytesvara som dellikvid och sedan går i konkurs, varefter huvudmannen påstår att inbytesvaran förvärvats i kommission för honom, trots att det aldrig var tänkt att han skulle ta emot den, bära

affärsrisken för dess vidareförsäljning e.d. Här kan inte inköpskommissionsregler återopas.

Frågan vilken betydelse det har hur parterna själva rubricerat sitt avtal är i princip parallell till motsvarande fråga vid försäljningskommission, se avsnitt 2.2.2. Om "huvudmannen" och "mellanmannen" ingått köpeavtal enligt vilket den senare är säljare torde kommissionsavtal således sällan kunna anses föreligga. I den fortsatta framställningen utgår vi främst från det fallet att parterna använt kommissionstermen, men fråga alltså uppkommer om denna verkligen är en adekvat beteckning.

Huvudmannens avvisningsrätt

Det kan förefalla tveksamt om mellanmannen handlar för huvudmannens räkning, om denne har rätt att avvisa alla inköp som mellanmannen gör. Om godset blir huvudmannens eller ej avgörs ju då först sedan huvudmannen bestämt huruvida han skall avvisa det. Mellanmannen bör nog i dessa fall ofta anses handla för egen räkning i förhållande till tredje man.

Men en avvisningsrätt för huvudmannen kan inte gärna utesluta att avtalet bedöms som ett kommissionsavtal. Här gör sig liknande synpunkter gällande som vi ovan anförde när det gäller returrätten vid försäljningskommission (avsnitt 2.2.2). Om avvisningsrätten bara framstår som en ren formalitet, och det är klart mellan parterna att den aldrig skall utnyttjas, bör den inte utesluta att kommission föreligger.

Om det rör sig om en avvisningsrätt som huvudmannen utnyttjar i stor utsträckning torde inköpskommission emellertid inte kunna anses vara för handen. I många fall kommer ju ett inköp då att få till följd att mellanmannen själv tvingas ta hand om godset, och detta är kommissionsfrämmande. *Avvisningsrisken* har alltså, när huvudmannen har avvisningsrätt, betydelse för avtalets klassificering.

Mellanmannens övertaganderätt

Det kan ifrågasättas om kommission kan anses föreligga även om mellanmannen har en vidsträckt rätt att överta godset för egen räkning. (Godset antas alltså nu vid inköp vara avsett för huvudmannen, men mellanmannen har sedan ändå rätt att själv förvärva det.)

Det bör inledningsvis betonas att den rätt som nu diskuteras inte innebär rätt till självinträde i KommL:s mening. En inköpskommissionär självinträder genom att själv tillhandahålla huvudmannen det efterfrågade godset, och separationsrätt före tradition kommer då inte i fråga. Vad det nu gäller är i stället en optionsrätt för kommissionären att, sedan gods ämnat för huvudmannen inköpts, själv överta det.

Liksom när det gäller huvudmannens avvisningsrätt är det uppenbarligen av betydelse om mellanmannens övertaganderätt endast framstår som en

formalitet eller om den är av praktisk betydelse. I det förra fallet kan den knappast utesluta att avtalsförhållandet betraktas som kommission. Å andra sidan är det i harmoni med vår i kap. 4 redovisade syn på gällande rätt vid kommission med regelmässigt självinträde och vid konsignation, att separationsrätt inte medges om mellanmannen normalt själv övertar det inköpta godset. *Övertaganderisken* har alltså betydelse när mellanmannen har övertaganderätt.

Huvudmannens resultatintresse

Hur mycket huvudmannen skall betala för godset bestäms normalt främst av vilket inköpspris kommissionären erhåller. Detta illustreras väl av värdepappershandeln. Frågan är emellertid om det kan röra sig om kommission utan att huvudmannen har intresse av vilka villkor, främst vilket pris, kommissionären avtalar med tredje man om. Vi kallar som sagt detta intresse för huvudmannens resultatintresse. – Antag t. ex. att mellanmannen fått i uppdrag att köpa ett ton av ett visst kemiskt preparat, och att den ersättning han skall erhålla är fast bestämd. Han får alltså behålla överskottet om han köper billigt, men lägga till av egna pengar om detta erfordras.

Att huvudmannen saknar – eller endast har ett obetydligt – resultatintresse torde inte utgöra något absolut hinder mot att avtalet betraktas som ett kommissionsavtal (jfr Hult s. 204). Huvudmannen kan ändå sägas ha visst intresse av inköpet från tredje man; han skall ha godset. Att den ersättning mellanmannen skall erhålla utgörs av ett fast belopp kan ju t. ex. bero på att marknadspriset på det aktuella preparatet är känt och stabilt eller att mellanmannen parterna emellan skall bära risken för hur priset utvecklas. Det sistnämnda behöver enligt vår uppfattning inte alltid innebära att mellanmannen bör anses förvärva godset för egen räkning för vidareförsäljning till huvudmannen. Men att huvudmannen inte har resultatintresse är nog ändå en omständighet som oftast leder till bedömningen att kommission inte föreligger.

En sammanvägning

Av det hittills sagda torde framgå att frågan huruvida ett inköpskommissionsavtal föreligger, liksom motsvarande fråga när det gäller försäljningskommission, får avgöras efter en *sammanvägning av alla relevanta omständigheter*. Bedömningen tar också här sikte på att att avgöra om huvudmannen har ett *verkligt intresse av avtalet med tredje man*.

Omständigheter som talar emot att kommission föreligger är som sagt att huvudmannen har rätt att godtyckligt avvisa inköp och/eller att mellanmannen får överta godset för egen räkning. Om dessa rättigheter ofta utnyttjas torde kommission inte kunna anses föreligga.

En annan omständighet som talar emot att avtalet bör betecknas som ett kommissionsavtal är att det pris huvudmannen skall betala inte – eller endast obetydligt – är avhängigt mellanmannens inköpspris.

Vissa andra omständigheter, som utvisar huruvida det inköpta godset redan när det befinner sig hos mellanmannen inträtt i huvudmannens intressesfär, bör i tveksamma fall tillmätas betydelse. Här avser vi bl. a. vem av parterna som står faran för godset. Jämför avsnitt 2.2.2.

Uppenbarligen kan, liksom när det gäller motsvarande fråga vid försäljningskommission, tveksamma gränsfall uppstå. Detta är emellertid, som vi tidigare konstaterat, ofrånkomligt när ett avtal skall bedömas efter en sammanvägning av samtliga relevanta omständigheter.

5.2.2 Har godset köpts in för att uppfylla kommissionsavtalet?

Vi antar nu att det fastställts att ett visst avtal konstituerar ett inköpskommissionsförhållande. Det gäller då, som vi inledningsvis nämnde, att avgöra huruvida det gods huvudmannen riktar sitt anspråk mot köpts in för att uppfylla kommissionsavtalet. Om så är fallet har huvudmannen separationsrätt. Har godset förvärvats för kommissionärens egen eller någon tredje persons räkning får huvudmannen, om han betalat i förskott, nöja sig med en oprioriterad fordran mot kommissionären (om han inte med stöd av RedovL kan rikta anspråk mot avskilda medel, se vidare kap. 6. Se också våra överväganden om s. k. surrogation i avsnitt 5.3.2 nedan).

Hur avgör man då för vems räkning visst gods köpts in? Bestämmelsen om separationsrätt i 53 § 2 st. KommL har följande lydelse: "Till gods, som av kommissionären förvärfvas för kommittentens räkning, bliver denne omedelbart ägare". Godset kan alltså aldrig utmätas för kommissionärens skulder. Om vad som krävs för att godset skall anses förvärvat för huvudmannens räkning sägs i förarbetena endast (s. 273):

"Kommittenten måste ..., när han sålunda gör anspråk på äganderätt till visst gods, som finnes hos kommissionären, vara beredd att styrka, att just detta gods blivit inköpt för hans räkning. Detta kan ofta vara förenat med svårigheter, särskilt då fråga är om varuslag, som kommissionären innehar jämväl för egen eller andra kommittenters räkning."

Det bör observeras att uttrycket "för huvudmannens räkning" här inte har att göra med frågan huruvida kommissionsavtal föreligger eller ej. I 53 § 2 st. KommL förutsätts att kommission föreligger, vilken fråga avgörs med tillämpning av 4 § KommL.

De återgivna förarbetenas och 53 § 2 st. KommL:s avfattning tyder på att det är *kommissionärens avsikt vid förvärvet* som är avgörande. Om kommissionären då avser handla för huvudmannens räkning "bliver denne omedelbart ägare", annars inte. Jämför Håstad, Sakrätt, s. 139 med hänvisning till NJA 1937 s. 619.

Hult (s. 160 ff) hävdade att huvudmannen inte kunde göra anspråk på separationsrätt om inte kommissionären på något sätt förpliktat sig att låta huvudmannen förvärva just det inköpta godset. Kommissionären förpliktade sig normalt till detta genom att antingen underrätta huvudmannen om det verkställda förvärvet eller bokföra det som gjort för huvudmannens räkning. Till dess kommissionären på så sätt förpliktat sig gentemot huvudmannen var godset enligt Hult åtkomligt för kommissionärens borgenärer.

Hults uppfattning strider mot såväl ordalagen i 53 § 2 st. KommL som mot förarbetena till stadgandet. Hult var medveten om detta (s. 131 ff) men ansåg ändå att regeln skulle tillämpas som han anvisade. Han tillade dock att hans rekommendationer kom i konflikt med traditionsprincipen. Om den gällde, vilket han bestred, ansåg han att det var nödvändigt att äganderätten till godset övergick direkt från tredje man till huvudmannen (s. 133 f).

Mot bakgrund bl. a. av att traditionsprincipen nu sedan länge otvivelaktigt gäller, och att som Hult själv påpekade hans lära kommer i konflikt med denna, kan Hults synpunkter i detta sammanhang inte tillmätas någon avgörande betydelse.

Kommissionärens avsikt – hans ”inre vilja” – vid förvärvet bör alltså anses avgörande när det gäller frågan för vems räkning han köpt. Detta bäddar för bevisvärigheter, om den ”inre viljan” inte dokumenterats på något sätt. Kommissionärens egna uppgifter får då naturligtvis stor betydelse som bevis.

I vissa fall torde det normalt framgå av omständigheterna vad kommissionären avsett. Så är fallet om inköpet skett med användande av ett belopp som huvudmannen tillhandahållit som förskott och som hållits avskilt. Likadant förhåller det sig om inköpet avser bestämt gods vilket huvudmannen givit kommissionären i uppdrag att köpa in, eller om kommissionären förpliktat sig att inte göra inköp för egen eller annans räkning beträffande sådant gods som köpet avser.

Men är inga av dessa omständigheter för handen kan bevisvärigheter ibland uppstå, särskilt om kommissionären brukar köpa in samma slags gods för andra huvudmäns och/eller egen räkning. Kommissionärens egna uppgifter om vad han avsett får då som vi sagt stor betydelse, särskilt om dokumentation (underrättelse till huvudmannen om att inköp skett, införing av förvärvet i bokföringen såsom gjort för huvudmannens räkning etc.) saknas. När dokumentation regelmässigt presteras utgör dock det faktum att sådan saknas ett bevisfaktum i sig. Men såväl huvudmannen som övriga borgenärer riskerar ändå i viss utsträckning att gå miste om godset genom sanningslösa men svårvederlagda påståenden av kommissionären om vad han avsåg vid förvärvet.

11 Separationsrätt vid kommission utanför kommissionslagen och lagen om handelsagentur och kommission, vid legotillverkning och vid tjänster för annans räkning men i eget namn

11.1 Inledning

I KommL behandlas endast kommission som avser köp och försäljning av lös egendom (4 §). Men även i övrigt kan någon rättshandla i eget namn för annans räkning. I Förarb. (s. 162) sägs:

”Till kommission i vidsträckt mening hänföras alla de fall, när någon för annans räkning ingår avtal eller företager andra rättshandlingar och därvid handlar i eget namn. Därunder inbegripes då även s. k. expedition, dvs. ombesörjande av godstransport genom uppgörande av fraktavtal för annans räkning men i speditörens eget namn. Även den, som i eget namn inköper, t. ex. å auktion inropar, en fastighet för annans räkning eller som i eget namn tager försäkring för annans räkning, kan sägas handla såsom kommissionär. Sin typiska utbildning hava rättsreglerna om kommission dock vunnit för sådana fall, då det avtal, som kommissionären ingår, avser försäljning eller inköp av lös egendom. — — — För kommittén har det stått utom tvivel, att man endast bör giva regler för de båda typiska arterna av kommission, nämligen försäljnings- och inköpskommission med avseende å lös egendom. — — — En särskild anledning att sålunda begränsa den blivande lagstiftningens tillämpningsområde har förelegat i den omständigheten, att en för de tre skandinaviska länderna överensstämmande lagstiftning om köp av lös egendom nyligen kommit till stånd. Det har syntts lämpligt att nu bygga vidare på den sålunda lagda grunden. Om och i vad mån de särskilda bestämmelserna kunna analogt tillämpas å den, som åtagit sig att för annans räkning företaga rättshandlingar av annat slag, torde böra överlämnas åt rättsskipningen att efter omständigheterna i det särskilda fallet avgöra.”

I Delbet. (s. 95 ff) fann kommittén att lagen om handelsagentur och kommission borde behandla kommission avseende köp och försäljning av varor. Genom att en hänvisning till den nya lagen föreslogs införd i fondkommissionslagen skulle lagen också komma att tillämpas på den yrkesmässiga värdepappershandel som regleras i fondkommissionslagen. Men köp och försäljning av annan lös egendom, t. ex. byggnad på annans mark och rättigheter av olika slag, t. ex. bostadsrätt och tomträtt, ansågs inte böra omfattas av lagen.

I detta kapitel skall vi först redogöra för i vilken utsträckning KommL kan tillämpas analogt på annan kommission än försäljnings- och inköpskommission avseende lös egendom. Vi behandlar därvid enbart frågan om

huvudmannen i analogi med 53, 57 och 61 §§ KommL har separationsrätt utan tradition eller denuntiation till egendom och fordringar som innehas av kommissionären; det är denna fråga som i praktiken är av väsentlig betydelse när det gäller kommission utanför KommL. I den mån vi finner separationsrätt i analogi med KommL föreliggas dock betydelsen härav att kommissionären i dessa fall, likaledes i analogi med KommL, torde ha säkerhetsrätt.

I nära anslutning till vad som gäller beträffande separationsrätten när någon i eget namn *rättshandlar* för annans räkning finns frågorna hur rättsläget är när någon utför *bearbetning* av annans egendom och när någon avtalar om och utför *tjänster* för annans räkning men i eget namn; har uppdragsgivaren separationsrätt till resultatet? Vid bearbetning är det inte som vid kommission säkert att en tredje man är inblandad. Ett företag kan t. ex. ha lämnat material för tillverkning av en maskin till ett annat företag, som utför *legotillverkning* åt det förstnämnda företaget. Har beställaren separationsrätt till den färdiga maskinen, om legotillverkaren går i konkurs innan maskinen levererats? En variant, som vi behandlar under rubriken sammanfogande, är att legotillverkarens uppdrag går ut på att sätta ihop gods som beställaren tillhandahåller med gods som tillverkaren själv bidrar med; även då uppkommer frågan hur det är med separationsrätten. Och beträffande tjänster: Vad gäller om någon åtagit sig att för annans räkning utföra transporter åt olika tredje män; har huvudmannen utan denuntiation separationsrätt till fraktfordringarna mot tredje männen om transportören går i konkurs? Också dessa frågor behandlar vi i detta kapitel. I den utsträckning separationsrätt föreligger måste också beaktas huruvida legotillverkaren/tjänstproducenten har säkerhetsrätt i tillgångarna.

Efter en framställning om gällande rätt följer våra överväganden. Vi redovisar först vad som bör gälla beträffande separationsrätten vid sådan kommission som inte omfattas av förslaget till lag om handelsagentur och kommission, och vi frågar oss därvid i första hand om lagen bör tillämpas analogt eller inte. Därefter redogör vi för vad som framdeles bör gälla beträffande separationsrätten när bearbetning av annans egendom sker, vid sammanfogande samt när någon avtalar om och utför tjänster för annans räkning men i eget namn. Ett särskilt skäl för oss att ta ställning i sistnämnda frågor, som egentligen inte rör kommission, är att frågorna är prejudiciella i förhållande till de problem vi behandlar i nästa kapitel, vilket rör kommissionärsbolag och s. k. rörelsekommission. Företeelsen rörelsekommission tas alltså inte upp i detta kapitel, utan parterna antas här – liksom vid kommission i allmänhet – i princip vara fristående och självständiga från varandra.

11.2 Gällande rätt om separationsrätten vid kommission utanför kommissionslagen

11.2.1 Inledning

Kommission utanför KommL, dvs. uppdrag att rättshandla i eget namn för annans räkning som inte rör köp eller försäljning av lös egendom, kan avse uppdrag att ingå flera – inbördes mycket olika – avtal. Några exempel nämndes, som framgår av det inledningsvis återgivna citatet, redan i förarbetena till KommL: transportavtal, köpeavtal avseende fastighet och försäkringsavtal. Ytterligare exempel är att en huvudman uppdrar åt en kommissionär att hyra ut huvudmannens egendom och att en kommissionär har i uppdrag att till tredje man låna ut medel som hans huvudman ställer till förfogande.

Vi börjar med att se vad som gäller beträffande separationsrätten när någon i eget namn köpt in en fastighet för annans räkning, dvs. vid fastighetsköpskommission. Vid övergår därefter till övriga fall av kommission utanför KommL.

11.2.2 Fastighetsköpskommission

Ett gift par köper en villa. Mannen står ensam som förvärvare i köpehandlingarna, och han blir ensam lagfaren ägare till fastigheten. Mellan makarna är det klart att köpet skett för bådars räkning. Mannen har alltså vid förvärvet handlat delvis för hustruns räkning, dvs. i kommission för henne. Har hon företrädde framför hans borgenärer till sin del av fastigheten?

Beträffande separationsrätten vid fastighetsköpskommission finns klarläggande praxis. Hustrun måste få sitt förvärv formaliserat för sin egen del genom en lagakraftvunnen dom enligt vilken hon är samägare till fastigheten eller genom att en köpehandling avseende hennes andel av fastigheten upprättas mellan henne och mannen, se NJA 1984 s. 772. Innebörden härav är att 53 § 2 st. KommL inte tillämpas analogt vid fastighetsköpskommission. HD:s skäl för denna ståndpunkt anges i nyssnämnda rättsfall sålunda:

”Som anmärkts i Högsta domstolens motivering till det i NJA 1982 s. 589 refererade avgörandet får i ett fall som det förevarande ”den dolde köparen” anses ha en i hög grad otrygg ställning när det gäller förfoganden över fastigheten. Överlåtelse eller panträttsupplåtelse från en person som i köpehandlingarna angetts som köpare av en fastighet och fått lagfart på denna torde i princip inte kunna angripas med hänvisning till det dolda anspråket, oavsett om den till vilken överlåtelse eller upplåtelse skett varit i god eller ond tro. Med denna ståndpunkt¹ är inte väl förenligt att ”den dolde förvärvaren” redan genom den öppne ägarens fång anses få skydd gentemot dennes borgenärer vid utmätning

¹ När det senare, i NJA 1985 s. 97, fastslogs att denna ståndpunkt verkligen gällde motiverades utgången med att den dolde samägaren enligt förevarande rättsfall (NJA 1984 s. 772) ej är skyddad mot den öppne samägarens borgenärer!

och konkurs. Mot en sådan ordning kan vidare anföras att den skulle till borgenärernas skada underlätta skentransaktioner och efterhandskonstruktioner; i varje fall skulle den leda till åtskilliga svårbedömda tvister med borgenärerna. För kreditväsendet skulle också uppstå praktiska svårigheter genom att möjligheterna till en allmän bedömning av en persons kreditvärdighet på grundval av uppgifter i fastighetsböcker och köpehandlingar skulle minska. Det får i stället anses stå bäst i överensstämmelse med allmänna sakrättsliga principer och med formkravet vid fastighetsöverlåtelse att huvudmannen får skydd för sitt äganderättsanspråk först i och med att detta har manifesterats genom en formlig överlåtelse från mellanmannen till huvudmannen. Härmed bör jämsättas en lagakraftvunnen dom på huvudmannens äganderätt till fastigheten.”

De ”allmänna sakrättsliga principer” HD hänvisade till var således inte 53 § 2 st. KommL, utan uttrycket torde ha avsett att, i förhållande till tredje man, egendom som någon förvärvar i eget namn normalt betraktas som dennes, en princip från vilken 53 § 2 st. KommL alltså utgör ett undantag.

Om fastighetsköpskommission, se Agell, Äganderätten till fastighet för makar och samboende, 1985, och numera även NJA 1985 s. 97 och NJA 1985 s. 615.

11.2.3 Övriga fall av kommission utanför kommissionslagen

Vi har i avsnitt 11.2.1 angivit vissa exempel vid sidan av fastighetsköpskommission på typer av kommission som faller utanför KommL. Vi skall nu ta upp dessa kommissionstyper en efter en och ange hur rättsläget beträffande huvudmannens separationsrätt kan antas vara att bedöma enligt gällande rätt.

Uthyrningskommission

Ett företag (K) sysslar bl. a. med biluthyrning. Bilarna ställs till förfogande av ett annat företag (H). Enligt avtalet mellan K och H skall K hyra ut bilarna till olika tredje män i eget namn för H:s räkning. K går i konkurs. Har H separationsrätt till bilarna och hyresfordringarna mot tredje man?

Uthyrningen måste, för att separationsrätt skall följa i analogi med 53 § 1 st., 57 och 61 §§ KommL, kunna anses ske i kommission för H, dvs. för H:s räkning i den mening som avses i reglerna om separationsrätt vid försäljningskommission i KommL. Vi har funnit att det vid försäljningskommission krävs att huvudmannen skall ha ett verkligt intresse av avtalet med tredje man, att en sammanvägning av alla relevanta omständigheter får göras vid bedömningen av om ett sådant intresse föreligger och att de väsentligaste faktorerna man därvid har att ta hänsyn till är mellanmannens reträtt – och den reträtsrisk huvudmannen är utsatt för med anledning av den – samt huvudmannens resultatintresse, dvs. vilket intresse han har av det pris som kommissionären lyckas uppnå i avtalet med tredje man. Se närmare avsnitt 2.2.

För att H skall ha separationsrätt till *bilarna* torde man emellertid inte alltid behöva lita till en analogi från 53 § 1 st. KommL. För att H inte skall ha separationsrätt till dessa måste ju avtalet mellan H och K kunna jämföras med en försäljning av bilarna i fast räkning; det måste framgå att K skall förfoga över dem för egen räkning och att H inte skall ha mer med dem att skaffa (jfr avsnitt 4.2). Men när det gäller H:s separationsrätt till *hyresfordringarna* måste den stödjas på en analogi från KommL:s regler. Och då måste bedömas om H har ett verkligt intresse av avtalet med tredje man. Men om han har det måste KommL:s regler vara analogt tillämpliga; realekonomiskt är ju uthyrning (särskilt leasing) ofta att jämföras med försäljning. Jfr Håstad, Sakrätt s. 261.

Vad krävs då för att H skall ha ett verkligt intresse av avtalet med tredje man? Returrätten/returrisken vid försäljningskommission motsvaras här av vem av parterna som bär risken för att bilarna står outhyrda. Resultatintresse innebär här liksom vid försäljningskommission intresset av vilket pris mellanmannen uppnår i sitt avtal med tredje man. Mot bakgrund av detta kan följande sägas.

Om avtalet mellan H och K innebär att H skall stå för alla kostnader för bilarna medan K:s ersättning skall vara 10 % av influtna hyror bör H ha separationsrätt till fordringarna i analogi med KommL. Men om K skall stå för kostnaderna och H – oavsett vad verksamheten ger – skall ha ett fast belopp per månad kan KommL:s regler inte gärna tillämpas analogt; H har ju då inget intresse av att – och på vilka villkor – uthyrning sker. Mellan dessa ytterlighetsfall kan man sedan tänka sig en mängd mer tveksamma fall. Vi kan här hänvisa till framställningen i avsnitt 2.2, som har relevans även här.

I exemplet härrörde bilarna från H. Det kan synas naturligt att KommL:s regler om separationsrätt vid försäljningskommission då är analogt tillämpliga; även vid försäljningskommission härrör ju normalt den egendom som ger upphov till fordringarna mot tredje man från huvudmannen. Man kan fråga sig vad som skulle gälla om bilarna först varit K:s; skulle H ändå kunnat ha separationsrätt till fordringarna mot tredje man, om H köpt bilarna av K och uppdragit åt K att hyra ut dem för H:s räkning men i eget namn? H har då aldrig uppnått separationsrätt till bilarna. Men eftersom enligt KommL separationsrätt för huvudmannen gäller också vid inköpskommission, och detta utan krav på att det värde godset eller fordringen mot tredje man representerar härrör från för huvudmannen separabel egendom, torde det inte ha någon betydelse att huvudmannen aldrig uppnått separationsrätt till bilarna. Även vid inköpskommission har vi ju funnit att det för separationsrätt däremot krävs att huvudmannen har ett verkligt intresse av inköpet från tredje man (se avsnitt 5.2.1), och det torde alltså vara detta som separationsrätten för H till hyresfordringarna står och faller med även om bilarna från början var K:s. – Motsvarande gäller naturligtvis då också i det fall vi berörde sist i avsnitt 2.2.2; om huvudmannen har ett verkligt intresse av avtalet med tredje man har han separationsrätt till kommissionärens köpeskillingsfordran mot denne, även om han aldrig upp-

nådde sakrättsligt skydd till godset därför att detta från början var kommissionärens.

I analogi med reglerna om säkerhetsrätt i KommL torde kommissionären eller hans konkursbo kunna ta bilarna och fordringarna i anspråk, om huvudmannen inte uppfyller sina förpliktelser.

Utlåningskommission

Ett finansbolag (K) lånar ut pengar till företag och privatpersoner. I viss utsträckning lånar finansbolaget ut pengar som ett annat bolag (H) ställt till förfogande. Enligt avtalet mellan K och H skall K låna ut dessa pengar i eget namn för H:s räkning. K går i konkurs. Har H separationsrätt till fordringarna mot tredje man?

Här gör sig i princip samma synpunkter gällande som beträffande uthyrning; utlåning av pengar kan ju ses som att låntagaren "hyr" medlen och betalar räntan som "hyra". Om H enligt avtalet med K har ett verkligt intresse av att K hittar låntagare och av de villkor som uppnås med dem torde utlåningen kunna anses ske för H:s räkning i den mening som avses i KommL:s regler om separationsrätt. Stöd för H:s separationsrätt måste emellertid, om analogin utgår från reglerna om kommission, också hämtas i RedovL; H har ju inte anspråk på att få tillbaka exakt samma pengar som han ställt till K:s förfogande utan bara på att erhålla samma summa, varför det rör sig om ett fall av bristande kontinuitet. Också i RedovL förekommer emellertid som vi sagt kravet att medlen skall ha mottagits av sysslomannen för huvudmannens räkning, dvs. i dennes intresse, och rekvisitet anknäyer som vi tidigare (avsnitt 6.1) påpekat till KommL:s reglering. Jfr avsnitt 6.2.

Beträffande utlåningskommission gäller alltså att huvudmannens intresse av avtalen med tredje mannen i princip är avgörande för separationsrätten till fordringarna mot dessa på att få ut lånebelopp och ränta. Man kan dock även här fråga sig vad som skulle gällt om i exemplet de utlånade medlen i stället från början varit K:s; skulle H haft separationsrätt? Såvitt avser räntefordringar borde H ha haft det, om ränta vid utlåningskommission och hyra vid uthyrningskommission skall behandlas lika, vilket kan antas. Men när det gäller fordringar på lånebelopp kan det synas strida mot traditionsprincipen att ge H separationsrätt. H hade ju inte separationsrätt till beloppet när det fanns hos K, och att det utlånats till olika tredje män – utan att dessa underrättats om att H var rätt borgenär – borde inte göra någon skillnad, kan det hävdas. Jämför ovan angående uthyrningsbilarna.

Här befinner man sig på ett påtagligt sätt i skärningspunkten mellan traditionsprincipen och reglerna om separationsrätt vid inköpskommission. Men de senare är alldeles klara: Huvudmannen har – trots att en kommissionärs ensidiga fordran mot tredje man på att få ut gods kanske uppkommit genom att kommissionären med egna, för huvudmannen ej separabla medel betalat tredje man för godset – separationsrätt till fordringen. Traditionsprincipen kan mot den bakgrunden inte medföra att H skulle sakna separationsrätt till fordringarna på lånebeloppen därför att medlen kommer från

K. Ett ovillkorligt krav på tradition eller denuntiation för sakrättsligt skydd kan i den aktuella situationen endast anses gälla när K:s anspråk mot tredje man – som var fallet med uthyrningsbilarna – avser anspråk på att med äganderätt återfå individualiserat gods. Det får alltså antas att H:s separationsrätt till fordringarna på lånebeloppen även i detta fall avgörs av om H haft ett verkligt intresse av avtalen med tredje mannen.

Spedition

En speditör (K) åtar sig uppdrag av ett företag (H) att i eget namn ingå avtal om viss transport av gods som H köpt in. Transportavtalet ingås med ett åkeri (T). K:s uppgift är alltså här enbart att rättshandla om en tjänst, inte att utföra den. K går i konkurs. Har H separationsrätt till anspråket mot T på utförande av transporten?

Här förefaller en analogi från reglerna om inköpskommission mycket närliggande. Att anspråket mot T inte avser utfående av gods utan utförande av en tjänst torde inte påverka H:s separationsrätt.

Försäkringsavtal

Speditören K i föregående exempel försäkrade också godset i eget namn. Detta skedde på H:s uppdrag. Har H separationsrätt till rättigheterna enligt försäkringsavtalet i K:s konkurs?

Också i detta fall ter sig en analogi från reglerna om inköpskommission mycket närliggande. H torde alltså ha separationsrätt.

11.3 Gällande rätt om separationsrätten vid legotillverkning

11.3.1 Bearbetning

Ett företag (T) åtar sig att tillverka en maskin åt ett annat företag (B). Komponenterna tillhandahålls av B. När maskinen är färdig men innan den avhämtats går T i konkurs. Har B separationsrätt till maskinen?

Av 2 § KöpL framgår att, om tillverkaren i ett fall som detta själv skall bestå materialet, avtalet är att anse som ett köp. Avtal som avses i 2 § KöpL kallas beställningsköp. Traditionsprincipen är tillämplig vid beställningsköp, se NJA 1925 s. 130. B skulle alltså inte haft separationsrätt om komponenterna tillhandahållits av T. Men vad gäller när nu B tillhandahållit dessa, och avtalet således inte är ett beställningsköp utan ett s. k. arbetsbeting? (Beställaren kan tänkas tillhandahålla materialet genom att han lämnar över det till tillverkaren. Men rättsläget blir detsamma om tillverkaren som inköpskommissionär köper in materialet för beställarens räkning. I den fortsatta framställningen avses alltså båda dessa fall.)

En utgångspunkt vid bedömningen är att B har separationsrätt till komponenterna så länge T inte har lagt ner något arbete på dem. B har ju krav på att efter arbetet få tillbaka samma komponenter, ihopsatta till en maskin,

och hans separationsrätt innan arbetet påbörjats torde därför knappast kunna ifrågasättas. Om separationsrätt inte finns när arbetet är slutfört skulle man visserligen kunna hävda att redan uppdraget att utföra arbetet medför att separationsrätten förloras. Jämför resonemangen om s. k. depositum irregulare, se Håstad, Sakrätt s. 141 med hänvisningar. En sådan inställning är emellertid mycket hård mot beställaren. Man torde kunna utgå ifrån att separationsrätt föreligger innan arbetet påbörjats. Men när arbetet som i exemplet både påbörjats och slutförts, vad gäller då?

Lagregler

Direkt tillämpliga lagregler och klarläggande rättspraxis saknas. Men inom sjörätten har sedan länge funnits regler som måste tillmätas viss betydelse i frågan. Innan den nuvarande regleringen i sjölagen om registrering och inskrivning av skeppsbyggen i skeppsbyggnadsregistret tillkom och alltså sedan 1864 kunde en fartygsbeställare, som lämnat förskott i pengar eller material, söka inskrivning av förskottet hos domstol och därmed uppnå förmånsrätt för det om varvet skulle gå i konkurs. När de nuvarande reglerna om skeppsbygge infördes behölls möjligheten att registrera penning- och materialförskott för beställare av båtar genom att lagen om registrering av båtbyggnadsförskott infördes.

Att reglerna om registrering av materialförskott sedan länge funnits och fortfarande finns antyder att beställaren måste registrera sitt materialförskott för att vara skyddad mot tillverkarens borgenärer. Han skulle alltså inte ha någon separationsrätt att lita till, trots att det är hans material som används vid tillverkningen. Huruvida lagreglerna utgår ifrån denna förutsättning är emellertid inte klart. Problemet behandlas över huvud taget inte i förarbetena till båtbyggnadsförskottslagen (jfr NJA II 1975 s. 491 f). Möjligheten till inskrivning kan ju vara öppen därför att beställarens separationsrätt ofta är oviss, t. ex. på grund av risken för sammanblandning med annat material av samma slag tillhörigt tillverkaren eller därför att sammanfogande med tillverkarens egendom skall ske (varom mera i nästa avsnitt).

Litteraturen

Frågan om en beställares separationsrätt till det bearbetade godset när han själv tillhandahållit materialet har uppmärksamats i litteraturen. Almén-Eklund anför (s. 55 ff):

”Skall enligt avtalet en del av materialet bestå av tillverkaren, en annan del av beställaren, torde avtalet böra anses såsom köp endast för så vitt det material, som tillverkaren består, är det huvudsakliga (tyget till en rock i motsats till foder och sybehör). Lämnar beställaren det huvudsakliga materialet till bearbetning, föreligger ett arbetsbetsavtal, å vilket lagen om köp ej är tillämplig. Beställaren är då ägare till materialet, och det kan ej antagas, att tillverkaren genom att förarbeta det samma skulle förvärva äganderätt till den nya sak, som genom tillverkningen åstadkommes. Det sagda gäller enligt vår åsikt oberoende därav, om enligt ett rättssystem eljest fordras god tro för äganderättsför-

värv genom förarbetande av annan tillhörigt material (specifikation).
— — — För sådana fall, *då det material, som användes, är av alldeles försvinnande värde* i förhållande till det därpå nedlagda arbetet, är det för en naturlig uppfattning främmande att tillämpa olika rättsgrundsatser, allt eftersom tillverkaren eller beställaren tillsläppt materialet. För dessa fall, men också endast för dessa, ansluta vi oss till den — — — åsikten, enligt vilken tillverkaren blir ägare till produkten och beställaren endast har en fordringsrätt på dess utbekommande. /Här avses/ sådana, i verklighen väl näppeligen förekommande fall som det typiska skolexemplet om målaren, som på en beställaren tillhörig duk och med hans färger målar en tavla osv. Fasthållas måste emellertid, att det endast är i sådana fall, då materialet verkligen har ett försvinnande ringa värde i förhållande till produkten, som detta betraktelsesätt kan försvaras. Vad som gäller om målaren gäller näppeligen om bildhuggaren, som förarbetar ett dyrbart marmorblock.”

Som Almén-Eklund antyder bör det för frågans lösning i princip sakna betydelse vad som gäller om äganderättsförvärv genom s. k. specifikation när någon *utan uppdrag* eller ens tillstånd i god eller ond tro lägger ner arbete på annans material. I dessa fall skall ju reglerna i första hand avgöra en obligationsrättslig tvist; den mellan materialägaren och bearbetaren. I de fall vi nu behandlar är problemet rent sakrättsligt; mellan materialägaren och bearbetaren finns det avtal om att den färdiga produkten skall tillkomma beställaren, och tvisten avser i stället förhållandet mellan beställaren och bearbetarens borgenärer. Se Håstad, Studier s. 36.

Vid arbetsbeting i allmänhet antas beställaren i enlighet med vad Almén-Eklund anført ha separationsrätt till egendomen även sedan arbetet utförts, se t. ex. Hellner II s. 99. Alldeles säkert gäller detta t. ex. när någon lämnar in sin bil för en ordinär reparation. Mera tveksamt blir det om synnerligen omfattande reparationer skall vidtas. Bilen kanske genom reparationerna ökar i värde från 10 000 kr till 30 000 kr. — För att återgå till vårt ursprungliga exempel, antag alltså att B:s komponenter är värda 10 000 men att den färdiga maskinen är värd 30 000. Har B separationsrätt?

Frågan om separationsrätt vid bearbetning för en beställares räkning av hans egendom har utförligt behandlats av Håstad i Studier s. 26 ff. Håstad tar till utgångspunkt att, om vid deposition depositarien har rätt att byta ut den deponerade egendomen mot annan egendom, separationsrätten för-loras, och att rättsföljden blir densamma om en säljare som förbehållit sig återtaganderätt medger köparen att förfoga över godset före betalning (jfr kap. 3). Saken kan enligt Håstad beskrivas så, att rättsordningen accepterar den ursprunglige ägarens separationsrätt endast så länge denne riktar sitt anspråk mot vad som ursprungligen överlämnats (frånsett vissa fall av surrogation). Har han däremot förklarat sig nöjd med något substitut jäms-tälls han med övriga kreditgivare och får en oprioriterad fordran. Och varför, fortsätter Håstad, skall den som lämnat material för bearbetning till gäldenären ha separationsrätt till den förädlade produkten medan övriga som bidragit till förädlingen genom arbetsinsats (löneborgenärer och skatte-borgenärer) eller genom att ställa lokaler till förfogande eller genom att

låna ut pengar varmed maskiner skaffats etc. får hålla till godo med en fordran. Håstad anför att hänsynen till tillverkarens borgenärer bör föranleda att graden av bearbetning får betydelse vid bedömningen av separationsrätten. På så vis får grundprincipen om likabehandling av alla anspråk i konkurs slå igenom, vilket står bäst i harmoni med rättssystemet i övrigt. Håstad rekommenderar att man enligt gällande rätt tillämpar en princip enligt vilken separationsrätten förloras om en *ny sak* skapas, om inte värdet av bearbetningen är avsevärt mindre än materialets värde.

Forsell (SvJT 1981 s. 539 ff) har emot Håstads uppfattning anfört att bearbetarens borgenärer bör få respektera avtalet om att den färdiga produkten skall tillkomma beställaren, om inte särskilda skäl kan anföras häremot. Och några sådana skäl anser Forsell inte ha framförts, varför bearbetningen enligt honom inte bör tillerkännas avgörande betydelse för äganderättsförhållandena. – Se också Rodhe, Sakrätt s. 197 f.

Slutsats om rättsläget

Av genomgången framgår att rättsläget i stor utsträckning är oklart. Vissa hållpunkter kan dock anges. En är att beställaren har separationsrätt vid ordinära reparationer. En annan är att han saknar sådan rätt vid beställningsköp. En tredje är att separationsrätten förloras om en säljare som förbehållit sig återtaganderätt medger att köparen får bearbeta godset väsentligt. I sistnämnda fall sker emellertid bearbetningen för köparens egen räkning, och separationsrätten förloras redan när medgivandet ges.

De fall beträffande vilka vi tvingas konstatera att rättsläget är oklart är de där beställaren tillhandahåller material och bearbetarens arbetsinsats går utöver den insats som är normal vid en reparation.

Vid arbetsbeting gäller att bearbetaren eller hans konkursbo inte behöver lämna ut det bearbetade godset utan att betalning för bearbetningen erlagts. Retentionsrätt föreligger alltså. Men den kan – när annat inte avtalats – endast utövas i just det gods som fordringen avser; en s. k. kopplad säkerhetsrätt är det inte fråga om, se NJA 1985 s. 205.

11.3.2 Sammanfogande

Ett likartat men delvis annorlunda problem möter om uppdragstagaren sammanfogar beställarens gods med gods som han själv bidrar med, och därefter går i konkurs innan leverans till beställaren skett. Vad gäller beträffande separationsrätten i detta fall?

Också här är rättsläget i viss utsträckning osäkert. Men utgångspunkten är given; beställaren skall lika lite som vid köp ha separationsrätt till uppdragstagarens material utan tradition. I huvudsak synes därför följande gälla.

Om uppdragstagarens och beställarens gods enkelt kan särskiljas (utom-bordsmotor på båt) torde beställaren ha separationsrätt till sitt gods. Om gods belastat med återtagandeförbehåll sammanfogas med annat föremål så att godset blir tillbehör till detta kan förbehållet visserligen falla trots att

särskiljande lätt kan ske, se bl. a. NJA 1960 s. 9. Med hänsyn till att parternas avtal vid arbetsbeting – till skillnad från hur förhållandena gestaltar sig vid försäljning med återtagandeförbehåll – innebär att beställaren skall ha den färdiga produkten bör emellertid särskiljande ske, om inte väsentliga kostnader eller väsentlig värdeförstöring skulle följa av detta.

Om särskiljande inte bör ske torde beställaren ha separationsrätt till hela det sammansatta godset, om det material han bidragit med framstår som huvudsak medan uppdragstagarens material framstår som bisak eller tillbehör till huvudsaken. Omvänt synes gälla att beställaren helt saknar separationsrätt om det är uppdragstagarens material som är huvudsaken och hans som är bisaken. Är materialinsatserna någorlunda likvärdiga torde samäganderätt föreligga, vilket innebär att beställaren får separationsrätt till så stor andel av det sammansatta godset som hans material utgör av allt använt material. Jämför Undén s. 88 f, där dock endast det fallet behandlas att sammanfogandet skett utan uppdrag. Se också Rodhe, Sakrätt s. 197 f.

11.4 Gällande rätt om separationsrätten vid tjänster för annans räkning men i eget namn

Ett företag (U) åtar sig att avtala om och med ett av sina fartyg utföra transporttjänster åt olika tredje män för ett annat företags (H:s) räkning men i eget namn. Tjänsterna skall utföras för H:s räkning i den meningen att H skall tillgodogöras större delen av de likvider som inflyter från tredje männen för utförda tjänster. U går i konkurs. Har H separationsrätt till utestående fraktfordringar?

Vi har alltså hämtat exemplet från transportbranschen. Det diskuterade problemet har emellertid avseende på alla typer av tjänster, t. ex. reparationer och annan bearbetning av tredje mans egendom, konsulttjänster m.m.

Direkt tillämplig lagstiftning, klarläggande praxis eller doktrinuttalanden saknas. Enligt 57 och 61 §§ KommL har en huvudman emellertid som vi sagt vid inköpskommission separationsrätt till fordringen mot tredje man. Inköpskommission föreligger om huvudmannen har ett verkligt intresse av kommissionärens avtal med tredje man (se avsnitt 5.2.1). Vi har i avsnitt 5.2.1 funnit att omständigheter som talar emot att inköpskommission föreligger är att huvudmannen har rätt att godtyckligt avvisa inköp, att mellanmannen får överta godset för egen räkning och att det pris huvudmannen skall betala inte är avhängigt mellanmannens inköpspris. De två förstnämnda omständigheterna torde i praktiken sakna motsvarigheter när mellanmannen åstadkommer fordringar genom att avtala om och utföra *tjänster* för huvudmannens räkning i stället för att göra *inköp* för dennes räkning. Men den sistnämnda omständigheten, huvudmannens resultatintresse, kan ge ledning även när det gäller tjänster. Om huvudmannen svarar för de kostnader mellanmannen har för att utföra tjänsterna mot att han erhåller 95 % av intäkterna har han onekligen ett starkt intresse av det resultat mellan-

mannen kan erhålla genom verksamheten. Frågan blir då om KommL:s regler om separationsrätt till fordringar kan tillämpas analogt i det fall vi nu diskuterar, om huvudmannen har resultatintresse.

Som nämnts lämnades i förarbetena till KommL frågan öppen i vad mån lagens regler kunde tillämpas analogt på andra rättshandlingar – företagna i eget namn för annans räkning – än köp och försäljning av lös egendom. Om avtal och utförande av tjänster i eget namn för annans räkning sades över huvud taget ingenting.

Saknar "huvudmannen" resultatintresse i tjänsteverksamheten, därför att han bara förvärvar en rätt till fordringen mot tredje man utan att hans betalning till "kommissionären" är beroende av dennes kostnader, kan separationsrätt inte medges "huvudmannen", om inte tredje man denuntieras om en överlåtelse. Detta följer av 31 § SkbrL. Paragrafen är utan tvivel tillämplig om överlåtelsen görs efter det att avtalet ingåtts med tredje man, vare sig fordringen då tjänats in eller inte (jfr NJA 1973 s. 635). Men det får också antas att tredje mannen måste denuntieras, även om fordringen redan var överläten när avtalet med denne ingicks, ifall förvärvaren inte har något resultatintresse.

Av det anförda framgår att en separationsrätt utan denuntiation måste stödjas på en analogi från KommL. Och är en sådan analogi möjlig – vilket är osäkert – måste huvudmannen ha resultatintresse.

I en skiljedom i den s. k. Salénstvisten bedömdes bl. a. frågan om separationsrätt för huvudbolaget till fraktfordringar intjänade av kommissionärsbolag. Vi redogör närmare för domen i avsnitt 12.2.2. Här skall endast konstateras att skiljenämnden inte bestämt uttalade sig i frågan om 57 § KommL kunde anses vara ett utflöde av en allmän princip som äger giltighet också utanför KommL:s område.

Om huvudmannen i analogi med KommL:s regler har separationsrätt till fordringarna torde mellanmannen eller hans konkursbo, likaledes i analogi med KommL, ha panträtt i dem till säkerhet för fordringar mot huvudmannen.

I den skiljedom vi nyss nämnde ansågs säkerhetsrätt i analogi med KommL emellertid inte föreligga, trots att separationsrätten stöddes på en analogi från KommL. Men som skäl för ståndpunkten åberopades vissa särskilda förhållanden vid kommissionärsbolagsförhållanden. Se vidare avsnitt 12.2.3.

11.5 Överväganden

11.5.1 Separationsrätten vid kommission utanför lagen om handelsagentur och kommission

Enligt 2 § i förslaget till lag om handelsagentur och kommission (Delbet. s. 13) behandlar lagen – såvitt avser kommission – avtal om försäljning och inköp av varor som en näringsidkare åtagit sig sluta för annans räkning men i eget namn. Genom en hänvisning i fondkommissionslagen avses lagen

Regeringens proposition

2008/09:88



Ny kommissionslag

Prop.
2008/09:88

Regeringen överlämnar denna proposition till riksdagen.

Stockholm den 22 januari 2009

Fredrik Reinfeldt

Beatrice Ask
(Justitiedepartementet)

Propositionens huvudsakliga innehåll

I propositionen föreslår regeringen en ny kommissionslag som ska ersätta den nuvarande lagen från år 1914. Kommission, dvs. uppdrag att köpa eller sälja varor i eget namn men för annans räkning, är av stor betydelse i affärslivet. Den nya kommissionslagen ska i likhet med 1914 års lag gälla för kommissionshandel med all sorts lös egendom, t.ex. värdepapper. Den nya lagen kommer, liksom 1914 års lag, att innehålla för näringslivet centrala regler. Genom att regleringen anpassas till dagens förhållanden och rättigheter och skyldigheter blir tydligare skapas bättre förutsättningar för de företag som sysslar med kommission och andra former av uppdrag. Avtal kan förenklas och risken för tvister och oklarheter minskar när det finns en tydlig och anpassad reglering.

Reformen innebär bl.a. följande. Parternas allmänna skyldigheter mot varandra klargörs. Det gäller framför allt villkoren för när kommissionären (uppdragstagaren) själv får träda in som motpart till kommittenten (uppdragsgivaren) och bestämmandet av det pris som kommissionären ska redovisa till kommittenten. Detta har betydelse t.ex. vid kommissionshandel med värdepapper, där ju priserna (kurserna) snabbt växlar. Förutsättningarna för kommissionärens rätt till provision preciseras. Regleringen av kommissionärens säkerhetsrätt i kommittentens egendom och i fordringarna mot tredje man förtydligas. Kommissionärens rätt till uppsägningstid vid varaktiga kommissionsuppdrag förstärks i de flesta fall. De nuvarande bestämmelserna om kommissionärens rätt till schabloniserad efterprovision och ersättning för investeringar byts ut mot regler om avgångsvederlag. Bestämmelserna om förtida uppsägning och skadestånd förenklas.

Kommissionslagen ger i stor utsträckning uttryck för allmänna för- Prop. 2008/09:88
mogenhetsrättsliga principer och blir därför av betydelse också utanför
sitt egentliga tillämpningsområde.

Den nya kommissionslagen föreslås träda i kraft den 1 oktober 2009.

3. kommissionären har självinträtt enligt 19 § utan att kommittenten Prop. 2008/09:88
lämnat nödvändigt godkännande.

Om kommittenten är näringsidkare och uppdraget inte faller inom ett område som utgör en väsentlig del av näringsverksamheten, är avtalsvillkor som i jämförelse med första stycket är till nackdel för kommittenten utan verkan mot denne. Detta gäller dock inte om kommittenten är en professionell kund enligt 8 kap. 16 eller 17 § lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

I 44 § finns bestämmelser om att avvisning av avtal ska meddelas kommissionären inom viss tid.

Kommittentens äganderätt till kommissionsvarorna

23 § En kommittent förblir ägare till varor som har lämnats till kommissionären för försäljning till dess att äganderätten övergår till tredje man eller, vid självinträde, till kommissionären.

Kommittenten blir omedelbart ägare till varor som kommissionären har köpt in för kommittentens räkning.

En fordran på tredje man på grund av dennes avtal med kommissionären är förbehållen kommittenten framför kommissionärens borgenärer.

Tredje mans rätt på grund av avtalet med kommissionären

24 § Genom avtalet mellan kommissionären och tredje man förvärvar tredje man rätt mot kommissionären men inte mot kommittenten.

Förvärvar tredje man en viss vara, är varan i och med avtalet förbehållen tredje man framför kommissionärens borgenärer.

25 § Har tredje man i egenskap av konsument köpt en vara av en kommissionär, har tredje man rätt att mot kommittenten rikta samma anspråk på grund av fel i varan som han eller hon kan göra gällande mot kommissionären, om både kommissionären och kommittenten är näringsidkare och förhållandena i övrigt är sådana som sägs i 46 § första stycket konsumentköplagen (1990:932). Det som sägs i 46 § andra stycket konsumentköplagen gäller inte i ett sådant fall.

En tredje man som med stöd av 46 § konsumentköplagen har rätt att rikta anspråk mot en kommissionär i tidigare säljled får göra samma anspråk gällande mot dennes kommittent, om kommittenten är näringsidkare.

Bestämmelserna i 46 § tredje stycket konsumentköplagen om reklamation med anledning av anspråk mot näringsidkare i tidigare säljled gäller också när tredje man vill rikta anspråk mot någon som är kommittent.

Försäljning i strid mot kommissionsavtalet

26 § Har kommissionären till tredje man sålt en vara som kommissionären hade för försäljning på villkor som väsentligt stred mot kommittentens intresse, eller har kommissionären vid försäljningen handlat oredligt mot kommittenten, får tredje man ändå rätt till varan, om tredje man vid försäljningen varken insåg eller borde ha insett detta. Detsamma gäller

pas analogt i förevarande fall. Det är därför inte heller nödvändigt att i den nya lagen uttryckligen hänvisa till köplagens bestämmelser. Prop. 2008/09:88

Mot bakgrund av synpunkter som lämnats av remissinstanserna under beredningen kan det tilläggas att kommittentens rätt att avvisa avtalet naturligtvis inte hindrar att parterna i efterhand kommer överens om att kommittenten ändå ska acceptera varorna (t.ex. värdepapper som har kontoförts hos kommittenten) mot att kommissionären i stället betalar ersättning. Lagen hindrar inte sådana uppgörelser, som ju i många fall kan ha praktiska fördelar för båda parter.

14 Kommittentens äganderätt till kommissionsvarorna

Regeringens förslag: Kommittenten ska ha äganderätten till varor som har lämnats till kommissionären för försäljning och till varor som kommissionären har hand om efter köp för kommittentens räkning. Ett anspråk mot tredje man på grund av dennes avtal med kommissionären ska också vara förbehållet kommittenten framför kommissionärens borgenärer.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon särskild lagreglering om vilka krav som ska gälla för att kommittenten ska ha separationsrätt.

Kommissionslagskommitténs förslag stämmer i stort sett överens med regeringens förslag. Kommittén föreslår dock att det i den nya lagen ska införas bestämmelser som närmare anger de krav som ska gälla för att kommittenten ska ha företräde framför kommissionärens borgenärer (separationsrätt). De föreslagna bestämmelserna utgår från rekvisitet ”för annans räkning” och avses att ange snävare förutsättningar för separationsrätt än vad som ska gälla för att parterna ska anses ha träffat ett kommissionsavtal (se slutbetänkandet s. 57 f., 114 f., 260 f. och 262 f.).

Remissinstanserna: *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* anmärker att kommitténs förslag i praktiken kan vara svårt att hantera. *Grossistförbundet Svensk Handel* och *Bilindustriföreningen* anser att kommitténs förslag anger för snäva gränser för att kommissionären ska anses ha handlat för kommittentens räkning och kommittenten till följd av detta ska ha separationsrätt. *Riksskatteverket*, *Länsskattemyndigheten i Stockholms län*, *Kronofogdemyndigheten i Kalmar län* och *Föreningen Sveriges kronofogdar* påpekar att, i sakrättsligt hänseende, avgörande vikt bör fästas vid omständigheter som för en utomstående är lätta att iakttä. *Sveriges advokatsamfund* förordar att det ska lagfästas som rekvisit för kommission att kommissionären enligt avtalet ska slippa stå risken för att varan inte säljs och att denna risk inte är oväsentlig.

Kommittenten bör ha separationsrätt

En grundsats i svensk rätt är att en person förblir ägare till varor även i de fall då han har anförtrott dessa till en annan person. Denna allmänna princip gäller också när avsikten är att varorna ska säljas och har kommit till uttryck i 53 § i 1914 års kommissionslag på så sätt att kommittenten har äganderätt till gods som lämnats till kommissionären för försäljning till dess att äganderätten går över till tredje man (eller till kommissionären när denne självinträder som köpare). Lika lite som kommissionären blir ägare till de varor som har tagits om hand för försäljning förvärvar kommissionären äganderätt till varor som köps in för kommittentens räkning; äganderätten till sådana varor går omedelbart över från säljaren till kommittenten. Den huvudsakliga betydelsen av bestämmelsen – som förstås förutsätter att det verkligen är fråga om ett kommissionsavtal – är att kommittenten har skydd mot kommissionärens borgenärer. Kommissionsvarorna kan alltså inte, vare sig vid försäljningskommission eller vid inköpskommission, utmätas för kommissionärens skuld eller vid konkurs tas i anspråk av kommissionärens borgenärer.

Om varor som köpts av tredje man ännu inte har levererats till kommissionären, har kommittenten separationsrätt till den fordran på att få ut varorna som kommissionären har mot säljaren (61 § i 1914 års lag). På motsvarande sätt ska betalning till kommissionärens konkursbo för varor som sålts till tredje man redovisas till kommittenten (60 § andra stycket).

Kommissionslagskommittén har ingående övervägt om kommittenten bör ha separationsrätt till varor som kommissionären har till försäljning eller har köpt för kommittentens räkning samt till kommissionärens anspråk mot tredje man (se SOU 1988:63 s. 57 f. och 106 f.). Kommittén stannar för slutsatsen att kommittenten även i fortsättningen i princip bör ha separationsrätt vid både försäljningskommission och inköpskommission.

Som regeringen anför redan inledningsvis (avsnitt 4) är kommittentens separationsrätt till varor så grundläggande för ett kommissionsförhållande att rätten bör komma till uttryck även i den nya kommissionslagen. Detta gäller även kommittentens separationsrätt till anspråk mot tredje man. Det bör även i fortsättningen finnas möjlighet för två parter att fördela riskerna mellan sig på det sätt som kännetecknar ett kommissionsavtal. Och står kommittenten risken för att varorna förblir osålda, bör han också ha fördelen av separationsrätt i händelse av kommissionärens konkurs.

Kommissionsbegreppet bör inte särregleras

Frågan om en person har i uppdrag att handla för en annan persons räkning ställs ofta på sin spets just i sakrättsliga tvister. Den påstådda kommittenten kan vilja ha separationsrätt till egendom genom att parterna betecknar sitt rättsförhållande som kommission, trots att den som påstås vara kommissionär i själva verket handlar för sin egen räkning och det alltså inte finns några skäl för att medge separationsrätt. En skuldsatt detaljist kan t.ex. åta sig att fortsättningsvis göra inköp för kreditgivarens

räkning, trots att det är uppenbart att kreditgivaren aldrig ska ha något med de inköpta varorna att göra. Det är därför avgörande vilka omständigheter som tillmäts betydelse vid bedömningen av vilken typ av avtal som parterna har ingått.

Framför allt för att underlätta tillämpningen i sådana sakrättsliga tvister föreslår Kommissionslagskommittén vissa ändringar när det gäller lagens reglering av kommittentens separationsrätt. Enligt kommittén bör man inte längre vara hänvisad till den allmänna definitionen av kommissionsbegreppet för bedömningen av om kommittenten har separationsrätt till varor som finns hos kommissionären eller inte. I stället föreslås att det ska anges i lagen i vilka fall ett kommissionsavtal inte grundar separationsrätt. Syftet är att dra en tydligare och snävare gräns för kommittentens separationsrätt. Kommissionsbegreppet borde enligt kommittén vara vidare i många obligationsrättsliga frågor, t.ex. rörande parternas inbördes plikter och uppsägningsskydd, än för separationsrätt. Härigenom skulle man slippa att ställa samma stränga krav på avtalet vid en tvist mellan parterna som i en sakrättslig tvist. Tanken är att det kan vara onödigt att underkänna ett avtal som ett kommissionsavtal i de fall då en tvist inte berör parternas borgenärer utan tar sikte på rättigheter och skyldigheter mellan parterna.

Regeringen är för sin del tveksam till en sådan särreglering. Innebörden av kommissionsbegreppet kan aktualiseras i olika sammanhang, i en tvist mellan parterna eller i en tvist i förhållande till tredje man. Oavsett hur regleringen ser ut, är det dock i grunden en fråga om tolkning av avtalet. Det är naturligt att tolkningen får göras utifrån syftet med avtalet och, även utan en särreglering, med utgångspunkt i den uppkomna situationen och med beaktande av de intressen som gör sig gällande där. Övervägande skäl talar enligt regeringens mening för att inte heller i den nya lagen ge särskilda föreskrifter om kommissionsbegreppet när det gäller separationsrätten.

En näraliggande fråga är om det finns skäl att definiera ”för annans räkning” i lagen. Som Kommissionslagskommittén framhåller bör det avgörande för frågan om en person ska anses ha i uppdrag att handla för annans räkning (och därmed för frågan om parterna har träffat ett kommissionsavtal eller inte) vara huruvida den påstådda uppdragsgivaren har ett verkligt intresse av vilka villkor – främst vilket pris – som den andra parten lyckas uppnå vid avtalet med tredje man. För att bedöma det är det centralt hur parternas rättigheter och skyldigheter i vissa väsentliga hänseenden reglerats i uppdragsavtalet (se slutbetänkandet s. 49 f. angående vilka faktorer som anses vara avgörande enligt gällande rätt).

Några remissinstanser föreslår att det i den nya lagen ska krävas att kommissionären håller varor avskilda och för särskild bokföring över kommissionsaffärerna samt att kommittenten fortlöpande kontrollerar att kommissionären fullgjort dessa skyldigheter för att ett avtal ska bedömas som ett kommissionsavtal. Det innebär att man skulle bortse från hur parterna fördelat de affärsmässiga riskerna mellan sig och enbart rikta in sig på formella kriterier. Enligt regeringens bedömning skulle det dock inte sällan leda till materiellt sett otillfredsställande resultat om ett avtal som i ekonomiskt hänseende har kommissionsavtalets särdrag underkändes som sådant på en formell grund. En sådan ordning skulle också

principiellt skilja sig från regleringen i lagen (1944:181) om redovisningsmedel. Denna lösning bör därför inte väljas. Prop. 2008/09:88

En annan ordning som föreslås av några remissinstanser är att det fästs avgörande vikt vid om kommissionären enligt avtalet slipper att ta de ekonomiska konsekvenserna av att varan inte säljs. Parterna skulle då ha träffat ett avtal om försäljningskommission så snart deras avtal innehåller en förbehållslös rätt för uppdragstagaren att slippa betala varor som han inte lyckas sälja utan att avseende fästs vid hur stor risken är för att egendomen inte säljs. En sådan regel skulle möjligen vara enkel att tillämpa. Den skulle dock kunna utnyttjas för att kringgå principen att återtagandeförbehåll i varor som är avsedda att säljas vidare inte har sakrättslig verkan. Parterna skulle enkelt kunna gå förbi den genom att skriva in en sådan returrätt i avtalet trots att avsikten är att den aldrig ska aktualiseras. Inte heller denna lösning är lämplig.

Regeringen delar alltså kommitténs uppfattning att det inte bör tas in någon definition av ”för annans räkning” i lagtexten. Uppdragsgivarens intresse av överlåtelsen till tredje man respektive köpet från tredje man bör vara avgörande för frågan om parterna har träffat ett kommissionsavtal eller inte även enligt den nya lagen. De väsentligaste faktorerna vid denna bedömning bör vara desamma som enligt gällande rätt. Det blir fråga om en helhetsbedömning av parternas avtal, vilket är svårt att försöka reglera närmare i lagen.

15 Tredje mans rätt på grund av avtalet med kommissionären

Regeringens förslag: Tredje man ska genom avtalet med kommissionären förvärva rätt mot kommissionären men inte mot kommittenten. Har en konsument förvärvat en vara av en näringsidkare och har denne eller en annan näringsidkare i ett tidigare säljled överlåtit varan i kommission, ska konsumenten dock under vissa förutsättningar ha rätt att rikta anspråk på grund av fel i varan direkt mot kommittenten. Tredje man ska vara skyddad mot kommissionärens borgenärer redan genom avtalet om tredje man har köpt en viss vara som lämnats till kommissionären för försäljning.

Kommissionslagskommitténs förslag stämmer i allt väsentligt överens med regeringens förslag (se slutbetänkandet s. 133 f., 161 f. och 263 f.). I kommitténs förslag saknas det dock en särskild reglering för konsumentköp. Kommittén föreslår också en uttrycklig bestämmelse om tredje mans skydd mot kommittentens borgenärer (se slutbetänkandet s. 163 f. och 264 f.).

Remissinstanserna: Förslaget att behålla det partsbindningsmönster som gäller enligt 1914 års kommissionslag får starkt stöd av remissinstanserna. Förslaget om tredje mans separationsrätt kommenteras inte särskilt av remissinstanserna.

Tredje man bör ha rätt att kräva kommissionären, inte kommittenten

Enligt 1914 års kommissionslag får tredje man genom avtalet med kommissionären en fordringsrätt mot denne och inte mot kommittenten (56 § första stycket). Tredje man har alltså inte rätt att kräva kommittenten direkt.

Kommissionslagskommittén anser att det inte bör införas någon rätt för tredje man att kräva kommittenten. Regeringen delar denna bedömning. Som kommittén föreslår bör i stället den princip som kommer till uttryck i 1914 års lag gälla också enligt den nya lagen. Utgångspunkten bör alltså vara att tredje man genom avtalet med kommissionären får rättigheter mot denne men inte mot kommittenten. I lagen bör det därför anges att tredje man inte förvärvat någon rätt mot kommittenten på grund av avtalet med kommissionären.

Ett undantag bör gälla från denna huvudregel. Sedan kommittén slutfört sitt arbete har det nämligen införts en möjlighet för en konsument att under vissa förutsättningar rikta krav på grund av fel i varan mot en kommittent som är näringsidkare. Enligt 46 § konsumentköplagen kan en köpare vid konsumentköp vända sig med anspråk på grund av fel i varan direkt mot en näringsidkare i tidigare säljled som har överlåtit varan för vidareförsäljning. Det krävs dock att säljaren är på obestånd, har upphört med sin verksamhet eller inte kan anträffas. För att denna direktkravs rätt ska fylla sin uppgift också vid kommission infördes kompletterande bestämmelser i 1914 års kommissionslag om att tredje man vid konsumentköp får rikta ett sådant krav mot en kommittent som är näringsidkare (56 a §, se prop. 1989/90:89 s. 57). En konsument bör naturligtvis ha samma direktkravs rätt enligt den nya kommissionslagen.

Tredje mans separationsrätt

Enligt Kommissionslagskommittén innebär 1914 års lag att tredje mans förvärv av en viss vara gäller mot kommissionärens borgenärer redan genom avtalet, dvs. utan att tredje man har fått varorna i sin besittning (se slutbetänkandet s. 141 f.). Kommittén framhåller att en förutsättning för separationsrätten är att det allmänna kravet på individualisering vid äganderättsförvärv är uppfyllt. Tredje mans anspråk måste alltså avse ett individualiserat ting för att vara skyddat. Detta krav är alltid uppfyllt om tredje mans förvärv avser bestämda varor. Om hans förvärv i stället avser s.k. fungibel egendom, t.ex. olja, blir bedömningen svårare att göra. Enligt kommittén innebär individualiseringskravet vid köp av fungibel egendom att varorna måste ha avskilts hos säljaren för köparens räkning och under dennes medverkan eller i vart fall att individualiseringen är bindande. Om tredje mans anspråk på detta sätt har kommit att rikta sig mot individuellt bestämd fungibel egendom, har han separationsrätt till varorna. Om däremot detta krav inte är uppfyllt, kan tredje man inte rikta ett sakrättsligt giltigt anspråk mot kommissionären, och varorna ingår alltså i kommissionärens konkursbo. Kommittén behandlar även den situationen att varorna finns kvar hos kommittenten när kommissionären försätts i konkurs. Enligt kommittén gäller även i detta fall för tredje

mans separationsrätt ett individualiseringskrav. Kommittén menar att individualiseringskravet sällan torde vara uppfyllt när varorna finns kvar hos kommittenten, varför tredje man normalt inte har separationsrätt. Men om tredje mans köp avser en bestämd vara, är kravet uppfyllt. Saknar kommittenten gentemot kommissionären rätt att avvisa avtalet, har tredje man enligt kommittén genom avtalet förvärvat en rätt till varorna som kan göras gällande mot kommittenten.

Liksom kommittén anser regeringen att en sådan ordning bör gälla också enligt den nya kommissionslagen och att den bör tydliggöras i lagen. För förvärv av viss bestämd egendom bör alltså tredje man ha separationsrätt redan genom avtalet med kommissionären. När förvärvet endast gäller egendom av visst slag, bör anspråket liksom i dag vara oskyddat. I sådana fall bör förvärvaren bara få en fordran mot kommissionären.

Det ovan anförda gäller alltså tredje mans skydd mot kommissionärens borgenärer. En annan fråga är tredje mans rätt i förhållande till kommittentens borgenärer, bl.a. i de fall då varorna finns i behåll hos kommissionären. Någon bestämmelse som tar sikte på den situationen finns inte i 1914 års lag, och regeringen anser att det inte heller är motiverat i den nya kommissionslagen. Frågan behandlas av justitierådet Torgny Håstad i Sakrätt avseende lös egendom (sjätte upplagan, 1996, s. 245). Tredje mans anspråk är riktat mot kommissionären, och normalt känner tredje man inte till kommittentens existens över huvud taget. Om kommissionären levererar enligt avtalet, vilket ligger i kommissionärens intresse, blir förvärvaren inte alls berörd av kommittentens konkurs. Huvudfrågan är därför i praktiken om kommissionären kan fullfölja sitt avtal med förvärvaren eller inte. Som framgår av avsnitt 10 föreslår regeringen att kommissionären, liksom enligt 1914 års lag, ska ha panträtt i kommissionsvarorna. Det betyder att kommissionären också har ett gentemot kommittentens borgenärer skyddat anspråk på att få leverera till tredje man enligt avtalet med denne. Tredje man kan alltså normalt förlita sig på kommissionärens rätt att fullgöra den leverans som han har åtagit sig. Genom sitt besittningstagande har kommissionären rätt även i förhållande till kommittentens borgenärer att ta varorna i anspråk för den leverans som åligger kommissionären. Det behövs därför ingen reglering av frågan om tredje mans rätt i förhållande till kommittentens borgenärer.

16 Försäljning i strid mot kommissionsavtalet

Regeringens förslag: Har kommissionären sålt en vara som innehafts för försäljning på villkor som strider mot kommittentens intressen eller handlat oredligt, ska tredje man ändå förvärva rätt till varan om han var i god tro. Detsamma ska gälla om kommissionären säljer en vara trots att kommissionsuppdraget har upphört och försäljningen därför inte var tillåten.

Kommissionslagskommitténs förslag stämmer i huvudsak överens med regeringens förslag (se slutbetänkandet s. 133 f., 161 f. och 263 f.).

godkänt detta (se 19 §). Detta krav på uttryckligt godkännande skulle kunna kringgåas om det fanns möjlighet att avtala bort avviseringsrätten. Även i övrigt har det ansetts motiverat att behålla den i lagrådsremissen föreslagna lagtexten i andra stycket.

I tredje stycket erinras om att avvising ska meddelas inom viss tid enligt 44 §.

Prop. 2008/09:88

Kommittentens äganderätt till kommissionsvarorna

23 § En kommittent förblir ägare till varor som har lämnats till kommissionären för försäljning till dess att äganderätten övergår till tredje man eller, vid självinträde, till kommissionären.

Kommittenten blir omedelbart ägare till varor som kommissionären har köpt in för kommittentens räkning.

En fordran på tredje man på grund av dennes avtal med kommissionären är förbehållen kommittenten framför kommissionärens borgenärer.

(Jfr 48, 49 och 55 §§ i SOU 1988:63 och 20 § i SOU 2005:120.)

Paragrafen innehåller viktiga regler som ger kommittenten separationsrätt till kommissionsvaror och till kommissionärens fordran på tredje man. I 1914 års kommissionslag motsvaras paragrafen av 53 och delvis 61 §§. Övervägandena finns i avsnitt 14.

Första stycket

Av första stycket framgår att kommittenten förblir ägare till de varor som finns hos kommissionären för försäljning till dess att äganderätten går över till tredje man eller till kommissionären om denne självinträder. Liksom 1914 års lag talar lagtexten om äganderätt. Det innebär att kommittentens rätt till varorna är skyddad mot kommissionärens borgenärer och att kommittenten alltså har separationsrätt till dem. Varorna kan inte utmätas för kommissionärens skuld. Går kommissionären i konkurs, är konkursboet skyldigt att redovisa varorna till kommittenten.

En förutsättning för separationsrätten är att kommissionären verkligen har i uppdrag att sälja varorna för kommittentens räkning och inte för sin egen räkning (jfr 1 § och kommentaren till den paragrafen).

Kommittenten förlorar separationsrätten till varorna vid den tidpunkt då äganderätten går över till tredje man. Om varorna är individualiserade, får tredje man redan genom avtalet separationsrätt; det är alltså inte nödvändigt att tredje man har fått varan i sin besittning (se 24 §). I andra fall har kommittenten kvar separationsrätten fram till dess att varorna traderats till tredje man. Har kommittenten fått betalt för varorna, har han naturligtvis inte längre någon separationsrätt till dem.

Kommittenten har inte heller separationsrätt om kommissionären har självinträtt. Ifall kommissionären går i konkurs kan frågan om självinträde ha skett före eller efter konkursen få betydelse, eftersom det kan vara avgörande för frågan om varorna ingår i konkursen. Vid vilken tidpunkt självinträdet sker regleras inte i lagen utan avgörs enligt vanliga avtalsrättsliga principer. Har kommissionären rätt till självinträde, kan man se det som ett stående anbud från kommittenten till kommissionären

som normalt binder kommittenten vid den tidpunkt då kommissionären accepterar att utnyttja rätten och inträda som köpare. Det är naturligt att det i praxis ställs höga krav på bevisning när den ena parten ensidigt kan bestämma tidpunkten för avtalsslutet. Normalt torde det krävas att kommissionären före konkursen har lämnat kommittenten meddelande om självinträdet eller på ett betryggande sätt dokumenterat att självinträde skett (jfr 20 §). Det är dock inte uteslutet att självinträdet någon gång kan bevisas på andra sätt. Även andra omständigheter kan alltså ha betydelse vid bedömningen, t.ex. att kommissionären före konkursen har förberett redovisningen av sitt uppdrag till kommittenten och därvid har angett att han köpt varorna.

Liksom motsvarande bestämmelse i 1914 års kommissionslag ska paragrafen tillämpas med beaktande av allmänna separationsrättsliga principer. Av allmänna principer följer att kommittentens separationsrätt kan gå förlorad om kommissionären blandar samman kommissionsvarorna med andra varor så att de inte kan identifieras (jfr 6 § andra stycket och kommentaren till den paragrafen). En annan näraliggande princip som kan behöva beaktas är att separationsrätt också kan gå förlorad om kommissionären får sätta värdet i fara. Detta kan vara av betydelse om kommissionären har rätt att självinträda på kredit. Hur dessa principer påverkar paragrafens tillämpning i det enskilda fallet är en fråga för rättstillämpningen.

Om kommittenten inte har separationsrätt till varorna enligt denna paragraf därför att kommissionären har sålt varorna till tredje man, har han separationsrätt till köpeskillingsfordringen på tredje man (se tredje stycket). Betalar tredje man till kommissionären för sålda varor, har kommittenten också rätt att få betalningen redovisad enligt lagen om redovisningsmedel.

Andra stycket

Andra stycket innehåller en bestämmelse av betydelse för kommittentens rätt i förhållande till kommissionärens borgenärer till varor hos kommissionären vid inköpskommission. Kommissionären blir inte ägare till de varor som han köper för kommittentens räkning. I stället går äganderätten till varorna omedelbart över från säljaren till kommittenten. Det innebär att varor som har köpts för kommittentens räkning men som ännu inte har levererats till denne inte får utmätas för kommissionärens skuld eller vid konkurs tas i anspråk av kommissionärens borgenärer.

En förutsättning för att kommittenten ska ha separationsrätt till varor som finns hos kommissionären är att parterna har ingått ett kommissionsavtal, dvs. att deras avsikt har varit att kommissionären skulle köpa varor för kommittentens räkning. Dessutom krävs att kommissionären också har köpt de aktuella varorna för att uppfylla kommissionsavtalet. När kommittenten gör anspråk på äganderätt till varorna, måste han vara beredd att bevisa att det föreligger ett kommissionsavtal och att just dessa varor har köpts för kommittentens räkning. En omständighet som med styrka talar för att köpet har skett för att uppfylla kommissionsavtalet är att kommissionären i nära anslutning till köpet har underrättat kommittenten om att avtal ingåtts för dennes räkning (jfr 4 §). Att kommis-

sionären på ett betryggande sätt har dokumenterat att avtalet har ingåtts för kommittentens räkning är också en omständighet som kan räcka som bevis för att han verkligen gjort köpet för kommittentens räkning. Andra omständigheter som kan ha betydelse är att köpet avser en bestämd vara som kommittenten gett kommissionären i uppdrag att köpa, liksom att kommissionären i parternas avtal har förpliktat sig att inte för sin egen eller någon annan kommittents räkning handla med sådana varor som köpet avser.

Liksom första stycket ska andra stycket tillämpas med beaktande av allmänna separationsrättsliga principer. Även om parterna anses ha träffat ett kommissionsavtal och det utreds att varor har köpts för kommittentens räkning, kan kommittentens separationsrätt utsläckas genom att varorna blandas samman med andra varor av samma slag (jfr 6 § andra stycket och kommentaren till den bestämmelsen). Också annan lagstiftning kan behöva beaktas. Att kommittenten sakrättsligt kan få ett skydd påverkar exempelvis inte ett eventuellt krav på att köpeavtalet ska vara i skriftlig form.

I andra stycket regleras enbart de fall då kommissionären köper varor, alltså inte de fall då kommissionären utför ett uppdrag genom att självinträda som säljare. Utför en kommissionär ett inköpsuppdrag genom att sälja egna varor till kommittenten, måste varorna – i enlighet med vanliga principer om köpeavtal – traderas till kommittenten för att denne ska vara skyddad mot kommissionärens borgenärer, när det rör sig om lösa saker. Om kommittenten är konsument, är han eller hon däremot vid självinträde i princip skyddad mot kommissionärens borgenärer i och med avtalet, dvs. självinträdet (se 49 § konsumentköplagen). Säljer en bank löpande skuldebrev, är försäljningen gällande mot bankens borgenärer även om skuldebrevet har lämnats kvar där för förvaring (se 22 § andra stycket lagen om skuldebrev, jfr även 6 kap. 2 § lagen om kontoföring av finansiella instrument).

I lagen regleras inte det fallet att kommittenten har lämnat ett förskott till kommissionären med redovisningsskyldighet men kommissionären inte har köpt kommittentens varor vid den tidpunkt då kommissionären går i konkurs. I det fallet har dock kommittenten separationsrätt till pengarna, förutsatt att kommissionären har avskilt dem på det sätt och inom den tid som anges i lagen om redovisningsmedel.

Tredje stycket

Kommittenten har med stöd av första stycket separationsrätt till varor som lämnats till kommissionären för försäljning. Till följd av detta är också en fordran på tredje man på grund av dennes avtal med kommissionären enligt tredje stycket förbehållen kommittenten framför kommissionärens borgenärer. En fordran får alltså inte utmätas för kommissionärens skulder eller tas i anspråk av borgenärer i kommissionärens konkurs. Medel eller varor som flyter in till kommissionärens konkursbo eller som har flutit in strax före konkursen på grund av avtalet med tredje man ska, i enlighet med vad som även annars gäller i kommissionsförhållandet, hållas avskilda och redovisas till kommittenten enligt lagen om redovisningsmedel (jfr 6 § andra stycket).

Om kommissionären har fullgjort tredje mans prestation till kommittenten och denne alltså inte längre har någon fordran på grund av avtalet, kan kommittenten naturligtvis inte göra gällande några anspråk mot tredje man. Inte heller kan kommittenten förbehålla sig ett anspråk mot tredje man om kommissionären enligt bestämmelserna om panträtt har rätt att förfoga över anspråket (jfr 15 § tredje stycket).

Tredje mans rätt på grund av avtalet med kommissionären

24 § Genom avtalet mellan kommissionären och tredje man förvärvar tredje man rätt mot kommissionären men inte mot kommittenten.

Förvärvar tredje man en viss vara, är varan i och med avtalet förbehållen tredje man framför kommissionärens borgenärer.

(Jfr 51 och 52 §§ i SOU 1988:63)

I paragrafen finns centrala regler om tredje mans fordringsrätt och sakrätt i förhållande till kommissionären och kommittenten. Motsvarande bestämmelser finns delvis i 56 § i 1914 års kommissionslag (jfr också NJA II 1914 s. 279). Övervägandena finns i avsnitt 15.

Första stycket

Det utmärkande draget för kommission är att kommissionären handlar i eget namn när avtalet ingås för kommittentens räkning. Detta innebär att det enbart är kommissionären som genom avtalet blir förpliktad i förhållande till tredje man. Det saknar betydelse om tredje man känner till eller inte känner till kommissionsförhållandet. Denna princip kommer till uttryck i första stycket.

I bestämmelsen anges att tredje man inte får någon rätt mot kommittenten på grund av avtalet med kommissionären. Kommittenten står alltså i princip helt utanför avtalet med tredje man. Inte heller kan tredje man grunda någon rätt mot kommittenten, eller dennes borgenärer, på att kommissionären har en fordran hos kommittenten på egendom till fullgörande av kommissionärens avtal med tredje man eller på att kommissionären har tagit emot sådan egendom från kommittenten. Tredje man kan alltså inte med stöd av kommissionsavtalet rikta några krav mot kommissionären. Fullgör kommissionären inte det avtal som han har ingått med tredje man, får denne i vanlig ordning skaffa sig en exekutionstitel för sin fordran och ansöka om verkställighet mot kommissionären.

Andra stycket

Av andra stycket följer att en tredje man som har förvärvat en viss vara redan i och med avtalet får skydd för sitt köp mot kommissionärens borgenärer och därmed separationsrätt.

Det krävs alltså att förvärvet avser en ”viss” vara. Även egendom som är preciserad på ett sådant sätt att man vet vilka föremål eller vilket parti som avses med köpet räknas som en viss vara i paragrafens mening. En

situation som ligger nära köp av en viss vara är när kommissionären har sålt en viss mängd att tas ut ur kommissionsvarorna. Det har överlämnats åt rättstillämpningen att avgöra huruvida separationsrätt kan göras gällande i ett sådant fall.

Är egendomen däremot angiven enbart som en viss mängd eller ett visst antal av en vara av ett bestämt slag, har köparen i princip inte separationsrätt. Avtalet avser då inte nödvändigtvis kommittentens egendom, och i enlighet med allmänna köprättsliga principer måste egendomen i ett sådant fall ha traderats till köparen för att denne ska vara skyddad mot anspråk från kommissionärens borgenärer. Vid handel med finansiella instrument är köparen normalt ute efter instrument av visst slag och det saknar betydelse på vems konto de finansiella instrumenten är registrerade eller i övrigt vilken grupp av instrument de tas ifrån; då är det i regel alltså inte fråga om en viss vara.

Den som har förvärvat en viss kommissionsvara innan en kommissionär går i konkurs har alltså i och med avtalet skydd för sitt förvärv mot kommissionärens borgenärer. Det saknar betydelse var kommissionsvaran finns vid tidpunkten för avtalet och konkursen. För separationsrätten spelar det ingen roll om varan finns hos kommissionären, hos kommittenten eller någon annanstans. Vid vilken tidpunkt ett giltigt avtal har träffats mellan kommissionären och tredje man avgörs enligt vanliga kontraktsrättsliga principer.

Kravet att det ska röra sig om en viss vara kan vara svårt att uppfylla när varorna finns kvar hos kommittenten, men avser köpet t.ex. en unik eller på annat sätt särpräglad egendom kan förvärvaren ha separationsrätt även i ett sådant fall.

Om förutsättningarna enligt andra stycket är uppfyllda, är varan förbehållen tredje man framför kommissionärens borgenärer. Det betyder att tredje man har rätt att få ut varan från kommissionärens konkursbo och att varan inte får utmätas för kommissionärens skulder. Bestämmelsen får praktisk betydelse främst när tredje man har betalat varan i förskott. Tredje man har då rätt till varan och behöver alltså inte nöja sig med en oprioriterad utdelning i konkursen.

Bestämmelsen gäller bara kommissionsvaror. Har varorna blandats samman med kommissionärens egendom så att det inte kan avgöras vad som är kommissionsvaror, kan förvärvaren inte få separationsrätt.

25 § Har tredje man i egenskap av konsument köpt en vara av en kommissionär, har tredje man rätt att mot kommittenten rikta samma anspråk på grund av fel i varan som han eller hon kan göra gällande mot kommissionären, om både kommissionären och kommittenten är näringsidkare och förhållandena i övrigt är sådana som sägs i 46 § första stycket konsumentköplagen (1990:932). Det som sägs i 46 § andra stycket konsumentköplagen gäller inte i ett sådant fall.

En tredje man som med stöd av 46 § konsumentköplagen har rätt att rikta anspråk mot en kommissionär i tidigare säljled får göra samma anspråk gällande mot dennes kommittent, om kommittenten är näringsidkare.

Bestämmelserna i 46 § tredje stycket konsumentköplagen om reklamation med anledning av anspråk mot näringsidkare i tidigare säljled gäller också när tredje man vill rikta anspråk mot någon som är kommittent.

(Paragrafen saknar motsvarighet i betänkandena.)

Paragrafen innehåller konsumentskyddande regler om att en tredje man som är konsument under vissa förutsättningar har rätt att rikta anspråk på grund av fel i varan mot en kommittent i ett tidigare säljled. Motsvarande bestämmelser finns i 56 a § i 1914 års kommissionslag. Övervägandena finns i avsnitt 15.

Enligt 46 § konsumentköplagen kan en köpare vid konsumentköp under vissa förutsättningar vända sig med anspråk på grund av fel i varan direkt mot en näringsidkare i tidigare säljled som har sålt varan för vidareförsäljning. Förevarande paragraf anknyter till den bestämmelsen. Avsikten är att en tredje man som uppträder som konsument ska ha lika goda möjligheter att framställa anspråk mot en näringsidkare i tidigare säljled enligt denna lag som enligt konsumentköplagen.

Till skillnad från lagen i övrigt gäller förevarande paragraf endast i de fall då tredje man är konsument. Beträffande innebörden av detta begrepp hänvisas till 2 §. Att paragrafen hänvisar till konsumentköplagen innebär att den är begränsad till köp av lösa saker (jfr 1 § konsumentköplagen).

För att konsumenten ska ha rätt att rikta anspråk mot en näringsidkare i ett tidigare säljled ska, som anges i *första stycket*, såväl kommissionären som kommittenten vara näringsidkare och övriga förhållanden vara sådana som framgår av 46 § första stycket konsumentköplagen. Det innebär att konsumenten i första hand ska rikta krav mot sin motpart, säljaren. Rätten att vända sig mot en näringsidkare i tidigare säljled kan utnyttjas endast när säljaren är på obestånd, har upphört med sin näringsverksamhet eller inte kan anträffas (jfr prop. 1989/90:89 s. 164 f.).

Konsumentens krav kan riktas bara mot en kommittent som är näringsidkare. Den som t.ex. har köpt en bil av en bilhandlare som har sålt i kommission för en privatpersons räkning kan alltså inte vända sig mot privatpersonen med krav på grund av ett fel på bilen, om bilhandlaren går i konkurs.

Är förutsättningarna uppfyllda, har konsumenten rätt att mot kommittenten rikta samma anspråk på grund av fel på varan som han eller hon kan göra gällande mot säljaren. Vilka anspråk detta är regleras i första hand i konsumentköplagen och inte i denna lag.

I ett avseende skiljer sig förevarande bestämmelse från motsvarande bestämmelse i konsumentköplagen. Enligt den lagen har konsumenten rätt till direkttalan mot näringsidkaren i det bakre ledet enbart om motsvarande anspråk mot denne näringsidkare på grund av felet i princip skulle ha kunnat göras gällande av den som har köpt varan direkt från den näringsidkaren. Ett anspråk mot näringsidkare i det tidigare säljledet kan alltså göras gällande bara om det fel som konsumenten åberopar fanns redan när varan lämnade det ledet. En kommissionär däremot säljer kommittentens varor för dennes räkning, varför det inte är fråga om olika säljled i konsumentköplagens mening. Konsumenten kan därför enligt denna lag rikta samma krav mot kommittenten på grund av ett fel som han eller hon kan göra gällande mot kommissionären (säljaren).

Första stycket tar sikte på de fall då säljaren är kommissionär. I *andra stycket* behandlas den situationen att säljaren har sålt varan för egen räkning men varan i ett tidigare led har sålts för annans räkning. Andra stycket aktualiseras i de fall då en konsument med stöd av 46 § konsu-

mentköplagen har rätt att rikta anspråk mot en näringsidkare i ett tidigare säljled som har agerat som kommissionär. Konsumenten har i ett sådant fall rätt att rikta sina anspråk på grund av fel i varan även mot den näringsidkare som har uppdragit åt annan att i eget namn sälja en vara för hans räkning. Bestämmelsen innebär en utvidgad tillämpning av konsumentköplagens regel om direktkrav mot ett tidigare säljled.

För att en konsument ska ha rätt att rikta anspråk med stöd av andra stycket mot en kommittent i ett tidigare säljled krävs att samtliga förutsättningar för direkttalan mot kommissionären enligt 46 § konsumentköplagen är uppfyllda. Dessutom krävs att kommittenten är näringsidkare. Är dessa förutsättningar uppfyllda, kan konsumenten rikta samma anspråk mot kommittenten som han eller hon kan göra gällande mot kommissionären.

I *tredje stycket* anges att bestämmelserna i 46 § tredje stycket konsumentköplagen tillämpas också när konsumenten vill rikta anspråk mot någon som är kommittent. Tredje stycket gäller anspråk enligt både första och andra stycket i denna paragraf. Hänvisningen innebär att köparen, om han eller hon vill utnyttja rätten till direkttalan mot en näringsidkare i ett tidigare säljled, kan reklamera hos denne eller hos säljaren. Har köparen inte reklamerat hos näringsidkaren i tidigare säljled, går rätten mot denne förlorad, om köparen inte underrättar näringsidkaren om sitt anspråk inom skälig tid efter det att han eller hon insett eller borde ha insett att det fanns anledning att framställa anspråket.

Reklamationsfristen om tre år enligt 23 § konsumentköplagen räknas från det att konsumenten tog emot varan från säljaren, även i de fall då konsumentens anspråk enligt första eller andra stycket riktas mot någon annan än säljaren.

Försäljning i strid mot kommissionsavtalet

26 § Har kommissionären till tredje man sålt en vara som kommissionären hade för försäljning på villkor som väsentligt stred mot kommittentens intresse, eller har kommissionären vid försäljningen handlat oredligt mot kommittenten, får tredje man ändå rätt till varan, om tredje man vid försäljningen varken insåg eller borde ha insett detta. Detsamma gäller om kommissionären har sålt en vara som kommissionären hade för kommittentens räkning, trots att kommissionärens uppdrag hade upphört och kommissionären därför inte fick sälja varan.

Om kommissionsavtalet har upphört till följd av att kommittenten försatts i konkurs, ska en försäljning som kommissionären företar inte på grund av första stycket andra meningen ha större verkan mot konkursboet än den skulle ha haft om kommittenten själv företagit den. Har avtalet upphört till följd av att kommissionären försatts i konkurs, får tredje man inte åberopa bristande kännedom om konkursen i vidare mån än vad som varit möjligt om varan hade tillhört kommissionären.

(Jfr 50 § i SOU 1988:63.)

Paragrafen handlar om tredje mans rätt till en vara när en försäljningskommissionär har sålt den i strid mot kommissionsavtalet. Den motsvaras i sak av 54 § första stycket och 55 § i 1914 års kommissionslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.

köparen (jfr 10 § 2 st. och 54 § 4 st. samt NJA 1985 s. 879).¹ Detta gäller också om köparen har tagit emot transportdokument avseende varan, se 13:57 (tidigare 166 § 1 st.) sjölagen.

Ifall säljaren med rätta utövar stoppningsrätt, är köparen inte längre materiellt berättigad mottagare av lasten. Innehavet av ett löpande papper, t.ex. ett konossement, ger honom visserligen formell legitimation eller "behörighet", 13:52 (tidigare 156 §) sjölagen, men lastinnehavaren borde ändå inte kunna prestera med befriande verkan till den formellt legitimerade om lastinnehavaren är i *ond tro om den bristande materiella rätten* (befogenheten). Under sådana förhållanden vore lastinnehavaren naturligtvis inte heller skyldig att lämna ut lasten, inte ens om konossementsinnehavaren har "full set". Jfr 19 § skuldebrevslagen, vilken sägs vara kompletterande giltig beträffande sjölagens konossementsregler, NJA II 1936 s. 513. I god tro presterar lastinnehavaren emellertid med befriande verkan till konossementsinnehavaren, se 19 § skuldebrevslagen. Lastinnehavarens svårighet att bedöma, om stoppningsrätt verkligen föreligger (eller om förvärvet är ogiltigt på annan grund), kan han undvika genom att enligt sjölagens regler lägga upp godset för vederbörandes räkning i ankomsthavnen, 13:53 (157 §) sjölagen; om säljaren inte har något konossementsexemplar i behåll skulle det bli fråga om en analog tillämpning. Vad nu anförts har stöd i 13:52 (tidigare 156 §) sjölagen, av vars motiv framgår att konossementsinnehavarens "behörighet" endast skall medföra en *presumtion* för hans materiella rätt (NJA II 1936 s. 512 f., som fortfarande gäller enligt NJA II 1994 s. 825; jfr 13 § skuldebrevslagen och 11 § 1 st. avtalslagen, där ond tro om bristande befogenhet gör passivfullmakt otillräcklig).

I motiven till 13:57 (tidigare 166 §) sjölagen står emellertid att paragrafen närmast avser förhållandet mellan säljaren och köparen och *inte omedelbart angår lastinnehavarens ställning till lastemottagaren*. Lastinnehavaren vore enligt sjölagen *skyldig* att utlämna godset till konossementsinnehavaren; först när också säljaren behållit och företer ett konossementsexemplar, vore lastinnehavaren pliktig (varmed torde menas att han vid felbedömning vid utlämnandet inte blir befriad) att lägga upp godset för vederbörandes räkning. Därefter tilläggs att lastinnehavaren ändock vore *berättigad* att följa säljarens stoppningsorder, om den är grundad enligt köplagen, men han vore *inte skyldig* att göra det utan skulle tydligen, trots ond tro om stoppningsrätten,

¹ Av rättsfallet framgår att varan normalt inte anses ha kommit i köparens besittning, när varan är under transport och omhänderhas av en självständig fraktförare. Inte heller har varan kommit i köparens besittning när den mottas av en speditör som handlar på köparens uppdrag. Men om speditören lagrar varan på mottagningsorten tills vidare i avvaktan på besked från köparen, anses köparen ha fått varan i sin besittning, och säljaren har ej längre stoppningsrätt.

Befarat avtalsbrott

10.1 Stoppningsrätt

Som tidigare nämnts har både säljaren och köparen rätt att hålla inne sin prestation till dess att motparten fullgör sin prestation, s.k. *detentionsrätt*, om inte avtalet innebär att den ena partens prestation skall fullgöras före den andres, se 10 och 49 §§, jämför även 42 §. Därmed har båda parter, när prestationerna skall fullgöras samtidigt, ett gott skydd mot att den andre blir insolvent efter köpet.

Om säljaren lovat köparen kredit eller om köparen lovat säljaren att betala i förskott, ger ovannämnda regler inget skydd. Köplagen innehåller emellertid för dessa fall en regel i 61 § om att part får inställa fortsatt fullgörelse och hålla inne sin prestation, s.k. *stoppningsrätt*, om det efter köpet visar sig att motpartens handlingsätt eller ekonomiska förhållanden är sådana att det finns starka skäl att anta att han inte kommer att uppfylla en väsentlig del av sina förpliktelser.

Regeln äger tillämpning beträffande *båda parter* avtalsbrott.

Säljarens stoppningsrätt motiveras naturligtvis oftast av betalnings-svårigheter hos köparen, men även befarad bristande medverkan före avlämnandet eller befarad vägran att ta emot varan kan ge stoppningsrätt. Naturligtvis innebär konkurs, misslyckat urmätningsförsök eller betalningsinställelse hos köparen att säljaren har starka skäl att anta att köparen inte kommer att betala köpeskillingen, och stoppningsrätt föreligger därför i förhållande till köparen (beträffande köparens konkursbos ställning, se 63 §). Rörande säljarens stoppningsrätt finns en tilläggsregel i paragrafens andra stycke, vari klargörs att stoppningsrätten består, även om säljaren redan har avsänt varan men denna ännu inte lämnats ut till

kunna avlämna med befriande verkan till köparen. Se NJA II 1936 s. 540; i stort sett instämmande Almén § 15 vid not 35–40, Wilkens i Huvudlinjer i Svensk frakträtt, 2 uppl. 1962 s. 130 f. och 170 f., Grönfors, Sjölagens bestämmelser om godsbefordran, 1982, s. 296, där Grönfors i en kommentar till 157 § sjölagen skriver att sjötransportören saknar både rätt och skyldighet att pröva möjliga befintliga överlåtelser materiella giltighet (även vid kvalificerad misstanke om svek eller omtydighet?), Tibergh i SvJT 1993 s. 548 ff. och Ramberg, Köplagen s. 594 f. Ramberg jämför konossementet med en remburs (beträffande sådana, jfr NJA 1978 s. 728) och ålägger transportören skadeståndsansvar mot säljaren bara när stoppningsrätten var uppenbar; Tibergh menar att inte ens vetenskap har relevans i detta sammanhang med hänsyn till internationella och praktiska förhållanden, s. 555 f.

I engelsk rätt, som är särskilt intressant inom sjötransporten, är en sjötransportör skyldig att följa säljarens stoppningsorder utom om han vet att den är felaktig; saknade säljarens stoppningsrätt, går dröjsmålet på säljarens, ej transportörens risk, se Benjamin's Sale of Goods, 4 uppl. 1992, para 15-067 och 15-085. I anknytning till sjölagsmotivens uttalande om att stoppningsrätten endast angår förhållandet mellan säljaren och köparen men inte transportören återopar Tibergh, s. 551, och Ramberg, s. 595, att den internationella köplagen i art. 71 st. 2 anger att "the present paragraph (om stoppningsrätt) relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller". Se även Svante O. Johansson, Stoppningsrätt under godstransport, 2001, s. 371–386. Enligt Honold, Uniform law for International Sales, para 390, har denna reservation emellertid införts för att en förvärvare av konossementet kan ha gjort ett extinktivt godtrosvärk som omintetgör stoppningsrätten (d.v.s. vindikationen). Samma reservation framgår redan av 13:57 st. 2 (tidigare 166 § 2 st.) sjölagen och 14 § skuldebrevslagen.

Tydligt är att resonemangen i sjölagsmotiven haltar. Det är naturligtvis olägligt för transportören att utsättas för svårbedömda, konkurrerande krav och olyckligt att varan kan förfaras om den innehålls av transportören eller läggs upp för vederbörandes räkning, men säljarens förlust om han går miste om sin stoppningsrätt är också beaktansvärd. Frågan är varför just sjötransportören skall kunna prestera i ond tro med befriande verkan, när *andra naturagälldenärer* som utfärdat löpande papper inte kan det. Tiberghs allmänna tes i Skuldebrev, växel och check, avsnitt IV.c, rörande (bara) enkla fordringar att en naturagälldenär kan prestera befriande till överlåtare eller till den förvärvare som stödjer sig på en skriftlig transport såvida han inte *vet* att materiell rätt saknas, är spekulativ. Tibergh hävdar att det högt ställda godtroskravet (avsaknad av skäligen anledning till misstanke) i skuldebrevslagens 29 och 30 §§ hänger samman med den 1927 införda depositionsmöjligheten vid penningförpliktelser. Redan enligt 1914 års kommissionslag 62 § är naturagälldenären (tredje man) emellertid hindrad att avlämna med befriande verkan till kommissionären (motsvarar överlåtare i 29 § Skbl) om han

bort förstå att det var kommittenten (motsvarar förvärvaren i 29 § Skbl) som ägde göra fordringsrätten gällande, något som ibland kan vara svårt att bedöma (se 57 § 2 st. 1914 års kommissionslag och 27 § 1 st. 2009 års dito). Den rätta lösningen torde vara att en naturagälldenär, som ställs inför konkurrerande anspråk, antingen får *betryggande säkerhet* av endera parten och därefter på egen risk presterar till denna (se 59 § 1914 års kommissionslag, NJA II 1914 s. 286 f., och 28 § 2009 års dito; att säkerhet kan begäras betyder att naturagälldenären inte säkert presterar med befriande verkan, men troligen blir kommittenten aktivt legitimerad efter säkerställandet, ehuru det inte sägs uttryckligen) eller att naturagälldenären *innehåller eller deponerar* varan tills pretendenterna enats eller att han säljer den (jfr 74–76 §§ köplagen; depositionslagens begränsning till penningsskulder borde inte utgöra hinder mot överlämnande av varan till annan, trots uttalandena i NJA II 1927 s. 296 f.). Ifrågasättande problem har en inte obetydlig praktisk vikt i andra sammanhang, t.ex. när en panthållare utsätts för utlämningskrav från panthavaren som genast vill realisera, medan pantsättaren bestrider realisationsrätt eller t.o.m. panträtt.²

Köparens stoppningsrätt kan motiveras av både befarat dröjsmål med avlämnandet och befarat fel i varan.

Det befarade (anteciperade) avtalsbrottet skall avse en *väsentlig del* av partens förpliktelser för att motivera stoppningsrätt. Detta är inte detsamma som att ett fullbordat kontraktbrott skulle orsaka väsentlig olägenhet eller ge hävningsrätt.

Det befarade avtalsbrottet skall ha visat sig först *efter köpet*. Om en part vid köpet visste om att det fanns starka skäl att anta att den andre skulle åsidosätta sina förpliktelser, men parten ändå ingick ett avtal där han lovade prestera i förskott, har han ingen stoppningsrätt.

Huruvida det finns *starka skäl att anta* att ett avtalsbrott kommer att inträffa skall avgöras genom en objektiv bedömning av de omständigheter som parten med fog kunnat utgå ifrån. Blir den bedömning som part gjort i efterhand underkänd av en domstol, är parten ansvarig för sitt misstag. Normalt betyder det att den som gjort felbedömningen hamnat i dröjsmål. Se vidare nedan under avsnitt 10.2 rörande ogrundad hävningsförklaring.

Rättsföljden av att en part har stoppningsrätt är att dröjsmål, som senare, när stoppningsrätten upphört, eventuellt uppkommer på hans sida med avlämnandet av varan eller med betalningen till följd av stopp-

² Jfr mitt tillägg i NJA 2001 s. 292 och min uppsats *Deposition av handpenning hos fastighetsmäklare i SvJT 2007 s. 942 ff.*

ningsrättens utövande, anses bero på motparten. Denne kan då inte göra några påföljder gällande, se 22 och 51 §§.

Stoppningsrätten upphör om det *inte längre finns starka skäl att anta* att motparten kommer att begå kontraktsbrott eller om motparten ställer lämna bankgaranti för sin fullgörelse, 61 § 4 st. Köparen kan exempelvis lämna bankgaranti för betalningen. Likaså är det enligt propositionen³ tillräckligt, om säljaren ställer ekonomisk säkerhet för den skadeståndsskyldighet han kan bli ålagd att betala vid slutligt dröjsmål eller fel. Denna lösning må vara rimlig i detta fall, där det "bara" finns starka skäl att anta att avtalsbrott kommer att inträffa (jfr dock nedan beträffande 62 §).

Den som utövar stoppningsrätt måste genast *meddela* motparten detta vid ävenyr av skadeståndsskyldighet, 61 § 3 st.

10.2 Hävning

Normalt får en part häva ett avtal endast vid fullbordat avtalsbrott. Härifrån har tidigare redovisats ett undantag som rör successiva leveransen, 44 och 56 §§. I 62 § ges emellertid en rätt för båda parter att häva köpet vid befarat avtalsbrott från den andres sida, utan att fullbordat avtalsbrott ännu föreligger beträffande någon delprestation.

Förutsättningen är att *det står klart* att det kommer att inträffa ett avtalsbrott som ger parten rätt att häva köpet. I så fall behöver han inte fortsätta fullgörelsen och avvakta med hävningsförklaringen tills motpartens avtalsbrott blivit fullbordat.

Observera att "ribban" här ligger högre än vad som gäller rätten att stoppa fullgörelsen; det får inte finnas utrymme för något rimligt tvivel att avtalsbrott kommer att inträffa. I äldre rätt uttrycktes det så att det skulle finnas till visshet gränsande sannolikhet för avtalsbrott.⁴ Det är inte heller tillräckligt att avtalsbrottet avser en väsentlig del av förpliktelsen; det *fullbordade* avtalsbrottet skall *ge hävningsrätt* enligt de regler som gäller om fullbordat avtalsbrott. Däremot är orsaken till avtalsbrottet som alltid utan betydelse vid hävning, förutsatt bara att det väntade avtalsbrottet inte beror på motsidan.

³ Prop. s. 180 m.

⁴ Almén § 21 vid not 6. I 29 och 47 §§ konsumenttjänstlagen får hävning dock ske när det finns "starka skäl" att förutse kontraktsbrott.

Huruvida det stod klart att avtalsbrott skulle komma att inträffa, skall bedömas objektivt på grundval av de omständigheter som den hävande med fog kunde utgå från vid tidpunkten för hävningsförklaringen. Hävningen kan alltså vara befogad, även om motparten på grund av senare inträffade förhållanden blir i stånd att fullgöra. Likaså kan hävningen vara befogad, även om en bedömning som grundat sig på ett bredare beslutsunderlag hade lett till ett annat resultat. Den hävande får naturligtvis inte utan vidare utgå från lösa rykten som ger stöd för bedömningen att motparten är ur stånd att fullgöra, men om motparten av någon anledning givit honom fog för att tro att vissa omständigheter föreligger, kan den hävande vara berättigad att utgå från dessa omständigheter i sin prognos.⁵

Har den hävande utan fog byggt på ett för tunt beslutsunderlag, eller har hans slutledning varit oriktig, har han hävt *utan att vara berättigad därrill*. Motparten äger då uppfatta hävningsförklaringen som en förklaring att den hävande inte tänker fullgöra avtalet, och motparten kan därmed enligt 62 § för sin del häva avtalet.⁶ Någon plikt att dessförinnan försöka få den hävande att återta hävningsförklaringen föreligger inte. Eftersom den först hävandes beslut att häva legat inom hans kontroll, är det givet att han alltid måste betala i vart fall motpartens direkta förlust. Är hans beslut vårdslöst, följer av köplagen att han dessutom skall betala även indirekt förlust. Beträffande frågan, huruvida han ansvarar strikt för allt slags förlust, eftersom kontraktsbrottet beror på rättsvillfarelse, se ovan 4.2.3 in fine.

Även om hävningen var berättigad på det underlag som den hävande med fog fick utgå ifrån, har motparten enligt 62 § 2 p. en möjlighet att undanröja hävningsverkan genom att genast ställa *godtagbar säkerhet* för att han kommer att *fullgöra köpet*.⁷ I propositionen utvecklas detta så, att motparten kan avvärja hävningen inte bara genom att ställa godtagbar säkerhet utan även genom att visa att det inte längre kan anses stå klart att ett avtalsbrott kommer att inträffa. Den sista möjligheten framgår knappast av lagtexten, och skulle den trots detta anses gälla, måste den rimligen vara förenad med en skyldighet för motparten att dels tåla de förseningar som har samband med att den hävande lirade på

⁵ Lagrådets yttrande på s. 232 öx är knappast träffande. Almén § 39 vid not 73 ff. anser emellertid att säljaren inte kan lita på de omständigheter som är bekanta för honom. Jfr NJA 1963 s. 136.

⁶ Jfr Almén § 21 vid not 7 ff. och § 28 vid not 29 ff.

sin vid avgivandet berättigade hävningsförklaring, dels berala de skador som den hävande lider genom att återigen bli bunden av köpet.

I propositionen återupprepas inte på denna plats uttalandet i specialmotiveringen till 61 §, att en säljare kan avvärja påföljden av befat avtalsbrott genom att ställa säkerhet för den *skadeståndsskyldighet* han må åläggas. Uttrycket "godtagbar säkerhet" för att han kommer att fullgöra köpet" borde emellertid ha samma innebörd i båda paragraferna.⁷ Det kan emellertid ifrågasättas, om det är tillfredsställande att köparen kan tvingas att tills vidare stå fast vid köpet, när man vet att han senare kommer att få hävningsrätt, bara därför att säljaren ställer säkerhet för en *surrogatprestation*; läget är alltså ett annat än när köparen ställer säkerhet för köpeskillingen.

10.3 Konkurs och företagsrekonstruktion.

Massaansvar

Ett konkursbo är *inte skyldigt att fullgöra konkursgäldenärens förpliktelser* enligt ett köpeavtal. Ifall medkontrahenten har sakrättsligt skydd, måste boet dock tolerera att viss egendom separeras, om boet inte fullgör gäldenärens skyldigheter.

Av det anförda följer att, om köparen innan han gått i konkurs mottagit varan utan att återtagandeförbehåll gjorts vid avlämnandet, *säljaren* kommer att få nöja sig med att bevakna en fordran på betalning i konkursen. Eftersom fordringen är oprioriterad får den i allmänhet ingen eller bara obetydlig utdelning.

Likaså blir *köparen* illa ställd, om han betalat säljaren förskott på köpeskillingen, innan säljaren går i konkurs. För att köparen skall ha rätt att separera varan ur konkursboet, krävs det att han antingen fått varan i sin besittning före konkursen eller att han registrerat köpet enligt lösöreköplagen och 30 dagar förflutit före konkursen eller att köpet föll under 49 § konsumentköplagen.

Att konkursboet inte behöver fullgöra konkursgäldenärens förpliktelser betyder emellertid inte att konkursboet saknar *rätt att inträda* i avtalet genom att överta konkursgäldenärens rättigheter och förpliktelser. Tvärtom stadgas i 63 § 1 st. att konkursboet har en sådan inträdesrätt. Lagen bygger här på tanken, att det inte spelar någon roll för den

⁷ Se även prop. sid 184 y angående 63 §.

solventa parten om det är konkursgäldenären själv eller hans konkursbo som fullgör avtalet, samtidigt som det för konkursboet ofta är av utomordentlig vikt att boet kan hålla fast vid förmånliga avtal, som konkursgäldenären ingått, och även i övrigt få ekonomiskt meningsfull sysselsättning under den tid som konkursgäldenärens anställda är berättigade till uppsägningslön (med förmånsrätt).

Konkursboets inträdesrätt gäller inte bara vid köparens konkurs, där det är pengar som skall utges, utan även vid säljarens konkurs, fastän prestationen då är mer komplicerad och den solventa parten (köparen) kan ske fast särskilt avseende vid säljarens person, t.ex. vid beställning av ett konstverk. Den solventa partens intresse tillgodoses i stället genom att han enligt 63 § 2 st. kan kräva *säkerhet* av konkursboet i vidare utsträckning än som är möjligt enligt 61 och 62 §§. Således kan den solventa parten alltid kräva säkerhet, dels när han skall fullgöra till konkursboet i förskott, dels också när det av särskild anledning är nödvändigt att skydda honom mot förlust, även om han ännu inte skall fullgöra. Förklaringen är att konkursboets förmåga att fullgöra avtalet typiskt sett anses något oviss och att den solventa parten aldrig godkännt konkursboet som motpart.

I motiven till 63 § anförts att den solventa parten, med stöd av den allmänna regeln i 62 § om anteciperat kontraktsbrott, dessutom bör kunna *håva* köpet när det står klart att konkursboet saknar förutsättningar att fullgöra avtalet, t.ex. därför att avtalet byggde på konkursgäldenärens (säljarens) personliga egenskaper eller yrkesskicklighet.⁸ Inträdesrätten kan i sådana fall således genast neutraliseras genom en hävningsrätt för den solventa parten.

Enligt 61 och 62 §§ har emellertid den part som hotas av stoppning eller hävning rätt att *avvärja* dessa påföljder genom att ställa ekonomisk säkerhet för det skadestånd som andra parten kan bli berättigad till.⁹ Det kan därför ifrågasättas om motivuttalandet i 63 §, angående den solventa partens hävningsrätt, är rättvisande, och om en solvent köparens intresse blivit tillräckligt tillgodosett i den nya köplagen, eftersom 62 § enligt motiven därtill medför att en solvent köpare måste fortsätta att betala och medverka samt hålla till godo med skadestånd, d.v.s. ett surrogat, även om det står klart att

⁸ Prop. s. 183. Ex: Köparen har beställt en målning att utföras av världsberömd målare. Denne går i konkurs och vägrar arbeta åt boet. Konkursförvaltaren förklarar sig emellertid beredd att måla själv. Hävningsrätt föreligger.

⁹ Prop. s. 180 m., jfr 181 y och 184 y. Se ovan 10.2.

säljarens konkursbo ej kommer att fullgöra kontraktssenligt. Antingen borde hävning på grund av anteciperat fel ej kunna avvärjas genom att säkerhet ställs för skadestånd,¹⁰ eller så borde ett undantag från själva inträdesrätten vid säljarens konkurs ha ansetts i 63 § 1 st. avseende fall då konkursboet ej kan förväntas prestera kontraktssenligt (såsom gäller i motsvarande norsk och dansk lagstiftning).

Konkursboet måste ge *besked inom skälig tid efter förfrågan* huruvida det inträder i avtalet. Ger inte konkursboet sådant besked inom skälig tid efter förfrågan eller ställs inte säkerhet när skyldighet därtill föreligger, får den solventa parten *häva* avtalet. Om konkursboet inträder i avtalet, övertar konkursboet gäldenärens *rättigheter*, men det blir också *förpliktat* att från den samlade tillgångsmassan i konkursen fullgöra gäldenärens förpliktelser innan någon får utdelning i konkursen (s.k. *massansvar*).

Sammanfattningsvis innebär rättssystemet att t.ex. köparen vid säljarens konkurs får stoppa betalningen i förhållande till säljaren personligen enligt 61 § samt, om inte konkursboet inom skälig tid efter förfrågan inträtt i avtalet, häva köpet. Om konkursboet inträder, får köparen kräva säkerhet av säljarens konkursbo enligt 63 § 2 st. samt dessutom – när det står klart att konkursboet inte kommer att fullgöra kontraktssenligt – tvinga fram säkerhet eller häva avtalet i förhållande till konkursboet, enligt de från 63 § något avvikande reglerna i 61 och 62 §§.

En praktisk betydelsefull fråga är, om parterna i sitt avtal kan bestämma att ingens konkursbo skall få inträda i rättsförhållandet, d.v.s. att hävning alltid skall få ske vid motpartens konkurs. Sådana avtal träffas ibland vid köp och mycket ofta vid t.ex. leasing. Till stöd för att avtalet gäller mot konkursboet kan åberopas att köplagen enligt sin 3 § är dispositiv och att konkursboet övertar (förvaltningen av) gäldenärens rättigheter.¹¹ Mot avtalsvillkorets giltighet kan åberopas att villkoret riktar sin udd mot motpartens borgenärer

¹⁰ Att beställaren av mälningen i exemplet i näst föregående not skulle behöva posera för konkursförvaltarens och betala beingat förskott mot att konkursboet ställer säkerhet för boets skadeståndsskyldighet vid fel, är en absurd tanke.

¹¹ Inte sällan framhålls att konkursboet skulle vara ett annat rättssubjekt än konkursgäldenären, varför konkursboets inträde i gäldenärens avtal skulle jämföras med en övertalning. Utgångspunkten är emellertid snarare att konkursborgenärerna övertar förvaltningen av gäldenärens tillgångar. Att konkursboet i många sammanhang betraktas som ett annat rättssubjekt beror nog främst på att vissa rättsföljder, som uppkomsten av massaskulder, tydligare låter sig förklaras på detta sätt än med att massaborgenärerna har bästa förmånsrätt i konkursen. Men överföringen av förvaltningsrätten från gäldenären till konkursförvaltarens kan naturligtvis ha sådan betydelse för motparten i kontraktsförhållandet att konkursboet ej bör få inträda. Jfr ovan. Se vidare SOU 2001:80 s. 215 f.

och därför ligger utom kärnområdet för 3 § köplagen. Det finns också en risk att motparten utnyttjar villkoret för att tilltvinga sig full betalning i konkursen för oprioriterade fordringar eller för omförhandling av oförmånliga avtal. Rättsläget är ovisst, och svaret har lämnats öppet i köplagen (se prop. s. 232 nf, Almén § 39 vid not 143 som ansåg konkursboets rätt att hindra hävning vara tvingande, Håstad, Sakrätt, 6 uppl. 1996, s. 403 f., Möller, Konkurs och kontrakt, s. 58 ff. och 92 ff. samt Civilrätten vid finansiell leasing, 1996, s. 136 ff., SOU 1988:63 s. 247 ff., SOU 1992:113 s. 317 och 433, SOU 1993:114 s. 261 ff. samt SOU 2001:80 s. 87 f.). Hellner, Speciell avtalsrätt II, 2:a häftet, 18.4.3.1 och Ramberg, Köplagen, s. 606 ff., antar att 3 § köplagen leder till att avtalsklausuler som ger medkontrahenten hävningsrätt håller, om inte 36 § avtalslagen hade givit motsatt resultat även i förhållande till konkursgäldenären. Se även Lindskog, Kvittning, 2 uppl. 1993, s. 172. I lagen om företagsrekonstruktion 2:20 är den insolventes (och därmed indirekt hans borgenärs) rätt att hindra hävning genom att prestera fullt vederlag för det som utges av medkontrahenten efter inledningen av rekonstruktionen tvingande.¹² I SOU 2001:80 har inträdesrätten föreslagits bli tvingande även vid konkurs.

Ovan har förklarats att säljaren löper risk att bli nödlidande i köparens konkurs, om säljaren överlämnat varan på kredit utan återtagande- förbehåll till köparen och köparen därefter går i konkurs. Det har också anförts att konkursboet ansvarar för konkursgäldenärens förpliktelser, om konkursboet förklarar sig inträda i dessa. Men vad gäller om varan *efter köparens konkurs överlämnas till köparen eller dennes konkursbo*? Det kan lätt hända när säljaren är ovetande om konkursen eller inte hinner meddela en självständig fraktförare som har varan om hand att säljaren utövar sin stoppningsrätt.

Enligt 63 § 4 och 5 st. får köparens konkursbo, om boet fått varan, välja mellan att lämna tillbaka denna och att inträda i köpet och betala köpeskillingen; kan boet inte återlämna varan väsentligt oförändrad eller oförminskad, därför att boet sålt den eller på annat sätt förfogat över den, skall boet anses ha inträtt i köpet (utan att ha avgivit en förklaring

¹² Enligt ordalydelsen gäller den tvingande rätten att hindra hävning vid företagsrekonstruktion endast faller att motparten fått hävningsrätt före företagsrekonstruktionen. Om gäldenären därtill fullgjort kontraktssenligt men motparten vill häva på grund av företagsrekonstruktionen som sådan, uppstår lagen inget uttryckligt hinder mot hävning. Hävningen bör dock vara otillåten även i detta fall, se SOU 2001:80 s. 83. En annan onöjaktighet i lagen om företagsrekonstruktion är att däri inte anges att en begäran om fullföljd av avtal leder till att motpartens rätt faller utom ett ackord (jfr massansvar i konkurs); motparten har dock detentionsrätt till sina framtida prestationer. Se SOU 2001:80 s. 98 f. och 148 ff.

därom). Säljarens återtaganderätt brukar kallas *aktiv stoppningsrätt*, medan innehållanderätten enligt 61 § brukar kallas passiv stoppningsrätt.

Motsvarande gäller när varan kommer i köparens besittning, sedan köparen inställt betalningarna och *ansökt om företagsrekonstruktion*. Köparen, som i sådana fall har sin rättshandlingsförmåga i behåll, skall återlämna varan eller betala fullt; säljarens fordran omfattas således ej av ett akkord (jfr 3 kap. 3 och 8 §§ lagen om företagsrekonstruktion).¹³ Detta är en nyhet i den nya köplagen men svarar mot vad som länge tillämpas i det dagliga rättslivet.

63 § aktualiserar ett antal invecklade frågor, vilka inte diskuteras närmare i förarbetena. Studenter, som läser sakrätt på annan plats av studieordningen, förväntas ej nu penetrera följande parti.

Först bör observeras att köparens konkursbo i princip inte behöver betala köpeskillingen eller återlämna varan, om varan *utlämnats till köparen personligen efter dennes konkurs* och denne inte vidarebefordrat varan till konkursboet. Köparen är nämligen inte behörig att företräda boet enligt 3 kap. 1 § konkurslagen. Säljaren får i detta fall naturligtvis kräva tillbaka varan från köparen; mer står inte heller i 63 § 4 eller 5 st. Enligt 3 kap. 2 § 2 st. 1 p. konkurslagen skall emellertid den som infriar en förpliktelse i god tro om motpartens konkurs få tillgodoräkna sig infriandet mot boet. Ordalydelsen täcker både fallet att en säljare i konkurs inkasserar en forskottsbetalning från en godtroende köpare och fallet att en köpare i konkurs mottar en avtalad forskottslivrans från en godtroende säljare. Det är emellertid en betydande skillnad mellan att konkursboet, vilket är vad lagstiftaren haft i åtanke, gör miste om rätten att inkräva en efterskottsbetalning eller efterskottslivrans, som fullgjorts till konkursgäldenären, och att konkursboet från massan måste utge en prestation, för vilken medkontrahenten inte hade sakrättsligt skydd, när vederlaget inte kommit konkursboet till godo. – Om konkursboet ej hindrat att köparen tagit emot varor, som boet haft särskild anledning befara att de var på väg, kan detta nog i viss utsträckning leda till att boet får anses ha mottagit varan; jfr 19 § avslagen och toleransfullmakt.

Ifall varan i stället har lämnats ut *till konkursboet*, får säljaren – som hade sakrättsligt skydd till varan vid konkursbeslutet – kräva att varan lämnas tillbaka eller att boet betalar köpeskillingen.¹⁴ Om boet förfogat över varan

¹³ Enligt 3 kap. 3 och 8 §§ står de som fått en fordran på ackordsgäldenären, sedan ansökan om företagsrekonstruktion ingavs, utanför ackordsförhandlingen, och deras fordran nedsätts då inte heller genom akkordet.

¹⁴ Det krävs inte att utlämnandet skett av misstag, prop. 1988/89:76 s. 185. Annorlunda Almén ang. äldre rätt, § 41 vid not 30–32.

så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad, skall boet anses ha inträtt i avtalet, vilket betyder att boet är betalningsskyldigt. Se 63 § 4 och 5 st. köplagen.¹⁵

Om varan *lämnats ut till köparen sedan rekonstruktionsförfarande beslutats enligt lagen om företagsrekonstruktion*, har säljaren likaledes rätt att återkräva varan, och köparen måste efterkomma en sådan uppmaning eller betala eller ställa säkerhet, 63 § 4 st. köplagen. Säljarens fordran grundar sig visserligen på avtalet från tiden före rekonstruktionens inledning, och hans fordran sätts ned genom akkordet (3 kap. 3 och 8 §§ lagen om företagsrekonstruktion), men man beaktar således att han hade sakrättsligt skydd i sin retentionnsrätt och stoppningsrätt vid den kritiska tidpunkten. Det bör särskilt observeras att säljaren *inte* med stöd av 63 § 4 st. köplagen har rätt att kräva full betalning trots akkordet om köparen föredrar att lämna tillbaka varan (se NJA 1994 s. 292), men i praktiken kommer naturligtvis köparen att frivilligt betala fullt om varan behövs under rekonstruktionen.

I 63 § köplagen besvaras inte frågan vad som gäller, om *akkordsgäldenären beslutar sig för att behålla varan men går i konkurs innan han hunnit betala*.¹⁶ Om köparen har ställt säkerhet, kan säljaren naturligtvis ta betalt ur denna för hela köpeskillingen; fastän köpeskillingsfordran satts ned genom akkordet, får köparen anses ha efter den kritiska tidpunkten slutit ett avtal med säljaren om betalning ur säkerheten för hela köpeskillingen som vederlag för att han får behålla varan. Räcker inte säkerheten, torde säljaren vara prioriterad för överskjutande fordran.¹⁷ Skulle säljaren inte ha begärt eller accepterat någon säkerhet, förelåg som ovan nämnts före konkursbeslutet å ena sidan en oprioriterad och genom akkordet nedsatt fordran men å andra sidan en rätt att ta tillbaka varan. Enligt uttalanden i köplagspropositionen görs därmed ett undantag från 54 § 4 st. köplagen; säljaren har ett slags *legalt hävningsförbehåll*. Detta bör ha verkan också i en efterföljande konkurs.¹⁸

¹⁵ Däremot borde konkursboet inte bli massansvarigt när någon, som förvärvat konkursgäldenärens rättigheter före konkursen och fått sakrättsligt skydd till förvärvet, tillgodgör sig säljarens prestation utan att konkursboet således kunnat hindra detta. Se emellertid NJA 1986 s. 136, kommenterat i SOU 2001:80 s. 100 noten.

¹⁶ Man kunde kanske tro att 63 § 5 st. köplagen innebär att konkursboet i detta fall måste återlämna varan eller betala. Emellertid handlar stycket inte om denna situation. Konkursboet har varken sålt eller förfogat över varan, när frågan uppkommer huruvida säljaren har separationrätt. I stället är femte stycket en komplettering av fjärde stycket avseende fallet att varan lämnats ut *till konkursboet* efter konkursbeslutet. Regeln finns i 41 § 2 st. gamla köplagen innan akkord eller rekonstruktion omnämndes i §:n.

¹⁷ Jfr vad som anförts i en föregående not om att en ackordsgäldenärs begäran om fullföljd inte medför att motpartens fordran faller utom ett akkord (fastän ett konkursbos motsvarande krav ger upphov till massaskydd).

¹⁸ Annars skulle ju ett återlämnande av varan före konkursbeslutet ha varit återvinningsbart enligt 4:5 KL, vilket uppenbarligen inte är meningen.

Säljarens rätt mot köparens borgenärer att återta varan förutsätter emellertid som alltid att säljaren varken vid överlämnandet av varan eller därefter har gått med på att köparen får förfoga över varan innan han betalar eller ställt godtagbar säkerhet. I konsekvensens härmed gör sig köparen skyldig till olovligt förfogande (10:4 BrB), om han förfogar över varan före betalning, säkerställande eller medgivande från säljaren; egentligen rättsvillfarelse kan dock möjligen fria honom från straffansvar.¹⁹

63 § 1–3 st. köplagen handlar om båda parter konkurs, medan 4 och 5 st. handlar bara om köparens konkurs. Därmed besvaras inte frågan vad som gäller, om köparen betalar ett med säljaren avtalat forskott till säljarens konkursbo eller till säljaren efter det att företagsrekonstruktion inlemts. Rimligen borde problemet lösas på motsvarande sätt som när en säljare överlämnat en vara. Varan skall således levereras eller pengarna betalas tillbaka. Fram till dess bör säljaren – vid äventyr av försikringsansvar – vara skyldig att hålla pengarna avskilda för att bevara köparens separationsrätt vid en efterföljande konkurs.²⁰

Medan konkursboet har en rätt att inträda eller inte inträda i gäldenärens avtal, behöver en gäldenär under företagsrekonstruktion naturligtvis inte inträda i sina egna avtal. Han är ju redan part i dem. *I sak har ackordsgäldenären emellertid samma valrätt som ett konkursbo.* Hans medkontrahenter från tiden före betalningsinsättelsen drabbas av ackordet, om ackordsgäldenären ej frivilligt fullgör till dem. Han kan alltså välja mellan att ta emot fortsatta prestationer från medkontrahenten och själv prestera hela vederlaget, och att avisa fortsatta prestationer och betala medkontrahenten skadestånd med endast ackordsp procenten.

En annan fråga gäller *omfattningen av konkursboets massansvar* när boet förklarat sig inträda i gäldenärens avtal. Köparens konkursbo måste, vid inträde, naturligtvis betala köpeskillingen eller vad som återstår att betala av denna, och säljarens konkursbo måste naturligtvis leverera varan, om så ej

¹⁹ I praktiken har det varit vanligt att en insolvent företagare ställer in sina betalningar och inleder ackordsförhandlingar innan han ger in ansökan till domstol om offentlig ackord (numera företagsrekonstruktion), bl.a. därför att tiden för ackordsförhandling/företagsrekonstruktion enligt lagen anses ha varit för kort. Det har inte funnits något lagstöd (jfr 63 § 4 st. köplagen) för att en säljare har återtaganderätt till varor som kommit i ackordsgäldenärens besittning före ansökan om företagsrekonstruktion eller att ett återlämnande av varor till leverantörer i sådana fall är undantaget från återvinning. Ändå har sådana varor alltid återlämnats, utan att förfarandet efteråt angripits med en återvinningstalan. Fordringar uppkomna efter betalningsinsättelsen men före domstolens beslut om ackordsförhandling/företagsrekonstruktion har i linje härmed undantagits från ackordet, trots däravande 12 och 19 §§ ackordslagen och nuvarande 3 kap. 3 och 8 §§ lagen om företagsrekonstruktion. Helst har dock sådana skulder undvikits genom kontantbetalning.

²⁰ Det finns underrättspraxis som – helt riktigt – givit forskottsbelatande säljare separationens rätt i konkurs till forskott som hållits avskilt.

skett tidigare.²¹ Huruvida ett inträde på dessa villkor är lönsamt för konkursboet, får boet avgöra efter en jämförelse med vilket det ekonomiska utfallet skulle bli, om avtalet med medkontrahenten ej fullgörs och ännu ej erlagda pengar eller varor i stället överläts till tredje man.

Härnäst skall behandlas omfattningen av säljarens konkursbos *massansvar för fel i varan*, när denna avlämnats antingen av säljaren före konkursen eller av konkursboet.

Om säljarens konkursbo frivilligt (utan att köparen haft sakrättsligt skydd genom att exempelvis lösöreköpslagen iakttagits) avlämnat en vara mot erhållande av betalning, måste boet ansvara för fel i vart fall *upp till det belopp som mottagits av boet som betalning*. För denna del av betalningen hade ju köparen sakrättsligt skydd vid konkursutbrottet. Jämför att ett konkursbo, som mottagit en vara, vartill leverantören hade sakrättsligt skydd (innehållanderätt) vid konkursutbrottet, inte kan befria sig från skyldigheten enligt 63 § köplagen att betala eller återlämna varan genom att betala med falska (felaktiga) sedlar. Även 5 kap. 15 § 2 st. konkurslagen talar för att köparen måste ha rätt att göra konkursboet ansvarigt med konkursmassan för fel åtminstone upp till det belopp som boet tillgodogjort sig. Om säljarens konkursbo, med stöd av säljarens avtal, avlämnar varan och kräver in köpeskillingen, har köparen naturligtvis rätt att innehålla betalningen, om det föreligger ett synligt fel. Om feler emellertid är dolt, kan köparen enligt 5 kap. 15 § 2 st. konkurslagen ej innehålla betalningen för sin villkorliga motfordran; han måste betala till konkursboet, men han har rätt att återkräva betalningen, om det senare visar sig att fel föreligger.²² Finns det anledning att anta att fel kommer att visa sig

²¹ En viktig fråga är om konkursboet måste inträda i *alla* gäldenärens förpliktelser eller om boet kan begränsa inträdet till förpliktelser som skall fullgöras efter konkursutbrottet, d.v.s. inträda *partiellt*. Antag att en säljare åtagit sig att leverera timmer fem gånger att betalas inom en månad varje gång och att tre leveranser skett före köparens konkurs, varav de två första blivit betalda. Säljaren saknar då sakrättsligt skydd till betalningen för den tredje leveransen. Bör konkursboet därmed få inträda avseende de två återstående leveranserna – som kanske har ett förmånligt pris – om säljaren får fullt betalt för dessa. 44 § köplagen talar ej däremot, snarare tvärtom. I NJA 1989 s. 206 bifölls emellertid en hyresvärdts vräkningssyftande, när hyresgästens konkursbo ville betala endast den hyra som belöpte på tiden efter konkursutbrottet, men här påverkades utgången av att en hyresgäst enligt hyresreglerna ej får fortsätta att nyttja lokalen om han ej betalar all förfallen hyra. Enligt 2 kap. 20 § lagen om företagsrekonstruktion får säljaren inte häva de två återstående leveranserna om ackordsgäldenären med rekonstruktörens samtycke förklarar att dessa kommer att betalas fullt ut, d.v.s. utger motsvarande prestation, fastän fordran för leverans nr 3 omfattas av ackordet. Frågan om partiellt inträde kan vidare uppkomma när ett avtal är delbart utan att successiv leverans eller betalning avtalats; den insolventa sidan vill t.ex. få en leverans av hälften av den avtalade mängden olja mot betalning av halva köpeskillingen. Se vidare Hästad, Sakrätt 6 uppl. 13.3, Möller, Konkurs och kontrakt s. 117 ff. samt SOU 2001:80 s. 139 ff. och 225 ff.

²² Något förbehåll om rätt till återkrav behöver ej göras när inget fel är synligt. I NJA 1988 s. 94 förläg en vid betalningen ovillkorlig kvittningsrätt. Jfr däremot Lindskog, Kvittning, 1 uppl. 1984, s. 185 och 2 uppl. 1993 s. 170.

efter slututdelningen i konkursen, och att säljaren vid denna tidpunkt kan göras ansvarig för felet, skall konkursboet avsätta erforderligt belopp innan slututdelning sker.²³ Köparen har alltså ett anspråk mot konkursmassan upp till det belopp han åtnjöt sakrättsligt skydd för vid konkursutbrottet men därefter erlagt till boet. Därutöver skulle boet emellertid ej ådra sig något massaansvar genom att inträda i säljarens avtal.

Vad som nu anförts stämmer väl med NJA 1916 s. 154. I detta mål tilläts köparen *kvitta* en fordran hos konkursgäldenären från tiden före konkursen mot konkursboets fordran för leverans utförd av boet till fullgörande av säljarens avtal med köparen, fastän köparens motfordran ej avsåg förskott för just denna leverans, eftersom konkursboet och köparen ej slutit något nytt avtal. Utgången innebär att avlämnandet inte utan vidare sker "på massaplanet"; konkursboets fordran på betalning på grund av fullgörandet av säljarens avtal förelåg som en villkorlig fordran redan vid konkursutbrottet. Nuvarande 5 kap. 15 § 1 st. konkurslagen vore därmed tillämpligt.

NJA 1916 s. 154 har emellertid kritiserats i litteraturen. Det har hävdats att en konkursborgenär, som har en prioriterad fordran hos konkursgäldenären, vars säkrande genom kvittning är beroende av att konkursboet frivilligt inträder i gäldenärens avtal, ej bör få kvitta, när konkursboet väljer att fullgöra gäldenärens avtal. Medkontrahenten borde vara nöjd, om han får *full valuta* för vad han utger till konkursboet av medel, som han hade sakrättsligt skydd till vid konkursutbrottet. Endast om medkontrahenten (köparen) erlagt förskott för just den vara som konkursboet avlämnar, borde avräkning tillätas, eftersom medkontrahenten ej är skyldig att betala mer än den ursprungligen avtalade köpeskillingen för varan (jfr NJA 1910 s. 564).²⁴

Med detta synsätt blir inte 5 kap. 15 § 1 st. konkurslagen tillämpligt, när boet frivilligt inträder i konkursgäldenärens avtal och avlämnar en vara till medkontrahenten (köparen). Boets fordran har i sådant fall uppkommit efter konkursbeslutet. Det betyder å ena sidan att köparen ej får kvitta inkomplexa konkursfordringar mot boets fordran på köpeskillingen men å andra sidan att boet bör vara massaansvarigt för fel *utan någon begränsning till det belopp som köparen erlagt för varan till konkursboet*.

²³ Försummar boet detta, torde de som i ond tro medverkade till eller uppbar utdelning bli ansvariga mot massaborgenären, för utdelningsmottagarnas del upp till mottaget belopp. Se Hästad, Ansvaret för köprättsligt fel vid exekutiv försäljning, underhandsförsäljning i konkurs eller pantrealisation, De lege, Juridiska fakultetens i Uppsala årsbok, nr 6, 1996, avsnitt 3.1. Welamson, Konkursrätt, s. 653 antas dock att konkursborgenärerna har en obetingad rätt till utdelning som tillägs dem i ett oklart utdelningsförlag, och NJA 1972 s. 633 utgår nog från detta (på s. 636 yn).

²⁴ Se Hästad, Sakrätt, 6 uppl., 13.3.2, Lindskog, Kvittning, 6 uppl. s. 190 ff. och Möller, Konkurs och kontrakt s. 218 ff. Utgången kritiseras däremot inte hos Almén (som dömd i målet) § 39 not 145a och i THR 1919 s. 275 f. eller av Welamson, Konkursrätt s. 479.

Bedömningen i NJA 1916 s. 154 har emellertid nyligen bekräftats i NJA 1996 s. 368. Vid ensidigt inträde av konkursboet får köparen således inte bara räkna av betalning gjord till säljaren utan också kvitta med en inkomplex konkursfordran.²⁵ Jfr HD:s dom den 27 maj 2009 i T 443-08.

Frågan är nu om konkursboet i vissa fall kan bli massaansvarigt för fel utöver sådan återbetalningsskyldighet som följer av 5 kap. 15 § konkurslagen. Ett uttalande i köplagens förarbeten anyder detta. I propositionen (s. 184 ö) stadgas nämligen att konkursboet inträder fullt ut i gäldenärens rättigheter och skyldigheter, när det utnyttjar sin inträdesrätt. Vad som konstituerar ett inträde anges emellertid inte.

En möjlighet vore att anse boet fullt ut massaansvarigt för fel, om boet frivilligt (utan att köparen hade sakrättsligt skydd till varan enligt lösöreköplagen) avlämnat varan till köparen för att hindra hävning.²⁶

En annan möjlighet vore att knyta boets fulla massaansvar till dess *utkrävande och mottagande av återstående köpeskillning*. Det som borde ge köparen anspråk på felfri leverans är ju knappast att boet utgivit varan (vilket kan ha skett därför att kostnaderna för en försäljning till tredje man inte skulle löna sig, samtidigt som köparen redan betalat hela köpeskillingen till säljaren före konkursen) utan snarare att boet krävt och uppburit resterande köpeskillning. T.o.m. om varan levererats före konkursen är rättsförhållandet fortfarande ömsesidigt, eftersom säljaren ansvarar för avhjälpande av fel. Enligt nu anlagt synsätt är köparens anspråk på fullgod valuta diskurabelt i den mån köparen erlagt betalning till säljaren före konkursen eller köparen erlägger betalning till boet genom kvittning med icke konnex konkursfordran. Eventuellt borde konkursboets felansvar därför begränsas till den del av säljarens ansvar i pengar som *svavar mot den del av köpeskillingen som konkursboet mottagit i förhållande till hela köpeskillingen*. Är det normala köprättsliga felansvaret omfattande, t.ex. därför att köparen lidit en skada som överstiger köpeskillingen, kan konkursboets proportionella ansvar dock komma att överstiga både köpeskillingen och vad som mottagits av boet.²⁷

Vad som är gällande rätt måste betecknas som ovisst.²⁸ Klart är endast att konkursboet åtminstone är skyldigt att enligt 5 kap. 15 § 2 st. konkurslagen vid behov återbära belopp som köparen erlagt till boet samt att konkursboet därutöver är fullt ut massaansvarigt för fel om boet mot köparen åtagit sig att ansvara för leveransen (med reservation för att köparen överraskande kvittar med inkomplex konkursfordran).

²⁵ Ett förslag till lagändring har lagts fram i SOU 2001:80.

²⁶ Hästad, Sakrätt, 4 uppl. 1990 s. 324 f. och Möller, Konkurs och kontrakt s. 231 ff., båda med hänvisningar till utländsk rätt.

²⁷ Se Hästad, Sakrätt, 6 uppl. 1996 13.3.2.

²⁸ Utöver ovan angiven litteratur, se Gregow i SOU 1995:11 s. 189 och Ramberg, Köplagen s. 608 not 27. Problemet är senast diskuterat i SOU 2001:80 s. 157 ff.

Perspektiv på 4 kap. 19 § 1 st. Utsökningsbalken

Laila Zackariasson

5 Förhållandet till tredje man vid utmätning av lös egendom regleras i 4 kap. 17-23 §§ UB. Enligt 17 § är utgångspunkten att endast egendom som tillhör gäldenären får tas i anspråk, men härutöver anges att utmätning även får ske av egendom till vilken gäldenären enligt 18 eller 19 § "skall anses vara ägare". Dessa presumptionsregler har tillkommit med det övergripande syftet att säkra utmätningens effektivitet.¹

10 Bestämmelsen i 4 kap. 18 § 1 st UB innebär att gäldenären skall anses vara ägare till lös egendom som han har i sin besittning, om det ej framgår att egendomen tillhör annan.² Med andra ord medför besittning presumption för äganderätt, vilket genomsnittligt också torde stämma med verkligheten.³ Regeln har emellertid inte ansetts lämplig vid gemensam besittning, då den borde ha lett till en presumption om samäganderätt. Särskilda regler för detta fall har därför införts i 19 §. Enligt 2 st är utgångspunkten härvid att utmätning endast får ske om det framgår att egendomen (eller andel i egendomen) tillhör gäldenären, vilket i princip betyder att 17 § åter blir tillämplig (även om gäldenärens del i besittningen naturligtvis skall beaktas vid bevisprövningen). Ett annat sätt att se på saken är att egendomen presumeras tillhöra medbesittaren.⁴

25 Inte heller denna regel är emellertid utan undantag. I 4 kap. 19 § 1 st. 1 p. UB stadgas nämligen att om gäldenären är gift och varaktigt sammanbor med sin make skall lös egendom i deras gemensamma besittning anses tillhöra gäldenären, om det ej görs sannolikt att de är samägare till egendomen och det ej heller framgår att egendomen tillhör den andre eller någon annan. Enligt 2 p gäller samma sak när gäldenären varaktigt sammanbor med annan under äktenskapsliknande förhållanden.⁵

30 I denna artikel skall jag titta närmare på den intresseavvägning som ligger bakom sistnämnda särreglering av förhållandet till make eller sambo, och därvid särskilt undersöka om det i förarbetena tagits något som kan liknas vid

¹ Se LU 1980/81:23 s 28 f och Håstad, Studier i sakrätt (1980) s. 174.

² För skepp och luftfartyg gäller särskilda regler, se 2 st.

³ Se Håstad, Studier i sakrätt s. 175.

⁴ Det anförda gäller endast i förhållande till medbesittaren. I förhållande till annan tredje man gäller samma regler som vid ensambesittning, och tredje man måste således styrka sin rätt. Se NJA 1986 s 115 och Gregow, Utsökningsrätt s. 136.

⁵ Regeln gäller även då gäldenären sammanbor med annan i ett homosexuellt förhållande.

ett *genusperspektiv* på den aktuella problematiken. Ur ett sådant perspektiv ska jag också, på grundval av de rättsfall som sedan lagens tillkomst referats i NJA 35 och RH, göra en ansats till utvärdering av regleringen.

Tidigare reglering

40 All egendom i gäldenärens bo presumerades tillhöra honom eller henne

45 En motsvarighet till 4 kap. 19 § UB återfanns tidigare i 69 § utsökningslagen (1877:31 s 1). Där stadgades, i 1 st, att tredje mans anspråk på äganderätt till lös egendom i gäldenärens bo inte utgjorde hinder för egendomens utmätande såvida tredje man inte kunde visa sin rätt. Presumtionen var, annorlunda uttryckt, att all lös egendom som fanns hos gäldenären också tillhörde honom, och något undantag för egendom i gemensam besittning med annan fanns inte. Enligt 2 st skulle bestämmelsen äga tillämpning även då utmätning skulle företas hos make som sammanbodde med den andra maken, och det var den andra maken som ville freda egendom från utmätning.

50 Regleringens ordalydelse ger vid handen att tredje mans anspråk skulle behandlas på samma sätt oavsett om denne utgjorde gäldenärens sammanboende make eller om han var en utomstående person som av någon anledning lämnat egendom hos gäldenären. Emellertid må uppmärksammas att regeln typiskt sett måste ha haft betydligt längre gående konsekvenser för maken än för annan tredje man. Uttrycket "i gäldenärens bo" torde nämligen inte ha haft samma betydelse som uttrycket "i gäldenärens besittning", utan det torde ha varit *all* egendom i gäldenärens bo som avsågs. Således torde regeln ha inneburit en presumption om äganderätt för gäldenären inte endast i fråga om egendom i hans och den andra makens gemensamma besittning, utan också beträffande egendom i den andra makens *ensambesittning*.⁶ Förhållandet framkommer bland annat av motiveringen till regeln, där det sägs att det inte synes beredningen tillräddigt att tillmäta besittningen av egendomen den avgörande betydelse den äger när fråga är om andra personer än äkta makar.⁷

65 Motiveringen av betydelsen av ett effektivt indrivningsförfarande

⁶ Se Gregow, Tredje mans rätt vid utmätning (1987) s 147 och prop 1980/81:8 s 428. Jfr Håstad, Studier i sakrätt s 175 f.

⁷ NJA II 1921 s 306.

70 Av intresse för den följande framställningen är att notera de skäl lagberedningen anförde för särbehandling av makars anspråk på äganderätt. Ett första var att besittningsfrågan ofta ansågs oklar, särskilt på grund av att det inte sällan var svårt att avgöra huruvida ett föremål skulle anses vara i båda makarnas sambesittning eller besittas endast av en av dem. Ett annat var att makarna, om de hotades av exekution, lätt kunde ändra besittningsförhållandet sig emellan.⁸ Således verkar det i första hand ha varit *intresset av ett effektivt indrivningsförfarande* som låg bakom regleringen,⁹ medan frågan om dess resultat kunde antas stämma med verkligheten aldrig togs upp till diskussion. Dock anfördes att lagberedningen fann det "uppenbart" att det i många fall inte borde ställas synnerligen stora anspråk på bevisningen, och att besittningsförhållandet kunde tala för makens rätt.¹⁰

80

Lagförslag och gällande rätt

En presumption om samäganderätt föreslås

85 Vid utarbetandet av förslag till ny utsköningslagstiftning ansåg den tillsatta beredningen att den gällande ordningen var alltför hård mot gäldenärens make och att den lätt kunde leda till materiellt oriktiga eller egendomliga resultat.¹¹ Till skillnad från tidigare var det numera vanligt att båda makarna hade arbetsinkomst, och det konstaterades att om bägge tillskjutit pengar vid inköpet fick egendomen antas vara samägd. Vidare kunde det ofta vara svårt att efterhand avgöra om viss egendom i den gemensamma besittningen köpts av den ena eller den andra maken eller av båda gemensamt. Det lämpligaste ansågs därför vara att utgå från samäganderätt. Beredningen angav särskilt att en sådan presumption torde stämma väl med det verkliga förhållandet.¹²

95 Lagförslaget blev i enlighet med det anförda att lös egendom i de sammanboende makarnas gemensamma besittning skulle presumeras tillhöra dem med *samäganderätt*. Lagberedningen fann inte heller skäl att göra skillnad mellan makar och andra sammanboende, exempelvis man och kvinna som sammanbor i äktenskapsliknande förhållande. Vidare ansågs presumptionen om samäganderätt även i fråga om andra som bor tillsammans, exempelvis syskon,

100

innehåra en rimlig intresseavvägning mellan dem och deras borgenärer.¹³ Regeln skulle således vara den samma avseende alla som sammanbor, oavsett om de utgjorde makar, "sambor" eller sammanboende utan äktenskapsliknande relation, samt innehåra en *presumption om samäganderätt*.

105

Avgörande för presumptionens tillämplighet skulle denna gång vara *besittningsfrågan* och inte frågan om egendomen fanns i gäldenärens bo. Regeln skulle därför inte tillämpas på egendom i gäldenärens eller den sammanboendes ensambesittning.¹⁴ Beträffande beviskravet anfördes att detta inte borde ställas alltför högt, och att presumptionen således borde kunna brytas redan när endera partens äganderätt framstod som *övervägande sannolik*.¹⁵

110

Förslaget fick ett blandat mottagande i remissinstanserna. De som tillstyrkte förslaget välkomnade förstärkningen av sammanboendes skydd och ansåg bland annat att den föreslagna regleringen bättre stämde överens med de faktiska förhållandena.¹⁶ Kritikerna menade däremot att presumptionen ofta var obefogad och framhöll bl a att resultatet skulle bli att dubbelt så mycket måste utmätas.¹⁷

115

Departementschefen tog inte intryck av kritiken utan anslöt sig till beredningens förslag. Det var visserligen inte möjligt att på det föreliggande materialet med säkerhet avgöra hur långt utvecklingen gått mot samäganderätt i makars egendomsförhållanden, men man torde kunna utgå ifrån att fall av samäganderätt numera var så vanliga att de motiverade en presumption härom vid utmätning. Man synes också, enligt departementschefen, kunna utgå ifrån att samäganderätt mellan makar blir allt vanligare i framtiden.¹⁸ Att den föreslagna bestämmelsen ibland kunde leda till att fler objekt måste tas i anspråk var en nödvändig följd av att egendom i sammanboendes gemensamma besittning inte utan vidare kunde förutsättas i sin helhet tillhöra gäldenären. Med andra ord blev utmätning av fler objekt en oundviklig följd av förstärkningen av sammanboende makes rättsskydd.¹⁹

På samma sätt som lagberedningen ansåg departementschefen att presumptionen skulle utsträckas till att gälla även sambor och till och med andra

130

¹³ Prop 1980/81:8 s 429.

¹⁴ Prop 1980/81:8 s 429 f. Se även Walin, Gregow och Löfmarck, Utsköningsbalken och promulgationslag m m (2 uppl 1987) s 152, Gregow, Utsköningsrätt s 138 och densamme, Tredje mans rätt vid utmätning s 178-182.

¹⁵ Prop 1980/81:8 s 429.

¹⁶ Prop 1980/81:8 s 432 f.

¹⁷ Prop 1980/81:8 s 433 f.

¹⁸ Prop 1980/81:8 s 434.

¹⁹ Prop 1980/81:8 s 435.

⁸ NJA II 1921 s 306.

⁹ Se Håstad, Studier i sakrätt s 175.

¹⁰ NJA II 1921 s 306.

¹¹ Prop 1980/81:8 s 428.

¹² Prop 1980/81:8 s 428 f.

135 sammanboende, förutsatt dock att sammanboendet varit varaktigt.²⁰ Angående beviskravet anfördes att det borde räcka med att endera makens (etc) exklusiva äganderätt gjordes *sannolik* för att presumptionen om samäganderätt skulle brytas.²¹

136 Lagrådet uttalade i sin tur att presumptionen hade en stark
137 verklighetsanknytning vid äkta makars gemensamma besittning.²² Däremot
138 borde presumptionen inte över huvud taget gälla andra sammanboende än
139 makar, bland annat på grund av svårigheten att avgränsa den grupp för vilken
140 presumptionen borde gälla.²³ Avseende beviskravet anfördes att presumptionen
141 inte borde kunna brytas till förmån för utmätningssökanden redan när
142 sannolika skäl talade för gäldenärens äganderätt till egendomen, eftersom
143 resultatet i så fall i ett stort antal fall skulle bli att hela egendomen kunde tas i
144 anspråk trots att den andra maken i verkligheten hade del i den. Efter viss
145 tvekan föreslogs samma beviskrav för maken, men det framhölls att det enligt
lagrådet var tänkbart att låta sannolika skäl för dennes exklusiva äganderätt
vara tillfyllest.²⁴

I slutprotokollet föreslogs i enlighet med lagrådets framställning att
presumptionen skulle brytas först när det framgick att egendomen tillhörde
endast den ena maken.²⁵ Dock ansågs det att man inte med fog kunde hävda att
frågan om äganderätten till lös egendom i sammanboendes gemensamma
besittning ställde sig väsentligt annorlunda när två personer var "sambor",
varför regeln skulle gälla för både makar och andra som sammanbodde under
äktenskapsliknande förhållanden. Andra sammanboende skulle däremot
lämnas utanför regleringen.²⁶

155 Det lagförslag som kom till lagutskottet innehöll således regeln att lös
egendom i äkta makars eller sambors gemensamma besittning skulle
presumeras tillhöra dem med samäganderätt. Endast om det framgick att
egendomen tillhörde den ena maken eller sambon ensam skulle presumptionen
brytas.

160 Lagutskottet väljer en annan lösning

Lagutskottet instämde inledningsvis i att gällande regler om utmätning hos
äkta makar inte var tillfredsställande, främst av det skälet att de faktiska
förhållandena i ett äktenskap inte tillräckligt väl återspeglades. Risk förelåg

²⁰ Prop 1980/81:8 s 435.

²¹ Prop 1980/81:8 s 435.

²² Prop 1980/81:8 s 1106 f.

²³ Prop 1980/81:8 s 1107.

²⁴ Prop 1980/81:8 s 1108 f.

²⁵ Prop 1980/81:8 s 1211.

²⁶ Prop 1980/81:8 s 1210.

165 således att egendom, som tillhörde gäldenärens make eller som makarna ägde
gemensamt, utmättes för gäldenärens skuld i större utsträckning än som kunde
anses godtagbart.²⁷ Visserligen borde denna risk inte överdrivas, men samtidigt
konstaterades att det inte var ovanligt att makar ägde lös egendom gemensamt
och att det i allmänhet var svårt för sammanboende personer att på förhand
säkra bevisning om äganderätten till egendom i gemensam besittning. Faran
för rättsförlust var därför särskilt stor vid sådan egendom.²⁸

170 Emellertid var det enligt lagutskottets mening fortfarande av stor betydelse
att den utskökningsrättsliga lagstiftningen inte utformades så att den
uppmuntrade mot borgenärerna stridande överföringar och främjade
uppkomsten av motborgenärerna stridande överföringar. Vidare anfördes bland
annat att reglerna bör vara lätta att tillämpa för kronofogdemyndigheten, att
bevissvårigheter kunde uppkomma för denna myndighet och att dubbelt så
mycket måste utmätas, att effektiviteten i utmätningsförfarandet inte fick
äventyras, samt att den civilrättsliga regleringen inte innehöll någon
presumption för samäganderätt.²⁹

180 Till följd av det sagda ansåg utskottet att den gällande ordningen i princip
borde behållas. Utgångspunkten borde således vara att det är upp till maken
eller sambon att styrka sin rätt. Samtidigt skulle dock hänsyn tas till att
inventarier ofta är samägda och att det i allmänhet är svårt att på förhand säkra
bevisning om äganderätten beträffande sådan egendom. Vid påstådd
185 samäganderätt skulle beviskravet därför mjukas upp.³⁰

Resultatet innebär ett missgynnande av make eller sambo

190 Det anförda betyder att den för make eller sambo tillämpliga regleringen
ändrades på ett mycket sent stadium i lagstiftningsarbetet, nämligen först i
lagutskottet. Resultatet blev följande regel i 4 kap. 19 § 1 st UB.

195 "Om gäldenären är gift och varaktigt sammanbor med sin make och de har lös
egendom i sin gemensamma besittning, anses gäldenären som ägare till
egendomen, om det ej görs sannolikt att de är samägare till egendomen enligt
lagen (1904:8 s 1) om samäganderätt och det ej heller framgår att egendomen
tillhör den andre eller någon annan. Detsamma gäller, när gäldenären varaktigt
sammanbor med annan under äktenskapsliknande förhållanden."

²⁷ LU 1980/81:23 s 28.

²⁸ LU 1980/81:23 s 28.

²⁹ LU 1980/81:23 s 29.

³⁰ LU 1980/81:23 s 29 f.

Något parentetiskt kan nämnas att de olika slutsatserna kanske främst berott på att uppfattningarna om "verkligheten" skilt sig åt; medan lagberedningen, departementschefen och lagrådet verkar ha utgått ifrån att samäganderätt var så vanligt förekommande att en presumption härom var befogad, anförde laguskottet att det "inte [torde] vara ovanligt" att makar äger lös egendom gemensamt. Möjligen gick åsikterna om innehållet i den allmänna civilrättsliga regleringen också isär; det kan ha rätt delade meningar om vad som krävs för att samäganderätt ska uppstå. Märkligt nog förelåg det inte någon utredning avseende någon av dessa frågor.

Ett nytt perspektiv på problematiken

Debatten om regleringens innehåll har således varit omfattande, och de allra flesta argument för och emot en presumption om samäganderätt torde redan ha beaktats. Emellertid finns det ändå ett perspektiv på problematiken som inte aktualiserats i vare sig lagstiftningsarbetet eller doktrinen. Detta perspektiv innebär att man inte bara beaktar hur reglerna påverkar olika konlösa parter i objektivet konstaterbara positioner, utan även frågar sig på vilket sätt lagreglernas innehåll påverkar kvinnor och män samt jämställdheten dem emellan. Vi kan kalla perspektivet *ett försiktigt genusperspektiv*.³⁴

Frågan blir huruvida ett sådant genusperspektiv på 4 kap. 19 § 1 st UB skulle ha inneburit ytterligare argument för den ena eller andra uppfattningen i presumtionsfrågan. I annat fall har konstaterandet av att detta perspektiv utesluts knappast någon betydelse.

För att först och främst anknyta till den debatt som fördes under lagstiftningsarbetet kan vi påminna oss om att det vid flera tillfällen anfördes att den gamla regleringen torde bygga på den förlegade uppfattningen att endast mannen hade förvärvsinkomster och därmed kunde förvärva egendom, och att regleringen därför framstod som otidsenlig. Om det nu är så, att ordningen inte i grunden förändrats, borde väl samma verklighetsuppfattning ligga bakom även den nuvarande regleringen? Innebär inte redan denna uppfattning om "familjeförsörjaren och hans hustru" ett hot mot jämställdheten?

Svaret på frågan är uppenbar: det finns ingenting som säger att regleringen endast skall tillämpas vid utmätning hos män, varför den nackdel som bestämmelsen innebär borde kunna drabba en man likaväl som en kvinna.³⁵ Det otidsenliga i regleringen ligger snarast i att den verkar förutsätta att det

Uppenbarligen innebär regleringen en nackdel för gäldenärens make eller sambo, om man jämför med det förslag som presenterades för laguskottet. Visserligen skulle det kunna tyckas att regeln om ett mindre strängt beviskrav vid påstådd *samäganderätt* borde betyda att resultatet ofta blir detsamma som vid en presumption om samäganderätt, och att skillnaden därmed inte skulle bli så stor mellan denna regel och de tidigare framlagda lagförslagen. Emellertid visar senare tillkommen praxis att frågan om samäganderätt sällan aktualiserats; de flesta känner inte till bestämmelsen och framställer därför aldrig något påstående om att de äger egendomen gemensamt.³¹ Dessutom torde ett sådant påstående många gånger vara oförenligt med ett påstående om ensam äganderätt.

Avseende det allmänna beviskravet för *ensam äganderätt* kan vidare noteras att förekommande rättsfall enligt Gregow innebär att förhållandevis stränga krav ställs på maken eller sambon.³² Oavsett om det anses befogat eller inte måste regleringen därför sägas vara tämligen hård mot make eller sambo till utmätningsgäldenären.

Diskussion

Sammanfattande anmärkningar

Det anförda torde visa att det under lagstiftningsarbetet gjordes en mycket noggrann övervägning av frågan om vilken presumption som skall gälla vid egendom som gäldenären besitter tillsammans med make eller sambo. Efter lagens ikraftträdande har diskussionen i viss mån fortsatt i doktrinen. Som motivering för en presumption om samäganderätt har som framgått framför allt framförts otidsenligheten hos den rådande regleringen, bevissvårigheterna för maken eller sambon och ett allmänt intresse av att stärka makens eller sambons ställning. Som motivering för presumptionen om gäldenärens äganderätt har framför allt anförts behovet av ett effektivt utmätningsförfarande, bevissvårigheter för kronofogdemyndigheten och olägenheten av att dubbelt så mycket måste utmätas. Det sistnämnda argumentet har besvarats med att behovet av att utmäta fler objekt är en nödvändig följd av makens eller sambons förstärkta rätt. Man har också frågat sig varför maken (eller sambon) skulle behöva skjuta till egendom bara för att rädda gäldenärens egendom från utmätning.³³

³¹ Se Gregow, Utsökningsrätt s 140 och densamme, Tredje mans rätt vid utmätning s 201 f.

³² Gregow, Utsökningsrätt s 139 och densamme, Tredje mans rätt vid utmätning s 192-198, ss 198.

³³ Se Håstad, Sakrätt (6 uppl 1996) s 110 noten.

³⁴ För olika kvinnorrättsliga ansatser, se t ex Dahlberg, Den kvinnorrättsliga mångfalden, Refsaed nr 48 1990 s 25-40, och A Mackinnon, Plädering för en feministisk rättsteori, Kvinnovetenskaplig tidskrift nr 1 1991 s 16-26.

³⁵ Se Håstad, Studier i sakrätt s 178 f och densamme, Sakrätt s 110.

270 normalt endast är en av makarna som har förvärvsinkomst och ådrar sig skulder, men något omedelbart könsdiskriminerande behöver det inte ligga i denna uppfattning. Regeln ska, enligt sin ordalydelse, tillämpas lika oavsett om det är mot kvinnan eller mot mannen utmätningen riktar sig, och den som kommer i kläm kan således, teoretiskt se, lika gärna vara en man som en kvinna.

275 Till sitt formella innehåll är 4 kap. 19 § 1 st UB således fullkomligt könsneutral och icke-diskriminerande.

280 Den som på ett seriöst sätt skall undersöka en reglerings inverkan på kvinnor och män kan emellertid inte nöja sig med denna enkla analys. Den fråga vederbörande istället måste ställa sig är huruvida effekten av regleringen också slår lika i praktiken. Är det verkligen så att det i lika stor utsträckning är män som kvinnor som tvingas se sin egendom utmätas för makens/sambons skulder? Eller är den *faktiska* konsekvensen av regleringen att det ena könet missgynnas i större utsträckning än det andra?

285 Något försök att besvara denna fråga gjordes som sagt aldrig under lagstiftningsarbetet och har mig veterligen inte heller gjorts i doktrinen. Inte heller inom ramen för detta arbete finns utrymme för en sådan omfattande utredning som skulle krävas för ett tillförlitligt svar på frågan. Ett sådant skulle naturligtvis förutsätta inte endast en omfattande statistisk undersökning av alla utmätningar som utförts, utan även ett besvarande av frågan om samäganderättens (och hälftenägandets) utbredning över huvud taget. Detta hinder har jag emellertid inte låtit utesluta varje form av undersökning, utan istället har jag försökt skaffa mig en uppfattning om "verkligheten" genom att titta närmare på de rättsfall avseende 4 kap. 19 § 1 st UB som sedan regleringens tillkomst refererats i NJA och RH.

I NJA och RH förekommande praxis

300 Det första rättsfallet finns refererat i NJA 1983 s 410 I. Kronofogdemyndigheten (kfm) utmätte en personbil för uttagande av Östen A påfärda, obetalda skatter. Makan Florence A anförde besvär över utmätningen och påstod att hon var ensam ägare till bilen. Varken HovR eller HD ansåg emellertid att det av den utredning som förebärats i målet framgick att bilen tillhörde henne, varför besvären lämnades utan bifall.

305 Från 1984 finns sex fall refererade. I det första, NJA 1984 s 45, hade en sommarstuga och nytjanderätten till ett markområde utmätts för Alf A påfärda skatter, och besvär anfördes av hustrun Lisbeth A, som påstod att hon ensam var ägare till stugan. Sedan riksskatteverket medgivit att stugan ägdes gemensamt av makarna hävde HD utmätningen avseende halva byggnaden, medan utmätningen avseende återstående hälft samt nytjanderätten fick stå kvar. I nästa rättsfall, NJA 1984 s 132, hade den varmblodiga travhästen

Colonel Stille utmätts för Leif C påfärda skatter m m. Makan Eva C anförde besvär och påstod att hon var ägare till hästen. HD ansåg inte att det av den utredning Eva C åberopat framgick att hästen tillhörde henne, varför besvären lämnades utan bifall. Bättre gick det för klaganden i rättsfallen NJA 1984 s 244 och NJA 1984 s 375. I det förstnämnda fallet hade betalningssäkring verkställts avseende viss egendom i ett bankfack för Håkan Bs skulder. Sambon Aina H anförde besvär och hävdade att en del av egendomen tillhörde henne. HD ansåg att bankfacket varit i Aina Hs ensambesittning och hävde beslutet om verkställighet av betalningssäkring såvitt gällde den egendom Aina H påstått var hennes. I NJA 1984 s 375 hade en campingbåt utmätts för Kenneth W påfärda skatter m m, och besvär anfördes av sambon Lena G. HD ansåg det framgå att båten tillhörde henne och hävde utmätningen. I nästa rättsfall, NJA 1984 s 656, fann HD att banktillgodohavande på motbankskonto inte kunde vara föremål för besittning i den mening som avses i 4 kap. 18 och 19 §§ UB. Utmätning hade skett för John Römer Ls skulder, och det var hustrun Esther L som anfört besvär. I notisfallet NJA 1984 C 144, slutligen, hade viss egendom som påträffats i och invid Arne Ls bostad utmätts för hans fordringar. Sambon Yvonne E anförde besvär, som bifölls delvis.

320 Från 1986 finns rättsfallet NJA 1986 s 443 II, där ett stort antal objekt hade utmätts och bl. a. hustrun Helena J anförde besvär över utmätningen. HD hävde utmätningen avseende en koppargryta och en karmstol i ek samt hälften av en motorbåt, medan resten av utmätningen fick kvarstå.³⁶

325 I NJA 1987 s 500 utmätte kfm för betalning av Kenneth Bs skulder till staten viss egendom till vilken hustrun Lena B påstod sig vara ägare. Lena B anförde efter föreläggande enligt 4 kap. 20 § UB stämning å staten och Kenneth B. Käromålet bifölls delvis.

330 Knäckfrågan i NJA 1989 s 682 var huruvida ett samboförhållande i lagens mening var för handen. Kfm utmätte för fordringar på Leif K ett stort antal föremål som fanns i en av Annette E disponerad bostadslägenhet. Annette E och Leif K anförde besvär samt yrkade att utmätningen måtte upphävas och föremålen återlämnas till Annette E. HD ansåg att det fanns grund för tveksamhet angående karaktären av sammanboendet varför 4 kap. 19 § 1 st. UB inte kunde tillämpas.

345 Från 1990-talet finns hittills endast ett rättsfall med aktualisering av presumtionsregeln, NJA 1994 s 300. För uttagande av statens och Elisabeth Ls fordran på Lars S utmätte kfm en premieobligation, och Elisabeth L anförde besvär. HD konstaterade att Elisabeth L och Lars S separerat mer än två år före utmätningen och att 4 kap. 19 § 1 st UB därför inte var tillämplig.

³⁶ Se från samma år även NJA 1986 s 537, där utmätning skett för fordringar hos Rolf E, hustrun Gunilla E anförde besvär och frågan var vid vilken tidpunkt fristen enligt 4 kap. 20 § UB börjat löpa.

350 Även i RH finns ett par rättsfall refererade. I det första, RH 1987:17, utmätte kfm visst bohag jämte 30 000 kr i kontanter för uttagande av statens och ett bolags fordringar på Hjalmar K. Egendomen fanns vid utmätningstillfället i en fastighet tillhörande Vega K. Besvär anfördes av Vega K, som tidigare varit gift med Hjalmar K. Göta hovrätt fann att det av utredningen i målet framgick att Hjalmar K och Vega K sammanbodde under äktenskapsliknande förhållanden. Vega K hade inte förmått visa att den utmäta egendomen tillhörde henne, och det hade inte ens påståtts att egendomen var samägd. Besvären lämnades utan bifall.

355 I rättsfallet RH 1991:114 hade kfm utmätt bl a en stereoanläggning till betalning av Lars Ks skuld i ett enskilt utskökningsmål. Sambon Lena F anförde besvär och påstod att stereon tillhörde henne. Hovrätten för Västra Sverige upphävde utmätningen med motiveringen att det fick anses framgå att den utmäta stereon var hennes.³⁷

360

365 Vilka slutsatser kan dras av rättsfallen?

De refererade rättsfallen är sammanlagt tretton till antalet, elva utgör HD-avgöranden och två är avgöranden från hovrätter. Finns det då något anmärkningsvärt hos referaten, eller ter sig rättsfallen så som man skulle vänta sig i ett jämfällt samhälle?

370

Den uppmärksamma läsaren vet förstås redan svaret: i samtliga tretton fall har utmätning företagits mot den manliga parten i äktenskapet eller samboförhållandet, och i samtliga fall har det således varit den kvinnliga parten som påstått sig vara ägare till egendomen och anført besvär över utmätningen. Några ytterligare rättsfall finns inte i referaten,³⁸ och dessutom förstärks intrycket ytterligare om vi tittar på tillämpningen av den gamla utskökningslagens motsvarighet till 4 kap. 19 § 1 st. UB, 69 § 2 st. Sedan 1960 finns sammanlagt tre rättsfall, NJA 1976 s. 523 och NJA 1979 s. 302 I och II, och i alla tre utgör gäldenären en man och den klagande en kvinna, som därmed är hustru eller sambo till gäldenären.

375

Vilka rimliga förklaringar till denna snedvridning kan man tänka sig? En första skulle förstås vara att kvinnor i större utsträckning än män överklagar myndigheters beslut, eller att de är mer benägna att gå vidare i högre instans. Förklaringen verkar dock föga trolig, och detsamma kan sägas om förklaringen att kvinnor i större utsträckning än män skulle påstå sig vara ägare till egendom endast för att sätta käppar i hjulen för borgenärerna. Den som framställer ett

385

³⁷ Se även rättsfallet RH 138:82, där ett flygplan utmätts för Per Olov Ls skulder, hustrun Aina L anförde besvär, och fråga var om tillämpning av 4 kap. 19 § 3 st UB.

³⁸ Dock kan det finnas något i notiserna, till vilka det inte finns något register.

sådant påstående om skillnad i könsens beteende måste i vart fall kunna anföras någon form av bevisning härför.

390 En troligare förklaring skulle kunna vara att kvinnor oftare än män tror sig äga egendom som i civilrättslig mening tillhör mannen, exempelvis på grund av att hennes pengar gått till hyran medan hans använts till inköp av kapitalvaror. Det märkliga är dock att kvinnan endast i ett fåtal fall påstått samäganderätt, vilket i en sådan situation borde vara det naturliga. Om förklaringen ändå skulle visa sig vara riktig är det naturligtvis inte 4 kap. 19 § 1 st. UB som skall ifrågasättas, utan innehållet i den allmänna civilrättsliga regleringen.

395 Slutligen kan knappast någon bortse från möjligheten att män i större utsträckning än kvinnor utsätts för exekution avseende större belopp, och att det därför oftare är kvinnor än män som drabbas av den negativa presumptionsregeln i 4 kap. 19 § 1 st. UB. Med tanke på den totala frånvaron av motsatt situation skulle skillnaden i så fall vara mycket stor.

400 Resultatet av den utförda undersökningen är enligt det anförda inte på något sätt definitivt; den utsatthet kvinnor verkar befinna sig i kan förklaras på olika sätt, och naturligtvis skulle skillnaden till viss del även kunna tillräknas slumpen. Emellertid måste man enligt min mening fråga sig om inte indikationer av detta slag trots allt borde leda till ett ifrågasättande av regleringen med hänsyn till intresset av jämställdhet mellan könen. I så fall borde, först och främst, en noggrann undersökning göras avseende frågan om regleringen missgynnar kvinnor i större utsträckning än män. Är det så att större utmätningar oftare vidtas mot män än mot kvinnor? Är samäganderätt så vanligt förekommande att en presumption härom är befogad, eller är det i själva verket så att mannen enligt den civilrättsliga regleringen i allmänhet äger mer än kvinnan?

415 Förutsatt att svaret på denna fråga blir att kvinnor i fler fall än män tvingas se sin egendom utmätt för partens skulder borde man därefter fråga sig om regleringen ändå är önskvärd. Är intresset av ett effektivt indrivningsförfarande så starkt att regleringen trots allt bör behållas, eller borde presumptionen, i enlighet med lagförslaget, vara att samäganderätt föreligger?

420

Avslutning

Syftet med denna artikel har inte varit att genomföra en allmän utvärdering av intresseavvägningen bakom regleringen i 4 kap. 19 § 1 st. UB. Jag har inte heller försökt bevisa att bestämmelsen innebär ett missgynnande av endera av det manliga och det kvinnliga könet. Den första fråga jag ställt mig har istället varit huruvida det under lagens beredande tagits något som kan liknas vid ett genusperspektiv på problematiken kring presumptionsregler vid utmätning.

NJA 1994 s. 300

430 Svaret på denna fråga har blivit nekande. Den andra frågan har varit huruvida det hade funnits skäl att inta ett sådant perspektiv. Redan resultatet av det studium jag genomfört av fall som refererats i NJA och RH innebär enligt min mening att denna fråga måste besvaras jakande.

470 RH 1982:138
RH 1987:17
RH 1991:114

Källor

435

Offentligt tryck

LU 1980/81:23 Lagutskottets betänkande om utskökningsbalk
NJA II 1921 nr 1:14 Lag om ändring i utskökningslagen 59,60 och 65 §§
Prop 1980/81:8 Regeringens proposition med förslag till utskökningsbalk

440

Övrig litteratur

Dahlberg, A, Den kvinnorrättsliga mångfalden, Retfaerd nr 48 1990 s 25–40
Gregow, T, Tredje mans rätt vid utmätning, Stockholm 1987
Gregow, T, Utsökningsrätt, 3 uppl, Stockholm 1996
445 Håstad, T, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl, Stockholm 1996
Håstad, T, Studier i sakrätt, Stockholm 1980
MacKinnon, C, Plädering för en feministisk rättsteori, Kvinnovetenskaplig tidskrift nr 1 1991 s. 16–26
Walén, G – Gregow, T – Löfmarck, P, Utsökningsbalken och promulgationslag m.m., En kommentar, 2 uppl, Stockholm 1987
450

Rättsfall

NJA 1976 s. 253
455 NJA 1979 s. 302 I och II
NJÄ 1983 s. 410 I

NJA 1984 s. 45
NJÄ 1984 s. 132
NJÄ 1984 s. 244
NJÄ 1984 s. 375
NJÄ 1984 s. 656
NJÄ 1984 C 144

460

NJA 1986 s. 115
NJÄ 1986 s. 443 II
465 NJÄ 1986 s. 537
NJÄ 1987 s. 500
NJÄ 1989 s. 682