Claes Martinson

Kreditsäkerhet i fakturafordringar

– en förmögenhetsrättslig studie

IUSTUS FÖRLAG

Claes Martinson
Kreditsäkerhet i fakturafordringar

Under de senaste decennierna har man i den externa finansieringen av företag kommit att utnyttja en rad konstruktioner med kreditsäkerhet i fakturafordringar. Den mest välkända termen i sammanhanget är **factoring**. På senare tid har också konstruktioner som inbegriper s k **värdepapperisering** kommit att användas. De olika varianter som används involverar en mängd skilda intressen.

I denna bok görs en analys av möjliga avvägningar mellan olika intressen. Analysen har ett innovativt teoretiskt anslag där varje rättsfråga angrips från de tre perspektiven **norm, fakta och värde**. Med denna metod uppmärksammas den mängd av aspekter som tillmäts betydelse i den krediträttsliga argumentationen.

Utifrån detta påvisas en övergripande slutsats om att den krediträttsliga argumentationen bör berikas med en öppen analys och explicit avvägning mellan olika värden som skall tillgodoses inom ramen för krediträttens grundläggande funktioner och uppgifter.

Claes Martinson är verksam som lärare och forskare på Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet.

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f42d6

Kreditsäkringar i faktura-fordringar

– en förmögenhetsrättslig studie

Claes Martinson

IUSTUS FÖRLAG

Abstract

Martinson, C 2002. Kreditsäkerhet i fakturafordringar – en förmögenhetsrättslig studie. Iustus Förlag AB. 680 pp. Uppsala 2002. ISBN: 91-7678-509-2.

The thesis addresses credit security in receivables (invoice claims) from a Swedish law perspective. This procedure exists because the receivable owner himself needs credit, and the purpose of the security typically is to reduce the debtor's risk-taking. These transactions normally involve many different interests. As a result, the study revolves around a main issue with a view to analyze different balancing between such interests.

The main question concerns to what extent the parties, that is the owner of a receivable (the debtor) and the credit grantor (the creditor), will have room to act to design and regulate their dealings. This leads up to the central part of the study where unclear legal issues (hard cases) are analyzed regarding various consequences that agreements, concepts and constructions may have. In five predominant chapters of the thesis the credit security in receivables are analyzed from the view of each one of the central subjects who have interests in such agreements.

In the conclusions it is argued that the credit law's duty is to provide tools for the balancing of the interests and that the credit law argumentation has failed to explicitly pay attention to relevant interests. However, in reality these relevant interests are considered, but as it is not done explicitly, the balancing is not candid. Nevertheless, it is argued that it through openness is possible to explicitly pay attention to these interests and to accept, in that way, the duty of supplying the balancing of interests.

Partly as a result of the unarticulated and rudimentary argumentation, certain interests are overvalued. One such interest, the freedom of contract, is often taken as a point of departure for the analysis and various factors strengthen this tendency. Three such factors worthy of mention are the following: the parties to the agreement are the ones that provide the elements of the contractual construction; a belief in the existence of regulatory competition between different legal systems; and, the use of terminology, where classifications in *main rules* and *exceptions*, marginalizes important interests.

Claes Martinson är lärare och forskare vid Juridiska institutionen, Handelshögskolan, Göteborgs universitet. Box 650, SE 405 30 GÖTEBORG. www.law.gu.se

©Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2002
ISBN: 91-7678-509-2
Sättning: Författaren
Omslag: Förlaget
Tryck: Elanders Graphic Systems AB, Göteborg 2002
Förlagets adress: Östra Ågatan 9, 753 22 Uppsala
Tfn: 018-69 30 91, fax: 018-69 30 99
Webadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

Stämningen i det slitna fikarummet på sjätte våningen var ofta mycket god och på göteborgskt vis förekom det gliringar av många slag. Vid ett tillfälle hade en kollega fått ett brev i anledning av sin nyutkomna avhandling och han kunde inte låta bli att läsa upp en skrivning som roade honom. Den handlade om att brevskrivaren uttryckte sitt gillande över att inte alla skrev avhandling om ämnen som ”Pant i moped”. Reaktionen från de övriga var självklar och de tog givetvis tillfället i akt att kasta menande blickar på mig. Jag hade då så smått påbörjat mitt avhandlingsarbete vid sidan av lärartjänsten och var ganska ensam bland de yngre i kollegiet om att intressera mig för den centrala förmögenhetsrätten. Eftersom jag verkligen uppskattar böcker om ”Pant i moped” var det svårt att finna svar på tal i det läget. Jag befann mig i en inledande sökfas av mitt arbete och sökandet efter en ingång i ämnet blev inte lättare av vare sig den händelsen eller de oändliga diskussioner som Göteborgsmiljön fört med sig beträffande den juridiska forskningens väsen.

Efter några års ytterligare lärartjänst hade jag emellertid turen att hamna på en forskarkurs i vilken ingick att skriva en kort presentation om relationen mellan kursens tema och deltagarnas avhandlingsarbete. Där fann jag mig plötsligt inklämd i ett hörn av en professor som läst min presentation och som påstod att jag funnit ”juridikens guldgruva”. Inramningen var för mig aningen dramatisk och händelsen omtumlande, men jag hade dessvärre inte en aning om vad det var han avsåg. Stärkt av förebudet intensifierade jag dock sökandet efter ingången, inte bara till ämnet utan också till vad som nu, av den där professorn, alltså påstods vara en guldgruva.

Märkligt nog skulle jag behöva flytta till Luxemburg för att finna, vad som åtminstone för mig framstått som en av juridikens möjliga guldgruvor. Det har sagts att Luxemburgs fördel är att det ligger nära till allt, men för mig blev det istället långt till mycket och framför allt då till den inspirerande kontakten med studenter. Året i Luxemburg visade sig dock innebära såväl ständiga perspektivskiften som fotboll och en nyttig tidsfördröjning i kontakterna med min handledare Filip Bladini. Filip tog på sig handledarskapet inför flytten till Luxemburg och har inte alls gjort vad jag bad honom om, nämligen om hjälp med att bli färdig. Istället har han enträget tillsammans med mig sökt efter vad jag nog egentligen varit ute efter. En bok som handlar om ”pant i moped” men som förhoppningsvis kan läsas också på andra sätt. Utan Filip hade jag nog aldrig hittat utgången ur gruvan.

Innan Filip tog över hade Stefan Lindskog fungerat som handledare under den tid han fanns i Göteborg och var knuten till institutionen. Stefan var också vänlig nog att granska det första utkastet till något som motsvarar vad som nu föreligger.

Den göteborgska miljön under slutet av millenniet har som sagt inneburit en oändlig diskussion och ett ständigt ifrågasättande där saker och ting ställs på huvudet, och mången gång på fötter. Som antytts har denna miljö haft avgörande betydelse för hur arbetet kommit att se ut. Ur mitt perspektiv är det en person som mer än andra utgjort grunden och ”det ilskna biet” för denna miljö och det är Dennis Töllborg. Utöver Dennis har framför allt också det förtroende jag fått från Mats Glavå och Ulf Petrusson varit avgörande för självtilliten. Jag har gått bet i mina funderingar över vad jag gjort för att, redan från första dagen, förtjäna ett sådant obrutet förtroende. Mats granskande insatser har också haft särskild betydelse för att det nu står vad det står.

I mina krediträttsliga funderingar har Enar Folkesson, Svante O Johansson och Eva Alsin varit dem som främst stöttat. Vad Enar inte vet om ”mopeder” förefaller ibland inte värt att veta och hans inledande påpekande om mitt ämnes förgreningar har mer än väl bekräftats. Svante har en fantastisk juridisk bredd som kan vara mycket givande. Eva är min fru och, om nu inte alla redan vet, den bättre juristen av oss två.

Som framgått har det nu inte bara varit den göteborgska miljön som haft betydelse. Under åren har det faktiskt blivit flera hundra seminarier där väldigt många på ett eller annat sätt kommit att bidra till arbetet. Ibland är det nyttigt redan att få en röst och ett ansikte till en text. Flera av dessa seminarier har jag upplevt i samband med besök på andra orter och delar av kollegierna i Helsingfors, Umeå, Oslo, Stanford och Stockholm (HHS) har härvid varit särskilt inblandade på olika sätt.

Jag vill också nämna den konkreta uppmuntran och hjälp jag fått många i kollegiet och inte minst av Per Cramér, Folke Grauers och Håkan Gustavsson. Pers ständiga och positiva klappar på axeln kan få vem som helst att gaska upp sig. Folkes hjälp med mina första skriverier har verkligen underlättat fortsättningen och Håkans alltid odelat konstruktiva kritik har varit stärkande.

Utöver de ovan nämnda har ett flertal andra personer läst och stöttat i olika skeden. Jag vill tacka bl a Christina Ramberg, Robert Påhlsson, Rolf Dotevall, Karol Nowak, Britt Randvik, Thomas Erhag, Eva-Maria Svensson, Carolina Landys, Lotta Vahlne Westerhäll samt personalen vid Juridiska institutionen och Ekonomiska biblioteket för olika former av hjälp och kommentarer.

Slutligen vill jag tacka för de ekonomiska bidrag jag fått för att kunna genomföra arbetet. Utöver de statliga medlen för utbildningsbidrag och doktorandtjänst har jag fått stipendier från Stiftelsen Mary von Sydows född Wijk, donationsfond och från Institutet för Rättsvetenskaplig forskning. Tryckningsbidrag har jag fått från Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

Till alla: Tack!

Vasagatan den 4 augusti 2002

Claes Martinson

Innehåll

Introduktion och sammanfattning 29

Kap 1; Samhälleliga intressen bakom företeelsen – ett perspektiv 29

Kap 2; Perspektivets betydelse för argumentationen 30

Kap 3; Omsättningsrätten – och dess betydelse för argumentationen 32

Kap 4; De krediträttsliga begreppen – och deras betydelse för argumentationen 33

Kap 5; Sekundogäldenärens skydd 35

Kap 6; Skyddet för pantsättarens fordringsägare 38

Kap 7; Skyddet för sakrättsborgenärerna 40

Kap 8; Pantsättarens skydd 42

Kap 9; Panthavarens skydd 45

Kap 10; Öppenhetsambitionens betydelse för argumentationen – övergripande slutsatser och reflektioner 46

1 Samhälleliga intressen bakom företeelsen – ett perspektiv 49

1.1 Inledning 49

1.2 Ett samhällsnyttigt system … 50

1.3 … där nyttan kan verifieras … 52

1.4 … och för övrigt förefaller självklar. 53

1.5 Föreställningen om nytta är därför sedan länge väl spridd 54

1.6 Det finns dock föreställningar om gränser … 57

1.6.1 … p g a moraluppfattningar … 57

1.6.2 … och p g a balanstänkande. 58

1.7 Ett annat sätt att beskriva det nämnda 60
1.7.1 Marknadsteorin 60
1.7.2 Omsättnings-, kontrakts-, mervärdes- eller förhandlingsteorin 61
1.7.3 Transaktionskostnadsteorin 62
1.7.4 Kompensationsförutsättningen 62
1.7.5 Riskpreferens 64
1.7.6 Likhetsteorier 64

1.8 Ett behov av intresseavvägningar 65

2 Perspektivets betydelse för argumentationen 67

2.1 Inledning 67

2.2 Premissproblemet 70
2.2.1 Öppenhetskravet 72

2.3 Uppmärksammandeproblemet 73
2.3.1 Ett funktionellt och subjektsorienterat upplägg 74
2.3.2 Uppmärksammande genom analys ur flera perspektiv – norm, fakta och värde 75
2.3.2.1 Angivande av premisser 77
2.3.2.2 Metodens poänger 78

2.4 Avgränsnings- och avvägningsproblemen 79
2.4.1 Gemensamma föreställningar 80
2.4.1.2 Beskrivningen och föreställningen gällande rätt 81
2.4.2 En metod att förhålla sig till vagheten – norm, fakta och värde 84
2.4.2.1 Ett förtydligande avseende prioriteringen 85
2.4.3 Avvägningar är en möjlig rättsvetenskaplig uppgift 87

2.5 Metoden i korthet 88

2.6 Den fortsatta framställningen 89
2.6.1 Läsvägar 90
2.6.2 Läsanvisningar i övrigt 90

3 Omsättningsrätten – och dess betydelse för argumentationen 92

3.1 Framställningens huvudfråga 92

3.2 Avtalsfrihet 93
3.2.1 Några olika beskrivningar av avtalsfriheten 95
3.2.2 Avtalsfrihetens intressekaraktär 98
3.2.3 Avtalsfrihetens signifikans 100

3.3 Egendom och andra resurser 100

3.4 Egendomsbegreppets tillväxttendens 102

3.5 Omsättningsrättens intressekaraktär 105

4 De krediträttsliga begreppen – och deras betydelse för argumentationen 106

4.1 Ett introducerande, avgränsande och analyserande kapitel 106

4.2 Några typiska former av kreditsäkerhet i fakturafordringar 107
4.2.1 Denuntiationspant 108
4.2.2 Factoring (fakturabelåning och fakturaköp etc) 109
4.2.3 Företagshypotek 112
4.2.4 Kundkontovärdepapperisering 112

4.3 Klassificeringsproceduren - begreppens styrka och svaghet 114

4.4 Fakturafordringars karaktäristika – ett urval 116
4.4.1 Fordringsobjektets ekonomiska värden 116
4.4.1.1 Bytesvärdet dominerande 117
4.4.1.2 Särskilda värden förekommer i undantagsfall 118
4.4.1.3 Sammanfattning 119
4.4.2 Riskmoment 119
4.4.2.1 Kreditrisk 119
4.4.2.2 Betalningsvilja 120
4.4.2.3 Existensrisk – fordringar och fordringsliknande förhållanden 120

4.5 Säkerhetsavtalet – en beskrivning 123
4.5.1 Några variabler 124
4.5.2 Nedre gräns – gränsen mot kreditavtal 127
4.5.2.1 Risk och sakrättsliga principers betydelse 128
4.5.2.2 Mer om faktisk riskminimering – negativklausuler 129

4.5.2.3 Avgränsning efter i huvudsak sakrättsliga principer 130
4.5.2.4 Andra perspektiv på gränsdragningen 132
4.5.3 Övre gräns – säkerhet eller överlåtelse? 133
4.5.3.1 Kombinationen lösningsrätt och redovisningsplikt 134
4.5.3.2 Lösningsrätt 135
4.5.3.3 Redovisningsskyldighet 142
4.5.3.4 Lösningsskyldighet och risk 143
4.5.3.5 Kombinationen redovisningsskyldighet med lösningsskyldighet och risk 144
4.5.3.6 Kombinationen lösningsrätt med lösningsskyldighet och risk 145
4.5.3.7 Slutsats m m 148

4.6 Mer om begreppens styrka och svaghet – säkerhetsöverlåtelse och andra möjliga begrepp 150
4.6.1 Exemplet byggnad på annans mark 151
4.6.2 Exemplet förmögenhetsforum 152
4.6.3 Andra möjliga termer 153

5 Sekundogäldenärens skydd 154

5.1 Skadorna och teorier om effektivt skydd 154
5.1.1 Allmänt om skadebeskrivningarna 154
5.1.2 Sekundogäldenärens skador 156

5.2 Informationshantering och kommunikation 158
5.2.1 Kostnader för informationshantering 158
5.2.2 Informationsplikt 160
5.2.2.1 UB 4:15 stadgar informationsplikt vid exekution 160
5.2.2.2 Analogier till ansvarsnormer och 27 § SkbrL m m 160
5.2.2.3 Informationen har typiskt sett litet värde 161
5.2.2.4 Alla inblandade kan påverka kostnaderna 162
5.2.2.5 Fakta överväger för informationsplikt 163
5.2.2.6 Informationsplikt – integritet 163
5.2.2.7 Ingen allmän informationsplikt 164
5.2.3 Informationsansvar 164
5.2.3.1 Culpanormen och dess undantag 164
5.2.3.2 Liten skadefrekvens och gäldenären bäste kostnadsminimerare 166

5.2.3.3 Tillit och omsorg om den som gör benefika handlingar 167
5.2.3.4 Informationsansvar i form av culpaansvar 168
5.2.4 Ökade kommunikationskostnader 168
5.2.4.1 Etablerad kommunikationsform har skydd av 27 § SkbrL 169
5.2.4.2 Panthavaren träder in i en etablerad miljö 170
5.2.4.3 Sekundogäldenären har skydd för etablerad kommunikationsform 170

5.3 Ändringar avseende betalningen 170
5.3.1 Ändring av betalningsprestationen 171
5.3.1.1 Skydd mot väsentlig olägenhet eller kostnad 172
5.3.1.2 Avtalat betalningssätt 175
5.3.2 Bristande information 175
5.3.2.1 … om betalningsort – var? 175
5.3.2.2 … om berättigad borgenär – vem? 176
5.3.3 Särskild risk för icke befriande betalning 177
5.3.3.1 Befriande felbetalning till pantsättaren 179
5.3.3.2 Befriande felbetalning till den som förmodas vara panthavaren 182
5.3.3.3 Condictio indebiti och redovisningsplikt 182
5.3.3.4 Depositionsmöjligheterna 183
5.3.3.5 Sekundogäldenärernas risker relativt små 184
5.3.3.6 Sekundogäldenärerna skyddsvärda utom vid slarv 186
5.3.3.7 En sammanfattning 186

5.4 Förminskad relation – förvärvarens bättre rätt 187
5.4.1 Generellt skydd – SkbrL 189
5.4.1.1 SkbrL 27 § 190
5.4.1.2 SkbrL 28 § 191
5.4.1.3 Principen om konnexa fordringar 192
5.4.1.4 SkbrL 29 § analogt 193
5.4.2 Konsumentskydd 193
5.4.2.1 KkredDir art 9 och KkredL 16 § 1 st 193
5.4.2.2 KkredL 16 § st 2 o 3 195
5.4.3 Fordringsbegreppet fungerar 197
5.4.4 Fördelar av avskiljande är värdeladdat 199
5.4.5 Sekundogäldenären skall ha skydd mot avskiljande men bara till vissa gränser 200
5.4.5.1 En indelning i invändningar och motfordringar fungerar 200
5.4.5.2 En generell rätt till återbetalning vid ond tro 200

5.4.5.3 Omförhandlingsinvändning bör jämställas med invändning om betalning 201
5.4.5.4 Tvingande konsumentskydd för invändningar innan ond tro 201

5.5 Panthavaren agerar hårdare 202
5.5.1 Principen om personliga fordringar o likn 203
5.5.2 Skadorna kan vara omfattande och frekventa men är svåra att avgränsa 203
5.5.3 Den som står i skuld är inte fri, och kan hamna i klorna på någon 204
5.5.4 Skydd mot en tydligt hårdare tillämpning 205

5.6 Försämrade möjligheter att påverka motprestation 206
5.6.1 Principen om ömsesidigt förpliktigande fordringsförhållanden 207
5.6.2 Systemargument 209
5.6.3 En princip om avsaknad av skydd vid förskottsbetalning? 211
5.6.4 Skadorna är beaktansvärda 214
5.6.5 Nyttan vid förekomsten av reella alternativ 215
5.6.6 Nyttan av ny kredit vid avsaknad av reella alternativ 216
5.6.7 Nyttan av förlängd kredittid vid avsaknad av reella alternativ 218
5.6.8 Vissa skadefall är värdeladdade 219
5.6.9 Ett generellt skydd mot försämrade påverkansmöjligheter vid ömsesidiga förhållanden 221

5.7 Ett skydd mot skador av byte av betalningsberättigad i överhypoteksfall – sekundogäldenären vill dela upp prestationen 222
5.7.1 Anvisnings- och ombudsnormerna 223
5.7.1.1 Betalningsreglerna – anvisningsrätten 223
5.7.1.2 Indrivningsuppdrag 224
5.7.1.3 Factoringnormen 225
5.7.1.4 Pantsättarens bundenhet och panthavarens realisationsrätt 226
5.7.1.5 Förtidsbetalningsregler 227
5.7.1.6 Panthavarens bundenhet 227
5.7.2 Invändningsnormer 227
5.7.3 Depositionsnormer 228
5.7.4 Sekundogäldenärens skador 230
5.7.5 Pantavtalsparternas allmänna besvär av att sekundogäldenärens intressen tillgodoses 231
5.7.6 Särskilda besvär då huvudkrediten är obestämd 232

5.7.7 Särskilda besvär då flera fordringar pantsatts 233
5.7.8 Behövs det verkligen ett skydd? 234
5.7.9 Inget generellt skydd i överhypoteksfall 235

5.8 Rättighetsdelningen – sekundogäldenären vill inte dela upp prestationen 236
5.8.1 SkbrL 3 § 2 st 237
5.8.2 En helhetsprincip? 238
5.8.3 Delningsskyldighet i spärrmeddelandefall? 239
5.8.4 Skadorna är beaktansvärda när delningsintresset är starkast 240
5.8.4.1 Skadorna av lösen små 240
5.8.4.2 Små skador om pantavtalsparterna är eniga 240
5.8.4.3 Stora men ofrekventa skador om pantavtalsparterna är oeniga 242
5.8.5 Nyttan av uppdelning i förhållande till alternativen 244
5.8.5.1 Eniga parter antas ha alternativ 244
5.8.5.2 Pantsättaren har begränsade alternativ 245
5.8.6 Sekundogäldenären är skyddsvärd 246
5.8.7 Sekundogäldenärens samtycke krävs för uppdelning av betalning 247
5.8.8 Sekundogäldenärens samtycke krävs inte för uppdelning vid kvittning 248
5.8.9 Sekundogäldenärens samtycke krävs inte för lösen 249

5.9 Avtalade begränsningar i omsättningsrätten 249
5.9.1 Avtalsvillkor skall respekteras – även omsättningsförbud för fakturafordringar? 250
5.9.2 SkbrL 27 § – verkan mot panthavare 251
5.9.3 Allmänna principer – verkan mot panthavare 252
5.9.3.1 Inflytandet från UB 5:5 253
5.9.3.2 Andra egendomsslag 255
5.9.4 UB 5:5 – verkan mot exekutionsborgenärer 256
5.9.5 Redan verkan mot fakturafordringsägaren har skyddseffekt 259
5.9.6 Omsättningsförbuden är ofrekventa 259
5.9.7 De negativa effekterna störst för exekutionsborgenärer 260
5.9.8 Undandragande av egendom är värdeladdat 261
5.9.9 Omsättningsförbud har verkan 263

5.10 Sekundogäldenärens samtycke 264
5.10.1 Cessionsprincipen 265
5.10.2 Ett samtyckeskrav är inte effektivt 266
5.10.3 ”Det kan normalt sett inte ha någon betydelse …” 267

6 Skyddet för pantsättarens fordringsägare 269

6.1 Skadorna och deras orsaker 271
6.1.1 Undandraganden och gynnanden 272
6.1.2 Risktransaktioner 272
6.1.3 Olikhetsskapande transaktioner 273

6.2 Sken- och efterhandskonstruktioner 275
6.2.1 Bedrägeri m m 275
6.2.2 Giltighetskrav 277
6.2.3 SkbrL 31 § 1 st 277
6.2.3.1 Meddelande 278
6.2.3.2 Tidpunkt 279
6.2.3.3 Åtgärdsinformation 280
6.2.3.4 Rådighetspåverkan 281
6.2.4 FHL 1:3 282
6.2.5 Ytterligare ändamåls- och rådighetspåverkande-normer 283
6.2.5.1 Investorleasingnormen 283
6.2.5.2 Flergäldenärsnormen och sekundärpantsättnings-normen 1980 284
6.2.5.3 Factoringnormen 1986 286
6.2.5.4 Ställföreträdarnormerna 287
6.2.6 Sakrättsmomentens effektivitet 288
6.2.6.1 Nyttan med sakrättsmoment som skydd mot sken- och efterhandskonstruktioner 289
6.2.6.2 Kostnader för sakrättsmoment 291
6.2.6.3 Effektiviteten hos sakrättsmomenten är inte självklar 292
6.2.7 Närmare om sakrättsmomentens effektivitet 292
6.2.7.1 Kontrollerbarhet 293
6.2.7.2 Synliggörande 296
6.2.7.3 Rådighetspåverkan 296
6.2.8 Något om nyttan med vissa former av transaktioner 297
6.2.9 Sakrättsmomenten har en stark men inte oantastlig ställning för pantförhållanden 299
6.2.9.1 Allmänna värdeargument om krav på sakrättsmoment 299
6.2.9.2 Värdeargument för nyanserade sakrättmoment 300
6.2.10 Vissa slutsatser om denuntiation 302
6.2.10.1 Meddelandekrav 302
6.2.10.2 Tillhanda-krav 302
6.2.10.3 Åtgärdsinformationskrav 303

6.2.11 Sakrättsliga skyddsändamål och tradition 304

6.3 Ytterligare förfoganden 306
6.3.1 Rådighetsavskärandenormer 309
6.3.2 Nyttan överväger kostnaderna generellt 310
6.3.2.1 Den generella nyttan med rådighetsavskärande 310
6.3.2.2 Generella kostnader för rådighetsavskärande 312
6.3.3 Nyttan och kostnader för vissa särfall 312
6.3.3.1 Ställföreträdartransaktioner 312
6.3.3.2 Flera sekundogäldenärer 313
6.3.3.3 Investorleasing och liknande avkastningsfordringar 315
6.3.4 Riskpreferensjustering eller avtalsfrihet? 315
6.3.5 Sakrättsliga skyddsändamål och tradition? 316
6.3.5.1 Exemplet flergäldenärsförhållanden i form av sekundärpant 316

6.4 Säkerhetsställande i efterhand 317
6.4.1 KonkL 4:12 319
6.4.1.1 Tidpunkten då panthavaren når prioriterad position 319
6.4.1.2 Tidpunkten för huvudkreditens tillkomst 320
6.4.1.3 Ordinärt säkerhetsställande i efterhand 322
6.4.1.4 Säkerhet eller betalning 323
6.4.1.5 Tillåten tidsutdräkt 324
6.4.2 KonkL 4:5 324
6.4.3 Mannamån, BrB 11:4 325
6.4.4 Civilrättslig ogiltighet o likn 326
6.4.5 Skador av säkerhetsställande för fast huvudkredit 327
6.4.5.1 Säkerhet för redan utgiven huvudkredit 327
6.4.5.2 Betalningsskyldigheten beroende av panthavarens agerande 328
6.4.5.3 Betalningsskyldigheten beroende av yttre omständighet 330
6.4.5.4 Betalningsskyldigheten beroende av pantsättarens eget agerande 331
6.4.6 Skador av säkerhetsställande för rörlig huvudkredit 331
6.4.6.1 Skador vid kontokredit 333
6.4.7 Skador vid typfallet factoring 335
6.4.7.1 Skador vid avräkning 335
6.4.7.2 Skador vid säkerhet i yngre överhypotek 336
6.4.7.3 Skador av ytterligare säkerhet för redan säkrad huvudkredit 336
6.4.7.4 Skadorna otydliga i förhållanden till nyttan 337

6.4.8 Fördelar med kompletterande regler och schablonregler 338
6.4.8.1 Kompletterande regler 338
6.4.8.2 Schablonregler 339
6.4.9 Illojaliteten är värdeladdad, men det är även frånvaro av sådan 339
6.4.10 Ett schablonskydd med kompletteringar 340
6.4.10.1 Schablonen och det övriga skyddet mot illojalitet 341
6.4.10.2 Tidpunkten för avtalets ingående bör vara avgörande … 341
6.4.10.3 … liksom saldot vid tidpunkten för säkerhetsställandet. 342
6.4.10.4 Skyddet vid factoring och säkerhetsförstärkning m m 342

6.5 Undandragande säkerhetsställande 343
6.5.1 Återvinningsnormer 344
6.5.1.1 KonkL 4:5 344
6.5.1.2 Verkan av återvinning, KonkL 4:14 345
6.5.2 Indirekt straffrättsligt skydd, BrB 11:1–4 346
6.5.3 Undandragande säkerhetsställande innebär också olikhet och ofta även gynnande 347
6.5.4 Ett dubbelt och långtgående skydd kan motiveras 348
6.5.5 Illojaliteten är värdeladdad 348
6.5.6 Ett skydd mot illojala handlingar i ond tro 349

6.6 Avstående från rätt till överhypotek 349

6.7 Rådighetsavskärande säkerhet i framtida fakturafordringar 350
6.7.1 Intjänandenormen 352
6.7.1.1 Intjänandenormen och KonkL 4:12 355
6.7.2 Frysningsprincipen 356
6.7.3 Förskottsnormen 357
6.7.4 Avkastningsnormer 358
6.7.4.1 Normer om objektspanthavares företräde till avkastningen 360
6.7.4.2 Normargument om att fordringsägarnas rätt skall följa en tidigare objektspanthavares rätt till avkastningen 361
6.7.4.3 Normargument om att fordringsägarnas rätt skall följa en senare objektspanthavares rätt till avkastningen 362
6.7.4.4 Normargument om fordringsägarnas rätt då avkastningsobjektet inte pantsatts 363

6.7.5 Specialitetsprincipen o likn 365
6.7.6 Förbudet mot omsättning av framtida lön 365
6.7.7 KonkL 4:5 366
6.7.8 Ocker och oskälighet 366
6.7.9 Rådighetsavskärandenormer 367
6.7.10 Skadorna varierar med omständigheterna 368
6.7.10.1 Särskilda risker för likviditetsproblem 369
6.7.10.2 Gynnanden genom säkerhetsställande i efterhand 370
6.7.10.3 Särskilda risker för överskuldsättning 371
6.7.10.4 Särskild olikhet 372
6.7.11 Nyttan varierar med förekomsten av alternativ 373
6.7.12 Ytterligare konsekvenser av olika lösningsalternativ 373
6.7.12.1 Likabehandling av exekutionsformer 375
6.7.13 Värdeladdningen beroende av riskernas storlek 376
6.7.14 Fordringsägarna har skydd 377
6.7.14.1 Rådighetsavskärande säkerhet i framtida avkastningsfordringar kan accepteras som regel 378
6.7.14.2 Rådighetsavskärande säkerhet i framtida fordringar avseende tjänster och varor kan accepteras i det enskilda fallet 379
6.7.15 Factoring och framtida fakturafordringar 379

7 Skyddet för sakrättsborgenärerna 382

7.1 Skadorna 384

7.2 Dubbelförfogande över fakturafordran 385
7.2.1 Inget skydd genom realavtalskrav el likn 386
7.2.2 Meddelandekrav och undersökningsansvar? 388
7.2.2.1 Tydliga meddelandenormer 388
7.2.2.2 Såväl meddelandekrav som ondtroskrav kan motiveras med effektivitetsargument 389
7.2.2.3 Meddelandekravet kan vara värdeladdat 390
7.2.2.4 Ett meddelandekrav bör ställas 392
7.2.2.5 Inget undersökningsansvar 392
7.2.3 Åtgärdsinformationskravet 393
7.2.4 Tillhanda-kravet 394
7.2.5 Rådighetsavskärandekravet 394
7.2.5.1 Samma krav som i skyddet för fordringsägarna 395
7.2.5.2 Begränsat rådighetsavskärande kan ge tillräckligt skydd 395

7.2.5.3 Riskpreferensjustering och ordning eller avtalsfrihet? 397
7.2.5.4 Rådighetsavskärandekrav eller möjligen skyddsändamål 397
7.2.6 Straffskyddet 398
7.2.6.1 Behörighetsmissbruk 398
7.2.6.2 Bedrägeri 399
7.2.6.3 Förskingring 400
7.2.6.4 Riskpreferensen hämmas bäst om straffsanktioner kan användas redan tidigt i handlingsförloppet 401
7.2.6.5 Riskpreferensen bör hämmas 402
7.2.6.6 Dubbelförfogande är straffbart 403

7.3 Dubbelförfogande över avkastningsresurs 403
7.3.1 En tidigare objektspanthavares rätt till avkastningen 403
7.3.2 En senare objektpanthavares rätt till avkastningen 405
7.3.3 Alternativ för att undvika skador av sakrättskollissioner m m 406
7.3.3.1 Alternativet att separat säkerhet i avkastningsfordringar inte godtas 406
7.3.3.2 Alternativet att objektspanthavaren får företräde vid realisation av avkastningsobjektet 407
7.3.3.3 Alternativet att fordringspanthavaren får företräde enligt godtrosförvärvsprinciper 408
7.3.3.4 Alternativet absolut företräde för fordringspanthavaren 409
7.3.4 Avtalsfrihet eller avtalsbrottsprevention? 409
7.3.5 Sakrättsborgenärerna skall skyddas genom att objektspanthavaren ges företräde 410

7.4 Dubbelförfogande över alternativa framtida fordringar avseende samma tjänste- och varuresurser 411
7.4.1 Objektsargument och andra sakrättsliga principer 412
7.4.2 Bedrägeri 413
7.4.3 Resurskonkurrensen ofta inte den dominerande skadeorsaken 414
7.4.4 Båda sakrättsborgenärerna skyddsvärda, men ingen mer än den andre 415
7.4.5 Sakrättsborgenärerna har endast skydd i form av bedrägeriregeln 416

7.5 Dubbelförfogande över överhypoteksresurs 416
7.5.1 Godtrosförvärv och rådighetsavskärande 418
7.5.1.1 Normargument avseende sakrättsborgenärerna 418

7.5.1.2 Systemargument från fordringsägarförhållandet 419
7.5.2 Nyttan av valfrihet får vägas mot skadorna av rådighet för den riskpreferente pantsättaren 420
7.5.2.1 Valfrihet medför nytta men också beaktansvärda skador 421
7.5.2.2 En utpekad denuntiationsmottagare begränsar riskerna 422
7.5.2.3 Godtrosförvärv genom dubbel denuntiation kan antas kostsamt 422
7.5.3 Riskpreferensskydd eller avtalsfrihet? 423
7.5.4 Godtrosförvärv genom denuntiation till den utpekade sekundogäldenären 423

7.6 Obehöriga förfoganden över fakturafordringar 424
7.6.1 Fordringspanten som en del av löpande förbindelse 426
7.6.1.1 Var sak för sig eller företräde för godtro? 426
7.6.1.2 Har panthavaren A nytta av fakturafordran? 426
7.6.1.3 Är A eller C mest skyddsvärd? 428
7.6.1.4 Modifierat företräde för god tro 429
7.6.2 Svagt obehöriga förfoganden 429
7.6.2.1 Generell vindikationsprincip eller företräde för obligationsrättslig modell? 430
7.6.2.2 Omsättningen påverkas i liten mån men godtrostvister är kostsamma 431
7.6.2.3 Varför skilja liknande fall? 431
7.6.2.4 A skall ges företräde 432

7.7 Obehörigt förfogande över företagshypoteksbrev 432
7.7.1 Endast företagshypoteksbrevet 432
7.7.2 Företagshypoteksbrevet som en del av löpande förbindelse 433
7.7.2.1 Var sak för sig eller företräde för godtro? 433
7.7.2.2 Transaktionskostnaderna talar för att ge C företräde 433
7.7.2.3 Vem är mest skyddsvärd? 434
7.7.2.4 En modifierad godtrosförvärvsregel 435
7.7.3 Företagshypoteksbrevet som en del i skenkonstruktion 435

7.8 Dubbelförfogande över företagshypoteksförmånsläge 435
7.8.1 Specialregel om företräde för äldst rätt eller godtrosförvärv? 437
7.8.2 Kontrollkostnaderna mindre än rådighetsavskärandekostnaderna 437
7.8.3 Vem är mest skyddsvärd? 439

7.8.4 Företräde för äldst rätt 439

7.9 Dubbelförfogande över företagshypoteksbrev 440

8 Pantsättarens skydd 442

8.1 Skador eller kostnads- och riskminimering 442

8.2 Förverkande av omsättningsvärde genom förbehåll 443
8.2.1 Skador 443
8.2.2 Ogiltighetsschablonen 37 § AvtL 446
8.2.2.1 En definition 447
8.2.2.2 Förhållandena antas vara svårbedömda 447
8.2.2.3 En schablon är acceptabel om den tillämpas inom tydliga ramar 448
8.2.2.4 En schablon utan skaderekvisit 449
8.2.3 Ett straffskydd mot förverkandeförbehåll, BrB 9:5 st 2? 449
8.2.3.1 Förverkanden kan leda till uppenbara missförhållanden 449
8.2.3.2 Förhållandena kan vara svårbedömda 451
8.2.3.3 En straffsanktionen ger betydelsefull prevention 452
8.2.3.4 Uppenbara missförhållanden är klandervärda 452
8.2.3.5 Förverkandeklausuler är straffbara 453
8.2.3.6 Försök att avtala om förverkandeförbehåll 453
8.2.4 Regler som ger alternativa påföljder 454
8.2.5 Skyddet mot förverkandehandlingen i sig 454
8.2.5.1 Rättshandlingar omfattas 455
8.2.5.2 Skadebeskrivningar är beskrivningar av föreställningar 456
8.2.5.3 Begränsat behov av straffskydd 457
8.2.5.4 Att slå på den som ligger eller att följa spelets regler? 457
8.2.5.5 Legalitetsintressen 457
8.2.5.6 Förverkandehandlingen i sig bör vara straffbar 458
8.2.6 Förverkandeförbehåll som avtalas senare 458
8.2.6.1 Schablonskydd enligt 37 § AvtL? 459
8.2.6.2 Straffskyddet 460
8.2.6.3 Omförhandlingar 460
8.2.7 Förbehåll om vite, skadestånd eller dröjsmålsränta o likn 461
8.2.7.1 Beloppsbegränsning, oskälighetsregler och skadeståndsprinciper 462
8.2.7.2 Liknande skador som vid förverkande m m 464

8.2.7.3 Liknande värden som vid förverkande 465
8.2.7.4 Dröjsmålssanktioner bör kunna prövas materiellt 466
8.2.8 Förverkande genom förbehåll om avvikelse från en objektiv värdering av panten 466
8.2.9 Anmärkning om ytterligare skyddsregler 468

8.3 Realisationskostnader 468
8.3.1 Skador 469
8.3.2 Fem skyddsmoment 470
8.3.3 Prioriteringsordning mellan realisationsformerna 471
8.3.3.1 En preciserad prioritetsordning 471
8.3.3.2 Prioriteringen antas allmänt vara effektiv 473
8.3.3.3 Slarv och ointresse är värdeladdat 474
8.3.3.4 En prioritetsordning bör uppställas 474
8.3.4 Tidsfrist 475
8.3.4.1 En mängd olika tidsfristnormer 475
8.3.4.2 Transaktionskostnader och kringgåenderisker 477
8.3.4.3 Tidsfrist knappast effektivt vid alla realisationsformer 477
8.3.4.4 Avsaknaden av affektionsvärde påverkar skyddsvärdet 479
8.3.4.5 En dispositiv tidsfrist om två veckor 479
8.3.5 Beloppskrav och tidsfrist vid dröjsmål med del av huvudfordran 480
8.3.5.1 Väsentlighetsprincip? 480
8.3.5.2 Beloppets storlek kan antas ha betydelse för risken för underskattning 481
8.3.5.3 Ett beloppskrav förefaller rimligt 483
8.3.5.4 Ett beloppskrav på 10 % bör uppställas 483
8.3.6 Meddelandekrav 484
8.3.6.1 Allmänna normargument talar tydligt för meddelandekrav 484
8.3.6.2 För fakturafordringar är normargumenten mindre tydliga 485
8.3.6.3 Meddelandekravets effektivitet beror på realisationsform 486
8.3.6.4 God ton och kutym 487
8.3.6.5 Ett dispositivt meddelandekrav för egentlig realisation 488
8.3.7 Omsorgsplikt 488
8.3.7.1 Normargument för en tvingande omsorgsplikt 488
8.3.7.2 En omsorgsplikt utan formella moment kan vara svårtillämpad 489

8.3.7.3 Ett utrymme för att skada är värdeladdat 490
8.3.7.4 En delvis tvingande omsorgsplikt och formella krav 490
8.3.8 Påföljder; Ogiltighet och hävning 490
8.3.8.1 Hävning av pantavtalet eller ogiltigförklaring av realisationen 491
8.3.8.2 Betalningslegitimation, fullmaktsregler och godtrosförvärv 491
8.3.8.3 Ogiltighet och hävning sällan aktuellt 492
8.3.8.4 En ondtroende tredje man är inte skyddsvärd 493
8.3.8.5 En särskild godtrosförvärvsregel 493
8.3.9 Påföljder; Skadestånd 494
8.3.10 Påföljder: Straffsanktion? 494
8.3.11 Panthavares realisation i pantsättarens konkurs 496
8.3.11.1 Särskilda normer för konkurs 496
8.3.11.2 Vissa självklara avvikelser 497
8.3.11.3 Resultat eller form? 497
8.3.11.4 Särregler för tidsfrister, meddelandekrav och beloppskrav 497

8.4 Förlust av särskilda värden 498
8.4.1 Normargument saknas 498
8.4.2 Ett skydd genererar gränsdragningskostnader 498
8.4.3 En ekonomisk gisslan 499
8.4.4 Inga särskilda skyddsregler 500

8.5 Värdeminskningsrisker 500
8.5.1 Vägran att ta emot betalning 501
8.5.2 Bristande åtgärder i anledning av information 502
8.5.2.1 Panthavaransvar 502
8.5.2.2 Panthavaren bäste riskminimerare 503
8.5.2.3 Kausaliteten kan vara svårutredd 504
8.5.2.4 Vårdslös passivitet är värdeladdad 504
8.5.2.5 Panthavaren bör ansvara 504
8.5.3 Varningsskyldighet och skyldighet att framställa betalningskrav 505
8.5.3.1 Entydiga varningsnormer men delade uppfattningar om indrivningsskyldighet 505
8.5.3.2 Effektiviteten med indrivningsskyldighet varierar med realisationsform 506
8.5.3.3 Ett rimligt ansvar 507
8.5.3.4 En generell varningsskyldighet 507
8.5.4 Preskription 507

8.6 Panthavarens dröjsmål 508
8.6.1 Skydd mot att panthavaren tar hand om överhypotek 509
8.6.1.1 Utsläckningsbar eller återkallelig indrivningsrätt 509
8.6.1.2 Kvarstad 511
8.6.1.3 Risk för relativt betydande kostnader … 511
8.6.1.4 … men å andra sidan inte särskilt frekventa kostnader. 512
8.6.1.5 Avtalade förbehåll 514
8.6.1.6 Rimligheten i synsättet ”tärningen är kastad” 514
8.6.1.7 Panthavaren får ta hand om överhypoteket, men pantsättaren kan spärra 515
8.6.2 Fullgörelsetidpunkt då huvudkrediten betalas 516
8.6.2.1 Zug-um-zug eller inom skälig tid? 516
8.6.2.2 Hanteringskostnaderna och riskerna varierar i alternativen 517
8.6.2.3 Signifikanta värdeargument saknas 518
8.6.2.4 En zug-um-zug-lösning 518
8.6.3 Fullgörelsetidpunkt när förfallen huvudkredit inte betalats 518
8.6.3.1 Vid anfordran eller utan dröjsmål, vid begäran 519
8.6.3.2 Vid begäran 519
8.6.3.3 Panthavaren vanligtvis den bäste att realisera 520
8.6.3.4 Panthavaren kan lida skada om panten inte täcker huvudkrediten 521
8.6.3.5 Avgränsnings- och tillämpningsproblem 522
8.6.3.6 Anfordran antas effektiv när panten inte realiserats 522
8.6.3.7 Anfordran antas däremot inte effektiv när panten har realiserats 523
8.6.3.8 Pantsättaren svag och i ett utsatt läge 524
8.6.3.9 Redovisa utan dröjsmål från realisationen och realisera vid begäran 525
8.6.4 Redovisningsplikt 525
8.6.4.1 Redovisningsskyldighet men inte avskiljandeskyldighet? 526
8.6.4.2 Separationsrätt och straffansvar 527
8.6.4.3 Ett särskilt avskiljandekrav antas effektivt 529
8.6.4.4 Pantsättaren skyddsvärd 530
8.6.4.5 Redovisningsskyldighet med avskiljandeskyldighet i vissa fall 530
8.6.5 Andra dröjsmålssanktioner 531
8.6.5.1 Skadestånd och dröjsmålsränta 531

8.6.5.2 Dröjsmålsränta effektiv 532
8.6.5.3 Dröjsmålsränta skyddar svaga pantsättare 532
8.6.5.4 Dröjsmålsränta mot betalnings- och realisationsdröjsmål, skadestånd mot återlämnandedröjsmål 533

8.7 Kvittning mellan panthavaren och sekundogäldenären 533
8.7.1 Får panthavaren och sekundogäldenären kvitta även överhypoteket? 534
8.7.1.1 Kvittningsmöjlighet förespråkas, i vart fall när sammanblandning är tillåten och pantsättaren inte spärrar 535
8.7.1.2 Fördelarna med kvittning större än nackdelarna av dröjsmålsrisker 536
8.7.1.3 Kvittning är positivt för pantsättaren, i vart fall om han kan spärra 537
8.7.1.4 Panthavaren och sekundogäldenären bör ha kvittningsrätt, men pantsättaren bör kunna spärra 538
8.7.2 Står panthavaren redovisningsansvar om han kvittar med sekundogäldenären? 538
8.7.3 Får panthavaren och sekundogäldenären kvitta innan realisationskraven uppfyllts? 539
8.7.3.1 Betydelsen av panthavarens betalningslegitimation 540
8.7.3.2 Pantsättarens skador antagligen inte särskilt beaktansvärda 540
8.7.3.3 Möjlighet att kringgå skyddsregler är värdeladdat 542
8.7.3.4 Förtida kvittning bör vara tillåten 542
8.7.4 Är panthavaren skyldig att kvitta? 542
8.7.4.1 Omsorgsplikt 542
8.7.4.2 En kvittningsskyldigheten antas inte betungande för panthavaren 542
8.7.4.3 Ett vårdslöshetsansvar är rimligt 543
8.7.4.4 Panthavaren bör ha en kvittningsskyldighet 544
8.7.5 Är panthavaren skyldig att invänta kvittningsförutsättningar? 544

8.8 Särskilda likviditetsrisker 545
8.8.1 Panthavarens kvittning mot redovisningsskuld 545
8.8.1.1 Konnexitet och redovisningsmedel 546
8.8.1.2 Riskunderskattning eller kostnadseffektivitet 548
8.8.1.3 Kopplingsförbehåll o likn är värdeladdade 549

8.8.1.4 Ett kvittningsförbud 549
8.8.2 Generalpantförbehåll 550
8.8.2.1 Som regel giltiga men oskälig tillämpning kan jämkas 551
8.8.2.2 Generalpant kan vara nyttig om den inte blir för omfattande 552
8.8.2.3 Spel och makt 553
8.8.2.4 Jämkning av förbehåll som ger panthavaren rätt att subjektivt ta i anspråk hela likviditetsflödet 554
8.8.3 Avräkningsförbehåll 555
8.8.4 Säkerhet i framtida fakturafordringar 557
8.8.4.1 Oskälighetsnormen eller systemargument? 558
8.8.4.2 Varierande risker men riskpreferens 559
8.8.4.3 Systemskydd, förutsebarhet och handlingsfrihet 560
8.8.4.4 Pantsättaren skall skyddas 560

8.9 Panthavarens omsättning 561
8.9.1 HB 10:6 563
8.9.2 Principer utifrån föreställningar om objekt 564
8.9.3 Ocker och oskälighet 566
8.9.4 Skadorna är mest beaktansvärda vid bättre rätt o likn 567
8.9.4.1 Relativt små skador om samma villkor 567
8.9.4.2 Skador av att förvärvaren får annorlunda eller bättre rätt 567
8.9.4.3 Skador då annan fordringsägare får säkerhet 568
8.9.5 Pantsättaren kan ha svårt att kompensera sig 569
8.9.6 Pantsättaren bör skyddas mot bättre rätt för förvärvaren 570

9 Panthavarens skydd 571

9.1 Skador 571

9.2 Betalningsdröjsmål 573
9.2.1 Skönsmässig uppsägningsrätt 573
9.2.1.1 Saklig grund för uppsägning? 574
9.2.1.2 Skönsmässigheten medför enkelhet men också en högre uppsägningsfrekvens 576
9.2.1.3 Övervakning och stabilitet 577
9.2.1.4 Ett krav på saklig grund kan vara motiverat 578
9.2.1.5 Uppsägningsrätt med uppsägningstid och hänsynstagande 579

9.2.2 Uppsägning och hävning vid konstaterat eller förväntat betalningsdröjsmål 580
9.2.2.1 Schablonregel och oskälighetsregel 581
9.2.2.2 Prevention, riskminskning och svårförutsägbarhet 582
9.2.2.3 Ordning, skuld och rättssäkerhet 584
9.2.2.4 Uppsägningsfrist 584
9.2.3 Dröjsmålsränta, skadestånd och vite vid betalningsdröjsmål 585

9.3 Medverkansdröjsmål 586

9.4 Värdeminskning 587
9.4.1 Uppsägning och förtida realisation 587
9.4.1.1 Förbehåll om uppsägning av huvudkrediten godtas i skyddsregler 588
9.4.1.2 Förtida realisationsrätt om även i pantsättarens intresse 590
9.4.1.3 Parterna har oftast ett gemensamt intresse av förtida realisation men inte av uppsägning av huvudkrediten 592
9.4.1.4 Rätt att säga upp huvudkrediten kan medföra sämre informationsutbyte 593
9.4.1.5 Effekter av krav på saklig grund för förtida realisation 594
9.4.1.6 Utnyttjandemöjlighet för starkare part 595
9.4.1.7 Panthavaren ansvarar för saklig grund 596
9.4.2 Kompletterande säkerhet 597
9.4.2.1 Förbehåll om rätt att kräva kompletterande säkerhet 597
9.4.2.2 Ingen rätt att slippa motta komplettering 597

9.5 Riskavvikelser 598

9.6 Sekundäromsättning 600
9.6.1 Ingen informationsplikt 601
9.6.2 Informationsansvar 602
9.6.3 Ändringar avseende pantredovisningstransaktionen 602
9.6.3.1 Förpliktigandenormer 602
9.6.3.2 Skadorna beaktansvärda samtidigt som nyttan är mindre än för primär omsättning 603
9.6.3.3 Panthavaren är bäste kostnadsminimerare 604
9.6.3.4 Panthavaren skall bära kostnaderna primärt 604
9.6.4 Ingen särskild vårdplikt 605
9.6.5 Sekundärpanthavares realisation 606

9.6.6 Begränsning av pantsättarens företrädesrätt för ökad huvudkredit 608
9.6.6.1 Begränsningsnormer 609
9.6.6.2 Checkkredit nyttigare men generalpant mindre nyttig än sekundärpant 609
9.6.6.3 Konkurrensbegränsning och illojalt undanträngande 611
9.6.6.4 Företräde vid checkkredit, men inte vid generalpant 611
9.6.6.5 Ingen begränsning av pantsättarens företrädesrätt vid flera säkerheter 612
9.6.6.6 Inget företräde för kvittning med en redovisningsfordran 613
9.6.7 Olika intressen beträffande anstånd o likn 613
9.6.7 Avtalade sekundäromsättningsförbud 614
9.6.7.1 Omsättningsförbudsnormer 614
9.6.7.2 Påföljdsnormer och deras effekter 615
9.6.7.3 Överlåtelsenormen 616
9.6.7.4 Nyttan av omsättningsförbud 616
9.6.7.5 Kostnader för omsättningsförbud 617
9.6.7.6 Primärpanthavarbundenhet och ond tro 617
9.6.7.7 Omsättningsförbud bör ges verkan mot sekundära förvärvare men inte mot exekutionsborgenärer 618
9.6.7.8 Omsättningsförbudsterminologi 618

10 Öppenhetsambitionens betydelse för argumentationen – övergripande slutsatser och reflektioner 620

10.1 Övergripande slutsatser 621
10.1.1 Den krediträttsliga argumentationen har misslyckats 622
10.1.2 Det finns sätt att ta sig an krediträttens uppgift 623

10.2 Några faktorer av övergripande betydelse 623
10.2.1 Avtalsparternas förslagsdominans 624
10.2.1.1 Förslagens ensidighet ... 625
10.2.1.2 ... leder till ett missriktat företräde? 626
10.2.2 Regleringskonkurrens 627
10.2.3 Riskpreferensens marginalisering 629
10.2.3.1 Exemplet framtida fordringar 630
10.2.3.2 Exemplet dröjsmålsränta 632
10.2.3.3 Exemplet ocker 635

10.3 Metoder för att fånga komplexiteten 637

Summary 640

Förkortningar 647

Källförteckning 649

Rättsfallsregister 669

Sakregister 672

Introduktion och sammanfattning

För att ge en överskådlig bild av framställningen och underlätta läsningen inleder jag med en introducerande sammanfattning. En sådan bild kan vara bra även för den som föresatt sig att ta del av hela innehållet. Sammanfattningen kan också användas för den som vill söka sig fram till ett visst tema. Jag har markerat vilket avsnitt i framställningen som motsvarar olika stycken i sammanfattningen. Parenteser efter styckena i sammanfattningen betecknar således avsnitt. För läsvägar i övrigt se avsn 2.6.

Kap 1; Samhälleliga intressen bakom företeelsen – ett perspektiv

I det första kapitlet beskriver jag ett sätt att se på företeelsen kreditsäkerhet och kreditsäkerhet i fakturafordringar. Avsikten är att ge en introduktion till framställningen. Denna introduktion tjänar också som bakgrund till framställningens huvudfråga om avtalsparternas utrymme att utforma och reglera sina mellanhavanden. Genom att ge denna bakgrund markerar jag att jag tagit utgångspunkt i ett visst perspektiv och att jag därför, i likhet med alla andra, bygger min analys på antaganden och på värderingar.

Med det synsätt som jag hävdar i första kapitlet är kreditsäkerhet gynnsamt för kreditgivningen. En mångfald av kreditsäkerhetsformer leder till fler krediter. Kreditsäkerhet i fakturafordringar anses särskilt viktigt för små och nystartade företag. Dessa former av kreditsäkerhet gynnar därför en eftersträvad konkurrens och bidrar allmänt till lägre räntenivåer. Kreditsäkerhet i fakturafordringar kan därmed sägas medföra samhällsnytta. Samtidigt finns det emellertid föreställningar om gränser för nyttan. Kredit innebär risktagande och kreditsäkerhet medför att kredittagaren får vissa möjligheter att ta större risker än vad han borde m h t sina förtjänstmöjligheter. (1.2–6)

Det nämnda perspektivet är vanligt för juridiska framställningar men kan också beskrivas med grundläggande ekonomiska teorier. Den samhällsnytta som antagits kan således förklaras med det marknadsekonomiska antagandet att individerna är bäst på att fördela resurserna i samhället. Varje transaktion bidrar i princip till en bättre fördelning. Eftersom marknadsfördelningen fungerar bäst under förhållanden som aldrig fullt ut kan existera i praktiken och en kredittagare som tagit för stora risker föredrar att ta ytterligare risker för att få chansen att klara sig, finns det emellertid gränser för när individernas resursfördelning är effektiv. Det sägs vara rättens uppgift att justera för dessa brister. (1.7)

Det sagda utmynnar i en slutsats om att kreditsäkerhet är samhällsnyttigt inom vissa gränser. Eftersom det bakom beskrivningarna om samhällsnytta och gränser för denna ligger olika intressen kan man tala om ett behov av intresseavvägningar. Det kan hävdas att det är krediträttens uppgift att tillhandahålla dessa intresseavvägningar. (1.8)

Kap 2; Perspektivets betydelse för argumentationen

Om krediträttens uppgift är att tillhandahålla intresseavvägningar finns det anledning att reflektera över hur rätten tillgodoser denna uppgift. Reflektioner av sådant slag har gjort ganska stora avtryck i den konkreta analysen i den här framställningen. Här hävdas att rätten är ett verktyg för att lösa och förebygga intressekonflikter. Att så är fallet beror på att det bland dem som deltar i den krediträttsliga argumentationen finns någotsånär gemensamma föreställningar om hur intressena skall prioriteras. Emellertid är det trots dessa gemensamma föreställningar tydligt att analysen påverkas av individuella premisser och det perspektiv som anläggs. I anledning av dessa metodologiska reflektioner har jag därför försökt besvara tre frågor om; hur jag egentligen gjort för att uppmärksamma de intressen och argument som jag avvägt, hur jag gjort avvägningar mellan olika argument och intressen, samt hur har jag hanterat det faktum att mina egna premisser är avgörande för min analys? (2.1)

Att individuella premisser är avgörande för varje analys är tydligt. På grund av begränsningar i vår individuella fattningsförmåga, i vår kommunikation och genom våra värderingar m m, får vi olika begränsade bilder av verkligheten. För att möta detta problem har jag i första kapitlet redovisat det utgångsperspektiv jag anlagt. Jag försöker också att i varje fråga ange de värderingar och föreställningar som jag själv anser har haft betydelse för hur jag behandlat de frågor jag tar upp. I ambitionen att ange dessa värderingar och föreställningar har jag försökt markera hur jag uppfattar olika argument som jag använder. Övervägandena kring dessa markeringar har emellertid också haft betydelse för hur jag gjort för att uppmärksamma intressen och argument. (2.2)

De individuella premisserna är avgörande för vilka intressen och argument som över huvud taget uppmärksammas. Svårigheterna att uppmärksamma argument sammanhänger också med att krediträtten rör relativt komplexa förhållanden. För att möta uppmärksammandeproblemet har jag använt ett funktionellt upplägg där jag försökt identifiera olika konsekvenser som ett avtal om kreditsäkerhet i fakturafordringar kan ha för olika subjekt. Jag har också försökt att analysera varje frågeställning ur tre olika perspektiv. Utifrån beskrivningar av rättslig argumentation och möjliga perspektiv att anta när man betraktar rätten har

jag åsatt de tre perspektiven epiteten norm, fakta och värde. I normperspektivet har jag försökt uppmärksamma auktoritativa uttalanden om hur en viss fråga skall lösas, jfr den s k rättskälleläran. Faktaperspektivet omfattar argument från olika verklighets- eller konsekvensbeskrivningar såsom de brukar komma till uttryck i främst juridiska och ekonomiska framställningar. Värdeargumenten är däremot mer uttalat värderande. De skiljer sig från faktaargumenten just genom att faktaargumenten gör anspråk på att utgöra verklighetsbeskrivningar.

Poängerna med den beskrivna metoden är att den gör det lättare att uppmärksamma olika argument. Denna effekt förstärks av att jag samtidigt övervägt och försökt ange att jag uppfattar vissa av argumenten som verklighetsbeskrivningar och värderingar. Den öppenhet som förfarandet innebär har underlättat min analys beträffande såväl min argumentation som mitt förhållningssätt till olika argument, begrepp och tankebanor. För krediträtten och intresseavvägningar i syfte att bestämma avtalsparternas handlingsutrymme är det av central betydelse att försöka hantera denna problematik.

Även om jag således strävat efter öppenhet har jag givetvis varit tvungen att begränsa urvalet av argument. Dessa begränsningar beskrivs bäst som beroende av de gemensamma föreställningar som finns bland dem som deltar i den krediträttsliga argumentationen. Med detta avser jag att jag gjort bedömningar av vad som kan vara gångbart i den rättsvetenskapliga kommunikationen. Denna beskrivning är en bättre beskrivning av den krediträttsliga argumentationen än beskrivningar som går ut på att argumenten endast hämtas ur rättskällor. Krediträtten är ett område där de ”reella övervägandenas betydelse framträder särskilt skarpt”.[1] (2.3–4)

På motsvarande sätt är gemensamma föreställningar också en bättre beskrivning av hur såväl jag som andra prioriterat olika intressen i de intresseavvägningar som föreslås. Beskrivningar som går ut på att argumenten avvägs i enlighet med en deduktiv metod är varken träffande eller lämpliga. Med hänsyn till de risker som finns för att olika intressen inte uppmärksammas och att resultaten blir verklighetsfrämmande, oanvändbara eller stötande, bör rättens legitimitet vårdas genom en strävan efter att explicit uppmärksamma och avväga intressena. Den ovan nämnda metoden att kategorisera argument som norm, fakta eller värde har bidragit till sådana avvägningar. Genom kategoriseringen har argumentationen blivit överskådlig och hanterbar samtidigt som jag reflekterat över ursprunget och styrkan hos olika argument när jag kategoriserat dem med så laddade epitet som norm, fakta och värde. Avväg-

[1] Taxell 1949 s 1.

ningarna i sig har dock inte gjorts utifrån kategoriseringen. Gränserna mellan de olika kategorierna är inte särskilt tydliga och en generell prioritering är hur som helst ingen bra beskrivning på hur intresseavvägningarna brukar göras i den krediträttsliga argumentationen. Kategoriseringen är för övrigt givetvis öppen för invändningar. Poängen är inte att nå enighet om denna utan att i någon mån visa hur jag uppfattat argumenten. Intresseavvägningarna i sig beskrivs istället bäst som prioriteringar utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. (2.4)

Kap 3; Omsättningsrätten – och dess betydelse för argumentationen

Det är av avgörande betydelse för intresseavvägningarna och argumentationen att förhålla sig till såväl de verktyg som de rättsliga konstruktionerna utgör som till de intressen som ligger bakom. Framställningens huvudfråga om avtalsparternas handlingsutrymme kan därför formuleras på flera alternativa sätt: Enklast som – Hur omfattande är omsättningsrätten avseende kreditsäkerhet i fakturafordringar? – mer precist– Vad utgör en relevant beskrivning av hur rättslig argumentation kan behandla subjektens handlingsutrymme avseende kreditsäkerhet i fakturafordringar? – eller med en annan vinkling – Hur kan rättsordningen skydda olika subjekt från skador som omsättning i form av kreditsäkerhet i fakturafordringar orsakar? (3.1)

Denna huvudfrågeställning kan på en generell nivå beskrivas utifrån begreppen avtalsfrihet och egendom. En sådan beskrivning är också viktig eftersom begreppsanvändningen medför ett förrättsligande av de intressen som ligger bakom begreppen samtidigt som detta förrättsligande bidrar till en tendens att hävda avtalsfrihet som en överordnad norm. Således talas det i den förmögenhetsrättsliga argumentationen om avtalsfriheten som en huvudprincip eller utgångspunkt.

Avtalsfrihetsbegreppet beskrivs emellertid både som relativt och komplext. Dess historiska bakgrund som en vertikalt relaterad rättighet gentemot statsmakten i uppbrottet från det merkantila samhället kan förklara en del av de ideologiska faktorer som ligger bakom att avtalsfriheten hävdas som en överordnad norm. När avtalsfriheten hävdas som en horisontellt relaterad rättighet i ett marknadsekonomiskt system blir avtalsfriheten emellertid motsägelsefull. En beskrivning av denna motsägelsefullhet är att avtalsfriheten står i kontrast till andra intressen som näringsfrihet, etableringsfrihet, konkurrensfrihet och konsumtionsfrihet. Likaså sägs att varje avtal mellan två parter utesluter ett annat. Det kan därför hävdas att avtalsfriheten paradoxalt nog måste avvägas mot sig själv. Därmed är det tydligt att avtalsfriheten inte i sig kan användas som

ett argument för att avtalsparternas handlingsutrymme principiellt skall sakna begränsningar. (3.2)

En generell begränsning för avtalsparternas handlingsutrymme utgörs av föreställningarna om egendom. Egendomsbegreppet har en gränssättande funktion genom att det definierar vad som utgör objekt för avtalsparternas omsättning. Denna gränssättande funktion framhålls emellertid sällan i den förmögenhetsrättsliga argumentationen. Istället är det snarare så att strukturella faktorer medför att egendomsbegreppet är del i en motsatt tendens. Objektsföreställningar och de begrepp som uttrycker objekt är centrala i vår kommunikation. Eftersom det samtidigt är lätt att uttrycka objektsföreställningar i rättsliga termer som egendom, fordran etc tenderar föreställningarna om rättsobjekt att växa i antal utan någon egentlig reflektion över de intressekonflikter som härigenom aktualiseras. (3.3–4)

En slutsats av det sagda är därför att begreppen avtalsfrihet och egendom i hög grad betecknar intressen och att det är viktigt att uppmärksamma detta faktum när begreppen används.

Kap 4; De krediträttsliga begreppen – och deras betydelse för argumentationen

Det är som sagt av avgörande betydelse för intresseavvägningarna och argumentationen att förhålla sig till såväl de verktyg som de rättsliga konstruktionerna utgör som till de intressen som ligger bakom. Härmed är det även av betydelse att utveckla verktygen i olika avseenden.

För kreditsäkerhet i fakturafordringar är begreppen factoring, med varianterna fakturabelåning och fakturaköp, de mest kända. Samtliga avser i första hand fortlöpande avtalsförhållanden där fakturafordringar omsätts inom ramen för ett visst avtal allteftersom de aktualiseras. Det finns också gemensamma föreställningar om den mallbild som skuldebrevslagen utmålar med pantsättning av en enstaka enkel fordran. Märkligt nog saknas en vedertagen benämning för dessa förhållanden och jag föreslår därför termen denuntiationspant eftersom denuntiation är ett centralt moment i förhållandet. En tredje etablerad form är företagshypotek. Företagshypotek är en generell säkerhetsrätt som omfattar all lös egendom men den behandlas ändå i framställningen eftersom det i svensk rätt saknas andra möjligheter att genom registrering och utan byte av betalningsmottagare åstadkomma säkerhet i fakturafordringar. Härutöver tar jag också upp en för svenska förhållanden relativt ny konstruktion för vilken jag också föreslår en term, närmare bestämt kundkontovärdepapperisering. Kundkontovärdepapperisering uppvisar vissa likheter med factoring men rör större belopp och kopplas samman

med ett andra led där ett visst tidsintervall av fakturafordringarna gentemot vissa kunder omsätts till ett specialföretag vars enda verksamhet är att överta värdet av fordringarna. Specialföretaget finansierar sitt förvärv genom utfärdande av värdepapper som ger investerarna rätt till avkastningen från detta värde. (4.2)

Ett sätt att utveckla de krediträttsliga verktygen är att på nyss angivet sätt anpassa terminologin för förekommande företeelser så att den på ett lämpligt sätt kommunicerar olika karaktäristika hos företeelserna. Vikten härav är dock ganska liten. En viktigare anledning till att utveckla de krediträttsliga verktygen är att möta problem som sammanhänger med att begrepp i alltför liten utsträckning medger att relevanta intressen beaktas. För kreditsäkerhet i fakturafordringar finns det särskilt anledning att ytterligare utveckla begreppet säkerhet som verktyg. Företeelsen fordran har nämligen sådana karaktäristika att det kan vara svårt att hantera begreppet säkerhet utan att det förfinas.

En fordran har framför allt de karaktäristiska egenskaperna att den vanligtvis är självrealiserande och att dess dominerande värde är bytesvärdet. Något affektionsvärde finns i princip inte. Däremot kan det förekomma särskilda värden såsom att en annars värdelös fordran kan användas för kvittning med en insolvent gäldenär. Eftersom fordringar således vanligen inte är intressanta som objekt i sig, utan endast som bytesvärden, kan begreppet säkerhet bli ett alltför trubbigt verktyg att hantera för en del av de fall som kan uppstå. Utifrån ett försök att beskriva olika centrala moment i säkerhetsavtal drar jag slutsatsen att man kan utveckla en ganska ingående beskrivning av en gräns mellan säkerhet och överlåtelser. Det finns dock ingen större anledning att försöka hävda en sådan beskrivning framför andra. Vad som är väsentligt med beskrivningen är istället att den belyser att avvägningar och slutsatser om rättsföljder inte bör dras enbart utifrån kategoriseringar av företeelser som den ena eller andra typen av rättskonstruktion. (4.4–5)

Det finns därför särskild anledning att öppet beakta de olika intressen som ligger bakom nya konstruktioner. Ett alltför trubbigt säkerhetsbegrepp kan såväl förstöra lyckade konstruktioner som bidra till att mindre lyckade sådana etableras. Således finns det t ex anledning att överväga om inte begreppet säkerhetsöverlåtelse kan vara användbart för att kommunicera föreställningar om en rättskonstruktion där förfogaren enligt avtalet saknar möjlighet att förfoga över ett överhypotek.

Det finns emellertid också anledning att öppet beakta intressen när etablerade konstruktioner ställs i sammanhang som tidigare inte uppmärksammats. Att avfärda argument enbart av det skälet att föreställningar om säkerhetsbegreppet synes leda till en sådan slutsats är inte särskilt lyckat. (4.6)

Den omsättning som kreditsäkerhet i fakturafordringar innebär får olika konsekvenser för såväl parterna som tredje män. I den mån dessa konsekvenser är oönskade ur ett visst subjekts perspektiv kan man tala om att omsättningen orsakar skador. Med den beskrivning av marknadsfördelningen som ges i kapitel 1 kan det hävdas att förhållandena måste vara perfekta för att omsättningen skall generera nytta och omvänt att omsättningen kan orsaka skada i den mån förhållandena inte är sådana. För tredje män som står utanför omsättningsavtalet är det möjligt att beskriva skador utifrån en jämförelse mellan tredje mans position med, respektive utan avtalet.

Sekundogäldenären är den som skall betala fakturafordran och är samtidigt tredje man i förhållande till parterna i säkerhetsavtalet. För att omsättningen skall generera nytta måste sekundogäldenärens intressen beaktas. Sekundogäldenärens intressen kan mer konkret beskrivas som kostnader och risker med att hantera information och med att byta betalningsmottagare. I kapitlet behandlas ett antal frågor beträffande sekundogäldenärens skydd från dessa skador. (5.1)

En skada som kan drabba sekundogäldenären är kostnader för att hantera information i förhållande till spekulanter och förvärvare. Eftersom det saknas starka argument för en informationsskyldighet för andra fall än vid exekution, kan det hävdas att sekundogäldenären inte behöver ge information. I de fall sekundogäldenären ändå väljer att informera talar övervägande argument för att sekundogäldenären får ansvara om han av vårdslöshet ger en panthavare en felaktig uppfattning om att fordran är värd att förvärva. Det kan också hävdas att sekundogäldenären inte skall behöva finna sig i några merkostnader för att kommunicera med panthavaren, varken för kommunikation på ett annat språk eller via ett annat medium. (5.2)

I de fall omsättningen innebär byte av betalningsmottagare kan sekundogäldenären också drabbas av kostnader och risker med att anpassa betalningsprestationen. Med hänsyn till att betalningstjänster i allt högre utsträckning debiteras per transaktion är det intressant att konstatera att argumenten är ganska starka för att skydda sekundogäldenären mot väsentlig olägenhet och kostnad.

De ökade riskerna för att betalningen hamnar fel har ägnats en del utrymme i den krediträttsliga argumentationen och inte minst då i rättsfall från HD. Mot bakgrund härav kan det hävdas att sekundogäldenären kan betala till pantsättaren så länge han inte fått ganska tydliga instruktioner om motsatsen. Det kan också hävdas att sekundogäldenären skall ha återkravsrätt förenad med och separationsrätt. Likaså att

sekundogäldenären genom ganska omfattande möjligheter till deposition skall skyddas mot vad som här antas vara relativt stora risker för förfalskning och annan stark ogiltighet. (5.3)

En annan skada som kan drabba sekundogäldenären är att panthavaren får olika former av bättre rätt beträffande betalningen än vad pantsättaren hade. Eftersom rättskonstruktionerna för pantsättarens skydd i detta avseende ger intrycket av ett heltäckande skydd kan det vara svårt att nå fram med ett påstående om att sekundogäldenären alls kan lida skada i detta avseende. Skadebeskrivningen är emellertid beroende av hur begrepp som fordran, invändning och motfordran används. Om relationen mellan pantsättaren och sekundogäldenären ses ur ett vidare perspektiv kan man fråga sig vilket skydd sekundogäldenären har mot att pantsättaren avskiljer och omsätter en viss del av sina rättigheter i deras relation? Även om konsumenträttsliga argument möjligen skulle kunna hävdas för ett något vidare skydd än de traditionella utgångspunkterna hävdar jag att de nämnda fordringsbegreppen fungerar väl i förhållande till de intressen som skall avvägas. (5.4)

I en jämförelse mellan de typiska egenskaperna hos pantsättare respektive panthavare kan det antas att panthavaren tenderar att agera hårdare mot sekundogäldenären än vad pantsättaren skulle göra. Den potentiella risken för att panthavare tillämpar fordringsavtalet strikt eller vägrar att självständigt följa regler och villkor som gynnar sekundogäldenären, innebär en olägenhet för denne. I doktrinen hävdas att sekundogäldenären inte skall behöva finna sig i omsättning av vad som benämns personliga fordringar, d v s förhållanden där det p g a subjektens personliga egenskaper går att bedöma att det skulle bli fråga om en hårdare tillämpning. Även om en sådan princip är svår att avgränsa talar övervägande argument för att ge sekundogäldenären skydd. Förhållandena ligger nära såväl avtalsvillkor om förbud att omsätta som förhållandena vid s k ömsesidigt förpliktigande fordringar. (5.5)

Principen om s k ömsesidigt förpliktigande fordringar aktualiseras när sekundogäldenären har eller kan komma att få en rättighet gentemot pantsättaren. Sekundogäldenären har intresse av att med sin betalning kunna påverka denna motprestation. Genom omsättningen och den därav följande förskotteringen minskar typiskt sett pantsättarens motivation. Prestationen riskerar därför att utföras något senare och med något sämre kvalitet. I värsta fall kan det också hända att betalningen från sekundogäldenären skulle använts för att utföra motprestationen, men att dessa medel förbrukas när de förskotteras genom omsättningen. Riskerna för ett sådant agerande är påtagliga. Så länge sekundogäldenären inte betalat har han ett viktigt skydd genom möjligheten att invända mot motprestationen. De skador omsättningen orsakar för sekundogäl-

denären kan emellertid ändå vara betydande och består i dels besväret att skaffa någon annan för motprestationen, dels kostnaderna för dröjsmål o likn. Jag menar att argumenten för ett skydd i form av vetorätt för sekundogäldenären talar för ett skydd i relativt många fall. De argument som talar emot en sådan slutsats är framför allt ett par normargument i form av avgöranden från HD. Dessa fall har emellertid i första hand handlat om skyddet för pantsättarens fordringsägare och jag tillmäter dem därför inte avgörande betydelse. När dessa rättsfall åberopas som normargument i förhållande till sekundogäldenären menar jag rent av att de blir exempel på sådana strukturella faktorer där objektsföreställningar medför att föreställningarna om rättsobjekt växer i antal utan att det förekommit någon egentlig reflektion över de intressekonflikter som härigenom aktualiserats, se ovan om kap 3. Tillsammans med de nyssnämnda fallen med personliga fordringar utgör de fall där argumenten överväger för att skydda sekundogäldenären en beaktansvärd mängd. (5.6)

Flera av de skador som omsättningen medför kan lindras genom att sekundogäldenären ges möjlighet att bara betala ett belopp som motsvarar panthavarens huvudkredit till pantsättaren. Vid pantsättning av en fordran är det från panthavarens sida eftersträvansvärt att säkerheten är mer värd än huvudkrediten och det finns därför ofta ett s k överhypotek som sekundogäldenären skulle kunna innehålla eller betala direkt till pantsättaren. Om sekundogäldenären fick dela upp betalningen skulle panthavarens och pantsättarens intressen av effektiv indrivning emellertid åsidosättas. Jag menar därför att övervägande argument talar för att sekundogäldenären får förpliktiga panthavaren att deponera överhypoteket i de fall det handlar om rena invändningar mot betalningen som står sig mot pantsättaren men inte mot panthavaren. En sådan lösning ökar sannolikheten för uppgörelser mellan de inblandade. Härutöver är det svårt att bortse från de argument som i typfallet talar för en uppdelningsrätt när sekundogäldenärens intressen av uppdelning sammanfaller med pantsättarens. Om huvudkrediten är förfallen eller annars betalbar kan sekundogäldenären därför med pantsättarens samtycke betala endast huvudkreditbeloppet till panthavaren. (5.7)

Vad som nyss nämnts är alltså att flera av sekundogäldenärens skador kan lindras genom möjligheter att dela upp betalningen. Emellertid har sekundogäldenären i de flesta fall det omvända intresset att slippa dela upp betalningen och att slippa vidta andra särskilda åtgärder i anledning av omsättningen. En viktig anledning till att en uppdelning skulle vara aktuell är att pantsättaren kan ha intresse av att få överhypoteket direkt i sin hand istället för att panthavaren redovisar det. Exempelvis kan pantsättaren ha tappat förtroendet för panthavaren som i anledning av

bristfällig ekonomi kanske kan tänkas förskingra överhypoteket. Även om pantsättarens intresse av en uppdelning i dessa fall är ganska starka hävdar jag att argumenten överväger för att sekundogäldenären inte skall kunna förpliktigas att dela upp betalningen. Pantsättaren får istället skydda sig genom överenskommelser med sekundogäldenären och genom kvarstad. (5.8)

Ett sätt för sekundogäldenären att ordna ett skydd mot skador av omsättningen är att se till att avtala om förbud mot omsättning. I den krediträttsliga argumentationen har det ibland visserligen uttryckts att omsättningsförbud skall tillmätas begränsad verkan. Anledningen är främst antaganden om risken för att vissa subjekt försöker freda egendom från exekution. Jag menar emellertid att man härmed inte bör dra slutsatsen att ett omsättningsförbud skall sakna verkan mot pantsättare och panthavare. Tvärt om talar många argument för motsatsen. (5.9)

Avslutningsvis behandlar kapitel 5 temat om huruvida sekundogäldenären borde ha skydd genom ett generellt krav på samtycke för omsättning. För ett sådant skydd kan anföras flera av de argument som anförts i kapitlet i övrigt. Jag gör emellertid antagandet att ett samtyckeskrav inte är effektivt m h t att sekundogäldenären i de flesta fall får ganska lite besvär av en pantsättning. (5.10)

Kap 6; Skyddet för pantsättarens fordringsägare

Fordringsägarnas intressen och de s k borgenärsskyddsfrågorna är ett välbekant tema om behovet av skydd för tredje man. Pantsättaren kan med säkerhetsavtalet undandra egendom för egen räkning eller gynna någon annan. Han kan också utnyttja sken- och efterhandskonstruktioner för att utmåla att sådana säkerhetsavtal skulle ha ingåtts. Dessa frågor har ägnats mycket utrymme i den krediträttsliga argumentationen. Något som där behandlats mer fragmentariskt är att pantsättaren, liksom varje annan gäldenär, tenderar att ta alltför stora risker för att försöka ta sig ur en ekonomisk kris. Gäldenärer tenderar under ekonomiskt pressade förhållanden att få s k riskpreferens, vilket innebär att det helt enkelt är rationellt för dem att ta större risker än de borde. När skuldbördan blivit tillräckligt stor är det inte längre sig själv utan i första hand fordringsägarna som gäldenären utsätter för risk. Detta fenomen bör uppmärksammas explicit. På samma sätt förhåller det sig med beskrivningen att fordringsägarna faktiskt kan skadas av den prioritering som pantsättningen medför. Eftersom omsättning anses medföra nytta kan detta framstå som paradoxalt. Det finns emellertid en rad beskrivningar om hur prioriteringen medför att information om pantsättarens ekonomi inte sprids trots att den annars skulle kunnat mildra problemen

när pantsättaren hamnar i ekonomisk kris. Likaså försvårar prioriteringen uppgörelser om hur ekonomiska kriser skall lösas. (6.1)

Den mest påtagliga orsaken till att fordringsägarna skadas är skenoch efterhandskonstruktioner. Fordringsägarna ges skydd mot dessa förfaranden genom framför allt regler om bedrägeri, giltighetskrav och principer om sakrättsliga moment. Bedrägeri och giltighetskrav är materiellt inriktade skyddsregler medan sakrättsmomenten är formkrav. Föreställningarna om sakrättsmomenten har dock varierat genom tiderna och under de senaste femtio åren har man i den krediträttsliga argumentationen kommit att ta alltmer hänsyn till materiella överväganden. Explicita hänsyn tas till vad som i denna framställning kallas fakta- och värdeargument i sådan utsträckning att de mer formella aspekterna på sätt och vis inte kan beskrivas som avgörande. Vid sidan av traditionsprincipen borde man kanske därför tala om en kompletterande princip om sakrättsliga skyddsändamål. (6.2)

Tankarna bakom skyddsändamålsbeskrivningen omfattar även konstruktionerna av skydd gentemot att pantsättaren p g a riskpreferens förfogar över fakturafordringen flera gånger. Att det s k rådighetsavskärandemomentet har särskild betydelse för just dessa förhållanden medför inte att de formella aspekterna av sakrättsmomenten ges avgörande betydelse. (6.3)

En annan handling som kan sägas medföra skada för fordringsägarna är ställande av säkerhet i efterhand. Den viktigaste delen av skyddet mot sådana transaktioner har nyligen ändrats genom att ett ordinärrekvisit införts i KonkL 4:12. Bakom ändringen ligger argument om att det endast är illojala transaktioner som skall drabbas av skyddet. Med beaktande av skadeorsaker som pantsättarens riskpreferens och olikhetsskapande kan å andra sidan anföras många argument för en objektiv gränsdragning och ett i första hand schablonmässigt inriktat skydd. Vidare hävdar jag att det finns övervägande argument för att skydda fordringsägarna genom konstruktionen att tidpunkten för huvudkreditavtalets ingående anses avgörande. Säkerhet som ställs efter denna tidpunkt skall således kunna angripas såvida den inte är att anse som ordinär. (6.4)

Ett säkerhetsställande kan också ha syftet att omvandla tillgångar i likvida medel för att lättare kunna undandra tillgångar från fordringsägarna. Säkerhetsställandet är här ett led i ett illojalt förfarande. I de fall illojalitet kan styrkas även hos panthavaren skyddas fordringsägarna mot sådant säkerhetsställande genom KonkL 4:5. Övervägande argument talar för att återvinningen då bör då omfatta även huvudkrediten som sådan så att panthavaren inte kan göra gällande ens ett oprioriterat krav i konkurrensen med fordringsägarna. Fordringsägarna har också ett indirekt skydd genom straffstadganden i BrB 11 kap som

skyddar mot det senare momentet där pantsättaren gör medlen oåtkomliga. (6.5)

En åtgärd där de ovan nämnda skadebeskrivningarna om riskpreferens och olikhetsskapande i hög grad blir aktuella är ställande av säkerhet i s k framtida fakturafordringar. Sådan säkerhet kan innebära att pantsättaren avskärs från betalningen från fakturafordringarna. Om pantsättningen avser en stor del av pantsättarens framtida inkomster avskärs pantsättaren från det likviditetsinflöde som hans fakturering ger. Härigenom ökar riskerna för framtida illikviditet och fordringsägarna skadas genom risk för dröjsmål och genom ökad risk för obestånd. Trots dessa skador finns det ett par avgöranden i praxis som kan anföras för att fordringsägarna skall ha ett relativt begränsat skydd. I doktrinen hävdas en generell möjlighet att pantsätta framtida fordringar. Det förekommer emellertid också flera argument mot sådana möjligheter, såsom förbudet mot omsättning av framtida lön, KonkL 4:5, rådighetsavskärandenormer samt ocker och oskälighet. Med hänsyn till de risker som fordringsägarna utsätts för och den värdeladdning som ligger bakom konkursdrivande säkerhetskonstruktioner, hävdar jag en intresseavvägning där skillnad görs mellan avkastningsfordringar och fordringar från varu- och tjänsteprestationer. För avkastningsfordringar kan säkerhet i framtida fakturafordringar som regel accepteras, medan sådana upplägg beträffande varu- och tjänstefordringar endast bör godtas om de i det enskilda fallet bedöms innebära små risker. Factoring och kundkontovärdepapperisering innebär emellertid endast i liten mån säkerhet i framtida fordringar, och i den mån så är fallet är riskerna typiskt sett godtagbara. (6.7)

Kap 7; Skyddet för sakrättsborgenärerna

När pantsättaren ger panthavaren panträtt i säkerhetsobjektet kan det finnas andra subjekt som har rätt till samma objekt. Pantsättaren kan antingen ha omsatt säkerhetsobjektet flera gånger till olika subjekt eller så kan han ha kommit över säkerhetsobjektet på ett sådant sätt att han saknat rätt att upplåta panträtt. Vad det handlar om är således sakrättskollisioner och att sådana kan orsakar skador. En kollision medför kostnader för att hantera konflikter och för att i vart fall något subjekt inte får vad de förväntat sig. De subjekt som har intresse av skydd mot dessa skador kallas här sakrättsborgenärer. Eftersom panthavaren är ett av de subjekt som har sakrätt är han också en av sakrättsborgenärerna. (7–7.1)

Den lättast gripbara formen av konflikt uppträder då pantsättaren förfogar över fakturafordran två gånger. Enligt SkbrL 31 § 2 st skall dessa konflikter lösas så att den sakrättsborgenär som gör det första

förvärvet får företräde såvida inte den som gjort det senare förvärvet i god tro denuntierar sekundogäldenären. Principen är således klar och de oklara rättsfrågorna rör istället hur principen skall utformas närmare. Det kan då hävdas att skyddet för sakrättsborgenärerna i form av krav på denuntiationen, bör utformas med beaktande av de krav som ställs beträffande fordringsägarnas skydd i motsvarande hänseende. Till saken hör också att sakrättsborgenärerna skyddas av flera straffrättsliga regler. (7.2)

En annan sakrättskollision inträffar om pantsättaren pantsätter ett objekt som genererar avkastningsfordringar till en sakrättsborgenär och avkastningsfordringarna till en annan. Visserligen blir kollisionen inte akut förrän objektspanthavaren vill ta sin säkerhet i anspråk, men å andra sidan är det då som skadorna blir som störst eftersom sannolikheten för att pantsättaren i detta läge inte kan betala är stor. I dessa fall kan hävdas att objektet är det mer centrala kreditsäkerhetsunderlaget. Flera argument talar också för att inte alls godta säkerhet avkastningsfordringar. I en avvägning menar jag dock att sakrättsborgenärerna inte skall ges skydd mot dubbelt förfogande på annat sätt än genom att fordringspanthavarens rätt begränsas i tiden. Objektspanthavaren får i så fall företräde från realisationens inledande. (7.3)

I anledning av vad som i andra kapitel tas upp om s k framtida fordringar finns det särskild anledning att uppmärksamma motsvarande problem ur ett sakrättsborgenärsperspektiv. Om pantsättaren ges möjlighet att omsätta framtida fordringar kan intressekollisioner uppstå om resurserna som skall generera dessa fordringar är begränsade. Har pantsättaren ingått två avtal med olika sekundogäldenärer trots att han inte har resurser att fullgöra båda, kommer bara det ena avtalet att resultera i en fordran. Saken blir inte bättre av att pantsättaren också förskotterat båda de framtida fordringarna genom att omsätta dem till två olika sakrättsborgenärer. Under pressade ekonomiska förhållanden är detta dock inte ett osannolikt agerande av pantsättaren. Tematiken illustrerar därför ytterligare varför s k framtida fordringar är problematiska som rättsobjekt. De här utmålade sakrättskollisionerna bör därför inte lösas med sakrättsliga principer, på annat sätt än möjligen att omsättning av framtida fordringar inte accepteras i sådana fall där kollisioner kan inträffa. (7.4)

Ett speciellt problem uppstår om pantsättaren dubbelförfogar över överhypoteket i säkerheten. Detta problem kompliceras av att överhypoteket har två olika skepnader. Om sekundogäldenären betalar hela den pantsatta fordran till panthavaren antar överhypoteket en ny skepnad i form av en redovisningsfordran på panthavaren. Frågan om sakrättsborgenärernas behov av skydd i dessa sammanhang är en specialvariant av

den mer allmänna frågan om sådant skydd när flera sekundogäldenärer ansvarar för samma fordran. En möjlig lösning är att utnyttja den ordinära sakrättsliga lösningen med äldst rätt och godtrosförvärv, men frågan är i så fall till vem denuntiationen skall rikta sig. Med stöd av framförallt effektivitetsargument hävdar jag att sakrättsborgenärernas intresse tillgodoses tillräckligt om ett subjekt denuntieras, så länge det står klart för alla vem det är. Till skillnad från det allmänna fallet med flera gäldenärer framstår sekundogäldenären och panthavaren som olika subjekt gentemot omvärlden. Av dessa två är sekundogäldenären den mest lämpade denuntiationsmottagaren. Vid factoring är det däremot factorn. (7.5)

För de fall pantsättaren pantsätter någon annans fakturafordran talar normargumenten tydligt för att förvärvaren inte skyddas med sakrättsliga konstruktioner. Om pantsättaren omsätter en löpande förbindelse för vilken en fakturafordran ställts som säkerhet gör sig emellertid andra argument gällande. I de fall förvärvaren gör ett godtrosförvärv av den löpande förbindelsen skulle den rätte panthavaren inte få någon större nytta av panträtten i fakturafordran. Den rätte panthavaren skulle visserligen kunna omsätta panträtten till förvärvaren men riskerna för att sådana förhandlingar misslyckas eller leder till höga transaktionskostnader är stora. En möjlig lösning är därför att för dessa fall laborera med en objektskonstruktion och godta att förvärvaren åtminstone i vissa fall kan göra ett godtrosförvärv av panträtten i fakturafordran. (7.6)

De ovan nämnda problemen för fakturafordringar har i några fall motsvarigheter för företagshypotek. Avslutningsvis i detta kapitel behandlas därför att den rätte företagshypotekshavaren bör ges företräde framför andra sakrättsborgenärer utom i vissa fall då säkerhetsrätten omsatts tillsammans med en löpande huvudkredit. Jag tar också upp att det kan finnas anledning att laborera med en objektskonstruktion beträffande ett företagshypoteksläge, d v s en ansökan eller tänkt ansökan om företagshypotek. (7.7–9)

Kap 8; Pantsättarens skydd

Ett avtal genererar inte bara nytta utan utsätter också avtalsparterna för kostnader och risker. Pantsättaren är liksom varje avtalspart mån om att dessa kostnader och risker minimeras. Eftersom fördelningen av kostnader och risker påverkar vederlagsnivån skall det observeras att pantsättaren kan ha intresse av att själv ansvara för sådana kostnader och risker som han kan påverka. I de fall pantsättaren inte har förutsättningar att agera rationellt finns det emellertid också anledning att uppmärksamma att pantsättaren kan lida skador av sin bristande rationalitet.

Beträffande s k förverkandeförbehåll, d v s avtalsvillkor om att panthavaren själv får tillgodogöra sig hela panten om pantsättaren inte kan betala, antas i den krediträttsliga argumentationen att pantsättaren tenderar att underskatta riskerna för bristande betalningsförmåga medan panthavaren tenderar att skatta dem mer korrekt. Det är också svårt att bortse från att ett förverkande innebär en särskild förlust för ett subjekt som typiskt sett har det ekonomiskt bekymmersamt. Pantsättaren skyddas mot förverkandeförbehåll genom 37 § AvtL och det kan hävdas att regeln skall ge pantsättaren ett schablonmässigt skydd oavsett om någon skada föreligger. I de fall skada eller risk för skada kan konstateras kan det också hävdas att pantsättaren skyddas av straffrättsliga regler. (8.2)

Nära förverkandeförbehållen ligger förbehåll om vite, skadestånd och dröjsmålsränta. Pantsättaren skall skyddas även mot skadeverkningar av dessa. Här är det dock tydligt att hänsyn måste tas till panthavarens intressen av att slippa dröjsmål. I linje med vad som hävdats beträffande förverkandeförbehåll finns dock anledning att materiellt pröva dessa typer av dröjsmålssanktioner. (8.2)

Med antagandet att pantsättaren tenderar att underskatta riskerna för bristande betalningsförmåga kan också kostnaderna för pantrealisation betraktas som en skada. Till saken hör då dock att fakturafordringar är självrealiserande. De kan därför i princip ofta realiseras utan särskild kostnad. I de fall panthavaren inte kan invänta betalning från sekundogäldenären kan kostnaderna emellertid vara betydande. Pantsättaren bör här ha skydd genom en tvingande omsorgsplikt. Denna bör i sin tur hämta sitt innehåll utifrån vad som beträffande t ex dröjsmålets väsentlighet kan hävdas beträffande ett skydd för pantsättaren. (8.3)

Som nämnts ovan är det inte bara effekterna av pantsättarens bristande rationalitet som pantsättaren har intresse av att begränsa. Pantsättaren har såsom avtalspart intresse av att kostnader och risker placeras på den avtalspart som har bäst förutsättningar att minimera dessa. Det finns en rad olika orsaker till att en fakturafordran kan minska i värde och här hävdas att panthavaren bör ansvara för bl a bristande åtgärder i anledning av information som han fått och för preskription. (8.5)

Att panthavaren skall ansvara för dröjsmål med återlämnande av säkerheten respektive redovisning av ett överhypoteksbelopp är självklart om man lägger vikt vid att det är han som bäst kan påverka riskerna för sådana dröjsmål. I de fall pantsättaren betalar huvudkrediten skall panthavaren återlämna säkerheten i utbyte mot betalningen. När huvudkrediten istället fullgörs genom att den pantsatta fakturafordran realiseras hävdas här att panthavaren skall redovisa på eget initiativ och utan dröjsmål. I de fall panthavaren vill avvakta med realisation talar övervä-

gande argument för att pantsättaren ändå skall kunna begära realisation. Pantsättaren bör också ges skydd genom redovisningsplikt för panthavaren och i de fall panthavaren fullgör inkassouppdrag dessutom även genom en straffsanktionerad avskiljandeskyldighet. (8.6)

Mot bakgrund av just riskerna för pantsättarens dröjsmål är en annan fråga i vilken mån panthavaren skall ha möjlighet att kvitta med sekundogäldenären. Kvittning är typiskt sett en fördelaktig realisationsform för pantsättaren, men den innebär samtidigt att riskerna för dröjsmål med redovisningen av ett överhypotek ökar. Panthavaren måste då ha egen likviditet för att kunna fullgöra redovisningen. Eftersom kvittning typiskt sett är fördelaktig för pantsättaren talar övervägande argument för kvittning och rent av för en relativt långtgående skyldighet att kvitta. Pantsättaren bör dock ges skydd genom en möjlighet att spärra i de fall han förväntar sig dröjsmål. (8.7)

Vad som inledningsvis nämndes om att ett avtal kan medföra både nytta och risker för pantsättaren blir koncentrerat i frågor om kredit- och säkerhetsavtalets likviditetspåverkan. Med kreditsäkerhet i fakturafordringar kan parterna i vissa fall åstadkomma en gynnsam likviditetspåverkan men i andra fall dessvärre en mycket negativ sådan. Att pantsättaren avskärs från det inflöde som betalningarna från hans fakturafordringar utgör kan nämligen vara ödesdigert. Det finns därför anledning att analysera i vilken mån pantsättaren skall skyddas mot särskilda likviditetsrisker. En sådan risk består i att panthavaren att kvittar en redovisningsskuld mot en helt annan fordran än den huvudkredit för vilken panten häftade. Den nämnda risken blir särskilt stor i de fall parterna avtalat om s k generalpant. Även om pantsättaren en gång accepterat en kvittningsmöjlighet kan effekterna bli oväntade och i de fall kvittningsrätten blir en akut fråga är pantsättarens ekonomi givetvis svag. Övervägande argument talar här för att pantsättarens intressen tillgodoses genom att kvittning endast godtas om avtalsvillkor finns samt genom att sådana villkor kan jämkas i de fall de helt skär av pantsättarens likviditetsinflöde. En sådan jämkningsmöjlighet kan i än högre grad hävdas för s k säkerhet i framtida fordringar eftersom sådana konstruktioner i särskilt hög grad kan avskära pantsättaren från likviditetsinflöde. (8.8)

Utöver de nämnda skadorna kan pantsättaren också drabbas av skador som tredje man. Panthavaren kan nämligen sluta avtal om omsättning i sin tur. Vid omsättning av huvudkrediten med vidhängande säkerhetsrätt el likn konstruktion drabbas pantsättaren på motsvarande sätt som beskrivits för sekundogäldenärer i kapitel 5. Man kan här tänka sig en rad konstruktioner som kan beskrivas med t ex termer som överlåtelse av panträtten, pantsättning av panträtten och pantsättning av

panten etc. Övervägande argument talar emellertid för att pantsättaren skall skyddas mot omsättning som ger förvärvaren bättre rätt än panthavaren hade. (8.9)

Kap 9; Panthavarens skydd

Panthavaren kan såsom avtalspart drabbas av kostnader och risker som avtalet för med sig. Det är tydligt att pantsättaren bäst kan minimera kostnader och risker för egna dröjsmål och att pantsättaren kan påverka vissa av riskerna beträffande pantens värde. Eftersom panthavaren antas vara den starkare parten kan det antas att han genom avtalet ser till att reglera dessa frågor. En analys av panthavarens skydd handlar därför inte i första hand om vilket skydd panthavaren bör ges utan om vilket skydd han skall ha möjlighet att förbehålla sig.

En central del av panthavarens skydd är uppsägningsrätten. Panthavarens primära intresse är att minimera riskerna för förlust av kapitalplaceringen och uppsägning är i förening med realisationsrätt och exekutiva åtgärder avgörande för att med tvång kunna få tillbaka pengarna. Uppsägningsrätten är också ett instrument för att styra över relationen. Genom uppsägning kan panthavaren åstadkomma omförhandling som kan leda till sådana villkorsändringar som panthavaren allteftersom finner nödvändiga.

Eftersom uppsägningsrätten är central är en första fråga i vilken mån panthavaren skall ha skydd genom att förbehålla sig en skönsmässig uppsägningsrätt. Banker brukar inte förbehålla sig någon uttrycklig sådan rätt, men använder villkor som stadgar en möjlighet att låta bli att förlänga krediten var tredje månad. Härmed når bankerna en reglering som ligger ganska nära en skönsmässig uppsägningsrätt. Uppsägningsrätt kan antas ha den fördelen att kostnaderna blir låga för eventuella tvister om huruvida uppsägningen är befogad. Å andra sidan blir antagligen frekvensen av uppsägningar högre. Vidsträckta möjligheter att säga upp kan påverka stabiliteten i samhällsekonomin genom att räntenivåerna snabbt drivs i höjden vid inledningen av en lågkonjunktur. Att dessa intressekonflikter är delikata illustreras av att det för banker ställs lagstadgade krav på visst förbehåll om uppsägningsrätt i just det finansiella systemets intresse. Av betydelse är emellertid också att en skönsmässig uppsägningsrätt kan användas i syften som kan uppfattas som moraliskt klandervärda. En avvägning kan därför resultera i en schablonmässig gräns för panthavarens möjligheter. Panthavarens möjligheter bör begränsas med en tidsfrist för skönsmässig uppsägning. Motsvarande kan i stora delar också hävdas för de fall pantsättaren är i betalningsdröjsmål och saklig grund för uppsägning således föreligger. (9.2)

Vid värdeminskning hos panten kan panthavaren ha intresse av att inte bara säga upp huvudkrediten utan också av att realisera panten i förtid. För uppsägning av huvudkrediten kan panthavaren använda förbehåll om skönsmässig uppsägningsrätt enligt ovan. Värdeminskning är dock en saklig grund som kan motivera kortare uppsägningstid. Beträffande förtida realisation är det av betydelse att avtalsparterna ofta har ett gemensamt intresse av en sådan. Någon skönsmässig möjlighet till förtida realisation bör dock inte hävdas, trots att en fakturafordran oftast saknar andra värden än bytesvärde. Däremot finns det anledning att skydda panthavaren genom att underlätta förfarandet. Panthavaren bör därför ha möjlighet att realisera en pantsatt fakturafordran som är utsatt för värdeminskningsrisk utan att behöva kommunicera med pantsättaren. (9.4)

En annan typ av skada som kan drabba panthavaren har att göra med att pantsättaren anses kunna omsätta panten i andra hand. Panthavaren drabbas då av delvis motsvarande skador som beskrivits för sekundogäldenären i kapitel 5. Det kan då handla om huruvida panthavaren skall stå kostnaderna för ändringar avseende pantredovisningen. Han kan också drabbas av att den sekundäre förvärvaren vill realisera säkerheten eller har en annan uppfattning om lämpligheten av att ge sekundogäldenären betalningsanstånd. Den sekundära omsättningen innebär vidare att panthavarens utrymme för företrädesrätt vid utökad huvudkredit begränsas, något som kan innebära särskilda besvär för checkkrediter o likn. Mot bakgrund härav hävdas att panthavaren bör kunna skydda sig genom avtalade sekundäromsättningsförbud. (9.6)

Kap 10; Öppenhetsambitionens betydelse för argumentationen – övergripande slutsatser och reflektioner

Genom de möjliga intresseavvägningar som jag beskriver i kapitel 4–9 besvarar jag framställningens huvudfråga om avtalsparternas handlingsutrymme. Med en generell beskrivning kan det hävdas att kapitlen visar att intresset av handlingsutrymme ständigt måste vägas mot skador som omsättningen kan orsaka de olika subjekten. Kapitlen ger också underlag för några övergripande slutsatser beträffande den krediträttsliga argumentationen. Den ena övergripande slutsatsen är att den krediträttsliga argumentationen kan sägas ha misslyckats med uppgiften att fungera som ett flexibelt avvägningsverktyg eftersom intresseavvägningarna oftast inte görs explicit. Därmed riskerar argumentationen att inte bli konsekvent utan rent av ensidig. När ett intresse, avtalsfriheten, tas till överordnad utgångspunkt förstärks denna effekt. Den andra övergripande slutsatsen är emellertid att det finns sätt att ta sig an uppgiften ge-

nom att försöka fånga in den komplexitet som frågorna och intresseavvägningarna innebär. Genom en sådan öppenhet som t ex den här använda norm-fakta-värde-metoden innebär kan en strävan efter att explicit uppmärksamma intressen tillgodoses. (10.1 och 10.3)

Även om metoden varit användbar i den här studien är tekniken i sig inte avgörande utan endast ett tillvägagångssätt i ambitionen att vara öppen. Till denna ambition hör också att medvetandegöra och beakta faktorer som har övergripande betydelse för hur den krediträttsliga argumentationen förs.

Det är således av betydelse för den krediträttsliga argumentationen att frågorna förs upp på dagordningen genom förslag från avtalsparter, eller m a o kommersiella aktörer. De förslag på konstruktioner som avtalsparterna ger tenderar att prioritera lösningar som inte är beroende av kollektiva intressen även i de fall sådana lösningar skulle vara förmånligare för avtalsparterna själva. När förtroendet för övriga i kollektivet inte är högt tenderar varje enskilt subjekt att välja en lösning som är sämre för samtliga så länge det finns risk att subjektets resultat blir ännu sämre om någon annan i kollektivet gör motsvarande val och bryter mönstret. Det är därför viktigt även för avtalsparterna att avväga intressen som talar emot deras förslag.

En annan faktor som har betydelse för den krediträttsliga argumentationen är föreställningen om regleringskonkurrens mellan rättsordningar. Regleringskonkurrens innebär att politiska och rättsliga beslutsfattare försöker utforma sin rättsordning på ett sådant sätt att den framstår som förmånlig i förhållande till andra rättsordningar som rättssubjekten har möjlighet att välja. Vilka val rättsubjekten gör i detta avseende kan dock antas vara beroende av en stor mängd faktorer och det finns i den krediträttsliga argumentationen anledning att i vart fall reflektera över i vilken mån sådana risker är reella.

En tredje faktor som påverkar den krediträttsliga argumentationen är att vissa intressen marginaliseras. Ett mycket viktigt sådant intresse är behovet av skydd mot pantsättarens riskpreferens. Detta intresse är inte bara betydelsefullt för pantsättaren utan också för samtliga övriga subjekt och för kreditmarknaden. En anledning till att riskpreferensen marginaliseras är den terminologi där riskpreferensargument uttrycks som udda undantag från annars dominerande huvudregler. (10.2)

1 Samhälleliga intressen bakom företeelsen – ett perspektiv

Det finns många beskrivningar om hur en mångfald av kreditsäkerhetsformer gynnar kreditgivningen och samhället i stort. I krediträttsliga sammanhang talas särskilt om nyttan för små och nystartade företag och en därav eftersträvad inverkan på konkurrens och allmänna räntenivåer. En annan version är det marknadsekonomiska antagandet att individer är bäst på att fördela resurserna i samhället och att omsättningen därför är nyttig. Å andra sidan finns det också beskrivningar av gränser för nyttan. Kredit innebär risktagande och kreditsäkerhet medför att kredittagaren får möjligheter att ta större risker än vad han borde m h t sina förtjänstmöjligheter. I ekonomiska beskrivningar framhålls att marknadsfördelningen av resurser fungerar bäst under förhållanden som aldrig fullt ut kan existera i praktiken. Det hävdas därför att det är rättens uppgift att kompensera härför om individernas resursfördelning skall bli effektiv. Vad beskrivningarna handlar om är således dels motstridiga intressen och dels att det är krediträttens uppgift att tillhandahålla intresseavvägningar.

1.1 Inledning

Den här framställningen behandlar den förmögenhetsrättsliga regleringen av kreditsäkerhet i fakturafordringar. Kreditsäkerhet i fakturafordringar förekommer för att fakturafordringsägaren själv behöver kredit och syftet med säkerheten är typiskt sett att minska kreditgivarens risktagande. Det finns flera olika former av överenskommelser om kreditsäkerhet i fakturafordringar. Den mest kända är factoring.

Fakturafordringar är antagligen den vanligast förekommande formen av fordran. Karaktäristiskt för fakturafordringar är att betalningsanmaning görs genom faktura, att de uppstår i näringsverksamhet och att det rör sig om ett krav på pengar. Den rättsliga regleringen gör i de allra flesta fall ingen skillnad mellan fakturafordringar och andra enkla fordringar. Att jag ändå valt att avgränsa framställningen beror på att enkla fordringar förekommer i många olika förhållanden. Alltifrån

arbetstagares lönefordringar till statens fordringar på skatt. Jag har inte försökt beakta alla dessa. Istället har jag främst haft i tankarna de fordringar som kan beskrivas med termen fakturafordringar. Det är här inte fråga om någon skarp eller tydlig avgränsning. Tanken är bara att peka på att jag främst haft vissa förhållanden för ögonen. För dem som söker närmare beskrivningar av begreppen fakturafordringar och kreditsäkerhet hänvisar jag till kap 4.

Kreditsäkerhet i fakturafordringar är en företeelse som involverar en mängd olika intressen och framställningen kretsar därför kring en huvudfrågeställning i avsikt att analysera olika avvägningar mellan sådana intressen. Huvudfrågan har att göra med *i vilken mån fakturafordringsägaren och kreditgivaren skall ha handlingsutrymme att utforma och reglera sina mellanhavanden.* Eftersom jag vill ge denna huvudfrågeställning en viss bakgrund utvecklar jag den i kapitel 3.

Syftet med detta inledande kapitel är att ge en introduktion till företeelsen kreditsäkerhet och kreditsäkerhet i fakturafordringar. Jag skall göra detta genom ett perspektiv som är vanligt i juridiska framställningar om företeelsen kreditsäkerhet. Emellertid skall jag också peka på att perspektivet bygger på antaganden, i form av bl a grundläggande ekonomiska teorier, och på värderingar. Detta senare tema följs upp i kapitel 2 där jag redogör för några tankar om perspektivets begränsningar.

I de första avsnitten nedan, 1.2 - 1.6, görs en mer allmän beskrivning. I avsnitt 1.7 följer sedan en beskrivning med hjälp av vissa grundläggande ekonomiska teorier.

> För den läsare som vill skaffa sig en överblick över denna bok för att lättare kunna ta sig an innehållet eller för att bilda sig en uppfattning utan att läsa hela boken, kan det finnas anledning att här stanna upp och först titta i de läsanvisningar som finns i avsnitt 2.6.

1.2 Ett samhällsnyttigt system …

Temat för detta avsnitt illustreras väl av följande citat som anges som utgångspunkt för en central avhandling på området:

> "... [D]et är ett samhälleligt intresse att kreditgivning underlättas, att så sker genom adekvat utformade möjligheter till kreditsäkerhet i lös egendom, och att det därför bör finnas säkerhetsformer som på ett effektivt och rationellt sätt möjliggör att alla slag av lös egendom som kan vara av värde som kreditsäkerhet också kan utnyttjas som säkerhetsobjekt."[2]

[2] Helander 1984 s 19–20 låter detta vara utgångspunkten för sin studie om kreditsäkerhet i lös egendom, men anmärker att –"... en ... djupare och mer principiell undersökning av

I vårt samhälle anses det nödvändigt med en väl utvecklad kreditmarknad. Det moderna näringslivet har en hög grad av specialisering. Kostnaderna vid investeringar är därför ofta omfattande. För att finansiera dessa investeringar anses det finnas ett vidsträckt behov av externa krediter. På denna kreditmarknad används i betydande utsträckning ett system med kreditsäkerheter. En kategori av kreditsäkerheter är säkerhet i fakturafordringar.

Samhällets intressen av företeelsen säkerhet i fakturafordringar kan för det första förklaras med att en mångfald av kreditsäkerhetsformer anses gynnsam. Fler former ger helt enkelt fler möjligheter att tillgodose olika behov. Detta ökar förutsättningarna för en mångfald av näringsidkare och därmed förutsättningarna för den konkurrens som anses eftersträvansvärd.

Kategorin säkerhet i fakturafordringar anses i detta sammanhang kunna ha särskilda effekter. Säkerhet i fakturafordringar anses möta behov hos i första hand nystartade företag och små företag. En annan kategori är företag i branscher med snabb expansion. I sådana verksamheter blir det nämligen lätt likviditetsbrist och det finns då ett behov av att omvandla fordringar till likvida medel. En tredje kategori är företag som har få anläggningstillgångar såsom tjänsteföretag. En fjärde är branscher med långa kredittider eller särskilda likviditetsproblem, såsom byggnadsentreprenörer som under långvariga byggnadsprojekt kan ha problem med likviditeten.

> Av finansbolagens utlåning till små och medelstora företag uppgår utgör ca 10 % vad som definieras som factoring. Totalt handlar det om ca 7,5 miljarder kr i krediter varav utnyttjade ca 5 miljarder. År 2001 var antalet omsatta fakturor nära 2,8 miljoner st.[3]

De olika säkerhetsformerna för fakturafordringar kan sägas fylla två principiellt skilda behov av kredit. Det ena är när fakturafordringsägaren inte själv klarar att ge den sedvanliga kredit till kunderna som är nödvändig för att kunna sälja. Krediten innebär då att fordringarna omsätts i likvida medel i den takt som de uppstår och krediten löser ett likviditetsbehov på kort sikt för att t ex kunna köpa in nya produkter. Det är dessa behov som förekommer i snabbt expanderande företag och företag med små resurser. Huvudformen för säkerhet i dessa sammanhang är factoring. Det andra kreditbehovet gäller investeringar i anläggningstill-

---

frågan om den lämpligaste avvägningen mellan personlig kredit och av realsäkerhet säkerställd kredit i samhället, ... torde kräva omfattande ekonomiska och kanske även sociala undersökningar." Jfr nedan avsn 1.6 och 1.7.

[3] Enl statistik från Riksbanken och SCB avseende 2001. Se för aktuell sådan t ex www.bankforeningen.se/ och www.finansbolagens-forening.se/.

gångar eller betalning av skulder. Säkerheten kan här vara en enstaka fordran eller en massa av fordringar som tillsammans kontinuerligt utgör ett visst värde som tas i anspråk av panthavaren om pantsättaren inte betalar sin skuld (huvudfordran). Detta är aktuellt när pantsättaren inte har annan egendom att ställa som säkerhet. Huvudformen för säkerhet i dessa sammanhang är företagshypotek.

Eftersom det således är vissa näringsidkare som har mer nytta än andra av säkerhet i fakturafordringar kan företeelsen antas bidra till konkurrens mellan regioner respektive branscher.[4] En ytterligare aspekt är att kreditsäkerhet ofta antas ge lägre krediträntor och att låga krediträntor gynnar nationens näringsliv. Nationen får därmed konkurrensfördelar gentemot andra nationer.[5]

1.3 … där nyttan kan verifieras …

Det nyss nämnda antagandet om konkurrensfördelar, eller m a o antagandet om samhällelig nytta eller effektivitet, hos ett omfattande kreditsäkerhetssystem, baseras bl a på utvecklingen i USA under 1900-talet. Flera av de nutida formerna för kreditsäkerhet har utvecklats i USA. På grund av USA:s framgångsrika näringsliv har det varit lätt att se kreditsäkerhetsformer därifrån som förebilder. Detta faktum illustreras inte minst i nordisk rättsvetenskaplig litteratur där bl a tre avhandlingar tar utgångspunkt i det amerikanska systemet.[6]

> Således har Jesper Berning i *Omsætningsformue* från 1973, med utgångspunkt i USA:s registerpantsystem för lös egendom visat det funktionella i ett sådant system jämfört med ett handpantsystem som det dåvarande danska. Bo Helander jämför i sin avhandling *Kreditsäkerhet i lös egendom*, 1984, det svenska systemet för kreditsäkerhet i allmänhet med USA:s registerpantsystem. En huvudtanke med Helanders arbete är att visa fördelarna med en enhetlig reglering av säkerhet i lös egendom. Det norska bidraget är Jens Edvin Andreassens avhandling *Factoringpant* från 1990 som efter en inledande översikt över den amerikanska utvecklingen behandlar den norska formen av registerpant i enkla fordringar.

[4] Jfr Tolonen J 1994.
[5] Jfr om detta tema avsn 10.2.2.
[6] Härutöver behandlar Tuula 2001 det amerikanska insolvensförfarandet vilket givetvis också har stor betydelse för kreditsäkerhetsfrågorna.

1.4 … och för övrigt förefaller självklar.

På ett mer basalt plan kan föreställningen om samhällelig nytta med kreditsäkerheter motiveras med att säkerhet är ett sätt för borgenären att få en garanti och kunna utöva påtryckning på gäldenären. Säkerheten blir en gisslan för fullgörandet. Detta innebär bl a att subjekten kan reglera sina mellanhavanden själva, med relativt liten inblandning av offentliga strukturer. Det till synes självklara i denna konstruktion gör det lätt att göra antagandet att kreditsäkerheter på detta sätt gjort nytta i samhällen sedan mycket lång tid tillbaka.

När det gäller säkerhet i fordringar påstås att det tidigaste belagda exemplet är från Assyrien på 1900-talet f Kr.[7] Här förekom det att man använde sig av kommission för importhandeln. Importören kunde då ge ett förskott till en kommissionär för att denne skulle köpa in varor och frakta hem dem. Kommissionären lämnade ett kvitto på förskottet. Det förekom att importören överlät eller pantsatte kvittot till en s k tamkarum, en köpman med stark ställning i handelslivet som fungerade som finansiär. Det var alltså fråga om en form av säkerhet i en fordran som uttryckts i ett fordringsbevis. Eftersom kommissionären kunde ha rätt till självinträde kunde fordran komma att fullgöras i varor eller pengar.

Ett annat tidigt exempel på panträtt i fordringar finner man i romarrätten. I Paulus kommentar till ediktet återfinns följande:

> - Om det är avtalat att min fordran på min gäldenär skall vara pantsatt hos dig, skall detta avtal beskyddas av pretorn, således att han både beskyddar dig, när du vill ha pengarna och gäldenären mot mig, ifall jag riktar talan mot honom. Om alltså skulden bestod i pengar, kan du, när du drivit in pengarna, söka gottgörelse i dem för din fordran på mig; bestod panten i ett eller annat föremål, skall det du mottar träda istället för panten.[8]

Texten kan ge intryck av förhållanden som i stort sett motsvarar dagens. Användandet av fordringar som säkerhet i romarriket förefaller dock ha varit begränsat. Affärslivet var trots allt inte särskilt utvecklat. En intressant omständighet är också att det tog lång tid innan romarrätten, genom olika konstruktioner, erkände fordringsöverlåtelse där förvärvaren fick samma position som överlåtaren.[9]

[7] De tidigaste krediterna var kanske kredit för utsäde i jordbruket. I vart fall finns sådana krediter belagda i nysumeriska kilskrifter 2 000 f Kr. Den första människan, Australopithecus, kan spåras till 3–5 miljoner år tillbaka, eller möjligen 7 miljoner enligt de senast rapporterade fynden. Homo sapiens ca 200 000 år. Den neolitiska eller agrikulturella revolutionen, d v s jordbrukets uppkomst, beräknas till yngre stenåldern 10 000 år f Kr. (Se t ex Nationalencyklopedin. Wolf, Människans urtid, 1979. Livijn, Finanshistoriska studier, 1971.)

[8] Citerad ur Tamm 1993 s 109.

[9] Tamm 1993 s 106, 114, 113, 116.

1.5 Föreställningen om nytta är därför sedan länge väl spridd

Ett antagande är att föreställningar om samhällelig nytta med kreditsäkerheter varit väl spridda och därmed en betydelsefull faktor bakom utvecklingen av kreditsäkerhetssystemet. Dessa antaganden kan belysas med några nedslag i beskrivningar av hur utvecklingen gått till.

Ett exempel är utvecklingen i vissa stater i USA under 1800-talet och början av 1900-talet, före den stora lagstiftningsreformen Uniform Commercial Code.[10]

> Utgångspunkten för säkerhetsrätt i USA var säkerhetsformen pledge som gällde lösöre och krävde tradition. För att få en säkerhetsform för varulager lämnade man varulagret hos tredje man och pantsatte genom att överlämna ett lagerbevis. Detta kom att kallas field warehousing.
>
> En annan form som utvecklades genom avtalskonstruktioner var trust reciept som gav kreditgivaren säkerhet i en återförsäljares inköpta varor och fordringarna vid kreditförsäljning av dessa. Formen godkändes i vissa fall av domstolarna genom att kreditgivaren betraktades som ägare och återförsäljaren som kreditgivarens uppdragstagare.
>
> Säkerhetsformen *factor's lien* utvecklades inom textilbranschen i delstaten New York. Den gällde ursprungligen förhållanden där kreditgivaren, factorn, fungerade som försäljningskommissionär och fick säkerhet i varorna för fordringar mot tillverkarna. Factorn upphörde så småningom med försäljningsdelen och gav istället endast kredit. I kraft av det föreliggande behovet av sådan verksamhet tillkom lagstiftning där säkerhetsrätt godkändes i dessa fall.
>
> Från 1920-talet och framåt utvecklades accounts receivable financing för att även andra fordringar än surrogat för säkrade varor skulle kunna användas som säkerhet. Här gjordes ingen denuntiation utan sekundogäldenärerna betalade till säkerhetsställaren. I praxis ställdes krav på noggranna rutiner med redovisning och kontroll. Redovisning av influtna belopp gjordes dagligen eller varje vecka. Medlen kunde dock omgående utbetalas som kredit till säkerhetsställaren.

I USA har alltså handeln lyckats få domstolar och lagstiftare att godta de former som handeln utvecklat. En anledning till att privata subjekt kunnat ha så stort och direkt inflytande är givetvis common law systemet. Att rättsutvecklingen på detta område dominerats av domstolarna är dock inte främmande för en kodifierad rättsordning som exempelvis den svenska. Även här har HD på krediträttens område ställts inför frågor om att godta eller kullkasta konstruktioner som handeln utvecklat. Ofta har HD valt att godta konstruktionerna. Kanske är skillnaderna gentemot common law systemet också särskilt små på krediträttens

[10] I denna del har jag stött mig på Helander 1984, Berning 1973, Andréassen 1990.

område eftersom den svenske lagstiftaren valt att inte genomföra någon övergripande lagstiftningsreform.[11]

Den svenska utvecklingen av säkerhetsrätt i fordringar har i jämförelse med USA:s varit ganska sen. I Sverige godtogs inte överlåtelser av rättigheter som fordringar förrän 1877. Något sakrättsligt moment krävdes då inte vid överlåtelse. I början av 1900-talet godtog man att värdepapper kunde omfattas av de existerande pantreglerna. Samtidigt började man att i praktiken sluta avtal i syfte att pantsätta även andra former av rättigheter. I doktrinen kallades detta oegentlig panträtt. Den åsikten fanns dock att det verkligen var fråga om "panträtt i rättigheter".[12] Så småningom godtogs tanken att rättigheter kunde vara föremål för panträtt. HD använder uttrycket panträtt i fordran första gången 1923.[13] När domstolarna fick pröva sakrättsliga frågor om panträtt i enkla fordringar var man så belastad av pantreglerna om besittning att HD i några fall godtog tradition av det enkla skuldebrevet.[14] I doktrinen framfördes dock, efter förebild från tysk och fransk rätt, att denuntiationen var lämpligare. Man menade bl a att denuntiationen var den åtgärd som uppfyllde traditionsprincipens krav.[15] Denuntiationsprincipen lagfästes sedan genom 1936 års samnordiska skuldebrevslag.

Företeelsen factoring kom efter amerikansk förebild till Sverige på 60-talet. Eftersom denna säkerhetsform till en början inte ställde några krav på anpassning utan följde denuntiationsreglerna i SkbrL var nyheten oproblematisk. Så småningom blev det emellertid nödvändigt med vissa klargörande domstolsavgöranden kring denna form. Ett fall där HD kanske kan sägas på ett ganska tydligt sätt tagit intryck av en föreställning om effektivitet med kreditsäkerhet, är NJA 1986 s 246, där HD godkände att det var tillräckligt med denuntiation till factorn vid sekundärpantsättning. HD beaktar i sin argumentation att det skulle innebära stort besvär att denuntiera sekundogäldenärerna.[16]

Andra exempel på utveckling som möjligen har att göra med en föreställning om samhällelig nytta återfinns i den norska rättshistorien. Före 1857 kunde all egendom underpantsättas i Norge genom s k tingslys-

[11] Se t ex Hellner 1990 s 40–41, 64–65.
[12] Undén 1915 har just titeln "Om panträtt i rättigheter." Han ställde sig positiv till panträtt i muntliga fordringar, se 1915 s 170, 1923 s 145. Hasselrot var däremot negativ även om han accepterade tanken på säkerhet i kontraktsfordringar, 1905 s 1617, 1923 s 119.
[13] Rodhe 1976 vid not 11, med hänvisning till NJA 1923 s 346.
[14] Se t ex NJA 1926 s 454. Jfr Hasselrot 1923 s 116–119. Tanken att sekundogäldenären måste förbinda sig gentemot panthavaren att betala till denne verkar ha varit avgörande i NJA 1894 s 359.
[15] Rodhe 1976 vid not 16.
[16] Se vidare avsn 6.2.5.3.

ning. Detta gällde även enkla fordringar. I 1857 års pantlagstiftning inskränkte man denna möjlighet att ställa omfattande säkerhet, bl a med motiveringen att det var svårt för borgenärer utan säkerhet att göra sina krav gällande. Trots detta ställningstagande av lagstiftaren accepterar man så småningom säkerhet i praxis. För att inte komma i öppen konflikt med lagstiftningen ställdes dock formkrav, det måste vara fråga om säkerhetsöverlåtelse, något som förespråkats i doktrinen.[17] Genom totalt 17 domar från Høyesterett fram t o m Rt 1963.893 utmejslades formerna för vad som borde krävas för att en transaktion skulle betraktas som en säkerhetsöverlåtelse.[18] I det sista fallet använde Høyesterett dock termen ”irregulær pantsettelseform”.

Genom 1980 års pantelov erkändes åter pantsättning av enkla fordringar. Säkerhetsmöjligheterna utvidgades samtidigt med bl a s k factoringpant och varulagerpant, d v s möjlighet att nå sakrättsligt skydd genom registrering för factoringförhållanden och pant i varulager.[19]

Endast några år efter Pantelovens ikraftträdande finner vi ytterligare ett exempel på hur man i praxis godtar initiativ från handeln och kreditlivet, möjligen p g a ett bakomliggande antagande om samhällsnyttig effektivitet. Høyesterett godkände i den s k Eltema-dommen Rt 1987.35 pant genom registrering utanför factoringförhållanden, trots att Pantelovens regel om registrering som sakrättsligt moment endast föreföll ha avsett factoringförhållanden.[20] Genom att registrera säkerhet i pantsättarens samtliga fordringar mot ett en gång för alla bestämt belopp kom registrering att användas på ett sätt som inte förefaller ha varit avsett. Detta förfarande skiljer sig nämligen från factoring eftersom krediten vid factoring anpassas efter säkerhetens storlek. Pantsättaren får således mer kredit om han skaffar sig mer fordringar och det ökade kreditbeloppet kan arbeta i företaget.

> Enligt en uppfattning var bevekelsegrunderna dock inte i första hand att företeelsen ansågs nyttoskapande utan snarare att registrering utanför factoringförhållanden var mycket utbrett bland bankerna. Eftersom ett underkännande därmed skulle kunna ha lett till stor oreda var det därför snarare en skadebegränsningsföreställning som låg bakom godkännandet.[21]

[17] Brækhus 1994 s 126 som hänvisar till Hagerup Bull i Rt 1903 s 17.
[18] Brækhus 1994 s 125–126 och 1969 s 342-345.
[19] Se Panteloven och t ex NOU 1993:16 s 132.
[20] Brækhus 1994 s 144–151.
[21] Brækhus 1994 s 141–151 där han kritiserar avgörandet utförligt. Jfr Andreassen 1990 s 296–302, 1992 s 169.

1.6 Det finns dock föreställningar om gränser …

Föreställningarna om samhällelig nytta med mångfald av kreditsäkerhet och med säkerhet i fordringar, har inte varit och är inte heller allenarådande. I vart fall har det genom tiderna funnits olika argument mot omfattande användning av kreditsäkerhet.

1.6.1 … p g a moraluppfattningar …

En omständighet som påverkat utvecklingen är att det funnits en spridd uppfattning om att vissa former av säkerhet i många sammanhang är omoraliskt eller olämpligt och i möjligaste mån bör inskränkas och motarbetas.[22] Häri ligger dels en föreställning om ökad risk för bedrägerier med omfattande möjligheter att ställa säkerhet, dels ett allmänt motstånd mot skuld- och risktagande.

En skiljelinje kan sägas gå mellan säkerhet som innefattar besittningsövergång och säkerhet där sådan inte är aktuell. Utgångspunkten är då handpanträtt. På grund av att panthavaren får besittning fungerar handpanträtten i lösöre fungerar effektivt som säkerhet i såväl förhållandet mellan parterna som i rättsordningar där man räknar med konflikter mellan borgenärer. Traditionskravets centrala element är påtryckning, uppoffring, rådighetsavskärande, kontrollerbarhet och publicitet. Dessa kan medföra en återhållande inverkan på pantsättarens benägenhet att skaffa sig kredit, en begränsning av möjligheterna till kreditbedrägerier och effektivitet i indrivningen. M a o kan man vara av den åsikten att traditionskravet begränsar möjligheterna till bedrägerier och håller risktagandet i affärs- och kreditlivet på en rimlig nivå. Publicitetskrav och rådighetsavskärandekrav har haft och har alltjämt betydelse för rättsutvecklingen i många rättsordningar.

> Ett tidigt exempel på skepticism är Twyne's case från 1601 som för engelsk och sedermera amerikansk rätt fastslog att det var "fraudulent conveyance" att upplåta pant, "pledge", utan besittningsövergång.[23] I Sverige godtogs som nämnts inte överlåtelser av rättigheter som fordringar förrän 1877. Pantsättning av fordringar var en omdiskuterad företeelse ända tills på 1920-talet. Med hänvisning till kravet på besittning vid pantsättning i HB 10:1 och 17:3, ansågs det nämligen tveksamt om något annat än lösöre kunde pantsättas.[24]

[22] Se t ex Helander 1984 s 90 angående äldre rätt i USA.
[23] Se t ex Helander 1984 s 65.
[24] Rodhe 1976 vid not 2.

Om besittningsövergång utgör en skiljelinje för den nämnda skepticismen mot säkerhet hör fordringar till de mer accepterade formerna. Det är ju möjligt att med denuntiation, eller tradition av ett löpande skuldebrev, åstadkomma något som motsvarar besittningsövergång. Emellertid har det funnits föreställningar om att fordringar inte alls kunnat omsättas. En förklaring härtill är antagligen att det krävs en viss komplexitet i rättssystemet och rent av en viss abstraktionsförmåga för att godta transaktioner avseende rättigheter. När det gäller abstraktionsförmågan kan man föreställa sig att fysisk besittningsgång setts som ett nödvändigt moment i en omsättningstransaktion. Detta m h t att man sett överlämnande som en naturlig del av avtalets form vid köp och byte som kan antas vara de former av omsättning som mänskligheten tidigast ägnat sig åt. Genom utväxlandet behöver parterna inte sätta någon tillit till varandras vilja att fullgöra. När en rättsordning utvecklas med de inslag av religion och metafysik som var vanligt i tidiga rättsordningar kan överlämnandet bli ett tvingande krav. Överlämnandet övergår då från att ha varit en praktisk lösning till att bli en uppfattning om formen för rättigheters övergång. Man kan säga att överlämnandet blir ett krav på hokuspokus.[25] Föreställningen påverkar emellertid den fortsatta utvecklingen.

När det gäller säkerhet i fordringar kommer den allmänna skepticismen mot skuld- och risktagande till uttryck beträffande rediskontering av framtida inkomster och särskilt då ännu icke intjänade inkomster. För arbetstagares fordringar på lön har detta i Sverige medfört en rättsprincip om ogiltighet. Det har också funnits en uppfattning om att factoring är ett tecken på svag ekonomi hos kredittagaren. Detta har emellanåt föranlett en viss nedlåtande attityd till factoring.

1.6.2 … och p g a balanstänkande.

En ytterligare förklaring till att omfattande kreditsäkerhet inte anses vara till odelad nytta för samhället, är erfarenheten att vissa kategorier av kreditgivare i praktiken får sämre förutsättningar än de övriga. Den osäkrade, s k personliga, krediten anses nödvändig och ofrånkomlig. Den har också fördelen att kreditgivarna mer noggrant värderar gäldenärens förtjänstmöjligheter. Samtidigt antas att den säkrade s k realsäkerhetskrediten är viktig. Det sägs att tillgången på kapital inte är en konstant storhet utan något som påverkas av kreditrisknivån. Därmed är målet att

[25] T ex fanns det i den tidiga romerska rätten ett krav på ”besvärjelser” och symbolhandlingar samt överlämnande, Tamm 1993 s 85–91, samt s 56 not 3. Jfr Göransson 1985 s 39–41.

nå fram till en ändamålsenlig avgränsning mellan personlig kredit och realsäkerhetskredit.[26]

Enligt en mening borde den mest ändamålsenliga avgränsningen följa kreditens syfte. Kredit för investeringar skulle därmed kunna ges säkerhet eftersom sådan typiskt genererar avkastning. Detsamma kan sägas om vissa krediter för att upprätthålla driften. Däremot skulle säkerhet underkännas när syftet varit konsumtion eller att säkra redan given kredit. Gränsdragningar av detta slag kan dock vara svår att hantera rättsligt.[27]

Det förespråkas också mer schablonmässiga avgränsningar. En linje är att endast en viss del av en pants värde kan ställas som säkerhet. En annan går ut på att kreditgivarna endast skall få ut en viss del av sin fordran ur säkerheten.[28]

> Ett historiskt exempel på en begränsning är som nämnts den norska Pantelovreformen 1857 där det ställdes krav på tradition och endast handpant blev möjlig. Det var en avsedd effekt med lagstiftningen att inte varulager och fordringar skulle kunna ställas som säkerhet. Härigenom uppmärksammade man svårigheterna för borgenärer utan säkerhet, d v s företrädelsevis handelsmän, att göra sina krav gällande. Denna motivering kommer igen då underkännandet av pant i fordringar överlever den samnordiska skuldebrevslagsprojektet och den norska Geldsbrevsloven 1939. Som nämnts accepterades dock säkerhetsöverlåtelser. När ganska långtgående pantsättningsmöjligheter sedan genomfördes med 1980 års Pantelov tog det inte lång tid innan balanstänkandet åter fördes fram och redan 1993 föreslogs att möjligheterna skulle begränsas.[29]

De här angivna tankarna anger ofta som stöd vad som kallas insolvensrättens grundprincip om likafördelning mellan kreditgivarna – ”par conditio creditorum”.[30] En balans mellan denna princip och andra intressen såsom marknadens behov anses eftersträvansvärd.[31]

Temat om begränsning av säkerhet, och förmånsrätter i stort, är mycket aktuellt.[32] Flera reformer om begränsningar av förmånsrätterna har genomförts i västeuropeiska länder i samband med en spridd refor-

[26] Se t ex Brækhus 1994 s 198–208, 1976 s 239–242, 255. Jfr också t ex SOU 1983:59 s 35 som talar om behovet lindring av bankernas krav på säkerheter.
[27] Se t ex Brækhus 1994 s 208–214, 1976 s 268–278.
[28] Se t ex Brækhus 1994 s 208–214. Håstad 1990a s 28, 1994 s 126, 1996 s 130. En syn som jag också anfört se Martinson 1999 s 383.
[29] NOU 1993:16 s 132-137, 144–153. Se även Falkanger 1999.
[30] Adams 1980 s 32 anger den som ”par conditio omnium creditorum” och hänvisar till Ulpianus.
[31] Se t ex Lennander 1985 s 15–16, 1994 s 17–18.
[32] Och har i vissa länder varit det under ganska lång tid. I t ex Tyskland myntades uttrycket ”konkursinstitutets konkurs” redan på 1970-talet. Se t ex Lennander 1985 s 14, 1994 s 16 och Schmidt 1980 s 12.

mering av insolvenslagstiftningen.[33] I Sverige har temat debatterats intensivt under de senaste åren.[34]

> Hur en balans eller m a o ett gott resultat skall uppnås är ett tämligen komplext tema. De lösningar som används i olika länder är ganska olika och de aspekter som hävdas i såväl den vetenskapliga litteraturen som av olika intresserepresentanter är många och motstridiga.[35]

1.7 Ett annat sätt att beskriva det nämnda

Det samhälleliga intresset, bakom kreditsäkerhet och säkerhet i fakturafordringar, kan också beskrivas utifrån ett ekonomiskt perspektiv. Såväl nyttan med kreditsäkerhet och eventuella gränser för denna nytta förekommer i grundläggande ekonomiska beskrivningar. Jag skall här kortfattat introducera några enkla sådana motsvarigheter som man kan finna i ekonomisk argumentation.

1.7.1 Marknadsteorin

Enligt en grundläggande ekonomisk teori utnyttjas många resurser effektivast om de fördelas genom omsättning på marknad. Det är summan av marknadssubjektens, d v s individernas, rationella beslut som leder till det mest effektiva resursutnyttjandet. Detta förutsätter att makten över dessa resurser är decentraliserad till individer.[36]

De resurser som enligt teorin lämpar sig för fördelning genom marknad betecknas som s k privata resurser. Detta är resurser som det finns rivalitet om mellan subjekten på ett sådant sätt att ett subjekts utnyttjande utesluter andras. Samtidigt är kostnaderna för att försvara subjektets utnyttjande och utesluta andra subjekts utnyttjande låga. Resurser som inte lämpar sig för fördelning genom marknad kallas publika. Som exempel på sådana brukar anföras luften vi andas[37] och militärt försvar.[38]

[33] Se bl a SOU 1999:1 s 93–121. SOU 1992:113 s 236, 276, 293–294.
[34] Se t ex Insolvensrättsligt forum 1999 s 45–58. Tidigare t ex Håstad 1988 s 227–234. Temat om begränsning av säkerhetsrätter är en del i debatten kring den vidare frågan om insolvensförfaranden.
[35] Se bl a SOU 1999:1 s 123–160. Ds 1994:37 s 10, 13. Wihlborg/Gangopadhyay/Quaizar 2001. Sundgren 1995 kap 2-3. Bergström/Sundgren 1999a och 1999b. Wood 1995 s 1–34. Tuula 2001 s 38–60.
[36] Se t ex Cooter/Ulen 1988 s 162.
[37] Ännu så länge. En komisk men samtidigt skrämmande betraktelse över en marknadsfördelning av luften vi andas är Ben Eltons pjäs Gasping.
[38] Se t ex Cooter/Ulen 1988 s 108–112, 185–190. Skogh/Lane 2000 s 32-38, 43.

För fakturafordringar innebär marknadsteorin att en fordringsägare bör ha full bestämmanderätt över den resurs som fordran utgör. Ju mer frihet för individerna desto mer utrymme för rationalitet och ett effektivt resursutnyttjande.

1.7.2 Omsättnings-, kontrakts-, mervärdes- eller förhandlingsteorin

En annan beskrivning, som kan ges olika namn beroende på vad man vill betona, går ut på att varje enskild omsättningstransaktion i normalfallet skapar ett övervärde. När förvärvaren värderar resursen högre än förfogaren finns det ett övervärde att dela mellan parterna. Efter transaktionen har förfogaren därför fått ut det värde han ansåg resursen var värd plus sin del av övervärdet. Samtidigt har förvärvaren fått sin del av övervärdet plus resursen, som han ju värderade högre än förfogaren. Resultatet är att båda parter har resurser till ett högre värde än de hade innan transaktionen.[39] Denna beskrivning känns nog bäst igen som ”bargaining theory” och betonar då förhandlingsdelen av beskrivningen.[40] Om man vill betona att varje avtal skapar nytta kan kanske mervärdesteorin passa. För att anknyta till den i förmögenhetsrätten förekommande termen ”omsättningens intresse” har jag dock valt att här kalla den omsättningsteorin.

> Denna sammankoppling är dock inte alldeles given. Det kan också passa att koppla ihop omsättningens intresse med mer dynamiska ekonomiska teorier, se nedan i avsn 1.7.4. Eftersom man i den krediträttsliga argumentationen inte sällan använder just ett statiskt perspektiv har förhandlingsteorin emellertid fått bli den som lyfts fram i första hand.

Enligt omsättningsteorin bör omsättning underlättas eftersom den är värdeskapande även för samhället genom att individerna upplever sig ha fått ökade värden. Detta gäller även omsättning i form av säkerhet i fakturafordringar. En förutsättning för att omsättningen skall vara värdeskapande är dock att förhållandena är perfekta, se nedan avsn 1.7.4.

> För omsättning i form av säkerhet i fakturafordringar har resursen i första hand ett värde som riskminskare för panthavaren och därmed kostnadsminskare för pantsättaren. Det värde som uppstår genom säkerhetsställandet är panthavarens förtjänst, d v s ränta och avgifter minus kostnader, och det värde som pantsättaren åsätter sin likviditetshöjning efter avdrag för räntan,

[39] S k bargaining theory se t ex Cooter/Ulen 1988 s 92-94. Skogh 1982 s 15–17. Skogh/Lane 2000 s 39–42. Atiyah 1989 s 4.

[40] För ett exempel på hur övervärdebeskrivningen används som för teorier kring förhandlingar och förutsättningarna för hur avtal kommer till stånd se Muthoo 1999 med hänvisningar.

avgifterna och övriga kostnader. Visserligen innebär detta att parternas totala värde av en transaktion inte påverkas av att resursen omsätts, lägre pris för pantsättaren innebär ju motsvarande lägre förtjänst för panthavaren, men möjligheten till riskminskning påverkar möjligheterna för att omsättning skall bli av och storleken på det likvidbelopp som pantsättaren kan få. Omsättningen skapar därmed värden.[41]

1.7.3 Transaktionskostnadsteorin

Enligt den nämnda omsättningsteorin skall således omsättningen underlättas. Ett sätt är att övervinna eller lindra de effekter som olika hinder mot omsättning har.[42] Ett annat sätt är att minimera skadorna av misslyckad omsättning.[43]

Några slag av hinder kan man beskriva som svårigheter och kostnader för att skaffa information. En sådan svårighet är att identifiera motpartens andra möjligheter eller m a o hotpunkter. Det föreligger också svårigheter och kostnader för att identifiera i vilken mån en överenskommelse kan vara gynnsam för båda parter. Likaså är det i princip kostsamt att kontrollera och genomdriva att parterna följer överenskommelsen. Med en gemensam term kan man kalla kostnader som försvårar överenskommelser för transaktionskostnader.[44] Även om det är svårt att närmare definiera detta begrepp kan man tala om att det finns tre slag av transaktionskostnader; kommunikationskostnader, kontroll- och övervakningskostnader samt strategiska kostnader.[45] Dessa kostnader går det inte att komma ifrån eftersom de är ofrånkomliga delar av en överenskommelse. Kostnadernas storlek går emellertid att begränsa genom att påverka förhållandena för parterna. Av stor betydelse är då hur rätten är utformad.

1.7.4 Kompensationsförutsättningen

Marknadsteorin och föreställningen om marknadens förmåga att optimalt fördela resurser bygger på en fiktion. Fiktionen är att den individuella rationaliteten fungerar perfekt och att omgivningen är perfekt.

[41] För exempel på utförligare ekonomisk argumentation kring säkerhetsrätt se t ex Duttle 1986 s 9–150.
[42] Coase 1960 s 19. Jfr Cooter/Ulen 1988 s 101, 1997 s 89. Se även Skogh/Lane 2000 s 62-66.
[43] Cooter/Ulen 1988 s 99, 1997 s 90: ”Structure the law to minimize the harm caused by failures in private agreements”.
[44] Coase 1960 s 15. Williamsson 1979 s 261 om komplexiteten i användandet av transaktionskostnadsanalyser. Se även t ex Skogh/Lane 2000 s 58–62.
[45] Cooter/Ulen 1988 s 101, 1997 s 84. Jfr Runesson 1996 s 44–45.

För att den individuella rationaliteten skall fungera perfekt utgår man från tre antaganden. För det första att parterna har stabila preferenser, d v s att de är psykiskt kapabla att fungera rationellt. För det andra att parterna inte är hindrade av yttre omständigheter såsom hot eller omständigheter som utgör ockersituationer i vid mening. För det tredje från att parterna verkligen vill maximera sin nytta av sitt handlande.

När det gäller den perfekta omgivningen för att åstadkomma den perfekta resursfördelningen utgår man från ytterligare fyra antaganden. Det första är att ett avtal inte skadar någon tredje man. Det andra är att parterna har full information om innebörden och konsekvenserna av sitt handlande. Det tredje är att det finns alternativa parter att avtala med och det fjärde att det inte är förenat med några kostnader att nå en överenskommelse.[46]

Att de nämnda förutsättningarna aldrig kan uppnås är lätt att inse. Det sägs därför vara rättens uppgift att *kompensera* för de bristande förutsättningarna. Exempel på sådan reglering är; regler om rättshandlingsförmåga, avtalsrättsliga ogiltighets- och oskälighetsregler samt konkurrensregler.[47]

> Det faktum att de perfekta förutsättningarna för marknaden aldrig kan uppnås visar vilken grad av förenkling som dessa grundläggande teorier bygger på. De kan därför sägas vara alltför enkla för att utgöra något annat än grundläggande tankegångar som i mycket hög grad måste justeras för att alls ha något värde. Exempelvis kan ett hänsynstagande till just informationsasymmetrier, d v s att full information aldrig kan föreligga, leda till slutsatser om vilka transaktionskostnadsbegränsningar som är nyttiga. I direkt kontrast till kompensationsförutsättningen kan skillnader i parternas information rent av hävdas vara en drivande faktor för omsättningen. Mot bakgrund av sådana teorier kan man hamna i andra slutsatser om inriktningen på den rättsliga regleringen. Det finns också en omfattande kritik av den s k neoklassiska ekonomiska teorin med dess statiska perspektiv på förutsättningarna. I själva verket finns en mängd olika inriktningar som hävdar att de neoklassiska modellerna har tämligen begränsat förklaringsvärde. Här kan finnas anledning att nämna att det finns perspektiv där man istället framhåller just dynamiken. Det finns också inriktningar som framhåller hur ekonomiskt agerande är inbäddat i sociala strukturer m m på ett sådant sätt att det neoklassiska synsättet på rationalitet knappast ger en lyckad beskrivning.[48]

Utöver förhållandet mellan parterna för omsättningstransaktionen finns det för säkerhet i fakturafordringar rättsliga problem i relationen mot olika tredje män. Här är det fråga om sekundogäldenären och andra

[46] Cooter/Ulen 1988 s 234–241. Skogh/Lane 2000 s 42-43.
[47] Cooter/Ulen 1988 s 236–241.
[48] Se t ex Schumpeter 1942, 1994. Akerlof 1970. Granovetter 1985 s 504–507. Fligstein 1996 s 656–660. Guthrie 1999 s 3–23.

borgenärer till pantsättaren än panthavaren. Som nämnts är det enligt kompensationsteorin nödvändigt att rätten korrigerar för att förhindra att ett avtal skadar tredje man. I förhållande till den ekonomiska teorin är de båda tredje män som för att resursfördelningen skall fungera perfekt inte får skadas av parternas omsättning. Rätten skall skydda dessa och måste göra korrigeringar för att resursfördelningen skall fungera perfekt. Om omsättningen tillåts orsaka skador kan nämligen det värde som omsättningen skapar ätas upp av värdeförstöring hos tredje man.[49] Hur avvägningen mellan värdeskapande nytta och skada skall göras ger kompensationsteorin dock inga svar på.

> En föreställning som förekommer i juridiken är dock att man skall acceptera *vissa typer* av skador fullt ut m h t omsättningens intresse, t ex förluster vid s k godtrosförvärv eller besväret av att motta meddelande om att en fordran omsatts. Föreställningen bygger på att nyttan av omsättningen generellt sett skapar sådana värden att alla sådana typer av skador är acceptabla. Andra tredjemansskador av omsättning finns det emellertid närmast totalt skydd emot.

1.7.5 Riskpreferens

En orsak till att omsättning i form av säkerhet i fakturafordringar kan orsaka skador för tredje man, är att pantsättaren har s k riskpreferens. Sådan riskpreferens är faktiskt rationell. En djupt skuldsatt gäldenär handlar rationellt när han ger sig själv en liten möjlighet till nytta mot att han utsätter sig själv och sina borgenärer för stora risker.[50] Individernas rationalitet leder således inte alltid till den mest effektiva resursfördelningen. Riskpreferensteorin talar därför för att pantsättarens frihet begränsas i vissa avseenden.

1.7.6 Likhetsteorier

En del andra beskrivningar som talar för begränsningar av pantsättarens frihet skulle kunna sammanfattas i med termen likhetsteorier. Termen kan då spegla närheten till vad som i krediträttslig argumentation kallas likhetsprincipen och som går ut på att alla borgenärer skall behandlas lika.[51] I ekonomisk argumentation är kärnan i dessa teorier att en likabehandling är effektiv och därmed är säkerhet och andra grunder för

[49] Schmidt 1980 s 29–30, 48.
[50] Se t ex Schmidt 1980 s 27.
[51] Se t ex Walin/Rydin/Kihlgren 1995 s 24. Lennander 1985 s 15, 1994 s 17. Håstad 1996 s 124. SOU 1999:1 s 86.

förmånsrätt i vissa avseenden ineffektiva.[52] Genom att risken, t ex med hjälp av säkerheter, kan fördelas olika får borgenärerna olika intressen och incitament till att minska sina egna risker på de övrigas bekostnad. Härmed uppstår en rad kostnader (transaktionskostnader).[53] Bland annat i de fall en borgenär har informationsfördelar framför de övriga avseende t ex att det är bättre att inleda insolvensförfarande genast än att vänta. Denne borgenär handlar i allas intresse om borgenärerna är likställda. Därmed kommer den bästa informationen fram till allas nytta.[54] Detta påverkar också själva insolvensförfarandet, vare sig det är informellt eller formellt. I förfaranden där borgenärerna har inflytande ökar förutsättningarna att nå en lösning i den mån borgenärerna har lika intressen. Detta får betydelse om man menar att insolvensförfaranden skall vara inriktade på att bevara borgenärers investeringar för att på så sätt påverka incitamentet att investera (omsättningen).[55]

1.8 Ett behov av intresseavvägningar

Sammanfattningsvis kan således kreditsäkerhet i fakturafordringar beskrivas som en samhällsnyttig företeelse. Emellertid finns även med det här använda perspektivet gränser för i vilken omfattning företeelsen kan anses samhällsnyttig. Det har också framgått att det bakom de beskrivningar som givits om kreditsäkerhet i fakturafordringar som en samhällsnyttig företeelse ligger vissa intressen och att det bakom beskrivningarna om gränser ligger andra intressen. Vad som måste till är uppenbarligen avvägningar mellan dessa olika intressen. Som nämnts är det förutsatt i ekonomisk teori att rätten måste kompensera för bristande förutsättningar för att resursfördelningen i marknadsekonomin skall fungera, se avsn 1.7.4. Det är också ett vanligt synsätt i den juridiska argumentationen att rättens uppgift är att lösa och förebygga konflikter mellan olika intressen i samhället.[56] Man kan i vart fall utan vidare konstatera att krediträtten är ett idésystem som faktiskt har betydelse för hur konflikter mellan olika intressen förebyggs och löses. Det är därmed betydelsefullt att beakta de olika intressen som avvägs inom ramen för

[52] Se t ex Eisenberg 1999. Jfr Adams 1980 s 32-43.
[53] Schmidt 1980 s 45.
[54] Schmidt 1980 s 50–51. Jfr Duttle 1986 s 116–126.
[55] Wihlborg/Gangopadhyay/Quaizar 2001. Jfr t ex Wood 1995 s 297–304 och Tuula 2001 s 398–406.
[56] Om rättens uppgift att lösa och förebygga konflikter mellan olika intressen i samhället se t ex Hydén 1977 s 11, 2001 s 11–12, jfr 1978 s 379 om rättens begränsningar i detta avseende. Mathiesen 1985 s 88. Stjernquist/Widerberg 1985 s 27–35, 1978 s 28–34.

detta idésystem. Likaså är det viktigt att beakta hur krediträtten fungerar som ett verktyg för att åstadkomma dessa avvägningar.

2 Perspektivets betydelse för argumentationen

> ”Utan värderingar har vi inget intresse eller sinne för relevans eller signifikans och följaktligen inget objekt.”[57]

När intressen skall avvägas med hjälp av rätten har perspektivet avgörande betydelse för vilka argument som uppmärksammas och för hur avvägningarna görs. Det finns därför anledning att ta särskild hänsyn till perspektivet. När sådan hänsyn tas blir det tydligt att varje analys baseras på analytikerns premisser i form av verklighetsuppfattningar och värderingar. Att argumenten endast hämtas ur rättskällor och att de avvägs i enlighet med en deduktiv metod blir då ingen bra beskrivning av hur den krediträttsliga argumentationen förs. En bättre beskrivning är att den krediträttsliga argumentationen bygger på ganska vaga gemensamma föreställningar där inte bara formella normargument utan även verklighetsbeskrivningar och värderingar beaktas och används. En metod att förhålla sig till en sådan beskrivning är att explicit uppmärksamma och avväga de normer, fakta och värden som används. Med en sådan metod tydliggörs intresseavvägningarna på ett sådant sätt att både analysen och kritik av denna underlättas.

2.1 Inledning

I det första kapitlet har jag anfört ett vanligt perspektiv på samhälleliga och mer övergripande intressen bakom företeelsen kreditsäkerhet. Eftersom dessa intressen beskrevs som motstridiga hävdades att det är nödvändigt med intresseavvägningar. I de följande kapitlen kommer jag att utveckla varför det särskilt för krediträtten är väsentligt att förhålla sig just till intressen. Således kommer jag att i kapitel 3 och 4 ta upp de för den här framställningen övergripande frågorna om vad som skall

[57] Louis Wirth, i brev till Gunnar Myrdal 29 september 1939. Se G Myrdal 1968 s 49 och 1969 s 51.

anses vara en sådan resurs som kan omsättas respektive vilka former för omsättning som skall godtas. Som jag anför där är detta frågor där intresseavvägningar i stor utsträckning läggs till grund för hur centrala begrepp som egendom, överlåtelse och säkerhet används. Motsvarande problem med intresseavvägningar är också genomgående i alla de mer konkreta frågor som utgör framställningens huvuddel, se kap 5–9. När exempelvis en fråga om fordringsägarnas skydd mot efterhandskonstruktioner behandlas (i avsn 6.2) är det således en relevant beskrivning att tala om intresseavvägning.

I en analys rörande sådana intresseavvägningar är det givetvis centralt att uppmärksamma hur avvägningarna går till. Det är dessa metodfrågor som skall behandlas här i kapitel 2. En viktig bakgrund till detta tema är då reflektioner kring den förekommande samtidsanalys. Samhällsförändringarna under det senaste decenniet har ofta kommit att beskrivas som postmoderna. Inom samhällsvetenskaperna har sådana samtidsanalyser i hög grad påverkat verklighetsuppfattningar och synen på vilka faktorer som driver utvecklingen framåt.[58] Även inom den juridiska disciplinen har forskare ställt sig frågan vad denna samhällsförändring innebär. Gemensamt synes då vara att föreställningen om rättens enhet inte är lika stark som tidigare. Alternativa rättsliga argumentationer och lösningar har blivit mer accepterade och motiveras med beskrivningar som ökad internationalisering, fragmentisering och rättslig pluralism.[59] En numera ofta återkommande slutsats är att samhällsutvecklingen lett till krav på ”flexibla” rättsregler som kan hantera det nya samhällets problem.

Intresseavvägningsproblematiken skall alltså ses mot denna bakgrund. För den här framställningens vidkommande hör det emellertid också till bakgrunden att strömningarna i samtidsanalysen givetvis inte uppträtt renodlade eller paketerade i boxar med etiketter. I retrospektiv kan vad som blivit mitt sätt att angripa intresseavvägningsproblematiken ses i ljuset av en mer kontinuerlig och inte alltid medveten påverkan av de framväxande senmoderna synsätten. Under denna påverkan har min uppfattning hur som helst kommit att bli att de nämnda strömningarna leder till krav på öppenhet. Vad jag gjort är därför att försöka ge ett bidrag till beskrivningen om hur en öppen och bred användning av den juridiska analysen kan främja ökad flexibilitet i argumentationen kring oklara frågor i krediträtten.

[58] Se t ex Castells 2000. Bauman 1995, 2000 s 129–175. Jfr Dalberg-Larsen 1998. Wennström 2001 s 122-137. Hydén 2001b s 13–18. Ebbesson 2001 s 10–13.
[59] Se t ex Wilhelmsson 2001. Petersen/Zahle 1995. Blume/Petersen 1993. Hirvonen 1998. Dalberg-Larsen 1994.

I min analys utgår jag som nämnts från att rättens roll är att lösa och förebygga intressekonflikter. Rätten kan m a o fungera som ett verktyg vid intresseavvägningar.[60] Att rätten fungerar som ett sådant verktyg beror inte minst på att det bland dem som deltar i den juridiska argumentationen finns gemensamma föreställningar om prioriteringar för hur olika intressen och argument skall vägas. Samtidigt är dessa prioritetsföreställningar ändå så vaga att de i många fall trots allt ger relativt liten vägledning. I dessa fall blir det särskilt tydligt att problemen handlar om intresseavvägningar och det är dessa fall som jag intresserat mig för i denna framställning. De frågor jag främst funnit intressanta i forskningshänseende är m a o de frågor som också kan beskrivas som s k *oklara rättsfrågor*. Med oklara rättsfrågor menar jag alltså just sådana frågor där ingen uppenbar vägledning finns. Det är sådana oklara rättsfrågor som avhandlingen behandlar.

I de frågor som jag skall behandla är rätten således ett verktyg som ger begränsat med hjälp att prioritera de intressen som skall avvägas. Under dessa förhållanden blir det särskilt intressant att fundera över hur analysen går till och vad den egentligen innebär. Dessa funderingar kring metodproblemen har givit relativt stora avtryck i den konkreta analysen och det finns därför anledning att inledningsvis försöka förmedla dem i allmänna termer. Eftersom metodproblem är ett omfattande tema med en mängd öppningar åt alla möjliga håll, har jag haft svårt att på ett begränsat utrymme ge en täckande och strukturerad beskrivning. Istället har jag valt att presentera några utsnitt ur problematiken. Syftet med detta kapitel är att beskriva de metoder jag använt och jag gör detta genom att kommentera frågor kring hur jag gjort för att uppmärksamma de intressen och argument som jag avvägt, hur jag gjort avvägningar mellan olika argument och intressen, samt hur jag hanterat det faktum att mina egna premisser är avgörande för min analys? Tillsammans blir dessa kommentarer en beskrivning av vilken betydelse olika perspektiv och utgångspunkter har för analysen – eller här m a o, eftersom temat är intresseavvägningar: Perspektivets relevans för intresseavvägningarna.

Det kan redan inledningsvis anmärkas att de metodbeskrivningar som jag ger bör läsas med beaktande av att det är för just de krediträttsliga frågorna som jag utvecklat metoden. För den som är intresserad av metodens användbarhet utanför dessa sammanhang är det givetvis intressant att överväga dess eventuella förtjänster och brister på ett mer allmänt plan. Ett sätt att lättare förstå just mina metodologiska ställningstaganden är dock att sätta sig in i dels vad jag gjort i de konkreta

[60] Se ovan avsn 1.8 med hänvisningar.

frågorna, dels hur motsvarande frågor brukar behandlas, eller m a o hur den krediträttsliga argumentationen brukar föras. För att underlätta åtminstone den första delen ger jag läsanvisningar i slutet av detta kapitel.

2.2 Premissproblemet

De frågor jag valt att behandla är s k oklara rättsfrågor. Som nämnts handlar det m a o om frågor där de gemensamma föreställningar om hur olika intressen skall prioriteras är ganska vaga och t o m obefintliga. Det blir i dessa fall särskilt tydligt att både argumentationen, d v s urvalet av de intressen som anförs, och avvägningarna är beroende av den som gör analysen. I anslutning till den ovan nämnda postmoderna samhällsanalysen har ibland invänts att detta leder till en principlöshet, där i stort sett alla argument är lika goda. Forskaren, liksom domaren eller varje annan person som fattar juridiska beslut, kommer inte undan sina egna värderingar eller sin förmåga till empati.[61]

> ”I det senmoderna betonar man ofta – som en kritik av den förment rationelle beslutsfattaren, som man inte längre litar på – att man måste acceptera att intuition och känslor spelar en roll i allt samhälleligt beslutsfattande. Då domaren och juristen har att fatta beslut utan säkert ryggstöd i Systemen blir också i deras verksamhet intuition och känslor betydelsefulla, om man så önskar det eller inte. Man kan utnyttja dem, när det ter sig acceptabelt, och man kan kämpa mot dem, när de missbrukas, bara genom att öppet erkänna deras förhandevaro också i juridiskt beslutsfattande. Enbart om juristerna är medvetna om betydelsen av intuition och känslor är de tillräckligt utrustade för att bära det personliga moraliska ansvaret för de avgöranden som de träffar.”[62]

Var och en har ett personligt ansvar för de enskilda besluten. Vad som däremot kan krävas av forskaren är att i största möjliga utsträckning förstå och redovisa de argumentationsbanor som är rättsligt möjliga. Utfallet i den enskilda situationen måste sedan bli varje beslutsfattares eget ansvar. Den fråga som skall behandlas i detta avsnitt är därför *hur jag hanterat det faktum att mina egna premisser är avgörande för min analys?* [63]

[61] Jfr Wilhelmsson 2001 s 124.
[62] Wilhelmsson 2001 s 122.
[63] Det kan här kanske vara på sin plats med en anmärkning om att frågan kan hävdas vara överflödig. En invändning är nämligen att insikten om brist på ”absolut objektivitet” i vetenskapen är så etablerad att en analys inte kan lida av förment objektivitet, helt enkelt för att ingen läsare uppfattar analysen på annat sätt än att den är beroende av analytikerns premisser. Jag har emellertid funnit ett stort förklaringsvärde i beskrivningen att vi alla har olika premisser och att våra perspektiv är begränsade. Inte minst har denna beskriv-

Den beskrivning som jag givit i kapitel 1 är en verklighetsbeskrivning. Vi får information om kreditmarknaden och företeelsen kreditsäkerhet i fakturafordringar just genom sådana beskrivningar av verkligheten. Det är då av betydelse att en verklighetsbeskrivning är alltid begränsad. En verklighetsbeskrivning kan aldrig ge någon fullständig bild eller sanning. På grund av begränsningar i vår individuella fattningsförmåga, i vår kommunikation och genom våra värderingar m m, får vi olika bilder av verkligheten. Vi bildar vår uppfattning om verkligheten genom sådana bilder och erfarenheter. När vi överväger och framför argument i olika frågor är det dessa verklighetsbeskrivningar som vi lägger till grund. Att vi utgår från verklighetsbeskrivningar medför att våra argument och slutsatser är beroende av dessa verklighetsbeskrivningar. Vi uppfattar problem på olika sätt och formulerar våra frågor olika. Argumenten för deras lösning kommer oundvikligen att värderas olika. På grund av verklighetsuppfattningen kommer vi också att använda respektive utesluta olika argument. Detta gör vi såväl omedvetet som medvetet.[64]

> Ett av många tydliga exempel på att vi medvetet utesluter vissa argument och ger förenklade bilder, är de ekonomiska teorier som jag nämnt i kapitel 1. När det gäller den ekonomiska vetenskapen förekommer kanhända en föreställning om att det går att utröna vad som är mest ekonomiskt effektivt bara man gräver tillräckligt djupt. Emellertid är så knappast fallet, bl a eftersom de faktorer som har betydelse är närmast oändliga till antalet.[65] Istället väljer man medvetet ut ett begränsat antal faktorer och försöker förklara hur dessa kan förhålla sig till varandra. De teorier som anges i avsnitt 1.7 och den ekonomiska argumentationen över huvud taget, måste ses i ljuset härav.[66]

---

ning haft betydelse för ett ställningstagande om den lämpligaste beskrivningen av hur den krediträttsliga argumentationen förs. Anledningen är bl a att jag menar att det bland jurister finns en relativt stark, om än ytlig, motföreställning. Förhållandet kan beskrivas som att jurister visserligen anser det är självklart att värderingar förekommer och måste förekomma i juridiken, men att det ändå finns en föreställning om att juristen kan klargöra en gräns för i vilken mån han låter dessa påverka bedömningarna. Jfr t ex Schultz 1999–00 s 996 och 999–1001. Jfr om värderingars objektivitet Jareborg 1992 s 55–59, även i 1994 s 301–305.

[64] Jfr t ex Schultz 1999–00 s 999–1001, angående hur de juridiska bedömningarna påverkas av dessa faktorer.

[65] Jfr Flam/Horn 1995 s 52-57.

[66] Jfr Nelson 1991 som exempel på en av de framställningar som beskriver olika delar av den ekonomiska argumentationen som trossystem (belief systems) som kan liknas vid andra sådana system; Nelson gör liknelser med teologiska sådana. Se också Skogh/Lane 2000 s 30 not 12 där de påpekar att den kontraktsekonomiska analysen (motsvarande vad som i denna framställning kallas omsättningsteorin) är en individualistisk modell som i sig innehåller en värdering av hur verkligheten ser ut.

2.2.1 Öppenhetskravet

Förekomsten av de premisser eller m a o den brist på absolut objektivitet som beskrivits i föregående avsnitt, är antagligen omöjlig att undanröja.[67] Det allmänt förespråkade sättet att hantera det faktum att de egna premisserna är avgörande för analysen är därför istället att försöka påtala och belysa dem.[68] För det rättsvetenskapliga sammanhanget har motsvarande tankar föranlett särskilt starka ställningstaganden.

> ”Emellertid kan man naturligtvis icke som ovetenskapligt karakterisera i och för sig detta att fälla värdeomdömen. All vetenskaplig verksamhet förutsätter i högre eller lägre grad värderingar från utövarens sida. Vad som däremot måste betraktas som ovetenskapligt, av det enkla skälet att det är direkt osant, falskt – det är att behandla värdeomdömena såsom omdömen i egentlig mening. Det är av denna anledning, som rättsideologin måste avvisas som ovetenskaplig.”[69]

För att hantera det faktum att mina egna premisserna är avgörande för analysen har jag på olika sätt strävat efter öppenhet i argumentationen. Ett första led i denna strävan är att jag försöker beskriva ett utgångsperspektiv för arbetet. Jag har gjort detta i kapitel 1.

Att jag valt just denna verklighetsbeskrivning beror inte bara på att jag delar den utan också på att jag menar att den är förhärskande bland den del av juristprofessionen som deltar i den krediträttsliga argumentationen och kommunikationen. Vi kan nog t o m tala om att det är den dominerande verklighetsbeskrivningen i förmögenhetsrättsliga framställningar. Ett sådant dominerande perspektiv är omedvetet och därmed osynligt i många sammanhang. Att något lyfta fram i vilken mån det är detta perspektiv som kan ligga bakom olika slutsatser och ställningstaganden innebär ett intressant synliggörande av begränsningar, svagheter och brister hos perspektivet.

> Det finns här anledning att understryka att ett syfte just är att belysa begränsningar, svagheter och brister i perspektivet. Den i avsnitt 1.7.2 behandlade omsättningsteorin och därtill anknytande teorier lyfts i juridisk argumentation ofta fram som en del av vad som benämns omsättningens intresse. När jag i kapitel 5–9 utgår ifrån olika beskrivningar av skador som kan drabba de inblandade subjekten och bygger dessa beskrivningar på omsättningsteorin, är det således inte enbart för att jag menar att argumenten är bra eller gångbara. Det är också för att peka på just svagheterna. Att ska-

[67] Jfr Schultz 1999–00 s 989–996 där han framför tanken att man för diskussionens skull kanhända bör hålla öppet för möjligheten av att mänskligheten någon gång kommer att utveckla metoder för att faktiskt styrka objektiva värden. Han pekar likaså på frågan om det berättigade i att ålägga dem som menar att objektiva värden existerar bevisbördan härför.
[68] Se t ex G Myrdal 1968 s 52, 64–65, 1969 s 50–76 och 1958 s 71–74, 232-236.
[69] Lundstedt 1944 s 533–534.

debeskrivningarna blir vaga och en del andra argument kan framstå som väl hypotetiska, skall därför inte nödvändigtvis uppfattas som en brist hos framställningen. Istället kan det vara fråga om en avsedd förtjänst i den meningen att svagheter hos en viss typ av rättsliga argument belyses.

Ett andra led i strävan efter öppenhet i argumentationen är att jag för varje konkret fråga försöker förtydliga varifrån jag hämtar olika argument och hur jag uppfattar dem i förhållande till mina egna premisser. Jag försöker därför att *i viss utsträckning ange de värderingar och föreställningar* som jag själv anser har haft betydelse för hur jag behandlat de frågor jag tar upp.[70] Detta andra led av strävan efter öppenhet hänger nära samman med frågan om hur jag uppmärksammat intressen och argument. Jag beskriver därför detta andra led i nästa avsnitt och särskilt då i avsn 2.3.2.

2.3 Uppmärksammandeproblemet

En analys är givetvis beroende av vilka faktorer som tas med i bedömningen. Av föregående avsnitt följer att våra individuella premisser är avgörande för vilka intressen som över huvud taget kommer att beaktas i de intresseavvägningar som görs. En viktig del av förklaringen till urvalet är också att vi står inför en komplex verklighet och en mångfacetterad uppsättning av tänkbara argument. Redan av denna anledning är det lätt att en del intressen förbigås eller inte blir explicita i de intresseavvägningar som görs. Sådana förbigående kan också bero på behovet av förenkling och inte minst då på förenklingen att rättsliga ställningstaganden görs genom deduktivt härledande från normer. En passande beskrivning kan därför vara att man i den rättsliga argumentationen stundom begår ett metodfel genom att helt enkelt beakta för få faktorer.[71]

Till saken hör vidare att svårigheterna att uppmärksamma olika intressen antagligen är särskilt komplexa på krediträttens område. Orsakerna till denna komplexitet är bl a att problemen berör ganska många subjekt. Det är inte bara avtalsparternas intressen som skall beaktas utan också flera kategorier av utomstående s k tredje män. Svårigheterna att uppmärksamma dessa intressen påverkas av de begrepp och den systematik som används och är nödvändig för att kunna formulera frågor och kommunicera dem. Begreppen och systematiken är en del av prioriteringsföreställningarna och underlättar därför å ena sidan intresseavväg-

[70] Detta kan givetvis endast vara en ambition, jfr t ex Schultz 1999–00 s 1001.
[71] Andersson H 1994 s 137.

ningarna. Å andra sidan bidrar begreppen och systematiken i många fall till att dölja intressen som inte omfattats i de avvägningar som legat bakom. Ett exempel på ett sådant begrepp är begreppet ”egendom” som i den här framställningen kommer till uttryck i begreppet ”fordran”. Ett annat exempel är vad jag kallat *systemargument* och som innebär att man som avgörande argument i en konflikt mellan två subjekt anför en avvägning som härstammar från en konflikt mellan två andra subjekt. Om t ex en viss konstruktion godtagits i förhållandet mellan en avtalspart och dennes fordringsägare kan denna avvägning hävdas för att även andra subjekt skall behöva finna sig i konstruktionen utan att deras intressen beaktats. Jag återkommer till dessa teman, närmast i kap 3.

Mot bakgrund av de beskrivna problemen med komplexitet och med individuella premisser blir en viktig fråga *hur jag gjort för att uppmärksamma de intressen och argument som jag avvägt?*

2.3.1 Ett funktionellt och subjektsorienterat upplägg

För att möta problemet med att uppmärksamma intressen har jag försökt anlägga flera olika perspektiv på problematiken. En del har härvid varit att försöka uppmärksamma intressen hos de olika subjektskategorier som är närmast berörda av en omsättningstransaktion. Närmare bestämt har jag försökt identifiera olika konsekvenser som ett avtal om kreditsäkerhet i fakturafordringar kan ha för olika subjekt. För att åstadkomma detta har jag använt en systematisering där jag *utgår från var och en av de olika subjektskategorierna*, d v s avtalsparterna, fakturagäldenären och olika kategorier av borgenärer. I denna ambition har också ingått att göra en ganska bred genomgång för att fånga in olika centrala intressen som subjekten kan ha.

Den uppläggning jag valt kan beskrivas som en *funktionell* uppläggning, även om jag bygger på teoretisk grund. Det skall då anmärkas att funktionella upplägg är relativt vanliga i krediträtten. Vad som är reglernas uttalade syften får gärna ligga till grund för strukturen istället för normerna i sig. Min ambition är emellertid att använda en något mer långtgående funktionalism än så. Det handlar om ett annat perspektiv än då normerna eller normernas uttalade syften sätts i förgrunden och ligger till grund för strukturen. Jag vill således beakta även sådana konsekvenser som inte omfattas i de uttalade syftena med normerna.

Ambitionen att gå ganska långt i funktionellt hänseende är viktig för att uppmärksamma de intressen som skall avvägas. Genom en något annorlunda systematisering i förhållande till de dominerande sätten att framställa krediträttsliga ämnen märks andra frågeställningar än de

traditionella och de traditionella frågeställningarna uppträder i ett annat ljus.

> Å andra sidan påverkar upplägget givetvis vilka frågor jag behandlat. Till sammanhanget hör därför en reflektion om hur sättet att formulera frågeställningarna påverkar de resultat som nås med forskningen. Det beskrivna upplägget har haft avgörande betydelse för vilka frågor jag behandlat och vilka frågeställningar jag alls förmått identifiera. Ambitionen har alltså dock varit att uppmärksamma fler frågeställningar utöver de traditionella.

2.3.2 Uppmärksammande genom analys ur flera perspektiv – norm, fakta och värde

Som nämnts i föregående avsnitt har jag alltså försökt anlägga flera perspektiv för att uppmärksamma intressen. För att möta detta problem har jag, utöver att anta de där nämnda subjektsorienterade perspektiven, också försökt att analysera varje frågeställning ur flera perspektiv. Jag har således försökt betrakta var och en av de oklara rättsfrågor som jag formulerat ur tre olika perspektiv för att på så sätt uppmärksamma olika aspekter av problemet. Att behandla problem ur flera perspektiv är givetvis inget märkvärdigt, tvärt om kan det hävdas att detta mer eller mindre är grunden för all analys. Likafullt är metoden att medvetet försöka anta olika perspektiv ett gott hjälpmedel att uppmärksamma aspekter, argument och intressen.[72]

De perspektiv jag har använt har jag åsatt epitet utifrån en beskrivning av just tre perspektiv för att betrakta rättslig argumentation.[73] Man kan också tala om att rättslig argumentation består av tre delar som kan

[72] Andersson H 1994 s 141, 1993 s 224–231.

[73] Jfr Pöyhönen, Regler och principer i rätten, föredrag Majvik 21 maj 1996. Pöyhönen talar om tre *perspektiv* som man kan anta när man betraktar rätten; norm, fakta och värde. Jfr också Tolonen H 1993 s 45–46, som talar om att rätten har tre olika *dimensioner*; en normativ, en moralisk och en samhällelig-faktisk. Terminologin dyker också upp på flera håll, se t ex Töllborg 1986 s 37, som i syfte att framhålla rätten som ideologi och förmedlare av verklighetsbild, beskriver termen ideologi som ett sammanhängande idésystem som innehåller verklighetspåståenden, värderingar och normer. Likaså finns exempel på föreställningar om juridiken som utan att använda terminologin ändå uttrycker liknande innehåll. Juridiken beskrivs då t ex som; rättsligt material som måste tolkas – med dels beaktande av reglers effekter och lämplighet – och dels moraliska överväganden, se t ex Skogh/Lane 2000 s 19, jfr Grönfors 1999–2000 s 537 om lagtolkning med hänsyn till rationella synpunkter och rimlighetsföreställningar. Det finns också exempel på rekommendationer om att använda flera perspektiv men där perspektiven åsatts andra epitet. Dalberg-Larsen 1977 s 536 talar således om att belysa rättsliga problem och rättens relationer till icke-rättsliga fenomen ur en historisk, en sociologisk og en värdemässig synvinkel.

benämnas normer, fakta och värden.[74] Jag har således sökt uppmärksamma argument och intressen ur tre perspektiv som jag kallat norm, fakta och värde.

Eftersom terminologin norm, fakta och värde ligger till grund en stor mängd teoretiska analyser av både rättsliga och utomrättsliga normer kan en analys utifrån norm, fakta och värde förfalla pretentiös. Begreppen har ofta kopplats till en mer heltäckande teoretisk modell för relationerna inom både samhällets och rättens grundvalar. Var och en av begreppen har också givits skiftande innebörd och relation till varandra. De valda benämningarna riskerar därmed att generera följdföreställningar som går längre än vad som är avsett. Det skall därför understrykas att min ambition är mer blygsam. Det primära syftet är att härleda och klassificera de juridiska argument som används inom den krediträttsliga argumentationen kring oklara rättsfrågor. I den meningen är begreppsapparaten snarare ett uttryck för ambitionen att systematisera än en teoretisk förklaringsmodell för rätten som helhet. Det handlar istället om ett slags kognitivt raster. Således handlar det inte heller om att indelningen i norm-, fakta- och värdeperspektiv gör anspråk på att ett visst perspektiv har företräde framför ett annat när de såsom här tillämpas på oklara rättsfrågor. Tanken är bara att *systematiskt anta tre olika infallsvinklar* på varje problem för att lättare se argument som jag annars kanske inte skulle ha identifierat eller i vart fall inte uppmärksammat explicit.

Mot bakgrund av detta förtydligande vill jag så beskriva kategorin *norm* som argument som går att härleda från uttalanden som i viss mening kan uppfattas auktoritativa. Källorna utgör här författning, förarbeten, praxis och doktrin m m. Med andra ord kan man här tala om vad som brukar hänföras till begreppet rättskällor i snäv mening.[75] Det innebär följaktligen att även argument som i viss mening kan uppfattas som fakta- eller värdeargument behandlas som normargument i den mån de kommit till uttryck i vad som kan kallas auktoritativa rättskällor. Vidare skall det understrykas att det som varit aktuellt att klassificera

[74] Jfr Hydén 2002 s 268, 279–287, som använder beskrivningen ”normens tre dimensioner” (respektive”baser” och ”komponenter”) för en beskrivning av normen som sociologiskt fenomen. Hydén benämner dessa tre dimensioner; vilja och värderingar, kunskap och kognition samt system och möjlighet. Han hävdar behovet av att dissekera dessa komponenter för att skapa en normvetenskap som kan skapa en brygga mellan moraliska sedvänjor, systemimperativ och normutveckling å ena sidan, och rättsliga förändringsprocesser å andra sidan. Jag har inte haft en sådan (sociologisk) ambition, men det faktum att jag analyserar rättsfrågor ur tre perspektiv underlättar kanhända reflektioner i linje med vad Hydén förespråkar för normvetenskapen.

[75] Se t ex Magnell 1994 s 49–50, 108–112. Strömholm 1992 s 289–301. Jfr Hydén 2002 kap 3 om normbegreppet i sociologin.

som normargument aldrig är några entydiga eller klara normer för den fråga det handlar om. Då hade det inte varit fråga om en oklar rättsfråga.

En annan kategori är *fakta*. Denna omfattar argument som inte tydligt går att härleda till normkategorin. I någon mån omfattas de av rättskälleläror som erkänner sådant som ”reelle hensyn” och ”ej specifikt juridiska avväganden”.[76] Möjligen har jag dock gått längre i det att jag här omfattar alla argument som utgör sådant som kan beskrivas som verklighetsbeskrivningar och konsekvensanalyser. De huvudsakliga källorna för argumenten i faktakategorin utgör olika verklighetsbeskrivningar såsom de kommit till uttryck främst i juridisk och ekonomisk litteratur. Det rör sig således om konsekvens- och ändamålsanalyser där den praktiska funktionen står i förgrunden samtidigt som de oftast gör anspråk på att vara förankrade i de rationella vetenskapernas system.

Den tredje kategorin är *värde*. Även här handlar det om faktorer som redan omedvetet påverkar våra ställningstaganden. Värdekategorin ligger också mycket nära faktakategorin. På sätt och vis kan nämligen alla verklighetsbeskrivningar sägas bygga på värden och därför inte vara något annat än värden. Omvänt kan värdena sägas vara fakta i den meningen att även värdeargument kan utgöra en form av verklighetsbeskrivningar. Att jag valt att laborera med en särskild kategori beror på att jag ser en viss skillnad mellan argument som i någon mening gör anspråk på att vara verklighetsbeskrivningar och argument som inte gör sådana anspråk.[77] De senare har jag kategoriserat som värden. Källorna utgör även här juridisk litteratur, men också t ex filosofisk litteratur.

Av det ovan nämnda följer att gränsdragningen mellan de två senare kategorierna inte är skarp. Detta gäller även gränsen mot normkategorin. Normargumenten kan nämligen sägas bestå av fakta och värden som kommit till uttryck i något som skall beskrivas med en så vag term som ett auktoritativt rättsligt uttalande.[78] Jag återkommer till detta gränsdragningstema nedan.

2.3.2.1 Angivande av premisser

Syftet med att söka ur flera perspektiv har således varit att uppmärksamma argument och intressen. Samtidigt har jag emellertid också använt dessa perspektiv i andra syften. Ett av dessa syften är att möta det faktum att mina egna premisser är avgörande för min analys, se ovan

[76] Eckhoff 2001 s 22-24, 371–396. Strömholm 1992 s 298, 292, 24–26. Jfr Jareborg 1984 s 85, även i 1994 s 353–354.
[77] Jfr t ex Schultz 1999/2000 s 998 och Andersson H 1994 s 137 not 88.
[78] Jfr Hydéns normbegrepp i 2002 s 19.

avsn 2.2. Genom att markera i vilket perspektiv jag uppmärksammat ett visst argument anger jag *i viss utsträckning de värderingar och föreställningar* som jag själv anser har haft betydelse för hur jag behandlat de frågor jag tar upp.

Vad jag gjort är att markera huruvida jag betraktar ett visst argument som relevant p g a auktoritetsskäl, såsom en verklighetsbeskrivning eller såsom en värdering. För varje fråga har jag därför delat in argumenten i tre kategorier som jag kallat norm, fakta och värde.

I förhållande till vad som vore principiellt möjligt beträffande att ange de värderingar och föreställningar som haft betydelse, är de nämnda markeringarna en ganska begränsad metod. Ambitionen har emellertid inte varit mer långtgående än att nå en högre grad av öppenhet än vad som är vanligt.

2.3.2.2 Metodens poänger

Av vad som nämnts i föregående avsnitt följer att jag haft en ambition att ha en relativt öppen inställning till vilka intressen och vilka argument som är relevanta att beakta. Ambitionen att uppmärksamma intressen och argument som jag klassar som norm, fakta eller värde öppnar för ett ganska brett spektrum av aspekter.[79] Denna öppenhet förstärks av att jag samtidigt övervägt och försökt ange de värderingar och föreställningar som jag menar haft betydelse. Genom dessa överväganden blir det inte bara fråga om att uppmärksamma argument utan också om att reflektera över varför och hur jag uppmärksammar dem. Dessa överväganden har därför många gånger lett till sådana funderingar och studier att jag uppmärksammat ytterligare argument.[80]

Öppenheten i uppmärksammandefasen har varit värdefull för analysen. Genom öppenheten har jag haft lätt både att motivera och förhålla mig kritisk till argument som jag uppmärksammat. Inte minst har öppenheten minskat riskerna för att fastna i en viss tankebana, i ett etablerat begrepp eller i någon normativ utsaga. Genom att jag explicit uppmärksammat och beaktat olika intressen har jag med viss konsekvens försökt fånga in den komplexitet som de krediträttsliga spörsmålen omfattar.

Samtidigt har jag emellertid begränsat min analys och de argument jag angivit. Beskrivningen av hur jag gjort dessa begränsningar hänger

[79] Jfr Andersson H 1994 s 111, som talar om att förutsättningslöst söka problembaserade argument vilka kan bygga upp rättsliga resonemang utan att vara bunden av ett axiomatiskt deduktivt tänkande, samt om att söka olika relevanta argumentationsställen såväl på planet för sakomständigheter som på planet för rättsliga värderingar.
[80] Jfr Hydén 2002 s 294.

nära samman med frågan om hur jag gjort avvägningar mellan olika intressen och jag tar därför upp dem tillsammans.

2.4 Avgränsnings- och avvägnings-problemen

Den tredje centrala metodologiska frågeställningen som jag skall ta upp är frågan om *hur jag avgränsat urvalet av intressen och hur jag gjort avvägningar mellan olika intressen?*

Ett enkelt och direkt sätt att uttrycka min uppfattning i denna fråga är att jag gjort på samma sätt som är sedvanligt i krediträttslig argumentation. Avgränsningarna kan i hög grad förklaras med vad jag ansett vara relevant i den krediträttsliga argumentationen m h t vad som brukar anföras där.[81] I min analys av de oklara rättsfrågor som jag behandlar har jag således följt de *gemensamma föreställningar* som finns om vilka argument och intressen som kan anses relevanta och om hur argument och intressen kan prioriteras.

För att ge en klarare bild av vad jag gjort och poängerna härmed skall jag utveckla dessa beskrivningar. Det kan dock först vara på sin plats att åter anmärka att argumentationen i just krediträtten är sådan att den kanske särskilt tydligt omfattar också vad som bäst beskrivs som andra argument än sådana som s a s hämtas ur rättskällor.[82] Beträffande just kreditsäkerhet i fakturafordringar har det också sagts att det är ett område där de ”reella överväganden betydelse framträder särskilt skarpt”.[83]

> Citatet är hämtat från inledningen av Taxells avhandling om Panträtt i skuldebrev. Taxell menar att man p g a de reella övervägandena inte når –”tillfredsställande resultat med doktrinära diskussioner. Utgångspunkten måste vara en annan. Man har att utreda vilka ekonomiska syften som panträtten skall tjäna, och vilka regler, som bäst överensstämma med de olikartade, ofta stridiga intressena i det genom stiftande av panträtt uppkomna rättsförhållandet.”

[81] Jfr Wilhelmsson 1987 s 31, 1992 s 47 som talar om det ”rättsligt möjliga”, ”the legally possible”.
[82] Jfr Wilhelmsson 2001 s 194 om att olika mått av ”flexibilitet” kan vara rotad i rättens principstruktur och att detta sammanhänger med ”den syn på rätten som är förhärskande på rättskulturens nivå, med de argumentationsmönster som är accepterade i det rättsliga beslutsfattandet.”
[83] Taxell 1949 s 1.

2.4.1 Gemensamma föreställningar

En beskrivning av de avgränsningar jag gjort är att jag i huvudsak beaktat de argument som kan sägas ligga nära till hands att beakta för en rättsvetenskapsman. Avgränsningen har m a o avgjorts av den rättsliga eller rättsvetenskapliga miljön. Med detta avser jag att jag gjort bedömningar av vad som kan vara gångbart i den rättsvetenskapliga kommunikationen. De avgränsande faktorerna kan då bl a sägas vara tradition, de för jurister gemensamma begreppen och inte minst lojalitet med rättssystemet.[84]

På det hela taget menar jag att det för begränsningarna finns ett betydande förklaringsvärde i metaforen om berättelser. Vad som är möjligt att anföra med framgång beror helt enkelt på vad som tidigare anförts med framgång i den krediträttsliga argumentationen.[85] Det beror också på de influenser som andra berättelser i samhället för med sig, d v s på andra förekommande verklighetsbeskrivningar och värderingar. Berättelsemetaforen är intressant så till vida att vår kommunikation och förståelse kan sägas vara beroende av berättelseformen.[86] Vad som kan vara gemensamma föreställningar kan därför sägas vara just berättelser.[87]

Angående urvalet av argument skall också påpekas att jag inte för varje fråga sökt varje möjligt argument. Eftersom jag haft för avsikt att belysa ett större rättsområde och därmed ett relativt stort antal frågor har jag, trots vad som sagts ovan, haft relativt begränsade ambitioner. En begränsning har också varit nödvändig m h t att framställningen skall bli läsbar. Många mer allmänna argument får för det mesta därför stanna i bakgrunden. Således anför jag inte omsättningsteori, avtalsfrihet och liknande allmänna argument uttryckligen för varje fråga.

Till urvalsprinciperna hör vidare att jag beträffande faktaargumenten begränsat mig till ganska grundläggande argument och till antaganden som säkert kan anses gjorda på relativt lös grund. Jag anför sällan empiri och sällan särskilt avancerade ekonomiska teorier. Detta beror främst på svårigheterna att ta fram sådana uppgifter och argument. Att argumentationen ändå har ett värde menar jag blir tydligt i jämförelse med annan

[84] Jfr Doublet 1995 s 45–51. Man kan också tala om att ett normsystem i sociologisk mening, jfr t ex Hydén 2002 s 79, 166–167.
[85] Jfr Dworkin 1986 s 228–238. Wilhelmsson 2001 s 233–239. Jackson 1988.
[86] Staffan Carlshamre föredrag Göteborg 010326. Jackson 1988 s 28. Twining 1997 s 827 tar upp denna tanke i samband med temat bevisvärdering.
[87] Det kan i sammanhanget diskuteras om dessa gemensamma föreställningar kanske är särskilt få i den epok vi lever i. En vanlig berättelse idag är att vi lever i en postmodern epok där det i liten mån existerar någon grundläggande enighet om de etiska systemen. Å andra sidan hävdas också att friheten från äldre etiska system genererar en ny slags etik, se t ex Wilhelmsson 2001 bl a s 106–109.

rättsvetenskaplig argumentation i förmögenhetsrätt. Det är helt enkelt det brukliga arbetssättet att utgå från fakta eller reella hänsyn av denna karaktär.[88] Dessutom finns det en avsedd poäng med att använda samma typ av argument som är vanligt. Ett syfte är som nämnts att belysa även svagheter hos dessa.

Hos dem som deltar i den juridiska argumentationen finns det således vissa gemensamma föreställningar om vilka intressen som kan anses relevanta. På motsvarande sätt kan man också tala om gemensamma föreställningar beträffande hur intressena kan prioriteras och avvägas. Vad det handlar om är närmast att det inom juridiken och den krediträttsliga argumentationen finns vissa någotsånär ”allmänt accepterade utgångspunkter” bestående av en viss enighet om begrepp och värderingar samt om hur vissa problem kan lösas. Man kan också tala om ”ett paradigm” för den juridiska argumentationen som skulle bestå i ”att den baserar sig på gällande rätt, att det finns en uppfattning om rättskällor, att argumentationen styrs och bör styras av argumentationsnormer samt [av en] strävan efter rättssäkerhet i betydelse förutsebarhet och etisk godtagbarhet.” Prioriteringsföreställningarna skulle därmed motsvara en ”medveten och saklig strategi för att lösa problem” där man inte kommer ifrån att träffa ”ett etiskt val grundat på de accepterade premisserna”.[89] Andra som delar denna beskrivning föredrar att kalla detta för gällande rätt. Jag menar emellertid att ”gällande rätt”-terminologin är missvisande. För att tydliggöra vad jag menar med gemensamma föreställningar och för att besvara frågorna om avgränsnings- och avvägningsproblematiken måste detta tema utvecklas något.

2.4.1.2 Beskrivningen och föreställningen gällande rätt

Med gällande rätt avser jag föreställningen om att det finns något som avgör vilka argument som skall godtas, vilka argument som skall prioriteras och vilken lösning som skall väljas. Denna föreställning vårdas på ett sådant sätt att det går att tala om en ideologi. Den har vidare sådana egenskaper att det finns flera poänger med att jämföra med en illusion eller en mycket övertygande virtuell verklighet som det är svårt att fri-

[88] Jfr beträffande domares arbetssätt och förväntningarna på dessa, ”they are likely to possess neither expertise on the scientific or technical dimensions of the case nor experience of cost-benefit analysis”, Ogus 1997 s 141. Jfr också beträffande de antaganden som görs i lagstiftningsarbetet, där det ibland på vad som kan beskrivas som relativt lös grund, men ändå med viss nödvändighet görs antaganden i stil med – det kan antas att lagändringen får positiva samhällsekonomiska effekter, se t ex prop 2001/02:57 s 10.

[89] Andersson H 1994 s 126–127 med hänvisning till Aarnio, Peczenik, Eriksson och Klami. Jfr även t ex Hellner 1994 s 30–31 och Jareborg 1984 s 77–78, även i 1994 s 344–346.

göra sig från.[90] Med det av mig delade synsättet finns det ingen ”gällande rätt”. Begreppet och den beskrivning som begreppet innebär är missvisande. Rätten, eller snarare då rättsliga fenomen, bör istället beskrivas som sociala konstruktioner eller värdebaserade normativa ställningstaganden hos individer.[91] Med hänvisning till vad som nämnts i avsn 2.2 om våra individuella premisser p g a vår individuella fattningsförmåga, vår kommunikation samt dessas föränderlighet, kan vi aldrig nå någon enighet om de sociala konstruktioner som de rättsliga fenomen är. Vad vi kan nå är någotsånär gemensamma föreställningar om hur vi skall hantera de intressekonflikter som vi vill lösa.

Temat om rättens karaktär är inget eget tema i denna framställning. Vad som är relevant här är beskrivningen om rätten som ett verktyg för att hantera intressekonflikter. För den här framställningen använder jag som nämnts beskrivningen att rätten utgör just ett verktyg för att lösa och förebygga intressekonflikter eller m a o är ett verktyg för intresseavvägningar, se ovan avsn 1.8 och 2.1. Det är då tydligt att ambitionen inte är att avskaffa vare sig rätten eller rättskonstruktioner.[92] Det finns heller ingen anledning att försöka göra rätten värdelös, d v s att sträva efter att utesluta värderingar från den rättsliga argumentationen.[93] Vad det handlar om är istället att utveckla rätten som verktyg för att hantera avvägningar mellan intressen, såsom de kommer till uttryck i olika rättskonstruktioner, verklighetsbeskrivningar och värderingar.[94]

I den här framställningen blir betydelsen av föreställningen om gällande rätt kanske tydligast beträffande användningen av rättsliga begrepp. För att nå framgång vid lösningar av dessa intressekonflikter måste rätten innebära förenklingar. Det är genom förenkling som rätten möjliggör kommunikation mellan de olika begränsade perspektiv som vi alla har. De rättsliga begreppen utgör på så vis verktyg.[95] Eftersom de rättsliga begreppen är förenklingar riskerar de att osynliggöra de intressen som ligger bakom konflikterna. Sådana osynliggöranden kan medföra att intressen inte beaktas i tillräcklig mån. Riskerna är härvidlag

[90] Glavå/Petrusson 2002. Jfr Platon 374 f Kr s 275–280.
[91] Glavå/Petrusson 2002 avsn 1 och 3.
[92] Jfr Glavå/Petrusson 2002 avsn 2 och 5. Wilhelmsson 2001 s 236.
[93] Jfr Lundstedt 1942 s 23–25, 1944 s 581 och 533–534, se citat ovan avsn 2.2.1.
[94] Jfr Glavå/Petrusson 2002 avsn 2 och 5. Jfr Wilhelmsson 2001 som använder formuleringen att göra en dygd av nödvändigheten och pekar på relevansen av detta tema i en epok där de relevanta moraliska frågorna inte längre berörs i den politiska diskursen, se t ex s 112-120.
[95] Jfr Hydén 2002 s 167–168, som också framhåller att rätten även är komplexitetsskapande när den väl tagit över och definierat problemen på sitt eget sätt. De krediträttsliga begreppen och den krediträttsliga systematiken är ett bra exempel på sådant komplexitetsskapande.

störst när de begrepp som utvecklats inte omfattar de intressen som är aktuella. Att begreppen ändå används beror på att det är den invanda metoden. Det är därför bekvämt att använda begreppen även för oklara rättsfrågor för vilka de inte är avpassade. Intressena blir emellertid osynliggjorda genom begreppen och dessa vårdas på ett sätt som alltså kan liknas vid en övertygande virtuell verklighet. Så länge begreppen omfattar de intressen det handlar om erbjuder denna metod också ett effektivt förhållningssätt som är snabbt och som beaktar det gemensamma intresset av förutsebarhet. När begreppen inte omfattar intressena riskerar de rättsliga lösningarna emellertid att bli verklighetsfrämmande, oanvändbara eller stötande. Begreppen blir olämpliga verktyg som gör mer skada än nytta.[96] Att beakta dessa aspekter för att vårda rättens legitimitet är en viktig uppgift.[97]

> Eftersom föreställningen om gällande rätt har ideologisk karaktär finns det anledning att göra några anmärkningar. Med hänsyn till vad jag tidigare anfört om begränsningar i vår individuella fattningsförmåga, i vår kommunikation och genom våra värderingar m m, är det konsekvent att även betrakta det av mig här hävdade synsättet som endast ett bland andra möjliga. Trots min övertygelse är synsättet inte mer än en annan föreställning eller beskrivning än föreställningen om gällande rätt. Vad som är betydelsefullt är emellertid inte synsättet som sådant, utan dess effekter. Låt vara att synsätt och effekter är intimt sammankopplade.
>
> De största fördelarna med det av mig hävdade synsättet är enligt min mening att det ger en annan förståelse av vad som avgör de typer av frågor det handlar om.[98] Detta ger en annan förståelse av samhället och inte minst en annan medvetenhet om det personliga ansvar varje rättslig analytiker och beslutsfattare har.[99] Det finns många sätt att bidra till en sådan uppfattning. Den metod jag valt och mitt sätt att formulera de frågor jag analyserar är ett sätt. Här kan också anmärkas att jag namnger de domare som dömt i de fall som jag i någon närmare utsträckning redgör för.[100]
>
> Nackdelarna med föreställningen är att den beskär ideologins betydelse. Detta skulle kunna tänkas medföra flera negativa effekter, åtminstone om man stöder sig på ideologins tillskyndare och dem som menar att ideologins

[96] Jfr Ramberg 1994 s 502.
[97] Jfr Lundstedt 1944 s 552.
[98] Jfr Hydén 2002 s 273–274 med hänvisningar, om betydelsen av att anta både ”ett internt” och ”ett externt” perspektiv på rätten.
[99] Wilhelmsson 2001 s 233–234, jfr även s 122-124, och se även s 109 om hur frihet från äldre etiska system kan sägas generera en ny slags etik med fokus på det personliga ansvaret för moraliskt handlande.
[100] På så sätt vill jag understryka att det är individer som fattat besluten, även om domen som sådan givetvis tillmäts auktoritativ betydelse just för att det hör till de gemensamma föreställningarna att göra det. Anmärkningen kan tyckas överflödig, men jag menar alltså att den har poänger. Att jag i not namnger domarna skall således inte uppfattas som ett försök att rangordna rättskällevärdet utifrån föreställningar om kompetenser och inflytande hos de olika individerna.

effekter är att föredra.[101] Den här hävdade föreställningen kan sägas lätta på bundenheten och öka utrymmet för argumentation. Likaså finns det en risk för minskad auktoritetsbundenhet och minskad acceptans för sådan styrning som kan vara önskvärd. Detta kan påverka den formella rättsäkerheten, den formella objektiviteten och den formella förutsebarheten.[102] Ett mer abstrakt sätt att uttrycka tveksamheten är med frågan om hur rätten skall bestå som fenomen om alla kom att dela synsättet att rätten är en psykologisk fiktion som med nödvändighet utgår från individuella premisser och föreställningar.[103] Å andra sidan kan man anta att värdet av det formella har stor betydelse även utanför föreställningen om gällande rätt. Det går också att iaktta att nämnda formella värden ofta ställs mot andra argument, även om de som kommunicerar alla har uppfattningen att det finns en gällande rätt som ger en enda lösning. I den mån föreställningen om gällande rätt förlorar mark är det inte uteslutet att faktorer som lojalitet med rättssystemet får ökad betydelse.[104] Att värden som formell rättssäkerhet och formell förutsebarhet får en mer självständig innebörd och därmed ökad styrka.

2.4.2 En metod att förhålla sig till vagheten – norm, fakta och värde

Eftersom min föresats i denna framställning är att analysera oklara rättsfrågor kan man av det ovan sagda konstatera att jag haft att hantera avgränsningar och avvägningar med stöd av ganska vaga föreställningar. För att hantera en del av de problem som en sådan vaghet för med sig har jag även i detta avseende använt mig av de tre perspektiven norm, fakta och värde.

Metoden att analysera varje oklar rättsfråga ur de tre perspektiven har bidragit till intresseavvägningarna på flera sätt. Med hjälp av perspektiven och kategoriseringen har jag haft en metod att *strukturera och analysera* de argument som jag uppmärksammat. Metoden har således bidragit till en viss *ordning och reda* som gjort argumentationen *överskådlig och hanterbar*. Den omständigheten att det handlat om vad jag förknippar med föreställningar om begreppen norm, fakta och värde har också lett till *reflektioner* om ursprunget och styrkan hos olika argument.

[101] Jfr Glavå/Petrusson 2002 avsn 2 och 5, som påtalar förekomsten av synsättet att det vore opraktiskt att inte se rättskonstruktioner som realiteter. Jfr Peczenik 1995 s 180–183.
[102] En förekommande beskrivning är att den deduktiva logik som karaktäriserar rättsdogmatiken är ett av de viktigaste dragen i det vi kallar rättssäkerhet och rättsstat, se t ex Hydén 2002 s 157–159. Jfr Ekelöf 1951 s 115 som försvarar sin teleologiska metod mot invändningar om godtycke och oenhetlighet med frågan om man har något bättre att sätta istället. I sammanhanget kan det anmärkas att Ekelöf påpekar (s 113) att sättet att angripa rättstillämpningsproblemen i straffrätten inte bör vara annorlunda än inom andra rättsområden.
[103] Jfr Glavå/Petrusson 2002 avsn 2. Jfr också Hedenius 1965 s 59–75, 77, 80–85, 121–122 respektive Tolonen H 1991 s 21. Carlshamre 1998 s 143.
[104] Jfr Glavå/Petrusson 2002 avsn 5.

Inte minst hos argument som i olika skepnader framträder i alla de tre kategorierna.[105]

De nyssnämnda bidragen till intresseavvägningen är enligt min mening betydande. Visserligen handlar det inte om någon mer handfast vägledning för hur prioriteringen skall gå till, men någon sådan är enligt min mening omöjlig att nå och vore heller knappast någon träffande beskrivning för hur prioriteringen brukar gå till i den krediträttsliga argumentationen. När det handlar om hur jag rent konkret avvägt olika argument är den mest passande beskrivningen istället att jag prioriterat argumenten utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. Det sistnämnda förtjänar ett särskilt förtydligande.

2.4.2.1 Ett förtydligande avseende prioriteringen

Den mest träffande beskrivningen av hur den krediträttsliga argumentationen förs i oklara rättsfrågor är enligt min mening att argumenten prioriteras utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. Att jag kategoriserat argumenten i norm, fakta och värde förändrar inte denna beskrivning. Det är alltså inte så att ett argument fått företräde för att jag hänfört det till en viss kategori. Utifrån föreställningar om demokratiska principer, formell rättssäkerhet, rättskälleläror och gällande rätt ligger det kanske nära till hands att föreställa sig att jag utgått från norm och generellt prioriterat de argument som jag hänfört till denna kategori. Att hävda en generell prioritering för en viss kategori av argument är emellertid inte någon korrekt beskrivning. Orsaken är givetvis att det handlar om *oklara rättsfrågor*. Istället vill jag åter peka på beskrivningen att det handlar om ett rättsområde där de ”reella övervägandenas betydelse framträder särskilt skarpt” där man inte når ”tillfredsställande resultat med doktrinära diskussioner”.[106]

Enligt min mening är generell prioritering av normargument därför ingen bra beskrivning på vad vare sig jag eller andra krediträttare gör i sina avvägningar beträffande *oklara rättsfrågor*.[107] Beträffande farhågorna för demokratiska principer och formell rättssäkerhet menar jag därmed att riskerna inte alls påverkas av mitt synsätt. I de fall där normargumenten är starka framträder för övrigt också just värdeargument om demokratiska principer och formell rättssäkerhet i värdekategorin. För att dela denna uppfattning om bristen på generell prioritering är det kanske nödvändigt att föreställa sig att det för de oklara frågor som det

[105] Jfr Hydén 2002 s 15 om att ”ta det normativa på allvar och öppet redovisa vilka premisser som det normativa vilar på i det enskilda fallet”.
[106] Se ovan avsn 2.4 och citatet av Taxell.
[107] Jfr Grönfors 1999–2000 s 536–537.

handlar om kan vara så att en verklighets- eller konsekvensbeskrivning många gånger kan vara väldigt övertygande. Likaså kan ett värde framstå som mycket beaktansvärt i sammanhanget. Vad som till slut prioriteras är vidare sällan något enskilt argument eller intresse utan en sammanvägning av vad som bedömts som beaktansvärt.

En invändning som kan anföras mot det sagda är att normterminologin ökar förutsättningarna att nå framgång med ett argument. Det skulle m a o finnas anledning att försöka kategorisera ett argument som någon form av auktoritativt uttalande för att övertyga. Denna invändning är korrekt i den meningen att en sådan beskrivning kan vara träffande i vissa fall. Å andra sidan kan man fråga sig varför argumentet i så fall inte redan från början uppmärksammats i just normkategorin. Det skall också understrykas att den ökning av argumentets potential som åstadkoms genom att man lyckas hänföra det till norm är helt beroende av på vilket sätt man gör detta. Om det blir en mer krystad koppling till en auktoritet tillmäts argumentet knappast någon beaktansvärt större betydelse. Det samma kan hävdas för allmänna och mer diffusa argument som avtalsfrihet o likn. Man måste också komma ihåg att det handlar om argument som redan har förutsättningar att tillmätas betydelse i den krediträttsliga argumentationen. Eftersom det därför handlar om få fall och små poänger med att hänföra argumentet till normkategorin menar jag att invändningen inte innebär att min beskrivning om brist på generell prioritering är vilseledande. Beträffande den nämnda invändningen skall också anmärkas att det varit min ambition att inte prioritera en viss kategori av argument. Det har varit min uppriktiga ambition att avväga de olika argumenten utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. I den mån någon menar att jag misslyckats med denna ambition och att jag kan beslås med att generellt prioritera en viss kategori, vill jag hänvisa till att jag i vart fall i de konkreta frågorna varit öppen med min kategorisering. Genom denna öppenhet har jag underlättat för läsaren att avgöra vad som i detta avseende är den mest träffande beskrivningen av hur jag prioriterat.

En liknande invändning rör det faktum att epiteten norm, fakta och värde är så laddade att de för läsaren trots allt ger intryck av en prioritering. När läsaren kanske inte heller delar kategoriseringen av en del argument blir effekten att argumentationen och avvägningen har svårare att övertyga. Den beskrivna invändningen är sådan att den delas i olika mån av olika läsare. Det går tyvärr inte att tillfredsställa alla. Samtidigt vill jag dock framhålla att det faktiskt är en avsedd poäng att argumentationen ifrågasätts. I beskrivningarna av kategorierna norm, fakta och värde, se ovan avsn 2.3.2, framgår inte på ett tydligt sätt hur jag dragit gränserna mellan de olika kategorierna. Någon exakt gränsdragning kan det heller aldrig bli fråga om. Att så är fallet följer ju av att det just handlar om verklighetsbeskrivningar och värderingar som är beroende av individuella premisser, jfr också t ex förekomsten av olika föreställningar om rättskällehierarkier. För att nå de av mig avsedda poängerna är det emellertid inte avgörande att nå någon enighet om vad som är norm, fakta respektive värde. Det viktiga är att belysa min syn på argumenten. Kategoriseringen är *givetvis* öppen för invändningar. Det är just en av poängerna. Jämförelsen skall göras med att inte på detta sätt belysa min syn på argumenten och därigenom göra slutsatserna mer okontroversiella.

2.4.3 Avvägningar är en möjlig rättsvetenskaplig uppgift

En avslutande anmärkning till frågan om avvägningar rör om det alls finns anledning att göra några intresseavvägningar i en rättsvetenskaplig framställning. Mot bakgrund av vad jag hävdat ovan om individuella premisser och svårigheter att uppmärksamma intressen skulle man nämligen kunna hävda att rättsvetarens uppgift skall inskränka sig till att lyfta fram de individuella premissernas betydelse och att göra övriga aktörer uppmärksamma på de olika intressen som är relevanta att avväga. Rättsvetare skulle avstå från att uttala avvägningar eftersom våra avvägningar kan få visst genomslag trots att vi saknar demokratisk legitimitet. Avvägningarna skulle istället vara förbehållna mer demokratiskt tillsatta organ som lagstiftande församling eller domare. Jag delar emellertid inte denna uppfattning.

För det första menar jag att det är mer eller mindre oundvikligt att i en konkret frågeställning ge en beskrivning utan att också i någon mån ändå göra en avvägning. Om inte annat visar sig detta problem i valet av utgångspunkt för beskrivningen. I den rättsliga argumentationen är det t ex näst intill oundvikligt att inte ge sken av att en viss princip får betraktas som huvudregel och en annan som undantag.[108] Det är också så att det är svårt att nå fram med ett budskap om relevanta intressen om inte framställningen förtydligas med en beskrivning av hur dessa intressen skulle kunna avvägas. Ett eller flera förslag till avvägning är helt enkelt belysande av pedagogiska skäl. Vad vore en berättelse utan slut och vad vore en analys utan slutsats?

För det andra menar jag att angivandet av en för författaren möjlig avvägning är ett sätt att faktiskt peka på vilken betydelse de egna premisserna kan ha haft för urvalet av vilka intressen och argument som framförts. Angivandet av en avvägning kan m a o utgöra en möjlighet att analysera vad som kan tänkas ha legat bakom rättsvetarens urval. Genom avvägningen kan således vinklingar och brister i någon mån tydliggöras.

För det tredje är auktoritetstillit och auktoritetsuttalanden en oundviklig del av det sociala sammanhanget. På samma sätt som vi använder oss av förenklingar i vår föreställningsvärld och vår kommunikation, använder vi oss av auktoriteter för att förenkla och snabbare nå fram till ett resultat. I jämförelse med många andra auktoriteter och deras betydelse för olika sociala system, inklusive rättsystemet, har rättsvetare generellt sett en relativt begränsad betydelse. Det är då dock av betydelse att rättsvetarens avvägning inte förenas med föreställningen om att rättsvetare genom sina avvägningar uttalar gällande rätt, jfr ovan avsn

[108] Wilhelmsson 1987 s 26, 2001 s 115. Graver 1988 s 55–57, 64–65.

2.4.1.2. Å andra sidan måste det även för dem som delar föreställningen om gällande rätt med erfarenhet bli ganska tydligt att rättvetarens avvägning blott är en utsaga som grundar sig på dennes individuella premisser. Låt vara att det i dessa premisser vanligtvis ingår en relativt sett omfattande kunskap om frågan.

Min uppfattning är således att det mycket väl kan och rent av bör ingå i en rättsvetenskaplig framställning att rättsvetaren också anger avvägningar.[109] Det är dock av viss betydelse att dessa avvägningar inte gör anspråk på att utgöra något annat än en möjlig avvägning eller avvägning som blott är en utsaga om rättsvetarens egen uppfattning i frågan. När jag för mina ställningstaganden i de konkreta rättsfrågorna ofta använt termerna ”slutsats” respektive ”avvägning” avser jag således inget annat än att ange hur just de argument som framförts skulle kunna avvägas enligt min mening.[110]

2.5 Metoden i korthet

Med de tre frågorna om; hur har jag hanterat det faktum att mina egna premisser är avgörande för min analys, hur har jag egentligen gjort för att uppmärksamma de intressen och argument som jag avvägt, och, hur jag gjort de avvägningar som jag gjort, har jag i detta kapitel beskrivit de metoder jag använt. Som framgått har en central del varit metoden att använda de tre perspektiven norm, fakta och värde. Metoden kan i korthet beskrivas så här: Det första steget är att formulera rättsfrågan. Här har valet av frågor styrts av utgångsperspektivet och den huvudfråga som jag valt att formulera. Eftersom det också handlar om oklara rättsfrågor har valet styrts av en preliminär bedömning. Det andra steget är att samla relevanta argument. Dessa argument kategoriseras. I den mån argumenten i någon kategori visat sig vara få eller svaga kan detta ha föranlett särskild eftertanke. Detta kan ha lett in i nya tankebanor. Det tredje steget är sedan att göra ett ställningstagande mot bakgrund av de samlade argumenten. Hur ställningstagandet gått till beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Det är alltså inte så att ett argument fått företräde för att jag hänfört det till en viss kategori.

[109] Jfr Ekelöf 1951 s 119–124.

[110] Jfr Ekelöf 1951 s 126, och med hänvisning till densamme s 110 skulle jag kunna anmärka att om jag emellanåt anger att ett lagstadgande är ”tillämpligt” menar jag endast att det kan åberopas som stöd för att använda dess rättsföljd. På motsvarande sätt menar jag inget annat än att argument härför kan hävdas när jag ibland formulerar mig som att ett subjekt *har* en rättighet eller skyldighet eller *är* skyldig.

Poängerna med att använda den beskrivna metoden kan sammanfattas med termerna öppenhet och reflektion. För mig har metoden i högsta grad haft sådana poänger och jag hoppas att dessa poänger också skall överväga de eventuella nackdelarna för läsarna. Här kan åter anmärkas att det för en läsare är lättare att förstå mina metodologiska ställningstaganden genom att sätta sig in i dels vad jag gjort i de konkreta frågorna, dels hur motsvarande frågor brukar behandlas, eller m a o hur den krediträttsliga argumentationen brukar föras. I syfte att underlätta den första delen ger jag några läsanvisningar i nästa avsnitt.

2.6 Den fortsatta framställningen

I den fortsatta framställningen skall jag först belysa intressen och begrepp på en allmän nivå. En tanke är att belysa vilka intressen som kan innefattas respektive inte innefattas i grundläggande begrepp som omsättning, fordran och säkerhet. Kapitel 3 behandlar därför omsättningsrätten med det därtill anknytande intresset avtalsfrihet och kapitel 4 tar upp begreppen fordran och säkerhet. Avsikten är att peka på vad jag här ovan angett om rättens funktion och förenklande karaktär. Redogörelsen skall förtydliga hur de rättsliga begreppen medger ett effektivt förhållningssätt, men också hur dessa begrepp kan vara olämpliga verktyg.

Syftet med kapitel 3 och 4 är dock flerfaldigt. De kapitlen tjänar också som introduktion till framställningen och ämnet. I kapitel 3 anges som nämnts framställningens huvudfråga. Denna utgör samtidigt framställningens övergripande tema. I kapitel 4 ges beskrivningar av de tre typiska formerna av kreditsäkerhet i fakturafordringar, av karaktäristika hos fakturafordringar och av vad karaktäristiska hos säkerhetsavtal. Genom dessa beskrivningar markerar jag vad jag huvudsakligen haft i tankarna, och kapitlet utgör därmed en form av avgränsning av ämnet.

I de följande kapitlen 5–9, som är framställningens centrala del, tar jag sedan upp oklara rättsfrågor avseende olika konsekvenser som ett avtal om kreditsäkerhet i fakturafordran kan ha. Kapitlen behandlar vart och ett av de olika subjekt som har intressen i förhållande till ett sådant avtal. Kapitel 5 behandlar därför fakturagäldenären eller m a o sekundogäldenären, kapitel 6 pantsättarens fordringsägare, kapitel 7 pantsättarens sakrättsborgenärer eller m a o singularsuccessorer, kapitel 8 pantsättaren och kapitel 9 panthavaren.

Den nämnda uppräkningen kan behöva några terminologiska förtydliganden. Sådana följer på flera ställen i den fortsatta framställningen i takt med att de olika subjekten och objekten träder in i handlingen. Ett första förtydligande med tillhörande skiss finns i avsnitt 4.2.

Framställningen avslutas i kapitel 10 med att jag utvecklar några ytterligare tankar om undersökningens resultat och slutsatser.

2.6.1 Läsvägar

Eftersom min bild av eventuella läsare av denna framställning är att de kan ha ganska olika avsikter, finns det anledning att också genom läsanvisningar försöka klargöra hur den fortsatta framställningen är uppbyggd. Framställningens uppläggning möjliggör nämligen olika former av selektivt läsande. Ett sådant selektivt läsande kan användas för att bilda sig en uppfattning om boken utan att läsa hela och det kan vara ett bra sätt att skaffa sig en överblick för att sedan lättare kunna ta sig an hela innehållet. Med hänsyn just till att läsarna kan ha så olika avsikter kan det rent av vara *att rekommendera* att även dem som har för avsikt att läsa hela boken börjar med att läsa den variant som ligger dem närmast.

Den som vill ha en *uppfattning om boken i allmänhet;* läs kap 1, 2, avsn 3.1, 3.5, 4.3, 4.5.1, 4.6, 5.1, 5.3, 5.6, 5.10, 6.1, 6.2, 6.7, 8.1. 8.2 och kap 10!

Den som vill ha *en introduktion* i kreditsäkerhet i enkla fordringar; läs kap 1, 4, avsn 6.2, kap 10! Avsnitt 4.5.3 dock endast översiktligt.

Den *teoretiskt intresserade*; Framställningen beskriver ett kondensat av de teorier jag lagt till grund för framställningen. Den illustrerar också hur jag tillämpat dessa teorier. Metoden att samla argument i tre kategorier (norm-fakta-värde metoden) är central. Läs därför kap 1, 2 o 3, avsn 4.1, 4.2, 4.3, 4.6, 6.7 och kap 10!

För den som söker en *huvudtes eller huvudslutsats*; kan jag föreslå kapitel 3, avsn 5.6, 6.7, 7.3, 7.4, 8.8.4 och kapitel 10! Se även avsn 6.2.

Den som vill veta hur jag argumenterat i *viss fråga*; sök i den inledande sammanfattningen och i innehållsförteckning för kap 4–9. De obligationsrättsliga aspekterna, d v s pantavtalsaspekterna, finns i avsn 4.5, kap 8 och 9. Av de sakrättsliga aspekterna finns borgenärsskyddet i kapitel 6 och omsättningsskyddet i kapitel 7. De fordringsrättsliga aspekterna finns i kap 5.

2.6.2 Läsanvisningar i övrigt

Jag har försett varje kapitel med en inledande sammanfattning där jag redogör för huvuddragen och huvudbudskapet i varje kapitel. Tillsammans utgör dessa inledande sammanfattningar givetvis en sammanfattning av framställningen som helhet. Motsvarande text finns samlad i

den engelskspråkiga sammanfattningen. En mer omfattande sammanfattning finns i inledningen.

För dem som vill ha en aningen mer ingående bild av min syn på de materiella frågorna, d v s vad som behandlas i kap 5–9, kan det möjligen vara en lösning att läsa de inledande och avslutande avsnitten för varje fråga. I de inledande avsnitten formulerar jag nämligen rättsfrågan och i det avslutande presenterar jag en möjlig slutsats. Oftast handlar det då om rubriknivå 2 eller 3, d v s rättsfrågan formuleras i avsnitt x.1 eller x.x.1 och slutsatsen presenteras i avsnitt x.4 eller x.x.4. En sådan läsning ger visserligen en helt annan bild än den jag menar är väsentlig, men det är en bild som är användbar för vissa sammanhang. Möjligen kan denna intressera sådana kategorier av läsare som t ex vill ha en mer rapport- eller förarbeteslik produkt.[111]

Det skall också nämnas att jag använt finstil för partier som jag menar inte behöver läsas för att förstå huvudbudskapet i ett avsnitt. I de finstilta partierna utvecklar jag vad som hävdats i huvudtexten. Många gånger anger jag citat i de finstilta avsnitten och sådana kan givetvis har stor betydelse för hur huvudtexten uppfattas. Tanken är dock att det inte skall vara nödvändigt att ta del av de finstilta partierna för att ta sig framåt. De finstilta partierna kan läsas när huvudbudskapet är särskilt intressant, svårt att förstå eller föranleder invändningar.

[111] Jfr Lambertz 2002 s 276.

3 Omsättningsrätten – och dess betydelse för argumentationen

Att förhålla sig till såväl de verktyg som de rättsliga konstruktionerna utgör som till de intressen som ligger bakom är avgörande för hur den krediträttsliga argumentationen förs. Det finns i den förmögenhetsrättsliga argumentationen en tendens att ge vissa intressen status av överordnad norm. Intressen som marknadsfördelning och handlingsutrymme för avtalsparter kommuniceras i juridiska termer som avtalsfrihet och omsättningsrätt där termerna frihet och rättighet medför ett förrättsligande som kan skymma såväl det faktum att det är intressen som ligger bakom, som det faktum att begreppen är relativa och komplexa. För avtalsfrihetsintresset finns det emellertid många beskrivningar av hur detta intresse måste vägas mot andra intressen. En sådan beskrivning är att avtalsfriheten paradoxalt nog måste vägas mot sig själv eftersom en transaktion mellan två parter utesluter en del andra möjliga transaktioner. På motsvarande sätt förhåller det sig med de begrepp som uttrycker objekt. Objektsföreställningar är centrala i vår kommunikation. Eftersom det samtidigt är lätt att uttrycka objektsföreställningar i rättsliga termer som egendom, fordran etc tenderar föreställningarna om rättsobjekt att växa i antal utan någon egentlig reflektion över de intressekonflikter som härigenom aktualiseras.

3.1 Framställningens huvudfråga

I kapitel 1 har jag beskrivit ett perspektiv på kreditsäkerhet i fakturafordringar. Enligt detta kan företeelsen ses som en i princip samhällsnyttig företeelse. Denna nytta förklarades bl a med att det är effektivt att de enskilda beslutar om fördelning av resurserna. Härav kan man dra slutsatsen att de enskilda skall ges handlingsutrymme att självständigt besluta vilka rättsliga dispositioner de vill vidta. Emellertid ingick i perspektivet också föreställningar om att det finns gränser för vad som kan anses ge den antagna samhällsnyttan. Till exempel beskrevs att risktagandet kunde nå alltför stora nivåer och att skillnader mellan

borgenärer kan vara ineffektivt. Det angavs också att det skulle vara rättens uppgift att kompensera orsakerna till sådana misslyckanden. Perspektivet leder därför fram till en avvägning. Vi har å ena sidan ett intresse av handlingsutrymme för att ställa fakturafordringar som säkerhet och å andra sidan ett intresse av att sätta gränser för detta handlingsutrymme. Med rättslig terminologi kan vi tala om omsättning för att beskriva subjektens handlingar. Att ställa säkerhet är en form av omsättning. Det handlingsutrymme som de enskilda har kan här därför benämnas omsättningsrätt.

Härmed skulle huvudfrågan för denna framställning kunna formuleras: *Hur omfattande är omsättningsrätten avseende kreditsäkerhet i fakturafordringar?* Mer precist kan detta uttryckas som – *Vad utgör en relevant beskrivning av hur rättslig argumentation kan behandla subjektens handlingsutrymme avseende kreditsäkerhet i fakturafordringar?* – eller med en annan vinkling – *Hur kan rättsordningen skydda olika subjekt från skador som omsättning i form av kreditsäkerhet i fakturafordringar orsakar?*

Denna huvudfrågeställning skall först behandlas på en generell nivå. I detta kapitel är därför syftet att redogöra för vissa aspekter av begreppet omsättningsrätt. Närmare bestämt handlar det om att belysa vad begreppet kan sägas omfatta generellt och om att tydliggöra vad som ligger bakom det. Syftet är att kunna ta ställning till styrkan i de argument som anförs på generell nivå.

Avsnitt 3.2 nedan behandlar därför det moment av handlingsutrymme som i rättsliga termer ofta beskrivs som ”avtalsfrihet”. Där belyses begreppets och företeelsens betydelse för de förmögenhetsrättsliga frågorna. En slutsats är att avtalsfriheten är ett relativt och komplext begrepp. I det följande avsnittet, 3.3, ställs avtalsfriheten i relation till begreppet egendom. Här uppmärksammas att egendomsbegreppet har en gränssättande funktion beträffande de enskildas handlingsutrymme. Mot bakgrund av dessa redogörelser beskriver sedan avsnitt 3.4 en effekt av den juridiska argumentationen. En effekt jag kallat egendomsbegreppets tillväxttendens och som speglar en sida av egendomsbegreppets relativitet.

Sammantaget belyser kapitel 3 inte bara företeelsen omsättningsrätt. Det anger också ytterligare skäl för de metodologiska ställningstaganden jag gjort i kapitel 2.

3.2 Avtalsfrihet

Såsom begreppet omsättningsrätt använts ovan omfattar det intresset av att de enskilda ges handlingsutrymme att självständigt besluta vilka

rättsliga dispositioner de vill vidta. Ett sätt att i rättsliga termer beskriva detta utrymme är att tala om ”grundläggande rådigheter”. Som sådana anförs bl a näringsfrihet, etableringsfrihet, konkurrensfrihet, konsumtionsfrihet och avtalsfrihet. En viktig del av den beskrivningen är att friheterna inte kan förverkligas samtidigt. Det finns nämligen spänningar mellan dem. Vad som krävs är därför intresseavvägningar.[112] Anför man omsättningsrätten på detta sätt är den alltså något som är förutsatt att avvägas mot andra intressen.

Emellertid förekommer oftare beskrivningar där tonvikten är en annan. Vanligt är att man talar om tre friheter som marknadsekonomins rättsliga grundpelare.[113] De är avtalsfrihet, äganderätt och näringsfrihet. I mångt och mycket hänger dessa tre friheter samman. Man kan kanske rentav tala om tre sidor av samma sak.

I civilrättsliga framställningar framhävs gärna avtalsfriheten. Det blir termen *avtalsfrihet* som ensam får uttrycka intresset av handlingsutrymme. Avsikten med detta avsnitt är därför att belysa avtalsfriheten och dess ställning i civilrättsliga sammanhang.

Avtalsfriheten hävdas inte sällan som en civilrättslig princip. Det talas gärna om en civilrättens ”grundprincip” eller ”grundval”.[114] Det förekommer också termer som ”huvudprincip” och ”utgångspunkt”.[115] Yttranden om att förmögenhetsrätten grundar sig på principen om avtalsfrihet sägs förekomma i alla ekonomiska system som bygger på en marknad med fri konkurrens.[116] Om en sådan princip kombineras med en föreställning om en för rättssystemet oskriven metanorm om att allt som inte är förbjudet är tillåtet, blir resultatet att det står parterna fritt att avtala om vad som helst så länge det inget förbud kan hävdas.[117]

> I UNIDROIT:s Principles of International Commercial Contracts från 1994 lyder den allra första artikeln 1.1 ”The parties are free to enter into a contract and to determine its content.” Denna utvecklas i anvisningarna med; ”Freedom of contract as a basic principle in the context of international trade. The principle of freedom of contract is of paramount importance”. Dock också med; ”there are economic sectors which States may decide in the public interest to exclude from open competition.”[118] Jfr Principles of

[112] Bernitz 1969 s 27–28.
[113] Se t ex Myhrman/Petrén/Strömholm 1987 s 7. Jfr Wilhelmsson 1977 s 16.
[114] Se t ex Malmström/Agell 1994 s 47. Myhrman/Petrén/Strömholm 1987 s 31–32. Jfr Almén 1917 s 26–27 som i inledningen till sin kommentar till Köplagen 1 § anför: ”Från annan synpunkt kan det lagrum, med vilket vi nu sysselsätta oss, sägas slå fast *avtalsfrihetens grundsats*.”
[115] Se t ex Bernitz 1969 s 27 resp 1991 s 2.
[116] Wilhelmsson 1977 s 3. Strömholm 1987 s 532. Taxell 1987 s 32, 1976 s 450. Adams 1980 s 13.
[117] Jfr Eckhoff/Sundby 1991 s 72, 87–88, 235.
[118] www.UNIDROIT.org/english/principles/chapter-1.htm/. Hultmark 1999 s 308–309.

European Contract Law artikel 1:102 ”Parties are free to enter into a contract and determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.[119] Det finns också exempel på uttryckliga lagregler om rätt för ägare att efter behag förfoga över sin egendom.[120] I angloamerikansk rätt och common law-systemet motiveras motsvarande med en allmän princip om att äganderätt ger ägaren frihet att agera som han vill så länge det inte stör andras äganderätt.[121]

Trots att beskrivningarna anger en normativ form brukar de stanna på en mycket allmän nivå. Avtalsfriheten får utgöra en outtalad förutsättning.[122] Den blir en bakgrund till de teorier och dogmer som utvecklas och de argument som framförs.[123] Det sägs också att avtalsfriheten är ”ett relativt begrepp som starkt påverkas av gängse värderingar, samhällsorganisation och avtalsteknik.”[124] Denna påverkan är så omfattande att den drabbar även ”den praktiska betydelsen av de rättsliga teorier som bygger på principen”.[125]

3.2.1 Några olika beskrivningar av avtalsfriheten

Det finns många olika beskrivningar av hur avtalsfrihetsbegreppet är relativt och påverkas av faktorer som gängse värderingar, samhällsorganisation och avtalsteknik. Att beskrivningarna är många speglar också i sig att begreppet är relativt. Här skall därför ges några olika exempel på hur avtalsfriheten beskrivs i den juridiska argumentationen.

I beskrivningar avseende ett längre tidsperspektiv använder somliga uttryck som ”avtalsfrihetens uppgång och fall”.[126] Utgångspunkt tas då i merkantilismens regleringsekonomi. I denna var privilegiet att producera förbundet med skyldigheter att ägna sig åt viss produktion av viss kvali-

[119] www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/. Lando/Beale 2000 s 99.
[120] Se t ex tyska BGB § 903, ”Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen”, även om den modifieras av de efterföljande § 903–906, § 985 och 1004 samt inte minst art 14 i konstitutionen från 1949, se t ex http://jurcom5.juris.de/bundesrecht/bgb/. Bauschke/Braun 1995 s 172.
[121] Se t ex Cooter/Ulen 1988 s 117.
[122] Wilhelmsson 1977 s 3.
[123] Ramberg/Hultmark 1996 s 27.
[124] Ramberg/Hultmark 1996 s 29. Nybergh 1997 s 39. Jfr Almén 1917 s 26–27 som i inledningen till sin kommentar till Köplagen 1 § inte bara anför ”avtalsfrihetens grundsats” utan också: ”Alldeles obegränsad är emellertid icke denna avtalsfrihet, utan lider densamma sådana inskränkningar, som påkallas av allmänna rättsgrundsatser eller följa av bestämmelser inom andra områden av lagstiftningen.”
[125] Ramberg/Hultmark 1996 s 29. Taxell 1987 s 20–24, 30–42, 101–113.
[126] Atiyah 1979, som givit sin välkända bok just titeln The Rise and Fall of Freedom of Contract.

tet. Avtalsfrihetens ursprung är då en frånvaro av skyldighet att handla på visst sätt.[127] Med avtalsfrihetens uppgång avses den liberala utvecklingen under 1800-talet. För avtalsfrihetens fall står välfärdsstatliga byggen under 1900-talet. Bakom fallet sägs bl a ligga en reaktion mot standardavtalens negativa sidor och ett allmänt konsumentintresse. Det talas vidare bl a om en allmän skepticism mot föreställningen om den fria viljan, om protektionism och om reaktioner mot diskriminering av olika grupper. Nämnas bör också de långa krigs- och krisperioderna som krävde betydande reglering.[128]

För att beskriva de senaste årtiondenas utveckling talas det om en återgång till klassiska principer eller värden.[129] Det är i vart fall tydligt att samhället genomgått stora förändringar och att liberala värderingar som sätter individen i centrum, ofta hävdats som grund för dessa. Samtidigt är det dock karaktäristiskt för perioden att det förekommit en betydande grad av reglering. Det talas om omreglering i kontrast till avreglering. I förändringsprocessen under denna tid är också den s k internationaliseringen och inte minst den ökade europeiska integrationen mycket tydlig.

Andra beskrivningar tar upp framväxten av en social ”huvudlinje” inom civilrätten.[130] Denna har bl a tagit sig uttryck i en allt mer omfattande konsumenträttslig reglering. Regleringen har samtidigt luckrat upp gränserna mellan privat- och offentlig rätt.[131] För det område som sålunda influeras av såväl privat- som offentligrättsliga principer har det hävdats att varken den sociala huvudlinjens utgångspunkt eller avtalsfriheten är någon möjlig utgångspunkt.[132]

En annan beskrivning inom den sociala huvudlinjen tar fasta på de faktiska möjligheterna att avtala. Om man skall tala om en faktisk avtalsfrihet för alla måste man i dagens samhälle tala också om en plikt att ingå avtal. Annars blir avtalsfriheten bara en frihet för en del av subjekten.[133] Motsvarande aspekter kan anläggas på den utveckling konkurrensrätten genomgått, se nedan.

[127] Glavå 1999 s 605–606.
[128] För beskrivningar ur rättsvetenskapliga perspektiv se; Atiyah 1979 s 571–601 och 1989 s 17–30. Bernitz 1969 s 89–177. Strömholm 1987 s 547–548.
[129] Atiyah 1989a s 30–39, 1989b.
[130] Bengtsson 1991 s 32-33, 45
[131] Se t ex Nybergh 1997 s 33–37. Madell 1998 s 54–59. Wilhelmsson/Hurri 1999. Andersson H 2000 s 26.
[132] Nybergh 1997 s 36–37 med hänvisning till Mäenpää. Stridbeck 1993–94 s 165–168. Jfr Wilhelmsson 1997 s 522-527.
[133] Nybergh 1997 s 77–83.

Inom den sociala huvudlinjen framträder också beskrivningar där avtalsförhållandets dynamik ställs i förgrunden. Avtalsförhållandets karaktär av samverkan tydliggörs. Särskilt gäller detta långvariga avtal. När detta anförs inom den sociala huvudlinjen ägnas särskild uppmärksamhet åt avtalsparternas konkreta livssituation.[134] Även här kan man anknyta ett hänsynstagande till de faktiska möjligheterna att avtala. Den som slås ut från marknaden förlorar sin frihet att agera på denna.[135]

Beskrivningar av avtalsförhållandets dynamik görs även med tonvikt på andra faktorer än det sociala intresset. Visserligen omfattas det sociala intresset häri, men istället används mer allmänna termer.[136] Det pekas således på ett starkare ingrepp från samhällets sida. Likaså att det skett förändringar kring avtalet som institut. På grund härav har vi numera ”den övervakade och förminskade avtalsfriheten”. Med denna behövs ”ett materiellt avtalsparadigm” och en ”mer ändamålsenlig matris”.[137] Häri ingår en bredare tidsdimension än i det traditionella synsättet, vars momentana karaktär f ö väl illustreras av omsättningsteorin, se avsn 1.7. Centralt är att det anses vara samspelet mellan viljeförklaring och rättsordning som ger upphov till avtalsverkan.

> ”Med en sådan bredare matris, annorlunda uttryckt ett längdsnitt, uppfattar man bättre innebörden av elementet partsvilja, som ökar i intensitet under tidens gång, elementet sanktion som byggs upp genom upprepade handlingar, yttre omständigheter som i vissa kombinationer med varandra resulterar i avtalsverkan och liknande i tiden utspridda företeelser.”[138]

I en annan beskrivning som omvärderar viljeförklaringens förklaringsvärde ställs viljemodellen mot tillitsmodellen. Som en kompromiss mellan dessa anförs en modell om rättvis social praxis. I denna lyfts skälighetsprincipen fram som utgångspunkt istället för avtalsfriheten.[139] Utan tvivel är ”signaleffekterna” av 36 § AvtL också mycket viktiga.[140]

> Det kan anmärkningsvis nämnas att de nämnda synsätten på viljeförklaringens förklaringsvärde synes ha haft viss inverkan på formuleringarna i Principles of European Contract law. Principerna utgår visserligen från parternas intentioner, ”the parties intend to be legally bound”, men avgörande är hur motparten rimligen uppfattade de handlingar som manifesterade intentio-

[134] Wilhelmsson 1987 s 35, 1992 s 97–100. Nybergh 1997 s 41–47.
[135] Nybergh 1997 s 44–45. Evers/Reifner 1998 s 19–20. IFF 2001 s 3.
[136] Jfr Sandgren 1992-93 s 482, 646–665, respektive Wilhelmsson 1993–94 s 506–508.
[137] Grönfors 1993 s 28–30, 127–129, 1988 s 318–322.
[138] Grönfors 1993 s 28–30, 127–129. 1988 s 318–322. Jfr Taxell 1987 s 11–12.
[139] Pöyhönen 1988 s 178–179, 245–248; se Nybergh 1997 s 38, Wilhelmsson 1991 s 451 och Tuori 1988 s 181–182, 185.
[140] Jfr Krüger 1991 s 402 ”Viktigst er kanskje signaleffekten av at selve rimlighetskravet til kontraktets innhold lovfestes og at vurderingstemaet forskyves fra avtaletidpunktet til situasjonen da kontrakten påberopes.”

nen, ”is to be determined from the party´s statement or conduct as they were reasonably understood by the other party.” Vidare är det nödvändigt att förhållandet kan beskrivas som ett avtal i den meningen att det kan genomdrivas, ”sufficient agreement if the terms … have been sufficiently defined by the parties so that the contract can be enforced”.[141]

En tes som kan avrunda denna exkursion i beskrivningar är att det inte längre är en gångbar beskrivning att det offentliga står för politisk rationalitet och organisationskoordination, medan det privata har ansetts präglat av ekonomisk rationalitet och marknadskoordination. Distinktionen bör tonas ner till förmån för en mångfald av perspektiv och beskrivningar som behövs för att avväga de intressen som gör sig gällande när avtalsliknande konstruktioner används i en blandning mellan dessa olika rationaliteter.[142]

3.2.2 Avtalsfrihetens intressekaraktär

Flera beskrivningar av avtalsfrihetsbegreppet och relativiteten i detta begrepp pekar på begreppets intressekaraktär. Med den terminologi jag redogjort för i avsn 2.3.2 kan man tala om att avtalsfriheten närmast är ett värde, eller i vart fall pendlar mellan främst värdekategorin och normkategorin. I inte minst den juridiska argumentationen förekommer det nämligen att avtalsfriheten hävdas som en överordnad norm.[143] En norm med innebörden att allt som inte är förbjudet är tillåtet.[144] Det finns här anledning att reflektera över detta förhållningssätt.

Den viktigaste förklaringen till att avtalsfriheten hävdas som *norm* är antagligen att det har stor ideologisk betydelse att framställa avtalsfriheten, äganderätten och näringsfriheten som ”rättigheter”. Man torde inte kunna tala om ett marknadsekonomiskt system om inte statsmakten på något sätt skyddar dessa friheter. I första hand är det då frihet i förhållandet mellan staten och de enskilda som är aktuell. Det är denna betydelse av avtalsfriheten som först hävdas och som var särskilt betydelsefull vid tiden för övergången från merkantilism till marknadsekonomi.[145]

Förklaringen till att avtalsfriheten hävdas som *överordnad* norm är antagligen i hög grad också ideologiskt betingad. Emellertid är just denna överordnade status mer problematisk. Genom att hävda att allt

[141] Lando/Beale 2000 s 137–147.
[142] Teubner 1999 s 53–54, 74–77. Se även Andersson H 2000 s 27.
[143] Jfr Glavå 1999 s 602-612 angående dessa tendenser i arbetsrätten där äganderätten och avtalsfriheten i skepnad av företagsledningsrätt hävdas som sådan överordnad norm.
[144] Se ovan avsn 3.2 och Eckhoff/Sundby 1991 s 72, 87–88, 235.
[145] Se t ex Glavå 1999 s 605–607.

som inte är förbjudet är tillåtet, hävdas en prioritering i förhållande till andra intressen och denna prioritering inkluderar intressen som andra enskilda har. När avtalsfriheten hävdas som överordnad norm hävdas den alltså inte bara gentemot staten, utan också mellan de enskilda.

I föregående avsnitt har antytts några av de tankar som framförts om att avtalsfriheten inte kan vara en rättighet för alla subjekt samtidigt. Utan en plikt att ingå vissa avtal och avstå från andra, blir den faktiska avtalsfriheten för en del subjekt snart inskränkt av avtal som andra ingått. När avtalsfriheten på detta sätt hävdas som norm, inte gentemot staten, utan mellan de enskilda, hamnar man därför i ett dilemma. Det blir inte en frihet för alla som hävdas, utan en frihet för vissa.

Skillnaden mellan vad som kallas den negativa sidan av frihetsbegreppet, i meningen *frihet från påbud*, och den positiva, blir aktuell redan tidigt i liberalismen. Den positiva sidan av frihetsbegreppet utvecklas därför med tankar på de reella möjligheterna för varje individ, något som kan *kräva påbud*. Statsmakten skall då garantera en viss balans mellan samhällsklasserna, så att varje individ tillförsäkras möjligheter. Detta leder till att frihetsbegreppet kommer att uttryckas som att var och en kan göra vad han vill, om det inte inkräktar på andra människors valmöjligheter.[146]

Ett sätt att i rättsligt hänseende beskriva och lösa det nämnda dilemmat är att hävda avtalsfrihetens intressekaraktär. Avtalsfriheten lämpar sig inte som norm på det horisontella planet, mellan de enskilda. Däremot är det ändamålsenligt att i en marknadsekonomi låta avtalsfriheten, äganderätten och näringsfriheten utgöra rättsliga utgångspunkter på rättssystemnivå, d v s en annan nivå än rättsordningsnivån dit normerna hänförs. Friheterna utgör då intressen eller värden som skall vägas mot andra vid tillämpningen av normer på rättsordningsnivån. När dessa avvägningar görs i rättsligt beslutsfattande bildas nya normer på rättsordningsnivån. Avtalsfriheten i sig bildar dock inte en norm, utan kvarstår som ett värde. Härigenom blir det tydligt att avtalsfriheten ständigt måste vägas mot andra intressen.[147] Man kan också tala om en ”avtalsrättslig paradox” i det att partsautonomin måste sättas åt sidan genom tvingande regler för att kunna upprätthållas.[148]

Den nämnda beskrivningen kan också tjäna som förklaringsmodell för hur avtalsfriheten kommit att hävdas som en överordnad norm. De

[146] Liedman 1993 s 267–271. Jfr Dworkin 1977 s 276.
[147] Jfr Glavå 1999 s 606–611. Glavås användning av förklaringsmodellen med rättsordningsnivå, rättssystemnivå och djupstruktur anspelar på en modell som används av Tuori m fl, se Glavå s 1999 s 66 not 232. Tuori 1999 s 11–12, se även bl a 1988 s 186–189.
[148] Sandgren 1992/1993 s 663. Även Hydén 2002 s 162-163.

normer som kan och har beskrivits som undantag från avtalsfriheten, har tagits till intäkt för att även avtalsfriheten skall hänföras till normerna. Avtalsfriheten blir då en huvudregel, med de implikationer det begreppet medför. ”Det är således väsentligt att ha klart för sig att en legal begränsning av en frihet inte samtidigt med automatik innebär att friheten görs till en horisontellt relaterad rättighet.”[149]

> För att i ett avseende illustrera problematiken skall här pekas på ett förekommande sätt att formulera sig:
>
> ”*Inledningsvis kan konstateras att det inte finns något hinder mot att överlåta icke förfallna hyror ...*”[150]
>
> Denna formulering och detta sätt att välja utgångspunkt för tankarna, skall jämföras med:
>
> ”*Inledningsvis kan hävdas att intresset av att kunna överlåta icke förfallna hyror är ett starkt intresse. ...*”

3.2.3 Avtalsfrihetens signifikans

Det nämnda förefaller kunna sammanfattas med att avtalsfriheten idag får anses vara ett i högsta grad relativt begrepp. Även om det finns skillnader mellan olika beskrivningar har de en gemensam syn i att omfattande samhälleliga förändringar fått återspeglingar i avtalsrätten.[151] Återspeglingar som påverkat avtalsfriheten som företeelse och begrepp.

Till sammanhanget hör också att avtalsfrihetsbegreppet i sig är problematiskt. Om vi utgår från frihetsbegreppet att var och en kan göra vad han vill, om det inte inkräktar på andra människors valmöjligheter, innefattar avtalsfrihetsbegreppet i sig begränsningar. Avtalsfrihet blir då ett sätt att uttrycka att varje individ är fri att avtala med iakttagande av de begränsningar som finns. Därmed kan avtalsfriheten inte i sig användas som ett argument för att inga begränsningar finns.[152]

3.3 Egendom och andra resurser

I detta avsnitt skall jag belysa hur begreppet avtalsfrihet står i relation till begreppen resurs och egendom. Även detta tema speglar att avtalsfriheten är ett relativt begrepp. Relationen mellan avtalsfrihets- och egen-

[149] Jfr Glavå 1999 s 606–611. Citatet från s 611.
[150] Just denna formulering har använts av hovrättsdomaren Nilsson i NJA 1995 s 157, men det handlar alltså bara om ett exempel.
[151] Jfr Nybergh 1997 s 43 o 82.
[152] Jfr Glavå 1999 s 611.

domsbegreppen har grundläggande betydelse för huvudfrågan om avtalsparternas handlingsutrymme.

Som nämnts är ett syfte med avtalsfriheten att de enskilda skall fördela resurser mellan sig genom utbyte på marknad. Det är dock inte alla resurser som skall fördelas på detta sätt. Enligt marknadsteorin är det ett urval av resurser som lämpar sig för sådan fördelning. I avsnitt 1.7.1 har nämnts en enkel teori om vilka resurser som är lämpliga. Enligt den teorin handlar det om sådana resurser där ett subjekts utnyttjande utesluter ett annat subjekts utnyttjande samtidigt som kostnaderna är låga för att försvara det utnyttjande subjektets position.

Ett slag av resurser är egendom. Med juridisk terminologi betecknar egendom sådana objekt till vilka sakrätt erkänns. Som sakrätt räknas äganderätt, säkerhetsrätt och bruksrätt. I förhållande till den totala mängden fördelningsbara resurser utgör egendom en stor och central delmängd.

De resurser som klassificeras som egendom har stor betydelse även för frågan om vilka avtal som kommer till stånd avseende annat än egendom. En stor del av den totala resursfördelningen kan nämligen sägas kretsa kring egendom. Över huvud taget är det ibland svårt att upprätthålla en gräns mellan avtal om egendom och avtal om de resurser som faller utanför. Exempelvis är ett avtal om tjänst inte ett avtal om egendom, men samtidigt är vederlaget ofta egendom. En annan viktig faktor är att egendomsbegreppet är just ett juridiskt begrepp. Egendomsbegreppet är ett verktyg i den juridiska argumentationen. Som sådant påverkar den det totala resursbegreppet. Detta tema skall dock tas upp i nästa avsnitt. Egendomsbegreppet kan således sägas vara en central del av resursbegreppet.

I förhållande till avtalsfriheten är det intressant att reflektera över vilken betydelse urvalet av resurser har för samhällsförhållandena. Urvalet av de resurser som är föremål för marknadsfördelning ger återverkningar på samhällets struktur och produktionssätt. Därmed också på de enskildas handlingsutrymme och avtalsfrihet. Ett tydligt exempel på sådan påverkan är klassificeringen av mark som egendom.

Om man vill framhäva betydelsen av egendomsbegreppet skulle man kunna tala om att det, eller i vart fall resursbegreppet, utgör en utgångspunkt eller grundval för förmögenhetsrätten. På sätt och vis är det då fråga om en omvänd utgångspunkt i förhållande till avtalsfriheten. Rätten tilldelar de enskilda handlingsutrymme istället för att begränsa det.

Det är dock fråga om en sällan hävdad grundval. Denna sida av egendomsbegreppet är vag i förmögenhetsrätten.

> Däremot hävdas äganderätt som en av marknadsekonomins tre ”grundpelare”, tillsammans med avtalsfrihet och näringsfrihet. Äganderättsbegreppet är starkt förknippat med egendomsbegreppet, men det är inte den begränsande sidan av egendomsbegreppet som hävdas när äganderätten framhålls som grundpelare. Som nämnts ovan i avsnitt 3.2 är det tvärt om äganderätten som frihet för den enskilde, som ofta lyfts fram.[153]

Att avtalsfriheten endast skall avse vissa resurser är emellertid förutsatt i marknadsteorin. Marknadsteorin säger inte att *alla* resurser skall fördelas genom marknaden. Tvärt om finns det alltså ekonomiska teorier om vilka resurser som lämpar sig för att klassificeras som resurser.

Poängen här är nu inte att framhäva den ena ”grundvalen” eller principen framför den andra. Avsikten är att belysa att egendomsbegreppet har en gränssättande funktion.

3.4 Egendomsbegreppets tillväxttendens

I syfte att beskriva vissa grundläggande förhållanden har jag i de två föregående avsnitten haft avsikten att peka på vissa egenskaper hos begreppen avtalsfrihet och egendom. Avsikten har också varit att markera att dessa begrepp är inflytelserika i krediträtten. Vad gäller egendomsbegreppet är det som nämnts dock inte dess gränssättande funktion som märks tydligast. Det är inte heller dess betydelse för samhällsförhållandena. Mest inflytande har egendomsbegreppet antagligen genom sin betydelse för förmögenhetsrättens systematik, metodologi och begreppsanvändning. Istället för att vara gränssättande kan man märkligt nog tala om att detta inflytande verkar i motsatt rikting. Egendomsbegreppets inflytande på systematik, metodologi och begreppsanvändning verkar nämligen i riktning mot ett allt mer vidgat egendomsbegrepp och således ett successivt ökande handlingsutrymme för de enskilda. Jag har valt att benämna denna effekt egendomsbegreppets tillväxttendens.

Ett bra exempel är de frågeställningar som uppkommer då den krediträttsliga argumentationen skall hantera företeelsen omsättning av framtida fordringar. När det saknas rättsregler för att hantera denna företeelse tenderar man i den krediträttsliga argumentationen att hänföra problemen till bekanta konflikttyper för ett etablerat egendomsobjekt. Istället för att fundera över alla de speciella intressen som gör sig gällande väljer man att mala problemet genom den kända konflikttypens kvarn. Visserligen med för logiken nödvändiga justeringar, men utan att de bakomliggande värdena tydliggörs. Trots att det finns relevanta in-

[153] Jfr Arnholm 1964 s 36–38.

tressen att ta hänsyn till och avväga uppmärksammas inte dessa. De reella problemen uppfattas inte och rättsfrågorna som formuleras kan t o m reduceras till rena teknikaliteter. Exempelvis uppmärksammades inte de reella borgenärsintressena när en borgenärsskyddsfråga om kreditsäkerhet i framtida fordringar behandlades i början av 1970-talet. Istället formulerades rättsfrågan som en fråga om denuntiationen kunde anses tillräckligt tydlig. Genom detta resonemang kom framtida fordringar att etableras som egendom och således något som avtalsparter kunde omsätta. Detta utan att några explicita hänsyn tagits till de relevanta intressen som borde ha avvägts i sammanhanget.[154]

De beskrivna effekterna har att göra med att förmögenhetsrättens systematik, metodologi och begrepp är verktyg som underlättar kommunikationen i den juridiska argumentationen.[155] Utan dessa verktyg skulle det vara omöjligt att fullgöra rättens uppgift att avväga intressen.[156] Det underlättande av kommunikationen som de nämnda faktorerna innebär är i mångt och mycket eftersträvansvärd. I avsn 2.1 och 2.4.1 har jag redovisat några tankar om varför rätten just måste vara en förenkling. Ibland kan förenklingen dock vara så långtgående att man kan tala om något mer än ett förenklande. Det kan vara fråga om ett omedvetet osynliggörande av de intressen det handlar om.

När förenklingen går så långt som till omedvetet osynliggörande kan det uppstå problem.[157] Dessa problem är allvarliga. Inte minst för att de kan ha betydelse för rättens legitimitet.[158]

Det finns flera faktorer som bidrar till osynliggörande. En har att göra med behovet att kommunicera vad det handlar om. Ett förhållande såsom en ny avtalskonstruktion beskrivs gärna i termer av en etablerad rättsfigur. Redan vad jag ovan nämnt om ”framtida fordringar” illustrerar problemet. Objektet beskrivs just som ett egendomsobjekt och den term

[154] Se vidare avsnitt 4.3, 5.6, 6.7, 8.8.4 och 10.2.3.1 nedan.

[155] Jfr Arnholm 1964 s 32.

[156] Jfr ovan avsn 1.8. Det kanske mest talande exemplet på en terminologi som tydliggör hur ett egendomsbegrepp är just ett verktyg är termen finansiella instrument. Termen instrument betecknar ju just redskap och verktyg. Jfr Walin 2001 s 16.

[157] För ett konkret exempel jfr Adlercreutz 1969 s 304 som talar om hur ”fordringsterminologin ibland undanskymmer realiteterna och, när den brukas även på potentiella fordringar, kan ha lett rättstillämpningen in på spår som inte förefaller helt lyckliga …”. Jfr Arnholm 1964 s 35–36. Givetvis skapar också medvetna osynliggöranden problem, men det är alltså inte i första hand de jag är ute efter här.

[158] Jfr Andersson H 2000 s 46 som talar om risker med ”marginaliseringstendenser” som verkar till den traditionella systematikens värn. Ang det allmänna temat om legitimitetens betydelse för rättens funktioner se t ex Doublet 1995 s 122-161. Stjernqvist/Widerberg 1978 s 32, 1985 s 33. Töllborg 1986 s 59–60. Eckhoff/Sundby 1991 s 233–234. Svensson E-M 1997 s 197–225. Axelrod 1987 s 130–131.

som används är alltså fordringstermen. Härigenom förmedlas en föreställning om en etablerat figur. Uttryck som ”kreditsäkerhet i fordringar som inte är intjänade” medför att företeelsen redan innan saken övervägts s a s släpps in i egendomsbegreppet. Företeelsen får därmed ikläda sig de attribut som vi ger etablerade figurer och när vi sedan har att bedöma saken riskerar vi att helt enkelt glömma av att vi måste göra en bedömning om företeelsen är lämpad för de attribut som vi redan klätt den i för att kunna identifiera den.

En annan faktor är att parterna, eller åtminstone en av dem, haft viljan att åstadkomma just att avtalsföremålet betraktas som egendom. Redan i avtalet används därför sådan terminologi. Avtalsparterna utnyttjar här etablerade begrepp, systematik och avvägningar. Att en etablerad avvägning härstammar från ett visst förhållande där man inte beaktat avvägningens konsekvenser för andra subjekt är givetvis inget som avtalsparterna framhåller. Tvärt om utnyttjas sådana systemargument just för att skapa hela konstruktioner med så stor verkan mot resten av världen som möjligt.[159] Bakom dessa strävanden i utvidgande riktning ligger ibland mycket starka intressen. Detta kan illustreras med historiken i avsn 1.5 ovan och med de strävanden som ligger bakom användandet av olika immaterialrättsstrategier i dagens samhälle.[160]

> Med en värdeladdad beskrivning kan det sägas handla om ockupationssträvanden vars kraft och verkan föranleder liknelser med den västerländska kolonisationen. Häri inbegrips då liknelsen med ockupation av land på bekostnad av kulturer som inte utnyttjade konceptet privat äganderätt.[161]

De sagda effekterna förstärks samtidigt av att avtalsfrihetsintresset tas till utgångspunkt i analysen. När en fråga blir aktuell för att två avtalsparter vill avtala eller har avtalat om något, utgår juristen från att avtalet skall godtas. Ser juristen inga normer som direkt underkänner avtalet blir utgångspunkten att avtalet är bra. När juristen ser sig om efter eventuella normer som underkänner avtalet, har han redan klätt företeelsen i termer av en etablerad rättsfigur. Behovet av att beskriva företeelsen på detta sätt är givetvis att kunna kommunicera frågan med andra jurister i den rättsliga argumentationen. Det är således fråga om en ofrånkomlig process, men samtidigt innebär den att intressen och aspekter skärs bort från problematiken. När processen kombineras med att analysen tar utgångspunkt i en avtalsfrihet av innebörden att allt som regel skall godtas, blir resultatet därefter.

[159] Om systemargument se ovan avsn 2.3.
[160] Se t ex Petrusson 1999 s 1–4. Granstrand 1999 s 1–50, 256–287.
[161] För ett exempel behöver vi inte gå längre i vare sig tid eller rum än till NJA 1981 s 1 (Skattefjällen). Jfr Wilson 2001.

3.5 Omsättningsrättens intressekaraktär

I detta kapitel har jag belyst begreppet omsättningsrätt. Vad som hävdas är att omsättningsrätten som begrepp kan sägas bestå av två moment, dels ett avtalsfrihetsmoment, dels ett egendomsmoment. Avtalsfrihetsmomentet har då främst en utvidgande funktion medan egendomsmomentet främst är gränssättande.

Om avtalsfriheten har uttryckligen sagts att det är fråga om ett relativt och komplext begrepp. Detta visar sig inte minst när avtalsfrihetsbegreppet ställs i relation till egendomsbegreppet.

Att även egendomsbegreppet är relativt har antytts. En sida av egendomsbegreppets relativitet är lämplighetsavvägningen av vilka resurser som bör fördelas genom marknad. En annan sida av relativiteten har med den juridiska argumentationen att göra och visar sig i egendomsbegreppets tillväxttendens.

På grund av relativiteten i hos avtalsfrihets- och egendomsbegreppet skulle man kunna tala om att begreppen har intressekaraktär, d v s de betecknar i betydande mån de olika intressen som ligger bakom dem. Denna intressekaraktär är ytterligare skäl för de metodologiska ställningstaganden jag gjort i kapitel 2.

4 De krediträttsliga begreppen – och deras betydelse för argumentationen

Att förhålla sig till såväl de verktyg som de rättsliga konstruktionerna utgör som till de intressen som ligger bakom är som sagt avgörande för hur den krediträttsliga argumentationen förs. För kreditsäkerhet i fakturafordringar finns det anledning att ytterligare utveckla begreppet säkerhet som verktyg. Företeelsen fordran har nämligen sådana karaktäristika att det kan vara svårt att hantera begreppet säkerhet utan att begreppet förfinas. En fordran är vanligtvis självrealiserande och i stort sett enbart intressant för sitt bytesvärde. Affektionsvärde saknas i princip helt och andra särskilda värden är ovanliga. Eftersom båda avtalsparter är mer intresserade av bytesvärdet än av objektet i sig kan begreppet säkerhet bli ett alltför trubbigt verktyg. Det finns därför särskild anledning att öppet beakta de olika intressen som ligger bakom nya konstruktioner. Ett alltför trubbigt säkerhetsbegrepp kan såväl förstöra lyckade konstruktioner som bidra till att mindre lyckade sådana etableras. Det finns emellertid också anledning att öppet beakta intressen när etablerade konstruktioner ställs i sammanhang som tidigare inte uppmärksammats. Att avfärda argument enbart av det skälet att föreställningar om säkerhetsbegreppet synes leda till en sådan slutsats är inte särskilt lyckat.

4.1 Ett introducerande, avgränsande och analyserande kapitel

Syftet med detta kapitel är att närmare beskriva vad jag avser med kreditsäkerhet i fakturafordringar. Kapitlet tjänar härigenom som avgränsning för de följande kapitlen, d v s som en beskrivning av vad jag huvudsakligen haft i tankarna. Det introducerar också vissa fordringsrättsliga och säkerhetsrättsliga grunder. Således handlar det om att introducera och avgränsa framställningen och analysen handlar här om centrala begrepp och deras betydelse för hur argumentationen förs. Analysen av

oklara rättsfrågor följer som tidigare nämnts först i kapitel 5–9. I de kapitlen kommer jag således att hänvisa till vissa karaktäristika som jag beskriver här, (men för många läsares syften går det ändå bra att läsa avsnitt 4.5 ganska översiktligt).[162] De begrepp som det handlar om är främst *fordran och säkerhet* med därtill anknytande och angränsande konstruktioner såsom begreppen *kredit och överlåtelse*.

Kapitlet inleds med en beskrivning av vad som kan sägas vara mer eller mindre gemensamma föreställningar om begreppet kreditsäkerhet i fakturafordringar. Här ges en beskrivning av de former som kan betraktas som typiska former av kreditsäkerhet i fakturafordringar.

Därefter tar jag upp några tankar om nyttan av den här typen av begrepp. Här sägs att begreppen underlättar kommunikationen och innebär en effektiv hantering genom den klassificeringsprocedur som rätten innebär. För säkerhet i fakturafordringar kan denna klassificeringsprocedur emellertid vara besvärlig. Det kan vara svårt att klassificera ett avtal som säkerhetsavtal eller överlåtelse eftersom ett avtal kan uppvisa karaktäristika för såväl säkerhet som överlåtelse. Likaså är det intressant att beakta skillnaderna mellan rena kreditavtal och kreditavtal med säkerhet. Eftersom dessa frågor är illustrativa för kapitlets huvudsyfte att spegla de krediträttsliga begreppens betydelse för den krediträttsliga argumentationen kommer de att vara framträdande i kapitlet. I linje härmed avslutar jag kapitlet med att utveckla några tankar om andra begrepp än säkerhet och överlåtelse.

4.2 Några typiska former av kreditsäkerhet i fakturafordringar

Först i detta kapitel skall jag beskriva vissa gemensamma föreställningar om begreppet kreditsäkerhet i fakturafordringar. Jag har valt att göra detta genom att beskriva de former som i den krediträttsliga rättsvetenskapliga litteraturen betraktas som typiska eller ordinära. Dessa är vad jag har kallat denuntiationspant samt factoring och företagshypotek. Härutöver beskriver jag också en form som ganska nyligen börjat användas av några subjekt på den svenska kreditmarknaden. Jag har kallat denna form för kundkontovärdepapperisering.

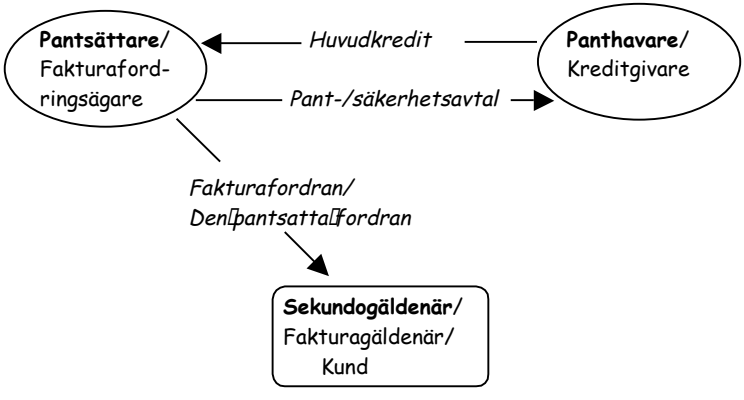
Det skall här anmärkas att framställningen i övrigt huvudsakligen tar upp frågor som är mer eller mindre gemensamma för denuntiationspant, factoring och kundkontovärdepapperisering. Jag intresserar mig i första

[162] Jfr läsanvisningarna i avsnitt 2.6.

hand för vilka konstruktioner som är möjliga att åstadkomma och därför för beståndsdelarna. Härigenom belyses givetvis också etablerade konstruktioner, men de kommer alltså i andra hand.

Företagshypotekets framtid i Sverige är f n oviss. För tre år sedan föreslogs att företagshypoteket skulle ersättas med en allmän förmånsrätt.[163] Förslaget har dock ännu inte resulterat i annat än en motion till Riksdagen. Jag har valt att ha med de delar av min studie som rör företagshypotek eftersom denna form är den svenska varianten av registerpant som är vanlig i flera länder. I den mån företagshypoteket tas bort kan det antas att de övriga formerna kommer att öka väsentligt i betydelse.

I det följande kommer jag huvudsakligen att använda följande terminologi för att beteckna inblandade subjekt och objekt:



Parterna i kreditsäkerhetsavtalet benämns pantsättare och panthavare. Ibland används de termer som använts tidigare i arbetet. Pantsättaren benämns då fakturafordringsägare och panthavaren kreditgivare. Deras avtal benämns pant- eller säkerhetsavtal i den del som avser säkerhetsmomentet respektive huvudkredit för den kredit pantsättaren får. Pantsättarens gäldenär kallas fakturagäldenär, kund eller sekundogäldenär. Fordran på sekundogäldenären kan kallas fakturafordran eller den pantsatta fordran.

4.2.1 Denuntiationspant

I skuldebrevslagen utmålas en bild av omsättning där en pantsättare pantsätter en enstaka enkel fordran till en panthavare. Det är denna mall

[163] SOU 1999:1.

som regleras i skuldebrevslagen och som främst behandlas i olika framställningar om säkerhet.

Det finns ingen vedertagen term för att beskriva just den form som mallbilden utmålar. Istället används mer allmänna termer som pant i fordran och handpant. Den senare termen syftar på att pantsättning av fordran får förmånsrätt enligt 4 § 2 p Förmånsrättslagen. Säkerheten i fordran jämställs i detta avseende med säkerhet i lösöre och omfattas med förmånsrättslagens terminologi av termen handpant. Vad som finns är således en gemensam föreställning men ingen term. Kanhända är behovet av en term därför inte särskilt stort. Jag har dock funnit anledning att markera att lagstiftningen utmålar denna mallbild genom att benämna den med en särskild term.

Ett centralt moment är att panthavaren får rätt att uppbära betalning direkt från sekundogäldenären. Panthavaren måste för ändamålet skaffa sig betalningslegitimation, SkbrL 30 §. Detta gör panthavaren lämpligast genom denuntiation. Denuntiation utgör också sakrättsligt moment. Enligt 31 § SkbrL måste sekundogäldenären denuntieras för att panthavaren skall få företräde framför pantsättarens övriga fordringsägare. Denuntiationen kan enligt samma regel också ge skydd mot andra förvärvare. Åtgärden denuntiation är därför central och jag har valt att benämna formen *denuntiationspant*.

> Att jag inte använt termen handpant beror inte bara på att det är en alltför allmän term, utan den är också ganska misslyckad för enkla fordringar eftersom den ger associationer till materiella objekt. Termen handpant kan för övrigt påverka tankarna kring frågan om rådigheten till panten.[164] I ljuset av att det är en lagstiftningens mallbild som avses vore en annan term skuldebrevslagspant eller mallpant. Jag föredrar dock denuntiationspant.

Ett annat karaktäristiskt villkor i SkbrL:s mallbild är att pantsättaren står kreditrisken för den pantsatta fordran, d v s att pantsättaren ansvarar för att sekundogäldenären betalar, SkbrL 10 §. I begreppet denuntiationspant läggs därför också att pantsättaren står kreditrisken.

4.2.2 Factoring (fakturabelåning och fakturaköp etc)

Factoring innebär att en fakturafordringsägare ingår ett avtal med en kreditgivare om att fakturafordringsägaren skall få fortlöpande kredit och andra förmåner i utbyte mot vissa avgifter och säkerhet i fordrings-

[164] Närmast till hands ligger då kanhända att uppfatta det som att panthavaren övertar rådigheten, d v s får fordran ”i handen”. Brækhus 1994 s 105 – 106, använder dock termen för att beteckna förhållande där pantsättaren endast avskärs rådigheten utan att panthavaren övertar rådighet.

ägarens fakturafordringar. Fakturafordringsägaren är vanligtvis en näringsidkare som i sin verksamhet ofta får just fakturafordringar på sina kunder. Kännetecknande för huvudtypen av factoring är att säkerheten är en fordringsmassa som varierar och att även krediten varierar med storleken på säkerheten.

Factoring är i huvudsak reglerat genom finansinstitutens standardavtal. Lagregleringen är dock densamma som för denuntiationspant, d v s i första hand SkbrL. I princip har man skiljt mellan två olika varianter. Den ena har främst gått under benämningen ”fakturabelåning” och den andra under benämningen ”fakturaköp” eller ”fakturakredit med risktäckning”.

Ett avtal om *fakturabelåning* innebär att fakturafordringsägaren får kredit från kreditgivaren med exempelvis 80 % av beloppet på fakturafordringsägarens kundfordringar. I utbyte mot krediten får fakturafordringsägaren betala ränta, hanteringsavgift och en fast årsavgift vanligen kallad ”limitavgift” p g a att den relateras till det maximala kreditbelopp parterna kommit överens om. Som säkerhet för krediten får kreditgivaren fakturafordringsägarens kundfordringar.[165]

Rent praktiskt går fakturabelåningen i princip till så att fakturafordringsägaren innan han skickar iväg sina fakturor förser dem med påskrift om att fordran överlåtits till kreditgivaren och att köparen därför skall betala till kreditgivaren.

> Ex ”Samtliga våra fakturafordringar har överlåtits på och pantförskrivits till Östgöta Enskilda Finans AB... Betalning med befriande verkan kan därför endast ske till Östgöta Enskilda Finans AB:s konto... via bankgironr ...”.

Denuntiationen till kunderna görs alltså via fakturan. Samtidigt som fakturafordringsägaren skickar iväg fakturan till kunden skickar fakturafordringsägaren en begäran om kredit till kreditgivaren. Kreditgivaren betalar ut krediten till fakturafordringsägaren så fort han mottagit begäran om kredit.

När sedan kunden betalar fordran till kreditgivaren på förfallodagen mottar kreditgivaren hela fordringsbeloppet, alltså 100% av fordringen. Det överskjutande beloppet, i detta fall 20%, redovisar kreditgivaren till fakturafordringsägaren. Kreditgivarens förtjänst är som nämnts ränta och avgifter.

[165] Utifrån villkor som är vanliga i standardavtal om factoring handlar det snarast om de fakturafordringar som panthavaren vid varje tillfälle accepterar att förvärva (belåna). Formuleringar som utanför avtalet lämnar ”fakturafordringar i övrigt som kreditgivaren inte finner sig kunna belåna”, förekommer således. De olika villkor som jag tagit del av skiljer sig dock mycket på denna punkt.

Eftersom factoring innebär att fakturafordringsägaren ständigt begär ny kredit, nämligen för varje ny kundfordran, och eftersom kreditgivaren ständigt har ett krav på räntor och hanteringsavgifter gentemot fakturafordringsägaren, regleras vederlaget från fakturafordringsägaren till stor del genom att kreditgivaren räknar av sina fordringar på fakturafordringsägaren från de belopp som kreditgivaren skall redovisa till fakturafordringsägaren.

Ett avtal om *fakturaköp*, eller fakturakredit med risktäckning, skiljer sig från ett avtal om fakturabelåning främst genom att kreditgivaren vid fakturaköp övertar kreditrisken för fakturafordringsägarens kundfordringar. Om en kund kommer på obestånd och inte kan betala sin skuld är det vid fakturaköp således kreditgivaren som gör en förlust. I utbyte mot denna risk kräver kreditgivaren större marginaler. Det kan t ex handla om konstruktioner där kreditgivaren betalar 95 % av fakturabeloppet och således gör en förtjänst om 5 % på varje faktura.

Köpterminologin används emellertid inte alltid på detta sätt. Det finns upplägg som benämns fakturaköp där kreditgivarens vinst beräknas som ränta och hanteringsavgift, givetvis då med något högre nivåer än vid fakturabelåning. Kreditgivaren kan då också vara skyldig att redovisa skillnaden mellan kreditbeloppet och fordringens belopp, d v s i detta fall de 20 %, till fakturafordringsägaren. Denna redovisningsskyldighet är atypisk för den gängse bilden av köp. I köpbegreppet ligger en tolkning om att kreditgivaren får behålla överskottet som vinst.

Det skall här anmärkas att det finns en mängd varianter av avtalskonstruktioner som ges i branschen ges olika benämningar.[166] En viktig anledning till de olika benämningarna är att de används i säljstrategier. Namnen profilerar produkterna och lyfter fram de respektive fördelarna med de olika konstruktionerna. I det följande kommer jag inte att använda benämningar som fakturaköp och fakturakredit i någon större utsträckning. Även om de givetvis kan ges olika rättsverkningar i flera avseenden är de principiellt tämligen lika, vilket jag kommer att redogöra för i avsn 4.5.3. Termen factoring som en benämning på löpande omsättning av en mängd fakturor är däremot användbar i denna framställning.

När det gäller rätten att inkassera betalning från kunderna har kreditgivaren rätt till denna så länge factoringförhållandet pågår och ny kredit beviljas. Det är en eftersträvad effekt av factoringavtalet att kreditgivaren, som vanligtvis är ett professionellt kreditbolag, skall utföra den tjänst som ett inkasserande innebär.

[166] Exempelvis european/american factoring, forfaiting, finansiell fakturabelåning, fakturaköp med regress, kundgiro etc.

4.2.3 Företagshypotek

För den tredje formen av säkerhet är en karaktäristisk egenskap att pantsättarens relation till sekundogäldenären i princip inte alls påverkas. Sekundogäldenären behöver inte ta notis om säkerhetsupplåtelsen och fortsätter att betala till pantsättaren. Säkerheten kan endast göras gällande vid konkurs eller då annan fordringsägare begär att säkerheten skall tas i anspråk för dennes rätt. Panthavaren får ingen rådighet över fakturafordringarna som ingår och pantsättaren har t o m rätt att förfoga över dem genom överlåtelse eller pantsättning till annan. Den form det handlar om är företagshypotek.

Företagshypoteket är inte exklusivt för fakturafordringar utan avser all lös egendom som ingår i en näringsidkares verksamhet med undantag för kassa- och banktillgodohavanden, värdepapper m m.

> I många andra rättsordningar finns det dock former där fordringar kan ställas som säkerhet separat i former som i övrigt ligger nära företagshypotek, se t ex norska Panteloven kap 4. Dessa utländska förhållanden är ett skäl till att företagshypotek behandlas i denna framställning. Ett annat är att registerpantsystem är ett intressant jämförelseobjekt eftersom det har helt andra effekter än denuntiationspant och factoring.

När fordringarna betalas till fakturafordringsägaren upphör kreditgivarens rätt avseende dessa. Fordringarna har då övergått till kassa- eller banktillgodohavande, d v s likvida medel, och utgör därmed egendom som är undantagen från kreditgivarens säkerhetsrätt.

Karaktäristiskt är också att huvudkrediten i ganska liten utsträckning anpassas till säkerhetens storlek. Om fakturafordringsägarens kundfordringar ökar i värde ger detta inte mer kredit såvida inte parterna omförhandlar.

Företagshypoteket bygger på ett registreringsförfarande. Det sakrättsliga skyddet uppnås dock genom överlämnande av företagshypoteksbrev.

4.2.4 Kundkontovärdepapperisering

Utöver de tre nämnda formerna som är välbekanta i den krediträttsliga litteraturen skall jag också beskriva en fjärde kategori. Det handlar om en sorts konstruktioner som på senare år börjat användas av några subjekt på den svenska kreditmarknaden.[167] De uppvisar vissa likheter med factoring men huvudsyftet är inte alltid att skaffa likviditet utan kan t ex vara att påverka nyckeltal i redovisningen o likn. Vad det handlar om är

[167] Se t ex Lundgren 2000 s 40–48 för en allmän teori (assymetrisk information) om i vilken mån värdepappersering kan växa och konkurrera ut vanlig bankverksamhet.

en form av s k värdepapperisering som ”är en övergripande beteckning för ett förfarande där relativt homogena finansiella tillgångar ompaketeras och säljs vidare som värdepapper till investerare.”[168] Den ”relativt homogena tillgång” som är intressant i detta arbete är de existerande och framtida fordringar som ett företag kan ha mot kunder till vilka man under en längre tid kommer att sälja under sådana former att det någorlunda går att förutse fordringsflödet. I vissa fall kan upplägen omfatta alla fakturafordringsägarens kundfordringar.[169] Företeelsen kan kallas värdepapperisering av kundfordringar eller kundkontovärdepapperisering.[170] Eftersom värdepapperisering är en konstruktion från USA och konstruktionerna hittills varit gränsöverskridande är det dock vanligt att istället tala om ”securitisation” och i det här fallet om ”securitisation of accounts receivables”.

Aktörerna i de aktuella upplägen är stora företag på börsnivå. Detta beror dels på att transaktionskostnaderna för dessa konstruktioner är så höga att det krävs en viss storlek för att nå lönsamhet, dels på att investerarna som övertar en del av kreditriskerna vill begränsa dessa. Typiskt sett är därför både fakturafordringsägaren och fakturagäldenärerna stora företag.

Konstruktionerna uppvisar som sagt likheter med factoring. Första ledet består i att fakturafordringsägaren omsätter de existerande och framtida fakturafordringarna till ett s k specialföretag som inte bedriver någon annan verksamhet. Upplägen kan sedan variera. En variant är att fakturagäldenären denuntieras om transaktionen och betalar till specialföretaget som avräknar beloppet från huvudkrediten. I denna del ligger en sådan lösning mycket nära factoring. Emellertid försöker man i vissa upplägg tillgodose fakturafordringsägarens intresse av att disponera fakturagäldenärens betalningar såsom inflytande likvider. En variant är då att specialföretaget som mottagit betalningarna vidarebefordrar dem till fakturafordringsägaren. Betalning av huvudkrediten görs då istället vid vissa avräkningstillfällen och upplägget innebär liten påverkan på likviditetsinflödet i förhållande till vad fakturafordringsägaren skulle fått utan upplägget. Man kan också tänka sig upplägg där fakturagäldenären inte alls informeras om omsättningen. Specialföretagets säkerhet består då i möjligheten att genomföra denuntiation när så anses nödvändigt m h t kreditriskerna.

Det andra ledet i de aktuella upplägen är värdepapperiseringsdelen. Specialföretaget är ett subjekt som skapats för att förvärva fordringarna.

[168] Citatet från Ds 1998:71 s 11.
[169] En engelskspråkig term för detta är ”whole-business securitisation”.
[170] Jfr Månsson/Andersson 1995 s 14–15 där”kassaflödet” framhålls som objektet.

Eftersom specialföretaget är renodlat och har ett lågt risktagande får det mycket god kreditrating och kan därmed till låga räntor låna upp det huvudkreditbelopp som fakturafordringsägaren får.[171] Upplåningen går till så att investerare förvärvar värdepapper som representerar deras rätt till avkastning. För att begränsa investerarnas risktagande brukar fakturafordringsägaren själv förpliktigas att teckna en andel av värdepappren och typiskt sett då de sämsta av dem.

Bakom specialföretaget står ett kreditinstitut. Kreditinstitutets förtjänst kan bestå i förmedlandet av värdepapper och del i avkastningen. På grund av de kapitalskyddsregler som stadgas i lagen om finansieringsverksamhet är specialföretaget ett utländskt subjekt som i princip saknar andra ägarintressen än investerarnas intresse av avkastning. I praktiken har man ofta använt subjekt på Jersey. Vid den kundkontovärdepapperisering som förekommit hittills förefaller emellertid även kreditinstituten ha varit utländska.

> De svenska reglerna har i juni 2001 ändrats för att underlätta värdepapperisering i Sverige. Det är emellertid en oklar rättsfråga om de lättnader i kapitalskyddskraven som genomfördes omfattar kundkontovärdepapperisering. Begränsningen till att specialföretaget får förvärva fordringar vid ”enstaka tillfällen” utesluter antagligen kundkontovärdepapperisering, se lagen om finansieringsverksamhet 1:3 p 11.[172]
>
> Det skall vidare nämnas att det utöver de nämnda aktörerna också kan finnas kreditinstitut som valutasäkrar eller förmedlar valutasäkring av de aktuella uppläggen genom s k ”swap”. Jag kommer emellertid inte att vidare beröra dessa delar i den här framställningen.[173]

4.3 Klassificeringsproceduren - begreppens styrka och svaghet

Nyttan av de ovan beskrivna mer gemensamma eller vedertagna begreppen är främst att de underlättar kommunikationen. De juridiska begreppen kan beskrivas som verktyg för att kommunicera och nå framgång vid lösning av vissa frågor i samhället, jfr avsn 2.5 och 3.5.

En bild för just de här aktuella begreppen utgår från att civilrätten har en struktur bestående av ett antal avtalstyper. Varje avtalstyp kopplas samman med en viss uppsättning rättsföljder. Ställd inför ett visst problem blir uppgiften att klassificera förhållandet som en viss avtalstyp

[171] Jfr Månsson/Andersson 1995 s 84–90.
[172] I prop 2000/01:19 s 22 anförs tre tillfällen som en gräns.
[173] Beträffande swap (eller svap) se t ex Mörner 1996–97 s 650–655. Walin 2001. Samt ingående Tjaum 1996 s 31–83.

varpå rättsföljderna blir mer eller mindre givna. Eftersom klassificeringen görs utifrån vissa begränsade karaktäristika innebär den ett praktiskt förhållningssätt. Processen är snabb och innebär ett betydande mått av förutsebarhet. Det är också juridikens funktion att åstadkomma förenkling.

Som nämnts finns det dock en fara i att begreppen och den juridiska förenklingsprocessen i alltför hög grad låter bli att beakta de intressen som ligger bakom en konflikt. Resultatet blir otillfredsställande när avtalstypologin och klassificeringsprocessen inte passar för den intresseavvägning som det handlar om. Med liknelsen att de juridiska begreppen utgör verktyg kan man tala om att vissa problem kräver särskilda verktyg. Om målet är att bygga något för ett särskilt behov kan det ibland vara effektivt att först skapa ett särskilt verktyg. I andra fall får gamla verktyg duga, men då användas tillsammans och med tålamodsprövande omsorg. I ytterligare andra fall är lösningen kanske att använda helt andra resurser för att tillfredsställa intressena.

> Det sagda kan också uttryckas som att det är viktigt att komma ihåg att begrepp som fordran, rättighet och förpliktelse är termer ”utan direkt motsvarighet i verkligheten men med en viktig främst teknisk funktion att knyta samman olika komplex av rättsregler, nästan oumbärlig för beskrivningen och systematiseringen av rättsreglerna. – Likväl lever sannolikt mycket kvar av substanstänkandet, vilket kan tänkas ibland påverka lösningen av olika frågor.”[174]

Att temat om begreppens betydelse är särskilt intressant för kreditsäkerhet i fakturafordringar har bl a att göra med vissa karaktäristika hos objektet, eller m a o verktyget, fakturafordringar. Frågan om begreppens betydelse yttrar sig framför allt i svårigheter att klassificera vissa avtal som kreditavtal med säkerhet eller som bara kreditavtal. Det kan också vara problematiskt att klassificera ett avtal som säkerhetsavtal eller överlåtelseavtal. Av bl a dessa skäl finns det anledning att titta närmare på olika karaktäristika hos omsättningsobjektet, eller m a o verktyget och begreppet, fakturafordringar. En genomgång av dessa karaktäristika ger samtidigt en introduktion till rättsområdet och den fortsatta framställningen.

[174] Adlercreutz 1969 s 293. Arnholm s 30–39.

4.4 Fakturafordringars karaktäristika – ett urval

Som nämnts i inledningen i kapitel 1 avser jag med fakturafordringar sådana vanliga enkla penningfordringar som uppstår i näringsverksamhet och där betalningsanmaning görs genom faktura.[175] Syftet med att använda termen fakturafordran är bara att peka på att jag främst haft vissa förhållanden för ögonen. Det är inte fråga om någon skarp avgränsning i förhållande till andra enkla fordringar. Ett sätt att beskriva vad jag avser med fakturafordringar är att relatera till andra förekommande fordringsbegrepp. Jag skall därför utveckla den nyssnämnda beskrivningen med en illustration som får ange några enkla karaktäristika.

Näringsidkarfordran	☒	☐	Privat fordran
Naturafordran	☐	☒	Penningfordran
Enkel fordran	☒	☐	Löpande fordran
Kortfristig fordran	☒	☐	Långfristig fordran
Villkorad fordran	☒	☒	Ovillkorad fordran
Intjänad fordran	☒	☒	Framtida fordran
Avkastningsfordran	☒	☒	Köpeskillings/tjänstefordran
Förmånsberättigad f.	☐	☒	Oprioriterad fordran

Vad som är centralt i detta avsnitt är emellertid de egenskaper hos fakturafordringar som gör företeelsen kreditsäkerhet i sådana fordringar till en speciell form av kreditsäkerhet. Det är dessa karaktäristika som beskrivs i det följande.

4.4.1 Fordringsobjektets ekonomiska värden

Det finns egenskaper hos fordringar som gör att det kan vara svårt att dra gränser mellan avtalsformerna säkerhet och överlåtelse. Att fordran avser icke individuellt bestämd egendom är en sådan egenskap. I den här framställningen handlar det om krav på pengar och därför vanligen om krav på generiskt bestämd fungibel egendom.[176] En annan egenskap är

[175] En definition som jag funnit i standardvillkor för factoring är: ”Med fakturafordran avses i kredittagarens normala rörelse på grund av skedd leverans av vara eller tjänst uppkommen fordran på kredittagarens kunder.”

[176] Håstad 1996 s 24–26 påpekar att termen fungibel egendom ibland förefaller användas som synonym till generiskt bestämd egendom, men menar att fungibel egendom snarare

att fordringar till sin natur är sådana att de upphör att existera. När fordringar upphör genom t ex betalning till borgenären utsläcks fordran.

4.4.1.1 Bytesvärdet dominerande

Eftersom fordringar avser generiskt bestämd egendom och till sin natur är sådana att de upphör att existera, saknar fordringar ofta värde utöver *bytesvärdet*. Detta skiljer penningfordran från andra typer av rättigheter, och framför allt då rättigheter till saker, vilka kan ha ett betydande *affektionsvärde*. Andra rättigheter kan också ha ett särskilt värde, ett *bruksvärde*, i kombination med andra rättigheter som rättighetshavaren har. En penningfordran har däremot ofta lika stort värde för vem som än innehar den.

En annan aspekt är att bytesvärdet är relativt värdebeständigt mot värdeökningar. För fakturafordringar som omsätts är fordringsbeloppet typiskt sett konstant fram till betalning. Fakturafordringar används i liten mån för placeringar mot förväntad värdeökning.

> Härmed inte sagt att värdeökningar är omöjliga. Viktigast är kanske att en fordran kan öka i värde efter att den en gång belastats av att sekundogäldenärens befunnit sig i en svacka. Man kan också tänka sig just placering i den mån man fakturafordran förväntas ge ränteavkastning, vilket främst då handlar om dröjsmålsränta. Det är också tänkbart att fakturafordringar skulle användas som objekt för valutaspekulation. Den som räknar med en uppgång i en viss valuta förvärvar då fakturafordringar som gäller den valutan.

Kombinationen av att fordran ofta saknar andra värden än bytesvärde och att de upphör att existera innebär att pantsättarens syfte med en pantsättning blir mer överlåtelselikt än vid det typiska fallet av pant. I typfallet har pantsättaren syftet att utnyttja egendomens bytesvärde utan att oåterkalleligen omvandla detta värde. Vid pant i fordran är pantsättarens syfte bara att tidigarelägga en ofrånkomlig omvandling av egendomens bytesvärde.

---

bör beteckna egendom som i sig saknar individuell prägel, såsom pengar eller spannmål, medan generiskt bestämd egendom får stå för vad ett visst avtal kräver, d v s att gäldenären kan fullgöra med vilket objekt som helst som motsvarar kravet, såsom en bil eller cykel av visst slag. Eftersom pengar saknar individuell prägel och det sällan finns något intresse av att få betalt med en viss sorts pengar är penningfordringar vanligtvis anspråk på generiskt bestämd fungibel egendom. Hellner 1993b s 39 nämner att begreppen härstammar ur den romerska rätten där avtalen rörde antingen slavar och djur som var species, eller spannmål vin och olja, som var genus. Jfr Mellqvist/Persson 2001 s 43–44. Rodhe 1984 s 546.

4.4.1.2 Särskilda värden förekommer i undantagsfall

Fordringar kan i vissa fall ha andra värden än bytesvärde. Jag har valt att kalla dessa för *särskilda värden*. Ett sådant värde består i att en borgenär som står i skuld till gäldenären genom kvittning kan få ut mer av en fordran om gäldenären går i konkurs eller om fordran preskriberats. Jag kallar detta värde för *särskilt kvittningsvärde.* Eftersom man inte kan förvärva en fordran för att kvitta med när konkurs eller preskription väl inträtt måste man vara förutseende för att kunna utnyttja detta värde. Ett annat särskilt värde hos en enkel fordran kan vara att borgenären har en viss makt över gäldenären. En fordran kan användas för att förmå gäldenären att agera på ett visst sätt eller till att försätta en gäldenär med betalningssvårigheter i konkurs. Detta värde kallar jag *särskilt rättighetsvärde*.[177] Möjligen kan man också räkna med ett tredje särskilt värde hos en enkel fordran. Bytesvärdet för vissa typer av fordringar är ofta avsevärt lägre än det nominella fordringsbeloppet. För den som väljer mellan att tillgodogöra sig fordran genom omsättning eller genom att invänta betalning förefaller det finnas ett värde i att välja det senare. Jag har funnit anledning att i vissa sammanhang överväga betydelsen av detta faktum och tycker att det är lättast att referera till det med termen *särskilt spekulationsvärde*. Ur ett perspektiv är detta inte särskilt korrekt eftersom bytesvärdet fastställs med beaktande av möjligheten av och sannolikheten för att gäldenären betalar.

En liknande form av särskilt värde kan man räkna med hos t ex försäkringar (livförsäkringar) som kan ha ett särskilt värde för ägaren. Att lösa in en sådan eller överlåta den på annat sätt, i den mån det nu är möjligt, ger ofta ett ofördelaktigt ekonomiskt resultat.

Även andra typer av villkor som inte förutsätter en händelse eller prestation på borgenärens sida kan ha ett särskilt värde eller affektionsvärde. Om t ex mer slumpmässiga förhållanden avgör utfallet av fordran kan den ha ett särskilt värde för en borgenär som har en känsla för att det slumpmässiga skall slå in.

Det finns också anledning att påpeka att en penningfordran kan sägas ha större värde för t ex en person som är särskilt duktig på att driva in fordringar.

Ett viktigt påpekande avseende de särskilda värdena är att de i betydande mån inte kan identifieras förrän efter det att pantförhållandet

[177] Detta värde illustreras kanske bäst med ett exempel från filmen. I Ingmar Bergmans Fanny och Alexander finns en svårförglömlig scen där Jarl Kulle (i rollen som Gustav Adolf Ekdahl) förklarar att han minsann köpt upp varenda fordran på berättelsens skurk Jan Malmsjö (Biskop Edvard Vergerus) för att kunna hota denne med konkurs och vanära.

uppstått. Framför allt är särskilt kvittningsvärde och särskilt spekulationsvärde värden som typiskt sett inte alls föreligger vid denna tidpunkt.

4.4.1.3 Sammanfattning

En slutsats av denna analys av fordringsobjektets ekonomiska värden är således att en pantsättare av en fakturafordran typiskt sett har mindre intresse av att få tillbaka säkerheten än vad som är fallet vid säkerhet i många andra typer av egendom. Det är inte minst av betydelse att fakturafordran i många fall faktiskt realiseras av sig själv genom betalningen. På grund av dessa egenskaper uppvisar avtal om säkerhet i fakturafordran typiskt sett uppvisar en större likhet med överlåtelse än vad avtal om säkerhet i andra objekt gör. I vissa fall finns det dock särskilda aspekter att beakta. Det kan konstateras att dessa undantagsfall till betydande del inte kan identifieras förrän efter det att pantförhållandet uppstått.

4.4.2 Riskmoment

Fordringsobjektets värden är således karaktäristika som har betydelse för svårigheterna att klassificera enligt avtalstypologin. Andra betydelsefulla karaktäristika är de olika risker som påverkar fordringsobjektets ekonomiska värden.

4.4.2.1 Kreditrisk

Av central betydelse är kreditriskmomentet som består i riskerna att inte få betalt. Att borgenären inte får betalt kan bero på att fordringar upphör mot borgenärens vilja. Den viktigaste anledningen är konkurs, för gäldenärer som är fysiska personer konkurs i kombination med dödsfall. Andra anledningar till att en fordran upphör är preskription, ackord och skuldsanering.

> För en särskild form av fordringar är kreditrisken lägre än i normalfallet. De s k redovisningsfordringarna har helt andra egenskaper. En redovisningsfordran kan beskrivas som ett anspråk på individuellt bestämd fungibel egendom. En redovisningsfordran ger nämligen p g a principen om separationsrätt företräde framför övriga fordringar. Den redovisningsskyldige är då straffrättsligt förpliktigad att hålla medlen avskilda eller i vart fall tillgängliga för vidarebetalning.

Kreditriskegenskapen har den betydelsen för klassificeringen att riskbärandet är förknippat med äganderättsterminologin och därmed med överlåtelse.

4.4.2.2 Betalningsvilja

Utöver att betalning uteblir p g a att fordran upphör är en viktig anledning till att borgenären inte får betalt att det kan vara förenat med praktiska besvär att mot gäldenärens vilja driva in en fordran. Föreligger bristande betalningsvilja blir fordran i princip mindre värd.

Betalningsviljan påverkas av en rad faktorer. En faktor är på vilket sätt fordran uppkommit. Exempelvis är gäldenären antagligen mindre benägen att betala en skadeståndfordran än en lönefordran.

> Fordringar kan uppstå på en mängd olika sätt. Ett sätt är genom avtal. Fordringsavtalet eller kreditavtalet anses numera vara ett konsensualavtal. För konsumentkrediter finns det dock ett formkrav avseende villkor som i jämförelse med vad som annars skulle gälla är till nackdel för konsumenten.[178]
>
> På 1800-talet beskrev man emellertid kreditavtalet på ett sätt som för tankarna till realavtal och så sent som 1957 hölls frågan öppen.[179] En sådan syn är dock svår att förena med att de flesta andra avtal är konsensualavtal och att ett villkor om kredit kan vara en del av ett sådant avtal.
>
> Ett avtal behöver inte vara ett kreditavtal för att det skall medföra att en fordran uppstår. Det kan också innefatta villkorade betalningsåtaganden som skadestånd och återbetalning efter hävning. Andra sätt som fordringar kan uppstå på är genom handlanden som på utomobligatorisk grund leder till fordringsanspråk. Exempel är utomobligatoriskt skadeståndsgrundande handlande, ersättningsgrundande handlande utan uppdrag s k negotiorum gestio, bärgning, och återkravsrätt p g a felaktig överföring s k condictio indebiti. Fordringar kan också uppstå på offentligrättsliga grunder som t ex genom beskattning.

Betalningsviljans betydelse för klassificeringen är av samma karaktär som kreditrisken. Risken för betalningsovilja och risken för besvär att hantera egendomen sammankopplas med äganderätten.

4.4.2.3 Existensrisk – fordringar och fordringsliknande förhållanden

En annan egenskap av betydelse för riskerna har att göra med att alla fordringar är beroende av att vissa omständigheter föreligger eller vissa handlingar utförs. Härvidlag föreligger olika risker beroende på vad som innefattas i begreppet fordran. Begreppet får inte sällan beteckna även rättsförhållanden där det är relativt låg sannolikhet för att borgenären får slutlig rätt till betalning. Exempelvis används termen fordran för krav på vederlag trots att prestationen inte utförts. Avgörande för när termen används är inte ett konkret antagande om sannolikhetsgraden för borgenärens rätt till betalning. Det avgörande synes istället vara att det före-

[178] Konsumentkreditlagen 9 §.
[179] Ask 1882 s 6. Se Ekeberg/Benckert 1957 s 217–218, 228–229 som dock starkt förordar att onerösa försträckningsavtal inte skall betraktas som realavtal.

ligger någon form av etablerat rättsförhållande. Att termen används på detta sätt beror främst på att det är ett bekvämt sätt att beskriva ett förhållande. Några närmare överväganden beträffande risker ligger knappast bakom. Temat är emellertid belysande för en del problematik kring fordringsbegreppet och jag skall här ge några exempel på hur fordringsbegreppet används.

Ett exempel är som nämnts att fordran får beteckna krav på vederlag trots att prestationen inte utförts. Det kan då vara fråga om tjänsteprestationer eller leverans av varor. Termen används också för tjänsteprestationer enligt anställningsavtal. När ett anställningsavtal ingåtts blir löneanspråken således ”fordringar” även om de ännu inte intjänats. På samma sätt talar man om ”hyresfordringar” för en framtida period där något nyttjande ännu inte förelegat. Det förekommer också att ”fordran” används för anspråk på försäkringsersättning trots att försäkringsfall inte inträffat. Däremot talas det av förklarliga skäl inte om fordran när grunden är att ett framtida krav på utomobligatoriskt skadestånd. Det är t ex få som talar om att de har någon sorts fordringsrätt på en person som p g a sin vårdslösa läggning en vacker dag kommer att slå en golfboll genom deras fönsterruta. För framtida krav enligt avtal som ännu inte ingåtts varierar däremot terminologin. Är det t ex fråga om förväntad försäljning kan termen dyka upp.

Ur ett perspektiv är det konsekvent att använda termen fordran även för förhållanden där det endast råder viss sannolikhet för att borgenären får rätt till betalning. På sätt och vis är nämligen alla fordringar beroende av att vissa omständigheter föreligger eller vissa handlingar utförs. I vart fall är alla fordringar beroende av att åtgärder vidtas för att inte preskription skall inträda. Ur ett annat perspektiv är det dock problematiskt att låta begreppet fordran omfatta vissa förhållanden. Enligt marknadsteorin är det bara ett urval av resurser som lämpar sig för fördelning på en marknad. När fordringsbegreppet får beteckna förhållanden som har delvis andra egenskaper än de förhållanden som typiskt sett omfattas, kan det bli fråga om en utvidgning av egendomsbegreppet som inte belysts tillräckligt, jfr avsn 3.4.

I litteraturen används termerna ovillkorade, suspensivt villkorade och resolutivt villkorade fordringar för att beteckna olika här aktuella förhållanden. De ovillkorade fordringarna ställs då i motsats till de två villkorade varianterna. En fordran sägs för det första vara villkorad när den är beroende av att något skall inträffa för att gäldenären skall bli betalningsskyldig. Exempel på sådana villkor är att en avtalad prestation utförs eller att försäkringsfall inträffar. Det är dessa förhållanden som

brukar kallas suspensivt villkorade fordringar.[180] Härutöver talas det om villkor som utesluter en redan existerande betalningsskyldighet. Sådana villkor är t ex att preskription inträder eller att en hävningsgrund uppstår. Vidare finns det villkor som medför återbetalningsskyldighet efter att gäldenären betalat. Även här är hävningsgrund ett exempel på villkor. Det är vissa av fordringarna i andra och tredje kategorin som brukar få beteckningen resolutivt villkorade fordringar.[181]

Det kan noteras att terminologin villkorade fordringar har vissa nackdelar. Jag avser då inte det faktum att alla fordringar kan sägas vara villkorade på så vis att de kan preskriberas. Preskription är typiskt sett en så perifer företeelse att den kan accepteras inom ramen för termen ovillkorad. Vad jag avser är istället att terminologin antyder en generell kategorisering samtidigt som denna kategorisering inte alltid är den mest relevanta i olika juridiska avvägningar. Istället kan det vara andra särdrag hos fordringsobjekten som har större signifikans. Ett sådant särdrag har att göra med vilken miljö det handlar om, d v s om branschförhållanden och särregler som vid konsumentkredit-, anställnings- eller försäkringsförhållanden. Ett annat särdrag är den mer konkreta sannolikheten för att borgenären får slutlig rätt till betalningen. Härmed inte sagt att terminologin villkorade fordringar inte alls speglar sannolikhet. Vid suspensivt villkorade fordringar är sannolikheten typiskt sett mindre för att borgenären får slutlig rätt till betalningen än vid resolutivt villkorade och ovillkorade fordringar. Sannolikhetsförhållandena kan dock också vara de omvända.

> Förklaringsvärdet hos termen villkorad fordran har annars ifrågasatts med andra motiveringar. En viktig sådan motivering är att fordringsterminologin leder tankarna till objekt och att detta objekttänkande påverkar lösningarna i alltför hög grad.[182] Andra beskrivningar kritiserar termen i mer teknisk mening. En beskrivning är att suspensivt villkorade fordringar inte kan vara fordringar per definition.[183] En variant på temat är att suspensivt villkorade fordringar inte är fordringar utan endast ”möjligheten av att en fordran skall uppstå”. Det kan dock finnas anledning att beskriva förhållandet med en term. Termen suspensivt villkorade fordringar är då talande även om termer

[180] Malmström 1933 s 25–38 som skriver om villkor vid fastighetsköp anger att termerna suspensivt och resolutivt utgör en vidareutveckling av de romerska juristernas språkbruk. Karlgren 1936 s 172. Adlercreutz 1969 s 293–294. Lindskog 1993 s 155–157. Se även Principles of European Contract Law kapitel 16.
[181] Lindskog 1993 s 227.
[182] Adlercreutz 1969 s 293–294, 304.
[183] Vilken Burling 1976 s 548 (till synes överdrivet) tillskriver Olivecrona 1976. Jfr Adlercreutz 1969 s 294 och 300.

som ”kanske-fordringar” och ”eventuella fordringar” har sina fördelar.[184] Termen fordran används för vissa av dessa företeelser också i lagtexten, se t ex KonkL 5:15 2 st.

Problematiken avseende fordringar och fordringsliknande förhållanden har att göra med begreppet fordran och därmed med begreppen egendom och objekt. Vad det handlar om är därför främst huruvida det finns anledning att alls beskriva konstruktionerna som fordran respektive omsättning, jfr nedan avsn 4.5.2–3.

4.5 Säkerhetsavtalet – en beskrivning

I föregående avsnitt har alltså beskrivits några karaktäristika hos objektet fakturafordringar. Syftet med beskrivningen var att belysa att det kan vara problematiskt att klassificera ett avtal som rör fakturafordringar i den vedertagna avtalstypologin med kreditavtal, säkerhetsavtal och överlåtelseavtal. I detta avsnitt är syftet nu att ytterligare belysa klassificeringsproblematiken. Syftet är framför allt också att ge en bakgrund till ett belysande av svagheterna med klassificering och begreppsanvändning. Samtidigt tjänar även detta avsnitt som en introduktion och avgränsning inför den fortsatta framställningen.

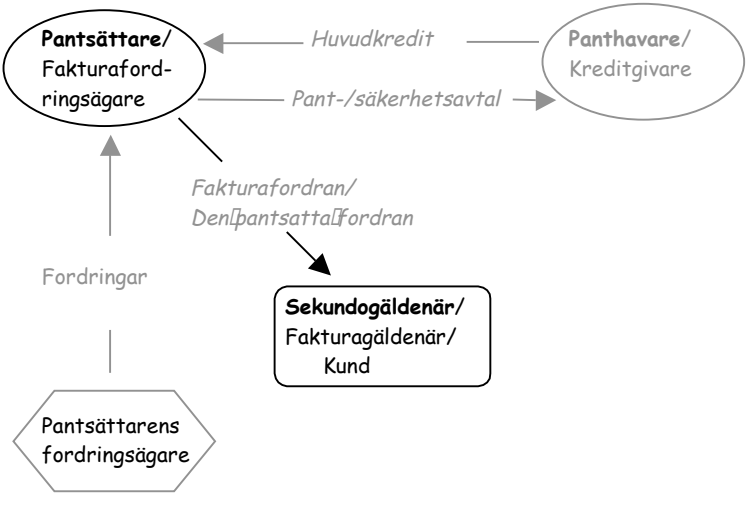
För att fullgöra dessa syften ger jag i detta avsnitt en beskrivning av säkerhetsavtal i förhållande till kreditavtal och överlåtelseavtal. Jag inleder med att ställa upp ett antal karaktäristiska avtalsvillkor som förekommer i säkerhetsavtalssammanhang. Därefter redovisar jag några tankar om vad jag kallar gränsen mot kreditavtal eller den nedre gränsen. Tankar om den övre gränsen, d v s mellan säkerhet och överlåtelse, kommer sist. Ett särskilt belysande av svagheterna med klassificering och begreppsanvändning följer sedan i avsnitt 4.6.

Det skall redan inledningsvis påpekas att jag här valt vissa utgångspunkter som påverkat min beskrivning. För gränsen mot kreditavtal har jag valt tankar om risk, och då risk för kreditgivaren, som utgångspunkt. För diskussionen om gränsen mot överlåtelse har jag valt att fästa stort avseende vid 37 § AvtL. Det finns många andra faktorer och syften med säkerhetsavtal som kan vara relevanta, en del kommer till uttryck på olika ställen senare i framställningen.

Innan vi går vidare finns det anledning att lägga till en ytterligare subjektskategori i skissen över terminologin för inblandade subjekt och objekt.

[184] Lindskog 1993 s 155–161, från vilken också citaten hämtats. Lindskog menar att ”Begreppet suspensivt villkorad fordring i sig är en överflödig konstruktion som dock kan fylla vissa framställningstekniska funktioner.”

Pantsättaren har andra fordringsägare än panthavaren. Dessa kallas i denna framställning vanligtvis pantsättarens fordringsägare eller bara fordringsägare. Deras krav kallas fordringar. Förhållandena kan skissas enligt följande:



4.5.1 Några variabler

Ett säkerhetsavtals innehåll kan variera betydligt. Innebörden av säkerhetsrätt kan beskrivas som en överföring till panthavaren av vissa av de befogenheter som pantsättaren har mot sekundogäldenären. Den kan också innebära en begränsning av pantsättarens befogenheter utan att någon motsvarande befogenhet tilldelas till panthavaren. Härutöver ger säkerhetsrättsförhållandet också upphov till särskilda rättigheter och skyldigheter mellan parterna. Vad jag vill visa med detta avsnitt är att det går att tala om ett stort antal variabler eller beståndsdelar i ett säkerhetsavtal.

Typiskt sett innebär säkerhetsrätten en villkorad rätt att *ta betalt* för ett fordringsanspråk ur säkerheten *med företräde* framför pantsättarens övriga fordringsägare. Häri finns två centrala moment. Dels möjligheten att mot pantsättarens vilja ta betalt, dels rätten till företräde. I kombination med de övriga rättigheter och skyldigheter som säkerhetsförhållandet kan ge upphov till kan det finnas anledning att tala om åtminstone

ett dussintal variabler som kan kombineras på olika sätt och ge upphov till ett stort antal varianter av säkerhetsförhållanden.

En variabel som parterna disponerar i sin fördelning är alltså rätten att ta betalt. Till denna hör rätten att realisera egendomen d v s *realisationsrätten.* Det centrala momentet i ett säkerhetsavtal är att egendom reserveras för panthavarens anspråk. Denna reservation kan gå olika långt. Säkerhetsavtalet kan ge panthavaren rätt att själv realisera panten eller att låta exekutiva myndigheter realisera den. Man kan också tänka sig att panthavarens säkerhet består av att pantsättaren försätts ur stånd att förfoga över panten och att den därför finns till hands när panthavaren istället tar hjälp av exekutiva myndigheter för att driva in huvudfordran. Ett tredje alternativ är att panthavaren får möjlighet att om han finner det nödvändigt försätta pantsättaren ur stånd att förfoga över panten. En form av realisation är kvittning med en skuld till sekundogäldenären. *Kvittningsrätten* ger i vissa fall upphov till särskilda frågor.

Realisationsrätten hänger delvis samman med *rådigheten* över panten. Rådigheten kan ges till panthavaren, till pantsättaren eller till tredje man, d v s fråntas båda parterna. Att rättsordningen uppställer krav i detta avseende begränsar parternas handlingsfrihet.

Om panthavaren övertar rådigheten blir frågan om vård av säkerheten aktuell. I princip anses panthavaren ha en tvingande *vårdplikt* i den meningen att det enligt allmänna obligationsrättsliga principer inte går att friskriva sig från uppsåtligt eller grovt vårdslöst agerande. Som regel handlar det emellertid om en dispositiv vårdplikt. För fakturafordringar består vården i första hand i att undvika kreditrisker, preskription o likn.

Ett centralt moment i pantavtalet är panthavarens *redovisningsplikt* för det eventuella överskottet. Redovisningsplikten är tvingande för säkerhetsavtal enligt förverkandeklausulsförbudet i AvtL 37 §. Den innebär att panthavaren måste redovisa ett eventuellt överskott efter att han tagit betalt ur panten. Panthavaren är i pantsättarens intresse skyldig att realisera egendomen på ett sådant sätt att bästa möjliga resultat uppnås. Detta intresse kan också påverka tidpunkten för realisationen. Tidpunkten styrs dock i första hand av pantsättarens intresse av att få betalt inom viss tid.

En realisation i syfte att fullgöra redovisningsskyldigheten är beroende av att panthavaren vill ta betalt ur panten. Om pantsättaren är betalningsansvarig för huvudfordran har panthavaren dock rätt att välja istället ta betalt för huvudfordran genom exekution.

Man kan kanske ifrågasätta om inte panthavaren är skyldig att i första hand söka täckning ur panten även om pantsättaren är betalningsskyldig för huvudfordran. En vanlig uppfattning förefaller dock vara att panthavarens

handlingsmöjligheter inte skall vara begränsade i detta avseende. Det finns nämligen stadganden som endast delvis begränsar panthavarens handlingsmöjligheter i detta avseende. De måste därför utgå från att utgångspunkten är att panthavaren har valrätt eller att panthavaren genom avtalsvillkor fått denna rätt. UB 4:4 begränsar således panthavarens möjligheter till utmätning av annan egendom än panten om en sådan utmätning är till skada för tredje man. Enligt UB 4:3 bör kronofogden i första hand utmäta tillgång som innebär så liten kostnad, förlust eller annan olägenhet som möjligt för gäldenären. Även konkurslagen 2:10 bör nämnas. Enligt denna kan en panthavare med betryggande säkerhet inte få gäldenären försatt i konkurs.

Realisationsskyldighet i den meningen att panthavaren ovillkorligen är skyldig att realisera panten är en annan sak än realisation för att fullgöra redovisningsskyldigheten. I vissa fall kan det kanske vara praktiskt för parterna att panthavaren realiserar egendomen och att pantsättaren har rätt att slippa detta besvär. För enkla fordringar kan det t ex vara lämpligt att panthavaren står för ett eventuellt inkassobesvär om det blir nödvändigt att driva in den pantsatta fordran.

Såväl panthavarens ovillkorliga realisationsskyldighet som panthavarens skyldighet att realisera för att fullgöra redovisningsskyldigheten och pantsättarens *betalningsskyldighet* hänger ihop. Är pantsättaren betalningsskyldig är panthavaren inte skyldig att realisera utan kan välja annan fullgörelse. Är det istället så att pantsättaren inte är betalningsskyldig måste panthavaren realisera. Dels för att få fullgörelse och dels för att fullgöra sin redovisningsplikt.

Ett moment i betalningsskyldigheten är *lösningsskyldigheten*. Om pantsättaren inte är betalningsskyldig har han heller inte någon lösningsskyldighet eftersom panthavaren då inte kan genomdriva att pantsättaren löser panten. Betalningsskyldigheten är således en förutsättning för lösningsskyldigheten. Däremot kan betalningsskyldighet föreligga utan lösningsskyldighet. Panthavaren måste då vara realisationsskyldig och redovisa realisationsresultatet till pantsättaren.

På pantsättarens sida är *lösningsrätten*, d v s rätten att mot panthavarens vilja återfå panten genom att betala huvudfordran, av stor betydelse. Vid pant i egendom med affektionsvärde el likn är denna rätt oftast avgörande för pantsättarens val mellan säkerhetsavtal och överlåtelse. För enkla fordringar är denna rätt emellertid inte lika avgörande.

Pantsättaren kan ha lösningsrätt såväl då han är betalningsskyldig som då han saknar betalningsskyldighet. När pantsättaren inte är betalningsskyldig får panthavaren hålla sig till panten.

När pantsättaren har lösningsrätt eller rätt att få ett eventuellt överskott redovisat till sig har han rättigheter som kan omsättas. Pantsättaren har m a o *förfoganderätt*. I fall då han har båda dessa rättigheter och omsätter dessa talar man om överlåtelse av fordran. Om han bara omsätter

överhypoteket kan detta ske i form av sekundärpantsättning av fordran eller i form av överlåtelse av den eventuella framtida redovisningsfordran. Har pantsättaren, i den mån det nu inte anses strida mot AvtL 37 §, endast lösningsrätt och ingen rätt till överhypoteket, förefaller det vara mest korrekt att tala om omsättning av lösningsrätten. Lösningsrätten utgör här en form av optionsrätt.

Som en sista variabel kan nämnas parternas fördelning av *kreditrisken* för sekundogäldenärens solvens. Den kan falla på den ena av parterna eller delas mellan dem. När pantsättaren står hela eller en del av kreditrisken innebär det i praktiken att han är betalningsskyldig för hela eller en del av huvudfordran.

> Visserligen kan skyldigheten att stå kreditrisken formuleras som en särskild fordran men det är då mest fråga om en formell skillnad. Pantsättarens skyldighet att betala det som sekundogäldenären inte förmår betala är formellt en annan fordran än huvudfordran, en ”garantifordran”. Denna garantifordran kan dock knappast bli större än huvudfordran så länge panthavaren är skyldig att redovisa överhypoteket. Det har också endast formell betydelse att pantsättarens betalningsskyldighet inträder först då sekundogäldenärens dröjsmål. Jfr enkel borgen.
>
> I det omvända förhållandet, när istället panthavaren står kreditrisken, är pantsättaren i praktiken inte heller betalningsskyldig. Visserligen kan pantsättaren vara skyldig att betala huvudfordran tills kreditförlusten konstaterats i viss mening, men när så skett måste panthavaren som står kreditrisken betala ersättning för kreditförlusten. Formellt innebär detta att pantsättaren är betalningsskyldig för huvudfordran men i praktiken att denna upphör när panthavarens ansvar för kreditrisken inträder.
>
> Kreditrisken kan också fördelas mellan parterna. En sådan fördelning innebär att pantsättaren blir delvis betalningsskyldig även om villkoret formellt kan konstrueras som något annat.

Det finns således en praktisk koppling mellan kreditrisken och betalningsskyldigheten. Däremot har kreditrisken ingen direkt koppling till lösningsskyldigheten. Som nämnts ovan behöver betalningsskyldighet inte innebära lösningsskyldighet.

Sammanfattningsvis finns det således åtskilliga variabler som i olika mån går att kombinera.

4.5.2 Nedre gräns – gränsen mot kreditavtal

Mot bakgrund av bilden av variabler eller komponenter som lyfts fram i föregående avsnitt kan man fråga sig vilka komponenter som är nödvändiga för att det skall fylla någon funktion att tala om säkerhet. I sammanhanget är det också svårt att bortse från att begreppet risk har betydelse för begreppet säkerhet.

4.5.2.1 Risk och sakrättsliga principers betydelse

Låt säga att fakturaborgenären åtagit sig att med den framtida betalningen från en fakturafordran betala kreditgivarens kredit. Här har parterna alltså inte överfört någon befogenhet till kreditgivaren utan endast begränsat fakturaborgenärens handlings- och förfoganderätt. Ett sådant avtal förpliktigar fakturaborgenären och ger kreditgivaren rätt till sanktioner för den händelse fakturaborgenären inte uppfyller sina förpliktelser. Dessa sanktioner medför antagligen att fakturaborgenären tenderar att följa avtalet. Möjligen påverkar avtalet därför också kreditgivarens risktagande. Fakturaborgenären påverkas kanske till att vare sig faktiskt eller i sin planering disponera den inflytande betalningen för andra ändamål. Beroende på omständigheterna kan risken rent av påverkas i hög grad.

Det är dock tydligt att det skissade avtalet enligt sakrättsliga principer endast skulle tillmätas effekt mellan parterna. Avtalet skulle inte ge något företräde framför fakturafordringsägarens övriga fordringsägare. Ett sätt att motivera varför kreditgivaren inte får något företräde är att något sakrättsligt moment inte uppfyllts. Ett annat att avtalsparter inte skall kunna avtala till nackdel för tredje man, d v s parterna styr inte över företrädet mellan fordringsägare såvida de inte uppfyller vissa krav.

> Att skadeståndssanktionen kan ge en begränsad form av företräde kan bortses från i sammanhanget. Vad som avses är att skadeståndet kan öka dividenden i konkurs vid eventuell utdelning till de oprioriterade fordringsägarna. Det handlar dock om mycket begränsade effekter. Ett avtal som *enbart* har till syfte att öka utdelningen i en eventuell konkurs har knappast någon effekt. Det underkänns som ett avtal som riktar sig mot tredje man. Om en borgenär i ett kreditavtal har förbehållit sig ett fast skadestånd på ett belopp motsvarande 1000 % av kreditbeloppet vid händelse av konkurs för gäldenären har detta villkor ingen effekt. Detsamma gäller alla villkor som är villkorade av själva konkursen. Vad som är gångbart är istället villkor som är villkorade av betalningsdröjsmål, under förutsättning att de också skulle tillämpas vid dröjsmål som inte beror på konkurs. Har borgenären således förbehållit sig dröjsmålsränta är villkoret giltigt, inom ramen för vad som kan tillåtas m h t RänteL 8 § och AvtL 31 §, 33 § och 36 §. Det handlar som sagt om mycket begränsade effekter, inte minst eftersom ränta o likn inte löper under konkursen, KonkL 5:11 st 3.
>
> En faktor som det möjligen finns anledning att tillmäta någon betydelse är att förfogandeinskränkningen kan öka möjligheterna för att det alls finns några tillgångar att fördela i en eventuell konkurs. Beroende på omständigheterna kan detta ha betydelse för kreditgivarens risk.

Om gränsdragningen eller jämförelsen som här görs i förhållande till kreditavtal ligger det nära till hands att fästa vikt vid just kreditgivarens företräde framför fakturafordringsägarens övriga fordringsägare. Förmögenhetsrättens indelning av rättigheter i fordringar respektive sakrätter

är nämligen fundamental och genomsyrar mer eller mindre hela regleringen. Fäster man vikt vid detta faktum skulle den riskminimering som kan åstadkommas utan företräde vara irrelevant.

4.5.2.2 Mer om faktisk riskminimering – negativklausuler

För att utveckla temat kan vi titta på en annan avtalskonstruktion. I sin grundform kallas den negativavtal eller negativklausul. En negativklausul innebär att en gäldenär gentemot en borgenär förpliktigar sig att avstå från att lämna säkerhet eller försätta sig i skuld till någon annan än borgenären. På detta vis skall borgenären inte ha något behov att själv få en säkerhet. En negativklausul har ingen verkan mot tredje man. Den är endast bindande mellan parterna och kan leda till påföljder för kontraktsbrott. Lämpligen är detta hävning och skadestånd till ett i förväg avtalat belopp eftersom skadan kan vara svår att beräkna såvida gäldenären inte hamnat på obestånd. En negativklausul i sig kan naturligtvis användas för att en fakturafordringsägare skall förpliktigas att inte ställa sina fakturafordringar som säkerhet. På så sätt kan kreditgivaren försäkra sig om att det åtminstone finns någon egendom som kan leda till utdelning vid ett eventuellt obestånd.

För att göra en negativklausul särskilt verkningsfull har det i praktiken förekommit att man bildat ett särskilt bolag, ett säkerhetsbolag, som fått överta viss egendom från fakturafordringsägaren. Detta säkerhetsbolag har sedan fått kredit av en kreditgivare och i sin tur givit kredit till fakturafordringsägaren med samma kreditbelopp. Alternativt har fakturafordringsägaren fått krediten och säkerhetsbolaget gått i borgen för denna kredit. Som säkerhet har säkerhetsbolaget åtagit sig att inte försätta sig i skuld gentemot någon annan än kreditgivaren.[185]

> Syftet med konstruktionen kan vara att skapa en form av säkerhet i fakturafordringsägarens fakturafordringar. Detta går att ordna på olika sätt. Säkerhetsbolaget kan t ex få förvärva fakturafordringsägarens varor på kredit och sälja dem i eget namn. Ett annat alternativ är att säkerhetsbolaget på kredit får förvärva fakturafordringsägarens fordringar allt eftersom de uppstår. Betalning för varorna eller fordringarna får fakturafordringsägaren allt eftersom säkerhetsbolaget inkasserar betalning från sekundogäldenärerna. För att inte inkräkta på kreditgivarens säkerhet har gäldenären avtalat med säkerhetsbolaget att fakturafordringsägarens fordringar på säkerhetsbolaget skall vara efterställda.
>
> Fördelarna med konstruktionen är för det första att kreditgivaren inte, såsom vid factoring, behöver sköta administrationen och inkasseringen av fordringarna på sekundogäldenärerna. Säkerhetsbolaget är nämligen nära knutet till gäldenären. T ex kan det vara ett dotterbolag till denne. Det kan också kontrolleras av kreditgivaren, eller fakturafordringsägaren och kredit-

[185] Brækhus 1994 s 137– 141.

givaren gemensamt. En annan fördel är att sekundogäldenärerna inte märker att fakturafordringarna används som säkerhet. Säkerhetsbolaget kan ges ett namn som ger intrycket av att tillhöra gäldenärens organisation, ex Elia Sälj AB när fakturafordringsägarens namn är Elia AB.[186]

Nackdelarna med konstruktionen är att den kan vara kostsam för fakturafordringsägaren med kostnader för bolagsbildning, administration och redovisning. En annan nackdel är att det kan vara svårt att undvika att säkerhetsbolaget får andra skulder. Den största nackdelen är dock att det är tveksamt om konstruktionen är hållbar. I vart fall när det särskilda bolaget är ett helägt dotterbolag till fakturafordringsägaren är det endast ett skal utan egentlig egen verksamhet.[187]

Negativklausulskonstruktioner har prövats i bl a Norge och Danmark. I Norge kallas konstruktionen med negativklausul och säkerhetsbolag för Norema-upplägg. I det norska bolaget Tandbergs och dess säkerhetsbolags konkurser underkändes konstruktionen i lägsta instans. Kreditgivaren gavs inte det företräde till fordringarna som säkerhetsbolagskonstruktionen syftade till att ge. Oslo BR godtog inte upplägget eftersom syftet endast var att ge kreditgivaren säkerhet som kreditgivaren inte kunde ha uppnått genom avtal med den egentlige kredittagaren, d v s fakturafordringsägaren. Fakturafordringsägaren och säkerhetsbolaget, som var helägt av fakturafordringsägaren, var reellt att se som en ekonomisk enhet enligt Oslo BR. Överinstansen Eidsivating Lagmansrätt kom dock till motsatt resultat eftersom man menade att det är en huvudpoäng med bolagskonstruktioner att fördela risk, ansvar och ägarebefogenheter. Lagmansrätten menade därför att det fanns starka skäl att som huvudregel godta ett formellt korrekt upprättat aktiebolag. Saken prövades aldrig i HR eftersom båda konkursbona gav full utdelning. Numera finns det i Norge mindre anledning att företa konstruktioner av detta slag eftersom Høyesterett gjort det möjligt att även utanför factoringförhållanden pantsätta alla fordringar genom en enkel registrering, se avsn 1.5. I Danmark har säkerhetsanordningar genom pappersbolagskonstruktioner underkänts.[188]

Negativklausulskonstruktioner kan beroende på omständigheterna minimera kreditgivarens risker i ganska hög grad. De bygger i princip på obligationsrättslig grund. Vid en eventuell konkurs måste det finnas tillgångar i boet. Något företräde i strikt sakrättslig mening är det inte fråga om. Den faktiska riskminimeringen kan dock vara väl så god som vid olika sakrättsliga konstruktioner.

4.5.2.3 Avgränsning efter i huvudsak sakrättsliga principer

Det kan givetvis finnas en funktion i att benämna konstruktioner som faktiskt minimerar risk med termen säkerhet. Jag har dock valt att i

[186] Jfr Brækhus 1994 s 137– 141.
[187] Brækhus 1994 s 137–141, är tveksam till dessa upplägg. Han menar att man bör vara försiktig med att godkänna konstruktioner utöver de som lagstiftaren tillhandahållit.
[188] Brækhus 1994 s 137–142.

denna framställning inte behandla sådana konstruktioner. Istället har jag valt att inrikta mig på de som kan tillerkännas sakrättslig effekt.[189]

Med en sådan avgränsning finns det anledning att påpeka att det inte handlar om en klar gränsdragning. En anledning härtill är att de sakrättsliga principerna används för många olika faktiska omständigheter och sammanhang. För gränsdragningen används i stor utsträckning besittningsbegreppet och olika varianter av detta. Ovan har rådighet nämnts som en variabel eller komponent just för att besittningsbegreppet har stor betydelse. En annan sådan variabel är realisationsrätten eller i vidare mening de faktiska möjligheterna att utöva tvång mot pantsättaren. Att hantera dessa principer på den mängd av omständigheter och sammanhang det handlar om medför en oklar gränsdragning.

En annan anledning till att det inte handlar om någon klar gränsdragning kan beskrivas som att man tar viss hänsyn till faktisk riskminimering, d v s just den faktor som jag ovan avfärdat från att tillmäta avgörande betydelse. Att en konstruktion, såsom somliga av ovan nämnda negativklausuler, medför en faktisk riskminimering kan därför ha betydelse för gränsdragningen. Konstruktioner som av dessa anledningar kan falla inom gränsen har jag beaktat i framställningen.

> Ett exempel på prövning där man kan fråga sig i vilken mån den faktiska riskminimeringen beaktats är NJA 1995 s 367, det s k investorleasingfallet. Finansbolaget Obligentia hade här avtalat med ett antal företag, s k investorer, om att de skulle överta viss rätt till olika leasingobjekt som Obligentia hade viss rätt till. Leasingobjekten fanns hos Obligentias leasingkunder och dessa kunder betalade löpande visst vederlag till Obligentia för den rätt kunderna hade mot Obligentia. Antagligen hade ingen av de inblandade fäst något större avseende vid risken för att Obligentia, som ju var ett finansbolag, skulle gå i konkurs. Upplägget var i vart fall konstruerat med ganska litet beaktande av investorernas risktagande. HD[190] gav investorerna företräde när de i Obligentias konkurs gjorde gällande rätt till vissa av vederlagen, trots att leasingkunderna alltså betalat till Obligentia, såväl innan som efter investorernas förvärv. I motiveringen anförs inga uttryckliga argument för att den faktiska risken skulle ha haft betydelse. Vad som sägs här är närmast bara att domslutet också kan motiveras med sådana argument. Omständigheterna med en förmodat ekonomiskt stark och hanteringsmässigt kompetent fakturafordringsägare inbjuder till detta. Se vidare ang rättsfallet avsnitt 6.2.5.1.

Ett annat påpekande i sammanhanget är att jag använder termen säkerhetsrätt även för panthavarens rätt mot pantsättaren innan företrädet uppstår. Den omständigheten att säkerhetsrätten inte fullbordats sakrättsligt hindrar mig således inte från att använda termen säkerhetsrätt. Avgörande är att parternas avtalat att fullborda det sakrättsligt. Således

[189] Jfr Brækhus 1994 s 7.
[190] JustR Vängby, Jermsten, Lind, Lennander och Regner.

benämner jag panthavarens rätt till en fakturafordran för säkerhetsrätt även innan sekundogäldenären denuntierats.[191]

Det kan anmärkas att jag då utgår från att säkerhetsavtalet i princip kan beskrivas som ett konsensualavtal. Pantsättaren blir förpliktigad att utge säkerheten redan vid konsensus. Om pantsättaren vägrar att t ex medverka till att utge säkerheten kan panthavaren kräva fullgörelse. Vad resultatet av ett sådant krav på verkställighet blir beror på omständigheterna. I princip är en möjlighet dock att kronofogden hämtar säkerhetsobjektet och överlämnar det till panthavaren.[192]

Ett tredje påpekande avseende oklarheten i gränsdragningen har att göra med huruvida säkerhetsobjektet behöver existera för att säkerhetsbegreppet skall användas. Denna fråga anknyter till vad som sagts om egendomsbegreppet i avsn 3.3–4 och 4.4.2.3. I den mån avtal med sådan innebörd godtas fyller säkerhetsterminologin dock en funktion. Jag använder därför termen på det sättet.

Det kan här anmärkas att om det är osannolikt att säkerhetsobjektet kommer att existera så ger säkerheten s a s ingen säkerhet. Här visar sig då den andra sidan av att det är sakrättsliga principer som har störst betydelse och inte den faktiska riskminimeringen. Emellertid kan den omständigheten att en viss konstruktion innebär liten faktisk riskminimering ha betydelse för om en konstruktion som uppfyller de sakrättsliga principerna skall godkännas. Det blir ett faktaargument som påverkar ställningstagandet.

4.5.2.4 Andra perspektiv på gränsdragningen

Jag skulle vilja hävda att den gränsdragning jag valt är tämligen okontroversiell. Den förmögenhetsrättsliga uppdelningen mellan fordringar och sakrätter är som sagt fundamental. Vi kan också tala om att principen att avtalsparter inte skall kunna avtala till nackdel för tredje man har en stark position. Det finns emellertid anledning att peka på att de nämnda förmögenhetsrättsliga konstruktionerna ingalunda är en gång för alla givna. Säkerhetsbegreppet skulle kanske kunna utdefinieras ur rätten eller få en helt annan innebörd.

> Således har det utifrån ekonomiskt teoretisk utgångspunkt hävdats att företrädesordningen mellan kreditgivare effektivast skulle avgöras av parterna.[193] Man kan då tänka sig ett system utan eller med högst begränsade former av

[191] Jfr Håstad 1996 s 286. Rodhe 1984 s 384–388. Helander s 36–41, 334–335. Hessler 1973 s 355–356. Undén 1976 s 179, 163–164, 166. Däremot Walin 1998 s 37 som menar att termen panträtt bör reserveras för åsyftat skydd efter att pantförskrivningen blivit fullbordad. Jfr Walin 1995 s 39–40.

[192] Se angående denna fråga avsn 7.2.1.

[193] Bergström/Sundgren 1999a se även 1999b.

traditionell kreditsäkerhet. Företrädesordningen skulle istället avgöras av parternas avtal och av vissa skyddsregler. Låt säga att en gäldenär avtalat om företrädesrätt med tre kreditgivare. De har fått prioritet i den tidsordning som avtalen tillkommit. Så avtalar gäldenären emellertid med en fjärde kreditgivare om bästa prioritet. Detta innebär enligt de tidigare avtalen avtalsbrott mot de tre tidigare. Dessa får därför rätt att häva avtalen och kräva kompensation för skada. För att hävningsrätten inte skall ha alltför obetydlig effekt får den fjärde kreditgivaren inte sin prioritet förrän efter viss tid. Under denna tid har de tre första kreditgivarna möjlighet att om nödvändigt försätta gäldenären i konkurs eller nå en omförhandling av villkoren. Det finns givetvis många nackdelar med ett sådant system. Två exempel är transaktionskostnaderna för omförhandlingar och svårigheter att dra gränser mot de transaktioner som antagligen skulle utvecklas för att kringgå frånvaron av kreditsäkerhetsmöjlighet, d v s gränsen mot överlåtelse.[194] Å andra sidan finns också många fördelar.

En annan variant är att subjektets egenskaper skulle avgöra företrädesordningen. Exempelvis finns vissa argument för att kreditgivarens ekonomi skulle tillmätas relevans. Principen skulle kunna vara att kreditgivare med soliditet mindre än 10 % skulle ha prioritet med lika rätt. [195]

4.5.3 Övre gräns – säkerhet eller överlåtelse?

Om säkerhetsrätten kan anses ha någon form av minimibegränsning avseende de befogenheter som måste överföras eller de begränsningar som måste ske i fakturafordringsägarens rätt, så finns det också vad man kan beskriva som en maximigräns.[196] Begränsar kreditgivaren fakturafordringsägarens befogenheter helt och tar kreditgivaren över alla befogenheter, beskrivs avtalet nog bättre med termen överlåtelse. I detta avsnitt försöker jag beskriva vilka befogenheter som skall falla på fakturafordringsägaren för att jag skall föredra beskrivningen säkerhetsavtal framför överlåtelse.[197]

Det finns tre komponenter som kan beskrivas som centrala i ett säkerhetsavtal. Två av dessa komponenter är lösningsrätt för fakturafordringsägaren och redovisningsplikt för kreditgivaren. Båda dessa är karaktäristiska för säkerhet men mer främmande för överlåtelse.

[194] Jfr Arnesdotter 1999 s 98 i sin kommentar till Bergström/Sundgren 1999.

[195] Något som jur och ek stud Fredrik Andersson argumenterat för. Se för andra varianter t ex Adams 1980 s 22-31.

[196] Eller snarare förhållanden som gör att det finns anledning att göra en sådan beskrivning. Jfr tanken att det inte är möjligt att dra någon gräns mellan säkerhet och överlåtelse när objektet är enkla fordringar, se Helander 1984 s 706–707.

[197] En annan sådan beskrivning beträffande lösöre, fast egendom, byggnader, värdepapper och kontraktsfordringar m m har givits av Karlgren 1959.

Den tredje komponenten är ett paket bestående av lösningsskyldighet, betalningsskyldighet och risk. Dessa variabler står i ett visst förhållande till varandra.

Lösningsskyldighet är ett moment i betalningsskyldigheten. Om fakturafordringsägaren löser egendomen betalar han huvudfordran. Betalningsskyldighet kan dock föreligga utan lösningsskyldighet. Det kan, t ex vid säkerhet i enkla fordringar, vara praktisk att kreditgivaren alltid realiserar eller behåller egendomen. Fakturafordringsägaren kan också vara betalningsskyldig utan att behöva vara lösningsskyldig om han står risken. I det följande behandlar jag dock inte förhållanden där fakturafordringsägaren är betalningsskyldig utan att vara lösningsskyldig. Jag har funnit att dessa förhållanden i detta sammanhang inte skiljer sig från förhållanden med lösningsskyldighet på något sätt som skulle ha betydelse för mina slutsatser.

Risken och lösningsskyldighet är också i viss mån beroende av varandra. Om fakturafordringsägaren står risken är han ovillkorligen lösningsskyldig. Står istället kreditgivarens risken *kan* lösningsskyldigheten vara villkorad av att egendomen bibehåller ett visst värde på så sätt att lösningsskyldigheten upphör om egendomen förlorar tillräckligt mycket av sitt värde. En annan eller kompletterande konstruktion är att lösningsrätten i och för sig är ovillkorlig men att fakturafordringsägaren får en motfordran på kreditgivaren vid riskfall. Denna motfordran kan vara maximerad till huvudfordrans belopp så att kreditgivaren inte behöver betala något ytterligare.

Enligt min mening är ingen av de nämnda tre komponenterna något tillräckligt kriterium för säkerhet. Vissa *kombinationer* av komponenterna finns det dock anledning att beskriva med termen säkerhet. Jag skall i det följande redogöra för såväl argumenten att ingen av komponenterna ensam utgör ett tillräckligt kriterium för säkerhet, som argumenten för vilka kombinationer som är tillräckliga respektive nödvändiga kriterium för säkerhet.

> Det skall anmärkas att denna argumentation krävt ett ganska stort utrymme. För den som främst är intresserad av temat om problem med begreppsanvändningen kan det finnas anledning att koncentrera sig på avsnitten 4.5.3.1, 4.5.3.2 och 4.5.3.7.

4.5.3.1 Kombinationen lösningsrätt och redovisningsplikt

Syftet med lösningsrätt är att skydda ett värde för fakturafordringsägaren. Detta kan vara bytesvärdet eller ett särskilt värde som spekulationsvärde eller särskilt kvittningsvärde. För annan egendom än fordringar kan det också vara affektionsvärde eller bruksvärde. Lösningsrätten till-

godoser detta syfte genom att fakturafordringsägaren har rätt att få tillbaka egendomen.

Fakturafordringsägarens intresse av bytesvärdet kan också skyddas av kreditgivarens redovisningsplikt. Eftersom kreditgivaren är beroende av likviditet för att kunna utnyttja lösningsrätt kan den situationen uppstå att fakturafordringsägaren inte förmår att lösa. Det kan också vara en praktisk lösning att kreditgivaren realiserar egendomen. En redovisningsplikt kan då ändå ge fakturafordringsägaren skydd för bytesvärdet. Redovisningsplikten kan vara avtalad mellan parterna som ett komplement till lösningsrätten. Den kan då, om parterna så önskar, omfatta alla fall då det blir ett överhypotek oavsett vad fakturafordringsägarens uteblivna lösen beror på. Detta är den dispositiva utgångspunkten för förhållanden som kan klassificeras som säkerhetsavtal, HB 10:2.[198] Med hänsyn härtill får som regel ett förhållande som parterna benämnt säkerhet eller liknande anses innehålla redovisningsplikt. I vissa fall är redovisningsplikten dock en tvingande följd av att parterna avtalat om lösningsrätt. Detta följer indirekt av AvtL 37 §. För att belysa i vilka fall redovisningsplikten blir en tvingande följd av lösningsrätten kommer jag att ägna denna regel ett visst utrymme i nästa avsnitt.

Kombinationen lösningsrätt och redovisningsplikt utgör ett heltäckande skydd för fakturafordringsägarens intresse av bytesvärdet. Kreditgivaren kan inte tillgodogöra sig bytesvärdet. Kreditgivarens syfte med att ingå avtalet måste därför i första hand vara en förtjänst av annat slag, som t ex avgift eller ränta. Fakturafordringsägarens syfte kan dock vara att omsätta egendomen. Han kan emellertid lika gärna ha syftet att ställa egendomen som säkerhet.

I valet att beskriva förhållandet med termen säkerhet eller överlåtelse föredrar jag termen säkerhet. Detta gäller oavsett om fakturafordringsägaren inte är lösningsskyldig eller inte står risken för egendomen. Kombinationen lösningsrätt och redovisningsplikt utan lösningsskyldighet, betalningsskyldighet och risk, överensstämmer för övrigt med förhållandena vid s k pantbanksbelåning.

4.5.3.2 Lösningsrätt

Förekomsten av lösningsrätt kan i vissa fall p g a 37 § AvtL leda till en tvingande redovisningsplikt. I detta avsnitt försöker jag belysa vilka fall det är fråga om. Samtidigt tangerar denna fråga frågan om varför lös-

[198] Ang att HB 10:2 anses dispositiv se t ex Lennander 1977 s 244. Walin 1998 s 318–319. Hasselrot 1905 s 1719–1720. Jfr dock Lehrberg 2001 s 236.

ningsrätten ensam inte är ett tillräckligt kriterium för att använda termen säkerhet.

AvtL 37 § kan hävdas vara en specialvariant av ockerstadgandet.[199] Eftersom den enligt sin lydelse skall tillämpas vid ”pant och annan säkerhet” kan den beskrivas som en säkerhetsrättslig regel. Tanken med regeln är dels att borgenären inte skall kunna utnyttja gäldenärens betalningsoförmåga, dels att skydda gäldenärer som ställer säkerhet från att behöva betala mer för en kredit än vad de räknat med. Gäldenären har räknat med att betala vederlag i form av avgifter och räntor el likn. Om säkerhetshavaren får förverka säkerheten vid bristande betalningsförmåga gör denne en extra förtjänst. Säkerhetsställaren gör motsvarande förlust eller får m a o motsvarande extra kostnad för krediten. I förlängningen är regeln också ett skydd för gäldenärens eventuella övriga borgenärer eftersom gäldenärens betalningsoförmåga mycket ofta leder till att även de drabbas.

Kärnan i 37 § AvtL är att förhindra förverkande när fakturafordringsägaren, vid avtalets ingående, utgått ifrån att han skulle avveckla förhållandet genom lösen men sedan p g a betalningsoförmåga eller okunskap om egendomens bytesvärde inte löser egendomen. Eftersom fakturafordringsägaren tänkt sig att lösa egendomen har han nöjt sig med ett lågt vederlag.[200] Det är i dessa fall en förverkandeklausul får ockereffekt. I vart fall om kreditgivaren bort inse hur fakturafordringsägaren tänkt avveckla förhållandet. (Jag återkommer till betydelsen av ond tro nedan.)

Härutöver kan 37 § AvtL av olika anledningar hävdas i flera andra fall. Regeln är tämligen fyrkantig och kan i handlingsdirigerande syfte tillämpas på fall som egentligen inte är ockerliknande.

Ett sådant fall är att lösen uteblivit p g a fakturafordringsägaren ovilja. Fakturafordringsägaren vill t ex inte ha det besvär en lösen genererar. Det vanligaste besväret är antagligen att det är förenat med kostnader för fakturafordringsägaren att skaffa fram likvider för att lösa. Ett annat besvär är att själv behöva realisera egendomen. En tredje anledning till att fakturafordringsägaren inte vill lösa är att kreditgivaren är skicklig på att realisera och får ut ett högre värde än fakturafordringsägaren. Eftersom det är svårt att tänka sig andra orsaker till utebliven lösen än betalningsoförmåga, okunskap om egendomens värde eller ovilja blir fördelen med denna tolkning att man inte behöver föra bevisning om vad den uteblivna lösen berott på. Man kan också förmoda att det många gånger skulle vara svårt för parterna att beräkna värdet av en

[199] Se dock avsn 8.2.2.
[200] Jfr Bergström 1969 s 320–321.

rätt att förverka i de fall lösen uteblir av andra skäl än betalningsoförmåga eller okunskap om egendomens värde. Därmed skulle förverkanderätten inte påverka de övriga villkoren nämnvärt till fakturafordringsägarens fördel och förverkandet skulle bara bli en extra bonus för kreditgivaren. En nackdel med tolkningen är att en fakturafordringsägare som inte är lösningsskyldig och som vill att egendomen skall realiseras, kan låta kreditgivaren göra jobbet. Kreditgivaren har å andra sidan rätt att ta betalt för sitt besvär med realisationen.[201]

Ett annat fall där 37 § AvtL kan tillämpas i handlingsdirigerande syfte är då kreditgivaren inte förbehållit sig någon rätt till ränta eller avgift utan endast gör en förtjänst om lösen uteblir. Trots att krediten då blir gratis för fakturafordringsägaren om denne lyckas lösa och trots att kreditgivaren således står en risk att inte göra någon förtjänst, skall 37 § tillämpas. Om förtjänsten beror på att kreditgivaren givit ett lågt vederlag så att fakturafordringsägaren hela tiden tänkt utnyttja sin lösningsrätt ligger förhållandet ganska nära det ockerliknande förfarande som 37 § AvtL skall förhindra.

Det finns också förhållanden med lösningsrätt som bör falla utanför tillämpningsområdet för 37 §.

Så är fallet om fakturafordringsägaren endast förbehållit sig lösningsrätten för att kunna tillgodogöra sig en ökning av egendomens särskilda värde. Genom att bestämma lösen till minst egendomens bytesvärde på lösendagen är det klart mellan parterna att fakturafordringsägaren endast vill kunna lösa p g a egendomens särskilda värde. Det kan hävdas att ett sådant avtal inte skall kunna angripas med 37 §. Något överhypotek finns aldrig och kan därför inte heller förverkas. Däremot kan fakturafordringsägaren visserligen p g a t ex betalningsoförmåga gå miste om det särskilda värde han önskat tillvarata genom lösningsrätten, men sådana värden går inte att redovisa. AvtL 37 § kan därför inte vara tillämplig. Avtalen kan för övrigt heller inte angripas p g a ocker eller oskälighet, såvida inte kreditgivaren betalat ett alltför lågt vederlag i förhållande till egendomens värde vid avtalets ingående. Om lösen bestämts till egendomens värde med visst tillägg kan det bli fråga om ocker om tillägget är alltför stort. Ockerregeln kan skydda även särskilda värden som t ex affektionsvärde.

Ett annat fall där det kan hävdas att 37 § AvtL inte skall tillämpas är då fakturafordringsägaren inte tänkt avveckla förhållandet genom lösen men ändå förbehållit sig lösningsrätt av endast den anledningen att kunna lösa om egendomens bytesvärde skulle öka. Det kan naturligtvis finnas flera skäl till varför fakturafordringsägaren inte tror att lösen blir

[201] Se avsnitt 8.2.

aktuellt men det viktigaste är att han fått ett sådant vederlag att han är nöjd. Samtidigt har kreditgivaren inte utnyttjat situationen och dikterat villkoren på ett sådant sätt att han är skyddad genom att sannolikheten för värdeökning är mycket hög, d v s vederlaget var egentligen inte bra, eller genom att fakturafordringsägaren är fullt eller begränsat lösningsskyldig. Fakturafordringsägarens intresse av att tillgodogöra sig en ökning av bytesvärdet är då inte skyddsvärt oavsett om lösen uteblir p g a betalningsoförmåga, bristande kunskap om egendomens värde eller ovilja att lösa. Det förhållandet att fakturafordringsägaren behöver likviditet för att kunna göra en förtjänst är nämligen ordinärt för de flesta spekulationsaffärer. Detsamma gäller kunskap om ett förvärvsobjekts verkliga värde och att man får stå ut med besväret att genomföra förvärvet och realisera egendomen. Kreditgivaren gör sig då inte skyldig till något ockerliknande förfarande vid avtalets ingående. Visserligen kan lösningsrätten ha påverkat vederlagets storlek men tydligen inte i vidare mån än att fakturafordringsägaren tänkt nöja sig med vederlaget utan att lösa. För att vara på den säkra sidan kan villkoren också konstrueras så att fakturafordringsägaren betalar för lösningsrätten först när den verkligen utnyttjas.

> Ett fall som kan anföras för att lösningsrätt inte skall leda till tvingande redovisningsplikt är NJA 1952 s 256. HD:s majoritet[202] ansåg här att 37 § AvtL inte var tillämplig då en bil såldes för 8 100 kr med lösningsrätt till 8 600. Bilen realiserades för ca 10 300 kr. Domskälen är mycket knapphändiga och anger endast att avtalet m h t bilens saluvärde, att kreditgivaren var bilhandlare och att kreditgivaren inte fått veta något annat skäl till avtalet än att fakturafordringsägaren behövde pengar, var ett ”villkorligt omsättningsköp”. Ett JustR[203] var skiljaktig och menade att kreditgivaren, m h t lösenbeloppet, borde ha insett att det var fakturafordringsägarens ekonomiska svårigheter som legat bekom transaktionen. Därmed hade kreditgivaren inte haft fog att tro att fakturafordringsägaren skulle ha omsatt bilen utan lösningsrätt för det aktuella vederlaget. Varken Tingsrätten eller Hovrätten behandlade frågan i sak. En omständighet som inte ens förs fram i målet är om fakturafordringsägaren tänkt utnyttja lösningsrätten. Måhända utgår man underförstått från att han tänkt lösa. Bilen borde nämligen haft ett affektionsvärde för fakturafordringsägaren. Denne hade endast hyrt bilen och borde därför haft intresse av att lösa den. Eftersom kreditgivaren ansågs vara i god tro om att fakturafordringsägaren var rätt ägare hade kreditgivaren dock följaktligen inte heller bort inse denna eventuella anledning till att fakturafordringsägaren kanske tänkt lösa.

Ställd på sin spets ger 37 § AvtL anledning till en del funderingar.

En sådan fundering är vilken betydelse det har att kreditgivaren inte bort inse hur fakturafordringsägaren tänkt avveckla förhållandet. Vid en

[202] JustR Gyllenswärd, Hellqvist och Sjöwall.
[203] JustR Karlgren.

första anblick förefaller 37 § AvtL utgå från en objektiv bedömning. Eftersom den skall tillämpas på ”säkerhet” finns det dock möjligen ett subjektivt moment i att parterna skall ha vad som nu kan anses vara ett säkerhetssyfte med avtalet. En fråga är då om kreditgivaren måste ha bort inse att fakturafordringsägaren haft ett sådant syfte, d v s tänkt lösa egendomen, för att regeln skall kunna tillämpas. I det nyss refererade rättsfallet förefaller HD ha fäst avgörande vikt vid frånvaron av sådan insikt.

Skillnaderna i praktiken mellan ett krav på ond tro hos kreditgivaren och frånvaron av ett sådant krav är små. Om fakturafordringsägaren tänkt lösa för att han fått ett lågt vederlag borde kreditgivaren vanligtvis, p g a det låga vederlaget, ha insett att fakturafordringsägaren tänkt utnyttja sin lösningsrätt. Det kan dock förekomma att fakturafordringsägaren tänkt lösa trots att vederlaget är högt. Anledningen kan vara att fakturafordringsägaren inte anser att vederlaget är högt eller att egendomen har ett särskilt värde. I det första fallet, där fakturafordringsägaren tänkt lösa för att han, felaktigt, anser vederlaget vara lågt, förefaller han skyddsvärd även om han egentligen fått kompensation. Redovisningsplikt blir nämligen endast aktuell om egendomen ökar i värde och fakturafordringsägaren får då s a s rätt i att vederlaget inte var tillräckligt. I det senare fallet, när anledningen till att fakturafordringsägaren tänkt lösa är egendomens särskilda värde, är det svårare att ta ställning. Å ena sidan kan man säga att fakturafordringsägaren gör en obehörig vinst om kreditgivaren blir redovisningsskyldig. Som nyss nämnts har inte en förfogare i samma situation som fått ett högt vederlag, men som förbehållit sig lösningsrätt för att kunna tillgodogöra sig en ökning av bytesvärdet, rätt till redovisning. Å andra sidan har fakturafordringsägaren inte tänkt sig att omsätta egendomen utan gör transaktionen i ett klart säkerhetssyfte. Om fakturafordringsägaren haft förmåga att lösa hade det ökade bytesvärdet tillfallit honom. Kanhända är det just att fakturafordringsägarens syfte omedvetet är blandat, d v s avser särskilt värde och därmed också ett eventuellt ökat bytesvärde, som avgör? I båda fallen kan ett krav på ond tro hos kreditgivaren hur som helst leda till att fakturafordringsägaren går miste om redovisning. Fakturafordringsägaren får i så fall se till att upplysa kreditgivaren om sitt syfte. Ett sätt att göra detta är att använda termen pant.

Man kan också ifrågasätta huruvida *fakturafordringsägarens* syfte skall tillmätas avgörande betydelse för tillämpning av 37 § AvtL. Om fakturafordringsägaren, inte tänkt lösa för att han felaktigt tror att vederlaget är bra, har han gjort en dålig affär och får skylla sig själv. Å andra sidan har han faktiskt förbehållit sig lösningsrätt och kan komma till insikt om att vederlaget var lågt innan lösendagen. Kan han då inte lösa p g a

betalningsoförmåga förefaller han enligt min mening vara lika skyddsvärd som om han redan vid avtalets ingående tänkt utnyttja sin lösningsrätt.

Det centrala problemet med att tillmäta parternas uppfattning betydelse vid tillämpning av 37 § AvtL tycks ligga i att fakturafordringsägaren många gånger måste vara osäker på hur förhållandet skall avvecklas. En sådan osäkerhet måste gälla för en tämligen stor del av spektrat eftersom lösningsrätten i sig innebär att fakturafordringsägaren kan vara just osäker och avvakta med ett beslut. Fakturafordringsägaren är då osäker på om vederlaget är bra m h t såväl nuvarande som framtida faktorer. Ett avgörande moment kan därför kanske vara huruvida *effekten* blir ockerliknande? Om vederlaget objektivt, i efterhand, kan bedömas som bra och likvärdigt med ett vederlag vid överlåtelse, blir effekten inte ockerliknande, även om bytesvärdet ökat.

Det finns anledning att påpeka att det i praktiken nog ibland också kan bli svårt att föra bevisning om hur fakturafordringsägaren tänkt avveckla förhållandet. Den omständigheten att vederlaget är bra och motsvarar vad fakturafordringsägaren kunnat erhålla vid en överlåtelse utan förbehåll om lösningsrätt förefaller få stor betydelse. Frågan är emellertid om det är särskilt lätt att bevisa ett historiskt värde. I förarbetena till AvtL 37 § har man i annat sammanhang tagit hänsyn till svårigheterna för domstolarna att bedöma en säkerhets värde.[204] Kanhända har dock förhållandena ändrats sedan denna tanke kom till uttryck i början av 1900-talet.

En annan fundering kring 37 § AvtL avser fall där fakturafordringsägaren visserligen inte tänkt lösa men kreditgivaren gör en god förtjänst oavsett lösen, antingen genom avgifter då fakturafordringsägaren löser eller genom en sannolik värdeökning om lösen inte sker. Kreditgivaren kan därmed tyckas göra sig skyldig till ett ockerliknande förfarande. Den avgörande omständigheten förefaller härvid vara sannolikheten för värdeökning eller kanske sannolikheten för att fakturafordringsägaren ångrar sig när värdet ökat.

Mot bakgrund av förekomsten av svårbedömda fall och problemen med att styrka att kreditgivaren inte tänkt utnyttja sin lösningsrätt, kan det vara lockande att förespråka en enkel och fyrkantig lösning. En sådan är att kreditgivaren anses redovisningsskyldig i alla fall där parterna avtalat om lösningsrätt. Det enda fall av lösningsrätt där redovisningsskyldighet inte skulle bli aktuell är då om lösen varierar med egendomens värde. Eftersom ovillkorlig lösningsrätt vid överlåtelse kan före-

[204] NJA II 1915 s 278–279.

falla något främmande skulle en sådan fyrkantig lösning kanske inte ställa till några större praktiska problem.

> Vid överlåtelse förekommer det villkor som kan medföra återgång eller som tillgodoser fakturafordringsägarens ekonomiska och ideella intressen avseende egendomen. Villkor om rätt till återgång är dock i förekommande fall oftast villkorade av omständigheter på kreditgivarens sida. Ett vanligt sådant återgångsvillkor är vid bristande fullgörelse av betalning. Andra förekommande återgångsvillkor avser t ex att kreditgivaren i strid med avtalet omsätter objektet. En annan typ av villkor är de som tillgodoser fakturafordringsägarens intresse av objektets värde utan att ge fakturafordringsägaren rätt att lösa egendomen. Fakturafordringsägaren kan t ex ha rätt till del av vinsten vid en eventuell vidareöverlåtelse. Vid överlåtelser förekommer också andra lösningar för att uppnå syftet med en återgång eller ångerrätt för säljaren. Ett optionsavtal binder upp säljaren gentemot köparen samtidigt som säljaren kan ångra sig och avvakta med försäljning. En viss skillnad mellan optionsavtalskonstruktionen och överlåtelse med ångerrätt är dock att kreditgivaren typiskt sett betalat hela vederlaget vid överlåtelse med ångerrätt men ett mindre vederlag eller inget alls vid optionsrätt.

Eftersom det i vart fall i teorin finns ett utrymme för avtal med lösningsrätt utan redovisningsplikt och dessa kan konstrueras utan att fakturafordringsägaren drabbas på något ockerliknande sätt, anser jag emellertid att lösningsrätten inte alltid skall leda till redovisningsplikt. Om fakturafordringsägaren endast förbehållit sig lösningsrätt för att kunna tillgodogöra sig ett ökat bytesvärde är han inte skyddsvärd. Klara sådana fall måste gå att identifiera.

Min slutsats är m a o att det finns fall där lösningsrätt inte leder till redovisningsplikt. Detta är fall då lösen varierar med egendomens värde eller fall då fakturafordringsägaren inte tänkt sig att utnyttja sin lösningsrätt. I den senare kategorien kan bevisningen bli problematisk och det finns också fall som är svårbedömda även med kännedom om alla relevanta omständigheter. Det finns emellertid också klara fall.

När det så gäller frågan om tillräckligt kriterium för säkerhet drar jag slutsatsen att lösningsrätten inte ensam utgör ett sådant kriterium. Om lösningsrätten leder till redovisningsplikt enligt ovan blir dock kombinationen lösningsrätt och redovisningsplikt ett tillräckligt kriterium. Leder lösningsrätten inte till redovisningsplikt föredrar jag termen överlåtelse.

Jag menar således att det nog är meningsfullt att tala om överlåtelse med ångerrätt för säljaren. Även om fakturafordringsägaren förbehållit sig lösningsrätt kan hans syfte vara att faktiskt bli av med egendomen. Samtidigt kan kreditgivarens syfte vara att få de rättigheter och skyldigheter det innebär att bli ägare till egendomen. Att kreditgivaren gått med på lösningsrätt kan bero på att någon möjlighet att förvärva egendomen annars inte alls uppstått. Det finns också en pedagogisk poäng i

att fall som inte drabbas av den säkerhetsrättsliga rättsföljden redovisningsplikt benämns något annat än säkerhet.[205]

4.5.3.3 Redovisningsskyldighet

Redovisningsskyldighet är rättsföljden av den säkerhetsrättsliga regeln 37 § AvtL. Man kan därför fråga sig i vilken mån det finns anledning att beskriva redovisningsskyldighet i sig som ett tillräckligt kriterium för säkerhetsavtal?

För att utreda frågan kan man tänka sig ett förhållande där kreditgivaren åtagit sig redovisningsskyldighet trots att han i övrigt övertar nästan alla befogenheter. M a o blir förhållandet att kreditgivaren kan göra nästan vad han vill med egendomen men att han åtagit sig att redovisa ett eventuellt överhypotek när egendomen omsätts. För att redovisningsskyldigheten skall ha någon effekt mellan parterna måste kreditgivaren emellertid också ha åtagit sig en vårdplikt. I annat fall skulle kreditgivaren kunna slippa undan genom att efterskänka fordran eller den del som utgör överhypotek. Rör det sig om annan egendom än enkla fordringar krävs dessutom någon form av realisationsplikt. För enkel fordran kan i detta avseende krävas åtminstone ett åtagande att inte ge anstånd med betalningen av en del av fordran som motsvarar överhypoteket. Eftersom enkla fordringar normalt förr eller senare alltid omsätts är konstruktionen inte helt otänkbar.

Ett villkor om redovisningsplikt med nämnda kompletteringar kan ha effekt mellan parterna. Det är det dock viktigt att notera att en eventuell fordran på redovisning knappast skyddas av regler om redovisningsmedel, d v s RedovisningsmedL och BrB 10 kap. Visserligen realiseras egendomen till del i fakturafordringsägarens intresse men knappast för hans räkning eftersom det utan ny överenskommelse inte finns någon möjlighet att egendomen återgår till fakturafordringsägaren. Returrätt och returrisk anses ju vara centrala rekvisit för sådant skydd i ett näraliggande förhållande som kommission.

Den nämnda avsaknaden av skydd för redovisningsfordran medför att jag, i förhållande till den övre gränsen för säkerhet, föredrar att benämna det skissade avtalet överlåtelse. Jag anser således att inte heller redovisningsskyldighet är ett tillräckligt kriterium för att använda termen säkerhetsrätt.

> Huruvida 37 § AvtL är tillämplig är egentligen ointressant eftersom kreditgivaren åtagit sig redovisningsskyldighet. Om parterna avtalat om redovisningsskyldighet för endast en del av överhypoteket kan resten inte utkrävas med stöd av den tvingande 37 § AvtL. Skälen är desamma som nämns i

[205] Jfr Bergström 1969 s 320.

följande avsnitt, d v s att egendomen är förverkad redan vid avtalets ingående.

4.5.3.4 Lösningsskyldighet och risk

En annan kombination av komponenter som kan sägas vara centrala i ett säkerhetsavtal är som nämnts att fakturafordringsägaren är lösningsskyldig och står risken. Hur kan ett förhållande där parterna avtalat om dessa förpliktelser, men inte om lösningsrätt och redovisningsplikt, beskrivas?

Förhållandet kan beskrivas som ett köp med ångerrätt för köparen, m a o ett s k öppet köp, jfr 16 § KöpL. Syftet med en lösningsplikt är vanligen att öka avsättningsmöjligheterna. Parternas syfte, och framför allt kreditgivarens syfte med förhållandet, kan emellertid vara ett rent säkerhetssyfte. Kreditgivarens förtjänst kan vara ränta eller liknande på lösenbeloppet. Det tänkta huvudalternativet för avveckling av förhållandet kan vara lösen. Lösningsplikt förekommer också i allmänhet vid säkerhetsavtal. Har parterna kommit överens om att fakturafordringsägaren skall stå risken för egendomen hamnar kreditgivaren därför i en position som motsvarar säkerhetshavarens med undantag för att han inte behöver acceptera lösen.

När det gäller den säkerhetsrättsliga regeln 37 § AvtL menar jag att den inte kan vara tillämplig på det skissade förhållandet. När fakturafordringsägaren endast är lösningsskyldig har han inte kunnat räkna med att få tillbaka egendomen och det bytesvärde eller särskilda värde som den kan ha. Egendomen är därmed förlorad, eller om man så vill förverkad, redan vid avtalets ingående. Det blir därför inte fakturafordringsägarens betalningsoförmåga eller okunskap som genom förverkande leder till en extra förlust för fakturafordringsägaren och en extra förtjänst för kreditgivaren. För fakturafordringsägaren som vet att han inte har rätt att få tillbaka egendomen gäller det, liksom vid överlåtelse, att kräva ett så bra pris som möjligt.

Det nämnda innebär nu inte att fakturafordringsägaren är utan skydd. Man kan inse faran i att det, för en kreditgivare som har en stark position gentemot en kredittagare, ter sig lockande att istället för en förverkandeklausul använda den skissade typen av villkor. Fakturafordringsägaren skyddas mot avarter av sådant utnyttjande genom reglerna om ocker och jämkning av oskäliga avtalsvillkor.

Min slutsats är att jag föredrar att beskriva ett förhållande som endast innehåller lösningsskyldighet som överlåtelse. Detta gäller även om fakturafordringsägaren står risken för egendomen och således är ovillkorligen lösningsskyldig. Lösningsskyldighet och att kreditgivaren står

risken är således inte tillräckliga kriterier för vad jag vill benämna säkerhetsavtal.

> I NJA 1977 s 320 prövades frågan om ett factoringavtal skulle kunna angripas med återvinningsregeln för säkerhet som ställts i efterhand. HovR[206] som tillämpade återvinningsregeln, lade i sina skäl vikt vid lösningsskyldighet och vad man menar vara en därav följande kreditrisk. Härutöver beaktar domarna emellertid också att parterna använt terminologin ”belånas” och att vederlaget beräknats som en rörlig ränta. Likaså vid att fakturafordringsägaren, i vart fall för den aktuella perioden, varit den som stått för kravverksamheten samt gentemot vissa kunder som omförhandlat sina villkor, framstått som den som haft beslutanderätten. HD[207] fastställde HovR:s dom. Av referatet framgår inte huruvida redovisningsskyldighet ansågs föreligga. Denna faktors betydelse behandlas i nästa avsnitt.

4.5.3.5 Kombinationen redovisningsskyldighet med lösningsskyldighet och risk

Vad gäller då om fakturafordringsägaren är lösningsskyldig och står risken samtidigt som kreditgivaren är redovisningspliktig?

> För enkla fordringar, där fakturafordringsägaren har litet intresse av lösningsrätt, är konstruktionen i högsta grad användbar. Den praktiska innebörden är att kreditgivaren kan göra vad han vill med fordran men är skyldig att redovisa, eller egentligen – är betalningsskyldig – för ett belopp som motsvarar det eventuella överhypotek en aktsam realisation av fordran skulle ha medfört. Samtidigt kan kreditgivaren kräva lösen om realisationen visar sig bli för besvärlig, som t ex vid sekundogäldenärens obestånd.

Konstruktionen har stora likheter med ett ordinärt säkerhetsavtal. Den centrala skillnaden är endast avsaknaden av lösningsrätt. Som nämnts i föregående avsnitt medför avsaknaden av lösningsrätt att den avtalade redovisningsplikten inte kan leda till en rättsligt skyddad redovisningsfordran utan endast till en vanlig fordran. Andra effekter är att man slipper det administrativa besväret av en lösen mot kreditgivarens vilja och att kreditgivaren kan tillgodogöra sig ett eventuellt särskilt värde hos egendomen.

> Även om det m h t att avtalet stadgar redovisningsskyldighet saknar praktisk betydelse medför avsaknaden av lösningsrätt också att 37 § formellt inte är tillämplig. Skälen är desamma som nämnts i föregående avsnitt, d v s att egendomen är förverkad redan vid avtalets ingående.

Den praktiska betydelsen av att kreditgivaren kan tillgodogöra sig ett eventuellt särskilt värde är liten vid säkerhet i enkla fordringar eftersom ett sådant värde antagligen är relativt ovanligt. M h t detta och att kreditgivaren kan ta betalt för sitt administrativa besvär, kan det saknas

[206] Ryding, Nelander, Roos och Lundgren.
[207] JustR Conradi, Holmberg, Walberg, Nordenson och Persson.

anledning för kreditgivaren att vägra lösen. Samtidigt har fakturafordringsägaren ofta inget intresse av att lösa. När lösningsrätten har så liten betydelse som vid säkerhet i enkla fordringar kan man fråga sig vilken betydelse den bör ges? Jag vill ogärna benämna den aktuella konstruktionen överlåtelse. Samtidigt menar jag dock att det är av betydelse att markera konstruktionens särart i förhållande till säkerhetsavtalen. Jag vill därför använda en särskild term för denna typ av konstruktion. Eftersom lösningsrätt saknas och redovisningsplikten i konstruktionen endast är en vanlig fordran kan kanske termen *oäkta säkerhet* vara en lämplig beskrivning. (Termen säkerhetsöverlåtelse är inte lämplig eftersom man vid säkerhetsöverlåtelse föreställer sig att det finns en lösningsrätt.)

> Med termen oäkta säkerhet avser jag alla kombinationer där lösningsrätt saknas men befogenheternas fördelning i övrigt gör det lämpligt att använda termen säkerhet. En annan sådan kombination är att avtalet har samma innehåll som ett normalt säkerhetsavtal men med det enda undantaget att fakturafordringsägaren inte har lösningsrätt. Fakturafordringsägaren har således även viss omsättningsrätt. Omsättningsrätten när fakturafordringsägaren inte har någon lösningsrätt förefaller dock bli tämligen stympad. Vad fakturafordringsägaren kan omsätta är inte egendomen i sig utan en eventuell framtida fordran på redovisning samt chansen till äganderätt om egendomen skulle gå åter p g a att fakturafordringsägaren utnyttjar lösningsskyldigheten.

De nödvändiga kriterierna i ett oäkta säkerhetsavtal är att kreditgivaren är redovisningspliktig och fakturafordringsägaren lösningsskyldig. Om parterna avtalat att kreditgivaren skall stå risken innebär detta att fakturafordringsägarens lösningsskyldighet åtminstone begränsas. Beroende på omfattningen av denna begränsning kan överlåtelse vara en lämpligare benämning.

4.5.3.6 Kombinationen lösningsrätt med lösningsskyldighet och risk

Slutligen återstår endast kombinationen att fakturafordringsägaren har lösningsrätt samtidigt som han är lösningsskyldig och står någon form av risk för egendomen. Som jag redogjort för i avsnittet om lösningsrätt, 4.5.4.2, leder lösningsrätten ensam till redovisningsplikt med några undantag. När en lösningsskyldighet läggs till lösningsrätten får avtalet ännu fler likheter med ett säkerhetsavtal. Frågan är därför om de undantag som inte drabbas av redovisningsplikt p g a lösningsrätt, gör det p g a att lösningsskyldighet läggs till?

Ett sådant undantag är då lösen följer egendomens bytesvärde. Eftersom det då inte uppstår något överhypotek blir redovisningsplikt inte aktuellt. Innebörden av ett sådant avtal där fakturafordringsägaren dessutom är lösningspliktig, är i princip att kreditgivaren realiserar egendomen i samma ögonblick som han förvärvar den. Låt vara med möjlighet

att båda parter ångrar sig innan leverans. Kreditgivarens syfte med avtalet måste vara den möjlighet till förtjänst en bytesvärdesökning kan innebära samt det eventuella tillägg på lösenbeloppet som parterna avtalat. Fakturafordringsägaren å sin sida har, till skillnad från förhållandet med enbart lösningsrätt, inget syfte att bli av med egendomen. Istället måste fakturafordringsägarens syfte vara att få likvider under en tid och att skydda sig mot att egendomens bytesvärde minskar. Huruvida förhållandet härmed lämpligast beskrivs med termen överlåtelse eller säkerhet är egalt enligt min mening. Hade konstruktionen haft något utrymme i praktiken kunde kanske en specialterm varit på sin plats.

Ett annat undantag gäller då fakturafordringsägaren m h t omständigheterna, och då främst vederlaget storlek, egentligen inte tänkt utnyttja sin lösningsrätt. I dessa fall får lösningsskyldighetens närmare innehåll betydelse. Lösningsskyldigheten kan begränsas beroende på hur risken för egendomen fördelas mellan parterna.

Om fakturafordringsägaren står hela risken för egendomen blir fakturafordringsägaren fullt lösningsskyldig, d v s han får lösa även om egendomens bytesvärde skulle minska till noll. Effekten av ett sådant avtal är att *fakturafordringsägaren måste räkna med att lösa* egendomen. Om egendomens bytesvärde minskar kommer kreditgivaren att kräva lösen med stöd av lösningsplikten såvida inte egendomens särskilda värde för kreditgivaren samtidigt ökat. Har egendomens bytesvärde ökat är det en fördel för fakturafordringsägaren att lösa. Lösen kan dock utebli vid betalningsoförmåga, okunskap om värdeökningen eller ovilja att lösa. Om det slutligen är så att egendomens bytesvärde inte förändrats nämnvärt kommer kreditgivaren kanske att kräva lösen för att detta är bekvämare än att själv realisera egendomen.

Att fakturafordringsägaren får räkna med att lösa är en effekt av att avtalet är öppet. Genom den ömsesidiga möjligheten att kräva återgång är frågan om huruvida lösen uteblir beroende av båda parternas vilja och förmåga på lösendagen. På grund härav blir frågan om fakturafordringsägaren fått sådana villkor att han inte tänkt utnyttja lösningsrätten ganska innehållslös. Huruvida fakturafordringsägaren fått t ex ett fullgott vederlag blir egentligen en bedömning mot bakgrund av egendomens värde på lösendagen. Den enda spekulation som ligger i denna konstruktion avser huruvida fakturafordringsägaren faktiskt kommer att utnyttja sin lösningsrätt efter en värdeökning.

Om kreditgivaren är garanterad en förtjänst genom avgift eller ränta skulle konstruktionen innebära att kreditgivaren kunde göra en extra förtjänst, och fakturafordringsägaren motsvarande förlust, när fakturafordringsägaren inte utnyttjar sin lösningsrätt efter en värdeökning. I övriga fall är kreditgivaren skyddad av lösningsplikten och avgifts- eller

ränteförtjänsten. Även om kreditgivarens extra förtjänst förutsätter en värdeökning är det inte rimligt att kreditgivaren får göra en förtjänst p g a fakturafordringsägarens betalningsoförmåga eller okunskap. Kreditgivaren bör därför vara redovisningsskyldig enligt 37 § AvtL. Förhållandet bör rimligen benämnas säkerhetsavtal.

Om kreditgivaren inte har rätt till ränta eller avgift utan kreditgivarens enda möjlighet till förtjänst är att fakturafordringsägaren inte löser efter en värdeökning, blir bedömningen möjligen en annan. Då gör fakturafordringsägaren en förtjänst i form av ökad likviditet och endast en förlust om han inte kan lösa efter att egendomen ökat i värde. En annan möjlig förtjänst för kreditgivaren är ett särskilt värde hos egendomen.

Det sagda gäller som nämnts när fakturafordringsägaren står risken för egendomen och således är fullt lösningsskyldig. När istället *kreditgivaren står risken* blir lösningsskyldigheten, eller i vart fall den därtill knutna betalningsskyldigheten, begränsad i varierande omfattning. För att belysa förhållandet utgår jag från ett exempel där egendomen vid avtalets ingående är värd 100. Om ett riskfall inträffar och egendomen minskar i värde till 60 får kreditgivaren stå för förlusten om 40. Fakturafordringsägaren behöver då i princip inte betala mer än 60 för att fullgöra sin lösningsskyldighet. Minskar egendomen i värde till 0 behöver fakturafordringsägaren inte betala alls och är därmed i praktiken inte lösningsskyldig längre.

Med risk avses normalt inte varje värdeminskning utan endast vad som allmänt kan kallas casus-orsaker. För enkla fordringar kan parterna t ex ha överenskommit att kreditgivaren skall stå kreditrisken för sekundogäldenärens solvens men inte för en värdeminskning som beror på att fordrans bytesvärde före förfallodagen fluktuerar p g a sekundogäldenärens ekonomiska situation, förväntningar, tillgång och efterfrågan eller kanske valutakursförändringar.

Eftersom riskfallen är oförutsedda händelser är den förutsedda formen för avveckling av förhållandet att fakturafordringsägaren utnyttjar sin lösningsrätt vid värdeökning eller att kreditgivaren begär lösen om egendomen minskar i värde. Effekten av ett sådant avtal är att *faktura fordringsägaren måste räkna med att lösa* egendomen såvida inte det oförutsedda riskfallet inträffar. Även detta avtal är således i huvudsak öppet p g a den ömsesidiga möjligheten att kräva återgång. Den omständigheten att kreditgivaren står risken är enligt min mening inte tillräcklig för att kreditgivaren skall få göra en förtjänst p g a fakturafordringsägarens betalningsoförmåga eller okunskap om en i och för sig oförutsedd värdeökning inträffar. Visserligen kan man tycka att de två icke förutsedda händelserna – riskfall och värdeökning – tar ut varandra. Det är

t o m möjligt att parterna har denna uppfattning och att fakturafordringsägaren därmed får betala lägre ränta eller avgift. Jag menar emellertid att det är fel motvikt som ställs mot förverkandet och att avtalet i vart fall i teorin får en obalans som bör angripas med 37 § AvtL. Motvikten för att godkänna förverkande vid värdeökning bör vara att kreditgivaren ansvarar för all värdeminskning oavsett orsak. Om kreditgivaren ansvarar för all värdeminskning kan lösningsskyldigheten inte leda till någon förlust för fakturafordringsägaren. I princip blir förhållandet då detsamma som när avtalet endast innehåller lösningsrätt.

Jag vill understryka att min slutsats bygger på ett principiellt och teoretiskt ställningstagande. I ett enskilt praktiskt fall kan kreditgivarens risk och sannolikheten för en värdeökning med utebliven lösen kanske beräknas och uppskattas som likvärdiga. Kanhända finns det också anledning att ta hänsyn till sådana risk- och sannolikhetsberäkningar i rättstillämpningen. Eftersom jag emellertid har svårt att inse det praktiska behovet av en förverkanderätt föredrar jag emellertid den nämnda, mer fyrkantiga, gränsdragningen.

En annan faktor som däremot möjligen kan balansera en rätt att förverka en värdeökning är att kreditgivaren inte förbehållit sig rätt till ränta eller avgift. Då gör fakturafordringsägaren en förtjänst i form av ökad likviditet och endast en förlust om han inte kan lösa efter att egendomen ökat i värde samtidigt som kreditgivarens enda möjlighet till förtjänst är att fakturafordringsägaren inte löser efter en värdeökning. En annan möjlig förtjänst för kreditgivaren är dock ett särskilt värde hos egendomen.

Slutsatsvis menar jag att kombinationen lösningsrätt och lösningsskyldighet bör benämnas säkerhet. I de flesta fall leder kombinationen nämligen också till redovisningsskyldighet för kreditgivaren. Undantag gäller möjligtvis för de fall kreditgivaren givit fakturafordringsägaren sådana villkor att denne inte tänkt lösa och samtidigt inte förbehållit sig någon annan förtjänstmöjlighet än värdeökning.

4.5.3.7 Slutsats m m

Min slutsats i beskrivningen av den övre gränsen för säkerhet är att lösningsrätt i kombination med redovisningsskyldighet kan användas som ett tillräckligt och nödvändigt kriterium för att använda termen säkerhetsrätt. Härutöver utgör dock kombinationen redovisningsplikt och lösningsskyldighet ett så näraliggande förhållande att jag för denna vill använda termen oäkta säkerhet. Eftersom redovisningsplikten är en tvingande följd i många fall där lösningsrätt förekommer har lösningsrätten stor betydelse.

I doktrinen har man dock på några håll menat att lösningsrätten inte är särskilt relevant. Det har t ex hävdats att fakturafordringsägaren inte kan ha något intresse av att utnyttja en eventuell lösningsrätt eftersom en fordran inte kan ha något ”egenvärde”. Eftersom lösningsrätten därmed inte har någon egentlig funktion vill man med denna uppfattning inte låta frånvaron av lösningsrätt få avgörande betydelse för avtalets klassificering. Istället framhålls faktorerna kreditrisken och den terminologi parterna använder.[208] En variant av denna uppfattning är att kreditrisken är avgörande men med motiveringen att detta är den enda faktor som är möjlig att ta fasta på.[209] Mot nämnda ståndpunkter har det hävdats att kreditrisken inte kan tillmätas avgörande betydelse eftersom denna kan placeras hos vem som helst av parterna oavsett om det föreligger ett säkerhetsavtal eller en överlåtelse. Istället medför factorns redovisningsskyldighet att factoringavtalet bör klassificeras som den särskilda formen säkerhetsöverlåtelse även om factorn åtagit sig kreditrisken. För factoring saknar lösningsrätten också praktisk betydelse.[210] En ytterligare uppfattning är om inte det avgörande kriteriet för att beskriva ett factoringavtal som en säkerhetsöverlåtelse och för att tillämpa 37 § AvtL, bör vara redovisningsplikt eller en lösningsrätt.[211]

Det finns dock undantagsfall där fakturafordringsägaren har intresse av att få tillbaka fordran. Fordran kan t ex ha kvittningsvärde eller spekulationsvärde och dessa kan inte skyddas genom redovisningsplikt. Fakturafordringsägaren kan också av annan anledning vilja avveckla sitt förhållande med kreditgivaren och få tillbaka sin fordran. T ex kan fakturafordringsägaren ha fått bristande förtroende för hur kreditgivaren kommer att realisera fordran. Det finns också ett värde i att kreditgivarens redovisningsskyldighet sanktioneras av regler om redovisningsmedel vilket i princip endast är fallet om lösningsrätt föreligger. En avtalad lösningsrätt har enligt min mening inte sådan effekt. Jag menar därför att en lösningsrätt för enkel fordran faktiskt har en praktisk betydelse, även om lösningsrätten i sig i många fall aldrig aktualiseras.

Jag använder således även vid enkla fordringar termen säkerhetsavtal för avtal som innehåller lösningsrätt och redovisningsplikt samt termen oäkta säkerhet för avtal med redovisningsplikt och lösningsskyldighet. Att denna terminologi kan vara missvisande, beroende på de närmare villkoren för de olika befogenheterna, håller jag dock inte för osannolikt. Som framgått bygger min beskrivning av begreppet säkerhetsrätt mycket på tillämpligheten av 37 § AvtL. Slutsatserna skulle bli annorlunda om jag tillmätt andra normer lika ingående analys och betydelse. Jag vill också återigen påpeka att syftet med att dra dessa slutsatser är att beskriva de föreställningar som legat bakom den här framställningen.

[208] Björk 1983 s 332-338.
[209] Helander 1984 s 703–708.
[210] Frigell 1984 s 70–74.
[211] Håstad 1994 s 254 not 209, 1996 s 263 not 244.

Anmärkningsvis kan påpekas att gränsdragningsbeskrivningarna antagligen i hög grad skulle påverkas av en reglering som i syfte att nå vissa effekter i förmånsrättshänseende begränsade utdelningen till en viss del av en pants värde, jfr avsn 1.6.2. I vart fall om regleringen gav utrymme för en annan lösning för rättsföreställningar om omsättningsköp. En sådan reglering skulle dock knappast genomföras utan att frågan övervägdes och reglerades ingående. En möjlig reglering vore då kanske att ta fasta på helt andra och lättare fastställbara karaktäristika än de som ovan behandlats. Exempelvis skulle man kunna ta fasta på om fakturafordringarna bara var en del av en större egendomsmängd såsom vid överlåtelse av rörelser och inkråm.[212]

En annan anmärkning rör den skatterättsliga aspekten. Mervärdesskatt utgår vid omsättning av varor eller tjänster. Som vara räknas materiella ting och som tjänst allt annat som kan tillhandahållas i yrkesmässig verksamhet. Med omsättning avses överlåtelse av vara och då tjänst mot ersättning utförs, överlåts eller på annat sätt tillhandahålls. Härmed synes flera säkerhetsavtal vara undantagna. Detta medför att en gränsdragning mellan säkerhet och överlåtelse blir nödvändig. Den civilrättsliga gränsdragningen får härvid i vart fall tjäna som en utgångspunkt.[213] Problemet blir dock inte aktuellt för enkla fordringar eftersom omsättning av fordringar är undantaget från beskattning.[214]

4.6 Mer om begreppens styrka och svaghet – säkerhetsöverlåtelse och andra möjliga begrepp

Mot bakgrund av den beskrivning som gjorts i föregående avsnitt skall detta avsnitt ytterligare belysa svagheter med avtalsklassificering.

Fördelen med att använda begrepp är som nämnts att de utgör verktyg som underlättar kommunikationen och möjligheterna att nå fram till lösningar av vissa frågor. Klassificeringen medför härvid ett effektivt förhållningssätt, se avsn 4.3. Samtidigt är farorna med att bara använda verktygen kreditavtal, säkerhetsavtal och överlåtelseavtal att resultaten blir otillfredsställande. När de bakomliggande intressena inte beaktas tillräckligt inom ramen för begreppen blir lösningarna därefter. Begrep-

[212] Jfr 31 § 3 st SkbrL. Jfr också förhållandena i USA se UCC § 9–102, 9–104 (f) ”… to a sale of accounts or chattel paper as part of a sale of the business out of which they arose, or an assignment of accounts or chattel paper which is for the purpose of collection only, or a transfer of a right to payment under a contract to an assignee who is also to do the performance under the contract or a transfer of a single account to an assignee in whole or partial satisfaction of a preexisting indebtedness”. Se t ex www.law. cornell.edu/ucc/9/9–104.html. White/Summers 2000 s 732-734. Se även Helander 1984 s 113–115.

[213] Jfr prop 1993/94:99 s 135.

[214] Mervärdesskattelagen (1994:200) 3:9 st 3 p 1.

pen blir då verktyg som riskerar att göra mer skada än nytta.[215] Detta gäller i särskilt hög grad problem som kan beskrivas som oklara rättsfrågor.

I vissa fall kan det därför vara på sin plats att försöka utmejsla nya verktyg. Ett begrepp som emellanåt lyfts fram i ett sådant syfte är begreppet säkerhetsöverlåtelse.[216]

4.6.1 Exemplet byggnad på annans mark

I litteraturen har det anförts att det skulle vara funktionellt att använda sig av ett särskilt begrepp för vissa avtal avseende byggnad på annans mark.[217] Bakgrunden är att det saknas en institutionell ordning för avtal om säkerhet i sådan egendom. Enligt ett avgörande av HD krävs tradition för ett avtal som formellt talar om pantsättning av egendomen.[218] Att genomföra tradition avseende byggnad på annans mark är mycket opraktiskt även om man emellanåt kan tänka sig lösningen att överlämna nycklar el likn. Samtidigt finns emellertid möjligheten att i formen av överlåtelse nå vad som motsvarar parternas säkerhetssyfte. För ett sådant avtal ställs inget krav på tradition. Om man tänker sig att kredittagaren på samma sätt får kredit av flera kreditgivare kan prioriteten mellan dem och gentemot andra fordringsägare bli beroende av kreditgivarnas egna uppgifter. Sådan bevisning kan lätt bli ganska besvärlig att hantera. Mot bakgrund av dessa intressen har det därför anförts att någon sekundär pantsättning av egendomen inte skulle vara möjlig. Kredittagarens förfoganderätt över säkerheten skulle m a o vara utesluten i och med den första transaktionen. Eftersom man då lånar egenskapen utesluten förfoganderätt från överlåtelseinstitutet och egenskaper som lösenrätt och redovisningsplikt från säkerhetsinstitutet, kan benämningen säkerhetsöverlåtelse vara träffande.

> Mot dessa intressen står pantsättarens intresse av att kunna utnyttja flera kreditgivares tjänster. Frågan handlar i sak därför om att avväga bl a dessa intressen. Om avvägningen utfaller till fördel för bevisintresset synes ett särskilt begrepp kunna underlätta förståelsen.

[215] Se ovan avsn 2.4.1.2 och 3.4.
[216] Utöver vad som tas upp nedan se t ex Bogdan 1981 s 531–536.
[217] Walin 1991 s 138–139, 1998 s 144–145.
[218] NJ A 1954 s 455 . NJA 1952 s 407. Håstad 1996 s 249–250, 311. Walin 1998 s 143–146 menar att NJA 1988 s 257, där denuntiationskrav ställdes för överlåtelse av hyresrätt, gjort att saken kommit i ett annat läge. Han förordar en paketlösning där byggnad och nyttjanderätten till marken betraktas som en enhet. Det sakrättsliga momentet skulle då bli denuntiation till markägaren. Det finns många argument för en sådan lösning, liksom för andra paketlösningar i sakrättsligt hänseende. Se dock förslag om förslag till registerpantsystem i Ds 2001:21.

4.6.2 Exemplet förmögenhetsforum

Ett annat exempel på hur just termen säkerhetsöverlåtelse använts i syfte att undvika negativa effekter av andra verktyg, återfinns i NJA 1999 s 16, (Amphion). Fallet gällde svensk domsrätt. Ett tyskt försäkringsbolag förde vid Göteborgs tingsrätt talan mot ett rederi registrerat i Liberia. Försäkringsbolaget menade att rederiet hade egendom i Sverige och därför skulle behöva svara här enligt RB 10:3. Egendomen bestod i en fordran på försäkringsersättning från Assuransföreningen i Göteborg. Rederiet hade emellertid omsatt denna fordran till en tysk kreditgivare. TR[219] avvisade talan. Som motivering anförde TR att det innebär en olägenhet för en part att påtvingas en rättegång utomlands. I sammanhanget fäster TR vikt vid att forumregler som RB 10:3 strider mot Luganokonventionen. Att denna visserligen inte var tillämplig i fallet hindrade inte TR från att lägga vikt vid de intressen konventionen tillgodoser. Normargumenten, främst NJA 1970 s 487, om att en pantsatt fordran skall anses finnas där gäldenären har sin hemvist, avfärdar TR med att bedöma avtalet för vad man kallar en säkerhetsöverlåtelse.[220]

HD[221] gör emellertid en annan bedömning. Visserligen benämns förhållandet även här säkerhetsöverlåtelse, men en sådan –

> – ”medför i obligationsrättsligt hänseende i princip samma rättsverkningar som en pantförskrivning genom att allmänna panträttsliga grundsatser är tillämpliga på förhållandet. Även sakrättsligt får panträttsliga principer i vart fall i åtskilliga hänseenden anses gälla, t ex så att en säkerhetsöverlåten fordran kan utmätas för annan överlåtarens gäld”.

Ett perspektiv på saken är att HD här upprätthåller en gammal norm. Jag föredrar dock beskrivningen att HD bygger en ny norm med hjälp av de gamla verktygen säkerhet och överlåtelse. Härmed inget sagt om normens kvalitet. Mitt syfte är här inte att ifrågasätta huruvida detta är en bra eller väl fungerande lösning. Vad jag vill peka på är att HD motiverat sitt avgörande med beaktande endast av vissa intressen som gör sig gällande i fallet, åtminstone om vi utgår från texten i referatet. Det enda argument av intressekaraktär som anförs är intresset av att kunna utmäta en ”säkerhetsöverlåten” fordran för annan överlåtarens gäld. Detta intresse gäller givetvis även utländska subjekt, men häremot får i det sam-

[219] Huldén, Jesperson, Sjödahl Mellbin.
[220] Fallet diskuterades vid ett seminarium vid Sjörättsakademien i Göteborg 990426. Där underströk notarien i målet Jonas Rosengren de intressen domarna beaktat. Det bör kanske understrykas att min argumentation ovan inte ger uttryck för de diskussioner som fördes vid detta seminarium. Det är fråga om min uppfattning av vad domarna gjort och de skall således inte lastas för eventuella brister i mitt resonemang.
[221] JustR Magnusson, Nyström, Westlander, Victor och Pripp fattar beslut i enlighet med RevSekr Olssons betänkande.

manhanget ställas bl a de intressen som TR anfört. Vidare är det fråga om aningen olika intressen när man talar om intresset av att få en färdig exekutionstitel verkställd och intresset av att få en möjlighet att föra talan om sin eventuella rätt.

> Utöver de nämnda intresseargumenten kan nämnas faktaargumentet om risken för att den som omsatt fordran inte blir berättigad till någon del av betalningen. Kanhända går det att i olika fall urskilja olika grad av sådan risk. En omständighet har då att göra med i vilken mån något överhypotek föreligger.

Ett sätt att förklara hur HD hamnat i det ställningstagande de gjorde är alltså att de använt de gamla vanliga verktygen. Med dessa närmast till hands blir det svårt att identifiera de bakomliggande intressena. Det blir också svårare att ifrågasätta huruvida lösningen blir ändamålsenlig. Härmed inte sagt att det inte är viktigt att värna de etablerade verktygen. När problemet gäller intressen som i hög grad är beaktade i begreppskonstruktionerna är begreppen användbara.

4.6.3 Andra möjliga termer

I linje med vad som nämnts i detta avsnitt och mot bakgrund av de intressen som bl a visar sig i de karaktäristika och variabler som exemplifierats i avsnitten 4.4 och 4.5.1, kan man tänka sig en mängd möjliga konstruktioner. För sådana kan det behövas begrepp som kan underlätta kommunikationen och lösningarna. Om behoven visar sig finns det ingen anledning att stanna vid kreditavtal, säkerhet, överlåtelse, säkerhetsöverlåtelse och factoring.

5 Sekundogäldenärens skydd

Sekundogäldenären är den som skall betala fakturafordran. Utifrån sekundogäldenärens perspektiv kan pantsättarens omsättning av fakturafordran till panthavaren innebära en rad oönskade effekter eller m a o skador. Frågan är hur rättsordningen kan skydda sekundogäldenären från dessa skador. Uppgiften kan i denna del beskrivas som att avväga de intressen som aktualiseras för att omsättningen skall generera nytta. Sekundogäldenärens intressen kan mer konkret beskrivas som kostnader och risker med att hantera information och med att byta betalningsmottagare. Just bytet av betalningsmottagare kan ha flera olika konsekvenser för sekundogäldenären. Det handlar om både små och stora administrativa kostnader, om risker för att betalningen inte blir befriande och inte minst om risker för att sekundogäldenären inte får den motprestation han förväntar sig av pantsättaren. I den krediträttsliga argumentationen har man i ganska liten mån explicit uppmärksammat en del av dessa skador. Mot bakgrund av de argument som ändå anförts kan emellertid ett skydd för sekundogäldenären hävdas i flera avseenden. Sekundogäldenären bör också ha möjlighet att genom avtalsvillkor reglera detta skydd gentemot pantsättaren. Däremot saknas tillräckliga skäl för att hävda ett generellt skydd av innebörden att pantsättaren måste ha sekundogäldenärens samtycke för att omsätta.

5.1 Skadorna och teorier om effektivt skydd

5.1.1 Allmänt om skadebeskrivningarna

Huvudfrågan för denna framställning är som angetts i kapitel 3 alltså – *Hur kan skyddas olika subjekt från skador som omsättning i form av kreditsäkerhet i fakturafordringar orsakar?* När jag nu i detta och de följande kapitlen skall behandla hur olika subjekt skyddas blir definitionen av skada av central betydelse. Föreställningar om skada är dock ett besvärligt tema. Skada är ett i hög grad relativt begrepp som är helt beroende av vilka faktorer och vilken tidsrymd man väljer att beakta.

> Det urval som har gjorts i denna framställning är inte bara beroende av det allmänna perspektiv som anlagts utan också av de normer och övriga argument jag haft för avsikt att belysa. Skadedefinitionerna har således vuxit fram under visst inflytande av hur skyddet ser ut. Detta är naturligtvis negativt av samma skäl som att ”du inte missar om du kallar vad helst du träffar för målet”.[1] Å andra sidan är syftet inte att ge en så bra beskrivning av skador som möjligt. Syftet är att beskriva rätten ur ett funktionellt perspektiv, med de brister och de förtjänster detta perspektiv nu en gång har. Att skadebegreppet, eller verkansbegreppet, står under någon form av influens från orsaksbegreppet synes också närmast ofrånkomligt.[2] Hur som helst är det, som nämnts i kapitel 2, dock fråga om en mer långtgående funktionalism än då normernas syften sätts i centrum och helt får beskriva skadorna.

Skadebegreppet måste därför behandlas för vad det är. Detta innebär inte alls att det är meningslöst.[3] Även relativa begrepp är användbara så länge man är medveten om relativiteten. I mångt och mycket finns det i de här sammanhangen också gemensamma föreställningar om vad som skall betraktas som skada. Hur jag definierat skada kommer att framgå fortlöpande i den fortsatta framställningen.

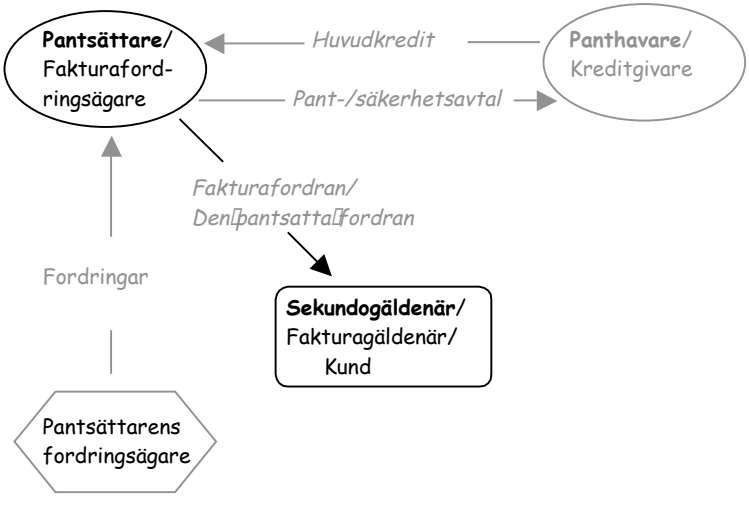
> På sina håll blir det fråga om ganska otydliga definitioner men jag har då funnit att nackdelarna med att precisera dem övervägt fördelarna med att låta bli. Som nämnts i avsnitt 2.2.1 är det också en poäng med framställningen att belysa av begränsningar, svagheter och brister hos perspektivet och då även de skadebeskrivningar som kan följa av detta.

Rent allmänt kan det sägas att skadebeskrivningarna utgår ifrån den omsättningsteori med tillhörande kompensationsförutsättning som beskrivits i avsnitt 1.7. Som framgått av kapitel 1 och 2 kan framställningen sägas bygga på ett perspektiv där dessa teorier är en del. Med dessa teorier kan det som sagt hävdas att förhållandena måste vara perfekta för att generera den tänkta nyttan. Avvikelser från de perfekta förhållandena kan istället medföra skador. För avtalsparterna handlar skadorna om brister beträffande rationalitet, yttre hinder, avvikelser från full information, transaktionskostnader och frånvaro av alternativa parter. För tredje män handlar skadorna om avtalets effekter. Skadebeskrivningen bygger därför på vilka effekter avtalet kan sägas ha på tredje man, eller m a o en jämförelse mellan tredje mans position med respektive utan avtalet. Generellt sett kan vi för de olika subjekt som behandlas i kapitel 5 – 9 tala om skada såsom en *oönskad effekt ur ett visst subjekts perspektiv.*

[1] Formuleringen är hämtad från ett helt annat sammanhang (säkerhetspolisiärt) och lyder där ”you can´t miss if you call whatever you hit the target”. Se t ex Töllborg 1991 med hänvisning till G Marx.
[2] Se t ex Andersson H 1993 s 297–305.
[3] Se t ex Persson U 1953 s 6–12. Herre 1996 s 317–318.

5.1.2 Sekundogäldenärens skador

I detta kapitel är det skadorna för sekundogäldenären som skall beaktas. *Sekundogäldenären* är den som är betalningsskyldig för den pantsatta fakturafordran och i förhållande till avtalsparterna en tredje man. Som nämnts i kapitel 4 använder jag *fakturagäldenär* och *kund* som alternativa benämningar för sekundogäldenär. För tydlighetens skull visar jag ännu en gång den skiss som jag börjat använda i kapitel 4.



Omsättning av en fordran påverkar sekundogäldenären på olika sätt. Bytet av borgenär kan få en rad olika konsekvenser. Det kan t ex vara mer besvärligt att betala till förvärvaren än till den förre borgenären. Beroende på vilken form av omsättning det är fråga om och omständigheterna kring denna kan det vara fråga om olika kostnader och besvär som drabbar sekundogäldenären. Med en vag definition kan vi tala om att skada är de *oönskade effekter* som drabbar sekundogäldenären p g a en genomförd omsättningstransaktion eller p g a föreberedelser för en eventuell sådan.

Med omsättningsteorin är utgångspunkten att tredje man inte får skadas. Således talar omsättningsteorin som utgångspunkt för att sekundogäldenären skall skyddas från alla skador. Att skydda från alla skador är dock inte möjligt. Avtalstransaktioner påverkar oundvikligen tredje man och det är särskilt tydligt vad gäller sekundogäldenären. Omsätt-

ningsteorin synes här hamna i ett dilemma. Samtidigt som den förespråkar största möjliga frihet för parterna förespråkar den största möjliga skydd för tredje man mot vad som är just denna frihet.

Ett sätt att lösa detta dilemma är att väga den nytta som omsättningen anses generera mot skadorna för sekundogäldenären. Om nyttan av transaktionerna överväger skadorna de orsakar för sekundogäldenären borde skadorna kunna accepteras. Ett krav bör dock vara att nyttan verkligen överväger skadorna. Svagheten i resonemanget är att det kan ifrågasättas om det alls är fråga om jämförbara storheter.

> Härmed alltså inte sagt att det för att vara ekonomiskt effektivt är nödvändigt att normerna och kompensationsmöjligheten medför att sekundogäldenärens skador i varje enskilt fall blir mindre än nyttan av omsättningen. Det avgörande är om nyttan generellt överstiger kostnaderna. Ställer man skadorna av omsättning i relation till nyttan av en enskild omsättningstransaktion kan skadorna ofta komma att överstiga nyttan. Om fordringsbeloppet är t ex 100 kr och parterna värderar sin nytta av omsättningstransaktionen till vardera 5 kr så kan ju dessa 10 kr ätas upp av administrationskostnader för sekundogäldenären. Frågan är som sagt dock om man alls kan jämföra dessa kostnader på micronivå med den nytta på macronivå som marknadsteorin och omsättningsteorin hävdar.[4]

Den nämnda avvägningen ger hur som helst inte tillräcklig vägledning. Det är därför svårt att inte ta intryck också av andra resonemang eller teorier som kan ersätta eller komplettera.

En sådan teori handlar om att kostnader effektivast bärs av den som har störst möjligheter att påverka dem. Om sekundogäldenären i beaktansvärd grad kan påverka omfattningen av kostnaderna bör han således bära dem. Likaså om sekundogäldenären i sitt förhållande till borgenären kan kompensera sig för skadorna eller riskerna för skada.

En annan mer konkret teori om kostnadseffektivitet är att kostnaderna för små skador bör bäras av den som drabbas av dem eftersom de totala kostnaderna blir större om skadorna beaktas och ersättning skall utgå. Kostnaderna för att beräkna, verkställa och eventuellt tvista om ersättningen ökar kostnaderna i sådan omfattning att de riskerar att förta nyttan av omsättningen. Den skadelidande blir härmed den bäste kost-

[4] En mer detaljerad kalkyl skulle se ut enligt följande: Förvärvaren får enligt avtalet 20 kr i handläggningsavgift och 5 kr i ränta, d v s totalt 25 kr. Förvärvarens kostnader för porto och administration av transaktionen uppgår till 20 kr. Nyttan alltså 25 - 20 = 5 kr. Förfogaren får genom transaktionen likvida medel om 85 kr 30 dagar tidigare än annars. Värdet av detta uppskattar förfogaren till 30 kronor eftersom han genom likviderna får ett handlingsutrymme som gör att han tjänar 30 kronor på en annan affär. Förfogarens nytta således 30 - 25 (avgifterna) = 5 kr. Samtidigt är sekundogäldenärens kostnader för att motta underrättelse om omsättningen, notera detta och betala till ny adress, d v s en arbetstid om ca fem minuter, kanske 11 kronor. Till detta kommer kostnader för olika risker t ex av icke befriande betalning.

nadsminimeraren. Detta förutsatt att rätten inte kan tillhandahålla kostnadseffektiva lösningar på hur den skadelidande skulle kunna kompenseras.

Till saken hör också sekundogäldenärens möjligheter att i sitt avtal med fakturafordringsägaren avtala om kompensation för riskerna för skada av omsättning. Om man godtar ett synsätt att sekundogäldenären på detta sätt kan kompensera sig för riskerna, medför omsättningen ingen skada. Synsättet är emellertid ganska problematiskt. Med samma resonemang skulle t ex inte heller något kontraktuellt ansvar för dröjsmål behövas. Parterna skulle då ha kompenserat sig för dröjsmålsriskerna vid prissättningen. Jag har därför valt att i huvudsak bortse från synsättet att sekundogäldenären skulle ha möjligheter härvidlag.[5]

> Om man menar att vad som nyss beskrevs som sekundogäldenärens möjligheter har central betydelse måste man givetvis utveckla en skadebeskrivning som beaktar dessa aspekter. Detta vore onekligen intressant. En sådan beskrivning omfattas emellertid inte av det utgångsperspektiv jag har valt för denna framställning.
>
> Däremot har jag beaktat sekundogäldenärens möjligheter att i sitt avtal med fakturafordringsägaren avtala om förbud mot omsättning generellt eller för vissa fall. Dessa möjligheter skall dock beskrivas sist i kapitlet.
>
> Till sammanhanget hör att en primär fråga för sekundogäldenärens skydd är i vilken mån man alls skall godta omsättning mot sekundogäldenärens vilja. Denna fråga skall dock inte heller behandlas inledningsvis. Utgångspunkten är istället att sekundogäldenären inte kan förhindra omsättning. Frågan om vilken betydelse som skall tillmätas sekundogäldenärens vilja behandlas sedan mot bakgrund av de skador och det skydd i övrigt som beskrivs i detta kapitel, se avsnitt 5.10. Alla dessa faktorer utgör nämligen argument i frågan om gäldenärens inställning skall tillmätas någon betydelse.

I det följande är kapitlet indelat i avsnitt som tar utgångspunkt i olika konkreta skadetyper. Avsnitten behandlar sedan det skydd rätten ger sekundogäldenären mot de olika skadorna.

5.2 Informationshantering och kommunikation

5.2.1 Kostnader för informationshantering

Vid i princip alla former av omsättning kan det förekomma att spekulanter, borgenärer och förvärvaren vänder sig till sekundogäldenären för

[5] Jfr skadebeskrivningarna i kap 8 och 9.

att få information om fordran. För sekundogäldenären innebär det vissa kostnader och visst besvär att lämna denna information. När det gäller en viss typ av information, nämligen underrättelse om betalningsändring, är det också ett besvär att ta emot informationen eftersom sekundogäldenären är skyldig att följa sådana underrättelser, se avsn 5.4 nedan.

> I och för sig har sekundogäldenären besvär av alla sorters förfrågningar. Att svara i telefon eller läsa ett brev tar ju tid. Men sådana besvär gäller allt informationsflöde till ett subjekt och det får i regel ankomma på subjektet att begränsa detta inflöde. Det finns dock fall där informationshantering uppfattas som så övervägande skadlig att rättsligt skydd kommer i fråga. Exempelvis skyddas konsumenter såtillvida att de med ett minimum av ansträngning och arbetsinsats skall kunna avvisa meddelanden som de inte vill ta del av.[6]

Utöver kostnader för att lämna information kan också tillkomma kostnader för ansvar för att informationen är korrekt. Det tydligaste fallet där frågan om ansvar aktualiseras är när en spekulant förvärvat en fordran i förlitan på sekundogäldenärens uppgifter.

Det skall inledningsvis sägas att det nedan framgår att den aktuella informationshanteringen förefaller möta liten praktisk uppmärksamhet. Att dessa skador ändå behandlas beror på att de är av principiellt intresse. Den följande argumentationen skall då ses i ljuset av att lösningen på problemet kanske inte alls är av den natur som här diskuteras. Det kan istället handla om att rätten skall tillgodose en sådan infra- och kommunikationsstruktur att några reella problem inte uppstår, d v s att alla inblandade är nöjda och att inget subjekt får utrymme att rubba denna förnöjsamhet.

Om vi nu emellertid fullföljer ett resonemang om mer direkt subjektsinriktat skydd mot skada kan vi konstatera att sekundogäldenärens förhållande till spekulanter och förvärvare närmast handlar om att sekundogäldenären skall bekräfta eller precisera de uppgifter om fordran som pantsättaren redan givit. Frågan blir då om sekundogäldenären skall ha en sådan informationsskyldighet? Denna fråga hänger i viss mån samman med frågan om sekundogäldenären har ett ansvar för att informationen är korrekt? Om sekundogäldenären är informationsskyldig bör han också bära ett visst ansvar för uppgifter han lämnar. Annars blir informationsskyldigheten ganska innehållslös. Däremot föreligger inte nödvändigtvis det motsatta förhållandet. Det är tänkbart att sekundogäldenären visserligen inte skall vara informationsskyldig men att han ansvarar för den information han av andra skäl faktiskt lämnar.

[6] Nordell 1999 s 846.

5.2.2 Informationsplikt

Det finns få uttryckliga normargument i frågan om sekundogäldenären skall vara skyldig att tillhandahålla information om sin skuld till spekulanter och förvärvare.

5.2.2.1 UB 4:15 stadgar informationsplikt vid exekution

Ett normargument i frågan är UB 4:15 som föreskriver en informationsskyldighet vid exekution.[7] Några normargument för en extensiv tolkning av detta stadgande synes emellertid inte finnas.[8] Faktaargumentet att exekution kan försvåras om sekundogäldenären inte är informationsskyldig har givetvis bärighet men det talar bara för en sådan skyldighet vid just exekution. När en sådan skyldighet nu uttryckligen föreligger handlar frågan fortsättningsvis främst om de övriga fallen.

> Det skall anmärkas att avsaknaden av en avtalsrelation till sekundogäldenären ställer till såväl materiellträttsliga som processuella svårigheter för spekulanter och panthavare. Det kan hävdas att det endast är pantsättaren som skall kunna utnyttja grunden att sekundogäldenären bryter mot fordringsavtalet när han vägrat lämna information.[9] Möjligen är förhållandena annorlunda i det läge där panthavaren p g a pantsättarens dröjsmål fått rätt att realisera den pantsatta fordran. I vart fall har panthavaren då motsvarande intresse av att sekundogäldenären lämnar information. Panthavaren kan i detta läge sägas ha tagit över mer av pantsättarens rättigheter gentemot sekundogäldenären.

5.2.2.2 Analogier till ansvarsnormer och 27 § SkbrL m m

Normargumenten för en allmän informationsskyldighet är ganska vaga. I doktrinen finns ett uttalande om att sekundogäldenären möjligen ”under vissa omständigheter” kan bli ansvarig för att han efter mottagande av denuntiation inte underrättat en förvärvare om att fordran redan omsatts eller om andra relevanta omständigheter.[10] Om så är fallet innebär det att sekundogäldenären är skyldig att informera genom att åtminstone bemöta denuntiationer som tyder på att där förvärvaren är felinformerad.

[7] Stadgandet anses ta över banksekretessen. Walin/Gregow/Löfmarck 1999 s 150–151. Gregow 1990 s 133–134, 1996 s 163–164. Nial 1987 s 49–55. SOU 1973:22 s 214–217. Prop 1980/81:8 s 418–420.
[8] Se även Walin 1998 s 189.
[9] Adlercreutz 1995a s 135–138. Grönfors/Dotevall 1995 s 56. Mellqvist/Persson 2001 s 26–27. Ekelöf 1996 s 71–79. Fitger 13:10h, 13:10k. RH 111:84. Jfr NJA 1984 s 215.
[10] Håstad 1980 s 126. Å andra sidan har Bogdan 1981 s 536 antagit att sekundogäldenären knappast är skyldig att informera en panthavare om att han blivit denuntierad om sekundärpantsättning.

Det är också tänkbart att till normargumenten hänföra att en informationsskyldighet måste vara förutsatt i ett system som tillåter omsättning av enkla fordringar. Argumentet bygger på ett antagande om att det måste vara mest effektivt att sekundogäldenären är informationsskyldig.

Som argument *mot* en informationsplikt har en författare i doktrinen anfört att det skulle vara alltför betungande att ålägga en denuntiationsmottagare att svara, i vart fall vid skadeståndsansvar. Hänsyn bör med denna uppfattning tas till att denuntiationsmottagaren står utanför avtalsparternas förhållande.[11]

Slutligen finns det anledning att nämna att 27 § SkbrL skulle kunna hävdas som ett normargument mot en informationsplikt. Denna regel kan sägas ge uttryck för en grundläggande normprincip om att gäldenären inte skall skadas vid omsättning av enkla fordringar. Emellertid bygger en föreställning om en sådan normprincip antagligen delvis på de förenklingar som ofta används när skuldebrevsrätten presenteras. Enligt ordalydelsen handlar 27 § SkbrL bara om att den nye borgenären inte får bättre rätt än förvärvaren. En informationsplikt handlar inte om bättre rätt för förvärvaren utan om en rätt för förfogaren att kräva att sekundogäldenären bistår honom.

5.2.2.3 Informationen har typiskt sett litet värde

För att anknyta till avsnitt 5.1 handlar faktaargumenten om vilka förhållandena är mellan nyttan av omsättning och skadorna av en informationsskyldighet.

Först skall då göras två antaganden om fakta som i någon mån är empiriskt underbyggda. Det första antagandet är att det är vanligt att sekundogäldenären lämnar information frivilligt i enlighet med någon sorts artighets- och konventionsnormer.[12] Det andra antagandet är att det i praktiken i övervägande antalet fall inte görs förfrågningar från spekulanter och förvärvare, annat än vid fordringar som gäller stora belopp. Detta p g a de relativa kostnaderna för att efterfråga denna information, tillförlitligheten hos de uppgifter förfogaren lämnar och möjligheten att hålla sig skadeslös genom förfogarens felansvar och ansvar för huvudkrediten.

[11] Lindskog 1999 s 299–301.

[12] I intervjuer med företrädare för factoringbolag (finansbolag) i Göteborg, Stockholm och Lund, 2002, hävdas att sekundogäldenärerna vanligtvis informerar om de uppgifter som efterfrågas. Informationen efterfrågas då mestadels per telefon. Klagomål förekommer endast ibland eller sällan. De klagomål som avges riktar sig i första hand till pantsättarna. Jfr Andersen/Werlauff 2000 s 272 som menar att de flesta bekräftar en denuntiation (i Danmark).

> Det är här en avgörande skillnad mellan upplägg där kreditgivaren står kreditrisk respektive inte står kreditrisk för fakturafordringarna. I de förra fallen förekommer kontroller ”vanligtvis” och ”regelmässigt”. Undantag görs om förtroendet för fakturafordringsägaren är stort eller fakturabeloppen är små. I de senare fallen är förhållandena de omvända och kontroller görs som stickprovskontroller. Det hör då till saken att denna senare form, där kreditgivaren inte står kreditrisk, sägs vara dominerande. En uppskattning är att denna form används i 90–95 % av alla factoringupplägg.[13]

Av de nämnda antagandena följer för det första att en informationsskyldighet inte generellt minskar transaktionskostnaderna för pantavtalsparterna. Det är bara när det handlar om fordringar på stora belopp som transaktionskostnaderna kan minska. För det andra följer möjligen också att en rättslig förpliktelse inte är särskilt intressant ens för fordringar på stora belopp. Detta bygger då på ett antagande om att sekundogäldenärerna inte ger informationen p g a en föreställning om att de är rättsligt förpliktigade att göra det.

Det sistnämnda antagandet kan ifrågasättas på goda grunder. När en bank eller liknande hör av sig med en förfrågan rörande ett större belopp kan sekundogäldenären mycket väl ha föreställningen att han är rättsligt förpliktigad att svara. Det är därför intressant att beakta vad som skulle hända om sekundogäldenären visste att han sannolikt inte drabbas av någon rättslig sanktion om han inte svarar. Ett antagande är att nämnda artighets- och konventionsnormer alltjämt skulle påverka. Ett annat antagande är att somliga sekundogäldenärer skulle kräva ersättning för att ge informationen. En sådan ersättning skulle öka transaktionskostnaderna för pantavtalsparterna i de fall förvärvaren menar att informationen är det bästa sättet att minska hans risker. Å andra sidan skulle sekundogäldenärerna kompenseras för sina kostnader.

5.2.2.4 Alla inblandade kan påverka kostnaderna

Andra faktaargument handlar om vem som bäst kan minimera kostnaderna av en informationsplikt.

Sekundogäldenärens möjligheter består då i att hantera sina räkenskaper på ett sådant sätt att information kan ges med minsta möjliga insats. Till sekundogäldenärens möjligheter hör också att vid ingående av kreditavtal kompensera sig för riskerna för framtida informationshantering. Detta gäller emellertid bara de fall där det är möjligt att påverka avtalsvillkoren. Vidare är det sekundogäldenären som bäst kan

[13] Intervjuer, se föregående not, samt information från finansbolags, Finansbolagens förenings och Svenska bankföreningens websidor, bl a Svenska bankföreningens remissyttrande till Finansinspektionen 2001–09–13 ”Lending against receivables”, se www.bankforeningen.se/ .

se till att information som han lämnar är korrekt. Det är därför han som bäst kan minimera skadorna av ett eventuellt informationsansvar, jfr avsn 5.2.3.

Mot sekundogäldenärens möjligheter skall vägas avtalsparternas möjligheter att påverka kostnaderna. Parterna är de som bäst styr över hur många förfrågningar som görs och hur många förfrågningar som är nödvändiga. Viktigast är då kanske möjligheterna att tillgodose förvärvarens möjligheter att utkräva ansvar av förfogaren och få kompensation. Förfogaren har också möjligheten att ha god bevisning kring fordringsförhållandet. Vidare har han möjligheten att vid ingående av fordringsavtal använda sig av löpande skuldebrev eller avtala med sekundogäldenären om en informationsskyldighet. Denna möjlighet är dock begränsad till de fall där det är möjligt att påverka avtalsvillkoren, jfr föregående stycke.

I faktaargumentationen kan också urskiljas ett speciellt fall av informationshantering. För förvärvaren kan det ha stor praktisk betydelse att få en bekräftelse avseende en mottagen denuntiation. Det totalt sett minst kostnadsskapande sättet att få detta är genom bekräftelse, i form av vanlig returpost, kvittens av rekommenderat brev etc. Att t ex utnyttja vittnen förefaller både dyrare och mindre praktiskt. Det skulle därför kunna sägas finnas något starkare faktaargument för en informationsplikt i just detta avseende.

5.2.2.5 Fakta överväger för informationsplikt

Om vi mot bakgrund av de nämnda faktaargumenten ställer nyttan av omsättning mot skadorna av en informationsskyldighet, förefaller de inte tala tydligt i någon riktning. Skadorna för sekundogäldenären förefaller vara ganska små. Detta gäller även med beaktande av ett eventuellt informationsansvar eftersom risken för skada därav är liten. Å andra sidan förefaller nyttan av en informationsplikt inte heller vara av någon betydenhet. Möjligen är nyttan av en informationsplikt beaktansvärd när det handlar om fordringar på stora belopp och möjligen är nyttan beaktansvärd vad gäller bekräftelser på mottagen denuntiation.

5.2.2.6 Informationsplikt – integritet

Värdeargumenten i frågan ligger kanske främst i att sekundogäldenären har ett beaktansvärt intresse av att inte behöva röja uppgifter om sin egen ekonomiska situation. Styrkan i detta värde förtas dock i betydande mån av att pantsättaren redan tillhandahållit den information som kan vara känslig, främst fordrans belopp. För de flesta fordringsförhållanden

är informationen heller inte alls känslig, t ex för fordringar på små belopp.

> I sammanhanget kan det uppmärksammas att inte ens banksekretessen nödvändigtvis hindrar att en bank röjer uppgifter om gäldenärer och deras skulder till en förvärvare.[14]

5.2.2.7 Ingen allmän informationsplikt

Vid en avvägning mellan de olika norm-, fakta- och värdeargumenten är det svårt att inte lägga vikt vid att det mer eller mindre saknas normargument för en informationsplikt. När det då i övrigt saknas särskilt starka argument för en sådan skyldighet blir en möjlig slutsats att någon sådan inte föreligger.

Som sagt innebär avsaknad av en informationsplikt dock inte nödvändigtvis att sekundogäldenären undgår ansvar för de uppgifter han trots allt lämnar, se nästa avsnitt.

5.2.3 Informationsansvar

Med den nämnda slutsatsen att sekundogäldenären inte är informationsskyldig har sekundogäldenären ett betydande skydd mot skador av ett eventuellt informationsansvar. Om sekundogäldenären inte vill stå ett informationsansvar kan han helt enkelt låta bli att informera. Härmed skulle man definitionsmässigt kunna avfärda skador av ett informationsansvar från skador som sekundogäldenären drabbas av p g a omsättning. Sekundogäldenären drabbas inte av omsättningen utan av sitt eget indirekta åtagande. Emellertid är en sådan definition väl teoretisk. Detta inte minst mot bakgrund av antagandet att sekundogäldenärer faktiskt lämnar information p g a artighets- och konventionsnormer.

Skadorna av ett informationsansvar varierar beroende på om sekundogäldenären lämnat jakande eller nekande information och beroende på om informationen lämnats till en spekulant eller en förvärvare.

5.2.3.1 Culpanormen och dess undantag

Det tydligaste fallet är som nämnts när en spekulant i förlitan på sekundogäldenärens uppgifter förvärvat en fordran. Ett allmänt normargument för ett informationsansvar i detta fall är culpanormen. Med denna

[14] Bankrörelselagen 1:10 stadgar ”Enskildas förhållanden till bank får inte obehörigen röjas.” Nial 1987 s 72-73 ger exempel på att upplysningar till annat kreditinstitut är godtagbart om det redan från början stått klart att krediten skulle föras över till denne, liksom vid s k avlyft från bank till annat kreditinstitut.

ansvarar sekundogäldenären för uppsåtligt och vårdslöst lämnad information, men inte för ursäktliga misstag. Typiskt sett skulle dock en felaktig uppgift från sekundogäldenären anses vårdslös. Sekundogäldenären måste inse att det kan skada en spekulant om denne får felaktig information. Om sekundogäldenären till en spekulant uppger att han är betalningsskyldig får han därför anses skyldig att då ta omsorg om spekulanten. Det duger inte att efter omsättningen framföra en invändning om att betalning gjorts redan innan uppgiften lämnades. I doktrinen har man, som nämnts i föregående avsnitt, till och med hävdat att sekundogäldenären möjligen kan bli ansvarig även genom passivitet, d v s om han inte reagerar mot en förfrågan med ett felaktigt påstående om fordringsansvaret.[15] Som också nämnts har emellertid motsatt uppfattning hävdats. Någon passivitet skall således inte kunna rendera skadeståndsansvar.[16]

I doktrinen har frågan behandlats mer direkt av en författare. Denne menar att sekundogäldenärer skall ansvara om de besvarar en förfrågan, men ger felaktigt svar. Det skall då vara fråga om ett culpaansvar eller möjligen om ett garantiansvar i de fall svaren har garantikaraktär.[17]

I sammanhanget skulle man vidare kunna anföra normargument om skillnader i ansvar mellan inomkontraktuella och utomkontraktuella förhållanden. Här skulle man kunna tala om att en uppgift från sekundogäldenären om att han är betalningsansvarig innebär en utfästelse. Att sekundogäldenärens handling är närmast benefik behöver inte hindra ett ansvar eftersom ansvar ålagts i andra situationer där någon förlitat sig på uppgifter som ett subjekt lämnat utan att ha något egentligt utbyte härav.[18]

I de fall sekundogäldenären lämnar felaktig nekande information till en spekulant som därmed går miste om en god affär gör sig undantaget för utomkontraktuella förhållanden dock påmint. Det saknas då det utfästelsemoment som en jakande information innehåller och som tydligare påminner om en kontraktuell relation. Särskilt som spekulanten sedan blir panthavare. Ett annat normargument i sammanhanget är principen om begränsning till negativa kontraktsintresset. Med denna kan det hävdas att även om förhållandet till en spekulant skulle bedömas som ett kontraktsförhållande, så skall sekundogäldenären ändå bara svara för de kostnader spekulanten haft. Däremot inte för den vinst som

[15] Håstad 1980 s 126. Se även Lindskog 1994a s 134.
[16] Lindskog 1999 s 300–301.
[17] Lindskog 1999 s 301–302.
[18] Allmänt om tillitens betydelse för ansvarsbedömningen i kontraktsliknande förhållanden, se Kleineman 1987 avsn 8.4 - 8.5.

spekulanten gjort om ett avtal med fakturafordringsägaren kommit till stånd.

Några motsvarande begränsningar märks däremot inte avseende den skada pantsättaren lider av att affären inte blir av. Denne skulle kunna göra gällande att sekundogäldenären bryter mot fordringsavtalet om sekundogäldenären ger felaktig information till en spekulant.

> I övrigt blir de skadeståndsrättsliga principerna om begränsningar p g a adekvans etc inte särskilt tydliga. Sekundogäldenären får ersätta skillnaden mellan den felaktiga informationen och den riktiga. Denna skada är den direkta följden av den felaktiga informationen och den kan knappast anses som en alltför avlägsen skada.

5.2.3.2 Liten skadefrekvens och gäldenären bäste kostnadsminimerare

Fakta handlar först och främst om att det kan antas vara få fall där ett ansvar alls blir aktuellt. I första hand beror detta på att pantsättaren har ett intresse av att själv ge korrekt information för att alls få till stånd något avtal. En felaktig uppgift från pantsättaren som sedan vederläggs genom information från sekundogäldenären är knappast befrämjande för ett avtalsslut. I de fall pantsättaren faktiskt ger information innan sekundogäldenären måste det sedan till ganska speciella omständigheter för att sekundogäldenären skall ge samma felaktiga uppgifter om fordran som pantsättaren givit. I de fall informationen först kommer från sekundogäldenären och sedan bekräftas av pantsättaren, kan panthavaren hävda pantsättarens ansvar härför, se avsnitt 9.5. På samma sätt förhåller det sig i allt väsentligt med information som enbart härrör från sekundogäldenären. Pantsättaren har således för det mesta intresse av att se till att panthavaren får korrekt information. Skulle panthavaren ändå ha fått felaktig information kan panthavaren i första hand hävda pantsättarens felansvar. Sekundogäldenärens ansvar blir därför främst aktuellt när pantsättaren inte kan fullgöra sitt felansvar p g a t ex obestånd. Sammantaget kan frekvensen av skador som drabbar sekundogäldenären därför antas vara ganska låg.

> Denna skadefrekvens påverkas också av om sekundogäldenären kan göras primärt ansvarig och de totala skadorna påverkas av om han har regressrätt mot pantsättaren. Att utveckla dessa teman för emellertid för långt i sammanhanget.

Faktaargument är att sekundogäldenären antagligen har låga kostnader för att lämna korrekt information när han själv avgör om han alls vill lämna information. Detta särskilt som inget hindrar att sekundogäldenären lämnar informationen med förbehåll om att den inte nödvändigtvis är helt korrekt. Jämförelsen med kostnaderna för att förvärvaren står risk ger därför att det är effektivare att sekundogäldenären ansvarar.

Faktaargument är också att sekundogäldenären är den som bäst kan minimera kostnaderna genom att se till att lämna korrekt information. Vad en pantsättare kan göra är att se till att ha så god bevisning att utrymmet för förlitan på felaktig information från sekundogäldenären blir litet. Ett sådant intresse har pantsättare dock även om sekundogäldenären ansvarar eftersom som nämnts även pantsättare kan ställas till svars för felaktiga uppgifter. Den avgörande kostnadsminimeringen ligger därför på sekundogäldenären.

När det gäller den med normargument hävdade avgränsningen mot utomkontraktuella förhållanden kan det pekas på konsekvensen att ganska likartade förhållanden skulle komma att behandlas olika om man betraktade all information till spekulanter som utomkontraktuella relationer. Om en spekulant p g a felaktig information förvärvar fordran skulle sekundogäldenären inte ansvara. Är det istället fråga om felaktig information till en panthavare, som på grund härav går miste om en reklamationsmöjlighet el likn, skulle sekundogäldenären ansvara. Till sammanhanget hör då i och för sig huruvida frekvensen av spekulanter som råkar illa ut är högre än frekvensen av panthavare. Ett antagande är att riskerna för spekulanter är större.

5.2.3.3 Tillit och omsorg om den som gör benefika handlingar

När det så handlar om värdeargument är det svårt att bortse från värdeladdningen i tillit. I vart fall när det handlar om uppsåtligt felaktig information är det svårt att acceptera att sekundogäldenären skulle vara fri från ansvar. Ett ansvar för vårdslösa uppgifter ryms också inom detta värde. Därtill kan det nämnas att man i t ex tysk och dansk rätt tycks anse att sekundogäldenären ansvarar för sina uppgifter.[19] Jfr även den mer allmänna löftesnormen i Principles of European Contract Law 2:107.[20]

Mot dessa värdeargument talar möjligen att sekundogäldenären inte får något omedelbart utbyte av den information han ger. Detta värde gör sig gärna gällande i frågan om bundenhet till löften. Jfr normargumenten ovan.

Möjligen kan man också även här beakta det generella värdet att en sekundogäldenär inte skall drabbas av omsättning av enkla fordringar. Här kan dock framhållas synsättet att det inte är omsättningen i sig som skadar sekundogäldenären utan sekundogäldenärens eget handlade.

[19] Zeiss 1986 s 54. Andersen/Werlauff 2000 s 272.
[20] Lando/Beale 2000 s 157–158.

5.2.3.4 Informationsansvar i form av culpaansvar

Av det nämnda framgår att de övervägande argumenten talar för ett informationsansvar för jakande information till en spekulant som sedan förvärvar fordran. Likaså för information till panthavaren om informationen kan medföra att panthavaren skadas. Störst betydelse för en sådan slutsats har värdeargumentet om tillit. Med de nämnda normargumenten är ansvaret dock begränsat till ett culpaansvar.

5.2.4 Ökade kommunikationskostnader

Vid omsättning byts sekundogäldenärens betalningsmottagare ut. Detta byte i sig påverkar sekundogäldenärens förhållanden i mer eller mindre omfattning. Vissa former av omsättning innebär ett mer påtagligt byte än andra. Således är denuntiationspant och factoring mer långtgående eftersom betalningsmottagaren då byts ut. Vid företagshypotek blir ett sådant byte inte nödvändigtvis aktuellt.

> I sammanhanget finns det anledning att reflektera något över terminologin. Omsättningen uttrycks ofta med termerna borgenärsbyte eller cession. Jämfört med uttrycket ”byte av betalningsmottagare” förefaller termen borgenärsbyte uttrycka något mer vidsträckt.[21] Om man använder uttrycket borgenärsbyte förmedlar det därför vissa föreställningar som kan medföra att frågor om sekundogäldenärens skydd besvaras på ett för denne mindre fördelaktigt sätt än om en annan term använts. Med andra ord har föreställningen om objektet, d v s vad det är som omsätts, har viss betydelse. Det är skillnad mellan beskrivningarna att omsätta en fordran och att omsätta en rätt till en betalning eller m a o ett visst utflöde av pengar. Beskrivningarna kan t ex påverka föreställningarna om vem som kan medge anstånd med betalningen och i vilken mån förvärvaren skall ha rätt att kräva betalt eller m a o i vilken mån det skall anses finnas tillräcklig grund för betalningsskyldighet. Termen borgenärsbyte är emellertid vedertagen och ett enkelt sätt att beskriva huvudpoängen att ett nytt subjekt blandas in i vissa avseenden. I förhållande till de rättsföljder som omsättningen får gentemot sekundogäldenären och andra är det antagligen också den mest träffande termen. När jag använder termen borgenärsbyte skall termen emellertid läsas med beaktande av att jag haft ambitionen att inte låta termen i sig påverka analysen om sekundogäldenärens skydd.

En typ av skada av borgenärsbytet är ökade kostnader för att kommunicera med panthavaren, t ex för att denne talar ett annat språk eller har annan kommunikationsutrustning än pantsättaren. Sådana skador är kostnader för kommunikation som är en nödvändig följd av avtalet, t ex avtalade saldobesked, preskriptionsavbrott och avtalade preskriptions-

[21] Mellqvist/Persson 2001 s 62 förklarar att cession avser ”frivillig överlåtelse av rätten att ta emot en prestation.”

avbrottsbekräftelser. (Kommunikation i form av betalning, denuntiation och liknande behandlas särskilt nedan.)

Om kommunikationen inte är en nödvändig följd av avtalet utan företas för att någon vill åstadkomma något kan man inte säga att det är omsättningen som orsakar kostnaderna, såvida inte ändringen är föranledd just av borgenärsbytet. Kostnader för kommunikation som inte är en nödvändig följd av avtalet minimeras för övrigt bäst om den som vill åstadkomma något med kommunikationen står kostnaderna. Vill denne ha ett svar måste denne erbjuda sig att på ett eller annat sätt kompensera för kostnaderna som mottagaren får. Väljer mottagaren att ändå svara väljer han också att stå kostnaderna för detta. Om sekundogäldenären får kostnader p g a denna kommunikation beror det således på att han ville åstadkomma något eller av annat skäl var beredd att stå kostnaderna.

5.2.4.1 Etablerad kommunikationsform har skydd av 27 § SkbrL

Någon norm som direkt tar sikte på kostnaderna för nödvändig kommunikation saknas. I sammanhanget kan dock 27 § SkbrL anföras. Att panthavaren får kommunicera på annat för sekundogäldenären mer kostnadskrävande sätt, anses då vara att njuta ”bättre rätt”. En sådan tolkning ligger nära till hands när viss form får anses avtalad mellan sekundogäldenären och pantsättaren. Däremot ligger den inte lika nära till hands när det handlar om skillnader mellan pantsättarens och panthavarens faktiska agerande. Exempelvis kan panthavaren kommunicera via brev medan pantsättaren använt e-mail.

Utrymmet för tolkning av avtal och även beaktande av att avtalsinnehållet justeras m h t parternas agerande, ger ett betydande utrymme för att omfatta pantsättarens faktiska agerande. Det kan dock inte bli fråga om att varje form av faktiskt agerande innebär att sekundogäldenären har rätt att även fortsättningsvis få kommunikationen ordnad på det sättet. Pantsättaren hade ett utrymme att ändra sina rutiner. Till detta argument anknyter allmänna normargument om kommunikation. Det finns vissa vedertagna former för den här aktuella kommunikationen och de lämnar ett visst handlingsutrymme för båda parter i ett avtal. Bland dessa normer märks dock att t ex information till konsumenter skall ges på ett tydligt sätt, jfr t ex KkredL 16 § 2 st, 7 § och KköpL 16 § 1 st.

De sistnämnda lagreglerna kan anföras som normargument för ett tvingande skydd för konsumenter, åtminstone för vissa ökade kommunikationskostnader. Att en panthavare t ex skulle få kommunicera på ett annat språk gentemot konsumenten förefaller orimligt. En anmärkning i sammanhanget är dock att 16 § 1 st KkredL inte såsom 27 § SkbrL talar om ”bättre rätt” utan om ”samma invändningar”.

5.2.4.2 Panthavaren träder in i en etablerad miljö

Faktaargument är att det beror på omständigheterna kring kommunikationen vem som har bäst förutsättningar att minimera kommunikationskostnader. Exempelvis löses språkproblem billigast genom att den som har de billigaste resurserna anpassar sig. Eftersom det således inte är sekundogäldenären som entydigt är den bäste kostnadsminimeraren talar detta faktaargument för att panthavaren får stå kostnaderna och att han inför omsättningen bedömer om hans kostnader för kommunikationen kommer att bli lägre än nyttan.

Värdesidan av de nämnda norm- och faktaargumenten är att det förefaller rimligt att panthavaren får anpassa sig. Det är ju typiskt sett panthavaren som träder in i en miljö där sekundogäldenären redan finns. När det gäller frågan om förvärvaren kan använda ett annat språk än vad parterna använt är det dock svårt att låta bli att associera till hur sådana problem löses rent allmänmänskligt.

> Rent allmänt får problemen nog en praktisk lösning p g a artighet, skadornas begränsade omfattning, bristande medvetenhet om kostnaderna för kommunikation samt bristande medvetenhet om skillnaden mellan kommunikation enligt avtalet och kommunikation för att förändra avtalet.

5.2.4.3 Sekundogäldenären har skydd för etablerad kommunikationsform

En slutsats av de ovan anförda argumenten blir att panthavaren måste följa sådan form för kommunikation som kan anses avtalad med pantsättaren eller senare blivit tillräckligt etablerad mellan sekundogäldenär och pantsättare.

5.3 Ändringar avseende betalningen

De former av omsättning som medför byte av betalningsmottagare innebär att man måste anpassa betalningen härefter. Denna anpassning innebär i sig ett besvär för sekundogäldenären. Dessutom kan kostnaderna för att genomföra betalningen öka. Bytet av betalningsmottagare innebär också en risk för att sekundogäldenären inte får tillräcklig information om hur han skall förfara. Därmed uppstår en risk för betalning utan befriande verkan.

> En särskild fråga är i vilken mån sekundogäldenären måste beakta ändringen när den pantsatta fordran är större än huvudkrediten. Den behandlas i avsn 5.7.

5.3.1 Ändring av betalningsprestationen

Sekundogäldenärens skador av ändringar i betalningsprestationen skall ses mot bakgrund av betalning i allmänhet. Frågan om var betalning av en fordran skall ske *i allmänhet* regleras i SkbrL 3 §. Enligt denna skall fordran i princip betalas i borgenärens bostad eller affärslokal när inget annat avtalats, men det framgår av lagmotiven att man förutsatt att betalning kan ske med hjälp av postservice o likn, se nedan. Motsvarande regel återfinns i den modernare regeln om betalning av hyra i JB 12:20 från 1984. Om borgenären inte kan nås finns regler om nedsättning i lagen 1927:56 om nedsättning av pengar hos myndighet, NedsL.

I den mån man kan tala om särskilda regler för *hur* betalning skall ske,[22] annat än i fråga om valuta, kan man konstatera att några sådana regler med formell allmän tillämplighet inte finns. I den nämnda regeln JB 12:20 finns dock ett särskilt påpekande om att betalning alltid får ske genom postanvisning, postgiro eller bankgiro. Huvudregeln i SkbrL 3 § innebär naturligtvis inte heller att gäldenären personligen måste infinna sig hos borgenären. Gäldenären kan istället skicka betalningen med bud och posten kan genom vanlig post, postanvisning eller postgiroavi fungera som sådant.[23] Liksom borgenären måste acceptera betalning genom bud måste han acceptera någon som får anses utgöra sitt eget behöriga ombud. Detta stöds av avtalslagens fullmaktsregler. Om man utgår från ombudskonstruktionen är det vanligaste exemplet på ombud i dessa sammanhang Post- och Bankgiro.[24] Beträffande moderna betalningsformer finns det dock inte nödvändigtvis anledning att binda sig vid allmänna juridiska konstruktioner.[25] Även om betalning via Post- och Bankgiro i viss mån kan motiveras med fullmaktsanalogier förefaller det

[22] Hellner 1993b s 49 gör i ett kortfattat avsnitt om betalning en indelning i platsen, tiden och sättet. Enligt Hellner leder betalning genom ”postgiro, förmedling av bank el dyl” till att man vanligtvis inte kan lokalisera platsen för betalning. Tillåtligheten av betalning på detta sätt är enligt Hellner istället en fråga om sättet. Tiberg 1988 s 41 nämner att prestationsort och prestationssätt har nära samband men utvecklar inte detta tema.

[23] Angående möjligheten att betala via postanvisning se bl a Würtemberg/Sterzel 1947 s 37.

[24] Beträffande rättsliga motiveringar av Post- och Bankgirots status kan hävdas att förhållandena påminner om förhållandena för ombud med självständig fullmakt. Postgirot och bankgirot får anses ha självständiga fullmakter med behörighet att motta betalning för borgenären. Den självständiga fullmakten är uttryckt genom post- och bankgirots respektive kataloger. Stöd för en sådan tolkning finns i HD:s domskäl i NJA 1988 s 312. HD menade att girot åtminstone i ett fall där borgenären anvisat gäldenären att betala via postgiro, framstår som ombud för borgenären, (s 318). (Fallet rörde betalningstidpunkten vid betalning via postgiro.) Jfr Lehrberg 1999 s 60–74. Håstad 1998 s 162.

[25] Jfr Arnesdotter 1996 s 177–179, 171–174. Walin 1997 s 50–55.

viktigaste skälet för att acceptera sådana betalningar vara att det är så det går till.[26]

Huvudregeln om betalning är således borgenärens bostad eller lokal. I praktiken är det vanligt att borgenären också aktivt anvisar denna betalningsort genom t ex en anvisning om att betala via postgiro. Enligt SkbrL 3 § 2 st kan en borgenär emellertid istället anvisa en annan betalningsort såvida detta inte medför väsentlig kostnad eller olägenhet.

Att betala till ny adress innebär vanligtvis inget större besvär för sekundogäldenären. Eftersom sekundogäldenären oftast kan betala via giro påverkar borgenärsbytet betalningsrutinen obetydligt.[27] Om panthavaren inte har giro får sekundogäldenären vissa kostnader för betalningen. Att skicka en postanvisning kostar t ex 75 kr och en utbetalningsavi över postgirot 15 kr, respektive 5 kr för internetvarianten.[28] Frågan är nu vilket skydd sekundogäldenären har mot denna typ av skador?

5.3.1.1 Skydd mot väsentlig olägenhet eller kostnad

Det finns ganska tydliga normargument för att sekundogäldenären som regel skall stå kostnaderna för betalningsändringar. Förutom den ovan nämnda anvisningsrätten enligt SkbrL 3 § 2 st kan 3 § 1 st hävdas för att fullgörandet efter omsättning skall flyttas till panthavarens bostad eller affärslokal.

> Det handlar då närmast om en motsatsvis tolkning av tredje meningen. Där används ordet ”övergår” vilket skiljer sig från SkbrL:s terminologi i övrigt. I 10 § anges lagens huvudterminologi genom påpekandet om att ordet ”överlåtelse” betecknar såväl överlåtelse som pantsättning. När man i 22 § 2 st velat markera denna regels begränsade tillämplighet har man använt ordet ”Säljer”. Ordet ”övergår” kan hävdas avse såväl överlåtelse som annat fång, t ex arv eller bodelning. Även pantsättning kan falla in under denna term även om panthavarens rätt till betalning innan pantrealisationsstadiet också kan motiveras med borgenärens anvisningsrätt, se nästa avsnitt.[29]
>
> Avsnittet är skrivet utifrån förutsättningen att sekundogäldenären inte invänder eller inte har möjlighet att invända mot pantsättningen i sig. Under de förutsättningarna är det genom 3 §, 10 § och 29 § SkbrL alltså ganska

[26] Flera författare anser utan att förklara det närmare att betalning kan ske via giro. Tiberg 1988 s 41 menar att blotta innehavet av ett giro innebär förklaring att betalning kan ske på kontot. Walin 1997 s 39 anger att frågan saknar intresse när post- och bankgiro kan användas. I anslutning till Walin anger Mellqvist/Persson 2001 s 79 att gäldenären har rätt att använda sig av girobetalning eftersom borgenären torde ha rätt att anvisa gäldenären att betala på detta sätt analogt med SkbrL 3 § 2 st, s 74, jfr dock s 83.

[27] Om ett subjekt har giro kan hävdas att subjektet är skyldigt att acceptera betalning till girot om inget annat avtalats. Se nedan avsnitt 5.3.

[28] Enligt uppgift juli 2002. Postanvisningen är då maximerad till 10 000 kr.

[29] Frågan berörs inte i förarbetena se NJA II 1936 s 25–29. Inte heller av Walin 1977 s 38–44, 1997 s 38–45. Jfr Lindskog 1993 s 99–101 beträffande termerna förvärv och överlåtelse.

tydligt att panthavaren har rätt att kräva betalning såsom borgenär. Frågan huruvida sekundogäldenären alls är skyldig att finna sig i pantsättningen behandlas i avsnitt främst i avsn 5.6, 5.9 och 5.10.

Det finns emellertid normargument mot att sekundogäldenären skall stå några egentliga kostnader. Enligt SkbrL 3 § 2 st har sekundogäldenären vid borgenärens anvisning skydd mot väsentlig olägenhet eller kostnad. Visserligen saknas en sådan formulering i formuleringen om omsättning (3 § 1 st), men de praktiska likheterna mellan st 1 och st 2 i detta avseende är stora. Dessutom bygger st 1 och regeln om att betalningsorten ändras vid omsättning, på antagandet att den "... icke i allmänhet är ägnad att, genom ökade kostnader för betalningens verkställande eller dylikt, väsentligen försämra gäldenärens ställning."[30]

Eftersom ordalydelsen i 3 § 2 st är "väsentlig olägenhet eller kostnad" kan man möjligen tveka över om väsentlighetsrekvisitet avser både olägenhet och kostnad. En sådan tvekan kan förstärkas av formuleringen i 3 § 3 st som endast talar om "kostnad och skada". Mot bakgrund av att man i det nämnda förarbetscitatet talar om "väsentligen försämra gäldenärens ställning" kan hävdas att väsentlighetsrekvisitet även skall omfatta kostnadsposten.

Härutöver talar också faktaargument för att sekundogäldenären skall skyddas mot väsentliga olägenheter och väsentliga kostnader. Det kan nämligen hävdas att sekundogäldenären endast bör bära kostnader som är mindre än nyttan av omsättningen. Skador som är stora och ovanliga bör förvärvaren stå så att han måste kalkylera med dem för att i det enskilda fallet avgöra om nyttan är större än skadorna.

En intressant fråga är sedan vilka kostnader som kan räknas som väsentliga. I linje med den nyssnämnda teorin om fakta bakom väsentlighetsbegränsningen är det effektivt att ställa kostnaden i relation till vad betalning normalt kostar. Onormalt stora kostnader riskerar att vara större än nyttan. De bör därmed utsättas för en kalkyl i det enskilda fallet. Panthavaren behöver då heller inte skaffa någon annan information än om hur kostnaderna för det betalningssätt han kommer att kräva förhåller sig till de normala kostnaderna. En onormal kostnad kan dock accepteras om den är lägre än kostnaderna som sekundogäldenären skulle haft om omsättning inte skett, d v s för betalning till pantsättaren, den ursprunglige borgenären.

Det nämnda huvudalternativet skulle, tillämpat på de ovan nämnda betalningsformerna, innebära att betalning via postanvisning utgör en ovanligt stor kostnad eftersom betalning via girosystemen förefaller vara den form som helt dominerar.[31]

[30] NJA II 1936 s 27.
[31] SOU 1995:69 s 74.

Det finns också värdeargument i frågan om skydd mot väsentliga kostnader. Att utsätta ekonomisk svaga gäldenärer för kostnader som är väsentliga i förhållande till deras ekonomi kan anses orimligt. För en del subjekt kan postanvisningsavgiften om 75 kronor kanske anses vara en orimlig kostnad.

> Det skall dock påpekas att förvärvarens risker alternativt kostnader för information inför förvärvet ökar om man sätter kostnaderna för betalning i relation till sekundogäldenärens förmögenhetsförhållanden. Förvärvaren måste ju då ta reda på sekundogäldenärens förmögenhetsförhållanden för att veta vem som skall stå kostnaden för det betalningssätt som man använder för att betala till förvärvaren.
>
> Det kan i sammanhanget också nämnas att man i projektet Principles of European Contract Law föreslår att borgenären skall kunna dirigera gäldenären att betala vart som helst inom Europeiska Unionen. Gäldenären skall då dock ges ersättning för ökade kostnader.[32]

Sammanfattningsvis talar argumenten ganska tydligt för att ge sekundogäldenären skydd mot väsentlig olägenhet eller kostnad. Särskilt starka är härvid normargumenten. I den miljö där finansinstituten i allt högre grad tar betalt direkt för de enskilda transaktionerna kan denna regel kanske få en mer uppmärksammad betydelse än vad som hittills förefaller ha varit fallet.

> Till sammanhanget hör också att det finns ett tydligt skydd för sekundogäldenären i ett visst fall. När fordran övergått till panthavare i annat land har sekundogäldenären rätt att betala på den tidigare betalningsorten. Detta kan naturligtvis vålla vissa problem om inte panthavaren finns på plats. Om frågan inte i det konkreta fallet får en praktisk lösning genom t ex att panthavaren anvisar annat betalningssätt måste sekundogäldenären få deponera betalningen, jfr 3 § 3 st SkbrL och 1 § NedsL.
>
> En särskild fråga är vad rättsföljden av ovan nämnda skydd mot väsentlig olägenhet eller kostnad skall vara. Lydelsen av SkbrL 3 § som anger att pantsättaren ”äge” anvisa, d v s har rätt att anvisa, kan närmast anföras för att panthavaren måste göra upp med sekundogäldenären för att kunna åstadkomma en betalning som orsakar väsentlig olägenhet eller kostnad. Det finns dock en norm som skulle kunna hävdas för att sekundogäldenären skulle vara skyldig att betala även i de fallen, men då istället ha rätt till kompensation. I HB 12:8 finns en regel om rätt till ersättning för nödig kostnad för den som haft sådan avseende nedsatt gods. Varken fakta eller värdeargument synes dock övervägande tala för denna senare lösning. En borgenär måste kunna tillgodose sina intressen på annat sätt än att sekundogäldenären skall kunna förpliktigas att utföra tjänster, om än tjänster för vilka sekundogäldenären skulle kunna få ersättning genom kvittning med skulden.

[32] Artikel 11:306. www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/.

5.3.1.2 Avtalat betalningssätt

Anmärkningsvis skall noteras att en blivande gäldenär kan skydda sig mot kostnader för betalning kan genom att avtala om begränsningar för dessa kostnader. Ett villkor om att betalning skall ske via postgiro eller att sekundogäldenärens kostnader för betalning inte får överstiga 5 kronor kan i enlighet med 27 § SkbrL hävdas mot såväl pantsättaren som panthavaren.

> En annan anmärkning rör avtalsvillkor som ger sekundogäldenären rätt att betala till exempelvis ett visst konto som innehas av pantsättaren och det är klart att denna rätt inte ändras p g a en omsättning. Med hänsyn till sakrättsliga krav skulle ett sådant villkor sannolikt medföra att fordran inte kan omsättas med sakrättslig verkan.

5.3.2 Bristande information

5.3.2.1 … om betalningsort – var?

Sekundogäldenären kan av olika anledningar sakna kännedom om betalningsorten. En anledning kan vara att betalningsmottagaren bytts ut utan att sekundogäldenären fått närmare uppgifter om *var* denne har sin hemvist. Sekundogäldenären kan då få kostnader för att söka sådan information och för att han inte kan fullgöra på förfallodagen eller inte kan fullgöra genom ordinär betalning.

Normargumenten för ett skydd är först och främst 3 § 3 st SkbrL. Enligt denna kan panthavaren (borgenären) inte göra dröjsmålspåföljder gällande när han på detta sätt är ansvarig för att gäldenären inte kan betala. Därmed kan man hävda att sekundogäldenären inte behöver deponera beloppet, jfr dock nästa avsnitt.[33] Panthavaren skall också ersätta sekundogäldenären för kostnad och skada.

> Vad som är otydligt är möjligen hur omfattande skyddet är. Det kan då konstateras att någon begränsning av ansvaret i form av väsentlighetsrekvisit eller krav på culpa hos panthavaren inte stadgas. För en begränsning talar dock principen om att en skadelidande måste försöka begränsa sin skada.[34]
>
> Det finns här liten anledning att utveckla argumentationen. Skadorna kan m h t att sekundogäldenären kan låta bli att betala antas vara små och de kan för övrigt antas vara ganska ovanliga. Det kan dock påpekas att det är panthavaren som är den bästa riskminimeraren. För att ansvaret skall sakna

[33] Walin 1997 s 44. En annan sak är att sekundogäldenären har rätt att deponera, om han så önskar, se NedsL 1 § 1 st.

[34] Jfr Walin 1997 s 43 om att gäldenärens ansvar för att slå i kataloger. (Till skillnad från Walin skulle jag nog dock som regel utgå från att den jag skall skicka pengar till har samma adress som när jag var i kontakt med honom sist.)

begränsningar talar att det typiskt sett är slarvigt av panthavaren att sekundogäldenären saknar information av det aktuella slaget. Ur effektivitetssynpunkt är en enkel regel utan subjektiva rekvisit därmed att föredra. Å andra sidan kan sekundogäldenären också påverka kostnaderna.

5.3.2.2 … om berättigad borgenär – vem?

Sekundogäldenären kan också sakna kännedom om vem som har rätt till betalningen. En anledning härtill kan vara att fordran omsatts. Även här kan sekundogäldenären få kostnader för att söka information och för att han inte kan fullgöra på förfallodagen eller inte kan fullgöra genom ordinär betalning.

Enligt ordalydelsen är det nyss nämnda stadgandet i SkbrL 3 § 3 st endast gångbart om gäldenären har brist på information om *var* betalningen skall erläggas. Mot detta står uttalanden i förarbetena där man anger att stadgandet härstammar ur den uppfattning som fanns före SkbrL om att betalning av löpande skuldebrev skulle fullgöras hos gäldenären så att denne skulle slippa besvären att efterforska *vem* som innehade skuldebrevet.[35]

Samtidigt behandlas bristande information om vem som skall ha betalningen i NedsL 1 § 2 st. En central funktion hos NedsL är att gäldenären skall kunna undgå olika dröjsmålspåföljder som gäldenären enligt andra lagar annars skulle åläggas. Om NedsL anses exklusivt reglera de undantag där gäldenären slipper påföljder innebär detta att gäldenären vid bristande information om vem *måste* deponera för att undgå påföljder. Detta skulle vara en markant skillnad jämfört med den nyss behandlade bristen på information om var. Skillnaden mellan dessa likartade informationsbrister är, inte minst mot bakgrund av de nämnda förarbetsuttalandena, tämligen märklig. För en gäldenär som inte känner till vem som har rätt till betalningen gäller det i så fall tydligen att ta reda på vem utan att samtidigt få reda på var, d v s var denna någon bor.

Nu behöver emellertid varken NedsL eller SkbrL hävdas på nämnda sätt. Eftersom det kan finnas andra skäl att deponera än att undgå dröjsmålspåföljder kan NedsL istället hävdas som endast en möjlighet att deponera vid bristande information om vem. Inom ramen för de lagar som stadgar dröjsmålspåföljder bör det enligt allmänna principer finnas ett utrymme för befrielse då dröjsmålet beror på borgenären, jfr KöpL 51 §.

En påföljdsbefrielse enligt allmänna principer innebär emellertid fortfarande en skillnad gentemot SkbrL 3 § 3 st som också stadgar ersättningsrätt för gäldenären. En sådan går i och för sig möjligen också

[35] NJA II 1936 s 26. Würtemberg/Sterzel 1947 s 36.

att härleda ur allmänna principer, jfr KöpL 57 § 2 st och skadeståndslagen 2:1, men med ett värdeargument som tar hänsyn till att skadeorsakerna är så likartade vid informationsbrist om var respektive vem borde kanske en analog tolkning av SkbrL 3 § 3 st kunna anföras.

Faktaargument för en sådan lösning är att det är borgenären som är den bäste riskminimeraren. Genom att ge gäldenären information undviks skadorna. Visserligen är gäldenären den som skall fullgöra betalningsprestationen och den som kan minimera kostnaderna om information uteblir, men borgenären kan se till att skadorna inte alls uppstår. Att det finns andra incitament för borgenären att informera gäldenären, såsom besväret av att lyfta deponerat belopp eller att borgenären står kreditrisken så länge betalning inte sker, förändrar inte det faktum att borgenären är den bäste riskminimeraren. Däremot finns det andra faktaargument som talar mot påföljdsbefrielse och ersättningsrätt. Om gäldenären innehåller beloppet bibehålls kreditrisken för borgenären och dessutom kan gäldenären tendera att, inom ramen för sin depositionsrätt, deponera oftare än nödvändigt, jfr nedan avsnitt 5.4.3.3.

Mot en analog tolkning av SkbrL 3 § 3 st talar i vissa fall också att det inte alltid så att en informationsbrist om vem som är borgenär beror på borgenären. När två eller flera subjekt tvistar om fordran kan det vara den som inte är materiellt berättigad eller rent av en tredje man som orsakar sekundogäldenärens skador. Det kan då inte vara effektivt att generellt placera ersättningsansvaret på borgenären. Ett eventuellt utrymme för att tillämpa SkbrL 3 § 3 st analogt bör därför vara begränsat till de fall som beskrivs i NedsL 1 § 2 st 1 ledet, d v s där gäldenären inte bör veta vem borgenären är.

> Härmed dock inte sagt att ett ersättningsansvar är uteslutet. Stadgandet i 3 § 3 st om ersättningsrätt för gäldenären är principiellt intressant. Den materiellt berättigade borgenären kan också ställas till ansvar för eventuell culpa enligt principen om vårdslöshet i kontraktsförhållanden och för kostnader som gäldenären haft i hans intresse, jfr HB 12:8. Utomstående kan ansvara enligt reglerna om ansvar för rena förmögenhetsskador, t ex skadeståndslagen 2:4. Jag återkommer till detta tema i frågor om sekundogäldenärens skador av att förfogare och förvärvare tvistar om fordran.

5.3.3 Särskild risk för icke befriande betalning

En gäldenär bär alltid en risk för att betala till fel subjekt. En felaktig betalning kan resultera i stora förluster i de fall mottagaren hamnar på obestånd eller förbrukar medlen i god tro. De kan likaså bli stora om mottagaren vägrar betala tillbaka utan måste lagföras. Om mottagaren

betalar tillbaka medlen eller vidarebefordra dem är kostnaderna däremot små.

Bytet av betalningsmottagare medför en särskild risk för att sekundogäldenären inte betalar till rätt borgenär. Det är då inte bara allmänna förväxlingsfaktorer och missförstånd som kan leda till fel, utan också oklarheter kring omsättningstransaktionen. Denna risk får anses vara ganska liten så länge förfogaren och förvärvaren inte tvistar om omsättningens giltighet. Den minimeras genom att sekundogäldenären noggrant noterar denuntiationer och klargör deras innebörd. Administrationskostnaderna för dessa åtgärder kan med hänsyn till i första hand lönekostnader kanske uppskattas till ett par kronor.[36] Vid tvist mellan förfogare och förvärvare ökar sekundogäldenärens risk och kostnader dock dramatiskt.

Skadorna av felbetalning är att sekundogäldenären får kostnader av rent administrativt slag för att rätta till misstaget. Härutöver föreligger risk för att medlen går förlorade. Det finns också risk för att kostnader för att skaffa andra likvider att betala med, i avvaktan på att misstaget rättas till eller en slutlig förlust konstateras. Vidare är en alternativ skada att sekundogäldenären vid tveksamhet dröjer hamnar i dröjsmål med betalningen och därmed får stå dröjsmålsansvar.

Det rättsliga skyddet mot den särskilda risk som omsättningen innebär består bl a av betalningslegitimationsregler och depositionsregler. Frågan här är då hur rätten skyddar sekundogäldenären mot de särskilda riskerna för icke befriande betalning?

> Här skall anmärkas att detta avsnitt hänger nära samman med avsnitt 5.4 om försämrad ställning p g a omsättningen. I det avsnittet är perspektivet att sekundogäldenären skadas av att inte kunna göra gällande olika invändningar gentemot panthavaren. Där ingår även invändning om att betalning gjorts till pantsättaren. Här är perspektivet att sekundogäldenären skadas genom en ökad risk för felbetalning. Ett sådant perspektiv ligger mycket nära, men avskiljandet av denna fråga motiveras av att argumenten är speciella för just betalning. Det är bara vid betalning som pengar överförs även om det finns andra rättshandlingar, som t ex omförhandling, som kan motsvara betalning i flera avseenden. Dessutom finns det anledning att behandla såväl icke befriande betalning till pantsättaren som till den som förmodas vara panthavaren.
>
> Det skall också anmärkas att det här handlar om frågor som i huvudsak kanske inte uppfattas som oklara, jfr avsn 2.1. Svårigheterna ligger främst i att dra gränser för reglernas skyddsomfång, d v s att avväga de intressen som ligger bakom. Dessa svårigheter motiverar ett belysande.

[36] Med en månadslön om 10 000 kr och 170 timmars arbetstid i månaden samt tidsåtgång för handläggning av denuntiationen om en minut.

5.3.3.1 Befriande felbetalning till pantsättaren

Ett centralt normargument i sekundogäldenärens skydd är reglerna om s k befriande betalning till pantsättaren. Enligt dessa skyddas sekundogäldenären så länge han betalar till fel betalningsmottagare i *god tro*.

> En alternativ term till den vedertagna, men pedagogiskt mindre lyckade, termen ”passiv legitimation” är därför godtrosbetalning.

En generell regel om befriande felbetalning till pantsättaren finns i SkbrL 29 §. För konsumenter som gjort kreditköp finns en starkare skyddsregel. Enligt KkredL 16 § 2 st kan konsumenten betala till säljaren så länge han inte *visste* att säljaren inte hade rätt till betalning eller om konsumenten uppsåtligen eller av *grov oaktsamhet* lät bli att informera sig. Bedömningen är alltså mildare för konsumenter vid kreditköp, jämfört med andra sekundogäldenärer eller konsumenter som fått kredit utan samband med köp.[37]

I linje med dessa regler finns det normargument för att meddelanden om ny betalningsmottagare skall vara tydliga. Sekundogäldenären ges alltså ett skydd mot otydliga meddelanden. Rent konkret skulle kunna hävdas att underrättelsen till sekundogäldenärer skall förklara att pantsättningen innebär att betalning inte längre får ske till pantsättaren. Tydlighetskravet skall dock inte överdrivas. Om termen ”överlåtelse” använts kan detta vara tillräckligt utanför konsumentförhållanden, jfr nedan i rättsfallsreferatet NJA 1989 s 671.[38]

För konsumentkreditköpen anses kravet på kvalificerad ond tro innebära att meddelandet till sekundogäldenären skall formuleras så att det klart framgår att denne kan få betala på nytt om han betalar till pantsättaren eller på något annat sätt gör upp med denne. Ett sådant meddelande sägs dock inte nödvändigtvis vara tillräckligt. Om sekundogäldenären kan förmodas ha gjort sitt bästa för att göra rätt för sig kan han vara ursäktad om hans misstag inte är ”alldeles oförsvarligt”. Det sägs också att bevisbörden i princip bör ligga på panthavaren.[39]

[37] Köp av vara eller konsumenttjänst, 16 § jfrt m 3 § och 18 § KkredL.

[38] Kärnan i det anförda tydlighetskravet handlar om att avskära pantsättaren från möjligheten att komma åt betalningen vilket som regel är ett krav för att nå skydd mot fordringsägarna. I litteraturen uttrycks kravet dock sällan så tydligt som jag gjort här och frågan beskrivs kanske bäst som öppen, se Mellqvist/Persson 2001 s 165. Det vanliga är istället att termerna överlåtelse och pant sätts i centrum i enlighet med lagtextens ”om åtgärden”, se t ex Håstad 1996 s 257–258, Walin 1998 s 173, 187–188. Mot bakgrund av den rådighetsavskärandedoktrin som utvecklats skulle dock kunna hävdas att dessa termer skall uttrycka just att sekundogäldenären inte får betala till pantsättaren. För sekundogäldenären är klarspråk naturligtvis att föredra.

[39] Prop 1991/92:83 s 126–127.

Som anförs i avsn 5.4.2.1 finns det normargument för att sekundogäldenären skulle kunna betala till pantsättaren även om han är i ond tro. På denna punkt hänvisas dock till det avsnittet och till avsn 5.4.5.4.

De nämnda tydlighetskraven kan illustreras med några fall ur rättspraxis, även om KkredL 16 § 2 st efter dessa fall ändrats till nämnda krav på kvalificerad ond tro.

I NJA 1986 s 44 anger HD:s majoritet[40] att ”[s]ärskilda krav på klarhet och tydlighet”[41] får ställas på en underrättelse till en konsument, jfr nuvarande KkredL 16 § 2 st. Omständigheterna i fallet var att konsumenten på kredit köpt en Fiat hos ett försäljningsbolag som m h t bl a skyltning av konsumenten uppfattades ha visst samband med bolaget (Svenska) Fiat. Försäljningsbolaget pantsatte i samband med köpet sin fordran på konsumenten till Fiat och i konsumentens köpehandlingen fanns en formulering om denna pantsättning – ”All vår rätt enligt detta avtal, inklusive rätten till det sålda fordonet, har pantförskrivits till: Svenska Fiat ...” – och konsumenten hade undertecknat att hon fått kännedom om denna formulering. I köpekontraktet fanns också en formulering om att överlåtelse av [fordran] innebar att betalning inte kunde ske till förfogaren. Därefter hade konsumenten erlagt avbetalningar under 12 månader enligt betalningsavier som tillsänts henne av Fiat och där Fiats namn och postgironummer funnits angivna. Efter att därefter ha frågat försäljningsbolaget om restskulden hade hon emellertid erlagt denna, 6898 kr, till försäljningsbolaget. HD tog i sina domskäl hänsyn till att det för en konsument är svårt att veta att en pantsättning innebär att betalning inte kan ske till förfogaren och att formuleringen i köpehandlingen om sådan verkan av överlåtelse kunde tolkas motsatsvis av en konsument.

Även NJA 1989 s 671 handlar om återlämnande av en bil till bilhandlaren trots att denne överlåtit bilen till en finansiär. HD:s majoritet[42] i NJA 1989 s 671 menade att konsumenten inte kunde anses vara i god tro när termen ”överlåtelse” användes i denuntiationen. Man menade att det torde stå i överensstämmelse med en allmän rättsuppfattning att överlåtelse innebär att överlåtaren avhänder sig rätten att förfoga över objektet och att ordet överlåtelse har denna innebörd i allmänt språkbruk. Dessutom menade man kort att den sakrättsliga regeln om s k borgenärsskydd genom denuntiation, 31 § SkbrL, hade betydelse av systematiska skäl.

I ett tillägg menade JustR Bengtsson att en lagändring krävdes för att kunna tillgodose de aktuella konsumentintressena. En lagändring som alltså sedan genomfördes med KkredL 16 § 2 st.[43]

Minoriteten[44] avvisade nämnda argument med att SkbrL inte är systematisk på denna punkt och menade att en denuntiation inte nödvändigtvis förlorar sin sakrättsliga verkan för att sekundogäldenären är i god tro. De lade större vikt vid värdeargumenten och pekade på att det att det inte är lätt för en konsument att inse betydelsen av en överlåtelse. Vidare menade de att det, trots att konsumenten betalat hyror till finansbolaget, var naturligt för

[40] JustR Brundin, Jermsten, Bromeé och Beckman.
[41] HD:s domskäl s 55.
[42] JustR Bengtsson, Jermsten och Lambe, i enlighet med RevSekr Trägårds betänkande.
[43] Jfr Eriksson/Lambertz 1993 s 196.
[44] JustR Höglund och Magnusson.

konsumenten att uppfatta bilbolaget som motpart. Förvärvaren borde därför ha upplyst konsumenten om innebörden av överlåtelsen. Båda underinstanserna kom till motsvarande slutsats och HovR[45] pekade på att bilhandlaren själv uppfattat sig som behörig mottagare av bilen och att det varit bilbolaget som utfört reparationer.

Det finns också ett normargument som inte nödvändigtvis behöver beskrivas som avhängigt av god tro. Istället kan detta normargument sägas tala för ett bredare skydd där sekundogäldenären också har skydd vid en särskild intressegemenskap mellan pantsättare och panthavare.

I NJA 1986 s 696 tog HD[46] ”hänsyn till den intressegemenskap” som förelåg mellan fakturafordringsägaren och kreditgivaren. HD menade att det ”ligger närmare till hands” att låta förvärvaren ”bära det ekonomiska ansvaret” än sekundogäldenären som var konsument. RevSekr hänvisar här till förarbetena till gamla konsumentkreditlagen där värderingen att konsumentens ställning inte skall försämras p g a att en säljare diskonterar köpeskillingsfordran uttrycks. Tillämpning av den norm som uttrycker detta ansågs dock inte möjlig i fallet. Numera hade dock möjligen art 9 i Rådets konsumentkreditdirektiv 87/102 (KkredDir) fått betydelse, se nedan avsn 5.4.5.4.

Omständigheterna i fallet var att fakturafordringsägaren, en bilsäljare, regelmässigt brukade överlåta sina kundfordringar med tillhörande återtaganderätt till kreditgivaren, ett finansbolag. Konsumenten köpte först en Volvo på avbetalning men bytte sedan denna mot en Audi. Han lämnade då Volvon som delbetalning till förfogaren. Trots att det m h t fordrings- och återtaganderättsöverlåtelsen inte var korrekt att förfogaren köpte bilen brukade förvärvaren godkänna sådant förfarande och förvärvaren och förfogaren reglerade sådana affärer inom ramen för övriga mellanhavanden. Att förvärvaren ändå framställde krav mot sekundogäldenären berodde på att förfogaren inte anmälde återköpet av Volvon och sedermera gick i konkurs.

Det är alltså anmärkningsvärt att RevSekr:en uttrycker sig på detta sätt och inte direkt berör frågan om sekundogäldenärens goda tro avseende möjligheten att fullgöra till fakturafordringsägaren.[47] Att sekundogäldenären i fallet kände till att fordran överlåtits står klart. Trots detta kan en fullgörelse naturligtvis ske till fakturafordringsägaren om kreditgivaren godkänner det. Något sådant godkännande fick sekundogäldenären emellertid inte. Däremot kunde man med hänsyn till omständigheterna förvänta sig att ett sådant godkännande skulle givits i efterhand om kreditgivaren strax efter fullgörelsen fått kännedom om den. Kreditgivaren brukade nämligen ge sådant godkännande. Intrycket av HD:s skäl blir därför att formellt god tro inte är nödvändigt om förvärvaren p g a intressegemenskap brukar godkänna fullgörelse till förfogaren och detta oavsett om sekundogäldenären känt till att så brukade ske.

Det bör dock observeras att sekundogäldenären hade viss kännedom om förfogaren och förvärvarens intressegemenskap och även om att fullgörelser brukade godkännas. Sekundogäldenären hade nämligen tidigare gjort affärer

[45] Peter von Möller, Zachrisson, Grobgeld och Camitz.
[46] JustR Brundin, Vängby, Bengtsson, Heuman och Lind, enligt RevSekr Engströms betänkande.
[47] Mellqvist/Persson 2001 s 166. Tiberg 1987 s 299–300.

med förfogaren. Han hade också fullgjort till förfogaren på liknande sätt och detta hade godkänts av förvärvaren. Om detta, mer eller mindre öppet, läggs in i bedömningen kan sekundogäldenären kanske anses vara i god tro. (Att förhållandet skulle ses som att förfogaren hade fullmakt att motta fullgörelse anses inte bevisat i målet.)

5.3.3.2 Befriande felbetalning till den som förmodas vara panthavaren

Enligt 30 § SkbrL skyddas sekundogäldenären när han i god tro betalat till den som med stöd av skriftlig pantsättningshandling från pantsättaren hävdat att han var panthavare. Kravet på skriftlig handling skall med normargument inte tas alltför bokstavligt. Det hävdas att ett direkt meddelande från pantsättaren om att fordran omsatts också duger under förutsättning att det verkligen är från pantsättaren. Ett exempel är att pantsättaren meddelar detta per telefon.[48]

Risken för att pantavtalshandlingen var förfalskad, behäftad med annan s k stark ogiltighet eller utfärdad trots bristande behörighet står enligt 30 § SkbrL dock sekundogäldenären.[49] Det finns också normargument för att sekundogäldenären skall stå risken för att han tar fel på person i förhållande till den som pantsättaren utpekat.[50] Så snart någon skrupelfri person har informationen att pantsättaren utpekat panthavaren som betalningsmottagare och att pantsättaren inte känner till panthavarens person, kan ju den skrupelfrie hävda att han är panthavaren. Typexemplet är att en omsättningshandling tillgrips av någon som visar upp den och hävdar att han är den person som anges. Å andra sidan finns också motsatt uppfattning, d v s att sekundogäldenären inte står denna risk.[51]

Några särskilda konsumentskyddsregler finns inte för felbetalning till den som förmodas vara panthavaren.

5.3.3.3 Condictio indebiti och redovisningsplikt

Som en annan del av sekundogäldenärens skydd kan hävdas principen att den som felaktigt mottagit medel inte behöver betala tillbaka dem såvida medlen förbrukats i god tro. Principen brukar förknippas med termen condictio indebiti, som dock betecknar rätten att återkräva eller m a o skyldigheten att betala tillbaka såvida inte medlen just förbrukats i god tro.[52]

[48] Mellqvist/Persson 2000 s 161, 2001 s 171.
[49] Jfr Mellqvist/Persson 2000 s 161, 2001 s 171–172. Tiberg/Lennhammer 1995 s 46.
[50] Rodhe 1956 s 139.
[51] Nial 1939 s 166.
[52] Se t ex Mellqvist/Persson 2001 s 36–40. Karlgren 1940 s 336.

Emellertid finns också normargument för ett starkare skydd. Det hävdas nämligen att den mottagit felbetalning är redovisningsskyldig och därmed att separationsrätt kan föreligga för den som har återkravsrätt.[53]

Med dessa argument skulle sekundogäldenären således vara skyddad mot skadan av att medlen går förlorade så länge betalningsmottagaren inte förfogar över de betalda medlen.

5.3.3.4 Depositionsmöjligheterna

För att lindra de skador som risken för felbetalning medför har sekundogäldenären rätt att deponera betalningen om han inte vet vem som är borgenär, enligt lagen om nedsättning av pengar hos myndighet (NedsL). Enligt 1 § 2 st NedsL får sekundogäldenären deponera när han inte ”bör” veta vem som är borgenär respektive inte ”skäligen” skall behöva stå risken för att bedöma vem som är rätt borgenär. I förarbetena avgränsar man skälighetsrekvisitet med formuleringen att sekundogäldenären inte kan deponera om ett anspråk är ”så uppenbart obefogat, att det utan vidare måste lämnas ur räkningen”.[54] Detta innebär en ganska vid möjlighet att utnyttja deposition. I doktrinen menar man emellertid att det ställs större krav på sekundogäldenären p g a kraven i legitimationsreglerna och principen att endast deposition som har fog medför befrielse från dröjsmålssanktioner.[55]

Till saken hör också att det finns normargument för att sekundogäldenären skall ha möjlighet att få ersättning för det besvär som en deposition medför. I de fall pantsättaren kan sägas ha orsakat problemen kan principer om ansvar för culpa i kontraktsförhållanden hävdas. Ett tydligt exempel är den vårdslöshet som pantsättaren gjort sig skyldig till om han fallit undan för utpressningstvång och meddelat sekundogäldenären om omsättning, men sedan ångrat sig.

> Angående den näraliggande SkbrL 3 § 3 st se ovan avsnitt 5.4.2.2. Som där påpekas skulle man också kunna tänka sig en ersättningsskyldighet för tredje man som genom tvist med borgenären förorsakar gäldenären skador. Ett sådant ansvar förefaller dock ytterst begränsat, jfr skadeståndslagen 2:4.

[53] Walin 1975 s 105–107. Håstad 1996 s 161. Hessler 1973 s 480. Det förekommer att pantsättaren och panthavaren i factoringavtal avtalar att pantsättaren skall vara skyldig att omedelbart redovisa felaktigt inbetalda belopp till panthavaren.
[54] NJA II 1927 s 298.
[55] Walin 1977 s 287–288, 1997 s 294–295. Mellqvist/Persson 1992 s 60–61, 2001 s 64–65. Jfr JustR Håstads tillägg i NJA 2001 s 292.

5.3.3.5 Sekundogäldenärernas risker relativt små

I faktaargumentationen skall sekundogäldenärens skador av ökad felbetalningsrisk vägas mot pantavtalsparternas nytta av betalningsändring. Det kan då antas att nyttan av betalningsändring är stor för dessa parter. Om parterna inte gavs möjlighet att överföra betalningsrätten till panthavaren skulle antingen transaktionskostnaderna och panthavarens risker öka. Betalning till en tredje man eller ett för pantavtalsparterna gemensamt konto innebär ökade transaktionskostnader och utesluter för övrigt inte alla risker för felbetalning. En ökad acceptans för felbetalning skulle istället öka panthavarens risker. Att pantsättaren inte skall ha möjlighet att komma åt betalningen eller det värde fordran representerar, är ett starkt intresse, jfr avsn 6.3 och 7.2. Det kan antas att risken är stor för att pantsättare skulle göra ansträngningar för att övertala sekundogäldenärer att få betalningen eller på annat sätt komma åt värdet.

När det gäller sekundogäldenärens skador kan det med det system som utmålas i ovan angivna normer antas att riskerna trots allt är ganska små. En viktig faktor är att de mer betydande skadorna där sekundogäldenären förlorar medlen endast inträffar om betalningsmottagaren saknar betalningsförmåga eller undandrar sig betalningsförpliktelser. Vidare kan frekvensen av fall där sekundogäldenären p g a omsättningen gör fel eller behöver tveka kring vem som skall ha betalningen antas vara liten. I många fall synes eventuella oklarheter kunna redas ut genom kommunikation. Det sagda förutsätter då att kraven på information till sekundogäldenären är tydlig och anpassas i de fall sekundogäldenären kan tänkas ha svårt att veta säkert hur han skall agera.

Riskerna för sekundogäldenären synes störst avseende felbetalning till den som förmodas vara panthavaren. Det kan i många fall antas att konsumenter och andra icke professionella betalare saknar anledning att ifrågasätta riktigheten i en denuntiation såsom de ibland utformas.

> Ett exempel från verkligheten är en denuntiation från företaget Renova. I vad som för sekundogäldenärerna föreföll vara ett massutskick förklarade sig detta företag vara ett bolag som Göteborgs renhållningsverk ombildats till. Mottagarna uppmanades därför betala sina sophämtningsavgifter till detta företags konto, via medskickad postgiroavi. Sannolikt gjorde många sekundogäldenärer detta utan att på något sätt kontrollera uppgifterna. Vad exemplet visar skall inte vidare förtydligas. Det krävs bara lite fantasi för att förstå vilka risker sekundogäldenärer står. – För övrigt kan det anmärkas att dessa risker i företagsombildningsfall kan påverkas på olika sätt, t ex genom en praxis att alltid överlåta girokontot eller att under en tid låta giroföretagen skilja betalningar som hör till ny respektive gammal organisation.

För fallen av misstag kring panthavarens identitet kan anföras att omständigheterna här kan vara i stort sett desamma som i de typiska fallen av stark ogiltighet. Att någon utger sig för att vara panthavaren är en

omständighet som pantavtalsparterna kan ha liten möjlighet att påverka. Emellertid är förhållandena inte alltid sådana. I de fall det handlar om en skriftlig undertecknad omsättningshandling kan denna formuleras så att identiteten tydliggörs, t ex med person- eller organisationsnummer. Den kan ange på vilket sätt sekundogäldenären bör kontrollera identiteten vid eventuell tvekan. Originalhandlingen kan också förvaras betryggande. Med de förstnämnda åtgärderna kan man minimera kategorin av fall där betalningsmottagaren inte aktivt gjort gällande någon rätt till betalning, utan sekundogäldenären självständigt gör misstaget.

Även om frekvensen av fall där sekundogäldenären behöver tveka om vem som har rätt till betalningen är liten skall det här påpekas att skadorna i dessa fall kan vara beaktansvärda. De är beroende av vilka möjligheterna till deposition anses vara och av kostnaderna för sådan.

Det skall då påpekas att kostnaderna för deposition består i ett visst utredningsarbete.

> Utredningsarbetet består främst i de utredningar som sekundogäldenären måste företa för att fastställa om deposition är korrekt. Den praktiska handläggningen kräver också att sekundogäldenären lämnar information om vilken fordran betalningen avser, sådan information om utbetalningen att Länsstyrelsen undviker misstag samt information om grunderna för att sekundogäldenären vill utnyttja deposition. Till det sistnämnda hör att ange vilka borgenärer som sekundogäldenären anser vara pretendenter på betalningen. Dessutom måste sekundogäldenären underrätta de borgenärer som kan vara aktuella om depositionen.[56]

Om det ställs höga krav för att depositionsmöjlighet skall föreligga kan det antas att skadorna för sekundogäldenären blir större.

> Skall sekundogäldenären t ex få deponera när en för honom okänd panthavare åberopar en skriftlig pantsättningshandling och det inte går att inom rimlig tid eller kostnad kontrollera med pantsättaren?[57] Det kan hävdas att deposition då skall vara utesluten eftersom det är normalt att panthavaren är okänd för sekundogäldenären. Samtidigt står sekundogäldenären risken för t ex förfalskning. Eftersom det kan antas att sekundogäldenären p g a kostnaderna vanligen har incitament att föredra bekräftelse eller t o m vissa dröjsmålspåföljder framför deposition samtidigt som det måste vara ganska ovanligt att bekräftelse inte kan nås talar fakta för deposition i dessa fall.

Till faktaargumenten hör också att en separationsrätt för sekundogäldenären får antas vara kostsam att hantera i andra fall än då pengarna tydligt finns i behåll.

När det gäller deponeringskostnader talar fakta för att sekundogäldenären bör bära dessa eftersom han är den bäste kostnadsminimeraren.

[56] NedsL 2 §, 3 §. Walin 1997 s 291, 294–298.
[57] Frågeställningen hämtad från Tiberg/Lennhammer 1995 s 49.

Å andra sidan kan det för att på detta sätt uppnå en kostnadsminemering vara tillräckligt att ersättningsrätten är begränsad.

5.3.3.6 Sekundogäldenärerna skyddsvärda utom vid slarv

Bland värdeargumenten kan framhållas det allmänna värdet att sekundogäldenärer inte skall lida skada p g a pantavtalsparternas agerande.[58] I konsumentfall o likn kommer härtill konsumentintresset. Ett värde vars betydelse i sammanhanget väl illustreras av de rättsfall som refererats i 5.3.3.1.

Å andra sidan anses slarv inte skyddsvärt. Det förekommer också att man hävdar värdet som uttrycks i sentensen ”ignorantia juris nocet”, d v s okunnighet om rätten skall inte vara giltigt försvar.[59]

5.3.3.7 En sammanfattning

Frågan om hur rätten skyddar sekundogäldenären mot icke befriande betalning har åtminstone på ett generellt plan ganska tydliga svar. Sekundogäldenären kan betala till pantsättaren så länge han inte fått ganska tydliga instruktioner om motsatsen. Trots sådan information bör åtminstone konsumenter skyddas om de gjort sitt bästa och deras misstag inte är ”alldeles oförsvarligt”. Risken för sådana misstag bör bäras av pantavtalsparterna.

Felbetalning till panthavaren är det fall då betalningsmottagarens återbetalningsskyldighet bör komma till störst användning. Sekundogäldenären bör ha skydd genom redovisningsanspråk på återbetalningen och genom separationsrätt i tydliga fall.

Sekundogäldenären har också skydd vid felbetalning i god tro till den som förmodas vara panthavaren. Här står sekundogäldenären dock risk för förfalskning och annan stark ogiltighet, vilket har antagits vara en ganska stor risk. Utrymmet för deposition bör därför vara ganska omfattande. Risken för att deposition skulle komma att missbrukas synes ganska liten och detsamma gäller frekvensen av fall.

I de fall där sekundogäldenären tar miste på panthavarens identitet bör avgörande vikt fästas vid om pantavtalsparterna vidtagit rimliga åtgärder för att minimera risken för misstag.

[58] I sammanhanget används gärna formuleringar som ”gäldenären inte bör bli lidande” och ”inte behöva underkasta sig”, se t ex Tiberg/Lennhammer 1995 s 49.

[59] Walin 1977 s 287, 1997 s 294 skriver angående depositionsmöjligheterna att det ”framgår av lagtexten att man inte av gäldenären kräver mer än en skälighetsbedömning”, men Mellqvist/Persson 2000 s 60–61, 2001 s 64–65 anför mot bakgrund härav att bedömningen inte är subjektiv och att principen om ignorantia juris nocet (okunnighet om rätten skadar) knappast kan ha exkluderats i detta sammanhang.

Slutligen bör sekundogäldenären ha rätt till ersättning för kostnader som någon av pantavtalsparterna kan sägas ha orsakat av vårdslöshet. Här bör kostnader för hanteringen vid deposition ingå, jfr avsn 5.3.2 ovan där bl a SkbrL 3 § 3 st behandlas.

5.4 Förminskad relation – förvärvarens bättre rätt

För de former av omsättning som medför byte av betalningsmottagare kan sekundogäldenären också drabbas genom att en förvärvare får bättre rätt att kräva betalning än pantsättaren. Det rättsliga skyddet mot dessa effekter är dock så starkt att det kan vara svårt att nå fram med en beskrivning av dessa effekter som skador. Enligt SkbrL 27 § har förvärvaren inte bättre rätt och skyddet innebär med en sådan princip att sekundogäldenären definitionsmässigt inte kan lida skada. Det sagda är emellertid beroende av hur begreppen fordran, skada, invändning och motfordran används och vilken tidsaspekt man anlägger på förhållandet mellan parterna. De har liksom andra begrepp den effekten att de innefattar vissa faktorer och utestänger andra, jfr avsnitt 4.3. Om man betraktar parternas förhållande som en löpande relation blir det emellertid tydligt att sekundogäldenären påverkas av att fakturafordringsägaren bryter ut en del av deras relation och blandar in en panthavare. Hade transaktionen inte genomförts hade saken istället lösts inom ramen för relationen. En skada blir också tydlig även om man anlägger ett mer statiskt perspektiv som i SkbrL. Om sekundogäldenären får vissa slag av motkrav på pantsättaren efter att han fått kännedom om transaktionen, så kan han inte utnyttja detta i förhållande till den avskiljda omsatta delen.

Det skall understrykas att det handlar om att sekundogäldenärens intresse av att inte behöva acceptera omsättningen för att sekundogäldenären annars inte hade behövt betala alls, eller i vart fall inte lika mycket. I princip accepterar sekundogäldenären dock att betala till panthavaren. Det väsentliga är att inte behöva betala mer än vad som skulle betalats till fakturafordringsägaren. En sådan betalningsskyldighet leder nämligen till olägenheter i likviditetshänseende och risk för dröjsmålsskador eller kapitalförluster om fakturafordringsägaren inte i sin tur kan fullgöra sekundogäldenärens krav. Intresset av skydd mot dessa skador skiljer sig från intresset av att få ha just fakturafordringsägaren som enda motpart och att få betala till just denne, se avsnitt 5.5 och 5.6 som hänger nära samman med detta avsnitt. Sekundogäldenärens skydd för de intressena skyddar dock även det här aktuella intresset att inte behöva betala.

Det handlar således om att beakta att förhållandet mellan parterna kan vara komplext och omfatta flera händelser och effekter av sådana. På grund av denna komplexitet kan ett och samma förhållande komma att beskrivas på olika sätt. Enligt en beskrivning kan det vara om flera krav som parterna har på varandra. När denna beskrivning dras som längst blir förhållandet något som uppfattas som flera fristående krav. Sekundogäldenärens rätt beskrivs då gärna som en motfordran. En annan beskrivning kan emellertid snarare uttrycka att det handlar om ett krav från fakturafordringsägaren vars storlek påverkas av omständigheterna. Vissa av dessa omständigheter är då sådana att de beaktas redan på den nivå där fakturafordringsägaren formulerar sitt anspråk. Andra omständigheter är sådana att de inte beaktas om de inte görs gällande av sekundogäldenären, såsom invändningar.

> Det sagda kan belysas av ett terminologiskt påpekande. Termen invändning används vanligtvis för att beteckna sekundogäldenärens rätt mer eller mindre generellt. Därmed omfattar den m a o ofta även sådan rätt som jag benämnt motfordran, t ex talas det om kvittningsinvändning. I SkbrL anges flera olika slags invändningar och de delas upp i olika kategorier beroende på sammanhang. I 15 § görs en indelning i tre sådana. Den första handlar om ogiltighetsinvändningar. Den andra omfattar att sekundogäldenären inte fått betingat vederlag och andra s k jävsinvändningar mot det rättsförhållande som den pantsatta fordran grundas på. I den tredje kategorin återfinns rätt som sekundogäldenären grundar på att den pantsatta fordran upphört, förändrats genom betalning, avtal, kvittning uppsägning eller dom. För enkla fordringar används en annan, mindre nyansrik, indelning där den första är invändningar om ”bättre rätt”, den andra kvittningsinvändningar och den tredje betalningsinvändningar. Denna indelning kan jämföras med den som används i KkredL för kreditköp. Där talas det om ”samma invändningar”, om invändning p g a betalning och p g a överenskommelse samt om anspråk på återbetalning, skadestånd eller annan penningprestation. När jag här använder termen invändning är det i första hand i kontrast till rätt som klassificeras som motfordran. Problematiken kring invändning om att betalning gjorts till pantsättaren har behandlats i föregående avsnitt 5.3.3 och tas här bara upp i förbigående.

Att förhållandet mellan parterna kan vara komplext skall illustreras med några exempel. Förhållandena kan t ex vara sådana att parterna utför tjänster åt varanda för olika uppdrag som var och en av dem har till kunder. Sådana förhållanden kan förekomma mellan elektriker-snickare, reklambyrå-tryckeri, speditör-transportföretag, forskningsföretag-tillverkningsföretag etc. Det kan då vara fråga om långvariga förhållanden där det mellan parterna handlar om andra gränsdragningar än de som kanske skulle göras utifrån förhållandena till kunderna.

Ett annat exempel är att pantsättaren ådragit sig skadeståndsskyldighet för att ett försäljningsavtal han slutit med sekundogäldenären-köparen, inte fullföljs på sätt som avsetts. Det kan vara fråga om dröjs-

mål med någon del av leveransen eller om fel. Istället för skadestånd kan det vara fråga om prisavdrag.

En tredje variant är att sekundogäldenären utför försäljningsuppdrag för fakturafordringsägaren och att sekundogäldenären har rätt till ersättning för dessa. Här har formerna för hur sekundogäldenärens ersättning regleras betydelse för hur förhållandet kommer att beskrivas. Detsamma gäller om sekundogäldenären sålt egendom till fakturafordringsägaren samtidigt som de avtalat att sekundogäldenären skall hyra egendomen och kanske i sin tur delvis hyra ut den till andra.

Det finns också anledning att nämna ett fjärde exempel, även om det antagligen inte är särskilt vanligt i praktiken. Förhållandena kan vara sådana att sekundogäldenären regelmässigt står i skuld till fakturafordringsägaren samtidigt som sekundogäldenären från tredje man regelmässigt förvärvar fordringar på pantsättaren. Sekundogäldenären kan då ha anledning att förvänta sig att kunna reglera mellanhavandena genom kvittning.

Exemplen kan givetvis mångfaldigas. Det centrala är emellertid att belysa att förhållandena kan vara sådana att parternas mellanhavanden inte alltid låter sig beskrivas i termer av fordran, invändning och motfordran. Att något kan beskrivas som en fordran innebär inte att det måste behandlas som en sådan. Det är fråga om en glidande skala där gränserna inte alltid är tydliga eller lätta att dra.

Vad det handlar om är således i vilken mån det formella avskiljande som fordringsbegreppet innebär skall tillmätas betydelse. Frågan kan i denna del formuleras – *vilket skydd har sekundogäldenären mot att pantsättaren avskiljer och omsätter en viss del av sina rättigheter i deras relation?*

Då detta är en ganska vid frågeställning som omfattar många normer finns det inom denna flera delfrågor som kan beskrivas som oklara. Dessa formuleras i det avslutande avsnittet mot bakgrund av de argumenten som anförts i den allmänna frågan. Det är nämligen lättare att beskriva problemen med hjälp av de begrepp och den struktur som normerna tillhandahåller.

5.4.1 Generellt skydd – SkbrL

Det skydd sekundogäldenären har genom 27 § SkbrL är välbekant; vid omsättning ”njute nye borgenären ej bättre rätt än den överlåtaren ägde”. Enligt SkbrL 28 § har sekundogäldenären även skydd för sådan rätt som utgör en motfordran under förutsättning att den förfaller vid viss tid. Motsvarande kan anföras avseende 29 § SkbrL. Det finns också normargument för en princip om sekundogäldenären skall ha skydd för sin

rätt om den som grundar sig på ”samma rättsförhållande” som den pantsatta fordran.[60] Man använder då ofta beskrivningen motfordran för sekundogäldenärens rätt och talar om fordringarna som konnexa.

5.4.1.1 SkbrL 27 §

En begränsning i 27 § SkbrL ligger alltså i att det som sekundogäldenären har rätt att anföra mot betalning måste kunna klassificeras som något som ger ”bättre rätt än den överlåtaren ägde”. Det kan därför hävdas att regeln skyddar sådan sekundogäldenärens rätt som kan anses ha sin grund i tiden innan omsättningen. Likaså att sekundogäldenärens rätt måste gå att hänföra till den rätt som den pantsatta fordran utgör.

Till invändningar om bättre rätt kan med normargument hänföras t ex ogiltighet, oskälighet, preskription och att sekundogäldenären inte fått betingat vederlag. Hit kan också hänföras rätt p g a olika slags kontraktsbrott från pantsättarens sida.[61]

Det är inte avgörande om sekundogäldenären upptäcker eller hävdar sin rätt efter omsättningen. Invändningar om fel i köpt vara skyddas således även om felet upptäcks först efter omsättningen. Felansvaret anses då grunda sig på köpeavtalet och således på tiden innan omsättningen. Om sekundogäldenärens rätt kan klassificeras som en invändning om bättre rätt föreligger m a o inga tidsmässiga begränsningar p g a omsättningen. Sekundogäldenären kan upptäcka invändningen och anföra den så länge han inte betalat, åtminstone. Förhållandena är i detta avseende desamma som om omsättning inte genomförts.

När sekundogäldenären betalat skulle formuleringen om ”ej bättre rätt” kunna hävdas för att sekundogäldenären skulle kunna kräva tillbaka betalningen från panthavaren. Emellertid finns det också normargument för att sekundogäldenären inte skall kunna kräva tillbaka betalningen. Ett sådant är att detta synes förutsatt. Någon rätt att återfå betalning förefaller inte nämnas vare sig i SkbrL eller i litteraturen. Samtidigt finns det ett uttryckligt sådant stadgande i KkredL 16 § 3 st där en uttrycklig återbetalningsskyldighet anges, se nedan avsn 5.4.2.2. Ett annat normargument är principen om att den som i god tro mottagit betalning och förbrukat ett belopp motsvarande detta inte är återbetalningsskyldig. Man kan tala om att condictio indebiti inte föreligger vid god tro.[62] Om det uteslutande vore denna princip som var avgörande skulle sekundogäldenärerna dock ha skydd i de fall panthavarna är i ond

[60] Se nedan avsn 5.4.1.3.
[61] Jfr SkbrL 15 o 16 §. Mellqvist/Persson 2001 s 141–142. Tiberg/Lennhammer 1995 s 37.
[62] Jfr ovan avsn 5.3.3.3.

tro om sekundogäldenärens invändning. Vidare kan kanske anföras ett begreppsanalytiskt resonemang även om styrkan får bedömas därefter. Det kan då hävdas att fordran utsläcks vid betalningen och att ett krav från sekundogäldenärens sida efter betalningen handlar om en ny fordran i motsatt riktning.

Avslutningsvis skall nämnas att det till 27 § också kan hänföras sådan sekundogäldenärens rätt som består i att kvittning genomförts eller betalning erlagts så länge detta hänt innan omsättningen. För dessa fall finns emellertid också särskilda regler, se nedan.

5.4.1.2 SkbrL 28 §

Enligt SkbrL 28 § har sekundogäldenären även skydd för sådan rätt som utgör en motfordran. SkbrL 28 § innehåller emellertid andra begränsningar än 27 §. Sekundogäldenären får inte skydd om han förvärvar en motfordran när han är i ond tro om att den pantsatta fordran pantsatts. Om motfordran inte är förfallen då den onda tron inträder får den inte heller förfalla senare än den pantsatta fordran förfaller.

> Den senare begränsningen kan förtydligas enligt följande: I de fall parterna förvärvat sina fordringar på varandra genom interna mellanhavanden är kvittning mot mottagarens vilja möjlig då båda fordringarna förfallit, eller m a o är betalbara. Eftersom fordringarna står mot varandra spelar det för kvittningsrätten ingen roll vilken av fordringarna som förfallit först. En annan sak är att ett dröjsmål från den vars fordran förfaller sist kan föranleda påföljder. Sekundogäldenären kan således ha förväntningar på att få kvitta oavsett om hans motfordran förfaller efter fakturafordringsägarens huvudfordran. I de fall fakturafordringsägaren omsätter fordran skyddas dock inte sekundogäldenärens förväntan om hans motfordran förfaller efter fakturafordringsägarens huvudfordran. Detta kan motiveras just med att en kvittning då hade förutsatt ett dröjsmål från sekundogäldenärens sida. Sekundogäldenärens intresse blir därför mindre legitimt och pantavtalsparternas intresse av omsättningen ges företräde. Förhållandet har beskrivits som att sekundogäldenären endast skall ha skydd för de positioner där han kunnat uppfatta att han har antingen en ”möjlighet att omedelbart kvitta” eller en ”säker möjlighet till framtida kvittning”. Om det bara handlar om en ”osäker möjlighet till framtida kvittning” får han däremot inte skydd.[63]

Enligt SkbrL 28 § är det således avgörande när sekundogäldenären ”förvärvat” sin motfordran, eller m a o sin rätt. När sekundogäldenären hamnar i ond tro om omsättningen kan han inte räkna med att få kvitta. Regeln innebär att sekundogäldenären inte kan kvitta när han i ond tro förvärvat motfordran från en tredje man. Detsamma gäller när sekundogäldenären i ond tro ingår ett nytt och oväntat avtal med fakturafordringsägaren. I andra fall där sekundogäldenärens förvärv eller rätt är

[63] Rodhe 1956 s 137.

mer förväntad blir regeln svårare att tolka. Den är också otydlig när sekundogäldenärens rätt består i invändningsliknande omständigheter, jfr nästa avsnitt.

5.4.1.3 Principen om konnexa fordringar

För de fall sekundogäldenärens förvärv eller rätt är förväntad eller sekundogäldenärens rätt består i invändningsliknande omständigheter, finns det normargument för att sekundogäldenären skall ha skydd för sin rätt om den som grundar sig på ”samma rättsförhållande” som den pantsatta fordran.[64] Den term som brukar användas i sammanhanget är att fordringarna är konnexa. I förhållande till den beskrivning som gjorts ovan av en glidande skala mellan indelningen i invändningar och motfordringar, är detta konsekvent. Det får då inte avgörande betydelse om sekundogäldenärens rätt beskrivs som en invändning eller en motfordran.

Det kan alltså hävdas att sekundogäldenären skall ha skydd i de fall pantsättaren t ex ådragit sig skadeståndsskyldighet för fel i en enstaka såld bil. Det spelar ingen roll om sekundogäldenärens rätt betraktas som en invändning eller en motfordran. Därmed får det ingen betydelse när sekundogäldenärens rätt eller motfordran skall anses ha uppstått och förfallit.[65] Avgörande blir liksom vid tillämpning av 27 § SkbrL att sekundogäldenären hinner upptäcka sin rätt innan han betalat.

Om man vill motivera det sagda utifrån 28 § SkbrL kan man tala om att sekundogäldenärens motfordran anses uppstå då rättsförhållandet uppstår, t ex vid köpeavtalets ingående när det handlar om skadeståndskrav p g a fel. Fordran måste då också anses förfallen i och med tillkomsten. Någon uppsägning enligt SkbrL 5 § skulle inte behövas för att få den att förfalla.[66]

Å andra sidan kan man också hävda motsatsen. Med stöd av 28 § och 5 § SkbrL kan hävdas att sekundogäldenären inte alls skall ha kvittningsmöjlighet i de fall motfordran inte ens upptäckts av sekundogäldenären när denne hamnade i ond tro om omsättningen. I vart fall kan 5 § SkbrL hävdas för att motfordran inte anses förfallen förrän efter en på upptäckten följande uppsägning. Mot en princip om konnexa fordringar kan också anföras att någon sådan inte nämns i 28 § SkbrL medan

[64] Sigeman 1967 s 199–212. Lindskog 1984 s 80–84, 442 jfr 1993 s 467. Walin 1977 s 190–191, 1997 s 193–194. Rodhe 1956 s 64. Brækhus 1977 s 57 kritiserar det faktum att principen inte framgår av lagtexten.
[65] Jfr Lindskog 1984 s 442 som dock förespråkar en mer återhållsam inställning till invändningsrätt i 1993 s 467–468.
[66] Jfr Lindskog 1984 s 436, 1993 s 460.

konnexiteten uttryckligen ges betydelse i 18 § SkbrL.[67] Vidare förekommer det att olika förhållanden ganska strikt åtskiljs. [68] Möjligen är detta för att tillgodose olika intressen och behov av olika avvägningar.

> Frågan är dock om principen om konnexa fordringar alls skall beskrivas som något annat än 27 § SkbrL. Principen kan dock fylla en funktion för att markera att 27 § SkbrL omfattar även sådana förhållanden där det är lätt att använda, eller svårt att undvika, beskrivningen motfordran för att beskriva sekundogäldenärens rätt.

5.4.1.4 SkbrL 29 § analogt

Vad som ovan sagts om motfordringar och 28 § SkbrL kan anföras på motsvarande sätt för 29 § SkbrL som behandlats i 5.3.3. SkbrL 29 § har betydelse när det gäller en, i litteraturen ofta nämnd form av invändning, nämligen omförhandling eller överenskommelse mellan sekundogäldenären och pantsättaren. Det finns normargument för att behandla rätt som grundar sig på omförhandlingar på motsvarande sätt som betalning.[69] Den avgörande tidpunkten skulle då alltså vara när ond tro inträder hos sekundogäldenären.

5.4.2 Konsumentskydd

I de fall sekundogäldenären är konsument ger rätten ett tvingande skydd som på flera punkter är annorlunda än det generella skyddet. Normargumenten för konsumentskyddet anges främst i KkredL 16 §. För vissa konsumentkrediter finns det också argument i Konsumentkreditdirektivet (KkredDir) art 9 som är intressanta.[70] I KkredL 16 § 2 o 3 st anges skyddet för de fall då sekundogäldenären gjort kreditköp av vara eller tjänst. I KkredDir art 9 och KkredL 16 § 1 st anges skyddet generellt och för övriga fall.

5.4.2.1 KkredDir art 9 och KkredL 16 § 1 st

KkredDir art 9 lyder i den svenska versionen:

[67] Jfr Brækhus 1977 s 57.
[68] Lindskog 1984 s 73–84, 1993 s 73–86.
[69] Walin 1997 s 197–198 som anger att regeln är analogiskt tillämplig på jämkning av betalningsvillkoren, kvittning, uppsägning och efterskänkande. Se även NJA 1989 s 671 i avsn 5.3.3.1 ovan. Jfr Tiberg/Lennhammer 1995 s 38.
[70] Rådets direktiv 87/102/EEG. Direktivet är enl art 2 begränsat till kreditbelopp mellan 200 och 20 000 ECU, andra krediter än fastighetskrediter, krediter som återbetalas vid ett tillfälle eller inom tre månader eller genom högst fyra delbetalningar under 12 månader. Se vidare art 2.

> ”Om kreditgivarens rättigheter enligt ett kreditavtal övergår till en tredje person skall konsumenten ha rätt att göra samma invändningar mot denna tredje person som gentemot den ursprungliga kreditgivaren, inklusive invändning om kvittning när en sådan är tillåten i medlemsstaten ifråga.”

Som synes anger texten inte att sekundogäldenärens rätt måste anses ha sin grund innan viss tidpunkt. Art 9 utgör därför ett normargument för att det skulle vara tillräckligt att sekundogäldenärens rätt uppstår innan han betalar. Formuleringen skiljer sig således från SkbrL regler där det kan ha avgörande betydelse att sekundogäldenärens rätt kan anses ha sin grund i tiden innan omsättningen eller då sekundogäldenären hamnade i ond tro om denna.

Eftersom varken art 9 eller KkredDir i övrigt gör några undantag för rätt som brukar beskrivas som invändningar om betalning och omförhandling kan det också hävdas att art 9 skall omfatta sådana även om betalningen eller omförhandlingen skulle göras efter omsättningen. Rätt som anses utgöra motfordringar och således leder till invändningar om kvittning omfattas uttryckligen, men här hänvisar art 9 alltså till den nationella rätten.

I den engelska versionen är texten annorlunda avseende om sekundogäldenärens rätt måste ha sin grund innan viss tidpunkt.

> ”Where the creditor´s rights under a credit agreement are assigned to a third person, the consumer shall be entitled to plead against that third person any defence wich was available to him against the original creditor, including set-off where the latter is permitted in the Member State concerned.”

Det kan här hävdas att ”was available” anger att sekundogäldenärens rätt måste ha varit tillgänglig, eller i vart fall anses ha sin grund, i tiden innan omsättningen. Uttrycket ”was available” kan innebära sådan rätt som vid betalningen fanns tillgänglig mot pantsättaren.

> Några av de övriga versionerna förefaller innehålla oklarheter som motsvarar de svenska och engelska versionerna; ”kan … indsigelse gældende … som han kunne gøre gældende”, ”kann … Einreden geltend machen … soweit sie ihm gegen den ursprünglichen Kreditgeber zustanden”, ”pouvait invoquer”, ”acción que fuere posible” etc.[71]

I förarbetena till KkredL uppmärksammade man möjligheten att KkredDir art 9 skulle kunna hävdas på nämnda för sekundogäldenären förmånliga sätt. I den egna fria översättning man då gjorde (1990 innan det svenska medlemskapet) skrev man ”rikta alla invändningar som han kunde rikta”.[72] Således en skrivning som ligger närmare den engelska versionen, men som ändå innebär samma otydlighet som nyss angivits

[71] Jfr även P rinciples of European Contract Law artikel 11:307 ”wich the debtor could have used”.
[72] Ds 1990:84 s 128, 130.

för denna. Med hänvisning till att man i Danmark, för den danska lagstiftningen, inte gjort nämnda långtgående tolkning menade man i de svenska motiven att det bör vara omsättningstidpunkten som skall vara avgörande. Detta lät man ”för tydlighets skull” skriva in i den svenska lagregeln.[73] I KkredL 16 § 1 st stadgas det således – ”samma invändningar som han vid överlåtelsen kunde göra”.

> Till grund för sitt ställningstagande lägger man möjligen också uppfattningen att KkredDir rent allmänt är mindre långtgående än det svenska och att utredarna därför inte ansett det funnits skäl att övertolka KkredDir.[74]

Det skall här anmärkas att den omständigheten att det finns normargument för att ge Rådets direktiv visst inflytande även framför nationell lagstiftning i samma fråga, inte innebär att den mest långtgående tolkningen skall ges företräde. Normargumenten för att ge direktiv företräde förefaller i vart fall inte hävdas för en sådan ordning.[75]

Lydelsen av KkredL 16 § 1 st utgör således ett normargument för att omsättningstidpunkten är relevant. Det är då närmast fråga om samma betydelse som i SkbrL 27 §.[76] Sekundogäldenärens rätt måste anses ha sin grund i förhållanden innan omsättningen. Att även invändningar om kvittning, betalning och omförhandlingar skall omfattas är då inte särskilt märkligt, men det finns också särskilda normargument härför.[77]

Innebörden av de nyssnämnda argumenten är att sekundogäldenären skall ges ett mer långtgående skydd för invändningar om kvittning, betalning och omförhandlingar enligt SkbrL 28 § och 29 § än enligt KkredL 16 § 1 st. I SkbrL ges ju sekundogäldenären skydd även efter omsättningen, nämligen fram till tidpunkten för ond tro om denna. Å andra sidan är KkredL tvingande, medan SkbrL är dispositiv.[78]

5.4.2.2 KkredL 16 § st 2 o 3

För vissa konsumentkrediter, nämligen kreditköp av vara eller tjänst, finns det regler som i vissa avseenden går längre än de som behandlats i föregående avsnitt, se KkredL 16 § st 2 o 3 jämfört m 3 § och 18 §, samt

[73] Ds 1990:84 s 130. Prop 1991/92:83 s 81–82.
[74] Jfr Ds 1990:84 s 130.
[75] Rättsfallet 14/83 Von Colson v Land Nordrhein-Westfalen [1984] ECR 1891 sjösatte principen om s k indirekt effekt för direktiv. Denna princip hävdas innebära att nationella domstolar så långt som möjligt är förpliktigade att tolka tillämplig nationell rätt med målsättningen att förverkliga relevanta direktivs syften. Det förutsätts då dock att direktivet kan anses ha implementerats bristfälligt, se t ex Cramér 1998 s 423.
[76] Jfr prop 1991/92:83 s 81–82.
[77] Jfr Ds 1990:84 s 139. Prop 1991/92:83 s 124.
[78] Jfr prop 1991/92:83 s 82 där det sägs att det knappast finns något praktiskt behov av att göra 29 § SkbrL tvingande, och s 124 ang kvittning.

jfr KkredDir art 11 p 2. Sekundogäldenären kan göra ”samma invändningar på grund av köpet” samt invändningar avseende betalning och omförhandling fram till dess att sekundogäldenären hamnat i kvalificerad ond tro om omsättningen. Som betalning skall räknas också genomförd kvittningsförklaring.[79] Handlar det om anspråk på återbetalning av köpeskillingen, skadestånd eller annan penningprestation kan sekundogäldenären t o m kräva att kreditgivaren betalar tillbaka vad han mottagit av sekundogäldenären. Sekundogäldenären kan alltså göra vissa former av rätt gällande även efter betalningen.

Trots att KkredL 16 § st 2 klart anger kvalificerad ond tro som avgörande finns det normargument för att den onda tron inte alls skall ha betydelse.

> Det handlar då om samma argument som anförts i föregående avsnitt om att det är tillräckligt att sekundogäldenärens rätt uppstår innan han betalar. Om en lösning i linje med dessa argument inte får företräde talar KkredL 16 § st 2 för att invändningar om kvittning skall behandlas på ett annat sätt än invändningar om betalning. Kvittningsinvändningar måste då anses ha sin grund i tiden innan omsättningen medan det för betalningsinvändningar är tillräckligt att de uppstår innan kvalificerad ond tro. Detta uppmärksammades i förarbetena men kvittning ansågs ha så liten betydelse i sammanhanget att man inte ville komplicera regleringen.[80]

Å andra sidan ger kravet på kvalificerad ond tro ett omfattande skydd.

> Den nämnda regeln om kvalificerad ond tro har sin bakgrund även i de rättsfall avseende SkbrL 29 § som behandlats i avsnitt 5.3.3.1. Vissa närmare normargument i sammanhanget kan därför hämtas där. Det kan dock påminnas om att kravet på kvalificerad ond tro anses innebära att meddelandet till sekundogäldenären skall formuleras så att det klart framgår att denne kan få betala på nytt om han betalar till pantsättaren eller på något annat sätt gör upp med denne. Härutöver kan sekundogäldenären vara ursäktad om hans misstag inte är ”alldeles oförsvarligt”.[81]

När det gäller sekundogäldenärens rätt att göra påföljder gällande mot panthavaren skall det anmärkas att regeln kan hävdas för att sekundogäldenären faktiskt skall ges en bättre position än om omsättning inte skett.[82] Genom att sekundogäldenären får möjlighet att vända sig till såväl pantsättaren som panthavaren står sekundogäldenären mindre risk avseende solvensproblem för pantsättaren. Sekundogäldenären kan således få skadestånd för fel i varan trots att pantsättaren gått i konkurs. Likaså talar lydelsen för att sekundogäldenären kan återfå ett förskott

[79] Jfr Ds 1990:84 s 135.
[80] Ds 1990:84 s 135. Prop 1991/92:83 s 78–79.
[81] Prop 1991/92:83 s 126–127.
[82] Jfr prop 1976/77:123 s 114–115.

om pantsättaren går i konkurs, även om det antagligen är ovanligt att ett förskott betalas till panthavaren.

> Förutom vad som nämnts om återbetalning av köpeskillingen, skadestånd eller annan penningprestation, finns det normargument som skulle kunna hävdas för att sekundogäldenären skall ha ett visst utrymme att genom omförhandling med pantsättaren nå effekter mot panthavaren. Det sägs i förarbetena att sekundogäldenären måste uppfylla de krav på reklamation o likn som kan krävas för att kunna häva och få rätt till återbetalning mot pantsättaren. Vidare att varan måste återlämnas för att återbetalningsskyldighet skall föreligga. Samtidigt sägs dock att sekundogäldenären alltid skall anses ha fullgjort sina förpliktelser härvidlag om han återlämnat varan till säljaren. Härmed synes som sagt kunna föreligga åtminstone ett visst faktiskt utrymme för att genom omförhandling med pantsättaren nå effekter mot panthavaren. Å andra sidan anges att panthavaren har samma möjligheter att invända mot sekundogäldenärens rätt som pantsättaren.[83]

5.4.3 Fordringsbegreppet fungerar

I faktaargumentationen skall sekundogäldenärens skador ställas mot pantavtalsparternas nytta av omsättningen. Det skall då markeras att sekundogäldenären i princip alltid kan vända sig mot pantsättaren. Sekundogäldenärens skador av att behöva betala till panthavaren består i olägenheter i likviditetshänseende och risk för dröjsmålsskador eller kapitalförluster om fakturafordringsägaren inte kan fullgöra sekundogäldenärens krav. Det är således främst i de fall då pantsättaren hamnar på obestånd som sekundogäldenären lider mer betydande skada. Frekvensen av obestånd o likn har således betydelse för skaderiskerna.

Ovan har framgått att sekundogäldenärens skydd mot att pantsättaren avskiljer och omsätter en viss del av deras relation uppfattas som ganska långtgående. Det finns egentligen inte särskilt många faktaargument som pekar på motsatsen. Fordringsbegreppet och de därtill anknytande invändnings- och motfordringsbegreppen förefaller fungera i så mån att de tillgodoser sekundogäldenärens intresse av skydd och pantavtalsparternas intresse av omsättning. Det förefaller trots allt finnas ganska gemensamma föreställningar om vad som hör till det förhållande som avskiljs som en fordran. Problemen i denna del skall därför inte överdrivas, jfr däremot avsn 5.5 och 5.6 nedan.

> Faktaargument för att ge konsumenter mer skydd vid kreditköp är de problem som förekommit med svårigheter att förstå innebörden av pantsättarens avskiljande. Ett antagande är att motsvarande problem inte i lika hög grad föreligger vid andra fristående krediter.[84]

[83] Prop 1976/77:123 s 171. Prop 1991/92:83 s 127.
[84] Prop 1991/92:83 s 77–80.

Det kan hävdas att någon form av fordringsbegrepp är nödvändigt och att det finns skäl att avskära all sådan sekundogäldenärens rätt som har sin grund i pantsättarens beteende efter att sekundogäldenären hamnat i ond tro om omsättningen. Ju större möjligheter sekundogäldenären och pantsättaren har att påverka fordringsrätten efter denna tidpunkt desto mindre rätt eller större risk för panthavaren och därmed mindre säkerhet. Ges panthavaren en möjlighet att dra en gräns för avskiljandet kan panthavarens risker begränsas i ett viktigt hänseende. Som nämnts i avsnitt 5.3.3.5 är det ett starkt intresse att pantsättaren inte skall ha möjlighet att komma åt betalningen eller det värde fordran representerar, jfr avsn 6.3 och 7.2. Det kan antas att det föreligger en beaktansvärd risk för att en ekonomiskt pressad pantsättare skulle göra ansträngningar för att övertala sekundogäldenärer att få betalningen eller på annat sätt komma åt värdet. I vart fall är ett sådant antagande vanligt i den krediträttsliga argumentationen.

Några särskilt starka faktaargument för att låta sekundogäldenären göra varje form av rätt gällande mot panthavaren, såsom nämnts beträffande art 9 i KkredDir, kan därför inte anföras. Tvärt om verkar en gräns vid ond tro välgrundad.

Detsamma gäller en rätt för sekundogäldenären att kräva återbetalning av belopp som betalats till panthavaren. I vart fall om sekundogäldenären även efter betalningen skulle kunna göra upp med pantsättaren. Däremot gör sig samma argument inte gällande avseende en rätt till återbetalning om man undantar sådan sekundogäldenärens rätt som grundas på betalning och omförhandling. Mot en sådan rätt till återbetalning p g a rätt som grundar sig på tiden innan överlåtelsen eller betalningen, kan i och för sig anföras att en sådan innebär att panthavaren står en risk. Det är dock inte en risk som pantsättaren kan påverka i eget intresse. Mot en rätt till återbetalning talar emellertid att en sådan faktiskt ger sekundogäldenären bättre position än om omsättning inte genomförts, jfr ovan avsn 5.4.2.2. Detta samtidigt som en rätt till återbetalning innebär kostnader för att hantera denna typ av krav.

För en rätt till återbetalning talar dock att omsättningen skulle kunna utnyttjas i illojalt syfte. Ett omsättningsupplägg med formellt två parter på borgenärssidan kan t ex utnyttjas för att minimera riskerna vid försäljning. Genom att låta pantsättaren ha en svag ekonomi kan man undgå säljaransvar. Ansvaret kan då omförhandlas m h t denna dåliga ekonomi eller så kan konkurs utnyttjas för att slippa ansvar som växer till en nivå man inte anser sig vilja bära.

Till saken hör också ett antagande om att en skyldighet för panthavaren att återbetala vad han mottagit i ond tro inte skulle bli särskilt frekvent. De fall där sekundogäldenären känner till en invändning anger

han vanligen denna istället för att betala. De fall där återbetalning aktualiseras handlar i första hand om att sekundogäldenären själv inte blir varse sin rätt förrän efter betalningen. Att panthavaren under sådana omständigheter är i ond tro om sekundogäldenärens rätt måste vara tämligen ovanligt. Problemen att hantera bevisning om att betalningen förbrukats skall nog inte heller överdrivas.

5.4.4 Fördelar av avskiljande är värdeladdat

Ett värdeargument är att pantsättaren inte skall kunna få fördelar på sekundogäldenärens bekostnad. Pantsättaren skall inte kunna dra fördelar av att avskilja och omsätta en viss del av sina rättigheter i deras relation. Detta värde är ganska tydligt i normerna som alltså i ganska hög grad tillgodoser detta intresse. Detsamma gäller konsumentintresset.

Nämnvärt är också värdeargumentet att ursäktliga misstag skall vara just ursäktade. Detta värde påverkar framför allt synen på felbetalningar. Som bekant gör även professionella betalare fel emellanåt. En annan sak är att det sällan finns möjlighet till andra lösningar än att var och en får bära risken för sina misstag.

Ett tredje värdeargument avser just förhållandena vid efterskänkande av fordran. och att detta kan påverka tolkningen av ondtrosrekvisitet mot invändningsrätt och gåvogivarens felansvar. Det kan ligga en betydande värdeladdning i just efterskänkande och nedsättning av skuld.

> Ett exempel: Anderssons änka, som var hemmafru utan förmögenhet, hade gått i borgen för sin make som efter en konvalescens behövt kredit om 50 000 kr för att genomföra ett uppdrag i sin enskilda firma. Emellertid blev Andersson åter sjuk. Efter en tids sängbundenhet, som raserade Anderssons ekonomi, dog han. Sex år efter Anderssons död skickade banken plötsligt krav till Andersson och för första gången också till änkan som blev chockad. Kravet uppgick då p g a dröjsmålsräntor till 150 000 kr, ett belopp som änkan inte kunde beräknas betala under sin livstid. Efter att ha informerats om omständigheterna och haft ärendet liggande på utredning en tid efterskänkte banken emellertid fordran vilket man meddelade i ett brev. Tänk sedan tanken att banken en tid innan överlåtit sina osäkra fordringar till ett finansbolag och att detta vid något tillfälle framställt krav mot änkan. Finansbolaget menar att efterskänkandet inte kan göras gällande mot dem. Att betalningsskyldigheten eventuellt skulle kunna jämkas med stöd av 36 § AvtL eller att banken eventuellt kan ställas till svars och få ersätta änkan, utesluter inte att värdeargumenten påverkar lösningen av efterskänkandefrågan. Poängen är att det kan finnas en stark värdeladdning i efterskänkandet och att detta påverkar den generella lösningen.

Det finns också en värdeaspekt avseende rätt till återbetalning från panthavaren. Att sekundogäldenären skulle få en bättre position än om omsättning inte genomförts kan uppfattas som märkligt. Något särskilt

starkt värdeargument förefaller det emellertid inte vara. Å andra sidan kan nämligen hävdas att det är värdeladdat att panthavaren skall få tillgodogöra sig medel som han mottagit i ond tro om att sekundogäldenären har en invändning.

5.4.5 Sekundogäldenären skall ha skydd mot avskiljande men bara till vissa gränser

Den generella frågan som formulerades inledningsvis var alltså – vilket skydd har sekundogäldenären mot att pantsättaren avskiljer och omsätter en viss del av sina rättigheter i deras relation? Som nämnts ovan rymmer denna fråga flera frågor som kan betraktas som oklara rättsfrågor.

5.4.5.1 En indelning i invändningar och motfordringar fungerar

En delfråga rör problemen att hantera de här centrala begreppen. Frågor om vilka former av sekundogäldenärens rätt eller intressen som skall ha skydd har som framgått inte berörts explicit. Jag har använt beskrivningarna fordran, invändning, motfordran, konnex fordran etc utan att ingående beskriva vilka intressen de skall omfatta. Av argumentationen kan dock vissa slutsatser dras i denna fråga.

Normargument talar för att sådan rätt som är att hänföra till samma rättsförhållande som den pantsatta fordran skall ha skydd, antingen enligt 27 § SkbrL eller en princip om konnexa fordringar som ges samma effekter. För konsumentkrediter är normargumenten härvidlag aningen tydligare eftersom KkredL 16 § 1 st är en generell regel som omfattar alla invändningar, även kvittning, betalning och omförhandling. Exempel på intressen som skall ges skydd på detta sätt är all rätt som sekundogäldenären har p g a ett köpavtal. Exempel på intressen som faller utanför detta skydd är de fall då sekundogäldenären förvärvat sin rätt genom något som är svårt att se annat än i formen av cession av en motfordran.

5.4.5.2 En generell rätt till återbetalning vid ond tro

En annan delfråga är sekundogäldenärens rätt att kräva återbetalning. För konsumenters kreditköp är denna uttryckligen lagreglerad och således ganska klar. Anspråk i anledning av hävning, skadestånd o likn omfattas.

I övriga fall talar normargumenten åtminstone mot att panthavaren skall behöva betala tillbaka vad han förbrukat i god tro. Normargumen-

ten kan som nämnts också hävdas för att panthavaren inte alls skall vara återbetalningsskyldig. Argumenten är härvidlag något svagare.

Fakta talar som nämnts både för och emot en rätt till återbetalning. En gränsdragning som innebär att sådan rätt inte ges är ganska lätt att hantera. Å andra sidan förefaller panthavaren inte få några avsevärda problem om sekundogäldenärens skydd begränsar sig till ondtrosfall eller fall där betalningen finns i behåll.

För en sådan lösning talar också värdeargument om att inte skydda en ondtroende.

Argumenten att sekundogäldenären genom en rätt till återbetalning får en bättre position genom omsättningen menar jag inte vara särskilt beaktansvärda.

Övervägande skäl talar därför för att sekundogäldenären skall ha rätt att kräva återbetalning såvida inte panthavaren förbrukat medlen i god tro. För konsumentkreditköp skall inga sådana begränsningar ställas upp.

5.4.5.3 Omförhandlingsinvändning bör jämställas med invändning om betalning

I avsnitt 5.4.1.4 har angivits att det inte finns någon tydlig allmän regel om rätt som grundas på omförhandling. Som nämnts kan dock 29 § SkbrL anföras analogt. För konsumentkreditköp görs en motsvarande anknytning i lagtexten 16 § 2 st KkredL.

Såväl fakta som värdeargumenten överväger för en sådan lösning. Omförhandling är en omständighet som liksom betalning kan inträffa även efter omsättningen och som kan utnyttjas av pantsättaren för att komma åt den pantsatta fordrans värde.

5.4.5.4 Tvingande konsumentskydd för invändningar innan ond tro

En delfråga som framgått ganska tydligt är huruvida sekundogäldenärer som är konsumenter med stöd av art 9 KkredDir skall kunna åberopa all rätt oavsett när den anses uppkomma eller om överlåtelsetidpunkten eller någon annan tidpunkt skall vara avgörande. Det handlar då främst om invändningar p g a betalning, kvittning och omförhandling.

Normargumenten får direktivet till trots anses tala för att det inte skall vara en så sen tidpunkt som betalningen som avgör. Med KkredL 16 § 1 st kan man då givetvis hävda att omsättningstidpunkten skall vara avgörande.

Faktaargumenten talar emellertid snarare för att det är tidpunkten för sekundogäldenärens onda tro som skall vara avgörande. Det avgö-

rande för panthavaren är att möjligheten att markera en gräns, inte att denna skall inträda redan vid omsättningen.

Framför allt talar också värdeargumenten för en sådan lösning. Utifrån det generella värdeargumentet för att skydda sekundogäldenären mot avskiljande och utifrån värdeargumentet konsumentintresse kan man anföra att sekundogäldenären bör ha ett tvingande skydd för även för invändningar om kvittning, betalning och omförhandling om de hänför sig till tiden innan ond tro om omsättningen. Att frekvensen av sådana invändningar antas vara låg vid andra konsumentkrediter än kreditköp och att regleringen inte bör kompliceras, är inte särskilt starka argument när ett sådant fall väl inträffar. Skulle en pantsättare ha utnyttjat möjligheten att avtala bort möjligheten till sådana invändningar och en sekundogäldenär därför t ex betalat till pantsättaren efter överlåtelsen talar värdeargument för att inte tillerkänna avtalet verkan.

Övervägande skäl talar därför för att sekundogäldenärer som är konsumenter skall ha ett tvingande skydd för invändningar som har sin grund i tiden innan de hamnat i ond tro.

5.5 Panthavaren agerar hårdare

En annan följd av borgenärsbytet kan bli att sekundogäldenären blir utsatt för ett hårdare agerande. Panthavaren kan inom det utrymme lagen ger agera hårdare än pantsättaren. Detta kan bero på att pantsättaren har en välvillig inställning till gäldenären och ger denne ett visst utrymme medan en panthavare tillämpar fordringsavtalet strikt. Det kan också bero på att pantsättaren självständigt följer regler och villkor som gynnar gäldenären medan panthavaren obstruerar dessa och endast böjer sig inför domstols dom. Typiskt sett är det också så att panthavaren på olika sätt är hårdare än pantsättaren. Panthavaren är inte belastad av någon bakomliggande relation till sekundogäldenären och har även mindre anledning att ta hänsyn till eventuella framtida förbindelser med denne.

> Det kan givetvis ifrågasättas om det är omsättningen som är orsak till vad sekundogäldenären drabbas av. Orsaken kan ju istället helt relateras till panthavarens beslut att agera på detta vis. Eftersom det typiskt sett är så att panthavaren har en mindre välvillig inställning behandlas agerandet här dock som en skada som omsättningen orsakat.

Det skall understrykas att detta avsnitt hänger nära samman med avsnitten 5.4 och 5.6.

5.5.1 Principen om personliga fordringar o likn

Normargumenten för ett skydd mot hårdare agerande tar sikte på de fall då prestationen och avtalet i hög grad är beroende av subjektens personliga egenskaper. Det talas om att fordran kan ha ”personlig karaktär”.[85] Normen som framförts i doktrin sägs omfatta de fall då det p g a subjektens personliga egenskaper går att bedöma att det skulle bli fråga om en hårdare tillämpning. Sådana omständigheter anses oftare kunna föreligga när fordran avser annat än pengar.[86] Det är dock fråga om en vag norm där någon närmare beskrivning inte ges.

> Som exempel på personliga fordringar nämns fordringar avseende arbetsprestationer, avkomsträtt till kost och bostad och nyttjanderätt till lös egendom.[87] För penningfordringar skulle kanske s k ”handlån” kunna omfattas av den nämnda beskrivningen, i vart fall mellan närstående personer där villkoren är benefika och förfallodagarna öppna.

Fakturafordringar skulle därför möjligen kunna omfattas av normen i de fall det finns en nära koppling eller stöttande relation mellan parterna. Rättsföljden är närmast att omsättning inte anses tillåten utan sekundogäldenärens samtycke. Det ligger inte långt borta att motivera detta omsättningsförbud för personliga fordringar med att det handlar om ett underförstått avtalat omsättningsförbud.[88]

Utöver omsättningsförbud för personliga fordringar hävdas i doktrinen omsättningsförbud för s k ömsesidigt förpliktigande fordringsförhållanden. Även detta omsättningsförbud skyddar i viss mån mot hårdare agerande. Huvudsyftet är dock att skydda sekundogäldenären mot försämrade påverkansmöjligheter. I de förhållandena kan borgenärens motivation att utge sin prestation nämligen minska om omsättning och därmed förskottering av betalningen tillåts. Eftersom denna princip behandlas i avsnitt 5.6 nedan skall den inte utvecklas här.

5.5.2 Skadorna kan vara omfattande och frekventa men är svåra att avgränsa

Till faktaargumenten hör antaganden om skadornas omfattning och frekvens. Som mest omfattande är skadorna kanske när panthavaren driver sekundogäldenären till ett exekutivt förfarande trots att det fun-

[85] Håstad 1996 s 449 anmärker i samband med överlåtelseförbud kort –”Är det fråga om en överlåtelse av en fordran, har denna ibland en sådan personlig karaktär att gäldenären ej behöver godta överlåtelsen.”
[86] Tiberg/Lennhammer 1995 s 30–31.
[87] Tiberg/Lennhammer 1995 s 30–31. Jfr Gunv Wallin 1960 s 26–34.
[88] Om verkan av avtalade begränsningar se avsnitt 5.10.

nits möjlighet att lösa problemen på mindre ingripande sätt. Mindre men mer frekventa skador har att göra med en kortare faktisk fristtid för påförande av dröjsmålsavgifter o likn. De sistnämnda skadorna är antagligen mycket vanliga eftersom fordringsförvärvare tenderar att försöka göra förtjänst på dessa marginaler.

> Exempel på skada i anledning av exekutivt förfarande är då en konsument har hamnat i en sådan situation att han är berättigad till skuldsanering. Borgenären har då i princip rätt att vägra tills dess att domstol fastställt skuldsaneringen. Liknande obstruktioner från näringsidkarhåll på andra områden brukar balanseras av massmedias och konsumentmyndigheters publicitet i form av t ex s k svarta och vita listor. I kreditförhållanden fungerar denna publicitet emellertid inte på samma sätt eftersom en kreditgivare genom förvärv i princip kan bibehålla sin marknadsandel. Det finns i praktiken också exempel på hur kreditgivare med nämnda policy döljer sig bakom andra organisationer som i eget namn, men för kreditgivarens räkning, erbjuder krediter.[89] En variant av att panthavaren agerar hårdare är då denne, i god eller ond tro, framställer krav som sekundogäldenären har giltiga invändningar mot. För sekundogäldenären innebär det ett besvär att framställa sina invändningar. I praktiken är dessa besvär kanske oftast obetydliga men om pantsättaren vårdslöst omsatt en fordran som sekundogäldenären har giltig invändning mot kan man i princip tänka sig skadeståndsskyldighet för pantsättaren.

Det är givetvis svårt att alls identifiera de fall där det är fråga om hårdare agerande. Det råder ju en betydande osäkerhet om hur pantsättaren faktiskt skulle ha agerat i de olika avseenden som är aktuella. Därmed skulle det bli fråga om ganska svårtillämpade skyddsregler eller så generella regler att ett stort antal av transaktionerna påverkas. En sådan generell avgränsning skulle t ex kunna vara att vissa kategorier av subjekt regelmässigt ansågs förhindrade att omsätta sina fordringar till vissa andra kategorier. Eftersom de skador som är av störst vikt m h t omfattning och frekvens till största delen har att göra med borgenärers möjligheter i stort, synes dock ett skydd mot otillbörligt agerande av borgenärer generellt vara mer funktionellt.

5.5.3 Den som står i skuld är inte fri, och kan hamna i klorna på någon

I värdeargumentationen är det svårt att bortse från själva grundproblemet att sekundogäldenären utsätts för något som han skulle sluppit om

[89] I tidningen ”Vi i villa” 5/95 erbjöd Vi i villa Finanstjänst kredit. Bakom erbjudandet stod emellertid GE Capital. På samma sätt förhöll det sig med ett erbjudande om kredit som Motormännens riksförbund i brev gav sina medlemmar i februari 1996. Numera har detta företag ändrat sin marknadsföring och skyltar således med sitt namn även i dessa typer av annonser.

omsättning inte genomförts. Detta intresse synes beaktansvärt i vissa fall.

Särskilt värdeladdade är de fall då fordran har ett särskilt rättighetsvärde, se avsnitt 4.4.1.2. Skadorna härav gör sig dock främst gällande då fakturafordringsägaren saknar lösningsmöjlighet. Det krävs oftast också ganska gynnsamma omständigheter i övrigt för att maktvärdet skall bli stort.

> Ett målande exempel på stort rättighetsvärde är att fordran utnyttjas för att komma åt unik eller på annat sätt speciell egendom på ett billigt sätt. Låt säga att t ex en uppfinning värderas mycket högt av en spekulant som uppmärksammat patentansökan. Spekulanten är dock ganska ensam om att besitta den kunskap och den information som behövs för att inse uppfinningens potential. Istället för att köpa uppfinningen förvärvar spekulanten därför en lämplig fordran på uppfinnaren, för att inte genom sitt namn påverka marknadspriset på uppfinningen används en bulvan. Under förutsättning att uppfinnaren inte har särskilt starka finansiella muskler och inte kan skaffa annan kredit tillräckligt snabbt, kan det finnas vissa möjligheter att försätta uppfinnaren i konkurs. I konkursen finns stora möjligheter att uppfinningen kan köpas ut för slaktvärde.

Å andra sidan kan man i någon mån betrakta omsättningen som att pantsättaren bemyndigar panthavaren att vidta de hårda åtgärder som den förstnämnde inte själv vill vidta. När fakturafordringsägaren har lösningsmöjlighet gör sig detta synsätt gällande i särskilt hög grad.

> I Principles of European Contract Law har man gjort en skrivning som skulle kunna hävdas för ett relativt långtgående skydd för sekundogäldenären i de här aktuella fallen. En omsättning skall enligt denna inte tillmätas verkan om sekundogäldenären m h t förhållandet mellan honom och pantsättaren, inte rimligen kan behöva betala till någon annan.[90]

5.5.4 Skydd mot en tydligt hårdare tillämpning

I en avvägning mellan de olika argumenten synes ett skydd begränsat till vissa tydliga fall vara att förorda. Det handlar alltså om fall där det p g a subjektens personliga egenskaper går att bedöma att det skulle bli fråga om en tydligt hårdare tillämpning samtidigt som en sådan inte kan anses skälig m h t omständigheterna. Avgränsningsproblemen synes då inte bli oöverstigliga samtidigt som vissa beaktansvärda intressen att skydda underlägsna subjekt tillgodoses.

Som nämnts hör till sammanhanget också skyddet mot försämrade påverkansmöjligheter och normen om skydd för s k ömsesidiga förhållanden, se nästa avsnitt.

[90] Artikel 11:302. www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/.

5.6 Försämrade möjligheter att påverka motprestation

När sekundogäldenären har eller kan komma att få en rättighet gentemot fakturafordringsägaren har sekundogäldenären i vissa fall ett särskilt intresse av att behålla fakturafordringsägaren som motpart. Möjligheterna att tillgodogöra sig rättigheten påverkas nämligen av att denne inte kvarstår som betalningsmottagare. Genom att styra över betalningsprestationen gentemot fakturafordringsägaren kan sekundogäldenären påverka när och hur denne fullgör sin motskyldighet.

Det nämnda bygger på antagandet att fakturafordringsägaren i vissa fall anses bli mindre motiverad att fullgöra sin skyldighet mot sekundogäldenären om han erhållit likvider för sin prestation i förskott. Omsättningen skadar därför sekundogäldenären genom pantsättarens minskade motivation.[91] Den minskade motivationen tar sig olika uttryck. Ett är att prestationerna tenderar att *utföras senare*. Ett annat att det blir *kvalitetsskillnader* i resultatet. Vanligast är dessa effekter antagligen vid enstaka tjänster. Observera då att det inte behöver vara fråga om att prestationerna avviker från godtagbar standard. Även skillnader mellan mycket god och god standard är relevant. Den minskade motivationen tar sig också uttryck i att pantsättaren föredrar att *använda ett förskott till annat* än vad som krävs för att kunna fullgöra prestationen.[92] Utan likvider blir motivationen att fullgöra låg och de konkreta möjligheterna små. En ytterligare aspekt är att pantsättaren blir *mindre benägen att anpassa sig* till ändrade förhållanden och omförhandling.[93] En sådan påverkar förhållandet med panthavaren och kan innebära förtida återbetalning av huvudkrediten. Något som kan vara svårt m h t likviditeten. Medlen kan s a s vara förbrukade.

> För att ta ett vardagsnära exempel; som gäldenär kan en pantsättning ha betydelse för dig när du anlitat en hantverkare för att bygga om ditt kök och avtalat om ett bra pris. Om hantverkaren då redan innan eller i början av arbetet omsätter sin fordran kan det i värsta fall bli så att han sedan saknar likviditet för att kunna genomföra arbetet. Du måste då visserligen inte betala till den som förvärvat fordran, men du måste skaffa en ny hantverkare. Att skaffa en sådan är förenat med visst besvär, särskilt om den förste hantverkaren kommit så lång att köket är utrivet. Det pris du lyckas avtala med den

[91] Jfr Tiberg/Lennhammer 1995 s 31.
[92] En risk är att entreprenören använder förskottet för att betala gamla skulder. Att detta kan drabba även en sekundogäldenär som är väl insatt i problematiken kan exemplifieras med erfarenheter från (min vän och kollega) insolvensrättsexperten Enar Folkessons villabygge i Kungälv 1994.
[93] Håstad 1980 s 121–123. Grönfors 1969 s 430.

nye hantverkaren blir kanske heller inte lika bra som det pris du hade avtalat med den förste om. Visserligen kan du från den förste hantverkaren ha rätt till skadestånd för prisskillnaden, men om han nu har likviditetsproblem är skadeståndsrätten inte särskilt intressant.

Jag har i avsnittet utgått från att huvudkrediten är relativt stor i förhållande till den pantsatta fordran. Om belåningsgraden är liten gör sig sekundogäldenärens intressen gällande i motsvarande mindre mån.

Innan vi tar itu med frågan om sekundogäldenärens skydd finns det anledning att kort återkoppla till tidigare avsnitt. Av det ovan nämnda följer att skador av försämrade påverkansmöjligheter är aktuella främst när fakturafordringsägaren inte fullgjort sin motprestation. I avsn 4.4.2.3 har angetts att denna typ av förhållanden är speciella. Av den anledningen användes där termer som fordringsliknande förhållanden och villkorade fordringar. Mot bakgrund härav och avsn 3.4 om egendomsbegreppets tillväxttendens, kan här ifrågasättas om problemen skall behandlas i den struktur som brukar användas för fordringsobjekt? Denna fråga kan också formuleras – i vilken mån skall man på rättsordningsnivå tillgodose de intressen som ligger bakom en objektifiering? Mot bakgrund av avsn 3.2.2 finns det nämligen anledning att behandla objektifieringen som ett mål för ett intresse. Det handlar då om intresset av omsättningsrätt, eller m a o om avtalsfrihet.

Påpekandet kan synas överflödigt m h t att det förhoppningsvis är relativt tydligt att det i hela framställningen är fråga om intresseavvägningar. Just denna fråga ansluter emellertid ganska direkt till de nämnda tidigare avsnitten. Avsikten är också att markera min utgångspunkt eftersom jag i det följande kommer att beakta såväl nämnda intresse som olika argument på rättsordningsnivå. Att jag nyss ifrågasatt objektifieringen innebär inte att dessa senare argument som härstammar ur objektsstrukturen för fordringar, saknar relevans.

Det skall understrykas att detta avsnitt hänger nära samman med avsnitten 5.4 och 5.5.

5.6.1 Principen om ömsesidigt förpliktigande fordringsförhållanden

En central norm i skyddet mot försämrade påverkansmöjligheter är 27 § SkbrL och dess motsvarighet i 16 § KkredL. Genom att sekundogäldenären kan göra gällande samma invändningar mot panthavaren kan kompensation för dröjsmål och fel dras av. Härigenom har sekundogäldenären trots omsättning kvar en viss indirekt påverkansmöjlighet – sekundogäldenären invänder mot panthavaren som i sin tur ställer fakturafordringsägaren till svars. Nämnda normer skyddar emellertid inte mot alla de skador som skissats ovan. De centrala delarna av påverkan faller utanför skyddet. Påverkan på motivationen att prestera mer än lägsta godtagbara standard och likviditetsproblematiken omfattas inte.

Det mer specifika skyddet för påverkansmöjligheter består istället av andra normer från olika rättsområden. För förmögenhetsrätten finns stödet i doktrin där principen om ömsesidigt förpliktigande fordringsförhållanden hävdas.[94] Dessa beskrivs som förhållanden där parterna har krav på varandra och prestationerna är intimt beroende av varandra. Fakturafordringsägaren anses då inte ha omsättningsrätt. Konsekvenserna är att endast fakturafordringsägaren kan driva in fordran och att sekundogäldenären kan betala till denne med befriande verkan oavsett att fordran omsatts. Ett exempel som gärna nämns är fordran på lön för framtida arbetsprestationer i anställningsförhållanden.[95] Ett annat exempel är hyresfordringar.[96] Samma problem föreligger vi entreprenad där entreprenörens möjligheter att fullgöra sin prestation är beroende av likviditet, även om det där hävdas att omsättning i allmänhet får godtas.[97] De fordringar som omfattas är således framtida i den meningen att de inte är intjänade.

> Bakom begränsningen av omsättning av framtida lön står i första hand dock förfogarens eget intresse av att försätta sig själv i en position utan försörjning. Detta sociala motiv står också bakom olika exekutionsrättsliga regler som begränsar möjligheterna att ianspråkta lönefordringar o likn.
>
> En uttrycklig lagregel som stadgar att omsättning är utan verkan är barnbidragslagen 13 §.[98] I första hand är denna regel visserligen uppställd i förfogarens intresse, men det ligger också i statens intresse att inte behöva tillgodose barnfamiljernas behov på annat sätt för att pengarna förskotterats.

Gränsdragningen mellan ömsesidigt förpliktigande fordringar och övriga fordringar är inte klar. Det förefaller dock som om syftet med en begränsning av omsättningsrätten är att ta hänsyn till tre av de speciella olägenheter huvudgäldenären kan lida vid omsättning. De tre olägenheterna är minskade möjligheter till påtryckning, minskade möjligheter till påverkan på fakturafordringsägarens likviditet samt försämrad förhandlingsposition.[99] Om en omsättning inte åsidosätter dessa intressen anses den vara tillåten. I vissa fall kan t ex omsättning av en entreprenadfordran vara just den åtgärd som sätter entreprenören i stånd att fullgöra sin

[94] Se t ex Adlercreutz 1969 s 293. Grönfors 1969 s 429. Tiberg/Lennhammer 1995 s 31. Se om ömsesidighet också Mellqvist/Persson 2001 s 46–47.
[95] Sigeman 1985 s 383–389, 1967 s 99, 1972 s 27. Nial 1936 s 73–76. SOU 1964:57 s 178. SOU 1967:3 s 57. Prop 1970:94 s 26. Håstad 1996 s 339 not 147. Rodhe 1956 s 136. Tiberg/Lennhammer 1995 s 32. Grönfors 1969 s 429. Nial 1936 s 73. Walin 1991 s 202, 1998 s 210–213. Walin/Rydin/Kihlgren 1995 s 251–252. NJA 1913 s 496, NJA 2001 s 381 och SvJT 1941 ref s 26.
[96] Helander s 439–440.
[97] Håstad 1980 s 121–123. Jfr Rodhe 1956 s 135–136. Helander 1984 s 439.
[98] SFS 1947:529.
[99] Jfr Helander 1984 s 439–440.

prestation. Fakturafordringsägaren anses också kunna omsätta huvudfordran när den blivit definitiv.[100]

> Avgörande för om fordran skall ha blivit omsättningsbar har utifrån den här behandlade principen närmast att göra med i vilken mån sekundogäldenärens möjligheter att påverka försvunnit. En del sådana möjligheter försvinner genom att motprestationen fullgörs, andra vid förfallodagen. Temat belyses nedan i avsnitt 5.6.3. Där uttrycks normen på följande vis; förfallodagen är avgörande tidpunkt för omsättning såvida inte intjänandedagen är tidigare och fordran genom intjänandet blivit definitiv, d v s ovillkorlig eller m a o tillräckligt sannolik. Huruvida denna formulering står sig i förhållande till där berörda normargument framgår i det avsnittet.

Man bör observera att redan den omständigheten att fordringsförhållandet är ömsesidigt inte anses vara tillräcklig grund för omsättningsförbud. Om förhållandet endast är ömsesidigt anses gäldenärens intresse tillgodosett genom bibehållen rätt att hålla inne prestation eller häva, 27 § SkbrL.[101] Förhållandena där ömsesidigheten består av kvittningsposition beaktas genom skuldebrevslagens kvittningsregler och principerna om s k konnexa motfordringar, se avsnitt 5.4.1.3.

Förutom ömsesidigt förpliktigande fordringsförhållanden tar man i doktrinen upp också skydd för vad man kallar personliga fordringar. Dessa har behandlats ovan i avsnitt 5.3.2.1. Även i de fallen kan det vara aktuellt att gäldenären har intresse av att påverka borgenären med betalningen.

5.6.2 Systemargument[102]

Det finns också normargument som i vissa avseenden talar mot ett skydd för försämrade påverkansmöjligheter. Dessa avser dock inte sekundogäldenärens position. De handlar istället om andra relationer. Således har omsättning av framtida fordringar godtagits i fall som rört verkan mot pantsättarens fordringsägare. Pantsättning av såväl fordran för ännu inte utförda tjänster och ännu inte intjänade hyror givits sakrättslig verkan. För relationen mellan panthavare och pantsättare är det också en etablerad föreställning att panthavaren genom pantavtalet kan få olika former av rätt till avkastningen. Till avkastning har hänförts hyresfordringar o likn.

De nämnda normargumenten utgör vad man kan kalla systemargument. Eftersom de utmålar bilder av omsättning i vissa relationer kan

[100] Håstad 1980 s 121. Jfr Rodhe 1956 s 136. För lönefordringar förfallen se Sigeman 1972 s 28, Nial 1936 s 73–76, jfr NJA 2001 s 381.
[101] Jfr Rodhe 1956 s 134–135. Tiberg/Lennhammer 1995 s 31.
[102] Jag har introducerat vad jag avser med termen ovan i avsn 2.3 och 3.4.

det synas systematiskt att använda samma bilder och göra samma gränsdragningar i alla relationer.

Mot att lägga vikt vid dessa systemargument talar emellertid att de gränsdragningar som de innebär, ofta gjorts med litet beaktande av sekundogäldenärens intressen. Sekundogäldenärens intressen har sällan uppmärksammats i de sammanhang där nämnda normargument hävdats. Denna brist kan ha många förklaringar. En tänkbar sådan är att den förenkling som görs då problemet definieras i den krediträttsliga systematiken ofta koncentreras till en relation. Det blir då lätt att inte upptäcka intressen från andra relationer än den som lyfts fram i förenklingen, jfr avsn 4.3. Om flera relationer blandas in uppträder också ofta konflikter mellan normer som kan vara svåra att uppfatta som jämförbara. Att hantera sådan konflikter kan upplevas som besvärligt. Särskilt besvärligt är det antagligen med ett perspektiv på rätten som innebär att intressena åtminstone formellt inte skall ges relevans.

Att sekundogäldenärens intressen inte uppmärksammats kan också bero på att man inte haft ambitionen att göra några generella gränsdragningar. De olika relationerna har helt enkelt behandlats för sig och de gränsdragningar som har gjorts har inte avsett att avväga andra intressen än just den relation som varit för handen. I den mån så är fallet finns det all anledning att inte tillmäta systemargument någon betydelse. Annars låter man slutsatserna okritiskt följa enligt det mönster jag har kallat egendomsbegreppets tillväxttendens, jfr avsn 3.4.

> Fallet NJA 1973 s 635 är ett belysande exempel på att sekundogäldenärens intressen inte uppmärksammas explicit, av vilken anledning det nu än må vara. Parterna var pantsättarens konkursbo och en panthavare. Vare sig parterna eller domstolarna använde egentligen några argument med stöd i negativa effekter för sekundogäldenären. Detta trots att konkursförvaltaren uppmärksammade sekundogäldenärens intressen: En åkeriägare hade avtalat med en skogsägareförening att utföra transporter av inom Gällivare socken avverkat virke under virkessäsongen 1966–67. Då åkeriägaren hade stora ekonomiska problem pantsatte han sin ”nuvarande och tillkommande fordran” till en bilhandlare som han stod i skuld till. Konkursförvaltaren hävdade att denna pantsättning innebar att åkeriägaren – ”frånhänt sig alla de inkomster som var nödvändiga för betalning av bensin- och lönekostnader samt för betalning av leveranser och arbeten för fullföljandet av avtalet med skogsägareföreningen. Hans möjligheter att infria löften om betalning till anställda, till bensinbolag och till andra fordringsägare försvann liksom möjligheten att gälda befintliga och under körningarna uppkommande skatteskulder.”[103]

Om det p g a ovan nämnda skäl finns anledning att inte lägga vikt vid systemargument, kan följden givetvis bli vad som kan beskrivas som

[103] Se vidare avsn 6.7.1.

bristande systematik. Det kan då påpekas att det även med upprätthållande av de normer som ligger bakom systemargumenten går att beakta sekundogäldenärens intressen. Även om sekundogäldenärens skyddsintresse skulle ges prioritet kan de nämnda normerna ha betydelse för de fall prioriteringen inte gör sig gällande eller då sekundogäldenären inte invänder mot omsättning. Mot bakgrund av ovan nämnda skäl kan det emellertid också finnas anledning att ifrågasätta vad som skall vara avgörande för utformningen av vad man vill beskriva som en systematik.[104]

Det skall anmärkas att det sagda inte innebär att de olika gränsdragningarna saknar materiell betydelse för varandra. Ett skydd för sekundogäldenären har mot bakgrund av sakrättsliga normer stor betydelse i förhållandet till fordringsägarna. Om sekundogäldenären får skydd och därför inte är förpliktigad att betala till panthavaren anses det sakrättsliga momentet knappast uppfyllt. Nästa avsnitt kan läsas mot bakgrund härav.

Det kan också anmärkas att de gränsdragningar som de nämnda systemargumenten utstakar inte i alla avseenden talar till sekundogäldenärens nackdel, i vart fall inte i teorin. Konsekvensen av att t ex en sakrättslig gränsdragning skulle tillmätas betydelse i sekundogäldenärsrelationen kan vara att sekundogäldenären får ett mer långtgående skydd än vad som är motiverat m h t försämrade påverkansmöjligheter. Om kreditgivaren t ex skulle nöja sig med att sekundogäldenären betalar till honom så länge fakturafordringsägaren eller dennes fordringsägare inte kräver annorlunda skulle något sakrättsligt skydd inte föreligga. Att sekundogäldenären därmed inte skulle behöva följa betalningsanvisningen är inte nödvändigtvis motiverat.

5.6.3 En princip om avsaknad av skydd vid förskottsbetalning?

Ett speciellt normargument mot att sekundogäldenären skulle ha något skydd mot försämrade påverkansmöjligheter är rättsfallet NJA 1995 s 157. Med hänvisning till föregående avsnitt utgör fallet ett systemargument såtillvida att tvisten gällde sakrättslig verkan och skydd mot utmätnings- och kvarstadsborgenärer. I materiell mening saknas också beaktande av sekundogäldenärens intressen. Formellt har dock förhållandet till sekundogäldenären uppmärksammats.

Som normargument kan fallet främst anföras för hyresfordringar mellan förstahandshyresgäst och andrahandshyresgäst där förstahandshyresgästen har rätt att överlåta sin hyresrätt, samt panthavaren åtar sig skyldigheten att utföra väsentliga delar av förstahandshyresgästens prestation gentemot andrahandshyresgästen. Fallet kan dock också ges en

[104] Jfr mitt tema i Martinson 1999.

bredare betydelse och anföras för alla förhållanden med villkor om förskottsbetalning.

Tvisten gällde sakrättslig verkan och skydd mot utmätnings- och kvarstadsborgenärer. I sina domskäl gör HD[105] dock en form av avvägning där principen om ömsesidigt förpliktigande fordringsförhållanden beaktas. Principen ställs mot argumentet om att hyresvärden bör kunna överlåta och pantsätta hyresfordringarna eftersom han kan överlåta hyresobjektet. HD prioriterar detta senare argument och godtar omsättningen. Som motivering anförs främst att ”starka skäl” talar för att denna form av omsättning skall vara möjlig när nu överlåtelse av hyresobjektet är möjligt. Härutöver anförs att principen om ömsesidigt förpliktigande fordringsförhållanden inte hindrar omsättning av fordringar som förfaller innan de tjänas in.

Fallet kan således hävdas för att sekundogäldenären inte skall ha skydd mot omsättning.

> Till saken hör då emellertid att det krävs god vilja för att påstå att HD i någon reell mening beaktat sekundogäldenärens intressen. I vart fall framgår något sådant inte av referatet av HD:s domskäl, utan det krävs att RevSekr Skarborgs betänkande tas till utgångspunkt, se nedan.

Mot att tillmäta detta normargument betydelse talar andra normargument för principen om ömsesidigt förpliktigande fordringar. Vad HD gör är visserligen att ge principen om ömsesidiga fordringar lägre prioritet. Det skall dock poängteras att HD till grund härför lägger ett resonemang av innebörden att varken förfallodagen eller intjänandedagen har någon betydelse när intjänandedagen infaller efter förfallodagen. Härigenom bortser man från en väsentlig del av sekundogäldenärens intresse. Denna del tillgodoses i andra normargument för principen om ömsesidigt förpliktigande fordringar.

Ser vi till sekundogäldenärens intressen och förskottsbetalning för en enstaka prestation kan vi konstatera att sekundogäldenärens möjligheter till påtryckning genom innehållande och till omförhandling, är klart mindre. Däremot kan möjligheterna att påverka likviditeten vara väl så stora. En förskottsbetalning ger ju fakturagäldenären likviditet som kan möjliggöra prestationen. Om fakturagäldenären genom omsättning får tidigarelägga detta likvidtillflöde åsidosätts därför sekundogäldenärens intressen.

Handlar det sedan, som i det här fallet, om kontinuerliga prestationer och återkommande förfallodagar, har förskottsbetalning endast formell betydelse. Sekundogäldenären har då i lika hög grad som vid betalning i efterskott möjligheter till påtryckning och till omförhand-

[105] JustR Vängby, Heuman, Lind, Nyström och Thorsson.

ling. Även om betalningen avser en kommande prestation kan sekundogäldenären nämligen innehålla betalningen som sanktion mot brister i tidigare prestationer.

Sekundogäldenärens intressen hade beaktats om man ställt upp en norm av innebörden att förfallodagen är avgörande i de fall intjänandedagen infaller senare. En sådan norm kan också uttryckas som att förfallodagen är relevant tidpunkt såvida inte intjänandedagen är tidigare och fordran genom intjänandet blivit definitiv, d v s ovillkorlig eller m a o tillräckligt sannolik. I förhållande till andra normargument förefaller det senare vara mest träffande.[106]

> Det kan noteras att HD i sin egen formulering av principen om ömsesidigt förpliktigande fordringar endast angett förfallodagen som relevant tidpunkt. Varför HD tillmäter intjänandedagen relevans framgår inte uttryckligen. Jag håller dock med om att den bör vara relevant. Det är argumentet att förskottsbetalning medför att ingen av tidpunkterna skall tillmätas relevans, som jag menar är svagt. En helt annan sak är också att HD tillmätt argumentet om omsättningsrätt avgörande betydelse. De intressen som ligger bakom detta begrepp kan givetvis i sig utgöra tillräcklig grund för en prioritering framför andra intressen och det är domstolarnas uppgift att göra sådana prioriteringar när frågorna hamnar på deras bord.

Till omständigheter som påverkar fallets inflytande hör också att panthavaren åtagit sig att svara för vissa av pantsättarens prestationer. Således skulle panthavaren svara för drift och underhåll. Genom ett sådant åtagande minskar sekundogäldenärernas behov av att kunna påverka pantsättarens likviditet. De löpande kostnaderna för att sekundogäldenärerna skall få motprestationen bärs då av panthavaren. Eftersom det närmast är betalning av just de löpande kostnaderna som sekundogäldenären kan påverka genom likviditetstillskott tillgodosåg avtalet i hög grad sekundogäldenärernas intressen.

> RevSekr Skarborg tog i sitt betänkande upp detta tema; ”Huvudprincipen när rätten till prestation övergått till ny borgenär i ett ömsesidigt fordringsförhållande är att gäldenärens ställning inte får försämras genom cessionen. Det har i förevarande mål inte gjorts gällande att så skulle vara fallet för andrahandshyresgästerna utan snarare tyder omständigheterna på det motsatta förhållandet.”

Av betydelse för fallets inflytande är också normer om begränsningar m h t egendomspanthavares rätt. Således kan hävdas att en fastighetsägares hyresfordringar inte får utmätas med verkan mot fastighetspanthavare förrän de förfallit till betalning. Därmed kan hävdas att fastig-

[106] Jfr Walin 1991 s 188, 1998 s 197.

hetsägaren inte kan omsätta dem innan denna tidpunkt.[107] I så fall skyddas även sekundogäldenärens intressen.

> Dessa normer förefaller ha beaktats av samtliga domare i fallet men alla menade att de inte var tillämpliga för förstahandshyresgästs förhållanden. Fastighetspanthavarnas intressen ansågs tillgodosedda av förstahandshyresgästens betalningsskyldighet.

5.6.4 Skadorna är beaktansvärda

I faktaargumentationen är det av vikt att konstatera att skadorna beror på den försämrade balansen i avtalet. Felregler och liknande skyddsregler som ger sekundogäldenären rätt till en viss standard ger inte något särskilt verkningsfullt skydd för påverkansmöjligheter. Det förefaller därför som att det inte går att tillgodose sekundogäldenärens intressen på annat sätt än att omsättning underkänns. Därmed ställs sekundogäldenärens skador mot den uteblivna nyttan av omsättning för de aktuella typerna av fordringar.

Försöker man så bedöma sekundogäldenärens skador kan man konstatera att de består av risker. Riskernas storlek beror på i vilken mån fakturafordringsägaren är ett subjekt som påverkas negativt av att få likviderna i förskott. Subjekt med svag ekonomi påverkas härvid mer än andra. Påverkan är också särskilt negativ när det handlar om likviditetskänsliga projekt. Denna likviditetskänsligheten är avhängig faktorer som beloppens storlek och tidsramar.

Med hänsyn taget till att fakturafordringsägaren har stort intresse av att undvika likviditetsproblem kan riskerna förefalla små. Riskerna för att fakturafordringsägaren endast presterar lägsta godtagbara standard förefaller ännu mindre. Antagligen spelar goodwillaspekter och framtida förbindelser en långt större roll härvidlag än vad sekundogäldenärens betalningsprestation gör. Erfarenheter från t ex byggnadsentreprenad visar dock att riskerna är beaktansvärda.

> Vid småhusentreprenad finns ett särskilt försäkringssystem som skall skydda konsumenter mot obestånd hos entreprenören. Dessa risker anses nämligen påtagliga, i vart fall i förhållande till konsumentintresset. Det skall i sammanhanget anmärkas att detta försäkringsskydd inte ger något heltäckande

[107] Vilket man utgår från i NJA 1995 s 157 med hänvisning till SvJT 1955 ref s 15 där domarna (Moberg, Persson, Nordholm och Ohlsson) helt kort anger att ”Enär hyrorna icke voro förfallna till betalning vid utmätningstillfället samt de vid sådant förhållande icke kunnat tagas i mät annorledes än genom utmätning av fastigheten, prövar HovR lagligt att, med upphävande av KB:s utslag, undanröja utmätningen.” Jfr beträffande kvarstad RH 1992:54 och Walin/Gregow/Löfmarck 1987 s 582-583, 1999 s 634. Jfr Hessler 1973 s 34–35. Walin 1991 s 187–188, 1998 s 196–198 jfr dock 1999 s 307–311.

skydd. En betydelsefull begränsning är att det tar tid innan försäkringsskyddet utlöses och entreprenaden kan fortsätta. Det kan därför finnas anledning för sekundogäldenären att bidra till att avhjälpa fakturafordringsägarens ekonomiska besvär. Likaså kan det finnas anledning att noga planera i vilka skeden konsumenten skall betala olika dellikvider till entreprenören så att denne inte får likviditetsproblem.

Möjligen är det också uteslutande i branschspecifika erfarenheter som de ovan angivna normerna om omsättningsförbud har sin hittillsvarande faktagrund. Det är ju relativt många fall där fordringsförhållandena är ömsesidiga på det nämnda sättet. Om man för olika branscher ställde skaderiskerna mot den uteblivna nyttan av omsättning och uppskattade såväl kreditbehovet som antalet slutliga skador för sekundogäldenären fick man kanske ett bredare utfall än anställningsförhållanden och byggnadsentreprenad.

De ovan nämnda omständigheterna i fallet NJA 1973 s 635 är ett belysande exempel. Även en åkeriägare ställer till problem för sina kunder om han – ”frånhänt sig alla de inkomster som var nödvändiga för betalning av bensin- och lönekostnader samt för betalning av leveranser och arbeten för fullföljandet av avtalet”.

Till en bedömning av sekundogäldenärens skador hör också vilka kostnaderna är att byta motpart om fakturafordringsägaren inte presterar. Dessa kostnader är avhängiga av bl a konkurrensläget och projektets tidsramar. Om det är svårt att finna en annan motpart är skadorna av försämrade påverkansmöjligheter givetvis större än om det är lätt.

En del av de nämnda skadepåverkande faktorerna har vidare att göra med vilka egenskaper sekundogäldenären har. Exempelvis har en stark sekundogäldenär större möjligheterna planera och ställa krav på att likviditetsplaner för ett projekt utformas och följs. Likaså kan det vara mindre dramatiskt för en stark sekundogäldenär att byta motpart.

5.6.5 Nyttan vid förekomsten av reella alternativ

Mot behovet av skydd för påverkansmöjligheter skall, som sagt, ställas nyttan av omsättningen. Ett sätt att bedöma denna är att jämföra med alternativen och mot bakgrund härav göra antaganden om när säkerhet i framtida fordringar kan vara aktuellt.

En jämförelse av kostnader kan ge antagandet att säkerhet i framtida fordringar kan innebära såväl lägre som högre transaktionskostnader än andra alternativ. Kostnaderna kan vid gynnsamma omständigheter antagligen t o m vara lägre än för osäkrad kredit.

Till fördelarna i kostnadshänseende hör att säkerheten är självrealiserande. I typfallet kommer betalning från sekundogäldenären. En

annan fördel är att det sakrättsliga momentet denuntiation kan vara ett billigt alternativ, i jämförelse med t ex företagshypotek.

Bland nackdelarna märks främst risken för att säkerheten inte får verkan. Fakturafordringsägaren måste först tjäna in fordran och m h t eventuella återvinningsmöjligheter för säkerhets skull även inom 3 månader före en konkurs.[108] Denna risk medför att kreditgivaren får antas ha höga kostnader för att övervaka förfogarens ekonomi. Antagligen i stort sett lika höga som om någon säkerhet inte lämnats. En nackdel är också att kostnaderna blir höga om det handlar om många fordringar. Det blir då många denuntiationer och många betalningstransaktioner som skall hanteras. Visst besvär föranleds härvid av att sekundogäldenärernas betalningar inte överensstämmer med pantsättarens kreditbehov i tidshänseende. En annan nackdel är den publicitet och det besvär för sekundogäldenärerna som denuntiationerna för med sig.

> Det kan anmärkas att kostnaderna för hantering av denuntiationer och betalningstransaktioner kan minimeras på olika sätt. Ett sätt vore att använda post- och bankgirosystemen som ombud för fakturafordringsägaren och kreditgivaren.[109] Det handlar dock ändå om beaktansvärda kostnader.

Slutsatsen bör vara att säkerhet i framtida fordringar främst kan vara att föredra när det handlar om solida eller annars lättövervakade fakturafordringsägare, gärna med få stora kunder och långvariga projekt. Då hålls övervakningskostnaderna nere samtidigt som hanteringskostnaderna för denuntiationer och betalningstransaktioner är små. I de fall det handlar om solida fakturafordringsägare är sekundogäldenärens skador också små. Den påverkan som betalning till fakturafordringsägaren kan ha är då typiskt sett ändå liten.

5.6.6 Nyttan av ny kredit vid avsaknad av reella alternativ

Nyttan av omsättning kan också vara stor i de fall fakturafordringsägaren saknar reella alternativ för att skaffa kredit. Det handlar då om just de fall som sekundogäldenärens påverkansmöjligheter är betydelsefulla, d v s de fall fakturafordringsägaren har svag ekonomi eller projektet är likviditetskänsligt. Nyttan av kredit kan i dessa fall vara mycket stor. Ett likviditetstillskott kan vara precis vad som behövs för att fakturafordringsägaren skall överleva och fullgöra prestationen. Den kan också vara nödvändig för en vital investering.

[108] Se avsn 6.7.1, KonkL 4:12 och NJA 1973 s 635.
[109] Jag har utvecklat denna tanke i Martinson 1994–95.

Det skall dock anmärkas att omsättningen bara är ett tidigarelagt likviditetstillskott. Nyttan av en fristående kredit i dessa lägen hade varit betydligt större eftersom fakturafordringsägaren då får likviditetstillskott såväl vid kreditens utbetalande som då sekundogäldenären betalar.

En annan faktor som har betydelse för nyttan är att det inte blir pantsättarens överlevnads- eller intjänandeförmåga som får primär betydelse för kreditgivarens beslut. Istället är det pantsättarens förmåga att fullgöra till sekundogäldenären som är primär. I förhållande till sekundogäldenärens intresse kan detta förefalla positivt. Emellertid handlar problematiken här om att sekundogäldenären själv gör bedömningen att det är negativt. Problemet är ju att sekundogäldenären motsätter sig omsättning.

När det gäller den mer allmänna nyttan kan anföras argument i linje med likhetsteorin, se avsnitt 1.7.6. En kredit med säkerhet i inflytande likvider skapar olikhet mellan borgenärerna och försvårar rekonstruktion. Detta gäller i särskilt hög grad om det handlar om stora delar av en förfogares framtida fordringar, jfr nedan avsnitt 6.7.

I sammanhanget kan pekas på intresseavvägningen mellan privata och publika resurser, jfr avsn 1.7.1 ovan. Likviderna från de framtida fordringarna är i någon mening vad de övriga fordringsägarna förväntar sig betalning ur. De inflytande likviderna, eller annorlunda uttryckt förfogarens handlingsfrihet, skulle därmed kunna sägas ha, om inte publik, så i vart fall kollektiv karaktär. Denna tanke ligger i strikt mening utanför indelningen i privat-publikt och utanför gängse egendomsstruktur, men inom ramen för ett förmögenhetsrättsligt tänkande.

I de fall krediten är nödvändig för pantsättarens överlevnad påverkas nyttan av omsättningen också av att pantsättaren har riskpreferens, se avsnitt 1.7.5. Pantsättaren tenderar därför att framställa sina möjligheter som särskilt goda. Att pantsättaren enligt AvtL och BrB står under visst ansvar för sådant agerande hindrar inte alla pantsättare. Det kan inte heller antas att alla kreditgivare lyckas genomskåda pantsättarens framställningar. I någon mån förekommer därför krediter som inte bygger på tillräckligt god information och som därmed inte är nyttiga.

Effekten av nämnda agerande förstärks av att en pantsättare med riskpreferens tenderar att prioritera andra projekt än sekundogäldenärens. Det är denna effekt som ligger bakom sekundogäldenärens intresse av påverkan. Den påverkar emellertid också nyttan genom att sekundogäldenären riskerar att åta sig mer än han klarar av.

En annan sida av den nämnda riskpreferensen vid svag ekonomi är en form av självbedrägeri som uppträder i vissa fall. Likviditetskalkylerna

tenderar att bli optimistiska just för att de måste vara det.[110] Psykologiska faktorer ligger också bakom att de förskotterade likviderna tenderar att användas till gamla skulder snarare än till kommande inkomstbringande projekt. För att upprätthålla skenet måste de gamla skulderna tillgodoses. I några fall förekommer antagligen också att utgifterna tenderar att påverkas i förhållande till förekomsten av likvida medel. När det finns likvida medel är det lättare att täcka utgifter med dessa än att attackera utgifterna.

> Det kan anmärkas att det i den rättsvetenskapliga litteraturen förekommer mer allmänna uttalanden om att den kontinuerliga frigörelsen av inflytande medel är viktig. Sambandet mellan krediten och omsättningen anses betydelsefull.[111] På detta tema kan man kanske tala om vikten av att inte avvika från det normala mönstret mellan kreditgivarens bedömning och gäldenärers produktion. Särskilt gäller detta om omsättningstransaktionen omfattar stora delar av förfogarens framtida fordringar. Kalkylering av likviditetsflöden ofta är relativt komplicerat.[112] Det finns många osäkerhetsfaktorer som påverkar utfallet. Att planera för något annat än de normala mönstren ökar möjligen riskerna.

Till den negativa sidan hör också att möjligheten av omsättning kan göra fakturafordringsägaren mindre noggrann med likviditetsplaneringen. Antagligen är denna effekt dock av ganska liten betydelse. Kanske är det billigare att lägga resurser på likviditetsplanering än att betala för extern kredit i de fall en mindre kostsam planering slår fel.

Mot bakgrund av det nämnda är ett antagande att den generella nyttan av ett tidigarelagt likviditetstillskott är relativt begränsad. Det handlar här visserligen om en mängd olika förhållanden där nyttan i en del fall kan antas vara beaktansvärd. I andra fall är det dock inte alls fråga om någon reell nytta. Riskerna med upplägget kan överväga i flera fall.

5.6.7 Nyttan av förlängd kredittid vid avsaknad av reella alternativ

Argumentationen i föregående avsnitt har behandlat ny kredit i meningen tidigarelagt likviditetstillskott. I detta avsnitt behandlas faktaargument avseende gammal kredit, eller m a o nyttan av förlängd kredittid för en redan utbetald kredit.

[110] Se t ex Hedelin 1999 s 223–226, 228, 245 om psykologin i krisbeteende och viljan att undvika konkurs med alla medel.
[111] Se t ex Brækhus 1994 s 208–214.
[112] Se t ex Karlsson 1992.

Liksom för ny kredit kan förlängd kredittid vara mycket stor i just de fall som sekundogäldenärens påverkansmöjligheterna är betydelsefulla, d v s i de fall fakturafordringsägaren har svag ekonomi eller projektet är likviditetskänsligt. Nyttan av förlängd kredit är dock typiskt sett mindre än vid tidigarelagt likviditetstillskott just p g a avsaknaden av likviditetstillskott.[113] I förhållande till sekundogäldenärens intressen är detta särskilt anmärkningsvärt. Här finns inte ens en möjlighet att prestationen till sekundogäldenären underlättas av något likviditetstillskott.

Vid förlängd kredittid handlar det också om en ännu högre grad av olikhet, i likhetsteorins mening. Denna olikhet innebär större svårigheter att rekonstruera fakturafordringsägarens verksamhet. I de här fallen skulle kreditgivarens beslut att inte förlänga säkerheten nämligen ha inneburit en ur rekonstruktionssynpunkt gynnsam informationsspridning bland borgenärerna.

I övrigt kan alla de negativa faktorer som framförts avseende nyttan av ny kredit anföras även avseende nyttan av förlängd kredittid. Den generella nyttan av förlängd kredittid är därför mindre än nyttan av ny kredit.

5.6.8 Vissa skadefall är värdeladdade

I den gjorda faktaargumentationen har en rad faktorer avseende pantsättaren och dennes prestation antagits ha betydelse för avvägningen mellan sekundogäldenärens skada och pantavtalsparternas nytta. Utöver faktorer som ny eller gammal kredit och förekomst av reella alternativ har nämnts pantsättarens likviditetskänslighet, konkurrensläge, projektets tidsramar, antal kunder, övervakningsmöjligheter, projektets likviditetskänslighet och möjligheter för pantsättaren att prioritera andra projekt. I värdeargumentationen är det lätt att fästa vikt vid sekundogäldenärens skador. Ett sätt att peka på denna är med beskrivningen att dessa parters resursfördelning bör ha framför pantsättaren och panthavarens. Sekundogäldenärens betalningsprestation till just fakturafordringsägaren kan ses som ett moment i att nå det slutresultat dessa parter kommit överens om att försöka nå. Förhållandet är m a o mer ”ömsesidigt” än att parterna bara har krav på varandra.

I samma syfte går det också att hävda att det är orimligt att sekundogäldenären skall behöva lida skada för att pantsättaren p g a riskpreferens gör en felaktig bedömning. Härmed undantas dock inte nödvändigtvis de situationer då pantsättaren gör en korrekt bedömning för att

[113] Jfr t ex Brækhus 1994 s 208–214.

han har alternativ, avsn 5.6.5. Mot de fallen kan hävdas att pantsättaren då bör välja alternativen istället för att få möjlighet till ytterligare ett kreditalternativ.

Av de faktorer som lyfts fram i faktaargumentationen kan man göra antagandet att förhållandet mellan nytta och skada kan vara mer ogynnsamt i vissa branscher än i andra. Motsvarande kan hävdas i värdeargumentationen, men möjligen med något annorlunda utfall. En gemensam kategori är konsumenter i småhusentreprenader. Här är likviditetskänsligheten m m hög samtidigt som en sådan affär är central för sekundogäldenärens hela livssituation. En försenad prestation kan här påverka förhållanden som barns skolgång o s v. En kategori som kanske däremot främst är betingad av värdeaspekter omfattar förhållanden då fakturafordringsägarens prestation är ett förtroendeuppdrag. Att mot sekundogäldenärens vilja omsätta ett sådant framtida krav vore onekligen värdeladdat.

Av det nämnda följer att det också finns sekundogäldenärer med skilda egenskaper. Eftersom det antagits att starka sekundogäldenärer har vissa möjligheter att påverka skaderiskerna är det främst de svagas intressen som gör sig gällande. För de svaga gör sig istället den omvända sidan av en avtalsreglering gällande. Det kan antas att de svaga inte ens skulle reagera på ett uttryckligt villkorsförslag från fakturafordringsägaren om en rätt att omsätta. I den mån de praktiska möjligheterna att avtala sådana villkor är stora skulle ett skyddsbehov därför t o m kunna motivera en tvingande form. Vilka möjligheter de starka sekundogäldenärerna har att med avtalsvillkor påverka sina risker behandlas i avsnitt 5.9.

Det finns här också anledning att peka på utländska förhållanden. I t ex Danmark är säkerhet i ”fremtidige fordringer” godtaget genom praxis. Riskerna med denna konstruktion är dock explicit uttalade och beträffande sekundogäldenären används en princip om ”debitors negligeringsret” vid ”gensidigt bebyrdende retsforhold”. Dessa beskrivs som ”legio” och exemplifieras med fordringar p g a varuförsäljning, hyra, licens etc. För exekution är principen lagstadgad. Med stöd av negligeringsprincipen kan sekundogäldenären för det första föra förhandlingar med pantsättaren om det fordringsgrundande rättsförhållandet. Om det är nödvändigt för att skydda sekundogäldenärens intressen har han också rätt att betala till pantsättaren. Som exempel ges att pantsättaren saknar medel för varuinköp, löner, transport eller annat som är nödvändigt för att pantsättaren skall kunna prestera. Till motiveringen hör här då att panthavaren ändå inte skulle få betalt eftersom sekundogäldenären skulle ha invändningsrätt mot fordringen enligt 27 § SkbrL. I sådana fall där det kan antas att pantsättaren förlorar intresset av att prestera och i

stort sett hela betalningen skall användas för realprestationen kan sekundogäldenären helt enkelt motsätta sig pantsättning. Principen anses kunna vara problematisk att tillämpa men innebörden är alltså ett nyanserat skydd för sekundogäldenären.[114]

> I Principles of European Contract Law har man tänkt sig att framtida fordringar, ”future claims”, skall kunna omsättas på samma sätt som existerande, ”existing claims”. Pantsättningen måste dock vara konform med avtalet och den skall vara verkningslös om sekundogäldenären m h t motprestationens natur inte rimligen skall behöva fullgöra till någon annan än pantsättaren.[115]

5.6.9 Ett generellt skydd mot försämrade påverkansmöjligheter vid ömsesidiga förhållanden

I en sammanvägning av de olika argument som framförts menar jag att det finns anledning att framhålla principen om ömsesidigt förpliktigande fordringar. Såväl faktaargumentationen som värdeargumentationen understödjer en sådan princip. Det antas nämligen förekomma beaktansvärda skador för sekundogäldenären. Särskilt i de fall pantsättarens saknar reella alternativ till att ställa den framtida fordran som säkerhet.

De systemargument som anförts finns det anledning att ta ganska lätt på. Förutom de nyssnämnda argumenten för skydd beror detta på att den normativa styrkan hos dessa argument här bedöms som relativt liten. Det främsta skälet är då att det finns anledning att anta att de inte syftar till att reglera sekundogäldenärens intressen. Av betydelse är också att de systematiska grunderna för att tillmäta dem betydelse på sin höjd kan sägas vara formella. I den mån det alls finns en etablerad gemensam föreställning om ett system står och faller detta ingalunda med dessa systemargument.

Flera argument talar dock för att ett skydd för sekundogäldenären nyanseras. I såväl norm- som fakta- och värdeargumentationen kan det urskiljas argument som kan tala för en avgränsning i förhållande till vilken bransch det handlar om. Härigenom skulle man kanske kunna nå en viss identifikation av de förhållanden där pantsättarna och deras prestationer är likviditetskänsliga och kanske även av förhållanden där sekundogäldenärerna är svaga. Frågan är emellertid om inte avgränsningen i så fall lämpligen skulle anta en motsatt utgångspunkt, d v s ett generellt skydd men undantag för de fall nyttan anses överväga skadorna.

[114] Andersen/Werlauff 2000 s 278–280.
[115] Artikel 11:202, 11:301 och 11:302. www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/.

Mot bakgrund härav skulle en avvägning kunna formuleras som att förfallodagen är avgörande tidpunkt för att omsättning skall accepteras såvida inte intjänandedagen är tidigare och fordran genom intjänandet blivit definitiv, d v s ovillkorlig eller m a o tillräckligt sannolik. Undantag där sekundogäldenären får finna sig i omsättning är också särskilda fall där det är tydligt att dennes skador är små i förhållande till nyttan av omsättningen. Främst skulle det då handla om förhållanden där pantsättaren har andra alternativ att skaffa kredit.

Det skall anmärkas att den generella gränsdragningen mellan framtida fordringar och definitiva fordringar, inte är alldeles lätt att hantera och att den säkert kan förorsaka en del kostnader. Dessa skall då jämföras med alternativa gränsdragningar. Tillämpningsproblemen skall också ses mot bakgrund av att liknande gränsdragningar redan förekommer och har blivit nödvändig i förhållande till lagregler som KonkL 4:12.[116] Frågor om fordringars "uppkomst" är besvärliga, men har hittills inte inneburit att man strävat efter att undvika dem.

5.7 Ett skydd mot skador av byte av betalningsberättigad i överhypoteksfall – sekundogäldenären vill dela upp prestationen

Flera av avsnitten ovan har utgått från att sekundogäldenären skall betala hela den pantsatta fordran till panthavaren. Det skydd som har behandlats har därför avsett skydd avseende betalningen som helhet. Det finns emellertid argument som talar för sekundogäldenären skulle ha ett partiellt skydd gentemot flera av dessa skador. Skador av betalningskostnader, icke befriande betalning, försämrad ställning och försämrade påverkansmöjligheter skulle alla kunna lindras om sekundogäldenären maximalt behövde betala ett belopp som motsvarade huvudkrediten till panthavaren. En förutsättning i sammanhanget är då att den pantsatta fordran är större än huvudkrediten.

Störst effekt skulle denna typ av skydd antagligen ha avseende icke befriande betalning och försämrad ställning, d v s i de fall sekundogäldenären har vad man kan kalla invändningar som inte står sig mot panthavaren. Betalningskostnader och påverkansmöjligheter skulle däremot antagligen påverkas mera marginellt.

[116] Se bl a NJA 1989 s 185.

Det måste vara ganska ovanligt att en uppdelning av betalningen leder till lägre kostnader. Likaså är det ovanligt att en uppdelning av betalningen får någon större betydelse i påverkanshänseende. Panthavaren är ju som regel skyldig att redovisa ett överhypotek till pantsättaren. En påtaglig påverkan uppstår därför bara om panthavarens redovisning tar betydligt längre tid. Det kan då noteras att ett permanent dröjsmål kan uppstå om panthavaren förskingrar överhypoteket och hamnar på obestånd.

Särskilt stor effekt skulle den här aktuella typen av skydd ha i förhållanden där flera fordringar pantsatts för samma huvudkredit och de övriga fordringarna är tillräckligt stora för att täcka huvudkrediten. I dessa fall skulle det kunna handla om ett heltäckande skydd.

Den grundläggande frågeställningen i detta avsnitt kan dock formuleras generellt. Argumentationen är i stora delar är densamma. Det handlar då om – *i vilken mån skall sekundogäldenären ha skydd genom att inte behöva betala till panthavaren för att huvudkrediten täcks?* För tydlighets skull kan dock två aspekter formuleras som särskilda frågeställningar. En är – skall sekundogäldenären ges skydd i form av rätt att dela upp betalningen? Den andra har att göra med att de tre mer markanta typerna av skador kan beskrivas med invändningsterminologi. Frågan kan här formuleras – skall sekundogäldenären ges skydd i form av invändningsrätt mot betalning av överhypoteket?

5.7.1 Anvisnings- och ombudsnormerna

5.7.1.1 Betalningsreglerna – anvisningsrätten

Ett normargument är betalningsreglerna i SkbrL 3 §. Som nämnts i avsnitt 5.3.1 innebär dessa att betalningen skall erläggas till panthavaren. Något undantag för överhypotek nämns inte.

Utifrån SkbrL 3 § 2 st går det också att argumentera just avseende överhypoteket. Detta stycke ger pantsättaren rätt att anvisa betalningsort. Den anvisade orten är den exklusiva möjligheten för sekundogäldenären att fullgöra sin betalning.[117] Att det är panthavaren som för pantsättarens räkning mottar överhypoteket är helt i sin ordning med hänvisning till allmänna principer om ombud.

Med SkbrL 3 § 2 st följer också undantaget väsentlig olägenhet eller kostnad. Tillämpat på den här aktuella frågan skulle denna regel kunna innebära att sekundogäldenären får dela upp betalningen om anvisningen avseende överhypoteket annars medför sådan skada. Denna formule-

[117] Se ovan avsnitt 5.3.

ring förefaller träffa flera av de intressen som sekundogäldenären kan ha och undantaget skulle kanske få mer betydelse än huvudregeln.

5.7.1.2 Indrivningsuppdrag

Tanken om panthavaren som ombud för pantsättaren framförs också i doktrinen, men då utan att SkbrL 3 § nämns. Förhållandet beskrivs som att panthavaren anses ha ett indrivningsuppdrag avseende överhypoteket.[118]

Med en sådan norm blir en särskild fråga i vilken mån ett indrivningsuppdrag är återkalleligt. Pantsättarens inställning får då betydelse för sekundogäldenärens möjligheter.

> Härmed uppträder också frågan om ett avtal om pantsättning i sig innebär att panthavaren får i uppdrag att driva in överhypoteket eller om detta måste avtalas uttryckligt.[119] För sekundogäldenären skulle en utgångspunkt som innebar avsaknad av uppdrag innebära att han inte behöver följa en anvisning enligt SkbrL 3 § 2 st. När utgångspunkten är att panthavaren inte har något uppdrag kan sekundogäldenären således utgå från att pantsättaren inte menar allvar med en betalningsanvisning (i denuntiationen) till den del anvisningen avser överhypoteket. Detta gynnar sekundogäldenären i det avseendet att han inte behöver få information om pantsättarens uppfattning innan han delar upp betalningen.

Till saken hör också att om pantsättaren godtar att sekundogäldenären delar upp betalningen, så kan dessa två avtala om att sekundogäldenären istället betalar huvudfordran mot regressrätt och kvittningsrätt med sin skuld enligt den pantsatta fordran.

Även utan ett sådant avtal mellan sekundogäldenären och pantsättaren finns det i rättspraxis som kan hävdas för, om inte en rätt så i vart fall en möjlighet, för sekundogäldenären att dela upp betalningen.[120]

> I NJA 1980 s 197 menade HD[121] – ”Om inte kravet på underrättelse till gäldenären upprätthålls även vid andrahandspantsättning av enkelt skuldebrev skulle gäldenären kunna få möjlighet att med befriande verkan betala pantsatt överhypotek till pantsättaren ... ” Jfr även NJA 1986 s 217 strax nedan avsn 5.7.1.3. (I båda rättsfallen gällde argumentationen skyddet för fordringsägarna och frågan om pantsättaren varit avskuren från rådigheten

[118] Walin 1991 s 224, 230–232, utgår från att pantsättaren genom pantsättningen bemyndigar panthavaren. Lindskog 1993 s 418 talar om panthavarens indrivningsuppdrag. Håstad 1980 s 57, 65–66 konstaterar att överhypoteket är ett främmande värde hos panthavaren som panthavaren mottagit för pantsättarens räkning och att parterna kan avtala om indrivning av överhypoteket skall ske. Karlgren 1959 s 144 nämner bara kort att panthavaren otvivelaktigt är behörig att indriva en säkerhetsöverlåten fordran.

[119] Lindskog 1993 s 418 menar att detta måste avtalas särskilt. Detta synes även vara Håstads uppfattning, 1980 s 65–66.

[120] Jfr också NJA 1897 s 198 som behandlas nedan avsnitt 5.7.2 och 8.6.1.1.

[121] JustR Gyllensvärd, Hesser, Höglund, Mannerfelt och Rydin.

avseende överhypoteket. Bakom skrivningarna ligger således att det egentligen är pantsättaren som önskar att överhypoteket betalas till honom.)

Slutsatserna i domskälen ligger i linje med de doktrinuttalanden som vid den tiden gjorts i frågan om panthavarens indrivningsrätt. ”Den allmänna uppfattningen”[122] som det i ”svensk doktrin föreligger ... enighet om...”[123] ansågs då vara att sekundogäldenären kan inskränka sig till att endast betala ett belopp som motsvarar huvudfordran.[124] De uttalanden som gjorts härefter följer i princip samma linje även om man har synpunkter på bevisbördefördelningen avseende om panthavaren fått tillräckligt betalt.[125] Samtidigt påstår man dock att rättsläget är oklart avseende de problem som sammanhänger med indrivning av överhypotek.[126]

En sätt att motivera nämnda doktrinuppfattning är att om pantsättaren inte motsätter sig en uppdelning har panthavaren endast formell rätt att basera indrivningen på och att sekundogäldenären kan utsläcka den formella rätten genom att betala ett belopp som motsvarar huvudfordran.

> Det bör påpekas att sekundogäldenärens möjlighet att obstruera panthavarens indrivningsrätt genom att betala ett belopp som motsvarar huvudfordran kan hävdas vara formellt begränsad till tiden innan panthavaren fått en exekutionstitel för den pantsatta fordran.[127]

5.7.1.3 Factoringnormen

För factoring, som ju är ett av de fall då flera fordringar pantsatts för samma huvudkredit, finns ett rättsfall som kan anföras mot en rätt att dela upp betalningen. I NJA 1986 s 217 anför HD:s majoritet:[128]

> ”... om det varit möjligt att beträffande någon särskild kundfordring utröna huruvida den helt eller till viss del varit obehövlig för täckning av factorns fordran på säljaren ... får nämligen kunden anses ha ägt att med befriande verkan betala till säljaren. Factoringförhållandet är emellertid sådant att det - trots att kundfordringarna inte i sin helhet utan, som här, till 80 procent av sitt sammanlagda värde utgjort underlag för factorns säkerhet - inte varit möjligt att utröna huruvida en viss kundfordring varit helt eller delvis obehövlig för täckning av factorns fordran på säljaren. ”

[122] Lennander 1977 s 91.
[123] Håstad 1980 s 70.
[124] Undén 1923 s 166, 188. Karlgren 1959 s 145.
[125] Håstad 1980 s 76, 83. Lindskog 1993 s 416–418. Walin 1991 s 230–232.
[126] Walin 1991 s 224. Håstad 1980 s 73, 84.
[127] Håstad 1980 s 83.
[128] JustR Höglund, Vängby, Jermsten och Lind.

Som synes handlar det dock mer om ett antagande om fakta som HD gör än ett uttalande om att sekundogäldenären inte skall ha möjlighet att dela upp eller låta bli att alls betala till panthavaren för att huvudkrediten täcks. Det finns därför skäl att inte behandla fallet som ett normargument mot en rätt att dela upp eller innehålla betalningen.

Istället kan fallet faktiskt anföras som ett normargument på samma linje som ovan nämnda NJA 1980 s 197. HD utgår ju även här från att sekundogäldenären kan dela upp eller innehålla betalningen bara det går att utreda i vilken mån den pantsatta fordran behövs för att täcka huvudkrediten.

5.7.1.4 Pantsättarens bundenhet och panthavarens realisationsrätt

Ett normargument som å andra sidan talar mot att pantsättarens inställning skulle ha betydelse är att parternas avtal kan innebära att indrivningsuppdraget är oåterkalleligt. Huruvida detta är ett starkt argument beror dock på i vilken mån ett sådant villkor är giltigt mellan parterna.

I linje med nämnda norm kan anföras att pantavtalet typiskt sett ger panthavaren rätt att realisera den pantsatta fordran genom försäljning. Det finns normativt stöd för att panthavaren har rätt att sälja hela den pantsatta fordran.[129] Gentemot pantsättaren hävdas att denna rätt vanligtvis skall vara subsidiär till indrivningsrätten, se avsn 8.3.3. Vid de tillfällen så inte är fallet skulle dock viss kollision uppstå mellan en sekundogäldenärens uppdelningsrätt och panthavarens realisationsrätt. Att sekundogäldenärens här aktuella skyddsintressen skulle uppträda samtidigt som panthavarens intresse och rätt att sälja fordran förefaller dock ganska osannolikt.

> Ett annat normargument mot att pantsättarens inställning skulle ha betydelse är principen om pantens odelbarhet. Denna är dock en norm som i första hand reglerar förhållandet mellan pantsättare och panthavare och som här närmast utgör ett systemargument.[130] Odelbarheten har dessutom inte ansetts vara avgörande i doktrinen. Där har hävdats principen bör stå tillbaka i vart fall när huvudfordran är förfallen och en betalning från sekundogäldenären ger panthavaren vad som krävs för att denne skall få betalt för huvudfordran.[131]

[129] Lindskog 1993 s 492 anser att detta följer av att panthavaren har panträtt i hela fordran.
[130] Jfr avsn 2.3, 3.4 och 5.6.2.
[131] Jfr nedan avsn 5.8. Lennander 1977 s 90–91. Håstad 1980 s 85. Undén 1976 s 215. Hasselrot 1905 s 1733. Avseende finsk rätt Taxell 1949 s 152- 156. Walin 1998 s 245 menar generellt: ”Odelbarhetsprincipen är liksom specialitetsprincipen endast en term för en grov sammanfattning av vad man tror gälla i vissa avseenden och kan inte användas som utgångspunkt för några bindande slutsatser.”

5.7.1.5 Förtidsbetalningsregler

Ytterligare normargument mot en uppdelningsrätt finns för de fall den pantsatta fordran förfaller till betalning innan huvudkrediten. Dessa kan särskilt hävdas i mot lösningen att sekundogäldenären kommer överens med pantsättaren om att betala huvudkrediten mot regressrätt och kvittningsrätt med sin skuld enligt den pantsatta fordran. Betalning av huvudkrediten redan då den pantsatta fordran förfaller innebär förtida betalning. Panthavaren är emellertid i likhet med andra borgenärer som regel inte skyldig att ta betalt för huvudfordran i förskott. Visserligen finns undantag härifrån i t ex KkredL 20 § och UB 8:11, men dessa avser formellt andra förhållanden.

5.7.1.6 Panthavarens bundenhet

Det finns också särskilda normargument för de fall att panthavaren godtar en uppdelning av betalningen medan pantsättaren inte gör det. Om panthavaren enligt pantavtalet är skyldig att motta hela betalningen kan det hävdas att panthavarens godkännande av en uppdelning inte skall ha någon verkan mot sekundogäldenären.

Panthavarens intresse av att godta betalning av endast huvudfordran kan vara ganska betydande. Genom ett sådant godkännande kan sekundogäldenärens betalningsvilja avseende huvudkreditbeloppet öka betydligt.

> Det är dock möjligt att ett pantsättaren inte kan kräva att sekundogäldenären förpliktigas att betala och att panthavaren förpliktigas att motta betalningen. Istället måste kanske pantsättaren kräva var och en av sina motparter på sanktioner, som skadestånd. Panthavaren har i så fall en faktisk möjlighet att låta sekundogäldenären dela upp betalningen.

Å andra sidan finns det ett visst utrymme för att sekundogäldenären förvärvar huvudkrediten från panthavaren. Som regel kan sekundogäldenären nämligen kvitta med pantsättaren. Undantag görs dock om pantsättaren går i konkurs, KonkL 5:16. Eftersom just obestånd för pantsättaren är en av huvudriskerna som sekundogäldenären vill skydda sig emot är detta ett betydande undantag.

5.7.2 Invändningsnormer

Ett normargument som främst kan hävdas när sekundogäldenärens intressen består i försämrad ställning eller att han gjort en icke befriande betalning är SkbrL 27 §, 28 § och 29 §. Sekundogäldenären kan då sägas göra invändning mot betalning av överhypoteket. Förhållandet kan

också beskrivas som att pantsättningen endast innebär en omsättning till den del som motsvarar huvudkreditbeloppet.[132]

Mot en sådan norm kan å andra sidan anföras att SkbrL inte alls tar upp frågan. Istället kan hävdas att lagen snarare talar för motsatt ordning. Vad som stadgas om överlåtelse skall enligt 10 § också gälla pantsättning.

Härutöver finns ett normargument från tiden före SkbrL. I NJA 1897 s 198 fall förpliktigade HD:s majoritet[133] sekundogäldenären att betala hela den pantsatta fordrans belopp till panthavaren. I doktrinen har man emellertid varit försiktig med att anföra fallet som argument mot en uppdelningsrätt eftersom frågan som torde ha intresserat vid den tiden, i avsaknad av SkbrL, var sekundogäldenärens invändningsrätt över huvud taget.[134] Majoriteten behandlar inte alls frågan om överhypoteket. Det gör däremot RevSekr och ett av justitieråden med avvikande mening.[135] Hur som helst är fallet gammalt.

5.7.3 Depositionsnormer

Vidare finns det normer om deposition som kan anföras i sammanhanget. I doktrin hävdas således att pantsättaren inte skall få deponera hela beloppet enbart av den anledningen att han inte vet storleken på panthavarens huvudfordran.[136] Framför allt handlar det dock om argument för förhållanden där huvudkrediten är villkorad eller inte tillräckligt bestämd. Så kan vara fallet då huvudkrediten löper med rörlig ränta eller består av framtida kredit som ännu inte är bestämd, något som är vanligt p g a förekomsten av generalpantvillkor.

> Angående generalpant kan anmärkas att det ingalunda är alla sådana förhållanden som innebär att huvudkrediten behöver betraktas som obestämd. Om panthavaren har reell möjlighet att förhindra att huvudkrediten ökar kan huvudkrediten beräknas till det belopp som den uppgår till vid den tidpunkt då sekundogäldenärens gör sina intressen gällande.[137] I de fall panthavaren kan förhindra att det alls uppkommer någon huvudkredit kan denna således beräknas till noll kr.[138]

Ett annat förhållande där deposition kan aktualiseras är då flera fordringar pantsatts för samma huvudkredit, såsom vid factoring. Det kan

[132] Lindskog 1993 s 490–492. SvJT 1924 ref s 44.
[133] JustR Claëson, Hernmarck, Hammarskjöld och Glimstedt.
[134] Walin 1991 s 228 not 5, 1998 s 235 not 5. Håstad 1980 s 68, 73, jfr 1996 s 305.
[135] RevSekr Åkerman, JustR Carlson.
[136] Karlgren 1959 s 145–146 hävdar detta utan att utveckla saken.
[137] Jfr Håstad 1980 s 86–87. Se även avsnitt 8.8.2.
[138] Jfr Lindskog 1993 s 494.

också handla om förhållanden där panthavaren godtar att sekundogäldenären delar upp betalningen medan pantsättaren motsätter sig detta. För dessa fall saknas dock tydliga normargument. Vad som finns är normargument för villkorade fordringar. Det anges t ex att medel får avsättas i avvaktan på resultatet, se UB 13:7 om realisation efter utmätning av redan pantsatt egendom. En sådan princip skulle för sekundogäldenären innebära en möjlighet att deponera hela betalningen i avvaktan på att panthavarens fordran blir fastställd till beloppet och sekundogäldenärens invändningsrätt erkänns av pantsättaren eller domstol. Eftersom NedsL inte innehåller någon formulering om depositionsrätt i denna typ av fall där det är fordrans storlek som är oklar och inte vem som är berättigad, oklar är det normativa stödet dock svagt. Särskilt som den nämnda normen härstammar från den processuellt inriktade regleringen i UB.

Av betydelse är emellertid också just NedsL:s regler och då om deposition efter anmälan om bättre rätt.[139] Denna kan utnyttjas av sekundogäldenären på så vis att han vid betalning till panthavaren anmäler bättre rätt till överhypoteket. Detta medför att panthavaren inte kan redovisa överhypoteket med befriande verkan till pantsättaren och att han därför får deponera beloppet.

> En anmälan om bättre rätt kan också ge skydd mot att panthavaren utnyttjar redovisningsskulden för kvittning. Om sekundogäldenären anmäler bättre rätt innan betalningen får panthavaren aldrig någon kvittningsposition eftersom han förvärvar motfordran (redovisningsskulden i form av överhypoteket) i ond tro om sekundogäldenärens rätt.

Det finns i doktrinen också argument som talar för att deposition inte skulle vara nödvändigt bara för att fordran är obestämd. Enligt dessa kan sekundogäldenären betala ett belopp som motsvarar huvudfordran eller vad huvudfordran maximalt kan beräknas uppgå till.[140]

För de fall överhypoteket är okalkylerbart på ett sådant sätt att inte ens ett maximalt belopp för panthavarens krav kan beräknas finns vidare uppfattningen att panthavaren skall kunna driva in hela betalningen.[141] Depositionsmöjligheten anses då inte stå öppen.[142] Det anses inte heller möjligt med förtidsbetalning.[143]

[139] Lindskog 1993 s 492.
[140] Jfr nedan avsn 5.8.
[141] Håstad 1980 s 83.
[142] Håstad 1980 s 82, 75–76.
[143] Lindskog 1993 s 491.

5.7.4 Sekundogäldenärens skador

I faktaargumentationen skall först utvecklas det tema som inledningsvis nämnts om sekundogäldenärens skador. Det kan då antas att effekterna av en uppdelningsrätt skulle ha ganska liten skyddseffekt beträffande skador i form av betalningskostnader och försämrade påverkansmöjligheter. En uppdelning av betalningen leder vanligtvis till högre betalningskostnader och den påverkan som en direktbetalning av överhypoteket till pantsättaren kan ha är typiskt sett liten. När det verkligen finns ett överhypotek kan det nämligen antas att panthavaren vanligtvis redovisar överhypoteket utan tidsutdräkt. Pantsättarens förhållanden påverkas därför knappast i någon större mån av om sekundogäldenären kan betala överhypoteket direkt. Särskilt gäller detta om sekundogäldenären ges det skydd som ovan, i avsn 5.6, skissats för fall där påverkansmöjligheten är betydelsefull. Härmed är det dock inte uteslutet att det i speciella fall kan handla om betydande effekter. Avser överhypoteket ett betydande belopp samtidigt som riskerna för att panthavaren förskingrar överhypoteket och hamnar på obestånd, kan sekundogäldenären lida betydande skada i form av förlorad påverkansmöjlighet. Motsvarande skada kan också uppstå om panthavaren kvittar överhypoteket med en annan oprioriterad fordran.[144]

Generellt är sekundogäldenärens skador antagligen större när det handlar om icke befriande betalning och försämrad ställning, d v s i de fall sekundogäldenären har vad man kan kalla invändningar som inte står sig mot panthavaren. För de typiska skadorna krävs visserligen i princip att pantsättaren hamnat på obestånd, men effekten är då att pantsättaren förlorar överhypoteket. Sådan förlust kan också uppträda om panthavaren förskingrar överhypoteket och hamnar på obestånd. Härutöver uppstår regelmässigt också skadan av att behöva betala ut likvida medel. Även om de alltså efter panthavarens redovisning betalas ut av pantsättaren utgör detta en skada. Den blir mer beaktansvärd om sekundogäldenären själv måste skaffa kredit för att kunna betala överhypoteket.

Sammanfattningsvis kan det alltså antas att det handlar om relativt ovanliga skador som dock kan bli betydande under vissa omständigheter. För att skadorna av ökade betalningskostnader och försämrade påverkansmöjligheter skall bli betydande krävs mycket speciella omständigheter.

[144] Huruvida panthavaren skall ha kvittningsrätt och kunna kvitta mot pantsättarens vilja, se avsn 8.7.

5.7.5 Pantavtalsparternas allmänna besvär av att sekundogäldenärens intressen tillgodoses

De i föregående avsnitt nämnda skadorna skall då ställas i relation till de kostnader som panthavare och pantsättare drabbas av om sekundogäldenärens intressen tillgodoses.

För dessa innebär en uppdelning ett administrativt besvär med kostnader för att ge sekundogäldenären information om överhypotekets storlek. Detta besvär drabbar inte bara de fall då sekundogäldenärens intressen skulle kunna tillgodoses utan även de fall då något överhypotek inte finns.

> Såsom denuntiationer idag ofta utformas drabbar nämnda besvär även överlåtelsetransaktioner. Det är i praktiken nämligen vanligt att denuntiationen till sekundogäldenären anger att det skett en överlåtelse trots att det bara är fråga om pantsättning. I den mån sekundogäldenären känner till denna praxis får sekundogäldenären ett incitament till att begära information, alternativt vid betalningen anmäla bättre rätt, även vid överlåtelser.

Vidare får pantsättare och panthavare kostnader för att indrivningen blir mindre effektiv. Om uppdelning tillåts kan det i värsta fall t ex bli fråga om två indrivningsomgångar istället för en. Detta drabbar i första hand pantsättaren och är ett argument mot att låta panthavarens samtycke till uppdelning ha betydelse. Indrivningen kan också besväras av att förhållandena måste styrkas inför verkställande myndigheter.

Till saken hör också att en uppdelningsrätt skulle kunna utnyttjas av sekundogäldenärer som bara har syftet att skaffa sig kredit. Det förefaller ju kunna bli fråga om en viss tidsutdräkt innan pantsättaren s a s får överhypoteksdelen av fordran i retur och kan reagera. Sådana tendenser kan dock undvikas i de fall panthavaren avstår från att hävda sin panträtt och istället driver in fordran för pantsättarens räkning vid sidan av pantavtalet. Då kommer sekundogäldenären inte undan om han inte kan prestera invändningar som håller mot pantsättaren. Ett annat sätt att undvika nämnda tendenser är att begränsa ett skydd för sekundogäldenären till en möjlighet att efter betalning till panthavaren anmäla bättre rätt. En depositionslösning innebär emellertid också kostnader, se nedan avsn 5.7.6.

Andra besvär uppstår om sekundogäldenären får olika uppgifter om huvudfordrans storlek från panthavare och pantsättare. Det kan då blir fråga om upprepad kommunikation och dröjsmål.

En ytterligare olägenhet är att pantavtalsparterna inte hamnar i en position där de kan utnyttja överhypoteket för kvittning med varandra. I

första hand är det givetvis panthavaren som har ett sådant intresse, men även pantsättaren kan ibland ha nytta av en kvittning.[145]

5.7.6 Särskilda besvär då huvudkrediten är obestämd

För de fall huvudkrediten är obestämd får pantavtalsparterna särskilda besvär.

Om sekundogäldenären ges möjlighet att förtidsbetala ett belopp som motsvarar huvudkrediten måste detta belopp uppskattas på något sätt. Så är fallet även om det handlar om ett högsta belopp som huvudkrediten kan tänkas komma att uppgå till. Dessa beräkningar är i sig ett besvär. Ges sekundogäldenären en mer långtgående rätt att förtidsbetala, såsom i KkredL, kan utfallet leda till ett sämre resultat än vad utfallet skulle blivit om huvudkrediten löpt tiden ut. Avvikelser drabbar antingen pantsättaren eller panthavaren.

När det gäller depositionslösningar har det antagits att en depositionsmöjlighet för sekundogäldenären skulle vara mycket besvärande för det praktiska rättslivet.[146] Förfarandet är ganska omständligt och kostsamt jämfört med ordinär betalning. Visserligen kan ersättning för kostnaderna krävas från den som slutligen förlorar tvisten om överhypoteket, men hanteringen är förenad med besvär. Just detta besvär synes större om det är panthavaren som deponerar än om sekundogäldenären gör det.

På grund av det nämnda besväret med deposition kan också andra besvärande effekter uppstå av att sekundogäldenärens intressen tillgodoses. Deposition skulle företrädelsevis bli aktuellt när huvudkrediten är obestämd. Om sekundogäldenären kan undgå dessa besvär när huvudkrediten blivit bestämd får denne ett incitament att dröja med betalningen av den pantsatta fordran tills huvudfordran bestämts. Dröjsmålsräntor o likn sanktioner är inte nödvändigtvis tillräckligt kraftiga för att förhindra ett sådant agerande. Å andra sidan skulle syftet med agerandet givetvis helt förtas av en regel om att sekundogäldenären inte får skydd i de fall han dröjer.

Det sagda gäller naturligtvis i ännu högre grad om ingen lösning alls erbjuds för fallen med obestämd huvudkredit samtidigt som en rättsligt sanktionerad eller åtminstone faktisk möjlighet att endast betala huvudkrediten erbjuds när huvudkrediten är bestämd.

[145] Huruvida panthavaren skall ha kvittningsrätt och kunna kvitta mot pantsättarens vilja, se som nämnts avsn 8.7.
[146] Håstad 1980 s 76.

5.7.7 Särskilda besvär då flera fordringar pantsatts

I de fall flera fordringar pantsatts för samma huvudkredit kan hela den pantsatta fordran komma att utgöra överhypotek. Som nämnts kan ett skydd för sekundogäldenären då ha särskilt stor effekt. Sekundogäldenären kan slippa att alls betala något.

Mot detta skall dock ställas att pantavtalsparternas besvär kan antas bli större i vissa avseenden. Incitamentet att dröja med betalning blir särskilt stort. För sekundogäldenären handlar det om att vänta så länge som möjligt så att övriga sekundogäldenärer hinner täcka huvudkrediten med sina betalningar. Som nämnts i föregående avsnitt skulle detta incitament dock helt försvinna med en regel om att sekundogäldenärens intressen inte tillgodoses om han dröjer.

Ett annat besvär för pantavtalsparterna blir att hantera information. I de här aktuella fallen kan det handla om en mängd förfallodagar och gjorda betalningar som sekundogäldenären och verkställande myndigheter vill ha kännedom om. Det skall dock anmärkas att besvären inte behöver vara överdrivet stora om fordringar och betalningar ändå administreras med datorstöd.

Vid factoring skulle en rätt för sekundogäldenären att inte betala innebära att panthavaren skulle behöva avstå från säkerhet. Det föreligger nämligen i princip inte några möjligheter att utröna huruvida en viss pantsatt fordran krävs för att täcka huvudkrediten, se ovan avsn 5.7.1.3 om NJA 1986 s 217. Eftersom factoring är ett löpande förhållande blir huvudkrediten inte slutbetald av de andra pantsatta fordringarna. För att sekundogäldenärens intressen skall kunna tillgodoses så länge factoringförhållandet löper krävs därför att panthavaren blir efterställd sekundogäldenärens rätt. För panthavaren behöver en sådan ordning inte nödvändigtvis innebära någon avsevärd olägenhet, men det kan antas att besvären blir beaktansvärda.

> Låt t ex säga att sekundogäldenärens rätt relateras till huvudkreditens storlek och de fordringar som var pantsatta vid den tidpunkt då sekundogäldenären gör sitt intresse gällande. Om betalningarna från de övriga fordringarna visar sig täcka det belopp som huvudkrediten då uppgick till skulle sekundogäldenären slippa betala till panthavaren. En sådan ordning innebär visserligen att panthavarens risk ökar eftersom denne då inte kan ta sekundogäldenärens fordran i anspråk för den nyare huvudkreditdelen, men denna risk kan vara ganska obetydlig. Är förhållandena sådana att panthavaren med visst intervall gör avstämningar och redovisar överhypotek till pantsättaren gör panthavaren ändå en form av säkerhetsavståenden. Kan det vid en sådan avstämning konstateras att sekundogäldenärens betalning inte behövs skulle sekundogäldenären slippa att betala till panthavaren.
>
> Däremot kan antagligen panthavarens besvär av ovan nämnda dröjsmålsincitament och informationshantering bli betydande. En risk är också att en del sekundogäldenärer som bara har intresse av att dröja med betal-

ningen tar tillfället i akt så fort de råkar hamna i ett factoringupplägg. Incitamentet är särskilt stort eftersom det här ofta skulle handla om hela fordran. Sådana tendenser kan dock begränsas, jfr ovan avsn 5.7.5.

Om det blir fråga om att flera sekundogäldenärer invänder mot att betala till panthavaren kan problem också uppstå avseende vilken fordran som skall anses höra till överhypoteket. Att hantera sådana problem förefaller besvärligt även om de går att lösa med en dividendprincip.

Å andra sidan är sekundogäldenärens intressen som starkast då pantsättaren är på obestånd och ett skydd för sekundgäldenären i de fallen är antagligen inte förenat med alltför stora besvär. Factoringförhållandet avvecklas då och det går att fastställa i vilken mån de övriga pantsatta fordringarna täcker huvudkrediten.

5.7.8 Behövs det verkligen ett skydd?

Av värdeargumenten är det tydligaste argumentet antagligen att det är orimligt att förpliktiga någon att betala när risken är hög att denne själv inte får sin rätt.[147] Sådan är situatione n när sekundogäldenären har invändningsrätt samtidigt som sannolikheten är hög att pantsättaren inte kommer att kunna redovisa överhypoteket till sekundogäldenären. En jämförelse med värdegrunderna för stoppningsrätten vid köp ligger inte långt borta.[148] Värdeargumentet har dock endast bärighet för just de nämnda omständligheterna när sekundogäldenären inte kommer att få sin rätt.

Det ligger också en viss värdeladdning mot att sekundogäldenären skall behöva betala ett belopp som han inte är skyldig. Ett belopp som ändå bara kommer att returneras efter att ha passerat panthavare och pantsättare.

I övrigt talar värdeargumenten dock mest emot ett skydd för sekundogäldenären.

Ett sådant argument är att sekundogäldenären redan i övrigt har ett skydd som är väl avvägt, t ex genom möjligheten att betala med befriande verkan så länge god tro anses föreligga. I de fall sekundogäldenären haft en reell valmöjlighet och ändå förvärvat sin invändning i klar vetskap om pantsättningen kan man t o m tala om att sekundogäldenären inte alls är skyddsvärd.[149]

[147] Jfr Walin 1991 s 227, 1998 s 234 angående pantsättarens skydd -"Det är inte rimligt, att en pantsättare skall vara nödgad att med öppna ögon se någon av dessa risker aktualiseras utan att kunna ingripa. Hans rätt till överhypoteket bör kunna tas tillvara på lämpligt sätt, …". Lindskog 1993 s 491 – "Enligt min mening är [sekundogäldenärens] intresse av att kvitta väl värt rättsordningens omsorg …"

[148] Jfr Johansson 2001 s 94.

[149] Lindskog 1993 s 491 menar att detta är ointressant.

I doktrinen ges också uttryck för uppfattningen att sekundogäldenärens intresse inte är beaktansvärt eftersom parterna lika gärna kunde ha avtalat om pant i fordran för ett så högt belopp att det inte finns något överhypotek.[150]

> Detta argument menar jag dock inte är särskilt starkt. Om parterna väljer att pantsätta fordran så att det finns ett överhypotek så har ju parterna vissa fördelar av detta. Därmed bör inte nackdelarna som hör ihop med den form man valt kunna förklaras bort med att man slipper de nackdelarna för att sådana inte föreligger i ett annat, i och för sig närliggande, fall. Om m a o någon tar en risk skall han därmed inte också behöva stå andra risker, utan varje risk skall fördelas självständigt. Ett annat sätt att uttrycka detta är att –"Varje ekonomiskt intresse bör ges största möjliga skydd så länge inte något annat, högre prioriterat ekonomiskt intresse får stå tillbaka."[151]
>
> På motsvarande sätt förhåller det sig med argumentet att om avtalet är en överlåtelse så finns det inget överhypotek. Ett sådant argument skulle kunna vara aktuellt vid inte minst en del varianter av factoring. Som angivits i avsn 4.3 menar jag dock att denna typ av klassificeringsargument inte är särskilt starka.

I linje med några av faktaargumenten kan man kanske också tala om en värdeladdning i försämrad betalningsmoral eller betalningsdisciplin. Om sekundogäldenären ges möjlighet att invända mot panthavaren för att istället få saken överförd till pantsättaren kan detta ses som ett steg mot minskad styrka i betalningsanmaningens funktion som befallning.

Ett ytterligare värdeargument är integritetsintresset. Det kan för panthavare och framför allt pantsättare vara känsligt att behöva uppge hur stor huvudkrediten är. Mot ett sådant argument kan dock anföras att pantsättaren avslöjat sekundogäldenärens skuld för panthavaren och kanske även för andra spekulanter.

Mot bakgrund av de värdeargument som här framhållits är det egentligen inget som särskilt starkt talar för ett skydd för sekundogäldenären. I vart fall talar värdeargumenten inte för ett generellt skydd.

5.7.9 Inget generellt skydd i överhypoteksfall

I en sammanvägning av de olika argument som framförts finns det anledning att fästa vikt vid att sekundogäldenärens skador inte är särskilt beaktansvärda annat än i vissa fall. Såväl fakta- som värdeargumenten talar mot att på här aktuellt sätt tillvarata sekundogäldenärens intressen av påverkansmöjlighet kostnader för betalning. De talar inte heller starkt för att på detta sätt tillvarata intressena av invändningar om icke befri-

[150] Håstad 1980 s 74.
[151] Lindskog 1993 s 491.

ande betalning och försämrad ställning. I de senare fallen kan det dock finnas fall där dessa intressen är beaktansvärda.

Bland normargumenten är det svårt att bortse från att sekundogäldenären och pantsättaren anses kunna göra upp om att sekundogäldenären utsläcker panthavarens rätt genom att betala huvudkrediten och sedan ha rätt att kvitta med pantsättaren. Denna möjlighet kan dock med normargument hävdas främst när pantsättaren samtycker och huvudkrediten är förfallen eller annars betalbar.

För övriga fall är det främst normen om anmälan om bättre rätt och deposition som gör sig gällande. När sekundogäldenären menar att han har bättre rätt till överhypoteket får han således begära att panthavaren deponerar överhypoteket. Med en sådan lösning kan det antas att sekundogäldenärens incitament att alls agera begränsas till fall då han verkligen har ett beaktansvärt intresse och förutsättningar att vinna en talan mot pantsättaren. Härmed begränsas de problem med indrivningen som skissat ovan. Depositionslösningen bör därför omfatta även de fall då förhållandena är sådana att det är klart hur stort överhypoteket kommer att vara. En annan sak är att de inblandade parterna då har särskilt stor anledning att komma överens om en annan lösning.

Depositionsmöjligheten bör också stå öppen vid factoring. Detta dock endast om factoringavtalet avvecklas och det därigenom blir klarlagt att sekundogäldenärens betalning inte behövs för att täcka panthavarens huvudkredit.

Så långt sekundogäldenärens intressen av att dela upp betalningen. Till sammanhanget hör emellertid också att detta intresse kan sammanfalla med pantsättarens intresse att behöva vilja förhindra en betalning av överhypoteket till panthavaren. I den mån pantsättaren ges ett skydd för detta intresse kan sekundogäldenärens skydd indirekt vara större än vad som här föreslagits. Frågan belyses i nästa avsnitt och i avsnitt 8.6.1. Utgångspunkten i nästa avsnitt är dock sekundgäldenärens intresse av att slippa dela upp betalningen trots pantsättarens önskemål.

5.8 Rättighetsdelningen – sekundogäldenären vill inte dela upp prestationen

En pantsättning eller annat ställande av säkerhet i en fordran kan med en beskrivning sägas innebära en delning av de rättigheter som ingår i fordringsrätten, jfr ovan avsn 4.5.1.[152] För sekundogäldenären innebär

[152] Lindskog 1993 s 411 använder termen rättighetsklyvning.

detta att han får två motparter som var och en har olika rättigheter mot honom. Just denna uppdelning kan medföra olika kostnader och risker för sekundogäldenären.

En anledning till sådana skador kan vara att pantavtalsparterna kräver att sekundogäldenären skall dela upp betalningen. Sekundogäldenären skulle då få ökade kostnader eftersom två betalningstransaktioner kostar mer än en. Samtidigt ökar riskerna för felbetalning. Detta gäller särskilt om pantavtalsparterna är oeniga. Parternas incitament till att kräva en uppdelning kan vara ganska stort. Framför allt märks pantsättarens intresse av att förhindra att panthavaren får överhypoteket när pantsättaren förlorat förtroendet för panthavaren och dennes ambitioner att redovisa överhypoteket.

Sekundogäldenären får också besvär om pantsättaren löser panten eller pantavtalsparterna av annan anledning enas om att sekundogäldenären skall betala till pantsättaren. I dessa fall får sekundogäldenären hantera ytterligare en betalningsändring och risken för felbetalning kan öka.

Sekundogäldenärens intressen är här således de motsatta jämfört med avsnitt 5.7 ovan. I det avsnittet har sekundogäldenären intresse av att dela upp betalningen. Här handlar det om att slippa uppdelning och andra ändringar.

Frågan för detta avsnitt kan formuleras – vilket skydd skall sekundogäldenären ha mot pantavtalsparternas rättighetsfördelning? Med de nyss gjorda skadebeskrivningarna antyds att det främst är parternas dispositioner avseende sekundogäldenärens betalningsprestation som behandlas.

5.8.1 SkbrL 3 § 2 st

Som ett inledande normargument kan anföras SkbrL 3 § 2 st. Denna regel kan framför allt anföras som stöd för att panthavaren skall ha möjlighet att anvisa betalning till pantsättaren efter att denne betalat huvudkrediten och löst panten. Den kan också anföras som ett stöd för att pantavtalsparterna skall kunna anvisa en uppdelning. Regeln ger ju uttryck för att borgenären styr över betalningsprestationen.

Mot det senare kan dock hävdas att regeln inte alls antyder något om en uppdelning. Tvärt om används formuleringen anvisa annan betalningsort, där ort anges i singularis. Regeln kan också rent av hävdas ge också uttryck för att en uppdelning inte alls skall godtas. En uppdelning kan medföra sådan väsentlig olägenhet eller kostnad för betalningsprestationen som sekundogäldenären enligt regeln har skydd emot, jfr ovan

avsn 5.3.1. Detsamma skulle kunna anföras beträffande att betalningen omdirigeras till pantsättaren för att pantsättaren löst panten.

Huruvida en uppdelning i de allra enklaste fallen skall motiveras med formuleringen väsentlig olägenhet eller kostnad är dock inte självklart. Om pantavtalsparterna är eniga och har försett sekundogäldenären med lätthanterlig information samtidigt som sekundogäldenären kan genomföra uppdelningen bara genom att ange två olika gironummer, är det svårt att hävda några väsentliga olägenheter eller kostnader. Handlar det däremot om professionella förhållanden och ett stort antal transaktioner kan det bli kostnader och olägenheter. Likaså kan det bli besvärligt om parterna är oeniga. Detta tema om sekundogäldenärens skador skall utvecklas i faktaargumentationen.

I sammanhanget kan också hävdas vad som skulle kunna kallas en allmän princip om att två subjekt genom sitt avtal inte kan förpliktiga en tredje man, en tredjemansavtalsprincip.[153] Här handlar det om att parterna vill åstadkomma en direkt förpliktelse för sekundogäldenären och principen talar därför för att sekundogäldenären skyddas.

5.8.2 En helhetsprincip?

Mot en skyldighet att dela upp betalningen kan också anföras att det på flera håll uttalats att sekundogäldenären som regel har möjlighet att med befriande verkan betala hela den pantsatta fordran till panthavaren. Det talas om en övervägande uppfattning i nordisk doktrin.[154] Sekundogäldenären kan med stöd härav betala till panthavaren så länge ingen av pantavtalsparterna uttryckt något särskilt angående betalningen, annat än att panthavaren förvärvat panträtt.

Till sammanhanget hör SkbrL 30 § jämfört med 10 §. Denna regel om befriande betalning anger inget undantag för överhypotek och kan på så vis hävdas som stöd för att sekundogäldenären kan betala hela beloppet till panthavaren. Detta är dock ingen självklar slutsats. [155] Det kan istället hävdas att den ogiltighetsterm som används i regeln också omfattar den omständigheten att pantsättaren har den rätt han har till överhypoteket. Om sekundogäldenären försätts i ond tro om att det

[153] Grönfors/Dotevall 1995 s 56. Mellqvist/Persson 2001 s 26–27. Jfr Adlercreutz 1995a s 135–138.
[154] Enligt HD (Erik Nyman, Broomé, Gad, Lind och Beckman) i NJA 1985 s 121; 134. Lennander 1977 s 91–93. Håstad 1980 s 70, 78, 83. Rodhe 1956 s 156. Jfr Walin 1998 s 233–239. Lindskog 1993 s 415–418.
[155] Jfr Håstad 1980 s 67.

existerar ett överhypotek skulle någon betalning med befriande verkan därför inte kunna ske.

Emot den nämnda normen har en helt motsatt uppfattning hävdats för åtminstone de fall pantavtalsparterna inte är överens om att sekundogäldenären skall betala hela fordran till panthavaren. Det hävdas att sekundogäldenären skall uppgift om huvudkreditens belopp från panthavaren och kontrollera denna uppgift med pantsättaren.[156] Dessa skyldigheter anges som en följd av en samtidigt uppställd norm om att panthavaren inte utan särskilt bemyndigande kan kräva mer än huvudkreditens belopp. Således innebär denna argumentationslinje ett tydligt ställningstagande för en uppdelningsskyldighet. Sekundogäldenären skyddas inte mot rättighetsdelningen utan får tvärt om t o m bära kostnaderna för att utreda förhållandena.

Till saken hör vidare olika normargument om en generell skyldighet att dela upp betalningen eller m a o om en borgenär kan överlåta delar av en fordran till olika förvärvare? I dessa fall är avtalsparterna överens om en uppdelning vilket gör normargumenten intressanta för de fall pantavtalsparterna är överens. Emellertid finns det normargument både för och emot. Det finns således normargument som talar för en generell skyldighet att dela upp betalningen.[157] Å andra sidan finns normargument för en helt motsatt princip. En uppdelning anses med dessa inte möjlig eftersom en sådan försämrar sekundogäldenärens ställning.[158]

> En annan sak är att uppdelningar förefaller ha förekommit i praktiken utan att sekundogäldenären invänt mot detta.[159] En utbrett sådan praxis skulle möjligen utvecklas till en sedvana och beaktas därefter, men ett sådant förfarande är knappast vedertaget. Däremot förekommer det att vissa fordringsavtal är sådana att en uppdelning är förutsatt, så t ex fordran på banktillgodohavanden.

5.8.3 Delningsskyldighet i spärrmeddelandefall?

Det finns också normargument som talar för en uppdelningsskyldighet i vissa fall. De argument det handlar om avser i vart fall närmast att till-

[156] Walin 1991 s 232, 1998 s 238.

[157] Håstad 1980 s 65 skriver att saken inte synes diskuterad i svensk rätt men att Ussing avseende dansk rätt antagit en delningsskyldighet om gäldenären inte utsätts för alltför stora bördor och borgenärerna har ett rimligt intresse av delning. Håstad utgår själv från att detta ”är riktigt”. Ussing 1961 s 235–236. En annan som utgår från en sådan uppdelningsskyldighet är Walin 1998 s 188.

[158] Tiberg 1996 s 33. Mellqvist/Persson 2001 s 66.

[159] Se t ex NJA 1980 s 197 där det talas om pantsättning av del av fordran och sedan pantsättning av en del av delen, vilket bekräftas av denuntiationshandlingen i HD:s aktmaterial. Se nedan avsn 6.2.5.2.

varata pantsättarens intressen då denne förlorat förtroendet för panthavaren och dennes ambitioner att redovisa överhypoteket. Huruvida pantsättaren bör ha ett skydd i dessa situationer behandlas i avsnitt 8.6.1. Här behandlas frågan om vilket skydd sekundogäldenären bör ha mot en uppdelning i de fall pantsättarens intressen gör sig gällande.

Normargumenten för att sekundogäldenären får finna sig att dela upp betalningen återfinns i doktrinen. Enligt denna argumentation bör pantsättaren ha vad som kallas en spärrmeddelanderätt.[160] Pantsättaren bör m a o kunna skicka ett meddelande till sekundogäldenären där möjligheten att betala överhypoteket till panthavaren spärras. Samtidigt hävdas att sekundogäldenären skall vara skyldig att följa den information han i ett sådant läge får från de båda pantavtalsparterna. I den mån de ger olika uppgifter skall sekundogäldenären deponera mellanskillnaden.[161]

I doktrinen har också anförts att pantsättaren har möjlighet att utnyttja kvarstadsinstitutet i de aktuella fallen, jfr RB 15:2.[162] Härmed hävdas dock inte nödvändigtvis att sekundogäldenären skulle vara skyldig att dela upp betalningen eftersom betalningen i sin helhet skulle kunna göras till KFM. Fördelningen mellan pantsättare och panthavare kan då skötas av KFM.

5.8.4 Skadorna är beaktansvärda när delningsintresset är starkast

5.8.4.1 Skadorna av lösen små

Sekundogäldenärens skador av att inrätta sig efter att pantsättaren löst den pantsatta fordran är relativt små. Att motta en ny denuntiation från panthavaren innebär visserligen en hanteringskostnad och likaså kan risken för icke befriande betalning öka, men det handlar antagligen om ganska ovanliga skador och därför en liten belastning på sekundogäldenären. Att åstadkomma en lösen och meddela sekundogäldenären är ju förenat med kostnader även för pantavtalsparterna.

5.8.4.2 Små skador om pantavtalsparterna är eniga

Detsamma gäller som nämnts besvären av att i enstaka fall dela upp betalningen om pantavtalsparterna är eniga och har försett sekundo-

[160] Walin 1991 s 228, 1998 s 234.
[161] Walin 1991 s 224–228, 1998 s 230–235.
[162] Walin 1991 s 227, 1998 s 235.

gäldenären med lätthanterlig information samtidigt som sekundogäldenären kan genomföra uppdelningen bara genom att ange två olika gironummer.

Parterna kan också vara eniga om en uppdelning när överhypoteket har ett särskilt värde för pantsättaren. Pantsättaren kan t ex vilja utnyttja överhypoteket för att kvitta med en skuld till sekundogäldenären. För sekundogäldenären medför en sådan kvittning typiskt sett besvär med att hantera dels en kvittning och dels en eller två betalningar. Jämfört med skadorna av kvittning mellan två ordinära parter är det inte fråga om särskilt mycket större besvär. Eftersom det hör till ovanligheterna att fordringarna är precis lika stora är det normalt att någon av kvittningsparterna får dela upp sin prestation i en betalning respektive en kvittning.

Sekundogäldenärens intressen vid kvittning är dock annorlunda i andra avseenden. Således synes riskerna för bestående skador av icke befriande betalning mindre. Å andra sidan kan man tala om att sekundogäldenären genom omsättningen utsätts för en ökad risk för kvittning, i den mån detta nu skall betraktas som en skada.

Om motparten gör en kvittningsförklaring utan att vara materiellt berättigad finns det liten anledning att tillerkänna denna någon verkan. Sekundogäldenären borde kunna kräva sin fordran fullt ut. Argumentationen skall dock inte utvecklas här.

När det gäller den ökade risken för kvittning handlar det om att det istället för en möjlig kvittningsmotpart genom pantsättningen blir två. Dessa skulle kunna manipulera huvudkreditförhållandet för att nå bästa möjliga effekt, d v s om det är pantsättaren som har en skuld till sekundogäldenären kan panträtten hävas och om det är panthavaren kan huvudkrediten höjas. Det kan dock ifrågasättas om ökad risk för kvittning alls skall betraktas som någon skada. Ett fall där sekundogäldenären kan uppleva en beaktansvärd olägenhet är dock när sekundogäldenären har solvens- eller likviditetsproblem. Sekundogäldenären kan då ha intresse av att slippa undan kvittning för att istället få betalt av pantsättaren och dröja med den egna betalningen till panthavaren. Särskilt stort värde har detta om sekundogäldenären därigenom skaffar sig en bättre förhandlingsposition inför en rekonstruktion.

Huruvida detta är ett skyddsvärt intresse kan ifrågasättas. Möjligheterna för sekundogäldenären att lyckas åstadkomma en förlängd kredit får dessutom anses små även med ett skydd mot uppdelning. Även då har pantavtalsparterna visst utrymme att åstadkomma kvittningsposition för den av dem som vill. Denna möjlighet står dock inte alltid öppen. Den kan t ex inte användas då parterna samtidigt har var sin skuld till sekundogäldenären som de skulle behöva hävda en uppdelning.

Mot den skissade bakgrunden gör sig sekundogäldenärens borgenärers skydd gällande. Att den ökade risken för kvittning kan skada sekundogäldenärens borgenärer behöver dock inte tillmätas avgörande betydelse. Blir sekundogäldenären insolvent kan borgenärerna skyddas genom KonkL 5:16 även med en delningsprincip. Den av pantavtalsparterna som åberopar

kvittning kan åläggas stränga beviskrav avseende förhållandena för huvudkredit och överhypotek på fristdagen.

5.8.4.3 Stora men ofrekventa skador om pantavtalsparterna är oeniga

I de fall då en pantsättare typiskt sett antas ha störst intresse av att dela upp betalningen kan besvären antas vara betydande. Pantavtalsparterna är då oeniga om uppdelningen och har motstridiga intressen. Det kan antas att dessa fall inte är särskilt frekvent förekommande. Ett fall är emellertid att pantsättaren har förlorat förtroendet för panthavaren för att denne kan antas vilja sammanblanda överhypoteket med sina egna medel eller på annat sätt komma i dröjsmål med redovisningen. Riskerna för dessa skador påverkas i och för sig av att det finns straff- och civilrättsliga sanktioner som kan drabba panthavaren vid sådana förfaranden, men det utesluter inte skador, se vidare avsnitt 8.6.4. Det kan också pågå en tvist mellan pantsättaren och panthavaren om storleken på panthavarens rätt till betalning. Ett annat fall är att pantsättaren vill förhindra att panthavaren får en redovisningsfordran som han kan utnyttja för kvittning med andra fordringar på pantsättaren. Jag behandlar frågan om i vilken mån pantsättaren i förhållande till panthavaren har skydd mot sådan kvittning i avsn 8.7.

Härutöver kan överhypoteket i den pantsatta fordran ha ett särskilt värde för pantsättaren. Är det fråga om ett särskilt kvittningsvärde för att sekundogäldenären har betalningssvårigheter är panthavarens intresse av att förhindra att pantsättaren då återfår överhypoteksdelen ganska litet. Dessa fall glider därför över mot dem som behandlats i föregående avsnitt där pantavtalsparterna är eniga om en uppdelning.

Pantsättaren kan givetvis också ha intresse att åstadkomma en uppdelning bara för att ställa till besvär för panthavaren eller sekundogäldenären. Även detta intresse får antas vara tämligen ovanligt. Det begränsas antagligen i hög grad av om pantsättaren får kostnader för att åstadkomma uppdelningen.

I dessa fall, när pantavtalsparterna är oeniga, riskerar sekundogäldenären att få olika information från de båda parterna. Kostnaderna för att hantera informationen ökar därmed. Framför allt består dock sekundogäldenärens skador i ökade kostnader för betalningsprestationen och ökade risker för icke befriande betalning. Ett spärrmeddelande från pantsättaren får den formella effekten att panthavaren förlorar sin betalningslegitimation avseende det belopp som pantsättaren uppgivit överhypoteket till, jfr 29 § SkbrL. För resterande belopp, d v s det belopp som pantsättaren uppgivit panthavarens anspråk till, har panthavaren kvar betalningslegitimationen. Om spärrmeddelandet helt härstammar

från pantsättaren övergår legitimationen avseende överhypoteket emellertid inte till pantsättaren, jfr 30 § SkbrL. Sekundogäldenären hamnar då på förfallodagen i en position där han kan betala en del av fordran till panthavaren samtidigt som han inte kan betala resterande belopp till någon eller måste deponera beloppet.

Får sekundogäldenären också information från panthavaren kan denna innebära att panthavaren ger pantsättaren betalningslegitimation för det av pantsättaren hävdade beloppet. En deposition kan då undvikas. Panthavarens uppgifter behöver emellertid inte alls överensstämma med pantsättarens. Panthavaren kan hävda att det inte finns något överhypotek eller att det är mindre än vad pantsättaren uppgivit. I det senare fallet hamnar sekundogäldenären i en situation där han kanske måste dela upp sin fullgörelse i tre delar.[163]

> Ex: Den pantsatta fordran är 100. Panthavaren anger huvudfordran till 85 och pantsättaren anger den till 80. Sekundogäldenären kan då betala 80 till panthavaren och 15 till pantsättaren. De omtvistade resterande 5 får sekundogäldenären deponera.

Sekundogäldenären kan således hamna i en situation där han drabbas av, i förhållande till en ordinär betalning, relativt stora kostnader för informationshantering och betalningstransaktionerna och kanske även för att utröna hur rätten på området är beskaffad.

> Eftersom faktaargument, med beaktande av de totala kostnaderna för deponering för alla, också talar för att sekundogäldenären försöker inhämta information från panthavaren innan han deponerar, kan sekundogäldenären eventuellt också drabbas av kostnader för detta, även om de totala kostnaderna för sekundogäldenären dock ibland minskar genom att han inhämtar sådan information – det kan ju vara billigare att ringa ett telefonsamtal till panthavaren än att deponera betalningen.

Det är relevant att jämföra vilka kostnader sekundogäldenären skulle ha om pantsättaren var tvungen att utöva sin spärrätt genom kvarstadsinstitutet. Det går nämligen att argumentera för att pantsättaren skulle ha möjlighet att utnyttja kvarstadsreglerna som ju avser förhållanden där någon kan misstänkas vilja undandra sig en förpliktelse. Riskerna för icke befriande betalning förefaller då minst vid kvarstad eftersom det är mindre riskfyllt att följa betalningsanvisning från en myndighet än från någon av parterna. Det skulle då också kunna bli fråga om att sekundogäldenären fick möjlighet att betala hela beloppet till KFM och att KFM sedan fick invänta pantavtalsparternas utredning eller tvistlösning.

[163] Jfr Håstad 1980 s 83.

5.8.5 Nyttan av uppdelning i förhållande till alternativen

Av ovan nämnda faktaargument framgår att sekundogäldenärens skador antas vara relativt små när parterna är eniga om en uppdelning och förser sekundogäldenären med information om hur denna skall gå till. När pantsättarens delningsintresse är starkast är skadorna dock stora.

5.8.5.1 Eniga parter antas ha alternativ

För de fall parterna är eniga skall sekundogäldenärens skador vägas mot parternas nytta av en uppdelning. Det kan då antas att även nyttan av en uppdelning för det mesta är ganska liten. Parterna har typiskt sett ett alternativ till en uppdelning, nämligen att panthavaren mottar betalningen och redovisar överhypoteket. Kostnaderna för detta alternativ kan vanligtvis antas vara likvärdiga med att sekundogäldenären ges information och genomför uppdelningen.

Under sådana omständigheter synes pantavtalsparterna vara de bästa kostnadsminimerarna. Sekundogäldenären bör då ha skydd mot uppdelning. Vill pantavtalsparterna att sekundogäldenären skall dela upp får de avtala med denne. Ersättningen kan lätt regleras genom ett avdrag på skuldbeloppet.

> En sådan avtalslösning innebär visserligen kostnader för att nå en överenskommelse, men dessa skall jämföras med kostnaderna för alternativen. Om pantavtalsparterna kan förpliktiga sekundogäldenären utan att behöva ersätta denne kan de övervältra sina kostnader på sekundogäldenären. Risken finns då att de totala kostnaderna blir stora för att frekvensen av uppdelningar blir stor. Ett antagande är dock att krav på uppdelningar inte skulle bli särskilt frekventa.
>
> Om sekundogäldenären kan förpliktigas att dela men endast mot ersättning för sina kostnader är ett antagande att kostnaderna blir ganska likvärdiga med kostnaderna för att nå en överenskommelse. För att nå en uppdelning krävs att sekundogäldenärens informeras. I informationen kan pantavtalsparterna ange hur de bedömer sekundogäldenärens kostnader. Har denne dessa kostnader eller lägre kommer detta belopp att dras av. Om sekundogäldenärens kostnader är högre eller parterna inte anger något belopp kommer sekundogäldenären att dra av vad han bedömer sina kostnader till. Detta avdrag kan då ifrågasättas av pantsättaren och tvist kan uppstå.
>
> Fördelen med förpliktigandelösningen synes därför främst vara att pantavtalsparterna inte behöver en bekräftelse från sekundogäldenären. Det är tillräckligt att de kan styrka att meddelandet nått sekundogäldenären och de kan redan från denna tidpunkt vara säkra på att deras intresse tillgodoses.

I de fall överhypoteket har ett särskilt värde för pantsättaren har det redan ovan angetts att pantavtalsparterna har visst alternativt handlingsutrymme när det gäller det särskilt kvittningsvärde.

> Parterna kan komma överens om att öka huvudkrediten eller upphäva panträtten beroende på vem av dem som vill kvitta. Deras handlingsutrym-

me är dock inte fullständigt såtillvida att de kan nå de effekter de vill under alla förhållanden. Ovan har t ex nämnts att de inte har något alternativ till uppdelning om båda parter har varsin skuld som de vill kvitta. De har heller inget alternativ om de saknar förtroende för varandra, såsom då panthavaren inte vill släppa sin panträtt eftersom han inte litar på att pantsättaren kommer att lyckas ge något vederlag.

En annan alternativ väg för parterna är även här att avtala med sekundogäldenären.

Möjligheterna att åstadkomma sådana överenskommelser varierar dock med omständigheterna. Om sekundogäldenären är solvent och likvid borde en sådan överenskommelse vara lätt att nå. Å andra sidan är den då inte överdrivet intressant för pantavtalsparterna eftersom de då istället kan avvakta betalning. De kan dock ha intresse av en överenskommelse om pantsättaren saknar förtroende för panthavaren och därför inte vill att denna skall motta överhypoteket. Går sekundogäldenären inte med på en uppdelning måste parterna då ordna en tredje man som tar emot betalningen och delar upp den.

I de fall sekundogäldenären inte är solvent eller likvid blir det svårare att nå en överenskommelse. Sekundogäldenären kan ju då ha intresse av att undkomma pantsättarens kvittning för att kunna få betalt av denne och dröja med betalningen till panthavaren. Pantavtalsparterna befinner sig här i en situation där de saknar reella alternativ att nå det resultat de önskar. Det kan därför ifrågasättas om sekundogäldenären skall ha möjlighet att utnyttja deras belägenhet, jfr nästa avsnitt. En försvårande omständighet är att sekundogäldenärens intresse förutsätter ett dröjsmål och att pantavtalsparterna sålunda orsakas skada. Till saken hör också att pantsättaren knappast har möjligheten att nå framgång med kvarstad om sekundogäldenären har likviditets- eller solvensproblem.

5.8.5.2 Pantsättaren har begränsade alternativ

I de fall det parterna är oeniga och det bara är pantsättaren som har intresse av en uppdelning kan man naturligtvis ifrågasätta om den gemensamma nyttan för pantavtalsparterna är särskilt stor. Om panthavaren inte vill ha någon uppdelning är det ju fråga om en olägenhet för denne och därmed ingen nytta alls. För pantsättaren kan nyttan emellertid vara särskilt stor i de fall där denne riskerar att förlora överhypoteket. I dessa fall är det inte givet att pantsättaren bör vara hänvisad till att förhandlingsvägen förmå sekundogäldenären att dela upp. Är det så att pantsättaren saknar alternativ kan sekundogäldenären utnyttja situationen och kräva en mycket hög ersättning för sin medverkan.

Som nämnts kan man argumentera för att pantsättaren skulle ha möjlighet att utnyttja kvarstadsreglerna för att förpliktiga sekundogäldenären. I så fall existerar ett alternativ för de fall som kvarstadsinstitutet omfattar. Eftersom en sådan lösning är förenad med ganska höga kostnader för pantsättaren och det allmänna kan man dock ifrågasätta om det är ett reellt alternativ. Antagligen har förekomsten av ett alterna-

tiv dock ganska betydande effekt även om kostnaderna är relativt höga och synliga för sekundogäldenären. Till saken hör också att följden av att sekundogäldenären delar betalningen utan kvarstad kan bli deposition enligt NedsL. En sådan är likaså förenad med kostnader, om än mindre sådana, för det allmänna, pantsättaren och panthavaren.

I den mån pantsättaren nu gentemot panthavaren skall ha skydd för sitt intresse att spärra betalningen av överhypoteket, synes de nämnda faktaargumenten tala för att pantsättaren skall kunna förpliktiga sekundogäldenären att dela upp betalningen. Med hänsyn till att pantsättaren synes vara den som bäst kan minimera riskerna för att en uppdelning skall bli aktuell, kan pantsättaren dock anses vara den bäste riskbäraren. Pantsättaren skall här därför vara skyldig att ersätta sekundogäldenärens kostnader.

Som nämnts är en fördel att sådan ersättning kan regleras genom avdrag på skuldbeloppet. Å andra sidan är det som också nämnts ett problem att sekundogäldenärens kostnader förefaller svåra att bedöma. Detta föranleder vissa praktiska problem.

Ett viktigt påpekande blir här att det är svårt att förena den här förespråkade lösningen att pantsättaren själv kan åstadkomma en uppdelning mot sekundogäldenärens vilja, med den ovan utifrån faktaargumenten hävdade lösningen att ett sådant förpliktigande inte skulle vara möjligt när panthavaren samtycker. Någon form av begränsning av pantsättarens möjligheter att kräva uppdelning är nödvändig för att dessa lösningar skall kunna förenas.

5.8.6 Sekundogäldenären är skyddsvärd

I värdeargumentationen kan det på samma linje som i faktaargumentationen hävdas att en uppdelning innebär att sekundogäldenären utför en tjänst. Det kan då synas rimligt att de som får denna tjänst skall betala för den. Med tjänsteterminologi är det likaså värdeladdat att någon skall kunna förpliktigas att arbeta. Om en tjänsteinsats föranleds av de faktiska omständigheterna är det motiverat att den utförs men också att den i så fall ersätts, jfr HB 12:8.

Nyanserna är dock ganska små, i vart fall så länge det inte handlar om något besvär att tala om för sekundogäldenären. Att sekundogäldenären blir förpliktigad att inrätta sig efter ny information för att pantsättaren löst panten synes inte särskilt anmärkningsvärt. Att sekundogäldenären är skyddsvärd i de mer besvärliga fallen synes dock rimligt. Sekundogäldenären bör t ex inte behöva hantera olika information från

parterna och en tredelning av fordran varav en del skall deponeras. I vart fall inte med risk för icke befriande betalning och på egen bekostnad.

När det gäller sekundogäldenärens skydd mot en delning vid kvittning kan möjligen något annorlunda värdeargumenten hävdas avseende förpliktigande att arbeta. Vid kvittning är det pantavtalsparterna som är aktiva och sekundogäldenären mottagare. Med tanke på vad sekundogäldenären rent faktiskt gör vid betalning respektive mottagande av kvittningsförklaring synes detta värdeargument dock inte särskilt starkt. Skillnaden i arbetsinsats måste vara ganska liten.

> Det kan i sammanhanget också nämnas att man i Principles of European Contract Law tänkt sig en skyldighet att dela upp betalningen om fordringen är ”divisible”. Sekundogäldenären har då emellertid rätt till ersättning för ökade kostnader.[164]

5.8.7 Sekundogäldenärens samtycke krävs för uppdelning av betalning

I en sammanvägning av de ovan anförda argumenten förtjänar faktaargumenten ganska stor vikt. Flera av normargumenten bygger på faktaargument och de normer som i övrigt anförs förefaller inte bygga på beaktande av de intressen som här skall avvägas. Härmed inte sagt att normargumenten är betydelselösa. Eftersom faktaargumenten i så hög grad bygger på antaganden om besvär och frekvens har normargumenten och värdeargumenten ett tydligt inflytande.

För de fall pantavtalsparterna har ett gemensamt intresse av uppdelning som skall vägas mot sekundogäldenärens bör antagandet att pantavtalsparterna har alternativa möjligheter tillmätas betydelse. Sekundogäldenären bör därför vara skyddad mot ett förpliktigande. Vill pantavtalsparterna ha en uppdelning får de avtala om en sådan med sekundogäldenären. Bland normargumenten för en sådan lösning kan främst anföras SkbrL 3 § 2 st. Det är också svårt att bortse från argumentet att två parter inte skall kunna förpliktiga en tredje man.

> Detta argument uppträder i alla tre kategorierna. I normkategorin märks det som en princip om tredjemansavtal. I faktakategorin som att parterna skall sköta resursfördelning så länge de inte påverkar någon annan. I värdekategorin som en aversion mot förpliktigande.

Är det bara pantsättaren som vill åstadkomma en uppdelning kan det dock finnas anledning att sekundogäldenären kan förpliktigas. Det har antagits att det handlar om ganska ofrekventa fall och att sekundogälde-

[164] Artikel 11:103, jfr 11:306. www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/.

nären kan ersättas för sitt besvär. Sekundogäldenärens intressen synes därför vara relativt skyddade. Emellertid är ett sådant förpliktigande som bara pantsättaren står bakom svårt att förena med den lösning som nyss föreslagits för de fall pantavtalsparterna är eniga. Att pantsättaren ensam skulle kunna förpliktiga sekundogäldenären medan detta inte vore möjligt om både pantsättare och panthavare vill det, går inte att motivera. Pantsättarens möjligheter måste av denna anledning därför begränsas. Observera att det då inte bara handlar om ett systemargument där lösningen i denna fråga avgörs av avvägningarna i en annan fråga. I de fall pantsättaren inte har de anförda, starkare, intressena av att skydda sig mot panthavaren finns det än mindre anledning att prioritera delningsintressena framför sekundogäldenärens intressen. Nyttan av en uppdelning påverkas ju då av att också panthavarens intressen kan drabbas.

Sekundogäldenären skulle därför vara skyddad även mot pantsättarens intressen, trots att de kan vara starka. Vill pantsättaren åstadkomma en uppdelning krävs därför att sekundogäldenären samtycker. Det sagda bygger dock till del på att pantsättaren anses ha alternativet kvarstad om sekundogäldenären vägrar.

> Genom kvarstadsinstitutet åstadkoms en sådan begränsning av pantsättarens möjligheter som ovan efterfrågats. Kvarstadsinstitutet synes för övrigt åtminstone formellt innebära en kvalitativ prövning av om pantsättarens bristande förtroende för pantsättaren är befogat.[165]

Som sagt bygger avvägningarna i denna fråga i särskilt hög grad på antaganden om fakta och jag menar att just denna argumentkategori bör ha stor betydelse för lösningen. I den mån andra antaganden kan visas ha större bärighet bör de av samma skäl dock tillmätas stor betydelse. Lösningen kan då givetvis bli en annan än den jag här förordat.[166]

5.8.8 Sekundogäldenärens samtycke krävs inte för uppdelning vid kvittning

För de fall då pantavtalsparterna eller pantsättaren vill åstadkomma en kvittning avseende överhypoteket är argumenten något annorlunda. Faktum är att de skiljer sig i sådan mån att det här finns anledning att förorda en annan lösning än för uppdelning av betalning.

När det gäller normargumenten gör sig således argumenten som anförts avseende betalning inte gällande med samma styrka. Bland faktaargumenten kan det poängteras att sekundogäldenären undgår riskerna för

[165] Se vidare avsnitt 8.6.1.2.
[166] Som framgått förordar Walin 1991 s 231–232, 1998 s 238–239 en annan lösning. Jfr Lindskog 1993 s 418.

icke befriande betalning. Kvittning är också ett mer ovanligt intresse än intresset av att betalningen delas upp. Det kan vidare läggas vikt vid att sekundogäldenärens skador av att förlora vissa begränsade möjligheter att dröja med betalning respektive eventuellt gå miste om en möjlighet till förbättrad rekonstruktionsförhandlingsposition, har antagits vara små samtidigt som pantavtalsparternas intressen av att undgå kreditförluster ansetts mer beaktansvärt. Härutöver har pantsättaren inte alternativet kvarstad när sekundogäldenären har likviditets- eller solvensproblem. Därmed har pantsättaren få alternativ om panthavaren inte samtycker till en uppdelning. Möjligheterna att nå en överenskommelse med sekundogäldenären synes därför än mindre. Möjligen är det också relevant att en kvittningsförklaring inte på samma sätt som en betalningsuppdelning innebär ett förpliktigande att arbeta.

Av dessa anledningar överväger argumenten för en rättighetsdelning som möjliggör kvittning. Sekundogäldenären skall alltså inte ha skydd mot en sådan. Denna slutsats gäller främst för de fall sekundogäldenären har likviditets- eller solvensproblem. Den har också visst fog när förhållandena inte är sådana och pantavtalsparterna därför har alternativ till delning. För övrigt synes det svårt att ha olika lösning i fall där sekundogäldenären har respektive inte har sådana problem.

> Med ett på detta sätt mindre skydd för sekundogäldenären i kvittningsfall än mot uppdelning av betalning, är en invändning att pantavtalsparterna då kan försöka skapa sig kvittningsposition för att tillvarata sina intressen. Det praktiska utrymmet för att hamna i skuld till sekundogäldenären och därmed åstadkomma en kvittningsposition kan dock antas vara ganska litet.

5.8.9 Sekundogäldenärens samtycke krävs inte för lösen

En avvägning avseende argumenten om sekundogäldenärens skydd mot besvär av att pantsättaren löser panten innebär att det inte bör uppställas något skydd i form av krav på sekundogäldenärens samtycke. Några väsentliga besvär antas inte bli aktuella. Skulle det bli fråga om sådana kan sekundogäldenärens antas ha tillräckligt skydd genom SkbrL 3 § 2 st.

5.9 Avtalade begränsningar i omsättningsrätten

Av de föregående avsnitten i detta kapitel har det framgått att sekundogäldenären lider vissa skador av att fordran omsätts. Frågan i detta av-

snitt är i vilken mån sekundogäldenären kan skydda sig mot dessa skador genom att avtala med fakturafordringsägaren om att denne inte får omsätta fordran.

Ett sådant avtalsvillkor kan konstrueras på olika sätt. Den enklaste formen är ett generellt omsättningsförbud som uttrycker att fakturafordringsägaren inte har rätt att omsätta fordringen. En mer sofistikerad variant utnyttjar möjligheterna att villkorsvägen reglera sanktionerna. Till omsättningsförbudet kan då t ex knytas ett avtalat skadeståndsbelopp och en rätt för sekundogäldenären att kvitta detta skadestånd mot skulden. Om det avtalade skadeståndsbeloppet bestäms till samma belopp som fordringen är den tänkta sanktionen att fordran utsläcks om fakturafordringsägaren bryter mot förbudet. Samma sak kan också uttryckas mer direkt, d v s sanktionen vid omsättning är att fordran upphör.

Ett omsättningsförbud kan också uppträda i helt annan form. En sådan variant, som nämnts i avsnitt 5.3.1.2, är att sekundogäldenären ges rätt att betala till ett visst konto. Om detta konto innehas av fakturafordringsägaren blir fordran inte särskilt attraktiv att förvärva.

En annan variant är att omsättningsförbudet begränsas till vissa former av omsättning. Således kan fakturafordringsägaren förbjudas att pantsätta medan överlåtelse tillåts. Syftet bakom ett sådant villkor skulle kunna vara att undvika vissa av de skador som framgått av tidigare avsnitt, t ex rättighetsdelningen.

Slutligen skall här också nämnas varianten där omsättning förbjuds, men där exekution uttryckligen är tillåten. Ett sådant villkor skulle kunna vara intressant för en sekundogäldenär som är mån om att inte bli förknippad med att undandra egendom från exekution.

Att de två sistnämnda varianterna nämns här i inledningen beror främst på att de är av visst intresse i argumentationen nedan. De belyser svagheten i vissa av de normargument som hävdats i frågan om omsättningsförbud.

5.9.1 Avtalsvillkor skall respekteras – även omsättningsförbud för fakturafordringar?

För vissa fall har redan i tidigare avsnitt beskrivits vad som kan sägas vara avtalade begränsningar i omsättningsrätten. Sekundogäldenärens skydd mot omsättning av personliga och ömsesidiga fordringar kan beskrivas som intolkade avtalsvillkor om omsättningsförbud, se ovan avsn 5.5 och 5.6. Det är också i samband med att dessa fordringar behandlas som man återfinner normargument om att avtalade omsätt-

ningsförbud har verkan mellan parterna. Härmed inte sagt att argumenten inte är avsedda att ges mer generell innebörd. Det talas där om att omsättningsförbuden ”i princip” eller ”i regel” är verksamma mellan parterna.[167]

> Det är tydligt att nämnda argument bygger på normargument om omsättningsförbuds verkan för egendom generellt. Dessa generella normargument skall dock behandlas i ett särskilt avsnitt, 5.9.3. De förefaller i sin tur bygga på argument om avtalsfrihet o likn. Avtalsfrihet är som nämnts ett viktigt intresse att beakta, jfr avsn 3.2.

I samband med att ömsesidiga fordringar behandlas finns emellertid också argument mot att tillerkänna avtalade omsättningsförbud verkan. Man frågar sig i doktrinen om ett omsättningsförbud har verkan när den ömsesidiga fordran blivit definitiv.[168] Dessa uttalanden kan hävdas som ett ifrågasättande av om omsättningsförbud har verkan för alla andra fordringar. De skäl som anförs härför är att ett godkännande skulle skada fakturafordringsägaren genom minskade handlingsmöjligheter att påverka sin likviditet. Det är med andra ord en form av faktaargument som anförs. Den åsikten förekommer också att det undantagsvis är möjligt att ett omsättningsförbud kan jämkas såsom oskäligt med stöd av 36 § AvtL.[169]

5.9.2 SkbrL 27 § – verkan mot panthavare

Ett annat för fordringar specifikt normargument gör sig påmint i frågan om omsättningsförbuds verkan mot panthavare. Enligt 27 § SkbrL får en panthavare inte bättre rätt. Denna regel har också åberopats i doktrinen.[170]

Mot att tillmäta denna regel betydelse kan hävdas att en panthavare inte får *bättre* rätt mot sekundogäldenären, utan snarare samma rätt som pantsättaren. Detta argument kan emellertid bemötas med utformningen av omsättningsförbudet. Om sekundogäldenären ges rätt att betala till visst konto måste panthavaren, med en strikt tillämpning av 27 § SkbrL, finna sig i detta. Detsamma gäller ett villkor om att fordran utsläcks som sanktion vid omsättning.

[167] Tiberg/Lennhammer 1995 s 33. Helander 1984 s 440 not 15. Jfr Hessler 1973 s 466–468.
[168] Håstad 1980 s 124, som dock tar ställning för verkan i princip. Rodhe 1984 s 121 som tar ställning emot, dock möjligen egentligen bara avseende verkan mot förvärvare, se nästa avsnitt.
[169] Håstad 1980 s 124.
[170] Håstad 1980 s 123.

Mot att tillmäta omsättningsförbud verkan gentemot panthavare har åberopats vissa rättsfall. Ingetdera synes dock utgöra något särskilt starkt argument för att underkänna omsättningsförbud verkan.

I doktrinen har således antytts en vilja att hävda NJA 1965 s 394 för att omsättningsförbud i vart fall inte skall ha verkan mot förvärvare.[171] I detta fall menade majoriteten[172] att ett för postsparbanksbok i kunglig förordning stadgat omsättningsförbud inte kunde medföra ogiltighetsförklaring av pantsättning avseende sådan bankbok. Som skäl anförde HD att SkbrL kommit att åsidosätta den förordningen, som var av äldre datum (1922). Talan om ogiltighet hade väckts av förvärvaren i syfte att få en exekutiv auktion ogiltigförklarad. Gäldenären i fallet, Postsparbanken, var inte alls emot pantsättningen. Tvärt om hade poststyrelsen, som förordnats inkomma med yttrande, påpekat behoven av att postsparbanksböcker måtte behandlas som andra bankböcker. Mot bakgrund av dessa omständigheter, och framför allt då att gäldenären inte var emot omsättningen, kan domen knappast anses stödja ett underkännande av avtalade omsättningsförbud.

Detsamma gäller NJA 1966 s 97 där RR tolkar ett avtalsvillkor på ett sätt som HovR och HD fastställde.[173] Enligt detta hade fordringsägaren ”icke ägt att utan [sekundogäldenärens] medgivande överlåta kontraktet å annan person. Sagda bestämmelse kan dock icke betaga [fordringsägaren] rätten att på sätt som skett å annan person överlåta sin rätt till betalning enligt kontraktet.” Det förefaller därför som om RR skiljt mellan kontraktet och rätten till betalning.[174] Givetvis kan det dock ifrågasättas varför en sådan åtskillnad gjorts. Ett kontrakt kan ju beskrivas som såväl rättigheter som skyldigheter, och föreställningen om att det endast är rättigheterna som kan överlåtas är ganska stark. Ett villkor om att förpliktelserna inte får överlåtas på någon annan kan därför synas helt onödigt. Bortsett från möjligheten att RR inte delade den föreställningen kan en förklaring vara att RR tolkat villkoret som ett förbud att låta någon annan utföra arbetet.

5.9.3 Allmänna principer – verkan mot panthavare

Flera av de ovan angivna normargumenten bygger på generella normargument om omsättningsförbuds verkan, d v s på argument som i princip omfattar alla egendomsslag. Bland dessa generella normargument finns det sådana som klart anger att omsättningsförbud som regel har verkan mellan parterna.[175] Det går därför att tala om en tydlig linje för sådan verkan. För förhållandet till förvärvare är argumenten dock mer varie-

[171] Helander 1984 s 440 not 15.
[172] JustR Beckman, af Trolle, Nordström och Brunnberg.
[173] (RR) Carlsson, Lundberg, Norman. (HovR) Elmén, Bouvin, Fahlander, Andersson. (HD) Hagbergh, Bomgren, Nordström, Westerlind och Hesser.
[174] Rodhe 1984 s 121 förefaller dock ha annan uppfattning.
[175] Håstad 1996 s 449. Jfr Hessler 1973 s 467–468.

rande. En beskrivning som återkommer på flera håll är att det är ”tveksamt vad som skall anses gälla”.[176]

Denna tveksamhet synes bero på flera faktorer. En sådan är att förhållandena för olika egendomsslag är ganska skiftande. En annan är osäkerhet inför vilka konsekvenser verkan mot förvärvare har för exekutionsborgenärerna.

5.9.3.1 Inflytandet från UB 5:5

Att omsättningsförbudens verkan mot förvärvare kopplas samman med verkan mot exekutionsborgenärerna beror antagligen i hög grad på en kombination av orsaker. För det första kan det uppfattas som problematiskt att motivera varför exekutionsborgenärerna skulle kunna komma åt egendom som exekutionsgäldenären annars inte får överlåta. Det kan m a o anses svårt att avväga de olika intressena på ett sådant sätt att olika normer kan uppställas. För det andra är argumenten mot att acceptera verkan mot exekutionsborgenärer ganska starka. En exekutionsgäldenär får inte ges alltför stora möjligheter att göra egendom utmätningsfri. Sådana möjligheter att freda egendom skadar förtroendet för rättsystemet.

Principen att endast egendom som kan överlåtas får utmätas är gammal. Det saknas anledning att gå tillbaka längre än 1877 års lagreglering där det stadgades:

> ”Av gäldenärs tillgångar skola, där ej borgenär och gäldenär annorlunda sämjas, tagas i mät först lösören, därnäst fordran eller annan rättighet, *som kan överlåtas*, och sist fast egendom.” (Min kursivering).

Denna regel ändrades 1968 till motsvarande formulering som finns i UB 5:5. Där anges att föreskrifter om omsättningsförbud skall respekteras om de uppställts ”vid gåva eller i testamente eller på annan grund som gäller mot envar”. I det här aktuella sammanhanget, där en sekundogäldenären skyddar sig mot omsättning av en fakturafordran, är de benefika varianterna inte särskilt intressanta. Vad som är intressant är därför formuleringen ”på annan grund som gäller mot envar”. Valet av denna formulering görs med ambitionen att ansluta till en uppfattning om att omsättningsförbudens verkan är tveksam. I förarbetena anges:

> ”Annorlunda förhåller det sig i fråga om överlåtelseförbud som uppställts vid onerösa avtal. Huruvida förbud mot överlåtelse av egendomen i dessa fall överhuvud kan anses vara bindande, är tveksamt. Det har uttalats, att förbudet bör respekteras, om det har uppställts i överlåtarens intresse. Frå-

[176] SOU 1964:57 s 243. Samma i Walin/Gregow/Löfmarck 1999 s 221. Jfr nedan avsn 5.9.4.

gan om dess sakrättsliga verkan får här liksom eljest avgöras efter civilrättsliga regler."[177]

Som framgår av citatet är avsikten alltså att verkan mot förvärvaren skall avgöras efter civilrättsliga regler eller m a o självständigt, något som också markeras senare i doktrinen.

"En förutsättning för att egendom skall kunna utmätas – och därmed också för att den skall ingå i konkurs, … – brukar anges vara att egendomen kan överlåtas. Det är emellertid klart, att inte varje för ägaren själv bindande överlåtelseförbud också medför utmätningsförbud. Hur det förhåller sig får avgöras självständigt efter andra regler. Genom 1968 års lagändringar i UL har detta uttryckligen angetts."[178]

Emellertid medför formuleringen "på annan grund som gäller mot envar", att omsättningsförbudens verkan mot förvärvare även på normnivå kopplas till, eller rent av får avgöra, verkan även mot exekutionsborgenärerna. Eftersom exekutionsborgenärernas intressen som nämnts anses mycket beaktansvärda får detta till följd att man i argumentationen om verkan mot förvärvare tenderar att väga in även exekutionsborgenärernas intressen. Man kan säga att effekten blir något som går tvärt emot den uttalade självständighetsambitionen.

I en i sammanhanget ofta åberopad framställning anges således, trots ovan nämnda självständighetsdeklaration, att en sammankoppling möjligen kan anses "konsekvent". Omsättningsförbud skulle då i icke benefika fall "frånkännas varje verkan mot ny ägare". Författaren anger dock att han inte kan anföra något särskilt stöd för en sådan sammankoppling.[179]

En svaghet i denna argumentationslinje kan illustreras av att omsättningsförbuden i sig kan vara formulerade så att de ges verkan mellan parterna och mot förvärvare men inte mot exekutionsborgenärer.

Enligt sin lydelse omfattar UB 5:5 endast "överlåtelse". Därmed faller förbud mot pantsättning utanför. Således kan egendom för vilken endast råder förbud mot pantsättning utmätas. Detta borde i sin tur medföra att ett förbud mot pantsättning skulle kunna vara verksamt mot en panthavare utan att argumenten om skador för exekutionsborgenärerna och fredande av egendom blir aktuella.

På motsvarande sätt förhåller det sig med omsättningsförbud som stadgar att egendomen inte får överlåtas men att den får tas i anspråk exekutivt. För sådana villkor blir UB 5:5 inte ens aktuell. Regeln stadgar i vilken mån det går att exekutivt ta i anspråk egendom som är behäftad med överlåtelseförbud. Att p g a UB 5:5 underkänna villkorets verkan mot förvärvare trots att exekutionsborgenärernas intresse inte berörs förefaller ganska anmärkningsvärt.

[177] SOU 1964:57 s 243.
[178] Hessler 1973 s 464. Jfr Håstad 1996 s 451.
[179] Hessler 1973 s 467.

5.9.3.2 Andra egendomsslag

Den andra anledningen till att verkan mot förvärvare beskrivs som ”tveksam” är som sagt att förhållandena för olika egendomsslag är ganska skiftande. Om man söker normargument för varje egendomslag för sig finns det flera sådana.

För omsättningsförbud avseende fast egendom och lösöre tänker man sig vanligtvis att överlåtaren har hävningsrätt om förvärvaren överlåter egendomen.[180] Det anses således att omsättningsförbud har verkan mellan parterna. För verkan mot förvärvare frågar man sig hur denna hävningsrätt, eller m a o detta äganderättsanspråk, står sig mot den senare förvärvaren.

För *fast egendom* är verkan av omsättningsförbud lagreglerad, JB 4:3, 4:4 och 4:30. Ett återgångsvillkor som uppställts för kortare tid än två år innebär att en senare förvärvare inte tillerkänns alla de befogenheter som en ägare annars har. I dessa fall får motparten nämligen endast vilande lagfart. Vid återgångsvillkor för längre tid än två år skiljer reglerna mellan benefika respektive onerösa förhållanden. I onerösa förhållanden är sådana villkor inte möjliga utan medför att avtalet i sin helhet blir ogiltigt. I benefika förhållanden är villkoret giltigt mellan parterna och sanktionerat med påföljder vid överträdelser. Villkoret anses dock inte ha verkan mot en senare förvärvare, oavsett om denne är i ond tro.[181]

För *lösöre* kan hävdas en analogi med reglerna om godtrosförvärv i de fall förvärvaren är i god tro.[182]

> Analog tolkning eftersom 2 § GFL avser fall där överlåtaren varken var rätt ägare eller behörig att förfoga. I de här berörda fallen är den förste förvärvaren rätt ägare.

Frågan är i så fall främst hur omsättningsförbudet står sig mot ondtroende förvärvare. Det finns argument för att omsättningsförbudet även har verkan även i de fallen, i vart fall vid benefik överlåtelse. Frågan anses ”oklar” och det saknas anledning att utveckla den i detta sammanhang.[183]

[180] Det är emellertid också möjligt att tänka sig ett omsättningsförbud avseende fast egendom eller lösöre där överlåtaren inte har hävningsrätt om omsättning trots allt skulle ske. Denna typ av villkor är dock antagligen ganska uddlösa. För det första kan dessa villkor inte ha någon verkan mot en godtroende förvärvare enligt en analog tolkning av JB 18:1 respektive GFL 2 §. För det andra, om motparten vidareöverlåter finns det antagligen ingen som är berättigad att föra talan om återgång.

[181] Grauers 2001 s 259–260. Hellner 1993a s 240.

[182] Håstad 1994 s 439–441, 1996 s 449–451. Rodhe 1984 s 617.

[183] Håstad 1996 s 449–451 behandlar överlåtelseförbud generellt. Han menar att frågan om förvärvarens ställning är oklar vid onerösa avtal och att godtrosförvärv är nödvändigt vid benefika avtal. Samtidigt anmärker han att godtrosförvärv möjligen skulle kunna ske

En tredje kategori av egendom som det finns anledning att jämföra med är *upphovsrätt*. För upphovsrätt gäller ett lagstadgat dispositivt vidareöverlåtelseförbud, URL 28 §. Effekterna av denna regel är svårbestämbara. Möjligen är det mer relevant att tala om tillståndsgivning än om överlåtelse när det gäller upphovsrätt. Om upphovsrätt trots förbudet i 28 § skulle vidareöverlåtas, kan det hävdas att förvärvet är ogiltigt. Något godtrosskydd kan antagligen inte uppställas. Eftersom vidareöverlåtelsen är ett avtalsbrott har den ursprunglige överlåtaren rätt till sanktioner mot den förste förvärvaren. Dessa sanktioner kan vara skadestånd och hävning. Hävningsrätten är dock inte nödvändigtvis av lika central betydelse som vid fast egendom och lösöre. Det kan nämligen hävdas att den ursprunglige överlåtaren har möjlighet att kräva intrångsersättning direkt av den senare förvärvaren om denne utnyttjar verket.

Av de nämnda redogörelserna kan man dra slutsatsen att överlåtelseförbud anses ha verkan i vissa fall men inte i andra. Främst är det verkan mot förvärvare som underkänns, d v s verkan mellan parterna godtas som regel. Omständigheter som anses avgörande är bl a förvärvarens goda tro, överlåtarens benefika intressen och vilka sanktioner som kan tänkas vid överträdelser.

I sammanhanget finns det anledning att peka på likheterna mellan verkan av omsättningsförbud för upphovsrätt och fakturafordringar. En eventuell hävningsrätt för gäldenären har i båda fallen liten betydelse. Liksom den ursprunglige överlåtaren av upphovsrätt hamnar en sekundogäldenär i ett direkt förhållande till en förvärvare. Sekundogäldenären har därför en sanktionsmöjlighet som består i möjligheten att ignorera omsättningen och krav på betalning från panthavaren. Om omsättningsförbudet godtas är det tillräckligt att en talan om betalning från panthavaren underkänns.

5.9.4 UB 5:5 – verkan mot exekutionsborgenärer

Angående omsättningsförbudens verkan gentemot exekutionsborgenärer har flera normargument redan framförts i avsnittet om hur UB 5:5 har

---

för egendom där sådana normalt inte är möjligt. Rodhe 1984 s 617 menar att förvärvaren måste göra ett exstinktivt godtrosförvärv för att få rätten. Hellner 1993a s 246, har, antagligen med lösöre i åtanke, anfört att godtrosförvärv inte (ens) vid benefika avtal är nödvändigt för att förvärvaren skall få rätt eftersom detta skulle ge överlåtaren en ångerrätt eller givaren en vindikationsrätt. Som grund för att en vindikationsrätt för givaren är olämplig anför Hellner att det blir märkligt om givaren är död och gåvotagaren är dödsbodelägare och i denna egenskap kan vindicera. Denna effekt torde enligt min mening dock lämpligare kunna angripas med en undantagsprincip snarare än att huvudprincipen anpassas efter den undantagssituation som det nämnda fallet måste utgöra.

betydelse för verkan mot förvärvare, avsn 5.9.3.1. Här skall dessa kompletteras.

Argumentationen i det nämnda avsnittet kan sägas tala för att tillmäta omsättningsförbud verkan mot exekutionsborgenärerna. Formuleringen i UB 5:5 om föreskrift som ”på annan grund som gäller mot envar” kan just hävdas för en sådan slutsats. Härför krävs att omsättningsförbud anses ha verkan mot förvärvare och att formuleringen anses innebära att sådana omsättningsförbud också har verkan mot exekutionsborgenärer. För en sådan tolkning talar de normargument om självständig bedömning som anförts i avsn 5.9.3.1.[184]

Emellertid finns också normargument som talar mot verkan mot exekutionsborgenärerna. Således anges i förarbetena att egendom i vissa fall kan tas i anspråk exekutivt trots omsättningsförbud, och detta t o m vid benefika överlåtelser.

> ”Denna regel kan emellertid inte gälla oinskränkt. Förbud mot överlåtelse vid gåva eller testamente behöver t ex ej alltid medföra förbud mot utmätning. I rättspraxis har sålunda ett i gåvobrev meddelat överlåtelseförbud icke hindrat utmätning för gåvoskatt som belöpte på gåvan och för indrivningsavgift. Någon anledning att frånträda denna ståndpunkt finns ej.”[185]
>
> Det finns dock anledning att anmärka att den rättspraxis som avses handlade om ett ganska speciellt fall. Med den rättspraxis som åberopas i citatet avses NJA 1952 s 131 där HD[186] anger att sambandet mellan gåva och förpliktelse att betala gåvoskatt bör vara avgörande för att ej tillmäta omsättningsförbud verkan. För övrigt framgår det av rättsfallsreferatet flera omständigheter som antyder ett illojalt syfte bakom den aktuella gåvan. Att det handlade om två omslagsreverser var en ingrediens i sammanhanget.

De normargument som anger betydelsen av att beakta exekutionsborgenärernas intressen bygger givetvis på UB 5:5, till vilken även KonkL 3:3 hänvisar. Enligt dessa skall framför allt omsättningsförbud i onerösa avtal inte ha verkan mot exekutionsborgenärerna.[187] I det här aktuella sammanhanget, där en sekundogäldenären skyddar sig mot omsättning av en fakturafordran, handlar det som sagt just om sådana onerösa förhållanden.

Samtidigt förekommer dock normargument för att nyansera denna princip. Det anges således att omsättningsförbud som uppställts i överlåtarens intresse skulle ha verkan. Ett sådant undantag är intressant eftersom de här aktuella omsättningsförbuden uppställs i sekundogäldenärens intresse. Stödet för en sådan nyansering är dock aningen tvekan-

[184] SOU 1964:57 s 243. Hessler 1973 s 467.
[185] SOU 1964:57 s 244.
[186] JustR Gyllenswärd, Santesson, Karlgren, Sjöwall och af Trolle.
[187] Hessler 1973 s 466. Håstad 1996 s 449–451. Tiberg/Lennhammer 1995 s 33. Walin 1998 s 70.

de.[188] Som stöd anges äldre rättsfall.[189] Numera finns genom NJA 1993 s 468 stöd för att tillmäta dessa nyanseringsargument än mindre betydelse, i vart fall för fast egendom.[190] I NJA 1993 s 468 menade HD[191] att JB 4:3 måste uppfattas så, att överlåtelseförbud i köpehandling avseende fast egendom har rättsverkan, men i första hand då mellan parterna. De argument som främst anförs mot en mer långtgående verkan är borgenärsintresset och att förköpsklausuler för fast egendom inte anses giltiga.

> ”Vid köp erlägger köparen någon form av vederlag även när avtal träffas om överlåtelseförbud. Borgenärsintresset talar allmänt sett starkt emot att en borgenär inte skulle kunna få betalning ur den egendom som trätt i stället för detta vederlag. Vad särskilt gäller köp av fast egendom skulle något sådant kunna medföra skadeverkningar jämförliga med dem som åberopats mot att förköpsklausuler skulle gälla i sådana förhållanden (se härom i NJA 1984 s 673). Det skulle utgöra en anmärkningsvärd inkonsekvens i regelsystemet, om ett överlåtelseförbud skulle ha rättsverkningar även mot köparens borgenärer, medan en förköpsklausul inte skulle ha några rättsverkningar alls.”[192] Det är här svårt att låta bli att anmärka att den andra meningen i citatet ger uttryck för ett tämligen fiskalt perspektiv på problematiken.
>
> I fallet anför HD också NJA 1974 s 376 som stöd. Förhållandena i det fallet var emellertid sådana att överlåtarens intresse var detsamma som vid återtaganderätt, d v s att få betalt för köpeskillingskrediten. En väsentlig skillnad mellan återtagandefallen och omsättningsförbudsfallen är just överlåtarens intresse av egendomen. Vid återtaganderätt är intresset bara att få betalt och det saknas goda skäl att tillgodose detta på annat sätt än genom återtaganderätt. Ett omsättningsförbud syftar däremot till att tillgodose andra intressen än att få betalt, såsom att egendomen har affektionsvärde för överlåtaren eller att överlåtaren är mån om att egendomen inte kommer i händerna på en konkurrent etc.

Det finns således normargumenten talar således emot att tillmäta omsättningsförbud verkan mot exekutionsborgenärerna. Dessa kan sägas vara ganska tydliga på så vis att författarna i doktrinen tar tydligt ställning mot sådan verkan. Som grund för dessa ställningstaganden anges regelmässigt i doktrinen att en exekutionsgäldenär inte får ges alltför stora möjligheter att göra egendom utmätningsfri, jfr fakta- och värdeargumentationen nedan.

[188] Hessler 1973 s 466–467, 1983 s 195. Rodhe 1984 s 119–120. Heuman 2000 s 135. Jfr Walin/Gregow/Löfmarck 1982 s 199, 1999 s 221. Även Walin 1987 s 112, 1998 s 70. SOU 1964:57 s 243.
[189] NJA 1881 s 510 om omsättningsförbud avseende andelar i ett varv som sålts i syfte att säljare och köpare skulle bli kompanjoner. 1893 s 537.
[190] Håstad 1996 s 451 som anför NJA 1993 s 468 som stöd för att HD skulle ha ”anslutit sig till denna linje”, d v s att inte ens överlåtelseförbud i överlåtarens intresse medför utmätningsfrihet. Jfr även NJA 1998 s 135 om fastighet som och blandat fång vid arv.
[191] JustR Bengtsson, Heuman, Lind, Gad och Lambe.
[192] Ur HD:s domskäl i NJA 1993 s 468.

5.9.5 Redan verkan mot fakturafordringsägaren har skyddseffekt

De normargument som anförts har handlat om verkan såväl mellan parterna som mot panthavare och exekutionsborgenärer. Ett skäl att behandla dessa normargument samlat är att effekterna av en norm för en av dessa relationer påverkar även de andra. Här i faktaargumentationen finns det anledning att inledningsvis göra antagandet att redan verkan mellan parterna ger ganska betydande effekter för sekundogäldenärens skydd. Antagligen skulle redan ett skadestånd för kostnaderna att hantera en denuntiation ha effekt. I förhållande till de nämnda normargumenten om att UB 5:5 får avgöra även verkan mot panthavare och andra förvärvare är detta antagande om effekter intressant. En möjlig anledning till att man hävdat denna norm kan som antytts nämligen vara att det för andra egendomsslag är så att effekterna i förhållande till exekutionsborgenärerna är det helt dominerande intresset bakom förbudet. Syftet med omsättningsförbud i dessa fall uppfattas därför som att förhindra att egendomen går förlorad p g a dålig ekonomi. För fakturafordringar är detta emellertid inte alls något relevant intresse. En fakturafordran har inte de slag av ekonomiska värden som ligger bakom sådana intressen, d v s affektionsvärde o likn, se avsn 4.4.1. Ett omsättningsförbud upphör också med automatik när sekundogäldenären betalar. Som framgått av de tidigare avsnitten i detta kapitel är det istället direkta skador som sekundogäldenären vill skydda sig ifrån. Dessa påverkas i hög grad redan av verkan mot fakturafordringsägaren.

I sammanhanget kan också göras ett antagande om i vilken mån verkan endast mot fakturafordringsägaren utgör ett tillräckligt skydd. För vissa av de skador som belysts i de tidigare avsnitten synes detta onekligen vara fallet, i vart fall om sekundogäldenären anses ha möjlighet att kompensera sig på ett så enkelt sätt som att reducera sin skuld med den ersättning det handlar om. Problemen med en sådan lösning är dock att skadorna kan vara svåra att uppskatta. Det finns också skador där ekonomisk kompensation inte är särskilt gångbar. Vidare kan det hända att fordringen inte förslår för att täcka sekundogäldenärens skador.

5.9.6 Omsättningsförbuden är ofrekventa

Ett annat antagande i faktaargumentationen är att det inte är sannolikt att omsättningsförbud kommer i något större bruk. Detta antagande grundar sig på andra antaganden. Ett sådant är att fakturafordringsägaren ofta är starkare part. I vart fall är det så att konsumenter bara uppträder i denna roll. Det kan också antas att sekundogäldenärer generellt

inte anser sig ha något beaktansvärt besvär av omsättning. Det saknas därför vanligtvis anledning att bemöda sig med att få till stånd avtalsvillkor som skyddar häremot. Att åstadkomma avvikelser från de normala standarder som råder då momentana avtal ingås är förenat med ganska betydande omak och kostnader. I de fall parterna har en längre relation är det dock givetvis lättare. Ett generellt antagande är dock ändå att omsättningsförbud varken är eller kommer att bli frekventa.

5.9.7 De negativa effekterna störst för exekutionsborgenärer

I faktaargumentationen skall nyttan av ett skydd för sekundogäldenären vägas mot de negativa effekter som ett omsättningsförbud kan ha för fakturafordringsägaren, panthavaren och exekutionsborgenärerna.

> Först kan dock anmärkas att ett omsättningsförbud särskilt tydligt belyser vad som kan beskrivas som en paradox med föreställningar om nyttan av största möjliga frihet. För de två avtalsparterna sekundogäldenären och pantsättaren är utgör det en begränsning i deras frihet om ett omsättningsförbud inte ges verkan. Frånvaron av denna möjlighet antas minska omsättningen och därmed hämma resursfördelningen. Å andra sidan innebär ett omsättningsförbud att pantsättaren inte får möjlighet att omsätta.

När det gäller *fakturafordringsägaren* har det i doktrinen antytts att denne skadas av minskade handlingsmöjligheter, se avsn 5.9.1. Det blir svårare för denne att påverka sin likviditet. Som nämnts har också anförts att 36 § skulle kunna komma till användning. Ett antagande om sådana skador har fog för sig i de fall fakturafordringsägaren inte kunnat fatta ett rationellt beslut när han accepterat omsättningsförbudet, jfr avsn 1.7. Det finns dock inte skäl att anta att förhållandena generellt eller ens övervägande skulle vara sådana att fakturafordringsägaren har dåliga förutsättningar härvidlag. Tvärt om kan det som nämnts antas att fakturafordringsägaren ofta är en starkare part än sekundogäldenären, se ovan avsn 5.9.6.

De negativa konsekvenserna för *panthavare* och andra förvärvare är framför allt de skador som ett verksamt förbud kan antas orsaka i form av ökade transaktionskostnader och kostnader för misslyckade förvärvsförsök. Ett antagande dock är att dessa kostnadsökningar är ganska små. Som nämnts i avsnitt 5.2.2.3 antas frekvensen av kontroller som förvärvare utför hos sekundogäldenärer vara relativt ganska liten p g a kostnaderna för sådana och p g a möjligheterna att ställa fakturafordringsägaren till svars. I föregående avsnitt 5.9.6 har också antagits att antalet omsättningsförbud skulle bli få även om dessa tydligt accepterades. Den därav ökade risken antas därför vara för liten för att tröskeln till kostnaderna för kontroller skall överskridas.

För *exekutionsborgenärerna* skulle ett verksamt omsättningsförbud få de konsekvenserna att de vid utmätning skulle få vänta tills sekundogäldenären betalade. Därmed skulle riskerna för att fakturafordringsägaren undandrar medlen öka betydligt. Detsamma kan gälla vid konkurs för fysiska personer men inte, eller i vart fall i lägre mån, för juridiska personer. Den huvudsakliga nackdelen vid konkurs skulle vara att en sådan väntan ställer till en kostsam tidsutdräkt.

I båda fallen måste man räkna med att sekundogäldenärerna har intresse av att göra upp och avvika från omsättningsförbudet. Riskerna för exekutionsborgenärerna begränsas härav. Å andra sidan blir en konsekvens av att inte ha andra alternativ än sådana uppgörelser att sekundogäldenärerna får goda positioner vad gäller uppgörelser om förtidsbetalning.

Även för exekutionsborgenärerna har givetvis antagandet att omsättningsförbud skulle få relativt liten utbredning betydelse. Samtidigt kan det dock antas att nämnda möjligheter att freda egendom skulle ställa till beaktansvärda problem vad gäller den kategori av gäldenärer som har en illojal inställning till rättsystemet i allmänhet eller åtminstone till sina borgenärer.

Mot de negativa effekterna för de nämnda subjekten skall ställas sekundogäldenärens nytta. Som framgått av de tidigare avsnitten i detta kapitel är den i princip störst då det handlar om ömsesidiga fordringar och personliga fordringar, se avsn 5.5 och 5.6. Som framgått i de avsnitten har sekundogäldenären i de fallen intresse av att just kunna påverka pantsättarens likviditet. Därmed handlar det om ett intresse som är särskilt aktuellt då exekutionsborgenärernas intresse gör sig gällande.

5.9.8 Undandragande av egendom är värdeladdat

Som redan framgått finns det en värdeaspekt som starkt influerar argumentationen. Lösningar som ger utrymme för att freda eller undandra egendom från exekutionsborgenärerna är ganska starkt värdeladdade. Det finns därför anledning att ta argument mot sådana lösningar på stort allvar. Även om det avseende fakturafordringar inte är fråga om några bestående värden.

Emellertid talar det nämnda argumentet bara för att underkänna omsättningsförbud i förhållande till exekutionsborgenärerna. Det är först om det inte är möjligt att skilja mellan verkan mot exekutionsborgenärer och verkan mot panthavare och andra förvärvare, som detta värdeargument har inflytande även för den senare kategorin.

Så långt argument mot att tillerkänna omsättningsförbud verkan. Det finns emellertid också värdeargument för att godta sådana. Ett sådant argument har ett motsatt perspektiv i förhållande till vad som hävdats om att UB 5:5 innebär en generell ogiltighetsregel för omsättningsförbud. Med detta argument framhålls istället att UB 5:5 är ett stadgande om undantag från utmätning och utgör en skyddsregel för exekutionsgäldenärer. Det är dessutom inte vilka skyddsregler som helst utan skyddsregler mot det allmännas direkta och ingripande maktutövning mot den enskilde.

Mot bakgrund av detta senare värde är argumenten om att UB 5:5 innebär en generell ogiltighetsregel för omsättningsförbud, särskilt betänkliga. Om denna regel anses stadga att omsättningsförbud som har verkan mot förvärvare inte får tas i anspråk exekutivt, vore det mer rimligt att omsättningsförbud ges verkan även mot exekutionsborgenärer. Att regeln, för att minska skyddseffekten för exekutionsgäldenären, istället får ingripa i förhållandet för andra subjekt, är med detta perspektiv minst sagt märkligt.

Här skall också uppmärksammas laddningen i faktisk ond tro. En förvärvare som känner till ett omsättningsförbud anses på grund härav mindre skyddsvärd. Att en faktiskt ondtroende panthavare skall kunna dra nytta av att han medverkar i att ett annat subjekt, pantsättaren, åsidosätter sin förpliktelse anses helt enkelt dubiöst.

Till detta argument kommer här värden om att panthavare och förvärvare av förpliktelser som fakturafordringar, skall stå alla möjliga former av risker framför sekundogäldenären. Detta alltså även om förvärvarna är i god tro. I det fall som här är aktuellt kan förvärvaren inte vara annat än i ond tro i rättslig mening. I linje med 27 § SkbrL är förvärvaren i ond tro om alla villkor för fordringen.

> Det kan i sammanhanget också nämnas att frågan om omsättningsförbud har beaktats i projektet Principles of European Contract Law. I artikel 11:301 anges att ett avtalat omsättningsförbud som regel skall ges effekt. Förvärvaren skall emellertid kunna göra godtrosförvärv och därigenom slå ut omsättningsförbudet.[193] Å andra sidan innehåller UNIDROIT:s konvention om factoring en valfri bestämmelse om att omsättningsförbud skall sakna viss verkan.[194]

[193] www .cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/. Detta trots att man i artikel 11:307 anger vad som motsvarar 27 § SkbrL.

[194] www.UNIDROIT.org/english/conventions/c-fact.htm/: Article 6:1. - The assignment of a receivable by the supplier to the factor shall be effective notwithstanding any agreement between the supplier and the debtor prohibiting such assignment. 2. - However, such assignment shall not be effective against the debtor when, at the time of conclusion of the contract of sale of goods, it has its place of business in a Contracting State which has made a declaration under Article 18 of this Convention.

5.9.9 Omsättningsförbud har verkan

Med argumentationen ovan kan det hävdas att det främsta argumentet mot att tillerkänna omsättningsförbud verkan är betänkligheter avseende möjligheterna att freda egendom från exekutionsborgenärerna. Detta argument framträder tydligt i såväl fakta- som värdeargumenten och återfinns i en speciell form även bland normargumenten. Det kan dock inte med någon styrka hävdas för att underkänna omsättningsförbud även i förhållande till andra än exekutionsborgenärerna.[195] Häremot talar såväl normargument som värdeargument av rättssäkerhetskaraktär.

Mot att godta omsättningsförbud generellt talar däremot vissa andra argument. I faktaargumentationen har uppmärksammats att sekundogäldenären synes kunna få ett ganska effektivt skydd redan genom verkan mot fakturafordringsägaren.

Det finns samtidigt flera argument som talar för att godta omsättningsförbud.

Av argumentationen ovan har framgått att det finns normargument som är specifika för fordringar. Svagheten hos dessa argument är att de framhålls i samband med ömsesidigt förpliktigande fordringar där sekundogäldenärens skyddsbehov är särskilt stort. Det skulle därför kunna hävdas att de inte ger stöd för att tillerkänna omsättningsförbud verkan i andra fall. En sådan slutsats är emellertid inte den som ligger närmast till hands. I huvudsak kan det istället hävdas att de för fordringar specifika normargumenten talar för att tillerkänna omsättningsförbud verkan. Om SkbrL 27 § inkluderas häri kan det hävdas att dessa normargument talar för att tillerkänna omsättningsförbud verkan mot såväl pantsättare som panthavare.

Faktaargumenten i övrigt talar inte särskilt starkt vare sig för eller emot omsättningsförbud. I vart fall inte med utgångspunkt i antagandet att omsättningsförbud har liten utbredning.

En avvägning mellan de olika argumenten ger därför att ett omsättningsförbud bör ha verkan gentemot pantsättare och gentemot panthavare. Gentemot exekutionsborgenärerna bör verkningarna emellertid begränsas. Jag menar nämligen att argumenten mot att tillerkänna omsättningsförbuden verkan även i dessa fall är för starka, trots de värdeargument av rättssäkerhetskaraktär som hävdats beträffande UB 5:5, såsom en skyddsregel för exekutionsgäldenären, jfr dock strax nedan.

Gentemot exekutionsborgenärerna bör sekundogäldenären ha skydd för de fall där dennes skador även av exekution är beaktansvärda i förhållande till exekutionsborgenärernas intressen. Det kan då antas att

[195] Jfr Håstad 1996 s 451.

sekundogäldenärens skador är störst vid s k ömsesidigt förpliktigande fordringar och personliga fordringar, se avsn 5.5 och 5.6. Just i de fallen ligger likviditets- och solvensproblematiken bakom viktiga delar av sekundogäldenärens intressen.

Slutsatsen blir således att omsättningsförbud avseende fakturafordringar även har verkan gentemot exekutionsborgenärerna om det handlar om s k personliga- eller ömsesidiga fordringar. Däremot kan exekutionsborgenärerna i princip undkomma omsättningsförbud i andra fall.

För fakturafordringar innebär den här föreslagna lösningen inga särskilda gränsdragningsproblem annat än sådana som redan förekommer. Eftersom s k personliga- och ömsesidiga fordringar i princip är skyddade från exekution redan utan uttryckligt omsättningsförbud kan man ju också tala om att omsättningsförbud inte alls har verkan mot exekutionsborgenärerna.

Den föreslagna lösningen är dock inte oproblematisk i förhållande till formuleringen ”på annan grund som gäller mot envar ej får överlåtas” i UB 5:5. Det finns starka skäl att tillerkänna omsättningsförbud avseende fakturafordran verkan även mot exekutionsborgenärerna. Om exekutionsborgenärernas intressen härvid visar sig bli åsidosatta i alltför hög grad kan det hävdas att detta istället får lösas genom lagändring. En sådan kunde mer direkt avväga exekutionsborgenärernas särskilda intressen i förhållande till pantsättare och andra exekutionsgäldenärers intressen. Den vore enligt min mening ganska välkommen.

5.10 Sekundogäldenärens samtycke

I inledningen till detta kapitel har nämnts att en primär fråga för sekundogäldenärens skydd är i vilken mån omsättning mot sekundogäldenärens vilja alls skall godtas. Utgångspunkten i de avsnitt som behandlats har varit att sekundogäldenären inte kan förhindra omsättning. I detta avsnitt skall nu behandlas frågan om vilken betydelse sekundogäldenärens vilja skall tillmätas. Detta görs då mot bakgrund av de skador och det skydd i övrigt som beskrivits i detta kapitel. Alla dessa faktorer utgör nämligen argument i frågan om gäldenärens inställning skall tillmätas någon betydelse.

Det skall anmärkas att det är svårt att påstå att det här skulle handla om en oklar rättsfråga, jfr avsn 2.1. Att samtycke inte krävs generellt får betraktas som klart och någon slutsats kommer därför inte att presenteras nedan. Argumenten för denna lösning har dock principiellt intresse. Den kan faktiskt också sägas ha viss praktisk betydelse genom att den belyser valmöjligheter som subjekten har.

5.10.1 Cessionsprincipen

Normargumenten i frågan talar tämligen massivt för att sekundogäldenärens samtycke inte krävs. Inte minst förekomsten av argument mot att godta omsättningsförbud som pantsättaren godtagit visar detta. Den närmast totala avsaknaden av normargument för ett krav på samtycke talar också för sig. Likaså den utbredda praxis med factoring och annan fakturabelåning där sekundogäldenärens samtycke inte efterfrågas. Man kan säga att en rätt till partsbyte, genom omsättning av rätten till prestationen, i många sammanhang är ”förutsatt” och ”utgör ett mycket viktigt inslag i det ekonomiska livet.”[196]

> På denna linje, d v s att en omsättningsrätt utan samtycke är förutsatt, kan anföras alla de regler i SkbrL som reglerar omsättning. En motsvarighet fanns också i HB 9:2 som angav att sekundogäldenären var skyldig att betala till ”den hans rätt innehaver”. Å andra sidan *utesluter* ingen av dessa regler ett krav på samtycke.

Andra normargument mot ett samtyckeskrav finns i form av begreppet *cession*. Detta används på sina håll för att beteckna en borgenärs överlåtelse av en fordran till en annan person utan gäldenärens medverkan.[197] I grundläggande läroböcker förekommer också uttryckliga skrivningar om att gäldenärens samtycke inte är nödvändigt. De motiveras med att det normalt inte har någon betydelse till vem gäldenären betalar.

> Följande citat ur en välkänd lärobok är illustrativt: ”Skulle det vara fråga om utbyte av en *gäldenär*, måste självfallet borgenärens medgivande inhämtas. --- Annorlunda förhåller det sig då *borgenären* vill utträda ur obligationsförhållandet. För en köpare eller försträckningstagare kan det normalt inte ha någon betydelse att få betala till säljaren respektive försträckningsgivaren personligen. Fastän borgenärens samtycke erfordras för att gäldenären skall få sätta en annan i sitt ställe, behöver man alltså inte uppställa gäldenärens medgivande som villkor för att borgenären skall kunna avträda sin rätt till en annan. I den juridiska litteraturen används termen *cession* för att beteckna en sådan överlåtelse (transport) av fordran som borgenären gör utan medverkan från gäldenärens sida. Huvudregeln, att cession är tillåten, har åtskilliga undantag. Ett obligationsförhållande kan ju vara sådant att det är av verklig betydelse att få behålla samme borgenär. --- Generellt kan sägas att cession inte är fritt medgiven i sådana fall, där borgenärens personliga egenskaper är av betydelse för gäldenären vid prestationens fullgörande.”[198]

[196] Mellqvist/Persson 2000 s 59.
[197] Malmström/Agell 1994 s 165. Almer 1999 s 149. (Rembe/Eklund, Juridiska ord och begrepp, 1998. Jfr Melin, Juridikens begrepp, 2000 som endast anger; ”Överlåtelse av fordran”. Liksom Bergström m fl Juridikens termer, 1983.) Jfr Mellqvist/Persson 2001 s 62.
[198] Malmström/Agell 1994 s 165. Jfr Almer 1999 s 149.

Det kan noteras att de nämnda skrivningarna finns i läroböcker och uppslagsböcker. Detta förhållande speglar på sätt och vis normens status av självklarhet.

Till saken hör också att det förekommer beskrivningar som anger en motsatt utgångspunkt, även om resultatet blir detsamma. Här framhålls som en ”klassisk regel” att fordringsrätter inte berör andra än de ursprungliga parterna och att en part i enlighet härmed aldrig får sätta någon annan i sitt ställe utan tillstånd från motparten. Att sådant samtycke dock inte krävs för fordringar beskrivs som ett undantag. Det sägs vara av avgörande betydelse att gäldenärens ställning typiskt sett inte får försämras.[199]

5.10.2 Ett samtyckeskrav är inte effektivt

Det finns också faktaargument som kan anföras mot ett krav på samtycke. Framför allt handlar det om att transaktionskostnaderna för pantavtalsparterna antas öka. Pantavtalsparterna måste då skaffa samtycke innan transaktionen eller genomföra denna och ta risken av att den underkänns. Eftersom det kan antas att panthavaren idag ofta inte tar kontakt med sekundogäldenären kan det vara fråga om helt nya kostnader, jfr avsn 5.2.2.3.

Alternativt kan fakturafordringsägaren avtala om samtycke redan då fakturafordringsavtalet ingås. Att påverka villkoren i de sammanhangen kan dock antas vara problematiskt och kostnadskrävande, jfr avsn 5.9.6. Av särskild betydelse är att pantsättaren kan ha svårt att förutse ett framtida omsättningsbehov.

Det handlar också om att möjligheterna för omsättning kan antas minska med ett krav på samtycke. Somliga sekundogäldenärer skulle sannolikt ta tillfället i akt att motsätta sig för att de av en eller annan anledning anser att det är fördelaktigt. Därmed skulle utrymmet för fakturafordringsägaren att påverka sin likviditet minska.

Det senare skulle inte minst gälla de fall då indrivning av professionella inkasserare idag aktualiseras. Visserligen handlar det då ofta om inkassouppdrag utan omsättning, men det förekommer också att fakturafordringsägaren önskar minska sin kreditrisk och att formen överlåtelse då används.

Emellertid skall nackdelarna av ett krav på samtycke inte överdrivas. Förutom att möjligheterna att avtalsvägen få sekundogäldenärens samtycke inte skall underskattas, kan man tänka sig olika sätt att nyansera

[199] Tiberg/Lennhammer 1995 s 27–30.

ett samtyckeskrav. Ett sätt att tillgodose effektivitetsaspekterna vore att ge normen formen av en vetorätt där sekundgäldenären binds genom passivitet. Pantavtalsparterna behöver då inte kontakta sekundogäldenären förrän vid denuntiationen. Däremot kommer huvudkrediten komma att fördröjas eftersom pantavtalsparterna måste vänta ut sekundogäldenärens vetofrist.

I vissa fall när omsättning har särskild nytta för fakturafordringsägaren kan man också tänka sig undantag från samtyckeskravet. Således skulle omsättning kunna vara tillåten utan samtycke i de fall sekundogäldenären hamnat i dröjsmål med betalningen. Ett sådant undantag synes möjliggöra i stort sett samma inkassoverksamhet som idag. Likaså kunde kravet på samtycke frångås då fakturafordringsägaren utsätts för exekution och exekutionsborgenärerna vill ta fordringen i anspråk, dock med vissa undantag, jfr avsn 5.9.

De mest intressanta faktaargumenten handlar dock om fördelarna med ett krav på samtycke. I princip innebär ett sådant krav nämligen att alla de skyddsregler som nämnts i avsnitten ovan får minskad betydelse. De olika skadorna kommer helt enkelt inte att aktualiseras i lika stor utsträckning. Gränsdragningsproblemen kring t ex väsentlig kostnad för betalningsändring och försämrade påverkansmöjligheter ömsesidigt förpliktigande fordringar blir inte aktuella.

Vad som skulle kunna motivera ett krav på samtycke är också de förändringar som samhället genomgått. Omsättningen av resurser i samhället är idag enorm jämfört med då cessionsprincipen myntades eller SkbrL tillkom. Likaså är möjligheterna att kommunicera helt förändrade.

Om man försöker sammanväga de faktaargument som framförts här blir utfallet emellertid att något krav på samtycke inte bör uppställas generellt. Det får mot bakgrund av kapitlet i övrigt, och i överensstämmelse med de skäl som anförs för cessionsprincipen, antas att de flesta sekundogäldenärer inte har något särskilt att invända mot omsättning samt att de invändningar som kan vara aktuella kan tillgodoses med särskilda regler.

Något intresse av samtyckeskrav från pantavtalsparternas sida föreligger knappast. Vill pantavtalsparterna ha de fördelar som ett samtycke kan ge är det inget som hindrar att de skaffar ett sådant.

5.10.3 ”Det kan normalt sett inte ha någon betydelse …”

I värdeargumentationen kan också anföras flera av de värdeargument som anförts i avsnitten ovan. Ett sådant är integritetsargumentet; att

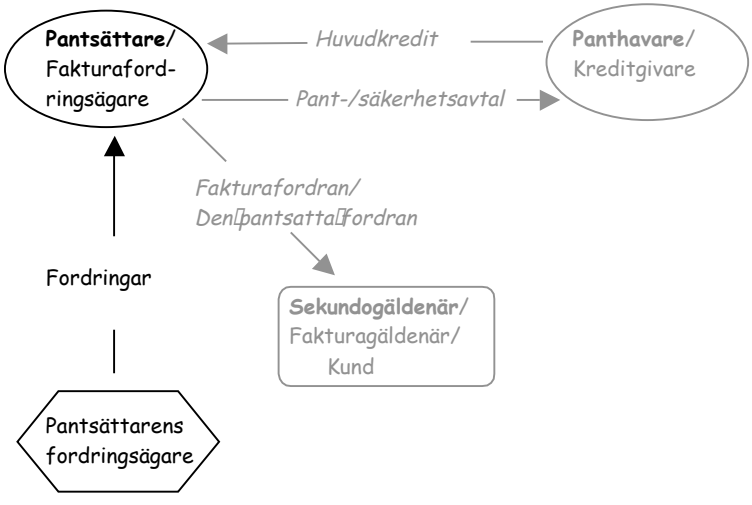
sekundogäldenären inte skall behöva tåla att uppgifter om dennes ekonomiska förhållanden sprids.

Några starka värdeargument för ett generellt krav på samtycke synes däremot inte finnas. Som anges där cessionsprincipen hävdas kan det normalt sett inte ha någon betydelse att få betala till fakturafordringsägaren personligen.

6 Skyddet för pantsättarens fordringsägare

De s k borgenärsskyddsfrågorna är centrala i krediträttsliga sammanhang. Att pantsättarens fordringsägare behöver skydd mot undandraganden av egendom och gynnanden av vissa fordringsägare är ett bekant tema. Det finns också anledning att beakta att pantsättaren, liksom varje annan gäldenär, tenderar att ta alltför stora risker för att försöka ta sig ur en ekonomisk kris. Likaså att en fordringsägarna på olika sätt kan anses lida skada av att pantsättarens agerande medför att deras fordringar prioriteras olika. Med ett konsekvent beaktande av dessa aspekter blir det bl a tydligt att det finns anledning att ge föreställningarna om de s k sakrättsliga momenten en ny beskrivning. Även om sakrättsmomenten ägnats mycket utrymme i form av olika doktriner om tradition, besittning och rådighet menar jag att det numera är mest träffande att beskriva argumentationen i oklara frågor med en princip om sakrättsliga skyddsändamål där materiella hänsynstaganden är avgörande. Det blir också tydligt att schablonmässigheten i återvinningsreglerna kan motiveras. Särskilt intressant är vidare att fordringsägarnas intressen beträffande säkerhet i s k framtida fordringar förtjänar att framhållas. Den krediträttsliga argumentationen har i denna del nämligen tenderat att inte explicit uppmärksamma dessa intressen och det finns anledning att överväga om detta möjligen berott på att man tagit utgångspunkt i objektsföreställningar.

I detta kapitel behandlas skyddet mot de skador som omsättningen kan förorsaka de tredje män som i inskränkt mening är borgenärer, eller m a o fordringsägare, till pantsättaren. Pantsättaren har alltså andra fordringsägare än panthavaren. För tydlighets skull visas här åter den skiss som jag börjat använda i kapitel 4.



Att jag valt att använda termen fordringsägare istället för den i civilrätten oftare använda termen borgenär, beror på att jag vill markera skillnaden mellan borgenärer som har respektive inte har sakrätt mot pantsättaren. Med pantsättarens fordringsägare avses således subjekt med oprioriterade fordringar eller fordringar med allmän förmånsrätt.

> Till borgenärer i vid mening hör också de tredje män som är s k singularsuccessorer eller sakrättsborgenärer och som kan skadas av omsättningen genom att de har sakrätter som kolliderar med den sakrätt som omsättningen innebär. Skyddet för sakrättsborgenärerna behandlas i kapitel 7.

En annan terminologisk anmärkning är att det i sakrättsliga sammanhang är vanligt att använda termen borgenärsskydd.[200] Det skall observeras att frågorna då angrips ur ett motsatt perspektiv än här, d v s som frågor om panthavarens skydd för sitt förvärv mot pantsättarens borgenärer. I detta kapitel är perspektivet emellertid fordringsägarnas skydd mot pantavtalsparternas disposition och panthavarens företräde. Utifrån den huvudfråga som formulerats i avsn 3.1 handlar det om – *hur rätten skyddar fordringsägarna från skador som omsättningen orsakar.*

[200] Jfr Rodhe 1984 s 172 tillskriver Schmidt denna term och härleder den till 1938. Termen är numera allmän se Hessler 1973 s 31. Håstad 1996 s 93. Folkesson 1996 s 28. Adlercreutz 1995b s 32. Lennander 1994 s 35.

Kapitlet är uppbyggt så att första avsnittet ger en generell beskrivning av de skador som fordringsägarna kan sägas drabbas av. De följande avsnitten utgår sedan från de olika former av transaktioner som kan sägas orsaka skadorna. Avsnitten behandlar det skydd rätten ger fordringsägarna mot pantavtalsparternas handlande.

6.1 Skadorna och deras orsaker

Att fordringsägarna kan sägas lida skada av pantavtalsparternas handlande beror på att det kan försämra pantsättarens förmåga att fullgöra fordringsägarnas krav. En anledning kan t ex vara att panthavaren lyckats betinga en ränta som pantsättaren inte klarar av att betala. En annan att panthavaren genom panten får företräde som medför att de övriga fordringsägarna får mindre kvar att dela på.

Fordringsägarna skadas alltså av omsättningen om pantsättaren genom omsättningen får sämre möjligheter att fullgöra sina förpliktelser mot dem. De försämrade möjligheterna, eller m a o försämrade betalningsförmågan, medför att fordringsägarnas fordringar minskar i värde.

Värdeminskningen leder till *definitiva skador* när pantsättaren går i konkurs eller utsätts för rekonstruktion och utdelningen fastställs till mindre än full utdelning. Definitiva skador uppstår också när risken för obestånd blir så stor att fordringsägarna av effektivitetsskäl blir tvungna att omförhandla sina anspråk, t ex genom underhandsackord. Likaså blir skadorna definitiva när fordringsägarna överför kreditrisken på ett annat subjekt, genom t ex överlåtelse av fordran eller kreditriskförsäkring.

Den aktuella värdeminskningseffekten kan också ha *negativ inverkan redan genom den risk* som pantavtalsparternas handlande innebär. Det kan dock vara problematiskt att beskriva redan risken som en skada.

Att risk rent generellt är något som det finns anledning att beakta finns knappast anledning att ifrågasätta. Riskproblematiken genomsyrar mer eller mindre varje näringsverksamhet och dess betydelse kan dras mycket längre än så.[201] Det är emellertid tydligt att inte varje risk som ett pantavtal medför bör beskrivas som en skada. Ett pantavtal är oftast bara en liten omständighet av alla de omständigheter som påverkar den totala risk som fordringsägarna står.

I de fall pantavtalsparternas handlande innebär särskilt stor risk kan det dock finnas anledning att beakta redan risken. Är risken och fordringsägarnas engagemang stort kan t ex deras egen kreditvärdighet

[201] Se t ex Nutek 1992 s 27–58, 1993 s 11–27.

minska. Risktagandet kan i sådana fall generellt påverka deras handlingsmöjligheter och möjligheter att generera inkomster.

Risk är m a o något negativt som det är rationellt att minimera. Detta visar sig just genom att pantavtalsparterna om de har möjlighet gärna väljer att överföra risk på fordringsägarna. Fordringsägarna skadas genom olika sådana former av handlande. De följande underavsnitten beskriver tre kategorier av sådant handlande. Den första kan sägas utgöra en delmängd av den andra som i sin tur utgör en delmängd av den tredje.

6.1.1 Undandraganden och gynnanden

En tydlig form av handlande där pantavtalsparterna överför risk eller rent av orsakar fordringsägarna definitiva skador är undandragande och gynnande handlingar. De vidtas huvudsakligen p g a ett konkret obestånd eller en mer eller mindre konkret obeståndsrisk. Ett typiskt exempel är att pantsättaren ger en av fordringsägarna säkerhet inför en nära förestående konkurs.

Särskilda varianter av undandraganden och gynnanden är s k sken- och efterhandskonstruktioner, d v s konstruktioner som företas innan ett obestånd för att kunna åberopas i händelse av sådant, respektive konstruktioner som helt skapas efter ett obestånd. Sådana sken- och efterhandskonstruktioner skadar givetvis fordringsägarna genom försämrad utdelning.

> I och för sig kan man ifrågasätta om dessa företeelser skall räknas som omsättningstransaktioner eftersom parternas avtal ofta är ogiltigt eller inte behöver ha syftet att egentligen omsätta egendom. Emellertid är syftet att handlingarna utåt skall uppfattas som omsättning samtidigt som det är just i denna relation som företeelsen orsakar skador. Skadorna är också av samma slag som vid formell omsättning utan affärsmässiga motiv. Det finns därför skäl att behandla sken- och efterhandskonstruktioner som omsättningstransaktioner eller i vart fall i samma sammanhang.

6.1.2 Risktransaktioner

Som antytts i avsnittets inledning är en annan form av skadligt handlade att pantsättaren utsätts för särskilt stor risk. Detta kan bero på att transaktionen p g a sina egna egenskaper innebär stor risk. Det kan också bero på att de risker som pantsättaren redan står är så stora att den ytterligare risken s a s får bägaren att rinna över. Ett annat sätt att beskriva förhållandet är att alla risker orsakar sin del av skadan men att

man skall bortse från de normala riskerna eftersom de m h t transaktionskostnaderna effektivast fördelas mellan samtliga.

Det är uppenbart att det är komplicerat såväl att bedöma vilka transaktioner som innebär särskilt stor risk, som att avgöra vilka transaktioner som får bägaren att rinna över. När det gäller de senare transaktionerna beror detta på att det ofta är fråga om en mängd transaktioner. Dessa påverkar varandra så att riskerna varierar och de kan innehålla olika moment som är utsträckta över tiden. Därmed blir det inte givet vid vilken tidpunkt risken för en viss transaktion skall bedömas. Då avtalet sluts kan transaktionen ligga väl inom vad bägaren tillåter men när t ex betalningen skall fullgöras kan bägaren rinna över p g a utfallet av andra transaktioner och de då rådande likviditetsförhållandena.

När det gäller riskbedömning är sådan komplicerad rent generellt beroende på att den är avhängig av så många faktorer. Flera faktorer är dessutom svåra att bedöma. En sådan svårbedömd faktor är att olika subjekt bedömer risker olika och att rykten om obeståndsrisk ökar riskerna för obestånd. Uppstår ett rykte om obeståndsrisk hos ett subjekt minskar omsättningsmöjligheterna för denne och villkoren för den kvarvarande omsättningen försämras.

Det nämnda innebär emellertid inte att det är omöjligt att bedöma vilka transaktioner som innebär särskilt stor risk och därmed kan sägas utgöra risktransaktioner. Detta sammanhänger bl a med att en väsentlig orsak till att risktransaktioner förekommer är att förfogaren har s k riskpreferens. En djupt skuldsatt gäldenär handlar rationellt när han ger sig själv en liten möjlighet till nytta mot att han utsätter sina fordringsägare för stora risker.[202] Ett antagande om fakta är att denna riskpreferens kan vara mycket stark. De litterära och cineastiska skildringarna av riskpreferensen är otaliga och nyheter om företeelsen förmedlas i en ständig ström. Som mest tydlig och skrämmande iakttas denna riskpreferens hos spelare. Konsumentkreditlagens regler om marknadsföring av kredit och i viss mån skuldsaneringslagen är andra uttryck för förekomsten av detta fenomen.

6.1.3 Olikhetsskapande transaktioner

Den tredje kategorin av orsaker till att fordringsägarna kan skadas av omsättning är helt enkelt att omsättningen skapar olikhet mellan fordringsägarna. Genom att risken kan fördelas olika får fordringsägarna olika intressen och incitament till att minska sina egna risker på de öv-

[202] Schmidt 1980 s 27.

rigas bekostnad. Härmed uppstår enligt likhetsteorin en rad kostnader.[203] Så länge fordringsägarna har olika förväntningar om hur mycket de kan få ut vid eventuell insolvens kommer det att föreligga konflikter som gör att de aldrig kan enas om hur insolvensen skall lösas.[204] Med likhetsprincipen uppnår man emellertid att vad som är optimalt för en borgenär också är optimalt för de övriga.[205] En borgenär som har informationsfördelar framför de övriga avseende t ex att det är bättre att ansöka om insolvensförfarande genast än att vänta, handlar i allas intresse om fordringsägarna är likställda. Därmed kommer den bästa informationen fram till allas nytta.[206]

Att den olikhet som omsättningen skapar mellan fordringsägarna medför icke önskvärda kostnader, eller m a o skador, kan förefalla paradoxalt. För som nämnts anses ju omsättningen vara värdeskapande enligt omsättningsteorin.[207] Man kan säga att det här föreligger en konflikt mellan två olika teorier om effektivitet. Omsättning, och framför allt säkerhetsrätt, innebär avsteg från likhetsprincipen. Även allmän förmånsrätt och företräde för massafordringar utgör sådana avsteg.[208] Alla avsteg, och i synnerhet omsättningsrätt, kan motiveras som ändamålsenliga och effektiva var för sig.[209]

Konflikten mellan de två principerna anses mycket svår att avgöra beroende på att de teoretiska ramarna för de två principerna skiljer sig åt. Omsättningsprincipen anses bygga på en statisk analys av förhållandena vid ett visst tillfälle medan likhetsprincipen endast kan förstås i ett längre tidsperspektiv.[210] Det handlar om en konflikt mellan kollektivets och individens intressen som är generell i samhället.

Den här aktuella kategorin av orsaker till att fordringsägarna skadas omfattar som nämnts de två tidigare nämnda. Skillnaden mellan risktransaktioner och olikhetsskapande transaktioner är emellertid att man i den senare kategorin beaktar även transaktioner som inte innebär särskild risk. Det är tillräckligt att de orsakar en olikhet som är påtaglig. Kategorin är därför mycket omfattande. Att skilja mellan nyttig och skadlig olikhet är en delikat uppgift.

[203] Jfr avsn 1.7.6. Schmidt 1980 s 45.
[204] Schmidt 1980 s 48.
[205] Schmidt 1980 s 49.
[206] Schmidt 1980 s 50–51.
[207] Se avsn 1.7.2.
[208] Schmidt 1980 s 91.
[209] Jfr Schmidt 1980 s 92-94.
[210] Schmidt 1980 s 95–96.

6.2 Sken- och efterhandskonstruktioner

Som nämnts kan parterna ha intresse av att på fordringsägarnas bekostnad begränsa sina skador av obestånd. Ett sätt är att företa skenkonstruktioner som kan åberopas i händelse av obestånd. Ett annat att vid ett obestånd i efterhand konstruera något som skall föreställa en transaktion. Hur dessa förfaranden orsakar skador för fordringsägarna är lätt att föreställa sig. Det är också ett bekant tema i sakrätten.

Eftersom temat är bekant är det rättsliga skyddet i vissa delar ganska klart. De oklara rättsfrågorna återfinns främst i den del som handlar om krav på sakrättsligt moment och handlar då främst om gränserna för detta skydd. Särskilda delfrågor kommer därför att lyftas fram nedan. Huvudfrågan i avsnittet är dock – *i vilken mån skall fordringsägarna skyddas mot sken- och efterhandskonstruktioner i form av säkerhet i faktura fordringar?*

Det skall noteras att vad som är av primärt intresse alltså är argument som har med skyddet mot sken- och efterhandskonstruktioner att göra. Att vissa delar av reglerna också kan motiveras av sina funktioner i andra förhållanden kommer i andra hand. Det är dock vanligt att man som stöd för den del av skyddet som består av de s k sakrättsliga momenten åberopar dessas funktioner för t ex skyddet för sakrättsborgenärerna.[211] Jag menar dock att sådana argument bör beaktas först sedan man beaktat argumenten avseende huvudproblemet.

6.2.1 Bedrägeri m m

Normargumenten för ett straffrättsligt skydd är ganska tydliga. Med stöd av BrB 9:1 skall sken- och efterhanskonstruktioner bestraffas såsom bedrägeri. Både sken- och efterhandskonstruktioner innebär ett vilseledande av fordringsägarna, i vars ställe[212] konkursförvaltaren el likn är. Genom konstruktionerna underlåter fordringsägarna att kräva att egendomen skall omfattas av deras rätt och således måste de acceptera en lägre utdelning, eller motsvarande, än vad de annars skulle ha fått. Samtidigt innebär vilseledandet vinning. Ibland kan pantsättare och panthavare dela på förtjänsten och ibland agerar den ene helt för den andres räkning.

Vid sken- och efterhandskonstruktioner som skall föreställa säkerhetstransaktioner är det kanske vanligast att det endast är panthavaren som gör direkt ekonomisk vinning. Även i sådana fall kan pantsättaren dock dra indirekt

[211] En förklaring är att ändamålsskälen är ”invävda i varandra”, se t ex Helander 1984 s 350–351. Göransson 1985 s 621.
[212] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:26–27, 1987 s 426.

vinning av vilseledandet. T ex kan pantsättaren ha planer på att driva ny verksamhet och därför ha intresse av att upprätthålla så goda kontakter som möjligt med viktiga affärspartners. Sådan indirekt vinning anses inte uppfylla rekvisitet i bedrägeriparagrafen eftersom vinningen inte följer omedelbart.[213] Emellertid belastas den ena parten med den vinning som den andra parten gör om detta är avsiktligt, BrB 23:7. Detta gäller även om den ena parten handlar helt utan vinstintresse för egen del.

När det gäller gärningsmannaskapet faller detta i typfallet på såväl pantsättare som panthavare.

Typiskt sett deltar båda aktivt i gärningen. Den ena genom att hävda konstruktionen och den andre genom att bekräfta denna. Om den ena av parterna är passiv i den meningen att han inte bekräftar den förstes uppgifter men ändå uppsåtligen drar nytta av konstruktionen fritar passiviteten inte den passive från ansvar. Även ett passivt utnyttjande av fordringsägarnas villfarelse är straffbart, jfr att blotta mottagandet av en prestation som man saknar rätt till kan vara straffbart.[214] M h t BrB 23:7 är det därför i princip straffbart att inte upplysa fordringsägarna om den andra partens konstruktion så länge uppsåtet med att inte upplysa är att ge den andra parten vinning.

Brottet fullbordas redan när fordringsägarna, genom sin representant, blir vilseledda. Även om alla fordringsägare till slut skulle få full betalning innebär nämligen redan risken för att vilseledandet skall skada att skaderekvisitet är uppfyllt.[215]

Det spelar därför ingen roll om konstruktionen därefter upptäcks och egendomen dras in i boet. Man kan också säga att fordringsägarnas fordringar blir mindre värda redan genom vilseledandet. Att de sedan stiger i värde för att konstruktionen upptäcks saknar betydelse. Under en tid har fordringsägarna varit fattigare. Jfr det straffbara handlandet att spekulera på annans risk.

Försöksstadiet uppnås då gärningsmännen hävdar respektive bekräftar konstruktionen.

Försöket blir härigenom avslutat.[216] Att fordringsägarna, genom sin representant, eventuellt inte blir vilseledd förtar inte att det är fråga om försök. För en part som inte är aktiv utan endast avser att passivt, d v s utan att bekräfta konstruktionen, utnyttja densamma för egen eller den andra partens vinning, nås försöksstadiet när han vid förfrågan eller i liknande sammanhang underlåter att röja vilseledandet.

Även förberedelse till bedrägeri kan vara aktuellt för båda parter och då om den ena parten lämnar den andra ersättning för att för att hävda konstruktionen, BrB 23:2. Däremot är stämpling inte straffbart, BrB 9:11.

[213] Jfr Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:24–25, 1987 s 428–429 och 445.
[214] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:6, 9:9, 9:14–16, 1987 s 419–421.
[215] Jfr Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:24–25, 1987 s 429–433.
[216] Jfr Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 23:6, 1982 II s 610.

Härutöver kan sken- och efterhandskonstruktioner vara straffbara såsom urkundsförfalskning och mened.

> Förutsättningarna att lyckas med sken- och efterhandskonstruktioner är i hög grad beroende av de bevis som parterna presterar. Det torde därför typiskt sett vara vanligt att någon av parterna också gör sig skyldig till urkundsförfalskning eller liknande, BrB 14:1–4, 9. Denna brottskonkurrens innebär i regel att gärningsmannen skall dömas för endast bedrägeri men att det skall nämnas i domen att detta skett medelst förfalskning. Brottet skall dock vanligen betraktas som grovt.[217] Motsvarande gäller osant intygande.[218]
>
> För en pantsättare som genomför ett insolvensförfarande kommer en sken- eller efterhandskonstruktion också att innebära att han begår mened vid avgivandet av bouppteckningsed där konstruktionen beaktats som en giltig transaktion, BrB 15:1, KonkL 6:3–5.
>
> Det föreligger också brottskonkurrens med 11:1 2 st, oredlighet mot borgenär, genom åberopande av oriktig handling.

6.2.2 Giltighetskrav

Det grundläggande civilrättsliga skyddet för fordringsägarna består med normargument i att sken- och efterhandskonstruktioner betraktas som ogiltiga avseende i vart fall det innehåll som parterna vill ge sken av.

För skenkonstruktioner finns AvtL 34 §. Av den följer att pantsättaren gentemot panthavaren inte är bunden av en skentransaktion. Även fordringsägarna anses ha möjlighet att göra invändning om sken.[219]

För efterhandskonstruktioner stadgas ogiltighet genom KonkL 3:1–2. Enligt denna saknar pantsättaren behörighet att ingå avtal efter att konkursförfarande inletts. Att efterhandskonstruktionen antedateras påverkar naturligtvis inte giltigheten i förhållande till dessa regler. Förpliktelser som en konkursgäldenär ådrar sig efter konkursförfarandet inletts blir efterställda och därmed drabbar de som regel inte fordringsägarna. Det saknar därför som regel betydelse för fordringsägarna att det i vissa fall torde vara så att AvtL 29 §, 30 §, 31 § eller 33 § skulle kunna tillämpas och efterhandskonstruktionen av fordringsägarna angripas med avtalsrättslig ogiltighet.

6.2.3 SkbrL 31 § 1 st

Det civilrättsliga skyddet består med normargument vidare av krav på sakrättsmoment. Även om panthavaren har gjort ett i och för sig giltigt och legitimt förvärv måste denuntiationskravet i SkbrL 31 § 1 st vara

[217] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:40, 1987 s 410, 452-454.
[218] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:41, 1987 s 453.
[219] Håstad 1994 s 202, 1996 s 205.

uppfyllt för att han skall få företräde framför fordringsägarna. (För företagshypotek gäller givetvis en annan regel, se nästa avsnitt, 6.2.4.)

SkbrL 31 § 1 st, jämfört med 10 §, reglerar enligt sin lydelse pant i en enstaka fordran; objektet omnämns i paragrafen som ”enkelt skuldebrev”. Det typfall som regleras är således pant i enstaka fordran. Regeln omfattar två rekvisit, ”åtgärden” och ”underättats”. Det finns en stor mängd argument angående innebörden av dessa rekvisit. Här skall anföras de normargument som kan sägas ha central betydelse för typfallet. Jag har valt att göra detta under fyra rubriker.

6.2.3.1 Meddelande

Det finns normargument som talar för att denuntiationskravet skall vara ett krav på att ett formellt meddelande är nödvändigt. Sekundogäldenären skall enligt 31 § 1 st SkbrL underrättas om åtgärden av pantsättaren eller panthavaren. Det är inte tillräckligt att sekundogäldenären fått kännedom om transaktionen på annat sätt och att den därmed blir kontrollerbar, jfr den närliggande 29 § SkbrL. Att ond tro inte är tillräckligt motiveras med att fordringsägarnas rätt inte bör ”ställas i beroende av sådana, dem icke vidkommande och mången gång mer eller mindre svårbedömda förhållanden som det här gäller.”[220] Detta förarbetsuttalande har tillmätts avgörande betydelse av de flesta författare som berört frågan. [221] Kravet synes också ha ställts i praxis.[222]

Emellertid finns det normargument som talar för att ond tro enligt 29 § SkbrL skulle vara tillräckligt. Det sägs bl a att ett ovillkorligt krav

[220] NJA II 1936 s 113, SOU 1935:14 s 116.

[221] Håstad 1996 s 256. Mellqvist/Persson 2001 s 184. Hult 1963 s 62. Hessler 1973 s 214–215, 412, jfr 373. Würtemberg/Sterzel 1953 s 137. Taxell 1949 s 74.

[222] NJA 1962 s 49 där sakrättsligt skydd ej godtogs när en bilköpare insett att säljaren överlåtit sin rätt och även meddelats att de av honom utfärdade växlarna skulle lösas genom inbetalningar till förvärvaren samt bilköparen dessutom gjort vissa inbetalningar. NJA 1965 s 224 där den omständigheten att en bilsäljares företrätt ett försäkringsbolag och sålt en försäkring inte godtogs som denuntiation. NJA 1977 s 805 rörde banks omläggning av borgensansvar till direkt fordran på borgensmännen och frågan om dessa fått sakrättsligt skydd för sekundärpant i överhypotek i företagsinteckningar som banken var primärpanthavare i. Något meddelande om sekundärpanten gjordes emellertid inte och kraven på denuntiation enligt L 1936:88 ansågs inte uppfyllda. Av referatet framgår inte klart i vilken mån banken ansågs vara i ond tro, (annat än av en skiljaktig domare i HovR). Banken borde dock ha insett att borgensmännen innan omläggningen hade subrogationsrätt och ond tro därför föreligga. (Fall beträffande frågan om ett meddelande kan anses tillräckligt tydligt, se avsn 6.2.3.3, kan i princip inte anföras i sammanhanget. Ett otydligt meddelande kan visserligen ha försatt sekundogäldenären i ond tro, men poängen är just att det inte är säkert. Den här aktuella frågan handlar om när sekundogäldenären helt klart är i ond tro och således inte kan betala med befriande verkan till pantsättaren.)

på formell denuntiation ”skjuter över målet”.[223] Den synpunkten har också framförts att praxis skulle ha godtagit vad som kan kallas ”de facto sakrättsligt skydd”.[224]

> I NJA 1958 s 478 hade en entreprenadbeställare (sekundogäldenären) fått del av en av en fullmakt enligt vilken en underentreprenör (panthavaren) skulle få uttaga och utkvittera visst belopp ur entreprenadfordringarna, under förutsättning att huvudentreprenören (pantsättaren) inte själv betalade panthavaren i enlighet med en i fullmakten angiven betalningsplan. Efter att fullmakten delgivits och godkänts betalade sekundogäldenären ändå till pantsättaren. Därefter försattes pantsättaren i konkurs. Efter att panthavaren väckt talan mot sekundogäldenären ansåg HD:s majoritet[225] att sekundogäldenären bort inse att fullmakten tillkommit för att säkerställa panthavarens rätt för fordran hos pantsättaren. Betalningen till pantsättaren hade således inte gjorts med befriande verkan och sekundogäldenären förpliktigades därför att betala till panthavaren. Eftersom HD inte uttryckligen tagit ställning till huruvida denuntiation gjorts och panthavaren ändå får rätt till betalning skulle man kunna säga att fallet ger ”de facto sakrättsligt skydd”. Detta inte minst eftersom sekundogäldenären har rätt att återkräva betalningen från pantsättaren, jfr avsnitt 5.3.3.
>
> Som normargument påverkas styrkan dock av att HD inte tagit ställning till om A skulle ha förlorat sin rätt genom konkursen. Det kan ju hävdas att A i fallet faktiskt hade uppfyllt kraven på sakrättsligt skydd i 31 § 1 st genom delgivandet av fullmakten.[226] Om vi dock tänker oss ett fall där denuntiation helt klart inte gjorts men sekundogäldenären ändå, av någon anledning, i ond tro betalar till pantsättaren, så måste man ta ställning till om betalningen *blir* befriande om pantsättaren sedan går i konkurs innan sekundogäldenären hunnit kräva tillbaka betalningen.[227]

6.2.3.2 Tidpunkt

Meddelandekravet anses med flera normargument inte innebära att sekundogäldenären måste ha tagit del av denuntiationen. Det är tillräckligt att sekundogäldenären hade kunnat ta del av denuntiationen när en

[223] Walin 1998 s 166, 186, 1997 s 203, 1975 s 18–19, 38. Helander s 473–485. Lindskog 1994a s 127–128. NJA 1977 s 530 där leverans, av egen spannmål, i annans namn ansågs tillräckligt för att ge sakrättsligt skydd och det därför kan ifrågasättas om något meddelande gjordes. I dansk doktrin talas om att 31 § och 29 § är principiellt uafhængige af hinanden, se Andersen/Werlauff 2000 s 273.

[224] Lindskog 1994b s 720, 1994a s 134. Annan uppfattning dock Lambertz 1994 s 425, Persson 1994 s 428, Henning 1994 s 75–76, Håstad 1996 s 256–257. Se även Walin 1997 s 206–207.

[225] JustR Karlgren, af Trolle och Dennemark.

[226] Jfr Henning 1995 s 77 och Håstad 1996 s 257. Lambertz 1994 s 425. NJA 1966 s 379.

[227] Henning 1995 s 76 använder beskrivningen; ”Genom [pantsättarens] konkurs upphör nämligen [panthavaren] att vara rätt borgenär, om han inte före konkursen lyckats denuntiera [sekundogäldenären].”

kontroll företas. M a o är det tillräckligt att denuntiationen kommit sekundogäldenären till handa.[228]

Även här finns emellertid avvikande normargument. Enligt en uppfattning i doktrinen borde avsändandet av denuntiationen kunna vara tillräckligt.[229] Enligt en annan måste sekundogäldenären å andra sidan ha tagit del av informationen.[230]

6.2.3.3 Åtgärdsinformation

Av SkbrL 31 § 1 st följer också att denuntiationen skall innehålla information ”om åtgärden”. Genom flera avgöranden har HD slagit fast att det i vart fall måste framgå underförstått att fordran omsatts.[231]

> Det har alltså inte ansetts tillräckligt att anmoda gäldenären att betala till ett annat subjekt eftersom detta skulle kunna uppfattas som ett inkassouppdrag utan att fordran omsatts.[232] Däremot har en sådan anmodan ansetts tillräcklig om den samtidigt innehållit en förfrågan om bekräftelse från sekundogäldenären att denne mottagit underrättelsen.[233] HD har också accepterat en underrättelse i form av att den fordringsgrundande leveransen skett i panthavarens namn.[234] Vidare har man accepterat formuleringar som ”övertagit kontraktet” när kontraktet innehållit en klausul om överlåtelserätt och en kopia av detta bifogats.[235] Följdriktigt kan hävdas att inte heller s k spärrning av bankkonto anses som tillräckligt.[236]

Däremot finns det flera normargument för att acceptera viss felaktig information om åtgärden.[237] För att undvika oklarhet avseende vem sekundogäldenären kan betala till används vid pantavtal ofta termen ”överlåtelse” istället för ”pantsättning” o likn.[238]

[228] Håstad 1996 s 259. Helander s 523–526 menar att det är den allmänna uppfattningen i Skandinavien. Würtemberg/Sterzel 1953 s 137.
[229] Walin 1977 s 200 not 11, jfr dock 1997 s 203 not 59 och 1998 s 168 notera not 12.
[230] Taxell 1949 s 74 notera not 3.
[231] Håstad 1996 s 257–258. Helander 1984 s 491–498. Jfr beträffande dansk rätt Andersen/Werlauff 2000 s 271.
[232] Jfr NJA 1977 s 20 där denuntiation med lydelsen ”Likvid för denna faktura skall tillställas: Lundabygdens Sparbank …” inte godtogs trots att i fakturan endast angivits konton som banken disponerade samt förtryckt inbetalningskort till ett av dessa konton bifogats.
[233] NJA 1943 s 399.
[234] NJA 1977 s 530, se not ovan i avsn 6.2.3.1.
[235] NJA 1978 s 99.
[236] Renman/Tillqvist 1992-93 s 669–682.
[237] Helander s 507–509.
[238] Bogdan 1981 s 530–532 tar upp om detta kan får betydelse för vem som skall denuntieras.

6.2.3.4 Rådighetspåverkan

Det nämnda åtgärdsinformationskravet hänger samman med normargument om att pantsättarens rådighet avseende den pantsatta fordringen måste påverkas. SkbrL 31 § 1 st kan i kombination med 29 § och 30 § SkbrL hävdas för att pantsättaren inte får ha möjlighet att kvarstå som sådan betalningsmottagare till vilken sekundogäldenären kan betala med befriande verkan. Med dessa regler går det också att hävda att det är tillräckligt att pantsättaren just avskärs från möjligheten att motta betalning, d v s det är inte nödvändigt att panthavaren skall ha blivit legitimerad betalningsmottagare. För att åstadkomma sådan legitimation för panthavaren måste pantsättaren denuntiera eller så måste panthavaren denuntiera med uppvisande av en skriftlig överlåtelsehandling, SkbrL 30 §. Enligt 31 § SkrbL är det emellertid tillräckligt att panthavaren denuntierar i någon form. Någon skyldighet att uppvisa skriftlig överlåtelsehandling stadgas inte. En muntlig denuntiation från panthavaren skall således tillmätas betydelse trots att den endast leder till att pantsättaren förlorar sin legitimation, SkbrL 29 §.

Härutöver finns en rad normargument som talar för att pantsättaren inte heller skall ha möjlighet att omsätta fordran på nytt. Dessa argument har stöd i de nyssnämnda reglerna analogt men kan också sägas bygga på andra normer. Ett förarbetsuttalande avseende 31 § 1 st är belysande:

> ”Nära till hands ligger däremot att såsom villkor för överlåtelsens verkan mot borgenärerna kräva att gäldenären, genom överlåtarens eller förvärvarens försorg, erhåller underrättelse – ’denuntiation’ – om överlåtelsen. En dylik denuntiation fyller det syfte som i fråga om löpande skuldebrev och lösören ligger till grund för traditionskravet; den faktiska möjligheten att förfoga över den tillgång det gäller överflyttas genom åtgärden från överlåtaren till förvärvaren.”[239]

Det hittills sagda utgör en del av den argumentation enligt vilken de sakrättsliga momenten denuntiation och tradition skall innebära ett krav på ”rådighetsavskärande”.[240] Med dessa argument är det avgörande att pantsättaren inte kan komma åt betalningen, fordran eller det värde fordran utgör.

Till saken hör dock att det också finns normargument som talar för att ett avskärande inte skulle vara tillräckligt. Istället skulle det krävas att panthavaren självständigt fick tillgång till fordran och således att panthavaren blev legitimerad betalningsmottagare. Dessa argument avser i

[239] NJA II 1936 s 113.
[240] Helander 1984 s 482-491. Jfr Håstad 1996 s 260–262 och Lindskog 1991–92 s 275–278 om att kravet kan beskrivas som avskärande av pantsättarens rådighetssken.

första hand just pantsättning och inte överlåtelse. Det nyss angivna citatet utgör dock ett allmänt argument för ett sådant mer långtgående krav eftersom ordet ”överflyttas” används. Å andra sidan finns det normargument som hävdar att ett krav på sådan ”självständig förfogandemöjlighet” inte bör ha avgörande betydelse utan att tonvikten skall ligga på rådighetsavskärande.[241]

> Det finns också andra normargument som talar för ett mindre långtgående eller i vart fall annorlunda krav i rådighetshänseende. Jag behandlar emellertid dessa i särskilda avsnitt, se nedan avsn 6.2.5.

6.2.4 FHL 1:3

Vid företagshypotek är det sakrättsliga momentet tradition. Enligt FHL 1:3 skall företagshypoteksbrevet överlämnas. Regeln bygger på allmänna principer om överlämnande av pant.[242] Normargument avseende traditionskravet vid pant i allmänhet är att panten, d v s i detta fall det papper som företagshypoteksbrevet är, inte får vara åtkomligt på ett normalt sätt för pantsättaren.[243] Det handlar här om samma norm om rådighetsavskärande som nyss anförts avseende denuntiationskravet.

Härifrån finns det normargument för generella undantag. Panthavaren anses nämligen också ha skydd för sin panträtt om säkerheten hamnat i pantsättarens besittning tillfälligtvis i panthavarens intresse, av misstag eller p g a egenmäktigt förfarande från pantsättaren.[244] För företagshypoteksbrev är det sannolikt bara de två senare fallen som kan bli aktuella.

> I ett mycket vanligt fall av avtal om företagshypotek är det inte fråga om ett överlämnande av företagshypoteksbrevet. Vid avtal om säkerhet i ett företagshypoteksbrev som ännu inte sökts uppfylls det sakrättsliga momentet redan vid inskrivningsmyndighetens utfärdande om det i ansökan angivits att företagshypoteksbrevet skall sändas till panthavaren.[245]

[241] Helander 1984 s 471–473, 485–491, 414–435. Walin 1991 s 83–85, 1998 s 87–89. Rodhe 1985 s 391–400. Håstad 1994 s 277–282, 1996 s 287–292. NJA 1996 s 52. Jfr JustR Svensson i NJA 2000 s 88.
[242] I SOU 1981:76 s 141 anger man ”vanliga handpanträttsliga regler” som grund.
[243] Se NJA 1956 s 485. NJA 1975 s 638.
[244] Se t ex Håstad 1994 s 280, 1996 s 288–292. Helander 1984 s 391–398. Panthavarens intresse: NJA 1956 s 485, NJA 1986 s 409. Misstag: NJA 1958 s 422, NJA 1983 s 103.
[245] Walin 1995 s 39.

6.2.5 Ytterligare ändamåls- och rådighetspåverkandenormer

Till sammanhanget hör också några andra normargument som hävdats för i vart fall de särskilda omständigheter där de blivit aktuella. Samtliga framhåller denuntiations- och traditionskravens funktioner att försvåra sken- och efterhandskonstruktioner. I samtliga hänvisas också till rådighetsavskärandeterminologin.

6.2.5.1 Investorleasingnormen

Det finns ett normargument som kan hävdas för att det skall vara tillräckligt att panthavaren har *möjlighet att överta rådigheten* avseende betalningen. Sekundogäldenären kan då fortsätta att betala till pantsättaren under förutsättning att sekundogäldenären meddelats att panthavaren förvärvat panträtt och har rätt att begära betalning till sig. Ett sådant argument kan hämtas från HD:s[246] domskäl i NJA 1995 s 367 II. Eftersom fallet gällde s k investorleasing benämner jag detta argument investorleasingnormen.

Eftersom investorleasingnormen tydligt avviker från normargumenten om rådighetsavskärande ligger det nära till hands att beskriva investorleasingnormen som ett undantag. Normens tillämpningsområde kan då sägas vara begränsat till just investorleasing eller i vart fall till fordringar som utgör avkastning av sålt eller pantsatt lösöre som innehas av tredje man. Fordringar som pantsättaren därför är skyldig att redovisa till panthavaren.[247]

> I rättsfallet hade ett finansbolag finansierat kunders förvärv av lösöre genom s k finansiell leasing. Finansbolaget avtalade sedan med andra subjekt, s k investorer om vad som kan beskrivas som försäljning av finansbolagets rätt till lösörena och tillhörande leasingavgifter. Syftet var huvudsakligen att investorerna skulle kunna utnyttja dessa rättigheter i skatteplaneringshänseende. Leasingkunderna meddelades om investorernas förvärv men fortsatte att betala sina leasingavgifter till finansbolaget och behöll givetvis sin rätt och besittning till lösörena.

Det kan också hävdas att det är nödvändigt att förfogandelegitimationen avseende den pantsatta fordran som sådan, inte bara avskärs utan överflyttas till panthavaren. I domskälen anges att rådighetsövertagande är en faktor som haft betydelse i avvägningen. Formuleringen i domskälen

[246] JustR Vängby, Jermsten, Lind, Lennander och Regner.

[247] Jfr dock Mattson 1988 s 525–526 om argument för en generell möjlighet för separationsrätt till medel som pantsättaren uppbär för panthavarens räkning. Motsatt uppfattning Håstad 1996 s 161, 1988 s 236–237. Jfr Lindskog 1989–90 s 213–217. I sammanhanget kan nämnas att det förekommer villkor i factoringavtal som förpliktigar pantsättaren att, omedelbart, redovisa belopp som sekundogäldenärer felaktigt betalar till pantsättaren.

behöver dock inte ges denna betydelse. Istället kan det hävdas att formuleringen anspelar på den formulering i förarbetena som redovisats ovan i avsn 6.2.3.3.

> Ur domskälen: ”Den fråga som i stället blir av avgörande betydelse är, i vad mån en denuntiation som innehåller ett meddelande om, att betalningar i enlighet med ett överlåtet hyresavtal i fortsättningen får göras till överlåtaren som uppdragstagare åt förvärvaren, kan fylla funktionen att förhindra efterhandskonstruktioner och transaktioner som inte är allvarligt menade då de företas. Härvid kan beaktas, att de i målen aktuella hyresavtalen utgör avkastning av egendom vilken i och för sig överlåtits med giltighet mot borgenärerna.
>
> Till att börja med kan konstateras att även en denuntiation, som innehåller ett meddelande av nu nämnd innebörd, ger en yttre manifestation av den företagna rättshandlingen och därför som sådan kan fungera som ett hinder mot efterhandskonstruktioner. Det är vidare klart att även en sådan denuntiation överflyttar legitimationen att överlåta och pantsätta den överlåtna egendomen från överlåtaren till förvärvaren. Härtill kommer att förvärvaren, såsom uttryckligen framhållits i denuntiationen, har möjlighet att när som helst meddela tredje mannen att uppdraget upphört och att alla betalningar i fortsättningen skall ske till förvärvaren själv.
>
> I beaktande av det som nu sagts får det anses väga mindre tungt att överlåtaren, trots att han inte har någon rätt att förfoga över medlen för egen del, ändå erhåller ett visst sken av rådighet under den tidrymd som inträffar mellan det att han uppburit betalning och det att han redovisat den till förvärvaren.”

Till saken hör att HD även avseende lösöret accepterat att finansbolaget inte blev avskuren rådigheten. Det ansågs tillräckligt att investorerna erhöll en möjlighet att överta rådigheten. Normargumentet att avkastningsfordringar skall följa de sakrättsliga förhållandena för lösöret får därmed liten styrka i sammanhanget.

6.2.5.2 Flergäldenärsnormen och sekundärpantsättningsnormen 1980

För de fall det är flera sekundogäldenärer som ansvarar finns det normargument för att det skall vara tillräckligt att denuntiera en av dem.[248]

Det finns också särskilda normargument för ett speciellt fall med flera sekundogäldenärer. För de fall pantsättaren pantsatt överhypoteket i en enstaka fordran till en andrahandspanthavare, finns det normargument för att sekundogäldenären måste denuntieras även om andrahandspantsättningen. I NJA 1980 s 197 menade HD[249] att sekundogäldenären annars skulle få en möjlighet att betala överhypoteket med

[248] Walin 1998 s 191. Håstad 1996 s 306. Helander 1984 s 486. NJA 1993 s 34. Jfr även denuntiation till samägare av lösöre där dock en samägare besitter vilket kan vara avgörande.
[249] JustR Gyllensvärd, Hesser, Höglund, Mannerfelt och Rydin.

befriande verkan till pantsättaren och att kontrollen underlättas ifall sekundogäldenären blir underrättad om varje pantsättning.

> Ur domskälen: ”Ett väsentligt syfte med den i skuldebrevslagen föreskrivna skyldigheten att underrätta gäldenären är att -- liksom vid tradition av löpande skuldebrev och lösören -- avskära pantsättaren från den faktiska möjligheten att förfoga över det pantsatta. Ytterligare ett skäl att kräva sådan underrättelse är att pantsättningen skall kunna kontrolleras av utomstående, så att påhittade eller till sin tidpunkt oriktigt angivna transaktioner försvåras (se NJA II 1936 s 112 ff, jfr s 116 f). Om inte kravet på underrättelse till gäldenären upprätthålls även vid andrahandspantsättning av enkelt skuldebrev, skulle gäldenären kunna få möjlighet att med befriande verkan betala pantsatt överhypotek till pantsättaren (jfr 29 § skuldebrevslagen). Och vad angår underrättelsepliktens uppgift att möjliggöra kontroll är det tydligt att, om enkelt skuldebrev pantsätts till flera kreditgivare, kontrollen underlättas ifall gäldenären blir underrättad om varje pantsättning.”[250]

Det är då att märka att en norm av innebörden att det är tillräckligt att denuntiera en av sekundogäldenärerna innebär att pantsättaren har viss rådighet. En sekundogäldenär kan då vara i faktisk god tro om pantsättningen och det skulle då kunna hävdas att han kan betala med befriande verkan till pantsättaren.

Förhållandena vid pantsättning av överhypotek är motsvarande. En norm av innebörden att det är tillräckligt att denuntiera sekundogäldenären innebär att pantsättaren har viss annan rådighet. Det kan bl a hävdas att primärpanthavaren, om han är i god tro om sekundärpantsättningen, kan redovisa med befriande verkan till pantsättaren. Det finns därför normargument för att även primärpanthavaren måste denuntieras eller åtminstone måste försättas i ond tro.[251] Sedan rättsfallet

[250] En anmärkning beträffande fallet: Den omständigheten att det i referatet talas om att primärpanthavaren fått pant i en ”del av” fordran saknar betydelse, vilket referatet också helt korrekt speglar. Det var inte så att sekundärpanthavaren fått pant i en annan del av fordran på sekundogäldenären utan i just den delen som primärpanthavaren fått pant i, se det inledande stycket av referatet av HD:s skäl samt HD:s aktmaterial. Förhållandet skulle faktiskt kunna ha beskrivits som att det inte alls var fråga om sekundärpant utan om pant i den framtida redovisningsfordran på panthavaren. I denuntiationen som pantsättaren skickade till banken (primärpanthavaren) instruerade man nämligen banken att ur den del (640 000 kr) som de skulle få från sekundogäldenären erlägga 78 813 till Edstrands (sekundärpanthavaren/redovisningsfordringspanthavaren). Hade saken lagts fram som en fråga om sakrättsligt skydd i en framtida redovisningsfordran hade utgången kanhända blivit en annan, jfr Walin 1998 s 194, men kanske ändå inte m h t NJA 1973 s 635. Angående det (mindre) lämpliga i att laborera med sekundärpantfordran och redovisningsfordran som två olika objekt, se avsn 7.5.

[251] Håstad 1980 s 104. Rodhe 1985 s 400. Helander 1984 s 517–520. Jfr även HD:s majoritet (Gyllensvärd, Hesser, Höglund, Mannerfelt och Rydin) i NJA 1986 s 217 – ”Till den del andrahandspantsättningen omfattat redan influtna eller kommande betalningar till factorn har således factorn och inte kunderna intagit ställning av gäldenär i för-

NJA 1980 s 197 hävdas det dock på flera håll i doktrinen att det är tillräckligt med denuntiation till sekundogäldenären. Som skäl anges bl a att fallet annars blir missvisande.[252]

6.2.5.3 Factoringnormen 1986

För sekundärpantsättning vid factoring finns ett annat normargument i rättsfallet NJA 1986 s 217. Enligt detta är det istället tillräckligt att denuntiera primärpanthavaren. HD:s majoritet[253] menade här att sekundogäldenärerna trots att de inte meddelats saknade möjlighet att betala ens någon del av de pantsatta fordringarna till pantsättaren. Det ansågs nämligen inte möjligt att utröna huruvida en viss fordring behövdes för att täcka huvudkrediten.[254] För den händelse att så skulle blivit fallet p g a att factoringavtalet avslutades menade majoriteten att primärpanthavaren varit förpliktigad att inte meddela sekundogäldenärerna att huvudkrediten täckts utan att samtidigt informera om existensen av en sekundärpanthavare.

Majoriteten menade också att möjligheterna att kontrollera tillgodosågs redan genom att någon utomstående meddelades.

> Ur domskälen: ”Tydligt är att önskemålet att kunna kontrollera rättshandlingar av det slag som här är i fråga blir tillgodosett så snart underrättelse om pantförskrivningen skett till någon utomstående.” –
>
> – ”I allt fall så länge rättsförhållandet mellan säljaren och factorn bestått har kunden med hänsyn till denna underrättelse inte kunnat med befriande verkan betala till säljaren. Viss tvekan på denna punkt skulle kunna hysas, om det varit möjligt att beträffande någon särskild kundfordring utröna huruvida den helt eller till viss del varit obehövlig för täckning av factorns fordran på säljaren. I den mån så varit fallet med fordringen får nämligen kunden anses ha ägt att med befriande verkan betala till säljaren. Factoringförhållandet är emellertid sådant att det - trots att kundfordringarna inte i sin helhet utan, som här, till 80 procent av sitt sammanlagda värde utgjort underlag för factorns säkerhet - inte varit möjligt att utröna huruvida en viss kundfordring varit helt eller delvis obehövlig för täckning av factorns fordran på säljaren.” –
>
> – ”För det fall att factoringavtalet upphört att gälla skulle kunderna inte ha ägt förlita sig på ett meddelande därom enbart från säljaren, med verkan att de i fortsättningen kunde betala till honom och inte till factorn. Ett sådant meddelande från factorn skulle åter ha medfört sådan ändring av betalningsmottagare. Factorn har emellertid till följd av den underrättelse han mottagit om andrahandspantsättningen varit förhindrad att så länge denna

---

hållande till säljaren. I fråga om betalningar som influtit till factorn har följaktligen denuntiationen under alla förhållanden skolat ske hos factorn och inte hos kunderna.”

[252] Walin 1998 s 190. Håstad 1980 s 111, 1996 s 304–306. Jfr Bogdan 1981 s 526. Rodhe 1984 s 400. Hessler 1983 s 188.

[253] JustR Höglund, Vängby, Jermsten och Lind.

[254] Vilket Bogdan 1981 s 528–529 hade hävdat.

bestått medverka till att kunderna i fortsättningen betalade direkt till säljaren."

6.2.5.4 Ställföreträdarnormerna

Det finns också särskilda normargument för de fall omsättningstransaktionen görs mellan en juridisk person och dess ställföreträdare. Dessa fall är speciella av bl a det skälet att den fysiska besittningen över föremål alltid utövas av den fysiska personen och således alltid av den ena parten i avtalet. I frågan finns flera normargument som kan hävdas för olika lösningar.

Med vissa normargument kan det hävdas att traditionskravet kan uppfyllas för i vart fall transaktioner i den ena riktingen. Enligt två rättsfall har ställföreträdaren ett visst utrymme för att uppfylla traditionskravet gentemot den juridiska personens fordringsägare.

Ett fall är NJA 2000 s 88 där HD[255] ansåg att det sakrättsliga momentet uppfyllts då en av tre ställföreträdare för ett aktiebolag fått säkerhet i ett företagshypoteksbrev. HD menade att ställföreträdarskapet i sig inte var hinder för sakrättslig verkan, åtminstone inte när ställföreträdaren själv är panthavare. Eftersom företagshypoteksbrevet förvarats hemma hos panthavarställföreträdaren och inte varit åtkomligt för någon av de två övriga ställföreträdarna, ansågs upplåtelsen sakrättsligt giltig.

Till fallet hör också ett särskilt yttrande (av JustR Svensson) som hävdar att tradition kan godtas även om företagshypoteksbrevet bara flyttats mellan lådor i ett gemensamt bostads- och kontorsutrymme. Den bristande publiciteten hos en sådan åtgärd kan kompenseras av att säkerhetsställandet tas upp i den årsredovisning som registreras hos PRV.[256] Det kan då nämnas att det i domskälen nämns att ställföreträdaren antecknats som innehavare i företagshypoteksregistret.

I det nyssnämnda fallet hänvisas till NJA 1958 s 422. HD[257] menade där att en ställföreträdare fått sakrättsligt skydd för säkerhet i förlagsinteckningar som han vid pantsättningen lagt i sitt personliga bankfack. Även om fallets rubrik gäller en annan fråga (nämligen om den omständigheten att inteckningarna av misstag hamnat i den juridiska personens kassaskåp skulle bryta det sakrättsliga skyddet) ifrågasätts alltså inte att traditionskravet kan uppfyllas vid transaktioner mellan en juridisk person och dess ställföreträdare. En omständighet som kanhända hade betydelse för att man inte reflekterade över frågan var att det faktiskt skett en fysisk förflyttning av inteckningarna. Ställföreträdaren hade först förvarat inteckningarna i ett personligt bankfack och sedan hade de hamnat i ett av bolaget disponerat kassaskåp.

Normargument i motsatt eller inskränkande riktning finns i form av två andra fall.

[255] JustR Magnusson, Svensson, Danelius, Lennander och Håstad.
[256] Jfr Millqvist 1999–2000 s 906–907 om "redovisningen som sakrättsmoment".
[257] JustR Ljungren, Romanus, Digman och Dennemark.

I NJA 1972 s 246 menade RR[258] att pantsättaren, ett aktiebolag, inte frånhänts rådigheten över inteckningar, när dessa mottagits av en person som visserligen företrädde panthavaren, stiftelsen Metodistkyrkan, men som samtidigt var VD i aktiebolaget. Domskälen är ytterst knapphändiga och något principiellt resonemang kring rådighetsavskärandekravet förekommer inte. HovR och HD anför heller inga domskäl utan fastställer bara respektive underinstans beslut.[259]

Motsvarande utgång finns RH 1990:116. Med hänvisning till 1972 års fall menade HovR[260] att en ensam firmatecknare för ett aktiebolag, vid förvärv av en motorbåt från sitt bolag, inte kunnat avskära bolaget från rådigheten över båten.

Det skall påpekas att domskälen i de båda fallen är mycket knapphändiga och att de omständigheter som låg bakom förefaller vara ganska speciella, även om inte domstolarna har redovisat vilken hänsyn de tagit till detta. I båda fallen framgår det av referaten att bevisningen om vad som egentligen hänt kan ha varit ganska svårvärderad. I vart fall anfördes i båda fallen ganska uppseendeväckande påståenden om vad som hänt m h t den skriftliga bevisning som fanns. Notabelt är också att man i båda fallen kunde ha uppfyllt de sakrättsliga momenten om man förfarit på annat sätt. I 1972 års fall genom att låta någon annan inneha inteckningarna för stiftelsens räkning och i 1990 års fall genom publikation enligt lösöreköpslagen.

I doktrinen har man utifrån de nämnda rättsfallen formulerat en uppfattning om att man möjligen kan utläsa en misstroendeprincip i HD:s skäl. Denna skulle innebära att panthavaren i ställföreträdarfall misstros inte bara avseende transaktionens korrekthet utan också avseende sin vilja att verkligen upprätthålla ett rådighetsavskärande. Detta senare misstroende prövas inte materiellt utan det är tillräckligt att det finns en formell grund för misstroende. En effekt av en sådan lösning skulle kunna vara att vissa transaktioner från ställföreträdaren till den juridiska personen inte kan vinna sakrättsligt skydd, medan tradition från den juridiska personen till ställföreträdaren skulle kunna gå bra.[261] Argumentationen förefaller dock i huvudsak framförd i kritiskt syfte.

6.2.6 Sakrättsmomentens effektivitet

Det skydd som ovan skissats med normargument består av två eller tre delar som i stort sett överlappar varandra. En del är de straffrättsliga reglerna om bedrägeri m m, en annan de civilrättsliga ogiltighetsreglerna och den tredje kraven på sakrättsliga moment. Detta överlappande skydd motiveras givetvis med att de olika delarna inte anses tillräckligt effekti-

[258] Björling, Sellert och Munck.
[259] (HovR) Bladh, Albemark, Malmberg. (HD) Edling, Nordström, Conradi, Höglund och Welamson.
[260] Didón, Grobgeld och Lilja Hansson.
[261] Jfr Lindskog 1991–92 s 275–285. Håstad 1986 s 225–226.

va var för sig. De straffrättsliga reglerna kan sägas otillräckliga m h t svårigheterna att styrka brottsligt agerande i ett förväntat stort antal fall. Svagheten i de civilrättsliga reglerna om ogiltighet och sakrättsliga moment är att de inte innebär särskilt stor risk för förlust. Utan risk för sanktioner, i form av straff och skadestånd, utgör sken- och efterhandskonstruktioner mer eller mindre endast vinstmöjligheter. De straffrättsliga reglerna når också igenom civilrättsliga ansvarsbegränsningar i form av bolagsbildningar o likn.

Ett annat förhållande mellan de olika delarna av skyddet är att de straffrättsliga reglerna och de civilrättsliga ogiltighetsreglerna är mer kvalitativa, medan kraven på sakrättsmoment utgör schablonregler. Det spelar ingen roll om pantavtalsparterna haft ett legitimt syfte eller ens att pantavtalet kan beskrivas som gynnsamt även för fordringsägarna – utan sakrättsmoment inget företräde för panthavaren.

Av de ovan angivna normargumenten framgår att det främst är skyddet i form av sakrättsliga moment som omfattar oklara rättsfrågor. Av de olika citat som angivits framskymtar också att faktaargument tillmäts stor betydelse avseende denna del av skyddet. I faktaargumentationen kan det hävdas att det inte är nyttan av sken- och efterhandskonstruktioner som skall vägas mot fordringsägarnas skada. Enligt en beskrivning genererar sken- och efterhandskonstruktioner nämligen inte någon nytta. Konstruktionerna har inte sin grund i att parterna värderar omsättningsobjektet olika och därför delar på ett övervärde, jfr avsnitt 1.7.2. Istället är det fråga om att parterna tillgodogör sig ett värde helt på tredje mans bekostnad. Vad faktaargumenten handlar om är därför förhållandet mellan fordringsägarnas skador och de skador i form av framför allt transaktionskostnader som ett skydd innebär för omsättningen i övrigt, d v s för andra legitima transaktioner.

6.2.6.1 Nyttan med sakrättsmoment som skydd mot sken- och efterhandskonstruktioner

Nyttan med sakrättsmoment bygger på antagandet att det är lättare att behandla bevisfrågor avseende ett sakrättsligt moment än bevisfrågor avseende ett avtals legitimitet. När panthavaren får företräde framför fordringsägarna redan genom avtalet föreligger praktiska bevisproblem. Ett avtal kan komma till stånd utan att någon annan än parterna får kännedom om avtalet. Frågan om vilka beviskrav som skall ställas för att förvärvet skall anses styrkt blir besvärlig eftersom bevisningen kan komma att endast härröra från avtalsparterna som båda talar i eget intresse. Det sakrättsliga momentet är däremot ett *yttre kontrollerbart faktum*. Beviskrav avseende ett sådant faktum är lättare att hantera. I förarbetena

till SkbrL är det första argument som anges för ett sakrättsmoment att man utan kontrollmöjlighet öppnar en alltför lätt utväg för uppdiktade konstruktioner.[262]

I princip medför kravet på sakrättsmoment att det blir omöjligt att lyckas med en *efterhandskonstruktion* när det sakrättsliga momentet är denuntiation eller publikation.

> Termen publikation omfattar alla olika former av registreringsförfarande o likn och skiljer sig från denuntiation bl a genom att det vanligtvis är ett officiellt subjekt som handhar registreringen.[263]

För att transaktionen skall godkännas måste respektive moment ha vidtagits innan den kritiska tidpunkten och detta är i princip omöjligt såvida inte tredje man går att manipulera. Möjligheterna härför kan antas vara större vid denuntiation än publikation eftersom tredje man vid publikation är ett officiellt subjekt. När det gäller traditionskravet har detta däremot antagligen ganska liten försvårande effekt för efterhandskonstruktioner eftersom endast parterna behöver vara inblandade i en tradition.

När det gäller *skenkonstruktioner* antas kraven på sakrättsmoment ha olika avhållande effekter beroende på omständigheterna. I de fall pantsättaren har intresse av att behålla samma position till egendomen verkar kravet på sakrättsmoment avhållande i den mån det innebär att positionen inte kan bibehållas. För enkla fordringar är det antagligen i första hand förändringar avseende möjligheterna att uppbära betalning som kan ha avhållande effekt. En annan positionsförändring som kan verka avhållande är om skenpanthavaren genom kravet på sakrättsmoment får möjlighet att illojalt tillgodogöra sig fordran. Möjligen finns det också en tredje avhållande effekt om positionen förändras så att skenpantsättaren inte snabbt kan förfoga över fordran. Andra avhållande effekter kan förekomma om sakrättsmomentet innebär att transaktionen *synliggörs*. Genom synliggörandet kan risken för upptäckt öka eller tidigareläggas. Synliggörandet kan i vissa fall också innebära goodwillförluster. Exempelvis uppfattas omsättning av fakturafordringar ibland som ett tecken på bristande finansiell förmåga, jfr avsnitt 1.6.1. Om skenkonstruktionen vidtas för att s a s försäkra parterna mot en risk för obestånd kan man tala om att goodwillförlusten ökar premien för denna försäkring. Just osäkerheten kring om försäkringen kommer att behövas kan verka avhållande. Vidare kan det finnas en avhållande effekt i de fall uppfyllandet av sakrättsmomentet är förenat med mer beaktansvärda

[262] NJA II 1936 s 112.
[263] Publikationstermen används i förarbetena till SkbrL, se NJA II 1936 s 115.

kostnader. Om risken för underkännande av en planerad skenkonstruktion är stor blir pantsättaren mindre benägen att satsa vad som krävs.

Det sagda avser sakrättsmomentens möjligheter. Till argumenten om nyttan av dessa hör emellertid också hur många fall av sken- och efterhandskonstruktioner som dessa schabloner kan förhindra. Ett sådant antagande är att det handlar om ganska få fall. I doktrinen har ett sådant antagande om sakrättsmomenten generellt formulerats – ”skjuter vi inte mygg med kanon?”[264] För just säkerhet i fordringar finns dock antaganden om att riskerna är större än generellt. Risken för sken- och efterhandskonstruktioner antas nämligen vara större vid pantsättning än vid överlåtelse och större för fordringar än för lösöre.[265]

Till nyttan hör också sakrättsmomentens effekter avseende dubbeldispositioner o likn risktagande. Denna nytta skall dock värderas i det sammanhanget, se avsn 6.3.

6.2.6.2 Kostnader för sakrättsmoment

Mot den nämnda nyttan av sakrättsmomenten skall ställas de kostnader dessa orsakar för legitima transaktioner.

Ett antagande är att kostnaderna avseende denuntiationskravet är ganska små om hänsyn tas till att panthavarens vilja att även utan sådana krav åstadkomma någon form av betalningsändring och inskränkning av pantsättarens förfogandemöjlighet. Härmed inte sagt att panthavaren alltid har sådana önskemål. Många panthavare skulle säkert kunna nöja sig med att ha företräde till utestående fordringar i konkurs och med en möjlighet att överta rådigheten när de anser att detta krävs m h t pantsättarens agerande.[266]

Det sistnämnda innebär en lösning som påminner om företagshypotek. I ett motsvarande resonemang om kostnaderna för traditionskravet är dessa generellt sett betydligt större om pantsättaren måste ta ut ett nytt företagshypoteksbrev. Finns ett sådant redan tillgängligt är kostnaderna däremot små.

Ett antagande om de faktiska kostnaderna är att denuntiation är relativt kostsamt såvida inte denuntiationen kan bifogas en faktura som ändå skall skickas till sekundogäldenären. Att meddela sekundogäldenärerna är förenat med kostnader för framför allt administration. Möjligen kan man dock tala om att kostnaderna är relativt små när en denuntiation till en viss sekundogäldenär avser ett stort belopp; nyttan kan

[264] Håstad 1994 s 209.
[265] SOU 1995:11 s 160–161.
[266] Jämför t ex den norska factoringpanten, omnämnd i bl a avsn 4.5.2.2.

nämligen antas vara större ju större belopp en omsättningstransaktion gäller.

Till kostnaderna kan också räknas de legitima fall som underkänns för att det sakrättsliga momentet inte uppfyllts. Ett antagande är att detta rör sig om ganska få fall när det handlar om kreditsäkerhet i fakturafordringar. Panthavare som vill ha säkerhet i fakturafordringar antas ha god kunskap om vad som krävs i detta avseende.

6.2.6.3 Effektiviteten hos sakrättsmomenten är inte självklar

En närmare avvägning mellan nyttan och kostnaderna avseende sakrättsmoment är ganska komplicerad. Såsom argumenten framställts ovan kan det närmast framstå som om sakrättsmomenten är ineffektiva. Kostnaderna kan förefalla överväga nyttan om vi som här begränsar oss till effekterna avseende sken- och efterhandskonstruktioner. Emellertid saknas det anledning att dra en så bestämd slutsats. För att argumentera i de oklara rättsfrågorna kring sakrättsmomenten är det tillräckligt att konstatera att nyttan av skyddet av sakrättsliga moment inte är alldeles given. Den kan diskuteras och kanske t o m ifrågasättas.

> Som framgått består argumenten av ganska lösa antaganden. Det finns givetvis anledning att närmare försöka utröna effektiviteten hos kraven på sakrättsmoment och särskilt gäller detta i lagstiftningssammanhang. En sådan undersökning faller emellertid utanför temat för denna avhandling. Ett exempel på ett försök i denna riktning är SOU 1995:11 om konsumentköp. Mot bakgrund av bl a antagandet att konsumentköpsformen sällan används för sken- och efterhandskonstruktioner har mot bakgrund av sådana argument traditionsprincipen också övergivits till förmån för en avtalsprincip.[267]

6.2.7 Närmare om sakrättsmomentens effektivitet

I föregående avsnitt har det framgått att denuntiation omöjliggör efterhandskonstruktioner såvida inte denuntiationsmottagaren kan manipuleras. Tradition ger typiskt sett ett sämre skydd eftersom en sådan inte blandar in någon tredje man. Angående skenkonstruktioner har det antagits att det synliggörande som denuntiation medför kan ha avhållande effekter mot sken. Detsamma gäller de begränsningar i möjligheterna att komma åt fordran och betalningen som olika grad av rådighetspåverkan kan innebära.

[267] Konsumentköplagen 49 §. SFS 2002:587. Prop 2001/02:134. SOU 1995:11 s 142-162. Se också Göransson 1985 s 666–685. Håstad 1994 s 208 och 211–212 med hänvisningar till tidigare lagförslag, jfr 1996 s 215–216.

Mot bakgrund härav kan man beskriva sakrättsmomentens skyddseffekter utifrån olika komponenter. Vi kan då tala om en kontrollerbarhetskomponent, en synliggörandekomponent och en rådighetskomponent. Kontrollerbarhetskomponenten har effekt som skydd mot efterhandskonstruktioner och de två övriga har effekter avseende sken.

De olika komponenternas effekter är olika starka beroende på vilka kvalitetskrav som ställs. Nyttan och kostnaderna varierar med dessa kvalitetsnivåer. Denna variation skall belysas i det följande.

> Det finns här anledning att åter understryka att det handlar om nytta i förhållande till ett skydd mot sken- och efterhandskonstruktioner, men att de sakrättsliga momenten också har andra skyddseffekter, inte minst för fordringsägarna, se avsnitt 6.3.2–3 och för andra subjekt 7.2, jfr 8.8.4.2. Om det här hävdas att skyddseffekterna är effektiva eller ineffektiva i förhållande till kostnaderna innebär det således inte ett allmängiltigt påstående.

6.2.7.1 Kontrollerbarhet

Nyttan av kontrollerbarhet är beroende av graden av tillförlitlighet. För att det skall föreligga någon kontrollerbarhet måste informationen vara tillförlitlig. Eftersom de inblandade pantavtalsparterna inte själva är tillförlitliga när det handlar om sken- och efterhandskonstruktioner är det yttre faktorer och information från tredje man som har betydelse för tillförlitligheten.

Besittningen av ett företagshypoteksbrev kan under vissa omständigheter vara en yttre omständighet som är ganska tillförlitlig. Sannolikheten för att besittningen beror på en efterhandskonstruktion kan vara låg. Det kan dock antas att det ibland tvärtom är så att besittningen inte alls har någon signifikans. Att flytta ett företagshypoteksbrev är bokstavligen gjort i en handvändning, särskilt vid transaktioner mellan juridiska personer och deras ställföreträdare. Med faktaargument kan man därför hävda att nyttan av tradition som skydd mot efterhandskonstruktioner är ganska liten. Däremot är information från andra subjekt såsom en bekräftelse på innehavarregistrering av företagshypoteksbrevet, uppgifter från en registrerad årsredovisning eller vittnesuppgifter från någon som pantavtalsparterna inte själva valt, tillförlitlig i ganska hög grad.

Vid denuntiation görs kontrollen alltid med en tredje man. Svagheten ligger i möjligheterna att manipulera denne. Att pantavtalsparterna fritt skulle kunna välja ett subjekt innebär därför en lösning med ganska liten avhållande effekt mot sken- och efterhandskonstruktioner. I linje härmed och mot bakgrund av de ovan angivna normargumenten avseende sekundärpantsättning kan hävdas att det typiskt sett är lättare att manipulera ett subjekt än två, och än mindre om det handlar om ett stort antal sekundogäldenärer. Nyttan med ett dubbelt denuntiationskrav

är därför i princip högre än med ett enkelt. Nyttan av krav på dubblering skall dock inte överdrivas. En panthavare som agerar i maskopi med pantsättaren kan oavsett denuntiationskrav hävda att huvudfordran är 100 % av säkerhetens värde.

Det sistnämnda förutsätter att det inte ställs långtgående krav på att pantavtalsinnehållet skall gå att kontrollera. Nyttan av kontrollerbarhet ökar i princip nämligen ju högre krav som ställs på information om åtgärden. Med hänvisning till den i normargumenten väckta frågan om åtgärdsinformation kan detta faktaargument således sägas tala för att denuntiationen ger sådan information. Trots bokföring o likn informationskällor kan det antas att utrymmet för efterhandskonstruktioner av detta slag inte är obetydligt.

Ett annat faktaargument är att det typiskt sett är mer effektivt att föra bevisning om huruvida ett meddelande kommit någon tillhanda, än om ond tro hos någon.[268] I det sagda ligger också argument för ett krav på faktisk denuntiation och inte bara ett krav på ond tro. Ytterligare faktaargument till nackdel för ett ondtroskrav är att en felaktig ond tro kan utnyttjas för efterhandskonstruktioner. Frekvensen av fall där detta vore möjligt måste dock antas vara ganska obetydlig.[269]

En annan fråga som nämnts i normargumentationen är om denuntiationsmottagaren måste ha tagit del av denuntiationen eller om det är tillräckligt att den kommit till handa eller avsänts. Faktaargument är här att kontrollerbarheten är något större med ett tillhanda-krav än med ett avsändandekrav. Ett avsändande kan inte i lika hög grad kontrolleras med någon oberoende utomstående. Skillnaden skall dock inte överdrivas. Än mindre är skillnaden mellan ett krav på till handa respektive tagit del. Kontrollerbarheten i förhållande till fordringsägarna synes lika hög i båda fallen. En skillnad är däremot att kostnaderna kan antas bli högre med ett krav på tagit del. För ett tillhanda-krav framför ett krav på tagit del har det sagts att pantavtalsparterna inte bör möta svårigheter att råda över tidpunkten för rättshandlingens sakrättsliga fullbordan.[270]

> Utrymmet för att lyckas med en efterhandskonstruktion kan antas vara tämligen begränsat efter att denuntiationen kommit sekundogäldenären till handa. Det handlar i så fall om att smuggla in denuntiationen bland gäldenärens inkommande och ännu inte öppnade post eller icke avlyssnade telefonmeddelanden o likn.

[268] Vilket alltså ligger bakom meddelandekravet, se ovan avsn 6.2.3.1, fordringsägarnas rätt bör inte ”ställas i beroende av sådana, dem icke vidkommande och mången gång mer eller mindre svårbedömda förhållanden som det här gäller.” NJA II 1936 s 113.
[269] Lindskog 1994a s 130 menar att han har svårt att se att ond tro som krav skulle öppna några dörrar för efterhandskonstruktioner.
[270] Håstad 1996 s 259. Helander 1984 s 523–526. Se även ovan avsn 6.2.3.2.

Mot de nämnda olika graderna av nytta skall ställas kostnaderna för motsvarande nivåer.

När det gäller företräde p g a företagshypotek innebär som sagt andra åtgärder än tradition ökad kontrollerbarhet. Att registrera innehavet av ett företagshypoteksbrev är avgiftsfritt och kostnaderna för den egna insatsen försumbara.[271] Transaktionskostnaderna av att invänta årsredovisning och registrering av denna kan innebära en betydande inskränkning om detta vore det enda alternativet. Nyttan av den kontrollerbarhet som registrering innebär kan därför antas överväga kostnaderna.

Kostnaderna för denuntiation kan som sagt vara betydande. I jämförelse med den ganska obetydligt ökade nyttan av dubbel denuntiation överväger kostnaderna ganska snart. För sekundärpant vid factoring är detta mycket tydligt.[272] Motsvarande kan antas för sekundärpant i enstaka fordringar såvida det inte handlar om en transaktion som medför särskilt stor nytta eller kostnaderna för dubbel denuntiation är särskilt små.

Eftersom nyttan av krav på denuntiation till ett sekundogäldenär som redan vet om omsättningstransaktionen är liten kan kostnaderna synas överväga denna nytta. Det kan med lagstiftaren till skuldebrevslagen dock antas att nyttan av att föra bevisning om meddelande istället för bevis kring ond tro är så betydande att fakta talar för ett meddelandekrav. Likaså kan det antas att ett meddelande många gånger ändå behövs för att legitimera panthavaren. Kostnader skall därför inte överdrivas.[273]

Detsamma gäller nyttan av att informera någon som redan vet om en betalningsändring om pantåtgärden.

Kostnaderna för att vid en denuntiation som ändå skall genomföras också ge mer utförlig information om att det är fråga om pantavtal och huvudkreditens belopp etc är små.[274] Sådan närmare information har dock den negativa effekten att denuntiationsmottagaren får viss infor-

[271] Enligt PRV juli 2002 är registreringen avgiftsfri och frekvensen av registreringar från borgenärer mer än 90 %. Registrering innebär ett praktiskt sätt att säkra en snabb kontakt med andra panthavare, KFM och konkursförvaltare.

[272] HD:s majoritet (Höglund, Vängby, Jermsten och Lind) lägger uttryckligen stor vikt vid detta faktaargument i NJA 1986 s 217.

[273] NJA II 1936 s 113 ”Att kravet på denuntiation skulle leda till rättslivets oskäliga betungande lärer ej med fog kunna påstås.” Möjligheterna att kommunicera har ju sedan tagit några steg sedan 1936.

[274] Att denuntiation ändå skall ges kan antas vara det helt dominerande förhållandet. Undantag kan tänkas om panthavaren först haft ett indrivningsuppdrag vilket sedan omförhandlas till ett pantavtal. Har sekundogäldenären då redan meddelats om indrivningsuppdraget krävs en ny denuntiation.

mation om pantsättarens ekonomi. Ett krav på sådan information kan ha avhållande effekter även för legitima transaktioner. Kanske skulle det medföra en tendens att istället använda överlåtelser. En annan olägenhet för pantavtalsparterna har att göra med att de kan ha svårt att bedöma hur det avtal de har ingått skall klassificeras.

> En plikt att uppge sådan information kan för övrigt också vara värdeladdad, jfr avsn 5.2.2.6. Jfr dock den norska spesialitetsprinsippen som är en institutionalisering av just sådan informationsgivning.[275]

6.2.7.2 Synliggörande

En annan komponent i sakrättsmomenten är alltså synliggörandekomponenten eller insatskomponenten. Den har effekter som antas skydda mot skenkonstruktioner, dels genom att informationen kan spridas till sådana subjekt som kan reagera och därmed öka upptäcktsrisken, dels genom att pantavtalsparterna riskerar att förlora en insats i form av nedlagda kostnader eller förlust av goodwill. Dessutom kan fordringsägarnas reaktion bli att de säger upp sina avtal och skenpantsättaren kan härigenom drabbas ännu hårdare.

Nyttan av synliggörande ökar med den spridning synliggörandet får. Innehavarregistrering av företagshypoteksbrev och dubbeldenuntiation som innebär information till ett stort antal sekundogäldenärer har därför större nytta än tradition och enkeldenuntiation till endast primärpanthavaren. I princip är nyttan av närmare information om åtgärden också betydelsefull.

Eftersom kostnaderna för att nå den här nämnda nyttan är desamma som avseende kontrollerbarhet kan hänvisas till föregående avsnitt i denna del. Det kan antas att nyttan av synliggörande inte har avgörande betydelse för de avvägningar mot kostnaderna som gjorts där.

6.2.7.3 Rådighetspåverkan

För den tredje komponenten varierar nyttan med graden av rådighetspåverkan. Störst effekt mot skenkonstruktioner har ett övertagande av rådigheten eftersom pantsättaren då utsätts för risken att skenpanthavaren är illojal. En skenpanthavare kan förskingra betalningen eller omsätta säkerheten vare sig den består av en fordran eller företagshypoteksbrev.[276] Motsvarande riskeffekt har inte ett rent rådighetsavskärande där

[275] Panteloven 1:4.

[276] Beträffande företagshypotek anges i förarbetena att omsättning av skenpanthavare är den enda form av omsättning som en säkerhetshavare kan företa avseende företagshypoteksbrev, SOU 1981:76 s 143, jfr avsn 7.7 nedan.

varken pantsättare eller panthavare kan komma åt egendomen utan den andres godkännande eller exekutivt understöd. Även ett rådighetsavskärande har emellertid den viktiga effekten att möjligheterna att uppbära betalning försämras. Består rådighetspåverkan endast av en möjlighet för panthavaren att överta rådigheten nås däremot mycket små effekter avseende frekvensen av skenkonstruktioner.

För den i normargumenten antydda frågan om sekundärpant kan det antas att effekten av det ytterligare rådighetsavskärande som denuntiation till sekundogäldenären har är ganska obetydliga. Effekterna är antagligen något större vid sekundärpant i enstaka fordran än vid factoring o likn, men nyttan avseende sken- och efterhandskonstruktioner måste i båda fallen kunna bortses från. Rådigheten är ändå i huvudsak förlorad genom primärpantsättningen; i vart fall om denna inneburit ett rådighetsövertagande. Det är generellt sett fråga om tillfälligheter då förhållandena blir sådana att pantsättaren kan komma åt överhypoteket.

Kostnaderna för att nå de skyddseffekter som ett rådighetsavskärande antas ge är betydande om pantavtalsparterna inte av andra anledningar ändå vill ha ett rådighetsavskärande. För panthavaren kan ett rådighetsavskärande vara önskvärt eftersom risktagandet då minskar. I de fall rådighetsavskärandet inte är önskat får pantavtalsparterna emellertid kostnader för betalningshantering.

I ställföreträdarförhållanden kan kostnaderna för att åstadkomma ett rådighetsavskärande vara oöverstigliga. Det kan helt enkelt vara omöjligt att alls åstadkomma någon rådighetspåverkan. I första hand gäller detta dock då den juridiska personen i sin helhet ägs av ställföreträdaren. Detta påverkar betydelsen av ett rådighetsavskärande vid transaktion från ställföreträdaren till den juridiska personen. I sådana fall begränsas utrymmet att genom skenkonstruktion undandra ställföreträdarens fordringsägare egendom. Egendomen kommer ju då ändå att ingå i ställföreträdarens förmögenhetssfär genom ägandet av den juridiska personen.

6.2.8 Något om nyttan med vissa former av transaktioner

Som nämnts handlar de faktaargument som framförts om sakrättsmomentens effektivitet som skydd mot sken- och efterhandskonstruktioner. Mot denna effektivitet har ovan ställts de kostnader som sakrättsmomenten orsakar för legitima transaktioner. Till faktaargumenten hör som nämnts också sakrättsmomentens effekter i andra avseenden än för sken- och efterhandskonstruktioner. Dessa effekter skall behandlas i särskilda avsnitt. Här finns det dock anledning att

anmärka att det kan finnas anledning att ta hänsyn till att nyttan av olika former av omsättning kan variera. Att parterna haft en vilja att åstadkomma en viss resursfördelning innebär inte nödvändigtvis att den är nyttoskapande i vid mening, jfr avsn 3.3–4.

I fallet att ställföreträdaren ensam äger den juridiska personen, kan man ifrågasätta om transaktionen alls kan skapa någon nytta i form av övervärde. Det är ju då strängt taget bara fråga om en formell omfördelning av den fysiska personens egendom. Mot detta kan dock anföras att sådana transaktionsmöjligheter kan vara viktiga för viljan att driva företag. De kan vara ett instrument för den fysiska personen att gynna sin privata ekonomi samtidigt som han kan sätta en gräns för sitt risktagande. Till saken hör å andra sidan att risken för såväl sken- som efterhandskonstruktioner antagligen är särskilt stor i just ställföreträdarförhållanden.

För sekundärpantsättning vid factoring, investorleasing o likn kan den samhällsekonomiska nyttan av verksamheten ifrågasättas. Likhetsteorier gör sig särskilt starkt gällande just beträffande säkerhet på marginalen. Allra tydligast har dock ifrågasättande varit beträffande samhällsnyttan av investorleasing. [277] Motivet bakom investorleasingföreteelsen är nämligen i huvudsak att minimera skatten för de inblandade subjekten. Den ”egendom” som omsätts är inte ens i parternas föreställningsvärld leasingobjekten och fordringarna utan ”avskrivningsunderlag”.[278] Panthavaren är i princip helt ointresserad av såväl äganderätten som avkastningen annat än i skatterättslig mening. Den avkastning och den besittning som ofta är förknippat med ägande utgör närmast en olägenhet för parterna.

> *Sett ur denna synvinkel* är det näst intill en lustifikation att HD[279] i investorleasingfallet uttrycker att man kan tolerera att pantsättaren-finansbolaget har kvar ett ”visst sken av rådighet”, se avsnitt 6.2.5.1 ovan.[280] I den här gjorda beskrivningen är det ju i praktiken finansbolaget som är spindeln i nätet bakom ett investorleasingupplägg och finansbolaget som verkligen råder över egendomen. Om det är någon som kan sägas ha ett sken av rådighet är det investorn. Tydligen har HD emellertid haft ett annat perspektiv som kanhända är mer motiverat.

Mot nämnda faktaargument står dock att parternas tänkta resursfördelning, såsom investorleasing, kan vara en relativt spridd företeelse.

[277] Även i den krediträttsliga argumentationen, se Håstad 1994 s 252.
[278] Enligt uppgift såldes upplägen emellanåt med marknadsföring som just gick ut på att ”köpa avskrivningsunderlag”. Oavsett om och i vilken mån detta är sant kan man föreställa sig de pedagogiska problem som ”säljarna” måste ha haft att lansera dessa upplägg till dem som var det minsta skeptiska.
[279] JustR Vängby, Jermsten, Lind, Lennander och Regner.
[280] NJA 1995 s 367: s 387.

Ett underkännande kan då ställa till stor oreda i form av konkurser med påföljande effekter på arbetsmarknaden etc.[281]

6.2.9 Sakrättsmomenten har en stark men inte oantastlig ställning för pantförhållanden

Värdeargument i frågan om skydd mot sken- och efterhandskonstruktioner är först och främst att sådana konstruktioner anses helt förkastliga och skall motarbetas. På ett allmänt plan kan man tala om att sådana konstruktioner utgör ett hot mot rättens legitimitet. Om sådana konstruktioner lyckas i alltför hög grad urholkas också lojaliteten hos övriga aktörer.

Emellertid finns också värdeargument mot krav på sakrättsliga moment, i vart fall mot alltför onyanserade sådana.

6.2.9.1 Allmänna värdeargument om krav på sakrättsmoment

Värdeargument mot att alls uppställa sakrättsmoment gäller i första hand inte pantförhållanden utan överlåtelse. Dessa bygger på att det är oskäligt att den som gjort ett legitimt förvärv skall drabbas. Hänvisningar görs gärna till utländsk rätt där den s k avtalsprincipen råder i flera fall.[282] Emellertid anförs dessa argument i första hand för annan egendom än fordringar.

> Det senaste ifrågasättandet har som nämnts resulterat i lagändring med införande av avtalsprincip vid konsumentköp. Bakom lagändringen ligger värdeargument i hög grad. Ett exempel är att förskottsbetalande köpare som är konsumenter skall ha företräde redan genom avtalet eftersom fordringsägarna inte har något ”befogat anspråk” på att få tillgodogöra sig både egendomen och förskottsbetalningen.[283] Vad man är ute efter är antagligen skillnaden mellan professionella kreditgivares medvetna risktagning och konsumentens omedvetna och ibland oavsiktliga kreditgivning genom förskottsbetalning.

För pantavtal och andra säkerhetstransaktioner dominerar istället argument om skydd mot sken- och efterhandskonstruktioner. Det har åtminstone tidigare också framförts värdeargument om att skiljelinjen mellan företrädesberättigade och övriga kan dras med hjälp av den uppoffring som besittningsavståendet innebär rättfärdigar säkerhetsha-

[281] Jfr Brækhus 1994 s 150–151 angående den norska Eltema-dommen Rt 1987.35 om factoringpant.
[282] Se t ex sammanfattningarna i Håstad 1994 s 204–205 och i SOU 1995:11 s 139–141 samt Göransson 1985.
[283] SOU 1995:11 s 151.

varnas företrädesrätt.[284] Nuförtiden har man ett mer realistiskt präglat synsätt där argument som tar sikte på vilka subjekt som skall ha företräde dominerar.[285]

Ett i detta sammanhang intressant exempel på att sakrättsmomenten vid pant har en stark ställning är följande avgörande angående sekundärpant vid factoring:

> Finska HD[286] avgjorde i NDS 1989 s 215 frågan om pantsättning av överhypoteket vid factoring på annat sätt än HD gjorde i NJA 1986 s 217. Med explicit stöd av i stort sett endast normargument menar domstolen att sekundogäldenärerna måste denuntieras. Eftersom förhållandena i det finska fallet emellertid var sådana att andrahandspantsättningen företagits redan i samband med förstahandspantsättningen förelåg inte de praktiska problem som var avgörande i det svenska fallet. Som Helsingfors hovrätt påpekar kunde sekundogäldenärerna därmed "... utan svårighet ha underrättats på samma gång som om förstahandspantsättningen." Faktapremisserna blev därmed inte alls framträdande såsom i det svenska fallet och man kan fråga sig om det inte är just detta som gör att domstolarna kommer till olika slut. Premisserna framstod helt enkelt som olika för de båda domstolarna även om normen var densamma.

I dansk doktrin och praxis synes man dock vid factoring ha accepterat denuntiation till enbart factorn.[287]

6.2.9.2 Värdeargument för nyanserade sakrättmoment

Det finns också värdeargument som kan åberopas för en nyanserad syn på sakrättsmomenten. Sådana argument har framförts avseende denuntiationsregelns närmare utformning. Hit hör argument av den typen att en viss flexibilitet på en viss punkt är rimlig eller systematisk. Ett exempel är att det avseende ett meddelandekrav sagts att ett sådant synes "främmande" och "apart" då sekundogäldenären redan är i ond tro. I vart fall om "de facto" sakrättslig effekt kan nås genom att sekundogäldenären felaktigt betalar till pantsättaren. [288]

Det är också möjligt att anföra värdeargument för att ta särskilda hänsyn till att det sakrättsliga momentet varit svårt att uppfylla. I vart fall om kontrollerbarheten ändå är betryggande. Således kan det t ex hävdas att det är orimligt att en ställföreträdare inte skall kunna använda avtalskonstruktioner i förhållande till den juridiska personen. Samma sak kan uttryckas som att det inte är traditionsprincipens syfte att underkänna sådana upplägg.

[284] Hessler 1973 s 361.
[285] Det har jag åtminstone själv hävdat i en artikel, se Martinson 1999.
[286] Ailio, Takala, Nikkarinen, Nybergh och Paasikoski.
[287] Andersen/Werlauff 2000 s 289.
[288] Lindskog 1994 s 721.

Jämför frågan om inkråmsöverlåtelse från en juridisk person till en annan med samma ställföreträdare där det föreslagits att omskyltning o likn åtgärder kanske kan vara ett sätt att uppfylla de sakrättsliga kraven.[289] En annan fråga är ställföreträdares tillskjutande av apportegendom till ett aktiebolag. Här får det anses vara en i det praktiska rättslivet helt accepterad ordning att de i ABL föreskrivna åtgärderna, med bl a registrering, är tillräckligt.

Man kan i sammanhanget jämförelsevis också uppmärksamma två lagreglerade undantag. Det ena återfinns i SkbrL 31 § 3 st som innebär att det inte är nödvändigt att denuntiera sekundogäldenärerna vid avhändande av rörelse och de där i ingående fordringarna. Motiveringen är att det skulle medföra stora besvär att företa en mängd denuntiationer och att avhändelsen blir kontrollerbar genom att det sakrättsliga momentet för de lösören som ingår i rörelsen uppfylls.[290] M a o kan man säga att kontrollerbarhets- och synliggörandekomponenterna uppfylls. Samtidigt skulle denuntiationen ofta innebära att sekundogäldenären betalar på samma sätt, d v s till samma konto, som innan avhändandet. Undantaget gäller endast försäljning, inte säkerhetstransaktioner.

Det andra lagreglerade undantaget gäller löpande skuldebrev. Enligt 22 § 2 st SkbrL behöver tradition inte ske då en bank säljer löpande skuldebrev. Undantaget har sin förklaring i att bankerna i stor omfattning säljer värdepapper åt klienter och därefter förvaltar värdepapperen för klienternas räkning. Med hänsyn till bl a de bokföringskrav och den allmänna kontroll som bankerna är underkastade ansågs undantaget inte vara någon fara för undandraganden. M a o kan man även här säga att kontrollerbarhets- och synliggörandekomponenterna uppfylls. Även detta stadgande avser försäljning.[291]

Till saken hör då att dessa värden talar för att godta helt andra åtgärder än de formella sakrättsliga momenten. För den händelse att detta är aktuellt skall det påpekas att det synes ganska betydelselöst att samtidigt ställa krav på åtgärder som skall föreställa sakrättsliga moment.[292] Att t ex kräva att en ställföreträdare som ensam helt äger den juridiska personen flyttar ett företagshypoteksbrev till en plats där han endast förvarar föremål som är hans mer privata blir i många förhållanden nästintill löjeväckande, jfr ett krav på att uttala orden ”hokuspokus”. Visserligen kan man säga att förflyttningen materialiserar något som påverkar ställföreträdarens bild och minne av transaktionen, men något starkt argument är detta inte.

[289] Håstad 1994 s 218.
[290] NJA II s 115. Würtemberg/Sterzel 1947 s 139, 1953 s 139.
[291] Würtemberg/Sterzel 1947 s 110–111, 1953 s 110 not 2.
[292] Jfr JustR Svensson i NJA 2000 s 88.

6.2.10 Vissa slutsatser om denuntiation

Vilka slutsatser kan då dras mot bakgrund av de ovan angivna argumenten? I vilken mån skall fordringsägarna skyddas mot sken- och efterhandskonstruktioner?

Tydligt är att skyddet kan beskrivas som tre delar vilka till stor del överlappar varandra; en straffrättslig del med bedrägeri som huvudbrott, en ogiltighetsdel enligt vilken varje sken- och efterhandskonstruktion är ogiltig samt en del med formella krav på uppfyllande av sakrättsligt moment. De två förstnämnda delarna innebär en mer kvalitativ prövning, medan sakrättsmomenten utgör ett schabloniserat skydd. Oklarheter kring skyddets omfattning återfinns främst avseende de sakrättsliga momenten.

De oklarheter som antytts ovan kan delas upp i tre rättsfrågor kring vissa rekvisit i SkbrL 31 § 1 st samt en mer övergripande fråga om hur en generell beskrivning av de sakrättsliga momenten kan formuleras. I detta avsnitt beskriver jag de tre rättsfrågorna rörande SkbrL 31 § 1 st. Den övergripande frågan behandlas i nästa avsnitt 6.2.11.

6.2.10.1 Meddelandekrav

En fråga som väckts kring 31 § 1 st SkbrL är om ett formellt meddelande måste genomföras även om sekundogäldenären redan är i ond tro?

Normargumenten för ett sådant krav är ganska starka. Den övervägande uppfattningen i doktrinen synes vara att ett sådant krav bör ställas.

Bland faktaargumenten är det främst nyttan av att föra bevisning kring meddelande istället för kring ond tro som talar för ett meddelandekrav. Denna nytta antas överväga de kostnader som är förenade med att meddela, särskilt som det antas att ett meddelande många gånger ändå behövs för att legitimera panthavaren. Någon beaktansvärd försämring av möjligheterna att lyckas med sken- och efterhandskonstruktioner innebär ett meddelandekrav dock inte.

Således talar såväl norm- som faktaargument övervägande för ett meddelandekrav. Eftersom frekvensen av sken- och efterhandskonstruktioner inte antas bli påverkad av ett meddelandekrav kan värdeargumenten kan möjligen sägas tala emot. Värdeargumenten har emellertid inte den styrkan att de bör ges avgörande betydelse. Ett meddelandekrav är därför motiverat även vid ond tro hos sekundogäldenären.

6.2.10.2 Tillhanda-krav

En annan fråga kring 31 § 1 st SkbrL rör vid vilken tidpunkt panthavaren når företräde?

Normargumenten överväger för att panthavaren skall nå företräde då denuntiationen kommit sekundogäldenären till handa. I faktahänseende synes skillnaderna mellan de tre alternativen avsändande, tillhanda och tagit del vara ganska små, men möjligen ändå beaktansvärda. Avsändandetidpunkten har då den nackdelen att den öppnar för något större möjlighet till manipulation. Nackdelen med tidpunkten tagit del är att kostnaderna synes bli något högre än för tillhanda-tidpunkten. Några framträdande värdeargument synes inte finnas. Att panthavaren får stå risken för att meddelandet kommer tillhanda är inget anmärkningsvärt.

Kravet som bör ställas i detta avseende är därför att meddelandet skall ha kommit sekundogäldenären tillhanda.

6.2.10.3 Åtgärdsinformationskrav

Den tredje för SkbrL 31 § 1 st specifika frågan är i vilken mån denuntiationen måste innehålla information om ”åtgärden”?

Normargumenten är ganska tydliga avseende att det i vart fall måste framgå underförstått att fordran omsatts. Det finns också normargument som kan anföras för att det inte är nödvändigt med någon närmare information om villkoren för omsättningen, t ex anses beskrivningen ”överlåtelse” duga även om det inte är fråga om en sådan.

Bland faktaargumenten har det viss betydelse att en närmare information om t ex rätt omsättningsform och vid säkerhet vilket belopp huvudkrediten avser, kan minska utrymmet för vissa efterhandskonstruktioner. Jag avser då efterhandskonstruktioner där pantavtalsparterna hävdar att huvudkrediten omfattar hela säkerheten. Kostnaderna för sådan information kan inte anses särskilt höga. Däremot kan det antas att ett sådant informationskrav i viss mån verkar avhållande även för legitima transaktioner. Att det sistnämnda också har en värdeaspekt i att det är laddat att behöva sprida information om sina ekonomiska förhållanden, skall inte överdrivas. Faktasidan av argumentet är väger här tyngre.

Jag menar att faktaargumenten här bör tillmätas stor betydelse. De normargument som kan anföras för att fel information kan anges är däremot inte särskilt beaktansvärda eftersom de inte beaktat dessa faktaargument. Då är den möjliga tolkningen av lagregelns lydelse med krav på meddelande ”om åtgärden” minst lika beaktansvärd. Vad som talar för att trots allt beakta de nämnda normargumenten är att föreställningen om dessa är väl spridd och att det skulle strida mot det allmänna värdeargumentet förutsebarhet att inte tillmäta dem avgörande betydelse. Detta värdeargument väger här så starkt att min slutsats blir att det

endast bör ställas krav på att denuntiationen skall uttrycka att fordran omsatts.

> Om man inte delar min bedömning av de nämnda normargumentens styrka i kombination med värdet förutsebarhet kan slutsatsen istället bli att åtgärdsinformationen skall vara korrekt avseende omsättningsformen, i vart fall så långt detta nu är möjligt för parterna att bedöma. Det vore då också möjligt att kräva att den skall innehålla information om huvudkreditens storlek. Är denna rörlig bör detta och belåningstaket anges. De nackdelar i form av otydlighet som pantterminologin kan ha i förhållande till sekundogäldenären, är betydelselösa. Det är i det avseendet bättre att denuntiationen klart anger att betalning endast får göras till panthavaren än att endast termen överlåtelse anges.

6.2.11 Sakrättsliga skyddsändamål och tradition

Den övergripande frågan om en generell beskrivning av de sakrättsliga momenten har upptagit en stor del av den tankemöda som lagts inom krediträtten under det senaste århundradet. Att uttala sig i ämnet är därför förenat med viss risk. En risk har att göra med att det är svårt att vinna acceptans för ett uttalande eftersom så många har så välgrundade uppfattningar om sakernas förhållande. En annan risk är att missa något argument som är bra och som skulle leda till en annan slutsats. Allra bäst vore kanske därför att hålla en låg profil och dra ganska försiktiga slutsatser.

Emellertid har jag utifrån de argument jag funnit haft svårt att göra en beskrivning som tillgodoser denna försiktighetsrekommendation. Jag menar nämligen att det numera är svårt att förstå kraven på sakrättsmoment utifrån någon beskrivning som tenderar att begränsa sig till en viss aspekt, såsom traditions-, besittnings- eller rådighetsterminologin. Argumentationen kring rättsliga bedömningar i frågan är nu så berikad av fakta- och värdeargument och försök till materiella hänsynstaganden, att en sådan mer formell syn inte längre är tidsenlig.[293] Man skulle kunna tala om nya traditioner vid sidan av traditionsprincipen.

[293] Lindskog 1999 s 296–297 och S Myrdal 2002 s 234–235 har gjort liknande iakttagelser. S Myrdal beskriver förhållandena – ”Sedan i vart fall ett drygt decennium pågår en utveckling mot en mer ändamålsbetonad, eller pragmatisk, tillämpning av traditions- och denuntiationsprinciperna.” Han kommer också till en liknande slutsats som jag gjort. Jag håller visserligen inte med honom om att en fortsatt utveckling utefter den beskrivna linjen innebär att traditionsprincipen håller på att urholkas i sådan mån att man kan ifrågasätta om den adekvat beskriver ”gällande rätt”, (d v s om den är en användbar beskrivning). Jag håller heller inte med om att ”rättsläget får betraktas som osäkert” och att ”denna oklarhet är … otillfredsställande”, (s 214). Jfr M Johansson 1997 s 343. Däremot håller jag med om att ”skräddarsydda lösningar” är nödvändiga liksom att det är angeläget att ange i domskälen vilka avvägningar som ligger bakom eventuella sådana, (s 230–231).

Ser vi till normargumenten ovan avser de mest framträdande argumenten kontrollerbarhet. Framträdande är också argument som ger rådighetsavskärandet en central betydelse. De nämnda argumenten uppträder vanligen i samband med att det framförs argument om *skyddsändamålen* med de sakrättsliga momenten. Ofta på så sätt att huvudsyftet anges vara just att motverka sken- och efterhandskonstruktioner. Dessa fakta- och värdeargument tillmäts mycket stor betydelse. Om fördelarna med en viss ordning anses överväga riskerna för sken- och efterhandskonstruktioner tvekar man inte att förorda sådana lösningar. Bra och tydliga exempel är argumentationen i NJA 1986 s 217, NJA 1995 s 367 och NJA 2000 s 88. Det finns också många exempel i litteraturen.[294]

Utifrån betydelsefulla delar av denna argumentation skulle man kunna beskriva kraven på tradition och denuntiation med de tre komponenter som ovan använts i faktaargumentationen. Det skulle m a o handla om kontrollerbarhet, synliggörande och rådighetspåverkan. Kravet skulle kunna uttryckas som att panthavaren ges företräde om dessa tre är uppfyllda i tillräcklig mån. Härvid kan en hög uppfyllandegrad av en komponent kompensera en låg nivå för en annan. Exempelvis var rådighetspåverkan låg i investorleasingfallet 1995 samtidigt som kontrollerbarheten och synliggörandet var relativt stort. För factoringfallet var rådighetspåverkan ganska hög, men det handlade inte om ett totalt avskärande. Däremot var kontrollerbarheten god och det förelåg ett synliggörande.

Vad det handlar om är m a o en i viss mån materiellt inriktad prövning. Denna inriktning är principiellt intressant. I princip kan ju de sakrättsliga momenten beskrivas som formella krav. Att en transaktion är legitim saknar som sagt betydelse om inte dessa formkrav är uppfyllda. Med den ovan gjorda beskrivningen handlar det visserligen fortfarande om formkrav och schablonskydd, men utformningen och gränsdragningen påverkas alltså av materiella överväganden.

Den gjorda beskrivningen kan förstärkas med en benämning. Det kan finnas anledning att markera att de materiella övervägandena kan sägas principiellt avvika från de mer formellt inriktade krav som termen traditionsprincip tenderar att associeras med. Således bör det bli fråga om en term som beskriver att det förekommer moment av materiella

---

Jag menar att vi behöver konstruera bra beskrivningar på de avvägningar som domarna gjort och på de argument som vi behöver kommunicera i denna problematik. Är det inte det som all den möda som lagts i dessa frågor egentligen handlat om?

[294] Se t ex Helander 1984 s 348–349, 377–380, 415–416, 477–478. Lindskog 1991–92 s 285. Håstad 1996 s 260–262.

hänsynstaganden. Beskrivningen *sakrättsliga skyddsändamål* kan fylla en sådan funktion.[295] Med denna lyfter man fram att det handlar om att skydda fordringsägarna mot sken- och efterhandskonstruktioner.

Härmed inte sagt att termen skyddsändamål bör ha ett brett genomslag. För typfallen finns det inte tillräcklig anledning att överge beskrivningen traditionsprincip. Ett överlämnande utgör ett enkelt sätt att uppfylla en tillräcklig grad av såväl kontrollerbarhet som synliggörande och rådighetspåverkan. Traditionsprincipen är en bra beskrivning av detta förhållande och dessutom är den också mycket användbar som verktyg eftersom den är välkänd. Därför bör en närmare avvägning, utifrån bl a vad jag ovan beskrivit om att uppfylla de tre momenten kontrollerbarhet, synliggörande och rådighetspåverkan i tillräcklig mån, främst användas just i överensstämmelse med när de materiella hänsynstagandena varit aktuella, d v s för oklara rättsfrågor. Vad det handlar om är alltså en stödprincip till traditionsprincipen.[296]

Vid användandet av det verktyg som en sådan stödprincip utgör blir det av stor betydelse att explicit försöka uppmärksamma de olika intressen som måste avvägas. Likaså att ange hur avvägningarna gjorts, se vidare kapitel 10.

6.3 Ytterligare förfoganden

Som nämnts i avsnitt 6.1.2 kan en pantsättare ha en riskpreferens som kan vara mycket stark. Denna riskpreferens kan yttra sig i dubbelförfoganden, d v s i att pantsättaren förfogar över säkerhetsobjektet flera gånger till olika panthavare och förvärvare på ett sådant sätt att förfogandena kommer i konflikt med varandra. En variant av sådant förfa-

[295] Jfr Andersson H 1993 s 19, 159–162 och se dennes beskrivning av skyddsändamålsterminologins bakgrund s 130–156. Observera dock att jag i första hand är ute efter att använda termen skyddsändamål.

[296] Eftersom avsikten således är att beskriva en stödprincip vore en alternativ beskrivning att använda termen flaggningsprincip. Denna term lyfter då fram att det är kontrollerbarhet och synliggörande som framhävts i argumentationen i oklara rättsfrågor. Nackdelen med termen flaggningsprincip är dock att den inte speglar det mått av materiella överväganden som jag beskrivit ovan. Den lämnar också rådighetspåverkandekomponenten i skymundan. En annan tänkbar term skulle ta sikte på just de tre komponenter jag beskrivit. I avsaknad av en term som kan fånga alla dessa skulle det kunna bli ”principen om kontrollerbarhet, synliggörande och rådighetspåverkan”. I jämförelse menar jag dock att termen sakrättsliga skyddsändamål är bättre lämpad eftersom den lyfter fram syftet att skydda mot sken- och efterhandskonstruktioner. Den håller också öppet för att andra moment och aspekter än de jag framhållit och som kan behöva beaktas i de konstruktioner som avvägningarna inneburit.

rande är att pantsättaren själv utnyttjar betalning som han mottagit för panthavarens räkning.

> För tydlighetens skull bör det påpekas att samma objekt kan pantsättas flera gånger utan att pantsättningarna kommer i konflikt med varandra om en senare panthavare är medveten om att det finns tidigare panthavare. Sådana pantavtal är s k sekundärpantavtal.

Såväl dubbelförfoganden som förfoganden över betalningen kan innebära skada för fordringsägarna genom att riskerna för överskuldsättning ökar. Genom att förfoga över det pantsatta företagshypoteksbrevet, den pantsatta fordran eller betalningen, kan pantsättaren skaffa sig en kredit som han annars inte skulle ha fått. De risker som är förenade med sådan överskuldsättning är särskilt stora p g a att dessa främst torde vidtas vid likviditetsproblem där riskerna för obestånd ofta är stora.

Det rättsliga skyddet för fordringsägarna är osjälvständigt i den meningen att flera av de skyddsregler som kan anföras huvudsakligen kan sägas reglera andra intressen. I första hand är det dem vars förvärv kommer i konflikt, d v s sakrättsborgenärerna, som skyddas, se avsn 7.2. Det är också så att dessa skyddsregler till stor del består av samma normer som i föregående avsnitt 6.2 anförts som skydd mot sken- och efterhandskonstruktioner.[297]

Detta avsnitt 6.3 är uppbyggt på så sätt att jag utgår från de normargument som jag redovisat i föregående avsnitt, 6.2. Vad som här anförs måste läsas mot bakgrund av de normargumenten. Avsnittet lyfter i första hand fram fakta- och värdeargument avseende fordringsägarnas intressen. Syftet med att lyfta fram dessa fakta- och värdeargument i ett särskilt avsnitt är att peka på sakrättsmomentens flerfaldiga funktioner och framför allt underlätta att avväga de argument som kan hävdas i olika frågor.

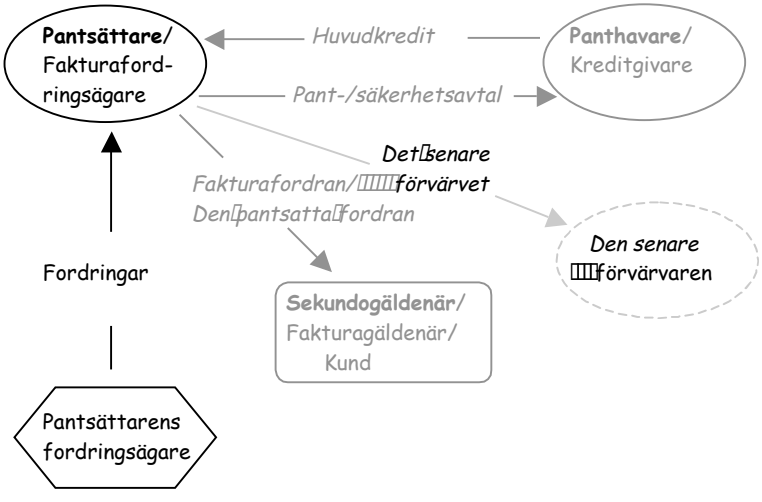
Den oklara rättsfråga som skall behandlas här kan formuleras – *i vilken mån skall fordringsägarna skyddas mot ytterligare förfoganden genom krav på att de sakrättsliga momenten är rådighetsavskärande?* Denna fråga skall då ses som en central del av den större frågan om omfattningen av fordringsägarnas rättsliga skydd mot dubbelförfogande och förfoganden över betalningen.

Fordringsägarnas skydd består främst av straffrättsliga regler om förskingring och bedrägeri och av civilrättsliga regler om sakrättsmoment. De straffrättsliga frågorna lämnas dock till avsn 7.2.6.

> Det är således skyddet för fordringsägarna som behandlas i detta avsnitt. Redan här blir det dock nödvändigt att klara ut terminologin avseende dub-

[297] Det kan anmärkas att även pantsättaren själv kan sägas ha intresse av skydd mot dubbelförfoganden och förfoganden över betalningen.

belförfogande, som annars behandlas i avsnitt 7.2–5. Den första omsättningstransaktionen som pantsättaren gör benämns här oftast ”det första förfogandet” eller ”det första förvärvet”. I tidigare avsnitt har jag kallat detta huvudkredit och pant-/säkerhetsavtal, men här används alltså en mer neutral term. För den andra omsättningstransaktionen använder jag termen ”det andra förfogandet” eller ”det andra förvärvet”. Den som gör detta andra förvärv benämns ”den senare förvärvaren”. Eftersom det är skyddet för fordringsägarna som behandlas och de nyss angivna termerna endast avser kringmiljön är vissa detaljer nedtonade i skissen nedan:



Dubbelförfogandet kan ses som ett mellanfall mellan skador av sken- och efterhandskonstruktioner, skador av överskuldsättning och skador av gynnande- och undandragande rättshandlingar. En annan sida av dubbelförfogandeproblematiken är nämligen att ett dubbelförfogande kan utnyttjas i syfte att undandra egendom från den förste panthavaren och fordringsägarna. Det senare förfogandet kan då vara en sken- eller efterhandskonstruktion, eller en undandragande transaktion. Sådana åtgärder vidtas då inte som vid riskpreferens i hopp om att kunna klara ut situationen, utan i förvissningen om att riskerna för obestånd är stora.

6.3.1 Rådighetsavskärandenormer

Normargument i frågan om rådighetsavskärande är SkbrL 31 § 1 st där det ställs krav på meddelande till sekundogäldenären och FHL 1:3 som kräver överlämnande av företagshypoteksbrevet. Dessa regler är dock allmänna och behöver inte nödvändigtvis uppfattas som rådighetsavskärandekrav. De mer specifikt inriktade normargumenten talar dock helt övervägande för ett rådighetsavskärandekrav.

När det handlar om skydd mot ytterligare förfoganden finns det normargument som talar för att pantsättarens möjligheter att lura en senare förvärvare skall försvåras så långt som möjligt. Härvid är det inte tillräckligt med ett rådighetsavskärande i den meningen att en panthavare kommer att ha företräde i en konflikt framför en senare förvärvare. Det krävs också att pantsättaren inte har kvar ett sken av rådighet som han kan utnyttja för att lura en senare förvärvare. Kravet på rådighetsavskärande är med dessa argument snarast ett krav på avskärande av *rådighetssken*.[298]

Det sagda kan illustreras med det fall att flera sekundogäldenärer ansvarar. Om det då skulle vara tillräckligt med denuntiation till en av sekundogäldenärerna för att få företräde såväl framför fordringsägarna som framför senare förvärvare är pantsättaren avskuren från rådigheten. Bortser vi från möjligheten för betalning från en av de godtroende sekundogäldenärerna kan pantsättaren inte tillgodogöra sig värdet av fordran. På grund av sitt företräde kommer den tidigare panthavaren att få detta. Däremot kan pantsättaren utnyttja det sken av rådighet som de godtroende sekundogäldenärerna kan ge om en senare förvärvare kontrollerar med dem. Med ett krav på avskärande av detta rådighetssken får pantsättaren inte denna möjlighet.

Nu finns det emellertid också normargument mot såväl kravet på rådighetsavskärande som det mer långtgående *rådighetsskenavskärandet*. För just de fall där flera sekundogäldenärer ansvarar finns särskilda normargument för att det skall vara tillräckligt att en av dem denuntieras. Att en sådan ordning skulle göra det möjligt för pantsättaren att få betalt av en sekundogäldenär som inte denuntierats anses inte ha avgörande betydelse, se avsn 6.2.5.2. Det finns särskilda normargument för de fall där sekundogäldenärerna är fakturagäldenär och primärpanthavare, d v s för sekundärpantförhållanden. Enligt dessa är det tillräckligt att denuntiera fakturagäldenären. Med NJA 1980 s 197 kan det dock framför allt hävdas att det är *nödvändigt* att denuntiera just fakturagäldenären. För factoringförhållanden är det med NJA 1986 s 217 istället

[298] Jfr Lindskog 1991–92 s 277.

factorn (primärpanthavaren) som skall denuntieras. Det finns också normargument som kan hävdas för att det skall vara möjligt att nå företräde framför fordringsägarna genom att denuntiera primärpanthavaren så länge sekundärpanthavaren inskränker sina anspråk till företräde avseende den framtida redovisningsfordran.[299] I den mån dessa normargument hävdas även utanför factoringförhållanden står de i konflikt med vad som kan hävdas med NJA 1980 s 197, se faktaargumentationen nedan avsn 6.3.3.

Ett annat normargument för lägre krav är investorleasingnormen NJA 1995 s 367 II som kan hävdas för att det är tillräckligt att panthavaren har *möjlighet att överta rådigheten* avseende betalningen, se avsn 6.2.5.1.

6.3.2 Nyttan överväger kostnaderna generellt

I faktaargumentationen kan det hävdas att dubbelförfoganden och förfoganden över betalningen inte medför någon nytta. Det blir ju fråga om att tillgodogöra sig ett värde på förlorande förvärvares bekostnad. Liksom i avsnitt 6.2 får faktaargumenten istället handla om förhållandet mellan fordringsägarnas skador och de skador i form av framför allt transaktionskostnader som ett skydd innebär för omsättningen i övrigt.

6.3.2.1 Den generella nyttan med rådighetsavskärande

Nyttan med ett rådighetsavskärandekrav är att ett sådant antas begränsa riskerna för dubbelförfogande och riskerna för förfoganden över betalningen. För det senare fallet är riskbegränsningen tydlig. Om pantsättaren inte kan få betalningen kan han inte förfoga över den.

För dubbelförfogande är förhållandena aningen mer invecklade. Ett dubbelförfogande i den meningen att pantsättaren lurar någon att förvärva kan alltid förekomma. För detta är det inte ens nödvändigt att någon huvudfordran existerar. Dubbelförfogande ligger inom ramen för denna slags risk. Karaktäristiskt för dubbelförfogandet är dock att det kan antas att det krävs ett mindre mått av förslagenhet att dubbelförfoga än att begå ett rent bedrägeri. Pantsättaren kan ju ha för avsikt att inte bedra den senare förvärvaren samtidigt som han också avser att kompensera den förste panthavaren. En annan skillnad är att det finns ett principiellt större utrymme för att lyckas med ett dubbelförfogande. Såsom reglerna är utformade med utrymme för företräde för den senare förvärvaren kan denne kalkylera med en möjlighet för företräde. Den

[299] Jfr Walin 1998 s 194 och Bogdan 1981 s 520–522, 539.

senare förvärvaren kan rent av påverka sina möjligheter genom kontroll och denuntiation till sekundogäldenären.

Genom rådighetsavskärandekrav begränsas pantsättarens möjligheter att lyckas med dubbelförfogande. Antagligen minskar incitamentet att ens försöka.

Effekten av ett rådighetsavskärandekrav beror också på hur starkt incitamentet att avskära är. Det kan då antas att incitamentet att avskära rådigheten blir mycket stort om panthavarens företräde görs beroende härav. För fakturafordringar kan det dock antas att incitamentet är svagare när det handlar om en mängd fordringar. På grund av den riskspridning som mängden innebär och p g a kostnaderna att avskära kan panthavaren föredra att dröja någon tid med avskärandet.

Nyttan av rådighetsavskärande beror också på hur frekvent förvärvare gör kontroller av pantsättarens behörighet. Antagligen är sådana kontroller mindre vanliga, se avsn 5.2.2.3. Det skall dock anmärkas att kontrollfrekvensen antagligen inte har störst betydelse. Genom rådighetsavskärandet minskar som sagt redan incitamentet att ens försöka.

Hur stor effekt ett rådighetsavskärandekrav har kan också sägas bero på vilket skydd som uppställs i övrigt. Härvid kan det antas att det straffrättsliga skyddet inte har tillräcklig effekt för att helt avhålla från ytterligare förfoganden. Den avhållande effekten är dock säkerligen ganska betydande.

> Som anges i avsn 7.2.6 handlar det om att dubbelförfoganden beroende på omständligheterna är straffbart som antingen behörighetsmissbruk BrB 10:6 eller bedrägeri BrB 9:1. Behörighetsmissbruk är aktuellt den förste panthavaren genom dubbelförfogandet berövas sin säkerhetsrätt, jfr olovligt förfogande BrB 10:4. Bedrägeri hävdas för de fall den senare förvärvaren inte får den rätt han förväntat sig. Förfoganden över betalningen är straffbart som förskingring eller olovligt förfogande, BrB 10:1–4.

Att riskerna för dubbelförfoganden är så starka att det straffrättsliga skyddet inte antas vara tillräckligt har att göra med den riskpreferens som ekonomiskt trängda subjekt har, se avsn 1.7.5 och 6.1.2. För ett sådant subjekt är det rationellt att ta även en mycket stor risk för att försöka nå en förbättring. Denna riskpreferens antas vara betydande rent generellt. Den är också aktuell för de här aktuella fallen.[300] Här är antagligen risken för förfoganden över betalningen särskilt stor. Risken för dubbelförfoganden antas vara något mindre. Av stor betydelse är dock antagligen möjligheten av att pantsättaren föreställer sig kunna prestera

[300] I den krediträttsliga argumentationen brukar man tala om uppoffringsmotivet bakom traditionskravet, se t ex Håstad 1994 s 276. Helander 1984 s 362-364, 468–471. Göransson 1985 s 631–633.

till såväl den förste kreditgivaren som till den senare förvärvaren. En sådan föreställning innebär stor risk för dubbelförfoganden.

Utöver det straffrättsliga skyddet har också det synliggörande som de sakrättsliga momenten kan innebära betydelse för riskerna. Genom synliggörandet kan ju en presumtiv senare förvärvare få kännedom om den första transaktionen. För fordringar är det främst innehavarregistrering av företagshypoteksbrevet som har sådan effekt.

6.3.2.2 Generella kostnader för rådighetsavskärande

De kostnader som ett rådighetsavskärandekrav medför är i stort desamma som för denuntiation och tradition över huvud taget. Särskilda kostnader för rådighetsavskärande förekommer om panthavare endast vill ha företräde till utestående fordringar vid exekution och slippa hantering av betalning etc. En sådan möjlighet erbjuds genom företagshypotek, men kostnaderna för ett sådant kan vara betydande om företagshypoteksbrev måste sökas. Parterna kan också ha andra skäl att inte vilja använda företagshypoteksformen.

Det sagda innebär att kostnaderna för rådighetsavskärande generellt sett är mycket små, men att det finns fall då kostnaderna är beaktansvärda.

6.3.3 Nyttan och kostnader för vissa särfall

För vissa särfall är förhållandena mellan nyttan av och kostnaderna för ett rådighetsavskärande helt annorlunda än vad som uttalats generellt. Här skall några sådana kort nämnas.

6.3.3.1 Ställföreträdartransaktioner

Således är risken för dubbelförfoganden liten vid transaktioner från en juridisk person till dess ställföreträdare. Att ställföreträdaren skulle genomföra ett dubbelförfogande till nackdel för sig själv är i princip omöjligt. Om ställföreträdaren efter sitt eget förvärv förfogar en gång till för den juridiska personens räkning måste detta innebära att han avstår från sin prioritet. Ett sådant förfarande kan visserligen vara olämpligt för att den juridiska personen härigenom får för stora kreditåtaganden, men frågan är om risken för överskuldsättning alls påverkas av denna rådighet för den juridiska personen. Möjligen kan man hävda att möjligheterna att skaffa kredit från ställföreträdaren påverkas av att denne kan få säkerhet och att höga kostnader för en säkerhetsmöjlighet för ställföreträdaren därför gynnar den långsiktiga planeringen för den juridiska personen.

I de fall det finns flera ställföreträdare för en juridisk person och en av dem får säkerhet, kan nyttan av ett rådighetsavskärande däremot vara betydande. Om en annan ställföreträdare för den juridiska personen har rådighet kan denne p g a sin relation till den förste panthavaren-ställföreträdaren få för sig att denne under omständigheterna kan förmås att nöja sig med att vara utan säkerhet.

Vid transaktioner från ställföreträdaren till den juridiska personen är riskerna för dubbelförfoganden högre liksom riskerna för förfoganden över betalningen. Kostnaderna för ett rådighetsavskärande kan här emellertid vara oöverstigliga och medföra att sådana transaktioner inte alls kan genomföras.

6.3.3.2 Flera sekundogäldenärer

I de fall det finns flera sekundogäldenärer som ansvarar för samma fordran blir kostnaderna för ett rådighetsavskärande högre. Om man utgår från att sekundogäldenärerna då inte har skyldighet att kontrollera eventuella denuntiationer med varandra måste det nämligen till flera denuntiationer för att avskära pantsättaren från rådigheten till betalningen. Det skulle också kunna tänkas att pantsättaren har viss rådighet över fordran eller ett surrogat, jfr nedan ang redovisningsfordran.

Mot kostnaderna för flera denuntiationer skall ställas riskerna för att fordringsägarna skadas av ytterligare förfoganden. Om rådigheten inte avskärs genom denuntiation till varje sekundogäldenär finns det som nyss nämnts en risk för att pantsättaren p g a riskpreferens utverkar betalning från en av de godtroende sekundogäldenärerna. Härmed ökar riskerna för överskuldsättning. Det kan också antas att riskerna för att pantsättaren lyckas lura en senare panthavare är större när denne kan få besked av en godtroende sekundogäldenärer att fordran inte tidigare pantsatts. Huruvida den senare risken är beaktansvärd beror dock på hur vanligt det är att blivande panthavare kontrollerar med sekundogäldenärerna. Härvid har det antagligen viss betydelse hur reglerna om företräde mellan konkurrerande sakrättsborgenärer utformas. Denna betydelse behöver dock inte vara särskilt stor. Det kan antas att kontrollerna begränsas till vissa fall även med en ofördelaktig reglering för en senare förvärvare.

Riskerna för skada vid sekundärpant i enstaka fordran, eller egentligen andra sekundärpantförhållanden än vid factoring, kan antas vara i stort sett desamma eller snarast mindre än vid ett ordinärt flergäldenärsförhållande. Riskerna begränsas här möjligen av vad som kanhända är något större möjligheter för att rätt information når ett subjekt vars handlande påverkas av den. Om endast primärpanthavaren denuntieras

består rådigheten i att sekundogäldenären med pantsättarens samtycke kan ha viss möjlighet att utsläcka huvudkrediten och därmed betala överhypoteket till pantsättaren, jfr avsn 5.7. Är det istället endast sekundogäldenären som denuntieras kan primärpanthavaren vara i god tro och betala ut överhypoteket till pantsättaren. I vart fall om inte sekundogäldenären anses ha en skyldighet att tillvarata sekundärpanthavarens intressen genom att dela upp betalningen eller åtminstone upplysa primärpanthavaren, jfr avsn 5.8.

Utöver den beskrivna rådigheten över betalningen kan man också tänka sig rådighet över vad som kan beskrivas som redovisningsfordran eller framtida redovisningsfordran på primärpanthavaren. Denna redovisningsfordran är givetvis inget annat än ett surrogat för överhypoteket och således samma resurs, jfr avsn 7.5. Om en ordning där pant i den framtida redovisningsfordran godtas och det sakrättsliga momentet bestäms som denuntiation till primärpanthavaren, kan pantsättaren dubbelförfoga genom att pantsätta överhypoteket till en panthavare och redovisningsfordran till en annan. En sådan ordning innebär därför samma risker för överskuldsättning p g a dubbelförfogande som andra lösningar med denuntiation till endast en av flera sekundogäldenärer. Möjligen blir riskerna rent av något större än i andra flergäldenärsförhållanden eftersom begreppen överhypotek och redovisningsfordran kan göra dubbelförfogandet mindre upptäckbart.

Ett sätt att begränsa såväl kostnaderna för denuntiationskravet som skadorna av rådighet är att med en regel utpeka en viss sekundogäldenär som denuntiationsmottagare. Om alla vet vem som har fått en eventuell denuntiation blir det denne som förvärvare vänder sig till för eventuella kontroller. Härigenom minskar möjligheterna för dubbelförfoganden och överskuldsättning. I valet av vilken sekundogäldenär som regeln skall utpeka finns det anledning att fundera över om denuntiation till viss sekundogäldenär kan vara mer rådighetsavskärande än till någon annan.

För sekundärpant vid factoring är det tydligt att denuntiation till primärpanthavaren (factorn) är mer rådighetsavskärande än denuntiation till fakturagäldenärerna. Möjligheterna att förfoga över betalningen är små i dessa fall. Som hävdats i avsnitt 5.7 kan sekundogäldenären sällan betala till pantsättaren och det blir sällan aktuellt för pantsättarens att begära sådan betalning, se avsn 8.6.1. Detsamma kan hävdas angående riskerna för att pantsättaren lyckas lura en senare sekundärpanthavare. Betydelsen av att sekundogäldenären meddelas kan antas vara relativt liten.

Vid andra förhållanden än factoring kan rådigheten variera. I vissa flergäldenärsförhållanden är en av sekundogäldenärerna den domineran-

de och det blir då mest sannolikt att förfrågningar riktas till denne. För sekundärpant i andra förhållanden än factoring kan förhållandena variera. Under vissa omständigheter framstår säkert fakturagäldenären som den dominerande och under andra omständigheter kan det vara primärpanthavaren som har denna position. En viktig faktor är härvid sannolikheten för att primärpanthavarens huvudkredit betalas eller m a o om pantförhållandet är tänkt att avvecklas genom realisation av den pantsatta fordran. En annan faktor är möjligheterna för att primärpanthavaren får information om sekundärpantsättningen på annat sätt än genom denuntiation, t ex genom att fakturagäldenären meddelar detta vid betalningen. Vilken denuntiation, till fakturagäldenären eller primärpanthavaren, som generellt är mest rådighetsavskärande eller m a o innebär den största riskminskningen är svårt att uttala sig om.

6.3.3.3 Investorleasing och liknande avkastningsfordringar

Eftersom investorleasingförhållandet i avsnitt 6.2.5.1 angivits som speciellt avseende risken för sken- och efterhandskonstruktioner kan det också kommenteras här. Det kan då antas att riskerna för förfoganden över betalningen knappast kan anses mindre i dessa fall än i andra. Riskerna av att pantsättaren även efter förfogande över egendomen får avkastningen betalad till sig, kan antas vara lika stora som när en vanlig fakturafordran får betalas till pantsättaren.

> Det är då intressant att notera att finansbolaget i NJA 1995 s 367 II inte höll de influtna medlen avskilda i tillräcklig omfattning. Nu hade detta moment av överskuldsättning säkert en alldeles obetydlig inverkan på just det finansbolagets obestånd, men förhållandena kan givetvis vara annorlunda.

6.3.4 Riskpreferensjustering eller avtalsfrihet?

Ett framträdande värdeargument är att fordringsägarna inte skall behöva lida skada p g a pantsättarens riskbenägenhet. Även om pantsättaren kan sägas vara rationell när han tar stora risker är det med värdeargument s a s fordringsägarnas pengar han då spelar med. Laddningen i detta värde är så stark att det t o m är framträdande i frågan om skydd för pantsättaren själv.[301]

För ett rådighetsavskärande talar också värdeargument om ”ordning och reda” respektive att konflikter skall förebyggas.[302]

[301] Se bl a avsn 8.2.
[302] Se t ex Håstad 1994 s 276, 1996 s 213. Helander 1984 s 362, 364–367, 467–468, 471–473. Göransson 1985 s 634–636. SOU 1995:11 s 160.

Mot dessa värden talar värdet av privat resursfördelning eller om man så vill avtalsfrihet.

Under det sistnämnda sorterar också att det hävdas vara självklart att risker för förskingring är relativt acceptabla. Att helt undvika situationer med förskingringsrisk vore inte önskvärt eftersom de också skapar möjligheter. I de här aktuella situationerna kan det då hävdas att skillnaden mellan företagshypotek och icke rådighetsavskärande denuntiation är för liten för att ett rådighetsavskärandekrav skall upprätthållas.

6.3.5 Sakrättsliga skyddsändamål och tradition?

Hur skall då frågan om i vilken mån fordringsägarna skyddas genom rådighetsavskärande besvaras? Vilken betydelse har de fakta- och värdeargument som framförts här jämfört med de argument som framförts avseende rådighetsavskärandekrav som skydd mot sken- och efterhandskonstruktioner?

Normargumenten talar som sagt övervägande för ett rådighetsavskärandekrav. Vissa normargument och faktaargument talar dock för ett nyanserat krav där hänsyn tas till de faktiska riskerna, såsom vid pant i överhypotek vid factoring. Ett par normargument talar t o m för att åtminstone undantagsvis inte kräva rådighetsavskärande trots att riskerna förefaller relativt beaktansvärda. Två sådana fall är investorleasing och flergäldenärsförhållanden, inklusive pant i överhypotek i andra fall än factoring.

En möjlig slutsats synes därför vara att även här uppställa ett nyanserat krav snarare än ett schablonmässigt formkrav på rådighetsavskärande. Liksom i avsnitt 6.2.11 kan skyddet för fordringsägarna beskrivas som sakrättsliga skyddsändamål snarare än som traditions- eller denuntiationsprincip. Flera av de faktaargument som nämnts här förstärker det ändamålsenliga med en sådan beskrivning. Det skall dock poängteras att argumenten för en mer formell linje är ganska starka.

6.3.5.1 Exemplet flergäldenärsförhållanden i form av sekundärpant

I linje med denna slutsats skall pekas på en möjlig slutsats för flergäldenärsförhållanden i form av sekundärpant vid andra förhållanden än factoring. Normargumenten talar här övervägande för att en viss sekundogäldenär, fakturagäldenären, skall denuntieras och även för att det skall vara tillräckligt med en enda denuntiation. Med faktaargumenten och värdeargumenten om skydd mot riskpreferens kan en lösning med dubbel denuntiation hävdas, men med andra faktaargument kan anföras att riskerna begränsas betydligt redan med en denuntiation. Särskilt i de

fall det är möjligt att utpeka en viss sekundogäldenär som denuntiationsmottagare. I valet mellan vem som skall denuntieras talar normargumenten som sagt för att detta skall vara fakturagäldenären. Varken faktaargumenten eller värdeargumenten talar emot en sådan ordning.

Denna angivna lösningen bör användas även för de fall sekundärpanthavaren inskränkt sina anspråk till säkerhet i den framtida redovisningsfordran på primärpanthavaren. Detta kan förefalla märkligt eftersom det ligger nära till hands att uppfatta primärpanthavaren som den dominerande sekundogäldenären avseende redovisningsfordran. Eftersom redovisningsfordran bara är ett surrogat för överhypoteket skulle en ordning där redovisningsfordran kunde pantsättas separat genom denuntiation till primärpanthavaren emellertid innebära risker för dubbelförfoganden och överskuldsättning. Ett godtagande av pant i redovisningsfordran med denuntiation till primärpanthavaren skulle s a s öppna upp just de risker som ett enhetligt krav på denuntiation till en och samma sekundogäldenär utesluter.

Det skall anmärkas att argumenten och lösningen är annorlunda för belopp som primärpanthavaren fått utbetalda till sig och innehar. Pantobjektet är då än mer begränsat jämfört med vad som kan beskrivas som säkerhet i överhypoteket och säkerhet i framtida redovisningsfordran. Säkerhetsobjektet kan här helt enkelt sägas vara redovisningsfordran. En denuntiation avseende denna, efter den tidpunkt då primärpanthavaren fått medlen, bör följa ordinära principer för säkerhet i fordringar, d v s det bör vara primärpanthavaren som skall denuntieras. Det sagda behöver inte innebära ett krav på dubbel denuntiation. Om pantobjektet beskrivs som överhypotek eller framtida redovisningsfordran är de utbetalda medlen surrogat när de kommer i primärpanthavarens hand. Mot bakgrund av de argument som anförts i detta avsnitt finns det inget som hindrar att sekundärpanthavaren får företräde framför fordringsägarna redan genom denuntiation till fakturagäldenären. Att man beskrivit pantobjektet som säkerhet i framtida redovisningsfordran istället för som överhypotek bör inte ha avgörande betydelse.

6.4 Säkerhetsställande i efterhand

När pantavtalsparterna företar dispositioner som innebär att säkerhet ställs i efterhand kan detta få effekter för fordringsägarna. Om kreditgivaren får säkerhet för en huvudkredit som hade eller riskerar att få sämre prioritet kan de övriga fordringsägarna lida skada. Dessa skador kan sägas ha olika orsaker.

En orsak kan liksom i de två föregående avsnitten beskrivas med att parternas motiv för transaktionerna inte är att dela på ett övervärde. Handlingen företas för att det finns ett värde som man kan tillgodogöra sig men som annars skulle tillkommit fordringsägarna. Syftet är att gynna pantavtalsparterna genom att favorisera en viss kreditgivare, jfr avsn 6.1.1 ovan.

En annan orsak till skadorna kan beskrivas med att säkerhet till någon som hade eller riskerar att få sämre prioritet medför olikhet mellan fordringsägarna. Denna olikhet kan med likhetsteorin sägas skadlig på olika sätt, se avsnitt 6.1.3. I de här aktuella fallen skulle man kunna tala om att det vederlag pantsättaren får för att omförhandla sin position och ge en säkerhet som han inte tidigare varit förpliktigad att ge måste vara så stort att alla fordringsägare skulle ha accepterat transaktionen. Det blir då tydligt att skadebeskrivningen är beroende av bl a risken för att pantsättaren inte lyckas fullgöra sina förpliktelser till de övriga fordringsägarna. Är denna risk normal skulle ett normalt vederlag accepterats. Som normalt vederlag kan då räknas just det vederlag som pantsättaren själv accepterat. Är risken för bristande fullgörelse emellertid högre än normalt kan pantsättarens uppfattning inte godtas.

Ett annat sätt att beskriva varför säkerhetsställandet skadar är att tala om ett orsakssamband mellan handlingen och en konkret negativ effekt för fordringsägarna. Om orsakssambandet inte kan anses tillräckligt föreligger ingen skada. Anses ett sådant däremot föreligga får de negativa effekterna vägas mot de positiva effekter handlingen haft för fordringsägarna.

Av det sagda framgår att skadebeskrivningen avseende säkerhetsställande i efterhand inte är oproblematisk. Med vissa beskrivningar, såsom gynnande utan motprestation, blir skadebilden ganska tydligt. När pantsättaren erhåller motprestation blir skadebilden däremot otydlig. En förklaring är att det är en stor mängd faktorer som påverkar effekterna av ett visst handlade.

För det här aktuella ändamålet att beskriva det rättsliga skyddet mot effekter av omsättningen, kan de gjorda skadebeskrivningarna emellertid fungera som utgångspunkt. Får pantsättaren inget vederlag för säkerheten kan vi tala om en tydlig skada och i de fall vederlag utgår om mindre tydliga skador. Huvudfrågan i detta avsnitt är hur rätten skyddar mot dessa skador vare sig de är tydliga, mindre tydliga eller så otydliga att de inte ens bör beskrivas som skador. Mer precist kan huvudfrågan formuleras – *hur omfattande skall fordringsägarnas rättsliga skydd vara mot säkerhetsställande till en fordringsägare som har eller riskerar att få sämre prioritet?* Under denna frågeställning behandlas flera delfrågor som framgår i det följande.

I detta avsnitt behandlas endast säkerhetsställanden där säkerheten är i viss mening existerande fordringar, d v s objekt som inte är framtida i meningen ännu icke intjänad el likn. Säkerhetsställanden där säkerheten är framtida fordringar behandlas i ett särskilt avsnitt 6.7.

6.4.1 KonkL 4:12

Det mest framträdande argumentet för skydd mot säkerhet till fordringsägare som har eller riskerar att få sämre prioritet är KonkL 4:12. Enligt denna regel kan säkerhet återvinnas om panthavaren når sin prioriterade position alltför lång tid efter huvudkreditens tillkomst. De centrala rekvisiten i denna regel är således tidpunkten för panthavarens prioriterade position och tidpunkten för huvudkreditens tillkomst. Båda dessa rekvisit hör samman med det oskrivna nackdelsrekvisit som hävdas för all återvinning och som anses ha innebörden att rättshandlingen hypotetiskt skulle ha försämrat utdelningen för någon, några eller samtliga fordringsägare om pantsättaren vid tidpunkten omedelbart efter rättshandlingen hade varit försatt i konkurs.[303] Även om sådan nackdel föreligger kan säkerheten inte återvinnas om säkerhetsställandet är ordinärt, d v s brukar ställas oavsett om pantsättaren har ekonomiska besvär. Ett rekvisit som har särskild betydelse för just fakturafordringar är också ”säkerhet”. Av visst intresse är vidare vad som är alltför lång tid mellan huvudkreditens tillkomst och panthavarens uppnående av sin prioriterade position.

6.4.1.1 Tidpunkten då panthavaren når prioriterad position

Den tidpunkt då panthavaren når sin prioriterade position anses med normargument som regel vid denuntiationen, se 4:12 st 2 KonkL.[304] Närmare bestämt handlar det om den tidpunkt då denuntiationen kommit sekundogäldenären tillhanda, argumenten är härvid i princip desamma som i avsnitt 6.2.3.2. Undantag från denna tidpunkt är aktuella för de fall den pantsatta fordran är framtida d v s inte intjänad eller ännu icke existerande, se avsn 6.7.

När det handlar om företagshypotek är det istället traditionen av företagshypoteksbrevet som är den avgörande tidpunkten. I de mycket vanliga fall då säkerheten är ett nytt hypoteksbrev där panthavaren anges som mottagare i inteckningsansökan hävdas att det istället är inskriv-

[303] Lennander 1985 s 89–91, 1994 s 89–92.
[304] Se även Lennander 1985 s 272, 1994 s 288–289.

ningsdagen då inskrivning sökts som är avgörande.[305] Enligt 4:12 st 3 har panthavaren dock två veckor på sig att söka.

För de fall att det är fråga om flera säkerheter och därmed flera denuntiationer eller traditioner finns normargument för att det är avgörande om positionen förbättras. Vid förbättring blir det tidpunkten för förbättringen som är avgörande för den förbättrade delen. I de fall säkerheten byts ut är det således av vikt att konstatera om den nya säkerheten var mer värd än den gamla.[306]

Det hävdas härvid att det inte har avgörande betydelse om den gamla säkerheten täckte huvudkrediten. Om den nya säkerheten är värd mer sägs det föreligga en potentiell nackdel genom att den gamla säkerheten kan minska i värde tidigare än den nya.[307] Emellertid finns även normargument för att återvinning inte är möjlig om den gamla säkerheten täckte huvudkrediten.[308]

6.4.1.2 Tidpunkten för huvudkreditens tillkomst

Med normargument kan det hävdas att huvudkrediten tillkommer ”den dag då” pantsättaren ”fick lånesumman” eller m a o vid den tidpunkt som denne ”erhåller lånesumman”.[309] Är det fråga om kredit med köpeskilling hävdas på motsvarande sätt tidpunkten då pantsättaren erhåller den förvärvade egendomen.[310]

> I linje härmed hävdas normargument om säkerhet vid stoppningsrätt. En säkerhet som ställs för att förmå en stoppningsberättigad kreditgivare att leverera hävdas med normargument inte vara återvinningsbar eftersom den i regel inte anses vara till nackdel för fordringsägarna.[311]

Det finns emellertid också normargument för att tidpunkten för huvudkreditens tillkomst bättre beskrivs som tidpunkten för huvudkreditavtalets ingående. Till denna beskrivning hör då dock att återvinning ändå skall anses ”utesluten om säkerheten enligt åtagande lämnas i samband med att [panthavaren] överlämnat vederlaget”. Ett sådant

[305] Walin 1995 s 39–40, 170–171. Lennander 1985 s 275–276, 1994 s 292. Håstad 1994 s 309, 1996 s 320. Jensen 2001 s 53–54. NJA 1981 s 507 och NJA 1983 s 671.
[306] Lennander 1985 s 291, 1994 s 306.
[307] Walin 1991 s 87. Håstad 1996 s 321. NJA 1987 s 320.
[308] Lennander 1985 s 98–101, 291, 1994 s 98–100, 306–307
[309] SOU 1970:75 s 154. Prop 1975:6 s 232. Lennander 1985 s 263, 1994 s 279. Walin 1987 s 199. Håstad 1994 s 307. Rodhe 1984 s 282. Welamson 1987 s 85 refererar SOU:n.
[310] Lennander 1985 s 263, 1994 s 279.
[311] Håstad 1996 s 321 Lennander 1985 s 260, 1994 s 276.

säkerhetsställande anses då inte innebära någon nackdel för fordringsägarna.[312]

Ett annat normargument kan hävdas för en öppen eller varierande inställning. Enligt denna skall begreppet skuldens tillkomst bestämmas utifrån ändamålet med den bestämmelse som tillämpningen gäller. Sålunda hävdas:

> ”Spörsmålet när en fordran, som beror av flera successivt inträffande omständigheter, skall anses tillkommen har sedan lång tid uppmärksammats i skilda sammanhang där tidpunkten har betydelse för en rättslig bedömning (---). Enligt en tolkningsregel är svaret att söka i det rättsfaktum som utgör den ’väsentliga grunden’ för fordringen, medan i andra fall huvudvikten läggs vid överväganden som rör avtalsparternas rådighet över fordringens tillkomst. En utgångspunkt för hur begreppet fordringens eller skuldens tillkomst skall tolkas i det enskilda fallet måste vara ändamålet med den bestämmelse som tillämpningen gäller.” [313]

Ytterligare normargument rör specifikt vad som beskrivs som att betalningsskyldighet uppkommer i två etapper. Det handlar m a o om vissa slags villkorade fordringar. För huvudkrediter avseende utomkontraktuellt skadestånd hävdas att dessa tillkommer vid den skadeståndsgrundande handlingen och inte då skadan upptäcks.[314] I de fall huvudkrediten grundar sig på avtal hävdas att tidpunkten för fordrans tillkomst är avtalets ingående,[315] eller i vart fall tidpunkten för överlämnande när sådant är aktuellt.[316] Det finns emellertid också normargument för att vissa fordringar p g a avtal, såsom fordran på skadestånd för avtalsbrott, istället skall anses tillkomma vid den skadeståndsgrundande händelsen, eller t o m först då panthavaren blir medveten om fordringens ”existens”.[317] I sammanhanget nämns att vissa huvudkrediter utmärker sig genom att pantsättaren från början åtagit sig ett skuldansvar och att det är för dessa tillkomsten bör vara avtalets ingående. Som exempel ges borgen och detta ställs i kontrast till skadeståndsansvar.

För skadeståndsanspråk för uteblivna leasingavgifter finns normargument för att avtalets ingående skall vara avgörande. I NJA 1989 s 185 behandlades skadeståndsanspråk p g a konkurs för återstående leasingavgifter enligt ett tidsbestämt leasingkontrakt. HD[318] menade att skadeståndsanspråket tillkommit vid leasingavtalets ingående och inte vid

[312] Håstad 1996 s 318 med hänvisning till NJA 1989 s 185.
[313] JustR Palm i NJA 1989 s 185.
[314] Lennander 1985 s 268, 1994 s 283
[315] NJA 1989 s 185.
[316] Håstad 1994 s 308 not 93. Jfr dock Håstad 1996 s 318.
[317] Lennander 1985 s 268–269, 1994 s 284–286.
[318] JustR Höglund, Palm, Rydin, Gregow och Svensson.

konkursen eller panthavarens därav föranledda uppsägning av leasingavtalet.

I de fall en huvudkredit omvandlas eller omförhandlas finns normargument för att det är erhållandet av den tidigare huvudkrediten som skall anses avgörande.[319] Tanken bakom dessa argument är givetvis att det inte skall vara möjligt att kringgå regeln. Dessa normargument omfattar även olika upplägg där en tredje man blandas in.[320]

Det finns också normargument för de förhållanden då huvudkrediten rör sig inom ramen för vad som anses vara ett och samma kreditförhållande. Är det fråga om förhållanden där varje transaktion har en mer självständig och definitiv prägel skall varje ökning av säkerheten bedömas för sig.[321] Emellertid hävdas också en annan princip för förhållanden där transaktionerna är mer sammanhängande, såsom vid checkkredit. För dessa fall hävdas att saldot vid tidpunkten då panthavaren når sin prioriterade position ”bör” vara avgörande.[322]

6.4.1.3 Ordinärt säkerhetsställande i efterhand

Säkerhet som ställs i efterhand skall inte återvinnas om säkerhetsställandet är ordinärt.[323] Enligt förarbetena handlar detta ordinärrekvisit om en ”objektiv helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter.”[324] Om man objektivt sett kan utgå från att säkerheten skulle ställts på samma sätt även om pantsättaren inte haft betalningssvårigheter skall den godtas. Vad panthavaren känt till om dessa betalningssvårigheter skall dock i princip sakna betydelse, i bedömningen av detta rekvisit. Vad det handlar om är situationer där det egentligen inte kunnat begäras av pantavtalsparterna att de skulle ha handlat annorlunda och i den meningen inte handlat illojalt mot fordringsägarna. Vad som skall angripas är de fall där säkerheten enligt en objektiv bedömning ställts för att pantsättaren fått betalningsproblem. I regel krävs därför att säkerheten betingats vid huvudkreditens tillkomst.

Ett exempel på fall som enligt förarbetena skall undantas med ordinärrekvisitet är factoring. Det faktum att säkerhet här delvis ställs i efterhand skall enligt förarbetena tydligen ses som ”ett naturligt led i en

[319] Lennander 1985 s 264, 1994 s 279–280.
[320] Lennander 1985 s 264–266, 269–271, 1994 s 280–282, 284–288.
[321] Lennander 1985 s 267, 1994 s 282-283. NJA 1987 s 320. Håstad 1994 s 308, 1996 s 320. SOU 1970:75 s 156–157. Prop 1975:6 s 233.
[322] Lennander 1985 s 267, 1994 s 282-283. Jfr Håstad 1996 s 320.
[323] Fr o m 020701, se SFS 2002:266. Det kan anmärkas att lagförslaget till detta ordinärrekvisit, Ds 1998:40, beretts av Lennander som redan 1985 menade att ”behov” av ett ordinärrekvisit förelåg, se Lennander 1985 s 286.
[324] Ds 1998:40 s 37–38. Prop 2001/02:57 s 15.

normal affärsrelation". Det anges dock samtidigt att detta skall gälla under förutsättningen att "förhållandena förflutit normalt" under de sista månaderna före konkursansökan.[325]

Förarbetena kan nog rimligen hävdas för att återvinning inte skall vara aktuellt i sådana fall där återvinning tidigare kunnat hävdas med stöd av rättspraxis. Visserligen nämns inte denna praxis uttryckligen i förarbetena men eftersom det vid factoring är ett "naturligt led" att säkerhet delvis ställs i efterhand talar förarbetena för att återvinning är utesluten. Skrivningen om att förhållandena måste ha förflutit normalt kan möjligen dock hävdas för att s k avräkning när vissa fakturafordringar visar sig sakna värde, skall behandlas annorlunda.

> I NJA 1987 s 320 godtog HD[326] återvinning när panthavaren avräknat fakturafordringar som ställts som säkerhet i mars mot en huvudkredit som uppkommit för fakturafordringar som belånades i februari. Avräkningsbehovet uppkom när sekundogäldenären invände mot betalning av februarifakturorna. Med stöd av ovan nämnda förarbetsuttalanden till det 15 år senare införda ordinärrekvisitet kan det hävdas att denna avräkning varit ordinär. I vart fall skulle den i enligt sedvanliga factoringvillkor ha gjorts oavsett pantsättarens betalningssvårigheter.

Till normargumenten kring ordinärrekvisitet hör också att det införts i syfte att nå en likartad reglering mellan återvinning av betalning och återvinning av säkerhet. I den mån normargument om ordinärrekvisitet från förhållandena vid betalning åberopas för säkerhet kan det dock finnas anledning att beakta att betalning typiskt sett är en tämligen ordinär företeelse jämfört med säkerhetsställande i efterhand.

6.4.1.4 Säkerhet eller betalning

Ett centralt rekvisit i KonkL 4:12 är också "säkerhet". Som framgått av avsnitt 4.5.3 är frågan om huruvida ett visst förhållande är att bedöma som säkerhet i fakturafordringar ganska svårhanterlig.[327] Det finns dock normargument som talar för att fordringstransaktioner i vissa fall, såsom vissa former av factoring, skall bedömas enligt 4:10 KonkL istället för enligt 4:12 KonkL. Vid gränsdragningssvårigheter har det dock vanligtvis ingen större betydelse vilken av dessa regler som tillämpas.[328]

[325] Ds 1998:40 s 39. Prop 2001/02:57 s 14. Jfr SOU 1970:75 s 156–157.
[326] Welamsson, Knutsson, Gregow, Magnusson och Lind.
[327] Jfr Lennander 1985 s 256–258, 1994 s 271–273. Håstad 1996 supplement 1999 s 10.
[328] Att ordinärrekvisit införts i KonkL 4:12 har bl a den fördelen att man undviker gränsdragningsproblem i de fall det är svår att avgöra om en rättshandling skall betraktas som betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel eller som säkerhet. För just säkerhet i fakturafordringar kan en sådan gränsdragning vara besvärlig. Jfr avsn 4.5.3. Särskilt besvärligt blir det kanske om kreditrisken delas upp mellan parterna. Jfr också nedan avsn 6.4.9 om norska förhållanden.

6.4.1.5 Tillåten tidsutdräkt

Utifrån lydelsen av 4:12 KonkL kan det hävdas att vad som är alltför lång tid mellan huvudkreditens tillkomst och panthavarens uppnående av sin prioriterade position beror på om säkerheten kan anses ”betingad”, d v s m a o avtalad, vid huvudkreditens tillkomst. Är den inte betingad är i princip varje tidsrymd för lång tid för att utesluta återvinning. Om den däremot är betingad kan en tidsutdräkt som inte innebär ”dröjsmål” accepteras.

För denuntiation avseende fakturafordringar finns normargument om att sådan skall ske genast och i omedelbar anslutning till huvudkreditens tillkomst.[329] Motsvarande kan hävdas för överlämnande av företagshypoteksbrev som är uttagna. För nya företagshypoteksbrev där panthavaren anges som mottagare i inteckningsansökan, finns en tvåveckorsfrist, se 4:12 st 3.[330]

6.4.2 KonkL 4:5

Det finns också en annan återvinningsregel som skyddar mot säkerhetsställande till kreditgivare som hade eller riskerade att få sämre prioritet. KonkL 4:5 kompletterar 4:12 främst i de fall där det gått längre tid än tre månader. Tidsfristen utsträcks här till fem år.

> Med normargument kan det hävdas att KonkL 4:5 även i annat avseende har ett vidare omfång än 4:12 KonkL. Det hävdas att KonkL 4:5 även omfattar vad som kallas indirekt nackdel. Härmed avses att rättshandlingen i sig inte behöver medföra nackdel utan att den först tillsammans med andra omständigheter och senare utveckling leder till nackdel.[331]

Huvudsakligen är 4:5 KonkL dock mer begränsad än 4:12 KonkL. Den nackdel som rättshandlingen orsakar måste nämligen bidra till eller förvärra insolvensen hos pantsättaren. Det hävdas därför att KonkL 4:5 skall innebära ett *skaderekvisit* snarare än ett sådant nackdelsrekvisit som hävdas för KonkL 4:12.[332] Rättshandlingen måste också vara *otillbörlig* eller m a o företagen p g a ett illojalt syfte. Härmed avses främst att rättshandlingen skall ha gjorts för att kringgå följderna av en hotande konkurs. Vidare måste panthavaren ha varit i *ond tro* om insolvensen och

[329] Håstad 1994 s 309, 1996 s 320. Walin 1991 s 200, 1998 s 209 menar att det i vissa fall godta ett par dagar eftersläpning. I NJA 1987 s 320 använder HD (Welamson, Knutsson, Gregow, referent, Magnusson och Lind) uttrycket ”i omedelbar anslutning till skuldens tillkomst” men frågan ställs inte på sin spets i det fallet.
[330] Lennander 1985 s 279–282, 1994 s 295–298. Håstad 1994 s 309, 1996 s 320.
[331] Se vidare avsnitt 6.5.1.
[332] Lennander 1985 s 140–144, 1994 s 140–144.

otillbörligheten. De nämnda rekvisiten skall med normargument bedömas utifrån ett helhetsperspektiv på rättshandlingen och omständigheterna kring denna.[333] Som exempel för säkerhetsställande i efterhand kan nämnas att rättshandlingar i försök att rädda pantsättaren anses kunna undgå återvinning.

> I NJA 1983 s 737 fick staten för en skatteskuld säkerhet i företagsinteckningar med hög prioritet. Hade staten istället fått pantsättaren i konkurs hade staten sannolikt fått full utdelning p g a skatteförmånsrätten. Säkerhetsställandet inkräktade vid tillfället inte heller på en hypotetisk utdelning till de övriga företagsinteckningshavarna. När bolaget efter 3,5 månader gick i konkurs visade det sig dock att företagsinteckningshavarna med sämre rätt än staten inte fick utdelning. HD[334] ansåg det med hänsyn till bakgrunden till säkerhetsställandet inte visat att gynnandet av staten var otillbörligt. Återvinning godtogs således inte. Det har hävdats att alla övriga rekvisit i 4:5 KonkL var uppfyllda.[335]

6.4.3 Mannamån, BrB 11:4

Det straffrättsliga skyddet mot säkerhetsställande till kreditgivare som hade eller riskerade att få sämre prioritet finns i regeln om mannamån, BrB 11:4. Enligt denna är det straffbart att uppsåtligen gynna en kreditgivare genom att ”överlämna” säkerhet som inte var betingad vid skuldens tillkomst. Motsvarande stadgas för ”annan sådan åtgärd”.

Regeln är dock begränsad till fall där pantsättaren var på obestånd och där gynnandet har viss dignitet. I 11:4 talas om att ”andra fordringsägares rätt skall förringas avsevärt”. I praxis har bedömningen gjorts med hänsyn taget till pantsättarens tillgångar och skulder, d v s enligt en relativ bedömning.[336] Mot detta hävdas med normargument dock en lagändring 1986.[337] Rekvisiten i BrB 11:1 ändrades då för att åstadkomma en mer absolut gräns. Värdegränsen föreslogs i princip till 3/4 av basbeloppet.[338]

Bedömningen skall enligt doktrin avse den sammanlagda effekten av gynnandet, m a o det belopp med vilket panthavaren gynnats. Att förhållandena kan vara sådana att varje enskild borgenär endast påverkas med ett litet belopp saknar med normargument betydelse.[339]

[333] Lennander 1985 s 162, 1994 s 167.
[334] JustR Westerlind, Mannerfelt, Hessler, Knutsson och Broomé.
[335] Lennander 1985 s 156, 1994 s 156.
[336] NJA 1974 s 689. NJA 1986 s 779. Se även Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 11:38, 1987 s 659.
[337] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 11:38, 1987 s 659.
[338] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 11:14, 1987 s 639.
[339] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 11:38, 1987 s 659.

6.4.4 Civilrättslig ogiltighet o likn

Eftersom det således kan vara straffbart att ställa säkerhet till kreditgivare som hade eller riskerade att få sämre prioritet kan det hävdas att säkerhetsställande kan vara civilrättsligt ogiltiga. Normargument är främst AvtL 33 § och principen om pactum turpe. Jag har dock inte funnit några specifika normargument för att dessa hävdas i just detta sammanhang. Med hänsyn till det skydd som andra regler ger finns det också relativt liten anledning att hävda dessa ogiltighetsregler. För att AvtL 33 § skall bli aktuell krävs nämligen ond tro hos panthavaren och därmed förefaller KonkL 4:5 i praktiken vara aktuell för alla fall där AvtL 33 § skulle vara det, femårs preskriptionen inberäknad. Något motsvarande ondtroskrav hävdas inte nödvändigtvis när det gäller pactum turpe. Denna princip skulle därför kunna hävdas i de fall pantsättaren brottsligt gynnat panthavaren utan dennes vetskap eller utan att sådan vetskap går att styrka. Häremot talar dock att följden av pactum turpe inte är ogiltighet utan endast att avtalen inte är verkställbara.[340] Därmed skulle det kunna hävdas att panthavaren i vart fall vinner om han kan realisera den pantsatta fordran själv.

Som ett generellt normargument mot att en pactum turpe skulle ges verkan även mot en godtroende panthavare talar sakrättsliga principer om godtrosförvärv. Det skydd panthavaren har enligt dessa principer reglerar ganska närliggande förhållanden. I de sakrättsliga godtrosnormerna ges panthavaren skydd även om pantsättaren upplåtit sakrätt i egendom som han själv helt saknat motsvarande rätt till och därför i princip begår ett brott genom upplåtelsen. Vid säkerhetsställande i efterhand är pantsättaren i en mening rätt upplåtare även om han p g a sin ekonomiska situation saknar materiell rätt att upplåta. Eftersom fallen är likartade inte minst avseende pantsättarens brottslighet, kan det hävdas att panthavaren i vart fall borde ha samma godtrosskydd som vid de sakrättsliga konflikterna.

> Som ett generellt normargument mot pactum turpe kan också hävdas principen om lex specialis. Tanken är då att avgränsningarna i återvinningsreglerna skulle ha företräde. Emellertid finns det uttryckliga normargument för att återvinningsreglerna inte utesluter tillämpning av ogiltighetsregler eller underkännanden p g a bristande uppfyllande av sakrättsliga moment.[341]

[340] Se t ex NJA 1997 s 93 och HD:s dom 2002-06–07 Målnummer: T 1277–99. Ramberg /Hultmark 1996 s 93–95. Jfr Principles of European Contract Law kapitel 15.
[341] Se t ex Lennander 1985 s 34–36, 1994 s 35–37.

6.4.5 Skador av säkerhetsställande för fast huvudkredit

I faktaargumentationen är det mot bakgrund av de i inledningen gjorda skadebeskrivningarna fråga om en avvägning mellan de negativa effekterna för fordringsägarna och de positiva effekterna av panthavarens vederlag för säkerhetsställandet. Faktaargument talar för att skydda fordringsägarna mot sådana säkerhetsställanden där de negativa effekterna överväger. I detta underavsnitt skall ges en beskrivning vad som krävs för att de negativa effekterna skall anses överväga. Beskrivningen ger samtidigt faktaargument avseende vissa frågor som framträtt i normargumentationen ovan. En sådan fråga är vid vilken tidpunkt huvudkrediten skall anses ha tillkommit. En annan i vilken mån omförhandling av villkoren bör utesluta återvinning.

Beskrivningen bygger på fyra olika fall eller kategorier. Indelningen bygger på vilka omständigheter pantsättarens betalningsskyldighet är beroende av och vem som har inflytande över dessa.

6.4.5.1 Säkerhet för redan utgiven huvudkredit

I den första kategorin är det klart att huvudkrediten har tillkommit. Pantsättaren har erhållit valuta för huvudkrediten och det är osannolikt att betalningsskyldigheten skulle bortfalla. Exempelvis är förhållandena sådana att den mest sannolika anledningen till att betalningsskyldigheten skulle bortfalla är ordinär preskription.[342] Vid säkerhetsställande under dessa omständigheter kan en motprestation från panthavaren bestå i förlängd kredittid eller avstående från exekutivt verkställande av huvudkrediten. Den kan givetvis också bestå i ändrade räntevillkor eller nedsättning av huvudkrediten.

För att de nämnda vederlagen skall vara tillräckliga för att kompensera fordringsägarna måste de ha bestämts med hänsyn till den ökade risk som säkerhetsställandet innebär för fordringsägarna. Om risken för att fordringsägarna skall lida slutlig skada är högre än normalt vid säkerhetsställandet skulle rationella fordringsägare bara acceptera vederlag som kompenserar för denna högre risk. Eftersom det handlar om ett hypotetiskt samtycke blir det fråga om att bedöma risken och vederlaget. Ett sätt att dra gränsen vid konkurs skulle kunna vara att se till den faktiska utdelningen. Om vederlaget bestod i nedsättning av huvudkrediten och denna bestämdes till ett belopp som visade sig lägre än vad

[342] Om sannolikheten är hög för att betalningsskyldigheten skall bortfalla beskrivs förhållandet bättre som ett villkorat förhållande eller m a o ett förhållande som är beroende av yttre omständighet, panthavarens agerande eller pantsättarens agerande, jfr de följande underavsnitten och avsnitt 4.4.2.3.

panthavaren skulle ha fått utan säkerhet har fordringsägarna i vart fall inte lidit någon slutlig skada.

Under mycket speciella omständigheter kan också förlängd kredittid eller avstående från exekutivt verkställande vara en motprestation som fodringsägarna skulle acceptera. Det slags omständigheter som krävs kan dock antas vara mycket ovanliga.

Mot bakgrund av det anförda kan faktaargument sägas tala för att en omförhandling som regel inte skall förhindra återvinning eller förskjuta tidpunkten för huvudkreditens tillkomst. För att så skall bli fallet måste vederlaget vara markant och kompensera för de skador fordringsägarna kan anses lida.

6.4.5.2 Betalningsskyldigheten beroende av panthavarens agerande

Till den andra kategorin hör de fall där frågan om huvudkreditens tillkomst är mest framträdande. Parterna har här ingått avtal om att panthavaren skall utge huvudkrediten till pantsättaren, men detta har ännu inte gjorts. Förhållandet kan då beskrivas som en fråga om i vilken mån utgivandet av huvudkrediten skall anses utgöra ett vederlag?

Låt då för det första säga att avtalet ger pantsättaren möjlighet att utkräva huvudkrediten i domstol. Panthavarens prestation är alltså av den karaktären att han kan förpliktigas av domstol att fullgöra den och inte endast betala ett skadestånd för den skada pantsättaren annars lider. Under sådana förhållanden kan det hävdas att utbetalningen av huvudkreditbeloppet inte innebär något vederlag alls. Pantsättarens position kan nämligen i princip sägas vara den att han redan har tillgodoförts värdet genom den fordran han har på panthavarens prestation. Den fordringsrätt el likn som huvudkreditavtalet givit pantsättaren har kanske rent av ett omsättningsvärde.

Omständigheterna kan också vara sådana att panthavaren av en eller annan anledning inte kan förpliktigas att fullgöra huvudkrediten. Pantsättarens sanktion är istället skadestånd. För att värdera pantsättarens position kan man då beakta de alternativ som parterna har till att använda säkerhet och fullgöra avtalet. Panthavaren gynnas därvid om fullgörande är bättre för honom än de alternativ han har vid tidpunkten för säkerhetsställandet och de övriga fordringsägarna skadas om fullgörande är sämre än de alternativ som pantsättaren har vid samma tidpunkt. Om panthavaren vägrar fullgöra huvudkreditutbetalningen utan säkerhet står pantsättaren inför valet att ställa säkerhet och fullgöra avtalet eller att kräva skadestånd och utnyttja en alternativ lösning. Skadeståndet är om inget annat avtalats vanligtvis ersättning för just vad ett alternativ kostar pantsättaren eller m a o ersättning för den försämring alternativet inne-

bär. I princip kostar det således inte pantsättaren något att välja alternativet medan säkerhetsställandet däremot kostar säkerhet. En säkerhet som skulle kunna använts för att skapa annat handlingsutrymme.

En ytterligare variant är att panthavaren inte ens blir skadeståndsskyldig om han inte presterar huvudkreditvalutan. Så är förhållandena t ex vid zug um zug förhållanden eller stoppningsrätt. För panthavaren är det här i princip ingen skillnad mot föregående kategori. Panthavaren gynnas av säkerhetsställandet om hans alternativ är bättre. För fordringsägarna får dock avsaknaden av skadeståndsrätt den betydelsen att alternativen för pantsättaren vanligtvis är sämre såvida de ursprungliga villkoren var marknadsmässiga och marknadsvärdet av panthavarens prestation inte sjunkit.

De anförda faktaargumenten kan hävdas för att avtalets ingående skall anses vara tidpunkten för huvudkreditens tillkomst, men att utgivandet av huvudkreditvalutan kan vara ett vederlag som påverkar storleken på den skada fordringsägarna anses lida. I normargumenten motsvaras det senare ledet av nackdelsbedömning.

Mot en sådan linje talar dock andra faktaargument. Ett sådant är att en princip som kräver att vederlaget prövas mer kvalitativt innebär bedömningssvårigheter. Såväl de negativa som de positiva effekterna för fordringsägarna är beroende av en mängd omständigheter varav flera är relativa. Att lägga sådana till grund för återvinning blir svårhanterligt och risken finns att i och för sig nyttoskapande omsättning drabbas.

Det kan också hävdas att föreställningen om att ett avtal anses ingått vid en viss tidpunkt är problematisk. Även om parterna undertecknat ett kontrakt med viss datering kräver en part inte sin bokstavliga rätt när motparten menar att förutsättningarna för transaktionen förändrats på ett sådant sätt att denne inte vill stå fast vid sitt åtagande. Detta beror bl a på att panthavaren rent praktiskt har möjligheter att förhala och sabotera sin prestation. För pantsättaren kan det också finnas oöverstigliga transaktionskostnader för att få en annan huvudkredit. Detta trots att man i vissa sådana fall kan tänka sig ett alternativ i att pantsättaren ställer säkerhet men sedan ogiltigförklarar denna såsom ocker el likn. Med denna syn skulle alla positioner kunna sägas innehålla ett mått av omförhandlingsutrymme.

Sammanfattningsvis kan det hävdas att ett skydd som skall omfatta alla fordringsägarnas skador, såsom de definierats med den skadebeskrivning som här använts, bör kunna medge återvinning även om säkerheten ställts innan panthavaren utgivit huvudkreditvalutan. Huvudkrediten skall då anses tillkomma vid huvudkreditavtalets ingående. Å andra sidan är det svårt att avgöra vilka av de ytterligare fall som skulle angripas med ett sådant skydd som verkligen utgör skador eller m a o

inte är önskvärda. Effekterna av ett säkerhetsställande är svårbestämbart och risken finns att även fall som inte skadar kommer att omfattas. Dessa senare argument kan hävdas för att tidpunkten för huvudkreditens utgivande bör anses vara huvudkreditens tillkomst.

6.4.5.3 Betalningsskyldigheten beroende av yttre omständighet

Som framgått omfattar den förra kategorin huvudkrediter som är beroende av att panthavaren presterar. Den tredje kategorin av förhållanden rör sådana huvudkrediter som är beroende av vad som huvudsakligen är en yttre omständighet, d v s något över vilken parterna inte styr. Även denna tredje kategori rör frågan om tidpunkten för huvudkreditens tillkomst.

När parterna i liten mån råder över huruvida pantsättaren blir betalningsskyldig finns inga alternativ för vare sig pantsättaren eller panthavaren. Någon motprestation ligger inte inom ramen för förhållandet som sådant. En motprestation är aktuell endast om särskilt vederlag avtalas, såsom sänkt ränta eller nedsatt huvudkreditbelopp.

Det sagda får betydelse för utomobligatoriska skadestånd där den skadegörande handlingen redan företagits och de yttre omständigheter som gör att skadan upptäcks inträffar senare. Faktaargumenten talar här för att säkerhetsställande mellan dessa tidpunkter skall vara återvinningsbart såvida inte ett särskilt vederlag utgår som kompenserar. Att ett särskilt vederlag utgår är här antagligen ganska vanligt. Anledningen till att en säkerhet ställs för en skuld som man inte känner till är antagligen oftast att säkerhet ändå ställs för annan huvudkredit och att säkerheten således är en generalpant som omfattar alla eventuella huvudkrediter. Däremot är det säkert ganska ovanligt att det vederlag som de övriga huvudkrediterna innebär även kompenserar fordringsägarnas skador. Det kan nämligen antas att pantsättaren ofta underskattar den uppoffring en generalpant innebär. Att närmare kalkylera i vilken mån vederlaget kompenserar fordringsägarnas skador synes svårt.

Vad som nyss nämnts om utomobligatoriska skadeståndsförhållanden kan också hävdas för vissa kontraktuella skadestånd. Låt säga att en avtalspart efter ingånget avtal ställer säkerhet för eventuella fel hos sin prestation. Anledningen till att säkerheten ställs kan även här vara att säkerheten ändå ställs för andra huvudkrediter.

Det skall observeras att förhållandena för skadeståndsfordringar inte alltid är sådana att de är beroende av yttre omständigheter. I många fall är det mer träffande att beskriva panthavarens eller pantsättarens eget agerande som huvudorsaken. Ett krav för eventuella dröjsmål med prestationen kan i vissa fall hänföras till yttre omständigheter och i andra

till den skadevållande pantsättarens agerande. En uthyrares krav på ersättning för skadegörelse, eller rent av för hyra, kan på motsvarande sätt hänföras till uthyrarens tillhandahållande av egendomen lika väl som till det ursprungliga hyresavtalet.

> Förutom skadeståndsfordringar är enkel borgen o likn ett annat förhållande som kan sägas beroende av yttre händelse mer än parternas agerande. För proprieborgen o likn passar det däremot bättre med beskrivningen att huvudkrediten (borgensansvaret) inte alls är beroende av något, annat än utgivandet av huvudkreditbeloppet till gäldenären, jfr avsn 6.4.5.2.

Sammanfattningsvis kan således hävdas att säkerhet för fordringar där parterna i liten omfattning råder över pantsättarens betalningsskyldighet skadar fordringsägarna såvida inte ett särskilt vederlag kompenserar dem, jfr avsn 6.4.5.1. Sådana vederlag antas vara ovanliga.

6.4.5.4 Betalningsskyldigheten beroende av pantsättarens eget agerande

En fjärde kategori är slutligen de förhållanden där huvudkrediten kan sägas beroende av pantsättarens agerande. Ett sådant fall är, som nyss nämnts, att huvudkrediten är skadestånd för (ett framtida) dröjsmål med pantsättarens avtalade prestation. Som nyss nämnts kan en sådan fordran bero mer på pantsättarens agerande än på yttre omständigheter. Ett annat exempel är pantsättarens skyldighet att betala för ett utnyttjande eller konsumtion. I det fallet är betydelsen av pantsättarens agerande tydligare eftersom pantsättaren typiskt sett har för avsikt att åstadkomma huvudkrediten.

För denna kategori av fall är fordringsägarnas skador av ett säkerhetsställande tydliga. Pantsättarens alternativ är ju att åstadkomma huvudkrediten utan att ställa säkerhet. Panthavaren får säkerhet trots att han inte kunnat förhindra att hamna i en position där han saknar säkerhet. Det ligger heller inte något vederlag för säkerhetsställandet inom ramen för förhållandet som sådant. Istället krävs att panthavaren ger ett särskilt vederlag för att kompensera fordringsägarna.

Det sagda innebär att det även för denna kategori kan hävdas att fordringsägarna skadas av ett säkerhetsställande såvida inte ett särskilt vederlag kompenserar dem, jfr avsn 6.4.5.1.

6.4.6 Skador av säkerhetsställande för rörlig huvudkredit

Utöver de fyra kategorier som nämnts i föregående avsnitt kan vi räkna förhållanden där huvudkrediten rör sig inom ramen för vad som anses vara ett och samma kreditförhållande. Det handlar även här om en

avvägning mellan de negativa effekterna för fordringsägarna och de positiva effekterna av panthavarens vederlag för säkerhetsställandet. Beskrivningen av denna avvägning omfattar liksom ovan frågorna om vid vilken tidpunkt huvudkrediten skall anses ha tillkommit och vilken betydelse omförhandling har.

Om huvudkrediten rör sig inom ramen för vad som avtalats vid ett visst tillfälle utan att någon av parterna i någon avgörande mening kan påverka rörelserna kan det hävdas att fordringsägarna skadas av att parterna påverkar förhållandet genom att en fristående säkerhet ställs efter ingåendet av huvudkreditavtalet. Förhållandena är då i princip desamma som om ett visst huvudkreditbelopp utgivits till pantsättaren. Skillnaden är bara att storleken på skadan vid pantsättningstidpunkten är svårare att kalkylera. Jämfört med en fast huvudkredit tillkommer här en variabel i form av huvudkreditens storlek.

Emellertid finns det knappast något huvudkreditförhållande där båda parterna saknar möjlighet att påverka huvudkreditbeloppets rörelser. Vid kontokredit (checkkredit) o likn har pantsättaren stora möjligheter att påverka genom insättningar och uttag. En faktor som i någon mån ligger utanför pantsättarens kontroll är dock inbetalningar från andra subjekt. Det finns också stora möjligheter för panthavaren att påverka huvudkrediten. Han kan vanligtvis säga upp den och spärra den mot vidare ökningar, även om parterna här har avtalat om begränsningar som uppsägningstid o likn som begränsar dessa möjligheter.[343]

Frågan är då vilken betydelse parternas påverkansmöjligheter har för fordringsägarnas skador av ett säkerhetsställande? En del av denna fråga är huruvida panthavarens påverkansmöjlighet i form av avstående från uppsägning anses utgöra ett vederlag som kompenserar åtminstone för huvudkreditökningar efter säkerhetsställandet. En annan del av frågan är om pantsättarens påverkansmöjligheter är sådana att huvudkreditför-

[343] Burling 1976 s 549–550 har hävdat att utrymmet för sådan uppsägning är så litet att man bör tala om att kredittagaren ”genom kontraktet förvärvat en fordran på banken, en lyftningsrätt intill det i kontraktet angivna beloppet”. Han menar att ett checkkonto inte kan spärras och att tanken att ”en kreditgivare skulle kunna rent godtyckligt ställa in en utfäst kredit, är helt absurd”. Jfr för liknande uppfattning Rune 1976 s 554 och Dahlgren/Rune 1995 s 25, respektive motsatt uppfattning om användningen av fordringsbegreppet Olivecrona 1976 s 308–309 och 556. Någon godtycklig uppsägning är det ju här dock inte fråga om utan just en uppsägning i anledning av att panthavaren menar att han behöver mer säkerhet. Beträffande panthavares möjligheter att säga upp kredit i anledning av bristande säkerhet och förväntade betalningsdröjsmål, se avsn 9.2 och 9.4. Där hävdas vikten av uppsägningstid för utgiven kredit och flera av de argument som framförs där, bl a likviditetsaspekter, har också betydelse för del av kontokredit som ännu inte tagits i anspråk. I det följande kommer jag att beakta både förhållanden där kreditgivaren har möjlighet att spärra och förhållanden där uppsägning kräver viss uppsägningstid.

hållandet snarare kan anses ha de funktioner som flera fristående huvudkreditavtal har.

6.4.6.1 Skador vid kontokredit

Enligt en beskrivning skall vikt läggas vid panthavarens påverkansmöjlighet och vid dennes hypotetiska avstående från uppsägning. Panthavaren kan sägas avstå från uppsägning i utbyte mot säkerhet. Eftersom en uppsägning vid kontokredit o likn skulle inneburit att huvudkrediten stannat på den nivå den var skadas fordringsägarna inte av att säkerheten omfattar en ökad kredit. Däremot skadas fordringsägarna om säkerheten får omfatta även den redan utgivna huvudkreditdelen. Att panthavaren ger fortsatt kredit med detta belopp och möjlighet till ytterligare kredit är visserligen en positiv effekt även för fordringsägarna, men den är typiskt sett inte tillräcklig för att uppväga fordringsägarnas ökade risker av att panthavaren får företräde till säkerhetsobjektet.

Med samma beskrivning och beaktande av panthavarens avstående från uppsägning borde varje efterkommande minskning av huvudkrediten få betydelse. Panthavaren har ju med detta resonemang vid varje tillfälle möjlighet att säga upp huvudkrediten och avstår således vid varje tillfälle från uppsägning. Vid varje sådant tillfälle skulle parterna således ha kunnat komma överens om att panthavaren för fortsättningen skall ha säkerhet för senare ökning av huvudkrediten. Och säkerhet har ju s a s redan ställts. En sådan lösning skulle leda till att den lägsta nivån efter säkerhetsställandet blir avgörande för vilken skada fordringsägarna anses lida.

Mot nämnda beskrivning talar att den är ganska teoretisk. Med en annan beskrivning påpekas att panthavaren vid varje ny lägsta nivå har möjlighet att säga upp huvudkrediten är korrekt men faktiska uppsägningar är antagligen sällan genomförbara. I praktiken har också pantsättaren ett handlingsutrymme. Pantsättaren kan på olika sätt tänkas vid varje tillfälle maximera huvudkrediten även efter inbetalningar från tredje man. Förhållandena kan rent av vara så att pantsättaren skulle kunna bevaka kreditnivån i lika hög grad som panthavaren och därmed se till att öka denna innan panthavaren hinner spärra kontot vid den nya lägsta nivån.

Till saken hör också att panthavarens uppsägningsmöjlighet inte nödvändigtvis innebär en reell uppsägningsrisk. Panthavaren kan i vissa fall ha starka skäl för att inte säga upp huvudkrediten. Ett sådant skäl kan vara att en uppsägning skulle innebära risk för obestånd för pantsättaren. Förhållandena kan också vara sådana att panthavaren faktiskt

saknar avsikt att säga upp helt enkelt för att han värderar förtjänsten (räntan) högre än risken.

Om den faktiska uppsägningsrisken skulle vara avgörande skulle bara faktiskt genomförda och allvarligt menade uppsägningar beaktas. Parterna skulle då få en bevisbörda som antagligen skulle leda till vissa kostnader, t ex för att avsluta kontokrediten och öppna en annan.[344]

En annan konsekvens av att endast beakta den faktiska uppsägningsrisken vore att det skulle bli nödvändigt att bedöma i vilken mån den nya kontokrediten använts för att betala den gamla huvudkreditdelen.

Vad som angivits ovan är således två olika beskrivningar för vilken relevans panthavarens uppsägningsmöjlighet skall tillmätas i en bedömning av fordringsägarnas skador.

I linje med den senare beskrivningen kan hävdas en skillnad mellan panthavarens uppsägningsmöjligheter vid den tidpunkt då säkerheten faktiskt ställs och uppsägningsmöjligheterna vid efterkommande minskningar av huvudkreditbeloppet. Vid det faktiska säkerhetsställandet kan det hävdas att också uppsägningsrisken typiskt sett är mer påtaglig. En anledning till säkerhetsställandet kan ju vara just en uppsägningsrisk. Vid efterkommande minskningar som passerar utan att pantavtalsparterna agerar kan uppsägningsrisken sägas mindre påtaglig. Med en sådan argumentation kan hävdas att faktaargumenten talar för att ett säkerhetsställande skadar fordringsägarna till den del säkerheten omfattar huvudkreditnivån vid tidpunkten för säkerhetsställandet. Dessa skador påverkas inte av efterkommande höjningar och minskningar av huvudkrediten.

Om panthavaren faktiskt gör en allvarligt menad uppsägning då huvudkreditnivån är lägre kan han dock s a s minska fordringsägarnas skador, eller m a o påverka riskerna för underkännande av hans säkerhetsrätt.

Det kan anmärkas att denna faktaargumentation överensstämmer med det normargument som angivits för checkkredit, se ovan avsn 6.4.1.2. En annan anmärkning är att det för att undvika att skada fordringsägarna i princip inte är nödvändigt med en faktisk uppsägning utan tillräckligt med påvisande av en faktisk uppsägningsrisk och uppsägningsmöjlighet vid en viss nivå.

[344] Motsvarande problem är egentligen aktuella även när det handlar om en fast kredit som panthavaren ännu inte utgivit, jfr avsn 6.4.5.2.

6.4.7 Skador vid typfallet factoring

Factoring utgör liksom kontokredit ett förhållande där huvudkrediten är rörlig inom ramen för ett och samma kreditförhållande. Karaktäristiskt för factoring är dock att även säkerheten är rörlig.

Huvudfrågan i detta avsnitt är i vilken mån factoring kan anses skada fordringsägarna för att säkerhet anses ställd i efterhand. Till denna frågeställning hör frågor om vid vilken tidpunkt huvudkrediten skall anses ha tillkommit och vilken relevans möjligheter till omförhandling har. Här skall också behandlas frågan om vissa transaktioner kan anses ordinära och därmed bör accepteras trots att de anses skada. Likaså behandlas frågan om redan risken för skada skall anses avgörande.

Denna sistnämnda fråga är i och för sig aktuell även vid andra huvudkrediter, men behandlas alltså i detta avsnitt som utgör en påbyggnad på de föregående.

6.4.7.1 Skador vid avräkning

Liksom vid kontokredit har pantsättaren vid factoring möjlighet att påverka kreditens storlek. Pantsättaren kan skaffa sig osäkrad kredit trots att factoringavtalet egentligen syftar till att endast ge säkrad huvudkredit. Att pantsättaren vid factoring har dessa möjligheter att skaffa osäkrad huvudkredit har att göra med att panthavaren kan betala ut huvudkredit utan att de pantsatta fakturafordringarna är definitiva och utan att någon kontroll görs med sekundogäldenären. De fakturor som pantsättaren tillställer panthavaren kan därför sakna verklig grund eller så kan betalningsskyldigheten bortfalla p g a att sekundogäldenären upptäcker invändningar mot sin betalningsskyldighet.

När sedan nya fakturafordingar ställs som säkerhet efter att en osäkrad kredit uppkommit kan säkerhetsställandet med vissa faktaargument anses skada fordringsägarna. Genom att de nya fakturafordringarna i linje med en vanlig factoringavtalskonstruktion avräknas och inte ger ökad huvudkredit förrän den avtalade normalbalansen mellan huvudkredit och totalt säkerhetsvärde uppnåtts, kan det hävdas att det är fråga om säkerhet som ställs i efterhand.

Emellertid kan det även med en sådan skadebeskrivning hävdas att de nya säkerheterna inte skadar fordringsägarna om panthavaren endast utnyttjar dem för huvudkredit som utbetalas därefter. När panthavaren upptäcker att tidigare pantsatta fordringar saknar värde kan panthavaren säga upp det gamla kreditförhållandet och parterna avtala om ett nytt. I detta nya förhållanden ger panthavaren tills vidare en låg belåningsgrad på de nya säkerheter som ställs. En sådan konstruktion kan synas sakna betydelse för panthavaren eftersom han inte har täckning för den gamla huvudkrediten. Att riskerna är lägre för den nya delen kan dock ha betydelse om pantsättaren i anledning

av ekonomiska svårigheter tenderar att tillställa panthavaren en högre frekvens av osäkra fakturafordringar än normalt.

En fråga som föranleds av nämnda argumentation är om panthavaren måste genomföra en faktisk uppsägning eller om det är tillräckligt att panthavaren haft uppsägningsmöjlighet, jfr föregående avsnitt 6.4.6.1.

6.4.7.2 Skador vid säkerhet i yngre överhypotek

Den nämnda skadebeskrivningen kan också hävdas för de fall en pantsatt fordran visar sig inte ge någon utdelning först efter att pantsättaren gått i konkurs. Låt säga att factoringförhållandet de tre senaste månaderna innan konkursen, januari-mars, omsatt en fakturafordran i månaden på vardera 100 tkr. Dessa har belånats med 80 tkr vardera. När panthavaren skall realisera säkerheten visar det sig emellertid att den äldsta fakturafordran från januari inte ger någon utdelning. Eftersom fakturafordringarna från februari och mars ställts efter den del av huvudkrediten som utgivits i januari skadas fordringsägarna om överhypoteken från februari- och marsfordringarna kan användas för att täcka huvudkreditdelen från januari. För att fordringsägarna inte skall skadas får panthavaren därför endast behålla 80 + 80 = 160 av de 200 tkr som flyter in från februari- och marsfordringarna. Däremot skadas fordringsägarna inte om panthavaren har överhypotek på 100 tkr från fordringar som ställts som säkerhet i december.

6.4.7.3 Skador av ytterligare säkerhet för redan säkrad huvudkredit

Skadebeskrivningarna i de två föregående avsnitten påverkas av synsättet att ett säkerhetsställande skadar även om säkerheten för den redan utgivna huvudkrediten är tillräcklig vid det senare säkerhetsställandet. En komplettering av en redan fullgod säkerhet innebär en risk för att den kompletterande säkerheten får tas i anspråk om den ursprungliga minskar i värde eller huvudkrediten ökar p g a räntor o likn. Det kan också hävdas att fordringsägarna skadas genom att pantsättaren frånhänder sig alternativa handlingsmöjligheter som kunnat generera nytta för honom själv och indirekt fordringsägarna. Vidare kan panthavarens incitament till att agera i fordringsägarkollektivets intresse minska ytterligare om hans position stärks.

Motsvarande kan hävdas för utbyte av säkerhet. I vart fall om denna vid säkerhetsställandet har ett högre eller stabilare värde än den gamla säkerheten.

I förhållande till säkerhet som ställs för osäkrad huvudkredit är de aktuella skadorna givetvis mindre. För slutlig skada krävs att risken utlöses. Det går också att urskilja fall där riskerna är olika. Antagligen är riskerna i typfallet av factoring lägre än riskerna då säkerhet i ett enstaka objekt kompletteras med ytterligare säkerhet.

Det skall särskilt framhållas att skadorna påverkas av i vilken mån panthavaren står kreditrisk för de pantsatta fordringarna. Riskerna för att fordringsägarna skadas blir mindre ju mer kreditrisk panthavaren står. Ett sätt att beskriva detta är att risken är mindre för att den ursprungliga säkerheten inte skall räcka till. Eftersom riskerna är mindre finns det särskild anledning att åtminstone godta dessa transaktioner. Detta gäller även andra förhållanden än factoring även om riskerna vid factoring alltså är särskilt låga redan av andra anledningar.

6.4.7.4 Skadorna otydliga i förhållanden till nyttan

Faktaargument mot att skydda fordringsägarna mot de skador som beskrivits avseende avräkning och säkerhet i yngre överhypotek, är att dessa skadebeskrivningar är ganska osäkra. Det kan hävdas att det är svårt att avgöra om nyttan av omsättningen överväger. Vid factoring är det främst den olikhet som säkerhetsställandena skapar som läggs till grund för skadebeskrivningen. Att ange när olikheten är mer skadlig än nyttig är som nämnts en delikat uppgift, se avsnitt 6.1.3.

> Att det främst är olikhet och inte gynnande som ligger till grund för skadebeskrivningarna har att göra med att utrymmet för illojala säkerhetsställanden är relativt litet vid factoring. Factoring följer ett i förväg beslutat handlingsschema där parternas möjligheter att avvika är begränsade. Av betydelse är härvid att pantsättarens möjligheter att åstadkomma huvudkreditökning genom luftfakturor o likn begränsas av straffstadganden om bedrägeri.

Det kan då hävdas att just ordinära transaktioner totalt sett genererar mer nytta än skada. Man kan nämligen beskriva förhållandena som att de ingrepp i det ordinära som ett rättsligt skydd skulle innebära orsakar ett särskilt stort bortfall av nytta. Även om ett sådant skydd således skulle skydda fordringsägarna mot vad som i och för sig kan sägas utgöra skador, så skulle skyddet inte vara effektivt. Med dessa beskrivningar kan det hävdas att säkerhetsställanden skall accepteras när de följer factoringavtal där parterna förpliktigat sig för att behandla alla eller visst slag av fakturafordringar på samma sätt.

Sammanfattningsvis kan hävdas att factoring omfattar säkerhetsställanden i efterhand och att fordringsägarna skadas härigenom. Samtidigt kan det dock hävdas att denna skadebeskrivning bygger på en teori som är ganska otydlig. Det är därför inte är särskilt tydligt i vilken mån säkerhetsställanden skadar fordringsägarna eller om nyttan av säkerhetsställandena överväger skadorna. För vissa förhållanden, som där panthavaren står kreditrisk för de pantsatta fakturafordringarna, är det särskilt svårt att hävda att transaktionerna skulle ha övervägande negativa effekter.

6.4.8 Fördelar med kompletterande regler och schablonregler

I de tre föregående avsnitten har beskrivits skador av säkerhetsställande i efterhand. Till faktaargumenten hör också argument om nyttan av att det rättsliga skyddet ges en någorlunda lättillämpad och praktiskt användbar form. Mot bakgrund av vad som framhållits i de tre föregående avsnitten förefaller det som om en noggrann analys av förhållandet mellan skada och nytta innebär ganska svåra gränsdragningsproblem. I vissa fall synes skillnaderna små mellan vad som är övervägande skadliga och övervägande nyttiga transaktioner. En del av de fall som orsakar aningen mer skada än nytta förefaller därför kunna accepteras om hanteringen i övrigt underlättas. Likaså kan en del av de fall som är mer nyttiga än skadliga underkännas.

6.4.8.1 Kompletterande regler

De säkerhetsställanden som orsakar de tydligaste skadorna är de som görs enbart för att gynna pantavtalsparterna. Ett sådant säkerhetsställande där parterna, med omsättningsteorin, inte delar på ett övervärde genererar ingen indirekt nytta för fordringsägarna. Med faktaargument kan det därför hävdas att rätten bör skydda mot just dessa gynnande säkerhetsställanden.

Ett välkänt antagande är dock att det kan vara svårt att pröva de inblandades faktiska skäl och åstadkomma ett kvalitativt inriktat skydd. Förutsättningarna för en sådan prövning ökar dock om det anses tillräckligt att endera av parterna kan beläggas med ett gynnande uppsåt. Faktaargument kan hävdas för att det är tillräckligt att en av parterna har sådant uppsåt för att fordringsägarnas skada skall vara tydlig. Om inte båda parter ingår avtalet för att de värderar motprestationen högre än sin egen prestation genererar avtalet ingen nytta.

Som framgått ovan kan det med normargument hävdas att det är tillräckligt att det går att styrka att endera av parterna haft motivet att gynna. Enligt KonkL 4:5 är det panthavarens onda tro som skall styrkas och enligt BrB 11:4 är det i första hand pantsättarens uppsåt. Med BrB 11:4 och principen om pactum turpe skulle fordringsägarna även kunna komma åt den pantsatta fordran i åtminstone vissa fall.

Mot att lägga vikt redan vid pantsättarens skäl talar antagandet att panthavare generellt skulle bli mindre intresserade av att medverka i omsättning om de skulle kunna gå miste om sin position även när de är i god tro. Detta faktaargument måste dock anses ganska svagt. För det första handlar det här om att pantsättaren valt just panthavaren för sitt gynnande och att panthavarens egenskaper är orsaken till gynnandet. Det rör sig också om ganska kvalificerade omständigheter på pantsätta-

rens sida. För det andra har säkerheten vanligen ställts under sådana omständigheter att panthavaren vanligtvis under tre månader ändå stått risken för återvinning enligt KonkL 4:12.

Faktaargumenten talar därför övervägande för att det är tillräckligt att styrka en av avtalsparternas uppsåt att gynna. Det kan dock antas vara svårt att nå fram även med ett sådant skydd. En mer schablonartad skyddsregel är i så fall nödvändig, se nästa avsnitt.

6.4.8.2 Schablonregler

Faktaargument om svårigheterna med en kvalitativt inriktad regel talar således för en schablonregel. För en schablonregel talar också att fordringsägarna kan lida skada även utan gynnandeavsikt. Som nämnts medför även en ordinär transaktion olikhet som kan anses skada fordringsägarna.

En viktig poäng med ett schablonskydd är att gränserna skall vara tydliga. Den gräns som med KonkL 4:12 ligger närmast till hands dras med tidpunkten för utgivande av huvudkrediten i förhållande till tidpunkten för säkerhetens ställande. För att nå ett schablonsyfte finns det då anledning att vara försiktig med en alltför noggrann prövning av huruvida en transaktion skadar, eller är till nackdel, för fordringsägarna. Att låta tidpunkterna avgöras av vad som anses vara syftet med regeln kan i så fall vara ineffektivt. Å andra sidan synes det i flera fall råda så delade meningar om vad som skall anses vara huvudkreditens tillkomst att en syftesargumentation kan vara den enda gångbara.

Möjligen skulle det dock vid avtalad huvudkredit kunna hävdas att antingen tidpunkten för avtalets ingående eller tidpunkten för huvudkreditens utgivande skulle kunna fungera som schablon. Båda dessa tidpunkter synes mestadels vara ganska tydliga.

Ordinärrekvisitet innebär här en ytterligare förenkling i schabloniserande riktning.

6.4.9 Illojaliteten är värdeladdad, men det är även frånvaro av sådan

Av värdeargumenten i frågan om skydd för fordringsägarna är kanhända det mest framträdande argumentet att pantavtalsparterna inte skall kunna dra fördel genom sin illojalitet. Alla möjligheter för pantavtalsparterna att gynna sig själva på fordringsägarnas bekostnad är värdeladdade. Inte minst för att de skadar förtroendet för rättsystemet och därmed rättens legitimitet. Det frivilliga efterföljandet av rättsreglerna anses värt att värna i hög grad.

Samtidigt är det emellertid inte utan värdeladdning att ett skydd drabbar även transaktioner som inte vidtagits av illojala skäl. Faktaargumentet att säkerhetsställande kan skada genom olikhet och således även utan illojalitet kan härvid vara svårt att nå fram med. Det finns också en värdeladdning i att bevisningen kring en eventuell illojalitet skall vara övertygande.

De nämnda värdeargumenten kan sägas tala för att det rättsliga skyddet inte skall vara schablonmässigt utan omfatta just de transaktioner där pantavtalsparterna eller i vart fall någon av dem haft illojala skäl för säkerhetsställandet.

Å andra sidan finns det givetvis värdeargument även för en schablon. Det finns en positiv laddning i enkelhet och även i att fordringsägare behandlas lika. Att de transaktioner som genomförs de sista tre månaderna innan en konkurs inte ger företräde kan synas lika rimligt som att gränsen dras vid fristdagen.

En annan men närliggande värdeaspekt rör betydelsen av god tro. Om endast en av parterna haft illojalt uppsåt medan den andre haft legitima skäl för sitt handlande, kan det anses otillfredsställande att den senare drabbas av ett skydd för fordringsägarna. Det kan därför hävdas att en godtroende panthavare inte skall behöva drabbas av att pantsättaren haft ett brottsligt uppsåt och att pactum turpe därför inte skall komma ifråga.

I värdeargumentationen kan också nämnas att det i norsk lag finns ett uttryckligt stadgande om att pantsättning och säkerhetsöverlåtelse av fakturor i återvinningshänseende skall klassificeras som betalning och således falla under återvinningsregeln för betalningar, d v s motsvarande 4:10 KonkL. Bakom lagregeln ligger det faktum att det i Norge fortfarande inte finns något ordinärrekvisit i regeln om återvinning av säkerhet, medan det finns ett sådant i regeln om återvinning av betalning. Den norska regleringen har använts för att motivera införandet av ordinärrekvisitet i KonkL 4:12. Å andra sidan har man i Norge föreslagit att specialstadgandet om fakturafordringar skall tas bort.[345]

6.4.10 Ett schablonskydd med kompletteringar

Avslutningsvis skall så möjliga slutsatser dras av ovan anförda argumentation. Huvudfrågan är alltså i vilken mån fordringsägarna skall skyddas

[345] Dekningsloven § 5–5: ”Som betaling anses også pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle fordringer.” Se NOU 1993:16 s 123–124 ang ändringsförslaget. Se även Ds 1998:40 s 27. Jfr Lennander 1994 s 274.

mot säkerhetsställande till en fordringsägare som hade eller riskerar att få sämre prioritet.

6.4.10.1 Schablonen och det övriga skyddet mot illojalitet

På en allmän nivå kan denna fråga besvaras med att fordringsägarna skyddas av en schablonregel och tre mer kvalitativt inriktade regler varav ett straffstadgande.

För att hantera KonkL 4:12 som en schablonregel talar framför allt faktaargumenten. Att närmare bedöma om ett visst säkerhetsställanden medför övervägande skada eller nytta för fordringsägarna kan vara komplicerat, även på ett teoretiskt plan. Ett skydd som omfattar även fall där nyttan överväger respektive släpper igenom vissa skadliga transaktioner, kan vara att föredra. En tydlig gränsdragning har fördelar för såväl aktörerna som för hanteringen i rättsystemet. Normargumenten talar också särskilt genom ordinärrekvisitet för en schablontillämpning av KonkL 4:12, även om det s k nackdelsrekvisitet kan hävdas för en viss skadeprövning. Värdeargumenten om att skyddet inte skall omfatta även lojala transaktioner är inte avgörande i sammanhanget.

Om de kvalitativt inriktade delarna av skyddet kan sägas att övervägande argument talar för att detta endast skall omfatta skador som orsakats av illojala förfaranden. Härför talar framför allt normargumenten om otillbörlighet o likn, men även nyssnämnda värdeargument. Bland faktaargumenten kan här framhållas att det är säkerhetsställanden som föranletts av illojala skäl som orsakar de tydligaste skadorna för fordringsägarna.

Till de kvalitativa delarna av skyddet skall inte hänföras vad som med normargument motsvarar principen om pactum turpe. Framför allt talar normargumenten och värdeargumenten för ett godtrosskydd. Låt sedan vara att det borde vara svårt för panthavaren att undkomma hamna i ond tro. När pantsättaren gynnat just panthavaren och gjort detta vid ett pågående obestånd borde det bli ganska tydligt för panthavaren vad som är på gång.

6.4.10.2 Tidpunkten för avtalets ingående bör vara avgörande …

Ett närmare svar på huvudfrågan om skyddets omfattning sönderfaller sedan i olika delar. I linje med vad som ovan hävdats om en schablonregel bör KonkL 4:12 ges en lättillämpad och tydlig form. Som framgått synes de största otydligheterna kring denna regel ligga i frågan om tidpunkten för huvudkreditens tillkomst. Normargumenten får här övervägande anses tala för att tidpunkten för huvudkreditens utgivande skall vara avgörande. Detta hävdas i förarbeten och den doktrin som

anslutit sig till denna uppfattning. En avvikande uppfattning återfinns i doktrinen, men då hävdas att samma resultat som utgivandet nås med stöd av nackdelsrekvisitet. För att avtalets ingående skall anses vara den mest relevanta beskrivningen talar rättspraxis, men denna praxis är begränsad och är tydligast för vissa förhållanden.

Med de faktaargument som anförts ovan har jag hävdat att det går att förespråka att tidpunkten för huvudkreditavtalets ingående leder till den princip som synes fånga in de flesta skadorna. Jag begränsar då argumentationen till huvudkrediter som har sin grund i avtal eftersom dessa synes vanligast för säkerhet i fakturafordringar. Med dessa faktaargument är det främst relevant att göra undantag från tidpunkten för avtalets ingående om huvudkrediten inte är förpliktigande för panthavaren, såsom vid zug um zug eller stoppningsrätt. När huvudkrediten inte är beroende av sådana omständigheter talar faktaargumenten för att panthavarens motprestation, att utge huvudkrediten eller omförhandla villkoren, typiskt sett inte uppväger pantsättarens säkerhetsställandeprestation.

Några värdeargument av särskild betydelse, utöver de som nämnts emot ett schablonskydd generellt, finns inte anledning att framhålla. Möjligen kan det hävdas att tremånaderskarensen innebär en rimlig avvägning.

En slutsats av det nämnda är att avgörande för tillämpningen av KonkL 4:12 bör vara att säkerheten ställts efter tidpunkten för huvudkreditavtalets ingående. Undantag är aktuella när panthavaren inte är förpliktigad att utge huvudkrediten, såsom vid zug um zug eller stoppningsrätt. Utrymmet för undantag med eller utan hjälp av nackdelsresonemang bör dock vara begränsat för att nå de schabloneffekter och skydd mot skador p g a olikhet som hävdats ovan.

6.4.10.3 … liksom saldot vid tidpunkten för säkerhetsställandet.

En annan del av huvudfrågan gäller förhållande vid rörlig huvudkredit. Normargumenten talar här för att saldot vid tidpunkten för säkerhetsställandet skall vara avgörande. Ovan har framförts att detta är en praktisk lösning. Det finns därför inte skäl att dra någon annan slutsats än att saldot vid tidpunkten för säkerhetsställandet skall vara avgörande.

6.4.10.4 Skyddet vid factoring och säkerhetsförstärkning m m

Ytterligare delar av huvudfrågan gäller factoring och frågor som ovan behandlats i samband med denna företeelse, d v s förstärkning och förstärkande utbyte av säkerhet samt ordinäritet. Normargumenten är här ganska tydliga. Factoring betraktas med dessa som ett antal separata

transaktioner istället för en sammanhållen helhet. Med ordinärrekvisitet innebär KonkL 4:12 dock inte hinder för avräkning under de tre senaste månaderna. Det kan också hävdas att yngre överhypotek får användas för att täcka äldre huvudkreditdelar. Däremot skall skyddet annars omfatta såväl förstärkning som förstärkande utbyte av säkerhet, oavsett om den tidigare säkerheten täckte huvudkrediten.

Faktaargumenten talar inte tillräckligt tydligt för en annan lösning än den som hävdas med normargumenten.

Vad som här sagts om factoring motiverar endast skydd i form av KonkL 4:12. Eftersom avräkning och säkerhet i yngre överhypotek typiskt sett följer ett icke otillbörligt avtalsupplägg blir varken KonkL 4:5 eller BrB 11:4 aktuell.

6.5 Undandragande säkerhetsställande

Föregående avsnitt har behandlat säkerhetsställande i efterhand. Ett annat sätt att genom säkerhetsställande skada fordringsägarna är säkerhetsställande i syfte att undandra fakturafordran från fordringsägarna. Vad det handlar om är alltså att pantsättaren i anledning av ett förväntat eller uttryckt hot om verkställighet, omvandlar fakturafordringar till likvida medel el likn för att spendera dem eller på annat sätt göra denna tillgång svåråtkomlig för fordringsägarna.

För att uppnå detta syfte ligger det mer nära tillhands att använda överlåtelseformen. Oavsett formell benämning har dessa transaktioner också mest likhet med överlåtelse materiellt sett. Pantsättaren har ju inte tänkt sig att lösa den pantsatta fordran och bryr sig inte annat än indirekt om ett eventuellt redovisningskrav på panthavaren. Den främsta anledningen till att denna slags omsättning benämns säkerhet och omfattar en reell redovisningsplikt som pantsättaren föredrar att panthavaren följer är att detta kan dölja rättshandlingens verkliga syfte. Överhypoteket blir s a s en premie som pantsättaren får avstå till fordringsägarna för att minimera upptäcktsrisken.

Den huvudsakliga orsaken till att fordringsägarna anses lida skada i nämnda situationer är handlingen att göra huvudkreditmedlen oåtkomliga. I princip är det därför inte säkerhetsställandet som sådant som orsakar skada. Den tillgång som i snäv mening görs oåtkomlig är huvudkreditmedlen. Fordringsägarna skulle lidit skada även om pantsättaren lyckats få och spendera huvudkrediten utan att ställa säkerhet. Givetvis är säkerhetsställandet dock ett viktigt medel för att lyckas med undandragandet och i vid mening kan det sägas vara fakturafordringarna som undandras.

Syftet med detta avsnitt är att beskriva vilket skydd fordringsägarna har mot undandragande säkerhetsställanden. Den rättsfråga som huvudsakligen blir aktuell är - *vilket samband som skall krävas mellan säkerhetsställandet och undandragandet för att fordringsägarna skall skyddas?*

6.5.1 Återvinningsnormer

6.5.1.1 KonkL 4:5

Som nämnts i avsnitt 6.4.2 finns det normargument för att med hjälp av KonkL 4:5 skydda fordringsägarna även mot transaktioner som innebär en ”indirekt nackdel”, d v s från rättshandlingar som först tillsammans med andra omständigheter och senare utveckling leder till nackdel. Det finns också explicita normargument för att transaktioner i syfte att förslösa vederlaget eller göra det oåtkomligt för fordringsägarna skall kunna angripas med KonkL 4:5.[346] Likaså för att lånemedel som mottas i detta syfte skall omfattas.[347]

Samtidigt anger normargumenten flera begränsningar. En sådan är ett krav på orsakssamband mellan rättshandlingen och den indirekta skadan. Det talas om klara sådana fall såsom då någon säljer hela sin rörelse och undanskaffar vederlaget.

Andra begränsningar som hävdas är de olika rekvisiten om skada (nackdel) för fordringsägarna, ond tro hos panthavaren och otillbörlighet.

Vad som utgör nackdel eller m a o skada för fordringsägarna är ganska tydligt i de här aktuella fallen. Pantsättarens handlande att göra huvudkrediten oåtkomlig för fordringsägarna skadar dem genom att de inte får full utdelning på sina fordringar i en konkurs eller företagsrekonstruktion. Det hävdas för tydlighetens skull också att pantsättaren inte behöver vara insolvent vid säkerhetsställandet.[348] Det är tillräckligt att oåtkomliggörandet bidrar till en därefter följande insolvens.

Om rekvisitet ond tro sägs att panthavaren måste vara i ond tro om hela förfarandet och dess inverkan på pantsättarens ekonomi. Panthavaren skall alltså vara i ond tro även om att pantsättaren ämnar förslösa medlen eller göra dem oåtkomliga på annat sätt.[349]

Om nivån på kunskap hos panthavaren hävdas att det skall läggas panthavaren till last att det förelegat omständigheter som är ägnade att

[346] Lennander 1985 s 141–142, 1994 s 141–142. SOU 1983:60 s 38, 88, 117.
[347] Lennander 1985 s 142, 1994 s 142.
[348] Lennander 1985 s 143, 1994 s 143–144.
[349] Lennander 1985 s 145, 1994 s 146.

väcka hans misstanke. I sammanhanget används termen ”undersökningsplikt” för den händelse att sådana omständigheter föreligger. Som exempel på sådana omständigheter nämns att panthavaren erbjuds osedvanligt förmånliga villkor eller att panthavaren hört rykten om allvarliga betalningssvårigheter.[350]

Otillbörlighetsrekvisitet syftar till att undanta förfaranden som inte är illojala. Skyddet skall med dessa normargument bara omfatta rättshandlingar som är illojala i den meningen att de syftar till att kringgå följderna av en hotande konkurs. Det sägs också att otillbörligheten brister om något av de övriga rekvisiten endast är svagt uppfyllt. Som exempel nämns att orsakssambandet mellan rättshandlingen och skadan är tveksamt eller att panthavaren visserligen bort inse att pantsättaren var insolvent men trott att pantsättaren skulle klara upp situationen.[351]

Av det sagda framgår att de nämnda rekvisiten hänger ganska nära samman. Det framförs också med normargument att det skall handla om en helhetsbedömning.[352] För undandragande säkerhetsställande förefaller detta bli tydligare än i en del andra fall där återvinning är aktuell. En praktisk beskrivning synes vara att panthavarens onda tro är central. Om man betraktar händelseförloppet ur panthavarens perspektiv och ställer sig frågan om denne borde ha uppfattat detta som illojalt, omfattas också såväl orsakssambandet som skadan och otillbörligheten.

6.5.1.2 Verkan av återvinning, KonkL 4:14

Med KonkL 4:14 kan hävdas att panthavaren skall återlämna den pantsatta fordran utan att konkursboet behöver utge huvudkreditbeloppet. Att panthavaren är i ond tro om pantsättarens avsikt att undandra har i princip redan beaktats i bedömningen i KonkL 4:5.

Det finns emellertid normargument som kan hävdas för en mer långtgående verkan mot panthavaren. Ovan har anförts att mottagande av lånemedel i undandragande syfte skall kunna angripas.[353] Därmed kan hävdas att det närmast är huvudkreditavtalet som skall återvinnas. Panthavarens huvudkreditfordran på pantsättaren får därmed inte göras gällande i konkursen samtidigt som konkursboet med KonkL 4:14 inte behöver utge huvudkreditbeloppet. För fordringsägarna är denna återvinning givetvis bättre eftersom utdelningen till dem blir större.

> Förhållandena blir tydligare om man tänker sig att det istället handlat om ett huvudkreditavtal utan säkerhet. Den effekt som huvudkreditavtalet har

[350] Lennander 1985 s 147–148, 1994 s 148.
[351] Lennander 1985 s 152, 1994 s 153.
[352] Lennander 1985 s 162, 1994 s 167.
[353] Lennander 1985 s 142, 1994 s 142.

är då att utdelningen blir lägre till de övriga oprioriterade fordringsägarna. De aktuella förhållandena uppstår dock i första hand vid säkrad kredit. Det är givetvis tämligen ovanligt att en osäkrad kreditgivare som är i ond tro om att huvudkreditmedlen kommer att göras oåtkomliga medverkar genom att ge kredit. Helt otänkbart är det emellertid inte eftersom kreditgivaren kan vara i ond tro utan att faktiskt ha förstått vad pantsättaren skulle göra med huvudkrediten.

Mot normargumentet om att huvudkrediten återvinns kan anföras normargument där en rätt att göra gällande oprioriterad fordran antas trots att vederlaget gjorts oåtkomligt för fordringsägarna.[354]

6.5.2 Indirekt straffrättsligt skydd, BrB 11:1–4

Fordringsägarna har också skydd mot undandragande säkerhetsställanden genom straffregler. Det är dock närmast fråga om ett indirekt skydd eftersom det saknas normargument för att avtalet med panthavaren i sig skulle vara straffbart. Pant- och huvudkreditavtalet är ett första steg till oredlighet eller vårdslöshet mot borgenärer, BrB 11:1–3. Om huvudkreditmedlen används för att betala annan fordringsägare är mannamån aktuellt, BrB 11:4. Inget av dessa brott är straffbart på förberedelsestadiet, BrB 11:6 jämfört med 23:2. Trots att pant- och huvudkreditavtalet är ett första steg till dessa brott kan det därför hävdas att själva avtalet, eller fullföljandet av detta, inte är straffbart.

Däremot är det alltså tydligt att pantsättaren kan göra sig skyldig till ovan nämnda brott när han gör huvudkreditmedlen oåtkomliga. Det kan också anföras att panthavarens agerande skall vara straffbart såsom medhjälp till dessa brott, BrB 23:4.

Skillnaden mellan oredlighets- och vårdslöshetsbrottet är att oredligheten består i ”avhändande” eller bortförande medan vårdslösheten i de här aktuella fallen handlar om slösaktighet. Skyddet i dessa regler är begränsat till fall där pantsättaren var på obestånd eller påtaglig fara för sådant förelåg alternativt blir effekten av handlandet. Det skall också handla om ”betydande värde” respektive försämrande av förmögenhetsställning i ”avsevärd mån”. Som nämnts finns normargument för en gräns på 3/4 av basbeloppet, se avsn 6.4.3.

[354] Lennander 1985 s 347, 1994 s 361.

6.5.3 Undandragande säkerhetsställande innebär också olikhet och ofta även gynnande

I faktaargumentationen skall först uppmärksammas på vilka sätt ett undandragande säkerhetsställande kan sägas skada fordringsägarna. Ovan har sagts att det i princip är det senare ledet av pantsättarens handlade, d v s undandragandet av huvudkreditmedlen, som skadar. Det ligger emellertid också i sakens natur att panthavaren gynnas genom att villkoren för huvudkrediten tenderar att vara särskilt förmånliga. Eftersom pantsättaren inte har för avsikt att tillgodose sina fordringsägare spelar det ingen roll för honom om han får objektivt sett dåliga villkor. I de fall panthavaren är i ond tro har panthavaren också liten anledning att utan rejäl kompensation ta den risk det innebär att ingå ett avtal som kan komma att underkännas och leda till straff. En annan sak är att det finns ett starkt incitament att dölja just att panthavaren gynnas. De omständigheter som blir aktuellt att hantera öppet blir därför undandragandet.

Till skadebilden hör vidare också att fordringsägarkollektivet med panthavaren får en medlem som har litet intresse av att agera på ett sätt som kollektivet kan dra nytta av. Denne panthavaren har, i vart fall om han är i ond tro, redan från början inställningen att pantsättaren inte skall fortsätta sin verksamhet. Det finns därför också anledning att tala om att säkerhetsställandet orsakar skador genom olikhet, jfr avsnitt 6.1.3. Dessa skador inträder redan genom säkerhetsställandet och oavsett om pantsättaren sedan fullföljer sitt undandragande. Det handlar dock om relativt små skador jämfört med de skador som undandragandet orsakar.

Om man således utgår från att det inte endast är undandragandet som skadar kan det hävdas att fordringsägarna skall ha skydd redan mot säkerhetsställandet i sig så länge detta har någon form av samband med undandragandemöjligheten. Tar man fasta på skador av olikhet kan det hävdas att sambandet mellan säkerhetsställandet och undandragandet inte behöver vara särskilt starkt. Eftersom fordringsägarna då anses ha lidit skada redan genom säkerhetsställandet handlar det mer om möjligheten att undandra än om ett faktiskt undandragande. Därmed skulle det inte behöva vara just huvudkreditmedlen som görs oåtkomliga utan även surrogat för dessa eller rent av helt andra medel som kunnat undandras för att säkerhetsställandet givit pantsättaren sådan handlingsfrihet att ett undandragande blivit möjligt.

6.5.4 Ett dubbelt och långtgående skydd kan motiveras

I faktaargumentationen skall också uppmärksammas att det för effekten av fordringsägarnas rättsliga skydd kan antas ha betydelse att pantavtalsparterna riskerar att förlora på att ett undandragande säkerhetsställande avslöjas. Det skall då noteras att panthavaren står risk för förlust redan genom återvinningsreglerna. Denna risk blir aningen större om återvinningen omfattar huvudkrediten och inte bara säkerhetsställandet. Det är också tydligt att återvinning av huvudkrediten bäst motsvarar den skada som fordringsägarna lider av undandragandet eftersom panthavaren inte skulle haft någon fordran om huvudkreditavtalet inte genomförts. Skadan skulle i princip ha uppstått även om panthavaren inte fått någon säkerhet.

> Det sagda innebär inte att panthavaren skall sakna rätt att göra gällande sin fordran efter en konkurs eller efter en genomförd företagsrekonstruktion, eller för den delen mot den fysiska person som legat bakom undandragandet.

Eftersom redan återvinningsreglerna medför att panthavaren står risk för förlust kan det hävdas att det straffrättsliga skyddet har liten betydelse. Av betydelse är då dock att de straffrättsliga reglerna ger sanktioner mot de fysiska personerna bakom panthavaren.

6.5.5 Illojaliteten är värdeladdad

Det finns såsom för alla handlingar med illojalt syfte värdeargument som talar för ett verkningsfullt skydd. Förtroendet för rättsystemet kan sägas kräva ett sådant skydd. Det får dock inte vara så långtgående att även helt legitima transaktioner drabbas. En sådan reglering väcker nämligen motsatta värdeaspekter.

De senare värdeargumenten talar för att upprätthålla ganska tydliga gränser avseende sambandet mellan säkerhetsställandet och undandragandet. Panthavarens onda tro kan härvid hävdas ha avgörande betydelse. Det måste i så fall handla om ett samband som panthavaren uppfattat. Härmed inte sagt att det måste handla om ett starkare samband än vad som med faktaargumenten beskrivits som en möjlighet att undandra. Däremot blir panthavarens onda tro svårare att styrka ju mer avlägset sambandet är.

Värdeargumenten om illojala syften får här främst betydelse som argument för att återvinna huvudkrediten och inte bara säkerhetsställandet. Likaså kan de hävdas för ett straffrättsligt skydd som riktar sig mot båda pantavtalsparterna.

6.5.6 Ett skydd mot illojala handlingar i ond tro

Slutsatser av de nämnda argumenten är att fordringsägarna skall skyddas genom återvinnings- och straffsanktioner. I frågan om samband mellan säkerhetsställandet och undandragandet kan det hävdas att de mest framträdande argumenten talar för att inte uppställa någon absolut gräns där sambandet bryts. Norm- och värdeargumenten talar för att det avgörande skall vara vilket samband panthavaren borde ha uppfattat. De väger härvid tyngre än de faktaargument som talar för ett skydd även utan ond tro hos panthavaren, bl a eftersom de anförda skadorna av olikhet är små och dessutom svårdefinierade.

En annan möjlig slutsats är att återvinning bör omfatta huvudkrediten så att effekten av återvinning blir att panthavaren inte kan göra gällande huvudkreditfordran i konkurrens med fordringsägarna.

6.6 Avstående från rätt till överhypotek

Inom ramen för pantförhållandet kan pantavtalsparterna också skada fordringsägarna genom att pantsättaren avstår från en avtalad rätt till överhypoteket eller redovisning av detta. Ett sådant agerande utgör ett gynnande och fordringsägarna har ett rättsligt skydd häremot. Den del som är direkt inriktad på att skydda fordringsägarna består av de regler som just berörts i föregående avsnitt, nämligen KonkL 4:5 och BrB 11:1–4. Eftersom den beskrivning som nyss gjorts av dessa regler kan vara belysande även för avstående från överhypotek saknas det anledning att gå närmare in på vilket skydd de ger i detta avseende. En annan intressant fråga är emellertid i vilken mån 37 § AvtL kan hävdas för att skydda fordringsägarna. Eftersom den närmare omfattningen av denna regel behandlas utförligt i kapitel 8 om pantsättarens skydd skall här bara tas upp i vilken mån fordringsägarna kan åberopa den.

Den s k förverkandeförbudsregeln i 37 § AvtL stadgar ogiltighet för ”förbehåll” om förverkande, d v s att panthavarens vederlag beräknas utifrån skillnaden mellan huvudkreditbeloppet och den pantsatta fordrans värde. Även om det kan hävdas en skillnad mellan ”förbehåll” och sådant ”avstående” som här är aktuellt finns det starka argument för att inte göra någon sådan åtskillnad. Nedan i avsnitt 8.2 hävdas att 37 § AvtL bör omfatta alla överenskommelser som ingås innan pantsättaren hamnat i dröjsmål med betalningen av huvudkrediten. Här kan kort nämnas att det rent materiellt är svårt att skilja mellan olika avtalsvillkor bara för att de tillkommit vid olika tidpunkter. Skillnaden mellan förhandling och omförhandling är s a s inte särskilt tydlig.

Normargument för att skydda fordringsägarna med 37 § är att obligationsrättslig giltighet anses vara ett grundkrav även för giltighet i förhållande till tredje man.[355] Det skall också nämnas att 37 § är en schablonregel som kan användas även om pantsättaren inte anses ha lidit någon skada vid ingåendet av avtalet om förverkande eller m a o avståendet från rätten till överhypoteket.

Det finns också faktaargument för att fordringsägarna skall kunna åberopa 37 § AvtL. Förverkanden anses generellt skadliga för pantsättaren eftersom denne tenderar att underskatta riskerna för att han inte lyckas betala huvudkrediten, se avsnitt 8.2. Eftersom förverkanden anses skada pantsättaren skadar de indirekt fordringsägarna. Fordringsägarna har inte ett fullständigt skydd mot dessa skador genom återvinnings- och borgenärsbrottsreglerna. Även om ett förverkande vanligen får anses otillbörligt och även om panthavaren vanligen får anses vara i ond tro härom, kan panthavaren helt sakna anledning att misstänka att förverkandet bidrar till insolvens.

Som anförs i avsnitt 8.2.6 finns det faktaargument för att avstående skall accepteras om de görs efter pantsättaren hamnat i dröjsmål. En sådan ordning gynnar möjligheterna till en effektiv avveckling av pantförhållandet. Det finns inte faktaargument som talar i en annan riktning för att det handlar om skydd för fordringsägarna.

Värdeargumenten talar också för att ge fordringsägarna skydd med 37 § AvtL. Förverkanden är värdeladdade eftersom de anses bygga på utnyttjande av pantsättarens riskpreferens. Det hela blir inte mindre värdeladdat av att det istället handlar om gynnande av panthavaren på fordringsägarnas bekostnad.

Slutsatsen av det nämnda är att 37 § AvtL bör användas för att skydda fordringsägarna. Ett avstående från rätt till överhypotek kan således ogiltigförklaras av konkursboet. Detta dock endast för avstående som görs innan pantsättaren hamnat i dröjsmål. För avstående efter denna tidpunkt kan KonkL 4:5 användas eller 36 § AvtL, se avsnitt 8.2.6.

6.7 Rådighetsavskärande säkerhet i framtida fakturafordringar

Det kan tänkas att pantavtalsparterna för sina intressen finner det ändamålsenligt att avtala om säkerhet i något som de förväntar sig eller

[355] Se t ex Håstad 1996 s 205.

hoppas kommer att bli en fakturafordran. Förhållandena kan t ex vara sådana att pantsättaren har ett avtal om försäljning som ger honom rätt till en köpeskilling under förutsättning att han presterar. Huruvida prestationen genomförs kan vara mer eller mindre sannolikt. I avsnitt 4.4.2.3 användes därför termer som fordringsliknande förhållanden och villkorade fordringar. Båda betecknar att det föreligger en visst mått av osäkerhet kring det objekt som parterna föreställer sig.

De aktuella förhållandena har också berörts i avsnitt 3.4 där det ifrågasatts i vilken mån härmed förknippade problemen alls skall behandlas i den struktur som brukar användas för fordringsobjekt. Som där hävdats påverkar redan användandet av termerna objekt och fordran vilken lösning som hävdas. Det är mot denna bakgrund den här använda termen *framtida fakturafordran* skall ses.

Vad som skall behandlas i detta avsnitt är förhållanden där pantsättaren genom pantavtalet avstår möjligheten att uppbära betalning direkt från sekundogäldenären. Pantsättaren är m a o avskuren från rådigheten över objektet. Företagshypotek omfattas därför inte. Däremot kan rådighetsavskärande säkerhet i framtida fakturafordringar bli aktuellt under vissa omständigheter vid factoring. För att dessa specialfall inte skall belasta huvudframställningen behandlas de i ett avslutande underavsnitt, se 6.7.15.

Problem med rådighetsavskärande pant i framtida fordringar har för sekundogäldenärens vidkommande behandlats i avsnitt 5.6. Där beaktades sekundogäldenärens intressen av att med sin betalningsprestation kunna påverka pantsättarens prestation och möjligheter att prestera. Slutsatsen var att sekundogäldenären bör ges skydd för framför allt intresset av att kunna påverka pantsättarens likviditet.

Likviditetsaspekten är av intresse också för fordringsägarna. Likviditet är centralt för pantsättarens förutsättningar att undvika svårare ekonomiska bekymmer och därmed för möjligheter att fullgöra sina förpliktelser till fordringsägarna. I den mån säkerhet i framtida fakturafordringar innebär ökade risker för illikviditet kan fordringsägarna sägas lida skada av omsättningen. Frågan är då vilket skydd fordringsägarna har häremot.

För fordringsägarna anknyter problematiken kring säkerhet i framtida fakturafordringar även till avsnitt 6.4 och säkerhetsställande i efterhand. Om pantsättaren s a s kan råda över den framtida fakturafordrans uppkomst, kan pantsättaren få samma möjligheter att gynna panthavaren som vid säkerhetsställande i efterhand.

Som kommer att framgå i faktaargumentationen nedan kan säkerhet i framtida fakturafordringar också sägas skada fordringsägarna genom

att dessa transaktioner kan innebära såväl särskilda risker för överskuldsättning som särskilt stor olikhet, jfr avsn 6.1.2–3.

Eftersom fordringsägarna alltså kan sägas lida skada på nämnda sätt blir den fråga som skall behandlas – *vilket skydd skall fordringsägarna ha mot rådighetsavskärande säkerhet i framtida fakturafordringar?* Det skall dock, mot bakgrund av vad som nyss nämnts om terminologin, anmärkas att frågeställningen istället skulle kunna formuleras – i vilken mån skall enskilda subjekt kunna fördela de resurser som framtida fakturafordringar skulle kunna utgöra?

6.7.1 Intjänandenormen

Det finns ett normargument som tydligt talar för att som regel inte skydda fordringsägarna mot skador av pant i framtida fakturafordringar, se även avsnitt 5.6.2. I NJA 1973 s 635 godtog HD[356] pant i ”nuvarande och tillkommande fordran” enligt ett avtal om transporter av virke.

> I fallet hade en åkeriägare avtalat med en skogsägareförening att utföra transporter av inom Gällivare socken avverkat virke under virkessäsongen 1966–67, med förlängning ett år i taget. Det var åkeriägarens anspråk enligt detta avtal som pantsattes till en bilhandlare som åkeriägaren sedan tidigare stod i skuld till. Pantavtalet ingicks 15 juli 1967. Panthavaren denuntierades 1 augusti och utbetalade härefter vid två tillfällen förfallande belopp till panthavaren. Den 9 november inkom konkursansökan mot pantsättaren och denne försattes i konkurs den 6 december. Efter pantavtalets ingående den 15 juli utförde pantsättaren transporter som gav honom fordringar på skogsägareföreningen om totalt 35 482 kr per den 17 november.
>
> Från konkursboets sida anfördes en lång rad mycket graverande omständigheter som pekade på att pantsättarens ekonomi varit mycket svag. Det anfördes rent av att pantsättaren varit på obestånd sedan flera år. Han hade också vid flera tillfällen utsatts för utmätningar och återtaganden av fordon som köpts på avbetalning. Angående pantsättningen hävdade konkursförvaltaren att denna inneburit att pantsättaren – ”frånhänt sig alla de inkomster som var nödvändiga för betalning av bensin- och lönekostnader samt för betalning av leveranser och arbeten för fullföljandet av avtalet med skogsägareföreningen. Hans möjligheter att infria löften om betalning till anställda, till bensinbolag och till andra fordringsägare försvann liksom möjligheten att gälda befintliga och under körningarna uppkommande skatteskulder.”
>
> Av referatet framgår i liten mån huruvida domstolarna funnit de nämnda omständigheterna styrkta. HR:n[357] uttryckte att man fann det uppenbart att pantförskrivningen kommit att skada fordringsägarna, men godtog ändå panten. HovR[358] som underkände panten, angav att man funnit det styrkt att pantsättarens intäkter till mycket stor del utgjordes av vad som erhölls

[356] JustR Edling, Bernhard, Ulveson, Welamson och Stark.
[357] Ordf Brännström, övriga ej namngivna.
[358] Bramsjö, Lid, Zingmark och Jerkert.

> genom transporter åt skogsägareföreningen. HD uttalade inget direkt om omständigheterna men menade att – ”Varken omfattningen och beskaffenheten i övrigt av nämnda rättshandling gentemot [panthavaren] -- i fortsättningen benämnd panträttsupplåtelsen -- eller annat i målet upplyst förhållande föranleder, att den icke skall i och för sig beaktas även i förhållande till [pantsättarens] övriga borgenärer.”

Med stöd av detta fall kan hävdas att *denuntiation kan göras i förväg*, en gång för alla. I vart fall om det som här är tillräckligt tydligt vilket objekt som avses, vilket HR:n ansåg att det var. Den sakrättsliga verkan anses dock inte inträda förrän fordringarna *intjänats*. Det senare får betydelse för vad som intjänas efter exekution och för möjligheterna till återvinning.

> HD:s skrivning var – ”Att skogsägareföreningen underrättats om panträttsupplåtelsen innan det därmed avsedda tillgodohavandet blivit till fullo intjänat medför ej, att underrättelsen skall frånkännas betydelse i fråga om någon del av tillgodohavandet. Verkan av pantsättning med giltighet mot övriga borgenärer kan emellertid ej anses ha inträtt förrän efter hand som tillgodohavandet intjänats.”

Rättsfallet har uppmärksammats på många håll i doktrinen och det anförs ganska frekvent som en given faktor och stöd för slutsatser i olika frågor.[359]

Beträffande rättsfallets principiella betydelse är en ståndpunkt att normen bör vara begränsad till förhållanden där fordringarna är beroende av arbetsprestationer.[360] Det hävdas således att fordringar vid varuförsäljning når sakrättsligt skydd redan vid denuntiationen för det värde säljarens rätt enligt köpeavtalet hade vid tidpunkten för denuntiation. För fordringar på avkastning, som hyresfordringar, hävdas andra argument, se avsnitt 6.7.4.

En annan tolkning av fallet är att det ”gällde en åkares pantsättning av ersättning för skogskörslor i syfte att finansiera anskaffning av fordon som behövdes för uppdraget.”[361] Om fallet inskränktes till att omfatta krediter med sådana syften, d v s där krediten knyts till möjligheterna att förvärva inkomsterna, skulle det ha en ganska begränsad betydelse och dessutom skulle såväl fordringsägares som sekundogäldenärens och pantsättarens intressen tillgodoses i betydande mån, jfr nedan. Även om det därför finns anledning att förespråka en sådan tolkning är det emel-

[359] Se t ex Walin 1998 s 207–210, 40, 163–164, 187, 195–196, 197, 199, 200, samt påverkan på argumentationen beträffande lönefordringar s 210–213. Walin använder skrivningarna ”det betydelsefulla rättsfallet” och ”det mångbesjungna rättsfallet”, s 187 resp 207. Håstad 1996 s 341–344, 371.

[360] Walin 1991 s 186–200, 1998 s 185, 195–213. Jfr annan uppfattning hos Håstad 1996 s 341–342.

[361] Jfr också Sigeman 1985 s 389 not 17.

lertid svårt att utifrån referatet hävda att pantsättaren i fallet hade ett sådant syfte och än mindre att HD skulle ha lagt vikt vid sådana faktorer. I fallet handlade det ju dessutom om redan utgiven kredit.

Till saken om rättsfallets principiella betydelse hör också de normargument som låg till grund för HD:s avgörande. I referatet anges två rättsfall som rör mer speciella fordringar och där varken fordringsägarna, pantsättaren eller gåvogivare (fideikommissarie) ges skydd.

> NJA 1937 s 63 handlade om framtida arrende- och hyresavgifter från fideikommissfastighet. Pantsättarens konkursbo hävdade att det stred mot fideikommissinstitutets syfte att bibehålla stiftarens avkomlingar inte bara vid rätten till fastigheten utan också att denna skall kunna hålla ett gott skick, något som konkursboet menade omintetgörs om man kan ta ut hela det framtida värdet i förskott. HD[362] godtog panthavarens panträtt med en enda mening – ”Enär banken icke kan på pantförskrivningen grunda bättre rätt än Theorells övriga borgenärer till ifrågakomna arrende- och hyresbelopp, som förfallit till betalning efter början av Theorells konkurs, prövar H. D. rättvist att, …, ogilla bankens förmånsrättsyrkande i vad det blivit av [konkursboet] bestritt.”[363]
>
> NJA 1953 s 465 handlade om fordran på staten enligt statens beslut om hjälpåtgärder i anledning av krigsförlust. HD:s majoritet[364] godtog pantsättning som den hjälpbehövande gjort redan innan statens nämnd beslutat om tillerkännande av ersättningsbelopp. Däremot godtogs inte utmätning innan denna tidpunkt.

Det fanns också doktrinuttalanden som stödde en intjänandenorm som regel, även om författarna där ganska tydligt anbefallde försiktighet med en sådan.[365]

[362] JustR Wedberg, von Steyern, Alsén, Guldberg och Ericsson.

[363] Av de i NJA 1937 s 63 hänvisade fallen, som samtliga rör fideikommiss, framgår följande; I NJA 1901 s 522 underkänner samtliga domstolar utan motivering panträtt i fideikommissavkastning. NJA 1906 s 163 handlade om panthavarens krav på sekundogäldenären när denne, efter det att pantsättarens fideikommissegendom satts under förvaltarförordnande och denne sedermera gått i konkurs, betalat till länsman. Panthavarens talan ogillades med motiveringen att panthavaren inte ägde bättre rätt än pantsättarens fordringsägare. I SvJT 1933 ref s 1 upphävde Svea HovR utmätningar som gjorts i fideikommissavkastning med hänvisning till att denna överlåtits och att sekundogäldenären förbundit sig att betala till förvärvaren. Stockholms RR hade då dessförinnan menat att avkastningen icke vore av beskaffenhet att kunna överlåtas.

[364] JustR E. Lind, Beckman, Regner och Söderlund.

[365] I *Grönfors* 1969 s 429–430, 434–435, där han pläderar för att godta och inrätta säkerhetskonstruktioner avseende långtidscertepartier, hävdar han kort att den vanligaste uppfattningen efter skuldebrevslagens tillkomst är att pantsättning av ”framledes förfallande fordringar p g a ett ömsesidigt förpliktigande avtal” skall ges sakrättslig verkan. Han påpekar dock att viktiga rättspolitiska skäl talar emot och pekar på sekundogäldenärens intresse av motprestation vid lönefordringar. Beträffande långtidscertepartier, som han alltså främst har för ögonen, menar han att sekundogäldenärens intresse av omförhandling är viktigt men att lösningen är ett samtyckeskrav. *Brækhus* 1969 s 352-353 anger kort att norska HD i Rt 1963.893 godtagit sikringscession i framtida hyresfordringar för en

6.7.1.1 Intjänandenormen och KonkL 4:12

Det kan hävdas att intjänandenormen i kombination med KonkL 4:12 skyddar fordringsägarna avseende de fordringar som intjänats efter denuntiationen men inom tre månader innan fristdagen om det blir fråga om konkurs eller företagsrekonstruktion. Dessa fordringar kan nämligen hävdas vara ställda i efterhand även om det redan från början avtalats om säkerhet i de framtida fordringarna.[366]

> När leverans sedan görs hävdas att denna skall betraktas som en värdeökning av panten och som sådan anses återvinningsbar, jfr avsn 6.4.1.[367] Typiskt sett borde detta dock inte innebära någon större skillnad om man anser att säljarens fordran enligt köpekontraktet saknar beaktansvärt värde innan leverans fullgjorts. Då kan återvinning hävdas i lika hög grad som med en intjänandenorm enligt ovan.

I det aktuella rättsfallet, NJA 1973 s 635, var det dock inte fråga om att säkerheten avtalats redan vid huvudkreditens tillkomst. Detta skulle kunna föranleda argument om att säkerheten skall godtas när så är fallet. I vart fall om pantsättaren i liten mån kan påverka de framtida fordringarnas uppkomst. Säkerheten skulle då kunna sägas överlämnad utan

---

filmbyrås filmuthyrning till ett biografbolag, men med påpekande om att det ”er grunn til å vise tilbakeholdenhet når det gjelder å fastslå rekkevidden i det enkelte tilfelle av en slik transaksjon.” Jfr Håstad 1980 s 133 där han refererar dessa båda källor. Jfr beträffande Brækhus också Graver 1988 s 58–60 där han menar att Brækhus i sin artikel lägger vissa faktaargument till grund för att hävda omsättningsrätt som en ny huvudregel. *Nial* 1936 s 77 menar att ömsesidigt förpliktigande fordringar utan tvivel i allmänhet kan överlåtas, men att sekundogäldenärens intressen bör beaktas, måhända så att han även trots överlåtelsen kan prestera till överlåtaren där endast denne kan fullgöra motprestationen. *Undén* var redan 1915 positiv till säkerhet i framtida fordran, i vart fall med sekundogäldenärens samtycke, men det hör till saken att han då hade att i viss mån argumentera mot uppfattningar om att enkla fordringar alls inte skulle kunna användas som säkerhet, 1915 s 166–170, i sak samma i 1923 s 141–146. Undén var således också positiv till pant i muntliga fordringar (fakturafordringar). Av motsatt mening dock *Hasselrot* 1905 s 1610–1615 som i princip bara nämner att ”innan fordringen kommer till, kan panträtt i densamma icke förekomma”. I Hasselrot 1923 s 115 anför han beträffande ömsesidigt förpliktigande kontrakt, kort att – ”Den rätt, panthavaren här skulle vinna, vore till den grad oviss och otrygg, att den måste anses stå i bestämd motsättning mot panträttens grundkaraktär.” Till bilden hör att Hasselrot inte godtog säkerhet i fakturafordringar, se 1923 s 119. Beträffande de övriga källor som anges i referatet av NJA 1973 s 635: Undén 1973 s 199–204 behandlar specialitetskravet. Jfr Undén 1976 s 199–202 där 1973 års fall inte tas upp. Till Karlgren 1959 hänvisas passim, men vad i denna bok som avses är inte särskilt tydligt.

[366] Håstad 1996 s 340. Walin 1991 s 199–200, 1998 s 209–210. Jfr Lennander 1985 s 284–286, 1994 s 300–302. Även med en sådan linje kan dock hävdas att intjänande inom en eller ett par dagar efter denuntiationen kan godtas, Walin 1991 s 200.

[367] Walin 1991 s 195, 1998 s 210. Jfr annan uppfattning hos Håstad 1996 s 320 som menar att leveransen utgör intjänande. Jfr Brækhus 1969 s 354–355.

dröjsmål m h t att fordringarna s a s uppstår utanför pantavtalsparternas kontrollsfär.

Det finns i departementspromemorian till införandet av ordinärrekvisit i KonkL 4:12, med hänvisning till just rättsfallet NJA 1973 s 635, också uttryckliga argument för att successivt utfallande fordringar enligt ett kontrakt skall anses som ordinära.[368] Några motsvarande argument anges dock inte i propositionen.[369]

Mot att låta ordinärrekvisitet omfatta framtida fordringar kan anföras lagtextens lydelse. Med en formalistisk ansats skulle man kunna peka på att det enligt ordalydelsen är ”säkerhetsställandet” som skall anses ordinärt för att utesluta återvinning. Det kan då hävdas att säkerhet i framtida fordringar inte uppnås genom något säkerhetsställande utan genom intjänande, vilket är en helt annan handling. En sådan argumentation är som sagt formalistisk och därmed inte särskilt övertygande. Min poäng är dock att detsamma kan sägas om argumentet att framtida fordringar innebär ett ordinärt säkerhetsställande. Förfarandet stämmer visserligen in i ordinärbeskrivningen i den meningen att det egentligen inte kunnat begäras av pantavtalsparterna att de skulle ha handlat annorlunda än att låta fordran tjänas in, men man bortser då just från att handlingen att intjäna en fordran är något helt annat än att ställa en säkerhet. Att tjäna in en fordran är något som pantsättaren gör av i första hand andra skäl än viljan att ge säkerhet. Vad det handlar om är därför att begreppet säkerhetsställande kopplats till ett annat begrepp som motsvaras av en handling som egentligen inte alls har med ställande av säkerhet att göra. Att det sedan är ordinärt att tjäna in fordringar är helt enkelt en annan sak.

> Härmed inte sagt att det skulle vara omöjligt att konstruera en lösning där panthavare inte kan drabbas av återvinning i dessa fall. Det är givetvis bara att formulera lagtexten på ett sådant sätt om man nu kommer fram till att en sådan ordning vore en bra intresseavvägning. Frågan här är dock vilka argument som skall hävdas med den lagtext vi har.

6.7.2 Frysningsprincipen

I linje med den ovan anförda intjänandenormen ligger normargumenten om frysningsprincipen. Med frysningsprincipen kan hävdas att pantsätt-

[368] Ds 1998:40 s 28 (författad av Lennander) jfr Lennander 1994 s 301. På båda ställena anger Lennander också som alternativ att det sakrättsliga skyddet skulle anses uppstå när denuntiationen genomförs trots att de framtida fordringarna då inte är intjänade. Tanken avvisas dock med motiveringen att det kräver noggranna överväganden att ändra en sådan sakrättslig princip, s 29–30.
[369] Prop 2001/02:57 s 6–10, 14–15.

ning inte skall ha verkan i fordringar som tjänas in efter exekution. Det handlar m a o om en begränsning av verkan av pant i framtida fordringar. Pantsättningen ges dock verkan såtillvida att den kan ske i förväg och få verkan för vad som *tjänas in* innan exekution, med undantag för återvinning, se avsn 6.7.1.1.

Frysningsprincipen hävdas för sådana fordringar där intjänandet är beroende av konkursförvaltarens agerande. Ligger det i konkursförvaltarens hand huruvida den pantsatta fordran skall komma till stånd blir frysning aktuellt. Är förhållandena däremot sådana att konkursförvaltaren i liten mån kan påverka den pantsatta fordrans tillkomst får panthavaren företräde. Som exempel på det senare anges avbetalningsköp. Det är där köparen som avgör huruvida han vill fullfölja köpet. Konkursboet kan inte återta varan utan vidare. Motsvarande anförs för leasing i de fall där leasing anses ge leasetagaren sakrättsligt skydd. Har sekundogäldenären inte sakrättsligt skydd blir uppkomsten av de pantsatta fordringarna emellertid beroende av om konkursförvaltaren fullföljer avtalet. I sådana fall får panthavaren inget företräde.[370]

Det finns också normargument för att de olika exekutionsformerna skall behandlas lika i frysningshänseende. Panthavaren skall inte ha en bättre position vid utmätning än vid konkurs. Som skäl anges faktaargumentet att det är en ineffektiv ordning att det lönar sig att använda den mer ingripande och i viss mening kapitalförstörande exekutionsformen konkurs.[371] Det finns emellertid också normargument som kan anföras mot en sådan likabehandling.[372]

6.7.3 Förskottsnormen

Ett annat normargument för att inte skydda fordringsägarna mot skador av pant i framtida fakturafordringar är NJA 1995 s 157, jfr avsn 5.6.3. Detta rättsfall kan hävdas för två olika normer. Enligt den ena skall omsättning av fordringar godtas om de skall betalas i förskott, d v s innan intjänandet. I så fall tillmäts omsättningen sakrättslig verkan redan från uppfyllandet av det sakrättliga momentet.

> Fallet gällde pantsättning av lokalhyresfordringar mellan förstahandshyresgäst och andrahandshyresgäst. Förstahandshyresgästen hade rätt att överlåta sin hyresrätt och panthavaren åtog sig skyldigheten att utföra väsentliga delar av förstahandshyresgästens hyresvärdsprestation gentemot andrahands-

[370] Håstad 1996 s 338–342. Möller 1993–94 s 187–188.
[371] Håstad 1996 s 339. Möller 1993–94 s 187.
[372] Walin 1991 s 199, 1998 s 208 menar helt enkelt att det pantsatta intjänade beloppet skall vara oåtkomligt för utmätning. Jfr Lennander 1991–92 s 535–536.

hyresgästen. HD[373] anförde två skäl för att godta pantsättningen framför fordringsägarnas krav på utmätning och kvarstad. Det ena var just att förstahandshyresgästen ansågs ha förfoganderätt över hyresobjektet, d v s hyresrätten. Detta kan också uttryckas så att om omsättning av hela objektet är möjligt bör även omsättning av del vara det. Det andra skälet var att hyran betalades i förskott och sålunda förföll till betalning innan den var intjänad. Därmed ansåg HD att pantsättningen inte kom i konflikt med normen om ömsesidigt förpliktigande fordringar eftersom denna enligt HD inte förhindrar omsättning när förfallodagen inträtt, se även avsn 5.6.3. Det skall då observeras att HD går längre än så. Pantavtalet godtas trots att hyresfordringarna inte var förfallna. Det ansågs tillräckligt att de förfaller i förskott.

Det skall observeras att rättsfallet NJA 1995 s 157 handlar om kontinuerliga prestationer och återkommande förfallodagar. Under sådana förhållanden har villkor om förskottsbetalning mest formell betydelse. Även om betalningen avser en kommande prestation kan sekundogäldenären nämligen innehålla betalningen som sanktion mot brister i tidigare prestationer. Härmed kan hävdas att förskottsnormen faktiskt står i viss konflikt med den ovan anförda intjänandenormen. Huruvida den också står i konflikt med frysningsprincipen beror på om den hävdas även för fall där sekundogäldenärerna (i rättsfallet andrahandshyresgästerna) inte gavs sakrättsligt skydd för sin position. Det beror också på om frysningsprincipen hävdas för att exekutionsformerna skall behandlas lika. I rättsfallet var det fråga om utmätning och det går därför att också hävda som ett normargument mot en likabehandling.

Som nämnts kan rättsfallet också hävdas för en annan norm där det saknar betydelse huruvida det handlar om förskott eller inte, se vidare avsn 6.7.4.4.

6.7.4 Avkastningsnormer

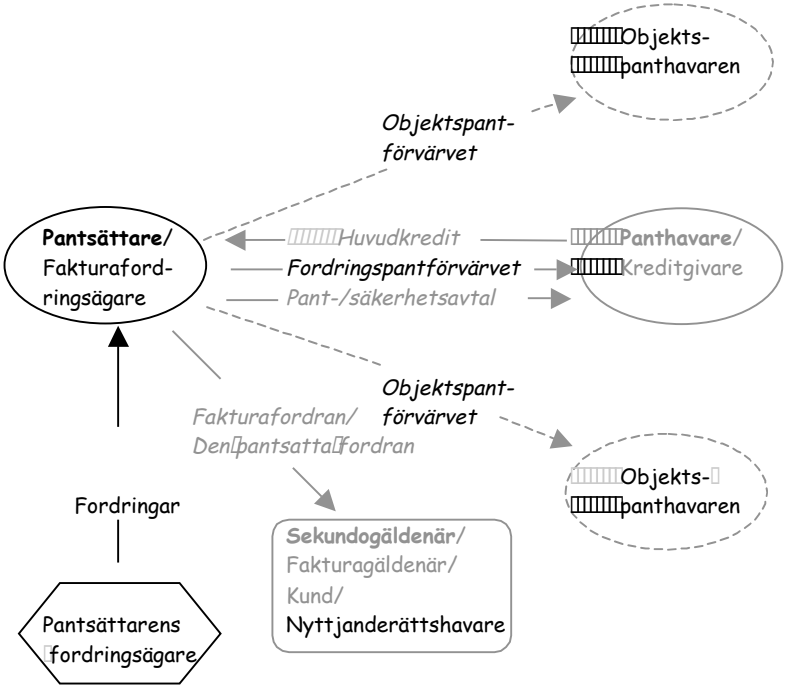
Ytterligare normargument mot ett skydd för fordringsägarna avser sådana förhållanden där de framtida fordringarna utgör avkastning från ett annat objekt. Det är då fråga om fordringar som i stort sett bara är beroende av att sekundogäldenären stannar i förhållandet, såsom typiskt sett är fallet vid hyra av lösöre. Nära dessa fall ligger de förhållanden där pantsättaren presterar något utöver objektet, såsom att fastighetsägaren vid fastighetshyra levererar energi och underhåll.

Avkastningsobjektet kan vara pantsatt för sig och om avkastningsfordringarna är pantsatta till en annan panthavare kan det uppstå en konflikt mellan dessa panthavare såvida det inte är klart vilket värde som respektive panthavare har rätt till. Det handlar således i viss mån om en

[373] Vängby, Heuman, Lind, Nyström och Thorsson.

dubbelförfogandekonflikt. Vad som behandlas i detta avsnitt är dock fordringsägarnas skydd mot skador av att avkastningsfordringarna pantsätts.

För att förtydliga förhållandena kan vi använda i princip samma skiss som i avsnitt 6.3 ovan där det anges två förvärv, det första förvärvet och det senare förvärvet. Här i detta avsnitt är det ena förvärvet panträtt i objektet och det andra förvärvet av panträtt i avkastningsfordringarna. Jag har valt att benämna dessa objektspantförvärvet och fordringspantförvärvet. Eftersom turordningen mellan dessa förvärv kan variera har jag i skissen lagt in objektspantförvärvet på två ställen; ovanför fordringspantförvärvet för att beteckna ett tidigare förvärv och under fordringspantförvärvet för att beteckna ett senare förvärv. Sekundogäldenären har i dessa sammanhang ställning av nyttjanderättshavare el likn. Då det som sagt är skyddet för fordringsägarna som behandlas är de övriga skissdetaljerna nedtonade.



6.7.4.1 Normer om objektspanthavares företräde till avkastningen

En första kategori av normargument som får betydelse för fordringsägarnas skydd är ordinära normer om objektspanthavares rätt till avkastningen. Det handlar alltså om fall där avkastningsfordringarna inte alls är pantsatta. För dessa fall finns normargument för att objektspanthavaren skall ha företräde i avkastningen framför fordringsägarna. Det sägs att avkastningen vid realisation av pant skall tillfalla panthavaren.[374] För fast egendom och hyresfordringar finns UB 12:8. Enligt denna kan fastighetspanthavare (borgenär) begära att avkastning som förfaller efter utmätningen skall uppbäras av KFM och

[374] Se t ex Lennander 1977 s 111–112. Håstad 1996 s 342. Jfr NJA 1993 s 524 där HD anger detta som en ”grundläggande tankegång”. Jfr Walin 1998 s 252-253 och Lennander 1991–92 s 535.

fördelas på samma sätt som likviden för fastigheten. Det finns också en regel om att avkastning i konkurs skall tillfalla objektspanthavare, KonkL 14:18.

Objektspanthavaren skall alltså ha företräde i all avkastning, i vart fall såvida inte avkastningsfordringarna är beroende även av att andra av pantsättarens resurser används för att tjäna in avkastningsfordringarna.[375]

Det sagda omfattar alla förhållanden oavsett om sekundogäldenärens rätt har sakrättsligt skydd gentemot panthavaren och fordringsägarna. Om sekundogäldenärens rätt står sig får objektet realiseras med den belastning som sekundogäldenärens rätt innebär.

Till sammanhanget hör också att objektspanthavaren kan ha särskilt avtalat om panträtt i avkastningen. De anförda argumenten för objektspanthavarens företräde kan även hävdas för dessa fall.

> Så var fallet i investorleasingfallet NJA 1995 s 367, se ovan avsn 6.2.5.1. Panthavaren (investorn) fick företräde även till leasingavgifter som influtit efter konkursen.

6.7.4.2 Normargument om att fordringsägarnas rätt skall följa en tidigare objektspanthavares rätt till avkastningen

De nyssnämnda normargumenten om objektspanthavarens rätt till avkastningen vid realisation kan hävdas även i förhållande till en fordringspanthavare. Om pantsättaren först pantsatt avkastningsobjektet till en panthavare och sedan avkastningsfordringarna till en annan panthavare kan det hävdas att objektspanthavaren vid realisation av objektspanten skall ha företräde framför fordringspanthavaren. Det finns normargument om att objektspanthavaren då skall ha företräde till de avkastningsfordringar som förfaller efter realisationens eller exekutionens inledande, se avsn 7.3. Omvänt innebär detta att fordringspanthavaren skall ha företräde till de fordringar som förfaller innan denna tidpunkt. Vissa normargument talar dock för att intjänandetidpunkten skall vara avgörande och inte förfallodagen, se avsn 7.3.

För fordringsägarna är det också av intresse om ett eventuellt överhypotek för objektspanthavaren anses kunna hänföras till just avkastningsfordringarna och fordringspanthavaren då anses ha företräde framför fordringsägarna såsom sekundärpanthavare. Det skulle då kunna hävdas att objektspanthavaren såsom primärpanthavare skulle kunna göra ett val avseende vilken pant han vill ta betalt ur och fordringsägar-

[375] Strängt taget kanske man då inte bör använda termen avkastningsfordran.

nas rätt skulle bli beroende härav.[376] Några normargument för en sådan uppdelning synes dock inte finnas.

Mot tillämpning av nämnda valrätt och uppdelning i två objekt kan också anföras normargument som specifikt hävdar objektspanthavarens företräde och begränsningen av fordringspanthavarens rätt till de fordringar som förfallit innan realisationen. Med andra ord skall fordringsägarna ha företräde framför fordringspanthavaren i ett eventuellt överhypotek efter att objektspanthavaren tagit betalt ur objektet och den avkastning som förfallit under realisationen.[377]

> I förhållande till den ovan anförda frysningsprincipen leder detta till ett annat resultat. Med frysningsprincipen skall fordringspanthavaren ha företräde redan genom denuntiationen om konkursboet inte kan avbryta sekundogäldenärens rätt (nyttjanderätt). De nyss anförda normargumenten innebär emellertid att fordringspanthavaren ändå inte får företräde när det handlar om avkastningsfordringar och förfallodag efter realisationen.

Vad som sagts om objektspanthavarens företräde framför fordringspanthavaren avser de fall då inget särskilt kan anses avtalat om de respektive panträtternas omfattning. Om det t ex anses avtalat att objektspanthavaren skall vara efterställd en senare fordringspantförvärvare eller inte ens vid pantrealisation ha rätt till avkastning, har de anförda normargumenten betydligt mindre bärighet, jfr nästa avsnitt. Det kan då få betydelse om sekundogäldenärens rätt står sig mot objektspanthavaren och fordringsägarna.

6.7.4.3 Normargument om att fordringsägarnas rätt skall följa en senare objektspanthavares rätt till avkastningen

När det är fordringspanthavaren som gjort det första förvärvet och objektspanthavaren det senare, kan objektspanthavaren vara i ond tro om fordringspantens existens. Ett sådant avtal kan, åtminstone i en del fall, jämställas med ett avtal där objektspanthavaren accepterar att endast ha en panträtt i objektet som är efterställd fordringspanthavaren. Det finns normargument om att objektspanthavarens realisationsrätt då skall vara begränsad till de fall fordringspanthavaren inte har något krav eller avtalet som genererar avkastning (nyttjanderättsavtalet) har löpt ut, se avsn 7.3. Alternativt skulle objektspanthavaren kunna realisera objektet med nyttjanderätts- och fordringspanträttsbelastningarna.

Fordringsägarna är emellertid inte i samma position som objektspanthavaren. Att objektspanthavaren godtagit fordringspanträtten och därmed indirekt nyttjanderätten, har inte betydelse om man hävdar

[376] Jfr Folkesson 1996 s 167–177.
[377] Tydligast i Håstad 1994 s 332, jfr Håstad 1996 s 342-347.

normargumentet att nyttjanderätten inte står sig mot fordringsägarna. Om nyttjanderätten därför faller så blir läget detsamma som om nyttjanderättsavtalet löpt ut. I så fall kan objektspanthavaren realisera objektet utan belastningar och fordringsägarna få utdelning ur ett eventuellt överhypotek.

Det skulle också kunna hävdas att objektspanthavaren skall vara efterställd fordringsägarna så länge fordringspanträtten består vid inledande av exekution.[378] Tanken är då att eftersom objektspanthavaren accepterat att vara efterställd fordringspanträtten, så skall han inte få ett bättre läge för att fordringsägarna vill ha exekution. Med en sådan lösning skulle objektspanträtten bli latent och väckas till liv först när fordringspanträtten utsläckts.

Förhållandena kan hävdas bli helt annorlunda om objektspanthavaren inte anses behöva acceptera fordringspanten. Ett skäl härför skulle kunna vara att objektspanthavaren gör ett godtrosförvärv. Om objektspanthavaren inte anses behöva acceptera fordringspanten kan lösningen bli densamma som den som skissats i föregående avsnitt 6.7.4.2. Objektspanthavaren får då företräde till belopp som förfaller under realisationen och fordringspanthavaren till de belopp som förfallit innan denna. Det finns normargument som hävdar denna ordning oavsett godtrosförvärv. Den kan uttryckas som att avkastningsobjektet skall utgöra det centrala kreditunderlaget.[379]

6.7.4.4 Normargument om fordringsägarnas rätt då avkastningsobjektet inte pantsatts

Slutligen har vi då de fall där någon panträtt aldrig upplåtits avseende objektet och det således endast är fordringspanthavaren som har panträtt. Här kan anföras de normargument som ovan hävdats för ett företräde då sekundogäldenärens rätt (nyttjanderätt) inte står sig vid exekution. Det blir då ingen avkastning och således ingen pant för fordringspanthavaren.[380]

Mot bakgrund av vad som hävdats om att en objektspanthavare inte skulle behöva acceptera fordringspanten, t ex för att avkastningsobjektet skall vara det centrala kreditunderlaget, kan emellertid också hävdas att inte heller fordringsägarna skall behöva acceptera fordringspanten. I så fall spelar det ingen roll om sekundogäldenärens nyttjanderätt står sig

[378] Jfr Håstad 1996 s 346 ”medan det vore omöjligt att hävda särskild rätt till hyresobjektet efter inledandet av exekution hos hyresupplåtaren.”
[379] Jfr Håstad 1996 s 346.
[380] Håstad 1996 s 346.

eller inte. Fordringspanthavaren får ändå endast företräde till vad som förfallit, eller intjänats, vid exekutionens inledande.[381]

> En sådan ordning ger alltså ett annat resultat än den ovan anförda frysningsprincipen. Istället för företräde redan genom denuntiationen när konkursboet inte kan avbryta sekundogäldenärens rätt (nyttjanderätt) får fordringspanthavaren ändå inte får företräde när det handlar om avkastningsfordringar och förfallodag efter realisationen.

I sammanhanget är det ovan behandlade rättsfallet NJA 1995 s 157 aktuellt, se avsn 6.7.3. Fordringspanthavaren fick här genom denuntiationen företräde i andrahandshyror framför fordringsägarnas utmätnings- och kvarstadskrav *mot samma andrahandshyror*. Något krav på intjänande uppställdes inte. Rättsfallet kan här hävdas som normargument som talar mot nyssnämnda normargument och för att fordringspanthavaren skall ha företräde.

> Ovan har detta fall anförts för en förskottsnorm. I doktrinen har det emellertid såväl före som efter rättsfallet anförts argument där man inte fäster något avseende vid om det är fråga om förskottsbetalning eller inte. I domskälen står det – ”För detta talar också att hyra som regel betalas i förskott och sålunda förfaller till betalning innan den kan sägas vara intjänad” – och denna formulering kan uppfattas som att förskottsvillkoret inte var en nödvändig betingelse för att pantsättningen skulle godtas. Med normargumenten för denna linje är det istället fordringarnas karaktär av avkastning eller brist på jämförbarhet med fortlöpande arbetsskyldighetsprestation som är avgörande.[382]

Det hävdas då dock uttryckliga undantag för bl a avkastning från fast egendom.[383] Hade det således varit fråga om att en fastighetsägare pantsatt hyresfordringar gentemot en förstahandshyresgäst skulle i vart fall fastighetspanthavarna haft företräde och därmed möjligen också fordringsägarna.

En annan möjlig begränsning som kan hävdas hos detta normargument är att rättsfallet handlade om exekutionsformen utmätning och utmätning just av avkastningsfordringarna. Således skulle det kunna hävdas att normargumentet inte skall tillmätas betydelse vid konkurs eller vid utmätning av avkastningsobjektet som sådant.

[381] Jfr Håstad 1996 s 346–347.
[382] Walin 1991 s 186, 188–194, 1998 s 195–196, 199–204. Jfr Lennander 1991–92 s 535.
[383] NJA 1995 s 157 handlade som nämnts om andrahandshyra och det anmärks särskilt att detta skall behandlas annorlunda än fastighetsägarens uthyrning. Walin 1991 s 187–188, 1998 s 196–198.

6.7.5 Specialitetsprincipen o likn

Som generellt normargument för att skydda fordringsägarna mot skador av pant i framtida fakturafordringar skall uppmärksammas ett par allmänna panträttsliga principer. Med sådana kan hävdas att pantobjektet skall vara preciserat, jfr specialitetsprincipen som används för att beskriva sakrätter i förhållande till andra förmögenhetsrättigheter.[384] Likaså att SkbrL 31 § anger att sekundogäldenären skall underrättas ”om åtgärden”.

Med dessa normargument kan hävdas att det i vart fall skall finnas någon gräns för hur opreciserad det pantsatta objektet skall vara. Att t ex pantsätta varje framtida fordran mot ett visst subjekt skulle kunna angripas med dessa normargument. Däremot har sådan argumentation sannolikt ingen framgång beträffande fordringar enligt ett visst avtal.

> I ovan refererade NJA 1973 s 635 markeras detta i domskälen; HR:n anger ”då det pantsatta objektet får anses tillräckligt tydligt angivet genom hänvisningar till kontraktet” och HD ”Varken omfattningen och beskaffenheten i övrigt av nämnda rättshandling …”.

6.7.6 Förbudet mot omsättning av framtida lön

Ett normargument som tydligt talar för att i visst avseende skydda pantsättaren och därmed indirekt dennes fordringsägare, är vad som kallats förbudet mot överlåtelse av framtida lön.[385] Terminologin till trots är det inte fråga om något uttryckligt lagstadgande. Normargument för att denna typ av omsättning skall vara ogiltig redan mellan parterna återfinns emellertid på flera håll.[386] Bakom dessa normargument finns också lagen om arbetsgivares kvittningsrätt som markerar betydelsen av att arbetstagarnas och deras närståendes intressen tillvaratas i detta avseende. Likaså finns exekutionsrättsliga regler med sådant syfte.[387]

Angående omfattningen av principen talar övervägande normargument för att omsättningen måste vänta tills lönefordringen förfallit. Det

[384] Håstad 1996 s 333–338. Undén 1976 198–203.
[385] Förbudsterminologi används av HD i NJA 2001 s 381. Sigeman 1985 s 387. Nial 1936 s 73–76. Walin 1991 s 202, 1998 s 211 not 13, talar om ”överlåtelseförbud”. Tiberg/Lennhammer 1995 s 32 om ”överlåtelseinskränkning”.
[386] Sigeman 1985 s 383–389, 1967 s 99, 1972 s 27. Nial 1936 s 73–76. SOU 1964:57 s 178. SOU 1967:3 s 57. Prop 1970:94 s 26. Håstad 1996 s 339 not 147. Rodhe 1956 s 136. Tiberg/Lennhammer 1995 s 32. Grönfors 1969 s 429. Nial 1936 s 73. Walin 1991 s 202, 1998 s 210–213. Walin/Rydin/Kihlgren 1995 s 251–252. NJA 1913 s 496, 2001 s 381 och SvJT 1941 ref s 26.
[387] UB kap 7. KonkL 3:4.

finns emellertid också dem som förespråkar att det skall vara tillräckligt att invänta intjänandedagen.[388]

6.7.7 KonkL 4:5

I anslutning till förbudet mot pant i framtida lön kan ett mer generellt normargument på samma tema anföras. Pant i framtida fordringar kan påverka pantsättarens likviditet på ett sätt som innebär stort risktagande. Pantavtalet kan därför orsaka eller bidra till ett obestånd. Därmed kan KonkL 4:5 bli aktuell.

> I det ovan, i avsn 6.7.1, refererade NJA 1973 s 635 uppmärksammades en snävare föregångare till KonkL 4:5 (34 §) och konkursförvaltaren anförde en rad mycket graverande omständigheter. Som nämnts menade HR:n[389] att man fann det uppenbart att pantförskrivningen kommit att skada fordringsägarna. Den onda tron ansågs dock inte styrkt. HovR[390] underkände panten redan på sakrättslig grund. HD[391] ansåg sig med hänvisning till RB 55:14 bunden av den bedömning som HR:n gjort och beviljade således inte återvinning.
>
> Det skall observeras att KonkL ändrats sedan rättsfallet. I lydelsen fram till 1975 var det enligt 34 § nödvändigt att konkursgäldenären haft för avsikt att skada sina fordringsägare och att återvinningssvaranden hade kännedom om denna avsikt. En mindre snäv regel med ett ordinärt ondtrosrekvisit fanns i 32 §, men den regeln var begränsad genom en tidsfrist på 60 dagar. KonkL 4:5 är ”betydligt mer omfattande”.[392]

6.7.8 Ocker och oskälighet

Andra generella normargument som anknyter till tankarna bakom förbudet mot överlåtelse av framtida lön är ogiltighetsregler och straffbud. Dessa normer skyddar redan pantsättaren, jfr avsn 8.8.4. De ger därmed indirekt skydd för fordringsägarna.

Det saknas uttryckliga normargument för att just säkerhet i framtida fakturafordringar skall omfattas av sådana regler. Det är dock tydligt att pantsättaren kan handla i oförstånd, d v s med bristande omdömesförmåga, när pantsättaren under inverkan av sin riskpreferens, inte tillmäter likviditetsriskerna tillbörlig betydelse. Likaså kan förhållandena vara sådana att pantavtalet är pantsättarens sista möjlighet att få eller förlänga kredit och att panthavaren därmed befinner sig i trångmål.

[388] Walin 1991 s 202 not 13 och s 203–204 jfr 1998 s 211.
[389] Ordf Brännström, övriga ej namngivna.
[390] Bramsjö, Lid, Zingmark och Jerkert.
[391] JustR Edling, Bernhard, Ulveson, Welamson och Stark.
[392] I SOU 1970:75 s 131, 160, används just denna formulering.

Reglerna om ocker i AvtL 31 § och BrB 9:5 skyddar mot att panthavaren betingar sig förmån som står i uppenbart missförhållande till huvudkreditprestationen. Det kan därför hävdas att ockerreglerna inte skyddar mot säkerhet i framtida fordringar i sig. Däremot kan den omständigheten att pantavtalsparterna valt att använda framtida fakturafordringar som säkerhet vara ett tecken på att förhållandena i övrigt varit sådana att panthavaren kunnat utnyttja pantsättarens trångmål.

> Till saken hör då normargument om att ockerstadgandet skall skydda även mot avtal där pantsättarens vederlag (ränta) är motiverad m h t den risk som panthavaren tar. Vissa slags transaktioner, eller m a o transaktioner med en viss risknivå, skall helt enkelt inte godtas. En uppgift för stadgandet hävdas vara att avhålla från att lämna alltför riskfyllda lån.[393]

Ett stadgande som mer direkt omfattar just pantsättarens bristande omdömesförmåga vid säkerhet i framtida fakturafordringar är istället 36 § AvtL. Med denna kan hävdas att även om panthavaren inte betingar sig någon anmärkningsvärd förmån så kan det handla om att skaffa sig ett normalt vederlag på villkor som innebär stora risker för pantsättaren. Med den i avsnitt 1.7.4 behandlade kompensationsförutsättningen är detta en brist hos marknaden som rätten skall kompensera för. Även om panthavarens förtjänster är helt normala eller t o m lägre än vanligt så innebär avtalet ingen nytta för en pantsättare som saknar förmåga att bedöma nyttan. Tydliga exempel på helt andra sådana förhållanden är godisförsäljning till barn och alkoholförsäljning till alkoholister.

Eftersom 36 § AvtL omfattar även senare inträffade förhållanden kan den hävdas för de fall då panthavaren ignorerar att pantavtalet faktiskt orsakar likviditetsproblem.[394] Om det i ett visst läge uppstår en situation där det är tydligt att en fortsatt tillämpning av pantavtalet kommer att leda till stora risker för svårare ekonomiska problem, skulle det i linje med dessa normargument kunna hävdas att tillämpningen av avtalet är oskälig.

6.7.9 Rådighetsavskärandenormer

Till frågan om skydd för fordringsägarna hör vidare att pantsättaren i åtminstone vissa fall har möjlighet att råda över huruvida en viss fakturafordran skall uppkomma. Om pantsättaren t ex har pantsatt en framti-

[393] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:59, jfr 1987 s 488–489. Jfr SOU 1983:50 s 191, 201 och Jareborg 1978 s 198–199, 1986 s 253.
[394] Jfr Grönfors/Dotevall 1995 s 234–235 om jämkning p g a ändrade förhållanden generellt.

da fordran enligt ett avtal kan pantsättaren använda sina resurser för att istället genomföra andra avtal. Har pantsättaren riskpreferens kan han utnyttja dessa möjligheter för att skaffa kredit från flera olika håll i vad som på sätt och vis är samma resurser.

> Eftersom huvudfrågan som behandlas i detta avsnitt 6.7 är vilket skydd fordringsägarna har mot rådighetsavskärande säkerhet i framtida fakturafordringar, kan denna huvudfråga förefalla felformulerad när det här påpekas att denna säkerhetsform innebär bristande rådighetsavskärande. Huvudfrågeformuleringen avser emellertid att avgränsa temat gentemot former där rådighetsavskärande inte alls är aktuellt, såsom företagshypotek. I detta avsnitt 6.7.9 handlar det om de krav som kan hävdas för att säkerhetsavtalen skall godtas.

Som framgått i avsnitt 6.3 finns det flera argument för att skydda fordringsägarna mot att pantsättaren förfogar över säkerheten. I avsnitt 7.2–5 anges sådana argument också för att skydda sakrättsborgenärerna och pantsättaren själv. De övervägande normargumenten uttrycker att pantsättaren skall vara avskuren från rådigheten över pantobjektet för att panthavaren skall ges företräde. Därmed kan det med normargument hävdas fordringsägarna skall ges skydd. Säkerhet i sådana framtida fakturafordringar där pantsättaren har tillräckligt stora möjligheter att på nämnt sätt råda över den pantsatta fordrans uppkomst, skall inte godtas.

Å andra sidan finns det som nämnts också normargument för lägre krav. De är visserligen få och avser speciella förhållanden såsom investorleasing, men å andra sidan kan ju också säkerhet i framtida fakturafordringar hävdas vara speciella förhållanden.

> Det skall då observeras att det i investorleasingfallet var av avgörande betydelse att panthavaren också hade säkerhet i leasingobjekten. Fallet gällde dock frågan om vilka krav som skall ställas på denuntiation och frågan om pantobjektet kunde godtas väcktes aldrig. Det kan därför hävdas att fallet inte skall tillmätas betydelse som argument för att ställa lägre krav vid säkerhet i framtida fakturafordringar. Utrymmet för pantsättaren att styra över de pantsatta fordringarnas uppkomst var också liten i fallet.

6.7.10 Skadorna varierar med omständigheterna

I faktaargumentationen skall nyttan av rådighetsavskärande säkerhet i framtida fakturafordringar vägas mot fordringsägarnas skador. I inledningen har anförts att fordringsägarnas skador kan bestå i särskilda risker för likviditetsproblem, gynnanden genom säkerhetsställande i efterhand, särskilda risker för överskuldsättning och särskilt stor olikhet. Här skall återknytas till dessa skadebeskrivningar.

6.7.10.1 Särskilda risker för likviditetsproblem

Ett antagande är alltså att säkerhet i framtida fakturafordringar kan innebära särskilda risker för likviditetsproblem. I första hand gäller detta då pantsättaren får huvudkrediten vid ett tillfälle. De pantsatta framtida fakturafordringarna tjänas sedan in och uppbärs av panthavaren utan att pantsättaren får något likviditetsinflöde.

Antagandet bygger på en normalbild där pantsättarens förhållanden är sådana att det finns ett visst samband mellan utgifter och likviditetsinflöde. Vid avvikelser från dessa normala förhållanden ökar svårigheterna att planera likviditeten. Den kontinuerliga frigörelse av medel som normalförhållandet innebär är viktig. Särskilt som den står i visst samband med utgifterna. [395]

Problemen varierar givetvis beroende på omständigheterna. Om pantsättningen omfattar en stor del av pantsättarens framtida fakturafordringar begränsas likviditetsinflödet i stor omfattning. Riskerna kan också antas öka ju längre tid som pantsättarens likviditetsinflöde kommer att vara begränsat. Planering av så exakta faktorer som avgör likviditeten kan antas öka med periodens längd.

Andra faktorer som påverkar riskerna är i vilken mån kostnaderna för intjänandet av fordringarna kan förutses. För vissa förhållanden är oförutsedda utgifter vanligare än för andra. När det handlar om rena avkastningsfordringar som i liten mån är beroende av ytterligare prestationer än tillhandahållandet av avkastningsobjektet, är likviditetsriskerna mindre än i andra fall.

Det har som nämnts också betydelse om huvudkrediten utbetalas vid ett tillfälle eller i flera poster förskjutna över tiden. Även om sambandet med utgifterna då inte nödvändigtvis är lika nära som om pantsättaren själv uppbär betalningen, så kan en uppdelning ha betydelse i vissa fall. Det handlar om sådana fall där pantsättarens aversion gentemot utgifter påverkas av likviditeten. Handlingsutrymmet som likviditeten ger kan nämligen innebära en mindre benägenhet att göra uppoffringar om det finns långsiktiga förhoppningar om att slippa sådana. Det sistnämnda är i och för sig inte unikt för kredit mot säkerhet i framtida fordringar, men den begränsning av likviditetstillförseln som rådighetsavskärande sådan säkerhet innebär gör att riskerna för likviditetsproblem blir större.

Vidare kan pekas på vad som nämnts i avsn 5.6 om att gäldenärer med svag ekonomi tenderar att använda de förskotterade likviderna till gamla skulder snarare än till kommande inkomstbringande projekt. För att upprätthålla skenet måste de gamla skulderna tillgodoses.

[395] Jfr Brækhus 1994 s 143–144.

En faktor som begränsar skadorna av strypt likviditetstillförsel är att pantsättaren, som framhållits i avsn 6.7.9, kan ha ett visst utrymme att skaffa kredit från flera håll mot säkerhet i vad som mer eller mindre kan sägas vara samma resurs. Förekomsten av ett sådant utrymme får dock antas ha övervägande negativa konsekvenser, se de följande två underavsnitten.

Till saken hör att pantsättaren kan föredra att acceptera de särskilda riskerna för likviditetsproblem även om han är väl medveten om att risken är hög. På grund av den riskpreferens som en pressad gäldenär kan ha kan detta vara ett rationellt beteende. Hit hör också att likviditetskalkylerna tenderar att bli optimistiska just för att de måste vara det.[396]

Ett belysande exempel är förhållandena i NJA 1973 s 635 eftersom det där inte bara handlade om oförutsedda utgifter utan om en likviditetsbrist som hävdades vara tämligen lätt att kalkylera. Som nämnts hävdade konkursförvaltaren att pantsättningen innebar att åkeriägaren – ”frånhänt sig alla de inkomster som var nödvändiga för betalning av bensin- och lönekostnader samt för betalning av leveranser och arbeten för fullföljandet av avtalet med skogsägareföreningen. Hans möjligheter att infria löften om betalning till anställda, till bensinbolag och till andra fordringsägare försvann liksom möjligheten att gälda befintliga och under körningarna uppkommande skatteskulder.”

6.7.10.2 Gynnanden genom säkerhetsställande i efterhand

Pantsättaren kan vid säkerhet i framtida fordringar ha ett visst utrymme att råda över huruvida panthavarens säkerhet kommer att få något innehåll, se avsn 6.7.9 om rådighetsavskärandenormer. Avser säkerheten en framtida fordran enligt ett visst avtal kan pantsättaren använda sina resurser för att istället genomföra andra avtal. Härigenom kan pantsättaren i ett trängt ekonomiskt läge välja att gynna just panthavaren framför fordringsägarna. För fordringsägarna kan detta generera ytterligare skada om pantsättaren samtidigt gör sig skyldig till dröjsmål avseende andra prestationer som han åtagit sig att utföra.

Möjligheterna att på nämnt sätt gynna panthavaren varierar. Om den pantsatta framtida fordran avser en tjänst eller vara har pantsättaren typiskt sett stort utrymme att råda över utvecklingen. Är det istället fråga om framtida fordran på avkastning från ett objekt som sekundogäldenären har i sin besittning, är möjligheterna typiskt sett små. Möjligheterna att gynna en panthavare är likaså små i fall där sekundogäldenären skall betala i förskott utan att det är fråga om ett löpande förhållande med kontinuerliga prestationer och förfallodagar. Mellan dessa fall ligger prestationer av blandad karaktär. Pantsättaren kan t ex ha förplik-

[396] Jfr avsn 1.7.5, 6.1.2 och 5.6.6.

telser att leverera energi, underhåll eller kunskap trots att sekundogäldenären besitter hyresobjektet.

6.7.10.3 Särskilda risker för överskuldsättning

Pantsättarens möjligheter att på nyssnämnda sätt råda över vilka fordringar som får substans leder också till särskilda risker för överskuldsättning, jfr avsn 6.1.2. Har pantsättaren riskpreferens kan han skaffa kredit från flera olika håll i vad som på sätt och vis är samma resurser. Tydligast blir detta om pantsättaren har ett exemplar av en vara men ändå sluter flera avtal om försäljning och pantsätter de framtida fordringarna av dessa till olika kreditgivare. Givetvis riskerar pantsättaren då att göra sig skyldig till dröjsmål gentemot såväl köparna som kreditgivarna, men under inverkan av riskpreferens kan detta vara ett fullt rationellt beteende.[397]

Liksom för gynnanden varierar de nämnda möjligheterna beroende på om den framtida fordran avser avkastning från ett visst objekt eller en varu- eller tjänsteprestation. För avkastningsfordringar är de fordringsgenererande resurserna bundna till en och samma sekundogäldenär.

> Beträffande avkastningsfordringar finns dock en annan möjlighet till överskuldsättning. Pantsättaren kan dubbelförfoga genom att först pantsätta avkastningsfordringarna och sedan avkastningsobjektet utan att nämna att avkastningen redan pantsatts. Utrymmet för sådana förfaranden består i att pantsättaren undviker att objektsförvärvaren får information från sekundogäldenären, som denuntierats. Detta utrymme är kanhända större för fast egendom än för lösöre. Ett lösöre innehas typiskt sett av sekundogäldenären som nyttjar det. Det finns dock antaganden om att utrymmet är så stort att möjligheterna till godtrosförvärv av avkastningsobjektet skulle innebära ”starka begränsningar” för en ordning där pant i avkastningsfordringar annars skulle ha företräde framför objektspanthavaren.[398]

En annan omständighet som medför att säkerhet i framtida fakturafordringar kan vara särskilt riskfyllt är att denna tillgång kan antas vara något som används i sista hand. De framtida fordringarna är typiskt sett osäkra tillgångar och därför något som i liten mån intresserar pantavtalsparterna om det finns objekt med säkrare värde. Eftersom det i så fall handlar om krediter som tas när skuldsättningsgraden redan är hög kan det handla om sådana transaktioner som orsakar en alltför hög risk beträffande pantsättarens totala kreditengagemang, jfr avsn 6.1.2. Till

[397] Jfr avsn 1.7.5. Det kan här nämnas att det förekommer avtalsvillkor enligt vilka – ”Det åligger kredittagaren jämväl efter pantsättning av fakturafordran att gentemot kunden fullgöra sina skyldigheter som kontraktspart.” Avsikten är kanske främst att för pantsättaren inskärpa denna skyldighet och att tydligt koppla den till sanktionsmöjligheter även för panthavaren.

[398] Ett sådant motsatt antagande gör Håstad 1996 s 346.

saken hör då att panthavaren vid denna typ av säkerhet inte primärt är intresserad av pantsättarens överlevnads- eller intjänandeförmåga utan av om pantsättaren kan prestera vad som krävs för att just de pantsatta framtida fordringarna skall betalas.

En fördel med de framtida fordringarna som säkerhet är dock att transaktionskostnaderna för att nå säkerheten kan vara små jämfört med andra former. Det kan därför finnas fall där pantavtalsparterna föredrar denna form trots alternativ. I dessa fall är det därför inte fråga om transaktioner som orsakar särskild risk för överskuldsättning.

6.7.10.4 Särskild olikhet

Säkerhet i framtida fakturafordringar kan också skapa särskilt stor olikhet i förhållande till fordringsägarna. Även om all omsättning orsakar olikhet finns det anledning att uppmärksamma just sådana fall där olikheten kan hävdas bli särskilt stor, jfr avsn 6.1.3. I grund och botten handlar det här om att de framtida fordringarna är vad alla fordringsägare räknar med att få betalt ur. Man kan också tala om olika effekter som kan anses mindre önskvärda även om man inte använder likhetsteorin som förklaringsmodell.

En aspekt är härvid att redan starka borgenärer kan stärka sina positioner. Möjligheten att få säkerhet i framtida fordringar underlättar nämligen de praktiska möjligheterna att ”dammsuga” pantsättaren på tillgångar.[399] Därmed blir det i ännu mindre mån några tillgångar för de övriga fordringsägarna att ta i anspråk. I princip kan utrymmet för osäkrade krediter därmed minska.

En annan sida av detta är att möjligheterna till omförhandling och rekonstruktion vid ekonomisk kris försämras. Sådan omförhandling kan vara effektiv och anses eftersträvansvärd eftersom man då kan undvika den värdeförstöring som en konkurs kan innebära.[400] Det är emellertid av avgörande betydelse att löpande utgifter kan betalas under omförhandlingsperioden och eftersom likviditet ofta saknas i dessa lägen krävs ett inflöde av likvider. Det är också av vikt att kunna erbjuda var och en av fordringsägarna viss betalning för att kunna motivera dem. Om panthavaren då har företräde till likvidinflödet skiljer sig dennes intressen från de övriga fordringsägarnas.

[399] Jfr Brækhus 1994 s 149.
[400] Se t ex Sundgren 1995 s 6.

6.7.11 Nyttan varierar med förekomsten av alternativ

När det gäller nyttan av säkerhet i framtida fordringar har det i avsnitt 5.6.5–5.6.7 antagits att sådan omsättning kan vara aktuell såväl om pantavtalsparterna har reella alternativ som då sådana saknas.

För de fall parterna har reella alternativ i form av andra säkerheter eller osäkrad huvudkredit, antogs att det främst är aktuellt med säkerhet i framtida fordringar när det handlar om solida eller annars lättövervakade fakturafordringsägare som har få stora kunder och långvariga projekt. Samtidigt kan det hävdas att den omständigheten att det finns reella alternativ säger något om nyttans storlek.

I de fall pantavtalsparterna saknar reella alternativ att nå en överenskommelse kan nyttan vara stor. Det anfördes att nyttan kunde vara större i de fall pantsättaren fick ny huvudkredit eftersom han då får ett likviditetstillskott. I vart fall kan det hävdas att riskerna för fordringsägarna blir något mindre i de fallen jämfört med om säkerheten ställs för en redan utgiven huvudkredit.

Till saken hör att också skadorna i viss mån varierar med förekomsten av alternativ. När pantavtalsparterna har alternativ och pantsättaren är solid kan skadorna antas vara små. När reella alternativ saknas är riskerna däremot stora. Pantsättaren har svag ekonomi och transaktionen orsakar särskilda risker för överskuldsättning, olikhet och framtida likviditetsproblem. Är det dessutom fråga om säkerhet för redan utgiven huvudkredit blir dessa effekter särskilt tydliga.

6.7.12 Ytterligare konsekvenser av olika lösningsalternativ

Utöver de anförda faktaargumenten om skador och nytta finns det anledning att belysa ytterligare konsekvenser som olika lösningar kan ha.

En möjlig lösning på frågan om fordringsägarnas skydd är att säkerhet i framtida fakturafordringar inte alls godtas. Om fordringarna därför måste vara intjänande el likn innan pantsättningen görs uppstår transaktionskostnader. Parterna får då inte utrymme att välja tidpunkt för att binda varandra vid pantavtalet. Handlar det om flera avkastningsfordringar skulle proceduren och denuntiationer dessutom behöva upprepas.

> Man skulle dock kunna tänka sig att parterna för att undvika denuntiationskostnaderna en gång för alla meddelade sekundogäldenären om att panthavaren uppbär avkastningen tills pantsättaren meddelar annat. Pantavtalsparterna kunde sedan vid varje intjänandetidpunkt göra upp om huvudkredit och säkerhet i det intjänade beloppet. Om överenskommelse inte kunde nås skulle panthavaren bli skyldig att redovisa hela beloppet.

En annan möjlig lösning är att fordringsägarna inte ges något skydd men att fordringspanthavarens rätt begränsas till de fordringar som förfaller eller intjänas innan exekution. För fordringsägarna innebär denna lösning att de visserligen får företräde vid exekution men att pantavtalsparterna tillåts utsätta fordringsägarna för de ökade riskerna av att exekution blir aktuellt. En möjlig konsekvens av en sådan ordning är att det kan bli praktiska problem att avgränsa vilka fordringar som uppfyller kraven för att ingå i panten, i vart fall när det görs retroaktivt.[401] Det kan härvid antas att det är lättare att hantera en förfallodagsnorm än en intjänandenorm.

Ett tredje lösningsalternativ, som ger fordringsägarna än mindre skydd, är att fordringspanthavare får företräde framför fordringsägarna med verkan redan från denuntiationen. Konsekvenserna av en sådan lösning är att fordringspanthavaren får företräde om de prestationer som krävs för att fordringen skall bli ovillkorad utförs. Vid konkurs blir konkursförvaltarens handlingsutrymme således begränsat av att vissa handlingsalternativ i första hand kommer fordringspanthavaren tillgodo.[402] När det handlar om avkastningsfordringar är en konsekvens också att avkastningsobjektet inte kan realiseras utan pant- och nyttjanderättsbelastningen. Härigenom kan sekundogäldenärerna, i fall de inte annars har skydd för sin rätt (nyttjanderätt), få ett indirekt skydd genom att avkastningsobjektet inte kan realiseras utan pant- och nyttjanderättsbelastningen.

Beträffande avkastningsfordringar är en annan konsekvens att transaktionskostnaderna ökar för ordinära pantavtal avseende avkastningsobjekt, såsom fastighetspant och handpant. För att inte riskera att bli efterställd en eventuell fordringspanthavare krävs då kontroll av om fordringspantsättning förekommit. En sådan kontroll skulle för fast egendom kunna innebära att kontakta hyresgästerna. Det har antagits att en sådan ordning med ett företräde för fordringspanthavarna ”drastiskt” skulle minska värdet av panträtt i själva fastigheten.[403] Beträffande lösöre skulle transaktionskostnadsökningen emellertid bli mindre. Det kan antas att lösöre innehas av sekundogäldenären eftersom denne nyttjar detsamma och det blir således bara nödvändigt med en och samma kontroll.[404] Dessa faktaargument talar dock i första hand för ett skydd för sakrättsborgenärerna, se avsn 7.3.

[401] Håstad 1996 s 340.
[402] Jfr Håstad 1980 s 142.
[403] Håstad 1996 s 343.
[404] Håstad 1996 s 346.

6.7.12.1 Likabehandling av exekutionsformer

De tre nämnda lösningsalternativen kan givetvis varieras med t ex en lösning för avkastningsfordringar och en annan för fordringar avseende tjänste- och varuprestationer. En annan variabel är exekutionsformerna.

I avsnittet om frysningsprincipen har anförts att exekutionsformerna bör behandlas lika. En ordning där det lönar sig att använda konkurs är kapitalförstörande. Genom konkurs förlorar ett företag goodwill på ett helt annat sätt än vid utmätning. Det anses också att den realisation av tillgångar som konkurs innebär ger mycket låg utdelning. Anmärkas kan också att transaktionskostnaderna för att kunna få igång en ny verksamhet ofta kan antas vara höga.

Mot dessa argument kan anföras att konkurs i princip endast skall beviljas om pantsättaren verkligen är på obestånd. Om så är fallet ligger det i fordringsägarkollektivets intresse att det görs en sammanhållen bearbetning av pantsättarens ekonomiska förhållanden. Konkursinstitutet kan då fungera väl. Är förhållandena sådana att verksamheten kan göras livskraftig kan konkursinstitutet vara en lämplig form att åstadkomma en rekonstruktion. Genom att ge incitament till att just använda konkurs vid obestånd kan det hävdas att man når den bästa lösningen för fordringsägarkollektivet. Om en fordringsägare kan nå lika långt genom att använda utmätning nås en lösning som i värsta fall försämrar för kollektivet.

Är förhållandena istället sådana att pantsättaren inte är på obestånd så kan han i princip också fullgöra sina förpliktelser gentemot fordringsägarna. Fordringsägarna har i så fall inte behov av att kunna ta de pantsatta framtida fordringarna i anspråk. De får istället begära utmätning av andra tillgångar.

Det sagda kan på motsvarande sätt hävdas om en ordning som ger fordringsägarna olika möjligheter vid utmätning av avkastningsfordringarna respektive av avkastningsobjektet. Som nämnts finns det normargument som kan anföras för en sådan ordning, se avsn 6.7.2 och 6.7.4. Om fordringsägarna når längre genom utmätning av avkastningsobjektet kan pantsättaren bli av med en viktig tillgång. Ett tydligt exempel är lokalhyresrätt som pantsättaren i sin tur delvis upplåtit till en andrahandshyresgäst (sekundogäldenären). En utmätning av lokalhyresrätten kan antas vara betydligt mer besvärande för pantsättaren än utmätning av avkastning från denna och utmätning av lokalen anses också kapitalförstörande.[405]

[405] I RSV 1996 s 196–197 anmärks just att det ofta uppstår stora svårigheter att sälja hyresrätter exekutivt medan det vid konkurs är jämförelsevis lättare att sälja verksamheten och lokalen.

Ett annat exempel är att det är hyresavtalet som är den väsentliga tillgången snarare än objektet. Låt säga att det då handlar om nyttjanderätt som inte står sig mot utmätning av objektet. Om detta utmäts kan såväl pantsättaren som de övriga fordringsägarna, sekundogäldenären och fordringspanthavaren komma att lida skada.

6.7.13 Värdeladdningen beroende av riskernas storlek

I värdeargumentationen skall först nämnas att argumenten i frågan om fordringsägarnas skydd influeras av värdeargumenten om pantsättarens skydd. Ovan i avsnitt 6.7.8 och 6.1.2 har anförts att pantsättaren om han är trängd ekonomiskt har en bristande omdömesförmåga avseende risker för likviditetsproblem och överskuldsättning. Det handlar således om skyddsaspekter för svaga subjekt. Man kn rent av tala om en missbrukarskyddsaspekt eftersom riskpreferensen har en sådan karaktär.

Den andra sidan av denna skyddsaspekt är att panthavare som använder mycket riskfyllda eller rent av konkursdrivande säkerhetsformer inte är särskilt seriösa. Ett värdeargument är därför att motverka skojeriinslaget i kreditbranschen.

Båda de nämnda värdeargumenten är i hög grad beroende av de faktiska riskerna för skador. Är riskerna små kan det även med värdeargument anses acceptabelt att några få pantsättare går i konkurs och några få fordringsägare skadas.

I de delar pantsättaren har möjlighet att gynna panthavaren och undandra ekonomiska värden från fordringsägarna gör sig legitimitetsaspekter gällande. Dessa har framhållits flera gånger i detta kapitel. Som nämnts anses det viktigt att förhindra sådant beteende eftersom det skadar förtroendet för rättssystemet.

De nämnda värdeargumenten talar som framgått för att skydda fordringsägarna och mot att godta säkerhet i framtida fakturafordringar.

Mot att skydda fordringsägarna och för att godta säkerhet i framtida fakturafordringar talar att normargumenten kan hävdas vara ganska tydliga för en sådan ordning. Det står därför i strid med värdeargument om rättssäkerhet att mot bakgrund av dessa normargument generellt underkänna sådana upplägg.

En annan aspekt är att säkerhet i framtida fordringar kan utgöra en mer eller mindre etablerad ordning inom vissa näringar. Att då underkänna dessa upplägg skulle ställa till viss oreda.[406]

[406] Jfr ovan avsn 6.2.8 angående NJA 1995 s 367. Se även NJA 1986 s 217 och jfr Brækhus 1994 s 150–151 angående den norska Eltema-dommen Rt 1987.35 om factoringpant.

För att godta säkerhet i framtida fordringar talar också förhållandena i utländska rättsordningar. Sådana möjligheter ges i olika rättsordningar och föreslås i såväl Principles of European Contract Law som i UNIDROIT:s konvention om factoring. I dessa båda förslag kommer främst begränsningar beträffande identifikationen av objekten till uttryck.[407]

Till saken hör emellertid också att flera av de normargument som finns i frågan synes bygga på just en sådan föreställning om avtalsfrihet som behandlats i avsnitt 3.4. Denna föreställning synes inte bara leda till en utgångspunkt om att parterna skall få avtala vad de vill utan också i ett företräde för dessa värden på så vis att konsekvenserna inte behöver lyftas fram. Ett avgörande som NJA 1973 s 635 kan härvid vara svårt att förstå på annat sätt än att man i processen kommit att skära bort den egentliga konflikten, se avsn 4.3. Dessa aspekter kan anföras såväl för som emot att godta säkerhet i enkla fordringar.

6.7.14 Fordringsägarna har skydd

Av de anförda argumenten kan dras slutsatsen att olika typer av framtida fordringar bör behandlas olika. Argumenten utpekar möjliga skiljelinjer mellan lönefordringar, avkastningsfordringar och fordringar avseende tjänster och varor.

> Det kan då åter anmärkas att det kan vara svårt att dra gränser och skilja mellan olika typer av fordringar eller föreställningar om objekt. Många gånger är det snarare relevant att beakta sannolikheten för att förhållandet skall resultera i betalningsskyldighet, jfr avsn 4.4.2.3. Därmed bör en indelning i olika typer inte fullföljas strikt utan avsteg göras om sannolikhetsgraden i ett visst förhållande bedöms avvika från det för typkategorin normala spannet.

Tydligast är argumenten avseende lönefordringar. Här talar såväl norm-, som fakta- och värdeargument klart övervägande för att de inte skall kunna pantsättas förrän de förfallit. Det finns dock inte anledning att behandla dessa närmare eftersom lönefordringar inte utgör fakturafordringar och därför inte faller inom ramen för detta arbete. Slutsatserna gäller istället avkastningsfordringar och fordringar avseende tjänster och varor.

[407] För t ex danska förhållanden se Andersen/Werlauff 2000 s 276–277. Se www.UNIDROIT.org/english/conventions/c-fact.htm: Artikel 5. Samt www.cbs.dk/departments/-law/staff/ol/commission_on_ecl/: Artikel 11:102, men som nämnts i avsn 5.4–6 har man i Principles också beaktat sekundogäldenärens intressen, härutöver anger artikel 4:109 och 4:110 obligationsrättslig ogiltighet. Se däremot Europeiska utvecklingsbankens ”modellag” art 5 ”… including debts due from the chargeholder to the chargor” www.ebrd.com/; se vidare t ex Persson A H 1998 s 728–734, 2000–01 s 340–341.

6.7.14.1 Rådighetsavskärande säkerhet i framtida avkastningsfordringar kan accepteras som regel

Beträffande framtida avkastningsfordringar talar normargumenten övervägande för att godta pantsättning med vissa begränsningar. Det handlar då om att fordringarna måste vara förfallna, eller i vart fall intjänade, innan exekution eller realisation avseende avkastningsobjektet.

En generell huvudregel skulle kunna formuleras som att säkerheten omfattar avkastningsfordran som är *förfallen* innan exekution eller pantrealisation avseende avkastningsobjektet, oavsett om sekundogäldenärens rätt (nyttjanderätt) står sig vid exekution.

För en sådan huvudregel talar övervägande normargument, främst normer om objektspanthavares företräde till avkastning såsom UB 12:8. En sådan ordning har också stöd i faktaargument om att likviditetsriskerna, riskerna för gynnanden och riskerna för överskuldsättning är relativt små. I flera fall antagligen lika små som för icke framtida fordringar. För att godta rådighetsavskärande säkerhet i avkastningsfordringar talar också att en ordning där fordringarna först måste vara intjänade skulle leda till transaktionskostnader i form av i vart fall upprepade avtal. En sådan ordning synes också kunna accepteras m h t värdeargumenten eftersom riskerna synes små.

Till anförda huvudregel hör att fordringar som tjänas in inom tre månader före fristdagen med KonkL 4:12 kan återvinnas vid konkurs eller företagsrekonstruktion. För en sådan ordning talar normargumentet i NJA 1973 s 635 och även faktaargument om särskild olikhet. Det ordinärrekvisit som införts i KonkL 4:12 föranleder ingen annan avvägning.

Från huvudregeln kan undantag göras avseende utmätning av i vart fall fordringar avseende andrahandshyra av fast egendom. Ett tydligt normargument talar nämligen för ett sådant undantag. Detta normargument kan anses väga tyngre än faktaargumenten om negativa effekter av skillnader mellan exekutionsformerna. Argumenten för den anförda huvudregeln talar dock för att konkurs samt utmätning och pantrealisation avseende avkastningsobjektet ger fordringsägarna företräde.

Ett annat undantag gäller fordringar som inte är typiska avkastningsfordringar utan beroende av sidoprestationer från pantsättaren. Normerna om återvinning enligt KonkL 4:5, om oskälighet och rådighetsavskärande kan hävdas för sådana förhållanden.

6.7.14.2 Rådighetsavskärande säkerhet i framtida fordringar avseende tjänster och varor kan accepteras i det enskilda fallet

För framtida fordringar avseende tjänster och varor talar normargumenten övervägande för en ordning där panthavaren ges företräde till fordringar som *intjänats* innan exekution. Vid konkurs eller företagsrekonstruktion dock endast såvida intjänandet gjorts mer än tre månader innan fristdagen. En sådan ordning stöds också av vissa faktaargument.

Samtidigt talar emellertid andra norm-, fakta- och värdeargument för att endast låta nämnda ordning omfatta fall där fordringsägarna inte skadas. I de fall omständigheterna är sådana att fordringsägarna skadas finns det med dessa argument stort utrymme för KonkL 4:5, AvtL 36 § och rådighetsavskärandenormer.

En möjlig slutsats härav är att såväl KonkL 4:5 som 36 § AvtL skall användas i ett fall där omständigheterna är sådana som konkursförvaltaren hävdade att de var i NJA 1973 s 635. (Notera då att KonkL 4:5 har utvidgats sedan dess.) Kravet på ond tro hos panthavaren kan mot bakgrund av faktaargumenten ses i perspektivet att panthavaren bör inse att rådighetsavskärande säkerhet avseende dessa typer av framtida fordringar är riskfyllt generellt. Därmed kan det ställas höga krav på att han undersöker förhållandena och pantsättarens förmåga att klara likviditetsproblem för att panthavaren inte skall anses vara i ond tro. AvtL 36 § kan komplettera KonkL 4:5 framför allt i de fall panthavaren efter avtalet blivit medveten om att det konkreta pantavtalet är på väg att leda till skada inte vidtar åtgärder för att stötta pantsättaren i likviditetshänseende o likn. Rådighetsavskärandenormerna får framför allt betydelse i de fall pantsättaren har många alternativa kunder och stora möjligheter att välja var han vill sätta in sina resurser för att tjäna in fordringar.

Det finns med denna slutsats anledning att vara försiktig med att tillmäta NJA 1973 s 635 stor principiell betydelse. Istället bör varje pantsättning prövas utifrån hur väl transaktionen varit lämpad mot bakgrund av pantsättarens ekonomiska förhållanden. Rådighetsavskärande säkerhet i framtida fordringar för gammal huvudkredit (förlängd kredittid) och över huvud taget sådan säkerhet när pantsättaren saknat alternativ eller haft svag ekonomi, bör inte accepteras. Vad som kan accepteras är sådan säkerhet där pantsättaren haft solid ekonomi och god kontroll över sina likviditetsflöden.

6.7.15 Factoring och framtida fakturafordringar

Rådighetsavskärande säkerhet i framtida fakturafordringar kan bli aktuellt vid vissa former av factoring. Factoringavtalet kan innebära att

pantsättaren förpliktigas att tillställa panthavaren alla fakturor, eller alla fakturor av visst slag. Samtidigt kan det hända att åtminstone vissa av sekundogäldenärerna denuntierats härom. Under dessa omständigheter kommer varje framtida fakturafordran på dessa sekundogäldenärer att utgöra säkerhet.

Så länge panthavaren betalar ut huvudkredit för varje fakturafordran som pantsättaren fakturerar innebär det beskrivna förhållandet ingen anmärkningsvärd belastning för sekundogäldenären, i vart fall inte i likviditetshänseende. Förpliktelsen att låta de uppkommande fakturafordringarna omfattas av factoringavtalet kan däremot innebära en belastning såtillvida att pantsättaren får betala för kredit som han egentligen inte behövde.

> I det typiska fallet handlar factoring inte om säkerhet i framtida fakturafordringar. Factoringförhållandet skulle kunna betraktas som ett antal enskilda transaktioner där en huvudkredit utges för varje faktura som tillställs panthavaren. Eftersom fakturor som regel skickas efter eller i samband med leverans, el likn intjänande, blir det då inte fråga om framtida fordringar.

I två situationer kan emellertid fordringsägarna skadas. Den ena är när den totala tidigare utbetalade huvudkrediten kommit att överstiga den avtalade relativa maxnivån i förhållande till de tidigare pantsatta fakturafordringarna. Det blir då fråga om avräkning mot de nya fakturafordringar som uppkommer, jfr avsn 6.4.7. Därmed betalas ingen ny huvudkredit ut förrän rätt balans uppnåtts och pantsättaren kan bli utan likviditetstillskott under en period. Motsvarande kan inträffa om factoringavtalet stadgar ett maximalt huvudkreditbelopp och pantsättaren nått upp till detta. De nya fakturafordringar som intjänas ger då inget likviditetstillskott.

> Den period som pantsättaren inte får likviditetstillskott är då dock beroende av vilket redovisningsintervall som factoringavtalet stadgar och panthavaren har ganska litet intresse av att mot pantsättarens påtalande om likviditetsproblem innehålla medel under någon längre period.

Normargumenten är för factoring med ett undantag desamma som för säkerhet i framtida fakturafordringar i allmänhet. Eftersom det antagligen är vanligast att factoring används vid varu- och tjänsteprestationer är det främst normargumenten för dessa som är aktuella. Däremot föranleder ordinärrekvisitet i KonkL 4:12 slutsatsen att factoringupplägg som regel inte skall kunna återvinnas till de delar de handlar om säkerhet i framtida fordringar.

Faktaargumenten för att skydda fordringsägarna är givetvis de ovan beskrivna likviditetsriskerna. Man kan också tänka sig att det även i dessa fall uppstår risker för i första hand gynnanden, och i någon mån för särskild överskuldsättning och särskild olikhet, jfr ovan avsn 6.7.10.

Det hör då till saken att de nämnda skadorna kan begränsas. Om en avräkningssituation uppstår kan skadorna begränsas genom att hela beloppet inte avräknas så snart som möjligt utan att pantsättaren får en viss andel av varje överlämnad fakturafordran såsom ökad huvudkredit.

Mot att skydda fordringsägarna talar nyttan av att vid factoring kunna få säkerhet redan genom intjänandet utan att behöva denuntiera. Denna nytta kan antas vara ganska liten eftersom den främst är aktuell vid avräkning och bara för fasta sekundogäldenärer. Mot ett skydd talar också nyttan av avräkning och maximerade huvudkreditbelopp i sig. Eftersom pantsättaren är avskuren från rådigheten redan innan denuntiationen blir ju denna endast en formalitet. Nyttan av avräkning och maximerade huvudkreditbelopp kan antas vara betydande eftersom de utgör smidiga instrument för riskbegränsning.

Ett värdeargument i frågan är att avräkning är ett särfall som inte skall behövas om factoringförhållandet fungerar perfekt. Det kan vid avräkning också vara panthavaren som råkat illa ut. Anledningen till att huvudkrediten blivit för stor kan vara att pantsättaren slarvat eller lurats och begärt huvudkredit för fakturafordringar som sannolikt inte var berättigade. Under sådana omständigheter kan panthavaren sägas vara mer skyddsvärd än den ordinäre panthavare som begär säkerhet i framtida fakturafordringar.

I en möjlig slutsats av de anförda argumenten finns det anledning att ta fasta på att factoringförhållandena avviker något från vad som ovan beskrivits som typfallet av säkerhet i framtida fakturafordringar. Avräkning vid factoring bör därför som regel accepteras. Det finns dock anledning att vara uppmärksam på att en tillämpning av ett strikt avräkningsvillkor med varje pantsatt fordran kan leda till skador och att det då kan bli aktuellt att tillämpa KonkL 4:5 och AvtL 36 §. Jfr här även avsn 8.8 där en begränsning av avräkningsmöjligheterna förespråkas.

7 Skyddet för sakrättsborgenärerna

Panthavarens panträtt kan komma i konflikt med andra subjekt som förvärvat sakrätt i samma säkerhetsobjekt. Dessa subjekt, som här kallas sakrättsborgenärer, lider skada av pantsättarens omsättning genom att de kan få sämre rätt än vad de förväntat sig och genom kostnader för att hantera de konflikter som uppstår. Eftersom de delar av skyddet för sakrättsborgenärerna som utgörs av de s k sakrättsliga momenten hänger nära samman med motsvarande skyddsprinciper för fordringsägarna, är det intressant att analysera i vilken mån dessa skyddskonstruktioner bör påverka varandra. Ett viktigt tema är också i vilken mån den resurs som en fakturafordran representerar skall kunna omsättas i olika skepnader. Hur skiljer man mellan avkastningsfordringar och det objekt som genererar avkastningen, hur hanterar man att s k framtida fordringar kan vara beroende av samma varu- eller tjänsteresurs och därför ta ut varandra, och hur hanteras det faktum att samma resurs kan uppträda som överhypotek respektive redovisningsfordran? Man kan också fråga sig om det finns anledning att skapa en objektskonstruktion för att hantera problemen med godtrosförvärv av löpande förbindelser för vilka säkerhet ställts?

I föregående kapitel behandlades skyddet mot de skador som omsättningen kan förorsaka de tredje män eller borgenärer som är fordringsägare till pantsättaren. Detta kapitel skall behandla skyddet mot de skador som omsättningen kan förorsaka de tredje män som har konkurrerande sakrätter. Dessa tredje män kallas här sakrättsborgenärer.[408]

Med sakrättsborgenär avser jag varje subjekt som hävdar en sakrätt gentemot pantsättaren. Sakrätterna kan komma i konflikt med varandra om pantsättaren efter pantavtalet med panthavaren upplåter sakrätt i samma objekt till ett annat subjekt. Motsvarande inträffar givetvis om det är panthavaren som gör det senare förvärvet. Dessa fall kallas dubbelförfogande. Sakrättskollision kan också inträffa om pantsättaren aldrig haft rätt att upplåta sakrätt i det objekt som han pantsätter till panthavaren. Dessa fall kallas obehörigt förfogande.

[408] En annan term är singularsuccessor, se t ex Adlercreutz 2001 s 33, Hessler 1973 s 28, Persson A H 1998 s 615.

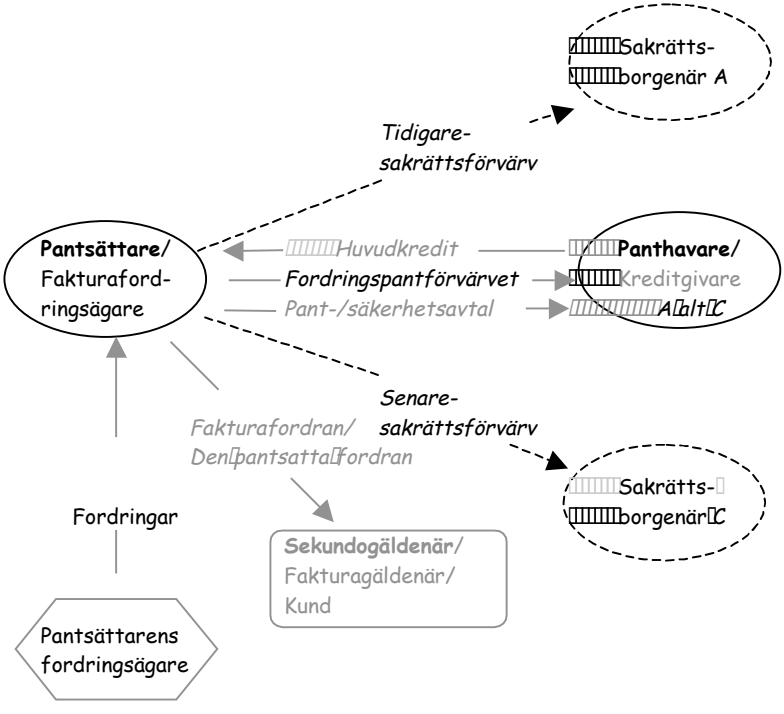
Effekten av såväl dubbelförfogande som obehörigt förfogande är att två sakrättsborgenärer gör gällande sina sakrätter gentemot varandra. Vad kapitlet handlar om är därför hur rätten skyddar de två sakrättsborgenärerna från skador av sakrättskollisionen. En av dessa sakrättsborgenärer är panthavaren.

Det kan givetvis vara fråga om fler än två sakrättsborgenärer. Emellertid saknas anledning att behandla sådana fall eftersom argumenten kan antas vara i stort sett desamma för dessa konflikter.

Eftersom panthavaren kan vara såväl förste som senare förvärvare görs ingen åtskillnad mellan panthavaren och andra sakrättsborgenärer. Detta kapitel behandlar därför inte bara skyddet för sakrättsborgenärerna utan också vissa delar av panthavarens skydd mot att pantsättaren upplåter med panträtten kolliderande rätt, jfr vidare avsnitt 9.6.

I framställningar avseende de här aktuella frågorna är det vanligt att använda förkortningar för de olika inblandade subjekten. Pantsättaren kallas B. Den förste sakrättsborgenären benämnes A och den senare sakrättsborgenären C. I den skiss som använts tidigare i framställningen kan förhållandena illustreras enligt följande:

Panthavaren kan vid dubbelförfogande alltså vara såväl förste som senare sakrättsborgenär. Om han är förste sakrättsborgenär kallas han A och sakrättsborgenären som åberopar en senare sakrätt kallas C. Är panthavaren istället senare sakrättsborgenär kallas han C och sakrättsborgenären som åberopar en tidigare sakrätt kallas A. Eftersom turordningen mellan förvärv alltså variera har jag i skissen lagt in sakrättsborgenärer på två ställen; ovanför panthavaren för att beteckna ett tidigare förvärv och under panthavaren för att beteckna ett senare förvärv än panthavarens. Jag återkommer till de obehöriga förfogandena längre fram.



7.1 Skadorna

Sakrättsborgenärerna kan alltså skadas av sakrättskollissioner. Dessa skador är så gott som uteslutande ekonomiska skador. Som framgår av avsnitt 4.4.1.2 är andra skador, avseende vad jag där kallat särskilda värden, mycket speciella. Eftersom skadorna kan uppskattas i pengar och för det mesta kan kompenseras med ekonomiska medel, är sakrättsborgenärernas position ganska lik fordringsägarnas.

De skador en sakrättsborgenär kan lida av omsättning är att dennes sakrätt inte ger den rätt som denne förväntat sig och att det uppstår handläggningskostnader för att lösa kollisionen mellan omsättningstransaktionerna.

Den förstnämnda typen av skada kan ta sig uttryck i att sakrätten utsläcks och ersätts av en fordringsrätt på pantsättaren. Beroende på vilka typer av sakrätter som kolliderar kan skadan istället bestå i att sakrätten efterställs pantsättarens rätt och endast delvis ersätts av en fordringsrätt. Är både den prioriterade rätten och den efterställda rätten säkerhetsrätter blir den efterställda en sekundärsäkerhetsrätt. Är den efterställda rätten istället en äganderätt kommer denna att gälla men med belastning av säkerhetsrätten. En ytterligare variant är att sakrätterna kommer att gälla parallellt och att de två sakrättsborgenärerna m a o delar på rätten.

Eftersom sakrättsborgenärerna i betydande mån kan kompenseras även i de fall de förlorar konflikterna och inte får vad de förväntat sig, hör det också till skadebeskrivningen att pantsättaren inte klarar att fullgöra kompensationskraven. Sakrättsborgenärernas position är som nämnts ganska lik fordringsägarnas, jfr avsn 6.3. Det får därför också betydelse i vilken mån pantsättarens omsättningstransaktioner innebär risk för överskuldsättning. Även för sakrättsborgenärerna har det således betydelse i vilken mån rätten skyddar mot sådana risker.

Den andra typen av skada som sakrättsborgenärerna kan lida består av handläggningskostnader. Dessa kan drabba sakrättsborgenären oavsett om han drabbas av den förstnämnda skadetypen. Handläggningskostnaderna omfattar allt från besväret att behöva motta förfrågningar från den andre sakrättsborgenären, till kostnaderna för att driva en rättsprocess. Det kan antas att kostnaderna blir som högst när tvisten kommer att handla om bevisfrågor och avgörs av utomstående tvistlösare.

Som skada beskrivs här inte de fall då en sakrättsborgenär ingår ett omsättningsavtal trots att han vet om att det finns en konkurrerande sakrätt.[409]

7.2 Dubbelförfogande över fakturafordran

Typfallet av dubbelförfogande som skadar sakrättsborgenärerna är då pantsättaren förfogar två eller fler gånger över fakturafordran. Huvudfrågan i detta avsnitt i vilken mån rätten skall skydda sakrättsborgenä-

[409] I dessa fall skulle man kanske kunna tala om skada när utfallet av den tagn a risken visar sig särskilt ofördelaktigt. Andra skadebeskrivningar är givetvis också möjliga. Skadeföreställningar i kontraktuella sammanhang påverkas dock i hög grad av föreställningar om avtalsparts befogade förväntningar, jfr Kihlman 1999 s 24–25.

rerna mot skador härav. Denna huvudfråga delas nedan upp i ett antal delfrågor.

Dubbelförfogande över fakturafordran regleras av 31 § 2 st SkbrL. Sakrättsborgenär C får företräde om sekundogäldenären denuntieras och C även vid denuntiationen är i god tro. Vilken princip som skall gälla för lösning av konflikten är således klart. De delfrågor som det finns anledning att behandla inom ramen för huvudfrågan har att göra med den närmare innebörden av nämnda princip. Delfrågorna handlar således om vad som skall krävas för att uppfylla denuntiations- och godtroskraven. Till saken hör också skydd i form av straffregler om bedrägeri och olovligt förfogande. Dessa kan antas påverka riskerna för att pantsättaren dubbelförfogar över fakturafordran. Inledningsvis skall jag emellertid redogöra för ett tema av primärt intresse, även om saken numera knappast betraktas som en oklar rättsfråga.[410]

7.2.1 Inget skydd genom realavtalskrav el likn

En tänkbar form av generellt skydd mot de skador sakrättsborgenärerna kan lida skulle kunna vara en regel om realavtal. Med t ex ett formkrav på överlämnande kan risken för kollision mellan sakrätter antas bli mindre.[411] För kollision p g a dubbelförfogande krävs då att pantsättaren skall komma åt den pantsatta fakturafordran efter att han en gång ”överlämnat” den genom denuntiation.

Som normargument för att säkerhetsavtal i fakturafordringar skall hanteras som realavtal skulle HB 10:1 kunna anföras. Här talas det om att förvärvaren ”i sina händer panten får”. Regeln anses emellertid vara dispositiv och därmed endast markera betydelsen av överlämnande för den sakrättsliga giltigheten gentemot fordringsägarna.[412] För övrigt stämmer ordalydelsen i detta avseende ganska dåligt med fordringsförhållanden även om det hävdas att säkerhet i fakturafordringar utgör sådan handpant som i princip regleras av HB 10:1. Det är också vanligt att man allmänt talar om att säkerhetsställandet sker ”genom tradition”

[410] Däremot är det en fråga kring vilken det i praktiken förekommer oklara föreställningar.

[411] Termen realavtal brukar användas för ”avtal som blir gällande först när avtalad egendom överlämnas”, se t ex Melin - Juridikens begrepp, Bergström m fl – Juridikens termer, eller som avtal för vilkas ingående krävs fullgörande av prestation åt medkontrahenten, Grönfors/Dotevall 1995 s 57. I förhållande till formalavtalsbegreppet är just att ena parten får en prestation fullgjord kanhända utmärkande i vissa avseenden. I vid mening är det dock fråga om ett speciellt formkrav.

[412] Se t ex Undén 1976 s 182, 191. Håstad 1996 s 285. Walin 1998 s 86. Ekeberg/Benckert 1957 s 238. Hasselrot 1905 s 1554, 1556.

eller att tradition är nödvändigt för att säkerhetsrätten skall ”uppkomma”.[413] Sådana formuleringar kan dock avfärdas med att de syftar på den sakrättsliga verkan. En sådan syftning är logisk eftersom detta företräde är av helt avgörande betydelse, jfr avsn 4.5.2.3.[414] Härutöver finns en del åldersstigna normargument om att säkerhetsavtal rent generellt skall utgöra realavtal.[415]

De nämnda normargumenten skall ställas mot AvtL 1 § som kan hävdas för en utgångspunkt om att alla avtal skall vara konsensualavtal såvida inte annat följer av särskilt stadgande, handelsbruk eller sedvänja. Det finns också praxis med denna innebörd och uttalanden i doktrinen om att pantavtal generellt skall behandlas som konsensualavtal.[416] Dessa argument bör vara avgörande och sakrättsborgenärerna har således inget skydd i form av realavtalskrav.

Faktaargument i frågan är vad som ovan nämnts om att risken för kollision kan antas vara mindre med realavtalskrav. Mot ett sådant krav talar dock antagandet att konsensualavtal innebär lägre transaktionskostnader. Åtminstone finns det då inga krav utöver parternas vilja. Ett formkrav är däremot ett extra moment och ökar därmed i princip alltid transaktionskostnaderna. Beroende på vilken tolkning som t ex ett överlämnanderekvisit skulle ges skulle det kunna bli en viss tidsutdräkt som innebär transaktionskostnader. En sådan tidsutdräkt under vilken parterna svävar i osäkerhet om huruvida en formlös överenskommelse får avsedd verkan innebär kostnader i form av försening eller uteblivna andra transaktioner. De nämnda kostnaderna begränsas dock av om överlämnandet har avgörande betydelse för den sakrättsliga verkan mot borgenärerna.

Värdeladdningen i frågan är tämligen sval och särskilt för fordringar. Detta sammanhänger med att säkerhetsrätt i fordringar oftast saknar andra än ekonomiska värden. Möjligen kan man påstå att det kan ligga en moralisk förpliktelse i ett löfte om att ingå ett realavtal. Så länge parterna agerar med medvetenhet om sådana löftens begränsningar är detta argument dock knappast hållbart.

[413] Se t ex Almer 1999 s 127 som talar om att det krävs dels avtal och dels tradition för att panträtt skall ”uppkomma”.

[414] Walin 1995 s 39–40 anmärker att sådan terminologi är egenartad och missvisande, när den används i JB 6:2 och FHL 1:3, men samtidigt menar han, 1998 s 37, att termen panträtt bör reserveras för åsyftat skydd efter att pantförskrivningen blivit fullbordad. Jfr däremot Håstad 1996 s 286. Rodhe 1984 s 384–388. Helander s 36–41, 334–335. Hessler 1973 s 355–356. Undén 1976 s 179, 163–164, 166.

[415] I Ekeberg/Benckert 1957 s 238–239 anges fortfarande 1957 frågan som ”mer omtvistad” men konsensualavtal förordas med stöd av praxis från 20-talet, se not nedan.

[416] Se t ex Walin 1998 s 86, 36–37. NJA 1924 s 329 om pant i bil. NJA 1925 s 80 om pant i magasinerade varor. NJA 1940 s 297 om överhypotek. Samtliga fall rörde kollisioner med andra sakrättsborgenärer. Jfr också Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 10:57.

7.2.2 Meddelandekrav och undersökningsansvar?

En viktig del av skyddet för sakrättsborgenärerna är principen i 31 § 2 st SkbrL med företräde vid denuntiation och god tro. En första delfråga om den närmare innebörden av denna regel är om sekundogäldenären måste meddelas även om han redan känner till omsättningen på annat sätt? Denna fråga hänger samman med frågan om godtroskravet innebär ett undersökningsansvar för sakrättsborgenären, se främst avsn 7.2.2.5.

7.2.2.1 Tydliga meddelandenormer

Normargumenten för ett krav på meddelande och mot att ond tro skall vara tillräckligt är tydliga. Av 31 § SkbrL följer uttryckligen att gäldenären skall underrättas om åtgärden av förfogaren eller förvärvaren. Att detta är en medveten skillnad jämfört med det godtrosrekvisit som finns i den närliggande betalningslegitimationsregeln i 29 § framgår av förarbetena och kan sägas följa av lagtexten eftersom det i 31 § stadgas ett krav på meddelande och inte enbart ond tro. De synpunkter som i förarbetena anförs för skydd för fordringsborgenärerna, bl a – ”[b]orgenärernas rätt bör ej ställas i beroende av sådana, dem icke vidkommande och mången gång mer eller mindre svårbedömda förhållanden som det här gäller”, anges som ”tillämpliga” även för dubbelförfoganden.[417] Stödet för att ett konkret meddelande skall krävas befästs i doktrinen.[418]

Det har emellertid ifrågasatts om inte ond tro bör ha betydelse.[419] En denuntiationsregel kan ha självständig betydelse även med ond tro som avgörande moment på så sätt att denuntiation kan ha verkan från en tidigare tidpunkt än ond tro, se nedan om till handa-kravet. Man kan också tänka sig att en denuntiation skulle kunna ha sakrättslig verkan utan att den försätter sekundogäldenären i sådan ond tro att förfogarens betalningslegitimation avskärs.[420] Den traditionella uppfattningen, d v s förarbetsuttalandet om att ett meddelande krävs, har dock framhållits mot nämnda argument om att ond tro bör vara tillräckligt.[421]

[417] NJA II 1936 s 115. Citatet på s 113.
[418] Jfr avsn 6.2.3.1. Se Hessler 1973 s 214–215, 373, 412. Håstad 1996 s 86, 256, jfr 66–67. Walin 1998 s 166, 186. jfr dock 1975 s 18–19, 38. Jfr i någon mån RH 1993:42. NJA 1982 s 336 anförs ibland som stöd för denna linje men eftersom den senare sakrättsborgenären C enligt sitt avtal inte hade bättre rätt än A till överhypoteket i ett pantbrev som fanns hos tredje man, menar jag att fallet saknar relevans.
[419] Lindskog 1994a s 134. Helander s 482-485.
[420] Lindskog 1994 s 130–131.
[421] Persson 1994 s 428–430, Henning 1994 s 76, och som nämnts Håstad 1996 s 86.

7.2.2.2 Såväl meddelandekrav som ondtroskrav kan motiveras med effektivitetsargument

Ett sätt att beskriva fakta i frågan är att effektivitet uppnås genom en avvägning mellan risker och transaktionskostnader. Att C har företräde enligt SkbrL 31 § 2 st kan motiveras med en avvägning mellan risker för skada, kostnader för kontroll innan förvärv och kostnader för att utföra denuntiation. Denuntiationskravet anses härvid vara effektivt genom att det minskar riskerna för kollision mellan sakrätter till en lägre kostnad än vad kontroller innan förvärv skulle göra.

> Denuntiationskravet leder till att det är tillräckligt för förvärvaren att kontrollera med sekundogäldenären. Utan denuntiationskrav skulle kontroll innan förvärv behöva rikta sig mot alla tänkbara förvärvare och kostnaderna skulle sannolikt alltid vara så stora att det vore rationellt att ta risken utan att kontrollera.

Att ställa kravet på denuntiation vid ond tro istället för vid konkret meddelande kan i princip påverka avvägningen mellan risker och transaktionskostnader.

Om sakrättsborgenärer vanligtvis kontrollerar med sekundogäldenären och vanligtvis skyddar sina förvärv genom att försätta sekundogäldenären i ond tro, kan riskerna vara konstanta medan kostnaderna för att skydda förvärven kan bli lägre med ett ondtroskrav. Man kan då slippa kostnader för konkret meddelande i de fall sekundogäldenären är i ond tro.

Å andra sidan kan hanteringskostnaderna för utredning av om ond tro förelegat antas vara högre än motsvarande kostnader vid ett krav på konkret meddelande. Det ovan citerade förarbetsuttalandet tar upp detta faktum ur en annan aspekt.

När man ställer de nämnda kostnaderna mot varandra blir en fråga dels i vilken omfattning det förekommer att sekundogäldenärer är i ond tro trots att denuntiation ej utförts, dels i vilken omfattning det innebär lägre kostnader att slippa meddela i dessa fall? För att börja med den senare delen blir det knappast någon besparing i de fall där sekundogäldenären brukar få en betalningsanmaning (faktura) och denna ännu ej sänts. I de fallen kan man för en, i vart fall i masshantering, helt obetydlig merkostnad infoga meddelande om omsättningen. En besparing kan däremot förekomma i de fall man av olika skäl vill avvakta med att sända betalningsanmaning och därför får sända en separat denuntiation. Detsamma gäller de fall där betalningsanmaning sänts. Ond tro skulle i vissa av dessa fall kunna tänkas föreligga genom att det t ex på något sätt markeras i ett datorbaserat betalningssystem. En sådan markering, om att t ex alla förfogarens fordringar överlåtits, skulle kunna synas vid

betalning av andra fordringar till förfogaren. Andra orsaker till ond tro skulle kunna vara att affären blir allmänt känd i de aktuella gäldenärskretsarna. Det skulle antagligen röra sig om tämligen unika affärer. Eftersom det således kan antas vara mycket få fall där sekundogäldenären är i ond tro är påverkan av ett sådant krav ganska liten i effektivitetshänseende. Det förefaller vara berättigat att ifrågasätta om nyttan överväger de ökade hanteringskostnaderna för utredning av ond tro. Emellertid har detta förhållande knappast beaktansvärd betydelse eftersom det antagligen, på sin höjd, har helt obetydlig påverkan på omsättningsfrekvensen.

En annan aspekt följer av iakttagelsen att pantförvärvare i praktiken ofta inte gör kontroller med sekundogäldenärerna.[422]

> Förvärvare begränsar istället sina risker genom information om förfogarens allmänna ekonomiska förhållanden och genom marginaler i säkerhetsvärderingen. (Det senare blir aktuellt när transaktionen avser flera fordringar.)

Ett krav på endast ond tro innebär i princip fler fall där fordran kan vara belastad av en företrädesberättigad sakrätt. Därmed ökar riskerna för förvärvarna och detta kan i princip påverka kontrollkostnaderna och omsättningsfrekvensen. Om de ökade riskerna innebär att man passerar risknivån för där kontroller innan förvärv är rationellt påverkas i princip kontrollkostnaderna och omsättningen. Som nämnts kan emellertid de fall där ond tro skulle bli avgörande antas vara tämligen få. Ett krav på ond tro skulle därför knappast ha någon betydelse i faktahänseende.

7.2.2.3 Meddelandekravet kan vara värdeladdat

När det så gäller värde förekommer en rad argument. Ett grundläggande värdeargument tar sikte på aktsamhet. Detta slår emellertid åt båda håll. Sakrättsborgenär C anses som nämnts oaktsam om han inte kontrollerar med sekundogäldenären men samtidigt är en sakrättsborgenär A oaktsam om han inte denuntierar när han förvärvat en fordran. Det första argumentet bygger på att en kontroll med sekundogäldenären förefaller enkel att göra. I de fall det är förenat med svårigheter att kontrollera är värdeladdningen därför inte särskilt stark. Det andra värdeargumentet formuleras i förarbetena: ”Där den tidigare transaktionen ej denuntierats hos skuldebrevsgäldenären, bör den ej rimligen få lända till förfång för den som i god tro inlåtit sig med den oredlige eller vårdslöse överlåtaren eller pantsättaren och verkställt denuntiation.”[423]

[422] Se avsn 5.2.2.3 med noter.
[423] NJA II 1936 s 115.

Ett ännu mer grundläggande värdeargument utgår från rättighetsbegrepp. Eftersom förfogaren med detta synsätt saknar rätt att förfoga över fordran när han en gång omsatt den är den förste förvärvaren skyddsvärd, jfr normen HB 1:5. Detta värdeargument kan anföras mot en möjlighet till godtrosförvärv som sådan. För den här aktuella frågan, d v s om ond tro är tillräckligt för att uppfylla denuntiationskravet, är det intressanta att värdeladdningen i rättighetsargumentet möjligen förstärks av ond tro hos sekundogäldenären. Man kan säga att när sekundogäldenären hamnat i ond tro om A:s förvärv så "… har B inte längre något att förfoga över."[424]

En sådan lösning kan också motiveras med andra värden. Ett sådant värde är att C inte bör komma i bättre läge än vad förfogaren B själv var i, och eftersom B, p g a sekundogäldenärens onda tro, saknade betalningslegitimation, kan B inte överföra någon sådan till C. Detta med hänsyn till 27 § SkbrL och "allmänna fordringsrättsliga principer".[425] Ett annat värde är att regeln om betalningslegitimation i 29 § SkbrL är en regel i, åtminstone delvis, A:s intresse. Värde bakom denna regel skulle därför tala för att A inte skall behöva "plötsligt gå miste om en redan uppnådd passivlegitimation".[426]

Mot de nämnda värdeargumenten kan emellertid, på grundläggande nivå, anföras värdesidan av omsättningsteorin. På samma nivå kan också anföras att argument som härstammar ur rättighetsbegrepp bör beaktas med viss försiktighet. Med hänsyn till att det är ett allmänt erkänt värde att senare förvärvare kan få företräde torde argumentet om att B inte längre har något att förfoga över vara ganska svagt. När det gäller A:s skydd kan det från förarbetena ovan citerade värdeargumentet om aktsamhet anföras. A skulle därmed inte vara skyddsberättigad förrän han vidtagit de åtgärder som synes följa av skuldebrevslagen.

Ett ytterligare värdeargument för ett krav på ond tro, kan göras gällande om en betalning i ond tro till B blir de facto befriande p g a att B omsätter fordran till C som denuntierar före A. En sådan lösning bygger på att C då anses få företräde till fordran samtidigt som C inte kan kräva betalt av sekundogäldenären för att denna kan åberopa kvittning. Kvittningsrätten skulle bero på att sekundogäldenären genom den felaktiga betalningen har en fordran på återkrav mot B. Med stöd av 28 § SkbrL skulle sekundogäldenären ha kvittningsrätt med denna fordran eftersom han vid fordrans uppkomst inte varit i ond tro om överlåtelsen till C. Värdeargumentet för ond tro med en sådan lösning är att sekundogäldenären och B inte skall kunna dra nytta av sina olämpliga handlingar. Emellertid finns det anledning att ifrågasätta om sekundogäldenären verkligen skall ha den beskrivna

[424] Lindskog 1994a s 124. Jfr Paasto 2000 s 60–66.
[425] Lindskog 1994 s 124, 127, 133.
[426] Lindskog 1994 s 126–127, 725–726.

kvittningsrätten. Man kan också säga att även om sekundogäldenären skulle ha en sådan kvittningsrätt, så omfattar det aktuella värdeargumentet endast en undantagssituation som måste vara ganska udda. Argumentet om att undvika denna olägenhet förefaller inte vara så starkt att det ger stöd för att generellt förorda ond tro framför konkret meddelande.[427]

I sammanhanget finns det också anledning att peka på att värdeargumenten drar åt olika håll beträffande skyddet för sakrättsborgenärer. Eftersom omständigheterna och perspektiven växlar hos de inblandade subjekten kan man finna värdeargument även för att den senare sakrättsborgenären skall skyddas, t ex i sådan mån att något godtroskrav inte skall ställas.[428] Om pantsättaren vill fullgöra sitt avtal med den senare sakrättsborgenären hellre än med den förste kan man tycka att den senare sakrättsborgenären skall få dra fördel härav. Mot detta talar bl a fakta- och värdeargument för att sakrättsborgenärerna och även pantsättaren själv skall skyddas mot pantsättarens riskpreferens.

7.2.2.4 Ett meddelandekrav bör ställas

När det gäller en avvägning mellan norm, fakta och värde är det egentligen endast norm som utpekar konkret meddelande som det krav som ställs på denuntiation. Fakta och värde innehåller både för- och motargument utan att det för närvarande överväger åt något håll. Med hänsyn till norm bör därför ett krav på konkret meddelande gälla.

Det finns emellertid ett mycket speciellt fall där meddelande knappast bör krävas för att A skall få företräde. Om sekundogäldenären utan att ha fått denuntiation betalar till A innan C gjort sitt förvärv finns det vissa skäl för att ge A företräde. Betalningen får samma effekt som en denuntiation skulle ha haft och är därmed effektiv. Att sekundogäldenären tagit en risk och betalat utan att vara säker på att betalningen skulle bli befriande talar inte för en motsatt lösning.

7.2.2.5 Inget undersökningsansvar

En konsekvens av meddelandekravet kan hävdas vara att en sakrättsborgenär kan vara i god tro även om han inte kontrollerat med sekundogäldenären. Vad gäller godtrosrekvisitet i 31 § 2 st SkbrL skall med andra ord inte ställas krav på någon generell s k undersökningsplikt, eller m a o på något undersökningsansvar, för att en sakrättsborgenär skall få företräde framför en annan.[429]

Med denna slutsats är det intressant att fundera över vad som händer om alla förvärvare alltid kontrollerar med sekundogäldenären. Man kan då konstatera att en förfrågan kan innehålla sådan information att sekundogäl-

[427] Jfr dock Lindskog 1994 s 726 not 46. Se även Persson 1994 s 429.
[428] Håstad 1994 s 82-83, 1996 s 83–84.
[429] Termen undersökningsplikt är olycklig men ett vanligt begrepp, se t ex Kihlman 1999 s 37–39. Undersökningsansvar eller undersökningsrisk speglar bättre vad det handlar om.

denären har skäl att misstänka att transaktionen senare genomfördes. Med hänsyn till ett antagande om planerna på att genomföra transaktionen vid kontroll är långt gångna är det kanhända så att sekundogäldenären regelmässigt anses hamna i ond tro efter en förfrågan. I så fall hamnar också C i ond tro vid sin kontroll med sekundogäldenären och med generellt undersökningsansvar blir ond tro effekten även utan kontroll. Någon denuntiation skulle i en sådan verklighet inte vara nödvändig för att få skydd mot andra sakrättsborgenärer. Däremot skulle kontroll med sekundogäldenären innan förvärv vara det.

7.2.3 Åtgärdsinformationskravet

En andra delfråga kring kraven i SkbrL 31 § 2 st gäller vad meddelandet till sekundogäldenären skall innehålla. Eftersom ett meddelande per definition måste ange vad som föranleder meddelandet handlar det främst om hur tydlig informationen måste vara avseende att fordran omsatts. Det finns normargument som kan hävdas för att meddelandet skall innehålla information om åtgärden. I SkbrL 31 § 2 st hänvisas till 1 st med formuleringen "på sätt nu är sagt" och de synpunkter som i förarbetena anförs för skydd för fordringsborgenärerna anges som "tillämpliga" även för dubbelförfoganden.[430]

Faktaargument för att även ett meddelande om betalningsändring skall vara tillräckligt är att även ett sådant meddelande kan antas väcka misstankar hos en sakrättsborgenär som genomför kontroll med sekundogäldenären. Det finns emellertid ett par faktorer som gör att ett sådant meddelande kan antas vara mindre effektivt än ett meddelande med information om åtgärden. För det första måste den som kontrollerar vända sig till ytterligare ett subjekt för att få klarhet, nämligen den angivne betalningsmottagaren. Pantsättaren kan redan från början ha informerat sakrättsborgenären om att sekundogäldenären meddelats om en annan betalningsmottagare och allt kan därför förefalla vara i sin ordning efter en kontroll med sekundogäldenären. För det andra blir det i vissa fall mer omständligt att vid en konflikt mellan sakrättsborgenärer utreda vad som hänt. I de fall denuntiation gjorts skriftligt blir det t ex nödvändigt att bedöma mer information om endast betalningsmottagare anges. En annan omständighet är att det kan antas vara få fall där ett krav på åtgärdsinformation leder till merkostnader jämfört med ett meddelande om t ex betalningsändring. Fakta talar därför för att denuntiationen skall innehålla information om åtgärden för att en sakrättsborgenär skall få företräde framför en annan.

[430] NJA II 1936 s 115.

Värdeargumenten i frågan synes inte särskilt signifikanta. Den ordinära värdeladdning som finns avseende formkrav balanseras här av utrymmet att underkänna ett förvärv p g a ond tro.

Slutsatsen blir därför att denuntiationen skall innehålla information om att fordran omsatts.

7.2.4 Tillhanda-kravet

Den tredje delfrågan kring kraven i SkbrL 31 § 2 st avser i vilken mån denuntiationen måste ha nått fram till sekundogäldenären. Normargumenten talar här för att ställa ett krav på att denuntiationen kommit sekundogäldenären till handa. I doktrinen har man inte gjort skillnad mellan denuntiationskraven i 1:a och 2:a stycket i 31 § SkbrL, jfr avsn 6.2.3.

Faktaargument är att kostnaderna för de eventuella kontroller som förvärvare genomför med sekundogäldenärer i princip inte påverkas av att sekundogäldenären är i god tro innan han tagit del av denuntiationen. Vid en förfrågan får sekundogäldenären kontrollera den kommunikation som vid denna tidpunkt kommit honom till handa. En genomgång av inkommande kommunikation gör alla förr eller senare och att behöva göra denna vid ett tidigare tillfälle kan antas innebära relativt låga merkostnader.

Värdeargumenten är inte heller här särskilt signifikanta. Istället kan en del av de fakta- och värdeargument som anförts avseende fordringsägarnas skydd hävdas även här. Således kan det t ex hävdas att en panthavare inte bör möta svårigheter att råda över tidpunkten för rättshandlingens sakrättsliga fullbordan, se avsn 6.2.3.[431]

Slutsatsen är att övervägande argumenten talar för att varken ställa hårdare eller lindrigare krav än ett tillhandakrav.

7.2.5 Rådighetsavskärandekravet

En fjärde och sista delfråga kring kraven i SkbrL 31 § 2 st kan formuleras som en fråga om rådighetsavskärandekrav. Denna fråga hänger på visst sätt samman med de tre tidigare. Ett meddelande om åtgärden som kommit sekundogäldenären tillhanda är i princip rådighetsavskärande. Det är dock möjligt att meddelandet särskilt anger att pantsättaren behåller viss rådighet.

[431] Håstad 1996 s 259. Helander s 523–526 menar att det är den allmänna uppfattningen i Skandinavien. Würtemberg/Sterzel 1953 s 137.

Man kan härvid tänka sig ett antal olika varianter. Den praktiskt mest betydelsefulla är antagligen att instruktionen ger pantsättaren rätt att även i fortsättningen motta betalningen från sekundogäldenären. En annan typ av instruktioner innebär att förfogaren har rätt att förfoga över fordran på nytt. Avtal som ligger bakom en sådan denuntiation förekommer dock antagligen inte i praktiken och det synes då inte heller bli fråga om någon konflikt mellan sakrätter. Vad som däremot kan vara intressant är att pantsättaren får rätt att omsätta fordran i eget namn för panthavarens räkning men inte rätt att motta vederlag för fordran. En sådan variant kan vara användbar om pantsättaren har bättre förutsättningar att omsätta fordran än panthavaren.

7.2.5.1 Samma krav som i skyddet för fordringsägarna

Normargumenten talar för att uppställa ett krav på rådighetsavskärande. Hänvisningen i 2 st 31 § SkbrL och uttalanden i förarbetena kan hävdas för att det skall ställas samma krav i konflikter mellan sakrättsborgenärer som i förhållande till fordringsägarna.[432] Normargumenten avseende förhållandet till fordringsägarna finns i avsnitt 6.2.3 och 6.2.5. Det hör dock till saken att dessa normargument inte specifikt anger något rådighetsavskärandekrav.

Det finns också normargument för ett mer långtgående krav där panthavaren övertar rådigheten, se avsn 6.2.3.4. I förhållande till fordringsägarna finns också normargument för att det åtminstone i visst fall är tillräckligt med en rådighetsövertagandemöjlighet. Som nämnts har det i investorleasingfallet NJA 1995 s 367 accepterats att pantsättaren fortsätter att uppbära betalningen, se avsn 6.2.5.1.

7.2.5.2 Begränsat rådighetsavskärande kan ge tillräckligt skydd

I faktaargumentationen skall först uppmärksammas att pantsättarens rådighet över betalning eller vederlag inte innebär någon ökad risk för dubbelförfoganden över fakturafordran i sig. Sådana meddelanden till sekundogäldenären försvårar dubbelförfoganden i lika hög grad som ordinära denuntiationer. Vid en kontroll med sekundogäldenären får en spekulant besked om att fakturafordran omsatts.

Däremot innebär pantsättarens rådighet över betalning eller vederlag att det kan uppstå en konflikt mellan sakrätter avseende de surrogat för fakturafordran som betalningen och vederlaget utgör. Om pantsättaren förfogar över medlen kommer mottagaren C att hamna i konflikt med den förste sakrättsborgenären A. Mottagaren C har då större möjligheter

[432] NJA II 1936 s 115.

att vinna konflikten eftersom kraven avseende förvärv av pengar kan hävdas vara betydligt lägre än avseende förvärv av fakturafordran.

> Såsom surrogat utgör dessa medel i princip redovisningsmedel hos pantsättaren. Det kan hävdas att den som mottar medel med kännedom om att utgivaren bryter mot sin redovisningsplikt skall vara skyldig att själv behandla dem som redovisningsmedel och utge dem till den redovisningsberättigade. Å andra sidan kan även det motsatta hävdas.[433]

Förutom den nämnda sakrättskonflikten innebär pantsättarens rådighet över surrogatet också en ökad risk för överskuldsättning. Överskuldsättning påverkar som nämnts även sakrättsborgenärerna eftersom pantsättaren då inte med sin övriga förmögenhet kan kompensera en sakrättsborgenär som inte fått den sakrätt han förväntat sig. Riskerna för överskuldsättning vid just dubbelförfogandemöjligheter antas vara betydande m h t pantsättarens riskpreferens.

De nämnda faktaargumenten talar främst för att inte ge sakrättsborgenär A företräde i de fall sakrättsborgenär C förvärvat surrogat. För de fall då sakrättsborgenär C förvärvat fakturafordran och i god tro denuntierat sekundogäldenären om detta förvärv är faktaargumenten inte lika starka. Det kan för dessa fall hävdas att sakrättsborgenär A som tillåtit rådighet över surrogatet inte tillåtit omsättning av fakturafordran som sådan. De nämnda faktaargumenten kan emellertid också anföras för att A skall förlora även denna konflikt just för att rådighet över surrogatet ökar riskerna för överskuldsättning och därmed skadorna för den förlorande sakrättsborgenären. Att A genom att godta rådighet över surrogatet accepterat att för egen del stå denna risk gör inte omsättningsformen mer berättigad.

> Det kan antas att nyttan av en omsättningsform där rådighet över surrogatet medges är liten. Visserligen gynnas omsättningen på så sätt att parterna får fler alternativ att välja mellan men frågan är om dessa alternativ skulle väljas i någon större utsträckning om kraven i förhållande till fordringsägarna ställs vid rådighetsavskärande. Det kan antas att en säkerhetsform som endast ger företräde framför sakrättsborgenärer och inte fordringsägare får relativt liten användning.

Om förhållandena är sådana att det istället är C som i sin denuntiation tillåtit rådighet för pantsättaren och hävdar företräde framför A som inte denuntierat blir faktaargumenten i stort sett desamma. Sakrättsborgenär C är i konflikten med A visserligen tydlig med att han inte godtar något tidigare förvärv, men samtidigt innebär C:s godtagande av pantsättarens rådighet att riskerna för överskuldsättning ökar genom att pantsättaren gör en tredje disposition och omsätter surrogatet till D. Å andra sidan är

[433] Jfr Walin 1975 s 104–107.

en skillnad att i de fall A godtagit rådighet för pantsättaren så lider A också skada av just dubbelförfogandet, medan en C som godtagit rådighet för pantsättaren endast står en risk för att denne omsätter till D.

7.2.5.3 Riskpreferensjustering och ordning eller avtalsfrihet?

Värdeargumenten i frågan handlar i första hand om vikten av att undvika konflikter p g a pantsättarens riskbenägenhet. Som nämnts angående förhållandet till fordringsägarna finns det värdeargument om ”ordning och reda” respektive att konflikter skall förebyggas.[434] Till skillnad från förhållandet till fordringsägarna kan det här dock vara fråga om subjekt som själva lider skada härav, i vart fall när det är A som har godtagit rådighet för pantsättaren. Värdeargumentet om privat resursfördelning eller avtalsfrihet, är därför starkare här än när det gäller skyddet för fordringsägarna, jfr avsn 6.3.4.

7.2.5.4 Rådighetsavskärandekrav eller möjligen skyddsändamål

I en avvägning mellan de anförda argumenten kan normargumenten om samma krav i konflikter mellan sakrättsborgenärer som i förhållande till fordringsägarna ges avgörande betydelse. En sådan slutsats stöds av vissa fakta- och värdeargument. Slutsatsen blir därför att denuntiationen skall vara rådighetsavskärande även i förhållandet mellan sakrättsborgenärer.

Det finns emellertid andra fakta- och värdeargument som talar för att en denuntiation om begränsat rådighetsavskärande skall ges företräde i en konflikt med en sakrättsborgenär. Dessa argument är relativt starka och en slutsats med denna innebörd förefaller därför vara fullt acceptabel. Den praktiska betydelsen av en sådan slutsats kan dock antas inte bli särskilt stor eftersom det har avgörande betydelse att denuntiationen får verkan även mot fordringsägarna och övervägande argument talar för att i det sammanhanget ställa krav på rådighetsavskärande. Möjligen kan det med där hävdade argument för en princip om sakrättsliga skyddsändamål bli fråga om lägre krav i rådighetshänseende, se avsn 6.3.5. I så fall kan det i praktiken bli aktuellt med denuntiationer med begränsat rådighetsavskärande och i så fall kan det vara motiverat att en sådan denuntiation ger företräde även i förhållandet mellan sakrättsborgenärerna.

[434] Se t ex Håstad 1994 s 276, 1996 s 213. Helander 1984 s 362, 364–367, 467–468, 471–473. Göransson 1985 s 634–636. SOU 1995:11 s 160.

7.2.6 Straffskyddet

Vid sidan av det civilrättsliga skyddet i form av 31 § 2 st SkbrL finns det som nämnts straffregler. Dessa skall här belysas med utgångspunkt i huvudfrågan om i vilken mån rätten skall skydda sakrättsborgenärerna mot skador av dubbelförfogande över fakturafordran. Vilka eventuella oklarheter som det finns anledning att belysa anges bäst mot bakgrund av normargumenten.

7.2.6.1 Behörighetsmissbruk

Det finns normargument som talar för att dubbelförfoganden beroende på omständigheterna skall vara straffbart som behörighetsmissbruk BrB 10:6. Pantsättaren anses då utnyttja att han med hjälp av godtrosförvärvsregeln i SkbrL 31 § 2 st har möjlighet att ordna företräde för den senare förvärvaren. För en sådan linje talar att BrB 10:6 hävdas vara en uppsamlingsparagraf som bl a skall komplettera BrB 10:4 genom att krav på besittning inte uppställs. Något normargument som direkt omfattar dubbelförfogandesituationen anges dock inte. Däremot att det utgör behörighetsmissbruk att först sälja fordran och sedan kräva sekundogäldenären på betalning.[435] Vidare att dubbelförfogande över värdepapper deponerade hos tredje man faller under behörighetsmissbruk istället för olovligt förfogande.[436] Detsamma beträffande försäljning av pantkvitto åtföljt av att pantsättaren själv löser ut panten.[437]

Dubbelförfogande är beträffande exempelvis lösöre annars en gärning som kan utgöra olovligt förfogande, BrB 10:4. Mot att tillämpa denna regel på fakturafordringar talar dock att besittningsrekvisitet i regeln inte passar för detta slag av egendom. I doktrinen hävdas också att endast ”*fysiska saker*” kan vara föremål för besittning eftersom begreppet blir ”totalt tomt och meningslöst, om det inte relateras till ett objekt”.[438]

Det finns emellertid äldre doktrinuttalanden och i viss mån praxis som talar för att dubbelförfogande över fakturafordringar skulle kunna bestraffas som olovligt förfogande. I praxis har besittningsrekvisit nämligen tolkats utvidgande.[439]

[435] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 10:81, 1987 s 614–615.
[436] Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 592, jfr 2001 s 10:49.
[437] Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 614, 2001 s 10:81 .
[438] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 10:49.
[439] Även NJA 1954 s 464. Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 588–593, men jfr 2001 s 10:51 ”Legalitetsgrundsatsen är givetvis ett tillräckligt tungt skäl mot det ovan kritiserade synsättet i praxis.”

HD[440] har behandlat legalitetsprincipen och besittningsbegreppet i BrB 10:4 i NJA 1994 s 480. Fallet gällde förfogande över belopp som av misstag krediterats ett postgirokonto. Efter att ha konstaterat att endast innehavaren av ett konto har möjlighet att förfoga över belopp på kontot menade HD att kontohavaren haft sådan rådighet över medlen att de ”med normalt språkbruk, kan sägas ha varit i hans besittning.” Härmed ansåg HD sig inte göra någon analog tillämpning utan endast ”lagtolkning”.

I linje med nämnda rättsfall skulle det kanske kunna hävdas att pantsättaren även har en enkel fordran i sin besittning. Mot en sådan tolkning kan dock anföras legalitetsprincipen. Den praxis som utvecklats har också kritiserats.[441]

Av visst intresse kan också systemargument om besittningsbegreppet i civilrätten vara. Med civilrättsliga normargument kan besittning i detta fall såväl stödjas som motsägas. Nämnas kan då att HovR[442] i NJA 1980 s 197 menade att det överensstämde med allmänt språkbruk att det går att ”innehava” en enkel fordran. Härmed kom HovR till slutsatsen att Lag 1936:88 om pantsättning av lös egendom som innehaves av tredje man var tillämplig på enkla fordringar. HD[443] menade dock, utan att beröra begreppet ”innehaves”, att lagen inte var tillämplig. Detta motiverades bl a med att en sådan slutsats skulle leda till att rådighetsavskärandekravet inte kunde anses uppfyllt, m a o en sorts besittningstanke.

Beträffande fullbordanstidpunkten finns normargument som skulle kunna anföras för att fullbordanstidpunkten för olovligt förfogande skall anses vara då den senare sakrättsborgenären, C, får sakrättsligt skydd, d v s då C får företräde genom godtrosförvärv.[444] Eftersom effekten av om sakrättsborgenär A istället skulle vinna är att det blir fråga om bedrägeri mot C, skulle man då kanske kunna tala om att bedrägeriet är fullbordat tills det står klart vem som får företräde. I linje med normargumenten för förskingring skulle man dock kunna hävda att det är tillräckligt att sakrättsborgenär A utsätts för risken att förlora sin säkerhetsrätt, jfr nedan ang förskingring. Försök till olovligt förfogande och behörighetsmissbruk är inte straffsanktionerade.[445]

7.2.6.2 Bedrägeri

De nämnda reglerna om olovligt förfogande och behörighetsmissbruk blir med normargument inte aktuella om pantsättaren trots allt har för

[440] JustR Vängby, Sterzel, Nyström, Törnell och Thorsson.
[441] Jfr Jareborg 1978 s 77–78, 1986 s 104–105.
[442] Landahl, Ryding, Berg och Bonde.
[443] JustR Gyllensvärd, Hesser, Höglund, Mannerfelt och Rydin.
[444] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 10:55, 1987 s 591.
[445] BrB 10:9 motsatsvis.

avsikt att respektera det första förvärvet. Istället blir det då fråga om bedrägeri i förhållande till den senare förvärvaren. [446]

Att den senare förvärvaren kunnat kontrollera med sekundogäldenären och därmed undvikit att bli lurad påverkar inte det faktum att pantsättarens agerande kan innebära ett vilseledande. Skulle den andre panthavaren göra en kontroll med sekundogäldenären kan pantsättarens förfarande vara straffbart som försök till bedrägeri. Försöksstadiet uppnås när vilseledandet påbörjas och brottet fullbordas när panthavaren utger huvudkrediten eller annars utsätter sig för risk i anledning av säkerhetsavtalet. Skydd genom bedrägerireglerna kan således hävdas redan vid risk för skada.[447]

Har pantsättaren istället för avsikt att inte respektera det första förvärvet utan tillgodose den senare förvärvaren kan det inte bli fråga om bedrägeri. Däremot kan olovligt förfogande bli aktuellt eftersom pantsättaren då har för avsikt att beröva den förste förvärvaren dennes rätt.

> Även om det antagligen är mer ovanligt kan ett dubbelförfogande vara planlagt redan vid den första omsättningen. Det blir då i princip fråga om bedrägeri oavsett vem av förvärvarna som skadas.

För alla de nämnda brotten, olovligt förfogande, behörighetsmissbruk och bedrägeri, kan förhållandena vara sådana att pantsättaren glömt att säkerheten redan omsatts eller på annat sätt misstagit sig avseende den första transaktionen. Är så fallet och pantsättaren därför saknar uppsåt att begå brott är förfarandet inte straffbart. Även om åklagaren har bevisbördan för att det inte är fråga om misstag kan det antas att bevisbördan typiskt sett väger ganska lätt i dessa fall.

7.2.6.3 Förskingring

För de fall pantsättaren mottar betalningen för panthavarens räkning men olovligen själv utnyttjar dessa medel kan normargument om förskingring eller olovligt förfogande hävdas, BrB 10:1–4.

Att pantsättaren mottar betalning för panthavarens räkning kan förekomma vid t ex investorleasing, se ovan avsnitt 6.2.5.1. Ett sådant upplägg kan ha verkan gentemot pantsättarens fordringsägare och panthavaren således ha separationsrätt till medlen. Om pantsättaren emellertid använder medlen för egen räkning utan att få panthavarens tillstånd gör pantsättaren sig skyldig till förskingring.

Förskingringsstadgandets skaderekvisit kan hävdas bli uppfyllt redan genom att pantsättaren åsidosätter vad han har att iaktta för att kunna

[446] Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 591–592.
[447] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:24, 9:30, 1987 s 429.

fullgöra sin skyldighet. Det finns normargument för att det är tillräckligt att panthavaren utsätts för risk som gör hans redovisningsfordran påtagligt mindre värd.[448] För att undvika sådan risk skall pantsättaren hålla medlen avskilda. Det hävdas dock inte vara nödvändigt att avskilja om medlen finns omedelbart tillgängliga för avskiljande eller så länge pantsättaren är solvent. Den som inte från början avskiljer medlen hävdas kunna avvakta med detta tills han märker att hans affärsställning börjar bli äventyrlig.[449] Här kan observeras att undantagen avser avvaktan med avskiljande och att det i sammanhanget inte nämns något om att pantsättaren skall kunna göra uttag ur en gång avskiljda medel. Däremot sägs skaderekvisitet vara beroende av att pantsättaren saknar antingen vilja eller förmåga att fullgöra sin skyldighet. Inte ens en illikviditet anses avgörande så länge den är övergående. Om det finns betryggande säkerhet för redovisningsansvaret hävdas att skaderekvisitet inte skall anses uppfyllt.[450]

Med normargument kan det hävdas att förskingringsbrottet fullbordas då alla rekvisit uppfyllts genom gärningen. Dessförinnan kan ett handlande vara straffbart som försök.[451]

> Pantsättaren kan också motta betalning p g a att sekundogäldenären felaktigt betalar till pantsättaren. Eftersom medlen då utgör s k främmande egendom skall pantsättaren avskilja dem för panthavarens räkning, jfr avsn 5.3.3.3. Om pantsättaren istället tillgodogör sig dem är det dock snarast fråga om olovligt förfogande.[452] För olovligt förfogande hävdas att redan underlåtenheten att hålla medlen avskilda kan leda till ansvar för olovligt förfogande.[453]

7.2.6.4 Riskpreferensen hämmas bäst om straffsanktioner kan användas redan tidigt i handlingsförloppet

Av de anförda normargumenten är det ganska tydligt att dubbelförfogande över fakturafordran som regel är straffbart. Syftet med den gjorda redogörelsen är närmast att peka på straffbarheten. Kring ett par förhållanden finns det dock anledning att göra ytterligare anmärkningar.

Ett sådant förhållande rör vilken av reglerna om olovligt förfogande eller behörighetsmissbruk som skall användas. Här kan det med faktaar-

[448] Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 548–549, jfr s 567 och jfr 2001 s 10:26.
[449] Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 549, jfr s 577 ang förutsättningarna för separationsrätt till redovisningsmedel, 2001 s 10:32-10:34. Jfr Håstad 1980 s 58 angående panthavarens ansvar avseende överhypoteksmedel.
[450] Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 568, även 572 ang säkerhet i form av kvittningsposition, jfr 2001 s 10:28–10:35.
[451] Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 566.
[452] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 10:53, 1987 s 590.
[453] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 10:58, 1987 s 598.

gument hävdas att det inte spelar någon större roll om regeln om olovligt förfogande eller regeln om behörighetsmissbruk används. Straffsatsen är densamma i båda stadgandena, böter eller fängelse i högst två år. Det synes därför finnas liten anledning att argumentera för ett synsätt där en fakturafordran anses vara i pantsättarens besittning.

Ett annat förhållande rör vid vilken tidpunkt under förfarandena som straffbarheten inträder. Det skall då påpekas att straffbarhet redan tidigt under förfarandet förefaller ha störst effekt. Särskilt vid förskingring kan det antas vara av vikt att straffbarheten inträder tidigt. Att pantsättaren utan straffsanktion t ex kan använda redovisningsmedel för ändamål som inte hör till redovisningsuppdraget, skulle innebära en risk för försök att ta sig själv kredit i förhoppning om att med senare inkomster kunna reda upp situationen. Det kan då antas ha viss effekt med en straffsanktion eftersom det anses värdeladdat att överträda en straffsanktionerad regel.

I förhållande till de ovan anförda normargumenten om möjlighet att avvakta med avskiljande så länge pantsättaren är solvent respektive om bristande skada såvida pantsättaren har vilja och förmåga att betala, talar de här anförda faktaargumenten således för en strängare reglering. Faktaargumenten talar för att riskerna tillmäts större betydelse än vad som blir fallet om man anknyter skadebedömningen till en insolvens eller illikviditetstidpunkt. Om det inte är sanktionerat redan att ta sig själv kredit, så länge likviditet (eller endast övergående illikviditet) föreligger får pantsättarens riskpreferens fritt spelrum.

För dubbelförfogandet över fakturafordran som sådan, skulle det kunna antas att tidig straffbarhet inte har lika stor betydelse. I dessa fall är upptäcktsrisken nämligen stor och pantsättaren kan knappast föreställa sig att hans agerande skall gå obemärkt förbi. Risken är ju stor att sekundogäldenären får dubbla denuntiationer och att det blir någon form av reaktion i anledning härav. Emellertid finns det även i dessa fall ett visst utrymme för att pantsättaren skall tro att han kan klara av att lösa åtminstone den ena huvudkrediten och att ingen upptäcker hans agerande. Det kan därför även i dessa fall antas vara betydelsefullt att straffbarheten inträder tidigt så att pantsättaren avhålls från att ta risken att skaffa sig kredit på felaktiga grunder.

7.2.6.5 Riskpreferensen bör hämmas

I värdeargumentationen kan åter anföras värdeladdningen i pantsättarens riskpreferens. Härtill kommer det förkastliga i dubbelförfogandehandlingen som sådan. Båda dessa argument kan anföras för att straffsanktionera redan påbörjandet av dubbelförfogandehandlingar.

Till värdeargumenten hör också att vissa brott anses mer laddade än andra. Således anses det mer ingripande att ställa någon till svars för bedrägeri än för olovligt förfogande. Detta skulle kunna ha betydelse för vad som antytts i normargumenten om att bedrägeribrott anses fullbordat tills det står klart att sakrättsborgenär C får företräde och istället olovligt förfogande eller behörighetsmissbruk tog över.[454]

7.2.6.6 Dubbelförfogande är straffbart

I den mån det är möjligt att dra några slutsatser av de anförda argumenten är det närmast att dubbelförfogande beroende på omständigheterna är straffbart med olika straffregler. Av dessa straffregler saknas det dock egentlig anledning att använda olovligt förfogande eftersom stadgandet om behörighetsmissbruk förefaller ge samma skydd. För samtliga straffregler kan hävdas att straffbarheten skall inträda tidigt i dubbelförfogandehandlingen. Försök till behörighetsmissbruk (olovligt förfogande) är dock inte straffsanktionerat.

7.3 Dubbelförfogande över avkastningsresurs

En annan form av dubbelförfogande är att pantsättaren omsätter ett objekt som genererar avkastning till en sakrättsborgenär men pantsätter avkastningen från objektet till en annan, jfr avsn 6.7.4. Den rättsfråga som skall behandlas i detta avsnitt är - *hur skall sakrättsborgenärerna skyddas mot skador av dubbelförfoganden över avkastningsresurser?*

Det finns anledning att skilja mellan olika fall beroende på vilket objekt som pantsatts först.

7.3.1 En tidigare objektspanthavares rätt till avkastningen

Först skall behandlas det fall att pantsättaren pantsatt avkastningsobjektet till en panthavare och därefter avkastningsfordringarna till en annan panthavare. För dessa fall finns två allmänna men framträdande principer. Den ena är att äldst rätt skall ha företräde. Den andra är att en objektspanthavare skall ha rätt till avkastningen vid realisation av objektet.[455] Det finns normargument för att denna rätt skall omfatta även

[454] Jfr Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 418.
[455] Se ovan avsn 6.7.4.1 och t ex Lennander 1977 s 111–112. Håstad 1996 s 342. Walin 1998 s 252-253, jfr 1999 s 311–314. Jfr NJA 1993 s 524.

förhållandet till fordringspanthavare, åtminstone vid exekution. Objektspanthavaren skall med dessa ha företräde till vad som förfaller efter exekutionen och fordringspanthavaren till vad som förfallit innan.[456]

För den senare principen om objektspanthavarens företräde till avkastningen skall påpekas att det för fast egendom finns en särskild lagregel i UB 12:8. Enligt denna kan fastighetspanthavare begära att avkastning som förfaller efter utmätningen skall uppbäras av KFM och fördelas på samma sätt som likviden för fastigheten. För lösöre finns normargumenten i doktrin och praxis.

Objektspanthavarens här anförda rätt till avkastningen skall också ses mot bakgrund av att objektspanthavaren kan ha särskilt avtalat om panträtt även i avkastningen. Ett sådant avtalsvillkor kan lika gärna ha begränsad räckvidd. En lösning där panthavaren får rätt till avkastningen vid realisation kan hävdas vara vad parterna som regel föredrar för att reglera sitt säkerhetsförhållande. Det kan i så fall hävdas att en dispositiv regel med sådan verkan mellan parterna är effektiv.

De båda anförda principerna är som sagt allmänna. Det kan därför hävdas att de skall ha begränsad betydelse i den här aktuella konflikten. Här kan istället hävdas att det handlar om två olika objekt och att en princip om att äldst rätt har företräde därför inte betyder något. Tvärt emot vad som ovan anförts kan också hävdas att objektspanthavarens rätt till avkastningen skall vara begränsad i förhållande till pantsättaren och dennes övriga fordringsägare. Man kan då peka på att det förefaller vara från de förhållandena som dessa normargument härstammar. Normargumenten för företräde även mot fordringspanthavaren synes helt bygga på normargumenten om verkan mot pantsättaren och fordringsägarna och skulle kunna avfärdas som mindre lämpade systemargument eller kanske rent av som missförstånd.

Mot ett företräde för objektspanthavaren talar vidare också normargument om godtrosförvärv. I vart fall kan för lösöre hävdas SkbrL 31 § 2 st och GFL. Med stöd av dessa kan fordringspanthavaren ges företräde om denne först denuntierar sekundogäldenären och objektsinnehavaren (vilket typiskt sett är samma subjekt). Denuntiationen till objektsinnehavaren skulle då göras just för att markera företräde framför eventuell objektspanthavare.

> Att det för lös egendom kan ligga en begränsning i att avkastningen och därmed fordringspanträtten är beroende av att nyttjanderätten står sig behöver inte nödvändigtvis tillmätas betydelse. Lösningen skulle ju kunna konstrueras så att fordringspanthavaren få företräde i de fall nyttjanderättsavtalet fortgår, men inte annars, jfr avsn 6.7.4.3.

[456] Jfr avsn 6.7.4.1.

För fast egendom synes utrymmet för en sådan argumentation vara mer begränsat. Företrädesordningen avseende fastigheten avgörs enligt 17 kap JB genom inskrivning och fordringspanthavaren synes inte ha något direkt lagstöd för en inskrivning av rätt till avkastning från hyresfordringar.

Vad som anförts är alltså två olika lösningar. Med de först nämnda normargumenten får objektspanthavaren företräde från och med realisation avseende avkastningsobjektet och med de senare normargumenten inte företräde alls. Det skall observeras att det däremot inte synes finnas normargument för att inte alls godta säkerhet i avkastning. Tvärt om hävdas att – ”Inget hindrar att ägaren pantsätter avkastningen, t ex hyra, separat.”[457]

Till normargumenten hör också att sakrättsborgenärerna med en lösning där fordringspanthavaren kan göra godtrosförvärv, skyddas av straffregler. Det är då fråga om samma straffregler om behörighetsmissbruk och bedrägeri som hävdats i avsn 7.2.6 och temat skall inte utvecklas här. Genom dessa avhålls pantsättaren från att dubbelförfoga på dessa sätt. Motsvarande normargument kan anföras för nästa avsnitt.

7.3.2 En senare objektpanthavares rätt till avkastningen

Om det istället är fordringspanthavaren som gjort det första förvärvet finns det allmänna principer som talar för att denne skall ha företräde framför objektspanthavaren. Eftersom fordringspanthavaren har äldst rätt skall objektspanthavaren bara få företräde om han gör ett godtrosförvärv.[458] För de fall objektspanthavaren känner till fordringspanten kan rent av hävdas att objektspanthavaren får anses ha accepterat fordringspanthavarens företräde.

Det kan också hävdas att effekten av fordringspanthavarens företräde är att objektspanthavarens realisationsrätt skall vara begränsad till de fall fordringspanthavaren inte har något krav eller avtalet som genererar avkastning (nyttjanderättsavtalet) har löpt ut. Alternativt skulle objektspanthavaren kunna realisera objektet med nyttjanderätts- och fordringspanträttsbelastningarna.[459]

Till saken hör huruvida det är möjligt för objektspanthavaren att göra ett godtrosförvärv. För fast egendom kan det hävdas att en fastighetspanthavare inte har något undersökningsansvar avseende om avkastningsfordringarna är pantsatta.[460] Fastighetspanthavaren kan typiskt sett anses vara i god tro. För

[457] Håstad 1996 s 342.
[458] Jfr Håstad 1996 s 346.
[459] Jfr Håstad 1996 s 346.
[460] Jfr JB 6:7, 17 kap.

lösöre är förhållandena sådana att objektet typiskt sett innehas av sekundogäldenären som redan mottagit denuntiation från fordringspanthavaren. Frågan är för lösöre därför om sekundogäldenärens onda tro skall anses smitta objektspanthavaren. Det finns normargument för att sekundogäldenärens eller objektsinnehavarens onda tro inte skall smitta en förvärvare även om det beroende på omständigheterna anses ha betydelse att en förvärvare inte kontrollerar med objektsinnehavaren.[461] Förhållandena är här dock speciella såtillvida att sekundogäldenären inte hamnat i ond tro av vilken anledning som helst utan just genom denuntiation.

Mot nämnda företräde för fordringspanthavaren kan hävdas normargument om att avkastningsobjektet skall utgöra det centrala kreditunderlaget.[462] Något godtrosförvärv skulle således inte vara nödvändigt för att objektspanthavaren skall få företräde framför fordringspanthavaren. Separat panträtt avseende avkastningsfordringar skulle med dessa argument således alltid vara efterställd objektspanthavarens panträtt när denna görs gällande genom realisation av avkastningsobjektet.

7.3.3 Alternativ för att undvika skador av sakrättskollissioner m m

I faktaargumentationen finns det anledning att jämföra konsekvenserna av olika alternativa skydd för sakrättsborgenärerna.

7.3.3.1 Alternativet att separat säkerhet i avkastningsfordringar inte godtas

En lösning är att separat säkerhet i avkastningsfordringar inte alls godtas med verkan mot något subjekt.

Även om det här handlar om skyddet för sakrättsborgenärer skulle en lösning där endast objektspanthavaren skulle kunna få ett separat fordringspantavtal ogiltigförklarat ha begränsade effekter även för objektspanthavaren.

Med en sådan lösning blir konsekvensen att sakrättsborgenärerna inte skadas. Det blir då helt enkelt inte fråga om något dubbelförfogande över avkastningsresurs, annat än i form av dubbelförfogande över avkastningsobjektet som sådant. Sakrättsborgenärerna slipper då sakrättskollissioner och handläggningskostnader etc, jfr avsn 7.1.

Nackdelen med en sådan lösning är den uteblivna nyttan från omsättning av avkastningsfordringarna. Även om det finns alternativ till denna omsättning, t ex genom sekundärpant i avkastningsobjektet, har säkerhet i avkastningsfordringarna sina särskilda egenskaper som pant-

[461] Jfr ovan avsn 7.2.5.
[462] Jfr Håstad 1996 s 346.

avtalsparterna kan föredra. För en panthavare kan det t ex ha betydelse att sekundogäldenären betalar direkt till honom.

I en del fall kan det rent av vara så att pantavtalsparterna föredrar säkerhet i avkastningsfordringarna framför säkerhet i avkastningsobjektet. Avkastningsfordringarna kan s a s utgöra det centrala kreditunderlaget. Ett sådant fall är finansiell leasing av vissa lösören. Framför allt om leasingobjektet minskar i värde på ett sådant sätt att det inte kommer att vara värt särskilt mycket vid leasingtidens utgång.

En annan tanke är att underkännande av separat säkerhet i avkastningsfordringar utgör en begränsning av konkurrensen på kreditmarknaden. I vart fall kan detta bli effekten med ett antagande om att pant i avkastningsobjekten är säkerhetsformer som är välkända och som de redan etablerade och mer kapitalstarka kreditgivarna har möjlighet att dominera. Att acceptera säkerhet i avkastningsfordringar skulle kanske däremot vara ett sätt för nya kreditgivare att etablera sig.

Härutöver kan anföras antaganden om konsekvenser som beror på hur långtgående ett underkännande av separat säkerhet i avkastningsfordringar skulle vara. Om verkligen all sådan säkerhet skulle underkännas skulle vissa former av inkasso och kreditriskbegränsning försvåras. Med en lösning där förfallna avkastningsfordringar kan omsättas undviker man dessa problem. Då kan emellertid vissa sakrättskollissioner uppträda.

7.3.3.2 Alternativet att objektspanthavaren får företräde vid realisation av avkastningsobjektet

En annan lösning är den som hävdas med en del av normargumenten ovan. Objektspanthavaren får företräde vid realisation av avkastningsobjektet.

Även med en sådan lösning kan det hävdas att det inte blir fråga om några sakrättskollissioner. Avkastningsobjektet och avkastningsfordringarna blir då mer eller mindre två olika objekt. Avkastningsfordringarna är i och för sig i hög grad beroende av om objektspanthavaren måste ta sin pant i anspråk, men denna risk kan fordringspanthavaren kalkylera med.

Emellertid kan det antas att sakrättsborgenärerna med denna lösning kommer att lida skador i form av hanterings- och transaktionskostnader. En objektspanthavare kan av olika skäl ha intresse av att slippa en separat panträtt i avkastningen. Ett sådant skäl kan vara farhågor för pantsättarens likviditet och därmed förmåga att betala objektspanthavarens huvudkredit. På samma linje ligger argument om risken för att pantsättaren inte lyckas underhålla panten och att denna därför minskar i värde.

Om panthavaren har sådana intressen kommer han att få kostnader för att kontrollera med sekundogäldenären att avkastningsfordringarna inte pantsatts. För fast egendom kan en sådan kontroll vara en betydande olägenhet.[463] För lösören är kostnaderna dock antagligen små, i vart fall om objektspanthavaren ändå kontrollerar med sekundogäldenären om objektet pantsatts tidigare.

När panthavaren har nämnda intressen är det också tänkbart att han vill avtala om panträtt för egen del i avkastningsfordringarna för att slippa ett senare förfogande av pantsättaren. De negativa konsekvenserna härav blir betydande om en sådan panträtt endast anses ha verkan mot en fordringspanthavare om pantsättaren avskärs från rådigheten, vilket hävdats för ordinära fall, se ovan avsn 7.2.5. Då får pantavtalsparterna hantera betalningstransaktioner mellan sig utan att de egentligen har något intresse härav. En sådan lösning är dock inte given. Det kan givetvis anföras argument för undantag för att slippa dessa kostnader.

En annan lösning skulle kunna vara att pantavtalsparterna avtalade att pantsättaren inte fick omsätta avkastningsfordringarna separat. Även mot denna lösning kan dock anföras att en fordringspanthavare skulle få företräde om han denuntierar i god tro, SkbrL 31 § 2 st. Det kan dock antas att avtalsvillkor av denna innebörd skulle ha stor effekt även om de inte skulle ge företräde framför en godtroende fordringspanthavare. Objektspanthavaren kan ju knyta obligationsrättsliga sanktioner till omsättningsförbudet. Inte minst kan en rätt att omedelbart säga upp krediten antas ha en avhållande effekt.

För denna lösning talar nyttan av omsättningen av avkastningsfordringar, jfr föregående avsn 7.3.3.1.

7.3.3.3 Alternativet att fordringspanthavaren får företräde enligt godtrosförvärvsprinciper

Den tredje lösningen som skall behandlas har också stöd i normargumenten. Här har fordringspanthavaren företräde framför objektspanthavaren om fordringspanthavaren antingen gjort ett godtrosförvärv eller det första förvärvet utan att objektspanthavaren har lyckats göra ett godtrosförvärv.

Konsekvenserna av denna lösning är att sakrättsborgenärerna drabbas av såväl sakrättskollissioner som hanterings- och transaktionskostnader. Till saken hör då antagandet att det skulle bli relativt vanligt med godtrosförvärv av avkastningsobjektet.[464]

[463] Jfr Håstad 1996 s 343.
[464] Jfr Håstad 1996 s 346.

För denna lösning talar även här nyttan av omsättningen av avkastningsfordringar, jfr avsn 7.3.3.1. Med denna lösning får pantavtalsparterna också särskilt stor frihet att anpassa om avkastningsobjektet eller avkastningsfordringarna skall utgöra det centrala kreditunderlaget.

7.3.3.4 Alternativet absolut företräde för fordringspanthavaren

Som en fjärde lösning skall behandlas att objektspanthavaren helt enkelt blir efterställd i händelse av separat pant i avkastningsfordringarna. Här blir konsekvenserna att några sakrättskollisioner i princip inte uppstår. Objektspanthavaren får kalkylera med risken för att komma i andra hand. Med hänsyn härtill kan det antas att objektspanthavaren kommer att drabbas av motsvarande skador i form av hanterings- och transaktionskostnader som nämnts i avsnitt 7.3.3.2. Med denna lösning blir också nyttan av omsättningen avseende avkastningsobjektet särskilt hämmad.

Det hör då emellertid till saken att systemet kan sägas vara uppbyggt kring säkerhet i avkastningsobjekten och att separat säkerhet i avkastningsfordringarna ur denna synvinkel har karaktären av marginalföreteelse. På grund av vissa inflytelserika regler och etablerade säkerhetsformer är det därför lättast att upprätthålla en lösning där avkastningsobjektet är det centrala kreditunderlaget. I den mån detta stämmer dåligt med ett visst förhållande, såsom vid finansiell leasing av vissa lösören, blir det fråga om att överväga undantag härifrån, snarare än att utgå från en motsatt huvudprincip.

För de fall det är avkastningsfordringarna som utgör det väsentliga kreditunderlaget borde det också finnas ett visst utrymme för att s a s låta avkastningsobjektet följa med på köpet. Det blir då inte fråga om separat säkerhet i avkastningsfordringarna utan om säkerhet i hela avkastningsresursen. Vid behov av en ytterligare kreditgivare kan kanske sekundärpant användas istället.

7.3.4 Avtalsfrihet eller avtalsbrottsprevention?

Ett framträdande värdeargument i frågan om sakrättsborgenärernas skydd är det grundläggande argumentet om att de enskilda åstadkommer den effektivaste resursfördelningen. Det handlar m a o om värdeargumentet avtalsfrihet. Även om det handlar om ett tämligen generellt och komplext intresse är det framträdande i det här sammanhanget. En lösning där separat säkerhet i avkastningsfordringar inte alls godtas är med dessa värden inte acceptabel. Det kan synas bättre att parterna kan anpassa vilken lösning de vill ha i det enskilda fallet.

Förutom de faktaargument som kan anföras mot en sådan lösning kan här hävdas värdeargument om att parternas resursfördelning leder till ett utrymme för att avtal bryts. Som värdeargument mot att godta separat säkerhet i avkastningsfordringar kan anföras pantsättarens riskpreferens. Att denne under inverkan härav får utrymme att orsaka skada är värdeladdat. Det kan rent av hävdas att dubbelförfoganden som sådana är värdeladdade. I grund och botten handlar de om brutna löften och bristande lojalitet.

7.3.5 Sakrättsborgenärerna skall skyddas genom att objektspanthavaren ges företräde

I en avvägning mellan de ovan anförda argumenten har det betydelse att normargumenten kan sägas tala för i princip två alternativa lösningar och att faktaargumenten talar emot den ena av dessa.

Den ena lösningen som hävdas med normargument är att avkastningsobjektet får utgöra det centrala kreditunderlaget. Objektspanthavaren har då företräde till avkastningsfordringarna från det att objektspanthavarens panträtt görs gällande genom realisation av avkastningsobjektet. Denna lösning stöds av faktaargumenten såtillvida att sakrättsborgenärernas skador begränsas till hanterings- och transaktionskostnader samtidigt som möjligheten till nyttoskapande omsättning tillvaratas i någon mån. Därigenom tillgodoses också värdet av avtalsfrihet i betydande mån.

Den andra lösningen som hävdas med normargument innebär att företrädet mellan de två sakrättsborgenärerna bestäms genom sakrättsliga principer med möjlighet till företräde genom god tro. En variant inom ramen för denna lösning är att det endast är objektspanthavaren som kan göra godtrosförvärv. Faktaargumenten talar emot denna lösning såtillvida att sakrättsborgenärerna då utsätts för risker för sakrättskollissioner och för hanterings- och transaktionskostnader.

Mot bakgrund härav är en möjlig slutsats att sakrättsborgenärerna skyddas mot dubbelförfogande över avkastningsresurser genom att objektspanthavaren får företräde från realisationens inledande.

> Visserligen talar faktaargumenten kanske övervägande för att inte alls godta säkerhet i avkastningsfordringar, men denna linje har inte uppmärksammats i normargumenten. Kanhända beror detta på värdeargumenten om avtalsfrihet som alltså också talar emot en sådan lösning.

7.4 Dubbelförfogande över alternativa framtida fordringar avseende samma tjänste- och varuresurser

Som en ytterligare form av dubbelförfogande kan betraktas de fall då pantsättaren pantsätter alternativa framtida fordringar avseende samma tjänste- och varuprestationer utan att ha möjlighet att fullgöra alla de prestationer som det handlar om. Förhållandena kan t ex vara sådana att pantsättaren under en viss period endast har ett exemplar av en vara. Samtidigt har pantsättaren slutit försäljningsavtal med två olika köpare om leverans under just denna period. Även om detta är illa nog så gör pantsättaren emellertid saken ännu värre genom att också pantsätta de framtida fordringarna avseende de båda försäljningsavtalen till två olika panthavare. Det är dessa senare pantsättningar som skulle kunna beskrivas som ett dubbelförfogande.

> Det kan anmärkas att händelseförloppet inte behöver följa den beskrivna kronologin. Pantsättaren kan istället först ha slutit ett försäljningsavtal och pantsatt den framtida fordran avseende detta. Därefter har han slutit ytterligare ett försäljningsavtal i anledning av trångmål och pantsatt även detta.

Frågan är då vilket skydd sakrättsborgenärerna skall ha mot ett sådant beteende, m a o - hur skall sakrättsborgenärerna skyddas mot skador av dubbelförfoganden över alternativa framtida fordringar avseende samma tjänste- och varuresurser?

> Det är inte ovanligt att man i sakrätten använder sig av argument där lösningarna för fordringsägarnas skydd och lösningarna för sakrättborgenärernas skydd påverkar varandra. Som framgått ovan har jag kallat sådana argument för systemargument.[465] När nu säkerhet i framtida fordringar är ett känt tema i förhållandet till fordringsägarna, blir det därför intressant att undersöka hur en konflikt kring ett sådant objekt skulle te sig vid dubbelförfogande. Det har också viss betydelse att frågan är relevant för sådana framtida fordringar som kan beskrivas som avkastningsfordringar, vilket har framgått av föregående avsnitt 7.3.

Det skall anmärkas att vad som behandlas i detta avsnitt är just dubbelförfoganden över alternativa framtida fordringar avseende samma resurser. I de fall som behandlas är det således fråga om två olika sekundogäldenärer. Dubbelförfoganden över vad som s a s är samma framtida fordran behandlas inte. I denna fråga hänvisas till avsn 7.1 även om det för framtida fordringar tillkommer vissa specialitets- och identifikationsproblem, jfr avsn 6.7.5.

[465] Se avsn 2.3 och t ex 5.6.2.

7.4.1 Objektsargument och andra sakrättsliga principer

Eftersom frågeställningen är udda är det inte förvånande att det inte synes finnas några direkta normargument i den specifika frågan. Det ligger dock nära till hands att peka på objektets karaktär. Vad sakrättsborgenärerna förväntar sig är säkerhetsrätt *om* den framtida fordran uppstår, eller m a o betalningsskyldigheten blir mer sannolik, se avsn 4.4.2.3. Sakrättsborgenärerna kan därför sägas ha tagit risken för att pantsättaren istället använder sina resurser för att uppfylla andra åtaganden eller inte använder dem alls.

Nära till hands ligger också beskrivningen att det inte alls handlar om något objekt. Tjänste- och varuresurser är helt enkelt inte tillräckligt bestämda. De framtida fordringar som sakrättsborgenärerna fått rätt till är istället två olika och framtida objekt, trots att det är samma resurser som måste användas för att skapa objekten.

Mot bakgrund härav kan det hävdas att sakrättsborgenärerna inte alls skall ha skydd mot dubbelförfoganden. Lösningen blir att den sakrättsborgenär vars säkerhetsobjekt uppstår vinner.

Det finns emellertid argument som kan hävdas för andra lösningar. För andra objekt såsom ordinära, icke framtida, fakturafordringar finns det som nämnts normargument för att denuntiationerna skall vara rådighetsavskärande, se avsn 7.2.5.1. Att pantsättaren haft möjlighet att råda över vem som skall få företräde accepteras inte även om sakrättsborgenärerna av andra anledningar föredragit en lösning som ger sådana konsekvenser. När det handlar om framtida fordringar avseende tjänste- och varuresurser är förhållandena typiskt sett sådana att ingen av sakrättsborgenärerna kan åstadkomma något rådighetsavskärande. Pantsättaren har alltid mer eller mindre möjlighet att styra över vilket säkerhetsobjekt som skall uppstå. Det kan då med normargument hävdas att den förste förvärvaren skall ha företräde. Den senare sakrättsborgenären C kan med sakrättsliga principer bara få företräde om han är i god tro och uppfyller det sakrättsliga momentet.

Mot denna lösning kan dock anföras en variant av det ovan nämnda argumentet om två olika objekt. Om den förste sakrättsborgenären A får företräde blir det fråga om att hans säkerhetsrätt kommer att avse en fordran på en helt annan sekundogäldenär. En sådan lösning leder till flera problem, bl a med betalningslegitimation o likn.

En ytterligare lösning är att ingen av sakrättsborgenärerna får företräde framför den andre. De normargument som finns för en sådan lösning handlar om att ingen av dem får företräde framför fordringsägarna. Om ingen av säkerheterna ges verkan mot fordringsägarna får sakrättsborgenärerna ingen sakrätt utan blir själva fordringsägare. En

sådan lösning handlar emellertid i första hand om skyddet för fordringsägarna och har redan behandlats i avsn 6.7.

> Till saken hör också att en sakrättsborgenär som förlorar en konflikt kan hävdas ha ett indirekt skydd genom att den vinnande sakrättsborgenärens säkerhetsrätt kanske inte godtas gentemot fordringsägarna. Således kan t ex återvinningsreglerna i någon mån skydda även en sakrättsborgenär.

Några normargument för en lösning där sakrättsborgenärerna får företräde framför fordringsägarna, men inte gentemot varandra, synes inte finnas. En sådan lösning skulle dock kunna innebära att de fick någon form av delad rätt till det säkerhetsobjekt som uppstår.

7.4.2 Bedrägeri

Till sakrättsborgenärernas skydd hör också straffregler. Med allmänna normargument kan det hävdas att pantsättaren gör sig skyldig till bedrägeri om han pantsätter en framtida fordran som han inte kommer att kunna åstadkomma för att han har för avsikt att använda sina resurser för att istället åstadkomma andra fordringar.[466] Typiskt sett handlar det då om att pantsättaren pantsätter en framtida fordran till sakrättsborgenär C trots insikt om att han endast kommer att fullgöra den prestation som genererar den framtida fordran som pantsatts till C.

Att pantsättaren mot bättre vetande inbillar sig att han kommer att fullgöra båda prestationerna duger knappast som försvar.[467] Det kan emellertid antas att pantsättaren vid pantavtalens ingående kan ha för avsikt att åstadkomma båda fordringarna och att han först vid en senare tidpunkt har tillräcklig information för att bli medveten om att detta inte är möjligt. I dessa fall kan det hävdas att ansvar för bedrägeri är uteslutet.[468] Sakrättsborgenärerna skyddas inte mot ett sådant beteende.

I övrigt talar normargumenten knappast för straffsanktion. Olovligt förfogande anknyter till bristande förfoganderätt över ett visst objekt.[469] Det kan utan vidare hävdas att tjänste- och varuresurser inte omfattas härav. Tvärt om kan det sägas vara tydligt att pantsättaren har kvar rätten att förfoga över vem han vill ingå avtal med och till vem han vill prestera.

Att det således i stora delar kan hävdas att sakrättsborgenärerna saknar straffrättsligt skydd kan ha inverkan även på den civilrättsliga re-

[466] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:8 ang att även utsagor om framtiden omfattas.
[467] Jfr Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:10–9:12.
[468] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:39.
[469] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 10:49, 1987 s 591.

gleringen. I sakrätten hävdas ibland just förekomsten av straffsanktion som argument för ett godtagande av sakrätt eller sakrättsligt företräde.

7.4.3 Resurskonkurrensen ofta inte den dominerande skadeorsaken

Ett faktaargument, som redan angivits bland de inledande normargumenten, är att sakrättsborgenärerna inte kan anses lida skada eftersom riskerna för dubbelförfogande är tämligen tydliga. Att pantsättaren dyrt och heligt lovat att åstadkomma en viss fordran så att sakrättsborgenären haft anledning att förvänta sig detta, spelar då ingen roll. En sådan skadebeskrivning talar för lösningen att den sakrättsborgenär vars säkerhetsobjekt uppstår skall vinna.

Mot den nämnda skadebeskrivningen kan anföras just att sakrättsborgenären kan ha ganska goda skäl att förvänta sig att pantsättaren inte dubbelförfogar. En skadebeskrivning som bygger på avvikelser från förväntningar är inte alls främmande, jfr avsn 8.1. Så länge det handlar om risktagande och inte en visshet om dubbelförfogande där den andre sakrättsborgenären med säkerhet får företräde, kan det finnas goda skäl att tala om att sakrättsborgenären lider skada.

Ett annat faktaargument som antytts i normargumenten har att göra med beskrivningen att de framtida fordringarna för de olika prestationerna är två olika objekt. Även om det kan vara tydligt att två åtaganden utesluter varandra är förhållandena antagligen oftast inte sådana. Istället är det vanligtvis en mängd olika faktorer som leder fram till att pantsättaren inte fullgör den ena prestationen. Den faktor som framför allt kan betraktas som öppen är möjligheterna till omförhandling med sekundogäldenärerna. Man kan därför anta att vad som här kallats tjänste- och varuresurserna i många fall är alltför öppna för att en konkurrerande pantsättning skall anses vara den dominerande orsaken till att en sakrättsborgenär skadas. Härmed inte sagt att förhållandena alltid är sådana. I vissa fall är dubbelförfogandebeskrivningen antagligen mycket träffande.

Till det nyssnämnda anknyter antagande om riskerna för dubbelförfoganden. Riskerna för att en tjänste- eller varuleverantör åtar sig för mycket kan antas vara relativt stora. Att han kombinerar detta med pantsättning av de framtida fordringarna kan dock antas vara ganska ovanligt under normala förhållanden. Vid ekonomiska besvär är det dock inte uteslutet att pantsättarens riskpreferens kan leda till ett helt annat beteende. Om pantsättaren en gång använt sig av pant i framtida fordran är det inte uteslutet att denna konstruktion ter sig som en möj-

lighet att lösa ytterligare problem. Härvid har kanske det ringa straffrättsliga skyddet inte någon större betydelse, men väl pantsättarens inbillade övertygelse om att allt förhoppningsvis går hans väg. Den riskpreferente pantsättaren föreställer sig gärna att han förr eller senare kommer att lyckas fullgöra till alla sekundogäldenärer och fordringspanthavare.

Till temat om två olika objekt hör också svårigheterna att avgöra om just en viss tjänste- eller varuresurs behövts för att åstadkomma båda de pantsatta framtida fordringarna. Om den förste sakrättsborgenären A skall få företräde till en fordran på en annan sekundogäldenär krävs utredning om inte bara avtalsvillkoren för respektive tjänste- och varuprestationsavtal, utan också kartläggning av flera faktorer kring pantsättarens resurser och möjligheter.

7.4.4 Båda sakrättsborgenärerna skyddsvärda, men ingen mer än den andre

Bland värdeargumenten gör sig även här värdeladdningen i pantsättarens riskpreferens gällande. En lösning där skador av denna riskpreferens kan undvikas är med detta värdeargument att föredra. Här inkluderas även de skador som sakrättsborgenärerna kan drabbas av. Det har dock betydelse att sakrättsborgenärerna tar en risk som är ganska tydlig och att det därför kan hävdas att de bör få skylla sig själva. Med värdeargument kan det t o m hävdas att sakrättsborgenärerna snarast är medansvariga till att fordringsägarna och pantsättaren drabbas.

I ett val mellan företräde för den tidigare eller senare sakrättsborgenären kan anföras värdeargument om illojalitet. Om den senare sakrättsborgenären känner till att det finns en tidigare vars rätt kommer att åsidosättas, är det illojalt att ändå ingå avtal. Det skall då observeras att illojaliteten till viss del riktar sig mot pantsättaren själv som försätter sig i en besvärlig position för att tillgodose den senare sakrättsborgenärens intressen.

Å andra sidan är det i de här aktuella fallen inte fråga om samma objekt som vid ordinära dubbelförfoganden. Om pantsättaren vill fullgöra sitt avtal med den senare sakrättsborgenären hellre än med den förste kan man tycka att den senare sakrättsborgenären skall få dra fördel härav och då oavsett ond tro.[470] Mot detta kan dock anföras att sakrättsborgenären medvetet utsätter sin omgivning för risker.

[470] Håstad 1994 s 82-83, 1996 s 83–84.

De anförda värdeargumenten talar inte tydligt i någon riktning annat än möjligen för att skydda båda sakrättsborgenärerna. I ett val mellan att skydda någon av dem kan det förefalla som att ingen av dem är mer skyddsvärd än den andre.

7.4.5 Sakrättsborgenärerna har endast skydd i form av bedrägeriregeln

En möjlig slutsats av de anförda argumenten är att rätten endast skyddar sakrättsborgenärerna genom att vissa former av dubbelförfoganden är straffbelagda som bedrägeri. Normargument för ytterligare skydd saknas nämligen. Istället finns det norm- och faktaargument enligt vilka resurskonkurrensen vanligtvis inte skall uppfattas som ett dubbelförfogandeproblem. Värdeargumenten talar inte emot en sådan lösning.

Frågan är då om det kan finnas anledning att göra undantag för de fall då resurskonkurrensen är en tydlig och dominerande skadeorsak. Något direkt stöd härför finns inte bland normargumenten. Vad gäller faktaargumenten kan antagandet om att det är en mängd olika faktorer som leder fram till skada, hävdas mot en undantagsregel helt enkelt för att den öppnar för omfattande utredningar som innebär att konfliktlösningarna blir kostsamma. Totalt sett kanske mer kostsamma än att den skadelidande själv får bära sin skada. Här kan också anföras värdeargument om att den skadelidande tagit en tydlig risk och därför får skylla sig själv.

Slutsatsen är därför att sakrättsborgenärerna inte skall ha något skydd gentemot varandra. Den som pantsättaren väljer att gynna får helt enkelt företräde framför den andre.

> Det skall då anmärkas att detta inte är en oproblematisk lösning. Sakrättsborgenärernas intressen kan här i viss mån sammanfalla med pantsättarens riskpreferens. De skador som inträffar härigenom hör emellertid i första hand till skyddet för fordringsägarna, och den förlorande sakrättsborgenären kan hänföras till denna kategori.

7.5 Dubbelförfogande över överhypoteksresurs

I typfallet av säkerhet i fakturafordringar är huvudkrediten på ett lägre belopp än den pantsatta fordran. Därmed föreligger ett överhypotek. Pantsättaren kan ha rätt gentemot panthavaren att utnyttja detta överhypotek för sekundär säkerhet till en sekundärpanthavare, jfr dock avsn

9.6.7 om avtalade förbud mot sekundärpant. Det är då tänkbart att pantsättaren dubbelförfogar över denna tillgång till två olika sekundärpanthavare. Frågan är hur denna konflikt skall lösas.

Den nämnda frågan kompliceras av att överhypoteket kan sägas skifta karaktär om sekundogäldenären betalar hela den pantsatta fordran till primärpanthavaren. Den övergår då till en redovisningsfordran för vilken primärpanthavaren är sekundogäldenär. På grund av denna omvandlingsmöjlighet kan överhypoteket beskrivas som ett annat objekt. Istället för överhypotek kan man då använda beskrivningen framtida fordran på redovisning.[471] Detta objekt har andra egenskaper än överhypoteket. Förutom att redovisningsfordran kan sägas vara en framtida fordran är skillnaden framför allt att det är två olika sekundogäldenärer. Just denna omständighet öppnar för vad som kan beskrivas som en speciell möjlighet till dubbelförfogande över vad som egentligen är samma ekonomiska värde eller samma resurs. Pantsättaren kan pantsätta överhypoteket till en panthavare och redovisningsfordran till ena annan. Den senare panthavaren riskerar då att inte ens vid kontroll upptäcka dubbelförfogandet så länge han bara kontrollerar med den för honom aktuelle sekundogäldenären. Till riskbeskrivningen hör också att det kan tänkas att panthavaren av olika anledningar hävdar säkerhet i redovisningsfordran trots att man använt termen överhypotek, eller tvärt om.

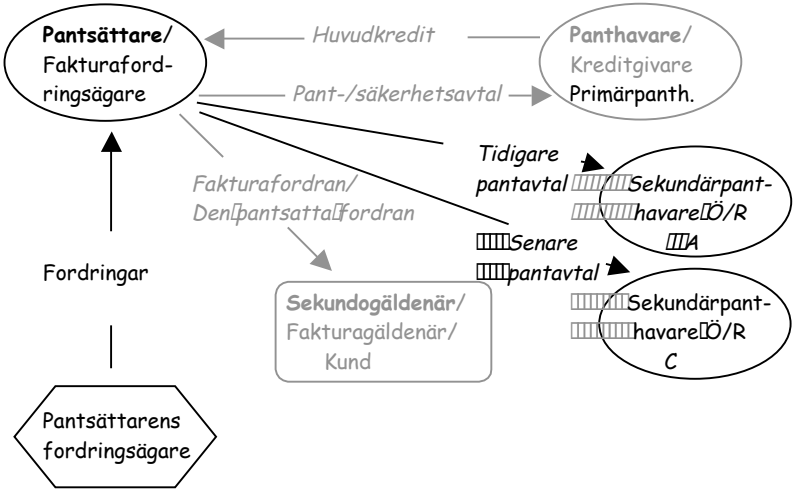
Vad som sagts är m a o att det finns anledning att undersöka dels frågan om hur en dubbelförfogandekonflikt avseende överhypotek skall lösas, dels vilken betydelse det har att överhypoteksresursen kan beskrivas som två olika objekt. Frågan i detta avsnitt skall dock formuleras generellt. Den blir - *hur skall sakrättsborgenärerna skyddas mot skador av dubbelförfoganden över överhypoteksresurser?*

De här aktuella överhypoteks- eller sekundärpantförhållandena kan sägas vara ett specialfall av förhållanden där flera sekundogäldenärer ansvarar för samma skuld. Det finns emellertid inte anledning att i detta kapitel behandla flergäldenärsförhållanden i allmänhet. Istället får specialfallet med överhypoteksresurs illustrera problematiken. Det skall dock anmärkas att argumenten kan skilja sig. Framför allt p g a att det vid vissa flergäldenärsförhållanden kan vara så att sekundogäldenärerna har samma status så att ingen av dem dominerar eller framstår som huvudansvarig. För sekundärpantförhållanden finns det däremot en fakturagäldenär och en primärpanthavare.

I de här aktuella överhypoteksförhållandena finns det tre panthavare. Huvudpanthavaren, d v s den förste panthavaren eller primärpanthavaren, har

[471] Ett tydligt exempel på en föreställning om uppdelning i två objekt finns kanske i Andersen/Werlauff 2000 s 289.

en position som inte ifrågasätts. Dubbelförfogandet görs på ett plan bortom denne. De två andra panthavarna är sekundärpanthavare. Den av dem som har säkerhet i överhypoteket benämns här sekundärpanthavare Ö. Den som har säkerhet i redovisningsfordran benämns sekundärpanthavare R. De kan båda ha gjort det tidigare förvärvet i förhållanden till den andre. Sekundärpanthavare Ö och R är med ovan angiven terminologi alltså även sakrättsborgenär A eller C.



Argumentationen nedan förstås bäst mot bakgrund av vad som anförts för fordringsägarnas skydd i avsnitt 6.3.1, 6.3.3.2 och 6.3.5.

7.5.1 Godtrosförvärv och rådighetsavskärande

7.5.1.1 Normargument avseende sakrättsborgenärerna

Ett centralt normargument i frågan om sakrättsborgenärernas skydd är 31 § 2 st SkbrL. Den förste sakrättsborgenären A vinner såvida inte C är i god tro och denuntierar fakturagäldenären först. Denna regel anger dock inget direkt om hur konflikter i anledning dubbelförfogande över överhypotek skall lösas. Regeln kan emellertid anföras för att ge den förste sekundärpanthavaren A företräde såvida inte C är i god tro och denuntierar fakturagäldenären först. För att skydda sitt förvärv mot

sakrättsborgenärer skulle det alltså vara nödvändigt men också tillräckligt att denuntiera fakturagäldenären.

Mot en sådan ordning talar normargument om rådighetsavskärande. En denuntiation till fakturagäldenären är bara rådighetsavskärande så länge inte överhypoteket betalats till en primärpanthavare som är i god tro om sekundärpantsättningen. Då kan primärpanthavaren betala med befriande verkan till den sekundärpanthavare som han fått denuntiation om, jfr 29 § SkbrL. Normargumenten om krav på rådighetsavskärande skulle således kunna hävdas för att denuntiation till fakturagäldenären bara ger företräde så länge överhypoteket inte betalats till en godtroende primärpanthavare.

Ett tydligt normargument i frågan om sakrättsborgenärernas skydd är ett doktrinuttalande om att den tidigare sekundärpanthavaren A får företräde såvida inte den senare sekundärpanthavaren C i god tro denuntierat både fakturagäldenären och primärpanthavaren. Omvänt hävdas att det för att få skydd mot senare sakrättsborgenärer är tillräckligt att denuntiera en gång, till antingen fakturagäldenären eller primärpanthavaren. Det hör till saken att motiveringen i avsevärd mån bygger på faktaargument. Den tidigare sekundärpanthavaren A behöver då bara åstadkomma en denuntiation medan den senare sekundärpanthavaren C får göra två kontroller.[472]

7.5.1.2 Systemargument från fordringsägarförhållandet

Härutöver finns det som nämnts i avsn 6.3.1 en hel rad normargument avseende förhållandet till fordringsägarna. En del av dessa argument lägger vikt vid rådighetsavskärande och kan därför hävdas på samma linje som det ovan nämnda normargumentet om rådighetsavskärandekrav.

> Mest långtgående av de normargument som anförts i avsn 6.3 och i avsn 6.2.5.2–3, är de som kan anföras för att en sekundärpanthavare skall denuntiera såväl fakturagäldenären som primärpanthavaren. Som framgått finns det emellertid också normargument som kan hävdas för att det för sekundärpant vid factoring skall vara nödvändigt och tillräckligt med denuntiation till factorn och i andra fall med denuntiation till fakturagäldenären. En sådan linje antogs ge en viss grad av rådighetsavskärande. I slutsatserna för fordringsägarnas skydd fick dessa argument avgörande betydelse. Det ansågs inte nödvändigt att nå en sådan grad av rådighetsavskärande som dubbel denuntiation skulle innebära, se avsn 6.3.5.

Eftersom det finns anledning att vara försiktig med att låta argumenten för fordringsägarförhållandena avgöra skyddet för sakrättsborgenärerna

[472] Håstad 1980 s 114.

skall det anmärkas att det även anförts normargument för lindrigare krav med ett mindre mått av rådighetsavskärande.

> Det finns för förhållandet till fordringsägarna nämligen också normargument för att det skall vara tillräckligt med denuntiation till antingen fakturagäldenären eller primärpanthavaren, endera av sekundogäldenärerna. På denna linje kan också anföras normargument för att det skall vara möjligt att nå företräde framför i vart fall fordringsägarna genom att denuntiera primärpanthavaren så länge sekundärpanthavaren inskränker sina anspråk till företräde avseende den framtida redovisningsfordran.

Ett ytterligare normargument som i första hand avser förhållandet till fordringsägarna är att säkerhet i framtida fordringar inte skall ges företräde förrän fordringen anses ha uppstått, jfr avsn 6.7.1. Det skulle därför kunna hävdas att säkerhet i en redovisningsfordran inte får sakrättslig verkan förrän primärpanthavaren fått överhypoteket i sin hand. För förhållandet mellan sakrättsborgenärerna kan detta normargument hävdas för att en sekundärpanthavare som denuntierat fakturagäldenären har företräde i vart fall så länge primärpanthavaren inte fått överhypoteket i sin besittning.

7.5.2 Nyttan av valfrihet får vägas mot skadorna av rådighet för den riskpreferente pantsättaren

I faktaargumentationen skall först uppmärksammas att det med omsättningsteorin kan hävdas att en ordning där parterna har valmöjligheter är att föredra. Det kan då antas att möjligheten att välja denuntiationsmottagare har störst betydelse i sammanhanget. En sådan valmöjlighet kan här bygga på två olika beskrivningar. I den ena betraktas överhypoteksresursen som ett och samma objekt och parternas val handlar bara om vem de föredrar att denuntiera. Med den andra beskrivningen utgör överhypoteksresursen två alternativa objekt; överhypotek eller redovisningsfordran. Även här har pantavtalsparterna möjlighet att välja denuntiationsmottagare, men de två objekten kan också sägas ha andra egenskaper som skiljer. Framför allt skulle det kunna läggas vikt vid att redovisningsfordran kan sägas uppstå först då fakturagäldenären betalar till primärpanthavaren.

Mot nyttan av valfriheten skall ställas de skador som sakrättsborgenärerna kan drabbas av med en sådan lösning. Med denuntiation till valfri sekundogäldenär kommer det att uppstå kollisioner eftersom det egentligen handlar om samma ekonomiska värde eller resurs. Dessa kollisioner och riskerna för kollisioner orsakar skador i form av avvikelser från de resultat som den förlorande sakrättsborgenären förväntat sig och i form av hanterings- och transaktionskostnader.

I och för sig skulle man kunna tänka sig att ett avtal om säkerhet i överhypoteket begränsades så att säkerheten endast gällde fram till sekundogäldenären faktiskt betalat el likn. Någon sakrättskollision synes då inte uppstå. Frågan är dock om en sådan säkerhet skulle vara särskilt attraktiv.

Det skall observeras att sakrättsborgenärerna inte i sin egenskap av sakrättsborgenärer har samma intresse som fordringsägarna av att pantsättarens rådighet över betalningen avskärs. Att pantsättaren utverkar betalning från en godtroende sekundogäldenär påverkar i princip inte konflikten med den andre sakrättsborgenären och skadorna härav lider sakrättsborgenärerna i egenskap av fordringsägare.

Skadorna varierar med vilken närmare utformning som lösningen ges.

7.5.2.1 Valfrihet medför nytta men också beaktansvärda skador

Om företräde ges till den tidigare sekundärpanthavaren A så länge inte C gjort sitt förvärv i god tro och denuntierat sin sekundogäldenär, kan det antas att fler kollisioner inträffar. Med två olika sekundogäldenärer antas nämligen risken vara större att dubbelförfogandet inte upptäcks förrän på ett sent stadium. Därmed blir möjligheterna att undvika förvärv av redan omsatt egendom mindre, eller m a o pantsättarens möjligheter att luras blir större. Samtidigt har risken ökat för att pantsättarens ekonomi försämrats så att han inte kan betala den förlorande sakrättsborgenärens huvudfordran.

Vidare blir hanterings- och transaktionskostnaderna högre eftersom en eventuell kontroll förutsätter besked från två sekundogäldenärer istället för en. Om kontrollfrekvensen är hög blir transaktionskostnaderna då högre än när det räcker med att göra en kontroll. Samtidigt kan det emellertid antas att preferenserna för säkerhet i det ena eller andra objektet i stor utsträckning delas av panthavarna på marknaden. Därmed blir det mest sannolikt att en eventuell kontroll görs hos den som fått en tidigare denuntiation.

Är kontrollfrekvensen liten påverkas kostnaderna i mindre mån. Det har antagits att kontrollfrekvensen vid ordinär säkerhet i fakturafordran är relativt liten, se avsn 5.2.2.3. Möjligen är den ännu lägre vid säkerhet i överhypoteksresurs eftersom denna form av säkerhet ibland används under omständigheter där säkerheten ändå tillmäts liten betydelse.

Utöver skador genom kollisioner och hanterings- och transaktionskostnader, kan man till skadorna räkna riskerna med att denuntiation till endast en sekundogäldenär kan medföra att pantsättaren behåller viss betalningslegitimation. Pantsättaren skulle med hjälp av denna kunna lägga sig i vilken av sekundärpanthavarna som skall få betalt. I första hand är detta dock en skada som drabbar sakrättsborgenärerna i egenskap av fordringsägare, se därför avsn 6.3.

7.5.2.2 En utpekad denuntiationsmottagare begränsar riskerna

En annan lösning är att det visserligen är tillräckligt med en enda denuntiation, men att en norm utpekar till vilken av sekundogäldenärerna denna skall göras. Nyttan blir då mindre eftersom valfriheten tas bort. Å andra sidan minskar också de skador som enligt nyss gjorda beskrivning beror på oklarhet om vilken sekundogäldenär som denuntierats. Det kan antas att skadorna i princip inte blir större än för typfallet med pant i en enstaka fakturafordran och denuntiation till den ende sekundogäldenären. Förfogandemöjligheterna över fordran som sådan är avskurna och något relevant rådighetssken som pantsättaren kan utnyttja finns inte heller.

Med en sådan lösning är det givetvis viktigt att normen utpekar den sekundogäldenär som de flesta pantavtalsparterna kan antas föredra m h t kostnader och skaderisker. Givetvis har det då betydelse om denuntiation till en viss sekundogäldenär ger företräde framför fordringsägarna. Det finns i så fall alltså skäl att för båda förhållandena ha samma regel om vem som skall denuntieras.

> Hänsyn måste också tas till riskerna för att pantsättaren utnyttjar sin betalningslegitimation och utverkar betalning.

7.5.2.3 Godtrosförvärv genom dubbel denuntiation kan antas kostsamt

En tredje lösning är att upprätthålla valfriheten men samtidigt ställa krav på dubbla denuntiationer och god tro för att en senare förvärvare skall få företräde. Fördelen med en sådan lösning är att kollisionsrisken kan antas vara något mindre än med valfrihet även för den senare förvärvaren eftersom dubbelförfogandet då kan antas bli upptäckt på ett tidigare stadium, i vart fall i den mån kontroller görs. Man kan tala om att rådighetsskenet blir svagare.

Nackdelarna med lösningen är att det trots valfriheten för den förste förvärvaren generellt ändå kan bli fråga om två denuntiationer. Den förste sakrättsborgenären vet ju inte säkert att han är först och kan därför föredra att göra två denuntiationer. Likaså kan det bli fråga om två kontroller eftersom det inte utpekas vem som kan ha fått en eventuell tidigare denuntiation.

> Även om riskerna för dubblering är små om kraven för företräde i förhållande till fordringsägarna utformas som ett denuntiationskrav till viss sekundogäldenär.

7.5.3 Riskpreferensskydd eller avtalsfrihet?

Som framgått beror även den här aktuella konflikten i hög grad på antagandet om pantsättarens riskpreferens. Eftersom denna riskpreferens är värdeladdad påverkar den också slutsatserna. Rätten bör skydda sakrättsborgenärerna. Med hänsyn till andra argument och även värdeargument om ”ordning och reda” ligger då krav på långtgående rådighetsavskäranden nära till hands. [473] Värdeargumenten om riskpreferens kan därför sägas tala för ett krav på dubbel denuntiation oavsett om det gäller den tidigare eller den senare sakrättsborgenären.

Mot detta argument skall återigen ställas värdeargumenten om privat resursfördelning och avtalsfrihet, eller med den här ovan använda termen valfrihet. I detta sammanhang skall då uppmärksammas att möjligheten att beskriva överhypoteksresursen med två olika begrepp, som överhypotek respektive framtida redovisningsfordran, antagligen tenderar att påverka slutsatserna. Ett argument som bygger på möjligheten att tala om två objekt är enligt min mening dock tämligen svagt, jfr avsn 4.3.

Vad som inte framhållits i de redan anförda argumenten är behovet av skydd för en godtroende förvärvare. Olika former av sådant skydd kan motiveras med såväl norm-, som fakta- och värdeargument. Här kan det dock vara tillräckligt att peka på värdeladdningen även om sekundärpanthavarna vanligen är professionella och transaktionerna helt avser ekonomiska värden.

> Det kan i sammanhanget också nämnas att man i dansk doktrin och praxis vid factoring accepterat denuntiation till enbart factorn.[474]

7.5.4 Godtrosförvärv genom denuntiation till den utpekade sekundogäldenären

Vad som ovan anförts är i stor utsträckning argument om rådighetsavskärande och riskbegränsning genom rådighetsavskärande. Det finns ett direkt normargument för en lösning där den tidigare sekundärpanthavaren A får företräde såvida inte den senare sekundärpanthavaren C i god tro denuntierat både fakturagäldenären och primärpanthavaren. Detta normargument stöds av faktaargument.

I övrigt talar faktaargumenten för att en dubbel denuntiation ger den mest långtgående riskbegränsningen eftersom sådan även utesluter

[473] Jfr ovan avsn 7.2.5.3 och se t ex Håstad 1994 s 276, 1996 s 213. Helander 1984 s 362, 364–367, 467–468, 471–473. Göransson 1985 s 634–636. SOU 1995:11 s 160.
[474] I vart fall beträffande skyddet mot fordringsägarna, se t ex Andersen/Werlauff 2000 s 289.

rådighet över betalning från en godtroende sekundogäldenär. En begränsning av denna rådighet är dock endast intressant för sakrättsborgenärerna i deras egenskap av fordringsägare. I avsnitt 6.3 har hävdats att det inte finns anledning att uppställa ett så långtgående skydd.

För sakrättsborgenärerna är en enkel denuntiation rådighetsavskärande. En dubbel denuntiation har främst effekt genom att rådighetsskenet blir svagare vilket kan antas ha effekten att dubbelförfogandet blir upptäckt på ett tidigare stadium. Att ställa krav på dubbel denuntiation för att nå denna effekt antas här inte vara effektivt.

Av de alternativ som dryftats synes istället denuntiation till en av sekundogäldenärerna vara effektiv om en av dem genom en regel är utpekad som denuntiationsmottagare. Med hänsyn till bl a de slutsatser som dragits avseende förhållandet till fordringsägarna blir det då fråga om denuntiation till factorn (primärpanthavaren) vid factoring och till fakturagäldenären i andra fall. Värdeargumenten talar lika mycket för som emot en sådan lösning.

Slutsatsen blir därför att den förste sekundärpanthavaren A skall ges företräde såvida inte den senare sekundärpanthavaren C i god tro denuntierat den utpekade sekundogäldenären; för factoring factorn och för andra fall fakturagäldenären.

7.6 Obehöriga förfoganden över fakturafordringar

Hittills i detta kapitel har berörts olika former av dubbelförfoganden. Sakrättsborgenärerna kan emellertid också skadas genom att pantsättaren företar s k obehöriga förfoganden avseende en fakturafordran som han inte alls har någon rätt till.

> Förhållandena brukar beskrivas med att en sakrättsborgenär A är den rätte ägaren, här då fakturafordringsägaren. Konflikten uppkommer när B, utan att ha rätt till objektet, här då fakturafordran, omsätter denna till ett annat subjekt C. Eftersom det handlar om omsättning anser sig C ha förvärvat en sakrätt och han är därför den senare sakrättsborgenären. Om A är en fakturafordringsägare och B obehörigen pantsätter A:s fakturafordran till C blir en skiss:
>
> A ——— B/Ps ——— C/Ph

För typfallet av obehörigt förfogande över fakturafordran finns det starka normargument för att den rätte fakturafordringsägaren skall skyddas. Det anses framgå indirekt av lagtexten i SkbrL 31 § att den

rätte fakturafordringsägaren har företräde.[475] Panthavaren C, som förväntar sig att förvärva pant i fakturafordran, skyddas istället av bedrägeristadgandena i BrB 9 kap.

Ett motiv för denna lösning är att A har svårt att begränsa riskerna för att en obehörig B utger sig för att ha rätt att förfoga över en enkel penningfordran. Fakturafordran är ju immateriell och vem som helst kan därmed utge sig för att ha förfoganderätt. Mot detta kan hävdas att det kan finnas faktorer som får den obehörige förfogaren att faktiskt framstå som mer legitimerad än t ex en obehörig förfogare över ett löpande skuldebrev eller ett lösöre. I princip kan det i de fallen räcka med besittningen av egendomen. Normargumenten mot en möjlighet till företräde för C beträffande fakturafordringar är emellertid starka generellt sett.

Det finns vidare också ett lagstadgat undantag i form av AvtL 34 § när förfogaren har förfogandelegitimation p g a en skenkonstruktion.[476] För säkerhet i enkel fordran innebär detta att C kan förvärva en skenfordran med tillhörande skensäkerhet eller en äkta fordran med tillhörande skensäkerhet.

Det saknas anledning att här analysera den generella frågan om dubbelförfogande över fakturafordringar, den förtjänar behöver inte beskrivas som en oklar rättsfråga. Däremot finns det två särskilda fall som förtjänar en analys. Det ena fallet är förhållanden där den panthavare som fått säkerhet i den pantsatta fakturafordran har uttryckt huvudkrediten i ett löpande skuldebrev och detta kommer honom ur händerna. Det andra fallet är när B faktiskt förvärvat fakturafordran från A, men förvärvet kan angripas med en svag ogiltighetsgrund eller kontraktsbrott.

> Härutöver finns det flera tänkbara fall där en panthavare i den pantsatta fordran förfogar över vad som kan beskrivas som olika former av rätt till den pantsatta fordran. Dessa fall skall emellertid inte behandlas med anledning av behovet av skydd för sakrättsborgenärerna och därför inte tas upp i detta kapitel 7. Problematiken skall behandlas med utgångspunkt i pantavtalsförhållandet och behovet av skydd för pantsättaren, se avsn 8.9 och 8.3. Vad som här nedan sägs har dock som jämförelse betydelse även för de fallen.

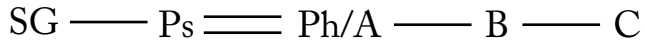
[475] Göransson 1984 s 92-93 som gjort en genomgång av doktrinen uttrycker saken som att ”En fullständigt enig 1900-talsdoktrin – Karlgren i viss mån undantagen – har accepterat vindikationsläran, när det gäller enkla skuldebrev.” Han avser då såväl tiden innan som efter SkbrL. Se även t ex Tiberg/Lennhammer 1995 s 63. Se vidare nedan avsn 7.6.2.

[476] Göransson 1984 s 111–112. Tiberg/Lennhammer 1995 s 64–65. Håstad 1979 s 210 not 2.

7.6.1 Fordringspanten som en del av löpande förbindelse

Ett viktigt specialfall av obehörigt förfogande är då A:s huvudkredit finns uttryckt i ett löpande skuldebrev som omsätts av en obehörig. Att panthavaren omsätter huvudkrediten med tillhörande säkerhet i fakturafordran anses nämligen vara en möjlig form, jfr avsn 8.9.

Vid omsättning av obehörig kan C enligt skuldebrevsrättsliga regler göra ett godtrosförvärv av det löpande skuldebrevet. Enligt vad som ovan nämnts om enkel fordran kan denna emellertid inte godtrosförvärvas. Om den enkla fordran endast har ställts som säkerhet för den aktuella huvudfordran uppstår frågan om de skuldebrevsrättsliga principerna skall påverka principerna för enkla fordringar, eller för den delen tvärt om?



I det skisserade fallet finns fem subjekt inblandade. Det är panthavaren Ph som blir av med det löpande skuldebrevet.

7.6.1.1 Var sak för sig eller företräde för godtro?

Med SkbrL kan det hävdas att svaret på den nyss formulerade frågan är att ingen av principerna skall ha företräde.[477] Lösningen skulle m a o vara att C gör ett godtrosförvärv avseende det löpande skuldebrevet men inte avseende fakturafordran.

Det finns doktrinuttalanden för att fakturafordran skall följa det löpande skuldebrevet. Dessa motiveras i hög grad med faktaargument.[478]

7.6.1.2 Har panthavaren A nytta av fakturafordran?

Faktaargumenten är i hög grad beroende av vilka möjligheter panthavaren A skall anses ha att omsätta säkerheten för sig utan att samtidigt omsätta huvudfordran. Det skulle kunna anföras att A inte skall ha någon sådan möjlighet, se avsn 8.9. Det finns emellertid också argument emot en sådan begränsning och hur som helst skulle ett undantag kunna motiveras för just den här aktuella situationen. Ett sådant undantag skulle kunna innebära att A får omsätta säkerhetsrätten till i vart fall C. En sådan omsättningsrätt skulle inte ställa pantsättaren i ett principiellt

[477] Jfr Lennander 1977 s 156. Rodhe 1984 s 217. Jfr Hessler s 256 ang pant i lösöre. Jfr Håstad 1986 s 298.
[478] Walin 1991 s 146–148, 1998 s 152-154. Jfr Rodhe 1994 s 515–516. Jfr Lindskog 2001 s 573.

sämre läge än innan huvudfordran omsattes. Med en sådan omsättningsrätt kan A ha nytta av säkerhetsrätten.

Vad som är den effektivaste lösningen kan förklaras med de transaktionskostnader som uppstår m h t olika omständigheter. Rådigheten över, eller m a o legitimationen avseende, den pantsatta fordran är av stor betydelse för att C skall kunna utnyttja en eventuell rätt. Om C redan har rådigheten blir det inga kostnader för att överföra denna. Det är då effektivare att C får säkerhetsrätten jämfört med att han måste förvärva den av A. Ett sådant förvärv föranleder transaktionskostnader.

> För att C skall ha fått rådigheten måste B:s bristande behörighet bestå i att han gjort ett förvärv som är behäftat med svag ogiltighet. Dessutom skall sekundogäldenären ha fått viss kvalificerad information om B:s förvärv, SkbrL 30 §.

Om C inte har rådigheten måste denna som regel överföras. Man får då jämföra transaktionskostnaderna mellan fallet att A har omsättningsrätt och fallet att C har rätt att få rådigheten genom dom samt den alternativa möjligheten att avtala med A om vederlag för dennes medverkan. Transaktionskostnaderna torde härvid vara lägst i det senare fallet eftersom exekutionskostnaderna (kostnaderna för att få dom) då utgör en högsta gräns.

> Att C inte har rådigheten kan bero på att sekundogäldenären inte fått någon information alls och att A således har kvar rådigheten. Rådigheten kan också vara avskuren båda, d v s Ett tredje fall är att varken C eller A har rådigheten utan sekundogäldenären har rätt att nedsätta betalningen.

I argumentationen är det således transaktionskostnaderna som är ytterst avgörande för effektiviteten. Att så är fallet beror på att de totala kostnaderna för parterna inte påverkas av om C får företräde eller A får omsättningsrätt.

Förhållandet kan illustreras enligt följande:

> Om C får företräde blir A:s förlust p g a godtrosförvärvet fordrans värde med säkerhet, vilket t ex är 100. Denna förlust kan dock lindras av att A får kompensation för att medverka till rådighetsövergång. Kompensationen blir aldrig högre än de alternativa exekutionskostnaderna, och utgör t ex 1. Den totala förlusten blir då 99. Får A omsättningsrätt kan han lindra sin förlust p g a godtrosförvärvet med priset - transaktionskostnader, t ex 40 - 2 = 38. Förlusten blir då 100 - 38 = 62.
>
> Vad resultatet blir för C beror på vilken syn man anlägger på C:s ställning. Om C inte haft någon aning om att det fanns en säkerhet kan C sägas göra en förtjänst motsvarande säkerhetens värde, minus eventuella kostnader för besittningsöverföringen, om han tilldelas säkerheten, t ex 100 - 1 = 99. Får han endast möjlighet att förvärva säkerheten gör han en förtjänst med säkerhetens värde - priset - transaktionskostnader, t ex 100 - 40 - 2 = 58.
>
> Om C förväntat sig att han genom förvärvet även skall få säkerhet ger ett företräde ett nollresultat, eller högst en förlust motsvarande kostnaderna

för att överföra rådigheten, för C. Får han endast möjlighet att förvärva säkerheten gör han en förlust med priset + transaktionskostnader, t ex 40 + 2 = 42.

Det totala resultatet av ett företräde för C blir i fallet att C anses göra en förtjänst – förlust för A med 100 eller -99 och förtjänst för C + 100 eller + 99, = 0. I fallet att C anses göra förlust – förlust för A med 100 eller -99 och förlust för C 0 eller -1, = -100.

Dessa siffror skall jämföras med resultaten av omsättningsrätt, som i fallet att C anses göra en förtjänst, blir förlust för A -62, och förtjänst för C +58, = -4. I fallet att C anses göra förlust – förlust för A med -62 och förlust för C -42, = -104.

Härtill kommer risken för att parterna inte kommer överens. Det totala resultatet blir då -100 eller -200 plus transaktionskostnader för eventuella misslyckade försök att omsätta. Skulle det inte vara möjligt att komma överens gör C nämligen ingen förtjänst alls alternativt en förlust om -100. A gör samtidigt en förlust om -100.

Eftersom parterna har information om att säkerheten endast har ett omsättningsvärde för A och säkerhetsvärdet minus transaktionskostnader och förtjänst för C, finns det goda förutsättningar för dessa parter att komma överens. Transaktionskostnaderna kan därför bli låga. Samtidigt finns det dock en viss risk för att transaktionskostnaderna blir höga, nämligen om det finns emotionella motsättningar p g a godtrosförvärvet av det löpande skuldebrevet. Eftersom det handlar om egendom som vanligen saknar särskilda värden är emotionella motsättningar dock antagligen ovanliga.

Nämnda fakta talar således för att C får företräde till säkerheten. Detta gäller oavsett om C har fått rådigheten över säkerheten.

Det skall anmärkas att den fråga som behandlas alltså handlar om förhållandet mellan sakrättsborgenärer. En angränsande fråga är vad som skall krävas för att C skall ges företräde framför pantsättarens borgenärer. Ett argument som kan hävdas är att fordringsägarna inte är skyddsvärda eftersom de s a s redan gått miste om säkerheten genom att panthavare A en gång uppnått en prioriterad position. Jag har ovan närmast utgått från detta. Med en motsatt lösning påverkas faktaargumentationen såtillvida att både A och C måste iaktta att säkerheten till slut kan komma att sakna värde även för A.

7.6.1.3 Är A eller C mest skyddsvärd?

Värdeargumenten i frågan har att göra med att C kan gynnas på A:s bekostnad. Om C inte ens anat att den förvärvade fordran varit säkrad kan han som nämnts sägas göra en förtjänst om han får företräde även till säkerheten. Företräde i dessa fall framstår inte som rättfärdigt. Det förefaller mer rimligt att A får omsättningsrätt och kan ta betalt för att släppa säkerheten.

Är det å andra sidan så att C haft goda skäl att förvänta sig att även säkerheten skulle komma att omfattas, är förhållandet mer neutralt. Det framstår varken som orättfärdigt eller rättfärdigt om C får företräde.

Värdeargumenten påverkas av den omständigheten att godtrosförvärv som regel inte är möjligt vid obehörigt förfogande över enkla fordringar. En förvärvare C bör vara medveten om detta och m a o medveten om riskerna med att förvärva en huvudfordran som är säkrad med en enkel fordran. Det är avgörande att man avtalar med behörig förfogare.

7.6.1.4 Modifierat företräde för god tro

En avvägning mellan norm-, fakta- och värde bör innebära att C får företräde genom en möjlighet till godtrosförvärv. När C har fog att förvänta sig att han skall få säkerhet får han företräde p g a fakta.

Slutsatsen är således att C, i samband med godtrosförvärv av en löpande huvudfordran, kan göra godtrosförvärv av säkerheten i den enkla fordran om han är i god tro och får rådigheten. I övriga fall bör A ha rätt att omsätta säkerhetsrätten till C.

Vad som krävs för att uppfylla kravet på rådighet anges i 30 § SkbrL. C måste åberopa skriftligt förvärv från B, eller motsvarande. Dessutom måste B framstå som behörig genom åberopande av skriftligt förvärv från A.

7.6.2 Svagt obehöriga förfoganden

När B faktiskt förvärvat fakturafordran från A, men förvärvet kan angripas med en svag ogiltighetsgrund eller kontraktsbrott finns det typiskt sett faktorer som gör att C faktiskt kan ha god anledning att uppfatta B som behörig. B kan t ex ha uppvisat ett skriftligt pantavtal som A undertecknat. Samtidigt har fakturafordran sällan något särskilt värde för A och det kan därför hävdas att A:s intressen kan tillgodoses genom skadeståndskrav på B istället för att C skall behöva avstå sitt förvärv.

De fall som skall behandlas här är då B är pantsättare och alltså har förvärvat fakturafordran från A. Att en fordran på detta sätt först förvärvas av B som sedan i sin tur pantsätter den är kanhända inte särskilt vanligt, men problematiken speglar samtidigt även de fall då A är pantsättare och B såsom panthavare förfogar över den pantsatta fordran utöver de möjligheter pantavtalet ger. Eftersom panthavarens obehöriga förfoganden över panten lättast förstås mot bakgrund av pantrealisationsregler och principer för panthavarens förfoganderätt tar jag upp de fallen i avsn 8.3.8 och 8.9.

Den rättsfråga som skall behandlas är således - *vilket skydd sakrättsborgenärerna skall ha mot att panthavaren förvärvar panträtt i en faktura fordran som pantsättaren förvärvat på ett sätt som kan angripas med svag ogiltighetsgrund eller kontraktsbrott?*

7.6.2.1 Generell vindikationsprincip eller företräde för obligationsrättslig modell?

Som nämnts inledningsvis är de generella normargumenten för att ge A företräde ganska tydliga. Normativt stöd för att behandla fallen av svag ogiltighet på särskilt sätt finns främst hos en författare. I sin sammanvägning av argument kommer han till slutsatsen att C skall ges företräde vid god tro.

> - ”Enligt min uppfattning saknas alltså hinder för att inom ramen för gällande rätt tillåta ett begränsat godtrosförvärv av enkla fordringar. De … presenterade skälen talar för att härvidlag tillämpa den obligationsrättsliga modellen: C:s goda tro vid avtalet med B utsläcker A:s vindikationsrätt, om denna bygger på svag ogiltighet i kausalavtalet med B.”[479]

Som normargument för en sådan lösning kan kanske framför allt anföras att de generella normargument som finns för att ge A företräde helt enkelt inte åsyftat de här aktuella fallen.[480] Detta kan även hävdas beträffande SkbrL som ju dessutom inte uttryckligen reglerar frågan.[481] Motsvarande kan sägas om rättspraxis med hänvisning till att HD inte i något fall synes ha haft att göra med omständigheterna svag ogiltighetsgrund och god tro. De flesta fall är då emellertid från tiden före SkbrL.[482] Vidare kan för ett företräde för C:s anföras en extensiv tolkning av skenregeln i AvtL 34 §.[483]

Svagheten i den nämnda argumentationen är givetvis just att de generella normargumenten för att ge A företräde just kan hävdas för en generell princip. I doktrinen har utöver en motsatsvis tolkning 31 § 2 st SkbrL också anförts 27 § SkbrL. Tankegången har då varit att eftersom B saknat rätt till fakturafordran så har B inte kunnat kräva sekundogäldenären och därmed skulle inte heller C kunna göra det eftersom C inte får bättre rätt.[484] Motsvarande skulle kunna hävdas beträffande 28–30 § SkbrL, men å andra sidan lider samtliga dessa argument av svagheten att de syftar till att reglera sekundogäldenärens intressen.[485] I den mån dessa

[479] Göransson 1984 s 136.
[480] Göransson 1984 s 133.
[481] Göransson 1984 s 108–110.
[482] Göransson 1984 s 95–106.
[483] Jfr Göransson 1984 s 111–112.
[484] Undén 1976 s 142. Jfr Göransson 1984 s 118.
[485] Jfr Göransson 1984 s 118–124.

systemargument godtas kan man dock hävda att det är beroende av omständigheterna om sekundogäldenären lider mindre skada av att få fullgöra till A jämfört med att fullgöra till C.

7.6.2.2 Omsättningen påverkas i liten mån men godtrostvister är kostsamma

Till faktaargumenten hör som nämnts att en fakturafordran relativt sällan har några andra värden än bytesvärde. Att genomföra en återgång skulle därför medföra onödiga kostnader. Å andra sidan finns det skäl att anta att A och C med en klar och entydig princip om företräde för A, ofta skulle kunna komma överens om att avveckla sitt mellanhavande på lättaste sätt, t ex genom att C helt enkelt betalar ett belopp till A och sedan försöker kräva ut detta från B. Argumentet att det s a s bara handlar om pengar verkar därför i båda riktningar.

Ett annat antagande om frekvens är som nämnts också att det är ovanligt att den som förvärvat en fakturafordran i sin tur pantsätter denna. Än mer ovanligt är givetvis att det då handlar om ett obehörigt förfogande. I den mån sådan omsättning genomförs är risken å andra sidan stor för att pantsättaren i de fallen inte kan kompensera sina sakrättsborgenärer för de skador som de drabbas av. I dessa fall har B typiskt sett svag ekonomi. Något som jämförelsevis kan antas vara mer sällsynt i fall av obehörig pantrealisation, se avsn 8.3.8.

Att frekvensen är liten talar för att omsättningen påverkas i liten mån av att A ges företräde. Samtidigt skulle den omvända ordningen, med ett godtrosrekvisit, antagligen öka antalet tvister som föranleder process.

7.6.2.3 Varför skilja liknande fall?

Till värdeargumenten hör i första hand det skyddsvärda i C:s goda tro. Att den som förlitat sig på de attribut som B uppvisat för sin ställning är skyddsvärd är ju själva grunden i AvtL:s regler om svag ogiltighet. Det kan också synas orimligt att C, just med stöd av dessa regler, ges skydd i de fall B inte själv övertagit rätten till fakturafordran utan med enhanda medel förmått A att överlåta den direkt till C. Enligt AvtL skall ju en godtroende ges skydd om motparten av tredje man rättsvidrigt förmåtts att ingå avtalet. A:s möjligheter att skydda sig mot svagt obehöriga förfoganden från B kan synas väl så goda som möjligheterna att skydda sig från fallen av direkt överlåtelse. [486]

[486] Göransson 1984 s 114–117.

7.6.2.4 A skall ges företräde

I en sammanvägning av de anförda argumenten menar jag dock att framför allt normargumenten för att ge A företräde bör överväga. Visserligen kan det alltså hävdas att dessa normargument inte åsyftat de här aktuella fallen, men föreställningen om en vindikationsprincip utan undantag förefaller ganska fast. När det då samtidigt inte anförs några särskilt överväldigande argument för att en godtrosförvärvsmöjlighet vore mer effektiv eller skulle tillgodose behov i den praktiska omsättningen finns det liten anledning att tillgodose förvärvares intressen av skydd för god tro.

Beträffande obehörig pantrealisation menar jag däremot att en motsatt lösning kan vara motiverad. Normargumenten är där inte lika starka och B har typiskt sett bättre förutsättningar att kompensera A etc, se avsn 8.3.8.

7.7 Obehörigt förfogande över företagshypoteksbrev

7.7.1 Endast företagshypoteksbrevet

När det gäller obehörigt förfogande anses FHL 1:3 reglera typfallet att företagshypoteksbrevet skulle ställas som säkerhet för den obehöriges skuld. Den förste sakrättsborgenären A har företräde eftersom det anges att näringsidkaren, och således endast näringsidkaren, kan upplåta företagshypotek. Denna tolkning har uttryckligt normativt stöd i förarbetena till FHL som hänvisar till motsvarande tolkning av förebilden JB 6:2.[487] För A får en sådan tolkning anses innebära att dennes rätt står sig framför C som härleder sitt förvärv från någon annan än näringsidkaren.

Ett värdebaserat motiv för denna lösning är att förvärvare i dessa sammanhang bör kontrollera att det är näringsidkaren som man avtalar med. Faktaargument är att transaktionskostnaderna för kontrollen och risken inte är tillräckligt beaktansvärda för att ge C företräde.

Regeln har som nämnts tillkommit med JB 6:2 som förebild. Lagstiftaren förefaller inte uttryckligen ha beaktat frågorna om omsättningsprincipen och sakrättsborgenärernas skydd vare sig för fastighetspant eller företagshypotek. Att så är fallet, eller att transaktionskostnaderna underförstått inte ansetts beaktansvärda, sammanhänger kanhända med att det i båda fallen kan antas att pantbrev är egendom som mer sällan kommer på avvägar till

[487] SOU 1981:76 s 143.

någon som obehörigen vill utnyttja det för omsättning. De ojämförligt vanligaste företagshypotekshavarna och panthavarna är bankerna och de antas antagligen sällan ha nämnda intresse. Deras ekonomiska förhållanden är också vanligtvis sådana att de kan kompensera en skadelidande.

Företrädet för A innebär att senare förvärvare eller m a o sakrättsborgenärer C kan lida skador. Det rättsliga skyddet för dessa består av regler som straff- och skadeståndsbelägger förfogarens handlande.

7.7.2 Företagshypoteksbrevet som en del av löpande förbindelse

Ett viktigt specialfall av obehörigt förfogande är då A:s huvudfordran finns uttryckt i ett löpande skuldebrev som omsätts av en obehörig, jfr avsn 7.6.1 som behandlar fallen där pantobjektet är en fakturafordran.

> Sådan omsättning av huvudfordran med tillhörande företagshypoteksbrev är en möjlig form enligt förarbetena. Denna omsättning anses inte omfattad av regeln att endast näringsidkaren får ställa företagshypotek som säkerhet.[488]

7.7.2.1 Var sak för sig eller företräde för godtro?

Förvärvaren C kan i dessa fall enligt skuldebrevsrättsliga regler göra ett godtrosförvärv av skuldebrevet. Enligt vad som nyss nämnts om företagshypoteksbrev kan detta emellertid inte godtrosförvärvas. Om företagshypoteksbrevet endast har ställts som säkerhet för den aktuella fordran uppstår frågan om de skuldebrevsrättsliga principerna skall påverka principerna för företagshypotek, eller för den delen tvärt om?

Normargument i frågan är, liksom i avsnitt 7.6.1, att det är fråga om två olika objekt som regleras av olika normer. Någon påverkan skulle därför inte vara aktuell.

7.7.2.2 Transaktionskostnaderna talar för att ge C företräde

Det centrala faktaargumentet är också detsamma som för fordringspant. A har inte någon nytta av företagshypoteksbrevet och att C har full nytta av det.[489] Därmed är det effektivt att C får även företagshypoteksbrevet. Argumentet bygger på att A inte har rätt att omsätta företagshypoteksbrevet. Som nämnts är en sådan rätt inte otänkbar m h t utgångspunkten om omsättningens frihet. Dock påverkas den även här av säkerhetsrättsliga principer om att det endast är pantsättaren som kan styra över vilken fordran som säkerheten gäller, och omsättningsrätten bör därför vara begränsad till överlåtelse till den senare sakrättsborgenären.

[488] SOU 1981:76 s 143.
[489] Walin 1991 s 146–148, 1998 s 152-154. Jfr Rodhe 1994 s 515–516.

Vad som är den effektivaste lösningen kan förklaras med de transaktionskostnader som uppstår m h t olika omständigheter. Besittningen till företagshypoteksbrevet är av stor betydelse för att C skall kunna utnyttja en eventuell rätt. Om C redan har besittningen blir det inga kostnader för att överföra denna. Det är då effektivare att C får säkerhetsrätten jämfört med att han måste förvärva den av A. Ett sådant förvärv föranleder transaktionskostnader.

Om C inte har besittningen måste denna som regel överföras. Man får då jämföra transaktionskostnaderna mellan fallet att A har omsättningsrätt och fallet att C har rätt att få besittningen genom exekution samt den alternativa möjligheten att avtala med A om vederlag för dennes medverkan. Transaktionskostnaderna torde härvid vara lägst i det senare fallet eftersom exekutionskostnaderna då utgör en högsta gräns.

I argumentationen är det således transaktionskostnaderna som är ytterst avgörande för effektiviteten. Att så är fallet beror på att de totala kostnaderna för parterna inte påverkas av om C får företräde eller A får omsättningsrätt. Förhållandet kan illustreras med samma sifferexempel som i avsn 7.6.1.2 ovan.

Fakta talar således för att C får företräde till företagshypoteksbrevet. Detta gäller oavsett om C har företagshypoteksbrevet i sin besittning.

7.7.2.3 Vem är mest skyddsvärd?

Värdeargumenten i frågan har att göra med att C kan gynnas på A:s bekostnad. Om C inte ens anat att den förvärvade fordran varit säkrad kan han som nämnts sägas göra en förtjänst om han får företräde även till säkerheten. Företräde i dessa fall framstår inte som rättfärdigt. Det förefaller mer rimligt att A får omsättningsrätt och kan ta betalt för att släppa säkerheten.

Är det å andra sidan så att C haft goda skäl att förvänta sig att även säkerheten skulle komma att omfattas, är värde mer neutralt. Det framstår varken som orättfärdigt eller rättfärdigt om C får företräde.

Värdeargumenten påverkas av den omständigheten att godtrosförvärv som regel inte är möjligt vid obehörigt förfogande över företagshypoteksbrev. En förvärvare C bör vara medveten om detta och vet då att han inte kan få företräde. Emellertid är det endast fråga om en risk för att han inte skall få säkerhet. Om det inte finns någon A får C säkerhet. Därmed kan C ha beaktansvärt fog för en förväntan om att få säkerhet.

7.7.2.4 En modifierad godtrosförvärvsregel

En avvägning mellan norm, fakta och värde bör innebära att C får företräde genom en möjlighet till godtrosförvärv. När C har fog att förvänta sig att han skall få säkerhet får han företräde p g a fakta. I gränsdragningen för sådan befogad förväntan är ett värdeargument att besittningen av företagshypoteksbrevet har betydelse. Besittningen har också betydelse i faktahänseende. Ett uteblivet företräde kan, med motsvarande resonemang som ovan, i värsta fall leda till transaktionskostnader för att återföra besittningen till A.

Slutsatsen är således att C, i samband med godtrosförvärv av en löpande huvudfordran, kan göra godtrosförvärv av säkerheten i företagshypoteksbrevet om han är i god tro och får besittningen. I övriga fall bör A ha rätt att omsätta företagshypoteksbrevet till C.

7.7.3 Företagshypoteksbrevet som en del i skenkonstruktion

Ett särskilt fall av obehörigt förfogande är när förfogaren har förfogandelegitimation p g a en skenkonstruktion. För dessa fall stadgar AvtL 34 § ett godtrosskydd för C. A anses inte skyddsvärd i förhållande till en godtroende förvärvare.

För företagshypotek innebär detta att C kan förvärva en skenfordran med tillhörande skensäkerhet eller en äkta fordran med tillhörande skensäkerhet.

7.8 Dubbelförfogande över företagshypoteksförmånsläge

Ett i praktiken förekommande förfarande är att förvärvare utbetalar kreditbeloppet mot att förfogaren undertecknar en pantförskrivning och en inteckningsansökan. Avsikten är att förvärvaren skall få ett företagshypoteksbrev med det *förmånsläge* som står på tur.[490]

> Dubbelförfogande över förmånsläge kan, på grund av den allmänna datoriseringen och därav följande lagändringar, komma att bli den enda relevanta frågeställningen. Fastighetspantsystemet har genom införandet av datapantbrev 1994 genomgått en förändring som för de flesta fall innebär att dubbelförfogandeproblematiken handlar om transaktioner mot ett register.

Eftersom inskrivningsmyndigheten är skyldig att sända ett på grund av ansökan utfärdat företagshypoteksbrev till förvärvaren löper förvärvaren

[490] Jfr ang fastighetspantbrev Jensen 2001 s 52-53.

små risker för att förfogaren överlämnar brevet till någon annan. Förvärvaren har som nämnts också sakrättsligt skydd mot borgenärerna från det att företagshypoteksbrevet utfärdats, d v s från inteckningsbeslutet.[491] Emellertid står förvärvaren riskerna för att inteckning inte beviljas och för att förfogaren återkallar ansökan.[492] Förvärvaren står också risken för att förfogaren för annan förvärvares räkning ansöker om inteckning avseende samma förmånsläge. Det blir då fråga om ett dubbelförfogande.

> Härvid finns det två varianter. Den ena är att förfogaren undertecknar en inteckningsansökan som förvärvaren C lämnar in. Den andra är att förfogaren själv söker en inteckning, får ut ett företagshypoteksbrev och ställer detta som säkerhet till C.

Riskerna för skadorna av denna form av dubbelförfogande skulle minska om förvärvarna tillämpade ett förfaringssätt som innebar att kreditbeloppet inte utbetalades förrän det stod klart att ingen annan ansökan ingivits den aktuella inskrivningsdagen. (Skadan skulle då endast omfatta utebliven nytta för den som får stå tillbaka.) Incitamentet att utföra dubbelförfoganden skulle då också vara litet.

Måhända är det emellertid inte nödvändigt att på nämnda vis minska riskerna. Dessa kan nämligen antas vara tämligen små.

En anledning till att riskerna är små är att C vanligtvis får information som antyder att en transaktion skett. Företagshypotek används i första hand av banker som vid ansökan om kredit vanligtvis omedelbart söker kreditupplysning hos Upplysningscentralen. Härvid anger banken det belopp som den sökta krediten avser. Detta belopp och tidpunkten för kreditansökan registreras av Upplysningscentralen. Uppgifter härom ingår sedan i de kredituppgifter som lämnas ut. Om förfogaren efter att ha fått kredit av banken A vänder sig till en annan bank C, kommer denna därför att kunna notera att kredit sökts hos A.

En annan anledning till att riskerna är små är att bankerna vanligtvis ställer som villkor att förfogaren skall vara kund i banken. Ett motiv härför är att banken som företagshypotekshavare vill ha viss kontroll över förfogarens kapitalflöden. Härigenom blir det svårare att få kredit från fler än en bank.

Riskerna är således tämligen små. En berättigad fråga är därför om problemet kan sägas vara verklighetsfrämmande och att det därför inte finns anledning att beakta det. Jag menar dock att det finns anledning att se närmare på argumenten. Att riskerna är små kan bero på att det rättsliga skyddet för sakrättsborgenärerna är effektivt.

[491] Se avsn 6.2.4. SOU 1981:76 s 141 som hänvisar till NJA 1981 s 507.
[492] Dahlgren/Rune 1996 s 24. Walin 1995 s 39. Jensen 2001 s 52-53.

7.8.1 Specialregel om företräde för äldst rätt eller godtrosförvärv?

Ser man så till normargumenten finns det en norm som reglerar prioriteringen mellan ansökningar om inteckning, FHL 3:4. Enligt denna får tidigast inteckning företräde. Vid två ansökningar på samma inskrivningsdag får de samma prioritet, d v s företagshypoteksbreven kommer att gälla parallellt. Regeln förefaller inte tänkt att reglera prioriteten mellan två förvärvare utan är snarast en regel som skall beskriva en del av företagshypotekssystemet. Om den emellertid får fullt genomslag även vid dubbelförfogande innebär den att en senare förvärvare kan få företräde oavsett om han skulle vara i ond tro.

Övriga normargument är för det första principen om att den som först fått sakrätt skall ha företräde, HB 1:5 och HB 13:2. Denna princip har numera emellertid begränsad tillämplighet eftersom det för fall där dubbelförfogandeproblematiken uppmärksammats genom modern lagstiftning, som regel istället är så att C har företräde. Företrädet är dock begränsat till fall där C är i god tro. För de typer av egendom som ligger närmast, nämligen löpande skuldebrev och lösöre, är rekvisiten god tro och besittning. Av särskild betydelse för företagshypotek är det då att lagstiftaren utsträckt möjligheterna till godtrosförvärv att vid dubbelförfogande avse fler slag av egendom än vid obehörigt förfogande och att ett syfte härvid varit att underlätta pantsättning.[493] Detta normargument talar således för att C skulle skyddas med i vart fall en möjlighet till företräde vid god tro.

7.8.2 Kontrollkostnaderna mindre än rådighetsavskärandekostnaderna

Vad gäller fakta är en första fråga om företräde för A eller C är effektivt. Om företräde för C anses effektivt blir nästa fråga om krav på god tro är effektivt eller om företrädet skall gälla oavsett god tro.

Det i den juridiska litteraturen dominerande antagandet om fakta, vad gäller dubbelförfogandesituationen generellt, är att företräde för C är effektivt. Ett företräde för C anses leda till ökad omsättning eftersom förvärvare generellt inte behöver stå risk för att någon eventuell A har företräde. Härigenom minskar de kostnader för kontroller som annars skulle genomföras för att begränsa riskerna. Företräde för C leder samtidigt till ett incitament för förvärvare att avskära förfogaren rådighet över egendomen. Genom rådighetsavskärande minskar riskerna för dubbel-

[493] Håstad 1994 s 83, 1996 s 84.

förfogande eftersom C då får ökad anledning att misstänka att förfogaren inte har rätt att förfoga. Visserligen medför företrädet för C att vissa kostnader uppstår, genom det ökade incitamentet att rådighetsavskära, men dessa kostnader antas vara lägre än den annars uteblivna omsättningsnyttan och kontrollkostnaderna. Det skall påpekas att incitament att avskära rådigheten redan finns p g a reglerna om skydd för borgenärerna men företräde för C ger ett ytterligare incitament.

> I sammanhanget bör man beakta att kostnaderna för rådighetsavskärande inte bara består i att utföra avskärandet utan också att utföra det vid en viss tidpunkt. Riskerna för att borgenärerna skall få företräde motiverar typiskt sett ett avskärande vid en senare tidpunkt än riskerna för att C skall få företräde.

Det nämnda antagandet förefaller emellertid inte generellt tillämpligt. Ett annat antagande är nämligen att det finns en gräns för vilken risknivå som faktiskt påverkar omsättningsfrekvensen och kontrollkostnaderna. Om riskerna är tillräckligt små är det inte rationellt att beakta dem i beslut att omsätta och beslut att minimera riskerna. Kostnaderna för C:s företräde, i form av kostnaderna för rådighetsavskärande, kan då bli större än nyttan av ökad omsättningsfrekvens och kontrollkostnaderna. Under sådana omständigheter är det i princip effektivt att A får företräde framför C. Med en sådan reglering minimeras transaktionskostnaderna.

Som nämnts ovan kan riskerna antas vara tämligen små och därmed skulle ett företräde för A vara motiverat.

Till saken hör dock också att rättslig reglering styr subjektens agerande. Om kontrollerna till följd av låga risker är få och avskärandefrekvensen till följd av ett företräde för A är liten, skulle frekvensen av dubbelförfoganden och därmed riskerna för skador kunna öka. Med ett företräde för C ger man emellertid inte detta utrymme för riskerna att öka. Om man förmodar att riskerna skulle öka med en annan reglering kan därför företräde för C anses effektivt även om riskerna är så små att de inte påverkar omsättningsfrekvensen och kontrollkostnaderna.

Nästa fråga blir därför vad det beror på att riskerna är små. Vad gäller den nuvarande rättsliga regleringens inverkan kan konstateras att normargumenten inte entydigt utpekar någon lösning. Därmed står i princip både A och C risk för att den andre får företräde. Om riskerna för A begränsades genom att A fick företräde skulle detta i princip kunna leda till att A blev mer slarvig och inte brydde sig om att vidta åtgärder för att begränsa sina och därmed även andra förvärvares risker. Mot detta talar dock ett antagande om att denna typ av slarv skulle bli sällsynt.

Således talar de nämnda faktaargumenten även med beaktande av rättens styrning för ett företräde för A.

Ett annat faktaargument har att göra med att storleken på skadorna för singularsuccessorerna påverkas av om de betalat ut kreditbeloppet till förfogaren. Om de inte betalat ut beloppet blir skadan av företräde för förvärvaren endast utebliven nytta. Denna kompenseras med en skadeståndsfordran. Har de betalat ut beloppet, eller motsvarande, står de därutöver risk för att inte få någon utdelning på den fordran. Typiskt sett är kreditbeloppet större än nyttobeloppet av en transaktion. Mot bakgrund härav skulle det kunna finnas anledning att skilja mellan fall där sakrättsborgenären har betalat ut kreditbeloppet och fall där utbetalning inte gjorts. Den sakrättsborgenär som betalat ut skulle då få företräde.

> I praktiken borde en användbar lösning vara att den som inte betalat ut, men har företräde, endast får företräde för sin skadeståndsfordran och inte rätt att fullfölja avtalet.

7.8.3 Vem är mest skyddsvärd?

Värdeargumenten kan tala för såväl företräde för A som för C. Ett värdeargument som bör uppmärksammas är dock att A vid dubbelförfoganden inte är lika skyddsvärd som vid obehöriga förfoganden. C skulle i princip inte behöva visa A någon hänsyn om det nu är så att förfogaren föredrar att istället fullfölja ett avtal med förvärvaren. Därmed skulle även en förvärvare som är i ond tro anses mer skyddsvärd än A.[494]

7.8.4 Företräde för äldst rätt

Om man så försöker avväga mellan norm, fakta och värde är det trots övriga allt svårt att förbigå normen i FHL 3:4. Således bör den som först söker inteckning få företräde. Vid två samtida ansökningar får de enligt regeln samma prioritet. Eftersom FHL 3:4 inte innehåller något godtrosrekvisit gäller företrädet oavsett ond tro. Undantag kan göras för fall där C är i så kvalificerad ond tro att C medverkar i brott mot A.

När det gäller fakta avseende om företräde för C är effektivt även vid ond tro kan det antas att denna form leder till fler fall av dubbelförfogande än om företrädet endast gäller vid god tro. Å andra sidan blir kontrollkostnaderna och handläggningskostnaderna lägre.

[494] Håstad 1994 s 82-83, 1996 s 83–84.

7.9 Dubbelförfogande över företagshypoteksbrev

Beträffande dubbelförfogande över företagshypoteksbrev stadgar FHL 1:3 att företagshypotek ”upplåts genom” att företagshypoteksbrevet överlämnas. Denna skrivning skulle kunna anföras för en princip om att säkerhetsavtalet blir bindande mellan parterna först vid överlämnandet, såsom ett realavtal, jfr avsn 7.2.1 ovan. Således skulle den av sakrättsborgenärerna som får besittning få företräde vid ett dubbelförfogande. En sådan argumentation avfärdas dock i doktrinen.[495]

Andra normargument som kan hävdas är, liksom i föregående avsnitt, principen om företräde för första förvärv och principen om godtrosförvärv. Den ovan använda FHL 3:4 har däremot inte betydelse såvida man inte menar att det faktum att förmånsläge och företagshypoteksbrev representerar samma del av förfogarens förmögenhet har normativ betydelse.

> Med den slutsats som dragits i föregående avsnitt, d v s ett företräde för C, skulle ett företräde för A avseende företagshypoteksbrev, medföra att tidpunkten för företagshypoteksbrevets uppkomst fick betydelse. Detta är möjligen en märklig effekt men den förorsakar antagligen inga större kostnader när denna tidpunkt preciserats normativt.

Även i faktaargumentationen kan man framföra delvis samma argument som i föregående avsnitt. Riskerna för dubbelförfogande kan antas vara små. Omsättningen antas gynnad av att förvärvare, d v s C, står låga risker. Kontrollkostnaderna antas då minska och riskerna minskar genom det ökade incitamentet för A att avskära förfogarens rådighet.

Avvikande fakta jämfört med föregående avsnitt är emellertid att frekvensen för avskärande av förfogarens rådighet kan antas vara mycket hög. När företagshypoteksbrevet existerar finns det sällan anledning att avvakta med överlämnande och är det ett nyutfärdat brev skickas det direkt till förvärvaren. Därmed kan transaktionskostnaderna för rådighetsavskärande antas vara lägre än risktagandet. Att så kan vara fallet trots låga risker för dubbelförfogande, beror på att riskerna också består av riskerna för bristande sakrättslig verkan mot borgenärerna. Det är antagligen dessa risker som är det helt avgörande incitamentet för rådighetsavskärande och ett företräde för A i dubbelförfogandekonflikten kan därför inte antas leda till en lägre avskärandefrekvens. Nämnda fakta talar egentligen inte för företräde för någon av A eller C. Eftersom

[495] Walin 1995 s 39–40.

riskerna för dubbelförfogande är små påverkar riskerna knappast omsättningen.

Ett annat avvikande fakta är dock att det är förenat med kostnader att överföra besittning från en sakrättsborgenär till en annan. Detta fakta talar för att den som har besittningen skall få företräde. Denna omständighet kan tyckas obetydlig men bör leda till företräde för C eftersom kostnaderna med ett sådant företräde förefaller lägre.

I valet mellan företräde vid god tro eller bara på grund av besittning förefaller det effektivt att inte uppställa något godtroskrav. Handläggningskostnaderna för att utreda god tro blir då lägre och besittningen behöver inte överföras.

När det gäller värdeargumenten är dessa liksom i föregående avsnitt ganska neutrala. Det handlar om kommersiella aktörer och egendom som vanligtvis saknar andra värden än omsättningsvärde.

Slutsatsen blir att C, p g a faktaargument, bör ha företräde om han tagit besittningen.

Ett dubbelförfogande över säkerhet i företagshypotek kan i princip också ta sig uttryck i konkurrerande upplåtelser av förmånsläge och företagshypoteksbrev. Om förfogaren förfogar över förmånsläget till A och sedan får besittningen till det företagshypoteksbrev som utfärdas, kan förfogaren överlämna detta till säkerhet för C. Den enda skillnaden jämfört med dubbelförfogande över företagshypoteksbrev är att riskerna för denna form av dubbelförfogande antagligen är helt obetydliga. För att förfogaren skall få besittningen krävs i princip att inskrivningsmyndigheten skickar företagshypoteksbrevet fel eller att förfogaren begår brott. För C framstår riskerna dock som desamma som för dubbelförfogande över företagshypoteksbrev. Lösningen bör vara densamma som för dessa fall.

8 Pantsättarens skydd

Pantsättaren drabbas genom pantavtalet av olika kostnader och risker. Frågan om i vilken mån pantsättaren skall stå dessa kostnader och risker kan sägas vara beroende av dels om pantsättaren bäst kan minimera dessa, dels av i vilken mån han kan fatta rationella beslut. I den krediträttsliga argumentationen ses pantsättarens intressen härvidlag mot bakgrund av att han typiskt sett utgör den svagare parten i avtalsrelationen och att han såsom varje kredittagare tenderar att ta alltför stora risker för att försöka ta sig ur en ekonomisk kris. Dessa pantsättarens intressen uppmärksammas dock inte explicit i alla avseenden. Gentemot vissa skador hävdas därför ganska långtgående skyddskonstruktioner, medan skyddsaspekten för andra skador är otydlig. Således kan det hävdas att pantsättarens skydd mot att panthavaren tillägnar sig säkerhetens värde är relativt väl tillgodosett, i vart fall i den del som utgörs av schablonregeln om förbud mot s k förverkandeklausuler. I andra delar, såsom beträffande avtalsvillkor som medför särskilda risker för att pantsättarens skall drabbas av likviditetsproblem, tydliggörs skyddsargumenten i avsevärt mindre mån.

8.1 Skador eller kostnads- och riskminimering

Det här kapitlet skall behandla hur rätten skyddar pantsättaren från olika negativa effekter eller skador som omsättningen kan sägas orsaka. Ett sätt att beskriva hur pantsättaren kan sägas lida skada av omsättningen är att jämföra hans position innan omsättningen med hans position efter. Motsvarande jämförelser har i princip legat till grund för skadebeskrivningarna för de olika tredje män som behandlats i kapitel 5 - 7. Beträffande pantsättaren finns det emellertid anledning att också beakta vilken position han skulle ha hamnat i om omsättningsavtalet givit vad det borde ha givit.[496]

[496] Jfr Herre 1996 s 299–301, 312-317.

Med omsättningsteorin kan det nämnda uttryckas som att förhållandena måste vara perfekta för att ett avtal skall generera nytta, se avsn 1.7.2 och 1.7.4. Parterna skall ha stabila preferenser och således vara psykiskt kapabla att fungera rationellt. De får inte vara hindrade av yttre omständigheter såsom hot eller sådant som utgör ockersituationer i vid mening. Vidare måste omgivningen vara perfekt. Förutom att avtalet inte får skada tredje man innebär detta att parterna skall ha full information om innebörden och konsekvenserna av sitt handlande. Det skall också finnas alternativa parter att avtala med och det får vidare inte finnas några kostnader för att nå en överenskommelse.

Mot bakgrund härav skulle man kunna tala om att varje avvikelse från de nämnda perfekta förhållandena orsakar skador. I vart fall är det med omsättningsteorin rättens uppgift att kompensera för dessa bristande förutsättningar. Annars genererar omsättningen inte den antagna nyttan. Emellertid är det uppenbart att det inte är möjligt att fullständigt kompensera för bristerna i förhållande till detta fiktiva ideal. Full information är svårt redan att eftersträva, särskilt om man samtidigt inte vill ha några transaktionskostnader. Det handlar därför om avvägningar. I dessa avvägningar får framför allt föreställningar om vem som bäst kan minimera olika kostnader och risker betydelse. Vad som är intressant i detta kapitel är då i vilken mån en ineffektiv placering av risk eller kostnad kan sägas drabba pantsättaren. Kapitlet är därför indelat i olika avsnitt som tar utgångspunkt i olika konkreta handlingar som panthavaren företar. I varje avsnitt beskrivs hur dessa handlingar kan komma att medföra skador. Avsnitten behandlar sedan det skydd rätten ger pantsättaren mot de olika skadorna.

8.2 Förverkande av omsättningsvärde genom förbehåll

8.2.1 Skador

Ett förverkande av omsättningsvärde genom förbehåll innebär att panthavaren med stöd i avtalet tillgodogör sig den pantsatta fordran för att pantsättaren inte i tid fullgjort huvudfordran.[497] Kort sagt innebär detta att panthavaren som sanktion behåller panten. Att pantsättaren kan

[497] Som framgår nedan använder jag här termen förverkandeförbehåll. En annan term är förfallopantklausul. Jfr Lehrberg 2001 s 201 not 2.

skadas härav beror på att denne tenderar att underskatta riskerna för att han inte kan fullgöra huvudfordran. På grund av sitt kreditbehov antar pantsättaren sämre avtal och sämre villkor än vad han skulle ha gjort om han varit i stånd att värdera riskerna mer objektivt. Således föreligger inte de perfekta förhållanden som omsättningsteorin kräver och det är pantsättaren som drabbas. Panthavaren tenderar nämligen att skatta riskerna mer realistiskt eller, p g a brist på fullständig konkurrens, se till att kompensera sig tillräckligt oavsett förverkande.

En variant av avtal med förverkandeförbehåll som det av olika anledningar finns anledning att beakta för sig är då avtalet också innehåller en bestämmelse om att pantsättaren endast är betalningsskyldig för huvudfordran i den mån panten förslår. Här blir en del av pantsättarens vederlag för att han står särskild risk i anledning av bristande fullgörande att panthavaren står del av risken för den pantsatta fordran. I skadehänseende är det dock ingen principiell skillnad på dessa avtal och andra förverkandeförbehållsavtal. Även här tenderar pantsättaren att underskatta riskerna och panthavaren att skatta dem mer korrekt. Jag har valt att nedan benämna den här sortens avtal för ”förverkandeavtal med till pantvärdet maximerad betalningsskyldighet”.

> Det skall anmärkas att den här varianten av avtal beroende på övriga villkor kan klassificeras som överlåtelse och att detta påverkar värdeladdningen. Eftersom pantsättaren har lösningsrätt-återköpsrätt är dock utrymmet för en sådan klassificering begränsat, jfr avsnitt 4.5.3.

En skada inträffar alltså p g a att pantsättaren underskattar riskerna och sedan saknar förmåga att fullgöra huvudfordran. Man måste emellertid också räkna med andra fall. Ett förverkande består av två led där det första är accepterandet av förverkandeklausulen och det andra är själva förverkandet i anledning av att pantsättaren inte löser panten. I kontrast till det nämnda fallet kan därför ställas fall där pantsättaren inte underskattar riskerna respektive där orsaken till att pantsättaren inte löser panten är annat än oförmåga.

Vad gäller fall där pantsättaren inte underskattar riskerna förefaller sådana aktuella i de fall risken är mycket liten eller mycket stor. I de fall risken är liten accepterar pantsättaren förverkandeklausulen just för att risken är liten. I de fall risken är stor accepteras den för att pantsättaren värderar vederlaget (krediten) så högt att skadan av ett förverkande är acceptabel. Det kan t ex vara så att pantsättaren behöver köpa sig tid. I pantsättarens ögon är det då närmast fråga om försäljning.

När det gäller orsakerna till att pantsättaren inte löser panten är dessa antingen oförmåga i form av ekonomiska besvär eller slarv och ointresse. Ekonomiska besvär kan naturligtvis bestå av alla möjliga olika varianter. Från rent tillfällig illikviditet till varaktig insolvens.

Om man kombinerar de olika orsakerna till förverkandeklausuler och förverkande skulle man kunna tala om sex varianter. Dessa är; bristande rationalitet och oförmåga (ekonomiska besvär), bristande rationalitet och slarv-ointresse, liten risk och oförmåga, liten risk och slarv-ointresse, stor risk och oförmåga, stor risk och slarv-ointresse.

Med omsättningsteorin kan man i princip bara räkna med skador i de två förstnämnda fallen. I omsättningsteorins perspektiv är det parternas utbyte vid ögonblicket för avtalets ingående som är avgörande. Därmed är redan riskunderskattningen i sig tillräcklig för att skada skall anses föreligga. Pantsättaren skadas redan genom att stå en större risk än vad han fått motprestation för.

Det nämnda innebär samtidigt att pantsättaren inte anses lida skada i de fall han skattar riskerna korrekt.

> I den mån detta nu är praktiskt möjligt. Det torde t ex vara svårt att påstå att pantsättaren helt bortser från en möjlighet att lösa panten. Likaså är det svårt att konstatera att pantsättaren agerat rationellt och skattat riskerna korrekt.

Till saken hör här emellertid att omsättningsteorin kan kritiseras och sägas ha ett förklaringsvärde som är begränsat till att förklara varför avtal kommer till stånd och varför de generellt sett kan vara nyttiga. Att bara se till förhållandena i det ögonblick avtalet ingås är en statisk syn. Det finns anledning att anta att avtalsparter i mycket liten mån uppfattar avtalet som ett statiskt instrument där allt noggrant måste övervägas innan avtalets ingående. Med andra ord skulle det inte vara fråga om en fixering av partsförhållandena. I vart fall kan avtal som medför att parterna får att göra med varandra under en längre tid snarare uppfattas som en form av samarbete. Ett samarbete som i olika mån anpassas efter de förändringar som omgivningen bjuder.[498]

Med en mer dynamisk syn på avtalet blir det möjligt att inte strikt relatera skada till vad pantsättaren fått i utbyte i form av avtalsvillkor vid avtalets ingående. Ett förverkande skulle då kunna betraktas som skad-

[498] Jfr Baker/Faulkner/Fisher 1998 s 150 som har en intertemporal syn där och utbytet på marknaden får utgöra en process. De tar alltså hänsyn till tidsfaktorn, vilket inte teorier som omsättningsteorin (economic theories of exchange) alls gör. Det faktum att transaktioner och relationer inte är ögonblickliga leder till en normbildning (främst sociala normer) som utgör institutioner, t ex ingås och bryts inte relationer hur som helst utan efter vissa mönster. Dessa mönster varierar med vilken marknad (resurs) det handlar om. Se också Keskitalo 2000 s 277–281 som konkluderar att kommersiella avtal utgör verktyg för riskhantering framför föreställningen om att avtalet kan fördela risker genom att kategorisera dem som förutsedda respektive oförutsedda. Han menar att man måste inrikta sig på att hantera konsekvenserna av förändrade omständigheter istället för att fokusera på orsakerna. Jfr också perspektivet hos Grönfors 1993 s 128 och 1995 s 22-23, 27–28, 61–64. Jfr även argumentation kring långvariga avtal t ex Dotevall 2002 s 449–456.

ligt för att det dränerar pantsättaren på egendom i ett läge där pantsättaren har ekonomiska besvär. I ett sådant läge kan det hävdas att ett subjekt drabbas särskilt hårt av en förmögenhetsminskning.

> När den ekonomiska krisen gått tillräckligt långt kan man säga att det snarast är pantsättarens borgenärer som drabbas.

Huvudfrågan i detta avsnitt är – *hur skall pantsättaren skyddas mot skador av förverkande av omsättningsvärde genom förbehåll?* Denna huvudfråga sönderfaller i olika delfrågor som formuleras i det följande.

8.2.2 Ogiltighetsschablonen 37 § AvtL

Det rättsliga skyddet består främst av 37 § AvtL som med direkt formulering omfattar ”förbehåll om att pant eller annan säkerhet skall vara förverkad”.

> Regeln kallas ofta förbudet mot lex commissoria, vilket beror på att förverkandeförbehåll sägs ha använts av romarna och där benämndes lex commissoria.[499] Avtalslagens regel har funnits med från lagens tillkomst 1915. Den föregicks och har fortfarande en närliggande variant i HB 10:2 där det stadgas att pantsättaren skall återfå ett överskott efter realisation. I doktrinen hävdas dock av de flesta att denna regel är dispositiv.[500]

Formuleringen i 37 § AvtL föranleder en rad frågor. Krävs det t ex att panthavaren behåller panten eller skall pantsättaren skyddas även mot att panthavaren realiserar panten och behåller värdet? Om så är fallet måste förbehållet relateras till pantens omsättningsvärde så att förbehåll om vite eller skadestånd som fastställs på annat sätt faller utanför? Är det avgörande att panthavaren tar betalt ur säkerheten eller omfattas fall där vitet eller skadeståndet bestäms till omsättningsvärdet utan att panthavaren tar betalt ur säkerheten? D v s fall där panthavaren är skyldig att redovisa överhypoteket och ta betalt för skadeståndsfordran på annat sätt. Och är det nödvändigt att pantsättaren anses lida skada för att regeln skall vara tillämplig? Alla de angivna frågorna har i mer eller

[499] Lennander 1977 s 256 anger att lex commissoria förbjöds år 326 i den romerska rätten Codex 8.35.3.

[500] Lennander 1977 s 254–255 nämner att HB 10:2 fram till 1907 hävdades i förening med gamla HB 9:6 (om förbud mot vite) för att åstadkomma ett tvingande förverkandeförbud. Se även NJA II 1915 s 276 och Hasselrot 1905 s 1719–1723. I NJA 1881 s 6 gjorde två justitieråd (Glimstedt och Svedelius) också detta, medan tre (Wedberg, Huss och Östergren) enbart använde sig av 9:6 för att döma till pantsättarens fördel. Walin 1988 s 318–319 anger att 10:2 är dispositiv och att den ibland ansetts obsolet men att den alltjämt tillämpas en eller annan gång (beträffande realisation). Lehrberg 2001 s 219–236 hävdar dock att regeln är delvis ”halvtvingande”. Jag skulle föredra beskrivningen att regeln är ett gångbart argument för att även åsidosätta vissa avtalsklausuler, särskilt då i förening med 36–37 § AvtL. Se avsnitt 8.3.

mindre mån att göra med om 37 § AvtL skall användas som en schablonregel eller innebära en materiell prövning.

8.2.2.1 En definition

I doktrinen beskrivs förverkandeklausulsförbudet som att ”pant inte får realiseras eller behållas utan redovisningsskyldighet” respektive som att ”panthavaren endast har rätt att erhålla ersättning ur panten i den utsträckning som erfordras för att pantfordran skall bli täckt, medan pantens överskjutande värde ofrånkomligen tillkommer pantens ägare.”[501]

Några undantag där förverkandeklausuler kan godtas förefaller inte omnämnas. Rättsföljden är ogiltighet och rättsföljden jämkning som var aktuell i det samnordiska lagförslaget antogs inte i Sverige.[502] Ett förverkandeavtal med till pantvärdet maximerad betalningsskyldighet anses inte heller godtagbart.[503] Mot denna bakgrund kan det hävdas att regeln skall omfatta alla förverkandeklausuler oavsett orsakerna till att pantsättaren accepterat dem. I så fall omfattas även de fall där det med värdeargument kan sägas finnas mindre anledning att skydda pantsättaren – med den ovan gjorda kategoriseringen skulle detta framför allt kunna vara kombinationerna liten risk och slarv-ointresse samt stor risk och slarv-ointresse. Det kan m a o hävdas att regeln är en schablonregel med objektiva gränser.

Till normargumenten hör också att det utöver 37 § AvtL finns regler om ocker och oskälighet som är tillämpliga på såväl förverkandeförbehåll som förfaranden som angränsar till sådana förfaranden, jfr nedan avsnitt 8.2.3.

8.2.2.2 Förhållandena antas vara svårbedömda

Faktaargument kan i första hand anföras avseende schablontillämpning. Regeln bygger uttryckligen på antaganden om att det är besvärligt att tillämpa en regel där egendom skall värderas i efterhand.[504] Detta faktum är dock inte allmängiltigt. Det kan finnas fall där det är ganska klart vilket värde säkerheten har haft vid olika tidpunkter. Inte minst gäller detta fakturafordringar eftersom det nominella beloppet är en tydlig värdeindikator och särskilt i den mängd fall där kreditrisken är låg.

Emellertid är det inte endast säkerhetens värde som har betydelse för om pantsättaren skadas, se även nästa avsnitt 8.2.3. Framför allt har

[501] Grönfors/Dotevall 1995 s 255. Lennander 1977 s 252.
[502] NJA II 1915 s 279. Se även Lennander 1977 s 255–256. Grönfors/Dotevall 1995 s 256.
[503] Lennander 1977 s 257.
[504] NJA II 1915 s 278–279. Lennander 1977 s 258–259. Grönfors/Dotevall 1995 s 256.

pantsättarens skattning av riskerna för att inte kunna lösa betydelse och att i efterhand bedöma om det förekommit en underskattning är inte lätt. Som nämnts är det heller inte självklart vad som skall betraktas som skadligt i sammanhanget, se även vidare nästa avsnitt 8.2.3. Mot bakgrund av dessa omständigheter ger en schablonregel en tydlighet som kan antas vara effektiv.

8.2.2.3 En schablon är acceptabel om den tillämpas inom tydliga ramar

I värdeargumentationen skall framhållas att behovet av förverkandekonstruktioner är litet. En förekommande värdering i dagens samhälle synes snarare vara att underlätta för den gäldenär som inte förmår betala än att ålägga honom en ytterligare börda.[505] Detta gäller även sådana avtal som ovan beskrivits som förverkandeavtal med till pantvärdet maximerad betalningsskyldighet. Pantsättaren tar nämligen typiskt sett en mer ödesdiger och allvarlig risk än vad panthavaren gör. Det kan också nämnas att förverkandeförbud eller pantrealisationsregler med motsvarande effekt numera synes vara allmänt förekommande i Europa.[506]

> Värdeargumenten mot förverkande kan uttryckas på många sätt. Det har således hävdats att; ”panthavarens vinst på grund av förverkande ligger utanför det naturliga syftet med pantavtalet”, att ”en parts intresse av att få behålla en opåräknad vinst av ett avtal *allmänt sett* [är] mindre skyddsvärt än intresset av att skydda en part mot förlust”, att panthavarens vinst ”framstår som mindre välförtjänt, rent av hasardartad och nära nog obehörig eller i vart fall oskälig”, att ”tilliten jämförelsevis [är] mindre skyddsvärd, därför att panthavaren *inte med säkerhet kan räkna med* vinsten” och att det därför inte är ”troligt att panthavaren å sin sida lider någon stor skada om han går miste om den slumpmässigt uppkomna vinsten”.[507]

Samtidigt kan det hävdas att värdeargument talar för en restriktiv tillämpning av en schablon eftersom det finns angränsande regler om ocker och oskälighet som kan användas för de skadliga fallen. En sådan restriktivitet skulle kunna innebära att det dels måste finnas en relation mellan panthavarens vinst och omsättningsvärdet, dels att panthavaren tar betalt ur säkerheten. Ett villkor som ger panthavaren fördelar eller sanktioner utan sådan relation eller utan sådan betalning kan vara lika förkastligt men är inte ett förverkande. Om panthavaren således har förbehållit sig ett vite eller skadestånd så kan detta inte angripas med 37 § AvtL så länge vitet eller skadeståndet bestäms på ett sätt som inte har med säkerhetens omsättningsvärde att göra. Det går heller inte att angripa ett förbehåll där vite eller skadestånd bestäms till omsättnings-

[505] Jfr RänteL 8 § och nedan avsn 8.2.7.
[506] Se t ex Andersen/Werlauff 2000 s 148.
[507] Lehrberg 2001 s 206. Jfr NJA II 1915 s 277 (JustR Sjögren).

värdet men panthavaren inte tar betalt ur säkerheten utan är skyldig att redovisa överhypoteket och ta betalt för skadeståndsfordran på annat sätt. De nämnda förverkandeliknande fallen får istället angripas med andra regler mot t ex ocker och oskäliga avtalsvillkor.

> De nämnda förverkandeliknande fallen behandlas i samband med frågan om vilken maximal påföljd panthavaren kan göra gällande mot pantsättaren, se avsnitt 8.2.7.

8.2.2.4 En schablon utan skaderekvisit

En möjlig slutsats av de anförda argumenten är att 37 § AvtL omfattar alla fall av förverkande oavsett om pantsättaren anses lida skada eller inte. Regeln omfattar dock endast fall där det finns en relation mellan panthavarens vinst och omsättningsvärdet samtidigt som panthavaren tar betalt ur säkerheten.

Rättsföljden av 37 § AvtL är att förverkandevillkor saknar verkan. Så länge det kan anses handla om säkerhetsavtal får panthavaren istället rätt att för huvudfordran ta betalt ur säkerheten. Följden blir att ett eventuellt överskott inte får behållas.

> Man kan också tänka sig fall där effekten av att förverkandeklausulen saknar verkan är att panthavaren inte ens får realisera egendomen. På grund av de övriga villkoren har panthavaren kanske endast ett avtal om retentionsrätt eller kanske inget säkerhetsavtal alls.

8.2.3 Ett straffskydd mot förverkandeförbehåll, BrB 9:5 st 2?

Det kan också anföras argument för att det rättsliga skyddet mot förverkande också skall bestå av ockerregeln i BrB 9:5 st 2.[508] Att så kan hävdas vara fallet har dock uppmärksammats i liten utsträckning i den juridiska argumentationen.

8.2.3.1 Förverkanden kan leda till uppenbara missförhållanden

För att BrB 9:5 st 2 skall kunna tillämpas på förverkandeförbehåll talar regelns lydelse om skydd mot de avtal där panthavaren har uppsåt att ”bereda sig förmån” som står i ”uppenbart missförhållande”. Att typfallet av förverkande, där pantsättaren accepterar förverkandevillkoret p g a att han underskattar riskerna, skulle kunna leda till ett ”uppenbart missförhållande” förefaller inte vara någon särskilt kontroversiell tanke. Det

[508] Om ockerregeln i 31 § AvtL se nästa avsn 8.2.4.

förefaller emellertid finnas få direkta normargument för att förverkande skall angripas även som ocker.[509]

> Att just andra stycket anges som det centrala har att göra med att detta är mest träffande för förhållandena vid säkerhet i fakturafordringar. Panthavaren är regelmässigt näringsidkare. Ockerstadgandets 2 st saknar sedan de i 1 st angivna rekvisiten trångmål, oförstånd, lättsinne och beroende ställning, vilket gör 2 st vidare än 1 st. Skillnaden är dock inte särskilt stor eftersom rekvisitet uppenbart missförhållande ligger ganska nära rekvisiten trångmål, oförstånd, lättsinne och beroende ställning.[510] Till saken hör också att rekvisiten trångmål, oförstånd, lättsinne och beroende ställning hävdas gå över i varandra och det anses inte nödvändigt att avgöra vilket som är aktuellt.[511]

Däremot finns det ett par uttalanden mot att förverkande skall anses utgöra ocker. Det har sagts att förverkandeförbehåll ”ligger nära” ocker och att ”förverkandeförbehållen ofta närma sig ocker men icke sammanfalla med dem”.[512]

Hur som helst är det tydligt att det inte går att hävda att alla tänkbara förverkanden omfattas av ockerregeln. Ett förverkande behöver inte leda till missförhållande.

Vad som skall bedömas som ”uppenbart missförhållande” kan hävdas vara ganska öppet i flera normargument. En grundläggande aspekt är att det är fråga om en objektiv bedömning. Panthavaren behöver givetvis inte själv anse att förverkandeförbehållet innebär sådant missförhållande. Däremot måste han ha insikt om de faktiska förhållandena för att uppsåt skall anses föreligga.[513] Det skall då noteras att panthavaren bör känna till att avtalet innehåller ett förverkandeförbehåll och vad ett sådant innebär.

Beträffande nivån av ”uppenbart missförhållande” finns normargument om att jämföra med de kreditvillkor som skulle gälla för motsvarande kredit i bank. En riktpunkt anses vara ränta som t ex är tre till fyra

[509] Se dock Nehrman 1729 s 343–344 ”Komma pantgifwaren-och-tagaren så öfwerrens, at panten skal wara förfallen, om then ej löses til en wiss dag: heter thet pactum legis commissoriae, --- . Men som thetta ej kan annorlunda anses, än en usuraria pravitas, när panten är mehra värd: att therföre bör en slik förening förkastas, som alldeles förbuden, hwilket wisas skal i 16 Cap.” Liksom Abrahamsson 1687 (citerad av Hasselrot 1905 s 1722). Hasselrot 1905 s 1720. Lehrberg 2001 s 204.
[510] I SOU 1983:50 s 200 med lagförslaget till 2 st hävdas att ansvar i praktiken inte kommer i fråga andra lånesituationer än sådana som den tidigare regeln (1 st) tar sikte på. Även Prop 1985/86:65 s 40. Jfr Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:61, 1987 s 493.
[511] Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 492.
[512] Lennander 1977 s 253–254 i förbigående, respektive Lagrådsledamoten JustR Sjögren, utan att motivera, se NJA II 1915 s 277.
[513] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:62, 1987 s 495.

gånger högre än diskontot (Riksbankens referensränta).[514] Dessa faktorer skall ställas i relation till bl a kreditrisken och kredittiden.

Med allmänna normargument är det tillräckligt att det föreligger en risk för att det drabbade subjektet lider skada. Med andra ord kan ockerbrottet som regel fullbordas redan då avtal ingås. Att ockraren p g a ogynnsam utveckling faktiskt inte får någon slutlig vinning saknar betydelse.[515] Det saknar således betydelse att pantsättaren har rätt att få en förverkandeklausul ogiltigförklarad och kan ta sig ur ockersituationen.

8.2.3.2 Förhållandena kan vara svårbedömda

Eftersom ”missförhållande” betecknar ekonomiska förhållanden som bedöms mot bakgrund av föreställningar om verkligheten får faktaargumenten mycket stor betydelse. Om man, som ovan i det inledande avsnitt 8.2.1, använder omsättningsteorins perspektiv är det bara de fall där pantsättaren underskattat riskerna som kan leda till skada. Det är sedan lätt att avfärda alla andra fall från missförhållandeskaran. Detta dels för att ”missförhållande” kan sägas uttrycka just skada, dels för att det bara finns vad vi kan kalla indirekta skäl att ställa upp ett rättsligt skydd om pantsättaren inte anses lida skada, jfr faktaargumenten för schablonregeln ovan 8.2.2.2.

Omsättningsteorins synsätt överensstämmer också med normargumenten om att redan risken för skada är tillräcklig och att således ingående av avtal kan utgöra fullbordat brott. Att bedöma om det föreligger sådan risk för skada är emellertid relativt komplicerat.

> Flera faktorer har betydelse. En faktor är hur pantsättaren uppskattar risken för att inte kunna lösa panten. En annan faktor är vad den verkliga risken för denna händelse var. En tredje vad panthavaren uppskattat denna risk till. En fjärde vilket vederlag pantsättaren fått, d v s typiskt sett vilken räntenivå. En femte vilket vederlag (räntenivå) pantsättaren och panthavaren skulle accepterat om de hade korrekt uppskattat risken för att pantsättaren inte skulle kunna lösa. En sjätte faktor är sannolikheten för att det finns ett omsättningsvärde att förverka. I princip har det också relevans vilka sannolikheter parterna ansett det föreligga för att det skulle finnas ett värde att förverka.

[514] SOU 1983:50 s 201. Jareborg 1978 s 198 (där han anger 25 %) och 1986 s 253 (där han anger 30–35 %). Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:59, 1987 s 488. Se även NJA 1995 s 430 där 45–50 % effektiv ränta på kortfristiga krediter, och 10 % högre kreditkostnader än för ett typiskt finansbolag, bestraffades. Förhållandena rörde 1987. (Diskontot ersattes 020701 av referensränta och det kan hävdas att referensräntan fyller den funktion hos diskontot som uttalandena avsåg, se SFS 2002:352 om ändring i räntelagen.)

[515] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:60, 1987 s 489, 494, jfr dock s 432 där det angående bedrägeri talas om att det måste vara påtagligt att förmögenhetsskada uppstått även om den får vara av övergående slag och att en risk för skada kan uppvägas av en chans till vinst. Se även SOU 1983:50 s 190, SOU 1940:20 s 145.

Om man förenklar det sagda skulle man kunna lyfta fram förhållandet mellan pantsättarens riskunderskattning och sannolikheten för att det finns ett omsättningsvärde att förverka. Skada, eller egentligen risk för skada, föreligger om båda dessa storheter är större än noll. Huruvida panthavaren fått någon ”förmån” kan avgöras på motsvarande sätt. För att vara ”uppenbart” måste förhållandet mellan pantsättarens riskunderskattning och det sannolika omsättningsvärdet att förverka, vara av viss storlek. Som framgår handlar det om ganska abstrakta faktorer och att det kan därför antas vara svårt att i praktiken konstatera något storleksförhållande som kan sägas vara uppenbart.

8.2.3.3 En straffsanktionen ger betydelsefull prevention

Faktaargument för att förverkande skall vara straffsanktionerat utöver nämnda schablonregel om ogiltighet är att en straffsanktion påverkar incitamentet att använda förverkandeklausuler. En ogiltighetssanktion innebär inte att panthavaren riskerar särskilt mycket. Med ett antagande om att panthavaren kan ha en sådan position att han i övrigt kan förbehålla sig tillräckligt gott vederlag får straffsanktionen betydelse genom att minska panthavarens incitament att försöka förverka. Härmed inte sagt att straffsanktionen är den enda faktorn som har preventiva effekter. Ogiltighetssanktionen i 37 § AvtL omfattar en värdeladdning som ger kreditgivare som använder förverkandeklausuler en oseriös stämpel. För professionella kreditgivare kan det också leda till att tillstånd att verka dras in.[516]

Det kan hävdas att nämnda faktaargument har mindre styrka för förverkandeavtal med till pantvärdet maximerad betalningsskyldighet. I de fallen står ju panthavaren risken att panten har ett lägre värde än huvudfordran. Detta är i princip en större risk än risken för att såväl pantens värde som pantsättarens betalningsförmåga skall urholkas. Huruvida de verkliga riskerna för panthavaren är större beror dock på omständigheterna. I de fall riskerna är stora har faktaargumentet om behovet av minskat incitament mindre betydelse. I de fallen föreligger heller inte nödvändigtvis någon ”förmån” för panthavaren och därmed är det då inte fråga om ett straffbart handlande.

8.2.3.4 Uppenbara missförhållanden är klandervärda

Värdeargumenten talar rent allmänt för att förverkande skall kunna angripas med straffrättsliga sanktioner. Förverkandeförbehåll anses vara förkastliga såsom instrument för att utnyttja pantsättarens riskpreferens och svaga ekonomi. I huvudsak talar värdeargumenten därför för att användande av förverkandeförbehåll skall vara straffbart.

Mot detta värde står att det i vissa sammanhang kan tyckas mindre klandervärt och väl hårt med en straffsanktion. I vart fall kan det antas

[516] Lag (1992:1610) om finansieringsverksamhet 5:17.

vara en inte alltför ovanlig föreställning att det är pantavtalets natur att panten kan förverkas. Å andra sidan finns det också många som anser att en ränta på 35 % är helt acceptabel även när motsvarande banklåneränta ligger kring 7 %. Förståelsen för utsatta kredittagare förefaller vara ganska växlande.

Med värdeargument ligger det vidare nära till hands att trots allt låta de konkreta beloppen ha betydelse.

8.2.3.5 Förverkandeklausuler är straffbara

Slutsatsen är således att ockerregeln i BrB 9:5 st 2 kan hävdas även mot förverkande. Regeln skyddar mot ingående av avtal med förverkandeförbehåll som innebär uppenbart missförhållande. Mot bakgrund av anförda argumenten kan hävdas att förverkandeklausulen i sig bör vara ett starkt indicium på ett sådant missförhållande, även om förhållandena kan vara svårbedömda med en rad faktorer som kan vara svåra att belägga.

8.2.3.6 Försök att avtala om förverkandeförbehåll

Enligt BrB 9:11 är också försök till ocker straffbart. Frågan är då vad som i detta sammanhang utgör ett straffbart försök?

Med den allmänna beskrivningen av försök är det en uppsåtlig handling genom vilken gärningsmannen genomfört hela brottsplanen. Med andra ord talas om ett agerande som leder till att brottet måste komma till stånd om det hela utvecklar sig såsom gärningsmannen tänkt sig.[517] Därmed kan man säga att det utgör ett försök när en panthavare förmått en pantsättare att acceptera ett förverkandeförbehåll så att det mer eller mindre endast återstår en accept. Det kan nämnas att normargument också talar för att bestraffa handlingen att förmå pantsättaren att avtala, även om det utan att panthavaren vet om det är uteslutet att pantsättaren skulle acceptera.[518]

Faktaargument är att en straffsanktion redan på detta stadium påverkar incitamentet. Detta antas ha betydelse eftersom det kan antas att risken för att förfarandet anmäls är mindre när det gäller pantsättare som gått med på ett förverkandeförbehåll än när det gäller pantsättarkollektivet i övrigt. Därmed skulle panthavaren utan risk kunna leta sig fram till en kategori som är mindre benägna att anmäla.

[517] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 23:6, 1990 II s 586 jfr även angående bedrägeribrottet s 433. Jareborg 1994 s 81.
[518] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 23:14, 1990 II s 592.

Värdeargumenten består även här av den negativa laddning som förverkandeförbehåll har. I huvudsak talar värdeargumenten därför för att förmåendet skall vara straffbart. Som undantag gör sig dock även här gällande att det i vissa sammanhang kan tyckas avlägset att ett visst agerande skall vara straffbart. Särskilt gäller detta i de fall panthavaren saknar kunskap om att förverkandeförbehåll inte accepteras av rätten samtidigt som pantsättaren har god sådan kunskap eller av andra skäl aldrig skulle acceptera ett förverkandeförbehåll.

Slutsatsen är dock att det är straffbart såsom försök till ocker när panthavaren förmår en pantsättare att acceptera ett förverkandeförbehåll som m h t omständigheterna skulle utgöra ocker om avtalet accepterades.

8.2.4 Regler som ger alternativa påföljder

Utöver 37 § AvtL och ockerregeln i BrB finns regler om ocker och oskälighet i AvtL 31 § och 36 § som leder till ogiltighet av hela avtal respektive till jämkning. För pantsättarens skydd har dessa regler främst betydelse när pantsättaren önskar en annan rättsföljd eller när förfarandet inte omfattas av 37 § AvtL, jfr avsn 8.2.7–8.

8.2.5 Skyddet mot förverkandehandlingen i sig

De slutsatser som dragits ovan är att redan ingåendet av ett avtal med förverkandeförbehåll kan angripas. Dessa slutsatser bygger som framgått till del på omsättningsteorin. Eftersom omsättningsteorin också ligger till grund för vad som definierats som skada finns det med detta synsätt inget behov av något annat skydd.

Som också framgått kan man emellertid ifrågasätta omsättningsteorin och dess statiska perspektiv. Med andra synsätt kan t ex förverkandet i sig anses skadligt och framhållas framför vad parterna överenskommit vid avtalets ingående. Ett förverkande skulle då kunna betraktas som skadligt för att det dränerar pantsättaren på egendom i ett läge där pantsättaren har ekonomiska besvär. I ett sådant läge drabbas ett subjekt särskilt hårt av en förmögenhetsminskning.

När det gäller 37 § AvtL har det ovan hävdats att den regeln är en schablonregeln där definitionen av skada i princip inte har någon betydelse. För ockerregeln BrB 9:5 är skadedefinitionen emellertid avgörande. Frågan är därför i vilken mån förverkandehandlingen i sig skall bestraffas?

Denna frågeställning är inte bara av intresse beträffande straffbarheten, utan också för att den i någon mån illustrerar begränsningarna som ligger i varje skadebeskrivning. I detta fallet en skadebeskrivning utifrån omsättningsteorins statiska synsätt.

8.2.5.1 Rättshandlingar omfattas

Vad gäller normargumenten skall först påpekas att det uttryckligen stadgas i BrB 9:5 att den omfattar även ”annan rättshandling” än avtal. Det saknas anledning att ifrågasätta om ett förverkande skall betraktas som en rättshandling i detta avseende.

Beträffande de mer direkta normargumenten finns det ett sådant som kan hävdas för att förverkande kan utgöra en straffbar handling i sig. I NJA 1964 s 213 menade HovR[519] att det är straffbart att uppbära betalning för en fordran även om en borgenär får uppsåt till samtliga objektiva rekvisit först vid en senare tidpunkt än ett kreditavtals ingående.[520] HD:s majoritet[521] fastställde HovR:s dom. Med detta rättsfall kan hävdas att även rättshandlingar som innebär fullföljande av avtal skall bestraffas, i vart fall om de leder till ett uppenbart missförhållande.

Mot en sådan linje kan å andra sidan hävdas att rättsfallet endast kan sägas stödja straffbarhet i de fall där redan förverkandeförbehållet inneburit ett uppenbart missförhållande men panthavaren får uppsåt att åstadkomma ett sådant först vid förverkandet. Förhållandena i rättsfallet var ju nämligen sådana att de objektiva rekvisiten alltså ansågs föreligga vid avtalets ingående. Vad som inte kunde styrkas vid den tidpunkten var borgenärens uppsåt.

Till saken hör också att avgörandet har kritiserats. Det har anförts att om rekvisiten för ocker inte är uppfyllda vid ingående av avtalen så har en därav följande fordran inte tillkommit genom ocker. Därför borde den anses vara giltig och betalning för en giltig fordran borde inte anses vara ocker.[522] På samma linje kan vidare anföras att en ockrare som uppbär betalning inte anses göra sig skyldig till ett nytt brott. Han skall bara straffas för att ha ingått avtalet. Uppbärandet av betalning hävdas vara en efterhandling som medbestraffas med ockret och *annars är straffri*.[523] Enligt en av de kritiska rösterna mot avgörandet är det endast

[519] Moberg, Nyman och Schlyter.
[520] Se även Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:60, 1987 s 494. Strahl 1967 s 428–429.
[521] JustR Beckman, E Söderlund och Brunnberg.
[522] Se rättsfallsreferatet och utlåtandet av Bergendahl. Se även Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:60, 1987 s 494–495.
[523] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 9:60, 1987 s 494.

möjligt att konstituera ocker vid räntebetalning om avtalet är ogiltigt enligt 33 § eller ogiltigförklaras enligt 36 § AvtL.[524]

I sammanhanget är det intressant att notera att de anförda normargumenten kan ses mot bakgrund av en statisk skadebeskrivning och att de i hög grad motiveras med ett sådant statiskt synsätt. Med en kritisk inställning härtill skulle det kunna hävdas att ockerstadgandets lydelse inte skall vara bundet till en viss skadebeskrivning.

8.2.5.2 Skadebeskrivningar är beskrivningar av föreställningar

Ett faktaargument är som sagt omsättningsteorin som erbjuder en statisk skadebeskrivning där förhållandena vid avtalets ingående anses helt avgörande. Om inte redan förverkandeförbehållet i sig innebär ett missförhållande utifrån förhållandena i det ögonblick som avtalet ingås, lider pantsättaren ingen skada. Pantsättaren har uppskattat riskerna korrekt och att de sedan utfaller på ett ofördelaktigt sätt vägs upp av de möjligheter som fanns att utfallet blivit ett annat. Med dessa faktaargument kan det alltså hävdas att förverkandehandlingen i sig saknar betydelse på annat sätt än som fullbordande av den skada som avtalets ingående orsakat.

Emellertid är omsättningsteorins skadebeskrivning bara en av många möjliga. En skadebeskrivning är just inget annat än en beskrivning. Ett sätt att uttrycka och kommunicera en viss föreställning. I juridiken finns det många lyckade verktyg för att beskriva och kommunicera vad som skall behandlas som skada. Inget av dessa verktyg är dock så lyckat att det med gott resultat kan användas för alla problem.[525]

Det är tydligt att omsättningsteorins skadebeskrivning inte alls fångar de olika moment av dynamik som avtalsinstitutet nuförtiden tillskrivs. De beskrivningar som refererats i avsnitt 3.2.1 illustrerar att det åtminstone i dagens samhälle finns ett behov av dynamiska beskrivningar för att kunna förstå och kommunicera förståelse kring avtalsinstitutet. Utan att här fördjupa dessa teman kan åter pekas på att det finns andra teorier och beskrivningar som synes väl så träffande som omsättningsteorin, jfr avsn 8.2.1. Till exempel är beskrivningen att det är skillnaderna i parternas information som är den mest betydelsefulla faktorn för omsättningen, på många sätt mer talande än att parterna i ljuset av perfekt information värderar objektet olika. För många avtal passar också beskriv-

[524] Jareborg 1986 s 251 som dock inte utvecklar temat. Man kan fråga sig om inte åtminstone 36 § ganska ofta kunde bli aktuell i dessa situationer.
[525] Jfr t ex Andersson H 1993 s 297–298.

ningen anpassningsbart och varaktigt samarbete under ständigt förändrade omständigheter bättre än fixering vid ett visst ögonblick.[526]

Mot bakgrund härav finns det anledning att fundera över om inte ett förverkande kan beskrivas som skadligt för att det dränerar pantsättaren på egendom i ett läge där pantsättaren har ekonomiska besvär och därför drabbas särskilt hårt av en förmögenhetsminskning.

8.2.5.3 Begränsat behov av straffskydd

Till saken om förverkandehandlingens straffbarhet hör att det rättsliga skyddet i övrigt är ganska omfattande. Pantsättaren skyddas som nämnts av 37 § AvtL och genom att förverkandeklausuler i sig kan vara straffbara. Behovet av att bestraffa förverkandet i sig kan därför hävdas vara begränsat.

Å andra sidan kan det som nämnts vara svårt att bedöma om avtalet i sig innebär sådan risk för skada att man kan tala om ett ”uppenbart missförhållande”. Det synes betydligt enklare att då avvakta för att bedöma utfallet av förverkandet och om panthavaren verkligen genomför detta trots pantsättarens ekonomiska svårigheter.

8.2.5.4 Att slå på den som ligger eller att följa spelets regler?

Ett grundläggande värdeargument är att det är förkastligt att som panthavare utnyttja ett förverkandeförbehåll när man är medveten om att pantsättaren är i ekonomisk kris. Det är svårt att rättfärdiga detta med att man i utbyte mot möjligheten givit pantsättaren gynnsamma villkor. Den situation som uppkommit är en annan helt enkelt p g a den tid som förflutit och de händelser som inträffat sedan avtalet ingicks. På ett allmänt moraliskt plan kan man uttrycka detta som att – ”man slår inte på den som ligger”, även om man i och för sig har goda skäl för något sådant.

Mot det nämnda värdeargumentet kan invändas att det inte har någon styrka i affärsmässigt präglade förhållanden. Där är det ”spelets regler” att en juridisk person går under p g a felaktiga satsningar och olyckligt risktagande.

8.2.5.5 Legalitetsintressen

I viss mening kan också legalitetsprincipen anföras som ett värdeargument. Det kan hävdas att omsättningsteorins perspektiv på skada varit det som legat till grund för lagstiftarens tankar och under lång tid även

[526] Jfr t ex Baker/Faulkner/Fisher 1998 s 150, 173 om vad som kan upprätthålla en avtalsrelation.

varit vad man kan kalla det allmänna synsättet. En omständighet som i vart fall inte innebär motsatsen är som nämnts att omsättningsteorins synsätt överensstämmer med normargumenten om att redan risken för skada är tillräcklig. Det kan hävdas att omsättningsteorins skadebeskrivning utgör norm och på så vis kommit att avgränsa ockerstadgandets tillämplighet. Att då anta en ”ny” linje synes stå i strid med just sådana intressen som ligger bakom legalitetsprincipen.[527]

Å andra sidan måste panthavaren vara medveten om att han rör sig på infekterat område. Dels är hans agerande angripligt med ogiltighetsregeln i AvtL 37 §, dels krävs att pantsättaren verkligen inte underskattat riskerna. Om man på detta sätt beaktar den faktiska förutsebarheten är det knappast möjligt för panthavaren att kalkylera med att ett visst förverkande säkert kommer att vara straffritt.

8.2.5.6 Förverkandehandlingen i sig bör vara straffbar

Att dra slutsatser av den nämnda argumentationen är inte oproblematiskt. Det kan som sagt hävdas att förverkandet i sig faller inom ordalydelsen för ockerstadgandet såsom en rättshandling. Likaså kan det hävdas att ockerstadgandets lydelse är relativt öppet och inte begränsat till en statisk skadebeskrivning. Normargumenten i övrigt ger dock inget stöd för att förverkandet i sig skall vara straffbart. Det kan tvärt om hävdas att de närmast talar mot en sådan ordning.

Till saken hör då dock att sistnämnda normargument bygger på en statisk skadebeskrivning och att en sådan skadebeskrivning inte är särskilt övertygande. I vart fall får det betydelse att vissa förverkanden kan beskrivas som att en panthavare utnyttjar en pantsättares olycka.

Att skyddet i övrigt mot förverkanden är relativt starkt innebär att ett straffskydd mot förverkande i sig inte får så stor betydelse. Om frågan inte ges principiell betydelse synes det därför ligga närmast till hands att inte uppställa någon straffsanktion. Skulle frågan ges principiell betydelse synes utrymmet för en annan slutsats dock vara större.

8.2.6 Förverkandeförbehåll som avtalas senare

I huvudfallet av förverkande genom förbehåll ingås avtal om förverkandeförbehållet samtidigt som övriga villkor. Det är emellertid tänkbart att ett förverkandeförbehåll läggs till vid ett senare tillfälle. Principiellt kan man då skilja mellan följande olika intervall; 1) efter att huvudavtalet slutits men innan krediten utgivits, 2) efter krediten utgivits men innan

[527] För normargument om legalitetsprincipen se t ex Jareborg 1984 s 40–45, 57–59.

förfallodagen, efter förfallodagen men innan dagen då realisationsrätt inträtt, samt slutligen 3) efter dagen då realisationsrätt inträtt.

Frågan omfattar en begreppslig avgränsning. Detta inte minst för att man i 37 § AvtL använder termen ”förbehåll”. På ett sent stadium är det knappast meningsfullt att tala om förbehåll utan det är då snarare fråga om omförhandling. Härvid kan nog överenskommelser efter det att huvudfordran förfallit sägas höra till kategorin omförhandling. Till denna kategori kan också hänföras överenskommelser om att i förtid reglera skulden genom att panthavaren behåller panten. Dessa behandlas här i ett särskilt avsnitt, 8.2.6.3.

8.2.6.1 Schablonskydd enligt 37 § AvtL?

Frågan här blir därför i första hand om huvudfordran måste vara förfallen för att överenskommelsen inte skall ogiltigförklaras? Förarbetena tar inte direkt tar upp denna fråga men det kan uppmärksammas att man där, liksom på flera håll i doktrinen, endast talar om undantag när det gäller överenskommelser efter förfallodagen.[528] En författare har emellertid utvecklat frågan och kommer till slutsatsen att sådana överenskommelser inte ”träffas av förbudet” i 37 § AvtL, utan av andra regler.[529]

Ett faktaargument är att pantsättaren befinner sig i en betydligt mindre utsatt position efter det att panthavaren är bunden av kreditavtalet. Utsattheten minskar i ytterligare grad efter att huvudkrediten utgivits.

Å andra sidan aktualiseras pantsättarens bristande rationalitet i varje överenskommelse innan realisationsrätt inträtt. Även om det skulle vara fråga om en separat överenskommelse, där pantsättaren har en reell möjlighet att inte acceptera förverkandeförbehållet, kan man anta att pantsättaren tenderar att underskatta riskerna för en bristande framtida fullgörelse. Samtidigt kan pantsättaren i åtminstone en del fall vara rädd för repressalier om han inte godtar förverkandeförbehållet.

När pantsättaren väl brustit i fullgörandet och förfallodagen inträtt finns det däremot typiskt sett mer rationella bevekelsegrunder. Framför allt kan pantsättaren ha skäl att vilja underlätta en effektiv avveckling av pantförhållandet. Faktaargumenten talar härmed inte för att den tidpunkt då huvudfordran förfaller nödvändigtvis måste vara nådd. Man kan nog tänka sig förhållanden där det på ett tidigare stadium måste stå klart för parterna att pantsättaren med mycket stor sannolikhet inte kommer att kunna fullgöra huvudfordran och där det är lätt att bedöma

[528] NJA II 1915 s 276. Grönfors/Dotevall 1995 s 256. Lennander 1977 s 262. Walin 1998 s 336.
[529] Lehrberg 2001 s 208–212.

vad säkerhetens värde kommer att vara på förfallodagen. Att dra gränsen vid huvudfordrans förfallotidpunkt leder dock till viss klarhet.

Värdeargumenten talar också för att dra gränsen vid huvudfordrans förfallodag. Att panthavaren får vänta med besked i avvecklingsfrågan kan generellt sägas vara rimligt även om det med stor säkerhet går att förutsäga hur förhållandena kommer att vara på förfallodagen.

Slutsatsen är därför att pantsättaren skall ha skydd i form av ogiltighetssanktion beträffande i vart fall omfattar alla överenskommelser om förverkande som görs innan huvudfordran förfallit.

8.2.6.2 Straffskyddet

Vad gäller eventuellt straffskydd saknas direkta normargument. Däremot kan allmänna normargument om ocker hävdas, se ovan avsn 8.2.3.

Faktaargumenten är som nämnts i föregående avsnitt att pantsättaren har en betydligt mindre utsatt position efter avtalets ingående, men att han fram till huvudfordrans förfallodag ändå kan befinna sig i en position där han tenderar att underskatta riskerna. Härmed kan behovet av en straffsanktion utöver ogiltighet sägas vara mindre eftersom det kan antas att riktigt allvarliga utnyttjanden i praktiken inte blir möjliga. När pantsättaren befinner sig i en mindre utsatt position blir helt enkelt skadorna mindre i storlek. Därmed skulle de ”uppenbara” skadorna som BrB 9:5 kräver inte vara aktuella.

Å andra sidan kan utnyttjandet av pantsättaren sägas vara tydligt i de fall pantsättaren accepterar förverkandeförbehållet utan att få någon tydlig fördel av detta.

> Det kan anmärkas att en förmån i form av att panthavaren tar på sig risken med ett villkor om till pantvärdet maximerad betalningsskyldighet som ovan nämnts inte är någon beaktansvärd förmån om denna risk är alltför liten.

Ett värdeargument är att förverkandeförbehåll som avtalas senare inte har så särskilt annorlunda egenskaper i förhållande till ordinära förverkandeförbehåll. Det är även här fråga om ett utnyttjande som är förkastligt.

En möjlig slutsats är därför att pantsättaren genom BrB 9:5 kan ges ett straffsanktionerat skydd även mot förverkandeförbehåll som avtalas senare än huvudavtalet.

8.2.6.3 Omförhandlingar

Som nämnts omfattar 37 § AvtL inte överenskommelser om förverkande som ingås efter att huvudfordran förfallit. Härmed inte sagt att sådana överenskommelser inte kan skada. Pantsättaren kan även i dessa fall vara förhindrad att fatta ett rationellt beslut. En orsak är att pantsättaren

p g a sitt dröjsmål känner sig förpliktigad att överkompensera panthavaren. En annan orsak kan vara att pantsättaren tror att panthavaren har rätt att förverka. En tredje orsak kan vara att pantsättaren inte vill dra uppmärksamhet till sin ekonomiska situation. Till den här aktuella kategorin kan också hänföras överenskommelser om att i förtid reglera skulden genom att panthavaren behåller panten. Motiven bakom en sådan uppgörelse kan i stor utsträckning vara desamma som nyss nämnts även om det då handlar om ett förväntat dröjsmål.

Normargument för ett skydd mot dessa skador är doktrinuttalanden om att 31 § och 36 § AvtL skall användas.[530]

I faktaargumentationen skall det först poängteras att en överenskommelse av här aktuellt slag kan vara till pantsättarens fördel. Om panthavaren inte behöver realisera eller på annat sätt värdera panten slipper pantsättaren stå kostnaderna för sådana förfaranden. Genom omförhandlingen får pantsättaren visserligen avstå en del av denna besparing till panthavaren, men detta kan naturligtvis ge ett bättre ekonomiskt utfall än alternativet.

För fakturafordringar är möjligheterna i dessa avseenden störst i de fall det inte är aktuellt med betalning från sekundogäldenären. När sekundogäldenären betalar är realisationskostnaderna små och ofta rent av obefintliga. Det är tydligt att de ovan nämnda skadeorsakerna kan vara aktuella i de sistnämnda fallen. I de fall där sekundogäldenären inte betalar finns det däremot ibland stor osäkerhet kring den pantsatta fordrans värde och därför stora möjligheter till besparingar i att panthavaren behåller den pantsatta fordran.

Bland värdeargumenten kan uppmärksammas att ingen av de nämnda skadeorsakerna i sig bär någon avgörande laddning. I samtliga fall har orsakerna i betydande mån med pantsättaren själv att göra. Det är främst panthavarens utnyttjande av de aktuella situationerna som är laddad.

Slutsatsen är därför att det rättsliga skyddet mot förverkande genom omförhandling främst är aktuellt när panthavaren medvetet utnyttjar pantsättarens bristande rationalitet. De tydligaste fallen är då realisationskostnaderna är låga såsom när det är aktuellt att sekundogäldenären betalar den pantsatta fordran.

8.2.7 Förbehåll om vite, skadestånd eller dröjsmålsränta o likn

Förbehåll om vite eller skadestånd är en närliggande företeelse till de förverkandeförbehåll som kan angripas med 37 § AvtL. Skillnaden är att

[530] Grönfors/Dotevall 1995 s 256. Lennander 1977 s 262. Lehrberg 2001 s 208–218.

vitet eller skadeståndet bestäms på ett sätt som inte har med säkerhetens omsättningsvärde att göra. De reella effekterna kan dock vara i stort sett desamma och den skadebeskrivning som använts för förverkandeklausuler som relaterar till omsättningsvärdet kan i stora delar användas även för vites och skadeståndsklausuler. Till dessa kan även räknas dröjsmålsränta eftersom det i grund och botten handlar om att pantsättaren får betala mer vid dröjsmål. Om man vill upprätthålla en skillnad mellan de tre begreppen kan man tala om att vite främst syftar till prevention, skadeståndet främst till att kompensera den faktiska skada som just den aktuella borgenären förväntas lida och dröjsmålsränta främst till att schablonmässigt ersätta den skada en borgenär i allmänhet förväntas lida. Några tydliga gränser är det emellertid inte fråga om.[531]

Den oklara rättsfråga som skall behandlas i detta avsnitt är i vilken mån pantsättaren skyddas mot förbehåll om vite, skadestånd och dröjsmålsränta?

> Den fråga som skall behandlas i detta avsnitt är i huvudsak en allmän fråga om vilka påföljder en borgenär kan tillgripa mot en gäldenär som inte betalar. Ur ett säkerhetsrättsligt perspektiv hamnar frågan dock här såsom en variant av förverkandeförbehåll. Jfr avsnitt 9.2.3 och 10.2.3.2.

8.2.7.1 Beloppsbegränsning, oskäighetsregler och skadeståndsprinciper

Ett normargument som det finns anledning att inleda med är det tvingande stadgandet om kreditgivares möjligheter att förbehåll sig ersättning för åtgärder för att förmå gäldenären att betala. Enligt InkassokostnadsL är sådan ersättning begränsad till ett maxbelopp.[532] Detta är f n 45 kr.[533] På grund av detta stadgande handlar den här aktuella frågan bara om viten, skadestånd och dröjsmålsränta som motiveras på annan grund. Stadgandet ger också en ytterligare bakgrund till det problematiska med denna typ av förbehåll.

Normargument mot förbehåll om viten, skadestånd och dröjsmålsräntor utgörs i första hand av 36 § AvtL och normativa uttalanden om denna regels tillämplighet på just sådana förbehåll. Av dessa är det tydligaste ett förarbetsuttalande om att det för konsumentförhållanden är ”klart att räntevillkor som ej obetydligt avviker från lagen ofta måste kunna stämplas som oskäliga”.[534] Den lag som avses är räntelagen och

[531] Jfr prop 1975/76:81 s 141. Olsen 1993 s 29–40, 225, 22 ger dem en gemensam benämning ”ersättningsklausuler”. Jfr Herre 1996 s 237, 267–269 ang dröjsmålsränta. Rodhe 1956 s 572-573, 583–589. Taxell 1972 s 440–443.
[532] SFS 1981:739. Se prop 2001/02:132 s 33–36 för en enkel redogörelse för borgenärens möjligheter till ersättning.
[533] InkassokostnadsersF SFS 1981:1057.
[534] Prop 1975:102 s 83.

räntenivån är m a o som regel referensräntan ökad med åtta procentenheter.

Angående viten och skadeståndsklausuler förespråkas i förarbetena en avvägning mellan de aktuella förbehållens dubbla funktioner av kompensation och prevention. Hänsyn skall tas till kreditgivarens faktiska förlust och således begränsas m h t denna. Dessa hänsyn får vägas mot kreditgivarens intresse av att slippa dröjsmål. [535]

> Till sammanhanget hör att nuvarande 36 § AvtL ersatte en regel om nedsättning av vite. I denna äldre regel stadgades uttryckligen att hänsyn skulle tas till kreditgivarens förlust och dennes intresse av att avtalet uppfylldes.

Normargumentet om hänsynstagande till kreditgivarens faktiska förlust skall ses mot bakgrund av antagandet att kreditgivarens skador mycket ofta får anses kompenserade genom den lagstadgade dröjsmålsräntenivån. Möjligheterna att kräva skadestånd utöver dröjsmålsränta begränsas också av normargument om adekvans och principen att en skadelidande måste begränsa sin skada. Beträffande adekvans hävdas att förutsebarhetskravet medför att skadestånd utöver dröjsmålsränta kan utkrävas främst om gäldenären varit medveten om den skada kreditgivaren kunde lida. Gäldenären måste då ha uppmärksammats på detta i samband med avtalet eller i vart fall inom sådan tid att han haft rimlig tid på sig att inrätta sig efter att bära sådan risk.[536]

> Intressant i sammanhanget är att man i föregångaren till RänteL, SkbrL 6 §, utelämnande ett föreslaget stadgande om rätt till skadestånd för ersättning för vad som inte skulle anses ersatt genom dröjsmålsränta. Motiveringen var att så starka begränsningar beträffande orsakssamband och förutsebarhet måste iakttagas att en tydlig skadeståndsregel skulle bli för svår att meddela. Detta har i doktrin tolkats som att man fruktade en alltför långtgående tillämpning.[537]
>
> Det skall anmärkas att skadestånd i anledning av ”dröjsmål med betalning” utdömts i NJA 1991 s 217.[538] En bank som dröjt med utbetalning i ett par timmar ansågs ”oberoende av vållande” skyldig att ersätta ”av dröjsmålet förorsakad förutsebar skada”. Man kan dock fråga sig i vilken mån fallet är ett exempel på betalningsdröjsmål eller på bristande fullgörande av sysslomannaskap.

[535] Prop 1975/76:81 s 141–142.
[536] Walin 1997 s 59–65, jfr 1977 s 52-59. Wilhelmsson/Sevón 1983 s 155–163. Taxell 1972 s 389. Jfr Prop 1975:102 s 97–98. SOU 1974:28 s 102. NJA 1967 s 195 och NJA 1991 s 271 - ”Påföljden vid dröjsmål med betalning är inte nödvändigtvis begränsad till en skyldighet att utge dröjsmålsränta”. Jfr NJA 1991 s 217. Herre 1996 s 263–270. Gunv Wallin 1969 s 24–25.
[537] Se NJA II 1936 s 33–42 för en sammanställning av argumentationen, samt Wilhelmsson/Sevón 1983 s 155. Jfr Walin 1997 s 58–60.
[538] JustR Nyman, Gregow, Lind, Svensson och Danelius.

Det finns också normargument för att beakta dröjsmålets orsaker. Hänsyn till ändrade förhållanden anges vara viktigt. Nedsättning av vite anses åtminstone i kombination med andra omständigheter kunna komma i fråga vid sjukdom, arbetslöshet el dyl.[539] För dröjsmålsränta finns det också uttryckligt lagstöd för att vid sådana och liknande omständigheter jämka även den lagstadgade dröjsmålsräntenivån, RänteL 8 §.[540]

Utöver 36 § AvtL utgör också ockerreglerna i 31 § AvtL och BrB 9:5 skydd mot de här aktuella förbehållen. Med hänsyn till att ockerstadgandet i BrB 9:5 behandlats för huvudfallen av förverkandeklausuler tas dessa delar inte upp särskilt.

8.2.7.2 Liknande skador som vid förverkande m m

I faktaargumentationen kan den här aktuella problematiken sägas handla om en avvägning mellan å ena sidan preventionsaspekten och panthavarens behov av kompensation, och å andra sidan intresset av att systemet inte fungerar så att gäldenärer slås ut. Eftersom denna problematik är ganska allmän finns det många faktaargument som kan anföras i frågan.[541] Här anförs endast några centrala argument.

Beträffande kompensation är ett antagande som nämnts ovan att en kreditgivare mycket ofta blir fullt kompenserad genom den lagstadgade dröjsmålsräntan.[542] I vart fall sett utifrån de skadebeskrivningar som används i de nämnda skadeståndsrättsliga principerna. Därmed handlar det i första hand om att avväga de preventiva effekterna mot intresset av att inte slå ut gäldenärer.

När det gäller pantsättarens skador kan konstateras att det finns likheter mellan den riskunderskattning som pantsättaren tenderar att göra avseende förverkandeförbehåll och förbehåll om vite, skadestånd och dröjsmålsränta. Som nämnts kan skadorna vara i stort sett desamma som skadorna av förverkande. Pantsättaren tenderar att underskatta riskerna för att inte kunna betala på förfallodagen och panthavaren kan utnyttja detta. Trots att det i båda fallen kan handla om att panthavaren får ett värde som är mindre än hans verkliga förlust tenderar det bli fråga om ett större värde. Detta gäller dock i mindre mån i de fall parterna faktiskt bestämt beloppet utifrån en uppskattning av panthavarens eventuella

[539] Prop 1975/76:81 s 141–142.
[540] Prop 1986/87:72 s 19.
[541] Se t ex Skogh 1975 s 116–123.
[542] Jfr Skogh 1975 s 118–119 beträffande diskontot ökat med 4 % som han menar var en för låg ränta 1975.

förlust. Det nämnda utgör givetvis faktaargument för att begränsa omfattningen av de aktuella förbehållen.

För en begränsning talar också antagandet att den preventiva effekten av de lagstadgade sanktionsmedlen är ganska stor. Förutom lagstadgad dröjsmålsränta och påminnelseavgift finns i Sverige ett ganska välutvecklat system för kreditupplysning och indrivning. Den preventiva effekten av betalningsanmärkningar kan antas vara mycket stor. Därmed kan det antas att den ytterligare prevention som kan nås genom en strängare sanktion än lagstadgad dröjsmålsränta och påminnelseavgift är begränsad.

På grund av de nämnda systemen ligger den viktigaste preventiva effekten av strängare sanktion antagligen i verkan mot korta betalningsdröjsmål. Vid sådana dröjsmål kan kreditgivaren föredra att inte kräva påminnelseavgift och dröjsmålsränta. Eftersom risken för att gäldenären råkar ut för sanktioner därmed är liten och sanktionerna i sig handlar om relativt små belopp, kan en gäldenär föredra att ta denna risk. Om risken däremot omfattar ett relativt stort belopp tenderar gäldenären att inte ta risken. Mot att godta sådana sanktioner talar dock att likviditetsflöden kan vara svåra att förutse och att oväntade händelser kan inträffa.

Till faktaargumenten hör också att de preventiva effekterna av dröjsmålssanktioner är störst för dem som har möjlighet att betala i tid, men små för dem som har ekonomiska problem. Det hör då till saken att det i efterhand, när ett dröjsmål väl inträffat, går att skilja mellan fall av ekonomisk kris där gäldenärer riskerar att slås ut och fall av illvilliga eller slarviga dröjsmål. Viktigast är därför att skyddet mot dröjsmålsförbehåll får verkan i de fall gäldenären just riskerar att slås ut. Mot ett sådant materiellt behovsprövat skydd talar å andra sidan att det kan vara svårt att få skyddet att aktualiseras när det verkligen kan ha betydelse.

8.2.7.3 Liknande värden som vid förverkande

Beträffande värdeargumenten kan mycket kan sägas om vad som utgör ockerränta och en rimlig sanktion vid betalningsdröjsmål. Det är laddat att utkräva större sanktioner än den förlust man gjort. Det är också laddat att utkräva sanktioner av en gäldenär som befinner sig i ekonomiska svårigheter. Argument om förutsebarhet för kreditgivare har relevans, men med begreppet behöver inte nödvändigtvis förstås att panthavaren skall få ut sina sanktioner i alla lägen. En kreditgivare tar alltid en risk att inte alls få betalt, t o m om han har säkrat sin fordran med en relativt värdebeständig pant.

8.2.7.4 Dröjsmålssanktioner bör kunna prövas materiellt

Av de nämnda argumenten kan flera slutsatser dra. En är att det i detta sammanhang finns liten anledning att skilja mellan förbehåll om vad som benämnts vite, skadestånd eller dröjsmålsränta. Däremot finns det anledning att skilja mellan sanktioner som syftar till att kompensera panthavaren för den förlust han faktiskt kan komma att göra och sanktioner som huvudsakligen är uppställda i preventivt syfte. En annan slutsats är nämligen att de senare förbehållen bör kunna angripas med 36 § AvtL.

En tredje slutsats är att den lagstadgade dröjsmålsräntenivån kan tjäna som en riktnorm för typfallen av kreditavtal.

En fjärde slutsats är att hänsyn bör tas till orsakerna till pantsättarens dröjsmål. I de fall pantsättaren har ekonomiska svårigheter finns det särskilt långtgående anledning till jämkning. För att påverka kreditgivare att självständigt beakta dessa aspekter finns det anledning att också använda det skydd som BrB 9:5 ger.

8.2.8 Förverkande genom förbehåll om avvikelse från en objektiv värdering av panten

Skyddet mot förverkande bygger på att pantens ekonomiska värde vid regleringen kan fastställas. Om panthavaren får styra värderingen kan resultatet bli ett dolt förverkande. En del av skyddet mot förverkande av omsättningsvärde genom förbehåll består därför av regler för hur panten skall värderas. Vill man omfatta alla villkor som kan ge förverkandeeffekter kan man formulera frågan som - *I vilken mån skall panthavaren kunna förbehålla sig rätt att avvika från en objektiv värdering av panten?* En följdfråga blir då också vilka krav som skall ställas i objektivitetshänseende?

Det finns normargument för att förbehåll om att panthavaren själv skall få bestämma pantens värde inte är giltiga. Inte minst kan 37 § AvtL sägas utgöra ett sådant eftersom den är inriktad på den materiella effekten förverkande. Detta framgår t o m uttryckligen av formuleringen ”eller annat sådant förbehåll”. I doktrinen har förhållandet mellan dessa förbehållsformer uppmärksammats. Det hävdas att skillnaden är obefintlig och att panthavaren kan inte ges större rätt i det ena fallet än i det andra.[543]

Där uppställs också vad som kallas en huvudregel om att panthavaren endast har rätt att själv *köpa* panten om dess värde fastställes på

[543] Lennander 1977 s 277. Lehrberg 2001 s 228–230.

samma sätt som skulle skett vid en försäljning till tredje man.[544] Därmed ges också argument i frågan om panthavaren är skyldig att realisera säkerheten för att värderingen skall bli korrekt. Någon absolut sådan skyldighet förespråkas inte.[545]

En skyldighet att realisera eller på annat sätt objektivt värdera panten medför kostnader. Dessa kostnader får ställas mot de risker pantsättaren står vid avvikelser från objektiv värdering.

Till fakta hör då att värderingen i typfallet inte är något problem för fordringar. I typfallet är fordringar självrealiserande genom att sekundogäldenären betalar eller kvittar och värderingsproblematiken blir då löst härigenom. Värderingsproblem uppstår egentligen bara i de fall då panthavaren vill behålla den pantsatta fordran men reglera huvudfordran innan den pantsatta fordran förfallit och betalats. Dessa fall är antagligen ganska udda.

> Det kan också uppstå ett närliggande problem i de fall panthavaren har anledning att välja mellan olika realisationsformer som ger olika resultat. Pantsättaren har då intresse av att den form som ger bäst resultat väljs. I dessa fall är det dock inte fråga om att panthavaren tillgodogör sig något värde och därmed inget förverkande. Frågan om realisationsform behandlas nedan i avsnitt 8.3.

Således antas det vara få fall där pantsättaren drabbas och pantsättarens risker är relativt små. Värdet av ett skydd i form av krav på objektiv värdering skulle därmed vara begränsat. Å andra sidan blir de totala kostnaderna för ett skydd små. Faktaargumenten talar därför inte särskilt starkt i någon riktning. Möjligen kan det antas att det i frånvaro av ett skydd skulle vara svårt att undvika att panthavaren i eget intresse ser till att övertaganden av den pantsatta fordringarna blir fler än vad de skulle bli med ett skydd.

I frågan om vilka krav som ställs på objektiv värdering kan det antas att offentlig auktion är ett ganska kostsamt sätt. Det synes för fordringar vara mer effektivt att utgå från underhandsbud eller rent av den standardprissättning som de professionella fordringsförvärvarna använder.

I värdeargumentationen är det svårt att bortse från laddningen i förverkande, även om sådan skulle vara sällsynt och ha den här aktuella formen.

Med stöd i framför allt normargumenten blir en möjlig slutsats att pantsättaren skall vara skyddad mot förbehåll om avvikelser från en objektiv värdering genom samma regler som skyddar mot förverkande i övrigt. I de fall en objektiv värdering blir aktuell utan att det är fråga om

[544] Lennander 1977 s 277. Jfr Walin 1998 s 334–337.
[545] Jfr HB 10:2. Lehrberg 2001 s 219–231. Lennander 1977 s 289, 277–278.

realisation, får denna göras genom underhandsbud eller standardprissättning som de professionella fordringsförvärvarna använder. Möjligheten till offentlig auktion, och således realisation till panthavaren istället för värdering, står också öppen om detta kan antas ge ett bättre utfall.

8.2.9 Anmärkning om ytterligare skyddsregler

Det rättsliga skydd som behandlats ovan tar sikte på just förverkande, d v s att panthavaren tillgodogör sig omsättningsvärde. Nu är detta skydd dock inte helt fristående. Skyddet mot att panten realiseras och att pantsättaren därmed drabbas av de kostnader som är förenade med realisation, fungerar även som ett skydd mot förverkande. Således ger t ex ett krav på meddelande innan realisation även skydd mot förverkande eftersom pantsättaren därigenom står lägre risk för att förbise att han inte betalat huvudfordran. Detta skydd behandlas i nästa avsnitt 8.3.

8.3 Realisationskostnader

När pantsättaren inte betalar huvudfordran har panthavaren som regel rätt att realisera den pantsatta fordran för att ta betalt ur denna. Realisationen är alltid förenad med vissa omkostnader eller m a o realisationskostnader. Orsaken till pantsättarens bristande betalning kan vara övergående eller föranledd av obestånd och därmed varaktig. I båda fallen aktualiseras frågan i vilken mån pantsättaren skall behöva drabbas av realisationskostnader. Vid obestånd är det dock i första hand pantsättarens fordringsägare som drabbas. Det rättsliga skyddet beskrivs enligt min mening bäst utifrån förhållanden för realisation utom konkurs och jag redogör därför för förhållandena vid konkurs i det avslutande avsnittet, 8.3.11.

En annan anmärkning är att det hävdas att panthavare generellt alltid kan välja att realisera sin säkerhet genom att begära utmätning och således låta KFM stå för handläggningen av realisationen.[546] Jag har inte behandlat denna möjlighet särskilt, även om jag menar att det finns anledning att ifrågasätta om panthavaren verkligen skall kunna välja en sådan utväg i de fall den är mer kostsam. Hur som helst åberopas en del av de regler som reglerar utmätning av fordringar även för realisation som panthavaren själv ombesörjer. Härigenom ger avsnittet således den nödvändigaste informationen även om realisation genom utmätning.

[546] Se t ex Håstad 1996 s 313.

Inledningsvis skall också anmärkas att syftet med avsnittet är att belysa att frågorna om realisationskostnader påverkas av att en fakturafordran nästan alltid bara har ekonomiska värden som dessutom sällan är utsatt för värdeökning. De normargument som finns bygger i stor utsträckning på överväganden kring skyddet mot realisationskostnader för lösöre i allmänhet, och jag inkluderar då även de normargument som specifikt avser fordringar eftersom de trots allt bygger på liknande allmänna föreställningar. När jag här ägnar normargumenten relativt stor uppmärksamhet och tillmäter dem betydelse är det i hög grad för att uppmärksamma frågan om man inte kan tänka sig en mer specifikt fordringsinriktad utgångspunkt utan belastning av allmänna pantrealisationsföreställningar. Jag har själv inte kommit till en sådan slutsats men är alltså öppen för en sådan. För den som konstruerar ett avtal i frågan menar jag också att det är relevant att beakta de aspekter som jag lyfter fram.

8.3.1 Skador

Realisationskostnaderna är ganska små i de fall realisationen genomförs genom att sekundogäldenären betalar det nominella beloppet.

> Strängt taget finns det därför anledning att inte ens betrakta ordinär betalning som en realisationsform, i vart fall om sekundogäldenären betalar utan särskild anmodan el likn åtgärder som medför kostnader. Pantsättarens skador av ordinär betalning, och även sekundogäldenärens kvittning med panthavaren, är då inte realisationskostnader utan helt andra, se avsn 8.6.1 och 8.7.3. För att belysa detta behandlar jag i detta avsnitt vissa argument beträffande realisationskostnader och ordinär betalning. En slutsats blir här dock att pantsättaren inte bör skyddas mot ordinär betalning.

Alla andra former av realisation är emellertid förenade med ganska betydande kostnader. Dessa former är uppgörelse om att sekundogäldenären skall betala ett nedsatt belopp, indrivning med eller utan tvångsmedel samt försäljning till tredje man.

Realisationskostnaderna belastar vanligtvis pantsättaren. Panthavaren drabbas bara i de fall betalningsskyldigheten är maximerad till pantens nettovärde och panten inte förslår till att täcka kostnaderna. Att pantsättaren belastas innebär dock inte att alla realisationskostnader är att betrakta som skador. Även om den pantsatta fordran inte pantsatts skulle pantsättaren haft realisationskostnader. De realisationskostnader som kan sägas skada pantsättaren är de som uppstår just för att panthavaren realiserar vid den tidpunkt han gör.

> Dessutom är den totala skadan inte lika stor som dessa kostnader. Genom den i förhållande till pantsättarens realisation förtida kapitaliseringen av fordran får pantsättaren viss nytta. I princip består denna i att pantsättaren,

om han själv realiserat vid denna förtida tidpunkt, hade kunnat placera medlen på annat sätt och uppnå viss avkastning. När nu panthavaren genomför realisationen är nyttan härav att han slipper betala ytterligare ränta o likn till panthavaren. Denna nytta skall avräknas från realisationskostnaderna. Med nämnda beskrivning är det således nettokostnaderna för förtida realisation som utgör skada. För enkelhetens skull används här dock benämningen realisationskostnader.

Med omsättningsteorin utgör realisationskostnaderna skada för pantsättaren på motsvarande sätt som ett förverkande. Pantsättaren tenderar att underskatta riskerna för att han inte kan fullgöra huvudfordran. På grund av sitt kreditbehov antar pantsättaren sämre avtal och sämre villkor än vad han skulle ha gjort om han varit i stånd att värdera riskerna mer objektivt.

Utöver pantsättarens riskunderskattning kan man också räkna med transaktionskostnader för att komma överens om det mest effektiva sättet att realisera. I detta ingår förebyggandet av konflikter om hur realisationen skall gå till. Inte minst handlar det om att förebygga att panthavaren realiserar mindre effektivt än vad pantsättaren skulle ha gjort. Med andra ord är det fråga om transaktionskostnader för att fördela risk och transaktionskostnader för att åstadkomma sanktionsmöjligheter. Utan ett rättsligt skydd skulle kostnaderna för att åstadkomma sanktioner vara betydande.

För andra former av pant än enkla fordringar har affektionsvärde ganska stor betydelse. Det skall anmärkas att de skyddsregler som behandlas i detta avsnitt till stor del är allmänna och därför i hög grad synes ha uppställs för att skydda mot förlust av affektionsvärde, jfr avsnitt 8.4 om förlust av särskilda värden. Samtidigt kommer det att framgå att det inte endast är skydd mot förlust av affektionsvärde som legat bakom reglerna. Det finns bl a särskilda skyddsregler för just fordringar.

8.3.2 Fem skyddsmoment

Jag skall i de följande avsnitten beskriva normargumenten med en uppdelning i fem kategorier. Denna uppdelning ansluter till beskrivningar i doktrinen och man kan därför tala om fem moment som hävdas beträffande pantsättarens skydd. Dessa är för det första en *allmän omsorgsplikt* med innebörden att panthavaren skall beakta pantsättarens intressen. För det andra av *tidsfrist* efter förfallodagen innan vars utgång panten inte får realiseras. För det tredje av ett *beloppskrav*. För det fjärde ett krav på att pantsättaren skall *meddelas* innan realisationen. För det femte en viss *prioriteringsordning* mellan realisationsformerna.

Det centrala av de nämnda fem momenten är omsorgsplikten. De fyra andra momenten är närmast olika sätt att formalisera omsorgsplik-

ten. Vad gäller omsorgspliktens närmare innebörd får den därför diskuteras mot bakgrund av närmare redogörelser för de övriga momenten.

8.3.3 Prioriteringsordning mellan realisationsformerna

Det finns alltså normargument för att skydda pantsättaren med hjälp av en prioriteringsordning mellan de olika realisationsformer som kan vara aktuella för fakturafordringar. Denna del av skyddet är den som är mer specifikt inriktad på enkla fordringar. De andra delarna är mer allmänna och tar i första hand sikte på realisationsformen försäljning på offentlig auktion. Eftersom denna realisationsform kommer sist i prioriteringen eller rent av inte alls kommer i fråga, finns det anledning att börja med prioritetsordningen. De allmänna delarna belyses bäst mot bakgrund av att försäljning på offentlig auktion anses komma i sista hand.

8.3.3.1 En preciserad prioritetsordning

Först skall nämnas att det faktiskt finns normargument som kan anföras mot en prioritering. Det skulle kunna hävdas att HB 10:2 är den regel som exklusivt reglerar pantrealisation och att den analogt också omfattar fordringar.[547] En sådan argumentation är dock inte särskilt stark. Inte minst för att en sådan realisation av fordringar anses kunna komma i strid med panthavarens omsorgsplikt.[548] Det kan också hävdas att regeln inte är exklusiv utan endast en regel som blir aktuell om försäljning på offentlig auktion används. Vidare har regelns tillämplighet ifrågasatts för att den skulle vara oklar och rent av obsolet.[549] En för detta sammanhang relevant otydlighet gäller att regeln inte alls tar sikte på enkla fordringar.

Normargument för en prioritering är i första hand UB 9:11–13 och uttalanden i doktrin om hur dessa principer skall tillämpas även i pantförhållanden. I anslutning till lagförslaget till UB föreslogs också 1974 en allmän pantrealisationsregel i linje med UB:s regler, men med formellt något färre moment.[550] Jfr också KonkL 8:14.

[547] I SOU 1974:55 s 168 sägs att bestämmelsen antagligen är analogt tillämplig även på annan handpant.
[548] Walin 1991 s 326–327, 1998 s 338.
[549] I SOU 1974:55 s 167 sägs att bestämmelserna är helt föråldrade och obsoleta åtminstone såvitt angår uppbudsförfarandet. Walin 1991 s 306, 1998 s 319 anger dock att regeln tillämpas alltjämt en eller annan gång och hänvisar till ett avgörande från Svea HovR 3:SÖ 30 1987–07–23. Jfr Taxell 1949 s 164.
[550] SOU 1974:55 s 47 och 168. Lagförslaget om ändring av HB 10:2 genomfördes inte. Se även Lennander 1977 s 273–274, 280–281.

Prioriteringen innehåller två olika ordningar för förfallna respektive icke förfallna fordringar.

För förfallna fordringar stadgas i UB tre steg. I första hand skall sekundogäldenären anmodas att betala. Om sekundogäldenären inte betalar frivilligt skall fordran i andra hand utsökas. Först i tredje hand, om fordran inte kan drivas in inom ”rimlig tid”, får fordran säljas.

För icke förfallna fordringar stadgas två steg. I första hand skall panthavaren försöka nå en uppgörelse med sekundogäldenären om att i förtid betala vad som då vanligen blir ett nedsatt belopp. I andra hand, om fordran inte kan drivas in inom ”rimlig tid”, får fordran säljas.

> Den nämnda ordningen för icke förfallna fordringar framgår inte direkt av lagtexten. Alternativen uppgörelse och försäljning kan med en annan läsning av reglerna uppfattas som att de snarare ligger på samma plan. Regeln om försäljning, 9:13, hänvisar ju endast till att fordran inte kan drivas in inom rimlig tid och inte till ett misslyckat försök att nå en uppgörelse. För den här hävdade prioritetsordningen talar dock flera normargument. I doktrin nämns uttryckligen att försäljning är en sista utväg sedan uppgörelse om förtida betalning inte kunnat träffas.[551]
>
> Det skall anmärkas att det finns fall där den pantsatta fordran inte är förfallen men kan fås att förfalla genom uppsägning. Panthavaren har då som ett led i realisationen rätt att säga upp den pantsatta fordran. Om uppsägningstiden är lång får fordran betraktas som oförfallen.[552]

De nämnda ordningarna väcker en rad frågor eftersom det finns ganska stora öppningar mellan de olika stegen. En fråga är vad som avses med ”rimlig tid”? En annan fråga är vilka uppgörelser som panthavaren kan godta? En tredje fråga rör var gränsen går för förfallen respektive icke förfallen fordran, eller kanske mest akut, hur långt från förfallodagen en fordran skall vara för att uppgörelse om nedsättning skall sökas istället för att avvakta förfallodagen? En fjärde fråga är om försäljning skall ske under hand eller på offentlig auktion?

Karaktären på samtliga dessa frågor är sådan att några närmare svar inte nödvändigtvis är meningsfulla. De nämnda normerna ger snarast uttryck för att vara huvudregler som panthavaren kan avvika från om detta kan motiveras sakligt. Många problem kan dessutom undvikas genom godkännande från pantsättaren om man är beredd att ta kostnaderna för sådan kommunikation. Det finns dock vissa argument som det kan finnas anledning att redovisa:

> Angående att avvakta förfallodagen kan man finna formuleringarna; ”Om fordran förfaller först efter någon kortare tid, bör krfm avvakta förfallodagen”, respektive, ”Om förfallodagen är avlägsen, kan krfm ... träffa avtal med sekundogäldenären om betalning i förtid och om den nedsättning av ford-

[551] Gregow 1990 s 193, 1996 s 236. Walin/Gregow/Löfmarck 1999 s 348.
[552] Gregow 1990 s 192, 1996 s 235.

ringens belopp som kan föranledas härav." [553] Avseende godtagbar nivå för uppgörelser hör det möjligen till saken att inte ens KFM anses bunden av den s k diskonteringsregeln i UB 2:28. KFM hävdas ha friare händer att medge reduktion till vad som kan anses motsvara nuvärdet.[554] När det gäller "rimlig tid" för att avvakta försäljning sägs uttryckligen att detta måste bedömas efter omständigheterna och att någon särskild tidsrymd knappast kan anges. Av betydelse är fordringens beskaffenhet och en bedömning av om indrivning i det enskilda fallet kan antas ge väsentligt bättre resultat än försäljning.[555] I frågan om försäljning under hand finns vissa allmänna normargument. Enligt doktrin bör KFM välja underhandsförsäljning i de fall detta ger ett bättre resultat. Så sägs vara fallet för egendom som intresserar en särskild, mindre kategori personer med ett förhållandevis högt värde såsom maskiner eller specialfordon.[556]

De nämnda normargumenten om prioriteringsordning kan hävdas vara dispositiva. Om inte annat så för att de är direkt tillämpliga endast vid exekution. Beträffande HB 10:2 anses att den endast skall ges dispositiv verkan.[557]

8.3.3.2 Prioriteringen antas allmänt vara effektiv

Faktaargument för en prioritering är givetvis att vissa realisationsformer antas regelmässigt ge bättre resultat än andra. Med en förutbestämd reglering undviks kostnader för parterna att komma överens.

När det gäller den aktuella prioriteringen görs överallt i doktrinen antagandet att försäljning är en ogynnsam metod. Ofta används uttryck som "erfarenhetsmässigt", "välkänt" el likn.[558]

Argument emot prioritering är att en sådan trots allt utgör en schablon och därmed inte ger bästa resultat i vissa fall. Som nämnts ger normargumenten dock ganska stora öppningar för att nå ett bättre resultat där sådan möjlighet finns. Ett annat faktaargument mot en prioritering går ut på att kostnaderna för att panthavare och pantsättare skall komma överens är mindre än kostnaderna med en schablon.

I sammanhanget kan nämnas att det förekommer antaganden om att överenskommelser är att föredra framför undantagsregler för de speciella fall då realisationskostnaderna antas bli större än pantens värde. Förutsättningarna för att komma överens i de fallen är dock särskilt goda eftersom ingen av parterna tjänar på att den stadgade realisationsformen används.[559]

[553] Gregow 1990 s 192, 1996 s 235.
[554] Gregow 1990 s 192, 1996 s 235.
[555] SOU 1974:55 s 168. SOU 1973:22 s 363–364 som pekar på att det kan vara svårt att driva in eller nå uppgörelser med sekundogäldenärer om fordrans förfallodag är avlägsen.
[556] Gregow 1990 s 190, 1996 s 232.
[557] Se t ex Lennander 1977 s 244. Walin 1998 s 318–319. Hasselrot 1905 s 1719–1720.
[558] Walin 1991 s 313, 326, 1998 s 325, 338. Lennander 1977 s 273.
[559] SOU 1974:55 s 170.

Faktaargument mot just den aktuella prioriteringen är att panthavaren kan behöva vänta ganska lång tid innan han får likvida medel i sin hand. Framför allt kan indrivning av en fordran dra ut på tiden. Att ordna en exekutionstitel och få till stånd utmätning kan ta lång tid.

> Ett värsta fall är att den pantsatta fordran förfaller inom en tid som inte är ”avlägsen” och panthavaren därför i linje med normargumenten avvaktar förfallodagen. Därefter visar det sig att sekundogäldenären inte betalar frivilligt utan att fordran måste drivas in. Givetvis kan dessa dröjsmål undvikas om panthavaren kan få information som redan från början gör det antagligt att det blir en långdragen process. Då handlar det inte om ”rimlig tid”. Men det kan vara svårt att få fram sådan information. Sekundogäldenärens ovilja att betala utvecklas och försvåras ofta i takt med tillstötande omständigheter. Till saken hör också att det endast har begränsad verkan om panthavaren får byta realisationsform när indrivningsförfarandet pågått viss tid. Det blir då trots allt en dubbel tidsutdräkt för först indrivningsförsöket och sedan försäljning. En sådan ordning innebär också att realisationskostnaderna delvis dubbleras.

När det gäller frågan om underhandsförsäljning kan det antas att de tänkbara köparna finns inom en ganska begränsad krets. I första hand är det fråga om näringsidkare som specialiserat sig inom den finansiella sektorn och på fordringsförvärv. Härutöver finns en annan kategori av intressenter bland sekundogäldenärens egna gäldenärer. En del av dessa kan tänkas vilja utnyttja fordran för kvittning. Frågan är då hur denna kategori kan nås? Information om offentlig auktion är sannolikt inte särskilt effektivt. Å andra sidan är det antagligen relativt kostsamt att panthavaren direkt kontaktar sekundogäldenärens gäldenärer. Sådana kontakter kan också ha negativa effekter för pantsättarens goodwill hos kunderna.

8.3.3.3 Slarv och ointresse är värdeladdat

Värdeargumenten innehåller främst att pantsättaren inte skall behöva drabbas av panthavarens slarv eller ointresse av att optimera resultatet. Panthavarens intresse av att inte behöva vänta med betalning framträder först när det handlar om ganska stor tidsutdräkt eller stora risker för att inte få fullt betalt p g a tidsutdräkten.

8.3.3.4 En prioritetsordning bör uppställas

Som framgått är argumenten för en prioritering ganska tydliga. Slutsatsen är därför att en prioritering bör uppställas. Det saknas härvid anledning att avvika från normargumenten. Frågan om i vilken mån prioritetsordningen skall vara ett dispositivt skydd tas upp i avsnittet om omsorgsplikt, 8.3.7.

8.3.4 Tidsfrist

En annan del av det rättsliga skyddet består av regler som ställer krav på att pantsättaren skall vara i dröjsmål med betalning av huvudfordran. Det krav som hävdas är att det skall föreligga någon form av kvalificerat dröjsmål.

Det skall inledningsvis anmärkas att tidsfristkravet inte nödvändigtvis skall beskrivas som självständigt i förhållande till de två övriga kraven på viss beloppsnivå och meddelande. Här finns det emellertid anledning att behandla kraven var för sig.

Styrkan i det skydd en tidsfrist ger består till att börja med av att pantsättaren får en marginal i förhållande till den tidpunkt som han kalkylerat med att fullgöra vid. Därmed lindras effekterna av pantsättarens förmodade underskattning riskerna för att inte kunna lösa på förfallodagen.

> Antagandet bygger på att pantsättaren verkligen kalkylerar med förfallodagen som avgörande. Om pantsättaren p g a sin vetskap om tidsfristen istället kalkylerar med tidpunkten då panthavaren får realisationsrätt får skyddet ingen effekt. Nu finns det emellertid goda skäl att anta att pantsättaren förhåller sig till förfallodagen. För det första för att denna dag sätts i centrum genom att det vanligtvis finns andra sanktioner än realisationsrätt som inträder vid förfallodagen, t ex högre ränta. För det andra för att den psykologiska effekten av en förfallodag kan antas vara betydande. Alternativet vore att pantsättaren själv satte upp en egen tidsfrist innan förfallodagen då han senast måste ha skaffat fram likvida medel för att kunna lösa. Mot ett sådant alternativ talar antagandet att det är svårare att ställa upp och hålla egna tidsfrister än sådana som andra ligger bakom.

Härutöver innebär skyddet att pantsättaren får en viss marginal för slarv och för att förebygga att panthavaren genomför en ineffektiv realisation.

8.3.4.1 En mängd olika tidsfristnormer

Normargumenten för ett krav på kvalificerat dröjsmål består av en rad lagstadganden som kan sammanfattas med en allmän princip om att ett avtalsbrott måste vara väsentligt för att hävning eller påföljder av mer allvarlig art skall kunna göras gällande.[560] Beträffande pantrealisation kan bl a följande regler nämnas:

> Redan i HB 10:2 talas om en tvåveckors- alternativt enmånadsfrist för lösen. Totalt förefaller fristen dock vara ytterligare minst tre veckor eftersom regeln föreskriver ett inledande treveckors värderingsförfarande och att tidsfristen börjar löpa efter att pantsättaren meddelats. Som ovan nämnts hävdas att regeln är dispositiv, vilket ju får särskild betydelse beträffande tidsfrist. Likaså har det här betydelse om regeln endast skall omfatta realisationsformen försäljning på offentlig auktion.

[560] Lennander 1977 s 267.

I ett lagförslag 1974 föreslogs att HB 10:2 skulle moderniseras och tidsfristen föreslogs till en månad från det att panthavaren med försäljningshot anmanat pantsättaren att betala.[561] Enligt den direkta lydelsen av den föreslagna lagregeln skulle tidsfristen endast gälla försäljning. Lagförslaget är därmed otydligt vad gäller fordringar. Trots att indrivning av fordran tas upp i den föreslagna lagregeln används termen försäljning där tidsfristen stadgas. Frågan berörs inte närmare i motiven. Även denna regel föreslogs bli dispositiv.

En modern norm med motsvarande innehåll som HB 10:2 är pantbankslagen 16 § som föreskriver en tvåmånaders realisationsfrist. Pantsättaren har under denna tid rätt att lösa panten. Regeln är tvingande men pantsättaren kan efter förfallodagen medge att panten säljs tidigare.[562]

Härutöver har också reglerna i KkredL 21 § och AvbetköpL 7 § viss betydelse. Där stadgas att kreditgivaren inte kan säga upp fordran respektive göra återtaganderättsförbehåll gällande förrän gäldenären är i dröjsmål med mer än en månad respektive mer än fjorton dagar. Dessa regler ger uttryck för att en kreditgivare får finna sig i vissa marginaler för kredittagare. De kan också tolkas analogt. Ingen av reglerna omfattar med en direkt tolkning pantrealisation, men de omfattar den närliggande säkerhetsrättsliga åtgärden återtagande. För konsumentförhållanden är regeln dessutom generell och omfattar uppsägning av alla kreditavtal. Eftersom konsumentkreditlagen och avbetalningsköplagen är tvingande skulle en analog tillämpning i princip kunna hävdas för att även tidsfrist för realisation skall vara tvingande.

Det skall dock för att undvika sammanblandning understrykas att uppsägning av huvudfordran och pantrealisation är två olika företeelser. Detta blir tydligast i de fall både uppsägning och pantrealisation skulle kunna vara aktuellt. Så är fallet då pantsättaren är i dröjsmål med en delbetalning. I princip skulle en pantrealisation då kunna vara aktuell utan att huvudfordran sägs upp. Dessa frågor behandlas i avsnitt 8.3.5 om beloppskrav.

De nämnda reglerna anses alltså vara uttryck för en allmän princip om att ett avtalsbrott måste vara väsentligt för att hävning eller påföljder av mer allvarlig art skall kunna göras gällande. Denna princip anses i doktrinen användbar även för realisation.[563] Andra normargument talar för att principen skall vara tvingande, åtminstone så tillvida att alltför stora avvikelser betraktas som oskäliga och angripbara med 36 § AvtL.[564]

Det förekommer i doktrin också uttalanden om att det inte finns någon ”allmän bestämmelse” om tidsfrist, men att det är angeläget att pantsättaren får en inte alltför obetydlig sådan.[565]

Tidsfrister finns också i KonkL 8:10 där förvaltaren för panthavarens försäljning på offentlig auktion ges två tidsfrister, bl a en om fyra veckor från edgångssammanträdet. Vid pantsättarens konkurs finns särskilda aspekter att ta hänsyn till, se vidare nedan avsnitt 8.3.11. Vidare finns tidsfrister i FAL 112 § där tidsfristen är två månader, i kommissionslagen 34 § och i

[561] SOU 1974:55 s 47 och 169.
[562] SFS 1995:1000.
[563] Lennander 1977 s 267.
[564] SOU 1974:83 s 167–169. Prop 1975/76:81 s 139. NJA 1971 s 23.
[565] Walin 1991 s 316, 1998 s 328.

Lagen om näringsidkares rätt att sälja saker som inte har hämtats 3 § där det talas om minst tre månader från det gäldenären meddelats om att realisation genomförs vid utebliven betalning.

Som framgår talar samtliga dessa normargument för i vart fall en dispositiv norm om en tidsfrist vid försäljning på offentlig auktion. Eftersom flera av reglerna är tvingande kan de rent av hävdas för en tvingande tidsfrist. Mot en sådan norm för säkerhet i enkla fordringar talar dock att de flesta av de nämnda normerna handlar om försäljning på offentlig auktion eller motsvarande (återtaganderätt). Med en prioritetsordning som hävdats ovan blir den realisationsformen sällan aktuell.

8.3.4.2 Transaktionskostnader och kringgåenderisker

Faktaargument för en tidsfrist har till del redan behandlats. Effekten av en tidsfrist antas vara att pantsättaren skyddas mot underskattning av risken för realisation.

Mot en tidsfrist talar i någon mån att en sådan utgör en schablonregel som slår till även i de fall pantsättaren alls inte lider någon skada av realisation. Att panthavaren då skall behöva vänta med realisation medför skador av dröjsmålet i form av begränsade handlingsmöjligheter. Det kan dock antas att dessa skador är relativt begränsade. För panthavaren är nämligen betalning från pantsättaren många gånger att föredra framför realisation av den pantsatta fordran. Det kan därför antas att pantsättare i praktiken ofta skulle få viss tid på sig oavsett tidsfristkrav. Vidare kan kostnaderna även med en tvingande tidsfrist begränsas genom att pantsättaren accepterar realisation efter att han hamnat i dröjsmål. En sådan särskild överenskommelse medför visserligen transaktionskostnader och risk för att pantsättaren vägrar av andra motiv än att han skadas, men dessa besvär kan antas vara relativt begränsade.

Mot just en tvingande tidsfrist talar också att sådana antas leda till att säkerhetsavtal förtäcks som överlåtelser. Olägenheter härav är att pantsättare kan få svårt att bevisa sin lösningsrätt och rätt till redovisningsmedel.[566]

8.3.4.3 Tidsfrist knappast effektivt vid alla realisationsformer

Vad särskilt gäller enkla fordringar finns det vidare argument mot att en tidsfrist skulle gälla generellt för alla realisationsformer. En tidsfrist för formen betalning från sekundogäldenären på den pantsatta fordrans förfallodag är knappast effektiv. I dessa fall lider pantsättaren knappast

[566] Jfr Lennander 1977 s 241 som anger att stränga realisationsregler starkt bidrog till användandet av säkerhetsöverlåtelser i Schweiz och Tyskland.

någon skada eftersom fordran skulle realiserats på detta sätt vid denna tidpunkt även om fordran inte pantsatts. Rent begreppsmässigt kan det också vara mindre lyckat att benämna sådan betalning realisation. Det är snarare en ofrånkomlig metamorfos av säkerheten.

> Med samma argumentation utgör det heller ingen skada om sekundogäldenären betalar i förtid för att han har rätt att göra detta. Motsvarande gäller betalning efter förfallodagen så länge panthavaren inte accepterar att sekundogäldenären inte betalar dröjsmålsränta o likn. Däremot kan en panthavarens uppmaning att betala utgöra en skada om panthavaren kompenserar sig för kostnaderna för denna ur panten. Om uppmaningen är normal i den meningen att varje normal borgenär skulle ha företagit den är det dock inte fråga om någon skada.

För andra former än betalning kan realisationskostnaderna vara påtagliga. En uppgörelse om att sekundogäldenären skall betala ett nedsatt belopp antas visserligen vara det minst kostnadskrävande alternativet men antas ändå medföra vissa transaktionskostnader och kostnader för det nedsatta beloppet. Vid försäljning till tredje man vill denne ha kompensation för sina transaktionskostnader och för sitt risktagande. Om någon av dessa båda former genomförs för att panthavaren vill ha betalt samtidigt som fordran hade givit full betalning om man avvaktat den realisationstidpunkt som pantsättaren föredrar, blir realisationskostnaderna beaktansvärda.

För realisationsformen indrivning blir det däremot i princip inte fråga om en, i förhållande till pantsättarens önskemål, förtida realisation. Indrivning är aktuellt när den pantsatta fordran är förfallen och då har pantsättaren i princip samma intresse som panthavaren av att fordran drivs in. Pantsättaren skadas därför i princip inte av denna realisationsform. Tvärt om är panthavaren typiskt sett mer effektiv när det gäller att driva in fordringar. Undantag där pantsättaren ändå kan skadas är just de fall där panthavaren trots sin allmänna kompetens är mindre effektiv än pantsättaren skulle ha varit. Detta kan t ex bero på att panthavaren har sämre information om sekundogäldenären än vad pantsättaren har. En tidsfrist utgör i dessa fall ett skydd för pantsättaren, men en omsorgsplikt och ett meddelandekrav är mer direkt inriktade på just dessa skador.

Av det nämnda följer att en tidsfrist är mer relevant för realisationsformerna uppgörelse med sekundogäldenären och försäljning, än för realisationsformerna full betalning från sekundogäldenären och indrivning.

Ytterligare faktaargument är att ingen realisationsform nödvändigtvis innebär en sådan tidsutdräkt att pantsättaren alltid får en tidsfrist innan förloppet blir oåterkalleligt. Beroende på omständigheterna är det dock

ofta fråga om sådan tidsutdräkt. Inte minst som den ovan behandlade prioriteringsordningen medför ganska lång tidsutdräkt. Därmed skulle man kunna tänka sig en princip där panthavaren kunde få inleda realisationsförfarandet redan vid huvudfordrans förfallodag. Mot detta talar dock att betydande delar av realisationskostnaderna i flera fall uppstår redan vid inledandet av realisation. Principen skulle därför i första hand vara tänkbar i de fall där de initiala kostnaderna är små samtidigt som det kan förväntas att realisationen tar tid.

Ett sådant fall gäller realisationsformen uppgörelse med sekundogäldenären. Om panthavaren utan förbindelse frågar sekundogäldenären om denne är beredd att betala visst nedsatt belopp i förtid, är kostnaderna så långt relativt små. Motsvarande gäller för en förfrågan till en tänkbar köpare av den pantsatta fordran.

Mot bakgrund av den tidsutdräkt som prioriteringsordningen medför finns det dock anledning att ställa upp en ganska kort tidsfrist.

8.3.4.4 Avsaknaden av affektionsvärde påverkar skyddsvärdet

I värdeargumentationen skall först jämföras med förhållandena för egendom med affektionsvärde eftersom normerna i så hög grad tar sikte på detta. Pantsättarens intresse av detta värde anses generellt väga tyngre än panthavarens intresse av att kunna realisera och få betalt. För enkla fordringar är det inte fråga om något egentligt affektionsvärde utan närmast en form av särskilt spekulationsvärde samt intresse av att undvika vissa kostnader. Det kan dock hävdas att även dessa värden är skyddsvärda.

8.3.4.5 En dispositiv tidsfrist om två veckor

Den tydligaste slutsatsen av de nämnda argumenten är att det inte finns skäl att ställa upp någon tidsfrist mot realisation i form av full betalning från sekundogäldenären. För de andra formerna blir slutsatsen något mindre tydlig. Med hänsyn till framför allt faktaargumenten synes en allmän tidsfrist om två veckor för näringsidkarförhållanden dock vara på sin plats. På grund av i första hand faktaargumenten bör det emellertid inte vara fråga om en tvingande tidsfrist. Det finns många fall där en realisation inte skadar och även andra fall där en konkret anpassad avtalslösning är att föredra.

Slutsatserna avseende tidsfrist är dock beroende av de övriga momenten i skyddet mot realisationskostnader. Som kommer att nämnas i avsnitt 8.3.6, bör tidsfristen löpa från meddelande om realisationshot.

I anknytning till slutsatsen om dispositivitet skall nämnas att ett tänkbart avtalsvillkor för fakturafordringar är att parterna föredrar att inte alls för-

hålla sig till någon förfallodag. Panthavaren skulle helt enkelt ha rätt att realisera när han vill efter det att han fått panträtten. En sådan avtalskonstruktion måste dock beakta inte minst de andra intressen av skydd som tas upp här i avsnitt 8.3.

8.3.5 Beloppskrav och tidsfrist vid dröjsmål med del av huvudfordran

En tredje del av det rättsliga skyddet mot realisationskostnader handlar om huruvida det belopp som pantsättaren är i dröjsmål med måste vara av viss storlek. Ett beloppskrav har främst betydelse som ett alternativt eller kompletterande sätt att definiera ett tidsfristkrav.

8.3.5.1 Väsentlighetsprincip?

Flera av de normargument som direkt tar sikte på ett beloppskrav för realisation kan sägas tala emot ett sådant krav. Argumenten återfinns i doktrin och förarbeten till utsökningsbalken och utgår från att en tidsfrist ger tillräckligt skydd.[567] De ställs i medveten motsats till vad som betecknas som ”äldre doktrin” där det angivits att hela huvudfordran måste vara förfallen.[568] De ställs också i medveten motsats till en annan uttalad uppfattning att ett förfallet delbelopp av en fordran måste vara väsentligt i förhållande till hela fordringsbeloppet.[569] Med dessa normargument skulle således inget krav på minsta belopp ställas.

För ett beloppskrav talar dock den allmänna principen om att ett avtalsbrott måste vara väsentligt för att hävning eller påföljder av mer allvarlig art skall kunna göras gällande.[570] Vad gäller beloppskrav finns denna princip, med något olika innehåll, uttryckt i såväl i KkredL 21 § som AvbetköpL 7 §. Dessa regler talar för ett beloppskrav inte bara såsom ett uttryck för en allmän väsentlighetsprincip utan också för att de reglerar den närliggande säkerhetsrättsliga åtgärden återtaganderätt. I dessa regler stadgas ett beloppskrav på tio procent ”av kreditfordring-

[567] I SOU 1974:55 s 169, 168. Lennander 1977 s 268.
[568] Lennander 1977 s 268 med hänvisning från 1850-talet.
[569] Taxell 1949 s 137.
[570] Lennander 1977 s 267–268 anger denna som stöd för ett tidsfristkrav med formuleringen att det inte torde finnas någon anledning att ”göra ett undantag från det allmänna väsentlighetsrekvisitet vid ingripande påföljder.” När hon i samma sammanhang tar upp beloppskravet anser hon dock att det finns sådana skäl. Hon synes som nämnts ovan mena att pantsättarens intressen får tas tillvara med en tidsfrist.

en".[571] Det finns också ett lägre krav om fem procent för dröjsmål med flera delposter.

8.3.5.2 Beloppets storlek kan antas ha betydelse för risken för underskattning

I faktaargumentationen antas att ett beloppskrav har effekter som skydd mot pantsättarens riskunderskattning och transaktionskostnader för att beakta risken för slarv. Riskunderskattningen är kanske särskilt stor avseende dröjsmål med mindre delbelopp.

Ett annat faktaargument för ett beloppskrav rör det förhållandet att vissa realisationsformer för enkla fordringar bör undvikas. Samtidigt kan det antas höra till ovanligheterna att huvudfordran löper på avsevärt längre tid än den pantsatta fordran. Därmed kan det också antas att en realisation under huvudfordrans normala löptid relativt sällan kan ske genom den mest önskvärda realisationsformen betalning från sekundogäldenären. I princip minskar därför ett beloppskrav risken för mer kostsamma realisationer. Det är dock fråga om ett schablonskydd mot sådana och effekterna kan kanske effektivare uppnås genom andra former av skydd.

De nämnda faktaargumenten är generella och omfattar i princip alla nivåer av beloppskrav. Det finns också faktaargument som i någon mån talar för ett beloppskrav på att hela fordran skall vara förfallen. Detta har att göra med konsekvenserna av att panthavaren skulle få realisera utan att huvudfordran är förfallen i sin helhet. En konsekvens av att panthavaren skulle kunna realisera säkerheten trots att han inte vill eller får säga upp huvudfordran, är att panthavaren blir sittande med likvida redovisningsmedel i avvaktan på nästa förfallodag. I de fall pantsättaren inte har rätt att säga upp huvudfordran i förtid kan denna position bli bestående under resten av kredittiden. En sådan position innebär typiskt sett mindre risk för panthavaren än att ha säkerhet i den pantsatta fordran. Med omsättningsteorin skulle man därför kunna tala om att panthavaren gynnas och pantsättaren skadas. Eftersom pantsättaren tenderar att underskatta riskerna och panthavaren tenderar att kompensera sig

[571] Härmed avses typiskt sett det ursprungliga kreditbeloppet innan första amortering. Vid rörlig kredit (checkkredit) är det dock det vid varje tidpunkt föreliggande kontosaldot. I avbetalningsköplagen följer detta av att det stadgas som ett alternativ till tio- och femprocentsnivåerna att den återstående skulden alltid utgör ett tillräckligt belopp. Detta stadgande blir meningslöst om jämförelsen skall göras med den återstående skulden. En sådan tolkning har också visst stöd i jämförelse med terminologin i den äldre avbetalningsköplagen 1915:219 där termen "avbetalningspriset" används. För konsumentkreditlagen är regeln annorlunda formulerad men normargument finns i prop 1976/77:123 s 174 till vilken prop 1991/92:83 s 131 hänvisar.

oavsett risk så gynnas panthavaren av denna lägre risk i förhållande till det vederlag han begärt.

Nämnda faktaargument för ett beloppskrav på att hela fordran skall vara förfallen håller inte samma styrka för de fall panten är delbar och således kan anpassas till det dröjande beloppets storlek. Så är t ex fallet om flera fordringar på olika sekundogäldenärer är pantsatta. För dessa fall tillkommer å andra sidan att realisationskostnaderna typiskt sett blir högre ju fler realisationsomgångar det handlar om. Detta talar för ett beloppskrav eller i vart fall för ett skydd i form av omsorgsplikt.[572]

Generella faktaargument mot ett beloppskrav är att panthavaren får kostnader för dröjsmål. Dessa kostnader varierar med de dröjande beloppen. Dröjsmål avseende små belopp innebär små kostnader och dröjsmål avseende stora belopp innebär stora kostnader.

> En annan generell aspekt är att det förefaller finnas visst utrymme för att panthavaren istället får rätt att välja utmätning. I KkredL och AvbetköpL är den vägen uttryckligen stängd, § 33 respektive § 19.

När det gäller faktaargument mot att hela fordran skall vara förfallen, d v s ett långtgående beloppskrav, är en aspekt att detta kan leda till kostnader för att få vissa huvudfordringsförhållanden att bestå. I en del fall kan det vara gynnsamt för pantsättaren att panthavaren inte säger upp huvudfordran utan just tar betalt genom realisation. I vart fall har pantsättaren nytta av att huvudfordran kvarstår om panten inte täcker denna. Då får pantsättaren fortsatt kredittid för restbeloppet. Med ett beloppskrav på att hela huvudfordran skall vara förfallen måste pantsättaren acceptera att panthavaren realiserar för ett delbelopp. Med ett lägre beloppskrav kan panthavaren istället realisera och ta betalt för det förfallna delbeloppet utan en överenskommelse med pantsättaren. Å andra sidan har pantsättarens vetorätt ett visst värde i det att en fortsatt kredit i flera fall kan vara ointressant för honom.

> Bland faktaargumenten mot ett krav på att hela fordran skall vara förfallen skall också nämnas tanken att ett sådant krav skulle leda till en dubbel tidsfrist vid dröjsmål med delbetalning. Det skulle då först vara fråga om en tidsfrist för uppsägning och när fordran p g a denna sedan förfallit en tidsfrist för realisation. Resultatet skulle alltså bli två tidsfrister i de fall det handlar om dröjsmål med delbelopp och en tidsfrist i de fall det handlar om slutbetalning. En sådan dubblering av tidsfristerna förefaller dock ge onödigt mycket tid för den riskunderskattande pantsättaren och dessutom belasta panthavaren. Alternativet till att dubblera tidsfristerna är att realisationsrätten inträder i och med att tidsfristen för uppsägning gått till ända.

[572] I SOU 1974:55 s 168 anges dock att om panten är delbar bör försäljningen begränsas till vad som behövs för att täcka det förfallna beloppet.

Fakta mot ett beloppskrav på en del av fordringsbeloppet är att ett sådant kan leda till bevis- och gränsdragningsproblem. Ett relativt beloppskrav kan motarbetas genom att huvudfordrans belopp döljs. En metod är att låta pantsättaren skriva under flera olika skuldebrev.[573] Dessa nackdelar med de relativa beloppskraven talar i någon mån för att ett beloppskrav skulle formuleras i ett absolut tal. Det gör med större styrka också det faktum att ett absolut tal bättre speglar de skador panthavaren lider av att inte få betalt i tid. Ett dröjsmål med 100 kr är ett litet dröjsmål för varje kreditgivare på samma sätt som ett dröjsmål med en 1 miljon är ett stort dröjsmål för varje kreditgivare.

8.3.5.3 Ett beloppskrav förefaller rimligt

I värdeargumentationen är det svårt att bortse från de värden som ligger bakom väsentlighetsprincipen. Att ett litet misstag skall kunna leda till en stark sanktion verkar inte rimligt. Detta värde skall dock ses i ljuset av att det för enkla fordringar bara handlar om realisationskostnader och styrkan i sanktionen därför inte behöver vara särskilt betydande. Avgörande är hur stora realisationskostnaderna är. Kostsamma realisationsformer skall undvikas.

8.3.5.4 Ett beloppskrav på 10 % bör uppställas

Vid en avvägning mellan de nämnda argumenten synes det inte aktuellt att uppställa något krav på att hela huvudfordran skall vara förfallen. Ett sådant beloppskrav har litet stöd i normargumenten och faktaargumenten för en sådan lösning är inte särskilt starka.

Däremot synes det finnas viss anledning att uppställa ett lägre beloppskrav. Avgörande vikt läggs då vid faktaargumenten om pantsättarens riskunderskattning och det schablonskydd ett beloppskrav ger mot realisationskostnader. På grund av normargumenten handlar det närmast om ett beloppskrav om tio procent av huvudfordringsbeloppet, vid dröjsmål med flera delposter om fem procent av detta belopp. Möjligen borde dessa relativa beloppskrav kunna frångås i tydliga fall av väsentliga dröjsmål. Ett dröjsmål med ett för kreditgivaren mycket stort belopp borde ge denne realisationsrätt oavsett hur stor del beloppet utgör av huvudfordran. På motsvarande sätt bör ett dröjsmål med ett mycket litet belopp inte ge realisationsrätt.

Det finns inga starka argument för att nämnda beloppskrav skall vara tvingande. Tvärt om talar det faktum att det handlar om ett schablonskydd, för att parterna har möjlighet att anpassa villkoren.

[573] Jfr Lennander 1977 s 268 not 10 stycke 2.

Slutsatserna här är dock beroende av de övriga delarna av skyddet mot realisationskostnader. Som ett alternativ till den ovan dragna slutsatsen kan beloppskravet ges en osjälvständig ställning som ett moment i en helhetsbedömning av om panthavaren brutit mot omsorgsplikten.

8.3.6 Meddelandekrav

Ett ytterligare moment i det rättsliga skyddet mot realisationskostnader är meddelandekravet. Panthavaren skall på grund härav alltså meddela pantsättaren innan realisationen genomförs. Liksom beloppskravet har meddelandekravet bl a betydelse som ett kompletterande sätt att definiera ett tidsfristkrav. Ett meddelande som ankommer efter eller alltför kort tid innan en tidsfrists utgång är i princip meningslöst.

8.3.6.1 Allmänna normargument talar tydligt för meddelandekrav

Normargument för ett meddelandekrav finns i HB 10:2. Där stadgas att tidsfristen för den där aktuella realisationen löper ”sedan det honom kungjort var”. I lagförslaget från 1974 om ändring av HB 10:2 finns en något tydligare skrivning; ”Försäljning av pant får ej utan särskilda skäl äga rum utan att borgenären efter förfallodagen anmanat gäldenären att betala skulden inom viss tid, minst en månad, vid äventyr att panten eljest säljs.”[574] Som synes omfattar den enligt sin lydelse endast försäljning.

> Det finns också lagregler om meddelandekrav för pantbanksförhållanden och legal panträtt. Således stadgas i pantbankslagen 18 § att pantsättaren på lämpligt sätt särskilt skall underrättas om tid och plats för den offentliga auktionen. I lagen om näringsidkares rätt att sälja saker som inte hämtats 3 § stadgas att beställaren efter att uppdraget slutförts skall meddelas att saken kan komma att säljas. Motsvarande regler finns i kommissionslagen 34 § och FAL 112 §.

Det finns också praxis där ett meddelandekrav uppställts. HD[575] godtog i NJA 1972 s 439 underinstansernas skäl för att inte godta en pantförsäljning. Panten utgjordes av i fastighet intecknade skuldebrev till vilka panthavaren själv var borgenär. Panthavaren ansågs ha uppenbart åsidosatt sina förpliktelser mot pantsättaren genom underlåtenhet att i förväg underrätta denne. Därmed ogiltigförklarades försäljningen. Att en advokat som tidigare bistått pantsättaren två dagar innan underrättats om auktionen saknade avgörande betydelse.

[574] SOU 1974:55 s 47.
[575] JustR Sjöwall, Hedfeldt, Hesser, Welamson och i denna del även Bergsten.

Till saken hör en rad omständigheter som det är svårt att bortse från. För det första att panthavaren själv inropat skuldebreven för ett pris som motsvarade ungefär en tredjedel av det nominella beloppet. För det andra att försäljningen genomförts på ett udda sätt; genom en speciellt utlyst offentlig auktion som åtminstone inledningsvis stod i strid med det monopol som i det aktuella fallet gällde för sådana. För det tredje att utlysandet gjorts dagen innan auktionen. För det fjärde att endast två utomstående varit närvarande vid auktionen, båda personer som panthavaren kände. För det femte att auktionen genomförts endast tre dagar efter huvudfordrans förfallodag, visserligen med stöd av att panten ”genast” fick säljas men det är ändå kort tid. För det sjätte att pantsättarens hustru på förfallodagen varit i telefonkontakt med panthavaren i ärendet utan att panthavaren nämnt sina planer. En förklaring till panthavarens agerande är att det handlade om ganska speciella förhållanden där huvudfordran var resultatet av en förlikning i en av flera tvister som parterna hade.

De nämnda normerna är allmänna och tar inte direkt sikte på enkla fordringar. I doktrinen är ståndpunkten för pant i allmänhet att det ställs ett krav på meddelande efter förfallodagen utom i vissa akuta situationer. Det uttalas också att det är praxis i kreditlivet att pantsättaren meddelas.[576]

En uppfattning är att det rent av vore chikanöst att realisera utan varning.[577] En annan uppfattning är att ”[d]et synes uppenbart, att det är önskvärt att en betalningsanmaning med realisationshot når pantsättaren efter förfallodagen, där så är möjligt.”[578]

Vad gäller realisationsformen försäljning på offentlig auktion finns uttalanden i doktrin om att pantsättaren i god tid skall meddelas om tid och plats för denna.[579] Motsvarande gäller för panthavares försäljning på offentlig auktion då pantsättaren gått i konkurs. Då stadgas två meddelandekrav i KonkL 8:10. Först skall panthavaren ge förvaltaren tillfälle att lösa minst en vecka innan han vidtar åtgärd för egendomens försäljning. När panthavaren därefter avser fullfölja en försäljning på offentlig auktion skall förvaltaren meddelas om tid och plats för denna senast tre veckor i förväg. Som nämnts i avsnittet om prioritetsordning blir försäljning på exekutiv auktion dock sällan aktuellt för enkla fordringar.

8.3.6.2 För fakturafordringar är normargumenten mindre tydliga

För fakturafordringar hävdas ett meddelandekrav vid åtminstone vissa former av realisation. Enligt en uppfattning skall pantsättaren meddelas

[576] Lennander 1977 s 269. Se även Bankformulären 2000 där banken åtar sig att underrätta pantsättaren om det är möjligt och det enligt bankens bedömning kan ske utan förfång för banken.
[577] Walin 1991 s 315–316, 1998 s 328.
[578] Lennander 1977 s 269 menar att något klart meddelandekrav inte ställs och anger att HB 10:2 inte har en sådan innebörd utan att pantsättarens intressen där tillvaratas ”på andra sätt”.
[579] Lennander 1977 s 271.

såväl vid indrivning som vid försäljning av en fordran.[580] Det har emellertid också sagts att något klart meddelandekrav inte ställs och att i vart fall innehållet i ett meddelande om tid och plats för indrivning av fordran inte har någon större funktion.[581]

8.3.6.3 Meddelandekravets effektivitet beror på realisationsform

Flera av de nämnda normativa ställningstagandena bygger på faktaargument om att gynna alternativet lösen av panten. Detta anses vara den bästa lösningen för pant i allmänhet. För fakturafordringar är förhållandena annorlunda.

För att börja med fakta kring full betalning från sekundogäldenären är det knappast effektivt att pantsättaren meddelas.

> Som nämnts i avsnitt 8.3.1 kan det ifrågasättas om denna företeelse skall falla under begreppet realisation. I här aktuellt avseende blir denna begreppsfråga tydlig i det att betalning kan verkställas automatiskt utan panthavarens initiativ. I normalfallet ligger en betalning från sekundogäldenären också i pantsättarens intresse. Det finns av dessa skäl därför inte anledning att som skydd mot realisationskostnader ställa upp ett meddelandekrav vid full betalning, jfr dock avsnitt 8.6.1. Här blir det istället möjligen fråga om panthavaren skall meddela pantsättaren att betalning gjorts. Ett sådant meddelande skulle fylla funktionen av att pantsättaren avbryter sina strävanden att betala huvudfordran. Det är då emellertid inte längre fråga om ett meddelandekrav i anledning av realisation utan om hur parterna rent praktiskt ser till att deras mellanhavande slutregleras. Förhållandena varierar. I de fall den pantsatta fordran förfaller innan eller i samband med huvudfordrans förfallodag utgår pantsättaren från att sekundogäldenären betalar och behöver snarare ett meddelande i de fall betalning inte gjorts.

För betalning av nedsatt belopp, indrivning och försäljning till tredje man antas ett meddelandekrav ha betydelse genom att risken för utebliven lösen p g a förbiseende från pantsättaren minskar. Detsamma gäller risken för att pantsättaren inte skall förse panthavaren med information som kan påverka resultatet av realisation. Exempel på sådan är att pantsättaren känner till att sekundogäldenären har egendom som kan utmätas. Riskminskningen är för det första beroende av vilken information pantsättaren fått tidigare. Om pantsättaren fått ett betalningskrav med hot om realisation i någon av nämnda former innan huvudfordrans förfallodag är riskminskningen liten. Riskminskningen är också beroen-

[580] Walin 1991 s 315–316, 1998 s 328–329 nämner att underrättelse är aktuellt vid indrivning och särskilt försäljning av enkel fordran.

[581] Lennander menar att ”det är önskvärt att en betalningsanmaning med realisationshot når pantsättaren efter förfallodagen, där så är möjligt.” Hon menar att HB 10:2 ger stöd för ett meddelandekrav utan att pantsättarens intressen där tillvaratas ”på andra sätt”. Däremot är Lennander 1977 s 269 och 271 med stöd av SOU 1974:55 tydlig med att det finns en skyldighet att meddela vid realisation på auktion.

de av vilken styrka pantsättaren besitter. En stark och företagsam pantsättare har större förutsättningar att agera självständigt för att påverka sin situation, medan en svag pantsättare kan behöva varningssignalerna från panthavaren. När det gäller den totala nyttan av ett meddelande är detta också beroende av vad pantsättaren har för möjligheter att lösa och vilken information han har att bidra med. När det saknas möjligheter och information så blir det ingen riskminskning.

Nyttan av ett meddelandekrav är vidare beroende av vilken av de tre realisationsformerna det är fråga om. För indrivning är ett argument att pantsättaren kan antas veta när indrivning skall ske och att indrivning som regel inte är i strid med pantsättarens intressen.[582] Panthavaren är dessutom ofta den mest effektive att genomföra indrivning.

> Meddelandekravet har vidare betydelse för pantsättarens skydd mot förlust av kvittningsvärde, se avsnitt 8.4.

Faktaargument mot ett meddelandekrav är givetvis att detta medför kostnader. I de fall meddelandet inte innebär någon beaktansvärd riskminskning är ett meddelandekrav därför ineffektivt. Det är alltså fråga om ett schablonskydd.

Angående kostnadernas storlek skall nämnas de fall där pantsättaren är svår att nå respektive kan förväntas neka till att ha blivit nådd. Även om dessa problem kan motverkas genom att avsändande av rekommenderat brev godtas, så innebär detta naturligtvis betydande kostnader.[583]

En annan kostnad uppstår om meddelandekravet, såsom i HB 10:2, skulle påverka tidpunkten för när tidsfristen börjar löpa. Det dröjsmål som panthavaren drabbas av blir då längre. Å andra sidan innebär ett meddelandekrav med nödvändighet att det på något sätt måste stå i relation till tidsfristen.

8.3.6.4 God ton och kutym

Som värdeargument kan nämnas att kommunikation mellan parterna i ett avtalsförhållande i någon mån kan sägas höra till god ton. Ett utslag härav är att man som regel påminner varandra vid dröjsmål som kan bero på förbiseende. Huruvida detta är gångbara värden beträffande fakturafordringar kan dock ifrågasättas m h t den frekventa avsaknaden av särskilda värden.

[582] Lennander 1977 s 271 not 18 med hänvisning till danska konkurslagsförarbeten.
[583] A vsändande av rekommenderat brev föreslogs vara tillräckligt i lagförslaget SOU 1974:55 s 170. Frågan om vilken typ av bevisning som skall krävas skall inte utvecklas här. Det får räcka med att konstatera att det finns normargument för vissa lättnader.

8.3.6.5 Ett dispositivt meddelandekrav för egentlig realisation

De nämnda argumenten talar övervägande för att ställa ett meddelandekrav för de egentliga formerna av realisation av fakturafordran, d v s för indrivning, uppgörelse om nedsättning och försäljning. För en sådan ordning talar faktaargument och vissa normargument. När det gäller försäljning är stödet i normargumenten särskilt starkt. Beträffande indrivning är stödet särskilt svagt i såväl norm- som fakta- och värdeargumenten. Eftersom det är fråga om ett schablonskydd där det i vissa fall antas vara ineffektivt att skicka meddelanden kan hävdas att meddelandekravet skall vara dispositivt. En sådan dispositivitet har stöd i normargumenten.

8.3.7 Omsorgsplikt

De genomgångna momenten är som nämnts närmast olika sätt att formalisera vad som sägs vara en allmän omsorgsplikt som panthavaren har gentemot pantsättaren. Omsorgsplikten sägs allmänt gå ut på två saker. Det ena är att se till att panten inte realiseras i onödan. Det andra att realisationen inte inbringar ett underpris.[584] Båda dessa mål överensstämmer med målen för de fyra övriga momenten. Mot bakgrund härav kan en omsorgsplikt i princip ha tre funktioner som delvis utesluter varandra. En funktion är att föra skyddet längre än vad dessa andra moment gör, en annan att komplettera dessa moment med en viss tvingande miniminivå och en tredje att nyansera dem på så sätt att de andra momenten inte är formella krav utan riktlinjer för vad som skall anses omsorgsfullt.

8.3.7.1 Normargument för en tvingande omsorgsplikt

Normargument om omsorgspliktens mer självständiga innebörd är att denna karaktäriseras med att ”många nyanserade överväganden” måste göras.[585] Vad man i första hand vill komma åt är att panthavaren realiserar efter egna preferenser, t ex till någon som han vill gynna genom att ge denne ett lågt pris.[586] Samtidigt sägs t ex att panthavaren inte behöver erhålla det bästa möjliga priset.[587] Tydligen avses en sorts balans mellan dels möjligheten att nå ett bättre pris än det man har anbud om och dels de kostnader som tillkommer för att försöka nå ett bättre pris. Det

[584] Lennander 1977 s 266.
[585] Lennander 1977 s 266.
[586] Se t ex ovan refererade NJA 1972 s 439, avsn 8.3.6.1.
[587] Lennander 1977 s 266.

sistnämnda inkluderar de kostnader och risker som följer av att man dröjer med realisationen, och därmed betalning av huvudfordran. De nämnda normargumenten talar för att omsorgsplikten kompletterar och utökar de fyra övriga momenten.

Till normargumenten kring omsorgspliktens innehåll kan också sägas att denna synes bygga på den vårdplikt som HB 10:3 ger uttryck för. Där stadgas uttryckligen ett culpaansvar. Termen omsorg uttrycker också motsatsen till vårdslöshet och därmed culpöst beteende. Omsorgsplikten skulle alltså uttrycka en culpanorm. Varje avvikelse från det bästa möjliga resultatet skulle alltså inte strida mot omsorgsplikten.[588]

Omsorgsplikten är med normargument tvingande. I vart fall i sådan mån att ett villkor om att panten får säljas utan pantsättarens hörande och på sätt som panthavaren finner lämpligt, inte ansetts innebära att panthavaren undgår omsorgsplikt.[589] Samtidigt finns det anledning att peka på att ett mer direkt formulerat villkor om att panthavaren inte skulle ha omsorgsplikt lätt kommer i konflikt med reglerna mot ocker och oskälighet.

Det finns i viss mån också normargument för att de övriga fyra momenten endast skulle vara riktlinjer. Ett sådant består i att man emellanåt formulerar sig i vaga ordalag. Som antytts i avsnitten ovan förekommer termer som ”bör” och ”önskvärt”. Härutöver förekommer formuleringar om att påföljder mot överträdelser av t ex ett krav på realisationsform skulle vara beroende av att den stadgade ordningen skulle givit ett bättre resultat än den faktiska realisationen. Såväl skadeståndsansvar som ogiltighet och straffansvar utesluts på denna grund.[590] Härmed kan hävdas att de övriga momenten skulle kunna frångås så länge detta görs omsorgsfullt.

Mot att de övriga momenten skulle vara riktlinjer talar å andra sidan praxis där rättsföljden bestämts till ogiltighet. I vart fall där panthavaren själv förvärvat panten.[591]

8.3.7.2 En omsorgsplikt utan formella moment kan vara svårtillämpad

Faktaargument för en omsorgsplikt är att denna ger ett skydd som är inriktat på de fall som faktiskt orsakar skador. Eftersom pantsättaren inte lider skada i alla fall av realisation undviks därmed de kostnader som

[588] Se vidare avsnitt 8.3.9 angående skadeståndssanktionen.
[589] Lennander 1977 s 265–266. NJA 1920 s 53. NJA 1972 s 439. Jfr Lehrberg 2001 s 236 som hävdar HB 10:2 och vad han hävdar vara en ”halvtvingande” status hos denna regel.
[590] Walin 1991 s 325, 1998 s 336–337.
[591] Se ovan avsnitt 8.3.6.1 ang NJA 1972 s 439.

är förenade med formella skyddsregler. Jfr i avsnitten ovan om kostnader för schablonregler.

Mot en omsorgsplikt utan formella moment talar å andra sidan att en sådan är svårtillämpad och leder till kostsamma oklarheter. En ordning där de fyra övriga momenten utgör riktlinjer är härvid ett mellanting.

För en omsorgsplikt som utökar och kompletterar de övriga normerna talar att en sådan minskar pantsättarens risker. Därmed minskar pantsättarens skador av riskunderskattning. Eftersom riskunderskattning beror på bristande rationalitet bör omsorgsplikten vara tvingande, åtminstone i sådan mån att de värsta skadorna undviks.

8.3.7.3 Ett utrymme för att skada är värdeladdat

I värdeargumentationen kan man möjligen tala om att en ogiltighetssanktion kan verka udda i de fall panten ändå skulle realiserats och panthavaren kan sägas ha varit omsorgsfull, jfr nedan avsnitt 8.3.8. Någon skada skulle på sätt och vis alltså inte föreligga. Detta förstärks i ett sammanhang där panten sällan har något annat än ett bytesvärde. Å andra sidan har pantsättaren då så liten anledning att protestera att risken för att sådana tvister uppstår är liten. Däremot är värdeargumenten desto starkare när det gäller panthavarens möjligheter att avsiktligen skada pantsättaren genom att realisera till ett mindre gynnsamt resultat.

8.3.7.4 En delvis tvingande omsorgsplikt och formella krav

I en slutsats utifrån de nämnda argumenten får normargumenten avgörande betydelse vad gäller frågan om formella krav kontra riktlinjer. De fyra övriga momenten får härvid anses vara formella krav. Normargumenten emot en sådan ordning är alltför vaga och övriga argument pekar inte avgörande i någon riktning.

En annan slutsats är att omsorgsplikten är delvis tvingande. Framför allt handlar det då om att panthavaren inte kan undvika ansvar för att inte välja en gynnsammare realisation. Det är också här som omsorgsplikten har sin största självständiga betydelse i förhållande till de övriga fyra momenten. Däremot finns det inte anledning att för enkla fordringar dra samma slutsats när det gäller omsorgspliktens andra mål att undvika realisation.

8.3.8 Påföljder; Ogiltighet och hävning

En återstående fråga som sammanhänger med frågorna ovan, är vilka rättsföljderna är av överträdelser av de olika skyddsmomenten. För

ogiltighet och hävning handlar det i flera fall om förhållandet till tredje man och en tveksamhet kring om sanktionen alls kommer i fråga.

Normargumenten vad gäller ogiltighet och hävning är ganska besvärliga att redogöra för. Panthavarens ställning vid realisation är omdiskuterad. Redan frågan om ogiltighetens och hävningens effekter mellan parterna är svår att beskriva. Eftersom det i flera fall också handlar om förhållandet till tredje man blir det särskilt svårbemästrat. För att avsnittet inte skall bli för omfattande har jag här begränsat mig till några centrala punkter.

8.3.8.1 Hävning av pantavtalet eller ogiltigförklaring av realisationen

Beträffande förhållandet mellan parterna talar allmänna normargument för att pantsättaren får häva hela pantavtalet om panthavaren bryter mot realisationsreglerna i väsentlig mån.[592] Vid hävning blir panthavaren skyldig att utge panten till pantsättaren. Såväl huvudkreditdelen som säkerhetsdelen av avtalet går åter och upplöses. I den mån panten realiserats kan pantsättaren då kräva att få surrogatet från panthavaren.

Andra normargument talar för en alternativ sanktion i form av ogiltighetsförklaring av endast realisationen.[593] Pantavtalet i övrigt består då mellan parterna. För att motivera en sådan lösning kan man använda beskrivningen att panthavaren vid realisationen agerar i en sorts ställföreträdarroll. Ogiltigheten blir ett resultat av att panthavaren inte agerat inom ramen för sitt bemyndigande. Effekten blir således att realisationen frånkänns verkan mellan parterna men att pantavtalet består.

> Eftersom pantavtalet består kan panthavaren komma att få en regelrätt realisationsrätt. Om det t ex var tidsfristen som inte uppfyllts vid den felaktiga realisationen kan den komma att löpa ut efteråt. En fråga är då om pantsättaren måste betala huvudfordran innan tidsfristen löper ut för att realisationen annars s a s läker? I det här avsnittet är det bara frågan som sådan som är relevant och jag skall inte utveckla den vidare.

8.3.8.2 Betalningslegitimation, fullmaktsregler och godtrosförvärv

Av betydelse är också normargument avseende tredje mans position. Dessa varierar något beroende på realisationsform.

Vid realisationsformerna indrivning och betalning efter uppgörelse kan man tänka sig att effekterna för tredje man, som då är sekundogäldenären, skulle kunna bli att betalningen inte ansågs befriande. Normargument är SkbrL 30 § om befriande betalning i god tro. Denna regel

[592] Se t ex Rodhe 1956 s 429. KöpL 25 §, AvbetköpL 7 § m fl.
[593] Lennander 1977 s 285–286.

kan sägas vara direkt tillämplig eftersom det är fråga om betalning till panthavare och regeln då skall ha motsvarande tillämpning enligt SkbrL 10§.

Av betydelse är vidare AvtL:s fullmaktsregler. Dessa kan hävdas generellt för alla realisationsformer. De skulle kunna innebära att en tredje man i god tro om panthavarens överträdelse gör ett giltigt förvärv eller en giltig betalning. Eftersom det inte är givet att panthavarens behörighet skall anses vara vidare än hans befogenhet skulle reglerna dock även kunna stödja en lösning där tredje man aldrig fick företräde. Till saken hör dock att det också kan hävdas att panthavarens realisation skiljer sig avsevärt från ett fullmäktiguppdrag. En väsentlig skillnad är inte minst att pantrealisation är något som i första hand görs i panthavarens intresse.

Ett ytterligare generellt normargument är principerna för godtrosförvärv. Vilken betydelse dessa skall ha är dock ännu mer otydligt. Skall det t ex krävas att panthavaren oriktigt utgett sig för att vara ägare av panten för att inte använda fullmaktsreglerna? Och vilken betydelse skall det ha att SkbrL 31 § 2 st är ett tydligt argument för att inte skydda ens en godtroende förvärvare av enkla fordringar? Det senare innebär närmast att principerna för godtrosförvärv talar för att pantsättaren skall ha företräde. Å andra sidan har det i doktrinen hävdats att en godtroende köpare skall få företräde vid svagt obehöriga förfoganden.[594]

Härutöver märks bland normargumenten i doktrinen att pantsättaren skall ha företräde vid försäljning i allmänhet, d v s närmast då för lösöre. Detta normargument är dock begränsat till de fall då köparen visste att det var fråga om pantrealisation.[595]

8.3.8.3 Ogiltighet och hävning sällan aktuellt

I faktaargumentationen skall det uppmärksammas att hävning eller ogiltighetsförklaring kan antas relativt sällan ha några beaktansvärda effekter för pantsättaren. Givetvis drabbas pantsättaren av ett dåligt realisationsresultat, men så länge huvudkrediten är på ett belopp som är större än skadan synes det effektivare att kräva skadestånd och kvitta. Hävning och ogiltighetsförklaring har antagligen störst effekt i de fall panthavaren hamnat på obestånd efter realisationen och förskingrat de mottagna medlen. Sanktionerna blir då ett sätt att kunna kräva en solvent tredje man istället för panthavarens konkursbo. Obestånd för panthavaren är dock en extraordinär händelse.

[594] Göransson 1984 s 135–136, 128–132. Se även avsn 7.6.2.
[595] Hasselrot 1905 s 1714.

Vidare är det relativt sällsynt att den pantsatta fordran har särskilda värden. I de fall förekomsten av ett sådant sammanfaller med att panthavaren gör en felaktig realisation blir det dock intressant med hävning eller ogiltighetsförklaring.

Pantsättarens nytta av påföljderna skall ställas mot den påverkan som risken för dessa påföljder skulle ha för realisationsresultaten generellt. Denna påverkan beror antagligen i stor utsträckning på riskerna för att panthavaren inte kan fullgöra ett regressansvar mot tredje man för att realisationen inte står fast. Är panthavarna solida påverkas realisationsresultaten i liten utsträckning.

Tredje mans risktagande och därmed realisationsresultaten påverkas också av att risken för att pantsättaren yrkar ogiltighet eller hävning som sagt är liten.

8.3.8.4 En ondtroende tredje man är inte skyddsvärd

Värdeargumenten har att göra med att en ondtroende tredje man inte anses skyddsvärd. Särskilt starkt gör sig dessa värden gällande när panthavarens realisation är av den kalibern att panthavaren gör sig skyldig till brott, se avsnitt 8.3.10. Motsvarande gäller med något mindre styrka för de fall realisationen strider mot nivån för den tvingande omsorgsplikten.

8.3.8.5 En särskild godtrosförvärvsregel

Sammanfattningsvis talar norm- och värdeargumenten för att pantsättaren får företräde framför tredje man i de fall denne är i ond tro. Faktaargumenten talar inte övervägande i någon riktning. På grund härav kan slutsatsen dras att pantsättaren har företräde så länge tredje man inte är i god tro om att realisationen är i strid med realisationsreglerna. Det saknas anledning att mer formellt anknyta denna princip till en viss norm såsom betalningslegitimation, fullmäktigregler eller godtrosförvärvsregler. En sådan anknytning synes komplicera frågan i onödan.

> För det speciella fall att panthavaren vid försäljning utgivit sig för att vara ägare av den pantsatta fordran förefaller normargumenten om att enkla fordringar inte kan godtrosförvärvas få särskild relevans. Frågan blir om köparen rimligen bör hamna i ett sämre läge bara för att panthavaren uppgivit att han var ägare? Till sammanhanget hör vilka krav som skall ställas för att köparen skall anses vara i god tro. Krävs det att denne begärt att få en bekräftelse på panthavarens förvärv borde panthavarens ställning ofta framgå av denna. I de fall där god tro skulle anses föreligga kan man trots allt argumentera för att köparen ändå inte får företräde. Ett skäl skulle vara att köparen då tagit den ordinära risken vid förvärv av enkel fordran och att han i förhållande till denna därför skulle gynnas när risken i själva verket var principiellt mindre. Godtrosförvärv skulle med den ståndpunkten därför bara vara aktuellt när köparen köpt i förvissningen om att det handlat om pantrealisation.

8.3.9 Påföljder; Skadestånd

Normargumenten för att panthavaren kan bli skadeståndskyldig om han överträder realisationsreglerna är ganska tydliga och det saknas anledning att behandla frågan *om* överträdelser av realisationsreglerna är skadeståndssanktionerade.[596] Däremot finns det anledning att kort nämna i vilken mån det skall krävas att panthavaren varit vårdslös?

Frågeställningen är intressant på så sätt att reglerna om prioriteringsordning, tidsfrist, beloppskrav och meddelande blir osjälvständiga om det inte finns någon sanktion mot att panthavaren utan att vara vårdslös överträder dessa regler. Det blir då istället omsorgsplikten som blir avgörande.

Ovan har hävdats att reglerna om prioriteringsordning, tidsfrist, beloppskrav och meddelande bör vara just självständiga. Härmed bör en överträdelse också vara skadeståndsgrundande. Givetvis förutsatt att realisationsresultatet hade blivit bättre om dessa regler följts. Att panthavaren inte kunnat förutse att resultatet skulle bli bättre skall däremot sakna betydelse eftersom skadeståndsansvaret inte skall vara beroende av culpa.

> Överträdelser av tidsfrist, beloppskrav eller meddelandekrav leder i sig endast till att pantsättaren får sämre möjligheter att lösa panten. Det värde som pantsättaren går miste om härigenom är sällan särskilt stort. För fakturafordringar har det vanligtvis ingen betydelse om förhållandet slutar med lösen eller realisation. I princip lider pantsättaren bara ekonomisk skada om det fanns ett särskilt kvittningsvärde eller särskilt spekulationsvärde, i den mån detta nu kan anses vara något värde, se avsn 4.4.1.2. Tar man dessutom hänsyn till om pantsättaren faktiskt hade haft förmåga att lösa huvudkrediten blir fallen av skada ännu färre.

8.3.10 Påföljder: Straffsanktion?

Ett ytterligare tänkbart moment i skyddet mot realisationskostnader är de straffrättsliga reglerna om behörighetsmissbruk, BrB 10:6 eller möjligen olovligt förfogande BrB 10:4. Det förefaller dock inte finnas några tydliga normargument för att reglerna skulle kunna användas. Detta vare sig för den typiska felaktiga pantrealisationen som vidtas efter huvudfordrans förfallodag, eller för realisation innan denna förfallodag. Ly delsen av BrB 10:6 stämmer dock ganska väl med felaktig pantrealisation om man ansluter sig till den i civilrättslig litteratur förekommande beskrivningen att panthavaren agerar mellanman som kan realisera panten för pantsättarens räkning. Panthavaren framstår i sin egenskap av

[596] Walin 1991 s 307, 1998 s 320. Lennander 1977 s 285. Hasselrot 1905 s 1714.

panthavare då som behörig, något som ofta kan styrkas med en pantavtalshandling.[597] Mot att använda BrB 10:6 talar då å andra sidan att det också förekommer beskrivningar att panthavaren inte agerar för pantsättarens räkning utan för egen räkning.[598] Intressant är då att det hävdats att panthavaren genom att informera köparen kan välja att agera för egen räkning eller för pantsättarens. Man kan också anföra att panthavaren handlar i en än mer självständig egenskap. Förhållandet kan då beskrivas som att panträtten ger panthavaren realisationsrätt snarare än realisationsbefogenhet och realisationsbehörighet. Panträtten skulle helt enkelt anses vara en egen typ av rättsförhållande.

I den mån obehörigt förfogande kan användas skulle den kunna bli användbar för alla typer av felaktig realisation. Beträffande överträdelser av tidsfrist, beloppskrav eller meddelandekrav skulle möjligen också BrB 10:4 kunna aktualiseras. Mot en sådan ordning talar dock normargument om att denna regel endast avser egendom som kan besittas i fysisk mening.[599]

Ett faktaargument är att de preventiva effekterna av risken för skadeståndsansvar kan antas vara av viss betydenhet. I förhållande till pantsättarens intresse av den pantsatta fordran i sig är behovet av prevention inte särskilt stark. De fall då den pantsatta fordran har ett särskilt värde kan som nämnts antas vara ganska få, jfr avsn 4.4.1.2.

I värdeargumentationen kan sägas att det förefaller rimligt att realisationsreglerna inte är straffsanktionerade, åtminstone inte efter huvudfordrans förfallodag. Detta kan motiveras med att pantsättaren faktiskt är i dröjsmål efter förfallodagen och att felaktigheter i realisationen därmed borde kunna ursäktas i någon mån. Straffsanktioner blir då helt enkelt för hårda i förhållande till panthavarens agerande. Till saken hör då att realisationsreglerna efter huvudfordrans förfallodag i huvudsak motiveras som ett skydd för negativa effekter av realisation och inte som ett skydd för äganderätten (fordringsrätten). Ett annat värdeargument har att göra med legalitet och förutsebarhet. Det kan hävdas att realisationsreglerna inte är tillräckligt tydliga för att ligga till grund för ett straffansvar.[600]

[597] Walin 1991 s 334–345, 1998 s 345–346 menar att det är pantsättaren som är säljaren och att panthavaren inte blir säljare för att han föranstaltar om försäljning.
[598] Jfr Håstad 1996b s 113–115.
[599] I avsn 7.2.6.1 har normargumenten för och emot ett fysiskt besittningskrav berörts. Där hänvisades till bl a Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 10:49 jfrt med 1987 s 588–593.
[600] Här skulle kunna hävdas att det borde tillmätas betydelse om panthavaren enligt ovan valt att realisera för pantsättarens räkning. Beskrivningen stämmer då tydligare med BrB 10:6 än om han valt att realisera för egen räkning. Detta är en aspekt att beakta om man förordar valmöjlighet för panthavaren i detta avseende. De straffrättsliga och civilrättsliga

Slutsatsen blir att straffsanktioner som regel inte bör användas. Normargumenten är inte tillräckligt tydliga och värdeargumenten talar emot straffsanktion. Observera då emellertid att framför allt normargumenten är starkare avseende realisation innan någon grad av realisationsrätt inträtt. Innan huvudfordrans förfallodag är det således mer aktuellt med ett straffskydd än efter.

8.3.11 Panthavares realisation i pantsättarens konkurs

8.3.11.1 Särskilda normer för konkurs

Vid pantsättarens konkurs hävdas att konkurslagens regler skall ges företräde framför övriga realisationsregler och avtalsvillkor om realisation. I vart fall hävdas att varken HB 10:2 eller avtalsvillkor får tillämpas.[601] Motivet förefaller vara att skydda pantsättarens borgenärer.

Enligt KonkL 8:10 får panthavaren själv ombesörja försäljning av handpant i lösöre. Den enda föreskrivna realisationsformen är försäljning på auktion. Det enda uttryckligt stadgade undantaget gäller finansiella instrument som får säljas på fondbörs. Det ställs också krav på såväl tidsfrist som meddelande. Det ställs också ett särskilt krav på att realisation inte utan samtycke får genomföras förrän fyra veckor efter edgångssammanträdet.

Emellertid framförs när det gäller fordringar också att panthavaren har rätt realisera dem genom indrivning. Hänvisning görs här till KonkL 8:14 och den prioritetsordning som där stadgas för konkursförvaltaren.[602]

De anförda normargumenten ger upphov till vissa frågor. En fråga är varför det ställs särskilda krav vid konkurs? En annan är om panthavaren är skyldig att prioritera indrivning framför försäljning? En tredje fråga är om realisationsformen uppgörelse med sekundogäldenären är möjlig och i så fall om den har företräde framför försäljning? En fjärde fråga är om konkursförvaltaren får ge tillstånd till realisation i annan ordning än den stadgade?

---

delarna av skyddet måste dock inte nödvändigtvis knytas samman, i vart fall inte med sådana beskrivningar.

[601] Walin 1991 s 306, 307, 319–321, 1998 s 319, 320, 333. SOU 1974:55 s 167. Normerna bygger på NT 1871 s 621 där HD (Södergren, Leuhusen, Carleson, Bolin, von Hofsten, Dreijer och Huss) fastställde HovR:s (Geijer, Åbjörnsson och Geijer) dom att det krav på meddelande till konkursförvaltare (motsv) som då stadgades inte kunde avtalas bort med verkan mot konkursborgenärerna.

[602] Walin 1991 s 321, 1998 s 333.

8.3.11.2 Vissa självklara avvikelser

De nyss angivna frågorna hänger ihop. Först skall sägas att vissa särregler synes ganska självklara. Med hänsyn till de speciella förhållandena vid konkurs finns det anledning att ställa upp särskilda tidsfrister och särskilt krav på meddelande. Detta helt enkelt för att få konkursadministrationen att fungera. Det är vidare klart att något beloppskrav inte är aktuellt vid pantsättarens konkurs. Konkursen i sig utgör ett avtalsbrott och fordringar på konkursgäldenären förfaller omedelbart till betalning.

Faktaargument när det gäller omsorgsplikt och prioriteringsordning är däremot att det knappast finns anledning att frångå de krav som annars ställs. Inget talar för att dessa inte skulle gynna realisationsresultaten även vid konkurs. Man kan t o m fråga sig om det finns anledning att regelmässigt frångå eventuella villkor som parterna avtalat. I flera fall kan det avtalade sättet vara det mest effektiva m h t realisationskostnaderna. Till saken hör också att redan pantsättaren har skydd mot ofördelaktiga avtalsvillkor.

Om konkursförvaltaren får ge panthavaren tillstånd att avvika från den ordning som stadgas i KonkL 8:10 kan realisationsresultaten på antaget sätt optimeras så när som på kostnaderna för kommunikationen och förvaltarens beslut. Frågan är dock om det finns större anledning att konkursförvaltaren skall ha sådan vetorätt än att pantsättaren själv har det. Konkursförvaltaren kan liksom pantsättaren i efterhand invända att realisationen inte givit ett tillräckligt bra resultat.

8.3.11.3 Resultat eller form?

I värdeargumentationen är det i första hand uppfattningen att resultaten skall bli så bra som möjligt som gör sig gällande. Det finns möjligen också ett motsatt värde i att man vid det exekutiva förfarande som konkurs innebär håller sig till vissa formalia.

8.3.11.4 Särregler för tidsfrister, meddelandekrav och beloppskrav

Det nämnda kan ge slutsatsen att särreglerna vid realisation i pantsättarens konkurs huvudsakligen skall gälla tidsfrister, meddelandekrav och avsaknad av beloppskrav. De tidsfrister och det meddelandekrav som stadgas i KonkL 8:10 är tvingande och kan bara åsidosättas efter överenskommelse med konkursförvaltaren. Däremot överväger fakta för att prioriteringsordningen och omsorgsplikten skall vara möjlig och användas även vid konkurs. Det bör t o m vara så att särskilda avtalsvillkor som inskränker omsorgsplikten bör sakna giltighet.

8.4 Förlust av särskilda värden

Förutom de kostnader som är förenade med realisation innebär en sådan att pantsättaren går miste om de värden fordran som sådan kan ha för pantsättaren. I avsnitt 4.4.1.2 har dessa ”särskilda värden” beskrivits som särskilt kvittningsvärde, d v s värdet av kvittningsmöjlighet mot en insolvent gäldenär, särskilt rättighetsvärde, d v s värdet av den makt en fordran kan innebära över gäldenären, samt särskilt spekulationsvärde, d v s värdet i att betalning från gäldenären ger ett bättre utfall än en förtida realisation. Det skydd mot realisationskostnader som behandlats i föregående avsnitt, 8.3, skyddar i delar även mot förlust av särskilda värden. Tidsfrist, beloppskrav och meddelandekrav ökar möjligheterna för pantsättaren att lösa panten. Det har å andra sidan också hävdats att pantsättarens intressen skall skyddas endast i den mån de kan anses ha ett ekonomiskt värde. Den här aktuella frågan om skydd för särskilda värden har således i viss mån redan behandlats. Det finns emellertid anledning att också ta upp den särskilt. Frågan om att särskilda skyddsregler när den pantsatta fordran har ett särskilt värde är intressant att belysa. Som kommer att framgå handlar det här framför allt om huruvida det finns anledning att uppställa ett speciellt skydd för det särskilda kvittningsvärdet.

8.4.1 Normargument saknas

Några normargument förefaller inte finnas vare sig för den ena eller det andra formen av skydd. Tvärt om är det nog en riktig beskrivning att de i föregående avsnitt behandlade allmänna skyddsreglerna till stor del syftar till att skydda särskilda värden, framför allt då hos lösöre o likn egendom som kan ha affektionsvärde. Något ytterligare skydd finns det inga normativa belägg för.

8.4.2 Ett skydd genererar gränsdragningskostnader

I faktaargumentationen skall åter uppmärksammas att pantsättaren tenderar att underskatta riskerna för realisation. Det är denna riskpreferens som rätten enligt ett synsätt skall kompensera för, jfr avsn 1.7.4–5.

Mot att uppställa ett skydd för särskilda värden talar att ett sådant skydd kan göra den generella regleringen mer svårhanterlig. De särskilda värdena är relativt ovanliga och det kan därför vara effektivt att låta pantsättaren stå riskerna istället för att använda en särreglering som kan

skapa gränsdragningsproblem o likn. Framför allt kan det vara svårt att styrka särskilt rättighetsvärde och särskilt spekulationsvärde.

Med faktaargument kan det hävdas att behovet av ett särskilt skydd är störst för de fall den pantsatta fordran har ett särskilt kvittningsvärde. Det särskilda kvittningsvärdet kan representera ett stort ekonomiskt värde för pantsättaren samtidigt som den pantsatta fordran kan vara relativt värdelös för panthavaren. Är sekundogäldenären på obestånd kan panthavaren vanligen inte få ut något av fordrans värde. Pantsättaren kan däremot kvitta.

En form av särskilt skydd i dessa sammanhang vore att uppställa en regel av innebörden att panthavaren måste återlämna den pantsatta fordran när den har ett särskilt kvittningsvärde för pantsättaren. En sådan ordning borde i många fall inte utgöra något problem. Panthavaren borde i många fall inte ha något emot att återställa den pantsatta fordran för att pantsättaren skall kunna kvitta. Det stärker pantsättarens ekonomi och ökar därmed möjligheterna för denne att betala huvudfordran. I vissa fall har panthavaren emellertid anledning att föredra en annan lösning. Att panthavaren behåller panten som har det särskilda kvittningsvärdet ökar pantsättarens incitament till fullgörelse. I en avvägning synes man då få gränsdragningsproblem, inte avseende om ett särskilt kvittningsvärde föreligger, men väl angående pantsättarens förmåga att lösa huvudkrediten ändå. När skall pantsättaren anses ha uttömt alla möjligheter att för lösenbeloppet få kredit från annat håll? Är det alls möjligt att uttömma alla möjligheter om pantsättaren vet att han tjänar på att misslyckas?

8.4.3 En ekonomisk gisslan

På ett allmänt plan är ett värdeargument att pantsättaren kan anses råka illa ut. När det gäller förhållandena vid särskilt kvittningsvärde kan också den position där panten endast har en gisslanfunktion uppfattas som laddad. I vart fall anses panträtten diskutabel om en pant redan från början saknar omsättningsvärde för panthavaren. Även om avtalen i princip anses godtagbara kan avtalet beroende på omständigheterna komma att angripas med AvtL:s ogiltighetsregler.[603]

Å andra sidan är det särskilda kvittningsvärdet bara ett ekonomiskt värde. Förhållandena kan också liknas vid retentionsrätt där panthavaren inte har någon annan nytta av sin säkerhet än att den utgör en gisslan.[604]

[603] Håstad 1996 s 285 not 7. Undén 1976 s 184–185.
[604] Walin 1991 s 14, 1998 s 16.

8.4.4 Inga särskilda skyddsregler

Den allmänna slutsatsen blir att det inte skall ställas några särskilda skyddsregler till skydd för särskilda värden hos den pantsatta fordran. Det skydd som finns är detsamma som skyddet mot realisationskostnader, se avsnitt 8.3. För detta talar både norm- och faktaargument.

I fallen av särskilt kvittningsvärde blir avvägningen svårare. Här talar fakta närmast för att panthavaren skall vara skyldig att låta pantsättaren kvitta om bara avgränsningsproblemet av de omöjliga fallen kunde få en lösning. Även för särskilt kvittningsvärde överväger dock argumenten mot en skyldighet. Att panthavaren kan ha intresse av att frivilligt låta pantsättaren kvitta kan dock innebära att problem sällan uppstår.

8.5 Värdeminskningsrisker

När den pantsatta fordran minskar i omsättningsvärde drabbar detta såväl panthavare som pantsättare. Den som drabbas mest är naturligtvis pantsättaren eftersom hans egendom minskar i värde. Panthavaren drabbas bara genom att hans risk ökar.

I den meningen att värdeminskningarna är oönskade utgör de skador. Eftersom rätten inte kan skydda båda parter mot värdeminskningar utgör värdeminskningarna i sig däremot inte skador i förhållande till omsättningsteorin. Vad rätten kan åstadkomma är att skydda mot att transaktionskostnaderna för att placera risken blir högre än nödvändigt. Skadan är med omsättningsteorin alltså inte värdeminskningen utan istället transaktionskostnader för att nå en effektiv riskfördelning. Jfr avsnitt 9.3.

Till skadebeskrivningen hör också att det förekommer ageranden som kan beskrivas som riskpåverkande. Eftersom det är pantsättarens risker som behandlas i detta avsnitt handlar det här om att panthavaren ökar pantsättarens risk eller låter bli att utnyttja en möjlighet att begränsa en sådan risk.

Mot bakgrund av de beskrivna skadorna blir frågan i detta avsnitt – *i vilken mån och på vilket sätt ansvarar panthavaren för riskpåverkande handlingar?* Det kan då i stor utsträckning sägas handla om vad som kan antas vara en effektiv riskfördelning.

De huvudsakliga värdeminskningsriskerna har att göra med sekundogäldenärens betalningsförmåga respektive preskription. Beträffande det förstnämnda kan hävdas att normargumenten är massiva för att pantsättaren skall stå den huvudsakliga risken. En vanlig uppfattning är rent av att detta är det avgörande eller dominerande kriteriet på ett

säkerhetsavtal, se avsnitt 4.5.3. På grund av den nämnda kopplingen mellan riskfördelningen och begreppet säkerhet blir det på sätt och vis meningslöst att argumentera för en annan huvudregel. Det kan p g a kopplingen antas att parterna genom att använda termen säkerhet avsett bl a just att pantsättaren skall stå kreditrisken. Att uttrycka att pantsättaren står kreditrisken antas alltså vara en av huvudegenskaperna hos begreppet säkerhet.

Samtidigt är det ingen som ifrågasätter att parterna kan avtala en omvänd riskfördelning. För dem som har den nämnda uppfattningen innebär detta dock att avtalet betraktas som en överlåtelse.

Det finns emellertid också normargument för att panthavaren skall bära en del av kreditrisken. Panthavaren skall enligt dessa bära risken i den mån han kunnat begränsa den och det kan anses vårdslöst att han inte gjort detta. På en allmän nivå anförs här panthavarens s k vårdplikt som har sin grund i HB 10:3 och 4. Det finns också mer specifika normargument för just ansvar för vårdslöshet vid värdefall på fordringar.

Mot bakgrund av de anförda normargumenten är det tydligt att huvudprinciperna för riskfördelningen är ganska klara. Oklarheterna rör istället den närmare utformningen av pantsättarens skydd. I de följande avsnitten tas utgångspunkt i olika handlingar och underlåtenheter som panthavarens ansvar kan bli aktuellt. Vad som beskrivs är omfattningen av panthavarens skyldigheter.

Skyldigheterna kan i vissa fall uppfyllas på olika sätt och panthavaren kan ha ett eget intresse av att föredra ett visst sätt framför ett annat, jfr avsn 9.4.

8.5.1 Vägran att ta emot betalning

En form av underlåtenhet från panthavarens sida som kan påverka risken för värdeminskning är en vägran att ta emot betalning. Så länge sekundogäldenären inte betalat föreligger kreditrisk. Frågan i detta avsnitt kan därför preciseras till om panthavaren är skyldig att ta emot betalning och vilka sanktionerna är mot en sådan vägran?

Vissa normargument kan sägas ange att panthavaren skall stå risken om han vägrat att ta emot betalning från sekundogäldenären. I vart fall sägs att panthavaren får anses skyldig att ta emot sådan betalning. Detta inkluderar då även överhypoteket.[605]

Att dessa uttalanden förefaller ha gjorts även med relationen till sekundogäldenären i åtanke förtar inte deras styrka som normargument i förhållandet mellan pantsättare och panthavare.

[605] Lennander 1977 s 94.

För en sådan ordning talar också att panthavaren mycket sällan torde ha något emot att ta hand om betalningen. Motsvarande gäller sekundogäldenären som oftast föredrar att betala hela fordran till ett och samma subjekt.[606]

Ytterligare faktaargument för att panthavaren skall stå kreditrisken vid vägran är att denne då bibehåller risken för att sekundogäldenären inte betalar. Att det kan vara fråga om en helt obetydlig påverkan för att sekundogäldenären är mycket solvent vid tidpunkten, har givetvis betydelse, men det blir ändå fråga om ett fortsatt risktagande.

Det finns också faktaargument mot att panthavaren skall behöva ta emot mer än vad som motsvarar hans eget krav. Panthavaren får då kostnader för att hantera överhypoteket och utbetala det till pantsättaren. I princip kan han ta betalt för detta ur panten men kostnaderna kan vara svåra att beräkna.

Med värdeargument kan det förefalla rimligt att panthavaren är skyldig att ta emot betalning. Därmed är det också rimligt att han står någon form av ansvar för att vägra detta. Möjligen kan ett ansvar för hela kreditrisken anses vara en väl sträng sanktion i de fall panthavaren haft anledning att tro att sekundogäldenären hade mycket god betalningsförmåga, jfr fakta ovan.

Slutsatsen är dock att panthavaren skall stå risken om han vägrar ta emot betalning. För detta talar normargumenten och såväl övervägande faktaargumenten som övervägande värdeargument.

8.5.2 Bristande åtgärder i anledning av information

En annan form av underlåtenhet från panthavaren är att han inte vidtar åtgärder i anledning av att han fått information om att risken för värdeminskning ökar. Frågan i detta avsnitt kan preciseras till om panthavaren är skyldig att vidta några åtgärder och vilket ansvar han i så fall står? I nästa avsnitt behandlas vilka åtgärder som krävs av honom för att undgå ansvar.

8.5.2.1 Panthavaransvar

Om panthavaren får information som tyder på att risken ökar för att sekundogäldenären inte kommer att betala anses han med en rad norm-

[606] Jfr avsnitt 8.6–7 och 5.8.

argument skyldig att agera. I litteraturen beaktas framför allt den sorts information som dröjsmål med betalning innebär. [607]

> Vad som anförs är alltså att utebliven åtgärd, i anledning av kunskap eller misstanke om accelererande betalningssvårigheter, är ansvarsgrundande. Normargumenten bygger, som nämnts i avsnitt 8.3.7, på en culpaprincip som stöds med HB 10:3 och 4. Eftersom man aldrig kan få säker kunskap om det framtida utfallet innebär detta i princip att det måste handla om en tillräcklig risknivå för ytterligare värdeminskning.

Vidare sägs att det handlar om ett ansvar som begränsas med kausalitet. Panthavaren ansvarar bara i den mån sekundogäldenären skulle betalat något om panthavaren gjort vad han skulle. Detta uttrycks som att ”skadan” är beroende av vilket belopp som hade kunnat erhållas om fordran indrivits vid den tidpunkt då panthavaren skulle ha varnat.[608]

> Innebörden av det sagda får anses vara att panthavaren skall ansvara för den värdeminskning som den uteblivna varningen ledde till, eller m a o det värde som kunnat räddas. Detta innebär att risken för den totala värdeminskningen, d v s minskningen utifrån fordrans ursprungliga värde, fördelas mellan parterna. Om fordran vid avtalets ingående var värd 100 och värdet har nedgått till 70 då panthavaren får information om att fordran kommer att minska ytterligare i värde, så ansvarar panthavaren för differensen mellan 70 och det verkliga utfallet. Pantsättaren står risken för differensen mellan 100 och 70.

8.5.2.2 Panthavaren bäste riskminimerare

Faktaargument för att panthavaren skall stå risken är att panthavaren i dessa fall är den bäste riskminimeraren. Argumenten om att panthavaren skall ansvara om han inte agerar vid betalningsdröjsmål bygger uttryckligen på faktaaspekten att det är betalningsmottagaren som märker när betalning uteblir och därför är den som till lägst kostnad kan agera.[609] När panthavaren fått misstanke om betalningssvårigheter har han information som det är kostsamt för pantsättaren att eftersöka på annat sätt. Eftersom panthavaren i de flesta fall själv har intresse av att det vidtas åtgärder i anledning av sådan information är ett ansvar inte särskilt kostsamt.

> Det skall understrykas att det nämnda bygger på att det verkligen är fråga om information som panthavaren har. Om det ställs låga krav för att panthavaren skall anses ha misstanke, får panthavaren kostnader för att om inte eftersöka informationen så i vart fall vara särskilt uppmärksam. Härtill

[607] Lennander 1977 s 99–101. Taxell 1949 s 123–124. Undén 1976 s 210. Jfr Walin 1998 s 302. I Bankformulären 2000 friskriver sig bankerna med en generell skrivning som kan tolkas som att de inte åtar sig ansvar för värdeminskning.
[608] Lennander 1977 s 99, 106–107.
[609] Lennander 1977 s 100.

kommer kostnader för att hantera informationen. Frågan blir särskilt relevant för panthavare med många företrädare.

En annan faktaaspekt är att panthavaren i udda fall kan göra en helt annan värdering av situationen då sekundogäldenären är i dröjsmål. Då utgår ofta högre ränta. Om panthavaren har rätt till säkerhet ränta kan han vilja stå risken för att få möjlighet att öka sin säkerhet. Han har då inte intresse av att pantsättaren startar en indrivning. Eftersom ett sådant intresse som sagt förefaller ganska udda finns det liten anledning att beakta detta intresse.

8.5.2.3 Kausaliteten kan vara svårutredd

Fakta rörande omfattningen av panthavarens ansvar är att den skadebeskrivning som kausalitetsnormen bygger på förefaller principiellt oproblematisk. En annan sak är att det i praktiken måste bli ganska problematiskt att utreda vad fordran var värd när panthavaren borde ha agerat.

Ett mer teoretiskt problem med kausalitetsnormen är att passivitet från panthavaren inte alltid är negativt. Passivitet i förhållande till sekundogäldenären innebär nämligen ett betalningsanstånd och ett betalningsanstånd kan vara en åtgärd som begränsar värdeminskningsrisken. Saken ställs på sin spets om ett betalningsanstånd kan anses ha varit det bästa sättet att begränsa risken. Panthavaren skall då i princip inte ansvara även om utfallet blir dåligt. Åtgärden att vara passiv var ju den bästa utifrån förhållandena vid det tillfället.

8.5.2.4 Vårdslös passivitet är värdeladdad

Som värdeargument kan anföras att det närmast skulle vara stötande att panthavaren skulle kunna tiga istället för att ge pantsättaren en möjlighet att begränsa sin skada. Vårdslöst agerande är generellt laddat. Laddningen blir här särskilt stark i de fall panthavaren har ett kunskapsövertag avseende riskbedömning och hantering.

8.5.2.5 Panthavaren bör ansvara

Av det anförda framgår att övervägande argument talar för att panthavaren skall ansvara. Slutsatsen blir därför att panthavaren bör stå ansvar för att agera i anledning av misstanke om betalningssvårigheter o likn hos sekundogäldenären. Ansvaret begränsas med kausalitetsprincipen till det belopp som det vid varningen skulle ha gått att driva in från sekundogäldenären.

8.5.3 Varningsskyldighet och skyldighet att framställa betalningskrav

Om panthavaren får information som tyder på att värdeminskningsrisken ökar anses han alltså skyldig att agera, enligt föregående avsnitt. Här är frågan vilka åtgärder som skall krävas av honom för att han skall undgå ansvar?

8.5.3.1 Entydiga varningsnormer men delade uppfattningar om indrivningsskyldighet

Det finns normargument som anger att panthavaren skulle vara skyldig att varna pantsättaren.[610] Det finns också normargument om att panthavaren skulle vara skyldig att säga upp respektive driva in fordran, även om de är otydliga, se strax nedan.[611] Vidare finns normargument som antyder att panthavaren skulle vara skyldig att utröna hur det faktiskt förhåller sig.[612] För det fall det föreligger dröjsmål med betalning finns slutligen också normargument som anger att panthavaren skulle vara skyldig att framställa betalningskrav.[613]

Mot att panthavaren skulle ha skyldighet att driva in fordran talar å andra sidan normargument med dels direkt sådan innebörd, dels att panthavaren istället kan meddela pantsättaren och sätta denne i stånd att själv driva in.[614] Därmed blir det egentligen fråga om indrivningsskyldighet först om en varning inte skulle vara aktuell, t ex för att den inte hinns med. En annan sak är att panthavaren kan föredra att driva in framför att varna.

> Man kan i och för sig fråga sig hur det skall gå till att panthavaren sätter pantsättaren i stånd att själv driva in fordran. Måste panthavaren då återlämna betalningslegitimationen till pantsättaren och därmed avstå från sitt sakrättsliga skydd? Ett kort svar är att det borde vara möjligt för pantsättaren att med panthavarens medgivande driva in fordran med krav på att fullgörelse skall ske till panthavaren, eller i vart fall till ett för dem gemensamt konto.

[610] Lennander 1977 s 101.
[611] Lennander 1977 98–103.
[612] Lennander 1977 s 100.
[613] Lennander 1977 s 100.
[614] Lennander 1977 s 98, 100–101. Hasselrot 1926 s 191. Taxell 1949 s 123. Jfr Undén 1976 s 210.

8.5.3.2 Effektiviteten med indrivningsskyldighet varierar med realisationsform

Det finns faktaargument som talar för att panthavaren i grund och botten endast skall ha en varningsskyldighet. Om panthavaren varnar pantsättaren förefaller han nämligen typiskt sett tillräckligt ha minskat riskerna för pantsättaren eftersom pantsättaren då som regel själv kan agera. Samtidigt kan varningsskyldighet antas vara den minst kostnadskrävande skyldigheten. Därmed behöver pantsättaren inte vid avtalets ingående betala riskpremier för de andra mer kostnadskrävande skyldigheterna. Med detta resonemang skulle de andra skyldigheterna bara bli aktuella i den mån en varning inte skulle påverka risken tillräckligt, såsom då en omedelbar insats är nödvändig.

> I valet av åtgärd talar fakta givetvis för att panthavaren skall vara skyldig att vidta den åtgärd som är mest effektiv. Valet av åtgärd har emellertid också att göra med panthavarens eget intresse. Det skall nämnas att det inte nödvändigtvis behöver handla om någon av de åtgärder som nämnts. Andra åtgärder kan t ex vara betalningsanstånd för sekundogäldenären eller försäljning av fordran.

Å andra sidan finns det fakta som talar för att panthavaren skall ha de andra skyldigheterna även om han varnat. Detta beror då på att parterna i de flesta fall skulle föredra en sådan reglering. Om regleringen inte tillgodosåg detta behov skulle transaktionskostnader uppstå för parterna att särskilt avtala annorlunda. Den ordinäre pantsättaren skulle alltså föredra att betala premierna för att få den service som de andra skyldigheterna innebär. Till saken hör att premienivån påverkas av att panthavaren själv ofta kan intresse av att utföra dessa åtgärder. Vidare att panthavaren ofta är mer effektiv i utförandet p g a sin professionalitet.

> Att pantsättaren är beredd att betala för servicen innebär i sin tur dock inte nödvändigtvis att panthavarens ansvar för utebliven sådan skall vara skadeståndsskyldighet för värdeminskningen. Om panthavaren varnat pantsättaren och klargjort att denne får ta itu med problemet ligger det kanske närmare till hands att skadeståndsskyldigheten skall gälla de kostnader som pantsättaren skulle fått för att göra detta. Jfr normen om att skadelidande måste begränsa sin skada om möjligt.

Mot bakgrund av det nämnda kan man bedöma vilka åtgärder som parterna i de flesta fall kan antas vilja skall ingå.

För betalningskrav kan antas att det är effektivt att en sådan skyldighet ingår. Panthavaren har ett visst intresse av att själv kräva betalning för att veta att det verkligen blir gjort. Andra ordningar förefaller kräva fler kontakter mellan panthavare och pantsättare och därmed högre kostnader. Dessutom kan det möjligen antas att risken för att pantsätta-

ren inte betalar typiskt sett är något lägre om panthavaren, åtminstone professionella sådana, står bakom kravet.

För uppsägning av fordran är förhållandena aningen annorlunda. Här tillkommer ofta kostnader för att panthavaren måste meddela pantsättaren om vad han gjort. Någon sådan skyldighet skall därmed inte ingå.

När det gäller indrivning kan det antas att panthavaren är mest effektiv, inte minst som det kan bli kostsamt att sätta pantsättaren i stånd att driva in för panthavarens räkning. Panthavaren har i en del fall också intresse av att själv genomföra indrivningen. Å andra sidan är det ett kostsamt förfarande. Panthavaren föredrar därför antagligen möjligheten att kunna hålla sig till huvudfordran och pantsättaren föredrar att inte behöva betala premien. Därmed skall inte heller någon indrivningsskyldighet ingå.

Effekten av det nämnda skulle bli att en panthavare som inte skickar betalningskrav ansvarar även om han varnat pantsättaren. Några andra förpliktelser skulle panthavaren dock inte ha om han varnat pantsättaren.

8.5.3.3 Ett rimligt ansvar

I värdeargumentationen kan man uppmärksamma att panthavarens typiska kunskapsövertag talar för ett visst ansvar att göra vad som är rimligt för att tillgodose pantsättarens intresse.

8.5.3.4 En generell varningsskyldighet

Med stöd i framför allt faktaargumenten, men i icke obetydlig mån även i normargumenten, blir slutsatsen här att det centrala kravet på panthavaren skall vara att han varnar pantsättaren. Han är härutöver skyldig att framställa betalningskrav till sekundogäldenären. Först om dessa åtgärder inte är verkningsfulla är panthavaren skyldig att vidta andra åtgärder.

8.5.4 Preskription

Ett särskilt fall av värdeminskning är att fordran preskriberas. Den risk det handlar om är risken för att missa att göra preskriptionsavbrott. Eftersom fakturafordringar är kortfristiga är risken givetvis liten att de preskriberas ens enligt 3–års regeln. Jag anger här därför bara några huvudpunkter.

Det finns flera normargument för att panthavaren skall bära denna risk. Panthavaren anses alltså skyldig att se till att den pantsatta fordran inte preskriberas. Detta antingen genom att själv göra preskriptionsav-

brott eller genom att underrätta pantsättaren om att denne bör göra sådant.

Stöd för denna uppfattning finns i första hand i doktrin. Flera författare har denna uppfattning.[615] Uppfattningen bygger bl a på ett lagförslag till ny Handelsbalk från 1838 där en lagstadgad skyldighet föreslogs, och på ett antal äldre rättsfall.[616] Av betydelse är också att bankerna i sina standardvillkor åtar sig att avbryta preskription.[617] Som ett allmänt normargument kan vidare anföras panthavarens vårdplikt som har sin grund i HB 10:3 och 4.

Faktaargument är att de flesta pantavtal avseende enkla fordringar ingås av professionella kreditgivare med just datorstöd och personal som är utbildad i fordringshantering. I jämförelse med pantsättarna, som numera också har datorstöd, kan det antas vara just fordringshanteringsrutinen som är skillnaden. Att en pantsättare p g a sin kännedom om det bakomliggande fordringsförhållandet kan komma ihåg att en viss fordran börjar åldras står sig slätt i förhållande till datorstödda fordringshanteringsrutiner. Panthavarna har således i viss mån bättre förutsättningar än pantsättarna att stå risken för preskription.[618]

Som faktaargument kan också anföras att den typiske panthavaren har bättre resurser än den typiske pantsättaren att klara av den förlust som preskription och ett ansvar för detta innebär.

Slutsatsen blir att panthavaren skall bevaka preskription. Normargumenten talar ganska entydigt för en sådan lösning även om de bygger på ganska ålderstigna grunder. Fakta överväger också för en sådan lösning. Eftersom det av faktaargumenten är tydligt att olika lösningar kan vara bäst i olika situationer bör en eventuell skyddsregel vara dispositiv. På grund av normargument får det anses tillräckligt att panthavaren meddelar pantsättaren om att preskription kan inträffa. Det är alltså inte nödvändigt att panthavaren själv avbryter preskriptionen. I många fall är detta dock något som ligger i panthavarens eget intresse att göra.

8.6 Panthavarens dröjsmål

När pantförhållandet skall avvecklas har panthavaren vanligen två alternativa åligganden gentemot pantsättaren. När pantsättaren betalat huvudfordran skall panthavaren återlämna panten. Om panthavaren istället har realiserat panten skall ett eventuellt överhypotek redovisas till pant-

[615] Lennander 1977 s 81–82. Hasselrot 1926 s 185. Ekeberg/Benckert 1967 s 241. Undén 1976 s 204. Jfr Walin 1998 s 299–300.
[616] Se Lennander 1977 s 76–78 m hänv. Respektive NJA 1925 s 374. NT 1867 s 309. Jfr NJA 1917 s 533. Jfr även NJA 1910 s 196 och det därtill hörande NJA 1915 A nr 58 samt NJA 1924 A nr 343, ej ansvar för panthavarna eftersom fordringarna varit värdelösa av andra anledningar.
[617] Bankformulären 2000. Lennander 1977 s 78 tar upp de dåtida villkoren.
[618] Jfr antaganden av Walin 1991 s 287, 1998 s 300.

sättaren. Skulle panthavaren hamna i dröjsmål med dessa prestationer kan man säga att pantsättaren lider skada. Skadorna är störst och tydligast om panthavarens dröjsmål blir permanent, såsom då panthavaren förskingrat medlen.

Med omsättningsteorin kan man också tala om att skador i form av transaktionskostnader för att placera risken för dröjsmål och för att åstadkomma sanktionsmöjligheter så att pantsättaren kan förmå panthavaren att inte dröja.

Normargumenten för skydd mot dessa skador består av regler om när panthavaren skall prestera och av regler om sanktioner mot överträdelser. Det finns också regler om redovisningsplikt, redovisningsmedel och förskingring. Dessa syftar till att trygga pantsättarens intressen mot riskerna med obestånd hos panthavaren. Det finns anledning att belysa i vilken omfattning dessa regler skyddar pantsättaren. En grundläggande fråga för dröjsmål med betalning av redovisningsskuld är dock i vilken mån panthavaren alls får ta hand om ett överhypotek.

8.6.1 Skydd mot att panthavaren tar hand om överhypotek

Frågan om panthavaren alls får ta hand om överhypotek omfattar egentligen två frågor. Dels frågan om sådant omhändertagande är tillåtet när parterna inte avtalat något om saken, dels frågan om ett förbehåll om sådan rätt skall accepteras. Den tangerar också frågan om sekundogäldenären är skyldig att dela upp sin betalning och frågan om panthavaren skall behöva utstå olika besvär i anledning av en sådan uppdelning, se avsnitt 5.8. Till saken hör vidare frågan om pantsättarens skydd mot att panthavaren får möjlighet att kvitta en redovisningsskuld med en annan fordran på pantsättaren, se avsnitt 8.7. I någon mån kan den här aktuella frågan också påverka frågan om pantsättaren skall ha skydd för ett särskilt kvittningsvärde, se avsn 8.4. I detta avsnitt skall problematiken emellertid behandlas med utgångspunkt i frågan om pantsättarens rättsliga skydd mot dröjsmål.

8.6.1.1 Utsläckningsbar eller återkallelig indrivningsrätt

I normargumentationen skall det uppmärksammas att det i doktrinen finns relativt många uttalanden kring den aktuella frågan och de nämnda anknytande frågorna. Eftersom frågeställningen är mångbottnad skiljer sig uppfattningarna i olika delar. På grund av att det är så många frågeställningar involverade kan det också vara svårt att utläsa vilken fråga en viss uppfattning är svar på.

Om vi emellertid håller oss till huvudlinjerna är en uppfattning att panthavaren får ”driva in” överhypoteket så länge han har något att fordra från pantsättaren.[619]

> Till stöd för denna uppfattning har anförts NJA 1897 s 198. Det har dock sagts att fallet inte skall tillmätas betydelse eftersom det är gammalt och tar sikte på frågan om sekundogäldenärens invändningsrätt. HD:s majoritet[620] förpliktigade här sekundogäldenären att betala hela beloppet till panthavaren trots att denna invänt att han inte alls var betalningsskyldig. Frågan om eventuell begränsad betalningsskyldighet uppmärksammades av såväl RevSekr som ett JustR.[621] Dessa föreslog en till huvudfordran begränsad betalningsskyldighet. Två JustR ogillade talan.[622]

Samtidigt sägs på flera håll att sekundogäldenären har möjlighet att välja att betala ett belopp som motsvarar panthavarens krav, se avsnitt 5.7.1. Därmed skulle pantsättaren ha möjlighet att åstadkomma en delning genom att övertala sekundogäldenären. När sekundogäldenären betalat ett belopp som motsvarar panthavarens krav upphör panthavarens rätt att motta betalningen eller på annat sätt realisera resterande del.

En avvikande uppfattning är att panthavaren som regel bara får ”lyfta” vad han har att kräva, i vart fall så länge pantsättaren inte motsatt sig att panthavaren driver in överhypoteket. Ett ”bemyndigande” att panthavaren skall få lyfta hela beloppet anses vara återkalleligt.[623] För det meddelande som pantsättaren vid sådan återkallelse riktar till sekundogäldenären har uttrycket ”spärrmeddelande” lanserats i doktrinen.[624]

> Som stöd för denna uppfattning skulle kunna anföras uttalanden i förarbeten till UB och UB:s föregångare.[625] Mot detta har å andra sidan hävdas att förhållandena vid utmätning skiljer sig från pantförhållandet.[626]

[619] Denna uppfattning har hävdats av Håstad 1980 s 83. Lennander 1977 s 93. Undén 1923 s 165–166, 185, 188. Karlgren 1959 s 144. Hasselrot 1905 s 1733. Taxell 1949 s 121–122, 152-156, 218. Se även NJA 1985 s 121. Jfr även Bogdan 1981 s 525.

[620] JustR Claëson, Hernmarck och Hammarskjöld, samt med egen motivering även Glimstedt.

[621] RevSekr Åkerman, JustR Carlson.

[622] JustR Åbergsson och Ahlgren.

[623] Walin 1991 s 232, 1998 s 238–239. Lindskog 1993 s 416–418. von Eyben 1975 s 454–457, 504, 1984 s 505–508.

[624] Walin 1991 s 228, (i 1998 s 234).

[625] Se Walin/Gregow/Löfmarck 1999 s 345 not 29 och en diskussion om att KFM:s betalningsanmaning till sekundogäldenären som huvudregel endast skulle avse vad som behövs för att täcka sökandens krav och kostnaderna. Samtidigt antas som undantag att sekundogäldenären p g a fordringsförhållandets natur kan sakna skyldighet (och rätt) att dela upp betalningen. Se även NJA II 1937 s 792 där det sägs att: ”Det av utmätningsmannen gjorda kravet bör naturligen ej avse större del av fordringen än som må erfordras för utmätningsborgenärens förnöjande och kostnadernas täckande.” Se om betydelsen av detta uttalande Håstad 1980 s 73–74 och Walin 1991 s 231 not 6, 1998 s 237 not 6. För att få fart på den diskussionen vill jag påpeka att skrivningen synes ha gjorts med omsorg

För de anförda uppfattningarna har framförts en mängd argument av olika karaktär. En linje bygger på en norm om att sekundogäldenären inte skall behöva finna sig i en uppdelning. Vissa fäster vikt vid det faktum att det på den pantsatta fordrans förfallodag kan vara svårt att veta hur stort panthavarens slutliga anspråk blir. Det finns också argumentationslinjer som mer uttryckligt bygger på avvägningar mellan kostnader och risker.

8.6.1.2 Kvarstad

Till saken hör också möjligheten av att institutet kvarstad skulle vara användbart i sammanhanget.[627] Om panthavaren anses ha rätt att ta hand om överhypoteket skulle pantsättaren kunna stoppa detta genom att begära kvarstad. Enligt lydelsen av RB 15:2 är denna regel direkt tillämplig på åtminstone vissa fall. Det krävs att pantsättaren visar att det föreligger en konkret risk. Regeln kräver att det ”skäligen kan befaras” att panthavaren förfogar över överhypoteket till skada för pantsättaren. Att panthavaren befaras förskingra beloppet utgör en form av sådant förfogande. Det gör möjligen också ett befarat temporärt dröjsmål med redovisningen. Likaså att panthavaren befaras kvitta med redovisningsfordran, även om skaderekvisitet då kan diskuteras. Att panthavaren befaras förstöra pantsättarens möjligheter att utnyttja ett särskilt kvittningsvärde borde också omfattas.

Ett ytterligare krav för att kvarstad skall vara möjligt är att pantsättaren ställer säkerhet eller att det föreligger synnerliga skäl, RB 15:6.

8.6.1.3 Risk för relativt betydande kostnader …

I faktaargumentationen skall först poängteras att det beroende på omständigheterna handlar om en mängd olika fall. Ett antagande är att det vanligaste fallet är att sekundogäldenären vill betala hela fordran till ett subjekt och att pantsättaren inte har något emot att detta blir panthavaren. Detta antagande talar för att panthavaren skall anses ha rätt att ta hand om överhypoteket. Annars uppstår transaktionskostnader för att pantsättare och panthavare särskilt skall komma överens om detta.

De vanliga fallen utgör dock egentligen inget problem. Problemen uppstår när pantsättaren för att undvika dröjsmålsrisker inte vill att panthavaren tar hand om överhypoteket. Ett problem är att det i vissa fall inte är möjligt att beräkna hur stort överhypoteket är. En anledning

---

om sekundogäldenären eftersom den därpå följande meningen tar upp frågan om delvis anstånd för att hela betalningen inte kan erläggas. ;-)

[626] Håstad 1980 s 73–74.

[627] Walin 1991 s 227, 1998 s 234.

är t ex att realisation av den pantsatta fordran blir aktuell långt innan huvudkrediten förfaller samtidigt som huvudkrediten löper med rörlig ränta.

Ett annat problem är att det är förenat med kostnader att bibringa sekundogäldenären information om storleken av panthavarens slutliga krav, något som skulle bli aktuellt vid realisationsformen betalning från sekundogäldenären. Om man, mot bakgrund av det ovan nämnda antagandet att pantsättaren vanligtvis inte har något emot betalning till panthavaren, utgår från att sekundogäldenären inte fått någon uppgift om delning i denuntiationen, omfattar minimikostnaderna här kostnader för kommunikation mellan sekundogäldenären och de båda pantavtalsparterna. Om pantavtalsparterna har samma uppfattning om beloppet kan sekundogäldenären dela upp betalningen. I de fall pantsättare och panthavare ger olika uppgifter måste sekundogäldenären emellertid bibringas ytterligare information. Till slut måste han kanske t o m dela upp betalningen i tre delar och deponera mellanskillnaden, se avsnitt 5.8.4. I de fall panthavaren inte slutligt kan bestämma sitt krav skulle det på motsvarande sätt bli aktuellt med betalning av en otvistig del till panthavaren och deponering av resterande.

Motsvarande kan sägas gälla uppgörelse om nedsättning. I de fallen är dock risken för oklarhet mindre. Uppgörelse om nedsättning är nämligen i princip endast aktuellt när panthavarens huvudfordran är förfallen och därmed är det mer sannolikt att det slutligt går att bestämma panthavarens krav.

Vid indrivning som utförs av exekutivt organ är kostnaderna annorlunda. Det exekutiva organet kan då genomföra delningen och pröva bevisningen kring storleken panthavarens fordran. Om panthavarens fordran inte är förfallen och därför inte är slutligt fastställd kvarstår dock problemet att bestämma denna.

När det slutligen gäller försäljning av fordran skulle en köpare kunna hamna i motsvarande sits som sekundogäldenären vid betalning. När pantsättare och panthavare är överens om storleken på panthavarens slutliga krav så kan köparen dela upp betalningen mellan dem. Vid oenighet och annan oklarhet skulle deponering komma i fråga. En skillnad skulle dock vara att köparen s a s går in i förhållandet med öppna ögon och direkt kan kompensera sig genom sitt bud.

8.6.1.4 … men å andra sidan inte särskilt frekventa kostnader.

I en avvägning mellan pantsättarens skäl och de kostnader som uppstår i olika fall är det av avgörande betydelse vilken frekvens de olika fallen har.

Ett antagande är härvid att pantsättaren sällan skulle kräva delning av betalningen i andra fall än då han har goda skäl. Krav på delning är ganska ointressant om pantsättaren inte tror sig lida mer påtaglig skada. Detta inte minst om pantsättaren riskerar att stå kostnaderna för delningen, jfr avsnitt 5.8.5, och även påföljder för eventuellt dröjsmål gentemot panthavaren. Med detta antagande som utgångspunkt kommer de aktuella kostnaderna i huvudsak bara att uppstå i de fall pantsättaren riskerar att lida skada.

> En annan sak är kostnaderna för att sekundogäldenären i eget intresse vägrar betala mer än vad som motsvarar panthavarens krav. Detta argument synes ha lagts stor vikt vid då slutsatser dragits att pantsättaren inte får kräva delning.[628]

Ett annat antagande är sedan att de minst kostsamma fallen, där sekundogäldenären får samma information från båda parterna, utgör en inte oväsentlig andel. Detta för att det i flera fall kan antas vara ganska klart hur stort slutligt krav panthavaren kommer att ha. Men också för att det finns ett psykologiskt, eller om man så vill moraliskt, motstånd mot att avsiktligt ge felaktiga uppgifter. Viss betydelse har vidare att felaktiga uppgifter från någon av parterna kan orsaka dröjsmål med partens prestation och därför leda till dröjsmålspåföljder.

Härtill kommer ett tredje antagande om att kostnaderna i de mest kostsamma fallen vanligtvis inskränker sig till kostnader för utredning, kommunikation och deponering av medel. Det antas vara i undantagsfall som kostnaderna ökar härutöver och då med kostnader för en process om bättre rätt till medlen. En motsvarande process är för övrigt inte utesluten även om delning skulle vara utesluten och panthavaren fick medlen i besittning.

Med nämnda antaganden uppstår således kostnader för delning i huvudsak bara i de fall där pantsättaren riskerar att skadas och kostnaderna är i en inte oväsentlig del av fallen ganska låga. Kostnaderna i övriga fall är inte extrema. Därmed talar fakta för att pantsättaren får begära delning och således använda ”spärrmeddelande”.

Å andra sidan skyddar delning bara i de fall som pantsättaren får signaler och aktivt reagerar på dessa. För att nå ett fullödigt skydd är det därför nödvändigt att också ha andra skyddsregler. Beroende på dessa kan det vara ineffektivt med en princip om delningsrätt.

Det nämnda antagandet om att pantsättaren i huvudsak bara utnyttjar delning i de fall han har goda skäl talar för en delningsrätt oberoende av en möjlighet till kvarstad. Visserligen är fördelen med kvarstad att det

[628] Håstad 1980 s 75–77. Argumentet och frekvensen av ett sådant beteende berörs i avsnitt 5.8 om sekundogäldenärens skydd i form av rätt att dela upp betalningen.

prövas om åtgärden är befogad, men samtidigt förefaller kvarstad vara ett mer kostsamt förfarande i jämförelse med spärrmeddelande och deponering.

8.6.1.5 Avtalade förbehåll

Det finns också faktaargument i frågan om giltigheten av förbehåll om att panthavaren skall ha rätt att ta hand om överhypotek. För att pantsättaren skall kunna åsidosätta ett förbehåll talar främst de faktaargument bakom pantsättarens intressen som framförts ovan. Ovan har också anförts argument för att ett förbehåll skall stå sig, framför allt då att det synes vanligt att varken pantsättaren eller någon annan av de inblandade har något emot att panthavaren tar hand om överhypoteket. Som berörts i normargumentationen kan det t o m vara så att detta är en effekt som parterna eftersträvat. Panthavaren kan vara skickligare på att driva in fordringar och även ha egenskapen att genom sitt namn påverka sekundogäldenären att betala i tid.

Ett annat faktaargument som talar för att pantsättaren skall behöva finna sig i förbehåll är möjligheten till kvarstad. Parterna kan då välja ett alternativ som visserligen är mer kostsamt än spärrmeddelande men som minimerar risken för att pantsättaren agerar utan goda skäl. Till saken hör dock att kostnaderna till stor del inte drabbar parterna utan det allmänna.

> I sammanhanget kan nämnas att ett underkännande av förbehåll om rätt att omhänderta leder till frågan om panthavaren kan tillvarata sina intressen på annat sätt. Frågan blir t ex om giltigheten av villkor om att panthavaren skall ha rätt till påföljder mot obefogade spärrmeddelanden. Så länge det handlar om objektivt obefogade handlingar och inte om alltför stor överkompensation, talar fakta för att sådana villkor skall vara giltiga. De minimerar då kostnaderna för att kompensera panthavaren och innebär samtidigt ett tydligare preventivt moment.

8.6.1.6 Rimligheten i synsättet ”tärningen är kastad”

Ett värdeargument som kan anföras mot en möjlighet till delning är att pantsättaren valt sin förtroendeman vid pantförskrivningen och därför får stå sitt kast.[629] Häremot kan å andra sidan anföras att en pantsättare inte har så lätt att välja motpart. Dessutom har sagts att uppdrag till förtroendemän brukar kunna återkallas.[630] Vidare har det för en delningsskyldighet också anförts att det inte är ”rimligt, att en pantsättare skall vara nödgad att med öppna ögon se någon av dessa risker aktuali-

[629] Jfr HB 18:4. Walin 1991 s 227, 1998 s 234
[630] Walin 1991 s 227.

seras utan att kunna ingripa.[631] Uppfattningen att pantsättaren inte skulle kunna begära delning har beskrivits som ”något lättsinnig”.[632]

Ytterligare värdeargument är att det finns relativt närliggande avtalsvillkor som kan accepteras. Att panthavaren har panträtt även för senare uppstående fordringar godtas som regel som ett giltigt villkor och motsvarar kvittningsrätt med redovisningsmedel. Likaså att pantsättaren ger panthavaren kredit och befriar honom från sin redovisningsplikt. Å andra sidan finns det skäl för att även ett kreditavtal kan hävas vid befarat dröjsmål och en utbetalning av kreditbeloppet således stoppas.

Till värdeargumenten kan även räknas att det i andra rättsordningar finns uttrycklig reglering, t ex med innebörden att panthavaren endast är legitimerad att driva in vad som motsvarar hans krav på pantsättaren och att betalning av den pantsatta fordran innan huvudfordran förfallit bara kan göras till pantsättare och panthavare gemensamt.[633]

Det kan också finnas anledning att jämföra med stoppningsrättsinstitutet vid köp. Detta motiveras i hög grad med värdeargument och traditioner. Kostnaderna för stoppningsrätten är i många fall så betydande att effektiviteten hos institutet kan ifrågasättas.[634]

8.6.1.7 Panthavaren får ta hand om överhypoteket, men pantsättaren kan spärra

En slutsats av de nämnda argumenten är att panthavaren som regel bör få ta hand om överhypoteket. Det bör inte krävas något särskilt bemyndigande eller förbehåll för detta. Normargumenten för en sådan lösning överväger i de uppfattningar som kommit till uttryck i doktrinen. Framför allt understöds de också av fakta.

Å andra sidan är en annan slutsats att pantsättaren bör kunna begära delning och m a o ha rätt att använda spärrmeddelande. Argumenten talar visserligen inte klart i denna riktning, men fakta överväger för en sådan lösning. Att pantsättaren skall behöva ta till kvarstad är onödigt kostsamt. Å andra sidan talar den avvägning som gjorts i avsnitt 5.8.7 för att m h t sekundogäldenärens intressen ställa krav på kvarstad om inte överenskommelse kan nås. I förhållande till panthavaren menar jag dock att något krav på kvarstad inte skall ställas.[635] Genom kvarstadskrav och kvarstadsmöjlighet i förhållande till sekundogäldenären kan det

[631] Walin 1991 s 227, 1998 s 234.
[632] Walin 1991 s 224 not 2, 1998 s 231 not 2.
[633] BGB § 1281, § 1282, se t ex http://jurcom5.juris.de/bundesrecht/bgb/.
[634] Johansson 2001 s 441–442.
[635] Jfr angående kvittning avsn 8.7.1.

antas att åtminstone två av parterna som regel kan komma överens om en smidigare lösning.

Det bör heller inte vara möjligt för panthavaren att avtala bort pantsättarens rätt till delning. Däremot borde det vara möjligt att i förväg bestämma sanktioner mot obefogat utnyttjande av denna rätt.

Vad som behandlats i detta avsnitt är det typiska pantavtalet där redovisningsplikt är ett moment. En avtalskonstruktion utan redovisningsplikt har inte nödvändigtvis samma konsekvenser. Att det typiska överlåtelseavtalet ger panthavaren rätt till överhypoteket är självklart.

En särskild fråga är i vilken mån pantsättaren bör ha skydd mot att panthavaren tar hand om betalning från sekundogäldenären när den pantsatta fordran förfaller och betalas en tid innan realisationskraven inträtt. Denna fråga skall emellertid behandlas utifrån förhållandena för ett specialfall, nämligen att det blir fråga om kvittning mellan sekundogäldenären och panthavaren innan realisationskraven uppfyllts, se avsnitt 8.7.3 nedan.

8.6.2 Fullgörelsetidpunkt då huvudkrediten betalas

Pantsättaren kan lida skada om panthavaren dröjer med att återlämna den pantsatta fordran respektive redovisa ett överhypotek. I en beskrivning av dröjsmål i detta sammanhang ligger det nära till hands att lägga vikt vid tidpunkten då panthavaren kan anses ha fått sina intressen av betalning tillgodosedda. All tidsutdräkt efter denna tidpunkt kan sägas skada pantsättaren genom att han inte kan disponera dessa tillgångar. Det är också tydligt att ett dröjsmål som blir permanent är en parallell till förverkande.

I detta avsnitt skall behandlas de fall då huvudkrediten betalas och det således är ganska tydligt att panthavaren fått sina intressen av betalning tillgodosedda. Avsnittet utgör närmast en introduktion till motsvarande frågor för mer de besvärliga förhållandena då huvudkrediten inte betalas.

8.6.2.1 Zug-um-zug eller inom skälig tid?

Beträffande fullgörelsetidpunkten finns det normargumenten avseende pant i allmänhet. I doktrinen hävdas det att panthavaren skall återlämna panten i utbyte mot betalningen av huvudfordran. Denna zug-um-zug-princip hävdas ha visst stöd i praxis. Det anförs rent av att principen är så befäst att innehavet av panten kan vara en presumtion för att huvudkrediten inte betalats och tvärt om.[636]

[636] Lennander 1977 s 227–228, 237 med hänvisning till rättsfallen NJA 1910 s 196, NJA 1918 s 433 och NJA 1887 s 232. Walin 1991 s 345, 1998 s 356.

I sammanhanget är det dock inte otänkbart att också anföra den moderna regeln i KöpL 9 §. Med denna skulle det kunna hävdas att panthavaren skall fullgöra inom skälig tid från att panthavaren fått sina intressen tillgodosedda. Regeln stadgar prestation inom skälig tid från köpet såvida inte det på annat sätt framgår att varan skall lämnas vid anfordran eller utan uppskov. Mot en tillämpning av denna regel kan dock anföras att det är en betydande skillnad mellan tidpunkten för slutande av köpeavtal och tidpunkten då panthavaren skall anses ha fått sina intressen tillgodosedda. Tanken är då att den senare tidpunkten är mer svårbestämbar än den tidigare.

8.6.2.2 Hanteringskostnaderna och riskerna varierar i alternativen

I faktaargumentationen kan det antas att en zug-um-zug princip medför högre hanteringskostnader än en ordning där panthavaren får viss tid att ordna återlämnandet. Ett återlämnande av den pantsatta fakturafordran förutsätter kommunikation med sekundogäldenären och om denna skall vara ögonblicklig krävs kommunikationsformer som kan vara mer kostsamma än de alternativ som står till buds om panthavaren får viss tid till förfogande. De nämnda hanteringskostnaderna begränsas dock av att pantsättaren i detta skede kan antas medge panthavaren visst anstånd eller m a o en billig lösning av återlämnandet.

> Motsvarande problem kan iakttas i bankernas hantering av återlämnande av löpande skuldebrev som kredittagare undertecknat. Eftersom skuldebreven måste förvaras på betryggande sätt, vilket ofta innebär centrala säkerhetsvalv, är det kostsamt att återlämna löpande skuldebrev vid slutbetalning. Vanligtvis accepterar kredittagarna att banken makulerar skuldebreven och skickar dem med post vid senare tillfälle. (Egentligen handlar det snarare om att kredittagarna inte har en aning om varken sin rätt att återfå skuldebrevet eller riskerna med att inte kräva återlämnande. En okunskap som förstärks av föreställningar som bankerna bibringar sina tjänstemän.) I de fall kredittagare inte accepterat detta finns exempel på hur banker vägrat uppfylla zug-um-zug principen i SkbrL 21 §.[637] Huruvida det är regleringen som är otidsenlig eller bankernas val, att använda löpande skuldebrev istället för enkla, kan diskuteras.[638]

Mot dessa hanteringskostnader skall dock ställas pantsättarens risker för dröjsmål om panthavaren får prestera efter en tid. Dessa risker begränsas av sanktioner mot dröjsmål. Riskerna kan också antas små eftersom panthavaren vanligen har ett litet intresse av att dröja med återlämnandet av fakturafordringen som sådan. Ett sådant intresse finns främst om

[637] Se också Finansinspektionen ärende dnr 205–5348/92 där bankens vägran inte accepterades. Jfr Mellqvist/Persson 2001 s 162 not 114 (som har en kritisk inställning till NJA 1991 s 736, vilket dock rörde helt andra förhållanden än var faktaargumenten här avser).
[638] Vilket bl a jag själv gjort i en artikel Martinson 1994–95.

panthavaren räknar med att kunna utnyttja fordringen som säkerhet för ytterligare huvudkredit. Risken för att panthavaren olovligen vill tillgodogöra sig betalningen eller kvitta med sekundogäldenären kan antas relativt liten m h t upptäcktsrisken. Pantsättaren kan också minska riskerna genom att själv försätta sekundogäldenären i ond tro om att huvudkrediten betalats, t ex genom att visa ett kvitto.

Angående alternativet fullgörelse vid anfordran kan det antas att en sådan ordning i liten mån avviker från redovisning inom skälig tid. En skillnad är att själva anfordran medför hanteringskostnader. Det kan dock antas att anfordran i många fall inte skulle bli nödvändig för att panthavaren själv föredrar att avveckla förhållandet. En annan skillnad är att tidpunkten blir mer exakt bestämd än med den mer diffusa normen skälig tid.

8.6.2.3 Signifikanta värdeargument saknas

I värdeargumentationen är det kanske främst riskerna som gör sig gällande. En pantsättare som inte litar på panthavaren skall inte behöva ta risken av att inte återfå den pantsatta fordran. Å andra sidan handlar det som nämnts om relativt små risker och pantsättarens intressen är oftast rent ekonomiska. Värdeargumenten är således inte särskilt framträdande.

8.6.2.4 En zug-um-zug-lösning

I en avvägning finns det anledning att ge normargumenten för zug-um-zug-principen avgörande betydelse. Bland normargumenten är det dessa som överväger. Faktaargumenten synes inte tala tydligt för eller mot en sådan lösning, främst då m h t att pantsättaren inte har anledning att kräva en zug-um-zug-lösning om den är mer kostsam än alternativen.

8.6.3 Fullgörelsetidpunkt när förfallen huvudkredit inte betalats

Mot bakgrund av föregående avsnitt skall här behandlas de fall där panthavaren dröjer med att redovisa ett överhypotek. Till denna fråga hör att panthavaren i eget intresse kan dröja med realisationen trots att han har rätt att genomföra sådan och det står mer eller mindre klart att pantsättaren inte kommer att kunna lösa huvudkrediten. Ett skäl till ett sådant dröjsmål kan givetvis vara försummelse eller tidsbrist. Ett annat skäl kan vara att huvudkrediten och särskilt dröjsmålsräntan löper med en för panthavaren förmånlig ränta. Ett tredje skäl kan vara att panthavaren hoppas att huvudkrediten eller den pantsatta fordran senare kom-

mer att kunna regleras på ett smidigt sätt, t ex genom kvittning med pansättaren respektive sekundogäldenären.

Frågan är här – *vid vilken tidpunkt panthavaren skall anses skyldig att redovisa överhypoteket?* I de fall den pantsatta fordran inte realiserats hör det till saken – *om panthavaren bör ha en skyldighet att realisera?*

8.6.3.1 Vid anfordran eller utan dröjsmål, vid begäran

För redovisning av överhypoteksmedel efter att panten realiserats kan hävdas den generella regeln för betalningsprestationer i SkbrL 5 §. Denna stadgar betalning vid anfordran.

För pantförhållanden finns dock normargument om att panthavaren på eget initiativ så snart som möjligt skall redovisa till pantsättaren. Denna redovisning omfattar då i första hand utbetalning av överhypoteket men även annan information om resultatet. Som stöd för en sådan princip kan åberopas särskilda lagstadganden; i PantbanksL 19 § ”snarast underrätta” eller ”i stället direkt utbetala” och NäringsidkarL 10 § ”utan dröjsmål betala ut”.[639]

När den pantsatta fordran realiserats kan även InkassoL 10 § 3 st hävdas. Enligt denna skall medel som inkasserats i inkassoverksamhet redovisas utan dröjsmål såvida inte annat avtalats. Detta stadgande kan i flera fall vara direkt tillämpligt eftersom pantavtalet kan kombineras med ett inkassouppdrag.

> I datainspektionens allmänna råd för tillämpning av InkassoL anges att medlen skall översändas till uppdragsgivaren senast bankdagen efter dagen då medlen influtit.[640]

8.6.3.2 Vid begäran

I de fall den pantsatta fordran inte realiserats trots att huvudkrediten förfallit kan det hävdas att panthavaren inte alls kan hamna i dröjsmål. I vart fall finns det för pantförhållanden allmänna normargument med vilka det sägs vara ”klart” att det inte föreligger någon generell skyldighet att realisera. Det framhålls att realisationsrätten är en förmån och inte en skyldighet.[641]

> Man kan här fråga sig i vilken mån argumenten stöder sig på en sådan slutledning utifrån termen ”realisationsrätt”. För den här aktuella frågan om realisationsskyldighet bör ett sådant argument inte ha större betydelse än som förtydligande av att det inte är realisationsrättsnormen som läggs till grund.

[639] Lennander 1977 s 283–284. Hasselrot 1927 s 46 not 3 anmärker dock kort att panthavaren icke är skyldig att självmant lämna pantägaren underrättelse om auktionens resultat.
[640] Datainspektionens allmänna råd punkt 24. Bl a publicerade i Ekelund 1999.
[641] Se Lennander 1977 s 289 som här refererar vad hon hävdar vara brukligt.

> Något som givetvis är självklart. Ett normargument som bygger på en motsatsvis tolkning av ett begrepp som utvecklats för ett helt annat problem förtjänar inte att tillmätas någon större betydelse.

Härifrån hävdas det dock undantag för värdeminskningsfallen, se avsn 8.5, men också för det fall att pantsättaren begär realisation och pantens värde överstiger huvudkrediten.[642]

Beträffande nämnda normargumentet om verkan av pantsättarens begäran kan anföras rättsfallet NJA 1934 s 661.[643] I målet var det ostridigt att pantsättaren begärt realisation av värdepapper två månader efter huvudkreditens förfallodag och att panthavaren avböjt detta. I denna del gav RR[644] pantsättaren rätt och panthavaren ansågs skyldig att behålla panten med det värde den hade vid tiden för avböjandet. Pantsättaren överklagade ensam domen eftersom han i RR inte lyckats styrka att han även vid två tillfällen innan huvudkreditens förfallodag begärt realisation. Överinstanserna prövade således bara frågan om verkan av sådan begäran för tiden innan huvudkreditens förfallodag. HD[645] menade att en begäran ”ej i och för sig medfört skyldighet för banken att sälja”.

8.6.3.3 Panthavaren vanligtvis den bäste att realisera

I faktaargumentationen finns det anledning att börja med förhållandena när panthavaren inte realiserat den pantsatta fordran. Det handlar här om huruvida det finns anledning att räkna med en tidpunkt vid vilken panthavarens intressen avseende fullgörelse av huvudkrediten skall anses tillgodosedda i sådan mån att det istället är panthavaren som anses vara i dröjsmål. Det handlar här inte om skador och handlingsskyldighet i anledning av värdeminskningsrisk, såsom i avsn 8.5.3, utan enbart om pantsättarens skador av dröjsmål. En handlingsskyldighet i anledning av värdeminskningsrisk påverkar dock vilken lösning som kan anses effektiv även beträffande skydd mot dröjsmål.

En första fråga är om panthavaren här alls kan anses hamna i dröjsmål. Faktaargumenten handlar då om det är mer effektivt att pantsättaren själv realiserar den pantsatta fordran i de fall han, men inte panthavaren, önskar realisation.

Faktaargument för att panthavaren skall vara realisationsskyldig är att panthavaren kan antas vara den som kan realisera med minst omkostnader. På grund av att panthavaren har realisationsrätt i de fall han

[642] Lennander 1977 s 290.
[643] Se även referat av Lennander som gjort en aktstudie av fallet, Lennander 1977 s 138–139, jfr s 290.
[644] Ledamöterna ej namngivna i referatet.
[645] von Seth, Wedberg, Eklund, Bellinder och Lind.

har ett eget intresse av realisation och i de fall pantsättaren kan utsättas för värdeminskning, är det panthavaren som har bäst position att realisera. Det är vanligen panthavaren som ensam har betalnings- och förfogandelegitimation. Sekundogäldenären och förvärvare kan utan att behöva kontrollera med pantsättaren i hög grad utgå från att de får den rätt som panthavaren utlovar med sina rättshandlingar. Pantsättaren kan inte invända mot regelrätta realisationer och huvudsanktionen mot felaktiga sådana kan hävdas vara skadestånd från panthavaren vilket inte berör tredje man, se avsn 8.3.8 och 8.3.9.

Ett annat faktaargument är att panthavaren vanligtvis är den som har bäst resurser att realisera en fordran. Panthavaren är typiskt sett en professionell kreditgivare med effektiva rutiner för indrivning o likn. Det kan t o m antas att realisationsformen betalning blir mer effektiv eftersom sekundogäldenärer i många fall är mer noggranna med följa förfallodagar i förhållanden till sådana borgenärer.

8.6.3.4 Panthavaren kan lida skada om panten inte täcker huvudkrediten

I det föregående avsnittet är utgångspunkten den att det säkert finns ett överhypotek så att förhållandet vid en viss tidpunkt kan sägas övergå från pantsättarens dröjsmål med huvudkrediten till ett panthavarens dröjsmål med redovisningen. Om förhållandena emellertid är sådana att det inte föreligger något överhypotek eller är osäkert om en realisation skulle resultera i ett sådant blir det inte fråga om någon sådan övergång. I vart fall hamnar panthavaren inte i dröjsmål med någon utbetalning av redovisningsmedel.

För panthavaren kan en realisationsskyldighet under sådana förhållanden innebära att han får sämre täckning för sin huvudkredit trots att han hade kunnat nå ett bättre realisationsresultat om han varit fri att välja tidpunkt för realisation. Storleken på dessa skador kan antas vara mindre för fakturafordringar än för egendom i allmänhet. Realisationsresultaten för fakturafordringar är lättare att bedöma. De följer i viss mån vissa tidsintervaller. Som framgått av den prioriteringsordning som redogjorts för i avsn 8.3.3, är t ex realisationsformen betalning från sekundogäldenären ofta att föredra även om förfallodagen ligger långt fram tiden. För förfallna fakturafordringar finns det däremot sällan anledning att avvakta med realisation. Undantag kan antas för sekundogäldenärer som försöker rekonstruera sin verksamhet och erbjuda ackord.

Eftersom möjligheterna att bedöma realisationsresultaten alltså antas relativt goda kan frekvensen av skador antas vara relativt liten. Pantsät-

taren har då vanligtvis ett gemensamt intresse med panthavaren. Det finns dock flera anledningar till att pantsättaren kan ha ett avvikande intresse. En anledning är givetvis att parternas bedömningar av realisationsresultaten trots allt skiljer sig. Även om bedömningen är lättare än generellt kan panthavaren förvänta sig ett bättre resultat vid en senare tidpunkt, medan pantsättaren förväntar sig ett sämre resultat. En annan anledning är att pantsättaren vill åstadkomma en delreglering av huvudkrediten för att begränsa det belopp på vilket dröjsmålsränta löper. Härvid kan en tidig realisation med ett dåligt resultat vara att föredra framför en senare realisation med ett bättre resultat. Det kan vidare tänkas att pantsättaren faktiskt vill skada panthavaren även om han härigenom själv förlorar på det. En anledning är att pantsättaren vill försöka förmå panthavaren att omförhandla för att pantsättaren har dålig ekonomi. Pantsättarens förhandlingsposition kan då förbättras i relation till storleken på den osäkrade delen av skulden. Pantsättarens motiv kan någon gång kanske också vara ren hämnd o likn.

Beträffande pantsättarens situation när överhypotek saknas och realisationsresultatet riskerar att understiga huvudkrediten, skall det uppmärksammas att denne kan sägas lida skada även i dessa fall. När det finns ett överhypotek består pantsättarens skador i att han inte kan disponera sitt överhypotek fullt ut, men också av att huvudkrediten fortsätter att löpa, med de räntor och dröjsmålsräntor som följer härav. När det inte finns något överhypotek består skadorna bara av denna senare del. Dessa räntor och dröjsmålsräntor är dock beaktansvärda.

8.6.3.5 Avgränsnings- och tillämpningsproblem

Om man mot bakgrund av vissa av de nämnda norm- och faktaargumenten föredrar en ordning där panthavaren är realisationsskyldig endast i de fall det föreligger ett överhypotek blir en konsekvens att det kan uppstå bedömningsproblem. Även om det antagits vara relativt lätt att bedöma realisationsresultat för fakturafordringar är detta inte alltid fallet och prognoser kan av olika anledningar slå fel. Det kan därför antas att en sådan ordning skulle leda till tvister. Om pantsättaren åläggs bevisbördan för att realisationsskyldighet förelegat kan denna antas bli relativt betungande eftersom det trots allt kan vara svårt att styrka vad en hypotetisk realisation skulle ha inbringat. Panthavaren skulle då kunna värja sig mot en realisationsskyldighet även i en del fall där sådan förelegat.

8.6.3.6 Anfordran antas effektiv när panten inte realiserats

I den mån panthavaren anses mest lämpad att realisera och därmed bör kunna förpliktigas att göra detta kan han hamna i dröjsmål. Nästa fråga

blir då vid vilken tidpunkt en sådan förpliktelse inträder. Faktaargumenten kan här handla om huruvida det är effektivt att pantsättaren meddelar panthavaren att han önskar realisation eller om panthavaren skall agera på eget initiativ.

För de fall den pantsatta fordran inte är förfallen kan det anföras faktaargument för en ordning där pantsättaren meddelar panthavaren att han önskar realisation och redovisning. Panthavaren kan med visst fog utgå från att pantsättaren önskar undvika realisationskostnader i dessa fall. När det handlar om realisation av icke förfallen fordran är dessa betydande. Realisationsformerna förtida uppgörelse med sekundogäldenären och försäljning antas som nämnts ge ett dåligt resultat, se avsn 8.3.3.2.

När den pantsatta fordran är förfallen kan pantsättaren i flera fall föredra att panthavaren realiserar. Att panthavaren realiserar och redovisar överhypoteket kan i dessa fall ofta antas bli mindre kostsamt för pantsättaren än att lösa huvudkrediten och återfå den pantsatta fordran. En sådan återgång är förenad med hanteringskostnader. Dessutom kan det antas att panthavaren vanligen är mer lämpad att uppbära betalning, driva in eller försälja den pantsatta fordran, jfr ovan 8.6.4.5. Härutöver har panthavaren intresse och viss skyldighet att genom realisation undvika värdeminskningsrisk, se avsn 8.5.3. Det finns därför anledning för panthavaren att utgå från att pantsättaren önskar realisation. En ordning där det krävs att pantsättaren skall meddela panthavaren sitt önskemål om realisation och redovisning blir därför många gånger en onödig kostnad.

Det sagda gäller emellertid inte alla fall. Även en förfallen fordran kan ha ett särskilt värde för pantsättaren som denne vill tillvarata. Panthavaren har oftast ingen anledning att känna till om så är fallet.

Till saken hör vidare att ett meddelandekrav inte innebär någon särskilt betydande kostnad. I de flesta fall kan pantsättaren vara passiv eftersom sannolikheten är stor för att panthavaren realiserar ändå. Ett meddelande leder också till en tydlighet och en ordning som är lätt att hantera för såväl parter som utomstående bedömare.

8.6.3.7 Anfordran antas däremot inte effektiv när panten har realiserats

Mot bakgrund av de i föregående avsnitt anförda faktaargumenten kan anmärkas att en ordning där panthavarens skyldighet att realisera görs beroende av pantsättarens meddelande, kan enkelt samordnas med en ordning där panthavarens dröjsmål med redovisning av överhypoteket

beräknas från pantsättarens anfordran. Fullgörelsetidpunkten avgörs då i båda fallen helt enkelt av pantsättarens anfordran.

Emellertid har argumenten om tydlighet inte lika stor betydelse när panthavaren fått överhypoteket i sin hand. Det finns då en annan ganska tydlig tidpunkt vid vilken panthavarens intressen av betalning kan anses tillgodosedda. Panthavaren har därför här än mer sällan anledning att anta att pantsättaren vill vänta med att få redovisning. Ett krav på meddelande blir därmed än mer onödigt.

Beträffande samordning med fallen då den pantsatta fordran inte realiserats kan det påpekas att det knappast kan antas vara något större problem med olika lösningar. När den pantsatta fordran realiserats kan fullgörelsetidpunkten vara ”utan dröjsmål”. Så länge den inte realiserats kan istället anfordran om realisation och redovisning vara avgörande utan att kostnaderna påverkas negativt.

> En ordning där panthavaren inte anses realisationsskyldig och inte skyldig att redovisa förrän vid anfordran, kan leda till att pantsättaren får besvär med att bevaka om realisation gjorts. För att undvika sådana besvär kan dock en för tidig anfordran förpliktiga panthavaren att redovisa så fort panten realiserats.

Till saken hör också ett avgränsnings- och tillämpningsproblem beträffande om ett överhypotek skall anses uppburet inom ramen för inkassoverksamhet.

8.6.3.8 Pantsättaren svag och i ett utsatt läge

För både huvudfrågan om fullgörelsetidpunkten och den anknytande frågan om realisationsskyldighet kan anföras värdeargument om att pantsättaren i dessa fall typiskt sett är en svagare part som vanligen befinner sig i ett utsatt ekonomiskt läge. Att panthavaren skall kunna dra nytta av denna utsatthet genom att uppbära dröjsmålsräntor för vilka han har fullgod säkerhet tangerar de värden som ligger bakom ockerstadgandena.

Det kan också verka mindre rimligt att begära att pantsättaren i denna utsatta position själv skall realisera den pantsatta fordran. Likaså att kräva att pantsättaren agerar och kontaktar panthavaren.

Beträffande en sådan kontakt kan också hävdas att det kan vara känsligt för pantsättaren att meddela att han föredrar att den pantsatta fordran realiseras. Meddelandet kan bli ett öppet erkännande av ekonomiska svårigheter. Detta gäller dock i första hand de fall där den pantsatta fordran inte är förfallen. I andra fall finns det som sagt anledning för såväl panthavare som andra betraktare att utgå från att pantsättaren önskar realisation av effektivitetsskäl.

8.6.3.9 Redovisa utan dröjsmål från realisationen och realisera vid begäran

I frågan om vid vilken tidpunkt panthavaren skall anses skyldig att redovisa överhypoteket talar normargumenten huvudsakligen för betalning på eget initiativ utan dröjsmål. För alla de fall där panthavaren anses ha ett inkassouppdrag finns för övrigt också ett direkt tillämpligt stadgande om betalning utan dröjsmål. Faktaargumenten talar för det senare alternativet, d v s en ordning där panthavaren anses skyldig att redovisa utan dröjsmål från realisationen. Parterna slipper då kostnaden för ett meddelande. Dessutom undviks problemen att avgränsa om panthavaren uppburit medlen inom ramen för inkassoverksamhet eller inte.

Beträffande de fall där den pantsatta fordran inte har realiserats följer av fakta- och värdeargumenten att pantsättaren har beaktansvärda skäl att skyddas från panthavarens dröjsmål, trots att pantsättaren själv är i dröjsmål. Pantsättarens intressen har också uppmärksammats i normargumenten. Det finns som nämnts normargument för att en begäran om realisation skall tillgodoses om panten täcker huvudkrediten. Panthavaren bör därför i vart fall ha en realisationsskyldighet i dessa fall.

Frågan är emellertid om det inte finns anledning att förorda en lösning där panthavaren är skyldig att efterkomma pantsättarens begäran om realisation oavsett om panten täcker huvudkrediten. För fakturafordringar synes panthavarens skador av en sådan ordning vara mindre beaktansvärda än pantsättarens skador. En ordning där pantsättaren själv får realisera i dessa fall synes vara mer kostsam för båda parter och dessutom mindre rimlig m h t pantsättarens vanligen utsatta läge. Med en sådan ordning undviker dessutom avgränsnings- och tillämpningsproblemen i de fall det är osäkert om panten täcker huvudkrediten.

8.6.4 Redovisningsplikt

Genom att låta panthavaren överta olika befogenheter i förhållande till sekundogäldenären riskerar pantsättaren att panthavaren sammanblandar såväl fakturafordran som medel som panthavaren mottagit vid realisation av denna. De risker som framför allt är beaktansvärda är att panthavaren förskingrar ett överhypotek eller sammanblandar det med sina egna medel. Panthavaren kan då hamna i ett permanent dröjsmål.

Riskerna för att fakturafordran sammanblandas med andra fordringar som panthavaren själv har eller har panträtt i, kan antas vara närmast obefintlig. I vart fall såvida man inte vidgar beskrivningen och låter den omfatta bedrägeri från panthavarens sida. Bevisning borde kunna häm-

tas inte bara från pantsättaren själv, utan från sekundogäldenär eller annan tredje man som förvärvat fordran. En annan risk som av samma skäl kan antas vara liten är att bevisning om realisationsresultatet inte går att återfinna. Pantsättaren skulle då kunna hamna i en situation där han inte får ut ett överhypotek som borde funnits eller får betala huvudkrediten trots att panthavaren fått vederlag genom realisationen. Denna risk kan i stor utsträckning påverkas genom att panthavaren åläggs bevisbördan för realisationsresultatet.

Eftersom det således huvudsakligen är risken för dröjsmål med redovisning av överhypotek som är beaktansvärd, är det denna risk som skall behandlas i detta avsnitt. Frågan är därför – *i vilken mån skall pantsättaren skyddas mot dröjsmål med utbetalning av överhypoteket genom regler om redovisningsplikt?*

Denna fråga omfattar även frågan om panthavaren får kvitta överhypoteket med sekundogäldenären. Likaså frågan om panthavaren får kvitta ett uppburet överhypotek, eller m a o sin redovisningsskuld, med pantsättaren mot en annan fordran än huvudkrediten. Dessa frågor skall dock behandlas särskilt, se avsn 8.7 respektive 8.8.1.

8.6.4.1 Redovisningsskyldighet men inte avskiljandeskyldighet?

Beträffande redovisningsskyldighet finns det anledning att skilja mellan allmän redovisningsskyldighet och redovisningsskyldighet med särskilt avskiljandeansvar. Normargumenten för att panthavare åtminstone skall ha allmän redovisningsskyldighet är tämligen starka. En sådan skyldighet stöds på bl a AvtL 37 §, HB 10:2 och PantbanksL 19 § m fl.[646]

Däremot talar normargumenten beträffande ett särskilt avskiljandeansvar både för och emot. Det saknas nämligen uttryckligt stadgande om sådan skyldighet. I doktrinen hävdas:

> ”Hur långt man utan stöd av stadgande i lag eller annan författning eller av uttrycklig bestämmelse i avtal eller annan urkund kan anse skyldighet föreligga att hålla medel avskilda, är ovisst. I och för sig möter det inte hinder att anta sådan skyldighet på grund av en allmän bedömning av ett avtalsförhållandes beskaffenhet och ändamål. Straffbestämmelsen i 10 kap 4 § BrB, som kriminaliserar underlåtenhet att avskilja medel när det bort ske, manar emellertid till försiktighet. Då endast uppsåtlig handling bestraffas torde dock risken inte vara så stor.”[647] (Angående straffbarheten i dessa fall se strax nedan.)

[646] Walin 1998 s 242. Lennander 1977 s 283–284. Jareborg 1986 s 156. Mattson 1988 s 525. Jfr äldre reglering och uppfattning i t ex JustR Sjögrens yttrande i NJA 1910 s 412.
[647] Walin 1975 s 98. Jfr SOU 1943:24 s 30 och Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 595 där det talas om ”skyldigheten att hålla annans medel avskilda där sådan där sådan skyldighet finns stadgad i lag eller eljest anses föreligga”, jfr 2001 s 10:54.

Med hänvisning just till avsaknaden av en uttrycklig bestämmelse har det för pantförhållanden generellt hävdats att panthavare inte skall ha någon plikt att hålla medlen avskilda.[648] För i vart fall fakturafordringar finns emellertid ett lagstadgande om avskiljandeskyldighet i InkassoL 10 §. Stadgandet kan i flera fall vara direkt tillämpligt eftersom pantavtalet också kan omfatta ett inkassouppdrag.

8.6.4.2 Separationsrätt och straffansvar

Det skydd mot skador av dröjsmål och permanent dröjsmål som pantsättaren får genom allmän redovisningsskyldighet är något mindre långtgående än skyddet som den särskilda avskiljandeskyldigheten ger.

Vid allmän redovisningsskyldighet kan hävdas att pantsättaren får separationsrätt om överhypoteksmedlen är omedelbart tillgängliga för att fullgöra med eller för att avskilja för pantsättarens räkning. Om panthavaren dröjer med att fullgöra eller avskilja dessa medel faller dock separationsrätten och panthavaren skall då även straffas. Ett sådant dröjsmål tolereras dock så länge panthavaren är kontinuerligt likvid och dessutom solvent vid fullgörandet eller avskiljandet. Pantsättaren får då företräde trots dröjsmål och dröjsmålet är inte straffsanktionerat.

I de fall panthavaren anses ha särskild avskiljandeskyldighet kan det hävdas att pantsättarens skydd i form av separationsrätt är detsamma som vid allmän redovisningsskyldighet. Skyddet kan dock hävdas starkare såtillvida att ett dröjsmål med fullgörelse eller avskiljande är straffsanktionerat oavsett likviditet och solvens. För inkassofallen skall också anmärkas sanktionen att tillståndet för inkassoverksamheten kan återkallas, 15 § 2 st InkassoL.

> Vad som anförs ovan är essensen av en rad olika normargument. Beträffande pantsättarens separationsrätt härrör de i princip ur lagtexten i RedovisnmedL. I övrigt finns det anledning att ge en beskrivning som närmare följer det sätt på vilken normargumenten framförts: Med normargument som specifikt hävdas för pantförhållanden kan det anföras att panthavaren är skyldig att lyckas betala ett belopp som motsvarar överhypoteket. I den mån han inte lyckas med detta gör han sig skyldig till förskingring. Det påpekas att anledningen till att han misslyckas då antingen kan vara att han sammanblandat medlen, blivit illikvid eller hamnat på obestånd.[649] Ett specialfall är

[648] Lennander 1977 s 72. Wennberg 1977 s 96–102. Jareborg 1986 s 155–158. Jfr Mattson 1988 s 522-523. I övrigt finns stadganden om avskiljandeskyldighet i bl a RB 8:4 st 3 för advokater beträffande deras huvudmäns medel, för kommissionärer i Kommissionslagen 10 § om att kommittentens gods skall hållas avskilt och för boutredningsmän i ÄB 19:14. Konkursförvaltare har en speciell avskiljandeskyldighet i det att medel snarast skall sättas in på boets räkning i bank, KonkL 7:18. För förmyndare finns föreskrifter i FB 14 kap som utgår från en avskiljandeskyldighet.

[649] Lennander 1977 s 72.

härvid att panthavaren trots insolvens visserligen lyckas göra en utbetalning men att denna återvinns för att panthavaren tagit medlen ur medel som inte alls härrör från pantrealisationen eller från sammanblandade medel.[650]

Med samma argumentation hävdas att någon allmän skyldighet att hålla medlen avskilda inte föreligger. Det är därför bara en illikvid eller insolvent panthavare som gör sig skyldig till en straffbar handling. Med allmänna normargument sägs att den som inte från början hållit medlen avskilda kan avskilja dem när han märker att hans ”affärsställning börjar bli äventyrlig”.[651] Så länge gärningsmannen vid gärningen har både vilja och förmåga att fullgöra hävdas att skaderekvisitet i BrB 10:1 inte är uppfyllt.[652] Däremot finns det normargument för att panthavaren inte får riskera medlen på ett sådant sätt att det under i vart fall en tid föreligger en beaktansvärd risk för slutlig förlust. Så sägs vara fallet om panthavaren under en tid är illikvid, även om han tar sig ur denna fas och till slut lyckas fullgöra.[653] Det kan således hävdas att ett avskiljandekrav föreligger under perioder av illikviditet.

För de fall där en avskiljandeskyldighet anses föreligga, såsom t ex i InkassoL 10 §, finns det normargument som talar för att bristande avskiljande kan bestraffas som olovligt förfogande, BrB 10:4. Det skulle härvid inte spela någon roll om den redovisningsskyldige efter dröjsmål lyckas avskilja medlen och inte heller att han lyckas fullgöra.[654] Ståndpunkten har förklarats med att den redovisningsskyldiges solvens saknar betydelse eftersom stadgandet om olovligt förfogande inte förutsätter skada.[655] I de fall handlingen innebär vinning och skada hävdas att straff för förskingring kan komma ifråga. Dessa fall sägs vara ovanliga och exemplifieras med att den redovisningsskyldige under en period varit insolvent men därefter blivit solvent.[656] Det kan i så fall snarare sägas vara insolvensen än det bristande avskiljandet som är signifikant och normargumentet motsvarar då vad som ovan hävdats om ett avskiljandekrav under perioder av illikviditet.

Mot de nämnda normargumenten om att bristande avskiljande skall vara straffbart som olovligt förfogande kan hävdas att det är svårt att läsa lagtexten på ett sådant sätt. För straffbarhet krävs att panthavaren ”vidtager åtgärd varigenom egendomen frånhändes den andre eller denne annorledes berövas sin rätt”. Lagtexten i förskingringsstadgandet, ”annorledes åsidosätter vad han har att iakttaga för att kunna fullgöra sin skyldighet”, passar härvid betydligt bättre. Om man beaktar redan den ökade risk som ett bristande avskiljande i princip alltid innebär kan skaderekvisitet för förskingring hävdas bli uppfyllt.[657] Vinningen skulle kunna bestå i att panthavaren slipper kostnader för avskiljande och i att medlen lättare finns till-

[650] Walin 1975 s 136 tar upp diskriminering av viss redovisningsberättigad i förhållande till annan.
[651] Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 549, 565, från vilken citatet hämtats, jfr 2001 s 10:5, 10:54. Lennander 1977 s 72.
[652] Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 568.
[653] Holmqvist m fl BrBkom 2001 s 10:15, 1987 s 570. Jareborg 1986 s 160. Mattson 1998 s 515. Wennberg 1977 s 268, 275–278.
[654] SOU 1943:24 s 30–31. Även Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 595, 579. Walin 1975 s 123, jfr även s 95. Jareborg 1986 s 103.
[655] Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 595, jfr 2001 s 10:54.
[656] SOU 1943:24 s 31.
[657] Jfr Jareborg 1986 s 159–160 om att värdet påverkas av avskiljande, om än möjligen inte tillräckligt.

gängliga för eventuella egna dispositioner. Det kan å andra sidan emellertid anföras att förskingringsstadgandet är huvudstadgandet och att olovligt förfogande helt omfattas härav.

8.6.4.3 Ett särskilt avskiljandekrav antas effektivt

Med faktaargument kan det hävdas att pantsättarens risker för dröjsmål minskar genom redovisningsskyldighet och än mer genom en särskild avskiljandeskyldighet.

Man kan dock fråga sig vilka riskerna är för att panthavare med säkerhet i fakturafordringar hamnar i dröjsmål. Typiskt sett är detta företag med stabil ekonomi. I sammanhanget är det då intressant att konstatera att stadgandet om avskiljandeskyldighet i InkassoL 10 § tillkom mot bakgrund av ett par konkurser för inkassoföretag där redovisningsskyldigheten åsidosatts. Antagligen har det betydelse för inkassoföretagens anseende att sådan skyldighet finns, för önskemål om lagstadgande framfördes även av företrädare för inkassobranschen.[658]

Man kan också fråga sig om en särskild avskiljandeskyldighet verkligen har någon effekt m h t att en panthavare som har ekonomiska problem antas bli riskpreferent och ta sig kredit ur redovisningsmedlen oavsett straffsanktion. I vart fall så länge upptäcktsrisken är liten om panthavaren lyckas betala tillbaka. Temat har i någon mån beaktats i förarbetena till InkassoL 10 § där det antas att en avskiljandeskyldighet blir meningsfull först om den förenas med någon form av kontroll, något som för inkassoföretag skall utövas genom tillsynsmyndigheten. Motsvarande tillsyn skulle även kunna falla inom ramen för de myndigheter som utövar tillsynen över vissa av de panthavare som inte utgör inkassoföretag, m a o skulle Finansinspektionen kunna utöva tillsyn över kreditinstituten. Å andra sidan kan det antas att efterlevnaden av en särskild avskiljandeskyldighet inte enbart avgörs av upptäcktsrisken. Tvärt om kan det antas att efterlevnaden skulle vara betydande redan p g a att panthavarna månar om sitt anseende.

Till saken hör då att kostnaderna för att ordna avskiljande kan antas vara relativt små. Panthavaren kan ha ett särskilt konto dit medel från realisation av fakturafordringarna går. Medlen är då avskilda redan när de kommer i panthavarens besittning. Att panthavaren ur dessa medel tar betalt för sin huvudkredit behöver inte påverka de kvarstående medlens status. Faktaargumentet att det är förenat med kostnader att hålla den ordning ett avskiljandekrav innebär har mot bakgrund härav liten bärighet.

[658] SOU 1973:39 s 50–51.

8.6.4.4 Pantsättaren skyddsvärd

Ett värdeargument är att panthavaren inte har något godtagbart skäl att utnyttja överhypoteksmedlen för att själv ta sig kredit eller ha disponibla medel. För pantförhållanden tillkommer här också aspekten att pantsättaren efter en pantrealisation typiskt sett befinner sig i ett utsatt ekonomiskt läge. Att panthavaren då ökar pantsättarens risker är värdeladdat. Vid säkerhet i fakturafordringar hör det emellertid till saken att realisation kan ha vidtagits utan att pantsättaren har några som helst ekonomiska besvär. Det är därför ofta effektivt att panthavaren realiserar och pantsättaren kan föredra realisation trots att han kunnat betala huvudkrediten.

Mot en straffsanktionerad särskild avskiljandeskyldighet vid pant talar värdeargument om förutsebarhet. Eftersom det saknas en uttrycklig norm om särskild avskiljandeskyldighet kan det hävdas att panthavaren inte skall straffas för bristande avskiljande, jfr normargumentet härom, se ovan. Härmed dock inte sagt att detta värdeargument nödvändigtvis talar mot en särskild avskiljandeskyldighet som sanktioneras på annat sätt, t ex med indragning av tillstånd eller varning.

8.6.4.5 Redovisningsskyldighet med avskiljandeskyldighet i vissa fall

I en slutsats av de anförda argumenten är det lätt att peka på hur övervägande argument talar för en allmän redovisningsskyldighet. Häri ingår då en skyldighet att vara kontinuerligt likvid för överhypoteksbeloppet, något som är lätt att åstadkomma genom ett avskiljande.

Beträffande en särskild avskiljandeskyldighet går argumenten emellertid i viss mån isär. För de fall där det samtidigt är fråga om inkassoförhållanden är det relativt tydligt att panthavaren skall åläggas även en straffsanktionerad särskild avskiljandeskyldighet. Brottet är i dessa fall olovligt förfogande.

När det gäller övriga pantförhållanden saknas som nämnts ett uttryckligt och direkt tillämpligt stadgande om avskiljandeskyldighet. Det har antagits att en avskiljandeskyldighet inte medför några betydande kostnader och att den därför är effektiv. Med hänsyn till normargumenten och att riskerna trots riskpreferens förefaller relativt små är en möjlig slutsats dock att det inte finns tillräckliga skäl att uppställa någon särskild avskiljandeskyldighet, inte ens med annan sanktion än straffsanktion. I den mån parterna föredrar en avskiljandeskyldighet kan de dock åstadkomma en sådan genom pantavtalet.

8.6.5 Andra dröjsmålssanktioner

När panthavarens dröjsmål beror på att panthavaren inte har bibehållit pantsättarens separationsrätt och han p g a illikviditet el likn inte kan fullgöra, kan som sagt straffansvar bli aktuellt, se avsn 8.6.4. Pantsättaren har emellertid också möjlighet att ta till ordinära kontraktuella sanktioner som hävning, skadestånd och dröjsmålsränta. Dessa sanktioner blir även aktuella i de fall panthavaren har bibehållit pantsättarens separationsrätt så att straffansvar inte är aktuellt, men panthavaren ändå dröjer med att prestera.

Den prestation som här är aktuell är inte bara redovisning av överhypoteksmedel utan kan även vara återlämnande av den pantsatta fordran. Det kan också vara fråga om dröjsmål med realisationen.

Fullgörelsetidpunkterna för panthavarens prestation har behandlats i avsn 8.6.2–3. Vad som behandlas i detta avsnitt är – *i vilken mån pantsättaren kan utöva de ordinära kontraktuella sanktionerna mot försenad fullgörelse*? Det handlar då främst om – *vilken av påföljderna skadestånd eller dröjsmålsränta som skall användas?*

Att detta mer allmänna tema tas upp efter redovisningsplikten för överhypoteksmedel har att göra med att den separationsrätt som följer av redovisningsplikten utgör en del av bakgrundsbeskrivningen för hur de här aktuella dröjsmålen kan gestalta sig.

> Vad som behandlas nedan är alltså endast sanktionerna skadestånd och dröjsmålsränta. Hävningssanktionen fyller främst en funktion i fortlöpande förhållanden med säkerhet i flera fordringar och den synes inte heller då ställa till några problem som det finns anledning att ta upp.

8.6.5.1 Skadestånd och dröjsmålsränta

Det kan med normargument hävdas att panthavarens dröjsmål med återlämnande av den pantsatta fordran skall sanktioneras med skadestånd. Med allmänna kontraktuella principer ansvarar en dröjande part om dröjsmålet beror på culpa. Som bekant finns också flera stadganden om strängare ansvar, se t ex KöpL.

För dröjsmål med redovisning av överhypotek talar normargument för påföljden dröjsmålsränta. Dröjsmålsränta anses vara den huvudsakliga sanktionen vid betalningsdröjsmål, jfr avsn 8.2.7.1. Dröjsmålsräntan är en schablon för bedömning av den skada som en borgenär anses lida vid dröjsmål med betalningsprestation. Utöver dröjsmålsränta kan pantsättaren också ha rätt till ersättning för betalningspåminnelse om han förbehållit sig sådan rätt i avtalet, 2 § InkassokostnadsL.

Det kan dock hävdas att redovisningsfordran inte skall behandlas med samma principer en fordran utan snarare med de principer som

hävdas beträffande saker. Därmed skulle nyssnämnda normargument för dröjsmål med återlämnande av sak vara mer gångbara. Enligt sin lydelse är RänteL ”tillämplig på penningfordran inom förmögenhetsrättens område”, 1 §.

Det sistnämnda blir särskilt aktuellt i de fall panthavaren dröjer redan med realisationen.

8.6.5.2 Dröjsmålsränta effektiv

Med faktaargument kan det hävdas att dröjsmålsräntepåföljden bör användas hellre än skadestånd vid de dröjsmål som här är aktuella. Ett faktaargument är nämligen att det är förenat med ganska svåra avgränsningsproblem att i ett visst fall närmare bedöma vilken skada ett betalningsdröjsmål leder till. Dröjsmålsränta är som nämnts en schablonpåföljd och den är betydligt lättare att hantera än skadeståndspåföljden. Ett faktaargument som brukar anföras i kontraktuella sammanhang är också att den kontraktsbrytande parten skall ha liten möjlighet att påverka storleken av sanktionen i de fall det finns alternativa kontraktsbrott. Sanktionerna för alternativa kontraktsbrott bör med detta argument alltså utformas så att de så långt möjligt blir detsamma.

Frågan är dock i vilken mån det går att beskriva pantsättarens skador vid dröjsmål med återlämnande och realisation som ränteförluster och inkassokostnader.

I de fall panthavaren dröjer med återlämnande av den pantsatta fordran kan pantsättarens skada som nämnts beskrivas som dels eventuella kostnader för att förmå panthavaren att återlämna, dels skador av den begränsade handlingsfrihet det innebär att inte ha fordran tillgänglig och dels eventuella förluster av den pantsatta fordrans ekonomiska och eventuella särskilda värden. De förstnämnda kostnaderna motsvarar i hög grad inkassokostnader. De två senare kostnadsslagen påminner däremot i liten utsträckning om ränteförluster. Ett återlämnande skulle inte som betalning leda till att pantsättaren får likvida medel utan det krävs att pantsättaren omsätter den pantsatta fordran på nytt.

När panthavarens dröjer med att realisera den pantsatta fordran påminner pantsättarens skador däremot i hög grad om ränteförluster. Det är också för detta fall som det ovan nämnda faktaargumentet, om att inte ge kontraktsbrytande part möjlighet att välja påföljd, har störst betydelse.

8.6.5.3 Dröjsmålsränta skyddar svaga pantsättare

Ett värdeargument i frågan om påföljdsval är att en schablonregel erbjuder ett bättre skydd för svaga subjekt. Med en skadeståndssanktion kan

panthavaren utnyttja att det rent allmänt är svårt att beskriva skadorna och än svårare att styrka dem. Pantsättarna kan vara svaga i åtminstone de fall de befinner sig i ekonomiska svårigheter. Att den pantsatta fordran realiserats är dock inte nödvändigtvis en indikation på att så är fallet, jfr avsn 8.6.4.4 ovan.

8.6.5.4 Dröjsmålsränta mot betalnings- och realisationsdröjsmål, skadestånd mot återlämnandedröjsmål

Mot bakgrund av de anförda argumenten är en möjlig slutsats att pantsättaren kan kräva dröjsmålsränta i de fall panthavaren efter realisation dröjer med redovisning av ett överhypoteksbelopp. Att fordran är en redovisningsfordran är inget starkt argument för motsatsen. Motsvarande lösning bör m h t faktaargumenten också användas i de fall panthavaren dröjer med realisationen.

För dröjsmål med återlämnande av den pantsatta fordran som sådan bör sanktionen emellertid vara skadestånd. Härför talar normargumenten och även till fakta om att skadorna kan variera.

8.7 Kvittning mellan panthavaren och sekundogäldenären

En speciell realisationsform är att panthavaren kvittar med sekundogäldenären, eller tvärt om. Denna form kan givetvis bara bli aktuell då panthavaren av någon anledning har en skuld till sekundogäldenären. När en sådan skuld finns kan å andra sidan kvittning, likaväl som betalning från sekundogäldenären, vara aktuellt även innan huvudfordran på pantsättaren förfallit och realisationskraven uppfyllts.

En grundförutsättning för kvittning är nämligen att sekundogäldenären antingen accepterar kvittning eller att såväl den pantsatta fordran som panthavarens skuld till sekundogäldenären förfallit.[659] Lika med att panthavarens skuld är förfallen räknas att den är möjlig att säga upp. De omständigheter som avgör om kvittning kan göras är således i princip fristående från pantförhållandet.

> Det finns anledning att nämna att det i litteraturen ofta anges fem kvittningsförutsättningar; motfordran skall vara gällande, den skall vara mätbar mot huvudfordran, det skall föreligga ett ömsesidigt fordringsförhållanden d v s det skall vara samma parter, fordrans karaktär skall medge kvittning d v s det skall inte vara fråga om lönefordringar o likn, och så skall mot-

[659] Lindskog 1984 s 298, 1993 s 308.

fordran vara förfallen.[660] Att huvudfordran måste vara förfallen nämns inte och uttryckssättet kan föranleda motsatsslutet att endast motfordran behöver vara förfallen. Anledningen till detta uttryckssätt torde vara att man utgår från att kvittning utgör en invändning mot ett krav på betalning. Emellertid kan en kvittningsförklaring framställas även utan uttryckligt betalningskrav, eller tillsammans med en uppsägning i de fall det handlar om en fordran som förfaller vid uppsägning.

Att panthavarens skuld måste vara förfallen beror på att sekundogäldenären som regel inte är skyldig att ta emot betalning i förtid. Motsvarande kan anföras för kvittning.[661] En annan sak är att panthavaren kan avge förklaring om att sekundogäldenären tillsvidare inte behöver betala motfordran. När panthavarens skuld förfaller kommer panthavaren istället att avräkna motsvarande belopp. För att sekundogäldenären skall acceptera en sådan anståndsförklaring krävs att han får någon förmån som t ex att han slipper betala ränta. Denna typ av överenskommelse är därför inte nödvändigtvis intressant för panthavaren.

I jämförelse med de allmänna realisationsformerna som behandlats i avsnitt 8.3 är kvittning lika gynnsamt, om inte än mer gynnsamt, än betalning. Realisationskostnaderna är således minimala. När sekundogäldenären har betalningssvårigheter är kvittning rent av till stor fördel för pantsättaren. Nackdelarna med kvittning är att en sådan i princip innebär större risk för att panthavaren kommer i dröjsmål med redovisningen av ett överhypotek. Det allmänna skyddet mot dröjsmål har behandlats i föregående avsnitt 8.6. Detta avsnitt behandlar först de speciella förhållanden som föreligger beträffande dröjsmålsriskerna när kvittning mellan panthavaren och sekundogäldenären är aktuellt. Frågan i detta avsnitt är för det första – *om panthavaren alls skall få kvitta med sekundogäldenären m h t risken för panthavarens dröjsmål?* I den mån pantsättaren har intresse av att panthavaren kvittar för att kvittning utgör en effektiv realisationsform är en närliggande men annorlunda fråga också – *i vilken mån är panthavaren skyldig att välja kvittning framför någon annan realisationsform?* Dessa båda huvudfrågor delas nedan upp i ett antal delfrågor.

8.7.1 Får panthavaren och sekundogäldenären kvitta även överhypoteket?

Om panthavarens tillåts kvitta med sekundogäldenären ökar i princip risken för att panthavaren hamnar i dröjsmål med redovisningen av ett överhypotek. I de fall kvittningen omfattar även överhypoteket får panthavaren inte detta realiserat i form av likvida medel. Istället måste han ur

[660] Se t ex Mellqvist/Persson 2000 s 90–91, 2001 s 96–97. Tiberg 1988 s 53–54, 1996 s 67–68.
[661] Lindskog 1984 s 298, 1993 s 308.

sina egna medel betala pantsättaren. Är panthavaren inte likvid för ett motsvarande belopp finns då inga omedelbart tillgängliga medel som pantsättaren kan ha separationsrätt till. Dessutom finns risken att panthavaren inte ens efter en tid lyckas fullgöra eller avskilja medel.

Det nämnda innebär att pantsättaren riskerar att lida skador i de fall kvittningen omfattar ett större belopp än panthavarens huvudfordran. Kvittning mot ett lägre belopp leder till att resterande del måste realiseras och att panthavaren tar hand om överhypoteket på annat sätt. Eftersom skador således bara inträffar om panthavaren eller sekundogäldenären kvittar även överhypoteksdelen är det närmast den frågan som är aktuell här.[662]

Till denna fråga hör också en sidofråga om panthavaren även vid kvittning kan anses ha ett redovisningsansvar. Eftersom panthavaren får ta av egna medel för att betala överhypoteket är ett sådant ansvar inte självklart. Denna fråga behandlas i ett särskilt avsnitt 8.7.2.

En fråga som också uppmärksammas särskilt är om det finns anledning att göra skillnad mellan kvittning innan respektive efter realisationskraven uppfyllts. Frågan om panthavaren och sekundogäldenären får kvitta innan denna tidpunkt behandlas därför även i avsnitt 8.7.3.

8.7.1.1 Kvittningsmöjlighet förespråkas, i vart fall när sammanblandning är tillåten och pantsättaren inte spärrar

Normargument för att panthavaren får kvitta såväl med den mot huvudfordran svarande delen som med överhypoteket finns i doktrinen. Där hävdas att panthavaren skall ha sådan rätt *i förhållande till pantsättaren*. Däremot sägs att panthavaren inte har kvittningsrätt för överhypoteket gentemot sekundogäldenären om nu denne skulle ha skäl att motsätta sig kvittning, jfr avsnitt 5.7. Panthavarens kvittningsrätt i förhållande till pantsättaren motiveras med att det är en konsekvens av ett eventuellt ställningstagande för att panthavaren har rätt att driva in beloppet.[663] Något som dock ovan hävdats vara beroende av att pantsättaren inte spärrar överhypoteket, se avsn 8.6.1.

En ytterligare motivering är att pantsättaren inte sägs komma i ett sämre läge jämfört med annan realisation. Tanken är då att panthavaren vid annan realisation antas ha rätt att sammanblanda medlen med sina egna så länge han är likvid och solvent, jfr ovan avsn 8.6.4.[664] Härmed

[662] Jfr Lennander 1977 s 281 ”Någon skada för pantsättaren kan inte inträda.”
[663] Se Lindskog 1993 s 436 om ”den allmänna meningen”, d v s att kvittningsmöjligheterna bör samordnas med indrivningsrätten. Lennander 1977 s 281–282. Håstad 1980 s 61. Eschelsson 1912 s 186–187. Jfr Taxell 1949 s 160. Ussing 1961 s 328.
[664] Lennander 1977 s 282.

kan man möjligen hävda att kvittning inte skulle vara tillåten när panthavaren har ett särskilt avskiljandeansvar, men å andra sidan kan man tänka sig att panthavaren av sina egna medel avskiljer ett belopp innan eller i direkt samband med kvittningen.

Mot detta kan direkt anföras faktaargumentet att det är skillnad på att få medel och sammanblanda dem jämfört med att inte få medel och behöva ta ur sina egna. Risken för pantsättaren synes större i det senare fallet. Detta även om panthavaren har ett straffsanktionerat redovisningsansvar. I doktrinen finns också denna motsatta uppfattning företrädd. Det anförs då också jämförelsevis att någon kvittningsrätt inte bör accepteras vid indrivningsuppdrag.[665]

Beträffande sekundogäldenärens möjligheter att kvitta kan det hävdas att en sådan följer av varje säkerhetsavtal där panthavaren övertar betalningslegitimationen för hela den pantsatta fordran. Normargumenten består m a o av SkbrL 30 § och 10 §. Å andra sidan har det anförts att sekundogäldenären bör få finna sig i att pantsättaren bör kunna spärra betalning av överhypoteksdelen, se avsn 5.8. Med stöd härav kan motsvarande hävdas för kvittning.

8.7.1.2 Fördelarna med kvittning större än nackdelarna av dröjsmålsrisker

Faktaargument är att kvittning som nämnts ofta är en gynnsam realisationsform. Ett skäl är att hanteringskostnaderna kan bli mindre än alternativen. Eftersom det handlar om fall där den pantsatta fordran är förfallen skall panthavaren om han inte kvittar i princip avge en betalningsuppmaning till sekundogäldenären. För en sådan lösning kan argumenten om panthavarens omsorgsplikt hävdas, se avsnitt 8.3.7. I de fall den pantsatta fordran är mindre än panthavarens skuld till sekundogäldenären kan skulden istället bli reglerad för motsvarande kostnad som betalningsuppmaningen. Panthavaren avger då istället en kvittningsförklaring.

Kvittning är framför allt också att föredra framför indrivning och försäljning. Nyttan är särskilt stor i de fall sekundogäldenären har betalningssvårigheter.

I förhållande till den ökade risken för dröjsmål som kvittning innebär kan nyttan av kvittning för pantsättaren antas vara större. Det är

[665] Lindskog 1993 s 436–437, jfr 519–520. Jfr Walin 1991 s 229 och 232, 1998 s 236, 239 som menar att på grund av risken för att panthavaren blir insolvent anses pantsättaren vid sekundogäldenärens kvittning kunna hindra denne från att kvitta med mer än det belopp som motsvarar huvudfordran. Även von Eyben 1975 s 453, 1984 s 503. Jfr Ekeberg/Benckert 1967 s 241.

nämligen självklart att antalet fall där panthavaren kan kvitta är större än antalet fall där panthavaren kan kvitta och dessutom riskerar att hamna i dröjsmål med redovisning av överhypoteket. Det kan möjligen också antas att de fall där nyttan av kvittning är särskilt stor för att sekundogäldenären har betalningssvårigheter, är större än antalet fall där panthavaren riskerar att hamna i dröjsmål. I vart fall förefaller risken för att den typiske sekundogäldenären hamnar i betalningssvårigheter större än risken för att den typiske panthavaren gör det. Ett antagande är därför att redan pantsättarens nytta av kvittning är större än de skador som han kan lida. Skadorna kan också påverkas i den mån pantsättaren får möjlighet att spärra överhypoteket.

Härtill kommer att pantsättaren har vissa möjligheter att begränsa sina risker med hjälp av spärrmeddelande, se avsnitt 8.6.1.

Mot en kvittningsmöjlighet talar att en sådan i vissa fall kan innebära större hanteringskostnader än betalning. Att framföra en kvittningsförklaring är en mer udda handling än betalning och kan därför ta mer kostnader i anspråk. Dessutom kan det tillkomma kostnader för att övertyga sekundogäldenären om att kvittningsrätt föreligger. I sista hand blir det fråga om process. Om panthavaren får ta betalt för dessa kostnader av pantsättaren kan pantsättaren skada bestå även av dessa och inte bara av den större risken för dröjsmål. Emellertid har panthavaren i princip bara rätt att ta betalt för vad som motsvarar de lägsta möjliga realisationskostnaderna, se avsnitt 8.3.7 om omsorgsplikt. Så länge det handlar om panthavarens möjlighet att kvitta är dessa argument således inte avgörande. Angående panthavarens skyldigheter att kvitta se avsnitt 8.7.4.

Bland faktaargumenten skall vidare nämnas tanken att panthavaren innan kvittningen skulle vara skyldig att avskilja medel motsvarande överhypoteket, eller egentligen den del av överhypoteket som kvittas. En sådan ordning skulle minimera pantsättarens risker till i stort sett samma nivå som för mottagande av betalning. Å andra sidan skulle det utesluta vissa ovanliga fall av nyttig kvittning. Om panthavaren är illikvid vid kvittningen kan han inte kvitta trots att han kanske skulle bli likvid när det är dags att redovisa.

Beträffande faktaargument kring frågan om en möjlighet för pantsättaren att spärra överhypoteket kan hänvisas till avsn 5.8.4 och 5.8.5.

8.7.1.3 Kvittning är positivt för pantsättaren, i vart fall om han kan spärra

Mot bakgrund av faktaargumenten talar värdeargumenten närmast för att inte uppställa något särskilt skydd för pantsättaren. Särskilt vid se-

kundogäldenärens obestånd o likn skulle det vara olyckligt för pantsättaren om panthavarens kvittningsposition inte utnyttjades. Å andra sidan kan man tycka att panthavaren skulle behöva ha pantsättarens samtycke.

Det finns också värdeargument som kan hävdas för en möjlighet för pantsättaren att spärra överhypoteket, se avsn 8.6.1.6 och 5.8.6.

8.7.1.4 Panthavaren och sekundogäldenären bör ha kvittningsrätt, men pantsättaren bör kunna spärra

En möjlig slutsats av det nämnda är att panthavaren och sekundogäldenären får kvitta även med överhypoteket, så länge pantsättaren inte spärrar denna del, jfr avsn 8.6.1 och 5.8. Med hänsyn till den avvägning som gjorts i avsnitt 5.8 kan det i förhållande till sekundogäldenären bli fråga om att pantsättaren måste ta till kvarstad. Det kan mot bakgrund av kvarstadshotet dock antas att parterna kan komma överens om en smidigare lösning i det enskilda fallet.

För att på detta sätt jämställa kvittning och betalning talar framför allt faktaargumenten. Som framgått överväger fakta för en kvittningsmöjlighet oavsett om panthavaren står ett redovisningsansvar. Av nästa avsnitt följer dock att panthavaren bör ha ett sådant ansvar även vid kvittning.

8.7.2 Står panthavaren redovisningsansvar om han kvittar med sekundogäldenären?

Normargument för att panthavaren har ett redovisningsansvar kan möjligen hävdas bland uppfattningarna att panthavaren får kvitta även med överhypoteket. Pantsättaren kommer enligt en uppfattning inte i ett sämre läge om panthavaren tillåts kvitta.[666] Allmänna normargument talar dock mot ett sådant ansvar. Det kan då hävdas att det inte är fråga om egendom som s a s är på väg igenom subjektet vilket är en beskrivning som används för gränsdragning beträffande redovisningsmedel.[667] Panthavaren måste ju ta av sina egna medel.

Med faktaargument kan antas att ett redovisningsansvar minskar pantsättarens risker. En straffsanktion verkar handlingsdirigerande och minskar på detta sätt riskerna. Med hänsyn till den antagna låga frekvensen av betalningssvårigheter för panthavare är det dock inte fråga om någon stor nytta. Mot ett redovisningsansvar talar dock att redovisningsmedelshantering, såsom avskiljande o likn, är förenad med vissa

[666] Jfr Lennander 1977 s 281–282.
[667] Jfr Lindskog 1989–90 s 208 och 1993 s 436.

administrativa kostnader som inte kan minimeras på samma sätt som vid annan realisation av fakturafordringar, jfr avsn 8.6.4.3.

Värdeargument för redovisningsansvar är att det synes rimligt att pantsättaren inte får sämre position i förhållande till panthavaren och dennes borgenärer än vid annan realisation. Det saknas med detta argument anledning att särbehandla och motverka realisationsformen kvittning.

När det gäller det ovan nämnda normargumentet kan sägas att avgörande betydelse inte skall läggas vid den beskrivningen. En beskrivning i vilken överhypoteket sägs förvandlas genom kvittningen och påverka panthavarens övriga tillgångar är kanske lika träffande. När panthavaren väl avskiljt medlen är det inget som hindrar att de behandlas som redovisningsmedel. Det finns heller inget avgörande hinder mot att panthavaren åläggs ett ansvar för underlåtenhet att avskilja. Vidare kan liknelsen göras vid att panthavaren sammanblandat redovisningsmedel med sina egna men sedan gjort ett avskiljande. I de fallen ifrågasätts inte redovisningsansvar och redovisningsmedelsstatus. När panthavaren har ett särskilt avskiljandeansvar kan panthavaren avskilja medel innan eller i direkt samband med kvittningen.

Värdeargument mot redovisningsansvar är att pantsättaren faktiskt dragit nytta av att panthavaren behandlat överhypoteket som sin egendom. Därmed skulle pantsättaren också få stå nackdelarna av förfarandet.

Slutsatsen är att panthavaren skall stå ett redovisningsansvar och ett eventuellt särskilt avskiljandeansvar även vid kvittning. Till grund härför läggs i första hand värdeargumentet att det saknas anledning att särbehandla realisationsformen kvittning.

8.7.3 Får panthavaren och sekundogäldenären kvitta innan realisationskraven uppfyllts?

Med hänsyn till de argument som ovan framförts om fördelarna med att panthavaren kvittar kan man fråga sig – *om panthavaren och sekundogäldenären får kvitta oavsett om huvudfordran på pantsättaren förfallit och realisationskraven uppfyllts?* Det handlar här då inte i första hand om överhypoteket, se avsn 8.7.1, utan om den pantsatta fordran i sin helhet.

De skador pantsättaren kan drabbas av vid förtida realisation genom kvittning beror även här på risker för dröjsmål med överhypoteket, jfr avsn 8.7.1. Eftersom pantsättaren som regel kan kvitta huvudkrediten mot ett dröjande redovisningsbelopp skadas pantsättaren inte beträffande huvudkreditdelen. Frågan om huruvida pantsättaren kan lida skada av

förtida realisation handlar istället främst om en eventuell utebliven räntevinst. Om den pantsatta fordran får fortsätta att löpa kan den ju generera ett bättre resultat än resultatet av att panthavaren får medlen och eventuellt avräknar dem mot huvudkrediten, eller gör dem räntebärande på annat sätt.

En annan tänkbar skada är förlust av ett särskilt rättighetsvärde som den pantsatta fordran kan ha för pantsättaren, se avsn 4.4.1.2.

8.7.3.1 Betydelsen av panthavarens betalningslegitimation

I de normargument som framförts ovan beaktas frågan inte uttryckligen. Det förefaller dock som om man närmast har kvittning efter realisationskraven uppfyllts i åtanke.[668]

Beträffande förtida realisation i allmänhet finns normargument om en skyldighet att realisera. Det handlar då om realisation i pantsättarens intresse som ett led i panthavarens vårdplikt. Enligt dessa normargument är panthavaren skyldig att ta emot betalning, se avsn 8.5.1. Han är också skyldig att driva in en förfallen pantsatt fordran om det finns risk för förlust, se avsn 8.5.3. Nämnda skyldigheter måste ge panthavaren motsvarande rätt att realisera, i vart fall så länge pantsättaren inte motsätter sig.

Alldeles oavsett de nämnda normargumenten kan det hävdas att en rätt att ta emot betalning följer av varje säkerhetsavtal där panthavaren övertar betalningslegitimationen. Om sekundogäldenären har rätt att betala innan realisationskraven uppfyllts kan avtalsvillkoret om övergång av betalningslegitimationen tolkas som just en rätt att motta betalning.

En skillnad mellan kvittning och sådan betalning som panthavaren enligt nyssnämnda argument kan hävdas ha rätt att ta emot, är att initiativet till kvittning kan komma från panthavaren. Denna skillnad kan hävdas mot kvittning som form för förtida realisation i de fall panthavaren vill ha en sådan medan sekundogäldenären och pantsättaren inte vill.

8.7.3.2 Pantsättarens skador antagligen inte särskilt beaktansvärda

I faktaargumentationen skall först uppmärksammas att det synes praktiskt svårt att avgöra om en kvittning initierats av panthavaren eller sekundogäldenären om de båda är överens. Att göra åtskillnad mellan fall beroende på vem som tagit initiativet kan därför vara svårhanterligt.

[668] T ex tar Lennander 1977 upp kvittning i avdelning III av sin bok där rättsförhållandet från och med förfallodagen behandlas.

Beträffande pantsättarens skador av dröjsmål med överhypoteket kan det hävdas att det i princip inte är någon skillnad mellan kvittning innan respektive efter huvudfordran förfallit och realisationskraven uppfyllts. Riskerna för att panthavaren hamnar i dröjsmål kan antas vara lika stora oavsett om kvittning görs innan huvudfordran förfallit. Möjligen kan man i vissa fall anta att risken ökar med tiden. Om panthavaren har lång tid fram till förfallodagen kan han i större utsträckning frestas att ge sig själv kredit. Å andra sidan innebär lång tid i princip att han har möjlighet att skaffa sig likvider att fullgöra med.

Mot det sagda och för att riskerna beträffande dröjsmål med överhypoteket blir större, kan anföras att en förslagen panthavare som vill förhindra att pantsättaren spärrar överhypoteket skulle kunna skaffa sig en kvittningsposition för att åstadkomma förtida realisation. Ett sådant agerande kan dock antas bli sällsynt.

För en allmän kvittningsmöjlighet talar att panthavaren då inte behöver lägga någon tid på att värdera information som han fått om sekundogäldenärens betalningsförmåga och en lämplighetsbedömning av om förtida realisation bör utnyttjas. I den mån den pantsatta fordran är förfallen behöver panthavaren m a o inte kontrollera om sekundogäldenärens dröjsmål kan bero på betalningssvårigheter som aktualiserar en vårdplikt.

Faktaargument mot kvittning i andra fall än när vårdplikten aktualiseras är att pantsättaren då kan tjäna på att sekundogäldenären inte betalar. Om den pantsatta fordran löper med ränta tillgodoräknas pantsättaren denna så länge fordran inte betalas. För en vanlig borgenär är ett dröjsmål i princip skadligt, men pantsättaren hade ändå inte fått ut medlen om sekundogäldenären betalat. Dessa tar panthavaren hand om. Om panthavaren tar hand om betalningen eller kvittar skall han i princip göra medlen räntebärande, men risken är att denna ränta blir lägre än den ränta sekundogäldenären får betala. För kvittning i de här aktuella fallen kan anföras att kreditrisken minskar eftersom panthavaren typiskt sett är mer solvent än sekundogäldenären. Emellertid är det i dessa fall fråga om en obetydlig riskminskning eftersom sekundogäldenären alltså är relativt solvent. Det handlar ju om fall där vårdplikten är utesluten.

Beträffande förlust av särskilt rättighetsvärde är frekvensen av sådana värden i kombination med att här aktuella kvittningsförutsättningar skall föreligga antagligen så liten att det inte är motiverat att belasta prövningen med några särlösningar enbart m h t härtill.

8.7.3.3 Möjlighet att kringgå skyddsregler är värdeladdat

Som värdeargument kan anföras att den här aktuella realisationen blir just förtida. Att panthavaren skulle kunna få en kringgåendemöjlighet, såsom beskrivits i faktaargumentationen, är värdeladdat.

En annan värdeaspekt är att det synes rimligt att sekundogäldenären kan kvitta till panthavaren utan att behöva bry sig om huruvida realisationskraven i panthavarens förhållande till pantsättaren är uppfyllda.

I övrigt synes värdeargumenten inte särskilt annorlunda än vad som nämnts beträffande dröjsmål med överhypoteksredovisning i avsn 8.7.1.3.

8.7.3.4 Förtida kvittning bör vara tillåten

Med hänsyn till svårigheterna att skilja sekundogäldenärens kvittning från panthavarens och m h t att riskerna för att pantsättaren skadas förefaller små, blir en möjlig slutsats att panthavaren och sekundogäldenären får kvitta i förtid, d v s innan realisationskraven uppfyllts. Pantsättaren bör emellertid ha samma rätt att ingripa med ett spärrmeddelande som vid realisation då realisationskraven är uppfyllda. Pantsättaren bör också ha samma skydd mot dröjsmål i form av redovisnings- och avskiljandeplikt som i de fallen.

8.7.4 Är panthavaren skyldig att kvitta?

Eftersom kvittning således är en effektiv realisationsform kan man fråga sig i vilken mån panthavaren är skyldig att använda den. Som framgått av avsnitt 8.3 anses panthavaren skyldig att prioritera olika realisationsformer framför varandra. Mot bakgrund av fakta skulle kvittning närmast hamna på samma nivå som betalning från sekundogäldenären och således ha högsta prioritet.

8.7.4.1 Omsorgsplikt

Några normargument som direkt uttrycker att kvittning skulle vara prioriterad förefaller inte finnas. Däremot kan den allmänna omsorgsplikten anföras för en sådan skyldighet. Som nämnts är det en culpanorm som i viss mån kan anses tvingande, se avsnitt 8.3.7.

8.7.4.2 En kvittningsskyldigheten antas inte betungande för panthavaren

Fakta är först och främst att panthavaren själv ofta har anledning att föredra kvittning. Genom kvittning får han vederlag och slipper stå

vidare kreditrisk för huvudfordran. Frekvensen av fall där panthavaren inte vill kvitta kan därför antas liten, i vart fall när det handlar om sekundogäldenärer med betalningssvårigheter.

Det finns dock fall där panthavaren har skäl att inte vilja kvitta. Om panthavarens skuld löper med lägre ränta än den pantsatta fordran får panthavaren handha ett lägre belopp än han skulle kunnat få om han lät bli att kvitta och avvaktar förfallodagen för sin skuld. Normargument talar nämligen för att fordringarna upphör genom kvittningsförklaringen.[669] Därmed upphör också rätten till ränta från den dagen. Om panthavaren låter bli att kvitta löper den pantsatta fordran med ränta, många gånger t o m med en hög dröjsmålsränta. Avvaktar panthavaren betalning får han därför i princip ett allt större belopp i sin hand. Detta kan ha betydelse i de fall panthavarens huvudfordran på pantsättaren inte täcks av den pantsatta fordran.

Mot en kvittningsskyldighet talar också att kvittning kan vara mer kostsamt än betalning. Att framföra en kvittningsförklaring är en mer udda handling än betalning och kan därför ta mer kostnader i anspråk. Likaså att hålla reda på vilka sekundogäldenärer som panthavaren står i skuld till. I besvärliga fall kan det också vara kostsamt att utreda om kvittningsrätt föreligger. Dessutom kan det tillkomma kostnader för att övertyga sekundogäldenären om detta. I sista hand blir det fråga om process. Frekvensen av besvärliga fall kan dock antas vara låg.

Till saken hör också att panthavaren vid kvittningsskyldighet får bära kostnaderna för risken av att han förbiser att kvitta. Denna risk är dock inte nödvändigtvis särskilt betungande. Pantsättaren lider sällan någon beaktansvärd skada annat än i de fall sekundogäldenären har betalningssvårigheter. När panthavaren blir varse detta får han ett incitament att undersöka om han kan kvitta. Riskerna för panthavaren ligger framför allt i att han innan han får information om sekundogäldenärens betalningssvårigheter råkar betala en skuld som han annars kunnat utnyttja för kvittning.

8.7.4.3 Ett vårdslöshetsansvar är rimligt

Värde talar för att panthavaren inte skall behöva ansvara i den sistnämnda situationen. Däremot talar värdeargument för att panthavaren skall ansvara om han låter bli att kvitta för att han av någon anledning vill skada pantsättaren eller inte bryr sig om att denne skadas.

[669] Lindskog 1984 s 536, 1993 s 568.

8.7.4.4 Panthavaren bör ha en kvittningsskyldighet

Slutsatsen är att panthavaren har en skyldighet att inte av vårdslöshet underlåta att kvitta när detta är den bästa realisationsformen. Således skall panthavaren kvitta när panthavaren har anledning att känna till att kvittningsmöjlighet föreligger.

Den nämnda skyldigheten bör i huvudsak vara dispositiv. I de fall där panthavaren uppenbart och medvetet skulle orsaka pantsättaren stor skada genom att inte kvitta bör ett förbehåll om avsaknad av kvittningsskyldighet dock kunna jämkas.

8.7.5 Är panthavaren skyldig att invänta kvittningsförutsättningar?

Med slutsatsen att panthavaren kan vara skyldig att realisera genom kvittning är en anknytande fråga i vilken mån panthavaren kan anses skyldig att avvakta med realisation för att kunna genomföra sådan genom kvittning. Det handlar alltså om fall där pantsättaren är i dröjsmål och realisationskraven är uppfyllda. Vidare att den pantsatta fordran är förfallen men inte panthavarens skuld. Såväl pantsättare som sekundogäldenär är alltså i dröjsmål.

Några direkta normargument i frågan förefaller inte finnas. Som ett allmänt normargument kan förutom omsorgsplikten anföras UB 9:11–13 analogt genom vilka panthavaren ges rätt att driva in en förfallen fordran, se avsnitt 8.3.3. Någon tidsfrist anges inte. För nästa steg i prioritetsordningen, d v s försäljning, stadgas dock ett krav på att panthavaren får avvakta ”rimlig tid” om indrivning kan ske inom sådan.

Faktaargument är att kvittning innebär betydligt lägre realisationskostnader än såväl indrivning som försäljning. Indrivning innebär också en risk för att inte ge något resultat. Häremot skall då ställas panthavarens kostnader för att betalningen från pantsättaren dröjer. Så länge dessa panthavarens kostnader kan anses kompenserade genom dröjsmålsränta som panthavaren kan räkna med att få täckta genom kvittningen är det effektivt att panthavaren avvaktar kvittning. I andra fall blir i princip indrivning och sedermera försäljning att föredra. Det sistnämnda gäller dock inte när sekundogäldenären har mer allvarliga betalningssvårigheter. Då blir nyttan av kvittning särskilt stor. Till fakta hör också att sekundogäldenären kan förhala indrivning för att själv kunna kvitta, se avsnitt 5.7.5.

Ett värdeargument är att panthavaren inte skall behöva dröja med att få betalt. När såväl pantsättare som sekundogäldenär i dröjsmål kan det tyckas väl långtgående att ställa krav på att panthavaren skall avvakta. Å

andra sidan förefaller det orimligt att panthavaren skulle kunna företa indrivning kort tid innan han istället kan kvitta.

En slutsats blir därför att panthavaren kan anses skyldig att avvakta att kvittningsförutsättningar uppfylls. Karaktären på frågeställningen är dock sådan att det knappast är meningsfullt att närmare bestämma hur lång tid det kan röra sig om. Det blir snarare en mer allmän vårdslöshetsbedömning.

8.8 Särskilda likviditetsrisker

En näringsidkares fakturafordringar är betydelsefulla för näringsidkarens likviditet. Fakturafordringarna omsätts genom att de betalas och ger ett inflöde av likviditet. Näringsidkarens behov avseende takten på detta inflöde varierar givetvis. Typiskt sett är det emellertid sällan önskvärt med långvariga uppehåll i detta inflöde. Med ett mer kontinuerligt inflöde är det lättare att möta de oförutsedda utgifter som uppträder och lättare att anpassa utgifterna till inkomsterna. Ett sätt att nå ett likviditetsinflöde som passar näringsidkarens ekonomiska förhållanden är kreditsäkerhet i fakturafordringar. Exempelvis kan en näringsidkare med säsongsbetonad verksamhet nå ett jämnare likviditetsinflöde med en sådan konstruktion. Å andra sidan kan olika former av säkerhet i fakturafordringar också medföra att pantsättaren får likviditetsproblem för att likviditetsinflödet skärs av eller kommer i otakt med pantsättarens behov. Att lösa dessa problem genom nya krediter kan vara svårt m h t transaktionskostnaderna och framför allt då den tid som krävs för att få till stånd ytterligare kredit. Dessutom kan det faktum att just pantsättarens fakturafordringar är pantsatta vara en försvårande omständlighet. Vad som skall uppmärksammas i detta avsnitt är därför några olika fall där pantsättaren står särskilt stora risker för likviditetsproblem. I någon mån involveras också riskerna för överskuldsättning.

8.8.1 Panthavarens kvittning mot redovisningsskuld

När panthavaren realiserat den pantsatta fordran får han en redovisningsskuld med ett belopp motsvarande överhypoteket. Det kan då tänkas att panthavaren vill kvitta denna skuld mot en ytterligare fordran som han har på pantsättaren. Genom en sådan kvittning utvidgas panthavarens säkerhetsrätt till att avse även andra fordringar än huvudkrediten. Pantsättaren lider därmed skada på så vis att han går miste om likviditet som han skulle ha fått om kvittning ej gjorts. Även om pantsättaren skulle utgå från att panthavaren har en sådan kvittningsmöjlig-

het kan man tala om en skada eftersom det kan antas att pantsättaren tenderar att underskatta risken för kvittning och likviditetsproblem – jfr avsnitt 8.2 där det antagits att pantsättare tenderar att underskatta riskerna för att inte kunna lösa och att de därför tenderar att acceptera förverkandeförbehåll utan att kompensera sig tillräckligt. Man kan också tala om skada med en mer dynamisk skadebeskrivning som tar hänsyn till senare inträffade omständigheter än förhållandena vid avtalets ingående, jfr avsn 8.2.5.2. Frågan i detta avsnitt är då - *i vilken mån rätten skyddar pantsättaren mot dessa skador eller m a o mot att panthavaren kvittar?*

Det skall anmärkas att det här handlar om förhållanden där förbehåll om rätt att ta i anspråk redovisningsmedlen saknas. Sådana förbehåll är vanliga i form av generalpantförbehåll, men de beaktas här särskilt, se de följande avsnitten 8.8.2 och 8.8.3.

8.8.1.1 Konnexitet och redovisningsmedel

Ett centralt normargument i sammanhanget är NJA 1971 s 122. I fallet godtog HD[670] att en fastighetsmäklare som mottagit handpenning från köparen kvittade detta belopp med fordran på mäklararvode. Säljaren hade gått i konkurs 12 dagar efter mottagandet av handpenningen och fallet gällde alltså även verkan mot dennes fordringsägare. Domskälen innehåller ingen motivering och består i princip endast av en mening: ”Den omständigheten att medlen avskilts på sätt [som] föreskrives i lagen om redovisningsmedel innebär ej att Nordin förlorat honom eljest tillkommande rätt att, vid fullgörande av sin redovisningsskyldighet, påkalla kvittning för motfordringen å provision.”

En omständighet som inte berörs av HD är att mäklaravtalet i säljarens intresse sades avvika från den normala ordningen i det att fordran på mäklararvodet inte skulle förfalla förrän vid slutuppgörelsen med köparen. Slutuppgörelsen genomfördes 9 dagar efter konkursutbrottet. I normala fall skulle mäklaren enligt egen utsago ha kvittat redan vid köpekontraktets tecknande.

Det finns också ett äldre rättsfall från tiden innan redovisningsmedelslagen. I NJA 1915 s 86 godtog HD[671] kvittning i konkurs med vad som kallades deponerade medel. Dessa medel fick kvittas mot ett regressanspråk p g a ett infriat borgensansvar. Konkursboet ansågs inte ha visat fog för sitt påstående att medlen skulle återbetalas utan att kvittningsrätt fick göras gällande. Det framgår inte varför konkursgäldenären deponerat medlen men någon konnexitet förefaller inte föreligga. HR[672] ogillade däremot kvittningen med

[670] JustR Romanus, Nordström, Petrén, Gärde Widemar och Ulveson.
[671] JustR Lindbäck, Silverstolpe, Petrén, Sundberg, Thomasson, Berglöf och Christiansson.
[672] Domarna ej namngivna i referatet.

motiveringen att medlen ”mottagits för Wizelius´ räkning såsom deposition och sålunda under ovillkorlig skyldighet att hålla dem Wizelius eller hans rättshavare vid anfordran tillhanda”. Det skall anmärkas att fallet härrör från tiden innan redovisningsmedelslagen och ändringarna beträffande straffansvar för förskingring.

Avgörandet NJA 1971 s 122 har ibland tagits till intäkt för en mer generell rätt att kvitta med redovisningsmedel.[673] Det har också använts för att motivera en kvittningsrätt just för panthavare.[674] I sammanhanget anförs också normargument i form av ”äldre praxis” och att man i lagförarbeten om hantverkares rätt att sälja ej avhämtat gods utgått från motsvarande kvittningsrätt.[675] Det är också möjligt att hävda att en kvittningsrätt är förutsatt i förarbetena till RedovisnmedL, men det skall då anmärkas att även om man där använder generella formuleringar så utgår man från exemplet kvittning för arvode, d v s ett konnext förhållande, se vidare nedan.[676]

Emellertid finns i doktrinen också motsatt uppfattning företrädd. Någon kvittningsrätt utan förbehåll accepteras då inte och ett förbehåll sägs efter omständigheterna kunna jämkas med stöd av 36 § AvtL.[677] Rättsfallet NJA 1971 s 122 ges med denna uppfattning en restriktiv tolkning och inskränks till att omfatta fall då motfordringen härrör från samma uppdrag.[678] Vid pantavtal skulle detta vara förhållandet för fordringar på ersättning för realisationskostnader o likn men inte de andra fordringar som här är aktuella för kvittning.[679] Den äldre praxis som godtagit kvittning avfärdas med att man på den tiden inte räknade med någon redovisningsplikt för överhypoteket utan att det bara förelåg en betalningsförpliktelse, jfr ovan avsn 8.6.4. Lagförarbetena om hantver-

[673] Wennberg 1977 s 280, och 287 ang straffrättsligt ansvar. SOU 1988:63 s 148 (kommission).
[674] Håstad 1980 s 60 jfr dock 1996 s 156 not 16. SOU 1988:63 s 148.
[675] Håstad 1980 s 60 not 14 a med hänvisning till NJA II 1950 s 395.
[676] Walin 1975 s 128 är tveksam till generell kvittningsrätt, men menar att detta förutsätts (d v s antagligen att han förutsatte detta) i förarbetena till RedovisnmedL, SOU 1943:24 s 35–36.
[677] Walin 1991 s 220–223, 1998 s 227–230. Jfr Lennander 1977 s 285 som inte uttryckligen tar ställning. Inte heller Rodhe 1956 s 69 jfr 1985 s 227 och 432 not 30, eller Sigeman 1967 s 197 eller Hessler 1973 s 486. Jfr Karlgren 1940 s 332.
[678] Lindskog 1993 s 148 not 130. Holmqvist m fl BrBkom 1987 s 572, där man dock synes utgå från uppfattningen att ”HD åberopade, att redovisningsfordringen och motfordran härrörde från samma rättsförhållande, d v s var vad man kallade konnexa.” Något sådan åberopande synes inte finnas i rättsfallsreferatet. Däremot är det riktigt att redovisningsskulden härrörde ur samma rättsförhållande. Jfr Walin 1975 s 128.
[679] Walin 1991 s 220–223, 1998 s 227–230.

kares rätt att sälja ej avhämtat gods sägs inte kunna tas till intäkt för några generella slutsatser.[680]

8.8.1.2 Riskunderskattning eller kostnadseffektivitet

Faktaargument i frågan är först och främst att pantsättaren kan skadas p g a underskattning av riskerna för att kvittning blir aktuellt och vilken påverkan sådan kan ha på pantsättarens likviditet. Ett antagande är att den aktuella situationen är så pass udda att pantsättaren vanligen inte alls räknar med den. Eftersom slutliga skador inträffar då pantsättaren är illikvid är det i dessa fall som kvittning kan ifrågasättas. Att pantsättaren, och även sekundogäldenären, har stort intresse av likviditeten har behandlats i avsn 5.6. Där har också riskerna för underskattning av likviditetsproblem belysts.

Vid obestånd som s a s är obotliga är det i första hand istället en fråga om skydd för fordringsägarna, jfr avsnitt 6.1.2. Till saken hör att det naturligtvis är vid obestånd och illikviditet som kvittning har som störst värde för panthavaren. Att inte godta kvittning i dessa fall ligger därför nära att inte acceptera kvittning alls. Ett underkännande endast vid illikviditet har dock inte lika stora effekter.

Mot en kvittningsrätt talar också att panthavaren då får ett egenintresse av att realisera. Som framgått i avsnittet om realisationskostnader, 8.3, är realisation något som i en del fall i möjligaste mån bör undvikas.

> Ett närliggande faktaargument mot kvittningsrätt är att det då blir skillnader mellan fall där panten är delbar och fall där den inte är det. Panthavaren skulle då sträva efter odelbarhet vilket skulle leda till realisation av onödigt stora värden.[681]
>
> Om panthavaren fick kvittningsrätt även efter en felaktig realisation som t ex gjorts innan huvudkreditens förfallodag får de nämnda faktaargumenten särskild styrka. Detta talar därför mot en kvittningsrätt i just de fallen.[682]

För en kvittningsrätt talar å andra sidan att kvittning är ett kostnadseffektivt sätt att reglera fordringar. Nyttan av en ordning där kvittning godtas ligger för det första i att man slipper kostnaderna för godkännande av kvittning i de fall där ett sådant är aktuellt, d v s när pantsättaren är likvid och inte lider någon skada av kvittningen. Det kan också antas att kvittning har en viss förebyggande effekt mot olika former av betalningsvägran. En panthavare som blir skyldig att betala ut ett redovisningsbelopp samtidigt som han vet att han riskerar att inte få betalt för sin motfordran kan reagera med minskad lojalitet mot systemet som

[680] Walin 1991 s 221 not 1, 1998 s 228 not 1.
[681] Jfr Walin 1991 s 221, 1998 s 228.
[682] Jfr Håstad 1980 s 60.

helhet. Det får dock antas att dessa effekter är relativt små m h t att det för enkla fordringar oftast handlar om professionella kreditgivare.

För att kvittningsrätten skall vara generell och oberoende av t ex pantsättarens likviditet talar hanteringskostnaderna för en ordning med särfall. Inte minst kan kostnaderna för hantering och bevisning antas bli höga med illikviditet som avgörande faktor.

En alternativ ordning är att panthavaren inte har kvittningsrätt och att kvittning endast är möjlig om pantsättaren godtar sådan. I jämförelse med hanteringskostnaderna med en ordning där kvittning endast godtas vid illikviditet framstår kostnaderna små för att istället kräva pantsättarens godkännande till kvittning.

8.8.1.3 Kopplingsförbehåll o likn är värdeladdade

När det gäller värdeargument återfinns sådana i doktrinen. Mot kvittningsrätt åberopas framför allt att det då blir fråga om att säkra en annan fordran. Detta sägs strida mot ”en grundläggande regel”. Hänvisning görs även till ett uttryck för denna regel som är förbudet mot s k kopplingsförbehåll vid säkerhet i form av återtaganderätt.[683] Det förekommer också starkare uttryck som att en kvittningsrätt utan förbehåll om sådan, verkligen är ”förtjänt av beteckningen självtäkt”.[684] En annan aspekt på samma tema är att panthavaren när den ytterligare fordran uppstod borde utnyttjat möjligheten att kräva att den aktuella panten skulle stå som säkerhet även för den nya fordran.

För en kvittningsrätt nämns å andra sidan att kvittningsrätt är ett accepterat institut som trots sin slumpmässighet t o m ges verkan mot borgenärer.[685]

8.8.1.4 Ett kvittningsförbud

Bortsett från normargumenten för generell kvittningsrätt och då främst NJA 1971 s 122, talar övervägande argument för att panthavaren inte skall ha kvittningsrätt. I den mån normargumenten för generell kvittningsrätt inte skall åsidosättas helt finns det därför anledning att låta dem ha begränsad inverkan. En sådan konnexitetsprincip för kvittning med redovisningsmedel som hävdats med normargument synes väl kunna motiveras. Det blir då inte fråga om kvittning med redovisningsmedel från pantrealisation.

[683] Håstad 1980 s 60. Walin 1991 s 222, 1998 s 228–229. Lennander 1977 s 285.
[684] Walin 1991 s 221 not 1, 228 not 1.
[685] Håstad 1980 s 60.

I detta kvittningsförbud inbegrips inte fordringar som panthavaren får i p g a realisationsutgifter o likn. De kan anses konnexa, jfr normargumentationen.

Kvittningsförbudet bör dock kunna åsidosättas genom överenskommelse vid den tidpunkt kvittning är aktuell. Då har pantsättaren goda möjligheter att bedöma hur kvittningen påverkar hans likviditet.

8.8.2 Generalpantförbehåll

Ett generalpantförbehåll syftar vanligtvis till att panthavaren skall ha säkerhet för alla fordringar han har mot pantsättaren, oavsett om de uppstod innan eller efter pantsättningen. Generalpantförbehåll är ett sätt för parterna att minimera kostnaderna för uppdatering av säkerhetsvillkoren när parterna förväntar sig att deras förhållande kommer att omfatta flera eller föränderliga huvudkrediter. Dessa förbehåll minskar också panthavarens risktagande och kan därför i princip möjliggöra en lägre räntesats. Å andra sidan kan förhållandena vara sådana att risken för att ytterligare huvudkrediter uppstår är så liten att den i realiteten inte alls påverkar pantsättarens utbyte. Liksom för panthavarens kvittning mot redovisningsskuld, se föregående avsnitt 8.8.1, kan antas att pantsättaren tenderar att underskatta riskerna för likviditetsproblem.

Vid säkerhet i fakturafordringar förekommer generalpantförbehåll i flera konstruktioner. Factoring och kundkontovärdepapperisering är löpande förhållanden där objektet just p g a generalpantförbehållen kan ses som ett flytande underlag av fakturafordringar. De likviditetsproblem som kan uppstå i anledning härav, inom ramen för factoringförhållandet, skall dock behandlas särskilt, se avsn 8.8.3 om avräkning. Generalpantförbehållen kan emellertid också få betydelse i de fall panthavaren har givit en annan kredit vid sidan av factoringförhållandet. Om en sådan sidokredit förfaller utan att betalas kan panthavaren vara intresserad av att ta betalt ur factoringunderlaget. Eftersom factoringunderlaget är självrealiserande kan panthavaren föredra en sådan lösning även om han har annan säkerhet för sidokrediten. När panthavaren tar betalt för en sidokredit på detta vis uppstår en obalans mellan säkerhet och huvudkredit i factoringförhållandet och likviditeten kan komma att strypas under en tid. Eftersom det ständigt uppstår nya fordringar glider problemet här också över i problemet med avräkning, se som nämnts avsn 8.8.3.

För denuntiationspant är generalpantförbehåll typiskt sett av mindre intresse än vid factoring. I det typiska denuntiationspantförhållandet förändras varken huvudkrediten eller säkerhetsobjekten. Det kan dock tänkas att generalpant ändå kan vara aktuellt i de fall denuntiationspan-

ten utgör en kompletterande säkerhet vid sidan av säkerhet i annan egendom. Panthavarens utnyttjande av ett generalpantförbehåll kan då bli överraskande för pantsättaren. Pantsättaren tenderar som sagt att underskatta riskerna för likviditetsproblem. Till saken hör också att generalpantförbehåll även finns i de allmänna standardavtalen för kredit till näringsidkare.[686]

> Däremot leder generalpantförbehåll knappast till likviditetsproblem vid säkerhet i företagshypotek. Vid företagshypotek kan generalpant vara aktuellt för att sådana kreditförhållanden tenderar att vara långvariga och risken därmed är stor att huvudkrediten förändras. Generalpant vid företagshypotek skapar dock mer sällan några likviditetsproblem eftersom företagshypotek främst tas i anspråk vid konkurs. Visserligen kan hypoteksunderlaget i princip också realiseras om annan fordringsägare får utmätning i det, men detta leder typiskt sett inte till att företagshypotekshavaren får del av köpeskillingen och därmed inte till att generalpantförbehållet skapar likviditetsproblem.

I en del av de konstruktioner som involverar generalpantförbehåll kan det således uppstå situationer där pantsättaren får likviditetsproblem för att panthavaren vill utnyttja ett generalpantförbehåll. Frågan är här *i vilken mån rätten skall skydda pantsättaren mot dessa problem?*

8.8.2.1 Som regel giltiga men oskälig tillämpning kan jämkas

I doktrinen finns allmänna uttalanden om att generella pantsättningar som huvudregel är både obligationsrättsligt och sakrättsligt giltiga men att det allmänt kan framhållas att ett avtalsvillkor angående generell panträtt kan jämkas eller åsidosättas med stöd av 36 § AvtL, om en tillämpning av villkoret skulle vara oskälig.[687] Dessa allmänna uttalanden utvecklas med argument om att pantsättaren i vissa fall inte förmår överblicka konsekvenserna och som exempel anges då konsumenter. För konsumentförhållanden används numera inte generalpantförbehåll. I förarbeten till 36 § AvtL anförs också att generalpantförbehåll kan medföra en så stark press pantsättaren att betala att villkoren kan betraktas som otillbörliga. Den press som då nämns är dock att pantsättaren inte kan disponera säkerheten förrän alla skulder slutbetalats.[688] För säkerhet i fakturafordringar är detta ett begränsat problem eftersom utestående fakturafordringar saknar bruksvärde och fakturafordringar som betalats leder till att huvudkrediten regleras. Om huvudkrediten

[686] I Bankformulären 2000 stadgas ”Egendom som kredittagaren har pantsatt i detta skuldebrev skall utgöra säkerhet även för övriga förpliktelser mot banken som kredittagaren har eller kommer att få i sin egenskap av kredittagare, uppdragsgivare, kontohavare, borgensman eller eljest som kund i banken …”
[687] Håstad 1996 s 324. Walin 1998 s 45–46. Bergström/Lennander 2001 s 80.
[688] SOU 1974:83 s 185.

inte förfallit och panthavaren vägrar ta betalt i förtid ur den betalda fakturafordran, kan problemet dock uppstå.

> Att pressen i nämnda avseende är begränsad vid säkerhet i fakturafordringar innebär å andra sidan inte att pantsättaren blir mindre pressad. De likviditetsproblem som istället är aktuella kan vara betydligt allvarligare än pressen att förlora ett pantsatt objekt.

Vidare pekas det på olämpligheten i att pantsättaren blir bunden till en viss panthavare. Jämförelser görs då med de ogiltiga s k kopplingsförbehållen vid återtaganderätt. Med ett kopplingsförbehåll kan en säljare erbjuda ytterligare varor utan kontantinsats vilket dels ger säljaren en konkurrensfördel, dels ökar risken för köpare att konsumera över sin betalningsförmåga.[689]

För jämkningsmöjlighet anförs också att generalpantförbehåll kan vara omotiverade i den meningen att de saknar syftet att underlätta framtida kreditgivning.[690] Panthavaren kan ju använda generalpantförbehåll som standard i alla sina säkerhetsavtal utan att parterna alls tänkt sig någon ytterligare huvudkredit. Risken för att pantsättaren underskattar förbehållets betydelse är då särskilt stor och därmed också sannolikheten för att pantsättaren inte alls får något vederlag för att panthavaren ges denna förmån.

I förarbetena nämns även de fall panthavaren vill ta betalt för en fordran som uppstått på annat sätt än genom kreditavtal, såsom skadeståndsfordringar. Genom generalpantförbehåll kan panthavaren i dessa fall få en överlägsen position i förhållande till vad som är normalt för sådana fordringar och det hävdas att generalpantförbehåll inte bör omfatta tvistiga fordringar. [691]

> Anmärkningsvis kan också nämnas att det finns normargument för de fall att panthavaren förvärvar oprioriterade fordringar på pantsättaren för att med generalpantförbehållet göra dem prioriterade. Dessa normargument talar klart emot en sådan möjlighet.[692] I bankformuläret är en sådan möjlighet också uttryckligen utesluten. Problematiken är dock endast av indirekt intresse för den här aktuella frågan.

8.8.2.2 Generalpant kan vara nyttig om den inte blir för omfattande

För generalpantförbehåll utom ramen för factoringkonstruktioner liksom för generalpant vid denuntiationspant kan det hävdas att nyttan är relativt begränsad. Att panthavaren vid factoring får generalpant för

[689] SOU 1974:83 s 183. NJA II 1953 s 295 och 301. Håstad 1996 s 196. Ogiltigheten anses följa av AvbetköpL 7 § och KkredL 25 §.
[690] SOU 1974:83 s 185.
[691] SOU 1974:83 s 186.
[692] NJA 1923 s 258. Håstad 1996 s 324 not 116.

senare tillkommande sidokrediter och för senare tillkommande krediter vid denuntiationspant påverkar antagligen i liten mån att omsättning kommer till stånd. De lättnader som generalpantförbehållen ger beträffande administrationen av dessa kreditförhållanden är varierande och typiskt sett antagligen relativt små. Detsamma gäller den riskbegränsning som panthavaren når eftersom sannolikheten för tillkommande krediter typiskt sett är låg. Det kan hävdas att generalpantförbehållen i en del fall förefaller användas utan att parterna i realiteten överväger i vilken mån de alls blir aktuella. Härmed inte sagt att det saknas fall där generalpantförbehållen har betydelse i dessa avseenden. Inte minst är förbehållen användbara när pantsättaren ställt garantiliknande utfästelser eller när pantsättaren behöver ett visst handlingsutrymme som kan medföra skulder.

Om nyttan av generalpantförbehållen således är varierande kan motsvarande sägas om skadorna. Skadorna av generalpantförbehåll tar sig uttryck i att den normala kanalen för tillförsel av likviditet kan strypas. I de fall det handlar om omfattande och långvariga begränsningar i detta tillflöde blir skadorna allvarliga. Riskerna för att likviditetsproblemen blir allvarliga påverkas dock av att panthavaren har intresse av att pantsättaren klarar sin ekonomi. Att panthavaren har möjlighet att strypa likviditeten kan vara olyckligt i perioder med allmänt svag konjunktur eftersom denna försiktighet då kan bli särskilt stark till följd av psykologiska effekter, jfr avsn 9.2.1.3 nedan.

8.8.2.3 Spel och makt

En allmän aspekt på generalpantförhållanden är vad bankföreningen kallat det ”fundamentala betraktelsesättet” att varje kund utgör ett engagemang och att kundförhållandet behandlas enhetligt.[693] Motsvarande kan också uttryckas med ett ifrågasättande av i vilken mån en formell uppdelning av förhållandet i olika fordringar skall medföra skillnader i sak. Om kreditgivaren vävt in alla delar av krediten under samma fordringsbenämning hade det varit svårt att ifrågasätta panträtten. Svagheten i detta synsätt är emellertid att det ofta är mer än formell åtskillnad mellan olika delar av kreditförhållandet. I den mån det går att identifiera olika delar för att de uppkommit vid olika tidpunkter och mot olika bakgrund är det inte konstigt att de får olika rättsföljder.

En annan allmän aspekt på problematiken med generalpantförbehåll är det till synes orimliga i att de kan ge slumpmässiga resultat som sam-

[693] Se t ex Bankföreningens yttranden i NJA 1974 s 533 och i NJA 1953 s 63. Bergström/Lennander 2001 s 79.

tidigt har ensidiga och ibland allvarliga konsekvenser. I värdehänseende kan det här sägas handla om spel och den laddning som är förenad med detta begrepp. Det aktuella förhållandet kan dessutom beskrivas som ett spel där bara den ena parten står risken för att förlora, utan att ha möjligheten att egentligen vinna något. Här bortser man då från att pantsättaren kan ha fått vederlag för att stå denna risk, men vid den tidpunkt när pantsättaren måste infria sitt åtagande kan det vara svårt att se detta vederlag som rimligt. I första hand beror detta nog på att vederlaget tenderar att vara så litet att det är svårt att identifiera, jfr ovan och argumenten om pantsättarens riskunderskattning. För att spel skall accepteras värdemässigt krävs ofta just att den som ger sig in i spelet är väl medveten om vad han gör.

För de specifika förhållandena vid säkerhet i fakturafordringar hör också argumentet beträffande den makt som panthavaren kan få över pantsättarens överlevnad. Om man ser till förhållandena vid tidpunkten för panthavarens ianspråktagande av säkerheten har panthavaren en tydlig maktposition vid tillvaratagandet av sina intressen. Låt säga att obeståndsrisken för pantsättaren är 30 % om panthavaren inte utnyttjar förbehållet. Panthavarens risk för att inte få fullt betalt är samtidigt 10 %. Om panthavaren utnyttjar förbehållet kan han minska sin risk till 1 %. Samtidigt ökar då emellertid pantsättarens risk för att hamna på obestånd kanske till 60 %. I förhållande till andra positioner som kreditgivare får i kreditförhållanden skulle det kunna hävdas att panthavarens position är särskilt värdeladdad när han kan ha den beskrivna valmöjligheten. Å andra sidan skall skillnaderna mot de valmöjligheter som varje kreditgivare har att kräva eller förlänga en kredit inte överdrivas. Det kan hävdas att det snarare är storleken på krediten än formen av säkerhet som avgör vilken makt kreditgivaren har att påverka kredittagarens överlevnad.

8.8.2.4 Jämkning av förbehåll som ger panthavaren rätt att subjektivt ta i anspråk hela likviditetsflödet

I ljuset av de argument som anförts ligger det nära till hands att efterlysa en medveten reglering av likviditetsproblematiken. Vad som behövs är att panthavarens makt balanseras så att pantsättaren skyddas från onödigt hård tillämpning av generalpantförbehåll.

Med en utgångspunkt i att panthavaren helt kan strypa likviditeten blir pantsättarens skydd svagt även om panthavaren har intresse av att pantsättaren klarar sin ekonomi. Om man istället tar utgångspunkt i att pantsättaren har rätt till en del av likviditetsflödet uppnås däremot ett visst om än schablonmässigt skydd. Panthavarens intressen kan tillgo-

doses med en rätt att avskära hela likviditetsflödet vid vissa någorlunda objektivt fastställbara grunder.

Den nämnda regleringen går givetvis att åstadkomma genom att säkerhetsavtalen mellan parterna. Med hänsyn till macroeffekterna av en hård tillämpning vid vikande konjunkturer ligger det också i panthavarnas intresse att försöka konstruera sina avtal med sådana hänsyn. Att varje enskild panthavare ändå föredrar att förbehålla sig så stor subjektiv kontroll som möjligt beror antingen på att man anser sig kunna hantera förhållandena ändå, eller på att man trots allt menar att microeffekterna, d v s förlustbegränsning på ett mer direkt plan, är viktigare. Så länge panthavarna inte utarbetar en formell gemensam policy är det också särskilt svårt att upprätthålla någon lojalitet med kollektivet, jfr nedan avsn 10.2.1.

Det sagda är ett sätt att uttrycka en möjlig slutsats beträffande generalpantförbehåll och de likviditetsproblem de kan orsaka. Generalpantförbehåll kan helt enkelt jämkas i de fall de skapar likviditetsproblem utan att det finns objektivt fastställbara och väl motiverade grunder för att orsaka sådana problem. Problemet med denna slutsats är att en sådan princip är otydlig. Den kräver svåra företagsekonomiska kalkyler utifrån vad som för en domare antagligen ofta blir svårbedömda och bristfälliga underlag. Ett sätt att hantera detta problem är emellertid en princip som underkänner alla generalpantförbehåll som inte omfattar någon form av skydd beträffande likviditetsaspekten. Förbehåll som helt lämnar denna bedömning till panthavaren skall underkännas i den mån de leder till att riskerna realiseras.

8.8.3 Avräkningsförbehåll

Generalpantförbehåll kan, som nämnts i inledningen av avsn 8.8.2, ha effekter inom ramen för factoring o likn löpande förhållanden. En pantsatt fakturafordran kan minska i värde och det kan då uppstå obalans mellan huvudkrediten och säkerheten. Om huvudkreditbeloppet vid något tillfälle blir för högt i förhållande den marginal som avtalats, görs en avräkning mot senare uppkommande fakturafordringar. Man skulle här kunna tala om att generalpantförbehållet utgör ett avräkningsförbehåll och det är framför allt denna avräkningsmöjlighet, inom ramen för factoringförhållandet, som är betydelsefull för dessa konstruktioner. Förbehåll om avräkning för den huvudkredit som ges inom ramen för dessa konstruktioner har antagligen stor betydelse för att denna omsättning kommer till stånd. Utan avräkningsförbehåll skulle dessa kreditförhållanden vara besvärligare att administrera och panthavaren skulle stå

större risk. Pantsättaren skulle därför i princip få sämre villkor i övrigt om avräkningsförbehåll inte godtogs.

När en avräkning blir omfattande för att den avser en stor del av pantsättarens fordringar under en längre tid riskerar pantsättaren att få likviditetsproblem. Givetvis är detta ingen önskvärd effekt för panthavaren och han har därför intresse av att ge pantsättaren visst andrum. I de fall panthavaren är tveksam till om pantsättaren kommer att klara sin ekonomi kan panthavaren dock föredra att avräkna alla uppkommande fordringar även om detta innebär att pantsättarens likviditet helt stryps. Samtidigt kan det antas att pantsättarens incitament att ta sådana hänsyn och vänta med betalning, i vissa fall är något högre än i de ovan nämnda generalpantfallen. Vid avräkning har pantsättaren nämligen begränsade möjligheter att undvika att panthavaren når sitt mål att få balans i säkerheten. Pantsättaren har svårt att undvika att få nya fakturafordringar och kan ha svårt att undanhålla dem från factoring. Vid denuntiationspantförhållanden o likn måste en panthavare som avstår från att ta betalt ur den existerande säkerheten istället helt lita till att pantsättaren väljer att betala vid ett senare tillfälle. Å andra sidan påverkas panthavarens försiktighet i avräkningsfallen även av riskerna för återvinning av avräkningen, se ovan avsn 6.4.

Avräkningsfallen skiljer sig från de ovan anförda fallen av generalpant också på så vis att det vid avräkning blir fråga om säkerhet i framtida fakturafordringar, d v s att huvudkrediten utgivits innan de pantsatta fordringarna uppstått. För frågan om pantsättarens skydd vid sådan avräkning finns det därför anledning att, utöver argumenten beträffande generalpant, även beakta de argument som kan hävdas beträffande pantsättarens skydd mot säkerhet i framtida fakturafordringar. Jämfört med säkerhet i framtida fakturafordringar skiljer sig avräkningsfallen emellertid på så vis att avräkning är en företeelse som skall justera för oönskade händelser. I andra fall av säkerhet i framtida fakturafordringar kan det däremot vara avsett att säkerheten skall byggas upp i efterhand, efter att huvudkrediten utgivits.

I nästa avsnitt 8.8.4 redgör jag för argument som kan framföras beträffande säkerhet i framtida fakturafordringar. Jag hänvisar där i stora delar till argument som redan anförts beträffande fordringsägarnas skydd mot sådan säkerhet, d v s i avsn 6.7. Mot bakgrund av vad som anförs där, mot bakgrund av de argument som ovan anförts för pantsättarens skydd mot likviditetsproblem vid generalpant samt med hänsyn till vad som anförts i detta avsnitt, finns det anledning att dra slutsatsen att avräkningsförbehåll bör kunna jämkas i minst lika hög grad som för generalpantförbehåll i övrigt. Som nämnts i avsn 8.8.2.4 skall således

förbehåll som ger panthavaren rätt att subjektivt ta i anspråk hela likviditetsflödet jämkas.

Jfr också avsn 6.7.15 beträffande fordringsägarnas skydd vid avräkning.

8.8.4 Säkerhet i framtida fakturafordringar

Ett ytterligare fall där pantsättaren kan utsättas för likviditetsproblem är säkerhet i framtida fakturafordringar. Vad som avses är då endast sådana säkerhetsformer där pantsättaren avskärs från rådigheten över sekundogäldenärens betalning. Som nämnts i föregående avsnitt 8.8.3 är avräkning vid factoring ett fall av säkerhet i framtida fakturafordringar. I sin mer särpräglade form har parterna dock redan från början haft avsikten att säkerheten skall byggas upp i efterhand, efter att huvudkrediten utgivits.

Såväl företeelsen säkerhet i framtida fakturafordringar som pantsättarens problem med den kan illustreras med ett enkelt exempel: Låt säga att pantsättaren får en miljon i kredit och att han som säkerhet ställer alla sina kundfordringar tills beloppet och räntan betalats. Den aktuelle pantsättaren har inga kontantkunder och omsätter en miljon om året. För honom innebär avtalet således att han måste klara alla utgifter under ett drygt år med hjälp av huvudkrediten. Han kan givetvis också ta hjälp av andra krediter som han kan få, men det förutsätter då att han inte behöver betala något på dessa krediter förrän miljonlånet till panthavaren betalats. Upplägget innebär således att det normala sambandet mellan inkomster och utgifter bryts. En sådan ordning har sina fördelar, men å andra sidan är riskerna ganska uppenbara. Omständigheterna kan givetvis också variera. Om pantsättaren får huvudkrediten utbetald periodvis blir riskerna för likviditetsproblem mindre eftersom det då typiskt sett blir lättare att anpassa inkomster och utgifter. En särskilt allvarlig variant där likviditetsriskerna blir särskilt stora är däremot att säkerheten ställs i efterhand för en gammal kredit.

Så här långt i framställningen är problematiken ganska väl känd. I avsnitt 5.6 har jag pekat på hur sekundogäldenären kan lida skada för att pantsättaren får problem med likviditeten. I avsnitt 6.7 på de problem som företeelsen innebär för de övriga fordringsägarna. Jag har också behandlat problematiken med att alls beskriva företeelsen som transaktioner avseende objekt. En framtida fordran kan ju beskrivas som något som inte alls existerar, se avsnitt 4.4.2.3 om det problematiska i begreppet framtida fordran.

Frågan i detta avsnitt är i vilken mån rätten skyddar *pantsättaren* mot likviditetsproblem i anledning av säkerhet i framtida fakturafordringar?

Flera av de argument som framförts beträffande sekundogäldenärens och fordringsägarnas skydd kan också anföras beträffande pantsättarens skydd. I själva verket är i stort sett alla argument som jag vill hävda beträffande pantsättarens skydd redan framförda i de avsnitten. I detta avsnitt skall jag därför i huvudsak göra en kort sammanställning av argument som redan nämnts utifrån skyddsbehovet för andra subjekt.

8.8.4.1 Oskälighetsnormen eller systemargument?

Ett tydligt normargument mot att pantsättaren skall behöva lida skada av säkerhet i framtida fakturafordringar är det s k förbudet om att omsätta framtida lön, se avsn 6.7.6. Enligt denna krävs att en fordran är förfallen, eller enligt vissa normargument, åtminstone intjänad, för att en omsättningstransaktion skall accepteras. Eftersom det här inte handlar om lön utan om fakturafordringar kan det dock givetvis hävdas att förbudet att omsätta framtida lön inte skall skydda pantsättaren.

Till det nämnda normargumentet anknyter emellertid också de mer generella normerna om ocker och oskälighet, se avsn 6.7.8. Närmast till hands ligger då oskälighetsregeln i 36 § AvtL eftersom den omfattar även senare inträffade förhållanden. Att pantsättaren får likviditetsproblem som kan föranleda ännu värre ekonomiska svårigheter kan i linje härmed hävdas vara oskäligt.

För att skydda pantsättaren talar i någon mån också systemargument om ömsesidigt förpliktigande fordringar. Enligt dessa skall sekundogäldenären skyddas mot att pantsättaren får bl a likviditetsproblem, se avsn 5.6.1.

Mot de sagda normargumenten och för att godta t o m mycket omfattande likviditetsproblem talar å andra sidan systemargument enligt vilka säkerhet i framtida fordringar skall godtas i förhållande till fordringsägarna. Det mest långtgående argumentet i denna kategori är kanske NJA 1973 s 635 där HD[694] godtog säkerhet i alla framtida fordringar för transporter i anledning av ett transportavtal, se avsn 6.7.1. Eftersom säkerhetsställandet avsåg en gammal huvudkredit och en pantsättare med urusel likviditet kan fallet anföras för att några sådana hänsyn till pantsättaren i princip inte alls skall tas.

I förhållande till fordringsägarna har HD[695] också godtagit säkerhet i framtida fakturafordringar när fordran förfaller innan den intjänats, d v s när betalning skall erläggas i förskott, se NJA 1995 s 157 och avsn 6.7.3. Detta fall kan också hävdas för att man gentemot fordringsägarna skall

[694] JustR Edling, Bernhard, Ulveson, Welamson och Stark.
[695] JustR Vängby, Heuman, Lind, Nyström och Thorsson.

godta sådan säkerhet för avkastningsfordringar, se avsn 6.7.4. Som där nämnts gällde fallet hyresfordringar och ett samarbete mellan pantsättaren-hyresvärden och panthavaren som var en av hyrestagarna. Pantsättaren förefaller i fallet snarare ha haft intresse av att pantsättningen godtogs än av att den underkändes eftersom det innebar ett sätt att fördröja fordringsägarnas möjligheter att komma åt denna tillgång. Pantsättarens intresse av skydd i här aktuellt avseende förefaller hur som helst inte alls ha beaktats. Detsamma kan sägas för de normargument som framförts i doktrin beträffande avkastningsfordringar, se avsn 6.7.4.

8.8.4.2 Varierande risker men riskpreferens

Det faktum att rådighetsavskärande säkerhet i framtida fakturafordringar i första hand är konstruktioner där det är avsett att säkerheten skall byggas upp i efterhand innebär särskilt stora risker för pantsättaren. När det redan på förhand är avsett att utsätta pantsättaren för en position där han är avskuren från ett normalt likviditetsinflöde blir riskerna i princip större än om det bara finns en risk för att han hamnar i en sådan position. Å andra sidan innebär just den omständigheten att riskerna är stora att parterna har ett särskilt incitament att försöka förebygga dem. Med hänsyn till pantsättarens riskpreferens och panthavarens intresse av att förbehålla sig så stor handlingsfrihet som möjligt kan det emellertid antas att de förebyggande åtgärderna inte blir tillräckliga.

Närmare antaganden om omfattningen av de risker som pantsättaren utsätts för är som nämnts att dessa är beroende av omständigheterna, se avsn 6.7.10. Säkerhetens omfattning i förhållande till pantsättarens ekonomi är givetvis av avgörande betydelse. Pantsättning av en enstaka fakturafordran skapar antagligen sällan några likviditetsproblem. Längden av den tidsperiod som pantsättaren kommer att vara avskuren från likviditetsflödet har också stor betydelse. Likaså i vilken mån kostnaderna för intjänandet av fordringarna kan förutses, något som typiskt sett är lättare för avkastningsfordringar än för varu- och tjänstefordringar, jfr avsn 6.7.14.1. Av betydelse är också vad huvudkrediten skall användas till. Om pantsättaren avser att betala gamla skulder är riskerna större än om den används till kommande inkomstbringande projekt, se avsn 5.6.6.

En möjlighet att rådighetsavskärande pantsätta framtida fakturafordringar innebär som också nämnts särskilda risker för överskuldsättning, se avsn 6.7.10.3. Att frånhända sig den tillgång som skall användas för att betala alla fordringsägare kan innebära att man förfogar över något som s a s redan är bortlovat. I vissa fall kan det som nämnts också vara fråga om mer regelrätta dubbelförfoganden, se avsn 7.3 och jfr 7.4.

8.8.4.3 Systemskydd, förutsebarhet och handlingsfrihet

I värdehänseende finns det en rad argument som talar för att skydda pantsättaren mot likviditetsproblem och för den delen även mot sådana överskuldsättningsrisker som anförts i föregående avsnitt. Att skydda subjekt från att ingå avtal under inflytande av bristande omdöme och att skydda svaga subjekt är inte bara ett grundläggande värde av hänsyn till dessa subjekt utan också av avgörande vikt för att upprätthålla förtroendet för det krediträttsliga systemet. Om systemet uppfattas som orättfärdigt och en del av subjekten uppfattar sig som förlorare kommer systemet att förlora legitimitet. Det handlar i här aktuellt avseende givetvis inte bara om de pantsättare som faktiskt skadas. Pantsättarens närstående och de andra som kan identifiera sig med denne, beroende på t ex bakgrund eller yrkesgemenskap, upplever sig också som förlorare. Ett skydd för pantsättaren utgör därför i denna mening en sorts systemskydd.

Mot ett skydd för pantsättaren kan framför allt anföras argument om förutsebarhet och handlingsfrihet för de pantsättare som kan antas inte handla under inflytande av riskpreferens eller med bristande omdöme. Förutsebarhetsaspekten har då att göra med de normargument som talar för att godta rådighetsavskärande säkerhet i framtida fakturafordringar. Rättsfallet NJA 1973 s 635 kan hävdas vara anmärkningsvärt tydligt beträffande likviditets- och överskuldsättningsrisker, även om det också kan hävdas att det inskränker sig till frågan om fordringsägarnas skydd. Beträffande argumentet om handlingsfrihet för starka pantsättare är detta inte ett generellt gångbart argument. Det talar endast för att inte utestänga möjligheterna för just dessa pantsättare, i vart fall såvida man inte också menar att det är ogörligt med något annat än ett schablonskydd för alla pantsättare.

8.8.4.4 Pantsättaren skall skyddas

En tydlig slutsats av de anförda fakta- och värdeargumenten är att förhållandena kan vara ganska olika för olika fall av säkerhet i framtida fakturafordringar. Övervägande argument talar sedan för att en svag pantsättare skall ges skydd i de fall han agerat under riskpreferens eller bristande omdöme i övrigt. Normargumenten om ocker och oskälighet med motsvarande värdeargument väger tungt. De understöds dessutom av ganska starka faktaargument om likviditets- och överskuldsättningsrisker. Att NJA 1973 s 635 kan hävdas för en generell möjlighet att godta i stort sett vilka likviditets- och överskuldsättningsrisker som helst, tillmäts med nämnda slutsats, inte avgörande betydelse. I fallet kom pantsättarens intressen aldrig öppet att prövas och fallet kan därför

hävdas ha begränsad betydelse som normargument. Som sagt kan också det omvända hävdas, d v s att fallet innefattar en sådan prövning, men NJA 1973 s 635 bör helt enkelt ses i ljuset av de argument som talar för ett skydd.

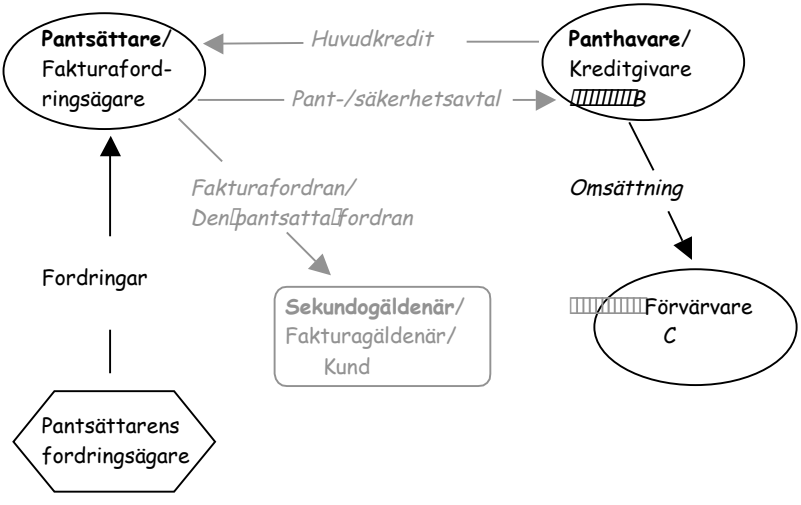
Argumenten mot ett skydd talar i första hand för att säkerhet godtas i de fall pantsättaren är stark och alltså inte agerar under inflytande av riskpreferens el likn. Ett fall där förhållandena i högre grad än annars är sådana är vid säkerhet i avkastningsfordringar. Likviditetsriskerna med avkastningsfordringar är typiskt sett lägre än för andra framtida fordringar eftersom kostnaderna för intjänandet kan förutses i högre grad.

Det sagda innebär således att olika fall av rådighetsavskärande säkerhet i framtida fordringar skall behandlas olika. Att hantera en sådan åtskillnad mellan olika fall medför, liksom för ocker och skälighetsnormerna generellt, en viss otydlighet. Det kan därför finnas anledning att även här peka på att parternas möjligheter att reglera likviditetsproblematiken, jfr avsn 8.8.2.4 ovan om generalpant. Konstruktioner som inte alls beaktar denna problematik skall underkännas i den mån de leder till att riskerna realiseras.

8.9 Panthavarens omsättning

I den mån panthavaren kan sluta avtal om omsättning med tredje man utan att det är fråga om realisation av panten kan pantsättaren skadas såsom varje tredje man kan skadas av ett avtal mellan två andra subjekt, jfr avsn 5.1 om sekundogäldenärens skador.[696] Beroende på vilken form av omsättning det är fråga om och omständigheterna kring denna kan det vara fråga om olika kostnader och besvär som drabbar pantsättaren. Pantsättaren kan t ex behöva kommunicera på med spekulanter och förvärvare. Han kan också drabbas av försämringar p g a förvärvarens egenskaper eller på att ett förhållande mot en förvärvare kommer att blanda in även andra rättigheter.

[696] Det är ett vanligt villkor i standarfactoringavtal att kreditgivaren skall ha rätt att överlåta sina rättigheter enligt avtalet.



Det är möjligt att tänka sig ett stort antal variationer eller former av omsättning som panthavaren skulle kunna tänkas vidta. Lättast att föreställa sig är konstruktionen att panthavaren överlåter huvudkrediten med vidhängande säkerhetsrätt. Förvärvaren kan då sägas inträda i panthavarens ställe och effekterna för pantsättaren blir i stort sett desamma som för en ordinär sekundogäldenär. Eftersom pantsättarens behov av skydd därför i stort sett är desamma som för sekundogäldenären kommer denna problematik inte att behandlas närmare i detta avsnitt, se istället kap 5. Vad som skall behandlas i detta avsnitt är istället olika konstruktioner för omsättning av vad som kan beskrivas som andra delar av panthavarens rätt gentemot pantsättaren än huvudkrediträtten (fordringsrätten). Panthavarens omsättning kan beroende på form och omständigheter medföra olika kostnader och risker för pantsättaren. Huvudfrågan i detta avsnitt är - *vilket rättsligt skydd har pantsättaren mot panthavarens omsättning av andra delar av sin rätt än den säkrade huvudkrediträtten?*

Jag kommer här att behandla frågan med utgångspunkt just i frågan om pantsättarens eventuella skydd mot de skador som sådan omsättning orsakar. Denna utgångspunkt leder till en ganska bred beskrivning. Eftersom det hävdas att vissa konstruktioner är etablerade hade det varit möjligt att istället ta utgångspunkt i dessa konstruktioner för att på så

sätt åstadkomma en mer detaljerad redogörelse. Emellertid är det min avsikt att peka på att det som kan hävdas vara etablerat kanske inte nödvändigtvis skall betraktas som alldeles givet och det passar då bättre att ta utgångspunkt i frågan om pantsättarens skydd mer generellt.

Det är också min avsikt att i princip bara ta upp pantsättarens behov av skydd. Ett tema om panthavarens möjligheter att omsätta omfattar också andra subjekts intressen och temat utgör en motsvarighet till denna framställnings huvudtema om omsättning mellan pantsättaren och panthavaren. Frågan om panthavarens förfogandemöjligheter är i huvudsak en fråga om panthavaren och förvärvarens handlingsutrymme och att behandla detta passar bättre för en egen framställning. Jag kommer här därför främst att behandla pantsättarens behov av skydd. I den mån jag här nedan menar att panthavaren bör ha ett visst handlingsutrymme skall detta därför inte tas till intäkt för att panthavaren bör kunna agera på detta vis om även andra intressen beaktas.

8.9.1 HB 10:6

Ett tydligt normargument mot att pantsättaren skall skyddas mot omsättning över huvud taget är HB 10:6. Enligt HB 10:6 kan panthavaren ”sätta ut till annan den pant, som han i händer haver”. Stadgandet hävdas i viss doktrin beskriva att panten lösgörs från huvudkrediten och istället lämnas som säkerhet av panthavaren för en annan huvudkredit som panthavaren har till förvärvaren.[697] Det förekommer emellertid också andra beskrivningar såsom ”pantsättning av panträtten” även om det då hävdas vara i princip samma sak som pantsättning av panten.[698] Vidare finns uttalanden där stadgandet anses reglera andra former som pantsättning av huvudkrediten med tillhörande panträtt.[699]

I HB 10:6 stadgas närmare att pantsättaren skall meddelas och att panthavaren inte på detta sätt får pantsätta på andra villkor än de som pantsättaren har – ”säge då först ägaren därom till, eller, där han ej är när, give det rätten eller Konungens befallningahavare tillkänna och sätte panten ej högre ut, eller med andra villkor, än den hos honom häftar före, eller böte en sjätte del av pantens värde, och skadan åter.” Regelns funktion är givetvis att skydda pantsättaren. Genom meddelandet får pantsättaren information så att han kan agera och genom villkorsbe-

[697] Walin 1998 s 52. Håstad 1996 s 299.
[698] Lennander 1977 s 157. Annan uppfattning Håstad 1996 s 299 not 41 och Walin 1998 s 52.
[699] Jfr Walin 1998 s 51 med hänvisning till Undén 1976 s 206–207 och Lennander 1977 s 162-164.

gränsningen tillgodoses pantsättarens möjligheter att lösa panten. Trots denna skyddsfunktion hävdas det att stadgandet är dispositivt och detta motiveras av en del med att en tredje man kan ställa sin egendom som pant för annans skuld.[700] Beträffande meddelandekravet hävdas också att detta endast utgör en ordningsregel som inte påverkar transaktionens giltighet.[701]

> Det kan hävdas att HB 10:6 inte skall beaktas beträffande fakturafordringar eftersom reglerna om pant i HB 10 kap inte räknar med säkerhet i fordringar. I HB 10:1 talas ju bara om lösören och pant som panthavaren ”i händer får”. Som nämnts beträffande HB 10:2 är detta argument inte särskilt starkt, se avsn 8.3.

8.9.2 Principer utifrån föreställningar om objekt

Förutom vad som nämnts i föregående avsnitt om HB 10:6 och de normargument som ansluter till denna förekommer också mer vidsträckta uttalanden. Det hävdas således att ”panthavare har principiellt rätt att överlåta och pantsätta sin panträtt, såväl med som utan pantfordran”.[702] I för hållande till denna principiella rätt hävdas HB 10:6 närmast som en delreglering för en del av de möjligheter som den principiella rätten skulle medföra.[703] Samtidigt överväger man i denna argumentation konstruktioner utifrån begreppen och laborerar därför med ett begränsat antal konstruktioner. Panthavarens förfoganderätt sägs således t ex bestå i ”överlåtelse av enbart panträtten, överlåtelse av panträtt och pantfordran, pantsättning av enbart panträtten samt pantsättning av panträtt och pantfordran.”[704]

Som en kommentar till metoden att bygga konstruktioner och objekt utifrån begreppen pantsättning, panträtt, överlåtelse etc kan anföras möjligheten att istället närmare beskriva parternas avsikter. Det blir då tydligare att variablerna kan vara något fler och att även andra konstruk-

[700] Lennander 1977 s 154, 174. Håstad 1996 s 300 motiverar detta med att en tredje man kan ställa sin egendom som pant för annans skuld.
[701] Walin 1998 s 52. Lennander 1977 s 164, 175. Undén 1976 s 206. Hessler 1973 s 363. Rodhe 1984 s 402. Jfr även Håstad 1996 s 299.
[702] Lennander 1977 s 153. Med pantfordran menar Lennander vad jag i denna framställning benämnt huvudkrediten.
[703] Lennander 1977 kap 4, s 153–179.
[704] Lennander 1977 s 153 not 1. Jfr Walin 1998 s 50–51 ”pantsätta sin panträtt eller till säkerhet för egen skuld pantsätta själva pantobjektet --- även överlåta sin fordran jämte därtill knuten panträtt --- pantsätta sin fordran jämte därmed förenad panträtt --- pantförskrivit sin egen fordran … med därtill knuten pant.” Hasselrot 1905 s 1778–1780. Rodhe 1985 s 402. Håstad 1996 s 299–301. Undén 1976 s 206–207.

tioner kan tänkas. Dessutom kan det med en sådan utgångspunkt vara lättare att föreställa sig vad konstruktionerna bör ha för följder.

> En möjlig konstruktion skulle t ex kunna vara att panthavaren skall kunna få tillbaka den position han hade genom att betala till förvärvaren och om panthavaren inte klarar detta att förvärvaren skall kunna ta betalt ur antingen fordran på pantsättaren eller ur fordran på sekundogäldenären. Denna konstruktion kan varieras på så vis att förvärvaren enbart skall kunna få betalt ur fordran på sekundogäldenären om inte panthavaren betalar sin skuld. En tredje konstruktion skulle kunna vara, åtminstone om parterna fick bestämma, att förvärvaren skall kunna ta betalt ur fordran på sekundogäldenären för en helt egen fordran på pantsättaren, men att panthavaren i gengäld inte skulle kunna ta betalt för sin huvudkredit på pantsättaren. Den varianten skulle kanske kunna vara aktuell om panthavaren och förvärvaren har olika skatteeffekter beträffande kreditförluster eller rent av om panthavaren har en annan säkerhet för sin huvudkredit. Det är också möjligt att tänka sig att pantsättaren ger panthavaren behörighet att med verkan mot pantsättaren upplåta panträtt i panten. Panthavaren skulle då t ex kunna sälja ett överhypotek till en annan fordringsägare. Om än mer långtgående konstruktioner godtogs skulle man kanske t o m kunna tänka sig att alla säkerhetspositioner gentemot en viss pantsättare administrerades och såldes av en specialist. Avsikten är nu dock inte att förespråka innovativa konstruktioner utan bara att belysa temat om en ”principiell rätt” för panthavaren att förfoga.

Den omsättningsrätt som hävdas med nämnda principargument begränsas av andra sådana argument. Det hävdas således att panthavaren inte utan samtycke kan sätta annan i sitt ställe med stöd av principen om gäldenärsbyte. Panthavaren anses då vara gäldenär beträffande sina skyldigheter avseende panten och utbyte av gäldenär kräver borgenärens samtycke. Samtidigt hävdas dock att panthavaren även utan pantsättarens samtycke, kan låta annan utföra panthavarens skyldigheter så länge panthavaren själv ansvarar gentemot pantsättaren.[705]

Till dessa argument om en principiell omsättningsrätt och principiella begränsningar hör sedan frågan om vilken betydelse det skall ha att objektet för panthavarens omsättning anses vara en del av en rättighetsposition. Frågan är m a o i vilken mån panthavarens omsättningsrätt endast bör kunna avse sådan rätt som panthavaren anses ha enligt pantavtalet eller om förvärvaren kan få en bättre rätt. Pantavtalet ger t ex typiskt sett panthavaren rätt att realisera säkerheten först om pantsättaren hamnar i tillräckligt kvalificerat dröjsmål och pantsättaren har typiskt sett lösningsrätt etc. Det skulle därför kunna hävdas att panthavarens omsättning måste beakta pantsättarens rätt i dessa avseenden och att en förvärvare inte kan få bättre rätt. Mot en sådan princip talar dock bl a argument som ovan nämnts beträffande HB 10:6, se 8.9.1. I en

[705] Lennander 1977 s 155.

konstruktion där panten anses lösgjord från huvudkrediten och pantsatt för panthavarens huvudkredit samtidigt som detta, om så avtalats, kan göras på sämre villkor, kan förvärvaren helt enkelt få bättre rätt. Principen att gäldenären, i detta fall pantsättaren, kan acceptera att motpartens omsättning försätter gäldenären i ett sämre läge påminner i om SkbrL:s regler om enkla och löpande skuldebrev.

En annan kategori av objektsinriktade argument som kan ha betydelse för pantsättarens skydd är principerna om godtrosförvärv. I godtrosförvärvslagen och SkbrL 14 § talas det inte bara om godtrosförvärv från den som utmålat sig vara ägare av egendomen utan också om godtrosförvärv efter överlåtelse eller pantsättning av den som utmålat sig vara behörig men inte var det. Det anförs också i doktrinen att förvärvaren kan göra ett godtrosförvärv för lösöre och löpande skuldebrev om panthavaren pantsätter på sämre villkor än de som pantsättaren hade mot panthavaren.[706] För enkla fordringar finns ingen godtrosförvärvsmöjlighet och det hävdas i doktrinen att förvärvaren därför inte kan få bättre position.[707] Här skulle man dock kunna anmärka att de aktuella objekten inte nödvändigtvis behöver anses vara fakturafordran. Om man i en konstruktion laborerar med att panthavaren omsätter ”panträtten” eller ”rätten att uppbära betalning från sekundogäldenären” kan det kanske hävdas att en annan norm bör ha företräde än principen för enkla fordringar? I princip är det dock snarare tvärt om så att principen om avsaknad av godtrosförvärvsmöjlighet brukar hävdas för rättigheter som inte representeras av något materiellt objekt.

8.9.3 Ocker och oskälighet

Pantsättaren kan i anledning av sitt kreditbehov agera oförståndigt när han ingår kreditavtalet. En del av de kostnader och risker som panthavarens omsättning medför är sådana att pantsättaren kan underskatta dem. Panthavaren kan därför komma att få ett alltför förmånligt vederlag i förhållande till vad han skulle ha fått om pantsättaren förmått göra en mer rationell bedömning. De kostnader och risker som är aktuella skall beskrivas i avsnitt 8.9.4 nedan men här kan nämnas att det främst handlar om kostnader för administration, risker för att förlora överhypoteket, risker för dröjsmål med redovisning av överhypoteket och därmed också om risker för likviditetsproblem. Motsvarande skador har behandlats i flera tidigare avsnitt i detta kapitel och som framgått där kan normerna om ocker och oskälighet hävdas som skydd för pantsättaren i dessa fall.

[706] Håstad 1996 s 299. Lennander 1977 s 173. Jfr Walin 1998 s 52-53.
[707] Håstad 1996 s 299 not 41.

8.9.4 Skadorna är mest beaktansvärda vid bättre rätt o likn

Beträffande nyttan av panthavarens omsättning av andra delar av sin rätt än den säkrade huvudkrediträtten finns det anledning att ifrågasätta vilken nytta sådan omsättning kan ha. Eftersom fakturafordringar är kortfristiga har panthavaren kanske inte så ofta anledning att själv skaffa kredit mot denna typ av säkerhet eller begränsa sina kreditrisker. I den mån det handlar om löpande förhållanden som factoring skulle de krav som för vissa konstruktioner hävdas beträffande denuntiation till sekundogäldenären[708] kanhända medföra höga kostnader, men dessa går kanske att hålla på en rimlig nivå med hjälp av informationsteknologin och elektronisk post. Potentialen hos panthavarens omsättning skall därför inte underskattas. En panthavare kan ha anledning att omsätta sin rätt även i annan form än överlåtelse av huvudkrediten.

Den antagna nyttan skall här vägas mot den skada som panthavarens omsättning orsakar. Skadorna blir då större ju mer långtgående omsättningsmöjlighet som panthavaren ges. Då skadorna kan behöva en mer ingående beskrivning utifrån olika tänkbara konstruktioner tar jag upp dem i de följande underavsnitten.

8.9.4.1 Relativt små skador om samma villkor

En konstruktion där pantsättaren har kvar sin huvudkreditrelation med panthavaren men där sekundogäldenären betalar till förvärvaren om varken pantsättaren eller panthavaren löser sina respektive krediter, innebär relativt liten påverkan för pantsättaren. Typiskt sett har pantsättaren inget intresse av att lösa utan väntar bara på redovisning av överhypoteket. För den händelse att lösen ändå skulle vara aktuellt, jfr avsn 8.4–7 ovan, är dessa intressen tillgodosedda så länge villkoren för förvärvaren inte är bättre än för panthavaren. Pantsättarens besvär kan då begränsa sig till att ta emot information och byta betalningsmottagare. Det kan emellertid också bli fråga om att dela upp betalningen. Det kan också uppstå skador om förvärvaren är sämre på att redovisa än vad panthavaren är eller dröjsmål om redovisningen skall ta vägen över panthavaren. Jfr avsn 5.3 och 5.7 om sekundogäldenärens motsvarande besvär.

8.9.4.2 Skador av att förvärvaren får annorlunda eller bättre rätt

Vid konstruktioner som ger panthavaren möjlighet att ge förvärvaren bättre villkor än han själv har lider pantsättaren skada i varje avseende som förvärvaren fått sådan bättre rätt. Har förvärvaren t ex en större

[708] Håstad 1996 s 299.

fordran än panthavaren eller en fordran som förfaller senare än dennes, försvåras pantsättarens lösenmöjligheter. Likaså ökar riskerna för att överhypoteket aldrig redovisas eftersom panthavaren då inte får någon motsvarande betalning utan själv måste skaffa motsvarande likvider för att kompensera pantsättaren.

En särskilt tydlig konstruktion skulle vara om panthavaren kunde pantsätta panten för en egen kredit på vilka villkor som helst, utan att behöva ansvara gentemot pantsättaren. I praktiken innebär en sådan konstruktion att panthavaren kan tillgodogöra sig överhypoteket och tankarna kan falla på förverkandeförbudet i 37 § AvtL, jfr avsn 8.2. Så länge panthavarens möjligheter att omsätta och tillgodogöra sig överhypoteket inte görs beroende av att pantsättaren misslyckas med att betala finns det dock inte anledning att anföra 37 § AvtL. Om panthavaren redan genom avtalet ges en möjlighet att tillgodogöra sig överhypoteket måste en pantsättare som förstår villkoren inse att panthavaren säkerligen kommer att utnyttja denna förmån. Konstruktionen kommer ju då att vara ganska överlåtelselik.

Utrymmet för den nyss beskrivna konstruktionen är kanske inte särskilt stort. Det finns antagligen större utrymme för lösningar där panthavaren faktiskt ansvarar om han pantsätter panten för en egen kredit. För pantsättaren kan en sådan lösning på sätt och vis innebära större risker än om panthavaren inte ansvarar, eftersom pantsättaren kan ha lättare att underskatta riskerna. Risken är här att panthavaren p g a insolvens inte lyckas betala ersättning och denna risk kan vara svårare att bedöma än effekterna av ett överlåtelselikt avtal där panthavaren får möjlighet att genom omsättning tillgodogöra sig överhypoteket. Å andra sidan är riskerna för att panthavaren inte kan betala ersättning typiskt sett små. Panthavarna är ju vanligtvis kapitalmarknadsföretag.

8.9.4.3 Skador då annan fordringsägare får säkerhet

En speciell variant av konstruktioner där förvärvaren får en annan rätt än panthavaren är konstruktioner där panthavaren avstår från sin panträtt till förmån för förvärvaren som vill få säkerhet för en egen fordran. Man kan också tänka sig konstruktioner där panthavaren ges rätt att omsätta överhypoteket eller rent av hela rätten att ta betalt ur fakturafordran till annan fordringsägare. Sådana konstruktioner innebär ingen skada i den meningen att pantsättaren förlorar säkerhetens värde. Pantsättarens skuld minskar ju om den förvärvaren tar betalt ur säkerheten. Däremot går pantsättaren miste om den likviditet som annars skulle ha influtit när överhypoteket skulle redovisats. Att sådana likviditetsproblem kan vara allvarliga har behandlats i avsn 8.8.

Det kan också antas att omsättning av säkerhet till en annan fordringsägare skulle bli aktuell främst i situationer där pantsättarens ekonomi visat tecken på att vackla. I vart fall kan det antas att det antagligen relativt sällan är intressant för en oprioriterad fordringsägare att

skaffa säkerhet efter att fordran redan uppstått.[709] Effekten av en möjlighet att utan pantsättarens medverkan skaffa säkerhet inför en ekonomisk kris är en ökad olikhet mellan fordringsägarna. En sådan olikhet kan med likhetsteorier hävdas vara skadlig eftersom den försvårar uppgörelser och fördröjer nödvändiga beslut för fordringsägarkollektivets bästa, jfr avsn 1.7.6 och 6.1.3.

8.9.5 Pantsättaren kan ha svårt att kompensera sig

Frågan om pantsättarens skydd mot panthavarens omsättning har också en värdesida. En aspekt är då att en pantsättare som inte accepterat att panthavaren skall få omsätta inte heller skall behöva stå kostnader och risker för sådan omsättning. Transaktionerna görs ju i första hand i panthavarens och förvärvarens intresse. Mot detta kan dock anföras att omsättningen kan medföra mer nytta än de skador pantsättaren drabbas av samt att pantsättaren har vissa möjligheter att kompensera sig för dessa skador inom ramen för kreditsystemet i stort, jfr t ex avsn 5.1.2 beträffande sekundogäldenärens skydd. Den omständigheten att varje enskild pantsättare knappast har sådan möjligheter att kompensera sig innebär emellertid en värdeladdning.

Till temat om pantsättarens möjligheter att kompensera sig hör också argument om pantsättarens möjligheter att bedöma avtalsvillkoren och konstruktionernas effekter. En aspekt avser då de motiveringar som ovan anförts för att legitimera några av de konstruktioner som beskrivits där panthavaren ges möjlighet att omsätta med effekten att förvärvaren får bättre rätt el likn. Det har således anförts att HB 10:6 skall betraktas som dispositiv m h t att en tredje man i andra sammanhang anses kunna ställa sin egendom som pant för annans skuld. Likaså har jag själv använt formuleringen att pantsättaren ger panthavaren behörighet att med verkan mot pantsättaren upplåta panträtt i panten. Båda dessa argument utgör en form av systemargument och omfattar inte en del av de intressen som gör sig gällande just för panthavarens omsättning. Att ställa tredjemanspant kan emellertid vara en ganska annorlunda händelse jämfört med att för egen del ingå ett kreditavtal. Om pantsättaren inte för egen del har något kreditbehov är riskerna för riskpreferens och oförståndiga beslut typiskt sett mindre än när pantsättaren har ett kreditbehov. Detsamma kan sägas om att fristående från kredit ge någon fullmakt att ställa pant. I båda fallen är det fråga om en annat huvudmotiv och därmed huvudsakligen andra bevekelsegrunder.

[709] Jfr P Andersson 1999 s 265–272.

8.9.6 Pantsättaren bör skyddas mot bättre rätt för förvärvaren

Vad som anförts ovan är argument om pantsättarens skyddsbehov och panthavarens intresse av omsättning. Beträffande pantsättarens skyddsbehov talar framför allt faktaargument för ett skydd mot sådan omsättning som ger förvärvaren en bättre position än panthavaren. Det är i första hand i dessa fall som pantsättaren kan lida skada. Skadorna i de fall förvärvaren får lika eller sämre rätt än panthavaren är däremot någorlunda begränsade och avviker inte särskilt mycket från de skador som sekundogäldenärer får utstå. En bidragande orsak härtill är att pantsättaren kan antas i så liten mån vara intresserad av att lösa säkerheten.

Mot bakgrund av nämnda faktaargument och med hänsyn till normargumenten om panthavarens möjligheter att omsätta säkerheten, d v s framför allt då HB 10:6 och de argument som ansluter till denna, är en möjlig slutsats att pantsättaren inte skall ges något särskilt skydd mot omsättning som ger förvärvaren lika eller sämre rätt. Såväl konstruktioner som ger förvärvaren möjlighet att ta betalt ur enbart fordran på sekundogäldenären, som konstruktioner som också ger möjlighet att ta betalt ur fordran på panthavaren, bör därför godtas. Värdeargumenten talar inte särskilt emot en sådan lösning.

Beträffande konstruktioner där förvärvaren får bättre rätt el likn gentemot pantsättaren finns det dock anledning att lyfta fram de argument som talar för ett skydd. De starkaste normargumenten talar då, i likhet med värdeargumenten, för ett skydd som omfattar avtal som pantsättaren ingått under inverkan av riskpreferens eller på annat sätt med oförstånd el likn. Både faktaargument och värdeargument kan då anföras för att detta skydd skall vara reellt och inte behandlas som undantag för udda situationer. Beträffande faktaargumenten är det kanske särskilt likhetsteorin och antagandet att denna typ av omsättning blir aktuell när pantsättarens ekonomi börjar vackla som har betydelse. Till saken hör då dock att de konstruktioner som utmålats kanske inte är särskilt lockande för vare sig panthavare eller pantsättare.

Det finns också anledning att hävda synsättet att det här kan sägas handla om att godta nya egendomsobjekt. Vad panthavaren omsätter i dessa konstruktioner förefaller varken vara etablerat eller erkänt. Det finns därför anledning att noga överväga de andra intressen som aktualiseras. Framför allt är det en viktig fråga i vilken mån fordringsägarnas intressen skall skyddas m h t den utvidgning av säkerhetsmöjligheter som det då blir fråga om. Som nämnts inledningsvis är detta dock ett tema som jag inte tar upp i denna framställning.

9 Panthavarens skydd

För panthavaren är det väsentligt att panten har ett tillräckligt värde och att han inte drabbas av pantsättarens eventuella dröjsmål. Eftersom man i den krediträttsliga argumentationen antar att panthavaren är den starkare parten finns det anledning att utgå från att panthavaren tillvaratar sina intressen genom avtalsvillkoren. Frågan om panthavarens skydd blir därför i mycket en fråga om vilka villkor panthavaren skall ha möjlighet att använda i förhållande till andra intressen. Härvid är pantsättarens möjligheter att säga upp avtalsrelationen av central betydelse. Uppsägning är den dominerande sanktionen m h t dels att panthavarens primära intresse är att minska risken av att inte få tillbaka sin placering, dels att uppsägning fungerar som ett instrument för att åstadkomma omförhandling och villkorsändringar eller m a o som ett instrument för att styra. Intressant är också i vilken mån panthavaren skall kunna skydda sig mot skador av att pantsättaren omsätter panten i andra hand.

9.1 Skador

Med hänvisning till de skadebeskrivningar som gjorts i kap 8 kan vi tala om att panthavaren lider skada vid avvikelser från den mest effektiva balansen mellan full information, full konkurrens och minimala transaktionskostnader. Mer konkret uttryckt kan panthavarens skador sägas bero på dröjsmål, på att säkerheten minskar i värde eller på att säkerheten redan från början hade ett för lågt värde.

Att dröjsmål kan inträffa kan för det första bero på pantsättarens dispositioner. Med omsättningsteorin handlar skadorna här om att rätten minimerar de transaktionskostnader som skulle finnas om vi inte använde rätten som ett system för att tillgodose att avtal fullgörs. Panthavaren ges härmed ett skydd i form av såväl preventiva som reparativa instrument.

En annan orsak till dröjsmål är yttre omständigheter som ligger utanför pantsättarens kontroll. Skador av sådana dröjsmål är därför inget som rätten kan skydda båda parter ifrån. Vad rätten kan åstadkomma i

dessa fall är att skydda mot att transaktionskostnaderna för att placera risken blir högre än nödvändigt.

På motsvarande sätt förhåller det sig med att den pantsatta fordran minskar i värde. Självklart är värdeminskning oönskad av båda parter. För panthavaren innebär det typiskt sett en ökad kreditrisk och för pantsättaren att dennes förmögenhet minskar. Rätten kan inte skydda båda parter mot värdeförsämringar. Vad rätten kan åstadkomma är att skydda mot att transaktionskostnaderna för att placera och minimera risken blir högre än nödvändigt. Skadan är med denna beskrivning alltså inte värdeförsämringen utan istället transaktionskostnader, jfr avsnitt 8.5.

Panthavaren kan också drabbas som en tredje man om pantsättaren omsätter panten i andra hand o likn. I jämförelse med kapitel 7 handlar det här om transaktioner som vidtas på ett sådant sätt att de är efterställda panthavarens rätt. Skadan är i dessa fall skillnaden mellan om omsättning skett och om den inte skett.

I detta kapitel skall de nämnda effekterna behandlas ur perspektivet att rätten skyddar panthavaren. Av central betydelse är då att panthavaren typiskt sett är den starkare parten. Det skydd som rätten ger panthavaren består främst i möjligheterna för denne att avtalsvägen reglera och klargöra sitt risktagande i förhållande till pantsättaren. Detta kapitel kan därför i stor utsträckning sägas handla om gränserna för vilket utrymme panthavaren skall ha för att utnyttja sådana förbehåll. Frågorna om panthavarens skydd kommer därför att behandlas med utgångspunkt i frågor om i vilken mån panthavaren kan förbehålla sig skydd. En sådan beskrivning innebär dock samtidigt en belysning av panthavarens skydd för den händelse att panthavaren inte förbehållit sig något särskilt skydd.

De centrala frågorna för panthavarens skydd rör panthavarens möjligheter att förbehålla sig uppsägningsrätt och dröjsmålsränta. Dessa frågor påverkar i betydande utsträckning de övriga varianter av skydd som kan vara av intresse för panthavaren.

Eftersom uppsägningsrätt och dröjsmålsränta är allmänna krediträttsliga frågor kommer detta kapitel att i stor utsträckning behandla frågor av allmän krediträttslig natur, d v s frågor kring kreditförhållande mellan kreditgivare och gäldenär i allmänhet. Det skall anmärkas att dessa frågor kan behöva övervägas ur ett bredare perspektiv än vad jag lyckats med i detta sammanhang. Eftersom denna framställning avser kreditsäkerhet i fakturafordringar har jag främst behandlat frågorna med dessa förhållanden för ögonen.

9.2 Betalningsdröjsmål

En panthavare kan drabbas av att pantsättaren inte betalar huvudkrediten i tid. Den vanligaste formen av dröjsmål är att pantsättaren inte betalar huvudkrediten i tid. Frågan om sådant dröjsmål är en allmän krediträttslig frågeställning som inte har specifikt med säkerhetsrätt att göra. Den har emellertid stor betydelse för panthavarens skydd och principerna för panthavarens skydd mot andra skador förstås bäst mot bakgrund av principerna för skydd mot betalningsdröjsmål. Det finns därför anledning att ta upp detta tema trots dess allmänna karaktär.

De oklara rättsfrågor som skall behandlas i detta avsnitt rör *i vilken mån panthavaren skall kunna skydda sig genom avtalsvillkor om sanktioner*. Dessa rättsfrågor omfattar samtidigt vilket skydd rätten ger panthavare om avtalsvillkor saknas. Eftersom frågorna ganska tydligt har två sidor berörs indirekt också vilket skydd pantsättaren skall ha å sin sida även om detta alltså inte är det egentliga syftet med avsnittet.

9.2.1 Skönsmässig uppsägningsrätt

I de fall pantsättaren är i dröjsmål med en del- eller räntebetalning kan panthavaren vara intresserad av att kunna kräva betalning av hela krediten. En sådan sanktion fyller en preventiv funktion mot betalningsdröjsmål och minskar panthavarens fortsatta risktagande.

När parterna avtalat om viss kredittid är det mycket vanligt att de också avtalat om rätt för pantsättaren att säga upp eller häva kreditavtalet i anledning av dröjsmål med del- eller räntebetalning. I AvbetköpL och KkredL finns tvingande regler om hur långtgående avtalsvillkor om uppsägningsrätt får vara. Reglerna stadgar att dröjsmålet måste omfatta minst 10 % av hela krediten och vara två veckor respektive en månad långt.[710] För konsumenter anges också en tvingande uppsägningstid om 4 veckor samt möjlighet för konsumenten att omintetgöra uppsägningen genom att kompensera kreditgivaren, KkredL 22 §. Motsvarande möjlighet att omintetgöra uppsägningen stadgas i AvbetköpL 8 §, men då utan tvingande uppsägningstid. Ingen av dessa regler är emellertid formellt tillämplig på de här aktuella huvudkrediterna med säkerhet i fakturafordringar.

Den allra mest långtgående formen av uppsägningsrätt är att panthavaren har rätt att säga upp avtalet efter eget skön oavsett något konstaterat eller förväntat avtalsbrott från pantsättaren. En sådan uppsäg-

[710] Se 7 § AvbetköpL och 21 § KkredL. Se även 8.3.5.

ningsrätt leder till svårigheter att definiera kreditavtalet eftersom det då skulle kunna beskrivas som ett tidsobestämt avtal. Tidsobestämda kreditavtal kan enligt 5 § SkbrL sägas upp med omedelbar verkan av endera parten. Skillnaden mellan tidsobestämt avtal och tidsbestämt avtal med skönsmässig uppsägningsrätt kan vara ganska liten. För kreditavtal som faller under AvbetköpL eller KkredL är det dock tydligt att en avtalad kredittid medför att någon skönsmässig uppsägningsrätt inte tillåts. Frågan är då vilken betydelse avtalad kredittid skall ha för andra förhållanden. Denna fråga skall ses i ljuset av att sannolikheten för att ett tidsbestämt avtal kommer att bli varaktig typiskt sett är större jämfört med om krediten är tidsobestämd. Just denna högre sannolikhet gör att en pantsättare vid tidsbestämt avtal typiskt sett har större skäl att räkna med att krediten kommer att bli varaktig.

Den fråga som skall utredas kan formuleras: i vilken mån skall panthavaren vid tidsbestämda kreditavtal ha möjlighet att skydda sig genom skönsmässig uppsägningsrätt? Med formuleringen ”i vilken mån” omfattas samtidigt frågan om sådan uppsägningsrätt skall vara förenad med uppsägningstid.

> Det skall också anmärkas att frågeställningen omfattar såväl kredit med rörlig som fast ränta. Detta kan behöva motiveras eftersom villkoren fast ränta och skönsmässig uppsägningsrätt för kreditgivaren kan synas oförenliga. När kreditgivaren har skönsmässig uppsägningsrätt föreställer man sig gärna att kreditgivaren säger upp avtalet så snart den fasta räntenivån blir oförmånlig för honom. Emellertid tar kreditgivaren hänsyn även till andra omständigheter än räntan, såsom risken för att förlora en kund och kostnaderna för att låna ut medlen till en annan. Det kan därför finnas anledning att tala om kredit till fast ränta fastän kreditgivaren förbehåller sig skönsmässig uppsägningsrätt.

9.2.1.1 Saklig grund för uppsägning?

Normargument i frågan är vad som ovan nämnts om AvbetköpL och KkredL. Som också nämnts skall de emellertid formellt inte tillämpas på huvudkredit med säkerhet i fakturafordringar. Detta faktum kan hävdas som ett normargument för att panthavaren skall kunna skydda sig genom villkor om mer långtgående uppsägningsrätt. Å andra sidan kan dessa regler anföras som uttryck för en mer generell princip om att uppsägning av kredit kräver ett kontraktsbrott av viss dignitet. Det finns också förarbetsuttalanden om att AvbetköpL och KkredL inte innefattar något ställningstagande i frågan om behovet av skyddsregler vid annan kreditgivning.[711]

[711] Se SOU 1977:24 s 95.

För ett krav på att uppsägningen skall grundas på ett kontraktsbrott av viss dignitet talar också 36 § AvtL. Enligt förarbetsuttalanden skall bedömningen av den oskälighet som denna regel skyddar mot göras mot bakgrund av jämförelser med dispositiv och tvingande rätt.[712] En skönsmässig uppsägningsrätt kan komma att ha sin största betydelse som sanktion och skönsmässigheten kan då leda till att det inte blir orimliga proportioner mellan avtalsbrott och påföljd. I förarbetena anges att det ofta kan finnas anledning att jämka eller åsidosätta ett villkor om det ”används enbart för att chikanera motparten eller i repressaliesyfte”.[713] I förarbetena nämns just också förfalloklausuler som exempel på oskäliga villkor och en skönsmässig uppsägningsrätt kan få just sådan funktion.[714] Vid krediter med fast ränta får en skönsmässig uppsägningsrätt också effekten att avtalet blir ensidigt. Panthavaren får ensam beslutanderätt om han vill ta sig ur avtalet om det blir alltför oförmånligt för honom. I förarbetena anges just ensidig bundenhet som exempel på oskälighet. [715]

Även den ovan nämnda 5 § SkbrL kan hävdas som ett normargument. I första hand kan denna regel anföras för att en skönsmässig uppsägningsrätt skall godtas men också för att en eventuell uppsägningstid skall vara kort. Emellertid är inte heller denna regel formellt tillämplig eftersom den inte avser fall där kredittid avtalats och det dessutom är så att den reglerar fall där parterna har en ömsesidig rätt att säga upp kreditförhållandet.

Ett annat normargument är att bankerna är *skyldiga* att i huvudsak ge krediter med högst ett års kredittid eller med uppsägningsrätt och högst ett års uppsägningstid, Bankrörelselagen 2:19. Denna regel motiveras med behovet att begränsa bankernas risktagande i det finansiella systemets intresse.[716] Tanken bakom regeln är emellertid inte att bankerna skall använda en skönsmässig uppsägningsrätt utan endast när uppsägning är motiverad av systemskäl. Uppsägning skall således ske i enlighet med god banksed och främst då när banken annars kan råka ut för likviditetsbrist.[717]

[712] Grönfors/Dotevall 1995 s 235–237, 254–255. SOU 1974:83 s 135–139. Prop 1975/76:81 s 121–123.
[713] Prop 1975/76:81 s 118–119. I Grönfors/Dotevall 1995 s 227–228. Jfr SOU 1974:83 s 155–156.
[714] Prop 1975/76:81 s 139–140. SOU 1974:83 s 167–169.
[715] SOU 1974:83 s 149–151. Prop 1975/76:81 s 118–11 9. Grönfors/Dotevall 1995 s 226–227.
[716] Prop 1986/87:12 s 199, 251.
[717] Lombach i Karnov 1998/99 s 1537.

Regeln i Bankrörelselagen 2:19 påverkar givetvis bankernas standardavtal som också de utgör en form av normargument, inte minst som de bygger på de s k bankformulären som upprättas av bankföreningen. I bankformulären förekommer formellt ingen skönsmässig uppsägningsrätt utan uppsägningstid. Det ena av de två formulären för näringsidkarkredit används dock på sådant sätt att kredittiden löper i tremånadersintervaller el likn. Bankerna har enligt avtalen därmed rätt att utan uppgivande av skäl låta bli att förlänga kredit var tredje månad. I materiell mening förbehåller sig banken m a o en skönsmässig uppsägningsrätt med högst tre månaders uppsägningstid.

Tidigare fanns bara ett formulär för näringsidkarkredit och det användes på nämnda sätt med tremånadersintervaller.[718] Sedan 2000 finns alltså emellertid två formulär. Formuläret som används med nämnda tremånadersintervaller kallas ”näringsidkarkredit med möjlighet till förlängning” och det andra ”näringsidkarkredit utan möjlighet till förlängning”. Rubriceringen kan sägas tydliggöra uppsägningsrisken och bristen på varaktighet. Det handlar ju om en ”möjlighet” till förlängning.

I båda formulären förbehåller sig banken uppsägningsrätt vid avtalsbrott eller förväntat avtalsbrott samt för de fall säkerhetens värde inte längre är betryggande. Formuläret för krediter utan möjlighet till förlängning stadgar härutöver en uppsägningsrätt med sex månaders uppsägningstid med hänvisning till Bankrörelselagen 2:19.

> Att en uppsägningsrätt med sådan hänvisning inte finns i formuläret för näringsidkarkredit med möjlighet till förlängning understryker att detta formulär används med kortare kredittider.

9.2.1.2 Skönsmässigheten medför enkelhet men också en högre uppsägningsfrekvens

Faktaargument för en skönsmässig uppsägningsrätt är att kredit i betydande mån är en kvalitetsoberoende tjänst där en pantsättare har i stort sett lika gott utbyte av vilken annan kreditgivare som helst. Undantaget är här då de fall där en kredit givits till en fast ränta som med tiden hamnat under en höjd marknadsräntenivå. I de fall krediten är kvalitetsoberoende har en kreditgivare emellertid ett starkt intresse av att inte säga upp och pantsättaren har andra att vända sig till om uppsägning trots allt görs. Under sådana förhållanden kan en skönsmässig uppsägningsrätt vara ett enkelt sätt att reglera de olika problem som kan uppstå. Parterna behöver t ex inte tvista om huruvida ett betalningsdröjsmål

[718] Bergström/Lennander 1997 s 29.

är tillräckligt allvarligt eller om dröjsmålet kan urskuldas m h t eventuella brister i kreditgivarens beteende.

En annan effekt av skönsmässig uppsägningsrätt är att den kan antas leda till en högre frekvens av uppsägningar än uppsägningsrätt som kräver saklig grund. Det finns därför anledning att beakta de konsekvenser som en uppsägning kan ha för pantsättaren.

En tydlig konsekvens av skönsmässig uppsägningsrätt uppträder vid kredit till fast ränta. För sådan kredit kan en skönsmässig uppsägning medföra att pantsättaren förlorar en förmånlig räntenivå. Detta är givetvis en olägenhet för pantsättaren även om han borde ha räknat med att gå miste om denna räntenivå om den blev för förmånlig.

Mot en skönsmässig uppsägningsrätt talar också de transaktionskostnader som pantsättaren drabbas av för att skaffa annan kredit. Att skaffa en ny kreditgivare handlar i hög grad om att pantsättaren måste skapa ett förtroende och det kan ta såväl direkta kostnader som tid i anspråk. Dessa transaktionskostnader är särskilt stora om pantsättarens ekonomiska situation inte är det starkaste argumentet för att skapa förtroende. I många fall där pantsättarens kredit blivit uppsagd är förhållandena antagligen just sådana att pantsättarens ekonomi inte är strålande. Till saken hör också att pantsättaren under sådana omständigheter behöver ägna sin tid åt inkomstbringande åtgärder.

Det finns anledning att beakta att uppsägning kan vara en mycket kraftfull sanktion när den kombineras med krav på verkställighet. Att skaffa fram betalning för hela huvudkrediten är typiskt sett svårare än att ordna medel för räntebetalning eller amortering. Risken för verkställighetskrav är därför större vid uppsägning. För en näringsidkare innebär redan en ansökan om betalningsföreläggande att hans kreditvärdighet påverkas eftersom uppgiften om en sådan ansökan framgår vid kreditupplysning.[719] Om pantsättaren har ekonomiska problem kan en uppsägning som förenas med en konkursansökan också innebära att pantsättaren endast får två veckor på sig att lösa problemen, jfr KonkL 2:9.

9.2.1.3 Övervakning och stabilitet

Om man ser till konsekvenser för kreditsystemet kan man också finna både för och motargument. För en skönsmässig uppsägningsrätt talar att en panthavare med säkerhet i fakturafordringar tenderar att vara en kreditgivare med ganska god insyn i pantsättarens ekonomi. I vart fall skaffar sig factoringpanthavare och företagshypotekshavare gärna sådan

[719] Kreditupplysningslagen 1973:1173 5–7 §. Klasson 1996 s 27–28 pekar dock på att en sådan uppgift kan ha ganska liten betydelse i kreditbedömningen.

information. Eftersom de har god information hör de till de kreditgivare som först kan reagera mot en försämring i pantsättarens ekonomi. Att sådan information tidigt når fram till pantsättarens andra kreditgivare anses effektivt.[720] En uppsägningsrätt är då ett instrument för att reagera och förmedla informationen. Om uppsägningsrätten är skönsmässig och utan uppsägningstid kommer informationen fram tidigare än med motsatta lösningar.

Mot en skönsmässig uppsägningsrätt med kort uppsägningstid talar å andra sidan andra systemskyddsskäl. När en lågkonjunktur inleds kan det vara många kreditgivare som samtidigt är särskilt intresserade av att säga upp krediter. Om kreditgivarna då har lätt att snabbt säga upp kreditförhållanden kan effekten bli instabilitet. En ordning med krav på särskilda grunder för uppsägning och långa uppsägningstider innebär däremot en viss tröghet som skapar stabilitet.

9.2.1.4 Ett krav på saklig grund kan vara motiverat

Till värdeargumenten hör för det första vad som ovan nämnts om att sannolikheten för att ett tidsbestämt avtal kommer att bli varaktig typiskt sett är större jämfört med om krediten är tidsobestämd. En pantsättare med tidsbestämt avtal har därför typiskt sett större skäl att räkna med att krediten kommer att bli varaktig. Man kan säga att konstruktionen med tidsbestämning och uppsägningsrätt ger intryck av att uppsägningen endast kommer att bli aktuell om det faktiskt föreligger någon form av sakliga skäl för uppsägningen. Styrkan i detta argument varierar dock betydligt beroende på förhållandena. Parterna kan t ex ha föreställt sig uppsägning som den sannolika vägen att avveckla kreditavtalet och den bestämda kredittiden mest som en påminnelse. Intrycket av att avtalet blir varaktigt kan också påverkas av om räntan är fast. I vissa fall av fast ränta bli intrycket av varaktighet kanske särskilt starkt eftersom fast ränta kopplas samman med bundenhet. Å andra sidan kan effekten bli den motsatta eftersom den fasta räntan i kombination med skönsmässig uppsägningsrätt kan tydliggöra att kreditgivaren inte är beredd att stå fast vid avtalet om marknadsräntan höjs alltför mycket. Av betydelse i sammanhanget är också värdeargumentet om avtalsfrihet.

> I vissa fall kan parternas föreställningar om uppsägningsrätten som en sanktion som endast skall användas vid sakliga grund medföra att avtalet skall anses ha just sådan innebörd. Det är emellertid inte sådan avtalstolkning som avses med de nyssnämnda värdeargumentet. Utgångspunkten för det argumentet är snarare att parterna haft en gemensam syn på att uppsägning

[720] Se t ex Eisenberg 1999 s 18–19. Schmidt 1980 s 50–51. Jfr Bergström/Sundgren 1999b s 29–32.

skulle kunna komma ifråga rent skönsmässigt, men olika förställningar om sannolikheten för uppsägning.

Ett annat värdeargument har att göra med att panthavare typiskt sett är starkare part som använder villkor som pantsättaren har liten möjlighet att påverka. En uppsägningsrätt och särskilt en uppsägningsrätt med kort uppsägningstid kan också innebära ett ganska starkt maktmedel för kreditgivaren. Denna effekt blir särskilt stark om pantsättaren inte har motsvarande möjlighet att ta sig ur förhållandet.

Ett speciellt värdeargument har att göra med att en uppsägningsrätt kan utnyttjas för syften som kan uppfattas som moraliskt klandervärda. Uppsägningsrätten kan utnyttjas för att skapa ett obestånd. Även om det får antas vara exceptionellt ovanligt kan en kreditgivare eller några företrädare för kreditgivaren faktiskt ha ett sådant intresse. Det kan t ex handla om att företrädarna föredrar att redovisa en kreditförlust under ett visst räkenskapsår. Likaså kan en huvudkreditfordran förvärvas i syfte att med en oväntad uppsägning slå ut pantsättaren eller försätta denne i ett dåligt förhandlingsläge. Vad det handlar om är m a o att en skönsmässig uppsägningsrätt ger kreditgivaren makt som kan användas i syften som är värdeladdade.

Från den s k bankkrisen på 1990-talet härstammar flera påståenden och uppgifter om att kreditgivarna agerat just i syfte att inom viss tid ta fram kreditförluster för de krediter man bedömde som särskilt riskfyllda. Ett incitament sägs ha varit den s k bankgarantin som var tidsbegränsad.[721]

9.2.1.5 Uppsägningsrätt med uppsägningstid och hänsynstagande

En slutsats som kan dras av de anförda argumenten är att förbehåll om skönsmässig uppsägningsrätt för kreditgivaren bör godtas. För en sådan slutsats talar värdeargumenten om att skillnaden mellan bestämd och obestämd kredittid kan vara av formell karaktär. Den mest sannolika formen för avveckling av avtalet kan mycket väl vara uppsägning trots att en bestämd kredittid också avtalats. Det faktum att förhållandena typiskt sett är de omvända och parterna föreställer sig uppsägningsrätten som en sanktion har inte sådan betydelse att skönsmässig uppsägningsrätt generellt skall underkännas. För skönsmässig uppsägningsrätt talar också normargumenten om att sådan rätt förbehålls i standardavtal samt faktaargumenten om att det kan vara en smidig lösning.

Samtidigt talar flera argument för en nyanserad tillämpning av denna uppsägningsrätt. Om kreditmarknaden inte ger pantsättaren alternativ p g a bristfällig konkurrens eller konjunkturnedgång finns det anledning

[721] Jfr Macey 1994 s 63–64.

att skydda pantsättaren. Likaså om transaktionskostnaderna för pantsättaren är höga. Även om det blir fråga om prövningar i de enskilda fallen bör utfallet i en ganska stor andel av alla fall bli att skönsmässig uppsägning inte godtas. Kreditgivaren bör *i stor utsträckning* vara skyldig att ta hänsyn till omständigheterna och pantsättarens möjligheter att skaffa ersättningskredit.

> Att dessa frågor kan antas bli föremål för rättslig prövning först långt efter det att en pantsättare gått i konkurs bör inte påverka bedömningen av kreditgivarens ansvar. Den preventiva effekten av ett sådant ansvar kan nämligen antas vara viktig.

Ett schablonmässigt sätt att ge pantsättarna ett minimum av skydd är genom uppsägningstid. En sådan bör bestämmas m h t vad som kan anta vara en rimlig tid för pantsättaren att anpassa sig, genom t ex att skaffa ersättningskredit. Härmed givetvis inte sagt att pantsättaren måste lyckas med att skaffa sådan ersättningskredit. Vad som avses med uppsägningstid är inte att panthavaren skall stå sådan risk. När tidsfristen gått till ända får pantsättaren ta konsekvenserna.

> Det kan anmärkas att bankernas sätt att använda avtal som löper i tremånadersintervaller inte tillgodoser ett krav på uppsägningstid. Med denna reglering kan beskedet om att krediten inte förlängs, d v s uppsägningen, i princip lämnas någon dag innan kredittiden löper ut. Det kan förefalla som en kreditgivare har liten anledning att agera på sådant sätt m h t att det knappast underlättar för pantsättaren att skapa betalningsförmåga för krediten. När kreditgivaren har säkerhet behöver betalningsförmågan emellertid inte vara så särskilt intressant för kreditgivaren och de intressen som kan finnas för att vidta snabba åtgärder eller överrumpla pantsättaren får då fritt spelrum.

9.2.2 Uppsägning och hävning vid konstaterat eller förväntat betalningsdröjsmål

Den skönsmässiga uppsägningsrätt som behandlats i föregående avsnitt påverkar även betydelsen av uppsägning och hävning som sanktioner mot konstaterade och förväntade betalningsdröjsmål. Om panthavaren kan säga upp avtalet skönsmässigt är det inte nödvändigt att utröna om ett betalningsdröjsmål kvalificerar för en sanktion. Den skönsmässiga uppsägningsrätten är på så vis av fundamental betydelse. Vad jag ovan hävdat är emellertid att en skönsmässig uppsägning trots allt bör prövas m h t omständigheterna. I en sådan prövning har det betydelse i vilken mån betalningsdröjsmål kan läggas pantsättaren till last. Även om den skönsmässiga uppsägningsrätten är fundamental är den således inte helt avgörande.

Den oklara rättsfråga som skall behandlas här är; i vilken mån villkor om uppsägning och hävning skall godtas vid konstaterade eller förväntade betalningsdröjsmål? Dessa sanktioner blir aktuella vid dröjsmål med en del- eller räntebetalning.

> Det skall anmärkas att jag här använder termerna uppsägning och hävning som synonyma.[722]

9.2.2.1 Schablonregel och oskälighetsregel

Liksom i frågan om skönsmässig uppsägningsrätt är AvbetköpL och KkredL av betydelse som normargument för konstaterade och förväntade betalningsdröjsmål. I AvbetköpL och KkredL finns som nämnts tvingande regler om att dröjsmålet måste omfatta minst 10 % av hela krediten och vara två veckor respektive en månad långt, AvbetköpL 7 § och KkredL 21 §. I KkredL stadgas härutöver en uppsägningstid och möjlighet för konsumenten att omintetgöra en uppsägning genom att kompensera kreditgivaren, KkredL 22 §. Att dessa regler inte är formellt tillämpliga på huvudkrediter med säkerhet i fakturafordringar skall enligt förarbetena inte ha avgörande betydelse. Enligt förarbetena innefattar AvbetköpL och KkredL inte något ställningstagande beträffande annan kreditgivning.[723]

I bankernas standaravtal för näringsidkarkredit är betalningsdröjsmålsgrunden inte alls preciserad såsom i AvbetköpL och KkredL. Standardavtalen är mer allmänt formulerade och anger i princip rätt till omedelbar uppsägning.

> Standardavtalen lyder:[724] ”Banken har rätt att säga upp krediten till betalning vid tidpunkt som banken bestämmer, om någon av följande omständigheter föreligger:
> - kredittagaren har inte fullgjort sina förpliktelser enligt skuldebrevet eller i övrigt gentemot banken
> - säkerheten för krediten eller för annan förpliktelse som kredittagaren har mot banken inte längre är betryggande
> - det finns skäl att anta att kredittagaren inte kommer att fullgöra sina betalningsförpliktelser enligt skuldebrevet eller i övrigt gentemot banken.”

De normargument som främst kan anföras för begränsningar av förfalloklausuler är 36 § AvtL och förarbetena till denna, se även föregående avsnitt 9.2.1. I den jämförelse med dispositiva regler som anförs i förarbetena kan allmänna kontraktuella principer som beaktas. En sådan är principen om hävningsrätt vid väsentligt avtalsbrott respektive förväntat

[722] Jfr Bergström 1976 s 21–29.
[723] Se SOU 1977:24 s 95.
[724] Se Bankformulären 2000.

väsentligt avtalsbrott.[725] Med tanke på att AvbetköpL och KkredL anger just en gränsdragning för avtalsbrott av viss dignitet är det dock inte avlägset att jämföra med dessa stadganden.

> I en jämförelse med dispositiva regler kan det också hävdas ha viss betydelse att uppsägnings- eller hävningsrätt vid kreditköp kräver ett avtalat förbehåll om sådan rätt, se 54 § 4 st KöpL och jfr AvbetköpL 7 § och KkredL 21 §. Utan förbehåll får kreditgivaren hålla sig till andra sanktioner som dröjsmålsränta. Denna dispositiva regel stadgar m a o ingen hävningsrätt alls och varje villkor om sådan rätt ligger därför långt från den dispositiva regleringen. Mot denna argumentation kan dock hävdas flera invändningar. En sådan invändning är att hävningsförbehåll är vedertagna och i lika hög grad normala som den dispositiva lösning som principen anger. En annan invändning är att det är oklart i vilken mån kravet på avtalat förbehåll är generellt och skall anses omfatta även andra krediter än köpeskillingskrediter.[726] Frågan om hävningsförbehåll är nödvändigt för hävningsrätt skall dock inte utvecklas här eftersom det i praktiken är så vanligt med sådana förbehåll.

Som anförts i föregående avsnitt anges i förarbetena till 36 § AvtL också förfalloklausuler som exempel på oskäliga villkor som kan medföra orimliga proportioner mellan avtalsbrott och påföljd.

> I praxis har förfalloklausul vid betalningsdröjsmål jämkats i NJA 1971 s 23. Den kredit som fallet rörde var ganska udda eftersom den var räntefri och löpte under lång tid. Rättsfallet kan dock anföras som normargument för att en sträng tillämpning av uppsägningsvillkor inte skall godtas om pantsättaren förlorar en förmånlig räntenivå. Kreditgivaren skall inte kunna utnyttja ett oväsentligt avtalsbrott för att ta sig ur ett förhållande som kommit att bli oförmånligt.[727]

9.2.2.2 Prevention, riskminskning och svårförutsägbarhet

I faktaargumentationen kan först hänvisas till flera av de faktaargument som framförts ovan i avsn 9.2.1.2 beträffande skönsmässig uppsägningsrätt. De faktaargument som är mer specifika beträffande konstaterat eller förväntat betalningsdröjsmål har främst med prevention och riskminskning att göra.

En uppsägnings- och hävningsrätt fyller en preventiv funktion mot betalningsdröjsmål och det kan antas att den preventiva effekten är större ju mer omfattande uppsägnings- eller hävningsrätten är. Om

[725] Bergström 1976 s 29. Bergström/Lennander 2001 s 33–34. Jfr Tiberg 1996 s 89–90.
[726] Det förekommer normargument för såväl att förbehåll är nödvändigt som för att hävningsrätt skall föreligga vid väsentligt avtalsbrott, se genomgång i Bergström 1976 s 22-28, Bergström/Lennander 2001 s 33–34. Ekeberg/Benckert 1957 s 230 menar att det med hänvisning till KöpL icke kunna bliva tal om hävning när försträckningsgivaren lämnat ut krediten.
[727] JustR Romanus, Nordström, Fredlund, Gärde Widemar och Ulveson.

pantsättaren vet att hävningssanktion kan följa redan efter ett kort dröjsmål anpassar pantsättaren sina rutiner härefter.

Beträffande riskminskning innebär en långtgående uppsägnings- eller hävningsrätt att panthavaren typiskt sett får större möjligheter att ta sig ur ett kreditförhållande medan pantsättaren har någon betalningsförmåga. Ett betalningsdröjsmål är ofta en indikation på betalningssvårigheter och sådana försvåras ofta ju längre tid som går.

Till saken hör då här att en panthavare kan ha fullgod säkerhet. När det finns fullgod säkerhet kan det ifrågasättas om en uppsägning alls innebär någon riskminskning. Visserligen kan det antas att en uppsägning som nyss nämnts typiskt sett innebär en riskminskning när man beaktar att pantsättarens ekonomi tenderar att försämras och panthavaren bara har denna att hålla sig till. Om panthavaren har fullgod säkerhet blir emellertid uppsägningens negativa effekter för pantsättaren dominerande. En uppsägning innebär ju samtidigt att pantsättaren får det svårare att klara sina betalningsförpliktelser. Under sådana förhållanden kan det hävdas att panthavarens uppsägningsmöjligheter bör vara särskilt begränsade. I en sådan begränsning bör dock beaktas att pantsättaren inte ges möjlighet att tilltvinga sig utökad kredit.

Ett faktaargument för att avtalsparterna skall kunna avtala om långtgående uppsägnings- och hävningsrätt är att förhållandena varierar beroende på bransch och på pantsättarens egenskaper. I vissa branscher är det viktigare än i andra att ha långtgående uppsägnings- och hävningsrätt m h t exempelvis att betalningssvårigheter oftare leder till insolvens. Vissa pantsättare kan också vara sådana att de behöver en sträng reglering för att ta förfallodagar på allvar. Det kan också visa sig att en viss pantsättare är så oseriös att en omedelbar uppsägning vid minsta betalningsdröjsmål eller förväntan om sådant är betydelsefull. Kreditgivaren behöver då inte ägna resurser åt att styrka vad han vet eller åt att även under en uppsägningstid bevaka sina intressen.

Med anledning av de argument som anförts i de två senaste styckena finns det skäl att ta upp faktaargumentet att kreditgivare generellt sett har ett egenintresse av att inte tillämpa uppsägningsförbehåll strängt. En sådan tillämpning minskar typiskt sett möjligheterna att få betalt och innebär badwill. En kreditgivare kan därför antas använda uppsägning bara i de fall där det handlar om kvalificerade betalningsdröjsmål eller förväntade sådana. En sträng tillämpning av uppsägningsrätten skulle bara vara aktuell där den är uppenbart behövlig. Att förbehållen är långtgående skulle därmed vara en funktionell lösning som ger en nödvändig flexibilitet. Mot detta kan dock ställas ett antagande om att långtgående uppsägningsvillkor inbjuder till att missbrukas för andra

ändmål och utan tillräckliga belägg. De innebär ju att den verklighetsbild som kreditgivarens företrädare har får företräde.

Mot att godta en långtgående uppsägnings- och hävningsrätt talar å andra sidan att likviditetsflöden kan vara svåra att förutse och att oväntade händelser kan inträffa beträffande såväl likviditetsflödena som betalningshandlingarna i sig. Eftersom detta är ganska vanliga händelser finns det anledning att ha någon form av schablonmässigt skydd som väger in dessa hänsyn.

9.2.2.3 Ordning, skuld och rättssäkerhet

Värdeargumenten i frågan om uppsägnings- och hävningsrätt handlar om behovet av ordning och reda. Ett dröjsmål ställer till oreda och kan innebära besvär för panthavaren. Samtidigt kan betalningsdröjsmål bero på omständigheter som pantsättaren inte kunnat påverka. Pantsättaren behöver inte alls ha varit vårdslös och en uppsägnings- eller hävningsrätt kan då synas hård.

Till värdeargumenten kan också hänföras intresset av att sanktioner inte skall drabba oskyldiga. Att kreditgivaren som ovan nämnts kan ha intresse av att inte behöva lägga resurser på att styrka uppgifter om att pantsättaren är oseriös är ett intresse som måste avvägas mot rättssäkerhetsintresset.

Särskilt laddade är också uppsägningar som görs i andra syften än att bevaka intresset av att få betalt. En uppsägning för att minska risktagandet är således inte värdeladdad. I viss mån gäller detsamma för uppsägningar även i preventivt syfte, d v s för att upprätthålla den allmänna punktligheten beträffande betalningar. Om syftet är att ta sig ur ett oförmånligt avtal eller utöva makt för att få igenom ett annat avtal, är uppsägningsrätten emellertid mindre acceptabel.

9.2.2.4 Uppsägningsfrist

En slutsats som skulle kunna dras av de argument som framförts är att det finns ett visst intresse av flexibilitet men samtidigt ett behov av skydd mot att långtgående uppsägningsrätt missbrukas. Ett sätt att åstadkomma något sådant är att understryka vikten av att kunna motivera en uppsägning materiellt. En sträng tillämpning av långtgående uppsägningsrätt måste tydligt kunna motiveras i sak. Lösningen skulle således vara att en kreditgivare utifrån en påtaglig risk för ett underkännande av uppsägningen måste kunna motivera sin åtgärd m h t omständigheterna. En hänvisning till att avtalet förbehåller kreditgivaren en sådan rätt är då inget relevant argument. Existensen av ett förbehåll är bara en förutsättning för att uppsägningen inte skall underkännas på

formell grund. En ansvarsfördelning som bygger på ett krav på saklig grund inbjuder till en seriös tillämpning och avhåller från användning i andra syften.

Samtidigt menar jag dock att argumenten för ett schablonmässigt skydd bör tillmätas vikt. Som framhållits i faktaargumentationen handlar det om ett mycket vanligt avtalsbrott där det kan vara svårt att pröva pantsättarens agerande. Normargumenten som följer av AvbetköpL och 36 § AvtL i kombination med de dispositiva principerna för hävningsrätt talar för en skälig frist för dröjsmål som schablonmässigt kan anges till åtminstone två veckor. Det blir då fråga om en presumtion för att uppsägningen är motiverad om dröjsmålet är så kvalificerat. I de fall panthavaren har fullgod säkerhet talar faktaargumenten ännu starkare för en sådan lösning.

> Det skall poängteras att det är skillnad mellan den här anförda slutsatsen och en lösning som tar utgångspunkt i att vad som är formellt riktig skall godtas såvida inget särskilt talar emot detta, jfr utgångspunkt i avtalsfrihet. Med en sådan utgångspunkt blir kreditgivarens incitament att beakta risken för ett underkännande mindre än med en utgångspunkt i en materiell prövning. I kombination med en presumtion om två veckors frist blir m a o utgångspunkten två veckor istället för en dag.

9.2.3 Dröjsmålsränta, skadestånd och vite vid betalningsdröjsmål

Uppsägning och hävning blir som ovan nämnts aktuella vid dröjsmål med en del- eller räntebetalning. Den generella lagstadgade sanktionen mot betalningsdröjsmål är annars dröjsmålsränta. Dröjsmålsränta är aktuell även när pantsättaren är i dröjsmål med hela kreditbeloppet. Som en sådan generell sanktion kan också skadestånd hävdas, liksom vite. Dessa påföljder skyddar panthavaren mot dröjsmål genom prevention och kompensation.

Frågan om i vilken mån panthavaren kan skydda sig genom förbehåll om dröjsmålsränta, skadestånd och vite kan beskrivas som en oklar rättsfråga. Jag har dock redan behandlat motsvarande frågeställning beträffande pantsättarens behov av skydd, se avsn 8.2.7. Jag hänvisar därför dit och till att frågeställningen också återkommer i avsnitt 10.2.3.2.

9.3 Medverkansdröjsmål

En form av dröjsmål som kan antas vara mindre vanlig är att pantsättaren inte överlämnar panten i tid. För denuntiationspant är sådant dröjsmål kanske mest sannolikt om pantsättaren inte denuntierar sekundogäldenären så att panthavaren blir formellt behörig att kräva betalning, eller m a o får betalningslegitimation. Vid factoring och kundkontovärdepapperisering tar sig detta uttryck i utebliven denuntiation i fakturan till sekundogäldenären. Beträffande företagshypotek handlar det helt enkelt om att pantsättaren dröjer med att lämna ifrån sig företagshypoteksbrevet. De nämnda formerna avser då de fallen att kreditgivaren betalat ut huvudkrediten. En annan form av dröjsmål är att pantsättaren ångrar sig och redan innan något huvudkreditbelopp betalats ut vägrar att fullfölja ett avtal.

Utöver de nämnda formerna med överlämnande av säkerheten kan man tänka sig att panthavaren behöver pantsättarens medverkan för att bekämpa invändningar från sekundogäldenären. Som regel har pantsättaren ett egenintresse av att medverka i dessa avseenden men man kan tänka sig omständigheter som medför att pantsättaren har andra intressen. Det kan t ex handla om att pantsättarens betalningsskyldighet beträffande huvudkrediten begränsas eller om att pantsättaren p g a t ex ett särskilt värde hos den pantsatta fordran föredrar att helt för egen räkning hantera sekundogäldenären.

Eftersom de aktuella formerna av dröjsmål som nämnts kan antas ovanliga, finns det ett antal rättsfrågor kring temat som kan beskrivas som oklara. En sådan oklar rättsfråga är vad som krävs för att bristande medverkan skall ge panthavaren rätt till påföljder; när blir medverkansdröjsmål väsentligt och skall pantsättaren bära strikt ansvar, culpaansvar eller något annat ansvar beträffande skadestånd? En annan oklar rättsfråga rör vad som skall ligga till grund för beräkning av en skada. Skall panthavaren t ex ha ersättning för den högre kreditrisk han haft under dröjsmålstiden? Till denna kategori av frågor hör också den grundläggande frågan vad som skall krävas för att ett avtal skall anses bindande mellan parterna? Samtidigt innebär det faktum att dessa former av dröjsmål kan antas vara ovanliga att rättsfrågorna inte har så stor praktisk betydelse. Detta faktum förstärks av att flera av de nämnda rättsfrågorna rör problem som parterna i stor utsträckning borde kunna förhindra eller lösa i samförstånd. Till saken hör också att de argument som är relevanta i frågorna i stor utsträckning är ganska allmänna argument. Jag har därför valt att inte behandla dessa frågeställningar.

För frågan om avtalsgrundande rättsfakta kan hänvisas till avsn 7.2.1 där jag hävdar att säkerhetsavtalet bör följa principerna för konsensualavtal i förhållande till sakrättsborgenärerna. Min slutsats beträffande avtalsparterna är densamma.

Till den här aktuella kategorin av dröjsmål skall också hänföras att pantsättaren inte fullgör vad som krävs för att sekundogäldenären skall bli betalningsskyldig. Det rör sig då om säkerhet i framtida fordringar och som nämnts i bla avsnitt 5.6 och 7.4 kan en riskpreferent pantsättare agera rationellt om han just dröjer med prestationer som han på detta sätt förskotterat. Panthavarens utrymme att skydda sig mot sådana dröjsmål med förbehåll om vite el likn begränsas av de intressen som lyfts fram i avsn 7.4 och 8.2.7.

9.4 Värdeminskning

En central funktion hos säkerhetsavtalet är att minska panthavarens kreditrisk. För att minska kreditrisken måste den pantsatta fordran ha ett värde för panthavaren. Detta värde kan emellertid minska som en följd av t ex försämrad betalningsförmåga, försämrad betalningsvilja eller försämrat marknadspris för fakturafordringar, jfr avsn 8.5. Om säkerhetens värde minskar kan panthavaren vilja agera för att skydda sina intressen.

Panthavarens intresse av att skydda sig mot värdeminskning aktualiserar en rad olika oklara rättsfrågor. Här skall främst tas upp frågor om uppsägning av huvudkrediten och förtida realisation och då med utgångspunkten att pantsättaren inte på något sätt orsakat värdeminskningen.

Andra tänkbara frågor rör bl a skadeståndsansvar i anledning av värdeminskning som pantsättaren på ett eller annat sätt vållat, men de är av litet intresse eftersom det ligger närmare till hands för panthavaren att kräva andra sanktioner såsom uppsägning och dröjsmålsränta, jfr avsn 9.2.

9.4.1 Uppsägning och förtida realisation

En första rättsfråga är i vilken mån panthavaren skall kunna säga upp huvudkrediten i anledning av värdeminskning efter att avtalet ingåtts. Eftersom panthavaren i standaravtal brukar förbehålla sig rätt att säga upp huvudkrediten om säkerheten ”inte längre är betryggande” handlar frågan i första hand om i vilken mån panthavaren skall ha möjlighet att skydda sig med sådana förbehåll. Argumentationen i denna fråga är emellertid beroende av i vilken mån panthavaren vid värdeminskning

kan vidta åtgärder beträffande säkerheten såsom att realisera säkerheten i förtid. Det finns därför anledning att beakta i vilken mån panthavaren kan skydda sig med förbehåll om sådan förtida realisationsrätt. Emellertid finns också anledning att ta upp panthavarens realisationsmöjligheter om förbehåll om förtida realisation saknas. Vissa standardavtal har nämligen bara förbehåll om uppsägningsrätt beträffande kredit och saknar reglering av förtida realisation. Vad som är av primärt intresse kan dock sammanfattas i frågeställningen – *i vilken mån skall panthavaren kunna skydda sig genom förbehåll om uppsägningsrätt avseende huvudkrediten eller rätt att realisera säkerheten i förtid?*

Frågan om uppsägning av huvudkrediten skall ses mot bakgrund av frågan om skönsmässig uppsägningsrätt av huvudkrediten, jfr ovan avsn 9.2.2. För att frågan om uppsägning vid värdeminskning skall vara relevant krävs att förbehåll om skönsmässig uppsägningsrätt saknas eller att panthavaren vill slippa en eventuell uppsägningstid som är förenad med sådan skönsmässig uppsägningsrätt. Den här aktuella frågeställningen om uppsägning av huvudkrediten skall därför närmast ses som en fråga om ytterligare skydd utöver skönsmässig uppsägningsrätt. Eftersom skönsmässig uppsägningsrätt bör godtas av de skäl som nämnts i avsnitt 9.2.1 är det förbehåll som är mer långtgående som är av intresse här.

Till frågan om uppsägning av huvudkrediten och förtida realisation ansluter också frågorna om möjligheter att kräva kompletterande säkerhet respektive att slippa motta sådan komplettering, se nedan avsn 9.4.2.

9.4.1.1 Förbehåll om uppsägning av huvudkrediten godtas i skyddsregler

Ett normargument för att godta förbehåll om uppsägningsrätt vid värdeminskning är att den tvingande skyddsregleringen i KkredL godtar just sådana förbehåll, 21 § 1 st 4 p. Om kreditgivaren förbehållit sig sådan uppsägningsrätt får denna utnyttjas om säkerheten ”avsevärt försämrats”. Någon tvingande regel om uppsägningstid finns inte, men pantsättaren kan omintetgöra uppsägningen genom att ställa annan godtagbar säkerhet, 22 § 2 st. Förbehåll om uppsägningsrätt förekommer också i standardavtal.[728]

I AvbetköpL är regleringen annorlunda än i KkredL. Enligt AvbetköpL skall kreditgivaren kunna förbehålla sig uppsägningsrätt för fall

[728] Se Bankformuläret 2000. Däremot förefaller de inte vara vanliga i factoringavtal. Där förlitar man sig i flera fall på en allmän tremånaders uppsägningstid. Förklaringen är säkert att förhållandet är löpande och med stora möjligheter till kompletterande säkerhet, åtminstone tills förhållandet avvecklas.

där pantsättaren ”äventyrat” säkerheten, 7 § 2 p. Stadgandet tar således sikte på de fall där avbetalningsköparen orsakat värdeminskningen.[729]

Några särskilt starka normargument mot att godta förbehåll om uppsägningsrätt vid värdeminskning förefaller inte finnas. Vad som finns är normargument om att värdeminskningen inte får vara fråga om en skönsmässig bedömning. I sådana fall anses 36 § AvtL kunna komma i fråga.[730] Detta följer även av att själva utgångspunkten här är att förbehålla panthavaren ett mer långtgående skydd än vad som godtas för förbehåll om skönsmässig uppsägningsrätt. Förbehåll om skönsmässig uppsägningsrätt har redan behandlats ovan och det finns som nämnts argument som talar för att en sådan skall vara begränsad genom bl a uppsägningstider, se avsn 9.2.

Oskälighetsregel i 36 § AvtL skulle i någon mån också kunna hävdas som ett allmänt normargument.[731] Som nämnts i tidigare avsnitt finns förarbetsuttalanden om att oskäligheten skall bedömas mot bakgrund av jämförelser med dispositiv och tvingande rätt.[732] Beträffande uppsägning av huvudkrediten har här nyss anförts att t o m KkredL godtar sådana förbehåll. En jämförelse med tvingande rätt utfaller därmed till panthavarens fördel. Samtidigt kan det dock konstateras att normargumenten tydligt talar för att panthavaren knappast skall ha uppsägningsrätt utan sådant förbehåll.

> Normargument beträffande förhållandena då förbehåll saknas är för det första en princip som hävdas för att panthavare i allmänhet skall stå sin risk för värdeförsämringar. Med risk avses då att panthavaren inte skall ha rätt att utöva sanktioner i anledning av ett värdefall. Pantsättaren behöver således t ex inte ställa ny säkerhet eller betala huvudfordran i förtid. Förhållandet har uttryckts som att panthavaren ”står risken för sin säkerhetsrätt”.[733]
>
> Uttrycket tydliggör att det alltså inte är fråga om att panthavaren står risken för egendomen i sig. Denna risk står som regel pantsättaren. Enligt HB 10:4 ansvarar ”ägaren” för ”våda” i den meningen att han, d v s pantsättaren, skall betala huvudfordran trots vådahändelser. Den risk som behandlas i detta avsnitt är emellertid risken för säkerhetsrätten och om pantsättaren stod den risken skulle han alltså vara skyldig att bibehålla säkerhetens värde.
>
> Det skall också understrykas att den omständigheten att istället pantsättaren skulle stå risken för säkerhetsrätten inte skulle innebära att panthavaren saknar intresse av att den ursprungligt ställda säkerheten bibehåller sitt värde. Pantsättaren kan ju sakna resurser att ställa annan säkerhet och även sakna möjlighet att betala huvudfordran i förtid. Panthavaren står i

[729] SOU 1977:24 s 111.
[730] SOU 1977:24 s 112. Lennander 1977 s 143.
[731] Se t ex Lennander 1977 s 143.
[732] Grönfors/Dotevall 1995 s 235–237, 254–255. SOU 1974:83 s 135–139. Prop 1975/76:81 s 121–123.
[733] Lennander 1977 s 55. Jfr norska panteloven § 1–8.

detta avseende kreditrisk och skulle ändå vara intresserad av att begränsa denna risk genom t ex uppsägning, se vidare nästa avsnitt 9.4.1.2.

För att panthavaren skall stå risken för värdeförsämringar som beror sekundogäldenärens betalningsförmåga talar också SkbrL 9 § jämfört med 10 §. Visserligen skulle det kunna hävdas att denna regel avser pantsättarens ansvar för fordringens egenskaper vid avtalstillfället, men om pantsättaren inte ansvarar då borde ansvaret i än mindre grad omfatta försämringar efter denna tidpunkt. [734]

9.4.1.2 Förtida realisationsrätt om även i pantsättarens intresse

Ett sätt att åstadkomma förtida realisation är givetvis att utnyttja ett förbehåll om rätt att säga upp huvudkrediten och sedan invänta ett dröjsmål med betalning. För den varianten handlar frågorna dock om uppsägning av huvudkrediten, vilka just tagits upp. En annan variant är förtida realisation oavsett uppsägning av huvudkrediten.

Det finns allmänna normargument som talar för att panthavaren skall ha rätt till förtida realisation även om förbehåll saknas. Dessa normargument kan givetvis anföras även för att ett förbehåll om sådan rätt skall godtas. Med normargumenten kan anföras att panthavaren har rätt att realisera pant i förtid om den hastigt faller i värde respektive är utsatt för förskämning eller snar förstörelse. Stöd för en sådan linje finns i doktrin som bl a hänvisar till motsvarande regler för utmätning, kvarstad och konkurs. Principen anses vara begränsad till väsentlig värdeminskning och det hävdas att den endast bör utövas i ”undantagsfall”.[735]

Det är intressant att notera att man som exempel på fall av förtida realisation nämner en aktiepost som ger aktiemajoritet i ett bolag. Valet av ett sådant exempel, där pantens särskilda värde utöver bytesvärdet ibland är mycket högt, ger uttryck för att pantsättarens intressen anses väga ganska lätt. Pantsättaren anses få tillräckligt skydd genom att denne skall få tillfälle att lösa panten.[736] Det hör då till saken att en sådan lösen givetvis kan vara svår att åstadkomma för en pantsättare med ansträngd ekonomi. Jfr också möjligheterna att komplettera säkerheten, nedan avsn 9.4.2.

Rätt till förtida realisation stadgas också uttryckligen för företagshypotek och fastighetspant m m, där det anges att panthavaren har ”rätt att söka betalning ur” säkerheten vid värdeminskningar som beror på vanvård eller naturhändelser o likn, se FHL 2:7 och JB 6:6.[737] Dessa

[734] Jfr Lennander 1977 s 125.
[735] Lennander 1977 s 134 och 137. Jfr Walin 1998 s 324–326. Walin/Gregow/Löfmarck 1999 s 304.
[736] Lennander 1977 s 136–137. Undén 1976 s 207–208. Hasselrot 1926 s 162.
[737] Se även SjöL 3:6 och KommissionsL 34 §.

stadganden kan hävdas för en allmän rätt att söka betalning ur säkerhet vid åtminstone vissa värdefall. Å andra sidan kan det dock hävdas att stadgandena är begränsade till just de aktuella säkerheterna och till värdeförsämringar som har med egendomen i sig att göra. Eftersom motsvarigheter saknas för andra säkerheter kan det hävdas att det är frågan om undantag från den allmänna ordningen.[738] Det kan då noteras att båda dessa regler avser hypotekarisk pant där säkerheten alltså innehas av pantsättaren och där realisation verkställs i särskild ordning.

Beträffande fordringar finns vidare normargument för att panthavaren vid värdeminskning skall ha rätt att säga upp den pantsatta fordran till betalning. Det uppställs dock ett krav på att det skall finnas ett objektiv konstaterbart skäl för uppsägningen, såsom betalningsdröjsmål från sekundogäldenären (avseende delbetalning). Att utnyttja en uppsägningsrätt mot sekundogäldenären endast p g a risk för ”försvagning” av säkerheten sägs inte vara godtagbart.[739]

> Till sammanhanget hör också att det finns normargument för att panthavaren i vissa fall skall kunna skydda sig mot värdeminskning på annat sätt än genom uppsägning av huvudkredit eller förtida realisation. Det finns således normargument för att panthavaren skall ha rätt att ge sekundogäldenären betalningsanstånd. I vart fall anstånd som inte sträcker sig längre än till huvudkreditens förfallodag och med förbehåll för att anståndet inte får vara culpöst.[740]

Mot förtida realisationsrätt och för en begränsning av utrymmet för förbehåll om sådan, talar de allmänna normargumenten om omsorgsplikt, se avsn 8.3.7. Det kan med dessa hävdas att panthavaren är skyldig att vid realisation iaktta omsorg om pantsättaren på så sätt att realisationen ger ett så gott resultat som möjligt. Eftersom denna omsorgsplikt hävdas vara tvingande innebär den en begränsning av panthavarens möjligheter att förbehålla sig förtida realisationsrätt. Det kan då dock hävdas att omsorgsplikten endast avser resultatet och inte panthavarens möjligheter att förbehålla sig realisationsrätt som sådan. Panthavaren skulle m a o vara fri att avgöra om realisation skall genomföras så länge han ansvarar för att resultatet blir så bra som möjligt.

> Jfr även argumenten för att en icke omsorgsfull realisation skall anses vara straffsanktionerad, avsn 8.3.10.

[738] Jfr Lennander 1977 s 126 och 136. Jfr SOU 1960:25 s 199 om synsättet att vidga lagrummet.
[739] Lennander 1977 s 103.
[740] Lennander 1977 s 104. Jfr von Eyben 1975 s 453, 1984 s 504 så länge det är även i pantsättarens intresse. Taxell 1949 s 103 som dock menar att anståndet inte binder pantsättaren om denna löser den pantsatta fordran.

9.4.1.3 Parterna har oftast ett gemensamt intresse av förtida realisation men inte av uppsägning av huvudkrediten

De två åtgärderna uppsägning av huvudkrediten och förtida realisation av säkerheten kan som antytts i princip betraktas som två olika former för att åstadkomma en realisation. En uppsägning av huvudkrediten innebär att panthavaren kan invänta ett dröjsmål med betalning och sedan realisera säkerheten. Även om båda formerna således leder till realisation finns det två skillnader som måste beaktas. Den ena av dessa skillnader är att en uppsägning av huvudkrediten med därpå följande realisation tar viss tid. Den andra skillnaden är att pantsättaren och panthavaren ofta har ett gemensamt intresse beträffande förtida realisation, medan det i princip bara är panthavaren som har intresse av att huvudkrediten sägs upp.

> Som framgått av avsnitt 8.5 kan hävdas att panthavaren också skall ha *skyldighet* att agera vid värdeminskningsrisk. Bland annat sägs panthavaren ha skyldighet att varna pantsättaren. Om varning inte är verkningsfullt för att begränsa risken sägs panthavaren ha skyldighet att företa andra åtgärder såsom uppsägning av den pantsatta fordran, indrivning, försäljning och betalningsanstånd.

Eftersom det är av viss betydelse att parterna kan ha gemensamma intressen finns det anledning att göra vissa antaganden om hur frekvent sådan intressegemenskap är. De vanligaste omständigheterna är antagligen att sekundogäldenären inte betalar i tid och att panthavaren efter en tid ställer sig frågan om sekundogäldenären kan betala. Att panthavaren i detta läge driver in fakturafordran är ganska oproblematiskt. Pantsättaren borde här ha samma intresse som panthavaren och panthavaren är i de flesta fall en mer effektiv indrivare än pantsättaren. Panten har i detta läge mognat och skulle i princip ha realiserats oavsett pantförhållandet. I några av de nämnda fallen är det heller inte relevant att tala om att pantsättaren skulle lida skada av en uppsägning av huvudkrediten. Vid denuntiationspant i en enstaka fakturafordran kan det nämligen antas att huvudkrediten ofta förfaller inom kort tid efter den pantsatta fordran förfallit. Pantsättaren har då ingen anledning att förvänta sig något annat än att han måste infria huvudkrediten. Vid andra förhållanden, såsom vid säkerhet i flera fakturafordringar, behöver huvudkreditens förfallodag emellertid inte vara bestämd i relation till fakturafordrans förfallodag. I dessa fall kan man lättare tala om att pantsättaren drabbas om panthavaren säger upp huvudkrediten p g a att en av de pantsatta fordringarna minskat i värde.

Förutom de vanligaste omständigheterna där värdeminskningen upptäcks efter den pantsatta fordran förfallit kan det givetvis också hända att panthavaren får information om värdeminskningen innan

förfallodagen. Det är i första hand i dessa fall som frågan om förtida realisation blir problematiska.

> Det kan finnas flera tänkbara anledningar till att panthavaren får information innan förfallodagen. En anledning är inte minst att panthavaren har säkerhet i andra fakturafordringar på sekundogäldenären som förfaller tidigare än den pantsatta.

När den pantsatta fordran inte är förfallen kan pantsättaren ha intresse av att den pantsatta fordran inte realiseras. Pantsättaren kan göra en annan värdering av värdeminskningsrisken än panthavaren. Eftersom all annan realisation än uppbärande av betalning från sekundogäldenären är förenad med realisationskostnader är uppbärande av betalning som regel att föredra, jfr avsn 4.4.1.2 och avsn 8.3.1. Samtidigt kan panthavaren ha viss anledning att föredra realisation framför att invänta en eventuell betalning. Särskilt stark anledning att föredra realisation har panthavaren om han räknar med att realisationen trots värdeminskningsrisken ger full täckning för huvudkrediten. Han har emellertid också anledning att föredra realisation om han bedömer värdeminskningsrisken för den pantsatta fordran och kreditrisken för huvudkrediten på ett sådant sätt att det är bättre att få en begränsad men säker betalning ur den pantsatta fordran. Å andra sidan finns det faktorer som i någon mån avhåller panthavaren från att utan goda skäl realisera i förtid. För det första kan det i jämförelse med att uppbära betalning vara förenat med aningen större besvär att realisera och för det andra kan ett sådant agerande medföra goodwillförluster.

Vad som antagits i detta avsnitt är således att pantsättaren oftast delar panthavarens intresse av att realisera säkerheten. De fall då pantsättaren har en annan uppfattning kan antas vara ganska få. Däremot har pantsättaren inget intresse av att huvudkrediten sägs upp.

9.4.1.4 Rätt att säga upp huvudkrediten kan medföra sämre informationsutbyte

Eftersom pantsättaren inte har intresse av att huvudkrediten sägs upp kan det hävdas att ett förbehåll om rätt till uppsägning av huvudkrediten kan innebära effektivitetsförluster, jfr normargumenten ovan. Om pantsättaren riskerar att få huvudkrediten uppsagd kan dennes intresse av att ge panthavaren information om värdeminskningsrisker begränsas, i vart fall om pantsättaren bedömer chanserna att förhindra värdeminskning som små. En uppsägningsrätt kan därför leda till mer kostsamma lösningar än vad som är nödvändigt med hänsyn till den information som parterna har tillsammans.

Till saken hör då att pantsättaren i en del fall är den som har bäst information om sekundogäldenären. Såsom borgenär har pantsättaren åtminstone någon kunskap om sekundogäldenären. Panthavaren har typiskt sett ingen information alls. Att skaffa ytterligare information om sekundogäldenären vore relativt kostnadskrävande, jfr kostnaderna för kreditupplysning el likn. Samtidigt är det nämnda förhållandena knappast helt dominerande. I många fall är pantsättarens kunskap om sekundogäldenärens betalningsförmåga tämligen begränsad. Små företag har ganska sällan sådan information om sina kunder. I vissa fall har däremot panthavaren mycket god sådan information. När panthavaren själv har en relation till sekundogäldenären har panthavaren i egenskap av professionell kreditgivare ibland mycket goda kunskaper. Härmed dock inte sagt att informationen kan göras tillgänglig i ärendet utan kostnad.

Samtidigt är den nämnda påverkan på pantsättaren vilja att informera panthavaren inte särskilt stor i de fall panthavaren har förbehållit sig en skönsmässig uppsägningsrätt el likn. I de fallen riskerar pantsättaren ju ändå att huvudkrediten sägs upp i anledning av informationen.

9.4.1.5 Effekter av krav på saklig grund för förtida realisation

Ett förbehåll om rätt till förtida realisation kan ge panthavaren möjlighet att minska sitt risktagande på pantsättarens bekostnad, jfr ovan 9.4.1.3. Innebär förbehållet att panthavaren skönsmässigt får avgöra blir utrymmet för ett utnyttjande särskilt stort. Att pantsättaren godtar ett sådant förbehåll kan bero på riskpreferens och innebär då inte en effektiv lösning. Pantsättarens accept av ett förbehåll kan emellertid också vara fullt rationell m h t att frekvensen av ogrundad realisation av panthavaren kan förväntas bli liten och m h t att alternativen med begränsad realisationsrätt är förenade med vissa nackdelar.

Om panthavarens realisationsrätt enligt förbehållet är begränsad till objektivt fastställbara fall av värdeminskning kan detta leda till tvister om huruvida så var fallet. Sådana tvister kan vara besvärliga m h t att det blir fråga om bedömningar i efterhand när det väl visat sig hur fakturafordrans värde utvecklats. Det kan dock antas att frekvensen av sådana tvister liksom omfattningen av dem inte är särskilt betydande. Panthavaren får dock kostnader för att säkra bevisning om de omständigheter som han lagt till grund för realisationsbeslutet. Ett sätt att undvika både tvister och bevissäkringskostnader är att efterhöra pantsättarens samtycke. Antagligen blir detta ett ganska frekvent förfarande eftersom det utesluter risken för tvist och kan vara billigare än att säkra bevisning. Det är samtidigt ett sätt att upprätthålla ett förtroende gentemot pantsättaren och ett sätt efterhöra om pantsättaren har information om sekundogäldenären som kan vara av betydelse för hur man skall agera i anledning av värdeminskningen.

Konsekvenserna av de nämnda förbehållen skall jämföras konsekvenserna av förhållandena för en ordning där panthavaren själv står risken och saknar realisationsrätt. I sådana fall måste panthavaren inhämta pantsättarens samtycke. Parterna får då kostnader för att kommunicera även i de fall det är sannolikt att pantsättaren skulle samtycka. En stor del av dessa kommunikationskostnader kan förefalla onödiga eftersom pantsättaren i de flesta fallen har intresse av realisation. Ett argument som talar mot ett samtyckeskrav är också att kommunikationen kan innebära en tidsutdräkt under vilken värdeminskningen kan fortgå. Beträffande fakturafordringar kan det dock antas att förhållandena mera sällan är sådana att det gör någon skillnad om panthavaren måste avvakta med realisation någon vecka. En fakturafordrans värde förändras huvudsakligen med sekundogäldenärens ekonomi och förändringar avseende ekonomin inträffar oftast inte över en natt. Med hänsyn till att kommunikationen i dagens samhälle är tämligen snabb kan argumentet om tidsutdräkt därför inte ha stor betydelse.[741]

De nämnda kostnaderna för ett samtyckeskrav skall jämföras med kostnaderna för att pantsättaren skall få möjlighet att lösa säkerheten innan panthavaren realiserar. Kostnaderna för ett sådant hembudsförfarande är antagligen i stort sett desamma som kostnaderna för ett samtyckeskrav.

En annan effekt av ett samtyckeskrav är att pantsättaren kan hamna i ett särskilt förmånligt läge.[742]

> Låt säga att pantsättaren inte samtycker och att panthavaren genomför åtgärden i varje fall. I så fall är en möjlig princip att panthavaren får ansvara för utfallet av sin åtgärd. Konsekvensen kan då bli att pantsättaren motsätter sig en åtgärd med förhoppningen att panthavaren vidtar åtgärden i varje fall. Pantsättaren skaffar sig härigenom en position där han är säker oavsett utfall. Om panthavarens åtgärd är lyckosam kommer det pantsättaren tillgodo. Blir utfallet dåligt kan pantsättaren ställa panthavaren till svars. Å andra sidan är risken antagligen liten för sådant agerande från pantsättaren. Osäkerheten kring hur panthavaren kommer att agera verkar säkert avhållande.

9.4.1.6 Utnyttjandemöjlighet för starkare part

Det mest framträdande värdeargumentet är kanske aspekten att panthavaren inte skall få möjlighet att skydda sitt intresse på pantsättarens

[741] Jfr Lennander 1977 s 124 där detta tidsutdräktsargument o likn synes tillmätas ganska stor vikt. För vissa säkerheter förefaller detta fortfarande ha betydelse. För t ex värdepapper på värdepappersmarknaden sprids informationen så snabbt att problemet med tidsutdräkt kvarstår trots den ökade kommunikationshastigheten mellan panthavare.

[742] Walin 1998 s 325 menar att pantsättaren inte skall kunna motsätta sig en välmotiverad försäljning.

bekostnad. Till värdeargumenten kan också hänföras att effekterna av en värdeminskning typiskt sett förefaller lindrigare för panthavaren än för pantsättaren. Att panthavaren under en tid har en dålig säkerhet förefaller mindre belastande än att pantsättaren får betala huvudfordran i förtid. Det verkar mindre rimligt att panthavaren får kräva pantsättaren i förtid för att dennes sekundogäldenär får betalningsproblem än att panthavaren får stå utan säkerhet. Till saken hör då att panthavaren typiskt sett är den starkare parten. Han har också kunskaper för att allmänt värdera de kreditrisker han tar. Visserligen kan pantsättaren ha bäst information om sekundogäldenären, se ovan, men panthavaren har bättre kunskap om kreditrisker generellt.

> Som värdeargument kan man slutligen kanske inte undgå att nämna pantsättarens ”äganderätt” till den pantsatta fordran. Att panthavaren mot pantsättarens vilja skulle få realisera utan att pantsättaren hamnat i dröjsmål kan anses laddat även om det egentligen handlar om en riskfördelning där pantsättaren åtagit sig risken. Vid säkerhet i fakturafordringar har detta värdeargument dock särskilt liten betydelse eftersom fakturafordran oftast saknar affektionsvärde.[743]

9.4.1.7 Panthavaren ansvarar för saklig grund

Den fråga som behandlas här är om panthavaren beträffande värdeminskning skall kunna förbehålla sig ytterligare skydd utöver skönsmässig uppsägningsrätt av huvudkrediten. Av själva utgångspunkten för denna fråga följer att panthavaren måste ha sakliga skäl för att utnyttja ett förbehåll om uppsägning av huvudkrediten vid värdeminskning. Det skall m a o vara fråga om en reell värdeminskning för att panthavaren skall kunna säga upp huvudkrediten.

Av de argument som framförts ovan kan man också hävda slutsatsen att panthavaren skall ha saklig grund för alternativet förtida realisation. Panthavaren skall inte kunna skydda sig på pantsättarens bekostnad utan skall vara skyldig att iaktta omsorg om pantsättaren. En allmän omsorgsplikt beträffande förtida realisation förefaller kunna leda till att panthavaren väljer lösningar som passar för den situation som uppkommit.

I många fall är det antagligen en effektiv lösning att panthavaren kommunicerar med pantsättaren. Att begränsa förbehållens verkan på så sätt att pantsättaren alltid skall få möjlighet att lösa säkerheten förefaller emellertid inte motiverat för fakturafordringar. Sannolikheten för att pantsättaren vill lösa fakturafordran, trots att panthavaren ansvarar för

[743] Däremot i högsta grad avseende aktier som ger aktiemajoriteten i ett bolag! Jfr exemplet i normargumenten ovan avsn 9.4.1.2.

att realisationen är berättigad, kan antas vara alltför liten. De fall då pantsättaren menar att fakturafordran har ett särskilt värde är antagligen så få att det snarare bör vara pantsättarens ansvar att informera panthavaren om detta än panthavarens ansvar att informera sig.

Den angivna slutsatsen för förtida realisation kan förefalla stå i kontrast till de slutsatser jag hävdat för realisation vid pantsättarens dröjsmål, se ovan avsn 8.3. Att jag för förtida realisation inte hävdar något krav på meddelande och varning har i stor utsträckning att göra med att den pantsatta fordran är mogen att realiseras i de fall som förtida realisation handlar om.

9.4.2 Kompletterande säkerhet

9.4.2.1 Förbehåll om rätt att kräva kompletterande säkerhet

Ett sätt för panthavaren att skydda sig är genom att kräva kompletterande säkerhet. För säkerhet i fakturafordringar är förbehåll om sådan rätt ganska vanliga. Vid factoring är ett av standarduppläggen just att kreditgivaren kan returnera fakturafordringar som han av den ena eller andra anledningen inte accepterar och att den kreditdel som motsvarar dessa fakturafordringar säkras genom s k avräkning i de fakturafordringar som omsätts därefter.

En fråga beträffande kompletterande säkerhet är i vilken mån panthavaren skall kunna skydda sig genom förbehåll om sådan rätt. Det kan då finnas anledning att utgå från att detta utrymme i vart fall behandlas som lika stort som utrymmet att förbehålla uppsägningsrätt för huvudkrediten, se föregående avsnitt. Den sanktion som i första hand kommer i fråga vid bristande komplettering är ju nämligen uppsägning av huvudkrediten. Eftersom argumenten i dessa båda frågor också är ganska likartade saknas det anledning att här särskilt ta upp frågan om utrymmet för förbehåll om kompletterande säkerhet.

9.4.2.2 Ingen rätt att slippa motta komplettering

En annan fråga beträffande kompletterande säkerhet är i vilken mån panthavaren skall kunna utnyttja ett förbehåll om uppsägningsrätt eller förtida realisation om pantsättaren erbjuder kompletterande säkerhet. Denna fråga tangerar frågan om i vilken mån panthavaren i avtalet skall kunna förbehålla sig att slippa sådana kompletteringar, eller m a o uppsägningsrätt trots att pantsättaren erbjuder kompletterande säkerhet. Det kan antas att båda dessa frågor har relativt liten praktisk betydelse eftersom det är svårt att se några goda skäl för panthavaren att inte acceptera en godtagbar säkerhet. I själva verket är det svårt att hitta

något annat än illojala motiv bakom en sådan vägran från panthavaren. Problematiken skall här därför inte utvecklas, men det finns anledning att hävda att panthavaren inte bör kunna vägra motta godtagbar kompletterande säkerhet såvida pantsättaren i förskott ersätter panthavaren för de kostnader som kompletteringen för med sig, d v s värderingskostnader o likn.

Som nämnts i avsnitt 9.4.1.1 stadgar konsumentkreditlagen en tvingande rätt för pantsättaren att ställa kompletterande säkerhet för att undvika uppsägning. För andra fall än konsumentkredit finns normargument beträffande möjlighet att byta ut säkerheten vid värdeminskning. En sådan utbytesmöjlighet avfärdas i doktrinen med motiveringen att en sådan skulle kräva bestämda regler om belåningsvärden.[744] Huruvida man härmed även avfärdar komplettering av säkerhet är svårt att säga. Beträffande möjligheterna till komplettering är argumentet om belåningsvärden dock inte särskilt starkt. Den skada panthavaren lider av att behöva motta kompletterande säkerhet består av kostnader för värdering o likn hanteringskostnader. Om pantsättaren förskotterar ersättningen för dessa kostnader får panthavaren ett gott skydd mot dessa skador. Vad panthavarens intresse av att vägra motta kompletterande säkerhet i själva verket då huvudsakligen kan handla om är att utnyttja en i sak ovidkommande händelse för att åsamka pantsättaren besvär och kanske för att nå fördelar i andra förhandlingar med pantsättaren. Panthavaren kan givetvis ha intresse av att slippa hanteringen med kompletteringar även om hans kostnader ersätts. Detta intresse måste dock vägas mot pantsättarens intresse av att slippa uppsägning av huvudkrediten eller förtida realisation.

9.5 Riskavvikelser

En skada som ligger nära värdeminskning är att säkerhetens värde inte ens från början hade det värde panthavaren förväntat sig. Fakturafordran kan t ex p g a sekundogäldenärens betalningsförmåga ha ett lägre värde än panthavaren förväntat sig eller så kan sekundogäldenären ha invändningar mot att betala. En annan anledning kan vara att någon annan har bättre rätt till fordran. Problematiken om ursprungliga avvikelser är välbekant i köprätten. Skador i anledning av avvikelser från vad förvärvaren förväntat sig kallas där för fel. En väsentlig skillnad mellan de köprättsliga förhållandena och de som är aktuella här är att panthavarens enda legitima intresse av säkerhet i fakturafordringar är riskbegränsning. Termen riskavvikelse kan därför passa bättre än termen fel.

För panthavaren har det liten materiell betydelse att orsaken just är en sådan ursprunglig riskavvikelse. Det centrala är att säkerheten har ett för lågt värde. I många fall är förhållandena sådana att det är aktuellt

[744] Lennander 1977 s 128. Hasselrot 1926 s 161 utan motivering. Jfr BGB § 1218.

med de sanktioner som i föregående avsnitt 9.4 anförts som skydd mot värdeminskning, d v s uppsägning av huvudkrediten, förtida realisation och inte minst komplettering av säkerheten. Panthavaren kan givetvis också utnyttja en sådan skönsmässig uppsägningsrätt som behandlats i avsn 9.2. Betydelsen av ett särskilt skydd mot ursprungliga värdeavvikelser är därför relativt litet. Intresset för ett särskilt sådant skydd ligger först och främst i eventuella möjligheter till mer långtgående sanktionsmöjligheter såsom hävning, skadestånd och straff, men det kan också vara fråga om att omständigheterna inte riktigt motsvarar de krav som säkerhetsavtalet uppställer för uppsägning av huvudkrediten eller för förtida realisation, t ex kan värdet vara stabilt lågt och därför utesluta en förtida realisation. Hur som helst måste frågan om panthavarens skydd mot de här aktuella värdeavvikelserna ses i ljuset av att panthavaren också skyddar sig genom mer generella förbehåll om uppsägningsrätt. Jag har då inte funnit det tillräckligt angeläget att här närmare behandla några oklara frågor om just riskavvikelser.

Här skall därför bara göras några anmärkningar om huvuddragen i den regleringen som finns. Riskavvikelserna kan beskrivas med tre kategorier. En kategori är då ogiltigheter och denna omfattar de fall där sekundogäldenären har invändningar som står sig gentemot panthavaren, d v s invändning om betalning, kvittning, preskription eller annan sådan grund genom vilken fakturafordran upphört eller begränsats. Till ogiltigheterna hör också att fakturafordran aldrig varit giltig m h t avtalsrättsliga ogiltighetsgrunder som tvång, svek, ocker etc. Att panthavaren har skydd och att pantsättaren ansvarar för ogiltigheter framgår uttryckligen av 1 st i 9 § SkbrL.

En annan kategori är sakrättsbelastningar. Beträffande sakrättsbelastningar finns det uttryckliga stödet för pantsättarens ansvar däremot i förarbeten. Med hänvisning till hemulsregeln i 1905 års KöpL sägs där att med ansvar för att någon fordringsrätt ej förelåg måste uppenbarligen likställas att fordringen tillkom annan.[745] Även här har panthavaren således skydd och pantsättaren ansvarar således enl 1 st i 9 § för sakrättsbelastningar som att pantsättaren dubbelförfogat eller förfogat obehörigen över en fordran.

För den tredje kategorin, betalningsproblem hos sekundogäldenären, ansvarar panthavaren främst i de fall han känt till sekundogäldenärens obestånd och att panthavaren saknat kännedom om detta, AvtL 33 § och 30 §.[746] I SkbrL 9 § 2 st stadgas nämligen att pantsättaren bara ansvarar för sekundogäldenärens vederhäftighet om han åtagit sig detta. Denna riskfördelning har också stöd av en generell panträttslig princip med innebörden att panthavaren står risken för att värdera panten riktigt.[747] För säkerhet i enkla fordringar finns det således s a s dubbelt normativt stöd.

Några särskilda motiv för principen att panthavaren står risken och således självständigt skall värdera panten, är svårt att finna. I förarbetena beträffande den skuldebrevsrättsliga principen hänvisar man till ”en i Sverige

[745] NJA II 1936 s 53–54. Walin 1977 s 81, 1997 s 86.
[746] NJA II 1936 s 54. Walin 1977 s 82-83, 1997 s 87.
[747] Se ovan avsn 9.4.1.1. Lennander 1977 s 55.

sedan gammalt erkänd regel" och hänvisar till lagförslag från 1826 och 1850.[748] Vad beträffar den panträttsliga principen kan man tänka sig att pantsättare med kreditbehov tenderar att överskatta säkerheters värde och att panthavare därför ändå inte skulle kunna lita på pantsättarens uppgifter. Den panträttsliga principen kan i någon mån också motiveras med att det finns en poäng i att risken fördelas på samma sätt under pantavtalets bestånd. Principen för värdeförändringar efter ingånget avtal är att panthavaren som regel står risken i den meningen att han inte kan vidta några sanktioner.

Beträffande det i 2 st 9 § SkbrL omnämnda undantaget för särskilt åtagande skulle det kunna hävdas att formuleringen – "utan att han åtagit sig" – innebär ganska stränga krav för att en utfästelse skall anses föreligga. Jämför här formuleringarna i KöpL 40 § "avvek från vad säljaren särskilt har utfäst" och JB 4:19 "avvek från vad säljaren får anses ha utfäst". Man kan också peka på en möjlig skillnad beträffande vad som skall anses utfäst när utgångspunkten är att motparten står risken jämfört med att denne har skydd för sina förväntningar.

9.6 Sekundäromsättning

Panthavaren kan drabbas om pantsättaren omsätter panten i andra hand. I förhållande till andra förvärvare blir panthavaren en tredje man. Enligt omsättningsteorin skall rätten skydda tredje man från skador av omsättning. Eftersom det i många fall är oundvikligt att tredje man påverkas av omsättning handlar det, som nämnts i avsnitt 5.1, närmast om avvägningar mellan omsättningens nytta för parterna och de skador som denna orsakar tredje man. Skadan kan i dessa fall definieras som skillnaden mellan de kostnader som panthavaren får om den pantsatta fordran omsätts jämfört med om den inte omsätts. I jämförelse med kapitel 7 handlar det här om transaktioner som vidtas på ett sådant sätt att de är efterställda panthavarens rätt.

För panthavaren innebär omsättning att han drabbas av skador som liknar de skador som en sekundogäldenär drabbas av vid omsättning. Det finns emellertid vissa skillnader mellan panthavaren och sekundogäldenären som gör den totala skadebilden lite annorlunda. I det följande är det i första hand dessa speciella frågor som skall tas upp. Skador som är i stort sett desamma för sekundogäldenären och panthavaren berörs inte såvida det inte finns anledning att peka på att argumenten kan vara annorlunda.

En väsentlig skillnad mellan sekundogäldenären och panthavaren är att panthavaren typiskt sett har större möjligheter att i avtalet förbehålla sig inskränkningar i motpartens omsättningsmöjligheter. Säkerhetsavtal

[748] NJA II 1936 s 53.

är inte alls lika vanliga som fordringsavtal och säkerhetsavtal uppkommer oftast under sådana förhållanden att det är intressant att utnyttja särskilda villkor. I den mån avtalade omsättningsförbud accepteras är de därför mycket betydelsefulla för panthavarens skydd mot sekundäromsättning. Jag har i det följande emellertid valt att ta upp avtalade omsättningsförbud sist. Frågan om avtalade omsättningsförbud förstås nämligen bäst mot bakgrund av en genomgång av de olika former av skador som omsättningsförbuden avser att skydda mot. Det finns dock anledning att redan här nämna att slutsatsen nedan är att ett avtalat omsättningsförbud bör ge panthavaren ett omfattande skydd.

9.6.1 Ingen informationsplikt

Panthavaren får i anledning av en sekundär omsättningsmöjlighet besvär med förfrågningar från spekulanter och faktiska sekundära förvärvare. Dessa vill i första hand ha en bekräftelse avseende huvudfordrans belopp. I skadehänseende handlar det om motsvarande position som för sekundogäldenärer, se avsnitt 5.2. Vid en avvägning mellan argument som kan framföras i frågan om panthavaren är skyldig att informera spekulanter och faktiska sekundära förvärvare är det, liksom när det gäller sekundogäldenärens skydd, svårt att inte lägga vikt vid att det mer eller mindre saknas normargument för en informationsplikt. Att faktaargumenten här möjligen är något starkare för en informationsplikt förändrar inte slutsatsen. Panthavare är inte skyldiga att informera spekulanter eller faktiska sekundära förvärvare.

> I normhänseende kan liksom för sekundogäldenären framhållas att det saknas uttryckliga normer annat än den skyldighet att tillhandahålla information som stadgas i UB 4:15 vid exekution, se avsnitt 5.2.2. För andra fall än vid exekution saknas således direkta normativa uttalanden. Däremot förekommer det att banker ger andra banker och finansbolag information så länge.[749]
>
> Även faktaargumenten är i stort sett desamma som beträffande sekundogäldenärens position. Bekräftelser från en tredje man, såsom panthavaren, kan vara ett sätt att gynna sekundär omsättning. I den mån denuntiation till panthavaren är nödvändig för att nå sakrättsligt skydd för det sekundära förvärvet, är en skyldighet att bekräfta denuntiationen praktisk.[750] En skillnad som talar för informationsplikt är att panthavarens skador kan anses mindre än sekundogäldenärens eftersom panthavaren har en rättighet att bevaka medan sekundogäldenären typiskt sett bara är förpliktigad. Panthavaren har därför ett intresse ur bevissynpunkt att framhålla sin position.

[749] Jag har frågat bankpersonal som menar att de i dessa fall gör en bedömning i varje enskilt fall, främst kring rimligheten i förfrågan och kring kundens intresse av att inte banksekretessen röjs.
[750] Se avsn 5.2.2.3–5.

Beträffande värdeargumenten har även panthavaren ett visst intresse av integritet. Liksom för sekundogäldenären har förvärvare och spekulanter emellertid redan fått informationen från pantsättaren. En skillnad som här gör en informationsplikt mer acceptabel är att sekundogäldenärer i större utsträckning än panthavare är svaga subjekt.

9.6.2 Informationsansvar

Frågan om panthavaren ansvarar för att informationen är korrekt handlar i första hand om panthavarens ansvar mot en sekundärpanthavare när panthavaren uppgivit ett för lågt belopp på sin huvudfordran. Liksom i motsvarande fråga för sekundogäldenären är en möjlig slutsats att även panthavare ett informationsansvar. En rimlig konsekvens av ett sådant ansvar är att den del av panthavarens verkliga fordran som överstiger den felaktigt uppgivna får sämre prioritet än sekundärpanthavarens fordran.

Normargumenten kretsar liksom för sekundogäldenären, se avsnitt 5.2.3, kring den allmänna culpanormen. Denna talar för ett ansvar för vårdslöst eller uppsåtligt felaktig information. Faktaargument är att panthavaren kan antas vara bäste kostnadsminimerare. Om han nu väljer att lämna information är det han själv som lättast kan minimera kostnaderna genom att ge korrekt information. Värdeargumenten bygger på tillit och att det i vart fall för uppsåtligt felaktig information är svårt att acceptera att sekundogäldenären skulle vara fri från ansvar. Samtidigt är det också så att panthavare typiskt sett är starka subjekt som kan sägas sakna särskilt skyddsbehov i aktuellt hänseende.

9.6.3 Ändringar avseende pantredovisningstransaktionen

Till en sekundär förvärvares intressen hör att panten eller dess värde inte redovisas eller utlämnas till pantsättaren. Om dessa intressen beaktas kan panthavaren drabbas av kostnader. En skyldighet att inte utlämna panten till pantsättaren innebär i princip kostnader för att beakta information och för att bära risken för felaktigt utlämnande. Sträcker sig skyldigheterna längre, såsom till att utlämna respektive redovisa till en sekundär förvärvare, tillkommer kostnader för bl a byte av betalningsort och risker för icke befriande betalningar. Frågan är således i vilken mån rätten skyddar en panthavare mot dessa skador som ändringar avseende pantredovisningen medför?

9.6.3.1 Förpliktigandenormer

När det gäller redovisning av medel kan det med SkbrL 3 §, 10 § och 29 § hävdas att en gäldenär är skyldig att byta betalningsmottagare och betala till en förvärvare, jfr ovan avsnitt 5.3.1.

Det finns också normargument som tar mer direkt sikte på sekundär omsättning. Panthavaren anses således förpliktigad att inte återlämna panten till pantsättaren.[751] Han får inte ens ”medverka till” att sekundogäldenären i god tro om att det inte finns någon sekundärpanthavare betalar till pantsättaren.[752] Det sägs också att panthavaren allmänt har en vårdplikt mot sekundärförvärvaren som ”åtminstone i praktiken följer inomobligatoriska regler”.[753] Med stöd av skuldebrevslagens legitimationsregler anges i doktrinen också att panthavaren är skyldig att utlämna pant till den sekundäre förvärvaren om pantsättaren legitimerat denne.[754] För det fall att varken denne eller pantsättaren är legitimerad kan NedsL anföras.[755]

> I den mån det handlar om att lämna ut den pantsatta fordran kan panthavaren kanske slippa undan problemet genom att meddela sekundogäldenären att han inte längre har några krav, men i övrigt inte vet om sekundärpanthavaren eller pantsättaren är berättigad. Det blir då istället sekundogäldenären som får ta ställning till betalning eller deponering. Vid utlämnande av företagshypoteksbrev står kanhända ingen depositionsmöjlighet öppen. Lösningen måste därför bli därför något annorlunda. Eftersom problemet dock har relativt liten praktisk betydelse för företagshypotek, det handlar ju varken om egendom som förfars eller kan förskingras, och jag ogärna vill ta upp denna fråga utan att behandla flera mer allmänna aspekter, skall jag inte ta upp den här.[756]

9.6.3.2 Skadorna beaktansvärda samtidigt som nyttan är mindre än för primär omsättning

Primärpanthavarens kostnader består alltså i att beakta information och i att bära risken för felaktig pantredovisning. Antaganden om kostnaderna är att de är relativt små vad gäller att beakta och hantera information. Kostnaderna för felaktig pantredovisning kan bli relativt stora om panthavaren fullgör till fel subjekt. Den totala risken är dock liten eftersom riskerna för fel antas vara små. I huvudsak handlar det om professionella kreditgivare.

Beträffande nyttan av sekundärpantsättning kan det antas att denna är lägre än för annan omsättning såsom primärpantsättning. Detta

[751] Lennander 1977 s 201–202.
[752] HD:s majoritet, Höglund, Vängby, Jermsten och Lind, i NJA 1986 s 217.
[753] Lennander 1977 s 204.
[754] Lennander 1977 s 231.
[755] Jfr avsn 5.3.3.4.
[756] Beträffande pantobjekt har hävdats att panthavaren kan lämna ut panten till pantsättaren om det inte är uppenbart att den tillkommer sekundärpanthavaren, se Undén 1976 s 209, Lennander 1977 s 232-233, Hasselrot 1905 s 1764, 1926 s 171. Jfr Tiberg/Lennhammer 1995 s 50–54. Jfr också JustR Håstads tillägg i NJA 2001 s 292.

eftersom riskerna med kredit mot sekundärpant kan antas vara typiskt sett större. Å andra sidan kan det av parterna upplevda värdet vara särskilt stort eftersom dessa krediter oftare än andra kan antas vara aktuella i krissituationer. Samtidigt kan det dock finnas sekundärpantkrediter som innebär ett mycket lågt risktagande.

9.6.3.3 Panthavaren är bäste kostnadsminimerare

När det sedan gäller vem som är den bäste att minimera kostnaderna för att beakta informationen och för felaktig pantredovisning kan det konstateras att primärpanthavaren styr över sin administration. Bäst att minimera kostnaderna för svårhanterad och svårtydd information är emellertid pantsättaren och sekundärpanthavaren.

Till frågan om bäste kostnadsminimerare hör också att det är primärpanthavaren som initialt belastas av kostnaderna. Om sekundärpanthavaren skulle kompensera primärpanthavaren skulle detta leda till transaktionskostnader även om det många gånger bara handlade om att primärpanthavaren kunde tillgodoräkna sig viss ersättning ur redovisningen. Om ingen kompensation utgår kommer primärpanthavaren å andra sidan att kompensera sig för riskerna redan i avtalet med pantsättaren. Härmed kommer även de avtal där sekundärpantsättning inte sker att belastas av antingen kostnader för primärpanthavarens risktagande eller av transaktionskostnader för att undvika risken.

Några särskilt beaktansvärda värdeargument är svårt att finna i frågan. En aspekt är dock att primärpanthavaren är professionell. Han kan därför kalkylera med nämnda risker och skapa förutsättningar för att kunna stå nämnda skador.

9.6.3.4 Panthavaren skall bära kostnaderna primärt

Slutsatsvis talar normargumenten relativt tydligt för att primärpanthavaren skall stå kostnaderna för ändringar avseende pantredovisningstransaktionen. Primärpanthavaren är med ledning av de nämnda argumenten skyldig att inte redovisa medel eller utlämna panten till pantsättaren och får därför primärt stå kostnaderna för att beakta information och för att bära risken för felaktig redovisning. Det hela kan också uttryckas så att primärpanthavaren är skyldig att redovisa till sekundärpanthavaren. Denna lösning motsägs inte av faktaargumenten även om det antas att nyttan av sekundärpant är mindre än för andra transaktioner. Eftersom det inte heller finns några beaktansvärda värdeargument mot en sådan ordning får normargumenten företräde.

9.6.4 Ingen särskild vårdplikt

Till en sekundär förvärvares intressen hör inte bara att panten eller dess värde redovisas till honom utan också att panten vårdas. Eftersom panthavaren oavsett om säkerheten omsätts har ett visst vårdansvar gentemot pantsättaren, finns det i princip bara anledning att räkna med en skada för panthavaren om förvärvaren av någon anledning har större möjligheter att ställa panthavaren till svars. Att panthavaren genom förbehåll begränsar sitt ansvar gentemot pantsättaren är vanligt. Frågan är här i vilken mån dessa begränsningar även begränsar ett eventuellt ansvar gentemot en förvärvare, eller om man så vill, i vilken mån panthavaren över huvud taget ansvarar för säkerhetens vård gentemot en förvärvare?

Som nämnts i föregående avsnitt finns uttalanden om att panthavaren gentemot en sekundärpanthavare har ett ansvar som ”åtminstone i praktiken följer inomobligatoriska regler”.[757] Vad gäller vårdplikten bygger detta normargument på en princip om surrogationsrätt. En sekundärpanthavare anses ha surrogationsrätt i den ersättningsfordran som pantsättaren får om panthavaren åsidosätter sin vårdplikt och panten skadas. Med utgångspunkt häri framförs sedan att panthavaren inte har några särskilda förpliktelser mot en sekundärpanthavare.[758] En sekundärpanthavare anses helt enkelt bara härleda sin rätt från pantsättaren.[759]

När det gäller faktaargument är ett antagande att avtalade begränsningar av vårdplikten är vanliga. Om ansvarsbegränsningar inte gällde mot sekundärpanthavare skulle det därför vara i ganska många fall av sekundärpantsättning som primärpanthavaren skulle stå ökade risker. En sådan ordning skulle antagligen leda till transaktionskostnader för att panthavare på olika sätt försäkrar sig om att sekundärpantsättning inte blir aktuellt. Ett alternativ är att pantsättaren får betala för en vårdplikt inte blir aktuell. Hur som helst förefaller det saknas några starka faktaargument för att primärpanthavaren skall stå ett större ansvar mot sekundärpanthavaren.

Motsvarande gäller värdeargumenten. Här är det t o m snarare argument om att det inte är rimligt att primärpanthavaren skall få en vidare vårdplikt än han åtagit sig mot pantsättaren, som gör sig gällande.

En möjlig *slutsats* är därför att primärpanthavaren inte skall ha någon egentlig vårdplikt som riktar sig mot sekundärpanthavaren. Sekundär-

[757] Lennander 1977 s 204.
[758] Lennander 1977 s 204–205.
[759] Lennander 1977 s 204 som också anmärker att detta är till skillnad från ansvaret mot borgensmän. Vid borgen står panthavaren själv i avtalsförbindelse med borgensmännen och har därför ett självständigt ansvar mot dem.

panthavarens position kan då beskrivas som en surrogationsrätt till den ersättning vårdplikten mot pantsättaren kan ge.

9.6.5 Sekundärpanthavares realisation

En sekundär förvärvare av den pantsatta fordran kan ha intresse av att förfoga över denna. I de fall det handlar om förfoganden med förbehåll för panthavarens rätt utgör förfogandena bara ytterligare omsättning och förhållandena förefaller i allt väsentligt motsvara sekundär omsättning av pantsättaren. Annorlunda förhåller det sig emellertid med förfoganden där den sekundäre förvärvaren vill förfoga över panten på ett sådant sätt att panthavarens rätt upphör. Typfallet är när en sekundär panthavare vill realisera den pantsatta fordran för att söka betalning ur den. De skador panthavaren kan lida om ett sådant förfogande accepteras har att göra med att panthavarens position då inte består. Panthavaren kan skadas av att behöva få betalt i förtid helt enkelt för att avtalet då inte består under den utsatta tiden. Frågan är i vilken mån panthavaren skall skyddas mot dessa skador – i vilken mån skall sekundärpanthavaren alls ha realisationsrätt mot primärpanthavarens vilja?

> Eftersom detta avsnitt om sekundär omsättning handlar om transaktioner som vidtas på ett sådant sätt att de är efterställda panthavarens rätt är det inte fråga om skador p g a att panthavarens rätt utsläcks eller efterställs annan rätt. De fallen behandlas närmast i kapitel 7. Möjligheterna för en sekundär förvärvare att utsläcka primärpanthavares rätt är små eftersom enkla fordringar inte kan godtrosförvärvas.

Normargumenten är delvis motsägelsefulla redan i frågan om sekundärpanthavare har realisationsrätt. Tydligt är att en sekundärpanthavare har möjlighet att få säkerhet realiserad om han använder sig av exekution. Enligt UB 8:11 har utmätningsborgenärer rätt att få säkerhet realiserad om primärpanthavaren genom försäljningen får betalt för sin huvudfordran. Enligt vissa doktrinuttalanden är detta den enda vägen att gå för en sekundärpanthavare.[760] En annan uppfattning är emellertid att sekundärpanthavaren lika väl som pantsättaren kan realisera med förbehåll för primärpanthavarens rätt. För fordringar kommer dock indrivning först i fråga och sekundärpanthavaren hävdas i princip ha indrivningsrätt för hela beloppet. [761]

> Det finns också normargument beträffande den alternativa möjligheten att sekundärpanthavaren löser ut primärpanthavaren genom att betala dennes huvudfordran. En sådan lösning kräver i princip primärpanthavarens sam-

[760] Undén 1976 s 211–212.
[761] Walin 1991 s 331–333, 1998 s 343–344.

tycke m h t normer om förtidsbetalning och uppsägning av kredit som löper tillsvidare.[762]

I faktahänseende är det lätt att anta att ett krav på exekution innebär större kostnader för sekundärpanthavaren. Med en självständig realisationsmöjlighet kan realisationen bli mindre omständlig. Å andra sidan innebär ett krav på exekution viss ordning och reda. Om sekundärpanthavaren mot primärpanthavarens vilja agerar självständigt gentemot sekundogäldenären eller en förvärvare av den pantsatta fordran, uppstår en rad praktiska problem med att styrka sekundärpanthavarens behörighet. Om realisationen istället sköts av tredje man, som dessutom är en myndighet, kan man minimera en del av dessa problem.

Ser vi till panthavarens skador kan det noteras att förtidsbetalning i vissa fall medför att en primärpanthavare inte genom en förtidsbetalning kan kompenseras annat än enligt en schablonbedömning. Om panthavarens huvudkredit löper med rörlig ränta eller villkor som bygger på osäkerhet om framtiden kan en förtidsbetalning bara utgöra en uppskattning av de ränteförtjänster han skulle ha gjort på avtalet. Å andra sidan kan det hävdas att krediter som löper med en ordinär form av rörlig ränta alltid kan ersättas med ett nytt kreditavtal. Vad primärpanthavaren skall kompenseras för är i så fall kostnaderna för att skaffa ett nytt kreditavtal och eventuella räntemarginaler som panthavaren hade enligt det gamla.

Primärpanthavarens skador skall vägas mot nyttan av den ytterligare sekundära omsättning som kan antas följa om sekundärpantsättaren ges en självständig realisationsrätt, jämfört med enbart en exekutionsmöjlighet eller ett krav på samtycke från primärpanthavaren. Till saken hör då även här att nyttan av sekundärpantsättning kan hävdas vara lägre än för primärpantsättning, se avsn 9.6.3.2.

Ett värdeargument i frågan är att en lösning där primärpanthavarens samtycke krävs skulle försätta primärpanthavaren i en position där han i vissa fall skulle kunna kräva överkompensation från sekundärpanthavaren. Om sekundärpanthavaren vid utebliven realisation kan beräkna en förlust av viss storlek, kommer han att vara beredd att betala varje belopp som är mindre än denna förlust till primärpanthavaren för att få dennes samtycke.

Av de nämnda argumenten är det möjligt att dra den pragmatiska slutsatsen att sekundärpanthavaren självständigt bör kunna realisera säkerheten i de fall det inte blir praktiska problem med en sådan realisation. Omständigheterna kan ju vara sådana att sekundärpanthavarens behörighet går att styrka tillräckligt trots att primärpanthavaren mot-

[762] Se avsn 5.7.1.5.

sätter sig realisationen. I de fall det blir praktiska problem får sekundärpanthavaren istället använda sig av exekution.

9.6.6 Begränsning av pantsättarens företrädesrätt för ökad huvudkredit

En ganska grundläggande fråga om panthavarens skydd mot sekundär omsättning rör i vilken mån det sekundära förvärvet inskränker panthavarens möjligheter att få betalt ur panten. Att primärpanthavaren har företräde till utdelning för huvudkrediten är givet, men i vissa fall är det inte självklart hur huvudkrediten skall definieras. Vid checkkredit, generalpant och andra förhållanden där panthavaren har begränsat inflytande över huvudkreditens storlek kan det vara mer eller mindre förutsatt att huvudkrediten kan eller skall öka. Om panthavaren inte får företräde även för det ökade beloppet kan man tala om att sekundäromsättningen innebär en skada för primärpanthavaren. Frågan är här i vilken mån rätten skyddar panthavarens intresse av säkerhet för ökad huvudkredit mot den sekundäre förvärvarens intressen av att ta säkerheten i anspråk?

Vid exempelvis checkkredit kan primärpanthavaren och pantsättaren ha avtalat om en limit. För primärpanthavaren innebär avtalet då att han med viss sannolikhet kommer att kunna göra en ränteförtjänst på en huvudkredit som varierar ända upp till limitbeloppet. Om primärpanthavaren inte får företräde för hela detta belopp innebär det sekundära förvärvet att primärpanthavaren måste sänka limitgränsen. En sådan princip är givetvis fullt tänkbar även om den kan vara förenad med vissa praktiska problem m h t att huvudkrediten kan öka innan panthavaren hinner agera. För primärpanthavaren innebär den dock att han går miste om en förtjänstmöjlighet och att han får olägenheten av att behöva agera genom att sänka limitgränsen.

En variant är att huvudkrediten fluktuerar så att den först minskar men sedan återgår till den nivå som förelåg då primärpanthavaren fick kännedom om sekundärpantsättningen. Om primärpanthavaren endast fick företräde till det lägsta beloppet skulle detta för checkkredit innebära att pantsättaren inte skulle kunna lyfta något ytterligare belopp samtidigt som checkkreditens limit skulle minska varje gång det flöt in medel på kontot.

Betydelsen av panthavarens skada eller olägenhet skall inte överdrivas. Vad pantsättaren gjort är ju att vända sig till en annan kreditgivare istället för att utöka sin kredit hos primärpanthavaren. Ett sätt att se på saken är därför att primärpanthavaren inte lider någon annan skada än vad som alltid är följden av att ett avtal utesluter ett annat. Vad som lyfts fram i detta avsnitt är dock att ett sådant synsätt är lika lite självklart som det motsatta.

9.6.6.1 Begränsningsnormer

Med normargument i frågan kan det hävdas att en primärpanthavare inte får utöka sin kredit med företräde framför en sekundär förvärvare.[763] Som en ökning räknas då inte ränta. För de här aktuella förhållandena med ”rörlig” huvudkredit hävdas dock att ”maximibeloppet” är gränssättande. Vid checkkredit o likn skulle således limitbeloppet vara avgörande för företrädet. Beträffande generalpantförhållanden finns det normargument för att sekundärpanthavaren skall få företräde. En ökning av huvudkrediten skall i princip inte få företräde. Sekundärpantsättningen betraktas av vissa som en uppsägning från pantsättaren.[764]

För andra fall än checkkredit finns också normargument för att primärpanthavarens säkerhetsrätt skall krympa vid amorteringar. Primärpanthavaren skall alltså inte få företrädesrätt om han ger pantsättaren förnyad kredit upp till den nivå som huvudkrediten hade vid sekundärpantsättningen.[765]

> Det är givetvis möjligt att sekundärpanthavare och primärpanthavare sluter avtal om hur situationen skall hanteras. Sekundärpanthavaren kan exempelvis i sitt meddelande till primärpanthavaren begära att denne åtar sig att inte öka sin huvudkredit annat än som efterställd tredje panthavare.[766]

Till normargumenten hör också reglerna för exekutionsborgenärer. Vid exekution i överhypoteket kommer exekutionsborgenären att begränsa primärpanthavarens företräde. Säkerheten kan realiseras så länge primärpanthavaren får betalt för den fordran han har vid tillfället för exekutionen, se UB 8:13.

9.6.6.2 Checkkredit nyttigare men generalpant mindre nyttig än sekundärpant

Ett antagande om fakta beträffande checkkreditformen är att en sekundärpanthavare sällan har intresse av att inskränka pantsättarens möjlig-

[763] Rodhe 1984 s 473–474. Lennander 1977 s 198. Walin 1998 s 46, 1995 s 59. Jfr Taxell 1949 s 89.

[764] Lennander 1977 s 198. Walin 1998 s 46–49. Rodhe 1984 s 473–474. Håstad 1996 s 331–332.

[765] Lennander 1977 s 199. Rodhe 1984 s 474–475. Walin 1998 s 49. Man kan emellertid ifrågasätta om sådana överenskommelser görs i praktiken.

[766] Ovan angivna Lennander, Walin, Rodhe och Håstad anger samtliga denna lösning för bankförhållanden med hänvisning till att bankerna brukar komma överens om en sådan lösning, se Håstad 1996 s 331–332 och Bankformulär. Håstad tar också upp frågan om sekundärpanthavaren kan anses få sakrättsligt skydd när primärpanthavaren har möjlighet att utöka sin kredit. Den frågan faller utanför den ram jag lagt upp här även om en avsaknad av skydd skulle påverka vissa av fakta- och värdeargumenten nedan. Jag har där utgått från att sekundärpanthavaren får skydd, men härmed inte tagit ställning i frågan.

heter att fortsätta utnyttja checkkrediten upp till limitbeloppet. En kreditmöjlighet är typiskt sett till fördel för pantsättarens finansiering och därmed även för sekundärpanthavaren. Om sekundärpanthavaren skulle ha intresse av att ta över hela säkerheten ligger det närmast till hands att sekundärpanthavaren ger pantsättaren sådan kredit att primärpanthavaren får betalt och löses ut redan från början. De fall där sekundärpanthavaren har intresse av att tränga ut primärpanthavaren är antagligen främst då sekundärpanthavaren bedömer risken som påtaglig för att pantsättaren inte kommer att kunna betala annat än genom att säkerheten tas i anspråk. Kredit med sådana förutsättningar kan i det övervägande antalet fall antas vara mindre nyttig än annan kredit.

Till saken hör också att en sekundärpanthavare som verkligen vill inskränka pantsättarens möjligheter att utöka krediten, kan ställa som villkor att pantsättaren först omförhandlar med primärpanthavaren och sänker limiten. Visserligen finns det fall där det saknas praktiska möjligheter att ordna förhållandena på detta vis, men i de flesta fall är detta antagligen möjligt.

I de fall där primärpanthavaren har generalpant kan huvudkrediten öka av olika anledningar som primärpanthavaren inte kan styra över. Det kan t ex vara fråga om att en skadeståndsfordran uppstår för primärpanthavaren. Säkerheten innebär i dessa delar ett skydd mot riskerna för ökad huvudkredit. Om en sekundär förvärvare skulle få företräde förlorar primärpanthavaren detta skydd. Samtidigt skall det noteras att primärpanthavarens intresse typiskt sett rör en mindre risk än den sekundäre förvärvarens. Den sekundäre förvärvaren har typiskt sett antingen köpt rätten till säkerhetsobjektet eller fått sekundär säkerhet för en existerande fordran, medan primärpanthavaren bara riskerar att få en ökad huvudkredit. Även om sannolikheterna inte alltid förhåller sig på detta vis är det således antagligen vanligast att primärpanthavaren står en mindre risk än den sekundäre förvärvaren. Lägger vi härtill sedan att primärpanthavaren har begränsade möjligheter att styra över om huvudkrediten ökar kan det antas att nyttan av att primärpanthavaren får säkerhet typiskt sett är mindre än nyttan av sekundärpanthavarens säkerhet. Typiskt sett bidrar ett företräde för primärpanthavaren i mindre utsträckning till att omsättning kommer till stånd än vad ett företräde för sekundärpanthavaren gör. Bidraget till att primärpanthavarens huvudkredit ökar är litet eftersom det här handlar om fall där panthavaren har begränsat inflytande över denna omständighet och bidraget till att den ursprungliga huvudkrediten kommer till stånd kan också antas begränsat eftersom det bara handlar om en risk för ökad huvudkredit.

Till saken hör här också primärpanthavarens möjligheter att avtala bort sekundär förfoganderätt, se nedan avsn 9.6.7. Om primärpantha-

varen ges sådana möjligheter att begränsa sekundära förvärv kan primärpanthavaren skydda sig på detta sätt om han anser det betydelsefullt.

9.6.6.3 Konkurrensbegränsning och illojalt undanträngande

När det gäller värdeargument i en avvägning mellan primärpanthavares och sekundära förvärvares intressen kan man möjligen finna sådana i den mån det är så att primärpanthavare tenderar att vara stora etablerade kreditgivare och sekundära förvärvare tenderar att vara små. Möjligen kan man rent av tala om en värdeladdning redan i det faktum att ett företräde för primärpanthavaren i någon mån kan förefalla konkurrensbegränsande. När pantsättaren överväger att utöka sin kredit har primärpanthavaren genom en fördel gentemot konkurrerande kreditgivare om primärpanthavaren ges företräde för en ökning. Eftersom pantsättaren då efter en sekundärpantsättning kan vända sig till primärpanthavaren och utöka krediten hos denne tar de konkurrerande kreditgivarna en större risk än primärpanthavaren. I vissa fall kan förhållandena och beloppen vara sådana att primärpanthavaren i realiteten är det enda möjliga alternativet.

Ett annat argument som främst kan hänföras till värdekategorin är att det under vissa omständigheter kan förefalla stötande att pantsättaren kan öka sin kredit hos primärpanthavaren och på så sätt tränga ut dem från möjligheten att få betalt ur säkerhetsobjektet. Det handlar t ex om att krediten ökas just i syfte att tränga undan sekundärpanthavaren för att få ett bättre förhandlingsläge eller åstadkomma en för andra gynnsammare fördelning i en konkurs.

9.6.6.4 Företräde vid checkkredit, men inte vid generalpant

Det skall understrykas att vad som behandlats ovan är de fall där panthavaren har begränsat inflytande över huvudkreditens storlek och det är mer eller mindre förutsatt att huvudkrediten kan eller skall öka. Fallen då primärpanthavaren ger pantsättaren vad vi kan kalla ny kredit hör alltså inte hit. I dessa fall lider panthavaren inte större skada av ett sekundärt förfogande på annat sätt än vad varje möjlig avtalspart lider skada då avtal istället ingås mellan två andra parter.

För de fall där det inte är fråga om ny kredit framgår av de anförda argumenten att det finns anledning att skilja mellan huvudkrediter med olika sannolikhet för en ökning. I de fall ökningsmöjligheten såsom vid checkkredit är manifesterad i någon form av kreditlimit el likn talar såväl norm som fakta för att primärpanthavaren skall få företräde för en inom ramen för limiten. En sekundär förvärvare som inte vill acceptera ett sådant företräde får ställa som villkor för sin kredit att pantsättaren

omförhandlar och sänker sin limit hos primärpanthavaren. Om den sekundäre förvärvaren redan gjort sitt förvärv får han använda sig av exekution för att få tillstånd en förkortning av tiden inom vilken primärpanthavarens huvudkrediten kan öka.

För fall där sannolikheten för ökning typiskt sett är liten, såsom vid generalpant, är en möjlig slutsats däremot att primärpanthavaren inte skall få företräde.

> En fråga är sedan om den sekundäre förvärvarens företräde skall räknas från tidpunkten för denuntiation till sekundogäldenären, eller från den tidpunkt primärpanthavaren får någon form av kännedom om det sekundära förvärvet. Med hänsyn till primärpanthavarens intressen ligger det nära till hands att förorda det senare.

9.6.6.5 Ingen begränsning av pantsättarens företrädesrätt vid flera säkerheter

En variant på förhållandena som behandlats ovan är att primärpanthavaren även har annan säkerhet än den som sekundärpantsatts och att primärpanthavaren, p g a t ex värdeminskning för denna andra säkerhet, föredrar att använda den säkerhet som sekundärpantsatts. Frågan är här i vilken mån rätten skyddar panthavarens intresse av säkerhet mot den sekundäre förvärvarens intressen av säkerhet?

Med stöd av ett relativt välkänt rättsfall, NJA 1984 s 185, som brukar kallas Kullgrens Enka, anses primärpanthavaren ha rätt att välja vilken säkerhet han vill ta i anspråk. Primärpanthavaren anses m a o ha företräde även om han inte behöver ta i anspråk just den säkerhet som är sekundärpantsatt. Den nämnda principen har diskuterats på många håll i doktrinen. Det finns också flera konstruktiva förslag på hur man bättre skulle kunna ta hänsyn till sekundärpanthavares och liknande fordringsägares intressen.[767] Den valrätt som stipuleras i rättsfallet leder nämligen till ett visst utrymme för att primärpanthavaren väljer på sätt som gynnar närstående subjekt eller rent av att primärpanthavaren säljer sin valrätt till den fordringsägare som är beredd att dela med sig av den utdelning som primärpanthavarens val kan medföra.

Frågan om primärpanthavarens valrätt är intressant och föranleder en rad överväganden. För det syfte som här är aktuellt saknas det dock anledning att angripa alla dimensioner av frågan. Med primärpanthavarens intressen för ögonen är det tillräckligt att konstatera att alla normargument i frågan utgår från att primärpanthavaren skall ha fullt skydd. Den nämnda diskussionen rör istället frågan om i vilken mån primär-

[767] Folkesson 1996 s 167–177. Håstad 1996 s 139–143. Walin 1998 s 247–250, 1987 s 87–88. Lindskog 1993 s 514–516. Gregow 1993 s 218–220.

panthavaren skall kunna styra hur utdelningen till övriga fordringsägare skall bli.

9.6.6.6 Inget företräde för kvittning med en redovisningsfordran

En annan variant av förhållandena ovan, rör de situationer då primärpanthavaren har en redovisningsskuld till pantsättaren för att säkerheten realiserats med överskott. Om primärpanthavaren i dessa fall har en annan fordran på pantsättaren har han intresse av att kvitta denna mot redovisningsskulden. Frågan är då i vilken mån primärpanthavaren skall ha företräde för sådan kvittningsrätt?

I avsnitt 8.8.1 har hävdats att panthavaren inte skall ha sådan rätt gentemot pantsättaren annat än då fordringarna är konnexa, d v s vid pant att det är fråga om ersättning för realisationskostnader o likn. I förhållande till sekundärpanthavare är normargumenten i doktrinen ganska tydliga mot ett företräde för kvittning.[768] Argumenten i övrigt ansluter väl till vad som ovan nämnts om sannolikheten för att primärpanthavaren alls behöver ta i anspråk säkerheten utöver huvudfordrans belopp vid det sekundära förvärvet. Att primärpanthavaren hamnar i en kvittningsposition som han har reellt behov av att utnyttja är typiskt mindre sannolikt än att sekundärpanthavaren behöver utnyttja säkerheten.

9.6.7 Olika intressen beträffande anstånd o likn

I anslutning till de senast föregående avsnitten skall också uppmärksammas att en sekundär förvärvare kan ha intresse av att agera annorlunda gentemot sekundogäldenären eller pantsättaren än vad panthavaren har intresse av. Den sekundäre förvärvaren kan t ex föredra att sekundogäldenären eller pantsättaren betalar på förfallodagen medan panthavaren vill ge anstånd. Frågan är då i vilken mån den sekundäre förvärvarens intressen skall tillåtas påverka panthavarens position?

Med normargument kan det hävdas att det ”i princip inte åvilar primärpanthavaren några förpliktelser gentemot sekundärpanthavaren med avseende på hur han utövar sina rättigheter som fordringshavare.” [769]

> Beträffande anstånd skall det dock anmärkas att denna fråga i huvudsak faller inom ramen för två andra frågor som redan behandlats. Ett anstånd till

[768] Lennander 1977 s 285. Jfr Håstad 1980 s 61.

[769] Lennander 1977 s 205–207. Jfr NJA 2002 s 11 beträffande förlängning av panthavares kredit efter pantsättarens överlåtelse av panten. Vid överlåtelse har förvärvaren ett större intresse av att anstånd inte ges än vad en sekundärpanthavare har, i vart fall om sekundärpanthavaren ges självständig realisationsrätt, se avsn 9.6.5.

sekundogäldenären är något som har med säkerhetens värde att göra. Primärpanthavarens agerande faller därför inom det område vårdplikten avser att reglera. En lösning blir därför att primärpanthavaren bestämmer men att han ansvarar för att hans beslut inte kommer i strid med vårdplikten. Om primärpanthavaren inte avtalat bort vårdplikten i detta avseende står han därför ansvaret för att de anstånd som han beviljat inte är vårdslöst.

Ett anstånd till pantsättaren påverkar däremot inte direkt säkerhetens värde och det kan därför hävdas att ett sådant anstånd inte i första hand regleras av vårdplikt. Däremot kan den sekundäre förvärvaren påverkas genom att primärpanthavarens huvudkredit ökar genom ränta. Vid anstånd ökar ju huvudkrediten med räntan för anståndsperioden, såvida inte denna ränta betalas separat. Trots att det som ovan nämnts i princip inte bör vara möjligt för primärpanthavaren att utöka sin huvudkredit finns det alltså normargument om att primärpanthavaren kan medge anstånd.[770] Att utöka huvudkrediten genom anstånd och räntor skall således accepteras. Principen kan med faktaargument motiveras på så vis att det handlar om ett begränsat utrymme för ökning av huvudkrediten. En sekundärpanthavare kan enligt ovan kräva sin rätt genom realisation eller exekution när dennes huvudkredit förfallit.

9.6.7 Avtalade sekundäromsättningsförbud

Många av de skador som panthavaren kan drabbas av enligt ovan förefaller kunna undvikas om en avtalsklausul som förbjuder sekundär omsättning tillerkänns effekter. Frågan är därför i vilken mån en primärpanthavaren skall kunna skydda sig genom en avtalsklausul som förbjuder sekundär omsättning? Till saken hör då att det i factoringavtal är vanligt med ”överlåtelseförbud” och förbud mot ”parallellavtal” enligt vilka kredittagaren inte får överlåta fakturafordringarna på annan.[771] Frågan kan jämföras med motsvarande fråga om förbud i sekundogäldenärens intresse, se avsnitt 5.9. Den argumentation som anförts där är i väsentliga delar användbar även här.

9.6.7.1 Omsättningsförbudsnormer

För sekundäromsättningsförbud finns det tydliga generella normargument enligt vilka ett omsättningsförbud har verkan mellan parterna men inte gentemot tredje man.[772] De är kortfattade och framförs utan närmare motivering.

> Som normativt stöd anförs dock att ett syfte med lag 1936:88, som nämnts, var att förhindra att panthavare motsatte sig sekundärpantsättning.[773] I den tidigare regeln från 1872 fanns ett krav på godkännande från primärpanthavaren men detta togs alltså bort. Man kan emellertid ifrågasätta styrkan i att

[770] Lennander 1977 s 205–207.
[771] Motsvarande ofta kortfattade formuleringar förefaller finnas i de flesta factoringavtal.
[772] Karlgren 1959 s 144. Lennander 1977 s 196.
[773] Lennander 1977 s 196 not 40.

ett borttagande av ett godkännandekrav också skulle medföra att aktivt uppställda förbud frånkänns verkan.

Till normargumenten hör också UB 5:5 och KonkL 3:3. Som nämnts i avsnitt 5.9 innebär dessa att vissa omsättningsförbud saknar verkan mot exekutionsborgenärer. Som regel anses onerösa omsättningsförbud vara utan sådan verkan. De här aktuella sekundäromsättningsförbuden hör för det mesta till denna kategori. Som också nämnts i avsnitt 5.9 kan de nämnda reglerna även anses tala för att omsättningsförbud skall sakna verkan mot förvärvare. Som nämnts där kan det dock hävdas att detta argument inte är särskilt starkt.

Det kan anmärkas att UB 8:11 däremot inte utgör något direkt normativt stöd för att omsättningsförbud skulle sakna verkan mot exekutionsborgenärer. Visserligen stadgas där att primärpanthavare är skyldig att ta betalt i förtid, men regeln tar sikte på förhållandet att något omsättningsförbud inte föreligger.

9.6.7.2 Påföljdsnormer och deras effekter

De nämnda normargumenten skall ställas i relation till andra normer som påverkar normernas effekterna. En sådan norm är att den obligationsrättsliga verkan kan leda till en hävningsrätt för panthavaren. Härigenom blir risken stor för att panthavaren får realisera egendomen. Det får nämligen antas att pantsättaren typiskt sett har små möjlighet att betala huvudfordran i ett läge där han väljer att omsätta den pantsatta fordran sekundärt. I praktiken kommer en överträdelse av ett omsättningsförbud därmed att innebära att pantsättaren gör sig av med äganderätten till den pantsatta fordran.

En annan norm är att skadestånd p g a överträdelse av pantavtalet anses vara en del av huvudfordringsförhållandet och därmed ha prioritet framför en sekundär förvärvare. Den sekundäre förvärvaren blir således helt eller delvis undanträngd av panthavaren.

Detta är i och för sig inte en nödvändig effekt. Man skulle kunna hävda att normen om att skadeståndet är prioriterat som en del av huvudfordringen är underordnad normen om att omsättningsförbud inte har verkan mot tredje man. Skadeståndsanspråket skulle då bli efterställt tredje mans rätt.

Det skall i sammanhanget också anmärkas att möjligheterna att använda ett avtalat beloppsbestämt skadestånd för att på så vis mer eller mindre säkert helt undanträngа en sekundär förvärvare är begränsade. Sådana villkor kan komma i konflikt med 37 § AvtL eller de allmänna reglerna om ocker, jfr avsnitt 8.2.7.

Mot bakgrund av det nämnda kan det antas att utrymmet är stort för att med ett omsättningsförbud som bara har obligationsrättslig verkan ändå nå betydande verkningar mot tredje man. Skillnaden mellan obligationsrättslig verkan och verkan mot tredje man skulle därför i praktiken

inte vara stor. Faktaargumenten avseende obligationsrättslig och sakrättslig verkan kommer därmed att vara ganska näraliggande.

9.6.7.3 Överlåtelsenormen

En tredje norm av betydelse är att omsättningsformen överlåtelse anses ha effekten att pantsättaren inte kan omsätta objektet sekundärt. Mot bakgrund av vad som nämnts i avsnitt 4.5.3 kan det vara ett väl så användbart alternativ för parterna vid säkerhet i fakturafordringar att använda en konstruktion som skulle klassificeras som överlåtelse. Förvärvaren behöver inte nödvändigtvis stå någon kreditrisk. För att undvika pantavtalsklassificeringen och rättsverkan av den här aktuella normen om att omsättningsförbud inte skulle ha verkan mot tredje man får han kanske dock åta sig t ex besväret med att hantera besvärliga fordringar.

9.6.7.4 Nyttan av omsättningsförbud

I faktaargumentationen skall med omsättningsteorin nyttan av omsättningsförbudet ställas mot nyttan av den förlorade sekundärtransaktionen. Det är då svårt att bortse från att en transaktion alltid utesluter andra möjligheter. Avtal med omsättningsförbud skiljer sig därför i princip inte från andra avtal. Med omsättningsteorin innebär en möjlighet att åstadkomma omsättningsförbud därför i princip att det blir fler omsättningstransaktioner eller att den nytta parterna upplever blir större. Se även sekundogäldenärens omsättningsförbud, avsn 5.9.

Som faktaargument skall vidare antas att panthavarens möjligheter att i pantavtalet få med ett omsättningsförbud är ganska stora. Vid ingående av pantavtal har parterna möjligheter att anpassa avtalsvillkoren. Detta då sagt som jämförelse med fordringsavtal där parterna ofta inte har reella möjligheter att diskutera några villkor, se avsnitt 5.9.6. Panthavare är vidare typiskt sett en stark part jämfört med pantsättare och har därför möjlighet att diktera den typ av detaljvillkor som ett sekundäromsättningsförbud utgör. Således finns det vissa faktorer som talar för att ett tydligt accepterande av omsättningsförbud skulle få en viss utbredning. Mot en sådan utveckling talar dock att en del av panthavarna har intresse av att i andra förhållanden kunna bli sekundärpanthavare respektive att kunna få betalt som exekutionsborgenärer. Det är således möjligt att panthavarna själva skulle finna en balans mellan fall där förbud används respektive inte används.

Ett antagande om att omsättningsförbuden skulle få betydande utbredning innebär inte nödvändigtvis negativa effekter vad avser verkan mot förvärvare. Visserligen har föreställningen om att alla omsättningsmöjligheter är viktiga betydelse, men för sekundärpant ligger det nära

till hands att också föreställa sig positiva konsekvenser av ett förbud. Sekundärpant förknippas med högriskkredit. Krediter som den ordinarie kreditgivaren inte själv är beredd att ge. Ofta p g a bedömningen att pantsättaren inte bör ha mer extern finansiering.

9.6.7.5 Kostnader för omsättningsförbud

Till faktaargumenten hör också att effekterna av att omsättningsförbud skulle ha verkan mot förvärvare föranleder små verkställandekostnader. I förhållande till den sekundäre förvärvaren behöver panthavaren i princip bara ignorera den sekundära transaktionen och redovisa till pantsättaren. Möjligen kan det i vissa fall bli nödvändigt att gentemot sekundogäldenären markera att han inte får beakta den sekundära omsättningen. I bevishänseende kan det också vara nödvändigt att upplysa den sekundäre förvärvaren om att denne inte har gjort något giltigt förvärv.

När det gäller verkan mot exekutionsborgenärer är fakta emellertid att en sådan antagligen skulle få relativt stora negativa konsekvenser. Med ett antagande om att omsättningsförbud skulle bli frekventa om de tydligt erkändes, så skulle antalet undandraganden antagligen bli stort eftersom de kunde döljas i mängden. Detsamma gäller de negativa konsekvenserna för exekutionsborgenärer över huvud taget. Om sekundäromsättningsförbud blir generellt utbredda blir det antagligen betydligt svårare att finna utmätningsbar egendom. Att behöva vänta ut en primärpanthavare eller göra upp med denne blir antagligen ganska kostsamt.

9.6.7.6 Primärpanthavarbundenhet och ond tro

Bland värdeargumenten skall det först uppmärksammas att en panthavare kan få en alltför stark makt över pantsättaren om denne inte har möjlighet att skaffa kredit med hjälp av sekundärpant. Även om det finns teoretiska möjligheter att med hjälp av en ny kreditgivare lösa ut en panthavare är de praktiska möjligheterna att göra detta många gånger små. Faktasidan av detta argument har att göra med vad som ovan nämnts om att alla omsättningsmöjligheter är viktiga samt om nyttan av konkurrens. Som värdeargument är det laddningen i att svaga subjekt kan domineras av starka som poängteras.

Det finns vidare en värdeladdning i faktisk ond tro. En faktiskt ondtroende förvärvare är inte skyddsvärd. Till detta kommer att det handlar om enkla fordringar där en förvärvare tydligt står många andra risker avseende den rätt han förvärvar.

Utrymmet för en analog tillämpning av 31 § 2 st SkbrL förefaller därför litet. Ett godtrosskydd när den sekundäre förvärvaren är i faktisk god tro om

omsättningsförbudet men i ond tro om att det finns en primärpanthavare, antas alltså ha litet stöd. Det saknas antagligen också anledning att göra undantag för specialfallet att förvärvaren har sämre rätt för att han denuntierar senare än primärpanthavaren.

Värdeargument avseende verkan mot exekutionsborgenärer talar starkt för att exekutionsgäldenärer inte skall kunna freda egendom. Detta inte bara för de undandraganden som faktiskt skulle kunna ske utan i första hand för att en sådan möjlighet skadar förtroendet för rättssystemet.

9.6.7.7 Omsättningsförbud bör ges verkan mot sekundära förvärvare men inte mot exekutionsborgenärer

Slutsatserna av den nämnda argumentationen är för det första att det knappast finns något stöd för att frånkänna sekundäromsättningsförbud obligationsrättslig verkan. För det andra talar argumenten ganska tydligt för att omsättningsförbud inte skall ha verkan mot exekutionsborgenärer. För det tredje finns det egentligen inga avgörande argument mot att de obligationsrättsliga sanktionerna skall vara verksamma och redan därigenom begränsa utrymmet för en sekundär förvärvare. Steget till att också godta verkan mot tredje man är då litet. Visserligen talar såväl vissa norm, som fakta och värdeargument mot en sådan lösning, men de tillmäts här inte avgörande betydelse. Vad gäller värdeargumenten skall uppmärksammas att ett omsättningsförbud bör kunna jämkas om det tillämpas på ett oskäligt sätt.

9.6.7.8 Omsättningsförbudsterminologi

Som indirekt framgått av föregående avsnitt kan ett omsättningsförbud konstrueras på flera olika sätt. Det kan begränsa sig till verkan mot pantsättaren, det kan innehålla olika regler för sanktioner, och avtalet kan genom andra villkor utgöra vad som klassificeras som en överlåtelse. En fråga av praktisk betydelse är vad som egentligen skall läsas in i de avtal där parterna använt termen överlåtelse, men avtalet p g a övriga villkor i huvudsak ändå anses ha rättsverkningar som förknippas med pant. Vad det handlar om är m a o avtal om säkerhetsöverlåtelse.

Enligt en uppfattning skall säkerhetsöverlåtelse anses innebära att säkerhetsöverlåtaren (pantsättaren) förlorar sin legitimation att omsätta egendomen sekundärt.[774] Vad det i så fall handlar om är således ett sekundäromsättningsförbud. Användandet av begreppet överlåtelse för något som i övrigt anses vara ett pantavtal skulle alltså innebära att panthavaren anses ha förbjudit pantsättaren att omsätta sekundärt.

[774] Walin 1991 s 185 och 139. Motsatt uppfattning Karlgren 1959 s 143–144.

Det finns inte mycket att invända mot denna uppfattning. Möjligen bör det markeras att begreppet i sig inte är avgörande. Finns det på andra grunder skäl för att anse att parterna får anses ha avtalat att sekundäromsättning är tillåten, så har dessa faktorer företräde.

En näraliggande fråga är vilken betydelse det har att parterna i denuntiation till sekundogäldenären använt benämningen överlåtelse. Det är vanligt att en sådan formulering används trots att det mellan parterna är tydligt att man avsett pantsättning. Syftet med detta förfaringssätt är att undvika tveksamhet hos sekundogäldenären om vem som är legitimerad betalningsmottagare. Det är således ett agerande som enbart riktar sig utåt. Därmed är saknas anledning att tolka det som en överenskommelse om ett omsättningsförbud.

Effekten av att den sekundäre förvärvare vänder sig till sekundogäldenären är att denne kommer att få beskedet att fordran är överlåten till NN. Detta kan ställa till praktiska problem, men eftersom pantsättaren i brist på omsättningsförbud, alltså är berättigad att omsätta fordran sekundärt, gör en förvärvare ett giltigt förvärv. Panthavaren får finna sig i detta och således t ex låta redovisa ett eventuellt överhypotek till den sekundäre förvärvaren.

De praktiska problemen består i att pantsättaren kan ha svårt att övertyga en sekundär förvärvare att det finns en sekundärförfogandemöjlighet. Kan pantsättaren inte styrka detta med t ex pantavtal el likn återstår i vissa fall endast möjligheten att panthavaren bekräftar att han är panthavare och att det inte finns något sekundäromsättningsförbud. Frågan uppstår då om panthavaren är skyldig att ge sådana upplysningar. I linje med avsnitt 9.6.1 kan det hävdas att han generellt sett inte skall vara skyldig att upplysa andra förvärvare.

10 Öppenhetsambitionens betydelse för argumentationen – övergripande slutsatser och reflektioner

Om krediträttens uppgift är att avväga tillhandahålla och intresseavvägningar kan det som en övergripande slutsats av denna studie hävdas att den krediträttsliga argumentationen misslyckats med att explicit uppmärksamma intressen. Intressen beaktas visserligen i argumentationen men eftersom man inte gör detta explicit blir avvägningarna inte konsekventa. Emellertid är en annan övergripande slutsats av denna framställning att det är möjligt att just explicit uppmärksamma intressen och att på så sätt ta sig an uppgiften att tillhandahålla intresseavvägningar. Genom öppenhet kan en strävan efter att explicit uppmärksamma intressen tillgodoses. I denna ambition ingår då också en medvetenhet om att den krediträttsliga argumentationens misslyckande förstärks av att ett intresse, avtalsfriheten, gärna tas till utgångspunkt för analysen. Likaså att denna tendens förstärks av faktorer som att avtalsparterna är de som huvudsakligen ger förslag på konstruktioner, att argumentationen påverkas av en föreställning om regleringskonkurrens mellan rättsordningar, och att viktiga intressen marginaliseras genom användandet av terminologi såsom huvudregel och undantag.

Med kapitel 4–9 har jag konkret besvarat den huvudfråga som formulerades i avsnitt 3.1. Jag har således givit en relevant beskrivning av subjektens handlingsutrymme avseende kreditsäkerhet i fakturafordringar. Med huvudfrågans alternativa formuleringar har jag m a o beskrivit omsättningsrättens omfattning respektive det skydd mot skador till följd av omsättning som rätten denna rätt ger. Genom att göra detta har jag också lagt grunden för några övergripande svar på denna huvudfråga, eller om man så vill, några övergripande slutsatser beträffande den krediträttsliga argumentationen. Min ambition med detta kapitel är att utveckla dessa övergripande svar och slutsatser genom att tillföra ytterligare stöd och tankar. Syftet är att tydliggöra vad jag, *vid sidan av* beskrivningarna av de olika rättsfrågorna, vill framhålla som ett huvud-

budskap med framställningen. Härigenom kommer jag att ytterligare förtydliga vad jag menar vara fördelarna med den använda metoden.

10.1 Övergripande slutsatser

Framställningens huvudfråga rör som nämnts subjektens handlingsutrymme. Från ett övergripande perspektiv handlar denna fråga om förmögenhetsrättens primära uppgift att avväga subjektens intressen i förhållande till varandra. Denna uppgift är komplex. Handlingsutrymmet kan sägas omfatta flera komponenter som i sig är motstridiga. Med en beskrivning handlar det om att avväga flera olika friheter, såsom näringsfrihet, etableringsfrihet, konkurrensfrihet, konsumtionsfrihet och avtalsfrihet. Avtalsfriheten är således bara en del av det eftersträvade handlingsutrymmet. Svårigheterna att göra dessa avvägningar blir tydliga redan genom att ett handlande utesluter flera andra. Ett avtal mellan två subjekt inskränker på så vis alla övriga subjekts handlingsutrymme. Med annan terminologi har det sagts att de enskildas avtalsfrihet såsom rättighet betraktad inte är horisontellt relaterad utan vertikalt, d v s i förhållande till statsmakten.[775]

Ett annat sätt att beskriva uppgiften är att rätten så långt som möjligt skall kompensera för de faktorer som hindrar subjektens resursfördelning från att leda till de önskvärda effekterna.[776] Rätten skall alltså skapa förutsättningar för marknaden att fungera. Det torde råda bred enighet om att verkligheten inte motsvarar de perfekta förhållanden som måste föreligga för att marknaden skall fördela resurserna effektivt. I denna imperfekta verklighet tenderar avtalsfriheten att gynna några subjekt mer än andra. Det är emellertid av mycket stor vikt att samtliga aktörer uppfattar systemet som rättvist eftersom risken annars är stor att förtroendet för krediträtten som konflikthämmande och konfliktlösande instrument undergrävs.

Betydelsen av förtroende för just krediträtten går ganska tydligt att iaktta, inte minst p g a de snabba rörelserna på kreditmarknaden. Olika former av trovärdighetsproblem ger stor påverkan på denna marknad. I sammanhanget brukar man för kreditmarknadens del tala om s k systemrisker, behovet av reglering och andra offentliga insatser. Häri inbegrips vikten av att de svagare subjektens intressen tillgodoses. Det sägs att ”konsumentskyddsmålet” och ”systemskyddsmålet” delvis sammanfaller. En rimlig konsumentskyddsnivå är nämligen en förutsättning

[775] Se avsn 3.2.
[776] Se avsnitt 1.7.4.

för tillit till systemet och därmed subjektens lojalitet, t ex i form av betalningsvillighet etc. Vikten av avvägning eller balans är också tydligt uttalad.[777]

När huvudfrågan ses i detta övergripande perspektiv kan två generella slutsatser dras av denna studie. Den första är att den krediträttsliga argumentationen misslyckats med uppgiften att explicit avväga subjektens intressen. Den andra att det finns sätt att ta sig an uppgiften genom att försöka fånga in den komplexitet som frågorna innebär.

10.1.1 Den krediträttsliga argumentationen har misslyckats

Den första övergripande slutsats som jag vill hävda är att den krediträttsliga argumentationen misslyckats med uppgiften att avväga subjektens intressen. Med misslyckande avser jag då att man inte är explicit i de intresseavvägningar som faktiskt görs. Genom att avvägningarna inte är explicita blir argumentationen heller inte konsekvent.

Ett sätt att beskriva vad jag visat i denna studie är att man i den krediträttsliga argumentationen faktiskt tar hänsyn till den kontext som problemen uppträder i. I realiteten tar man hänsyn till de bakomliggande intressen som finns. Likaså tar man hänsyn till intressena bakom de normer som man söker vägledning i. Vad jag emellertid också visat är en stark tendens att inte göra dessa avvägningar explicita.

En mycket betydelsefull effekt av bristen på öppenhet i argumentationen är att intresseavvägningen inte blir konsekvent. Genom att intresseavvägningen inte görs öppet, finns det stor risk att intressen som faktiskt gör sig gällande döljs. Effekten blir då att argumentationen blir ofullständig genom att den inte reflekterar de avvägningar som faktiskt görs.

En omständighet som i hög grad bidrar till att relevanta intressen inte uppmärksammas är att ett intresse, avtalsfriheten, hävdas som utgångspunkt. Argumentationen och analysen tenderar härigenom att bli ensidig.

Ensidigheten förstärks av de förenklingar som de förmögenhetsrättsliga begreppen för med sig. Genom att betrakta problem med hjälp av de förmögenhetsrättsliga begreppen och klä företeelser i egendomsbegreppets olika klädnader, ges avtalsparterna ett i viss mening ökande handlingsutrymme. Denna utvidgning sker utan att den avvägts i den mån

[777] Se t ex Finanssektorns framtid, SOU 2000:11 s 26 och 67. Sandgren 1992-93 s 662-663. Hydén 2002 s 162-170.

som skulle gjorts om man i större utsträckning försökt uppmärksamma de intressena som skulle ansetts relevanta.[778]

10.1.2 Det finns sätt att ta sig an krediträttens uppgift

Den slutsats som hävdats i föregående avsnitt är alltså att den krediträttsliga argumentationen misslyckats med uppgiften att explicit avväga subjektens intressen. För att försöka undvika sådana misslyckanden behöver man vara öppen när man avväger de olika intressena. För att förstärka denna ambition kan man också låta bli att framhålla ett intresse som utgångspunkt.

Jag vill hävda att den metod jag använt i denna studie är en metod för att åstadkomma en sådan mer öppen, mer allsidig och mer konsekvent analys. Metoden tillvaratar ambitionen att upptäcka olika sidor av ett problem och att beakta dessa. Den är ett någorlunda handfast sätt att omsätta teori i praktik.

Det skall på samma gång poängteras att jag inte tror att den använda metoden kan fungera i alla sammanhang. Metoden i sig är heller inte avgörande. Jag skall därför i det följande utveckla några tankar om vad som kan vara betydelsefullt att beakta om man har ambitionen att ta sig an krediträttens intresseavvägande uppgift. Dessa tankar kan samtidigt ses som ytterligare förklaring till de slutsatser som dragits och den metod som använts.[779]

10.2 Några faktorer av övergripande betydelse

Ett sätt att ytterligare utveckla de ovan angivna slutsatserna är att peka på några av de faktorer som har övergripande betydelse för hur den krediträttsliga argumentationen förs. Dessa faktorer har samtidigt betydelse för tankar om hur man kan skulle kunna göra istället. Jag skall i detta avsnitt peka på tre av dessa övergripande faktorer.

[778] Se bl a avsnitt 3.4.

[779] Angående metodens användbarhet kan anmärkas att jag har viss erfarenhet av hur metoden kan användas i bred undervisning och av juriststudenter. Jag har som kursansvarig och ensam lärare på juristprogrammets obligatoriska kurs Kredit- och exekutionsrätt under tre år konsekvent tagit upp metoden i diskussioner kring de oklara rättsfrågor som studenterna ställs inför i krediträtten.

10.2.1 Avtalsparternas förslagsdominans

En omständighet som har betydelse för hur den krediträttsliga argumentationen utformas är hur frågorna formas. Frågorna uppträder efter att de förts upp på dagordningen av avtalsparter som är kommersiella aktörer. Eftersom dessa aktörer också har konstruerat systemen får de ett slags problemformuleringsföreträde och sätter därmed dagordningen. De rättsliga beslutsfattarna förhåller sig därmed inom de ramar som följer av de konstruktioner upphovsmännen prioriterat. Lagstiftaren har nämligen i stor utsträckning valt att fylla samma regleringsroll som domstolarna i detta avseende. Vad lagstiftaren gör är i första hand att befästa och bättra på konstruktionerna i de delar avtalsparterna helt enkelt inte haft makt att åstadkomma dessa förbättringar själva. [780]

De kommersiella aktörerna har således ett dominerande inflytande över vilka förslag som över huvud taget prövas. Samtidigt tenderar de att ställa förslag som gynnar avtalsparterna i så hög grad som möjligt och som inte tar särskilt stor hänsyn till andras intressen. Det är t o m så att även om de får en förmånligare lösning om de tar hänsyn till andra mer kollektiva intressen, så tenderar de att välja en kollektivoberoende lösning.

Det ovan sagda har stöd i s k spelteori. Med sådan kan man förklara varför subjekt tenderar att välja lösningar som egentligen inte är optimala för dem. När valet är beroende av andra subjekts agerande kommer ett enskilt subjekt att välja en lösning som är sämre för samtliga så länge det finns risk att resultatet blir ännu sämre om någon annan kan göra motsvarande val och bryta mönstret.[781]

> Det nämnda brukar illustreras med exemplet fångarnas dilemma. Två fångar som gemensamt fällts för samma brott ställs där inför valet att med erkännande påverka straffets längd. De får veta att straffet också påverkas av hur den andre agerar, men får inte kommunicera med varandra. Förutsättningarna är att om endast en av dem erkänner får denne ett straff på sex månader och den andre tio år. Erkänner inte någon av dem får de båda ett år vardera. Om båda erkänner blir straffet fem år vardera. Under dessa omständigheter hävdar man med spelteori att båda fångarna kommer att erkänna och straffet således bli fem år vardera. Detta trots att de båda inser att det optimala för dem vore att ingen av dem erkände och straffet blev ett år vardera.[782]

[780] Jfr beträffande rätten i stort t ex Eckhoff/Sundby 1991 s 235–236.
[781] Se t ex Skogh/Lane 2000 s 78–80. Det finns flera varianter på detta tema om fångarnas eller ”fångens” dilemma. Dilemmat illustreras med såväl abstrakta som mer målande beskrivningar, se Axelrod 1987 s 18–26. Carlshamre 1998 s 163, 193–195 för varianter med utfiskning och biltrafik. Niklasson 2000 s 303 varianten långivare-låntagare.
[782] Det förefaller vara denna variant som har givit namnet ”fångarnas dilemma” åt tankemodellen, se t ex Cooter/Ulen 1997 s 33–34. Niklasson 2000 s 303.

Även om det finns teorier om hur spontan lojalitet under gynnsamma förhållanden kan uppkomma och då trots allt generera kollektivberoende lösningar, saknas det anledning att anta att kreditgivare i kreditgivarkollektivet skulle avvika från denna beskrivning.[783] Tvärt om skulle man kunna påstå att kreditgivarkollektivet är ett praktexempel på en grupp med ett egoistiskt handlingsmönster.[784]

Ett konkret exempel är att avtalsparterna föredrar en konstruktion där panthavaren får säkerhet i framtida fordringar, trots de mycket negativa effekter en sådan konstruktion kan ha på pantsättarens likviditet. Avtalsparterna kan vara fullt medvetna om dessa risker. Panthavaren kan således inse att han långsiktigt sannolikt kommer att få mindre ränteintäkter än med en alternativ lösning som t ex osäkrad kredit, men föredrar den mindre men säkrare avkastningen. Detta för att risken huvudsakligen drabbar det övriga fordringsägarkollektivet, men inte minst också p g a risken för att någon annan kreditgivare ser till att använda denna konstruktion.

10.2.1.1 Förslagens ensidighet ...

Av nämnda anledningar tenderar de konstruktioner som erbjuds att vara ensidiga. Vad rättsliga beslutsfattare har att ta ställning till är bara att godta eller underkänna en konstruktion. För domare handlar det dessutom om att godta eller underkänna något som redan existerar i den meningen att konstruktionen är etablerad mellan avtalsparterna.

I de val som de rättsliga beslutsfattarna ställs inför är det lätt att se marknadsekonomiska fördelar med de konstruktioner som är aktuella. Konstruktionen kan lätt uppfattas som ett medel att skapa positiva effekter i form av bättre finansiering och fler arbetstillfällen. Att underkänna en konstruktion kan därför även av beslutsfattaren uppfattas som att frånta avtalsparterna och deras omgivning möjligheten att förverkliga kommersiella syften. Under sådana omständigheter tenderar konstruktionerna att godtas.

Ett problem är då följaktligen att alternativa lösningar inte blir synliga och därför aldrig utvärderade. Avtalsparterna föreslår som sagt den för dem bästa lösningen och när denna lösning inte synes vara direkt

[783] Axelrod 1987 s 26–29.

[784] Utifrån Axelrod 1987 kan man bl a peka på att åtminstone delar av kreditgivarkollektivet i obeståndssituationerna saknar varaktiga relationer och möjligheter till reciprocitet, se särskilt s 27–29, 116–117, 148–150, 155. Dessutom leds aktörerna av överordnade och ägare som av en rad skäl kan lockas av kortsiktig resultatmaximering. Mål som inte är felaktiga ur ett perspektiv, men som alltså har vissa negativa effekter som kan vara svåra att uppfatta, jfr Axelrod 1987 s 72-76. Jfr också företeelsen bekvämlighetskonkurser, se t ex Tuula 2001 s 41–43.

dålig för någon är detta tillräckligt för att acceptera den. Eftersom lösningen inte synes dålig har den något att tillföra och antas därmed vara bra.

Genom fokuseringen på en viss konstruktion osynliggörs emellertid alternativa lösningar. Vid ett godtagande kan man tala om att andra lösningar kvävs av den konstruktion som godtas och tillåts blomstra. De alternativa lösningarna som kan finnas kan mycket väl vara bättre än den konstruktion som avtalsparterna föreslagit. Just för att det är avtalsparternas förslag tenderar konstruktionen att vara ensidig.

10.2.1.2 ... leder till ett missriktat företräde?

Att resultaten på detta vis styrs av en ensidighet i förslagsgivandet skulle givetvis kunna beskrivas som ett företräde för avtalsfrihetsintresset. Detta företräde är missriktat i de fall då viktiga intressen inte uppmärksammas för att frågan betraktas utifrån det perspektiv som förslaget inbjuder till. Ambitionen att betona avtalsfriheten genom att tillägna den företräde kan nämligen medföra att man skjuter sig i foten eftersom företrädet undergräver förtroendet för rättsordningens förmåga att komma till resultat som uppfattas som är samhälleligt godtagbara. Paradoxalt nog är beredskapen att utmana och begränsa avtalsfriheten också det bästa sättet att tillägga den vikt.

Till argumenten i en analys av denna problematik hör att det handlar om att etablera institutioner och att detta måste göras med eftertanke. När en konstruktion väl etablerats och blivit en institution, eller m a o en rättsfigur, kommer resursutbytet under en tid genomföras inom ramen för institutionen. Så snart en institution etablerats blir den styrande och begränsande oavsett om den bygger på en konstruktion som avtalsparterna gjort eller har annat ursprung. Institutionen har helt enkelt ett influensområde som begränsar handlingsmöjligheterna för senare initiativ. Problematiken är utifrån detta perspektiv i grund och botten en fråga om balans mellan nyttan av avtalsparternas initiativmöjligheter och skadan av bristande förtroende gentemot kollektivet. Det handlar m a o om att marknadsteorin kan ställas mot slutsatserna av den spelteori som ovan anförts för att beskriva lösningar som bygger på avtalsparternas förslag.

Så här i slutet av framställningen är balans en tanke som börjar kännas igen. Vad som är intressant med att även balansera i förhållande till argument som spelteorin är att det på ett direkt sätt handlar om att även förbättra för parterna och inte bara att ta hänsyn till intressen hos andra

subjekt. Det skall då anmärkas att ett led i att åstadkomma sådan balans är att öka förståelsen för just de här frågorna.[785]

10.2.2 Regleringskonkurrens

En annan omständighet som har betydelse för hur den krediträttsliga argumentationen förs har att göra med konkurrensen mellan rättsordningar. Med den globala ekonomiska rörligheten är det en spridd uppfattning att olika rättsordningar med reglering konkurrerar om att skapa attraktionskraft för bl a investeringar. Denna föreställning om rättsordnings- eller regleringskonkurrens påverkar såväl de politiska beslutsfattarna som de rättsliga.[786]

Regleringskonkurrens innebär att politiska och rättsliga beslutsfattare försöker utforma sin rättsordning på ett sådant sätt att den framstår som förmånlig eller i vart fall inte alltför oförmånlig jämfört med alternativa rättsordningar som rättssubjekten har möjlighet att välja. De kanske mest uppmärksammade formerna av regleringskonkurrens rör beskattning, sjöfart och investeringskapital.

> För regleringskonkurrens i syfte att attrahera investeringskapital har ”Delawareeffekten” blivit ett begrepp eftersom delstaten Delaware har haft stor attraktionskraft på amerikanska börsföretag. Det har förekommit att mer än 40 % av New York börsens företag varit registrerade i Delaware utan att de haft någon egentlig anknytning till delstaten. Delaware har härigenom kunnat finansiera 25 % av sin budget genom bolagsskatter.[787]

För krediträttens vidkommande kan problematiken illustreras med frågan om värdepapperisering. Den lagstiftning om värdepapperisering som genomförts omfattar inte alla de former som de kommersiella aktörerna önskar. I praktiken förekommer värdepapperiseringsupplägg som inte faller inom ramen för lagändringarna och som föranleder en del rättsliga frågor, inte minst värdepapperisering av fakturafordringar, se ovan om kundkontovärdepapperisering avsn 4.2.4. Dessa frågor kommer sannolikt att avgöras av andra rättsliga beslutsfattare än lagstiftaren. Man kan då fråga sig i vilken mån det kommer att ha betydelse att det går att genomföra kundkontovärdepapperisering i utlandet? I vilken mån kommer de rättsliga beslutsfattarna beakta att de stora företag det

[785] Axelrod 1987 s 30 menar att ett motsvarande ”perspektiv ger en större förståelse än den egoistiske spelarens perspektiv. Det ger också förståelse av vad som krävs för att främja stabiliteten i ömsesidigt samarbete i en given situation. Den mest lovande upptäckten är att utvecklingen av samarbete påskyndas hos deltagare med förutseende, om dessa känner till samarbetsteorins fakta.” Se även t ex Niklasson 2000 s 305.
[786] Jfr Cramér 2001 s 63. Jfr även SOU 2000:11 s 272-273.
[787] Se t ex Cramér 2001 s 65–67.

handlar om har behov av samma valmöjlighet som sina utländska konkurrenter?

> Ett sätt att spekulera i denna fråga är att beakta vilka motiv som legat bakom den existerande värdepapperiseringslagstiftningen. Med dessa lagändringar vill man bl a öka möjligheterna för svenska företag att dra nytta av de finansieringskostnadsnivåer som värdepapperisering kan ge. Man vill också skapa möjligheter för den svenska finansiella marknaden att utvecklas och ge de egna kreditföretagen bättre möjligheter att delta på utländska marknader.[788] De sidoeffekter som förväntas av att kvalificerad kunskap om finansiering och affärsjuridik behålls och utvecklas inom landet anses önskvärda.[789]
>
> Samtidigt är det intressant att notera att det inte i lagförarbetena direkt uttalas att regleringskonkurrens skulle vara ett motiv. I en samtida statlig offentlig utredning om den svenska finanssektorns internationella konkurrenskraft anges emellertid allmänna argument om regleringskonkurrens. Här uttalas att den svenska finanssektorn skall konkurrera genom effektivitet och helst på sådana villkor att ett internationellt finansiellt centrum kan utvecklas inom landet. Här framförs också att en produktion av finansiella tjänster inom landet är av stort värde, oavsett om den är svensk eller utländsk. En sådan produktion sägs medföra en allmän utvecklingsstimulans och ha särskild betydelse för små och nystartade företag, däribland de framväxande kunskaps- och teknikföretagen. Utredningen föreslår därför bl a en anpassning av kapitalbeskattningen till EG-nivå. Regleringskonkurrens genom ett mer direkt inriktat stöd i form av protektionism och subventionering förkastas däremot.[790]

Det finns givetvis anledning att beakta avtalsparters intresse av de lösningar de valt att avtala om, eller m a o avtalsfrihetsintresset. Samtidigt finns det anledning att uppmärksamma riskerna för att regleringskonkurrensen förstärker avtalsfrihetsargumentet i sådan mån att man inte ens beaktar över andra argument. Andra intressen läggs då inte i dagen och besluten blir onyanserade.

I sammanhanget har det betydelse att regleringskonkurrens kan sägas ha särskilt negativa effekter för rättens legitimitet. Som nämnts är legitimitetsaspekten ett motiv bakom slutsatsen att krediträtten skall avväga de enskildas handlingsutrymme, se avsn 10.1.1. Med en sådan slutsats finns det anledning att beakta att regleringskonkurrens hävdas leda till en demokratisk paradox.[791] Att olika rättsordningar i ett ”race to the bottom” bjuder under varandra beträffande skydd för t ex socialt motiverade intressen är tankeväckande.[792]

[788] Se t ex prop 2000/01:19 s 12, 16, 38.
[789] Ds 1998:71 s 24.
[790] SOU 2000:11 s 24–25, 53–54.
[791] Cramér 2001 s 79 och 89–90 med hänvisningar.
[792] Uttrycket från problematiken med Delawares attraktionskraft på amerikanska börsföretag, se ovan.

> I sammanhanget bör man då beakta uppfattningen att regleringskonkurrens mellan stater är effektiv på motsvarande sätt som konkurrens mellan företag. Regleringskonkurrensen anses med denna uppfattning leda till ett ökat förändringstryck som snabbare genererar ekonomiskt effektiva rättsliga lösningar vilka i slutändan anses leda till ökad samhällelig välfärd.[793]

Till saken hör att regleringskonkurrens i sig är ett mycket komplext fenomen. Det finns givetvis anledning att beakta riskerna att avtalsparter undviker en rättsordning, men det finns också anledning att försöka bedöma i vilken mån dessa risker är reella. Vad som är avgörande för vilken rättsordning som avtalsparter väljer är inte enbart att de får just den avtalskonstruktion som de rent individuellt skulle föredra. Faktorer som storleken på den marknad som rättsordningen reglerar, storleken på det sociala kapitalet i det samhället och rättsordningens stabilitet är några generella faktorer som också kan antas ha stor betydelse.[794] Likaså har det betydelse vilka alternativa konstruktioner som rättsordningen godtar.

10.2.3 Riskpreferensens marginalisering

Den tredje omständigheten som har betydelse för den krediträttsliga argumentationen har att göra med hur riskpreferens uppfattas. Med vad jag kallat riskpreferensteorin handlar en skuldsatt gäldenär rationellt när han ger sig själv en liten möjlighet till nytta mot att han utsätter sig själv och sina borgenärer för stora risker.[795] Att skydda mot riskpreferens är ett framträdande tema i flera av de frågeställningar som denna studie behandlar. Argument om riskpreferens är framträdande bland såväl norm-, som fakta- och värdeargumenten. Att hantera riskpreferensen kan därför sägas vara en viktig eller rent av en av de allra viktigaste uppgifterna för krediträtten. Om man skulle ägna sig åt att framhålla viktiga intressen på samma sätt som avtalsfriheten hör riskpreferens till de intressen som bör framhållas. Bakom valet av riskpreferens ligger då inte i första hand omsorgen om svaga kredittagare. Beaktandet av riskpreferens är framför allt ett sätt att upprätthålla förtroendet för det krediträttsliga systemet och motsvarande del av samhällssystemet. Ett missbrukarsskydd för svaga gäldenärer kan givetvis vara en del av målet, men kan alltså i första hand ses som ett medel, jfr ovan avsn 10.1.

Ett särskilt skäl till att här framhålla riskpreferensens betydelse är att det finns en tendens att fästa ganska liten vikt vid argument om risk-

[793] Se Cramér 2001 s 66 med hänvisningar.
[794] Jfr Cramér 2001 s 70–71. Jfr Niklasson 2000 s 291–297 om kulturella skillnader mellan finansiella system som sägs leda till dynamik respektive långsiktighet.
[795] Se avsn 1.7.5.

preferens. I detta avsnitt skall jag med tre exempel beskriva varför det finns anledning att tala om en tendens att ta lätt på riskpreferensargument.

10.2.3.1 Exemplet framtida fordringar

Ett intressant exempel på riskpreferensens betydelse är de rättsfrågor som rör rådighetsavskärande säkerhet i framtida fordringar. I de fall sådan säkerhet påverkar pantsättarens framtida likviditetstillförsel kan den orsaka pantsättaren stor skada. Utfallet i dessa fall blir typiskt sett obestånd. Visserligen kan det finnas skäl att anta att en viss andel av de subjekt som godtar denna typ av pantupplägg hade så svag ekonomi att de i alla fall skulle hamnat på obestånd, men skadorna är totalt sett ändå värda att beakta. Särskilt m h t att obeståndet som regel också drabbar fordringsägare och sekundogäldenärer.

En del av förklaringen till att riskpreferensargument inte uppmärksammas är att några av de normargument som finns bortser från sådana risker. Att dessa argument inte inbjuder till att beakta riskpreferens kan emellertid inte förklara varför en del av de andra argument som faktiskt beaktas, behandlas som de gör.

Ett argument som det finns anledning att reflektera över är principen om ömsesidigt förpliktigande fordringar. Principen omfattar fordringar där fakturagäldenären har ett krav på motprestation som han på ett eller annat sätt kan påverka med sin betalning. När prestationerna på detta sätt är intimt beroende av varandra har fakturafordringsägaren inte omsättningsrätt, se avsn 5.6.1. Denna princip beskrivs gärna i sammanhang där den ger intryck av att behandla avvikelser från det ordinära. En sådan beskrivning kan m a o ge intryck av att vara en dominerande huvudregel om att alla fordringar kan omsättas. Principen om ömsesidigt förpliktigande fordringar framstår i en del framställningar som ett udda och t o m ifrågasatt undantag. Till saken hör också att principen ägnas relativt litet utrymme i allmänna fordringsrättsliga framställningar. Eftersom dessa framställningar huvudsakligen inriktar sig på skuldebrevslagens regler framstår principen om ömsesidigt förpliktigande fordringar gärna som oprecis.

Ett exempel på beskrivning från en allmän fordringsrättslig framställning är att omsättning anges som ”utgångspunkt” och ömsesidigt förpliktigande fordringar som en ”inskränkning i borgenärens förfogandemöjligheter”.[796] Framställningsmässigt finns inte mycket att invända mot detta eftersom det är ett lättgripbart sätt att beskriva saken. Det är

[796] Tiberg/Lennhammer 1995 s 30–32.

också möjligt att uppfatta de beskrivningar som ges som om de omfattar ganska många förhållanden. Med hänsyn till bristen på uttryckligt påpekande härom riskerar emellertid helhetsintrycket ändå att bli att det handlar om ett speciellt och avvikande tema.

I beskrivningar som är direkt inriktade på frågan om ömsesidigt förpliktigande fordringar förekommer motsvarande beskrivning med en dominerande huvudregel med ganska oväsentliga undantag.

> ”Man kan nog utgå från att en entreprenadfordran i allmänhet får överlåtas. Om några inskränkningar undantagsvis gäller, låter sig svårligen preciseras för svensk rätts del.”[797]

När frågan behandlats specifikt har det också förekommit att man utgått från att omsättningsrätten skulle vara en så stark föreställning att man inte ens genom avtal skulle kunna reglera fakturafordringsägarens möjligheter att överlåta den. Detta trots att man uppfattat fakturagäldenärens intressen som så starka att man valt att i avtalet föreskriva att vederlag för fordran endast får användas för det avsedda bygget.[798]

> ”Vid upprättandet av teknologföreningens allmänna bestämmelser AB 65 antog man att det inte var juridiskt möjligt att begränsa entreprenörens rätt att överlåta fordringen mot beställaren, även om fordran ännu inte förfallit till betalning, och någon sådan begränsningsregel finns därför inte i svenska AB 65 eller 72.”[799]

Man kan således hävda att principen om ömsesidigt förpliktigande fordringar framställs på ett sätt som kan leda till slutsatsen att den inte anses vara något särskilt starkt argument. En del av förklaringen härtill är att omsättningsprincipen och liknande argument anses så starka att andra argument marginaliseras. En annan del av förklaringen kan vara att argument om skydd mot riskpreferens förknippas med en sorts förmynderi. Även om principen om ömsesidigt förpliktigande fordringar avser att ge ett skydd för sekundgäldenären, innebär den också ett skydd för pantsättaren. Det är till stor del pantsättarens oförstånd och riskpreferens som ger upphov till negativ inverkan på framtida likviditet. Ett skydd innebär därför reglering som skyddar subjekt med hög riskpreferens på ett sätt som innebär att vissa möjligheter utesluts för normala subjekt som klarar att hantera möjligheterna.

Att argument för en sådan lösning inte anses starka kan bero på att lösningen är värdeladdad och att dessa värden därmed inte får utrymme i den krediträttsliga argumentationen. Det skulle också kunna hävdas att argument till försvar för subjekt med hög riskpreferens kan vara svåra att

[797] Håstad 1980 s 122.
[798] Håstad 1980 s 123 nämner att bl a Bankföreningen avrådde från ett sådant förbud.
[799] Håstad 1980 s 123.

ta till sig utan att ha relativt ingående information och förståelse för varför de agerar just så. Att förstå irrationellt beteende är svårt just för att det avviker ur ett normalitetsperspektiv.

10.2.3.2 Exemplet dröjsmålsränta

Ett annat exempel på hur argument för skydd mot riskpreferens tillmäts liten vikt rör reglerna om maximal nivå för dröjsmålsränta. I säkerhetsrättsliga sammanhang har dessa regler betydelse såsom en variant av dröjsmålspåföljden förverkande. Som nämnts i avsn 8.2.7 kan dröjsmålsränta fylla samma funktion som ett förverkande och det behöver i praktiken inte vara någon större skillnad mellan dessa påföljdsalternativ. För den som vill behandla det ena alternativet finns det all anledning att ställa det i relation till det andra.

Vid en jämförelse mellan den vikt som läggs vid argument om skydd mot riskpreferens beträffande dröjsmålsränta respektive förverkande kan det hävdas att de senare tillmäts relativt stor vikt i den krediträttsliga argumentationen. Beträffande förverkande finns en tendens att framhålla principiella aspekter och beakta att möjligheter till kringgående inte ges.

Motsvarande kan inte sägas om dröjsmålsräntans maximinivå. I förarbetena anges att avtalade dröjsmålsräntor som mer än obetydligt avviker från den lagstadgade nivån ofta måste kunna stämplas som oskäliga.

> I förarbetena till räntelagen anges beträffande konsumentförhållanden: ”Även om lagens regler i sin helhet görs dispositiva, är det sålunda klart att räntevillkor som ej obetydligt avviker från lagen måste kunna stämplas som oskäliga.” [800] När det tio år efter räntelagens ikraftträdande blir fråga om huruvida räntelagen skall göras tvingande i konsumentförhållanden konstaterar departementschefen att standaravtal i stor utsträckning kommit att ersätta lagreglerna och framhåller: ”Att sådana avtal i vissa fall kan innehålla villkor som väsentligen skiljer sig från räntelagens är givetvis inte tillfredsställande. Såväl lagen (1971:112) om avtalsvillkor som 36 § avtalslagen ger emellertid möjligheter att ingripa mot oskäliga räntekrav. Av förarbetena till räntelagen framgår också klart att räntevillkor som inte helt obetydligt avviker från räntelagens ofta måste kunna stämplas som oskäliga … Med hänsyn till det skydd mot oskäliga räntekrav som sålunda finns redan idag anser jag att man inte i första hand bör söka komma till rätta med förekommande

[800] Prop 1975:102 s 83. Se även avsn 8.2.7. Motsvarande tema återfinns inte i SOU:n där frågan istället avskiljs på ett sätt som står i viss kontrast till uttalandet i propositionen: ”tvingande bestämmelser om ränta, som inte får överskridas, skulle få karaktären av lagstiftning mot ocker, ett syfte som är främmande för räntelagen.” SOU 1974:28 s 114. Till saken hör då dock att det samtidigt pågick utredningsarbete med 36 § AvtL och att utredarna till del var samma personer (Jan Hellner).

> missförhållanden genom nya lagregler utan genom en bättre information om vad som gäller i fråga om reglerna om dröjsmålsränta."[801]

Detta uttalande är emellertid sällan omnämnt i framställningar om dröjsmålsränta. Vad som framhålls är istället att räntelagen är dispositiv. Ofta görs detta utan att några eventuella begränsningar nämns eller med en oprecis hänvisning till allmänna regler om ocker och oskälighet. Vanligt är också att framhålla förarbetsuttalanden om att dröjsmålsräntan bör vara av en viss *lägsta* nivå utan att ta upp temat om en högsta nivå.[802] Helhetsintrycket blir då lätt att den lagstadgade dröjsmålsräntenivån inte alls har någon betydelse som argument i frågan om dröjsmålsräntans maximinivå.

Att det finns föreställningar som motsvarar nämnda helhetsintryck kan styrkas med intryck man kan få av hur dessa frågor hanteras i praktiken. Det är härvid intressant att det från kommersiella kreditgivare förekommer krav på dröjsmålsränta om 25 % samtidigt som den lagstadgade nivån är knappa 10 %.

> Således har det förekommit rättsprocesser om oklarheter i avtalsskrivningar utan att räntenivån som sådan ifrågasätts. En sådan formulering är "enligt en av kreditgivaren vid varje tillfälle tillämpad ränta" som kreditgivare hävdat innebär att kreditgivaren kan kräva vilken räntenivå som helst som kreditgivaren under dröjsmålet menar sig ha tillämpat som dröjsmålsräntenivå. När kreditgivarna fått betalningsföreläggande fastställda och sedan påstått att de tillämpat en nivå på 25 % har ifrågasättandena gällt bevisfrågan om huruvida detta varit sant. Ett rent påstående har då inte tagits för gott, men räntan har däremot godtagits om kreditgivaren kunnat styrka vilken intern praxis man haft mot sina dröjsmålskunder. Räntenivån i sig har däremot inte ens ifrågasatts av någon inblandad.[803] Givetvis kan man förklara frånvaron av ifrågasättande med att saken måste föras fram av gäldenären, men vad jag vill illustrera är alltså förekomsten av höga räntekrav som grundar sig på i här aktuellt avseende ganska intressanta avtalsklausuler.

Det skall också anmärkas att frågan om huruvida 8 § räntelagen tillmäts liten vikt är ett tema som väckt visst intresse.[804] Regeln stadgar en begränsning av även den lagstadgade dröjsmålsräntenivån då gäldenären p g a sjukdom, arbetslöshet o likn oförskyllt hamnat i dröjsmål och är delvis ett annat tema än det här aktuella. Det finns inte anledning att här ta upp detta, men det är intressant att den princip om s k socialt

[801] Prop 1986/87:72 s 7.
[802] Se t ex Mellqvist/Persson 2001 s 70–77. Håstad 1997 s 228–229. Stangendahl 1998 s 10–11, 48–50. Jfr dock Walin 1997 s 255, Herre 1996 s 265–270. Jfr ang äldre förhållanden Gunv Wallin 1969 s 24–25. Jfr särskilt Wilhelmsson/Sevón 1983 s 43–45, samt s 50–66 om lagstadgad tvingande högsta räntenivå för vissa förhållanden.
[803] Se t ex Göteborgs Tingsrätt Mål nr Ä 4077–01 och Ä 4427–00.
[804] Se bl a Wilhelmsson/Sevón 1983 s 145–146. Wilhelmsson 1987 s 122-123.

prestationshinder som utvecklats genom bl a detta lagstadgande ibland definieras som ett utanförperspektiv.[805]

> I sammanhanget kan det dock vara intressant att notera att denna grund inte synes ha åberopats i något fall som refererats i NJA och RH. Anmärkningsvis kan nämnas att denna grund inte heller åberopades i ett fall där den förefaller kunnat ha haft stor betydelse, se RH 1998:13. Ett par kunde inte betala en restskuld efter att de tvingats sälja sin bostadsfastighet. Detta bl a för att kvinnan till följd av en svår förlossning blivit delvis invalidiserad och mannen därför fick avbryta sina studier för att ta hand om henne och barnet. Kapitaldelen av skulden var vid domstolsprövningen knappa 180 tkr och dröjsmålsräntan drygt 100 tkr. Se även nästa avsnitt.

Beträffande dröjsmålsräntans maximinivå finns det dock sammantaget anledning att reflektera över om inte argument om skydd mot riskpreferens tillmäts anmärkningsvärt liten vikt. Jag menar att särskilt jämförelsen med hur argumenten om förverkande behandlas är slående. En orsak till att de senare riskpreferensargumenten tillmäts större vikt är till del antagligen att förverkandeförbudet finns i ett lagstadgande, medan argumenten om dröjsmålsräntans maximinivå finns i förarbeten. Av större betydelse är dock antagligen att avtalad dröjsmålsränta är en påföljd som är generell och därför anses mer viktig för att förhindra betalningsdröjsmål. Det är viktigt att betalningar inflyter såsom avtalat eftersom det annars kan uppstå likviditetsproblem hos fordringsägarna. Att en fungerande sanktion mot betalningsdröjsmål är betydelsefull illustreras också av de dröjsmålsproblem som låg bakom Rådets direktiv om bekämpande av sena betalningar år 2000.[806] Den svenska räntelagen och de svenska förhållandena framstod i det sammanhanget som exempelariska.[807] Det kan också antas att det har viss betydelse att kreditgivarna kan använda sig av den nivå som de bedömt som nödvändig för att ha preventiv effekt mot dröjsmål.

Frågan är dock om man inte i marginaliseringen av argument om dröjsmålsräntans maximinivå bortser från att det kommer att handla om bedömningar i efterhand. Det saknas i princip anledning för en gäldenär att innan ett dröjsmål är aktuellt begära prövning om frågan om dröjsmålsräntans nivå. När ett konkret dröjsmål väl är aktuellt och man känner till dess orsaker, är det lättare att bedöma om det finns anledning att kräva en viss räntenivå eller om man istället bör underlätta för gäldenären att ta sig ur problemen. Om gäldenärerna i dessa lägen hade

[805] Sandgren 1992-93 s 461–462, där han hävdar att doktrinen om socialt prestationshinder såsom alternativ och kritisk inte är ”systemimmanent”.
[806] Europaparlamentets och Rådets direktiv 2000/35/EG. Se Prop 2001/02:132 s 17–18. Se även Herre 2001–02 s 773–774.
[807] Enligt Mellqvist/Persson 2001 s 74. Jfr Persson A H 2000–01 s 341–342.

möjlighet att sätta kraft bakom begäran om dröjsmålsräntejämkning skulle kanske åtminstone några ekonomiska kriser kunna lösas. Dröjsmålsräntan är en avvägning mellan preventionsaspekten och att systemet inte skall fungera så att gäldenärer slås ut.

> Om man tar sig an dessa frågor och föreställer sig den svenska räntelagen som exemplarisk bör man också fundera över i vilken mån en fungerande kronofogdemyndighet, ett fungerande kreditupplysningssystem och kulturella faktorer har betydelse i dessa avseenden. Förhållandena i flera europeiska länder är ganska annorlunda även avseende de två förstnämnda.[808] Det finns därför kanske visst fog för ett antagande att de avtalade dröjsmålsräntenivåerna inte har särskilt stor del av preventionen.

10.2.3.3 Exemplet ocker

Temat om dröjsmålsräntans maximinivå i föregående avsnitt utgör ett specialfall av de allmänna argumenten om ocker. I denna framställning har ockerreglerna hävdats just som allmänna normargument i frågor om förverkande, pantrealisation och framtida fordringar. Dessa frågor kan behöva sättas in i ett generellt perspektiv för att lättare kunna beakta en del av de intressen som gör sig gällande. Ockerinstitutet är också av grundläggande betydelse för alla argument om skydd mot riskpreferens.

Till skillnad från dröjsmålsräntans maximinivå är beskrivningarna av argument för skydd mot ocker ganska omfattande. Ockerreglerna anses vara viktiga och anses ha såväl symboliskt värde som faktisk preventiv funktion. Den marginalisering som ändå kan hävdas förekomma har istället att göra med normalitet. Ocker beskrivs som tydliga avvikelser från vad som är normalt. De som studerar grundkurser i juridik får med sig beskrivningen att ocker per definition är något onormalt helt enkelt för att detta är ett enkelt sätt att beskriva saken. Det är intressant att denna normalitetsföreställning får sådana proportioner att även argument som ganska precist framhåller vissa räntenivåer som ocker, inte tillmäts betydelse. Om det förekommer att etablerade kommersiella aktörer faktiskt överskrider sådana nivåer tas detta till intäkt för att nivåerna är normala. Således får argumentet om tre till fyra gånger Riksbankens referensränta, d v s exempelvis 13,5 – 18 %, inte särskilt stor inverkan om några etablerade företag på kreditmarknaden samtidigt tillämpar nivåer om 30–35 %.[809]

> Någon sådan inverkan har ännu så länge inte heller de normerade maxräntenivåer som förekommer i andra unionsländer och som förespråkas på ge-

[808] Se t ex Hesslén 1993 s 644 och IFF 2001 (avd France) s 33 angående franska förhållanden.
[809] Diskontot ersattes 020701 av Riksbankens referensränta, se SFS 2002:352.

menskapsnivå.[810] De numera relativt gamla svenska argumenten kring maxräntenivå är att en sådan tenderar att bli den etablerade normalnivån.[811] Den svenska inställningen har hur som helst varit att man bör hantera regleringsbehov genom marknadsrättsliga ingripanden och maximiräntenivåer avvisas med att departementschefen ”förutsätter att konsumenternas intressen i dessa avseenden tas tillvara i behövlig utsträckning genom bankinspektionens tillsynsverksamhet.”[812]

Till förklaringen hör här också faktorer av strukturell natur. Liksom för exemplet om framtida fordringar handlar det om att skydda subjekt med riskpreferens. För ocker är det dock tydligare fråga om ett skydd som primärt inriktar sig på att skydda de riskpreferenta. Det är tydligare att det handlar om subjekt som agerar på sätt som de som har att bedöma handlingarna inte skulle göra.

Detta kan illustreras med hur en representant för finansinspektionens konsumenträttsenhet citeras då hon tillfrågats om problemet att en del konsumenter inför jul tecknar krediter till 30–35 %:s ränta: ”- Vi har inget förbud i Sverige på att ta ut ränta … Det finns visserligen lagstiftning om ocker, men det är långt kvar till dessa kriterier. - Jag blir upprörd å dessa människors vägnar … Man skulle önska att det fanns utbildning i skolan där det handgripligt visades vad det innebär att ta sådana här lån.”[813] En intressant fråga är här vilka människor som ockerreglerna alls skall skydda om det nu inte är dem som har så dålig utbildning att de inte förstår vad det innebär att ta dessa lån? Det finns ingen anledning att överdramatisera innebörden av uttalanden i en sådan intervjusituation som uttalandet härrör från, men det ger anledning att reflektera över om tillsynsmyndigheten av strukturella skäl kan ha svårigheter med att ”i behövlig utsträckning” tillvarata konsumenternas intressen.

Mot en sådan bakgrund är det föga förvånande att ocker är en grund som förefaller vara sällan åberopad. Däremot åberopas ibland 36 § AvtL. Det är då intressant att finna exempel på att domare i sina domskäl ger uttryck för att inte alls reflektera över riskpreferens.

Ett sådant fall är RH 1998:13, som även berörts i föregående avsnitt. Den grund som gäldenärsparet åberopade var 36 § AvtL. Paret inriktade sig på att banken, trots att de redan haft betalningssvårigheter, beviljat en tilläggskredit med motiveringen att fastigheten väl täckte detta belopp. Efter att paret blivit tvungna att sälja fastigheten visade det sig att tilläggskrediten ungefär motsvarade restskulden. Med det intryck av omständigheterna som man kan få av en läsning av referatet är HovR:s domskäl ett intressant exempel på att riskpreferensargument tillmäts liten vikt. I de kortfattade

[810] Enligt KOM 95 punkt 273–297 i Frankrike, Nederländerna, Italien, Belgien, och delvis Portugal och Spanien. Enligt uppgift även i Tyskland. Se även IFF 2001 (avd France) s 34 om hur nivån i Frankrike fastställs för de sex olika kategorierna av lån genom beräkning av den genomsnittliga marknadsräntenivån multiplicerad med 1,33.
[811] Se t ex Ekeberg/Benckert 1957 s 225–226. Hasselrot 1920 s 1–44.
[812] Prop 1975:102 s 83.
[813] Lövgren 1998 (i dagstidningen Göteborgs-Posten).

domskälen är den enda motivering som domarna[814] anger: ”Om Lars H:s och Solveig L:s invändning skulle godtas, skulle de - sedan sparbanken villfarit deras begäran att få låna ytterligare medel för att kunna förbättra sitt bostadshus och de tillgodogjort sig beloppet - befrias helt eller delvis från återbetalningsskyldighet.” Man kan då fråga sig varför domarna anser det ha betydelse att gäldenärerna tillgodogjort sig motpartens avtalsprestation? Är det inte just det faktum att motparten medverkat till att försätta gäldenärerna i en situation där de kunnat förbruka motprestationen trots att de inte själva riktigt kunnat bedöma riskerna, som är själva grunden för ockerstadgandet och motsvarande del av 36 § AvtL?

Härmed givetvis inte sagt att det i det aktuella fallet fanns tillräckliga skäl för jämkning, eller m a o att banken i tillräckligt hög grad medverkat till gäldenärernas risktagande eller ens att risktagandet varit oförståndigt. Min poäng är att visa att det finns exempel på att man i krediträttslig argumentation inte explicit tar hänsyn till riskpreferensargument och därför hamnar i slutsatser som det finns anledning uppmärksamma och diskutera.

Det skall anmärkas att min avsikt här inte varit att allsidigt redogöra för frågorna kring ocker och ockerräntenivåer. Jag vill bara att peka på hur det går att hävda en tendens att ta lätt på riskpreferensargument och samtidigt understryka att det finns systemvårdande skäl att inte göra detta. Det skall också understrykas att vad jag här anfört skjuter in sig på något annat än de beskrivningar som aktivt hävdar andra intressen och andra verklighetsbeskrivningar.[815] Att hävda sådana är principiellt oproblematiskt och det är givetvis korrekt att även dessa intressen och aspekter skall beaktas, prövas och avvägas.

10.3 Metoder för att fånga komplexiteten

Att ta sig an uppgiften att avväga subjektens handlingsutrymme är en komplex uppgift. De aspekter och intressen som gör sig gällande är många och svåra att värdera. Vad som behövs är därför någon form av system.

Ställd inför de konkreta problemen skall den teoretiska ambitionen inte överdrivas. Det viktiga är att åstadkomma ett system som i större utsträckning kan undvika sådana misslyckanden som jag hävdat förekommit i den krediträttsliga argumentationen. Ambitionen kan bara vara att förbättra, inte att åstadkomma ett fulländat system.

Ett viktigt inslag i ett system som bättre kan hantera de intresseavvägningar som uppkommer är ambitionen att försöka uppmärksamma de intressen som faktiskt beaktas. Att ta utgångspunkt i ett enda intresse och upphöja det till huvudregel är då ingen god idé. Vitsen med en

[814] Persson, Mogren och Nord.
[815] Såsom t ex Cervin 1984 s 9, 16–17, 22, 50.

utgångspunkt är ju till stor del att slippa beakta avvikelserna. Samtidigt är det närmast oundvikligt att just använda sig av beskrivningar i form av huvudregler och undantag. Avgörande är därför att ständigt ifrågasätta vad som skall anses vara vad. Genom ett sådant ifrågasättande kan de olika intressen som ligger bakom såväl huvudregel som undantag lyftas fram.[816]

Ett annat inslag i ett sådant system som här efterlyses är att det tillhandahåller ett stort urval av verktyg. Om man skall försöka fånga in den komplexitet som den vårdande uppgiften innebär behövs det redskap för ändamålet. Det behövs redskap som uppmuntrar uppmärksammandet av de relevanta intressena. Det behövs redskap för att åstadkomma konsekvens och koherens. Likaså behövs det redskap för att beakta alla de argument som visar sig vara relevanta, och då inte minst de verklighetsbeskrivningar och de värden som faktiskt används i den krediträttsliga argumentationen.

I detta arbete har jag pekat på hur bl a ekonomisk teori kan användas för att analysera och blottlägga olika argument. Med ekonomisk teori kan man i krediträtten t ex lyfta fram hur argument kan bygga på förenklingar. Att på detta sätt utnyttja ekonomisk argumentation kan underlätta de avvägningar som är nödvändiga vid fullgörandet av krediträttens uppgift. Det förefaller över huvud taget vara att välkomna om den krediträttsliga argumentationen berikas med ett ökat inslag av övrig samhällsvetenskap.[817] Härigenom ges ökade möjligheter att analysera och värdera styrkan i de olika argument som framförs.[818]

Den metod jag använt i detta arbete, norm-fakta-värde metoden, är en metod som underlättar en öppen analys i de avvägningar mellan olika värden som skall tillgodoses inom ramen för krediträttens grundläggande funktioner och uppgifter. Således är det en metod att försöka fånga in den komplexitet som frågorna faktiskt innebär. Metoden kan på så vis bli ett medel för att nå väl avvägda resultat. Detta oavsett om man vill åstadkomma en belysning av problematiken, söker ett gott underlag för prognoser om krediträttsliga beslut, vill förorda en viss linje eller är ute efter en kombination av dessa.

Ett rättsvetenskapligt arbete bör enligt min mening vara en kombination av de nyssnämnda ambitionerna och främst då av de två förstnämnda. Åtminstone är det min uppfattning om vad jag åstadkommit

[816] Jfr Wilhelmsson 1987 s 26, 2001 s 115. Graver 1988 s 55–57, 64–65.
[817] Jfr t ex Dalberg-Larsen 1977 s 536–547. Wennström 2001 s 122-137. Skogh/Lane 2000 s 20, 27.
[818] Jfr Graver 1986 s 199–200 om att en öppenhet och diskurs beträffande de argument som används kan bidra till att möta svårigheterna med komplexitet och laddningar inom den rättsliga argumentationen.

med denna studie. Avseende problemens belysning ligger metodens förtjänster i dess potential att leda till uppmärksammandet av argument, deras omgivning och bakgrund. Beträffande prognoser menar jag att man med metoden kan nå en mer trovärdig beskrivning av vad rättsliga beslutsfattare gör, jämfört med beskrivningar som tar utgångspunkt i att det snarare är fråga om rent normativ deduktion.

Summary

A. This commercial law thesis addresses Swedish regulation of credit security in receivables (invoice claims). Credit security in receivables exists because the receivable owner himself needs credit, and the purpose of the security typically is to reduce the debtor's risk-taking. There are several different forms of agreements regarding credit security in receivables. The most well known agreement is factoring. Receivables from invoices are probably the most commonly occurring form of receivables. It is characteristic for receivables, as I have defined them in this study, that the payment request is made by invoice, that they occur as a part of business, and that it ultimately involves a demand for money. The Swedish legal regulation does not distinguish between "receivables based on invoices" and other kinds of receivables in the vast majority of cases. The fact that I have, nonetheless, chosen to restrict the study is because receivables occur in many different situations. They occur in everything from employees' salaries to governmental taxes. I have not tried to take into consideration all these situations. The idea behind using the term "receivables based on invoices" is simply to point out that I was looking primarily at certain situations. Credit security in receivables is an occurrence that involves many different interests. As a result, the study revolves around a main issue with a view to analyzing different balancing between such interests. The main question concerns to what extent the parties, that is the owner of a receivable (the debtor) and the credit grantor (the creditor), will have room to act to design and regulate their dealings.

B. The study is divided into ten chapters. The introductory chapter, Chapter 1 contains a description of the approach to the phenomenon of credit security that has been dominant in commercial law literature. Chapter 2 describes some methodological issues. The method I used aims at openly and explicitly balancing the various interests that manifest themselves in different legal issues. Chapter 3 and 4 describe how the credit law argumentation is made from central concepts like freedom of contract, property, receivables and security.

In Chapters 5 – 9, the central part of the study, I then address unclear legal issues (hard cases) regarding various consequences that agreements, concepts and constructions may have. The chapters treat each of

the different subjects who have interests in such agreements. Resultantly, Chapter 5 looks at the interests of "the client", or, in other words, the secondary debtor, Chapter 6 at the debtor's (seller's) creditors, Chapter 7 debtor's (seller's) owners of titles (other security holders and such "property creditors"), Chapter 8 the debtor (seller), and Chapter 9 the creditor (factor). The summary concludes in Chapter 10, where I develop some further thoughts concerning the examination's results and conclusions.

C. The following is a description of the central thoughts in each of the ten chapters of the thesis.

1. There are many descriptions of how a great variety of credit security forms benefit credit granting and society at large. In credit law contexts, particular emphasis is given to the benefit for small and newly started companies and a sought-after influence on competition and general interest rate levels resulting from that variety. Another version is the market economy premise that individuals are the most able at spreading resources in society and that trade, therefore, is useful. On the other hand, there are also descriptions of the limits of the benefit. Credit involves risk-taking, and credit security leads to the debtor's being able to take greater risks than he should, in view of his or her chances of earning money. Market economy descriptions also point out that the spreading of resources in the market functions best in situations that can never completely exist in reality. It is the law's duty, the descriptions point out, to compensate for this if the individuals' spreading of resources is to be effective. Consequently, the descriptions deal with combating interests, and point out that it is the credit law's duty to supply the balancing of those interests.

2. When the interests are to be weighed against each other, with the help of the law, perspective has decisive importance in determining which arguments will be paid attention to and how the weighing is done. There is, therefore, cause to take perspective into special consideration. When such consideration is taken, it becomes clear that each analysis is based on the analyst's premises in the form of views of real life and values. Resultantly, it is not a good description of how the credit law argumentation is presented to say that the arguments are taken solely from legal sources and that they are weighed in accordance with a deductive method. A better description is that the credit law argumentation is founded on rather vague, common beliefs in which not only formal norm arguments are used, but descriptions of real life and values are also taken into account and used. One method of conducting oneself

in regard to such a description is to explicitly take into consideration and weigh the norms, facts and values that are used. By using such a method, the balancing of the interests are brought out into the open in such a way that both the analysis and the criticism of it are made easier.

3. Conducting one's self in regard to both the tools the legal constructions constitute and the interests that are behind determine how the credit law argumentation is presented. There is a tendency in the credit law argumentation to give some interests the status of a superior norm. Interests such as market allocation and room for private initiative are communicated in legal terms such as the freedom of contract and bargaining right. There, the terms freedom and right lead to a juridification that can obscure both the fact that it is interests that lie behind it all, as well as the fact that the concepts are relative and complex. Meanwhile, there are many descriptions of how the interest behind the freedom of contract must be weighed against other interests. One such description is that the freedom of contract paradoxically enough must be weighed against itself, since a transaction between two parties eliminates other possible transactions. The legal concepts that communicate and express objects act in a corresponding way. Conceptions of ideas are central to our communication. Since it is at the same time easy to express conceptions of ideas in legal terms such as property, receivables, etc., the conceptions of legal objects tend to grow in amount without any true reflection over the conflicts of interest that lie behind them.

4. As far as credit security in receivables is concerned, there is cause to further develop the concept "security" as a tool of argumentation. The phenomenon of receivables has such characteristic that it can be difficult to treat the concept of security without having to refine it. A receivable is usually self-executed and for the most part interesting only for its trade value. It has in principle no sentimental value at all and other special values are unusual. Since both parties to the agreement are more interested in its trade value than in the object itself, the concept security can be an altogether too blunt tool. Therefore, there is special cause to openly consider the different interests that lie behind new constructions. An altogether too blunt security concept can both ruin successful constructions and contribute to less successful ones being established. Meanwhile, there is also cause to openly consider interests when established constructions are placed in contexts that have not previously been noted. To dismiss arguments simply because conceptions regarding the security concept appear to lead to such a conclusion is not particularly good.

5. The client, or secondary debtor, is the one who has to pay the receivable. From the client's perspective, his creditor's security transfer of the receivable to the factor means several undesired effects, or, in other words, detriment. The question is how the legal system can protect the client from this detriment. In this situation, the duty may be described as balancing the interests that are brought to life so that the sale will be useful. The client's interests may more concretely be described as costs and risks tied to the handling of information and the changing of the receiver of payment. The change in the receiver of payment may have several different consequences for the client. The consequences involve small and large administrative costs, risks that the payment will not be legally accepted, and, not the least, risks that the client will not get the service in return he or she expects from the debtor. The results are such that a protection for the client may be asserted in several respects. The client should also have the possibility to regulate this protection in relation to the debtor by using agreement conditions. There are, however, not enough grounds to assert a general protection of the implications of the debtor having to receive the client's consent in order to transfer the receivable.

6. The so-called creditor protection issues are central in credit law contexts. That the seller's creditor needs protection against the favoring of certain creditors and other withdrawal of property is a well-known theme. There is also cause to consider that the seller, like every other debtor, tends to take far too great risks in trying to get out of an economic crisis. Similarly, a creditor can in different ways be considered as having suffered damage from the fact that the seller's behavior leads to the receivables being prioritized differently. By consistent consideration of these aspects, it becomes among other things clear that there is cause to give the conceptions of the so-called acts of perfection a new description. Even if these acts of perfection have been given much space in the form of different doctrines of tradition (tradatio), possession, and right of disposition, it is nowadays more apt to describe the argumentation with a principle of the purpose of protection, where material consideration is decisive. It also becomes clear that the standardization in recovery rules can be justified. Further, it is especially interesting that the creditors' interests regarding security in so called future receivables deserve to be stressed. This is because this element of the credit law argumentation has tended to not explicitly pay attention to these interests. There is cause to consider whether this has possibly depended on the fact that one has taken object conceptions as a starting-point.

7. The factor's rights may come into conflict with other subjects who have acquired property rights in the same object of security. These subjects, referred to here as "property creditors," suffer damage by the seller's trade in that they may get a worse right than they had expected and in that costs for handling the conflicts arise. Since those parts of the protection of the property creditors that are made up of the so-called rules of perfection are closely connected with corresponding protection principles for the creditors, it is interesting to analyze to what extent these protection constructions should influence each other. Another important theme is to what extent the resource that a receivable represents can be considered in different concepts and trades as such. How do you distinguish between receivables that yield income and the object that generates the income? How do you treat the fact that so called future receivables may be dependant on the same goods or service resource and therefore cancel out each other? Furthermore, how do you handle the fact that the same resource may be treated as either a second mortgage or an accounting receivable, respectively? Finally, how do you handle the problems caused by good faith acquisitions of a security secured by a receivable.?

8. As a result of the credit security agreement, different costs and risks affect the seller. The question of to what extent the seller will incur these costs and take these risks may be said to depend on two things: if the seller is the best actor to minimize these, and to what extent he or she can make rational decisions. In the credit law argumentation, the seller's interests are seen against the background that he or she typically is the weaker party in the agreement and that he or she tends to take far too great risks in an effort to get out of an economic crisis. However, these interests the seller has are not explicitly paid attention to in every respect. Therefore, in relation to certain damage, rather far-reaching protection constructions are asserted, while the protection aspect for other damage is unclear. Accordingly, it may be asserted that the seller's protection against the factor acquiring the value of the security is relatively well satisfied. This is true at least in that part that consists of the standard rule concerning a prohibition on so-called "lex commissoria." In other parts, such as those involving agreement conditions that lead to certain risks that the seller will be affected by liquidity problems, the protection arguments are made plain to a significantly lesser extent.

9. It is important for the factor that the lien has a high enough value and that he or she will not be affected by the seller's possible delay. Since one assumes in the credit law argumentation that the factor is the stronger party, there is cause to assume that the factor looks after his or her inte-

rests through the vehicle of the conditions of the agreement. The question of the factor's protection, therefore, becomes in many ways a question of which conditions the factor will have the possibility of employing in relation to other interests. It is in this context that the seller's possibilities for canceling the agreement relationship are of central importance. Cancellation is the dominant sanction. This is true for two reasons. First, the factor's primary interest is to minimize the chances that he or she does not get his or her investment back. Secondly, cancellation functions as an instrument for achieving renegotiations and changes in conditions, or, in other words, as an instrument for control. How much or little the factor will be able to protect him or herself from damage caused by the seller selling the receivable to a third party is also interesting.

10. If the credit law's duty is to balance and supply the balancing of the interests, it can be asserted as one over-reaching conclusion of this study that the credit law argumentation failed to explicitly pay attention to interests. The argumentation admittedly pays attention to interests, but because it is not done explicitly, the balancing is not consistent. However, another over-reaching conclusion drawn from this study is that it is possible to do exactly that: to explicitly pay attention to interests and to accept, in that way, the duty of supplying the balancing of interests. A striving for explicitly paying attention to interests can be satisfied through openness. Included as a part of this ambition is, also, the awareness that the credit law argumentation's failure is strengthened by the fact that one interest, the freedom of contract, is often taken as a point of departure for the analysis and that various factors strengthen this tendency. Three such factors worthy of mention are the following: the parties to the agreement are the ones that provide most of the construction suggestions; a belief in the existence of regulatory competition between the legal systems influences the argumentation; and, the use of terminology, main rules and exceptions marginalizes important interests.

Förkortningar

(Vissa förkortningar.)

AvbetköpL	Lag (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BrB	Brottsbalk (1962:700)
BrBkom	Brottsbalkskommentaren, se litteratur Holmqvist m fl
Ds	Departementsserien
FAL	Lag (1927:77) om försäkringsavtal
FHL	Lag (1984:649) om företagshypotek
GFL	Lag (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre
HB	Handelsbalk (1736:1232)
HD	Högsta domstolen alt. Justitieråden i HD
HovR	Hovrätten
HR	Häradsrätten
InkassokostnadsersF	Förordning (1981:1057) om ersättning för inkassokostnader m m
InkassokostnadsL	Lag (1981:739) om ersättning för inkassokostnader m.m.
InkassoL	Inkassolag (1974:182)
JB	Jordabalken (1972:994)
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
KFM	Kronofogdemyndigheten
KkredDir	Rådets konsumentkreditdirektiv 87/102
KkredL	Konsumentkreditlag (1992:830)
KköpL	Konsumentköplag (1990:932)
KommissionsL	Lag (1914:45) om kommission
KonkL	Konkurslag (1987:672)
Krfm	se KFM ovan (Krfm används i äldre citat)
KöpL	Köplag (1990:931)
Lösöreköpslagen	Lag (1845:50 s. 1) om handel med lösören som köparen låter i säljarens vård kvarbliva
NDS	Nordisk Domssamling

NedsL	Lag (1927:56) om nedsättning av pengar hos myndighet
NJA	Nytt juridisk arkiv, avdelning I (HD:s domar)
NJA II	Nytt juridisk arkiv, avdelning II (Förarbeten)
NT	Naumanns Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning
NäringsidkarL	Lag (1985:982) om näringsidkares rätt att sälja saker som inte har hämtats
PantbanksL	Pantbankslag (1995:1000)
PECL	Principles of European Contract Law
Prop	Regeringens / Kungl Maj:ts proposition
RedovisningsmedL	Lag (1944:181) om redovisningsmedel
RevSekr	Revisionssekreteraren
RH	Rättsfall från hovrätterna
RR	Rådhusrätten
Rt	Norsk Retstidende
RänteL	Räntelag (1975:635)
SkbrL	Lag (1936:81) om skuldebrev
SFS	Svensk Författningssamling
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap
TR	Tingsrätten
UB	Utsökningsbalk (1981:774)
UCC	Uniform Commercial Code
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law

Källförteckning

Propositioner

Prop 1936:2 med förslag till lag om skuldebrev m m.

Prop 1970:94. Arbetsgivares kvittningsrätt.

Prop 1975:6. Ändringar i konkurslagen.

Prop 1975:102 med förslag till räntelag.

Prop 1975/76:81. Ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område m.m.

Prop 1976/77:123. Konsumentkreditlag.

Prop 1980/81:8 med förslag till utsökningsbalk.

Prop 1985/86:65 med förslag till ändring i brottsbalken m m (vissa frågor om datorrelaterade brott och ocker).

Prop 1986/87:12 med förslag till ny banklagstiftning.

Prop 1986/87:72 om ändring i räntelagen.

Prop 1986/87:90 om ny konkurslag.

Prop 1991/92:83. Ny konsumentkreditlag.

Prop 1993/94:99 om ny mervärdesskattelag.

Prop 2000/01:19. Bättre förutsättningar för värdepapperisering.

Prop 2001/02:57. Återvinning av säkerhet i konkurs.

Prop 2001/02:132. Direktivet om sena betalningar.

Prop 2001/02:134. Ändringar i konsumentköplagen.

Offentliga utredningar

SOU 1935:14. Lagberedningens förslag till lag om skuldebrev m m.

SOU 1940:20. Straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om förmögenhetsbrott.

SOU 1943:24. Betänkande med förslag till lag om redovisningsmedel m m.

SOU 1960:25. Jordabalk m m II.

SOU 1964:57. Utsökningsrätt III. Exekution i lön, beneficium m m.
SOU 1967:3. Utsökningsrätt VI. Arbetsgivares kvittningsrätt.
SOU 1970:75. Utsökningsrätt X. Konkursgrunderna, gäldenärens legitimation, återvinning, kvittning, solidariska skuldförhållanden m m.
SOU 1973:22. Utsökningsrätt XII. Utsökningsbalk.
SOU 1973:39. God inkassosed. Kreditupplysningsutredningen.
SOU 1974:28. Räntelag.
SOU 1974:55. Utsökningsrätt XIII. Promulgationslag till utsökningsbalk m m. Lösöreköp.
SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten.
SOU 1977:24. Näringsidkares avbetalningsköp.
SOU 1981:76. Företagshypotek
SOU 1983:50. Översyn av lagstiftningen om förmögenhetsbrott utom gäldenärsbrott.
SOU 1983:59. Kreativ finansiering. Slutbetänkande. Utredningen angående de små och medelstora företagens finansiella situation.
SOU 1983:60. Återvinning i konkurs.
SOU 1988:63. Kommission och dylikt.
SOU 1992:113. Lag om företagsrekonstruktion. Slutbetänkande av Insolvensutredningen.
SOU 1995:11. Nya konsumentregler – Preskriptionstid, garantier m m, borgenärsskydd.
SOU 1995:69. Betaltjänster. Slutbetänkande av betaltjäntsutredningen.
SOU 2000:11. Finanssektorns framtid.

Departementsserien

Ds 1990:84. Ny konsumentkreditlag.
Ds 1993:56. Moderna betalningsmetoder.
Ds 1994:37. Den svenska insolvensrätten - Några förslag till förbättringar inom konkurshanteringen m m. Av Lars Söderqvist.
Ds 1998:40. Översyn av vissa bestämmelser i konkurslagen m m.
Ds 1998:71. Bättre förutsättningar för värdepapperisering.
Ds 2001:21. Kreditsäkerhet i byggnader på annans mark.

NJA II

NJA II 1915: Lag om avtal m m på förmögenhetsrättens område.

NJA II 1927: Lag om gälds betalning genom penningars nedsättande i allmänt förvar.

NJA II 1936: Lagstiftning om skuldebrev.

NJA II 1937: Lag om ändring i vissa delar av utsökningslagen.

NJA II 1953: Lag angående ändring i lagen om avbetalningsköp.

Övrigt utredningsmaterial

KOM (95) 117 slutlig av den 11.5.95. Europeiska Kommissionen. Rapport om tillämpningen av direktiv 87/102 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om konsumentkrediter.

NOU 1993:16. (Norges offentlige utredninger) Etterkontroll av konkurslovgivningen m v.

Litteratur

(Där inget annat anges citeras litteraturen efter författare och utgivningsår.)

Adams, Michael: Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte. Athenäum, Königstein 1980.

Adlercreutz, Axel: Avtalet och fordringen. I festskrift till Arnholm - Nordisk Gjenklang, s 293–309. Oslo 1969.

- Avtalsrätt I. Juristförlaget i Lund, 10 uppl, 1995. (Citeras Adlercreutz 1995a.)

- Finansieringsformers rättsliga reglering. Studentlitteratur, 2 uppl, Lund 1995b, 3 uppl Lund 2001.

Akerlof, George: The Market for Lemons. Quality Uncertainty and the Market Mechanism. Quarterly Journal of Economics 84, s 485–500, 1970.

Almén, Tore: Köp och byte av lös egendom. Norstedts, 2 uppl, Stockholm 1917.

Almer, Lars: Civilrätt. Nerenius & Santérus, 2 uppl, Stockholm 1999.

Andersen, Lennart Lynge / Erik, Werlauff: Kreditretten. Thomson Gadjura, 3 utgave, København 2000.

Andersson, Håkan: Skyddsändamål och adekvans. Iustus, Uppsala 1993.

- Topisk retorik inom juridiken. I Mellqvist, Mikael / Persson, Mikael; Retorik och rätt. Uppsala 1994.

- Kritisk pluralism - utmaningar för rättsvetenskapen vid millenieskiftet. JFT (Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland) 2000 s 22–48.

Andersson, Patric: Säkerheter i kreditbeslutet: attityder, intentioner och beteenden. I Gratzer/Sjögren 1999, s 256–284.

Andreassen, Jens Edvin: Factoringpant. Universitetsforlaget, Kristiansand 1990.

- Aktuelle spørsmål vedrørende factoringpantordningen. Lov og rett. Norsk juridisk tidskrift 1992 s 160–178.

Arnesdotter, Ingrid: Moderna betalningsmetoder – betalning och girering. Nerenius & Santérus. Stockholm 1996.

- Kommentar till Bergström/Sundgren 1999. I Gratzer/Sjögren 1999, s 95–99.

Arnholm, Carl Jacob: Privatrett I. Almindelig privatrett. Oslo 1964.

Ask, John: Om kreditaftal. Lund 1882.

Atiyah, Patric Selim: The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford University Press, 1979.

- An Introduction to the Law of Contract. Oxford University Press, fourth edition, 1989a.

- Freedom of Contract and the New Right. (1988 års Casselföreläsning.) Juristförlaget, Stockholm 1989b. (Citeras Atiyah 1989b.)

Axelrod, Robert: Från konflikt till samverkan. Varför egoister samarbetar. SNS Förlag. Stockholm 1987.

Baker, Wayne E / Faulkner, Robert R / Fisher, Gene A: Hazards of the Market: The Continuity and Dissolution of Interorganizational Market Relationsships. American Sociological Review, 1998, Vol 63. (April:147–177).

Bankformulären 2000. Standardavtalsformulär upprättade av Svenska Bankföreningen.

Bauman, Zygmunt: Postmodern etik. Daidalos, Göteborg 1995.

- På spaning efter politiken. Daidalos, Göteborg 2000.

Bauschke, Hans Joachim / Braun, Hans Dieter: Grundlagen des Zivilrechts. 3 Auflage. Walhalla, Berlin; Bonn; Regensburg 1995.

Bengtsson, Bertil: Om civilrättens splittring. I festskrift till Grönfors s 29–46. Norstedts, Stockholm 1991.

Bergström, Claes / Sundgren, Stefan: Hur inverkar förändringen av förmånsrätten på borgenärernas utdelning vid konkurs? Några finska resultat och erfarenheter. I Gratzer/Sjögren 1999, s 78–94. (Citeras Bergström/Sundgren 1999a.)

- Förmånsrättens teori och empiri. I SOU 1999:1 bilaga 6. (Citeras Bergström/Sundgren 1999a)

Bergström, Svante: Pantavtal eller köp? Något om gränsdragning mellan avtalstyper. I festskrift till Arnholm - Nordisk Gjenklang, s 309–322. Oslo 1969.

- Om hävning av penninglån vid låntagarens dröjsmål. I festskrift till Rodhe, 1976 s 20–30.

Berning, Jesper: Omsætningsformue som kreditsikring. En analyse af retlige elementer ved belåning af skiftende formuemasser. Juristforbundets forlag, København 1973.

Bernitz, Ulf: Marknadsrätt. Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlags AB. Stockholm 1969.

- Svensk Marknadsrätt. Juristförlaget, 3 uppl, Stockholm 1991.

Blume, Peter / Petersen, Hanne (red): Retlig polycentri. Akademisk forlag, København 1993.

Björk, Torben: Om factoring. SvJT 1983 s 325–370.

Bogdan, Michael: Om s k sekundärpantsättning av factoringfordringar. TfR 1981 s 514–539.

Brækhus, Sjur: Factoring – sikringscessionen i nytt perspektiv. I festskrift till Arnholm - Nordisk Gjenklang, s 331–357. Oslo 1969.

- Omsetning og kreditt 2. Pant og annen realsikkerhet. Universitetsforlaget, 2 Utgave, Oslo 1994.

- Realkreditt kontra personalkreditt – et apropos til den forestående kodifikasjon av panteretten, Jussens Venner 1976 s 205–249. (Även publicerad i Fra Kredittretten og andre rettsområder, Ti artikler 1968–1978. Oslo 1978.)

- Avtalt motregning – Bankinnskudd og lignende irregulære depoter som sikkerhet for mulige fremtidige forpliktelser overfor depositarien. I Rett og Humanisme. Festskrift til Kristen Andersen, s 53–76, Oslo 1977. (Även publicerad i Fra Kredittretten og andre rettsområder, Ti artikler 1968–1978. Oslo 1978.)

Burling, Erik: Villkorliga fordringar – finns de? Kan man få panträtt för dem enligt jordabalken? SvJT 1976 s 548–552.

Carlshamre, Staffan (red): Filosofiska frågor – Äventyr i tankens värld. Utbildningsradion, Värnamo 1998.

Castells, Manuel: Informationsåldern. Ekonomi, samhälle och kultur. Band III: Milleniets slut. Daidalos, Göteborg 2000.

Cervin, Ulf: Ocker. Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund. Lund 1984.

Coase, Ronald: The problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics, s 1–44, 1960.

Cooter, Robert / Ulen, Thomas: Law and Economics. Harper Collins Publishers, 1 uppl 1988. Addison-Wesley, 2 uppl 1997. (Se även; www.cooter-ulen.com)

Cramér, Per: Neutralitet och europeisk integration. Norstedts, Stockholm 1998.

- Utgångspunkter för en rättsvetenskaplig studie av fenomenet regleringskonkurrens – om rättslig reglering i ett globaliserat ekonomiskt system 2001. I Lindahl, R / Jännebring, B (red), Forskning om europafrågor vid Göteborgs universitet, s 63–90, 2000.

Dahlgren, Rolf / Rune, Christer: Företagshypotek m m. En lagkommentar. Norstedts, 2 uppl, Stockholm 1996.

Dalberg-Larsen, Jørgen: Retsvidenskapen som samfundsvidenskab. Juristforbundets forlag, København 1977.

- Rettens enhed – en illusion? Om retlig pluralisme i teorien og praksis. Akademisk forlag, København 1994.

- Ret, tekst & kontekst. Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 1998.

Doublet, David: Rett, Vitenskap og förnuft. Alma Mater, Stavanger 1995.

Dotevall, Rolf: Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal. SvJT 2002 s 441.

Duttle, Josef: Ökonomische Analyse dinglicher Sicherheiten. M+M Wissenschaftsverlag, Krefeld 1986.

Dworkin, Ronald: Laws empire. Harvard University Press 1986.

- Taking Rights Seriously. Duckworth (eight impression 1996), 1977.

Ebbesson, Jonas: Rätten i informationsåldern. – Manuel Castells undviker rättsfrågor, men rör om i rättstänkandet. Retfærd 93 s 5–13, 2001.

Eckhoff, Torstein (Helgesson, Jan E): Retskildelære. Universitetsforlaget, Oslo 2001.

Eckhoff, Torstein / Sundby, Nils Kristian: Rettssystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien. TANO, 2 utgave, Oslo 1991.

Eisenberg, Theodore: A Review of the Law and Economics Literature on Creditor priority in Bankruptcy. I SOU 1999:1 Bilaga 7.

Ekeberg, Birger / Benckert, Karl: Obligationsrättens speciella del II. Kompendium, 11 uppl, 1957. (Översedd 1957 av Håkan Nial. Omtryckt oförändrad Stockholm 1967.)

Ekelund, Tom: Inkasso; Regelverket och marknaden. Stockholm 1999.

Ekelöf, Per-Olof: Är den juridiska doktrinen en teknik eller vetenskap? I Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten i Lund, 14, 1951. (Även i "de lege" nr 1. Iustus, Uppsala 1991).

- (och Robert Boman) Rättegång II (d v s andra häftet). Norstedts, 8 uppl, Stockholm 1996.

Eriksson, Anders / Lambertz, Göran: Konsumentkrediter. Kommentar till 1992 års konsumentkreditlag. Publica, Stockholm 1993.

Eschelsson, Elsa: Om skuldebref enligt svensk rätt. (Utgiven av Rabenius.) Almqvist & Wiksell, Uppsala 1912.

Evers, Jan / Reifner Udo (Hrsg): The Social Responsibility of Credit Institutions in the EU. Nomos, Baden-Baden 1998.

von Eyben, W E: Panterettigheder. Akademisk forlag, 5 uppl København 1975, 7 uppl København 1984.

Falkanger, Thor: Noen norske refleksjoner omkring "tomme konkursboer" – i Norge og i Sverige. I Insolvensrättsligt forum: 28–29 januari 1999 s 28–35.

Fitger, Peter: Rättegångsbalken. Norstedts, Stockholm, med supplement t o m maj 2002.

Flam, Harry / Horn, Henrik: Är misstron mot nationalekonomerna befogad? I Ekonomisk politik - En vänbok till Assar Lindbeck. 1995.

Fligstein, Niel: Markets as Politics: A Political-Cultural Approach to Market Institutions. American Sociological Review, 1996, Vol 61 (August:656–673).

Frigell, Anders: Fakturaköp – pantsättning eller omsättningsköp? SvJT 1984 s 70–74.

Folkesson, Enar: Företaget i ekonomisk kris. Nerenius och Santérus, 3 uppl, Stockholm 1996.

Glavå, Mats / Petrusson, Ulf: Illusionen om rätten – juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna. I kommande minnesskrift till David Doublet. 2002.

Glavå, Mats: Arbetsbrist och kravet på saklig grund. Norstedts, Stockholm 1999.

Granovetter, Mark: Economic Action and Social Structure: The problem of Embeddedness. AJS Volume 91 Number 3 (November 1985): 481–510.

Granstrand, Ove: The economics and management of intellectual property: Towards intellectual capitalism. Edward Elgar, 1999.

Grauers, Folke: Fastighetsköp. Juristförlaget i Lund, 15 uppl 2001.

Graver, Hans Petter: Den juristskapte virkelighet. Tano, Otta 1986.

- Kategorisering av rettsregler som legalstrategi. I Tuori, Karlo – Rättsdogmatikens alternativ. Juridica, Tammerfors 1988.

Gratzer, Karl / Sjögren, Hans (red): Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi. Gidlunds / Riksbankens jubileumsfond, Södertälje 1999.

Gregow, Torkel: Utsökningsrätt. Norstedts, 2 uppl, Stockholm 1990, 3 uppl, 1996.

- Svensk rättspraxis. Exekutionsrätt 1982–1990. II Konkursrätt. SvJT 1993 s 181–245.

Grönfors, Kurt: Ägande och brukande som kreditunderlag. I festskrift till Arnholm – Nordisk Gjenklang, Oslo 1969.

- Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler, JFT (Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland) 1988 s 317–327.

- Avtalsgrundande rättsfakta. Nerenius och Santérus, Stockholm 1993.

- Avtal och omförhhandling. Nerenius och Santérus, Stockholm 1995.

- Ändamål och funktion. JT 1999–2000 s 523–537.

Grönfors, Kurt / Dotevall, Rolf: Avtalslagen. Norstedts, 3 uppl Göteborg 1995.

Guthrie, Doug: Dragon in a Three Piece Suit. Princeton University Press, 1999.

Göransson, Ulf: Traditionsprincipen. Iustus förlag, Uppsala 1985.

- Ogiltighet i sakrätten. Svag ogiltighets genomslagskraft mot medkontrahents singularsuccesor. Iustus, Uppsala 1984.

Hasselrot, Berndt: Handelsbalken jämte dithörande författningar. Del I-XI. Norstedts, 1 uppl, Stockholm 1905.

- Något om ocker, vite och ränta. (Tryckt som manuskript i 50 exemplar.) Malmö 1920.

- Juridiska skrifter VII. Malmö 1923.

- Några spörsmål ang pant- och retentionsrätt. Omtryck. Malmö 1926.

- Ytterligare några spörsmål ang Panträtt. Omtryck. Malmö 1927.

Hedelin, Lisbeth: Hur påverkar kritiska//icke-kritiska händelser kreditgivares beslutsfattande i insolvenssituationer? I Gratzer/Sjögren 1999, s 223–252.

Hedenius, Ingemar: Om rätt och moral. Wahlström & Wistrand, 2 uppl, Stockholm 1965.

Helander, Bo: Kreditsäkerhet i lös egendom. Norstedts, Stockholm 1984.

Hellner, Jan: Lagstiftning inom förmögenhetsrätten. Juristförlaget, Stockholm 1990.

- Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 1 häftet. Särskilda avtal. Juristförlaget, 2 uppl Stockholm 1993. (Citeras Hellner 1993a.)

- Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 2 häftet. Allmänna ämnen. Juristförlaget, 2 uppl Stockholm 1993. (Citeras Hellner 1993b.)

- Rättsteori – en introduktion. Juristförlaget, Stockholm 1994.

Henning, Ronny: Denuntiation eller ond tro som sakrättsligt moment vid överlåtelse av enkel fordran – en replik. SvJT 1995 s 74–80.

Herre, Johnny: Ersättningar i köprätten. Juristförlaget, Stockholm 1996.

- Sena betalningar – förändrat rättsläge till följd av ett EG-direktiv. JT 2001–02 s 772–786.

Hesslén, Nicola: Exekution i Frankrike. SvJT 1993 s 634–654.

Hessler, Henrik: Allmän sakrätt. Norstedts, Stockholm 1973.

- Svensk rättspraxis. Sakrätt 1964 – 1981. SvJT 1983 s 161–213.

Heuman, Lars: Specialprocess. Utsökning och konkurs. Norstedts, 5 uppl Stockholm 2000.

Hirvonen, Ari (ed): Polycentricity. The Multiple Scenes of Law. Pluto press, London 1998.

Holmqvist m fl BrBkom: (Holmqvist, Lena / Leijonhufvud, Madeleine / Träskman, Per-Olof / Wennberg, Suzanne): Brottsbalken. En kommentar. Norstedts, Stockholm, med supplement t o m juli 2001.

- Beckman, Nils / Hult, Bengt / Strahl, Ivar / Holmberg, Carl / Löfmarck, Madeleine; Brottsbalken I. Norstedts, Stockholm, 5 uppl, 1987.

- Beckman, Nils / Hult, Bengt / Strahl, Ivar / Holmberg, Carl / Löfmarck, Madeleine; Brottsbalken II. Norstedts, Stockholm, 5 uppl, 1982 samt 6 uppl, 1990.

Hult, Phillips (Hessler, Henrik): Lärobok i värdepappersrätt. Norstedts, 4 uppl, Stockholm 1963.

Hultmark, Christina: Sweden. I Bonell, Michael Joachim, A New Approach to International Commercial Contracts, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, s 301–330. Kluwer 1999.

Hydén, Håkan: Rättens samhälleliga funktioner. Studentlitteratur, Lund 1978.

- Rättsregler. Studentlitteratur, 1 uppl Lund 1977, 5 uppl Lund 2001.

- Manuel Castells och förebådandet av en ny rättskultur. Retfærd 94 s 3–19, 2001. (Citeras Hydén 2001b.)

- Normvetenskap. Sociologiska institutionen, Lunds universitet, 2002.

Håstad, Torgny: [Anmälan av] Gösta Walin. Lagen om skuldebrev m m. SvJT 1979 s 207–214.

- Studier i sakrätt. Norstedts, Lund 1980.

- Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten. SvJT 1988 s 224–261.

- Rekonstruktion av insolventa företag. I Insolvensrättsligt forum: 22–23 januari 1990. (Citeras Håstad 1990a.)

- Sakrätt avseende lös egendom. Norstedts, 3 uppl Stockholm 1986, 4 uppl 1990 (citeras Håstad 1990b), 5 uppl 1994, 6 uppl 3:e tryckningen 1999 färdigställd 1996 (citeras Håstad 1996).

- Ansvaret för köprättsliga fel vid exekutiv försäljning, underhandsförsäljning i konkurs eller pantrealisation. I festskrift till

Hemström, s 93–116. Iustus, Uppsala 1996. (Citeras Håstad 1996b.)

- Kap 10 i Norstedst Juridiska Handbok. Norstedts, 16 uppl, Stockholm 1997.

- Den nya köprätten. Iustus, 4 uppl, Uppsala 1998.

IFF (Institut für Finanzdienstleistungen): Access to Financial Services. Final Study presented to the European Commission, Health and Consumer Protection Directorate-General. Hamburg 2001. Se www.iff-hamburg.de/ .

Insolvensrättsligt forum: 22–23 januari 1990. Skuldsanering, Rekonstruktion av insolventa företag, Konkursboets inträde i gäldenärens avtal. Iustus, Göteborg 1990.

- 28–29 januari 1999. Förmånsrätt och företagsrekonstruktion, Gäldenärens och konkursförvaltarens möjligheter att påverka utfallet för olika borgenärsgrupper, Konkurs och miljöansvar, Konkursförvaltning och tillsyn.

Jareborg, Nils: Brotten I (d v s första häftet) Grundbegrepp. Brotten mot person. Norstedts, 2 uppl, Stockholm 1984.

- Brotten II (d v s andra häftet) Förmögenhetsbrotten. Norstedts, 1 uppl Lund 1978, 2 uppl Stockholm 1986.

- Straffrättsideologiska fragment. Iustus, Uppsala 1992.

- Straffrättens ansvarslära. Iustus, Uppsala 1994.

Jackson, Bernard S: Law, Fact and Narrative coherence. Deborah Charles Publications 1988.

Jensen, Ulf: Panträtt i fast egendom. Iustus, 6 uppl, Uppsala 2001.

Johansson, Marcus: Ändamålsenliga sakrättsmoment – om rådighet, sken och rådighetssken. SvJT 1997 s 343–377.

Johansson, Svante O: Stoppningsrätt under godstransport. Norstedts, Stockholm 2001.

Karlgren, Hjalmar: Säkerhetsöverlåtelse och pantsättning av lös egendom. SvJT 1936 s 161–185.

- Kvittning och condictio indebiti. SvJT 1940 s 331–341.

- Säkerhetsöverlåtelse. Norstedts, Stockholm 1959.

Karlsson, Anette: Att tjäna pengar på pengar – Cash Management. Ernst & Young skriftserie, Stockholm 1992.

Keskitalo, Petri: From Assumptions to Risk Management. An analysis of risk management for changing circumstances in commercial

contracts, especially in the Nordic countries. Kauppakaari, Helsinki 2000.

Kihlman, Jon: Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom. MercurIUS, Stockholm 1999.

Klasson, Kristian: Konsten att få betalt. En handbok om fakturering, krav och inkasso. Norstedts, Stockholm 1996.

Kleineman, Jan. Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart. Juristförlaget Stockholm 1987.

Krüger, Kai: Norsk kontraktsrett. Alma mater, 2 opplag, Bergen 1991.

Lambertz, Göran: Sakrättskkydd vid överlåtelse av enkla fordringar – en replik till Stefan Lindskog. SvJT 1994 s 423–426.

- Nyttig och onyttig rättsvetenskap. SvJT 2002 s 261–278.

Lando, Ole / Beale, Hugh (ed): Principles of European Contract Law. Parts I and II. Kluwer 2000.

Lehrberg, Bert: Moderna betalningsformer. Norstedts, 2 uppl, Stockholm 1999.

- Uppsatser i bankrätt. Första samlingen. Norstedts, Stockholm 2001.

Lennander, Gertrud: Panthavares skyldigheter vid pantavtal om lös egendom. Almqvist och Wiksell, Uppsala 1977.

- Återvinning i konkurs. Norstedts, 1 uppl Lund 1985, 2 uppl Stockholm 1994.

- [Anmälan av] Gösta Walin, Panträtt, Stockholm 1991. JT 1991–92 s 531–536.

Liedman, Sven Erik: Från platon till kommunismens fall. Månpocket, 1993.

Lindskog, Stefan: Kvittning. Norstedts, 1 uppl Stockholm 1984, 2 uppl 1993.

- Om separationsrätt i samband med kommission. JT 1989–90 s 207–232.

- Om sakrättsligt misstroende. JT 1991–92 s 275–285.

- Om legitimation och sakrättsligt skydd vid överlåtelse av enkel fordring. SvJT 1994a s 113–135.

- Sakrättsligt skydd och enkla fordringar – en replik på två repliker. SvJT 1994b s 715–727.

- Om denuntiationsmottagares ansvar. I festskrift till Nordenson. Stockholm 1999.

- Kommentar till lagen om handelsbolag och enkla bolag. En kommentar. Norstedts, Stockholm 2001.

Nils Lundgren: Den finansiella sektorns samhällsekonomiska betydelse. I SOU 2000:11 Bilaga 3 Volym A.

Lundstedt, Vilhelm: Det hägerströmska-lundstedstka misstaget. Hugo Gebers Förlag, Uppsala 1942.

- Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar. Band 1. A-B L. Norrblads bokhandel. Uppsala 1944.

Lövgren, Stephan: Snabba lån blir dyr affär. Göteborgs-Posten, 1998–12–16 s 32, avdelning ekonomi.

Macey, Jonathan R: Svenskt bankväsendes framtida reglering och utveckling. SNS Förlag, Stockholm 1994.

Madell, Tom: Det allmänna som avtalspart. Norstedst, Stockholm 1998.

Magnell, Viktor: Rättskällebegreppet – i sökandet efter en modell att analysera olika rättssystems rättskälleläror. Juristförlaget, Stockholm 1994.

Malmström, Åke: Till frågan om villkor vid fastighetsköp II. Uppsala 1933.

Malmström, Åke / Agell, Anders: Civilrätt. Liber-Hermods, 14 uppl, Karlshamn 1994.

Martinson, Claes: Fordringsomsättningen i nya tider? JT 1994–95 s 1156–1161.

- Från casusperspektiv till culpaperspektiv i obeståndsrätten. I Gratzer/Sjögren 1999, s 376–390.

Mathiesen, Thomas: Rätten i samhället. Bokförlaget Korpen, Göteborg 1985.

Mattson, Per: Förhållandet mellan 10 kap 1 § brottsbalken och lagen om redovisningsmedel. SvJT 1988 s 509–531.

Mellqvist, Mikael: Obeståndsrätten – en introduktion. Norstedts, 1 uppl Stockholm 1997, 2 uppl Stockholm 2000.

Mellqvist, Mikael / Persson, Ingemar: Fordran och skuld. Iustus, 3 uppl Uppsala 1992, 5 uppl 2000, 6 uppl 2001.

Millqvist, Göran: Traditionsprincipen vid transaktioner mellan bolag och dess ägare. JT 1999–2000 s 903–907.

Myrdal, Gunnar: Value in Social Theory. Routledge & Kegan Paul, London 1958.

- Objektivitetsproblemet i samhällsforskningen. Rabén & Sjögren, Uddevalla 1970. Färdigställd 1968.

-Objectivity in social research. Phanteon books, 1969.

Myrdal, Staffan: Borgenärsskyddet. Om principerna för skyddet mot överlåtarens och pantsättarens borgenärer. Norstedst, Stockholm 2002.

Myhrman, Johan / Petrén, Gustaf / Strömholm, Stig: Marknadsekonomins rättsliga grundvalar. Timbro, 1987.

Månsson, Fredrik / Andersson, Per-Ulrik (red): Värdepapperisering. Securitisation. Fritzes, Stockholm 1995.

Möller, Mikael: Frysningsprincipens tillämpning på panträtt. JT 1993–94 s 187–192.

Mörner, Anna: Swappar – Några juridiska aspekter. JT 1996–97 s 649–667.

Nehrman, David: Inledning Til Then Swenska Iurisprudentiam Civilem. 1729. (Återutgiven av Juridiska föreningen i Lund, 1979.

Nelson, Robert H: Reaching for Heaven on Earth. The Theological Meaning of Economics. Rowman & Littlefield Publishers, 1991.

Nial, Håkan: Om förvärv i strid med legala förbud. TfR 1936 s 1–77.

- [Anmälan av Würtemberg/Sterzel 1937]. SvJT 1939 s 165–167.

- Banksekretessen. En rättslig undersökning. Svenska Bankföreningen, 5 uppl 1987.

Niklasson, Lars: Fyra perspektiv på finansmarknaderna och tillväxten – Finansiellt system, makt och ekonomisk tillväxt. I SOU 2000:11 Bilaga 6 Volym A.

Nordell, Per Jonas: Marknadsföringens öppenhetskrav – reklamidentifiering och sändarangivelse. SvJT 1999 s 846–872.

Nutek: Riskbedömning – kunskap om risker. En rapport från riskbedömningsprojektet. Stockholm 1992.

- Riskbedömning – ekonomistyrning och riskhantering i små företag. Stockholm 1993.

Nybergh, Frey: Avtalsfrihet - rätt till avtal. En undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner. Nord 1997:10.

Ogus, Anthony: Risk management and Rational Social Regulation. I Robert Baldwin (ed), Law and Uncertainty, s 139–153. Kluwer, 1997.

Olivecrona, Karl: En fråga om godtrosförvärv av panträtt vid kredit i checkräkning. SvJT 1976 s 309

- Replik. (Till Burling och Rune). SvJT 1976 s 556.

Olsen, Lena: Ersättningsklausuler. Vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott. Nerenius & Santérus, Stockholm 1993.

Paasto, Päivi: Ett bidrag till diskussionen om äganderättens värdegrundlag – Den förmögenhetsrättsliga värdediskussionen. Retfærd 91 s 59–76, 2000.

Peczenik, Aleksander: Vad är rätt? Norstedts, Stockholm 1995.

Persson, Annina H: Förbehållsklausuler. Juridiska fakulteten vid Stockholms Universitet, Stockholm 1998.

- Om utvecklingstendenser beträffande harmonisering av reglerna för säkerhetsrätter. JT 2000–01 s 331–347.

Perssson, Ingemar: Sakrättsskydd vid dubbelöverlåtelse av enkla fordringar – en replik till Stefan Lindskog. SvJT 1994 s 426–430.

Persson, Ulf: Skada och värde. Gleerup, Lund 1953.

Petersen, Hanne / Zahle, Henrik (ed): Legal Polycentricity. Consequences of Pluralism in Law. Dartmouth, Suffolk 1995.

Petrusson, Ulf: Patent och industriell omvandling. Norstedts, Stockholm 1999.

Pöyhönen, Juha: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. (The System of Contract Law and the Adjustment of Contracts.) Helsinki 1988.

Ramberg, Jan: Avtalsautonomi och den dispositiva rätten. I festskrift till Agell. Iustus, Uppsala 1994.

Ramberg, Jan / Hultmark, Christina: Allmän avtalsrätt. Juristförlaget, 4 uppl, Stockholm 1996.

Renman, Hans / Tillqvist, Jens: Något om spärrade bankkonton. JT 1992–93 s 669–682.

Rodhe, Knut: Obligationsrätt. Norstedts, Lund 1984, färdigställd 1956. (Citeras Rodhe 1956.)

- Något om säkerhet i ett flöde av ekonomiska värden enligt svensk rätt. FJT 1973 s 239–259. (Även i Studier i bolags- och krediträtt. Skrifter i urval 1944 - 1989. Norstedts, Stockholm, 1989.)

- Pantsättning av lös egendom – ett perspektiv på rättsutvecklingen under 1900–talet. Svensk rätt i omvandling. Studier tillägnade Hilding Eek, Seve Ljungman och Folke Schmidt, 1976 s

425–441. (Även i Studier i bolags- och krediträtt. Skrifter i urval 1944 - 1989. Norstedts, Stockholm, 1989.)

- Handbok i sakrätt. Norstedts, 2:a tryckningen Stockholm 1986. Färdigställd 1984. (Citeras Rodhe 1984.)

- Överlåtelse och pantsättning av en fordran med tillhörande pantsatta kontoregistrerade aktier. I festskrift till Agell, s 513–516. Iustus, Uppsala 1994.

RSV: Exekution. Utsökning & Indrivning. (Ahlqvist, Ulla / Necke, Michael). Riksskatteverket / Fritzes, Stockholm 1996.

Rune, Christer: Hypotekssäkerhet för checkräkningskredit, en konkurrensfråga. SvJT 1976 s 552–556.

Sandgren, Claes: En social avtalsrätt? I och II. JT 1992–1993 s 456–486 och 643–668.

Schmidt, Reinard H: Ökonomische Analyse des Insolvenzrechts. Wiesbaden 1980.

Schultz, Mårten: Värden, värderingar och juridik. JT 1999–00 s 986–1001.

Schumpeter, Joseph A: Capitalism, Socialism and Democracy. George Allen & Unwin, 1976. Färdigställd 1942. (Citeras Schumpeter 1942.)

- Schumpeter. Om skapande förstörelse och entreprenörskap i urval och med inledning av Richard Swedberg. Ratio 1994.

Sigeman, Tore: Lönefordran. Studier över löneskydd och kvittningsregler. Norstedts, Stockholm 1967.

- Kvittningslagen – kommentar till lagen den 27 maj 1970 om arbetsgivares kvittningsrätt. Tidens förlag, andra tryckningen 1973, första 1972.

- Överlåtelseförbud och kollektivavtal. I Festskrift till Hessler, s 383–416. Norstedts, Stockholm 1985.

Skogh, Göran: Marknadens villkor. Timbro samhällsdebatt, 1982.

- Vilken är den rättvisa räntan. Kritisk kommentar till förslag om räntelag. SvJT 1975 s 116–121.

Skogh, Göran / Lane, Jan-Erik: Äganderätten i Sverige. En lärobok i rättsekonomi. 2 uppl. SNS Förlag, Stockholm 2000.

Stangendahl, Peter: Räntelagen, lagkommentar, dröjsmålsränta, avkastningsränta, påminnelseavgift, inkasso, faktureringsavgift. Tholin & Larsson, 2 uppl Göteborg 1998.

Stridbeck, Ulf: Från status till kontrakt och tillbaka igen? JT 1993–94 s 149–168; s 165.

Strömholm, Stig: Avtalsfrihetens komponenter - ett analysförsök. I festskrift till sveriges advokatsamfund. Norstedts, Stockholm 1987.

- Rätt, rättskällor och rättstillämpning. Norstedts, 4 uppl Stockholm 1992.

Stjernquist, Per / Widerberg, Karin: Introduktion i rättssociologi. Lund 1978.

- Rätten i samhällsbyggandet. Norstedts, 2 uppl, Stockholm 1985.

Strahl, Ivar: Svensk rättspraxis. Straffrätt 1963–1964. SvJT 1967 s 401–440.

Sundgren, Stefan: Bankruptcy Costs and the Bankruptcy Code. A Case Study of the Finnish Code. Helsingfors 1995.

Svensson, Eva-Maria: Genus och rätt – en problematisering av föreställningen om rätten. Iustus, Uppsala 1997.

Tamm, Ditlev: Romersk rätt och europeisk rättsutveckling. Nerenius och Santérus Förlag. Stockholm 1993.

Taxell, Lars-Erik: Panträtt i skuldebrev. Åbo 1949.

- Avtal och rättsskydd. Åbo akademi. Åbo 1972.

- Rätt och demokrati. Åbo akademi. Åbo 1976.

- Avtalsrättens normer. Åbo akademis förlag 1987.

Teubner, Günter: After Privatisation? – The Many Autonomies of Private Law. I Wilhelmsson/Hurri, From Dissonance to Sense. Ashgate, 1999.

Tiberg, Hugo: Fordringsrättsliga avgöranden i HD. SvJT 1987 s 294–300.

- Fordringsrätt. Juristförlaget, 6 uppl, Stockholm 1988, 7 uppl, Stockholm 1996.

Tiberg, Hugo / Lennhammer, Dan: Skuldebrev, växel och check. Norstedts, 7 uppl, Uppsala 1995.

Tjaum, Arne: Valuta- og renteswaper. En rettslig studie. Universitetsforlaget, Oslo 1996.

Tolonen, Hannu: Några synpunkter på den skandinaviska realismen. Retfærd 53 s 18–33, 1991.

- Rättssystemet som ett system för institutioner och rättsförhållanden (rättigheter). JFT (Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland) 1993 s 44–60.

Tolonen, Juha: Marginalisering som ett rättsligt problem. Retfærd 65 s 3–16, 1994.

Tuori, Karlo: Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin? I Tuori, Karlo (red.) – Rättsdogmatikens alternativ. Juridica, Tammerfors 1988., s 181–210.

- Från ideologikritik till kritisk positivism. Retfærd 85 s 5–18, 1999.

Tuula, Marie: Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar. En jämförande studie av svensk och amerikansk insolvensrätt. Norstedts, 2 uppl, Stockholm 2001.

Twining, William: Narrative and Generalisations in Argumentation About Questions of Facts. I festskrift till Strömholm, s 821–833 (del II). Iustus, Uppsala 1997.

Töllborg, Dennis: Personalkontroll. Symposion bokförlag & Tryckeri, Stockholm/Lund 1986.

- Under cover. Den svenska säkerhetspolisen och dess arbetsmetoder. Norstedts, Stockholm 1991.

Undén, Östen: Om panträtt i rättigheter. Lindstedts universitetsbokhandel, 1 uppl Lund 1915, Gleerups, 2 uppl Lund 1923.

- Svensk sakrätt I. Gleerups förlag, 8 uppl, Lund 1973, Liber läromedel, 10 uppl Lund 1976.

Ussing, Henry: Obligationsretten. Almindelig del. Juristforbundets forlag, 4 udgave, København 1961.

Walin, Gösta: Separationsrätt. Norstedts, Stockholm 1975.

- Lagen om skuldebrev. Norstedts, 1 uppl Stockholm 1977, 2 uppl 1997.

- Materiell konkursrätt. Norstedts, 2 uppl Stockholm 1987.

- Panträtt. Norstedts, 1 uppl Stockholm 1991 och 2 uppl 1998.

- Om företagshypotek. Norstedts, Stockholm 1995.

- Avkastning av fast egendom, pantförskrivning och utmätning. SvJT 1999 s 305–314.

- Finansiella instrument. Norstedts, Stockholm 2001.

Walin, Gösta / Gregow, Torkel / Löfmarck, Peter: Utsökningsbalken och promulgationslag m m. Norstedts, 1 uppl, Stockholm 1982, 2 uppl 1987, 3 uppl 1999.

Walin, Gösta / Rydin, Bengt / Kihlgren Tuula T: Förmånsrättslag, lönegaranti, kvittning mot lön m m. Norstedts, 4 uppl Stockholm 1995.

Wallin, Gunvor: Om avtal mellan makar. Gleerup, Lund 1960.

- Dröjsmålsränta. Norstedst, Stockholm 1969.

Welamson, Lars: Konkursrätt. Norstedts, Stockholm 1961.

- Konkurs. Norstedts, 8 uppl Stockholm 1988, 9 uppl 1996.

Wennberg, Suzanne: Förskingring. Almqvist & Wiksell. Uppsala 1977.

Wennström, Bo: Rättens kulturgräns. Iustus, Uppsala 2001.

White, James J / Summers, Robert S: Uniform Commercial Code. West Group, Fifth Edition 2000.

Wihlborg, Clas / Gangopadhyay, Shubhashis / Hussain, Quaizar: Infrastructure Requirements in the Area of Bankruptcy Law. 2001.

Wilhelmsson, Thomas: Om styrning av försäkringsvillkor. Vammala 1977.

- Social civilrätt. Juristförbundets förlag. Helsinki 1987.

- Materiell bedömning av standardvillkors giltighet. Tankar bakom ett lagförslag. I festskrift till Grönfors. Norstedts, Stockholm 1991.

- Critical Studies in Private Law. Kluwer 1992.

- En social avtalsrätt? – Några kommentarer. JT 1993–94 s 499–508.

- Avtal och jämlikhet. SvJT 1997 s 505–527.

- Senmodern ansvarsrätt. Iustus förlag, Jyväskylä 2001.

Wilhelmsson, Thomas / Hurri, Samuli (editors): From Dissonence to Sense. Ashgate, 1999.

Wilhelmsson, Thomas / Sevón, Leif: Räntelag och dröjsmålsränta. Finlands juristförbunds förlag, Vammala 1983

Williamsson, Oliver E: Transaction-Cost Economics: The governance of Contractual Relations. Journal of Law and Economics, 1979.

Wilson, James: Jorden skall gråta. Historien om Nordamerikas indianer. Ordfront, Stockholm 2001.

Wood, Philip R: Principles of International Insolvency. Sweet & Maxwell, London 1995.

Würtemberg, E Marks von / Sterzel, F: Lagen om skuldebrev jämte dithörande författningar. Norstedts, 2 uppl, Stockholm 1947, 3 uppl, 1953.

Zeiss, Walter: Dänemark. I Hadding, Wahlter – Die forderungsabtretung, insbesonders zur Kreditsicherung. 1986.

Rättsfallsregister

NDS 1989 s 215	300
NJA 1881 s 510	258
NJA 1881 s 6	446
NJA 1887 s 232	517
NJA 1894 s 359	55
NJA 1897 s 198	228, 510
NJA 1901 s 522	354
NJA 1906 s 163	354
NJA 1910 s 196	508, 517
NJA 1910 s 412	526
NJA 1913 s 496	208, 365
NJA 1915 A nr 58	508
NJA 1915 s 86	547
NJA 1917 s 533	508
NJA 1918 s 433	517
NJA 1920 s 53	489
NJA 1923 s 258	553
NJA 1923 s 346	55
NJA 1924 A nr 343	508
NJA 1924 s 329	387
NJA 1925 s 374	508
NJA 1925 s 80	387
NJA 1926 s 454	55
NJA 1934 s 661	520
NJA 1937 s 63	354
NJA 1940 s 297	387
NJA 1943 s 399	280
NJA 1952 s 131	257
NJA 1952 s 256	138
NJA 1952 s 407	151
NJA 1953 s 465	354
NJA 1953 s 63	554
NJA 1954 s 455	151
NJA 1954 s 464	398
NJA 1956 s 485	282
NJA 1958 s 422	287
NJA 1958 s 478	279

NJA 1962 s 49 278
NJA 1964 s 213 455
NJA 1965 s 224 278
NJA 1965 s 394 252
NJA 1966 s 379 279
NJA 1966 s 97 252
NJA 1967 s 195 463
NJA 1970 s 487 152
NJA 1971 s 122 546, 547, 550
NJA 1971 s 23 583
NJA 1972 s 246 287
NJA 1972 s 439 485, 489, 490
NJA 1973 s 635 210, 215, 216, 285, 352, 355, 356, 365, 366, 370, 377, 378, 379, 559, 560, 561
NJA 1974 s 376 258
NJA 1974 s 533 554
NJA 1974 s 689 325
NJA 1975 s 638 282
NJA 1977 s 20 280
NJA 1977 s 320 144
NJA 1977 s 530 278, 280
NJA 1977 s 805 278
NJA 1978 s 99 280
NJA 1980 s 197 224, 226, 239, 284, 285, 309, 398
NJA 1981 s 1 104
NJA 1981 s 507 319, 435
NJA 1982 s 336 388
NJA 1983 s 103 282
NJA 1983 s 671 319
NJA 1983 s 737 325
NJA 1984 s 185 613
NJA 1984 s 215 160
NJA 1984 s 673 258
NJA 1985 s 121 238, 510
NJA 1986 s 217 224, 225, 233, 285, 286, 295, 300, 305, 309, 377, 604
NJA 1986 s 246 55
NJA 1986 s 409 282
NJA 1986 s 44 180
NJA 1986 s 696 181
NJA 1986 s 779 325
NJA 1987 s 320 323, 324
NJA 1988 s 257 151
NJA 1988 s 312 171
NJA 1989 s 185 321
NJA 1989 s 671 179, 180, 193

NJA 1991 s 217 463
NJA 1991 s 271 463
NJA 1991 s 736 518
NJA 1993 s 34 284
NJA 1993 s 468 258
NJA 1993 s 524 360, 403
NJA 1994 s 480 398
NJA 1995 s 157 211, 214, 357, 358, 364, 559
NJA 1995 s 367 131, 283, 298, 305, 310, 315, 361, 377, 395
NJA 1995 s 430 451
NJA 1996 s 52 282
NJA 1997 s 93 326
NJA 1998 s 135 258
NJA 1999 s 16 152
NJA 2000 s 88 287, 301, 305
NJA 2001 s 292 183, 604
NJA 2001 s 381 208, 209, 365
NJA 2002 s 11 614

NT 1867 s 309 508
NT 1871 s 621 496

RH 111:84 160
RH 1990:116 288
RH 1992:54 214
RH 1993:42 388
RH 1998:13 635, 637

Rt 1963.893 56, 354
Rt 1987.35 56, 299, 377

SvJT 1924 ref s 44 228
SvJT 1933 ref s 1 354
SvJT 1941 ref s 26 208, 365
SvJT 1955 ref s 15 214

Sakregister

(Sakregistret omfattar även sakord i noter. Vissa vanligen förekommande sakord som också förekommer i rubriker är endast indexerade till det ställe där de förekommer i rubrik. För vissa sakord som är mycket vanligen förekommande hänvisas till innehållsförteckningen och den introducerande sammanfattningen.)

A

ackord, 119, 521
affektionsvärde, 34, 117–118, 126, 134, 137–138, 258–259, 470, 479, 498, 596
agrikulturella revolutionen, 53
alkoholförsäljning, 367
alldeles oförsvarligt, 179, 186, 196
amortering, 481, 577
anstånd, 142, 168, 511, 517, 591, 613–614
apportegendom, 301
Assyrien, 53
auktion, 252, 467–468, 471, 472–477, 485–486, 496
auktion, 484–485
avkastningsfordringar, 40–41, 284, 315, 361–364, 369–378, 382, 406–411, 559, 561
avkastningsobjekt, 363, 374, 409
avkastningsobjektet, 361–364, 369, 371, 374–375, 378, 403–410
avräkning, 323, 335, 337, 343, 380, 381, 550, 555–557, 597
avskiljandeansvar, 526, 536, 539
– avskiljandeskyldighet, 44, 526–530
avskrivningsunderlag, 298
avtalsfrihet, 32–33, 46, 80, 86, 89, 92–105, 207, 251, 315–316, 377, 397, 409–410, 423, 578, 585, 620–622, 626, 629
– avtalsfrihetens grundsats, 94–95
avtalsprincip, 292
– avtalsprincipen, 299
avtalsrättslig paradox, 99
avtalstypologin, 115, 119, 123

B

badwill, 583
bankbok, 252
bankformulären, 576
Bankformulären, 485, 503, 508, 551–552, 581, 588, 652
bankgarantin, 579
bankgiro, 171–172
bankkrisen, 579
bargaining theory, 61
bedrägeri, 39, 275–277, 288, 302, 307, 310–311, 337, 386, 399, 400, 403, 405, 413, 416, 451, 525
befriande verkan, 110, 170, 208, 224–225, 229, 234, 238–239, 278–281, 285–286, 419
behörighetsmissbruk, 311, 398–405, 494
benefika, 167, 203, 253–257
berättelse, 80, 87
– Berättelsemetaforen, 80
betalningsort, 172, 175, 223, 237, 602
betalningsproblem, 322, 596, 599
– betalningssvårigheter, 118, 242, 322–323, 345, 503–504, 534–544, 583, 636
betingad, 98, 220, 324, 325
BGB, 95, 515, 598

brev, 67, 159, 163, 169, 199, 204, 440, 487
bruksvärde, 117, 134, 551
byggnadsentreprenad, 214–215
– se även entreprenad
bytesvärde, 46, 106, 117–118, 136–147, 431, 490
bättre rätt, 36, 45, 161, 169, 187–190, 229, 231, 236, 251, 354, 388, 430, 513, 565–570, 598

C

certeparti, se långtids-
cession, 168, 200
– Cessionsprincipen, 265
checkkredit, 322, 332, 334, 481, 608–611
– se även kontokredit
condictio indebiti, 120, 182, 190

D

dammsuga, 372
Danmark, 130, 161, 195, 220
– dansk, 167, 239, 279–280, 300, 423
– danska, 52, 195, 377, 487
de facto, 279, 300, 391
debitors negligeringsret, 220
Dekningsloven, 340
Delawareeffekten, 627
demokratisk, 87, 628
Denuntiationspant, 108
Denuntiationsprincipen, 55
deposition, 36, 183–187, 228–229, 232, 236, 243, 246
dividendprincip, 234
djupstruktur, 99
dröjsmålsränta, 43, 117, 128, 199, 232, 461–466, 478, 522–524, 531–533, 543–544, 572, 582, 585, 587, 632–634
dubbel denuntiation, 295, 316–317, 419, 422–424
dubbelförfogande, 307–314, 382–386, 398–403, 406, 410–411, 414, 417–418, 425, 436–441
dynamiken, 63
– dynamisk, 61, 445, 456, 546
dödsbodelägare, 256

E

egendomsbegreppet, 33, 93, 101–105, 121, 132
– egendomsbegreppets tillväxttendens, 93, 102, 105, 207, 210
egenmäktigt förfarande, 282
elektronisk post, 567
– e-mail, 169
entreprenad, 215
– se även byggnads- och småhus-
– entreprenören, 206, 208, 214
Europa, 448
Europeiska utvecklingsbanken, 377

F

factoringpant, 56, 299, 376
fakturabelåning, 33, 109, 110–111, 265
fakturaköp, 33, 109–111
fast egendom, 133, 253–258, 360, 364, 371, 374, 378, 404–405, 408
– fastighetspant, 374, 432, 590
– fastighetspantbrev, 435
fast huvudkredit, 327, 332
fideikommiss, 354
– fideikommissarie, 354
finansbolag, 131, 161, 181, 199, 283, 451, 601
Finansbolagens förening, 162
finansieringsverksamhet, 114, 452
Finansinspektionen, 162, 517, 529
flaggningsprincip, 306
Fordringar, se
– avkastningsfordringar
– hyresfordringar
– hyror
– kontraktsfordringar
– leasingavgifter
– lönefordringar
– personliga fordringar
– resolutivt villkorade
– suspensivt villkorade

– villkorade
– ömsesidiga
– ömsesidigt förpliktigande
– ömsesidigt förpliktigande fordringsförhållanden
fordringsägarkollektivet, 347, 375, 625
formkrav, 39, 56, 120, 305, 316, 386–387, 394
fragmentisering, 68
fria viljan, 96
fristdagen, 242
Frysningsprincipen, 356–357
fullmaktsregler, 171, 491–492
fungibel egendom, 116–119
funktionell, 74, 583
funktionella, 52, 74
fångarnas dilemma, 624
företagshypotek, 33, 42, 52, 107–108, 112, 168, 216, 278, 282, 291, 295–296, 312, 316, 319, 368, 432–437, 440–441, 551, 586, 590, 603
– företagshypoteksbrev, 112, 282, 287, 291, 293, 295, 296, 301, 307, 309, 312, 319, 324, 432–436, 440–441, 586, 603
förfalloklausul, 575, 581, 582
– se även förverkandeförbehåll
– förfallopantklausul, 443
förhandlingsteorin, 61
förmånsläge, 435–436, 440–441
förmögenhetsrätt, 81
förskingring, 307, 311, 316, 399–402, 509, 527–528, 547
förskott, 53, 196, 206, 214, 227, 354, 357–358, 364, 370, 558, 598
– förskottsbetalning, 211, 212, 213, 299, 358, 364
– Förskottsnormen, 357
försäljning, 121, 141, 198, 226, 283, 301, 351, 371, 398, 444, 467, 469–478, 484–486, 488, 492–496, 506, 512, 523, 536, 544, 592, 595
Försöksstadiet, 276, 400
förtida betalning, 227, 472
förtida realisation, 46
förtroendeuppdrag, 220
förverkandeförbehåll, 43, 443–454, 457–464, 546
– förverkandeklausuler, 442, 445, 447, 452, 457, 462, 464
– se även förfalloklausul

G

generalpant, 44, 228, 330, 550–552, 556, 561, 608–612
– generalpantförbehåll, 546, 550–556
– generalpantvillkor, 228
generiskt bestämd egendom, 116–117
godisförsäljning, 367
goodwill, 296, 375, 474
– goodwillaspekter, 214
grundpelare, 94, 102
gåva, 253, 257
– gåvogivare, 354
gäldenärsbyte, 565
gällande rätt, 81–87, 131, 304, 430

H

halvtvingande, 446, 489
handelsbruk, 387
handpant, 59, 109, 374, 386, 471, 496
– handpanträtt, 57
hokuspokus, 58, 301
huvudkreditens
– tillkomst, 319–322, 324, 328–330, 339–341, 355
– utgivande, 330, 339–341
huvudtes, 90
hypotekarisk, 591
hyresfordringar, 121, 208–213, 353–354, 360, 364, 405, 559
– hyror, 100, 180, 209
hyresrätt, 151, 211, 357, 358
hämnd, 522
hävning, 120, 129, 200, 256, 475–476, 480, 490–493, 531, 580–585, 599
– hävningsrätt, 255–256, 581–585, 615

I

ideologi, 75, 81, 83
idésystem, 65, 75
ignorantia juris nocet, 186
immaterialrättsstrategier, 104
indirekt nackdel, 324, 344
– se även nackdel
indrivning, 37, 224–225, 266, 465, 469, 473–478, 486–491, 496, 504, 507, 512, 521, 536, 544–545, 592, 606
– indrivningsuppdrag, 224, 295, 536
inflytande likvider, 113, 217
informationsansvar, 163, 164, 168, 602
– informationsplikt, 160–164, 601–602
– informationsskyldighet, 35, 159–163
informationsasymmetrier, 63
informationshantering, 158
informationsteknologin, 567
inkasso, 407
– inkasserare, 266
– inkassoföretag, 529
– inkassokostnader, 532
– inkassouppdrag, 44, 266, 280, 519, 525, 527
– inkassoverksamhet, 267, 519, 524–527
inskrivning, 320, 405
– inskrivningsdag, 320, 436–437
insolvens, 274, 344, 350, 402, 444, 528, 568, 583
– insolvent, 34, 241, 344, 345, 498, 528, 536
inteckning, 436–437, 439
– inteckningsansökan, 319, 324, 435–436
internationalisering, 68
intjänandeförmåga, 217, 372
Intjänandenormen, 352, 355–356, 358
investeringar, 51, 59, 65, 627
investorleasing, 283, 298, 316, 368, 400
invändningsrätt, 192, 199, 220, 223, 228, 229, 234, 510

J

Jersey, 114

K

kassaskåp, 287
kausalitetsnormen, 504
KFM, 240, 243, 295, 360, 404, 468, 473, 510
KkredDir, 181, 193, 194, 195, 196, 198, 201
kollektiva intressen, 47, 624
kommission, 53, 142, 547
Kompensationsförutsättningen, 62
konflikthämmande, 621
– konfliktlösande, 621
konkurrens, 29, 49–52, 94, 349, 444, 571, 579, 617, 629
– konkurrensfördel, 552
konkursinstitutets konkurs, 59
konnex, 200
– konnexa, 190–193, 200, 209, 547, 550, 613
– konnexitet, 546–547
konsensualavtal, 120, 132, 387, 587
kontokredit, 332–335
– se även check-
kontraktsekonomiska analysen, 71
kontraktsfordringar, 55, 133
kontrollerbarhet, 57, 293–296, 305–306
kopplingsförbehåll, 549, 552
kreditköp, 179, 188, 193–197, 200, 202, 582
kreditmarknad, 51
kreditrating, 114
kreditunderlaget, 363, 406, 407, 409, 410
kreditupplysning, 436, 465, 577, 594
krisbeteende, 218
krissituationer, 604
kundkontovärdepapperisering, 33, 40, 107, 112, 113, 114, 550, 586, 627
kvarstad, 38, 214, 243, 245, 246, 248, 249, 358, 511, 513, 514, 515, 538, 590
kvarstadskrav, 364, 515
kvarstadsreglerna, 243, 245

kvittning, 34, 44, 118, 125, 174, 188–196, 200–202, 229, 231, 241–249, 391, 469, 474, 515–516, 519–550, 599, 613
– kvitta, 44, 118, 191, 227–236, 241, 244, 250, 492, 499–500, 509, 511, 518, 526–547, 613
– kvittningsposition, 209, 229, 241, 249, 401, 538, 541, 613
– kvittningsregler, 209
– kvittningsrätt, 224, 227, 230, 232, 365, 391, 515, 535–538, 543, 546–549, 613
kvitto, 53, 518
köpeskilling, 320, 351

L

leasingavgifter, 283, 321, 361
Legalitetsgrundsatsen, 398
lex commissoria, 446
lex specialis, 326
likhetsteorier, 64, 569
– likhetsteorin, 217, 274, 318, 372, 570
likvida medel, 39, 51, 112, 157, 218, 230, 343, 474–475, 532, 534
– likviditet, 44, 51, 112, 135, 138, 147–148, 206–208, 212–213, 251, 260–261, 266, 351, 366, 369, 372, 402, 407, 527, 545–558, 568, 625, 631
– likviditetsaspekten, 555
– likviditetsflöde, 40, 44, 113, 218, 369, 379, 465, 545, 554, 557, 559, 584
– likviditetshänseende, 187, 197, 379, 380
– likviditetskalkylerna, 217
– likviditetskänslighet, 214, 216, 219–220
– likviditetsproblem, 51, 207, 214–215, 241, 307, 367–370, 373–380, 442, 545–560, 566, 568, 634
– likviditetstillskott, 213, 216–219, 373, 380
lustifikation, 298
långtidscertepartier, 354
långvariga avtal, 97, 445
långvariga projekt, 216, 373
läsanvisningar, 70,
löften, 167, 210, 352, 370, 410
lön, 40, 58, 208, 365–366, 558
– lönefordringar, 50, 208, 209, 353, 354, 377, 533
löpande skuldebrev, 58, 163, 176, 281, 285, 301, 425–426, 433, 437, 517, 566
lösningsskyldigheten, 126–127, 134, 145–148
lösöre, 54, 57, 109, 133, 255–256, 283–284, 291, 358, 371–374, 398, 404, 406, 425–426, 437, 469, 492, 496, 498, 566

M

mannamån, 325, 346
marknadspris, 587
marknadsräntan, 578
Marknadsteorin, 60, 62, 102
meddelandekrav, 295, 300, 302, 388, 389, 392, 478, 484–488, 494–495, 497–498, 523
medhjälp, 346
mellanman, 494
mened, 277
Mervärdesskattelagen, 150
mervärdesteorin, 61
motorbåt, 288

N

nackdelsbedömning, 329
nackdelsrekvisit, 319, 324, 341, 342
– se även indirekt nackdel
Nationen, 52
naturhändelser, 590
negativa kontraktsintresset, 165
negativklausul, 129, 130
negotiorum gestio, 120
neoklassiska, 63
Norge, 55, 130, 340
– norska, 52, 55, 59, 112, 130, 291, 296, 299, 323, 340, 354, 376, 589
normvetenskapen, 76
näringsfrihet, 32, 94, 102, 621

O

obehörigt förfogande, 382–383, 424, 426, 429, 432–437, 495
objektiv värdering, 466, 467
ockupation, 104
odelbarhet, 226, 548
oegentlig panträtt, 55
oklara rättsfrågor, 69–70, 75–79, 83–89, 107, 151, 200, 289, 306, 573, 587, 623
olikhetsskapande transaktioner, 273
olovligt förfogande, 311, 386, 398–403, 494, 528–530
ombud, 171, 216, 223–224
omförhandling, 45, 133, 178, 193–202, 206, 212–213, 327–328, 332, 335, 349, 354, 372, 414, 459, 461, 571
omsorgsplikt, 43, 470–471, 474, 478, 482, 488–490, 497, 536–537, 591, 596
omsättningens intresse, 61, 64, 72
omsättningsförbud, 38, 203, 209, 215, 250–265, 618
– se även överlåtelse- och sekundäromsättnings-
omsättningsteorin, 61–62, 71–72, 97, 156–157, 274, 338, 391, 420, 443–445, 454, 456, 470, 481, 500, 509, 571, 600, 616
ordinärrekvisit, 39, 322, 323, 339–343, 356, 378, 380
ordinärt, 138, 144, 313, 319, 322, 356, 366
osynliggörande, 103
– osynliggörs, 626
otillbörlig, 324–325, 345
oäkta säkerhet, 145, 148–149

P

pactum turpe, 326, 338, 340–341
Panteloven, 56, 59, 112, 296, 589
par conditio creditorum, 59
paradigm, 81
personliga fordringar, 36–37, 203, 209, 261, 264
pledge, 54, 57
pluralism, 68
policy, 204, 555
positiva samhällsekonomiska effekter, 81
postanvisning, 171, 172, 173
postgiro, 171–172, 175
premisser, 30, 67, 69–77, 82–88
Preskription, 122, 507
Principles of European Contract Law, 95, 122, 167, 174, 194, 205, 221, 247, 262, 326, 377
privata resurser, 60
psykologisk, 84, 513
– psykiskt, 63, 443
– psykologin, 218
– psykologiska, 218, 475, 553
publicitet, 57, 204, 216

R

race to the bottom, 628
rationalitet, 42–43, 61–64, 98, 155, 445, 459, 461, 490
realavtal, 120, 386, 387, 440
realisation, 43, 46, 125–126, 144, 229, 315, 360–361, 375, 378, 403–410, 446–471, 475–498, 512–548, 561, 587–599, 606–607, 614
– realisationsformen, 471–481, 485, 496, 512, 521, 539, 544
– realisationsresultaten, 493, 497, 521
– realisationsrätt, 45, 226, 362, 405, 459, 475, 483, 491, 495–496, 519–520, 588–595, 606–607, 613
– realisationsskyldighet, 126, 519–525
redovisningsmedel, 142, 149, 396, 401–402, 477, 481, 509, 515, 521, 538–539, 546–549
redskap, 103, 638
registerpantsystem, 52, 112, 151
Regleringskonkurrens, 47, 627–628
rekonstruera, 219, 521
– rekonstruktion, 217, 241, 271
representant, 276, 636
resolutivt villkorade, 121–122
Riksbanken, 51

– Riksbankens referensränta, 451, 635
riskpreferens, 38–40, 47, 64, 217, 219, 273, 306, 308, 311, 313, 316, 350, 366–371, 392, 396, 402, 410, 414–416, 423, 452, 498, 530, 559–561, 569–570, 594, 629–636
riskpremier, 506
risktransaktioner, 272–274
romerska rätten, 53, 58, 117, 446
rådighets-
– avskärande, 57, 281–283, 288, 296–297, 307–316, 351–352, 368–369, 378–379, 394–397, 412, 418–424, 437–440, 559–561, 630
– påverkan, 292, 296–297, 305–306
– sken, 281, 309, 422
– skenavskärande, 309
rättsfigur, 103, 104, 626
rättsideologin, 72
rättskonstruktioner, 82, 84
rättskällehierarkier, 86
rättskällevärdet, 83
rättskällor, 31, 67, 76, 79, 81
rättsligt möjliga, 70, 79
rättsordningsnivå, 99, 207
rättsordningsnivån, 99
rättsstat, 84
rättssystemet, 58, 80, 84, 94, 376, 618
rättssystemnivå, 99
rättssäkerhet, 81, 84–85, 376, 584
rättsvetenskaplig, 52, 81, 87–88
rörlig huvudkredit, 331, 342

S

sakrättsliga skyddsändamål, 39, 269, 306, 316, 397
saldot, 322, 342
– saldobesked, 168
samhällsvetenskap, 638
sedvanliga betalningsmedel, 323
sedvänja, 387
sekundäromsättningsförbud, 46, 614–619
– se även omsättningsförbud
sekundärpant, 278, 285, 295, 297, 300, 313–316, 406, 409, 417, 419, 604, 609, 616–617
– sekundärpantsättning, 55, 127, 160, 286, 293, 298, 603–607, 611, 614
signaleffekten, 97
singularsuccessorer, 89, 270, 382
självbedrägeri, 217
självrealiserande, 34, 43, 106, 215, 467, 550
självtäkt, 549
Sjörättsakademien i Göteborg, 152
skatt, 50
skriftlig, 182, 185, 281
småhusentreprenad, 214, 220
– se även entreprenad
solida, 216, 373, 493
soliditet, 133
specialisering, 51
specialitetskravet, 355
spel, 554
– spelare, 273
– spelteori, 624, 626
spärra, 44, 246, 332–333, 515, 536–538
– spärrmeddelande, 242, 510, 513–515, 537, 542
standard, 206–207, 214, 552
standardavtalen, 581
stoppningsrätt, 234, 320, 329, 342, 515
ställföreträdare, 287, 288, 293, 297–301, 312–313
– ställföreträdarroll, 491
subrogationsrätt, 278
surrogat, 54, 313–317, 347, 395–396
suspensivt villkorade, 121–122
swap, 114
Svenska bankföreningen, 162
synliggörande, 72, 292, 296, 305, 306, 312
systemargument, 74, 104, 209–211, 221, 226, 248, 399, 404, 411, 431, 558, 569
systemrisker, 621
systemskydd, 560
– systemskyddsskäl, 578
säkerhetsöverlåtelse, 150

särskilda värden, 34, 106, 118, 137, 384, 428, 470, 487, 493, 498, 500, 532
– särskilt kvittningsvärde, 118–119, 134, 242–244, 494, 498–500, 509–511
– särskilt rättighetsvärde, 118, 205, 498499, 540–541
– särskilt spekulationsvärde, 118–119, 479, 494, 498–499

T

teknikaliteter, 103
telefon, 159, 161, 182
testamente, 253, 257
Tillhanda-krav, 302, 394
tillit, 58, 167, 168, 602, 622
traditionsprincipen, 39, 55, 292, 300, 304, 306
transaktionskostnadsteorin, 62
tredjemansavtal, 247
– tredjemansavtalsprincip, 238
trossystem, 71
trångmål, 366–367, 411, 450
tysk, 55, 152, 167

U

underhandsförsäljning, 473, 474
undersökningsansvar, 388, 392–393, 405
UNIDROIT, 94, 262, 377
Uniform Commercial Code, 54
– UCC, 150, 648
uppenbart missförhållande, 367, 449–450, 453–457
upphovsrätt, 256
Upplysningscentralen, 436
uppsägningsrätt, 45–46, 572–599
urkundsförfalskning, 277
USA, 52, 54, 55, 57, 113, 150
utländsk rätt, 299
utomkontraktuella, 165, 167
– utomobligatorisk, 120

V

valrätt, 126, 362, 612
vanvård, 590
varningsskyldighet, 506, 507
verktyg, 30–34, 66, 69, 82, 89, 92, 101, 103, 106, 114–115, 150–152, 306, 445, 456, 638
villkorade fordringar, 122, 207, 229, 321, 351
vindikations-
– läran, 425
– princip, 430, 432
– rätt, 256, 430
vite, 43, 446, 448, 461–466, 585–587
Von Colson, 195
vårdplikt, 125, 142, 489, 501, 508, 540–541, 603, 605, 614
vårdslöshet mot borgenärer, 346
värdeförstöring, 64, 372
värdepapper, 34, 55, 112–114, 133, 301, 398, 520, 595
värdepappersmarknaden, 595
värdeskapande, 61, 64, 274

Z

zug um zug, 329, 342
– zug-um-zug-princip, 516, 518

Å

återkravsrätt, 35, 120, 183
återtaganderätt, 181, 258, 477, 480, 549, 552
återvinning, 319–329, 339–340, 345–357, 366, 378, 556
– återvinningshänseende, 340
– återvinningsregeln, 144, 340
åtgärdsinformation, 294, 303, 393

Ä

ändamålsenlig, 59, 97, 153, 274, 316
ändamålsskälen, 275

Ö

ömsesidiga fordringar, 212, 250–251, 261, 264
– ömsesidigt förpliktigande fordringar, 36, 208, 212–213,

221, 263–264, 267, 355, 358, 558, 630, 631
– ömsesidigt förpliktigande fordringsförhållanden, 203, 207–209, 212
Öppenhetskravet, 72
överhypotek, 34, 37, 41, 44, 127, 135, 137, 142, 144, 145, 153, 223–248, 278, 284–285, 300, 314, 316, 317, 336, 337, 343, 349, 350, 361, 362, 363, 382, 387, 388, 416–423, 446, 449, 501–502, 508–527, 531, 534–541, 545–547, 565–568, 609, 619
överlåtelseförbud, 203, 253–258, 365, 614
– se även omsättningsförbud
överskuldsättning, 307–308, 312–315, 317, 352, 368, 371–373, 376, 378, 380, 385–396, 545, 559
– överskuldsättningsrisker, 560