

Traditionsprincipen

- berättigat krav eller förlegad tradition?

Sara Emanuelsson

Filosofie kandidatexamen
Rättsvetenskap

Luleå tekniska universitet
Institutionen för ekonomi, teknik och samhälle

Sammanfattning

Syftet med denna uppsats var att undersöka syfte samt för- och nackdelar med traditionsprincipen för att kunna bedöma om det finns goda skäl för traditionsprincipens ställning i den svenska rätten. Traditionsprincipen är en princip som sedan länge tillämpats i Sverige för erhållande av sakrättsligt skydd. Enligt denna princip krävs att en besittningsövergång sker för att en köpare ska erhålla skydd mot säljarens borgenärer. Traditionsprincipens berättigande har flitigt debatterats i doktrin och principen har blivit kraftigt ifrågasatt. I detta arbete har jag använt traditionell juridisk metod men då traditionsprincipen inte återfinns i lagtext utan har tillkommit genom praxis har studiet av principen i detta arbete främst inriktats på praxis och doktrin. Resultatet av undersökningen ger vid handen att det finns vägande skäl som talar såväl till traditionsprincipens fördel som till dess nackdel. Bland dessa märks exempelvis att traditionsprincipen motverkar borgenärsbedrägerier respektive att den leder till förluster för köpare som gjort verkliga köp.

Förkortningar

BrB – Brottsbalk (1962:700)

HB – Handelsbalk (1736:0123 2.)

KL – Konkurslag (1987:672)

KKL – Konsumentköplag (1990:932)

LKL – Lag (1845:50 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva

UB – Utsökningsbalk (1981:774)

Innehållsförteckning

| | |
|---|-----------|
| 1. Inledning | 1 |
| 1.1 Syfte och problemformulering | 3 |
| 1.2 Avgränsning | 3 |
| 1.3 Metod | 3 |
| 2. Gällande rätt | 5 |
| 2.1 Allmänna förutsättningar för uppnående av borgenärsskydd | 5 |
| 2.1.1 Återvinningsregler..... | 6 |
| 2.2 Köp av lösöre | 7 |
| 2.2.1 Lösöret finns hos köparen vid tidpunkten för köpet..... | 7 |
| 2.2.2 Lösöret finns hos tredje man vid tidpunkten för köpet..... | 7 |
| 2.2.3 Lösöret finns hos säljaren vid tidpunkten för köpet..... | 8 |
| 2.3 Registrering enligt LKL | 8 |
| 2.4 Tradition | 9 |
| 2.4.1 Tradition genom fysiskt överlämnande | 9 |
| 2.4.2 Tradition genom rådighetsavskärande | 10 |
| 2.5 Konsumentköp av lösöre | 13 |
| 2.6 Andra europeiska länders rätt | 13 |
| 3. Mer om traditionsprincipen | 15 |
| 3.1 Traditionsprincipens historia | 15 |
| 3.2 Traditionsprincipens huvudsakliga syften | 16 |
| 4. Fördelar och nackdelar | 18 |
| 4.1 Fördelar | 18 |
| 4.1.1 Motverkar borgenärsbedrägerier | 18 |
| 4.1.2 Tvisteminimerande | 19 |
| 4.1.3 Omsättningsöverlåtelse och säkerhetsöverlåtelse | 20 |
| 4.1.4 Kreditbedömning | 20 |
| 4.1.5 Publicitet..... | 21 |
| 4.1.6 Specialitet | 21 |
| 4.1.7 Motverkar dubbelöverlåtelse | 22 |
| 4.1.8 Gammal princip..... | 22 |
| 4.2 Nackdelar | 23 |
| 4.2.1 Okänd bland allmänheten | 23 |
| 4.2.2 Drabbar verkliga förvärv | 24 |
| 4.2.3 Omöjliggör vissa transaktioner..... | 25 |
| 4.2.4 Skiljer sig från andra länders rätt | 25 |
| 4.2.5 Anpassad för andra förhållanden..... | 26 |
| 4.2.6 Alternativ reglering..... | 26 |
| 4.2.7 Det allmänna rättsmedvetandet..... | 27 |
| 4.2.8 Konstlad gräns för rådighetsavskärande..... | 27 |
| 4.2.9 Brist på lämplig metod för creditsäkerhet..... | 27 |
| 5. Alternativa lösningar | 29 |
| 5.1 Avtalsprincipen | 29 |
| 5.2 Modernisering av LKL | 29 |
| 5.3 Annat registreringsförfarande | 29 |
| 5.4 Modifiering av traditionsprincipen i praxis | 30 |
| 6. Diskussion | 31 |

| | |
|----------------------------------|-----------|
| 7. Källförteckning: | 35 |
|----------------------------------|-----------|

1. Inledning

Många är vi som någon gång köpt något men av praktiska skäl tvingats lämna kvar föremålet en tid hos säljaren. Ett exempel är personen som köper en båt på vintern och betalar den men överenskommer med säljaren om att den ska stå kvar på förvaringsplatsen tills våren kommer och det är dags för sjösättning. Ett annat är personen som kommer över byggmaterial till ett bra pris men där materialet behövs först lite senare under arbetet och därför dröjer med att hämta ut materialet. Ytterligare ett exempel är någon som köper en begagnad kamera men väljer att lämna kvar den för att säljaren ska utföra vissa reparationer. Alla dessa personer har av helt naturliga anledningar, som de flesta dessutom kan känna igen sig i och ha förståelse för, lämnat kvar egendom de redan betalat hos säljaren. Att de efter att ha betalat har rätt att få egendomen när de begär den av säljaren framstår nog närmast som en självklarhet för de flesta. Att denna regel inte längre gäller när säljaren hamnar i ekonomiska problem är nog svårare för många att förstå. Detta är dock en oundviklig konsekvens av den traditionsprincip som alltsedan tidigt 1900-tal varit förhärskande på den svenska sakrättens område. Denna princip uppställer ett krav på att tradition av egendom sker innan sakrättsligt skydd för köparen kan uppnås. Således krävs att köparen får saken i sin besittning innan dennes förvärv är skyddat från säljarens fordringsägare och köparen har bättre rätt till egendomen än fordringsägarna.

En ordning som traditionsprincipen kan för många vid en första anblick framstå som orättvis. Att regeln förefaller vara obekant för många gör att man lätt intar en avvaktande ställning gentemot den. En okänd regel torde öka risken för att köpare lider rättsförluster. Att regeln motiveras med det förvisso viktiga syftet borgenärsskydd och skydd mot illojala skentransaktioner hjälper föga de många köpare med inget annat än goda intentioner som drabbas.

Som juriststudent presenteras man för många olika principer som är kända och accepterade av allmänheten i varierande grad. Att en princip eller regel är relativt okänd leder inte nödvändigtvis till ett ifrågasättande av regeln i fråga. En av de många regler man stöter på under utbildningen är just denna traditionsprincip. Traditionsprincipen utmärker sig i mitt tycke i förhållande till många andra regler på flera olika sätt. Liksom gamla principer tenderar att göra har traditionsprincipen rotat sig djupt in i den svenska rätten. Under alla omständigheter är traditionsprincipen en mycket känd och vedertagen princip, man skulle kanske till och med kunna drista sig till att utnämna traditionsprincipen som en av de mest kända principerna.¹ Som juriststudent idag får man dock inte endast höra om traditionsprincipen som en gammal och vedertagen princip. Trots att traditionsprincipen är gällande rätt kombineras mötet med principen genast med ett ifrågasättande av dess existens på ett sätt som jag upplever gäller för få andra rättsregler. Detta ifrågasättande må dock vara berättigat. Om man studerar traditionsprincipens historia under 1900-talet upptäcker man snart att traditionsprincipen under lång tid i princip inte var föremål för ifrågasättande överhuvudtaget men att ifrågasättandet har ökat markant på senare år.² Ulf Göranson var något av en pionjär när han år 1985 disputerade med en avhandling där han

¹ Mellqvist, SvJT 2010 s 217.

² Mellqvist, SvJT 2010 not 3 s 217-218.

kritiserade traditionsprincipen.³ Då var han en av de första, men sedan dess har många anslutit sig till hans kritik. Bland andra kritiska uttalanden märks Torgny Håstads uttalande i NJA 2008 s. 684, där han på ett för HD-domar säreget sätt argumenterar för traditionsprincipens avskaffande.⁴ Principen är även ofta omdebatterad i såväl Svensk juristtidning som i diverse festskrifter⁵.

Traditionsprincipens vara eller icke vara är dock inte endast en angelägenhet för akademiker som har sakrätten som sitt specialområde utan den är även av högsta betydelse i det praktiska rättslivet. Det finns aktörer som upplever att traditionsprincipen ställer till problem i deras bransch och därför förväntansfullt inväntar ett framtida avskaffande av principen.⁶

Det är inte utan att man undrar hur traditionsprincipen lyckats behålla sin ställning när man tar del av denna kritik. Trots att traditionsprincipen alltjämt konstituerar gällande rätt har dock inte kritiken mot traditionsprincipen gått obemärkt förbi. Detta märks bland annat genom att traditionsprincipen gått från att ha varit förhärskande även på området för konsumentköp till att slutligen få ge vika för avtalsprincipen på detta område.⁷

Det ständiga ifrågasättandet av principen i såväl litteratur som praxis, att principens verkningar många gånger strider mot det allmänna rättsmedvetandet samt det faktum att man i andra länder, men även i Sverige vad gäller konsumentköp, ansett att man klarar sig utan traditionsprincipen ger naturligen upphov till frågan varför principen alltjämt behåller sin ställning på den svenska sakrättsens område. Rimligen bör det vara för att principen trots all kritik bygger på genomtänkta argument och fyller ett syfte idag, men är det verkligen så?

Om man studerar den semantiska betydelsen av ordet tradition är den bland annat överlämnande eller arvsed.⁸ Det kan således röra sig om både ett fysiskt överlämnande av en sak såväl som överlämnande av ett kulturellt handlingsätt från generation till generation. Det sistnämnda är rimligen det många vardagligen förknippar med tradition, såsom exempelvis firanden av diverse högtider. Därmed bör tradition för de flesta snarast få innebörden av ett handlingsmönster bakom vilket det ursprungligen fanns ett syfte, men där det sedan länge gått förlorat, och vi numera endast upprepar handlingsmönstret år efter år just för att det är en tradition. Frågan inställer sig därmed huruvida traditionsprincipen är en princip som bygger på väl genomtänkta argument och fyller ett syfte eller om det helt enkelt är en tradition som en gång hade ett syfte men som har förlorat detta i takt med att tiderna förändrats. Är traditionskravet berättigat eller endast just en tradition?

³ Mellqvist SvJT s 217. För Göransons avhandling se *Traditionsprincipen: de svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning*.

⁴ Se Göran Millqvist JT 2008/09 s 120 där han påpekar det ovanliga i uttalanden av detta slag.

⁵ Se t.ex. Mellqvist, *Festskrift till Torgny Håstad*, Mattsson SvJT 2005 s 319 och Kriström SvJT 2005 s 1112.

⁶ <http://www.teknikforetagen.se/hem/Publicerat/Nyheter/Snart-lattare-havda-sin-ratt/>.

⁷ 49 § KKL

⁸ Collinder, s 545.

1.1 Syfte och problemformulering

Jag avser att i denna uppsats huvudsakligen utröna huruvida det idag finns skäl som med tyngd talar för traditionsprincipen och den således fortfarande kan anses berättigad. För att uppnå detta kommer jag att undersöka vilka för- respektive nackdelar som finns med traditionsprincipen samt principens syfte. Då rättsläget skiljer sig från vad som gäller vid såväl konsumentköp som vad som gäller vid samma typer av transaktioner i andra länder anser jag det relevant att även redogöra för rättsläget vad gäller dessa företeelser samt skälen för dessa avvikelser. Jag kommer även att redogöra för traditionsprincipens historia då jag anser att det samhälle i vilket principen växt fram kan ha stor betydelse för, och således erbjuda motiveringar till, principens berättigande.

1.2 Avgränsning

Med hänsyn till detta arbetes begränsade omfattning kommer jag inte att ha möjlighet att behandla det vidsträckta rättsområde frågeställningen räknas till i sin helhet. Jag tänker inrikta mig på problematiken vad gäller borgenärsskydd vid äganderättsövergång avseende lösöre. Jag kommer att avgränsa bort sakrättsliga frågeställningar vad gäller andra förvärvsformer än köp såväl som andra typer av egendom än lösöre.

1.3 Metod

I denna uppsats har jag använt mig av traditionell juridisk metod vilket innebär att jag har företagit en studie av rättskällorna.

För att kunna uppnå uppsatsens syfte har jag ansett det viktigt och en grundförutsättning att först i möjligaste mån klarlägga vad som konstituerar gällande rätt på det aktuella området. Vad gäller det sakrättsliga skyddet vid överlåtelse av lös egendom saknas till stor del lagstiftning. Lagstiftning finns att tillgå vad gäller registrering enligt Lag (1845:50 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva samt vid konsumentköp. Vid studiet av rättsläget gällande dessa två har jag kunnat använda mig av såväl lagstiftning, förarbeten, rättspraxis som doktrin. Då det på traditionsprincipens område i övrigt saknas lagstiftning har jag i mina studier av gällande rätt därför fått lägga större vikt vid andra rättskällor än lagstiftning och förarbeten. Störst vikt har jag lagt vid rättspraxis och doktrin då traditionskravet till stor del framarbetats och förändrats genom dessa rättskällor.

En del av argumenten kring traditionsprincipen berör rättsläget i andra europeiska länder. För att ge en översiktlig bild av rättsläget i andra länder har jag utgått från svensk doktrin i vilken detta behandlas.

För att denna uppsats ska ge en så rättsvisande och säker bild som möjligt har jag i mitt val av doktrin lagt stor vikt vid att konsultera författare med ett gott anseende inom rättsområdet. För att uppnå ett sådant urval har jag utgått ifrån allmänt accepterade och

kända verk och arbetat mig vidare genom att följa deras källhänvisningar för att tillförsäkra en hög nivå på källorna i fråga.

2. Gällande rätt

2.1 Allmänna förutsättningar för uppnående av borgenärsskydd

Syftet med en överlåtelse i form av ett köp torde vara att överföra äganderätten från en person, juridisk eller fysisk, till en annan. Äganderätt är dock som bekant inget fysiskt objekt av vilket man kan studera en överföring från en person till en annan. Överföringen av äganderätten kan sägas ske i flera steg. Ett steg är avtalet mellan köpare och säljare efter vilket säljaren gentemot köparen är bunden att lämna ut lösöret i fråga. Detta är emellertid inte det enda steget och efter detta steg har därmed inte heller hela äganderätten övergått. I den sakrättsliga diskussionen är det när hela äganderätten har övergått som är av intresse, dvs. när köparen har fått separationsrätt i säljarens konkursbo alternativt när köparen har rätt att få ut egendom framför säljarens utmätningsborgenärer.⁹

För att en köpare ska vara skyddad från säljarens borgenärer i händelse av säljarens konkurs eller en utmätning hos säljaren ställs vissa krav på transaktionen. En grundläggande förutsättning är att anspråket gäller en sakrätt och inte en fordran. En fordran är endast ett anspråk på en del av gäldenärens förmögenhet. En fordran är således inte ett anspråk på någon bestämd del av gäldenärens förmögenhet utan endast en viss andel.¹⁰ En sakrätt är däremot ett anspråk på en viss bestämd sak. För att skilja mellan sakrätter och fordringar använder man sig av specialitetsprincipen. Om ett anspråk uppfyller specialitetsprincipens krav på att gälla individualiserad egendom är det en sakrätt.¹¹ Det krävs således för att sakrättsligt skydd ska kunna erhållas att anspråket uppfyller kravet på specialitet enligt specialitetsprincipen. I enlighet med specialitetsprincipen måste således kravet rikta sig mot en sak som går att individualisera och identifiera hos gäldenären.¹² Det kan alltså inte röra sig om ett generiskt bestämt anspråk. Det är emellertid inte tillräckligt att anspråket inte är generiskt utan det krävs vidare, om det hos gäldenären finns många likadana föremål, att anspråket riktar sig mot ett speciellt föremål av dessa.¹³ Ett anspråk på en sakrätt kan dock genom olika förfaranden upphöra och komma att ersättas med endast ett fordringsanspråk. Detta kan ske exempelvis genom att föremålet för sakrätten bearbetas, konsumeras, sammanblandas eller sammanfogas med annan egendom.¹⁴

Vidare är en förutsättning att avtalet parterna emellan är obligationsrättsligt gällande. Köparen måste givetvis ha en rätt att få ut egendomen från säljaren om konkurs eller utmätning inte är för handen.¹⁵

Det räcker emellertid inte att det föreligger en obligationsrättslig rätt för köparen till egendomen för att sakrättsligt skydd ska uppnås. Det krävs något mer. Vad gäller konsumentköp finns reglering av det sakrättsliga skyddets uppkomst i 49 §

⁹ Millqvist, JT 2008/09 s 118.

¹⁰ Claes Martinson, *En struktur över kredit- och exekutionsrätten*, s 10.

¹¹ Martinson, *En struktur över kredit- och exekutionsrätten*, s 11.

¹² Zetterström, *Sakrättens fyra huvudfall*, s 48.

¹³ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 152.

¹⁴ Martinson, *En struktur över kredit- och exekutionsrätten*, s 11.

¹⁵ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 205.

Konsumentköplagen (1990:932).¹⁶ För köp som inte är konsumentköp finns det två alternativa sätt att uppnå sakrättsligt skydd, det vill säga för köparen att erhålla en rätt att få ut egendomen även vid säljarens konkurs eller en utmätning hos säljaren. Antingen kan registrering ske i enlighet med LKL eller så krävs att man uppfyller ett sakrättsligt moment. När det gäller köp av lösöre är det sakrättsliga momentet tradition.¹⁷ Kravet på tradition finns inte uttryckt i lagtext¹⁸ men fastslogs definitivt i rättspraxis genom NJA 1925 s. 130.¹⁹

Sakrättsligt skydd kan som nämnts erhållas genom registrering enligt LKL. Lagens största betydelse ligger dock inte i möjligheten den erbjuder att uppnå sakrättsligt skydd genom förfarande i enlighet med lagen. Det är av större vikt att lagen stadgar den enda möjlighet som finns för att uppnå sakrättsligt skydd i de fall lösöret i fråga befinner sig hos säljaren. Man kan således motivera kravet på tradition som sakrättsligt moment genom en motsatsvis tolkning av LKL eftersom denna lag exklusivt reglerar möjligheten för köpare att erhålla borgenärsskydd när lösöret i fråga lämnats hos säljaren.²⁰ LKL har tolkats så att i de fall köp av lösöre inte sker enligt formföreskrifterna är köpet sakrättsligt skyddat först när egendomen kommit i köparens besittning.²¹ Lagen innebär inget hinder för sakrättsligt skydd när lösöret traderats vilket i sin tur innebär att tradition ger köparen sakrättsligt skydd. HD har dock i NJA 1997 s. 660 fastslagit att traditionsprincipen inte kräver motivering utifrån LKL utan existerar i sig självt.²²

2.1.1 Återvinningsregler

För att köparen ska vara helt skyddad mot säljarens borgenärer krävs även att köparen har uppnått återvinningskydd i de fall då konkurs eller företagsrekonstruktion genom offentligt ackord är aktuella hos säljaren.²³ Även om en köpare uppnått sakrättsligt skydd är detta således inte tillräckligt för att anspråket ska vara skyddat, utan egendomen kan gå förlorad om inte återvinningskydd uppnåtts.²⁴ Reglerna om återvinning erbjuder en möjlighet att låta vissa rättshandlingar som företagits inom en viss tid innan en konkurs att gå tillbaka om de är till nackdel för någon konkursborgenär.²⁵ Reglerna om återvinning återfinns i 4 kap Konkurslag (1987:672). Gemensamt för alla bestämmelser om återvinning är att rättshandlingen ska ha varit till nackdel för någon av konkursborgenärerna.²⁶

I 4:5 KL återfinns den subjektiva återvinningsregeln. I denna stadgas att en rättshandling ska återgå om en viss borgenär har gynnats framför andra eller egendom har undandragits borgenärerna eller gäldenärens skulder ökats. Vidare krävs att detta har skett på ett otillbörligt sätt. Det krävs också att gäldenären var eller genom

¹⁶ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 134.

¹⁷ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 209.

¹⁸ Martinson, *En struktur över kredit- och exekutionsrätten*, not 63 s 29.

¹⁹ Göran Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 123.

²⁰ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 138.

²¹ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 220.

²² Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 138.

²³ Martinson, *En struktur över kredit- och exekutionsrätten*, s 27.

²⁴ Zetterström, *Sakrättens fyra huvudfall*, s 88.

²⁵ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 267.

²⁶ Zetterström, *Sakrättens fyra huvudfall*, s 88-89.

förfarandet blev insolvent. Medkontrahenten måste även vara i ond tro avseende både gäldenärens insolvens samt de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig. På grund av kravet på ond tro är den subjektiva återvinningsregeln mycket svår att tillämpa.²⁷ För att man ska kunna tillämpa den subjektiva återvinningsregeln krävs att rättshandlingen företagits tidigast fem år före konkursen enligt 4:5 3 st KL, såvida inte medkontrahenten var närstående till gäldenären.

Det finns även andra rättsregler i 4 kap KL som endast gäller vissa typer av rättshandlingar. Dessa regler är objektiva vilket innebär att det inte ställs krav på att medkontrahenten ska ha haft insikt i gäldenärens insolvens eller det otillbörliga i transaktionen. Det är tillräckligt att de objektiva förutsättningarna är uppfyllda för att rättshandlingen ska återgå. Återvinningsfristerna är dock i gengäld avsevärt mycket kortare.²⁸ I 4:10 KL finns en bestämmelse om att betalning av skulder som skett senast tre månader före fristdagen ska återgå. En förutsättning är att betalningen har skett med annat än sedvanliga betalningsmedel, i förtid eller med ett belopp som avsevärt försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Sådana betalningar kan dock undantas från återvinningsregeln om de ändå kan anses ordinära.

I 4:12 KL finns även en bestämmelse om återgång av ställda säkerheter. Dessa ska återgå om de ställts inom tre månader före fristdagen och de inte var betingade vid skuldens uppkomst eller har överlämnats med dröjsmål efter skuldens tillkomst. Även här finns ett undantag i det fall säkerheten kan anses ordinär.

2.2 Köp av lösöre

Som ovan nämnts kan sakrättsligt skydd uppnås såväl genom uppfyllande av sakrättsligt moment som genom registrering enligt LKL. Vad som krävs för att det sakrättsliga momentet ska anses vara uppfyllt är olika beroende på i vilken situation man befinner sig. Det går att urskilja tre situationer där olika krav ställs på det sakrättsliga momentet. Den avgörande faktorn är var det aktuella köpeobjektet befinner sig.

2.2.1 Lösöret finns hos köparen vid tidpunkten för köpet

Om lösöret redan befinner sig hos köparen vid köpet krävs inget sakrättsligt moment. Köparen får skydd mot säljarens borgenärer redan vid avtalet genom vad som brukar kallas korthandstradition.²⁹

2.2.2 Lösöret finns hos tredje man vid tidpunkten för köpet

I det fall lösöret finns hos en tredje man vid tidpunkten för köpet kan traditionskravet utbytas mot ett krav på denuntiation av den som innehar objektet. Stöd för detta kan man finna i en analog tillämpning av 31 § 1 st Lag (1936:81) om skuldebrev.³⁰ Vad gäller

²⁷ Zetterström, *Sakrättens fyra huvudfall*, s 89.

²⁸ Zetterström, *Sakrättens fyra huvudfall*, s 89.

²⁹ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 221.

³⁰ Zetterström, *Sakrättens fyra huvudfall*, s 76.

denuntiationens utformning uppställs ett krav på att den inte får innehålla någon uppgift om att säljaren fortfarande ska ha tillgång till det aktuella lösöret.³¹

2.2.3 Lösöret finns hos säljaren vid tidpunkten för köpet

När lösöret finns hos säljaren vid köpet är det sakrättsliga momentet tradition och således blir traditionsprincipen aktuell. Vad traditionsprincipen innebär och vilka krav som uppställs för att tradition ska anses genomförd har debatterats och ändrats i rättspraxis och doktrin genom tiderna. Detta kommer att utvecklas under avsnitt 2.4, men först ska registrering enligt LKL behandlas.

2.3 Registrering enligt LKL

För att uppnå sakrättsligt skydd kan man använda LKL. Denna lag erbjuder en möjlighet för köpare att uppnå sakrättsligt skydd trots att egendom kvarlämnas hos säljaren och således inte varit föremål för tradition.³² För verksam registrering krävs enligt 1 § LKL att köpet dokumenteras skriftligen och att köpet kungörs i dagspress inom en vecka därefter. Vidare ska den skriftliga dokumentationen om överlåtelsen samt bevis för kungörelsen registreras hos kronofogdemyndigheten inom åtta dagar från att kungörelsen skedde. När registrering skett i enlighet med 1 § uppnås sakrättsligt skydd mot säljarens borgenärer efter 30 dagar enligt 3 § LKL.

Syftet med LKL är att motverka borgenärsbedrägerier. Det krävs dock för att uppnå sakrättsligt skydd att man iakttar bestämmelserna i LKL. Har man inte följt bestämmelserna i LKL kan sakrättsligt skydd inte erhållas trots att man kan bevisa att det rör sig om ett verkligt köp och inte ett försök att undandra egendom från borgenärer. Å andra sidan är det inte givet att ett förfarande i enlighet med LKL ger sakrättsligt skydd. Skulle rätten finna att det är fråga om en skenöverlåtelse kan rätten ogiltigförklara överlåtelsen i enlighet med 4 § LKL.³³

Man kan dela upp olika överlåtelser i säkerhetsöverlåtelser och omsättningsöverlåtelser. En omsättningsöverlåtelse är en överlåtelse där köparen avser att själv använda det förvärvade lösöret i framtiden. Anledningen till att lösöre lämnas kvar hos säljaren är snarast i köparens intresse, exempelvis att köparen av praktiska skäl vill hämta lösöret lite senare.³⁴ Säkerhetsöverlåtelser å andra sidan är överlåtelser där lösöret lämnas kvar i säljarens intresse. Säkerhetsöverlåtelser är utformade som köp men det rör sig i själva verket om kreditgivning.³⁵

LKL är tillämplig på såväl omsättningsöverlåtelser som säkerhetsöverlåtelser. När det gäller säkerhetsöverlåtelser krävs det dock att avtalet har formen av ett köp och det måste finnas uppgift om köpeskilling. Det finns dock inget hinder mot att man för in klausuler om exempelvis återköp.³⁶

³¹ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 231.

³² Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 136.

³³ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 219.

³⁴ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 136.

³⁵ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 137.

³⁶ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 217.

Vid säkerhetsöverlåtelser erhålls säkerhet i visst lösöre. Syftet med transaktionen är att säljaren vill få kontanta medel ur de tillgångar säljaren har men utan att lämna ifrån sig egendomen. Här blir köp enligt LKL ett alternativ till pantsättning då pantsättning enligt 10:1 Handelsbalken (1736:0123 2.) kräver tradition.³⁷ Transaktioner av detta slag kan ske genom s.k. sale and lease back vilket innebär att någon som innehar egendom av stort värde, i realiteten pantsättaren, avtalar med en annan, i realiteten kreditgivaren, om att kreditgivaren ska köpa egendomen. Pantsättaren hyr sedan omedelbart tillbaka egendomen från kreditgivaren. Ett sådant förfarande innebär att säljaren får pengar kontant vid försäljningen och att säljaren sedan genom hyran betalar tillbaka beloppet denne fick för lösöret tillsammans med ränta. Egendomen stannar hela tiden hos säljaren. Ett annat alternativ är att säljaren istället för att hyra lösöret köper tillbaka det på avbetalning.³⁸

2.4 Tradition

Om registrering enligt LKL inte skett krävs tradition. Vad traditionskravet innebär kommer nedan att utvecklas.

2.4.1 Tradition genom fysiskt överlämnande

Att tradition krävs för erhållande av sakrättsligt skydd fastslogs i rättspraxis genom NJA 1925 s. 130.³⁹ I detta fall konstaterade HD att sakrättsligt skydd till ångvinscharna, om vilka det i fallet var fråga, inte hade erhållits eftersom vinscharna fortfarande befann sig i säljarens besittning och man inte heller förfarit såsom LKL stipulerar.⁴⁰

Utgångspunkten för uppfyllande av det sakrättsliga momentet tradition är att lösöret i fråga fysiskt ska överflyttas från säljaren så att denne inte kan förfoga över det samt att det ska förflyttas till köparen.⁴¹

Kravet på tradition är ett formellt krav som inte kan efterges av en domstol även om det framgår att en verklig överlåtelse skett.⁴² Det hjälper således inte att det kan fastställas att det inte rör sig om ett försök att undandra egendom från borgenärer.

Det går inte att i svensk rätt komma runt traditionskravet genom att avtala om att säljaren ska besitta det sålda lösöret för köparens räkning, så kallat constitutum possessorium, då sådana avtal inte godtas.⁴³

Huruvida tradition har skett ska prövas fristående från parternas avsikter. I NJA 2007 s. 413 kan man utläsa att parternas syfte inte styr bedömningen av om tillräcklig tradition

³⁷ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 137.

³⁸ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 137.

³⁹ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 123.

⁴⁰ Mellqvist, *Festskrift till Torgny Håstad*, s 574.

⁴¹ Zetterström, *Sakrättens fyra huvudfall*, s 77.

⁴² SOU 1995:11 s 134.

⁴³ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom* s 223.

har skett. Även om man avsett att åstadkomma ett undandragande av egendom från borgenärer kan man således ha uppfyllt traditionskravet.⁴⁴

Däremot kan parternas avsikter spela roll för bedömningen av om besittningsövergången varit tillräckligt varaktig för att ge sakrättsligt skydd. Att besittningsövergången blir kortvarig och köparen snart lämnar tillbaka objektet till säljaren behöver inte innebära att traditionskravet inte anses uppfyllt. En kortvarig besittningsövergång kan ändå vara tillräcklig för att sakrättsligt skydd ska uppnås om återlämnandet sker på grund av en tillfällighet.⁴⁵ Parternas avsikter med ett avtal kan således påverka bedömningen av om traditionskravet är uppfyllt i ett fall där köparen, efter att denne fått lösöret i sin besittning, lämnat tillbaka lösöret till säljaren.⁴⁶ Frågan om man kan ta hänsyn till parternas avsikter vid bedömningen av om besittningsövergången varit tillräckligt långvarig har prövats av HD i två fall, NJA 1925 s. 535 och NJA 1934 s. 193. I dessa fall fick inte köparna skydd mot säljarens borgenärer med hänvisning till att man redan från början avsett att lösöret skulle återgå till säljaren.⁴⁷

2.4.2 Tradition genom rådighetsavskärande

Tidigare har i litteraturen hävdats att traditionsprincipen uppställt ett krav på en fysisk överflyttning av objektet till köparen eller att köpet blir föremål för publicitet i och med traditionen. Senare verkar dock rättsutvecklingen ha lett till att traditionskravet snarare innebär ett krav på ett rådighetsavskärande. Millqvist menar exempelvis att man måste tolka traditionskravet utifrån de skäl som ligger bakom principen, nämligen att försöka hindra gäldenärer från att undandra egendom från sina borgenärer. Genom en sådan tolkning bör inte traditionskravet kräva mer än att säljaren förhindrats från att förfoga över egendomen.⁴⁸

Enligt Zetterström innebär traditionskravet två saker, dels att säljaren inte fortsättningsvis kan förfoga över lösöret och dels att köparen får det i sin besittning. Även han ansluter dock till ovanstående ställningstagande och ställer sig tveksam till huruvida det sistnämnda fortfarande är ett krav i svensk rätt.⁴⁹ Utveckling i praxis har lett till att det numera eventuellt räcker med att säljarens rådighet över lösöret ska ha blivit avskuren.⁵⁰ Rättsläget är dock inte helt klarlagt och ytterligare klagöranden i praxis krävs.⁵¹

I rättsfallen NJA 2007 s. 413 och NJA 2008 s. 684 verkar HD mena att traditionskravet omfattar ett rättsligt rådighetsavskärande och inte att objektet överlämnas.⁵² NJA 2007 s. 413 rörde huruvida sakrättsligt skydd uppnåtts vid överlåtelse av inkråm från ett aktiebolag till ett annat när samma person varit behörig ställföreträdare för de båda

⁴⁴ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 129.

⁴⁵ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 129-130.

⁴⁶ Zetterström, *Sakrättens fyra huvudfall*, s 78.

⁴⁷ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 224.

⁴⁸ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 127.

⁴⁹ Zetterström, *Sakrättens fyra huvudfall*, s 77.

⁵⁰ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 126 och Zetterström, *Sakrättens fyra huvudfall*, s 77.

⁵¹ Millqvist, *Festskrift till Torgny Håstad*, s 587.

⁵² Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 123 -124.

aktiebolagen i fråga. Flertalet fordon hade överlåtits från företaget Gamla Vitala till företaget Nya Vitala och uppställts i en lokal som endast tillhörde Nya Vitala.⁵³ HD konstaterade att det faktum att fordonen befann sig i Nya Vitalas lokaler normalt medför sakrättsligt skydd men gick sedan vidare för att undersöka om detta gäller även då avtalsparterna haft en gemensam representant och firman varit oförändrad.⁵⁴ HD ansåg att trots att företrädaren för bolagen kunnat förfoga över fordonen för Gamla Vitalas räkning hade företrädaren i tillräcklig grad berövats sin rådighet över fordonen för att sakrättsligt skydd inte skulle uteslutas. Skälet var att företrädaren som representant för Nya Vitala varit skyldig att iaktta Nya Vitalas intressen. HD anförde även att det finns ett behov av att kunna genomföra överlåtelser mellan närstående. HD fortsatte sedan med en prövning av huruvida ett rådighetsavskärande var tillräckligt för att sakrättsligt skydd skulle uppnås. Man konstaterade att det faktum att registrering enligt lösöreköpslagen såväl som en denuntiation gör överlåtelsen känd för utomstående talar för att en sakrättsligt verksam besittningsövergång tydligt borde visa att en överlåtelse skett. HD ansåg dock att ett krav på att besittningsövergången utöver ett rådighetsavskärande även ska visa tydligt att en överlåtelse skett skulle leda för långt och medföra gränsdragningsproblem. Man ansåg således att det måste vara nog att överlåtarens rådighet över egendomen blivit i väsentlig grad avskuren och man ansåg att så skett i detta fall varför sakrättsligt skydd uppnåts.⁵⁵

Detta rättsfall ger vid handen att en personunion inte nödvändigtvis hindrar att överlåtaren anses avskuren från sin rådighet över objektet och därmed är det inte heller uteslutet att förvärvaren i en sådan situation kan uppnå sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer.⁵⁶ Att rådigheten ansågs avskuren i detta fall byggde HD på att företrädaren för båda bolagen rättsligt var skyldig att beakta det förvärvande bolagets intressen och att annars ansvar för trolöshet mot huvudman enligt 10:5 Brottsbalken (1962:700) kunde komma i fråga.⁵⁷ HD ansåg således att man vid förvärvet kunde uppnå sakrättsligt skydd även om innehavaren av lösöret var en företrädare för förvärvaren men man uppställde dock i dessa fall vissa krav. Det krävdes att innehavaren var anförtrodd egendom och skyldig att tillvarata förvärvarens intresse samt att straffansvar enligt 10:1 och 10:5 BrB kunde bli aktuellt om innehavaren handlade i strid mot överlåtelsen. HD förklarade vidare att det inte var tillräckligt med straffansvar enligt 10:4 BrB eftersom det skulle leda till att avtal om överlåtelse innebar ett rådighetsavskärande. HD drog således en gräns mellan de fall där innehavaren har möjlighet att förfoga över egendom som denne har blivit anförtrodd och de fall där innehavaren har egendom på grund av annan anledning.⁵⁸

I NJA 2008 s. 684 var omständigheterna liknande de i 2007 års fall. Det rörde sig om lösöre som sålts till ett finansbolag och leverats till en leasetagare. En maskin för förpackning av räkor hade utvecklats av ett bolag i Sverige och denna maskin ville man sedan använda i ett dotterbolag i Norge. Finansieringen skulle ske genom ett finansbolag. Det svenska bolaget sålde maskinen till finansbolaget som i sin tur leasade ut maskinen till dotterbolaget. Maskinen levererades sedan från moderbolaget till

⁵³ NJA 2007:52 s 418-419.

⁵⁴ NJA 2007:52 s 421.

⁵⁵ NJA 2007:52 s 422-424.

⁵⁶ Mellqvist, *Festskrift till Torgny Håstad*, s 584.

⁵⁷ Göranson, *Festskrift till Torgny Håstad*, s 219.

⁵⁸ Mellqvist, *Festskrift till Torgny Håstad*, s 585.

dotterbolaget. Efter att fel på maskinen hade upptäckts återtog moderbolaget maskinen för att åtgärda felet varpå moderbolaget gick i konkurs.⁵⁹ Även om lösöret sålts och traderats och hamnat i tredje mans besittning uppstod tvist då denne tredje man var ett dotterbolag till det bolag som överlät lösöret. Dessutom var ägaren till bolaget som överlät lösöret både styrelseledamot och firmatecknare i dotterbolaget. HD framhöll även i detta mål behovet av att sakrättsligt skydd ska kunna uppnås vid inkråmsöverlåtelser mellan närstående bolag. Även här uppställde HD ett krav på att överlåtaren skulle anses ha blivit i tillräcklig grad avskuren från rådigheten över objektet och man lade även här vikt vid risken för straffansvar.⁶⁰

Även om HD i ovan nämnda fall frångick kravet på besittningsövergång och istället ställde krav på ett rådighetsavskärande krävde man i NJA 2010 s. 154 trots det en besittningsövergång. Man uttalade i detta fall att man lättat på traditionskravet i vissa fall för att möjliggöra kommersiellt skyddsvärda transaktioner. Eftersom det i 2010 års fall inte fanns några sådana skäl upprätthöll man kravet på att objektet fysiskt ska förflyttas från säljaren till köparen.⁶¹ HD stödde fasthållandet av ett krav på fysisk besittningsövergång på att syftet med transaktionen i 2010 års fall varit att skapa separationsrätt för leverantören och att transaktionen inte var kommersiellt skyddsvärd som i 2007 och 2008 års fall.⁶² I rättsfallet hade en leverantör av motorcyklar haft ett kommissionsavtal med en återförsäljare. Genom kommissionsavtalet hade leverantören sakrättsligt skydd för varorna hos återförsäljaren enligt nuvarande 23 § Kommissionslagen (2009:865). Kommissionsavtalet omvandlades dock av parterna till ett kreditförsäljningsavtal som på grund av att återförsäljaren inte följde betalningsvillkoren emellertid återomvandlades till ett kommissionsavtal. Motorcyklarna befann sig hela tiden hos återförsäljaren och endast registreringsskyltar och registreringshandlingar flyttades mellan parterna. Strax innan återförsäljaren försattes i konkurs hämtade leverantören motorcyklarna. Fråga uppstod om motorcyklarna kunde bli föremål för återvinning enligt 4:10 KL.⁶³ HD uttalade att eftersom partssyftet varit att ge leverantören sakrättsligt skydd fanns det ingen anledning att inte upprätthålla kravet på tradition eller registrering enligt LKL. Eftersom man ställde krav på tradition eller registrering enligt LKL hade det ingen betydelse att återförsäljaren varit beroende av leverantörens medverkan för att kunna sälja cyklarna.⁶⁴

I både rättspraxis och doktrin har man under lång tid försökt fastslå vad exakt som ska traderas för att sakrättsligt skydd ska uppnås. Med besittningen över ett objekt följer vissa möjligheter att förfoga över objektet. I praxis har man försökt att utreda närmare vilka av dessa möjligheter som överlåtaren måste hindras från att utöva. Det föreligger osäkerhet huruvida överlåtarens förfoganderätt eller förfogandemöjlighet är det som denne ska hindras från att utöva eller om det gäller båda. Mellqvist antyder att det rör sig om enbart förfogandemöjligheten men han menar att det krävs mer klargöranden från praxis. Det är dock inte nödvändigtvis så att det är det fysiska objektet som ska traderas utan det kan vara rådigheten som ska traderas. Inte ens denna tradition

⁵⁹ Millqvist JT 2008/09 s 115.

⁶⁰ Göranson, *Festskrift till Torgny Håstad*, s 220-221.

⁶¹ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s 130.

⁶² Göranson, *Festskrift till Torgny Håstad*, s 221.

⁶³ Millqvist JT 2010/11 s 148-149.

⁶⁴ Millqvist JT 2010/11 s 150.

behöver vara fullständig. Så länge överlåtaren blivit avskuren från förfogandemöjligheten behöver inte förvärvaren i sin tur ha övertagit den.⁶⁵

Trots att en långtgående utveckling av traditionsprincipen skett i praxis har man från HD:s håll inte ansett att man kan avskaffa traditionsprincipen i rättspraxis. I NJA 1997 s. 660 uppmärksammade HD den diskussion som förts i praxis om traditionsprincipens avskaffande samt att flertalet författare är av åsikten att traditionsprincipen bör avskaffas. HD ansåg dock att ett avsteg från traditionsprincipen inte kan ske i praxis. Med hänsyn till att principen är så fast förankrad i svensk rätt ansåg man ett frångående av traditionsprincipen kräva uttryckligt lagstöd.⁶⁶

2.5 Konsumentköp av lösöre

KKL är enligt 1 § tillämplig vid köp av lösösa saker som en näringsidkare säljer till en konsument. Lagen gäller även i fall då säljaren inte är en näringsidkare men köpet för säljaren förmedlas av en näringsidkare. Med begreppet konsument menas en person som huvudsakligen handlar för ändamål som faller utanför näringsverksamhet. Med näringsidkare menas en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten.

I 49 § KKL stadgas att köparen erhåller skydd mot säljarens borgenärer i och med avtalet vid konsumentköp. Detta innebär att vid konsumentköp tillämpas avtalsprincipen istället för traditionsprincipen. Det uppställs dock ett krav på att köpet ska gälla en bestämd vara eller, om det inte gäller en bestämd vara, att varan exempelvis avskiljts eller märkts eller att det på något annat sätt framgår att varan är avsedd för köparen. Kravet på avskiljande, märkning eller liknande innebär inte att konsumenten måste vara delaktig i denna aktivitet utan det räcker att exempelvis avskiljandet skett genom en ensidig handling av säljaren.⁶⁷

2.6 Andra europeiska länders rätt

I utländska rättsordningar används varierande konstruktioner för att köparen ska uppnå sakrättsligt skydd. Att skydd uppnås direkt vid avtalet utan något särskilt krav på besittningsövergång, avtalsprincipen, är vanlig i andra länder.⁶⁸ Argumenten att traditionsprincipen krävs för att förhindra skenkonstruktioner och efterhandskonstruktioner verkar således inte ha samma betydelse i andra europeiska länder trots att de torde ha förhållanden relativt lika de vi har vad gäller risken för borgenärsbedrägerier. I flera andra länder anses i konsekvens härmed avtalet vara tillräckligt för att ge sakrättsligt skydd.⁶⁹

Ett exempel på detta är fransk rätt där äganderätten övergår redan i och med avtalet. Köparen blir alltså sakrättsligt skyddad vid upprättandet av avtalet. Det uppställs dock

⁶⁵ Mellqvist, *Festskrift till Torgny Håstad*, s 586-587.

⁶⁶ NJA 1997:110 s 666.

⁶⁷ Prop. 2001/02:134 s 77.

⁶⁸ SOU 1995:11 s 144.

⁶⁹ Martinson, *En struktur över kredit- och exekutionsrätten*, not 61 s 29.

ett krav på att lösöret är individualiserat. Vad gäller uppfyllandet av kravet på individualisering gäller att det är tillräckligt att lösöret märks eller avskiljs. Man ställer inte krav på att det ska vara fråga om en ömsesidig rättshandling. Att det är tillräckligt med avtalet för sakrättsligt skydd gäller endast för omsättningsöverlåtelse då säkerhetsöverlåtelse inte är accepterade i den franska rätten.⁷⁰

Även i engelsk rätt är avtalsprincipen huvudregeln. Liksom i fransk rätt är en förutsättning dessutom att det rör sig om en omsättningsöverlåtelse och att egendomen är individualiserad. Ibland uppställs dock ytterligare krav utöver avtalet för att sakrättsligt skydd ska uppnås. Ett sådant fall finns i Bills of Sale Act där man har infört ett krav på registrering vid förvärv av lösöre. Ett undantag från detta krav görs dock när man på vanligt sätt förvärvar något ur en köpmans rörelse.⁷¹ Ett annat avsteg från traditionsprincipen görs i Bankruptcy Act där det stadgas att den egendom som finns i en rörelseidkares besittning med den verkliga ägarens samtycke och under sådana förhållanden att rörelseidkaren förefaller vara ägare till egendomen ingår i dennes konkursbo.⁷² Till skillnad från fransk rätt tillåter engelsk rätt säkerhetsöverlåtelse men det uppställs höga formkrav för sakrättsligt skydd vid säkerhetsöverlåtelse.⁷³

I Danmark anses också avtalet ge köparen sakrättsligt skydd. För sakrättsligt skydd vid köp av generiskt bestämt gods uppställs även ett krav på att godset i fråga ska ha individualiserats. I det fall det rör sig om en säkerhetsöverlåtelse krävs dock tradition.⁷⁴

I tysk rätt krävs dock besittningsövergång vilket innebär att Tyskland sällar sig till skaran som tillämpar traditionsprincipen. Tillämpningen av traditionsprincipen skiljer sig dock från den i Sverige genom att man tillåter *constitutum possessorium*, det vill säga ett avtal om att säljaren besitter egendomen för köparens räkning. Besittningen anses ha övergått till köparen när parterna avtalat om det. Således kan köpare uppfylla traditionskravet och uppnå sakrättsligt skydd trots att varan blir kvar hos säljaren genom att vid köpet avtala om att säljaren i framtiden besitter varan för köparens räkning. Det krävs inte heller ett uttryckligt avtal utan det räcker att det är underförstått. *Constitutum possessorium* kan enligt tysk rätt användas även vid säkerhetsöverlåtelse. Detta är fallet trots att pantsättning av lösöre kräver att en verklig tradition sker.⁷⁵

Tradition krävs enligt nederländsk rätt. Det finns dock även här en möjlighet att undvika kravet på en fysisk tradition genom att avtala att säljaren ska besitta varan för köparens räkning. Vid omsättningsöverlåtelse är ett sådant avtal tillräckligt medan det däremot vid säkerhetsöverlåtelse även krävs ett skriftligt avtal och en bekräftelse av dateringen av en notarie.⁷⁶

⁷⁰ SOU 1995:11 s 140.

⁷¹ SOU 1995:11 s 140.

⁷² Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 207.

⁷³ SOU 1995:11 s 140.

⁷⁴ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 208.

⁷⁵ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 207.

⁷⁶ SOU 1995:11 s 141.

3. Mer om traditionsprincipen

3.1 Traditionsprincipens historia

Man kan härleda traditionsprincipens ursprung tillbaka till den romerska rätten.⁷⁷ Ett krav på tradition för sakrättsligt skydd kan återfinnas i en konstitution som utfärdades av kejsar Diocletianus redan år 293. I den romerska rätten tolkades traditionskravet emellertid inte strikt. Genom exempelvis *constitutum possessorium* kunde man kringgå kravet på tradition.⁷⁸ Avtalsprincipen å andra sidan är en nyare företeelse som uppkom under 1600-talet ur den naturrättsliga skolan.⁷⁹ Naturrättsjuristen Hugo Grotius argumenterade för att äganderätten borde övergå i och med avtalet.⁸⁰ Huruvida dessa tankar vid denna tid även fick genomslag i Sverige är inte klarlagt. Hur rättsläget såg ut i Sverige under 1600-talet verkar vara höljt i dunkel.⁸¹ Under 1700-talet däremot kan man skönja en avtalsprincip i Sverige. Ur 1734-års lag kan man utläsa att någon tradition inte krävdes för erhållande av sakrättsligt skydd.⁸² Avtalsprincipen verkar vidare ha varit gällande rätt under hela 1700-talet och en bit in på 1800-talet.⁸³ Under 1800-talet uppmärksammades dock att avtalsprincipen medförde risker för borgenärer. Man ansåg sig ha problem med såväl att gäldenärer falskeligen angav att egendom som var föremål för utmätning tidigare hade blivit överlåten som att man kringgick kravet på tradition vid pantsättning. Tradition stipulerades vid pantsättning under denna tid och genom att utnyttja säkerhetsöverlåtelser, där tradition alltså inte krävdes i enlighet med avtalsprincipen, frångick man kravet på tradition vid pantsättning.⁸⁴

På grund av ekonomiska hänsyn påbörjades under 1800-talet en resa som slutligen skulle leda fram till traditionsprincipen. Ett första steg var införandet av lösöreköpsförordningen. Innebörden av lösöreköpsförordningen var att köparen genom registrering på ett visst sätt kunde uppnå skydd från säljarens borgenärer trots att egendomen lämnades kvar hos säljaren. Ännu hade inte någon traditionsprincip införts i Sverige, vilket innebar att lösöreköpsförordningen var en specialreglering. Denna var inte ämnad att reglera omsättningsöverlåtelser och som en konsekvens härav, samt att traditionsprincipen ännu inte fått genomslag, uppnådde köpare sakrättsligt skydd vid omsättningsöverlåtelser redan i och med avtalet. Varken registrering eller tradition krävdes således. Rörde det sig å andra sidan om en säkerhetsöverlåtelse var lösöreköpsförordningen tillämplig och registrering krävdes för borgenärsskydd.⁸⁵

Avtalsprincipen förefaller ha varit gällande svensk rätt i alla fall fram till år 1908 då lösöreköpsförordningen utvidgades till att omfatta även konkurs och inte bara utmätning som tidigare var fallet. Även viss tid efter detta har det argumenterats för att

⁷⁷ Mellqvist SvJT 2010 s 218.

⁷⁸ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 208.

⁷⁹ Mellqvist SvJT 2010 s 218.

⁸⁰ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 208.

⁸¹ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 208 och Mellqvist SvJT 2010 s 219.

⁸² Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 208 och Mellqvist SvJT 2010 s 219.

⁸³ Mellqvist SvJT 2010 s 219.

⁸⁴ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 208.

⁸⁵ Mellqvist SvJT 2010 s 220.

avtalsprincipen fortfarande var förhärskande i svensk rätt.⁸⁶ En övergång till traditionsprincipen började dock närma sig i och med att lösöreköpsförordningen gick från specialregering till att bli huvudregel. Sjögren menade att lösöreköpsförordningen enligt sin ordalydelse var tillämplig på såväl omsättningsköp som säkerhetsöverlåtelser. Traditionsprincipen infördes därefter i svensk rätt i och med tre avgöranden av HD, närmare bestämt NJA 1924 s. 543, NJA 1925 s. 130 och NJA 1925 s. 453. I NJA 1924 s. 543 ansåg HD således att köparen inte hade uppnått sakrättsligt skydd med hänvisning till att egendomen i fråga inte kommit i köparens besittning och att köpet inte heller registrerats. Sedan dessa rättsfall har traditionsprincipen varit förhärskande i den svenska rätten.⁸⁷

3.2 Traditionsprincipens huvudsakliga syften

Med traditionsprincipen finns ett stort antal såväl fördelar som nackdelar som följer av principens verkningar. Av dessa för- och nackdelar principen för med sig kan vissa, men inte alla, hänföras till syftet med principen. Det finns anledning att skilja mellan de syften med principen som finns samt andra positiva respektive negativa följder som kommer av den.⁸⁸ I detta avsnitt ämnar jag därför att försöka klargöra vilka syften som ligger bakom principen.

Det är svårt att finna ett entydigt syfte med traditionsprincipen.⁸⁹ Möjligheten att istället för tradition erhålla sakrättsligt skydd genom registrering enligt lösöreköpslagen talar för att det ursprungliga syftet med traditionskravet var att ge publicitet till överlåtelser. Anledning till att publicitet i sin tur eftersträvades var för att man ville undvika att innehavet av egendomen skulle vilseleda kreditgivare samt för att en gäldenär inte skulle kunna falskeligen hävda att lösöre överlåtit för att undandra lösöret från en exekution. Senare har även framförts, till stöd för ett denuntiationskrav i skuldebrevslagen, att ett syfte med traditionskravet är att flytta möjligheten att förfoga över lösöret i fråga från säljaren till köparen. Att notera är att detta syfte, tillskillnad från de ovan nämnda, inte uppnås genom registrering enligt LKL.⁹⁰

Som ovan framhållits är det svårt att finna ett entydigt syfte med traditionsprincipen. Under den tid principen existerat har det i rättspraxis framhållits många skilda syften och man har även vid olika tidpunkter lagt större eller mindre vikt vid olika förmodade syften.⁹¹

I SOU 1995:11 framhålls två tänkbara syften med traditionsprincipen. Det ena är att underlätta kreditgivares bedömning av kreditvärdigheten hos de som söker lån. Kravet på tradition motverkar att det ges sken av att egendom som innehas av lånsökande ägs av denne när egendomen i själva verket tillhör någon annan som har förvärvat egendomen. Det uttrycks dock viss skepsis mot detta syfte då det avgörande vid en kreditbedömning inte är vilken lös egendom en lånesökande innehar. En sådan

⁸⁶ Mellqvist SvJT 2010 s 222.

⁸⁷ Mellqvist SvJT 2010 s 223.

⁸⁸ SOU 1995:11 s 145.

⁸⁹ NJA 2008:55 s 692.

⁹⁰ NJA 2008:55 s 692-693.

⁹¹ NJA 2008:55 s 693.

kreditbedömning hindras av att egendom ofta innehas av någon annan än den som är ägare, exempelvis vid leasing.⁹²

Traditionsprincipens mest framträdande och betydande syfte är dock att förhindra borgenärsbedrägerier genom att försvåra skentransaktioner. Begreppet skentransaktioner omfattar både transaktioner som redan från början inte varit allvarligt menade och efterkonstruktioner.⁹³ Dessa transaktioner kan ske genom att en gäldenär anger att en överlåtelse skett trots att så inte är fallet men även genom att gäldenären i efterhand vid exempelvis en exekution påstår att egendom tidigare överlåtits. Det sistnämnda kan ske genom bland annat antedaterande av ett köpekontrakt.⁹⁴ Man menar att traditionsprincipen uppfyller detta syfte på så sätt att även om en gäldenär skulle vara beredd att oriktigt hävda att han har överlåtit viss egendom skulle det faktum att han skulle tvingas lämna ifrån sig lösöret i fråga få honom att avstå från att försöka undandra egendom från borgenärerna.⁹⁵

⁹² SOU 1995:11 s 145-146.

⁹³ Mellqvist SvJT 2010 s 234 och SOU 1995:11 s 146.

⁹⁴ SOU 1995:11 s 146.

⁹⁵ SOU 1995:11 s 146.

4. Fördelar och nackdelar

Jag kommer i detta avsnitt att ta upp och beskriva fördelar och nackdelar med traditionsprincipen. I den första delen kommer jag att behandla fördelar och i den därpå följande delen kommer nackdelarna att tas upp.

4.1 Fördelar

4.1.1 Motverkar borgenärsbedrägerier

Traditionsprincipens syfte är som ovan nämnts att den ska motverka borgenärsbedrägerier i form av skenöverlåtelse och efterkonstruktioner. Att principen till viss del uppfyller detta syfte är också en av traditionsprincipens stora fördelar. Vad gäller olika typer av borgenärsbedrägerier anser jag att det finns anledning att skilja mellan efterhandskonstruktioner och skenöverlåtelse. Ett krav på att tradition eller registrering skett innan konkurs eller utmätning kommer givetvis att effektivt förhindra efterhandskonstruktioner. Om sakrättsligt skydd erhålls i och med avtalet finns risk att gäldenären påstår att han redan sålt egendomen till någon annan. Genom att tradition eller registrering krävs förhindras ett sådant förfarande.⁹⁶ När det gäller skenavtal anser man att gäldenärer kommer att avstå från att undandra egendom från borgenärer när de inser att de måste lämna ifrån sig egendomen för att en skentransaktion ska få avsedd verkan.⁹⁷ Ett krav på att egendomen måste traderas förhindrar således sådana efterhandskonstruktioner.⁹⁸

Om denna senare effekt verkligen får genomslag framstår dock som mer tveksamt. Håstad menar att traditionskravet inte helt förhindrar borgenärsbedrägerier.⁹⁹ Även om tanken är att gäldenärer ska avstå från att utföra skentransaktioner när de inser att de blir tvungna att lämna ifrån sig egendomen är det inte alltid så det i realiteten fungerar. En gäldenär skulle tillfälligt kunna överföra besittningen till någon annan. Gäldenärer kan även föra bort och dölja värdefull egendom.¹⁰⁰ Trots att effektiviteten kan ifrågasättas innebär att tvingas avstå från besittningen dock en viss uppoffring för gäldenärer som tänker utföra en skentransaktion. Genom traditionskravet drabbas gäldenären även av risken att den som är förvärvare enligt skenavtalet förfogar över egendomen med stöd av den legitimerade besittningen. Båda dessa konsekvenser av traditionsprincipen kan motverka skenavtal.¹⁰¹

Även om traditionsprincipen är ägnad att motverka borgenärsbedrägerier kan man som ovan nämnts konstatera att detta inte alltid lyckas. Effekten av traditionsprincipen kan istället närmast vara att principen underlättar för kronofogdemyndigheten och konkursförvaltare. Tack vare traditionsprincipen kan de, när de misstänker att en gäldenär saknar grund för sitt påstående om att överlåtelse skett, avfärda påståendet genom att hänvisa till traditionskravet när besittningsövergång inte skett. Detta innebär

⁹⁶ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 212.

⁹⁷ SOU 1995:11 s 146.

⁹⁸ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 212.

⁹⁹ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 213.

¹⁰⁰ SOU 1995:11 s 146.

¹⁰¹ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 213.

att en fördel med traditionskravet är att det tillhandhåller ett enkelt och effektivt sätt att avfärda skenöverlåtelse.¹⁰² Håstad går så långt att han menar att värdet av traditionskravet endast består i att det neutraliserar antedateringar och andra falska påståenden om att lösöret var överlåtet när exekutionen inleddes. Han menar att traditionskravet således främjar effektiviteten då man inte behöver göra någon prövning av huruvida ett verkligt köp skett om tradition inte skett.¹⁰³

4.1.2 Tvisteminimerande

En annan fördel som framhålls i SOU 1995:11 är att traditionsprincipen är lätt att tillämpa.¹⁰⁴ Som en konsekvens härav framhålls också ibland till traditionsprincipens fördel att den skulle vara tvisteminimerande.¹⁰⁵ Huruvida detta stämmer eller inte kan man dock diskutera. Påståendet stämmer möjligtvis vad gäller de fall där en fysisk besittningsövergång skett men även där kan problem uppstå. Kravet på en besittningsövergång är dock ett objektiva krav vilket torde underlätta bedömningen.¹⁰⁶

Det kan dock uppstå tveksamheter kring huruvida vissa vidtagna åtgärder uppfyller kravet på besittningsövergång. Som har diskuterats ovan i avsnitt 2.4.2 förefaller det inte vara helt klarlagt exempelvis vad som konstituerar ett tillräckligt rådighetsavskärande.¹⁰⁷ Fråga kan således uppkomma huruvida tillräcklig besittningsövergång skett och detta är ett problem som vi kunnat se i många rättsfall.¹⁰⁸ Det är även oklart hur lång besittningsändringen i fråga måste vara samt om man kan lägga vikt vid parternas avsikter. Det är vidare inte heller möjligt att exakt i lagstiftning fastslå vad som krävs för att kravet på besittningsövergång ska vara uppfyllt vilket innebär att det alltid kommer att råda viss osäkerhet. Detta kan i sin tur påverka möjligheten att genomföra vissa transaktioner då det är fråga om egendom av stort värde.¹⁰⁹ Således kan man konstatera att traditionskravet inte enbart förenklar rättstillämpningen.¹¹⁰

Även om man skulle komma fram till att traditionsprincipen uppställer villkor som är lätta att avgöra innebär det inte nödvändigtvis att traditionsprincipen uppfyller ändamålet att vara enkel att tillämpa bättre än andra möjliga alternativa regler. Traditionsprincipens förmodade enkelhet säger inte mycket så länge man inte ställer den mot andra alternativ. Exempelvis tillhandahåller även avtalsprincipen objektiva och konkreta kriterier, nämligen kriteriet att ett avtal ska ha upprättats. Såväl traditionsprincipen som avtalsprincipen är enkla principer att tillämpa men ingen av dem erbjuder en reglering som är fri från gränsdragningssvårigheter.¹¹¹

¹⁰² SOU 1995:11 s 146.

¹⁰³ NJA 2008:55 s 694.

¹⁰⁴ SOU 1995:11 s 147.

¹⁰⁵ Mellqvist SvJT 2010 s 239.

¹⁰⁶ Mellqvist SvJT 2010 s 239.

¹⁰⁷ SOU 1995:11 s 147.

¹⁰⁸ Mellqvist SvJT 2010 s 239.

¹⁰⁹ SOU 1995:11 s 147.

¹¹⁰ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 214.

¹¹¹ Mellqvist SvJT 2010 s 239.

4.1.3 Omsättningsöverlåtelse och säkerhetsöverlåtelse

Ett traditionskrav för att sakrättsligt skydd ska uppnås för även med sig den fördelen att det gör det obehövt att skilja mellan omsättningsöverlåtelse och säkerhetsöverlåtelse.¹¹²

För att uppnå pantträtt som gäller mot pantsättarens borgenärer för lösöre krävs enligt HB 10:1 att egendomen kommer i panthavarens besittning och stannar kvar där. Om sakrättsligt skydd skulle ges i och med avtalet vid köp av lösöre skulle man kunna genomföra överlåtelse som i realiteten är pantavtal, så kallade säkerhetsöverlåtelse, för att slippa avstå från besittningen av egendomen.¹¹³ Eftersom traditionskravet vid pantsättning inte är ifrågasatt¹¹⁴ skulle vid ett avskaffande av traditionskravet krävas att man skiljer mellan säkerhetsöverlåtelse och omsättningsöverlåtelse för att undvika att kringgående av pantsättningsbestämmelserna sker.¹¹⁵ Gränsdragningsproblem mellan omsättningsöverlåtelse och säkerhetsöverlåtelse skulle kunna uppkomma vid en sådan bedömning. Man måste då ta ställning till svåra frågor såsom huruvida lösöret lämnats kvar hos säljaren i säljarens eller i köparens intresse samt om köparen har ett intresse av lösöret i sig självt eller endast som säkerhet för något annat. Genom att ha ett krav på tradition vid överlåtelse kan denna problematik undvikas då samma krav för sakrättsligt skydd kommer att ställas vid såväl överlåtelse som pantsättning vilket således är en fördel med traditionsprincipen.¹¹⁶

4.1.4 Kreditbedömning

Ett krav på besittningsövergång skulle kunna göra det lättare för exempelvis kreditgivare att bedöma gäldenärens kreditvärdighet.¹¹⁷

Mot denna förmodade fördel kan invändas att besittningsövergången inte längre fyller något behov vid kreditgivning då innehavet av lös egendom inte är avgörande för kreditgivares utlåning.¹¹⁸ Kreditbedömningar idag görs utifrån helt andra kriterier än vilken egendom den kreditsökande har i sin besittning. Eftersom det i dagens samhälle är vanligt att både privatpersoner och näringsidkare har egendom i sin besittning som de inte är ägare till är det inte längre möjligt att bedöma kreditvärdigheten utifrån vilken egendom kreditsökanden har i sin besittning.¹¹⁹ Som exempel på tillfällen när lånsökande kan ha egendom i sin besittning trots att de inte är ägare till den kan nämnas avbetalningsköp, leasing och kommission. Dessutom skulle en gäldenär kunna göra sig av med egendom innan en exekution, vilket även det talar för att en kreditgivare inte kan anta att den egendom en gäldenär har i sin besittning kommer att finnas kvar vid en framtida exekution.¹²⁰ Den förändring som skett i samhället och den ekonomiska miljö

¹¹² SOU 1995:11 s 147.

¹¹³ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 213.

¹¹⁴ Mellqvist SvJT 2010 s 239.

¹¹⁵ SOU 1995:11 s 148.

¹¹⁶ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 213-214.

¹¹⁷ Mellqvist SvJT 2010 s 236.

¹¹⁸ SOU 1995:11 s 145-146.

¹¹⁹ Mellqvist SvJT 2010 s 236.

¹²⁰ Millqvist JT 2008/09 s 118.

vi idag lever i innebär således att argumentet att traditionsprincipen skulle göra kreditbedömningar säkrare förefaller ha spelat ut sin roll.

4.1.5 Publicitet

Till traditionsprincipens fördel anförs ofta att det ger transaktionen publicitet.¹²¹ Det kan till och med antas vara det ursprungliga syftet med traditionsprincipen.¹²² Att transaktionen får publicitet leder till att det framgår att varan i fråga inte tillhör säljarens förmögenhet. Detta argument skulle dock kunna leda till att även exempelvis hyrd egendom skulle ingå i en gäldenärs konkurs, vilket inte är fallet. Detta argument är av den anledningen inte ett så tungt argument till traditionsprincipens fördel.¹²³

4.1.6 Specialitet

Sakrättsligt skydd kan som konstaterats ovan endast erhållas vad gäller egendom som uppfyller ett krav på specialitet. Det krävs med andra ord att det anspråk som görs gällande avser ett bestämt föremål hos gäldenären.¹²⁴ Medan detta krav är ett ofta förekommande problem vad gäller separationsrätt till egendom som gäldenären innehar med begränsad rätt, uppstår sällan tvist om specialitetsprincipen när gäldenären överlåtit egendom.¹²⁵ En viktig anledning till detta är traditionsprincipen. En fördel med traditionsprincipen är således att den motverkar uppkomsten av specialitetsproblem.¹²⁶

Vid generiska köp, det vill säga köp där anspråket inte avser en bestämd sak utan gäldenären får fullgöra avtalet med vilken art eller mängd som helst, är kravet på specialitet inte uppfyllt.¹²⁷ För att uppfylla specialitetskravet vid generiska köp krävs att köpeobjektet individualiseras. En bedömning av huruvida specialitetskravet är uppfyllt krävs således vid köp av generisk egendom, men samma problematik kan även uppkomma vid exempelvis köp av en TV av ett visst märke och en viss modell men där man inte vet exakt vilket objekt hos säljaren det rör sig om.¹²⁸ Genom att tillämpa traditionsprincipen behöver man inte införa någon speciell reglering av generiska köp. Man kan istället behandla dessa köp på samma sätt som man behandlar speciesköp.¹²⁹ Tack vare detta undviker man problemet med att reglera avskiljandet av varor. I och med avskaffandet av traditionsprincipen och införandet av avtalsprincipen vid konsumentköp var man som en konsekvens av att traditionsprincipen försvann tvungen att reglera avskiljandet av varor. Vid en sådan reglering måste man ta ställning till frågor såsom huruvida det kan anses tillräckligt att säljaren själv individualiserar varan i fråga genom märkning eller om köparen är tvungen att delta i detta förfarande. I just konsumentfallet förordades att det skulle anses tillräckligt att säljaren själv utför

¹²¹ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 211.

¹²² NJA 2008:55 s 692.

¹²³ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 211-212.

¹²⁴ Zetterström, *Sakrättens fyra huvudfall*, s 48.

¹²⁵ Martinson, not 51 s 26 och Zetterström, s 48.

¹²⁶ Zetterström, *Sakrättens fyra huvudfall*, s 48.

¹²⁷ Zetterström, *Sakrättens fyra huvudfall*, s 48.

¹²⁸ SOU 1995:11 s 174.

¹²⁹ Mellqvist SvJT s 240.

åtgärden eftersom det inte är så vanligt att köpare är med och avskiljer varor,¹³⁰ vilket man sedan också beslutade att acceptera.¹³¹

En konsekvens av kravet på individualisering är även att konsumenten vid beställande av en vara för senare leverans inte kommer att erhålla sakrättsligt skydd förrän varan blivit individualiserad.¹³²

Vid dessa bedömningar man som en konsekvens av avskaffandet av traditionsprincipen kommer att få göra finns risk för tvister. Mellqvist menar att det är ett starkt argument till traditionsprincipens fördel att man med denna kan undvika problem av detta slag.¹³³

4.1.7 Motverkar dubbelöverlåtelse

En fördel som framhålls med traditionskravet är att det motverkar dubbelöverlåtelser och därigenom skapar ordning i det praktiska rättslivet.¹³⁴ Eftersom traditionskravet ger köpare incitament att ta lösöret i fråga i besittning så fort som möjligt minskar möjligheten för säljaren att överlåta det ytterligare en gång. Håstad framhåller dock två problem med detta argument. Han menar dels att det inte krävs något traditionskrav för att ge köpare incitament att ta lösöre i besittning snarast möjligt då detta incitament redan existerar i reglerna om dubbelöverlåtelse. I och med att en person som köper lösöret från den som har det i sin besittning i god tro gör ett godtrosvärk har köpare redan på grund av reglerna i Lag (1986:796) om godtrosvärk av lösöre all anledning att ta saken i sin besittning. Det krävs således inget ytterligare krav i form av en traditionsprincip. Vidare menar han att det inte framstår logiskt att en köpare ska förlora sin rätt till egendomen framför säljarens borgenärer av den anledningen att köparen inte för egen del skyddat sig mot eventuella dubbelöverlåtelser. I det fallet att säljarens fordringsägare gör anspråk på egendomen finns egendomen dessutom kvar hos säljaren vilket innebär att någon dubbelöverlåtelse inte skett. Med en sådan motivering av traditionsprincipen skulle principen innebära att en köpare skulle gå miste om lösöret eftersom denne inte skyddat sig mot en dubbelöverlåtelse som aldrig skett, något som enligt Håstad framstår som orimligt.¹³⁵

4.1.8 Gammal princip

Traditionskravet ingår i ett system där besittningen har betydelse för vem som har rätten till lösöre. Att ta bort kravet på att tradition måste ske för att erhålla borgenärsskydd innebär ett rubbande av detta system vilket kan anses negativt. Även det faktum att traditionsprincipen är en del av en ordning som gällt under mycket lång tid och vilar på principiell grund talar till traditionsprincipens fördel. I SOU 1995:11 tillmäts dock dessa argument inte någon större betydelse. Istället framhålls vikten av att titta på de praktiska för- och nackdelarna.¹³⁶

¹³⁰ SOU 1995:11 s 174.

¹³¹ Prop. 2001/02:134 s 77.

¹³² SOU 1995:11 s 174.

¹³³ Mellqvist SvJT s 240.

¹³⁴ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 212.

¹³⁵ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 212.

¹³⁶ SOU 1995:11 s 150.

Mellqvist anför å andra sidan traditionsprincipens långvariga plats i den svenska rätten som ett vägande argument för att behålla traditionsprincipen.¹³⁷ Trots att de skäl som ligger bakom traditionsprincipen och lett till principens framväxande inte är tillräckliga för att motivera behållandet av traditionsprincipen kan man inte bortse från den ställning traditionsprincipen har fått genom att ha varit gällande rätt under så lång tid menar Mellqvist. Eftersom det är en princip som funnits under så lång tid har aktörerna på området inrättat sig efter principen. Man kan därför inte endast se till vilken princip som rent objektivt är mest fördelaktig utan att ta hänsyn till historien. Det krävs för ett övergivande av en historiskt inarbetad ordning att det finns särskilda skäl. Man kan således inte helt fritt jämföra traditionsprincipens fördelar och nackdelar mot andra alternativ utan att ta i beaktande att principen funnits länge och därmed är inarbetad. Genom att behålla traditionsprincipen upprätthåller man stabilitet i rättslivet vilket är värdefullt.¹³⁸ Till skillnad från SOU 1995:11 anser således Mellqvist att det faktum att principen funnits länge i sig själv kan anses vara ett skäl för att behålla den.¹³⁹

4.2 Nackdelar

4.2.1 Okänd bland allmänheten

En ofta åberopad nackdel med traditionsprincipen är att den är okänd bland allmänheten.¹⁴⁰ Detta argument var även en viktig anledning till att man avskaffade traditionsprincipen vid konsumentköp.¹⁴¹

Att traditionsprincipen är okänd bland allmänheten leder till att köpare riskerar att lida förluster när de på grund av okunskap om risken lämnar kvar varor hos säljaren. Principen kommer således att drabba även köpare som gjort verkliga köp och kan visa att de gjort det.¹⁴² På grund av att det förekommer att köpare lämnar kvar sina varor hos säljaren uppstår en risk för att de ska drabbas av förluster. Även om det inte är alltid som förlusten faktiskt inträffar är det endast tillfälligheter som avgör om förluster uppkommer eller inte.¹⁴³

I SOU 1995:11 har en utredning gjorts gällande i vilken utsträckning konsumenterna känner till traditionsprincipen samt i vilken utsträckning de lider rättsförluster.¹⁴⁴ Undersökningen visar att det förekommer såväl att varor som betalats helt eller delvis lämnas kvar hos säljaren som att konsumenterna lider rättsförluster. De varor som ofta lämnas kvar hos säljaren är säsongsvaror, skrymmande varor eller varor som måste transporteras på särskilt sätt eller som ska ändras eller utrustas med ytterligare tillbehör. Förlusterna är lite olika i olika branscher. Bland de branscher där konsumenterna ofta lider rättsförluster återfinns exempelvis vitvarubranschen, möbelbranschen, båtbranschen, bilbranschen samt pälsbranschen. Således sker

¹³⁷ Mellqvist SvJT 2010 s 241.

¹³⁸ Mellqvist SvJT 2010 s 241.

¹³⁹ Mellqvist SvJT 2010 s 241 med hänvisning till Helander.

¹⁴⁰ Mellqvist SvJT 2010 s 240 och SOU 1995:11 s 147.

¹⁴¹ Prop. 2001/02:134 s 74.

¹⁴² SOU 1995:11 s 147.

¹⁴³ Prop. 2001/02:134 s 74.

¹⁴⁴ SOU 1995:11 s 269-273.

förlusterna i branscher där de varor som köps är av stort värde.¹⁴⁵ Trots att undersökningen endast gäller konsumenter verkar kännedomen inte vara så mycket bättre bland näringsidkare. Kriström menar exempelvis i en artikel i SvJT att de flesta näringsidkare inte heller känner till traditionsprincipen.¹⁴⁶ Även Mellqvist har uttryckt denna åsikt. Mellqvist verkar dock anse att kännedomen hos näringsidkare är betydligt större än hos konsumenter då han anser att problemet med att regleringen är okänd minimerats genom införandet av avtalsprincipen i KKL.¹⁴⁷

Vilket värde man ska tillmäta det faktum att regleringen synes vara okänd är dock inte helt givet. Det finns många regleringar som är okända för allmänheten men som trots detta inte ifrågasätts.¹⁴⁸

4.2.2 Drabbar verkliga förvärv

En nackdel med traditionsprincipen är att köpare som gjort ett verkligt förvärv riskerar att drabbas av förluster. En effekt av traditionsprincipen är att köpare som av helt legitima skäl, såsom att köparen saknar möjlighet att ta emot varan direkt eller på grund av att säljaren på något sätt ska göra färdigt varan för köparen, lämnat kvar egendom hos säljaren riskerar att lida rättsförluster.¹⁴⁹

Traditionsprincipen leder som synes till att köpare riskerar att lida förluster till förmån för de borgenärer som annars skulle kunna bli bedragna på egendom i exekutionsunderlaget. Att någon kommer att förlora och någon vinna till följd av en viss reglering innebär dock inte att förlusten respektive vinsten korrelerar helt. Köparens förlust leder således inte nödvändigtvis till en lika stor vinst för fordringsägarna.¹⁵⁰ Kriström hävdar att tillämpningen av traditionsprincipen leder till större förlust för köpare än vad den gör för säljare. Detta framhålls bero dels på att det ofta rör sig om kundanpassade varor som köpare går miste om samt att köpare, när det rör sig om näringsidkare, ofta drabbas av stora förluster till följd av avbrott i verksamheten när en leverans uteblir. Det är dessa omständigheter som gör att köparens förlust är större än den förlust säljaren riskerar att göra. På detta sätt skulle traditionsprincipen vara till nackdel för köpare.¹⁵¹

I de fall traditionsprincipen skulle ge oskäliga verkningar, såsom i de fall som konstaterats ovan, kan man inte heller hantera dessa genom att bedöma huruvida en påstådd överlåtelse är en verklig överlåtelse eller en skenöverlåtelse. Traditionskravet är ett krav som är fristående från den underliggande överlåtelsen och syftar just till att bedömningen av den underliggande överlåtelsen ska vara irrelevant. Således är det varken möjligt eller ämnat att man ska ta hänsyn till att det rör sig om ett verkligt köp även om detta skulle kunna bevisas.¹⁵²

¹⁴⁵ Prop. 2001/02:134 s 74.

¹⁴⁶ Kriström SvJT 2005 s 1113.

¹⁴⁷ Mellqvist SvJT 2010 s 240.

¹⁴⁸ Mellqvist SvJT 2010 s 240.

¹⁴⁹ NJA 2008:55 s 694.

¹⁵⁰ Kriström SvJT 2005 s 1112.

¹⁵¹ Kriström SvJT 2005 s 1112-1113.

¹⁵² NJA 2008:55 s 695.

4.2.3 Omöjliggör vissa transaktioner

En av traditionsprincipens nackdelar är att det blir svårt att överhuvudtaget uppnå sakrättsligt skydd vid vissa transaktioner när det är svårt att uppnå en överflyttning av besittningen. När exempelvis två företag som delar lokal önskar överlåta en maskin från det ena företaget till det andra kommer problem att uppstå vid en tillämpning av traditionsprincipen.¹⁵³ Detsamma gäller när företag med samma företrädare ska överlåta något mellan sig samt när samboende önskar överlåta egendom som finns i parternas gemensamma besittning.¹⁵⁴ Ett annat fall där problem uppstår med det sakrättsliga skyddet är vid tillverkningsköp, där köparen betalar en stor del av priset i förskott. Eftersom äganderätten inte övergår vid avtalet på grund av traditionsprincipen tvingas köparen ofta att begära en bankgaranti för att skydda den kreditrisk man utsätter sig för, något man skulle slippa om avtalsprincipen tillämpades.¹⁵⁵

Att uppnående av sakrättsligt skydd i vissa situationer förhindras leder vidare till negativa verkningar för samhället i och med att traditionskravet hindrar köpare och säljare från att själva komma överens om vilken typ av finansiering som är mest fördelaktig för dem. Genom att avskaffa traditionsprincipen och införa en avtalsprincip skulle man kunna överlämna sakrätten till parterna i större utsträckning. Parterna i ett avtal skulle då kunna genomföra transaktioner utan att behöva ta hänsyn till tredje man i samma utsträckning som vid en tillämpning av traditionsprincipen. Parterna skulle då få större möjligheter att själva anpassa sina transaktioner och det skulle leda till en möjlighet att använda säkerhetsunderlag som annars inte skulle utnyttjats. På så sätt skulle ett användande av traditionsprincipen ge en möjlighet att använda de ekonomiska resurserna på ett så effektivt sätt som möjligt.¹⁵⁶

Den utveckling som skett i praxis skulle dock kunna ta udden av argumentet att vissa transaktioner omöjliggörs med en tillämpning av traditionsprincipen. Genom denna utveckling är det möjligt att tillhandahålla sakrättsligt skydd i situationer som de ovan nämnda där bolag företräds av samma person även med en fortsättningsvis tillämpning av traditionsprincipen. Exempel på detta finnas i rättsfallen NJA 2007 s. 413 samt NJA 2008 s. 684.¹⁵⁷

4.2.4 Skiljer sig från andra länders rätt

Något som talar emot traditionsprincipen är att den även går stick i stäv med vad som gäller i andra länder.¹⁵⁸ I andra europeiska länder verkar man inte ta lika stor hänsyn till risken för borgenärsbedrägerier som vi gör här i Sverige, trots att dessa länder torde ha likartade förhållanden.¹⁵⁹ I de flesta andra länder anser man också att problemet med att gäldenärer undandrar egendom från borgenärer går att lösa utan ett traditionskrav.¹⁶⁰

¹⁵³ SOU 1995:11 s 147.

¹⁵⁴ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 214.

¹⁵⁵ Mattsson SvJT 2005 s 320.

¹⁵⁶ Mattsson SvJT 2005 s 320.

¹⁵⁷ Mellqvist SvJT 2010 s 240-241.

¹⁵⁸ SOU 1995:11 s 148.

¹⁵⁹ Martinson, *En struktur över kredit- och exekutionsrätten*, s 29 och not 61 s 29.

¹⁶⁰ NJA 2008:55 s 695.

Även om det finns exempel på andra länder som tillämpar traditionsprincipen är en avgörande skillnad att tillämpningen i Sverige är striktare.¹⁶¹ I så gott som alla andra länder, även i de som tillämpar traditionsprincipen, kan köpare uppnå sakrättsligt skydd utan vare sig registrering eller tradition. Detta kan ske genom antingen avtalet eller, där man tillämpar traditionsprincipen, genom avtalet kombinerat med ett avtal om att äganderätten ska anses övergå till köparen alternativt en överenskommelse om att säljaren ska besitta varan för köparens räkning.¹⁶² I Tyskland räcker det dessutom med att ett sådant avtal om att säljaren besitter lösöret för köparens räkning är underförstått.¹⁶³ I andra länder verkar man således inte tycka att omständigheterna fordrar något traditionskrav, vilket talar för att det inte borde behövas i Sverige heller.¹⁶⁴

4.2.5 Anpassad för andra förhållanden

En nackdel med traditionsprincipen är att den inte är anpassad till dagens ekonomiska förhållanden. Traditionsprincipen tillkom i en tid då de ekonomiska förhållandena var helt annorlunda. Idag föreligger en stor rörlighet och omsättning på det ekonomiska området. På grund av att det kan vara ett vanligt inslag i köpeavtal idag att den köpta egendomen lämnas kvar hos säljaren är det inte längre lämpligt med ett krav på besittningsövergång för att förvärvaren ska uppnå sakrättsligt skydd.¹⁶⁵

4.2.6 Alternativ reglering

Även om traditionsprincipen tidigare behövdes för att man skulle kunna skydda borgenärernas anspråk har traditionsprincipen förlorat sin betydelse till följd av exekutionsrättens utveckling. När LKL infördes i början av 1800-talet fanns ett behov av en sådan reglering som inte finns idag. I och med att bestämmelsen i 4:18 Utsökningsbalken (1981:774) infördes räcker det inte längre med att komma med påståenden om att lösöret överlåtits innan en exekution utan det krävs även att man kan styrka dem.¹⁶⁶ Enligt 4:18 presumeras gäldenären vara ägare till den egendom denne har i sin besittning och den som påstår sig ha köpt egendom bär bevisbördan för att ett verkligt köp skett. Bestämmelsen i 4:18 UB tillhandhåller således ett sätt att hantera efterhandskonstruktioner. Genom att tillämpa denna bestämmelse kan man undvika de flesta efterhandskonstruktioner även utan traditionsprincipen.¹⁶⁷ För detta ändamål kan man också använda sig av återvinningsbestämmelserna som återfinns i 4 kap KL.¹⁶⁸

¹⁶¹ Kriström SvJT 2005 s 1113.

¹⁶² NJA 2008:55 s 695.

¹⁶³ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 207.

¹⁶⁴ NJA 2008:55 s 695 och Martinson, *En struktur över kredit- och exekutionsrätten*, not 61 s 29.

¹⁶⁵ SOU 1995:11 s 150.

¹⁶⁶ NJA 2008:55 s 695.

¹⁶⁷ Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, s 212.

¹⁶⁸ NJA 2008:55 s 695.

4.2.7 Det allmänna rättsmedvetandet

Till nackdel för traditionsprincipen talar uppfattningen hos det allmänna rättsmedvetandet. De flesta är av åsikten att den som köpt och betalat egendom bör ha rätt att få ut den från säljaren. I SOU 1995:11 menar man att det är mer naturligt att tillerkänna en bättre ställning åt den som har ett anspråk mot ett individuellt objekt än den som endast har ett anspråk på att få pengar. Man menar även att den som har en fordran på pengar skulle ha kunnat skydda sig genom att begära någon form av säkerhet.¹⁶⁹

Om köparen lämnar betald egendom hos säljaren och denne exempelvis går i konkurs innebär en tillämpning av traditionsprincipen att säljarens borgenärer kan dra nytta av såväl egendomen som betalningen. Säljarens borgenärer får således en rätt till egendomen trots att säljaren redan har fått betalt, enbart på grund av att egendomen lämnats kvar hos säljaren. Detta anspråk som borgenärerna genom tillämpningen av traditionsprincipen får anses inte befogat.¹⁷⁰

4.2.8 Konstlad gräns för rådighetsavskärning

Såsom traditionsprincipen utvecklats i praxis är innebörden av principen idag eventuellt att innehavaren ska ha fått rådigheten över egendomen avskuren. När det gäller en överlåtelse mellan exempelvis två bolag som företräds av samma person har man ansett ett rådighetsavskärning kunna ske. Man har då i praxis dragit en gräns mellan det fall en innehavare av egendom har möjlighet att förfoga över egendom som denne blivit anförtrodd eller om förfogandemöjligheten gäller egendom som innehavaren har i sin besittning av annan anledning. Vid det förstnämnda fallet, men inte det senare, kan ett rådighetsavskärning anses ha skett trots att innehavaren företräder båda parter i en transaktion. Detta eftersom HD har medgivit sakrättsligt skydd när straffansvar enligt 10:1 eller 10:5 BrB kan komma ifråga men konstaterat att straffansvar enligt 10:4 BrB inte är tillräckligt. Mellqvist menar att denna gränsdragning ligger långt från ändamålet med traditionsprincipen och att man istället för denna konstgjorda gräns borde välja avtalsprincipen.¹⁷¹

4.2.9 Brist på lämplig metod för creditsäkerhet

En nackdel med traditionsprincipen är att den leder till osäkerhet vid kreditgivningen och därigenom ökade transaktionskostnader.

Även om traditionsprincipen främst gäller äganderättsövergången, och finns till för att köparen ska skyddas, har traditionsprincipen kommit att få betydelse vid kreditgivning. Traditionsprincipens betydelse vid kreditgivning kommer av att man använder äganderätten för att uppnå creditsäkerhet.¹⁷² I svensk rätt har vi ingen lämplig

¹⁶⁹ SOU 1995:11 s 151.

¹⁷⁰ SOU 1995:11 s 151.

¹⁷¹ Mellqvist, *Festskrift till Torgny Håstad*, s 585.

¹⁷² Millqvist JT 2010/11 s 147.

kreditsäkerhetslagstiftning.¹⁷³ Detta leder till att aktörerna på marknaden ofta är hänvisade till en användning av äganderättsplaceringen för att erhålla säkerhet för sina kreditrisker. Lösningar där äganderätten används för att uppnå säkerhet för lämnade krediter är exempelvis leasing, kommission samt kreditköp med återtagandeförbehåll. För att uppnå en sådan verksam realsäkerhet i lösöre i dessa fall krävs att man hanterar traditionsprincipen på rätt sätt.¹⁷⁴

Traditionsprincipen kan medföra problem på detta område, vilket man kan se i NJA 2010 s. 154. I detta fall förelåg först ett kommissionsförhållande men detta ändrades senare till ett kreditförsäljningsavtal. När detta avtal åter ändrades till ett kommissionsavtal utan att varorna flyttades ansågs det krävas fysisk tradition för att sakrättsligt skydd skulle uppnås.¹⁷⁵ I NJA 2009 s. 79 erhöll däremot en leverantör sakrättsligt skydd på grund av att man använt sig av leasing. Därmed hade leverantören rätt att hämta ut varor innan återförsäljarens konkurs på den grunden att varorna endast upplåtits med begränsad rätt. Om parterna i NJA 2010 s. 154 således istället för kreditförsäljning hade använt sig av leasing vid omläggningen av avtalet hade leverantören erhållit sakrättsligt skydd.¹⁷⁶ Dessa olika utgångar visar hur svårt det är att göra en klar bedömning av hur en aktör bör lägga upp framtida kreditsäkerheter. Således leder traditionsprincipen till oförutsägbar kreditsäkerhetsrätt.¹⁷⁷

En oförutsägbar kreditsäkerhetsrätt kommer i sin tur att medföra negativa konsekvenser. När det föreligger stor osäkerhet om vad som krävs för att sakrättsligt skydd ska uppnås ökar transaktionskostnaderna för de berörda intressenterna.¹⁷⁸

¹⁷³ Millqvist JT 2010/11 s 150.

¹⁷⁴ Millqvist JT 2010/11 s 147.

¹⁷⁵ Millqvist JT 2010/11 s 148-149.

¹⁷⁶ Millqvist JT 2010/11 s 151.

¹⁷⁷ Millqvist JT 2010/11 s 152.

¹⁷⁸ Millqvist JT 2010/11 s 152.

5. Alternativa lösningar

5.1 Avtalsprincipen

Ett alternativ till traditionsprincipen är att en köpare vid ett köp skulle uppnå sakrättsligt skydd redan i och med överlåtelseavtalet.¹⁷⁹ Det synes också vara denna lösning som ses som alternativ till traditionsprincipen av de flesta i diskursen kring traditionsprincipen, ibland i kombination med andra åtgärder exempelvis ett upphävande av LKL.¹⁸⁰

Fördelarna med avtalsprincipen är att den skyddar köparen redan från det att köparen betalat. Vidare framstår regeln som enkel och den överensstämmer med vad allmänheten anser är rätt. Vad gäller nackdelarna märks framförallt att risken för skenöverlåtelser ökar samt att man tvingas skilja på omsättningsöverlåtelser och säkerhetsöverlåtelser.¹⁸¹

Avtalsprincipen kan även kombineras med ett upphävande LKL. För att ändå erbjuda någon möjlighet att uppnå sakrättsligt skydd för panträtt genom registrering skulle man kunna införa inskrivning i någon annan form. Avskaffandet av traditionskravet skulle vidare kunna gälla enbart omsättningsöverlåtelser. När det gäller säkerhetsöverlåtelser, som i själva verket är en pantsättning, skulle man istället kunna tillämpa reglerna om just pantsättning.¹⁸²

5.2 Modernisering av LKL

För att förebygga och förhindra de negativa effekter som uppstår till följd av en tillämpning av traditionsprincipen skulle man istället kunna tänka sig att man moderniserar LKL genom att göra det tillvägagångssätt lagen stipulerar enklare.¹⁸³

5.3 Annat registreringsförfarande

Regleringen av det sakrättsliga skyddet skulle även kunna utformas så att registrering i ett särskilt inskrivningssystem krävdes för sakrättsligt skydd. Idag finns detta för vissa typer av egendom såsom exempelvis skepp och luftfartyg. Det anses dock inte möjligt att mer generellt införa en sådan metod. Ett tänkbart alternativ till detta är att skapa ett register för registrering av alla typer av lösöre och att sakrättsligt skydd skulle uppnås genom registrering i detta.¹⁸⁴

¹⁷⁹ SOU 1995:11 s 144.

¹⁸⁰ NJA 2008:55 s 696, Mellqvist SvJT 2010 s 242 och Millqvist JT 2010/11 s 152.

¹⁸¹ SOU 1995:11 s 148.

¹⁸² NJA 2008:55 s 696.

¹⁸³ SOU 1995:11 s 143.

¹⁸⁴ SOU 1995:11 s 144.

Alla typer av registreringsförfaranden skulle dock endast bli ett alternativ till besittningsövergång. Således skulle kravet på tradition fortfarande finnas kvar.¹⁸⁵

5.4 Modifiering av traditionsprincipen i praxis

Ett erkännande av de problem traditionsprincipen skapar behöver inte nödvändigtvis följas av ett avskaffande av principen. Ett alternativ som Mellqvist förespråkar är att genom rättspraxis modifiera traditionsprincipen i likhet med vad som hittills skett. Han menar att en fördel med ett sådant förfarande är att man har möjligheten att behålla det system och den utveckling av traditionsprincipen som skett i rättspraxis istället för att helt göra sig av med det gamla systemet och börja bygga ett nytt.¹⁸⁶ Genom utvecklingen i praxis har man försökt förebygga de problem som traditionsprincipen ger upphov till och på så sätt närmat sig en princip som ger förvärvaren skydd mot överlåtarens borgenärer. En annan lösning såsom avtalsprincipen skulle även den medföra problem och kräva modifieringar menar Mellqvist.¹⁸⁷

¹⁸⁵ SOU 1995:11 s 144.

¹⁸⁶ Mellqvist SvJT 2010 s 241.

¹⁸⁷ Mellqvist SvJT 2010 s 241-242.

6. Diskussion

Av det redovisade materialet kan man konstatera att det finns svårigheter med att fastslå ett givet syfte bakom traditionsprincipen. Istället har i såväl praxis som doktrin sedan traditionsprincipens införande framhållits många olika syften samt fördelar och nackdelar. De bevekelsegrunder som anförs till traditionsprincipens fördel har skiftat i takt med tidens gång och vissa argument som må ha varit betydande vid införandet verkar sedermera ha förlorat i anseende. Bland de många argument som regelmässigt framförs i doktrinen kan man emellertid skönja vissa som förefaller vara mer vedertagna än andra och som i konsekvens härmed tillmäts större betydelse i diskursen.

Vad gäller syftet verkar, som framgår av avsnitt 3.2, det som idag tillmäts betydelse vara syftet att motverka borgenärsbedrägerier. Att traditionsprincipen skulle underlätta kreditbedömningen framstår närmast som ett otidsenligt argument som idag förlorat all betydelse. Jag skulle därmed vilja dra slutsatsen att det syfte som idag kan anses ligga bakom traditionsprincipen är att principen ska motverka borgenärsbedrägerier.

Man kan efter genomgången ovan konstatera att traditionsprincipen faktiskt för med sig en del negativa konsekvenser som det givetvis hade varit önskvärt att eliminera. Till dessa konsekvenser skulle jag framförallt vilja lägga risken för att köpare som gjort verkliga förvärv drabbas. Syftet med traditionsprincipen får som ovan nämnts anses vara att motverka att gäldenärer undandrar egendom från borgenärer. Av avsnitt 4.2.2 framgår att en tillämpning av traditionsprincipen emellertid inte enbart leder till att köpare som medverkat i en skentransaktion kommer att förlora egendom, utan även köpare som gjort verkliga köp riskerar att drabbas. Att dessa verkningar sedan inte går att hantera inom ramen för traditionsprincipen gör att den negativa verkan av traditionsprincipen förstärks.

Det faktum att traditionsprincipen är relativt okänd gör även att ovanstående risk ökar. Resultaten från undersökningen i SOU 1995:11 om konsumenters kännedom om traditionsprincipen visar tydligt att traditionsprincipen innan införandet av avtalsprincipen inte var särskilt känd bland konsumenter.¹⁸⁸ Man ansåg även detta vara anledning att helt avskaffa traditionsprincipen vad gäller konsumentköp då dålig kännedom riskerar att leda till att konsumenter gör rättsförluster.¹⁸⁹

Eftersom traditionsprincipen förefaller vara okänd även bland näringsidkare anser jag att det, av samma anledning som det ledde till ett avskaffande på konsumentområdet, borde vara ett tungt vägande skäl för ett avskaffande av traditionsprincipen. Samma problem som uppstod för konsumenter uppstår även för näringsidkare och även de riskerar således att lida rättsförluster.

Huruvida kännedomen verkligen är dålig bland näringsidkare verkar inte vara helt klarlagt. Även om det skulle vara så att kännedomen bland näringsidkare är större anser jag ändå att man bör överväga om bristen på kännedom om traditionsprincipen kan ge upphov till problem. Många av de köpare som är konsumenter, och således inte anses

¹⁸⁸ SOU 1995:11 s 269-270.

¹⁸⁹ Prop. 2001/02:134 s 74.

känna till traditionsprincipen, kommer att vara part även i avtal där det inte rör sig om konsumentköp. KKL, och med den avtalsprincipen, är inte tillämplig på köp mellan privatpersoner. Dessa köp torde emellertid inte vara ovanliga. Jag tror därför att den dåliga kännedomen hos konsumenterna inte bara kommer att ge utslag vid konsumentköp. En person som ena dagen är konsument och köper en vara av en näringsidkare skulle nästa dag kunna köpa en vara av en annan privatperson. I ett sådant fall kommer inte en större kännedom att föreligga hos personen när denne köper av en privatperson än när personen i fråga köper av en näringsidkare. Snarare är det väl sannolikt att kännedomen är ännu mindre då det nu föreligger två skilda regler för samma typ av transaktion.

Jag skulle även till traditionsprincipens nackdel vilja framhålla att principen såsom den utvecklats i praxis uppställer en konstlad gräns när rådgivningsavskärning anses ha skett. Precis som Mellqvist påpekar, vilket har redogjorts för ovan i avsnitt 4.2.8, framstår det som mer naturligt att tillämpa avtalsprincipen istället för denna påhittade gräns.

En annan negativ följd av traditionsprincipen som jag anser bör tillmätas tyngd är att den gör det svårt för aktörer att finna säkra lösningar för sin kreditgivning. Denna konsekvens riskerar att leda till osäkerhet och därmed ökade transaktionskostnader vilket har negativ effekt på ekonomin och därmed samhället i stort.

Att det bevisligen finns problem med traditionsprincipen är emellertid inte tillräckligt för att dra slutsatsen att ett avskaffande av traditionsprincipen är att föredra. Först krävs att man utreder huruvida det föreligger några grunder som kan rättfärdiga principens existens.

Jag skulle vilja hävda att en av de förmodade nackdelarna med traditionsprincipen kanske snarare med tiden blivit en fördel. Argumentet att det skulle vara svårt att genomföra vissa transaktioner, såsom överlåtelser mellan företag där båda parter företräds av samma person, har som synes i avsnitt 4.2.3 lyfts fram som ett motargument mot traditionsprincipen. Det verkar dock inte ha samma genomslagskraft idag. Genom de modifieringar av traditionsprincipens innebörd som skett i och med övergången från en fysisk överflyttning av objektet till ett rådgivningsavskärning verkar man ha anpassat traditionsprincipen till dagens samhälle och således förebyggt detta problem. Rättsfallen NJA 2007 s. 413 samt NJA 2008 s. 684 visar att även i transaktioner där en personunion föreligger kan sakrättsligt skydd uppnås. Resultatet av den förändring som skett talar därmed snarare till traditionsprincipens fördel då principen har visat sig möjlig att förändra genom praxis. Dessa konsekvenser av traditionsprincipen talar enligt min mening snarare för att man borde behålla traditionsprincipen då den verkar gå att anpassa så att aktuella problem kan elimineras. Istället för att byta ut allt det gamla skulle ett alternativ istället kunna vara att behålla men modifiera traditionsprincipen i enlighet med det resonemang Mellqvist för.¹⁹⁰

Till de skäl som med tyngd talar för att traditionsprincipen ska anses berättigad anser jag mig vidare kunna hänföra att principen motverkar borgenärsbedrägerier. Då just detta är syftet med principen torde det vara viktigt för principens berättigande att den bidrar till uppfyllandet av syftet. I vilken utsträckning principen förhindrar borgenärsbedrägerier råder det emellertid delade meningar om i doktrinen. I avsnitt

¹⁹⁰ Mellqvist SvJT 2010 s 241.

4.1.1 ovan har redogjorts för att viss skepsis uttrycks mot huruvida traditionsprincipen är ett effektivt medel för att förhindra borgenärsbedrägerier. Jag håller med Håstad om att traditionsprincipen helt torde förhindra efterhandskonstruktioner då besittningsförändringen måste ske innan konkurs eller utmätning. Efterhandskonstruktioner blir på detta sätt meningslösa.¹⁹¹ Vad gäller skentransaktioner förefaller en tillämpning av traditionsprincipen inte helt kunna utesluta förekomsten av sådana transaktioner. Det finns andra vägar att gå för den som är fast besluten att bedra sina borgenärer. Man kan komma runt traditionsprincipen genom att registrera ett lösöresköp eller tillfälligt överföra besittningen till skenköparen. Jag tror dock att traditionsprincipen kan bidra till att förhindra borgenärsbedrägerier genom att det är en större uppoffring att faktiskt behöva lämna ifrån sig besittningen. På grund av de ovan nämnda problemen tror jag dock inte att man ska överdriva traditionsprincipens effekt eller nödvändigheten av traditionsprincipen för att man ska kunna tillvarata borgenärens rätt. Således anser jag detta argument förvisso tala för traditionsprincipen men kanske inte med tillräcklig tyngd för att i sig själv övertyga.

En effekt av traditionsprincipen som däremot de flesta är ense om är att principen främjar exekutionens effektivitet. Genom att kronofogdemyndigheten inte behöver ta hänsyn till påståenden om att gäldenären skulle ha överlåtit egendomen innan exekutionen kan man uppnå högre effektivitet.¹⁹² Denna följd verkar i högsta grad uppnås av traditionsprincipen. Det som är frågan här torde istället vara huruvida det är en önskvärd effekt som uppnås. Effektivitetsvinsterna torde nämligen ske på bekostnad av köpare som gjort verkliga förvärv. För att effektivitetsvinsterna ska tillåtas väga till traditionsprincipens fördel anser jag att man måste göra en avvägning mellan intresset av effektivitet samt intresset av att köpare som gjort verkliga förvärv inte lider förluster. Även om man för att uppfylla ett viktigt syfte kan tillåta sig att offra vissa andra värden anser jag att man i första hand bör söka en alternativ utväg som för med sig färre negativa verkningar. I och med att det finns annan reglering som kan användas för att uppnå effektivitet, nämligen presumtionen i 4:18 UB, anser jag att en sådan alternativ utväg finns och således övertygar inte heller effektivitetsargumentet helt om traditionsprincipens berättigande.

Det i mitt tycke starkaste argumentet till traditionsprincipens fördel är att en tillämpning av traditionsprincipen innebär att man inte behöver göra en distinktion mellan omsättningsöverlåtelser och säkerhetsöverlåtelser. Genom att avskaffa traditionsprincipen kommer man tvingas att skilja mellan omsättningsöverlåtelser och säkerhetsöverlåtelser vilket kan leda till svåra bedömningsfrågor såsom exempelvis i vems intresse lösöret lämnats kvar. Detta riskerar att leda till en ökning av antalet tvister.

I den form traditionsprincipen existerar i praxis idag innebär den en svår gränsdragning av när rådighetsavskärande har skett, snarare än det objektiva krav som brukar framhållas som dess fördel. Man skulle således kunna tänka sig att ett avskaffande av traditionsprincipen skulle göra att man slipper de komplicerade bedömningar som ett rådighetsavskärande medför och att en övergång till avtalsprincipen skulle vara att föredra framför den konstlade och svårdragna gräns som uppställts för att ett

¹⁹¹ Håstad s 212.

¹⁹² SOU 1995:11 s 146, Håstad s 212 och Mellqvist SvJT 2010 s 240.

rådighetsavskärande ska anses vara för handen. Jag anser dock att man, i enlighet med det ovan anförda om skiljelinjen mellan omsättningsöverlåtelse och säkerhetsöverlåtelse, riskerar att endast byta ut ett problemområde som kräver precisering i praxis mot ett annat. Även gränsdragningen mellan huruvida en transaktion är en omsättningsöverlåtelse eller en säkerhetsöverlåtelse är en svår bedömning att göra och den kommer att kräva att man tar hänsyn till subjektiva faktorer såsom i vems intresse lösöre lämnats kvar.

Även om det finns betydande argument som talar emot traditionsprincipen finns det likväl argument som talar till dess fördel. Jag anser dock att man kan dra slutsatsen, framförallt med problematiken kring säkerhetsöverlåtelse i åtanke, att traditionsprincipen fyller en funktion i den svenska rätten och att den följaktligen är något mer än bara en tradition. Jag anser vidare att det inte räcker att endast väga argument för och emot och finna att vågskålen visar en marginell övervikt åt ena eller andra hållet. Även det faktum att traditionsprincipen är en gammal princip bör tas med i beräkningen. Liksom Mellqvist anser jag att en inarbetad rättsregel kan ha ett värde i sig själv.¹⁹³ Man kan inte endast objektivt titta på fördelar respektive nackdelar med principerna och låta denna bedömning vara avgörande utan att ta in den betydelse det har att traditionsprincipen varit förhärskande i den svenska rätten under lång tid. För att avskaffa en gammal och inarbetad princip bör krävas att det finns mycket starka skäl för alternativet, något jag tycker är tveksamt i detta fall. Även om det finns vissa skäl som talar för ett avskaffande finns det även skäl som talar för att behålla traditionsprincipen. I en sådan situation kan man, på grund av att principen är så inarbetad, med fördel behålla den rådande ordningen.

¹⁹³ Mellqvist SvJT 2010 s 241.

7. Källförteckning:

Offentligt tryck:

Proposition 2001/02:134 *Ändringar i konsumentköplagen*
SOU 1995:11. *Nya konsumentregler*

Litteratur:

Collinder, Björn, *Stora ordboken: svensk ordnyckel*, Bra böcker, Höganäs, 1983.

Göranson, Ulf, *Besittning och rådighet – är det samma sak? Festskrift till Torgny Håstad*, Iustus, Uppsala, 2010.

Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2000.

Kriström, Bengt. *En återgång till avtalsprincipen? Replik på Dag Mattssons artikel i svensk Juristtidning nr 3/05*. SvJT 2005 s 1112-1114.

Martinson, Claes, *En struktur över kredit- och exekutionsrätten*, [3. uppl.], Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, Göteborg, 2009.

Mattsson, Dag, *En återgång till avtalsprincipen*, SvJT 2005 s 319-323.

Mellqvist, Mikael, *Kräver traditionsprincipen tradition? Festskrift till Torgny Håstad*, Iustus, Uppsala, 2010.

Mellqvist, Mikael, *Diocletianus vs. Grotius – om den sakrättsliga traditionsprincipens berättigande*, SvJT 2010 s 217-244.

Millqvist, Göran, *Sakrättens grunder: en lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom*, 6., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Millqvist, Göran, *Traditionsprincipen på tillbakagång*, JT 2008/09 s 115-120.

Millqvist, Göran, *Kreditförsäljning eller kommission – traditionsprincipen avgör*, JT 2010/11 s 147-152.

Zetterström, Stefan, *Sakrättens fyra huvudfall*, 3., [rev.] uppl., Iustus, Uppsala, 2012.

Rättsfall:

NJA 1997 s 660

NJA 2007 s 413

NJA 2008 s 684

Hemsidor:

Teknikföretagen, *Snart lättare hävda sin rätt?* 2012-04-05 (2012-04-28),

<http://www.teknikforetagen.se/hem/Publicerat/Nyheter/Snart-lattare-havda-sin-ratt/>