

Retentionsrätt efter Speditörpanten

Av jur.kand. CHARLES HE¹

Retentionsrätt kan utan överdrift beskrivas som den praktiskt mest okända, terminologiskt mest förvirrande och rättssystematiskt snårigaste säkerhetsrätten. På senare år har institutet utvidgats genom rättsfallen NJA 2019 s. 259 (Likvidators retentionsrätt) och NJA 2022 s. 574 (Speditörpanten). Särskilt Speditörpanten — som kallats för en ”rättskällerevolution” — har kommenterats flitigt.² Denna artikel presenterar en mer djupgående rättsvetenskaplig framställning om förutsättningarna för retentionsrätters tillkomst i ljuset av ny rättspraxis. Det argumenteras för att retentionsrätt måste förstås i ljuset av det sak- och insolvensrättsliga systemet och att retentionsrätt bör förstås, principiellt, som en ”tyst” avtalad handpanträtt snarare än en legal säkerhetsrätt. Förståelsen av retentionsrätter som i huvudregel avtalade säkerhetsrätter läggs sedan till grund för en diskussion om retentionsrätter kan återvinnas. Artikeln avslutas med några mer teoretiska reflektioner om sedvanerättens förhållande till sakrättsliga regler.

1 Allmänt om retentionsrätt

1.1 Karaktär och terminologi

Retentionsrätt kan förstås som ett samlingsbegrepp för rätten att hålla inne lös egendom från ägaren som säkerhet för vissa fordringar uppkomna genom arbete på egendomen. I doktrin brukar retentionsrätt beskrivas som ett till panträtten ”närstående institut av sakrättslig karaktär”, men där säkerhetsrätten uppkommer på andra sätt än genom uttryckliga avtal (konventionell panträtt).³ Kännetecknande för retentionsrätt är att borgenären med retentionsrätt (retinenten) fått besittning eller kontroll över retentionsegendom i första hand för att utföra arbete på eller att vårda den, snarare än att retentionsegendomen ska utgöra säkerhet för penninglån. Retentionsrätt förekommer i flertalet lagar, men kan också uppstå utan uttryckligt lagstöd. Ett konkret exempel: en bilreparatör har utfört arbete på en

¹ Notarie på Solna tingsrätt. Artikeln bygger på mitt examensarbete som färdigställdes under vårterminen 2021 vid Stockholms universitet och som har väsentligen omarbetats. Alla åsikter som uttrycks är mina egna. Ett särskilt tack riktas till advokaten Hans Renman för värdefulla synpunkter. Jag vill även än en gång tacka docenten Johan Sandstedt för hans handledarskap under författandet av examensarbetet.

² Se Heidbrink, Jakob, ”Speditörpanten — en rättskällerevolution på grundval på skakig argumentation”, JT 2022–23 s. 122. Se även t.ex. Arvidsson, Niklas, ”Bunden och fri utfyllning eller bara avtalstolkning?”, SvJT 2023 s. 615, Heidbrink, Jakob, ”Standardavtal och handelsbruk — same, same but different?”, SvJT 2023 s. 138, Ramberg, Christina, ”Marcus Utterström, Störningar och tidsförlängning — en entreprenadrättslig studie (ak. avh.), Lund 2022, 398 s. (Recension)”, JT 2022–2023, s. 714.

³ Undén, Östen, *Svensk sakrätt I. Lös egendom*, 10 uppl., Liberläromedel, Lund, 1976, s. 233.

kunds bil som reparatören förvarar i sin verkstad. Därefter går kunden i konkurs, utan att ha betalat reparatören. Reparatören har i detta läge retentionsrätt i bilen till säkerhet för sin fordran på reparationsarbeten på bilen. Reparatören har dock inte retentionsrätt i bilen för *andra* fordringar mot kunden än de som avser reparationen.

Retentionsrättens syfte har traditionellt ansetts bestå i att utgöra ett tryck på beställaren att betala, snarare än att egendomen ska utgöra kreditsäkerhet vid beställarens insolvens. Det sägs att retentionsrätt inte tar direkt sikte på den innehållna egendomens förmögensvärde och därför även kan stiftas i egendom utan omsättningsvärde såsom rättegångshandlingar eller prover och mönster vid kommissionsköp.⁴ En skillnad mot panträtt som tidigare fanns var att retentionsrätt inte medförde rätt att realisera retentionsegendomen, utan endast att kvarhålla den. Institutet brukade därför i äldre doktrin beskrivas som en svagare säkerhet än panträtt. Denna skillnad i rättsverkan har successivt suddats ut genom lagstiftning.⁵ Inom doktrin behandlas retentionsrätt och legal panträtt ofta som ett och samma institut. Vissa författare benämner av denna anledning de legala panträtterna som legala retentionsrätter.⁶ I denna framställning används termen retentionsrätt i vid bemärkelse, som även inbegriper legala panträtter.

1.2 Rättsverkan

Rättsverkan av en uppkommen retentionsrätt är närmast identiska med handpanträtt. Den som innehar egendom med retentionsrätt får innehålla egendomen från ägaren eller den som har förfoganderätt över den fram till att fordran på arbete och vård är fullbetald. Retentionsfordran är förenad med särskild förmånsrätt med samma prioritet som handpanträtt, 4 § p. 3 förmånsrättslagen (FRL). Liksom panträtt är retentionsrätt inte accessorisk till en *personlig* fordran.⁷ En bilreparatör med retentionsrätt i en bil kan exempelvis göra den gällande mot andra än beställaren som denne har ett avtal om reparation med. Om bilen är lånad gäller retentionsrätt även mot ägaren. Om bilen säljs av beställaren består retentionsrätten även mot den nya ägaren.⁸ Ett annat exempel är fordran på vård av upphittad egendom.

⁴ Om detta som generell karaktäristik för retentionsrätt, se t.ex. Rodhe, Knut, *Obligationsrätt*, 1 uppl., P.A. Norstedt och Söners Förlag, Stockholm, 1956, s. 397. Undén s. 168 och s. 234 f. Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl. med supplement, Norstedts Juridik, Stockholm, 2000, s. 349.

⁵ Millqvist, Göran, *Sakrättens grunder*, 9 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2021, s. 241. Se även Undén, s. 234 f.

⁶ Lennander, Gertrud, *Kredit och säkerhet*, 12 uppl., Iustus Förlag, Uppsala, 2020, s. 121. Se särskilt Rodhe, Knut, *Handbok i sakrätt*, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1985, s. 443–6, samt Millqvist, s. 241 som upprätthåller skillnaden men förespråkar ett enda begrepp. Jfr Håstad, *Sakrätt*, s. 27 och s. 350.

⁷ Undén, s. 167 f. och 235. Se även Lennander, *Kredit och säkerhet*, s. 96.

⁸ Undén, s. 243. Se även Hasselrot, Berndt, *Juridik och politik, första bandet*, Förlagsaktiebolagets i Malmö Boktryckeri, Malmö, 1920, s. 36.

Retentionsrätt gäller då mot vem som helst som gör anspråk på den med äganderätt.⁹

Vid konkurs jämställs retentionsrätt med handpanträtt i lös egendom, konkurslagen (KL) 1:5 st. 2. Vid företagsrekonstruktion jämställs retentionsrätt med handpanträtt vid tillämpning av det relativa verkställighetsförbudet under tiden som rekonstruktion pågår, 2:23 st. 2 p. 1 företagsrekonstruktionslagen (FRekL). Även vid specialexekution enligt UB jämställs retentionsrätt med handpanträtt. Särskilda regler gäller dock för realisation av retentionsegendom bestående av lösa saker som näringsidkare har utfört arbete på eller förvarat enligt lagen (1985:982) om näringsidkares rätt att sälja saker som inte har hämtats. Lagen är dock endast tvingande till förmån för konsumenter som har beställt arbetet eller förvaringen huvudsakligen för enskilt ändamål, 1 § st. 2. Precis som vid panträtt är det retentionsegendomens ägare som har rätt till eventuellt överskjutande värde från försäljning, 10 § st. 1 samma lag. Som undantag gäller dock enligt st. 3 samma paragraf att det överskjutande värdet tillfaller näringsidkaren om beloppet understiger femtio kronor eller om näringsidkaren har sålt saken i enlighet med sagda lag utan att beställaren har anmanats att hämta den och näringsidkaren inte vet var beställaren kan anträffas.

Samma principer om förbud mot förfallopant och panthavares redovisningsskyldighet bör gälla även vid realisation av retentionsrätt utanför konsumentförhållanden.¹⁰ Retentionsrätt torde också omfattas av odelbarhetsprincipen — som gäller för panträtter — som innebär att *hela* panten utgör säkerhet för fordran den ska säkra, fram till att det sista öret är betalat.¹¹ Med andra ord innebär principen att pantsättaren inte kan få tillbaka delar av panten, om den utgörs av flera lösa saker, allteftersom denne betalar av sin skuld.¹² Principen anses också ge panthavaren rätt att realisera vilken del av panten som denne vill för täckande av sin fordran.¹³ Det kan slutligen nämnas att retentionsrätt, liksom panträtt, inte kan preskriberas, preskriptionslagen 11 §.

1.3 Institutets funktion

Retentionsrätt har motiverats av i huvudsak två resonemang. Den första består i värderingen att fordringar uppkomna ur avtalstyper där prestationen har en stark koppling till viss egendomen är mer skyddsvärda än andra fordringar med svagare koppling. Rationaliteten bakom denna motivering tycks främst vila på traditionalistiska grunder där hantverkare alltid haft "hävdvunnen" rätt att innehålla gods som denne har arbetat på till säkerhet för betalning enligt den

⁹ Undén, s. 235.

¹⁰ Jfr förfallopantsförbudet i avtalslagen 37 §.

¹¹ Hasselrot, s. 96. Jfr dock Rodhe, *Säkrätt*, s. 458.

¹² Lennander, *Kredit och säkerhet*, s. 104.

¹³ Lennander, *Kredit och säkerhet*, s. 105.

numera upphävda HB 17:3 samt andra spridda bestämmelser i HB.¹⁴ Den andra motiveringen är att vissa tjänster anses vara särskilt viktiga ur samhällssynpunkt, såsom bärgning eller vård av upphittat eller kvarlämnat gods, och vars betalningssäkring därför bör prioriteras för att människor inte av ekonomiska skäl ska avhålla sig från dessa handlingar.¹⁵

1.4 Gränsen mot detentionsrätt

Retentionsrätt ska skiljas mot detentionsrätt. Skillnaden består i att detentionsrätt avser innehållande av en prestation medan retentionsrätt avser innehållande av viss egendom som har varit föremål för en redan utförd prestation. Ett exempel är ett köpeavtal där köparen är i dröjsmål med betalningen av varan som befinner sig i säljarens vård. Eftersom betalningen uteblir innehåller säljaren varan från köparen som säkerhet. Under tiden uppkommer även kostnader för säljaren för vård av den innehållna varan. Säljaren har därmed, förutom krav på betalning av varan, även en vårdfordran på köparen. I detta läge är det klart att säljaren med detentionsrätt kan innehålla varan till dess att köpeskillingsfordran är betalad, köplagen (KöpL) 51 och 10 §§. Om köparen endast betalar köpeskillingsfordran har säljaren fortfarande rätt att innehålla varan till dess att fordran på vård är betalad, KöpL 75 §. Denna senare innehållanderätt är däremot en retentionsrätt.¹⁶

2 Allmänna förutsättningar för retentionsrätters uppkomst

För att en fordran ska vara förenad med retentionsrätt krävs generellt att (1) den har uppkommit på grund av arbete eller vård i ett uppdragsförhållande avseende viss lös egendom¹⁷ där (2) egendomen besitts eller kontrolleras av uppdragstagaren och (3) uppdragstagaren varit i god tro om egendomens ägare. Det får därutöver (4) inte föreligga ett oproportionerligt förhållande mellan retentionsegendomen och fordran den säkrar. Förutsättningarna förklaras kortfattat i det följande.

2.1 Konnexitet

Konnexitetskravet tar sikte på karaktären på avtalsprestationen som grundar fordrans uppkomst och dess funktionella samband till egen-

¹⁴ Hellner, Jan, Hager, Richard, Persson, Annina H., *Speciell Avtalsrätt II. Kontraktetsrätt. Första häftet. Särskilda avtal*, Norstedts Juridik, Stockholm, 8 uppl., 2023, s. 145.

¹⁵ Hessler, Henrik, *Allmän sakrätt: om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer*, P.A. Norstedt och Söners Förlag, Stockholm, 1973, s. 371.

¹⁶ Se Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 392. Jfr däremot Ramberg, Jan, Herre, Johnny, *Köplagen: en kommentar*, Juno, version 3B, [åtkomst 2023-12-27] som betecknar den som en detentionsrätt. Se även NJA 1982 s. 404 som på ett pedagogiskt sätt klargör skillnaden.

¹⁷ Retentionsrätt till fast egendom är inte möjligt och ansågs av lagstiftaren vara svårförenligt med inskrivningsväsendet. Se SOU 1947:38 s. 234 f. Se även förarbetena till konsumenttjänstlagen prop. 1984/85:110 s. 328 och SOU 1979:36, s. 399 f., 403 f. och 508.

domen. Detta utgör kärnan i retentionsrättens institut. Kravet utgör en helhetsbedömning som dels tar sikte på att arbetet ska ha utförts på eller avseende viss bestämd egendom (snarare än t.ex. viss verksamhet eller rörelse som helhet), dels att arbetets koppling till egendomen ska vara av tillräckligt stark karaktär: t.ex. kan en marknadsförare av ett bildkonstverk anses ha arbetat enbart ”på” den specifika egendom som hon har fått i uppdrag att marknadsföra, men kopplingen kan bedömas vara av mindre stark karaktär jämfört med en förvarare eller restauratör.

För kommissionärs kopplade panträtt gäller dock ett unikt uppmjukat krav på konnexitet. Enligt kommissionslagen (KommL) 15 § st. 2 har en handelskommissionär även panträtt för sin fordran på provision eller annan ersättning hos kommittenten i varor som kommissionären köpt in eller tagit emot för försäljning med anledning av ett *annat* kommissionsuppdrag för kommittenten än det där fordran har uppkommit, om uppdraget faller inom området för en näringsverksamhet som kommittenten bedriver. Med hänsyn till hur centralt kravet på konnexitet är för retentionsrättens karaktär bör den kopplade panträtten enligt min mening därför ses som en särskild form av institutet och behandlas annorlunda i systematiskt hänseende.¹⁸ I denna framställning kommer därför huvudregeln för kravet på konnexitet benämnas som *ordinär konnexitet* som grundar *ordinär retentionsrätt* för att särskilja den från konnexiteten vid kopplad panträtt.

2.2 Besittning

Kravet på besittning eller kontroll sammanfaller med prövningen om sakrättsmoment för respektive typ av egendom.

2.3 God tro

Kravet på god tro är ett generellt krav som avser uppdragstagarens goda tro om att beställaren/huvudmannen var egendomens ägare eller hade rätt att förfoga över den för att dennes fordran på tjänsten ska kunna vara förenad med retentionsrätt i egendomen.¹⁹ Dock finns undantag enligt praxis för kostnader för vård på egendomen som har varit *nödvändiga*.²⁰

2.4 Proportionalitet

Det är oklart om kravet på proportionalitet kan beskrivas som ett allmänt krav. Klart är att *vissa typer av egendom* av särskild betydelse för gäldenären inte får innehållas med retentionsrätt: t.ex. anges det i KommL 17 § st. 1 att fullmakter och andra handlingar av synnerlig betydelse för kommittenten inte får hållas inne. Samma krav finns i

¹⁸ Av särskild betydelse är frågor om återvinning i konkurs, se särskilt avsnitt 3.5, 4.2 och 5 i denna framställning.

¹⁹ Se NJA 2008 s. 282. Detta fastslogs redan i NJA 1936 s. 650.

²⁰ Se NJA 1987 s. 312.

handelsagenturlagen (HAL) 15 § st. 1. Andra exempel som angetts i doktrin är annans ransoneringskort, skriftlig fullmakt eller en gäldenärs räkenskapsböcker från konkursförvaltare.²¹ I NJA 1981 s. 1050 fann HD att en revisor inte hade retentionsrätt till räkenskapsmaterial som hade överlämnats till denne i samband med uppdraget eftersom det skulle utgöra ett för kraftigt påtryckningsmedel. HD beaktade även att revisorns ersättningsanspråk skulle kunna tillgodoses på annat sätt, t.ex. genom förskottsbetalning. Sammantaget fann domstolen att retentionsrätt i materialet skulle vara olämpligt och att en analogi till retentionsrätt för hantverkare därmed inte kunde komma ifråga.²²

I praxis har det också uppställts ett proportionalitetskrav som istället tar sikte på den innehållna egendomens *värde* i relation till den fordran på ersättning som den ska säkra. I NJA 1979 s. 670 fann HD att retentionsrätt inte fick utövas om det råder ett markant missförhållande mellan den innehållna egendomens värde och fordran som den ska säkra. Målet rörde ett avtal om vinterförvaring av en båtmotor. Uppdragstagaren hade förutom förvaring också utfört arbete bestående av avmontering av båtmotorn. Efter tvist fastställdes det att uppdragstagaren för detta arbete hade, utöver det avtalade priset för själva förvaringen, rätt till ytterligare ersättning om 22,50 kr. När beställaren tillika båtmotorns ägare vägrade att betala denna fordran för avmontering innehöll uppdragstagaren motorn som säkerhet under två sommarsäsonger. Enligt min mening begränsas prejudikatet i rättsfallet till situationer där (1) fordringsbeloppet i sig är obetydligt, (2) fordringsbeloppets storlek är endast någon procent i förhållande till den innehållna egendomens marknadsvärde samt (3) att den innehållna egendomen har ett bruksvärde som inte kan direkt uppskattas i pengar.²³ Det rör sig således inte om ett allmänt krav på proportionalitet avseende värdet mellan retentionsfordran och retentionsegendomen.

3 Närmare om konnexitet och avtalstyper

Kravet på konnexitet tar sikte på karaktären på den avtalsprestation som grundar fordran på motparten som är förenad med retentionsrätt. Som redan nämnts är ett grundläggande krav för bedömningen om konnexitet att prestationen utförs på eller riktas mot viss egendom. Prestationen kan i regel inte riktas mot en rörelse som helhet²⁴ (konsulter, bevakningsföretag, IT-tjänster, nyttjande av fast egen-

²¹ Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 397.

²² Vid beställarens konkurs finns numera förbud enligt lag att innehålla dennes räkenskapsmaterial mot konkursförvaltaren, KL 7:12 st. 2.

²³ Jfr Strömgren, Peter, *Retentionsrätt och detentionsrätt för blygsamma fordringar*, i Vänbok till Lena Olsen, reds. Samuelsson, Joel, och Zackariasson, Laila, Iustus Förlag, Uppsala, 2019, som presenterar mer utförliga kommentarer till rättsfallet och frågan om proportionalitet.

²⁴ Jfr Likvidators retentionsrätt.

dom²⁵) eller vissa personer snarare än egendom (läkare, lärare). Bedömningen av vilka fordringar som uppfyller konnexitetskravet bör som utgångspunkt göras i avtalstyperna på kontraktsrättens område, som presenteras i det följande.

3.1 *Prestationer med stark fysisk koppling till lös sak*

Fordringar uppkomna ur motprestationer med stark fysisk koppling till egendom är som huvudregel förenade med retentionsrätt, med eller utan uttryckligt stöd i lag eller avtal. Dessa avtalstypers fysiska karaktär följer närmast av beskrivningen av egendomsypen lös sak eller lösöre som arbetet utförs på, och som uppdragstagaren kan ha i sin besittning under arbetet. Till denna kategori hör

– *Arbete på lös sak/arbetsbeting*. I konsumentförhållanden är retentionsrätten kodifierad, konsumenttjänstlagen (KtjL) 49 §. Utanför konsumentförhållanden är retentionsrätt fastslagen i praxis såväl för hantverkare som industriidkare. I NJA 1985 s. 205 fann HD att ett bolag som fick i uppdrag att bearbeta plåt som tillhörde beställaren hade retentionsrätt i plåten som hade bearbetats. Den egendom tillhörig beställaren som bolaget hade i besittning men inte hade bearbetat var dock inte förenad med retentionsrätt. HD uttalade att den ”särskilda retentionsrätt” som var tillämplig i målet var den som sedan gammalt hade tillerkänts hantverkare i egendom som lämnats in för ”reparation, bearbetning eller dylikt”.

– *Vård och förvaring, HB 12:8 och HB 11:3*. Vid konsumentförhållanden är KtjL tillämplig, KtjL 1 § st. 1 p. 3, som innebär att 49 § samma lag också kan tillämpas här som vid arbete på annans egendom. Ytterligare stöd finns spridda i ett antal lagar där vårdavtalet ofta uppstår underförstått, som ett utflöde ur den kontraktsrättsliga omsorgsplikten, i samband med en annan avtalstyp. Ett exempel är KöpL:s bestämmelser om vårdplikt. Enligt KöpL 75 § har den part som ska ta vård om varan för motpartens räkning rätt till ersättning för försvarliga utgifter och kostnader på grund av vården, med rätt att hålla inne varan till dess att ersättning betalas eller godtagbar säkerhet ställs för den.

– *Frakt och bärgning*. Vid vägfrakt inom Sverige, se lagen (1974:610) om inrikes vägtransport. Vid sjöfrakt, se sjölagen (Sjöl) 3:43 och Sjöl 13:20. Vid bärgning av skepp, se Sjöl 3:36. Vid bärgning av luftfartyg, se luftfartslagen (2010:500) 10:3.

– *Kommission eller handelsagentur avseende lösa saker*. Gemensamt för dessa två avtalstyper är att det föreligger ett köpavtal om lös egendom mellan huvudmannen och tredje man. Kommissionären har enligt KommL 15–16 §§ kopplad panträtt till säkerhet för fordran på provision eller annan ersättning hos kommittenten. Enligt KommL 17 § har kommissionären rätt att innehålla material och handlingar som tillhör kommittenten och som kommissionären tagit emot för att

²⁵ Jfr de speciella undantagen i 3.2.

fullgöra uppdraget (retentionsrätt). Vad som avses med annan ersättning än provision enligt 11–14 §§ kan t.ex. vara krav på ersättning för utgifter eller åtgärder enligt 37 §, avgångsvederlag, skadestånd och krav på att få ut köpeskillingen för det fall att kommissionären har betalat tredje man med egna medel.²⁶ Samma åtskillnad mellan pant- och retentionsrätt finns inte i HAL 15 §.²⁷ Bestämmelsen ger handelsagenten rätt att till säkerhet för fordran på provision eller annan ersättning av huvudmannen hålla inne varor, material och handlingar som tillhör huvudmannen och som agenten har tagit emot för att fullgöra uppdraget. Denna rätt gäller redan om det finns starka skäl att anta att huvudmannen inte kommer att betala.

3.2 Retentionsrätt i nyttjanderättshavares egendom

Det fanns tidigare en allmän rätt för fastighetsägare att till säkerhet för fordran på hyra eller arrende kvarhålla nyttjanderättshavarens lösöre som finns på fastigheten.²⁸ Dessa bestämmelser upphävdes i och med FRL:s ikraftträdande med ett särskilt undantag: lagen om (1970:980) retentionsrätt för fordran hos hotellgäst. Lagen ger näringsidkaren rätt att kvarhålla resgods som gästen medfört som säkerhet för fordran på ersättning för rummet, kost eller annan tjänst med anledning av vistelsen. Upplåtelsen behöver inte nödvändigtvis vara yrkesmässig utan kan även avse enstaka uthyrning.²⁹ Ett annat praktiskt betydelsefullt exempel på retentionsrätt i nyttjanderättshavares egendom är bostadsrättsförenings fordran på bostadsrättshavaren för avgifter till föreningen enligt bostadsrättslagen (BRL) 7:14 st. 1 som är förenade med legal panträtt i bostadsrätten, BRL 7:16 a. Dessa avgifter är insats vid upplåtelse av bostadsrätt, årsavgift, och om det anges i stadgarna, upplåtelseavgift, överlåtelseavgift, pantsättningsavgift och avgift för andrahandsupplåtelse. En sådan legal panträtt har företräde framför den avtalade handpanträtt som bostadsrättshavaren har upplåtit, BRL 7:16 a st. 2. Sagda panträtt förutsätter dock att föreningen underrättar bostadsrättens panthavare om bostadsrättshavaren har obetalda avgifter till föreningen till ett belopp som överstiger av vad som årsavgiften belöper på en månad och bostadsrättshavaren dröjer med betalningen mer än två veckor från förfalldagen, BRL 7:31.

3.3 Prestationer riktade mot lös egendom som inte är lös sak

För prestationer riktade mot annan lös egendom än lös sak — t.ex. fordringar, anspråk, immaterialrätter, immaterialiserade värdepapper, andelsrätter — är det inte möjligt med en fysisk koppling mellan

²⁶ Prop. 2008/09:88 s. 110.

²⁷ Bestämmelsen brukar endast betecknas som en retentionsrätt. Se Håstad, Torgny, *Köprätt: och annan kontraktsrätt*, 6 uppl., Iustus, Uppsala, 2009, s. 339.

²⁸ Undén, s. 237 f. Se även departementschefens motivering i prop. 1970:142 s. 92 f.

²⁹ Prop. 1970:142 s. 157 f.

prestationen och egendomen. Som utgångspunkt är inte retentionsrätt möjligt för dessa typer av avtal, med undantag för kommissionsförhållanden. I och med att KommL är tillämplig på lös egendom i allmänhet har en kommissionär kopplad panträtt i annan lös egendom än lös sak.³⁰ Frågan är om kravet på konnexitet kan uppfyllas även för andra typer av avtal där prestationen är tydligt riktad till specifik egendom. T.ex. kan det argumenteras för att inkasso- eller allmänt rättegångsombuds prestationer tydligt kan avse en specifik fordran som ska drivas in eller som genom tvistemålsprocessen ska fastslås och fullgöras.

Inom doktrin kan två argumentationslinjer urskiljas för att även dessa typer av fordringar ska anses kunna omfattas av retentionsrätt. Undén förespråkar en allmän utvidgning av retentionsrätten genom en "analogisk lagtillämpning" till att även omfatta "mandatarie", med motiveringen att något rimligt skäl inte kan anföras varför dessa bör vara sämre ställda i förmånsrättshänseende än en hantverkare eller depositarie.³¹ Andra författare fäster vikt vid syslomanförhållandet som utgångspunkt för retentionsrätt, och motiverar utvidgning genom analogier till KommL:s bestämmelser, som anses ge uttryck för allmänna principer om uppdragsförhållanden.³² Enligt min mening bör det inte kunna uteslutas att inkassoombuds kostnader mot huvudmannen inom ramen för indrivningsuppdraget kan förenas med retentionsrätt om dessa kan tydligt kopplas till just den aktuella fordran som ombudet driver in. I likhet med likvidatorer och konkursförvaltares kostnader syftar inkassotjänster just till att omvandla tillgångar till pengar. Indrivningskostnader kan därmed ses som en "realisationskostnad" som liknar en kommissionär och som typiskt sett är till nytta för borgenärskollektivet.

3.4 Likvidatorn och samhällsintresset

I frågan om utvidgning av retentionsrätt till likvidationsuppdrag har HD introducerat en modell av rättsekonomisk karaktär. I Likvidators retentionsrätt fann HD att en likvidators fordran på utfört arbete inom ramen för likvidationsuppdraget var förenad med retentionsrätt i likvidationsbolagets bankmedel som likvidatorn innehade på ett klientmedelskonto. HD prövade inledningsvis om en likvidator hade retentionsrätt enligt allmänna principer, som tar sikte på "nödiga och

³⁰ Se även t.ex. NJA 2020 s. 384 om köp av bostadsrätt där KommL befanns tillämplig.

³¹ Undén, s. 238 f. Se även Hessler, s. 371 som ställer sig tveksam till att olikbehandling av uppdragstagare i förmånsrättshänseende kan motiveras med att tjänster som inte har samma fysiska samband med viss egendom som t.ex. en hantverkare inte skulle vara lika "stötande" eller "orättvist".

³² Bengtsson, s. 171. Se även författningskommentarerna till 1 § KommL i prop. 2008/09:88 s. 89, som anger att lagen ger uttryck för vad som anses vara allmänna rättsgrundsatser i uppdragsförhållanden, och att det därför finns utrymme att tillämpa lagen analogt på den som har åtagit sig att för annans räkning företa rättshandlingar av annat slag än sådana som omfattas av tillämpningsområdet.

nyttiga” kostnader för vård eller bearbetning av viss lös egendom, vanligen lös sak.³³ Denna fråga besvarades nekande eftersom konnexiteten inte var tillräckligt stark. Domstolen gick sedan vidare och uttalade att en likvidator ibland saknar möjlighet att betinga sig förskott — som lagstiftaren förutsatte i sin motivering av valet att inte skapa en allmän förmånsrätt för likvidatorer enligt FRL — samt att sådant förskott även kunde vara föremål för återvinning i konkurs. Med beaktande av det starka intresset av att avveckling av juridiska personer kan ske på ett ordnat sätt fann HD att det fanns en uppenbar fara att lämpliga personer helt avstår från att åta sig likvidationsuppdrag om det inte går att säkra ersättningskravet.³⁴

HD övergick sedan till att pröva om tillräcklig likhet fanns mellan en kommissionär och en likvidator. HD beaktade att en likvidators uppdrag går ut på att ta hand om den juridiska personens samlade verksamhet och egendom i syfte att så snart som möjligt genomföra en avveckling och skifta ut ett eventuellt överskott till rättsinnehavarna. Likvidatorn befanns därmed vara jämförbar med en mellanman när denne vidtar åtgärder och rättshandlar för att fullgöra sitt uppdrag. Likvidatorn befanns därför ha retentionsrätt i medlen på klientmedelskontot som säkerhet för de fordringar som grundade sig på likvidationsuppdraget. Däremot fann HD att andra fordringsanspråk på samma gäldenär inte kunde förenas med retentionsrätt eftersom en sådan rätt skulle likna en allmän förmånsrätt vars tillkomst borde ske genom lagstiftning.

3.5 *Konnexitet vid blandade avtal — särskilt om Speditörpanten*

För blandade avtal som innehåller både ordinär retentionsrätt — t.ex. frakt och förvaring — och mer mellanmansliknande delar som administrering, tjänstekommission och skatt- och tullhantering uppstår frågan om uppdragstagaren har retentionsrätt endast för fordringar uppkomna avseende arbete på egendomen som uppdragstagaren innehar (ordinär konnexitet), eller om även fordringar avseende tidigare uppdrag kan förenas med retentionsrätt (kopplad panträtt). Som beskrivet tidigare utgör kommissionärens kopplade panträtt en unikt uppdragstagarvänlig säkerhetsrätt där även fordringar uppkomna ur tidigare uppdrag kan förenas med retentionsrätt i retentionsegendom. Att ställa säkerhet för gammal skuld utgör typiskt sett ett otillbörligt gynnande av en borgenär framför andra och kan därför träffas av återvinning vid gäldenärens konkurs.

Enligt KL 4:12 går säkerhet åter som gäldenären har överlämnat senare än tre månader före fristdagen och som inte var betingad vid skuldens tillkomst eller inte har överlämnats utan dröjsmål efter skuldens tillkomst, om inte säkerställandet med hänsyn till omständigheterna ändå kan anses som ordinärt. En uppdragstagare kan således

³³ HD:s domskäl p. 31.

³⁴ HD:s domskäl p. 35–6.

inte i efterhand begära pantsäkerhet av sin uppdragsgivare för att säkra sina fordringar från tidigare uppdrag utan att träffas av risken för återvinning av panträtten. En kommissionärs kopplade panträtt för fordringar avseende tidigare uppdrag kan dock i regel inte återvinnas med stöd av KL 4:12 eftersom den har stöd i lag och därför inte kan vara otillbörlig.³⁵ Från ett systematiskt perspektiv rör det sig om en tröskeleffekt och särbehandling av kommissionärer som enligt min mening är svårmotiverad: hantverkare och fraktare har ordinär retentionsrätt, kommissionärer har säkerhetsrätt för alla sina fordringar från kommissionsuppdrag medan konsulter och rättegångsombud står som oprioriterade borgenärer. Det sagda innebär också att risk finns för kringgående genom att parterna frestas att benämna avtal som kommissionsavtal utan att avtalet har verkliga inslag av kommission.

I Speditörpanten fastslogs att en speditör har kopplad panträtt för *samtliga* fordringar uppkomna på grund av arbete i speditionsuppdrag. I fallet hade ett logistikbolag (Logistikbolaget) ett avtal där företaget åtog sig att för sin huvudman hantera distribution av varor från leverantör till kund. Avtalet innefattade både fysiska delar såsom emballering, transport, lagerhållning, leverans till kund och returhantering och mer administrativa inslag såsom tullfrågor och orderhantering. Efter att Logistikbolagets huvudman gick i konkurs fanns varor tillhörig konkursboet som lagerhölls hos Logistikbolaget. Logistikbolaget gjorde gällande säkerhetsrätt i varulagret dels för fordringar avseende tjänster rörande de varor som fanns i lagret vid konkursutbrottet, dels för fordringar avseende främst utlägg för frakt av varor vid tidigare uppdrag. Ingen uttrycklig reglering om säkerhetsrätt fanns i logistikavtalet.

HD konstaterade inledningsvis att standardavtalet Nordiskt Speditörsförbunds Allmänna Bestämmelser (NSAB) innehåller en klausul om kopplad panträtt för speditören. HD uttalade att NSAB gav uttryck för handelsbruk inom speditions- och logistikbranschen, och att speditören därmed hade en kopplad panträtt. HD gick därefter vidare och uttalade att stöd för att speditörens kopplade panträtt också kunde hämtas från KommL. HD beaktade dels att speditionsuppdraget i vissa fall kunde utgöra tjänstekommission, dels att de skäl som i lagstiftningen har anförts till stöd för kommissionärers kopplade panträtt också i motsvarande mån gjorde sig gällande för speditörer.³⁶ HD fann således att även fordringar från *tidigare* uppdrag avseende tjänster såsom ”plock och pack” och returhantering — tjänster som bedömt var för sig inte skulle uppfylla det ordinära konnexitetskravet — kunde förenas med retentionsrätt i egendom från *nuvarande* uppdrag.

³⁵ Lennander, Gertrud, *Återvinning i konkurs*, 4 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2013, s. 290. Jfr dock Håstad, *Sakrätt*, s. 349.

³⁶ HD:s domskäl p. 33.

4 Rättsgrunder för retentionsrätt

Allmänt kännetecknande för retentionsrätter är att dessa uppkommer på annat sätt än genom uttrycklig pantförskrivning. I doktrin brukar retentionsrätterna framställas som typiskt sett grundade på lag och därför utgörande legala säkerhetsrätter, även om retentionsrätt tillkommen genom avtal också är möjligt.³⁷ Enligt min mening bör dock förståelsen av retentionsrätt som i huvudregel legal ifrågasättas. Med hänsyn till den betydelse som rättsgrunden har för frågan om återvinning finns behov av att nyansera den hårda kategoriseringen i antingen avtalad eller legal. Ett annat skäl för behovet av nyansering är att begreppsbyggnaden om vad som utgör ett avtal samt hur dispositiva lagregler, sedvänja och handelsbruk förhåller sig till avtalstolkning är omdiskuterad och allt annat än teoretiskt ”avgjord” och terminologiskt ”klar”.

4.1 Ordinär retentionsrätt som ”tyst” avtalad panträtt

Som framgår i tidigare avsnitt i denna framställning förekommer retentionsrätt med uttryckligt lagstöd i flertalet centrala lagar på kontraktsrättens område, däribland KtjL och KöpL. Dessa lagar är dock dispositiva och retentionsrätt kan därför sägas bli del av avtalet genom utfyllande avtalstolkning.³⁸ Liknande förklaringsmodell kan utläsas av rättspraxis där retentionsrätt har tillerkänts kontraktstyper utan direkt lagreglering. Ett illustrativt exempel är NJA 1985 s. 205 där domstolen fann att en industriidkares fordran på bearbetning av metallplåt var förenad med retentionsrätt. Först konstaterade HD att den retentionsrätt som aktualiserades i målet var den som ”sedan gammalt tillerkänts hantverkare” enligt den upphävda HB 17:3 som ersattes med FRL. Domstolen beaktade sedan att lagstiftaren i förarbetena till FRL uttalade att någon saklig ändring inte åsyftades avseende retentionsrätten; denna var så pass självklar att någon särskild regel inte var behövlig.

Enligt min mening kan följande slutsatser dras ur HD:s uttalanden. En upphävd lagbestämmelses innehåll kan inte fortsätta gälla om den enbart vilar på positiv lag. Retentionsrätt för arbetsbeting måste därför grundas på avtal vars innehåll fylls ut med ledning i sedvänja. Ordinär retentionsrätt ska därför som huvudregel inte förstås som en legal säkerhetsrätt utan en ”tyst” avtalad panträtt vars samma rättsverkan parterna kan uppnå genom att uttryckligen och särskilt avtala om handpanträtt. Det kan för övrigt noteras att det inte finns någon

³⁷ Se t.ex. Lennander, *Kredit och säkerhet*, s. 121 som hänvisar till Undén, s. 223. Se även Rodhe, *Sakrätt*, s. 145, Hessler, s. 350. Jfr Walin, Gösta, Millqvist, Göran, Persson, Annina H, *Panträtt*, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012, s. 16. Jfr även Håstad, *Sakrätt*, s. 350.

³⁸ Denna framställning använder begreppen avtal och avtalstolkning i den vidare bemärkelsen. För sammanfattning av de två olika synsätten, se Arvidsson, ”Bunden och fri utfyllning eller bara avtalstolkning?”. Se även Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllning*, Iustus, Uppsala, 2008, passim.

mera precis definition av begreppet legal säkerhetsrätt.³⁹ En veder- tagen allmän definition är den att legala säkerhetsrätter tillkommer genom stöd i lag medan konventionella säkerhetsrätter grundas på avtal.⁴⁰ Enligt min mening behövs en mer nyanserad definition av legala retentionsrätter som tar hänsyn till det sak- och insolvens- rättsliga systemet. Motivet att legala säkerhetsrätter finns är i allmän- het att lagstiftaren har ansett att vissa speciella fordringar är särskilt skyddsvärda.⁴¹ De legala säkerhetsrätterna tillgodoser behov för de speciellt skyddsvärda situationerna antingen genom att kodifiera retentionsrätt så att den är otvetydig eller att genom lag sätta borge- nären i en bättre position än borgenärerna med avtalad panträtt. En typisk legal panträtt är t.ex. BRL 7:16 a som sätter säkerhetshavaren i en bättre position än borgenärer med handpanträtt. Även kommis- sionärens kopplade panträtt bör därför ses som en säkerhetsrätt av legal karaktär.

En annan sak är när ordinär retentionsrätt uppstår, trots att arbetet inte i tillräcklig grad kan bedömas vara riktat till den specifika reten- tionsegendomen — och det ordinära konnexitetskravet således inte är uppfyllt. I dessa fall krävs enligt min mening starka samhälls- ekonomiska skäl samt analogi till KommL för att retentionsrätt ska kunna uppstå (se Likvidators retentionsrätt). Prejudikatet i Likvida- tors retentionsrätt begränsas således, enligt min mening, till situa- tioner där konnexitetskravet inte är uppfyllt p.g.a. att prestationen inte bedöms vara tillräckligt riktad mot specifik egendom, snarare än att prestationen visserligen är tillräckligt riktad, men mot *annan egen- dom* inom ramen för samma uppdragsförhållande mot samma borge- när (kopplad panträtt), som i Speditörpanten.

4.2 Kopplad panträtt genom analogi till KommL

En annan slutsats som kan dras ur min definition av legal säkerhets- rätt är att dessa begränsas till de situationer som lagbestämmelsen är tillämplig på, även om lagen är dispositiv. En grundläggande princip inom sakrätten är att parterna inte kan skapa nya förmånsrätter utöver de existerande (principen om numerus clausus).⁴² Endast lag- stiftaren kan skapa nya egendomstyper och säkerhetsrätter. Av principen följer att det inte heller är möjligt att justera en förmånsrätt till fördel för parterna på så sätt att andra förmånsrättshavare skadas. De legala panträtterna — som ofta ger bättre förmånsrätt till vissa av lagstiftaren anvisade borgenärer än konventionell panträtt — är där-

³⁹ En stark indikation på detta är t.ex. Walin, Gösta, *Materiell konkursrätt*, 2 uppl., Norstedts förlag, Stockholm, 1987, s. 205 f., som uttalar att det har gått ”troll i ord” avseende begreppet legal säkerhetsrätt och frågan om kopplad panträtt ska anses avtalad eller legal.

⁴⁰ Se Walin, *Panträtt*, s. 18, som skillnaden mellan legala och konventionella panträtter.

⁴¹ Hessler, s. 350.

⁴² Se Håstad, *Sakrätt*, som kallar detta för ett ”typtvång”, s. 130.

för kopplade till just de rättsförhållanden som lagbestämmelserna är tillämpliga på. Bestämmelserna om legal panträtt är därför inte dispositiva i den meningen att parterna fritt kan ta in dem i vilka avtalsförhållanden de vill utan att typiskt sett träffas av konkursåtervinning.

Eftersom den kopplade panträtten är en sådan legal panträtt som ger kommissionären en unikt fördelaktig säkerhetsrätt — särskilt ur återvinningshänseende — måste avtalet till sin objektiva karaktär utgöra ett kommissionsavtal eller åtminstone vara så pass likt ett kommissionsförhållande att KommL kan tillämpas analogt.⁴³ Den enda alternativa förklaringen, annat än analogi, är att en säkerhetsrätt av legal karaktär också kan grundas på sedvanerätt.⁴⁴ Om en legal säkerhetsrätt verkligen kan grundas i sedvana i form av sedvanerätt som självständig grund kan inte entydigt utläsas ur HD:s domskäl. Av senare års rättspraxis har HD dock gjort uttalanden som kan tolkas som att frågan ska besvaras nekande. I NJA 2020 s. 3 (Girjasdomen) p. 128 uttalar HD att "[u]tan lagstöd torde förekomsten av en sedvana numera inte kunna åberopas som självständig grund för förvärv av nya rättigheter".⁴⁵ Enligt min mening bör det inte vara möjligt att grunda en säkerhetsrätt av legal karaktär enbart på sedvänja i form av sedvanerätt eftersom det skulle gå stick i stäv med grundläggande sak- och insolvensrättsliga principer. HD:s metodgrepp ska därför förstås som att handelsbruket och sedvänjan används för att motivera en analog tillämpning av en sakrättslig lagbestämmelse som är exklusivt förbehållen en viss avtalstyp.⁴⁶

5 Återvinning av retentionsrätt

En vedertagen uppfattning inom doktrin är att retentionsrätter i princip inte kan återvinnas.⁴⁷ Detta brukar förklaras av att retentionsrätt utgör en legal säkerhetsrätt som genom lagstödet inte kan utgöra något otillbörligt.⁴⁸ Rättsläget är dock oklart om återvinning av stiftad retentionsrätt är helt uteslutet. Avseende ordinära retentionsrätter är utrymmet för återvinning enligt KL 4:12 mycket begränsat. Det bör i princip inte kunna vara tal om dröjsmål mellan skuldens tillkomst och säkerställandet eftersom sakrättsmomentet sker i samband med eller

⁴³ Se Håstad, *Sakrätt*, s. 351 f.

⁴⁴ Jfr det norska rättsfallet Rt-2013-129, där Høyesterett fann att standardavtalet NSAB 2000 inte kunde återvinnas med stöd av dekningsloven § 5–7 (norska motsvarigheten till KL 4:12) eftersom den utgör sedvanerätt.

⁴⁵ Se Heidbrink, Jakob, "Sedvanans betydelse i modern förmögenhetsrätt", SvJT 2020 s. 770, som uppmärksammar detta uttalande och utforskar dess metodologiska implikationer.

⁴⁶ Jfr dock Heidbrink, "Speditörpanten — en rättskällerevolution på grundval på skakig argumentation", s. 128.

⁴⁷ Se SOU 1970:75 s. 153 där utredningen uttalar om förslaget till återvinning av säkerställande (dåvarande 34 §, numera KL 4:12) "torde överhuvud knappast bli aktuell" avseende retentionsrätt eller legala panträtter. Med begreppet retentionsrätt inbegreps även kopplad panträtt enligt utredningens terminologi, a.a. s. 232. Se även Lennander, *Återvinning*, s. 290. Jfr Håstad, *Sakrätt*, s. 349.

⁴⁸ Lennander, *Återvinning*, s. 290.

före skuldens tillkomst i och med att uppdragstagaren börjar arbeta på egendomen.⁴⁹ Ordinära retentionsrätter kan också anses avtalade vid skuldens tillkomst eftersom de som huvudregel, som presenterats i denna framställning, bör ses som avtalade säkerhetsrätter.

Avseende kopplad panträtt har det i doktrin argumenterats för att den i undantagsfall bör kunna återvinnas enligt KL 4:12 eller i vart fall KL 4:5.⁵⁰ Som exempel nämner Håstad situationer där kommittenten strax före sin konkurs överlämnar ett stort lager till kommissionären, vari denne får panträtt som ett säkerställande som kan återvinnas enligt KL 4:12.⁵¹ Att ställda säkerheter utgör legala säkerhetsrätter utgör enligt Håstad inget absolut hinder mot att tillämpa KL 4:12.⁵² Även Walin samt Palmér & Savin anser att kopplad panträtt kan återvinnas enligt KL 4:12. De grundar däremot sin argumentation på att kopplad panträtt utgör en avtalad panträtt snarare än en legal säkerhetsrätt eftersom det finns ett kommissionsavtal.⁵³ Kopplad panträtt enligt kommissionslagen kan därmed enligt dessa författare återvinnas precis som avtalade säkerheter enligt KL 4:12.

Enligt min mening bör kopplad panträtt i undantagsfall kunna återvinnas enligt KL 4:12. I uttalandet i SOU 1970:75 s. 153 — som utgör det starkaste stödet för att retentionsrätter aldrig kan återvinnas — presenteras varken någon klar definition om vad som utgör en legal panträtt eller varför retentionsrätter och legala panträtter inte kan återvinnas. Min tolkning av uttalandet är att retentionsrätter och legala panträtter ska undantas eftersom de utgör exempel på säkerställanden som inte är otillbörliga. Det är alltså inte kategoriseringen av säkerhetsrätten som avtalad eller legal som är avgörande. Att det är själva ordinäriteten som är avgörande är även i linje med senare års lagändringar av bestämmelsen där det infördes ett generellt undantag för ordinära säkerställanden.⁵⁴ Det är alltså, menar jag, inte uteslutet att säkerställanden som bedöms som icke-ordinära kan träffas av KL 4:12, oavsett om de har stöd i dispositiv lag eller inte. Legaliteten utgör endast en utgångspunkt för bedömningen om ordinäritet. Som diskuterat tidigare i denna framställning kan legal säkerhetsrätt inrymma både tvingande och dispositiva bestämmelser. Till skillnad från de tvingande legala säkerhetsrätterna som begränsas till speciella förhållanden finns för de dispositiva legala säkerhetsrätterna, t.ex. kopplad panträtt, betydande utrymme för att handla otillbörligt och

⁴⁹ Lennander, Återvinning, s. 290.

⁵⁰ Se Håstad, *Sakrätt*, s. 349. Se även Palmér, Eugène, Savin, Peter, *Konkurslagen — en kommentar*, Norstedts Juridik, Juno version 52, publicerad digitalt 2023-07-28 [åtkomst 2023-12-27].

⁵¹ Håstad, *Sakrätt*, s. 349.

⁵² Se Håstad, *Köprätt*, s. 318, som ser kopplad panträtt som en legal panträtt

⁵³ Se Palmér & Savin, *Konkurslagen — en kommentar*. Se även Walin, *Materiell konkursrätt*, s. 197 f. och s. 205 f.

⁵⁴ Se allmän motivering till införandet av undantaget från återvinning enligt KL 4:12 för ordinära säkerställandet, om att återvinning bör ta sikte på det som avviker från det normala, prop. 2001/02:57 s. 7.

till skada för borgenärskollektivet. Dessa bör därför också kunna återvinnas enligt KL 4:12 såväl som KL 4:5.

6 Avslutande reflektioner

Den kritik som har riktats mot Speditörpanten har tagit sikte främst mot HD:s metod för att bestämma innehållet i sedvänja och handelsbruk. T.ex. beskriver Heidbrink HD:s metodgrepp där branschorganisationers standardavtal jämföras med handelsbruk som en typ av korporativism, och en förvrängning av ”det i praktiskt handlande förankrade handelsbruket” som ”näst parternas avtal [är] den mest demokratiska rättskällan som finns”.⁵⁵ Heidbrink tycks dock inte ha några principiella invändningar mot att sedvänjan erkänns som egen rättskälla i form av sedvanerätt. Heidbrink anser vidare att HD använder KommL som stöd, dels för att visa att ”ett privat framförhandlat standardavtal utgör handelsbruk”, dels för att visa att handelsbruket i och med överensstämmelse med statlig dispositiv rätt gör en ”skälighetskontroll överflödig”.⁵⁶

Kritiken har dock hittills missat att ta fasta på prejudikatets sakrättsliga kärna, något som jag avslutningsvis vill lyfta ur ett metodperspektiv: nämligen frågan om säkerhetsrätter av legal karaktär kan grundas enbart på sedvanerätt. Om frågan besvaras jakade kan det också diskuteras ifall det är lämpligt för sakrättsliga regler. Sakrätten som rättsområde kännetecknas just av parternas konflikter med tredje man. Det utgör en grundläggande princip att parterna inte själva kan avtala om vilka sakrättsliga regler som ska gälla. Principerna om avtalsfrihet, partsautonomi och ”the reasonable expectations of honest men” som ofta uppstår argument för sedvanerätt kan därför inte i lika stor utsträckning göras gällande för sakrättsliga regler. Enligt min mening är det endast de obligationsrättsliga delarna — om säkerhetsavtal ska ingås eller inte — som kan grundas på sedvänja och handelsbruk i form av sedvanerätt. Handelsbruket kan vidare ha betydelse för bedömningar om otillbörlighet vid konkursåtervinning, t.ex. om en betalning eller ett säkerställande är av ordinär karaktär. Men de i verklig mening sakrättsliga reglerna — om *nya* förmånsrätters skapande — är indispositiva, och bör därför inte heller kunna ändras genom en branschs kollektiva handlande i form av sedvänja eller handelsbruk. Till skillnad mot obligationsrättsliga regler kan det argumenteras för att sakrättsliga regler inte begränsas till någon specifik bransch eller näring, utan *kreditväsendet* — som i en finansialiserad marknadsekonomi genomsyrar i stort sett all näringsverksamhet.

Lite tillspetsat kan man säga att det inom sakrätten inte riktigt är möjligt med ”demokrati” i den mening som Heidbrink använder begreppet. Med hänsyn till kreditmarknadernas särskilda behov av

⁵⁵ Heidbrink, ”Standardavtal och handelsbruk — same, same, but different?”.

⁵⁶ Heidbrink, ”Speditörpanten — en rättskällerevolution på grundval av skakig argumentation”, s. 127 f.

förutsebarhet där även små oförutsedda förluster kan få stora konsekvenser för långivarnas kalkyler finns enligt min mening skäl att ifrågasätta om det är tillräckligt rättssäkert och förutsebart att ”skapa” säkerhetsrätter av legal karaktär enbart grundat på sedvanerätt. Det är för övrigt en allmänt accepterad hållning att stor restriktivitet bör beaktas även vid analog tillämpning av sakrättsliga bestämmelser samt att nya förmånsrätter bör ske genom lagstiftning.⁵⁷ Min tolkning av betydelsen av KommL för HD:s metodgrepp i Speditörpanten är, som framgått tidigare i denna framställning, att kopplad panträtt inte bör vara möjligt att grunda enbart på sedvanerätt. Istället borde en analogi till KommL vara nödvändig där omständigheterna behöver vara tillräckligt likt ett sådant avtalsförhållande — kommission — som finns utpekad i lag. HD:s metodgrepp bör därför, hävdar jag, i sakrättsligt hänseende — trots innovationer avseende fastställandet av sedvänja och handelsbruks innehåll — förstås som ”gammal hederlig” laganalogi. Frågan om prejudikatet trots detta kan beskrivas som en rättskällerevolution lämnar jag dock öppen.

⁵⁷ Bengtsson, Bertil, *Särskilda avtalstyper I*, 2 uppl., Norstedt och söners förlag, Stockholm, 1976, s. 19. Se även domskäl p. 40 i Likvidators retentionsrätt och minoritetens skiljaktiga mening i Speditörpanten p. 13–14.