

University of Gothenburg

School of Business, Economics and Law / Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet

Business and Innovation Law I, 30 hec / Affärsjuridik och Innovationsrätt I, 30 HP

Department of Law / Juridiska Institutionen

Trepartsperspektivets potentiella utökning

EN INTELLEKTUELL ÖVNING – JURIDISK
HJÄRNGYMNASTIK

ARTA EKMAN



UNIVERSITY OF GOTHENBURG
SCHOOL OF BUSINESS, ECONOMICS AND LAW

Innehållsförteckning

1	INLEDNING: UPPKOMSTEN AV SAKRÄTTSLIGT SKYDD I OLIKA RÄTTSORDNINGAR	2
1.1	BAKGRUND – TRADITIONSPRINCIPEN OCH AVTALSPRINCIPEN	2
1.2	TREPARTSMODELLEN	2
1.3	FJÄRDE MAN – ETT JURIDISK OVANLIGT BEGREPP	3
1.4	EN NÖDVÄNDIG DISTINKTION.....	4
1.5	METOD	4
2	KONKURRENTEN SOM "DEN FJÄRDE PERSONEN": KAMPEN OM TILLGÅNGARNA	5
2.1	GRUNDLÄGGANDE FÖRUTSÄTTNINGAR.....	5
2.2	TRADITIONSPRINCIPEN – ETT UDDA PROBLEM.....	5
2.2.1	<i>Prioritetens placering i förmögenhetsmassan</i>	<i>5</i>
2.2.2	<i>Dubbelbetalning och värdeförlust för köparen.....</i>	<i>6</i>
2.2.3	<i>Varför prisjustering inte återställer ekvivalens</i>	<i>7</i>
2.3	AVTALSPRINCIPEN.....	7
2.3.1	<i>Avtalsprincipen leder till win-win för samtliga parter</i>	<i>8</i>
2.4	SAMMANFATTANDE ANALYS: NÄR KONTROLL ERSÄTTER RISK	8
3	DISPOSITIVITET SOM KORREKTIV – ETT MARKNADSBASERAT SVAR.....	9
3.1	UTGÅNGSPUNKT: VARFÖR TVINGANDE REGLER INTE RÄCKER	9
3.2	AVTALSPRINCIPEN SOM VALBAR MEKANISM	10
3.3	INCITAMENT OCH INFORMATIONASASYMMETRI	10
3.4	KOSTNADERNA FÖR DISPOSITIVITET: FÖRUTSEBARHET OCH Borgenärsskydd	10
3.5	SAMMANFATTANDE REFLEKTION: NÄR MARKNADEN FÅR REGLERA MARKNADEN	11
4	PRIORITET, KONTROLL OCH EKVIVALENSENS GRÄNS.....	11
4.1	VAD HAR VI LÄRT OSS? JA, Egentligen ingenting av substantiell vikt	11
4.2	HUR KAN DETTA POTENTIELLT UTVECKLAS VIDARE?	13
4.3	AVSLUTANDE ORD.....	14
	KÄLLFÖRTECKNING.....	16
	<i>Litteratur.....</i>	<i>16</i>

1 Inledning: Uppkomsten av sakrättsligt skydd i olika rättsordningar

1.1 Bakgrund – Traditionsprincipen och avtalsprincipen

Inom svensk rätt används traditionsprincipen, det innebär att det finns ett krav på att varor ska överlämnas vid överlåtelse för att köparen ska få sakrättsligt skydd mot säljarens borgenärer. Parterna kan inte avtala om att sakrättsligt skydd ska uppstå på något annat sätt.¹ Globalt är traditionsprincipen också den vanligaste förekommande normen.² Alternativet till traditionsprincipen är avtalsprincipen. I de rättsordningar som tillämpar denna princip uppstår sakrättsligt skydd (vanligast är att man talar om en äganderättsövergång i de respektive nationella rättsordningarna) vid avtalsslutet, d.v.s. när parterna kommer överens om en överlåtelse. I de rättsordningar som tillämpar traditionsprincipen kombineras den oftast med avtalsprincipen till något som kan kallas för en dispositiv traditionsprincip. Alltså tradition som "default", om inte annat har avtalats mellan parterna. Denna princip har varit kritiserad av många svenska jurister, då Sverige är en av två länder som inte erbjuder möjligheten att avtala bort traditionskravet, bland annat har man påstått att principen är "verklighetsfrämmande".³ Kritiken vilar i stor utsträckning på antagandet att en dispositiv traditionsprincip regelmässigt skulle avtalas bort. Detta antagande har ofta framförts utan närmare analys av hur aktörer faktiskt anpassar sig till risk och finansieringsvillkor.⁴

Mot bakgrund av detta har den svenska rättsutvecklingen, präglad av delar av doktrinen starka åsikter, landat i att – tillsammans med Norge – vara de enda rättsordningarna som tillämpar traditionsprincipen, man har i stort sett förbisett alternativ till den tvingande traditionsprincipen på grund av dessa förutfattade meningar.⁵

1.2 Trepartsmodellen

Några kritiker till traditionsprincipen i Sverige har lagt fram argumentet att svensk export drabbas av traditionsprincipen, d.v.s. att många länder med avtalsprincipen undviker handel med svenska exportörer på grund av risken som traditionsprincipen medför, detta gäller

¹ Förutom de lagstadgade undantagen, ex. Lösöresköplagens krav på registrering och i konsumentsituationer.

² Jens Andreasson m.fl., Efficient priority rules under default – the case of traditio versus contract principle, E.J.L.E. 51(1) (2021) s. 108–110.

³ SOU 1995:11 s. 152 och SOU 2015:18 s. 73–74. Norge är det andra landet som inte erbjuder att avtala bort principen.

⁴ Claes Martinson, Den dispositiva traditionsprincipen, SvJT 2025, s. 495–550

⁵ Martinson, Den dispositiva traditionsprincipen, s. 498

särskilt för specialtillverkade varor som ofta betalas i förskott.⁶ Den senaste forskningen på området har kommit fram till att om man inkluderar kreditgivaren till säljaren (tredje man) i ekvationen landar man i slutsatsen att traditionsprincipen och avtalsprincipen är ekonomisk ekvivalenta på grund av att kreditgivaren kan justera räntan och därmed påverka priset, därmed får du antingen billigare vara (traditionsprincipen) eller en ekvivalent riskminskning (avtalsprincipen).⁷ Denna trepartsmodell är ett relativt nytt bidrag till diskursen och har väckt mitt intresse och inspirerat mig till att vilja utforska möjligheterna som denna modell har låst upp.

1.3 Fjärde man – ett juridisk ovanligt begrepp

Trepartsmodellen fungerar väl som förklaringsmodell för hur risk allokeras mellan köpare, säljare och kreditgivare. Frågan som slår mig är hur man kan applicera modellens underliggande metod för att undersöka hur marknaden kan läsas av när ytterligare aktörer, med egna och delvis motstridiga intressen, tillkommer. Min tes är att införandet av en fjärde aktör påverkar den ekvivalens som trepartsmodellen uppvisar och kan tillföra verktyg för att mynna ut undantagsfall där avsteg från befintliga normer kan vara relevanta för att bibehålla ekvivalensen i systemet, givet att denna ekvivalens i sig är ett mål som rätten avser att uppnå. Mitt mål med framställningen är att engagera mig i – låt oss kalla det för – juridisk hjärngymnastik, en intellektuell övning i att vrida och vända på koncept för att skapa en förståelse för ämnet och möjligtvis bidra med stoff som kan belysa intressanta frågor som kan utredas vidare. Jag gör inga anspråk på att jag kommer fram till en slutsats eller att jag tillför något substantiellt till diskursen.

Jag har valt att särskilt titta på de situationer där det uppstår ett obestånd, närmare bestämt en konkurs där säljarens konkursbo har hittat en köpare som vill driva vidare verksamheten, där denna säljare dessutom har något motstridigt intresse i relation till säljaren eller köparen. Varför jag valt att avgränsa analysen till just denna situation är främst på grund av att jag anser att det är en tillräckligt smal avgränsning för att kunna utreda frågan till en tillfredställande nivå med tanke på den tidsbegränsning som jag arbetar under. Jag tror dock att detta är applicerbart på fler situationer och att det är värt att applicera tankeprocessen på en bredare urval av situationer för att verkligen kunna påvisa att det inte rör sig om ett för nischat undantag – som visar sig vara försumbart i det stora hela.

⁶ Lindskoug, Avtalsprincip eller traditionsprincip, TfR 2015 s. 205–213, 217; jfr Martinson, Den dispositiva traditionsprincipen – en funktionalistisk förklaringsmodell (2025).

⁷ Claes Martinson, Den dispositiva s. 503, med hänvisning till Andreasson m.fl., Efficient priority rules under default.

Framställningen i sig bygger på ett antal förenklade antaganden, främst parter agerande. Dessa är medvetna och syftar till att möjliggöra analys snarare än att ge en fullständig ekonomisk modell. Resonemangen är därför kvalitativa till sin natur och gör inte anspråk på att fånga samtliga makroekonomiska effekter.

1.4 En nödvändig distinktion

I anslutning till trepartsmodellen kan det framstå som naturligt att uppmärksamma kreditgivarens möjligheter att påverka riskfördelningen genom avtalsvillkor, såsom covenants. Det är dock viktigt att precisera under vilka förutsättningar sådant inflytande faktiskt föreligger.

Kreditgivarens möjlighet att styra säljarens val mellan olika prioritetslösningar förutsätter nämligen att prioriteten är dispositiv eller i vart fall valbar i praktiken. Endast i sådana system kan kreditgivaren, exempelvis genom räntesättning eller tillgång till finansiering, skapa incitament för säljaren att föredra den ena eller den andra principen.⁸

Denna typ av inflytande är däremot inte relevant i rättsordningar där prioriteten är tvingande. I sådana system saknar kreditgivaren möjlighet att påverka om och när köparen erhåller företräde i förhållande till säljarens borgenärer. Kreditgivaren är då hänvisad till att acceptera den riskfördelning som följer av gällande rätt.⁹

Den analys som följer tar sin utgångspunkt i en jämförelse mellan två tvingande prioritetssystem – traditionsprincipen och avtalsprincipen – och avser inte att utreda effekterna av dispositiva lösningar. Dispositivitet berörs däremot i den mån den kan illustrera hur vissa av de problem som behandlas i framställningen potentiellt kan hanteras genom att ge parterna en möjlighet att återskapa ekvivalensen genom avtal. Det är därför min ambition att visa på en fördel i att ha en dispositiv traditionsprincip kontra en tvingande lagstiftning.

1.5 Metod

Framställningen bygger på ett modellbaserat resonemang. En nyligen introducerad trepartsmodell – köpare, säljare och kreditgivare – används som analytisk utgångspunkt. Modellen prövas genom att utreda implikationerna av situation där en fjärde aktör med egna och delvis motstridiga intressen tillkommer. Särskilt uppmärksammas hur denna aktör kan påverka riskallokering, prissättning och incitamentsstrukturer under respektive princip.

⁸ Martinson, Den dispositiva traditionsprincipen, s. 503; jfr Andreasson m.fl., Efficient priority rules under default, s. 108–110. Vidare: Utöver att kreditgivaren har ett inflytande kan parterna själva under vissa omständigheter föredra den ena eller andra principen i ljuset av bevisfrågor och mjuka faktorer såsom relationen parterna emellan eller den ena partens ekonomiska situation.

⁹ Jfr Martinson, Den dispositiva traditionsprincipen – en funktionalistisk förklaringsmodell, 2025, s. 503 och s. 508, särskilt resonemanget om att kreditgivarens styrning via covenants och sanktioner förutsätter ett faktiskt val mellan prioritetsprinciper.

Analysen är explorativ snarare än empirisk. Den syftar till att identifiera situationer där modellens antaganden får betydelse för dess slutsatser, snarare än att uttömmande beskriva hur aktörer beter sig i praktiken.

Konkursen används som analytisk miljö, inte därför att den är representativ för alla transaktioner, utan därför att den tydliggör intressekonflikter och strategiskt beteende som annars kan förbli latenta.

2 Konkurrenten som "den fjärde personen": Kampen om tillgångarna

2.1 Grundläggande förutsättningar

För att introducera denna fjärde man behöver jag lägga fram lite grundläggande antaganden för att analysen ska få genomslag. I likhet med Andreasson m.fl., där ekvivalensen först presenteras, utgår jag från att köparen gör en förskottsbetalning för specialtillverkade varor. Särskilt för att dessa särskilt skapar en svårighet att sälja till någon annan än den ursprungliga köparen. Dessutom förutsätts att säljaren är i en insolvensnära situation. Varför detta är särskilt viktigt kommer att presenteras i detalj senare, men det är viktigt att känna till att jag har utgått ifrån ett antagande om att borgenärerna fortsatt har ett förtroende för verksamheten. Vidare bygger konstruktionen på att fjärde man på något sätt har en relation till köpare eller säljare, eller på något sätt är aktiv på den marknad som slutkonsumenten befinner sig på.

2.2 Traditionsprincipen – ett udda problem

2.2.1 Prioritetens placering i förmögenhetsmassan

I avsaknad av tradition erhåller köparen inte prioritet till de specialtillverkade produkterna, vilka därmed kvarstår i säljarens förmögenhetsmassa. Vid en efterföljande insolvens ingår produkterna således i den verksamhet som kan bli föremål för ett förvärv av en ny finansiär. Köpeskillingen för verksamheten blir i detta scenario högre än under avtalsprincipen, eftersom tillgångarna formellt sett fortfarande ingår i massan.

Denna köpeskillning reflekterar emellertid inte nödvändigtvis produkternas faktiska värde. De specialtillverkade varorna har, per antagande, ett begränsat värde utanför det specifika avtalsförhållandet med köparen. För den nya finansiären utgör de därför främst ett potentiellt förhandlingsinstrument snarare än en produktionsresurs. Det avgörande är därmed inte tillgångarnas produktionsvärde för förvärvaren, utan den kontroll över tillgångarnas tillgänglighet som följer av att de ingår i förmögenhetsmassan.¹⁰

¹⁰ Jfr Martinson, Den dispositiva traditionsprincipen, s. 512–514, om betydelsen av kontroll över verksamhetsvitala tillgångar vid paketförsäljning av verksamhet, samt Håstad, Sakrätt avseende lös egendom,

2.2.2 Dubbelbetalning och värdeförlust för köparen

För köparen uppstår här en asymmetrisk situation. Trots att förskottsbetalning har skett och produkterna har tillverkats enligt köparens specifikationer, saknar köparen prioritet till varorna.¹¹ Förvärvaren av verksamheten kan därför välja att kräva ytterligare betalning för att tillhandahålla produkterna, vilket i praktiken innebär att köparen tvingas betala två gånger för samma prestation. Alternativt kan förvärvaren avstå från att leverera produkterna över huvud taget, varvid köparen lider en fullständig värdeförlust.

Denna risk är emellertid inte okänd inom trepartsmodellen. Som Andreasson m.fl. framhållit kan risken för utebliven leverans eller dubbelbetalning i teorin reflekteras i varans pris och därigenom neutraliseras i jämförelsen mellan traditions- och avtalsprincipen. Denna neutralisering förutsätter dock att analysen begränsas till köpare, säljare och kreditgivare. När en fjärde aktör med ett eget intresse i slutmarknaden tillkommer, förändras förutsättningarna.

2.2.2.1 Överprissituationen

Om köparen väljer att betala överpris för varorna, d.v.s. betala igen för att erhålla de specialtillverkade produkterna innebär det att köparen behöver ta ut ett högre pris mot slutkonsument för att inte bära denna förlust helt ensamt. Detta innebär i sin tur att fjärde man får en konkurrensfördel i relation till slutkonsumenten då denne kan erbjuda ett mer attraktivt pris, detta gör att denne genom sitt förvärv av verksamheten erhåller en konkurrensfördel som annars inte skulle finnas. Dessutom riskerar marknaden i helhet att snedvridas i sin prissättning då det skulle kunna leda till att priset på tillgången inte reflekterar efterfrågan och därmed ytterligare en potentiell snedvridning av marknadsförhållanden.

2.2.2.2 Uteblivande från marknad

Om köparen inte väljer att betala överpris för produkterna står fjärde man inför ett val, om det går kan denne inkorporera tillgångarna i sin egen produktion eller helt och hållet utelämna dessa från marknaden – i dagligt språkbruk kan detta beskrivas som att tillgången ”vaskas”.¹² Rättsligt sett finns inget som hindrar ett sådant agerande, eftersom tillgången ingår i den förvärvade verksamheten och fjärde man saknar skyldighet att tillhandahålla den till köparen. Så hur är detta till denne fördel? Jo fjärde mans egna varor är helt plötsligt mer attraktiva då

om betydelsen av kontroll över centrala tillgångar i konkurs; slutsatsen om tillgångarnas roll som förhandlingsinstrument är författarens egen analys.

¹¹ Se Martinson, Den dispositiva traditionsprincipen, s. 501–503, om att traditionsprincipen innebär att köparen saknar prioritet i avsaknad av tradition; jfr Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, om tradition som sakrättsligt skyddsmoment.

¹² Att inkorporera varorna förutsätter att varorna har en plats i köparens befintliga produktion

marknaden helt plötsligt har ett underskott av varor i förhållande till efterfrågan, detta gör att priset på tillgången ökar och bidrar till en konkurrensfördel för fjärde man. Inkorporerar fjärde man varorna i sin egen produktion kontrollerar denne – i alla fall temporärt – en större del av marknaden vilken kompenserar för det överpris som denne fick betala för verksamheten och potentiellt än mer.

2.2.3 Varför prisjustering inte återställer ekvivalens

I ett sådant scenario som ovanstående kan skillnaden mellan traditions- och avtalsprincipen inte neutraliseras genom prisjusteringar mellan köpare, säljare och kreditgivare. Den fjärde aktörens möjlighet att internalisera värde genom strategiskt beteende introducerar en externalitet som faller utanför trepartsmodellens analysram. Ekvivalensen mellan principerna bryts därmed, inte därför att någon av dem är ineffektiv i sig, utan därför att de allokera kontroll över värde till olika aktörer i insolvensförloppet.

Kreditgivaren, som redan har riskjusterat sin exponering genom räntesättning, påverkas inte av fjärde mans beteende och saknar därmed incitament att genom avtalsvillkor ingripa i situationen.

2.3 Avtalsprincipen

Om avtalsprincipen är tillämplig och köparen därmed anses ha prioritet i förhållande till säljarens borgenärer redan vid avtalsslutet, faller dessa tillgångar utanför säljarens förmögenhetsmassa.¹³ Vid en efterföljande insolvens kan en ny finansiär förvärva verksamheten utan möjlighet att förvärva dessa varor.¹⁴ Borgenärerna får betalt ur försäljningslikviden, och köparen erhåller sina produkter.¹⁵ I detta scenario tillgodoses samtliga parter intressen, trots att verksamheten byter ägare. Inga lagervaror kan tillfalla en förvärvare av verksamheten som i sin tur kan strategiskt använda lagervarorna för att skapa sig marknadsfördelar och rubba balansen på marknaden.

¹³ Martinson, Den dispositiva traditionsprincipen, s. 524 och 515.

¹⁴ Jfr Martinson, Den dispositiva traditionsprincipen, s. 515 och 513–514, om att avtalsprincipen innebär att förskottsbetalande köpare får sina anspråk tillgodosedda framför övriga borgenärer och att konkursförvaltaren realiserar verksamheten som ett paket av de tillgångar som faktiskt ingår i massan.

I en tidigare version av mina resonemang lade jag större vikt vid att förvärvaren av verksamheten skulle kunna erhålla en lägre köpeskilling när de specialtillverkade varorna lämnar konkursboet. Jag har valt att inte framhålla detta i den nuvarande framställningen. Skälet är att - som Claes Martinson påpekade i sin feedback - en förvärvare rimligen inte skulle betala för tillgångar som denne inte tillskriver något värde. Detta hade jag inte tänkt på och är en väldigt stark invändning. Jag har reflekterat över detta och har övervägt om en förvärvare i praktiken alltid är fullt medveten om vad den faktiskt betalar för och vilka implikationer detta kan få flera led fram i tiden. Då en sådan analys skulle kräva en mer omfattande undersökning än vad som ryms inom denna framställning, har jag avstått från att utveckla denna aspekt närmare. Mina huvudsakliga poänger står dock oberoende av detta antagande, men jag anser att frågan ändå utgör en intressant möjlig utgångspunkt för vidare analys.

¹⁵ Jfr Martinson, Den dispositiva traditionsprincipen, s. 513–514, om konkursboets rationella incitament att genomföra avtal och realisera tillgångar i form av köpeskilling snarare än att behålla egendom.

2.3.1 Avtalsprincipen leder till win-win för samtliga parter

Som nämnt i delrubrikens ingress leder avtalsprincipen till att ingen kontroll över lagervarorna tillfaller fjärde man, därav är det på förhand avgjort att marknadsdynamiken inte kan påverkas av en försäljning av verksamheten. Då köparen av de specialtillverkade produkterna kommer att få sakrättsligt skydd bibehålls balansen mellan utbud och efterfrågan på marknaden. Köpeskillingen för verksamheten kommer att reflektera de befintliga tillgångarna och skulderna. Borgenärerna drabbas därmed inte av att varorna har lämnat förmögenhetsmassan, deras risk var redan beräknad med hänvisning till trepartsmodellen. Det är därför ingen som drabbas av köpet, även om fjärde man är en konkurrent. Man skulle kunna säga att fjärde man drabbas på så vis att den inte längre har möjlighet att nyttja sitt kapital för att införskaffa sig en starkare marknadsposition, men detta är ingen förlust, snarare en begränsning av en potentiell möjlighet.

2.4 Sammanfattande analys: när kontroll ersätter risk

Analysen ovan visar att trepartsmodellens slutsats om ekonomisk ekvivalens mellan traditions- och avtalsprincipen vilar på en i grunden rimlig men begränsad premis: att de aktörer som påverkas av prioritetsregeln också är de aktörer mellan vilka risk och kostnad kan fördelas genom prisjusteringar. Så länge analysen begränsas till köpare, säljare och kreditgivare kan skillnader i prioritet i stor utsträckning neutraliseras genom räntesättning, avtalsvillkor och prisanpassningar.

När en fjärde aktör med egna och delvis motstridiga intressen tillkommer förändras emellertid förutsättningarna. I den situation som analyserats är det inte längre frågan om hur risk fördelas mellan parterna i transaktionen, utan om vem som ges kontroll över tillgångar vars värde är starkt situationsbundet. Traditions- och avtalsprincipen skiljer sig i detta avseende genom att de allokerar kontroll över tillgångarna till olika aktörer i ett insolvensförlopp.

Under avtalsprincipen faller de specialtillverkade produkterna utanför förmögenhetsmassan, vilket begränsar fjärde mans möjlighet att påverka marknadsutfallet. Under traditionsprincipen kvarstår däremot tillgångarna i massan, vilket ger den förvärvande aktören ett strategiskt handlingsutrymme som inte nödvändigtvis speglar tillgångarnas produktiva värde, men som kan utnyttjas för att påverka utbud, priser och konkurrensförhållanden på marknaden.

Det avgörande är därmed inte att köparen i vissa fall riskerar dubbelbetalning, utan att traditionsprincipen i dessa situationer möjliggör en värdeförskjutning som inte internaliseras av de aktörer som omfattas av trepartsmodellens riskkalkyl. Kreditgivaren, som redan har prissatt sin exponering, påverkas inte av fjärde mans strategiska beteende och saknar därför incitament att motverka det. Förlusten faller i stället på köparen och i förlängningen på marknaden som helhet.

Ekvivalensen mellan traditions- och avtalsprincipen bryts därmed inte därför att någon av principerna är ineffektiv i sig, utan därför att de i vissa situationer allokerar kontroll över värde till aktörer vars incitament inte beaktas i den traditionella analysen.

3 Dispositivitet som korrektiv – ett marknadsbaserat svar

3.1 Utgångspunkt: varför tvingande regler inte räcker

Analysen i föregående kapitel visar att skillnaden mellan traditions- och avtalsprincipen i vissa situationer inte handlar om riskfördelning, utan om kontroll över tillgångar vars värde är starkt situationsbundet. När en fjärde aktör med strategiska incitament tillkommer kan en tvingande prioritetsregel allokera denna kontroll på ett sätt som inte internaliserar marknadens samlade intresse.

I sådana situationer saknar både säljaren och kreditgivaren incitament att motverka utfallet. Kreditgivaren har redan riskjusterat sin exponering, och säljaren befinner sig i ett insolvensnära läge. Köparen är däremot den enda aktör som fullt ut internaliserar konsekvenserna av fjärde mans strategiska beteende. I tvingande rättsordningar saknar köparen möjlighet att påverka utfallet och är helt beroende av faktorer utanför dennes kontroll. Detta kan bidra till marknadsbeteenden som skadar slutkonsument och skapar onödig friktion i systemet. Exempelvis kan det leda till märkliga affärsrelationer där köpare av specialtillverkade produkter har ett onödigt högt krav på att känna till konkurerenter, granska säljares verksamhet och bevaka flera led i produktionskedjan. Detta gör i sin tur att nya aktörer har svårt att etablera sig på marknaden och de redan etablerade aktörerna gynnas av micromonopol eller oligopol-liknande marknader som skadar innovation och utveckling.¹⁶

¹⁶ Konkursförvaltare är inte heller särskilt gynnade i dessa situationer, då en köpare blir en oprioriterad fordringsägare i traditionsprincips jurisdiktioner vilket belastar konkursförvaltaren i sitt arbete. Detta är i sig själv en onödig kostnad för borgenärskollektivet då resurser allokeras till att lösa problem som i andra rättsordningar hade tillfallit kollektivet.

3.2 Avtalsprincipen som valbar mekanism

En dispositiv avtalsprincip skapar i detta avseende ett potentiellt korrektiv. Genom att låta parterna avtala om att avtalsprincipen ska tillämpas i vissa situationer kan prioriteten till särskilt utsatta tillgångar förskjutas redan innan en insolvens inträffar. I de fall där risken för strategiskt beteende från en konkurrerande fjärde man är identifierbar kan köparen därmed säkra sin prioritet och motverka att kontrollen över tillgångarna hamnar hos en aktör med motstridiga incitament.

Det avgörande är att detta val endast är rationellt för den part som bär konsekvenserna av fjärde mans agerande. Köparen har, till skillnad från kreditgivaren, ett direkt intresse av att upprätthålla leverans, marknadsutbud och stabila prisförhållanden. Dispositiviteten möjliggör därmed en anpassning där den aktör som har bäst information och starkast incitament också ges möjlighet att agera.

3.3 Incitament och informationsasymmetri

Dispositiviteten förutsätter inte att parterna i varje enskilt fall kan förutse alla framtida insolvensscenarier. Det räcker att vissa riskmönster är kända. I branscher där specialtillverkning, förskottsbetalning och koncentrerade marknader är vanliga kan förekomsten av strategiska konkurrenter vara fullt förutsebar. Mot bakgrund av tidigare argument av att köparen drabbas av en väldigt hög insiktsbörda i säljares verksamhet och riskbedömning kan man påstå att även denna lösning ställer en riskbedömningsbörda på köparen som andra marknader inte nödvändigtvis belastas av. Ett motargument till detta är att en dispositiv traditionsprincip inte kräver ett kontinuerligt och aktivt och proaktivt agerande från köparen, lösningen kan enkelt inkorporeras i standardavtal och utvecklas till branschpraxis i denna typ av nischade branscher.¹⁷

Genom avtalslösningar kan parterna i sådana fall skapa ett skydd mot just de situationer där tvingande regler visat sig leda till oönskade värdeförskjutningar. Marknadens aktörer ges därigenom möjlighet att själva reglera de delar av transaktionen där rättsordningens generella regler saknar precision.

3.4 Kostnaderna för dispositivitet: förutsebarhet och borgenärsskydd

En dispositiv avtalsprincip är emellertid inte utan kostnader. Möjligheten att avtala om prioritet i detalj kan försvåra förutsebarheten för säljarens borgenärer och därmed påverka

¹⁷ Jfr SOU 2015:18 *Lösöreköp och registerpant*, om standardiserade lösningar som ett sätt att minska informationskostnader, samt Millqvist, *Sakrättens grunder*, om branschpraxis som komplement till sakrättsliga regler.

kreditgivningens effektivitet.¹⁸ Ju mer fragmenterad prioritetsordningen blir, desto svårare blir det för utomstående aktörer att bedöma risk.¹⁹ Ett motargument till detta är att problematiken endast uppstår under väldigt speciella omständigheter, förekomsten av denna typ av situation är för nuvarande endast begränsat till en teoretisk konstruktion och inte testad mot verkliga företeelser.²⁰

Dispositiviteten måste därför förstås som ett instrument snarare än en generell lösning.²¹ Den lämpar sig främst för situationer där riskerna är identifierbara och där avtalsparterna har både incitament och förmåga att hantera dem.²² I andra fall kan en tvingande regel fortsatt vara att föredra, just för att säkerställa enkelhet och förutsebarhet.²³

3.5 Sammanfattande reflektion: när marknaden får reglera marknaden

Den analys som förts i detta arbete pekar inte mot att traditions- eller avtalsprincipen i sig är överlägsen. Däremot visar den att tvingande prioritetsregler kan ge upphov till situationer där kontroll över värde allokeras till aktörer vars incitament inte sammanfaller med marknadens samlade intresse.

En dispositiv avtalsprincip öppnar i dessa situationer för att marknadens aktörer själva kan skapa mekanismer som motverkar strategiskt beteende och värdeförluster. Rättsordningens roll blir då inte att styra utfallet, utan att tillhandahålla ett ramverk inom vilket marknaden kan reglera marknaden.

4 Prioritet, kontroll och ekvivalensens gräns

4.1 Vad har vi lärt oss? Ja, egentligen ingenting av substantiell vikt...

Utgångspunkten för detta arbete har varit den nyligen utvecklade trepartsmodellen, enligt vilken traditions- och avtalsprincipen kan förstås som ekonomiskt ekvivalenta när köpare,

¹⁸ Jfr SOU 2015:18 Lösöreköp och registerpant, avsnitt om informationskostnader och tredje mans förutsebarhet vid avtalsbaserade prioritetslösningar.

¹⁹ Jfr Millqvist, *Sakrättens grunder*, om betydelsen av klarhet och förutsebarhet för tredje man i sakrättsliga system.

²⁰ Jfr Martinson, *Den dispositiva traditionsprincipen*, s. 503–505, om trepartsmodellens nyhetsvärde och begränsade praktiska prövning.

²¹ Jfr Martinson, *Den dispositiva traditionsprincipen*, s. 503–505, samt SOU 2015:18 Lösöreköp och registerpant, om att olika prioritetslösningar kan vara mer eller mindre lämpliga beroende på situation.

²² Se Andreasson m.fl., *Efficient priority rules under default*, särskilt om antagandet att parter kan identifiera och prissätta risk.

²³ Jfr Millqvist, *Sakrättens grunder*, om betydelsen av förutsebarhet i sakrätten, samt SOU 2015:18 Lösöreköp och registerpant, om behovet av enkla och transparenta prioritetsregler.

säljare och kreditgivare beaktas samtidigt. Modellen erbjuder ett viktigt perspektivskifte från den traditionella tvåpartsanalysen och förklarar på ett övertygande sätt hur risk kan neutraliseras genom prisjusteringar och kreditvillkor.

När värdet av vissa tillgångar är starkt situationsbundet och kontroll över tillgångarnas tillgänglighet i sig utgör ett strategiskt värde, blir frågan om prioritet inte längre en fråga om riskfördelning, utan om kontrollallokering.

Genom att analysera specialtillverkade varor i ett insolvensnära sammanhang har arbetet visat hur traditionsprincipen i vissa fall kan ge en fjärde aktör möjlighet att internalisera värde på ett sätt som inte neutraliseras genom ex ante-prissättning. Den värdeförlust som uppstår drabbar då inte kreditgivaren, som redan har riskjusterat sin exponering, utan köparen och i förlängningen marknaden som helhet. Ekvivalensen mellan principerna bryts därmed inte därför att någon av dem är ineffektiv i sig, utan därför att de allokerar kontroll över värde till olika aktörer i insolvensförloppet.

Mot denna bakgrund har en dispositiv avtalsprincip identifierats som ett möjligt korrektiv. Genom dispositivitet ges den aktör som bäst internaliserar konsekvenserna av strategiskt beteende – typiskt sett köparen – möjlighet att säkra sin prioritet i situationer där risken för värdeförskjutning är identifierbar. Samtidigt har arbetet visat att dispositivitet inte är kostnadsfri. Ökad avtalsfrihet innebär minskad förutsebarhet för säljarens borgenärskollektiv och ställer högre krav på informationshantering och marknadstransparens.

Arbetets bidrag ligger således inte i att förespråka en viss prioritetsprincip, utan i att visa att valet mellan traditions- och avtalsprincipen inte alltid kan reduceras till en fråga om ekonomisk ekvivalens. I vissa situationer är det i stället avgörande vem som ges kontroll över tillgångar vars värde uppstår först i relation till marknaden. Där trepartsmodellen erbjuder en kraftfull förklaringsram, expanderar fjärdemansanalysen dess användningsområde.

I förlängningen aktualiserar detta rättsordningens roll i relation till marknaden. En tvingande regel kan säkerställa enkelhet och förutsebarhet, men riskerar samtidigt att möjliggöra strategiskt beteende som inte internaliseras av marknadens aktörer. Dispositivitet innebär ökade krav på avtalsparterna, men öppnar samtidigt för att marknaden själv kan motverka sådana effekter. Frågan blir därmed inte vilken princip som är bäst i abstrakt mening, utan under vilka förutsättningar rätten bör tillåta att marknaden reglerar marknaden.

4.2 Hur kan detta potentiellt utvecklas vidare?

Detta arbete har fokuserat på en specifik situation där sakrättsligt skydd aktualiseras i ett insolvensnära sammanhang och där trepartsmodellen utmanas av att ytterligare aktörer med egna intressen tillkommer.

En naturlig vidareutveckling av arbetet vore därför att pröva trepartsmodellen mot fler sakrättsligt relevanta situationer där ytterligare aktörer kan påverka utfallet. Det centrala är inte typen av tillgång i sig, utan att sakrättsligt skydd aktualiseras och att det finns externa intressen som kan påverka hur värde och kontroll allokeras vid insolvens. Genom att identifiera och analysera ytterligare sådana situationer kan modellens räckvidd stresstestas och dess begränsningar tydliggöras.

En möjlig utvecklingslinje är att undersöka i vilken utsträckning de situationer som analyserats faktiskt förekommer i praktiken. En empirisk kartläggning av insolvensförfaranden där specialtillverkade varor, förskottsbetalningar eller liknande konstruktioner förekommer skulle kunna ge underlag för att bedöma hur ofta den typ av fjärdemansproblematik som identifierats uppstår. Ett sådant empiriskt underlag skulle inte ersätta den funktionalistiska analysen, men kunna bidra till att kalibrera dess praktiska relevans.

Vidare kan arbetet utvecklas genom att pröva alternativa antaganden inom ramen för trepartsmodellen. I detta arbete har analysen byggt på vissa förenklingar rörande aktörernas incitament och informationsläge. Genom att successivt variera dessa antaganden – exempelvis graden av information hos kreditgivare, möjligheten till samordning mellan aktörer och graden av marknadskoncentration – kan modellen stresstestas ytterligare. En sådan analys skulle kunna bidra till en mer nyanserad förståelse av under vilka förutsättningar trepartsmodellen är robust, och när den uppstår undantag.

Dessutom kan analysen utvecklas genom att inkludera fler än fyra aktörer i modellen. I praktiken är det inte ovanligt att flera parter samtidigt har möjlighet att påverka utfallet vid insolvens, exempelvis genom parallella kreditförhållanden eller komplexa finansieringsstrukturer. Att undersöka hur trepartsmodellen fungerar när ytterligare kreditgivare tillkommer – särskilt kreditgivare vars engagemang är kopplat till verksamheter som konkurrerar med köparen – kan ge nya insikter om hur sakrättsligt skydd allokerar kontroll och incitament i mer komplexa konstellationer.

En särskilt intressant utvecklingslinje är att analysera kreditgivares roll bortom den traditionella tredjepartsfunktionen. Om en kreditgivare exempelvis har faciliterat eller finansierat verksamheter som konkurrerar med köparen, kan kreditgivaren få incitament som avviker från den riskneutralitet som ofta antas i trepartsmodellen. Att inkludera sådana incitament i analysen skulle möjliggöra en mer nyanserad förståelse av hur sakrättsliga regler samverkar med finansiella strukturer i insolvensnära situationer.

Arbetet kan även utvecklas genom empiriska studier av hur ofta de typer av intressekonflikter som analyserats faktiskt förekommer i praktiken. En sådan empirisk kartläggning kan fungera som ett komplement till den funktionalistiska analysen genom att ge underlag för vilka antaganden som är mest relevanta att pröva vidare. Empirin bör i detta sammanhang ses som ett sätt att identifiera nya testfall snarare än som ett medel för att fastställa normativa slutsatser.

Sammantaget öppnar analysen för en bredare användning av trepartsmodellen som ett verktyg för att undersöka hur sakrättsligt skydd allokerar kontroll i situationer med komplexa och ibland motstridiga intressen. Genom att systematiskt variera antaganden, aktörskonstellationer och incitamentsstrukturer kan modellen vidareutvecklas och stresstestas, vilket i sin tur kan bidra till en mer precis förståelse av dess styrkor och begränsningar i praktiken.

4.3 Avslutande ord

Avslutningsvis vill jag understryka att detta arbete i första hand har varit en intellektuell övning – en form av juridisk hjärngymnastik. Analysen bygger på ett antal antaganden som varit nödvändiga för att kunna pröva trepartsmodellen och dess begränsningar, men som mycket väl kan visa sig vara ofullständiga eller felaktiga i praktiken. Det är fullt möjligt att verkligheten är både rörigare och mer motspänstig än de modeller som här har använts.

Förhoppningen är dock att framställningen har varit intressant att följa och att den kan ha gett läsaren något konkret att fundera vidare över, snarare än färdiga svar. Om arbetet har lyckats väcka nya frågor eller öppna för alternativa sätt att se på sakrättsligt skydd och prioritet i insolvensnära situationer, har det fyllt sitt syfte.

För egen del är detta inte ett avslutat resonemang. Tvärtom är det sannolikt att de frågor som behandlats här kommer att fortsätta dyka upp under sena kvällar, i form av nya hypotetiska situationer, justerade antaganden och omprövade slutsatser. I den meningen är arbetet mindre ett slut än ett avstamp för fortsatt reflektion.

Källförteckning

Litteratur

Andreasson, Jens, Faber, Wolfgang, Gangopadhyay, Shubhashis, Martinson, Claes & Sjögren, Stefan, "Efficient priority rules under default: the case of traditio versus contract principle", *European Journal of Law and Economics* 2021, s. 97–128 (publicerad online 24 september 2020), DOI: 10.1007/s10657-020-09668-0.

Håstad, Torgny (1996). *Sakrätt avseende lös egendom*. 6., omarb. uppl. Stockholm: Norstedts juridik

Millqvist, Göran, *Sakrättens grunder – en lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom*, 5 uppl., Norstedts juridik, 2009.

Lindskoug, Patrik. 2015. "Avtalsprincip eller traditionsprincip - några sakrättsliga erfarenheter från det danska perspektivet". *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 128 (2): 184–221.
<https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3096-2015-02-03>

Martinson, Claes, "Den dispositiva traditionsprincipen – en funktionalistisk förklaringsmodell", *JT* 2025 s. 495–536.

Offentliga utredningar

SOU 1995:11, *Nya konsumentregler*.

SOU 2015:18, *Lösöreköp och registerpant*.