

Retentionsrätt

– en säkerhetsrätt endast för vissa uppdragstagare

Charles He

Juridiska institutionen

Examensarbete 30 hp.

Ämnesinriktning: Civilrätt

Vårterminen 2021

Grupphandledare: Johan Sandstedt

Engelsk titel: Right of Retention – a Security for Some Contractors Only

Abstract

In the event of insolvency, a contractor as a creditor often finds itself in a precarious situation. Whereas other creditors' debts – such as banks and financial institutions or employees – are often secured by pledges, indemnities, state guarantees, and preferential rights, contractors' debts on the other hand are often unsecured, facing considerable risk of not being paid. For contractors, this problem is mitigated by the right of retention, a security that in Swedish law stands *pari passu* with a lien in the event of bankruptcy. However, many aspects of the criteria for a right of retention to arise are unclear. Furthermore, the conceptual and terminological differences between right of retention and liens are also unclear. This dissertation investigates these two problems by elucidating under what circumstances a right of retention can arise, the legal effects of such a security in comparison with liens, and the different methodological justifications of its rise. Focusing especially on recent developments in case law, I also bring critical attention to the distinction in Swedish law between physical and non-physical services that plays a central part of its legal system and methodology. As the results of the investigations are presented, I suggest a new categorisation of right of retention and liens that also clarifies questions of terminology. I conclude the essay by discussing the right of retention's potential role in future legislative policy as a response to the economy's increasing shift towards more knowledge-intensive services.

Förkortningar

BRL	bostadsrättslagen (1991:614)
FRL	förmånsrättslagen (1970:979)
GfL	lagen (1986:796) om godtrosvärk av lösöre
HAL	lagen (1991:351) om handelsagentur
HB	handelsbalken (1736:1232)
HD	Högsta domstolen
JB	jordabalken (1970:994)
KL	konkurslagen (1987:672)
KKL	konsumentköplagen (1990:932)
KöpL	köplagen (1990:931)
KtjL	konsumenttjänstlagen (1985:716)
KommL	kommissionslagen (2009:865)
Lönegarantilagen	lönegarantilagen (1992:497)
LKL	lagen (1845:50 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva
PreskL	preskriptionslag (1981:130)
UB	utsökningsbalk (1981:774)
REKON	Rekonstruktör- och konkursförvaltarkollegiet i Sverige
RB	rättegångsbalken (1942:740)
RVL	lagen (1944:181) om redovisningsmedel
SjöL	sjölagen (1994:1009)

Innehåll

Abstract	2
Förkortningar.....	3
1 Inledning.....	7
1.1 Ämnet.....	7
1.2 Syfte och problemformulering.....	8
1.3 Metod och material.....	9
1.4 Avgränsning.....	11
1.5 Disposition.....	11
2 Begreppet retentionsrätt.....	13
2.1 Retentionsrättens rättsverkan.....	13
2.2 Retentionsrättens sakrättsliga karaktär.....	15
2.3 Funktion och rationalitet.....	16
2.4 Legal panträtt som retentionsrätt? – om begreppsbildningen.....	17
2.5 Sammanfattning av kapitlets slutsatser.....	18
3 Förutsättningar för retentionsrättens uppkomst.....	19
3.1 Avtalsförhållandet.....	19
3.2 Konnexitet.....	25
3.3 God tro.....	26
3.4 Sakrättsligt moment.....	26
3.5 Proportionalitet.....	27
3.6 Den internationella privaträttsliga dimensionen.....	29
3.7 Sammanfattning av kapitlets slutsatser.....	30
4 Retentionsrättens upphörande och disposivitet.....	31
4.1 Upphörande genom ställande av säkerhet.....	31
4.2 Retentionsrättens disposivitet.....	33
4.3 Sammanfattning av kapitlets slutsatser.....	34
5 Gränsen mot detentionsrätt.....	35
5.1 Detentionsrättens karaktär.....	35
5.2 Två gränsdragningsproblem.....	36
5.3 Om egen och annans egendom som motivering.....	38
5.4 Sammanfattning av kapitlets slutsatser.....	39
6 Immateriella tjänster.....	41
6.1 Begrepp och systematik.....	42
6.2 Utvidgning i praxis.....	42
6.3 En analys av prejudikatet i Tingeer-fallet.....	45
6.4 Kvittningsrättens förändring – ett praktiskt systemperspektiv.....	48

6.5 Sammanfattning av kapitlets slutsatser.....	51
7 Diskussion av undersökningens resultat.....	52
7.1 Retentionsrättens systematisering.....	52
7.2 Tre grunder för retentionsrättens stiftande – och analogins gräns.....	55
7.3 Åter till begreppsbildningen och terminologin.....	60
8 Avslutande synpunkter	62
Källförteckning.....	63

1 Inledning

1.1 Ämnet

Vid konkurs står en uppdragstagare som borgenär ofta i en prekär situation. Andra borgenärer har, genom avtalad eller tvingande legal säkerhetsrätt samt allmän förmånsrätt, oftast bättre möjligheter att få betalt. Banker och finansiella institut har t.ex. med största sannolikhet avtalat om säkerhetsrätt eller tecknat borgen med tredje man. Om konkursgäldenären är näringsidkare och har anställda i konkursbolaget har dessa allmän förmånsrätt för lönefordringar, FRL 12 §, samt statlig lönegaranti om de anställda för arbetsgivarens räkning utför eller har utfört sitt arbete främst i Sverige.¹ Uppdragstagare riskerar inte sällan att stå som oprioriterade borgenärer.² Risken att inte få betalt har en hämmande effekt på uppdragstagares villighet att utföra tjänster åt företag och fysiska personer med ekonomiska bekymmer som inte kan betala i förskott. En särskilt negativ effekt av detta är att företag och fysiska personer med dålig likviditet, utan möjligheter att betala i förskott, har svårt att få tillgång till tjänster som kan vara nödvändiga för att *undvika* konkurs.³ En viktig säkerhetsrätt finns dock som motverkar detta problem: retentionsrätt.

Retentionsrätt innebär att uppdragstagaren får säkerhetsrätt – en särskild förmånsrätt med samma prioritet som handpanträtt, FRL 4 § p. 3 – i beställarens/huvudmannens egendom som denne har i sin besittning eller kontroll och som uppdragstagaren har utfört arbete på. Ett vanligt exempel är följande. En bilreparatör har utfört arbete på en 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 reparationsar-

¹ Lönegarantilagen 2 a § st. 1. Arbetstagare som själv eller tillsammans med nära anförvanter senare än sex månader före konkursansökningen har ägt en väsentlig andel i företaget och som haft ett betydande inflytande i verksamheten är dock undantagna, FRL 12 § st. 6.

² Det kan dock nämnas att vissa mycket speciella uppdragstagare har förmånsrätt. T.ex. har revisorer allmän förmånsrätt för fordran p.g.a. revisionsuppdrag som utförts sex månader före konkursansökan åt en gäldenär som enligt lag eller författning är bokföringsskyldig, FRL 10 a §. Ett annat exempel är allmän förmånsrätt för arvode och kostnadsersättning till rekonstruktörer och andra fordringar som uppstått p.g.a. rekonstruktörens rättshandlande, i den mån de är skäliga, (även känt som "superförmånsrätt"), FRL 10 §.

³ Se motiven till att revisorer har allmän förmånsrätt, prop. 1986/87:90 s. 174 f.

beten på bilen, istället för att vara en oprioriterad borgenär med risk för att inte få betalt.

Jämfört med andra säkerhetsrätter såsom konventionell (avtalad) panträtt kan rättsläget om vilka omständigheter som grundar retentionsrätt beskrivas som något oklar. Denna osäkerhet skapar problem för det moderna kreditväsendets särskilda behov av förutsebarhet. En retentionsrätt som av rättstillämparen tillerkänns en uppdragstagare på ett oförutsett sätt skulle exempelvis kunna rubba ett kreditinstituts kalkyler genom att dennes utdelning vid låntagarens insolvens minskas, vilket i sig kan leda till att banker och kreditinstitut kräver högre ränta.⁴ Behovet av förutsebarhet är också stort från uppdragstagares perspektiv. Osäkerhet kring uppdragstagares möjligheter att säkra betalning för utförda prestationer kan, som tidigare påpekats, få effekten att dessa avhåller sig från att sluta avtal med personer med pressad ekonomi. Det är därför angeläget att rättsläget om retentionsrätternas innebörd och stiftande klarläggs och analyseras i en rättsvetenskaplig framställning.

1.2 Syfte och problemformulering

Denna uppsats syftar till att klargöra rättsläget om retentionsrätten som säkerhetsrätt. Syftet uppnås genom besvarandet av följande problemformulering.

För det första (1) är rättsläget oklart om vilka omständigheter som kan grunda retentionsrätt. En första fråga är vilka allmänna krav som uppställs för stiftande av en giltig retentionsrätt. Av dessa kriterier är det främst frågan om vilka avtalsförhållanden som kan grunda retentionsrätt som är oklar och därför av störst intresse. Störst osäkerhet om retentionsrätten råder avseende den breda avtalstypen immateriella tjänster där lagstiftningen utanför konsumentförhållanden är långt ifrån heltäckande och rättstillämparen ofta tar ledning i angränsande lagar såsom KommL och KtjL. En fråga som sammanhänger med frågan om hur retentionsrätter i avtalsförhållanden utan direkt lagreglering kan uppstå är vilka av retentionsrätterna som är dispositiva. Ytterligare en relaterad fråga är om dessa retentionsrätter kan upphöra genom ställande av säkerhet.

För det andra (2) råder viss osäkerhet om vilka säkerhetsrätter som kan kategoriseras som retentionsrätter. Viss terminologisk förvirring råder om vad som avses

⁴ Jfr Bengtsson, Bertil, *Särskilda avtalstyper I*, 2 uppl., Norstedt och söners förlag, Stockholm, 1976, s. 19 som förespråkar stor restriktivitet från rättstillämparens sida när det kommer till analogier vid sakrättsliga konflikter, med hänvisning till kreditväsendets behov. Det är därför endast lagstiftaren som bör kunna göra större ingrepp. Om högre ränta på grund av creditsäkerhetens oförutsägbarhet, se Cranston, Ross, Avgouleas, Emiliós, van Zweiten, Kristin, Hare, Christopher, van Sante, Theodor, *Principles of Banking Law*, 3 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 542.

med begreppet retentionsrätt jämfört med andra närliggande säkerhetsrätter såsom konventionell panträtt och legal panträtt. Ett annat problem är gränsdragningen mellan retentionsrätt och detentionsrätt.

1.3 Metod och material

För att uppnå syftet kommer en rättsdogmatisk metod att användas. Kärnan i den rättsdogmatiska metoden är rättskälleläran, som dels pekar ut vilket material som är rättsligt relevant, och dels pekar ut en hierarki mellan dessa källor, för att fastställa *gällande rätt* avseende en viss rättsfråga.⁵ Resultatet om rättsläget om en viss rättslig frågeställning kan sedan analyseras och kritiserats utifrån olika rättsvetenskapliga perspektiv som t.ex. kan ta sikte på dess rättssäkerhet, systemenlighet, effektivitet samt legitimitet bland allmänheten, och som i sin tur kan behandlas utifrån olika teoretiska ramverk.

Denna framställning kommer genomgående att uppmärksamma de metodologiska särdragen i svensk förmögenhetsrätt som kommer till uttryck i de argumentationstekniska grepp som används i praxis inom ramen för den rättsdogmatiska metoden. De metodologiska särdragen bör för det första förstås mot bakgrund av lagstiftarens tystnad. Som bekant för svenska jurister, består förmögenhetsrätten av ett lapptäcke av – till stora delar – dispositiv punktlagstiftning och avsaknad av kodifierade allmänna principer.⁶ En stor del av rättsutvecklingen sker genom praxis snarare än lagstiftning. Vid tolkning av avtalstyper utan direkt lagreglering är rättstillämparens tolkningsutrymme stort för att avgöra vilka källor som ska anses vara relevanta för rättsfrågan. Om svaret inte står att finna uttryckligen i ett skriftligt avtal, om ett sådant finns, använder rättstillämparen istället bestämmelser från andra lagar ”analogt” eller ”fyller ut” avtalets innehåll med principer/rättsgrundsatser, som i sig kan skisseras ut ur ”närliggande” och ofta dispositiva lagar.⁷ Här spelar också doktrinen en framträdande roll i rättstillämpningen, dels i kraft av dess systematiserande funktion och dels i kartläggandet av rättsreglers historiska utveckling.

⁵ Jan Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i Juridisk metodlära, reds. Korling, Fredric, och Zamboni, Mauro, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 21 ff och 29.

⁶ Se t.ex. Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 11 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2019, s. 20–7.

⁷ Bengtsson, s. 14. Jfr Hellner, Jan, Hager, Richard, Persson, Annina H., *Speciell Avtalsrätt II. Kontraktetsrätt. Första häftet. Särskilda avtal*, Norstedts Juridik, Stockholm, 7 uppl., 2019, s. 29 ff, som förhåller sig kritisk till konstruktionen av allmänna rättsgrundsatser som ”generaliseringar på grundval av analogier” och inordnar båda under rubriken ”Analogier”. Även (kunskaps)problemet om svårigheten i att avgöra vad som utgör huvudregel och undantag uppmärksammas. Istället förordas en definition av allmänna rättsgrundsatser som sådana som inte kan ”grundas på analogier från lagstadganden och rättspraxis”, med *pacta sunt servanda*, förutsettningsläran och culparegeln som exempel.

Ett annat kännetecken för svensk förmögenhetsrättslig metod är att rättsliga begrepp inom samma rättsområde ofta har olika innebörd beroende på i vilket sammanhang de figurerar i. Ibland kan ett begrepp ha olika innebörd i en och samma lag. I dessa situationer motiveras det metodologiskt nästan alltid med att begreppen har olika funktion. Ett illustrativt exempel är NJA 2012 s. 1021 som rörde ett köp av en fastighet som belastades av ett avtalsderivat. I en tidigare dom från hovrätten befanns avtalsderivatet gälla mot köparen eftersom denne bedömdes vara i ond tro om dess existens enligt JB 7:14. Frågan i HD var om köparen också skulle anses ha varit i ond tro i förhållande mot säljaren vid bedömningen om köprättsligt fel enligt JB 4:17. HD fann att köparen var köprättsligt i god tro i förhållande mot säljaren, men sakrättsligt i ond tro i förhållande till nyttjanderättshavaren. Utgången motiverades med att bestämmelserna om god tro fyller olika funktioner. Det funktionsbetonade förhållningssättet, där rättsliga begrepp inte har enhetlig innebörd utan istället har olika rättsverkan i olika rättsliga frågeställningar, kallas inom den komparativrättsliga forskningen för en ”nordisk funktionalism”.⁸

Genom att belysa de argumentationstekniska grepp som rättstillämparen använder inom ramen för rättsdogmatisk metod i de konkreta fallen som rör retentionsrätt vill jag kasta ljus över de teoretiska premisserna som begreppsbyggnaden uttryckligen eller underförstått grundar sig i. Mitt rättsvetenskapliga teoretiska ramverk behandlar således rätten som en social och kulturell språkpraktik gestaltad i användandet av rättsdogmatisk metod i praxis. Uppmärksamheten av det juridiska språkbruket som uttryck för filosofiska och idéhistoriska ställningstaganden är något som mitt ramverk har gemensamt med hermeneutiska inriktningar i dess fokus på att belysa de teoretiska premisser som *genomsyrar* praktiken, snarare än att sysselsätta sig med deskriptiva teorier om rättens natur.⁹

Mitt ramverk skiljer sig dock från hermeneutiska inriktningar genom att kritiskt utvärdera de teoretiska premisserna som *genomsyrar* praktiken utifrån främst ett politiskt ekonomiskt perspektiv. Till skillnad mot rättsekonomiska inriktningar utgår inte mitt ramverks förståelse av rätten som en extern regulatorisk makt som håller ihop till synes neutrala eller naturliga marknader, utan snarare som en del i politikens skapande av dessa marknader.¹⁰ En färsk skolbildning inom den ameri-

⁸ Sandstedt, Johan, *Sakrätten, Norden och europeiseringen: nordisk funktionalism möter kontinental substantialism*, Jure, Stockholm, 2013. Passim.

⁹ Samuelsson, Joel, *Hermeneutik*, i Juridisk metodlära, reds. Korling, Fredric, och Zamboni, Mauro, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 388–92.

¹⁰ Kampourakis, Ioannis, *Bound by the Economic Constitution: Notes for “Law and Political Economy” in Europe*, i Journal of Law and Political Economy 1(2), s. 301.

kanska akademien vid namn Law and Political Economy ligger teoretiskt nära denna framställnings analyserande ramverk. Nyhetsvärdet i inriktningar och skolbildningar ska dock inte överdrivas. Rent konkret kommer denna framställning att kritiskt utvärdera rättstillämparens avvägningar av samhällliga intressen genom retentionsrättens institut. I denna framställning utgörs de samhällliga faktorerna av kreditväsendets behov av förutsägbarhet, uppdragstagarens behov av betalningssäkring för att vilja utföra en tjänst och uppdragsgivaren/huvudmannens behov av vissa tjänster för att *undvika* konkurs.

1.4 Avgränsning

Framställningen avgränsas till retentionsrättens förekomst i svensk rätt. Eftersom begreppsbildningen och terminologin om retentionsrätt utgör en del av frågeställningen kommer även de närliggande legala panträtterna såsom kommissionärs panträtt, sjöpanträtt och bostadsrättsförenings panträtt att behandlas. Retentionsrätt i avgränsningshänseende i denna framställning ska förstås funktionellt och därför i en tämligen bredare bemärkelse än den terminologi som lagstiftaren använder. Fokus kommer vara på de mer principiella frågorna vid de vanligaste uppdragsavtalen såsom immateriella tjänster och arbete på annans egendom. De mer speciella regleringarna för retentionsrätt vid fraktförhållanden kommer endast att behandlas i korthet.

1.5 Disposition

Uppsatsen börjar med ett kapitel om retentionsrättens rättsverkan, karaktär och motivering. Först redogörs rättsföljderna av giltig retentionsrätt i jämförelse med det närliggande institutet panträtt. Sedan utforskas retentionsrättens sakrättsliga karaktär som bl.a. skisseras ut ur dess verkan mot en ny förvärvare av retentionsegendomen. Detta följs av en undersökning av de rationella motiven bakom retentionsrätten samt en kort redogörelse om begreppsbildningen för retentionsrätt och legal panträtt.

I nästa kapitel redogörs de typiska förutsättningarna för retentionsrätts stiftande. Dessa kan uppställas i fem kriterier som alla måste vara uppfyllda: avtalsförhållande, konnexitet, sakrättsmoment, god tro och proportionalitet. Även vissa problem ur ett internationellt privaträttsligt perspektiv kommer att avhandlas. Denna del kommer nödvändigtvis vara av mer utredande karaktär.

Nästa kapitel behandlar retentionsrättens upphörande genom ställande av säkerhet samt vilka retentionsrätter som är dispositiva. Uppsatsen övergår därefter till att klargöra retentionsrättens gräns mot detentionsrätt. En fördjupad diskussion

av förmögenhetsrättslig metod görs angående hur motiveringen om skillnaden mellan instituten bör förstås.

I nästa kapitel utforskas utvidgade möjligheter till retentionsrätt inom den breda avtalstypen immateriella tjänster. Fokus kommer vara på tolkning av NJA 2019 s. 259 (Tingeer-fallet) där HD fann att en likvidator hade retentionsrätt i klientmedel som denne hade tillgängliga på ett klientmedelskonto genom en analog tillämpning av KommL:s bestämmelser om kommissionärens pant- och retentionsrätt. Slutsatserna av prejudikatet kommer sedan att diskuteras från ett flertal perspektiv. Först presenteras och analyseras de kriterier som HD uppställer för retentionsrättens uppkomst i immateriella tjänsteavtal. Sedan diskuteras HD:s användning av greppet analog tillämpning ur ett metodologiskt perspektiv. Slutligen diskuteras Tingeer-fallet från ett praktiskt systemperspektiv som en reaktion på kvittningsrättens inskränkning som säkerhetsmetod för uppdragstagare.

Resultaten av undersökningarna kommer sedan att utvärderas och bli föremål för en kritisk analys i framställningens diskussionskapitel. Först presenteras ett förslag på systematisering av retentionsrätten i två olika kategorier; i den ena kategorin utgör retentionsrätt huvudregel medan i den andra utgör den undantag som kräver lagstöd eller uttrycklig reglering i avtal. Sedan analyseras retentionsrättens uppkomst genom en kategorisering i tre rättskällor som kan grunda en sådan rätt: tvingande lag, avtal och analog lagtillämpning. Särskild fokus läggs på den sista kategorin, med en fördjupad metodologisk diskussion om Tingeer-fallets tillämplighet på andra immateriella tjänster. Framställningen avslutas genom att återvända till terminologin. Några radikala förslag på ny begreppsbildning inom doktrin presenteras. Förslagen diskuteras med bakgrund av framställningens resultat och utmynnar slutligen i ett eget förslag på ny begreppsbildning.

2 Begreppet retentionsrätt

Retentionsrätt brukar i doktrin beskrivas som ett till panträtten ”närstående institut av sakrättslig karaktär”.¹¹ Vad detta närmare innebär ska redogöras för i detta kapitel. Först presenteras rättsverkan av en retentionsrätts stiftande. Sedan undersöks dess sakrättsliga karaktär. Detta följs sedan av en undersökning om vilka rationella skäl som retentionsrätten grundar sig i. Slutligen presenteras och diskuteras begreppsbildningen i doktrin där retentionsrätt och legal panträtt ofta behandlas som ett och samma institut.

2.1 Retentionsrättens rättsverkan

2.1.1 Vid gäldenärens konkurs

Vid gäldenärens konkurs är rättsverkan av en giltig retentionsrätt identiska med en giltig handpanträtt. Vid gäldenärens konkurs har borgenären med retentionsrätt (retinenten), som redan nämnt, lika rätt i förmånsrättsordningen som en handpanträtt, FRL 4 § p. 3. Även i konkursförfarandet jämföras retentionsrätt med en handpanträtt i lös egendom, KL 1:5 st. 2. Detta innebär att retinenten enligt KL 8:10 st. 1 har rätt att själv ombesörja att egendomen säljs på auktion. Ska en sådan försäljning ske tidigare än fyra veckor efter edgångssammanträdet krävs konkursförvaltarens samtycke. Borgenären måste dock ge förvaltaren tillfälle att lösa in egendomen minst en vecka före åtgärder vidtas för egendomens försäljning. En annan rättsverkan av retentionsrätt är att konkursförvaltaren som huvudregel behöver retinentens samtycke för att retentionsegendomen ska säljas på annat sätt än genom auktion, om retinentens rätt är beroende av försäljningen, KL 8:7 st. 2. Retinentens samtycke krävs dock inte om det är sannolikt att högre pris uppnås om den säljs på annat sätt än auktion och tillsynsmyndigheten medger det.¹²

¹¹ Undén, Östen, *Svensk sakrätt I. Lös egendom*, 10 uppl., Liberläromedel, Lund, 1976, s. 233. Undéns exakta ord återfinns i ett flertal senare framställningar om retentionsrätten.

¹² Kronofogdemyndigheten är tillsynsmyndighet, KL 7:25.

2.1.2 När gäldenären inte är i konkurs

Även om gäldenären inte är i konkurs är rättsverkan av en retentionsrätt närmast identiska med en handpanträtt.¹³ Retinenten har för det första rätt att innehålla retentionsegendomen från dess ägare eller den som har förfoganderätt över den som säkerhet för fordran på arbetet på egendomen samt vårdkostnader.¹⁴ Retinenten har även rätt att realisera egendomen i enlighet med lagen (1985:982) om näringsidkares rätt att sälja saker som inte har hämtats, eller i enlighet med förfarande som stadgas i speciallag.¹⁵

1985 års lag är tillämplig på näringsidkare som i sin yrkesmässiga verksamhet har tagit emot annas sak för att utföra arbete på saken eller för att förvara den. Om uppdraget är slutfört och beställaren inte har hämtat saken har näringsidkaren rätt att sälja saken för att täcka sin fordran i enlighet med den i lagen uppställda förfarandet. Ett eventuellt överskott från försäljningen, efter att retinentens fordran och försäljningskostnaderna har täckts, ska omedelbart betalas till beställaren, 10 § st. 1.¹⁶ Detta gäller dock inte om beloppet understiger femtio kronor eller att näringsidkaren i enlighet med nämnda lag har sålt saken utan att beställaren har anmanats att hämta den och näringsidkaren inte vet var beställaren kan anträffas, 10 § st. 3. Då tillfaller överskottet näringsidkaren. Om näringsidkaren känner till eller har anledning att anta att annan än beställaren är ägaren till saken, får dock realisation endast ske efter att ägaren i god tid före försäljningen har underrättats om att saken kan komma att säljas och efter vilken tid detta kan ske, 6 §.

Vid utmätning är retentionsrätt helt likställd med panträtt. Av störst praktisk betydelse är antagligen retinentens skydd i situationer då retentionsegendom utmäts för tredje mans fordran. Enligt UB 9:4 st. 2 får inte egendom belastad med retentionsrätt eller handpanträtt säljas för fordran med sämre prioritet i förmånsrättsordningen om köpeskillingen inte räcker till betalning av fordringar förenade med retentionsrätt eller handpanträtt. Andra bestämmelser stadgar t.ex. att retinenten är skyldig att ta emot betalning i förtid vid retentionsegendomens försäljning, UB 8:11. Retinenten har även rätt att begära utmätning utan hinder av

¹³ En tidigare skillnad mot panträtt är att retentionsrätt inte medförde rätt att realisera retentionsegendomen, utan endast att kvarhålla den. Institutet brukade därför i äldre doktrin beskrivas som en svagare säkerhetsrätt än panträtt. Denna skillnad i institutens rättsverkan har successivt suddats ut genom lagstiftning. Se Millqvist, Göran, *Sakrättens grunder*, 9 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2021, s. 241. Se även Undén, s. 234 f.

¹⁴ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 241.

¹⁵ Den nuvarande lagen ersatte lagen (1950:104) om rätt för hantverkare att sälja gods som ej avhämtats.

¹⁶ Detta speglar den panträttsliga principen om att överhypotek alltid ska återbetalas till pantsättaren, HB 10:2, samt förbudet mot förfallspant, AvtL 37 §.

beneficiereglerna, UB 5:13. Om retentionsegendomen tas i förvar för annans skuld innehas den av Kronofogden för retinentens räkning, UB 6:7 st. 3.

Retentionsrätten torde också omfattas av odelbarhetsprincipen, som gäller för panträtter.¹⁷ Denna innebär att *hela* panten utgör säkerhet för fordringen den ska säkra, fram till tidpunkten då det sista öret är betalat. Pantsättaren har t.ex. inte rätt att få tillbaka delar av panten, om den utgörs av flera lösa saker, allteftersom denne betalar av sin skuld.¹⁸ Principen anses också ge panthavaren rätt att realisera vilken del av panten denne vill för täckande av sin fordran.¹⁹

2.2 Retentionsrättens sakrättsliga karaktär

En abstrakt beskrivning av retentionsrättens sakrättsliga karaktär är att en fordran som är förenad med en sådan säkerhetsrätt lyfts ur ett rent obligationsrättsligt förhållande till gäldenären, och istället följer med retentionsegendomen, i likhet med andra belastningar såsom panträtt. Ett annat uttryck för detta är att retentionsrätt inte är accessorisk till en *personlig* fordran.²⁰ Mer konkret innebär detta t.ex. att en bilreparatör med retentionsrätt i en bil kan göra den gällande mot andra än beställaren som denne har ett avtal med. Om bilen är lånad gäller retentionsrätten även mot ägaren. Om bilen istället säljs består retentionsrätten även mot den nya ägaren.²¹ Ett annat exempel är att fordran på vård av upphittad egendom är förenad med retentionsrätt som gäller mot vem som helst som gör anspråk på den med äganderätt.²²

Retentionsrätten gäller även om retentionsegendomen innehades av beställaren med äganderättsförbehåll – även känt som återgångsklausul som innebär att en försäljning av en vara på kredit kan återtas av säljaren vid köparens avtalsbrott eller insolvens – vid tiden för uppdragets utförande. Detta gäller oavsett uppdragstagarens goda tro om äganderättsförbehållet vid slutandet av avtalet. I NJA 1987 s. 312 hade en verkstad utfört reparationer på en bil som beställaren A hade förvärvat från B med äganderättsförbehåll. Efter beställarens uteblivna betalning innehöll verkstaden bilen, varpå parterna kom överens om att överlåta den till verkstaden. Bilen överläts sedan av verkstaden till en ny köpare. Tvist uppstod sedan mellan B och verkstaden om skadestånd för B:s förlorade äganderätt till

¹⁷ Hasselrot, Berndt, *Juridik och politik, första bandet*, Förlagsaktiebolagets i Malmö Boktryckeri, Malmö, 1920, s. 96. Jfr dock Rodhe, Knut, *Handbok i sakrätt*, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1985, s. 458.

¹⁸ Lennander, Gertrud, *Kredit och säkerhet*, 12 uppl., Iustus Förlag, Uppsala, 2020, s. 104.

¹⁹ Lennander, s. 105.

²⁰ Undén, s. 167 f och 235. Se även Lennander, s. 96.

²¹ Undén, s. 243. Se även Hasselrot, s. 36.

²² Undén, s. 235.

bilen. HD fann att verkstaden inte hade förvärvat bilen i god tro om B:s äganderättsförbehåll men att verkstaden ändå hade retentionsrätt till bilen för sin fordran på reparation som kunde göras gällande mot B. Verkstaden hade därför rätt att dra av dessa reparationskostnader från beloppet som denne skulle betala i skadestånd till B.

Slutligen kan det nämnas att retentionsrätten inte kan preskriberas, PreskL 11 §. Likt panträtt kan den göras gällande även efter att fordran som den är förenad med är preskriberad. Även detta anses vara ett uttryck för dess sakrättsliga karaktär, eftersom endast fordringsrätter kan preskriberas.²³

2.3 Funktion och rationalitet

Retentionsrätten syfte har traditionellt ansetts bestå i att utgöra ett tryck på beställaren att betala, snarare än att egendomen ska utgöra en 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.²⁴ Detta till skillnad mot panträtt som tar direkt sikte på pantens förmögensvärde; panten måste därför vara både överlåtbar och ha bytesvärde.²⁵ Denna skillnad mellan instituten speglar också deras respektive historiska samhälleliga funktion. Retentionsrätten har vuxit fram ur tjänsteavtal där uppdragstagaren har fått besittning över motpartens egendom i första hand i syfte att bearbeta eller vårda den – och inte som kreditsäkerhet.²⁶ Panträtt har däremot som institut historiskt vuxit fram ur den konventionella (avtalade) handpanträtten vars funktion i princip uteslutande var att ge långivaren säkerhet vid försträckningsavtal.²⁷ Panthavarens besittning över panten syftar till att ge denne täckning för sin försträckning om låntagaren skulle bli insolvent.

Skälen till varför retentionsrätt endast tillerkänns vissa uppdragstagare tycks främst bestå av värderingen att fordringar uppkomna p.g.a. fysiskt arbete och vård av viss egendom som uppdragstagaren besitter är mer skyddsvärda än andra fordringar med svagare fysisk koppling (konnexitet) mellan uppdragstagarens

²³ Adlercreutz, Axel, Lindskoug, Patrik, *Finansieringsformers rättsliga reglering*, 6 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2020, s. 104.

²⁴ 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. Hästad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl. med supplement, Norstedts Juridik, Stockholm, 2000, s. 349.

²⁵ Undén, s. 168. Se även Hästad, *Sakrätt*, s. 285, särskilt not 7 som dock är något tveksam till om rättsverkan av en pantsättning av egendom utan bytesvärde *alltid* innebär ogiltighet.

²⁶ Lennander, s. 121.

²⁷ Se t.ex. Hästad, *Sakrätt*, s. 348.

arbete och egendomen. Rationaliteten bakom denna motivering tycks främst vila på traditionalistiska grunder där hantverkare alltid haft ”hävdvunnen” rätt att innehålla gods som denne har arbetet på till säkerhet för betalning enligt den numera upphävda HB 17:3 samt andra spridda bestämmelser i HB.²⁸

En annan motivering finns också, som både kan ses som alternativ till och som komplement till den första. 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.²⁹ Av dessa två förklaringsmodeller har den första, inte oväntat, mött kritik av flertalet mer rättsrealistiskt lagda författare. Kritiken består till huvuddelen av ett ifrågasättande av att det anses mer stötande att en uppdragstagare som har lagt ner fysiskt arbete på egendom – som denne också besitter – måste lämna ifrån sig den till beställaren utan att få betalt jämfört med uppdragstagare som inte har lagt ner fysiskt arbete eller vård på egendomen såsom sysslomän, fraktare eller mäklare.³⁰

2.4 Legal panträtt som retentionsrätt? – om begreppsbildningen

Inom doktrin behandlas retentionsrätt och legal panträtt ofta som ett och samma institut, vars terminologiska åtskillnad kan reformeras till ett enda. Vissa författare benämner av denna anledning de legala panträtterna som legala retentionsrätter.³¹ De legala panträtterna har, som åtskilliga författare har påpekat, små egentliga likheter med konventionell handpanträtt när det kommer till uppkomst och samhällelig funktion.³² Istället är likheterna med retentionsrätterna större: de legala panträtterna syftar dels till att gynna vissa särskilt skyddsvärda uppdragstagare, och dels för att se till att personer inte avhålls från att utföra vissa särskilt viktiga tjänster, såsom bärgning.³³ I denna framställning kommer den terminologiska åtskillnaden att upprätthållas prima facie. En god begreppsbildning bör enligt min mening göras i ett dialektiskt samspel med materialet som det avser systematisera, snarare än att utifrån en idealistisk form tvinga på systematiken på materialet. Frågan om begreppsbildningen är motiverad/försvarbar kommer

²⁸ Hellner, s. 141.

²⁹ Hessler, Henrik, *Allmän sakrätt: om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer*, P.A. Norstedt och Söners Förlag, Stockholm, 1973, s. 371.

³⁰ Hessler, s. 371. Se även Undén, s. 238.

³¹ Lennander, s. 121. Se särskilt Rodhe, *Sakrätt*, s. 443–6., samt Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 241 som upprätthåller skillnaden men förespråkar ett enda begrepp. Jfr Hästad, Torgny, *Sakrätt*, s. 27 och s. 350, som tolkar detta som ”terminologisk slapphet” från lagstiftarens sida och som inte föranleder ändrad terminologi, även om skillnaden enligt författaren är utan praktisk betydelse.

³² Undén, s. 220 f. Rodhe, *Sakrätt*, s. 389 och s. 440. Se särskilt Hasselrot, s. 48.

³³ Hessler, s. 371.

därför att diskuteras först i slutet av denna framställning när retentionsrättens institut och systematik är avhandlat.

2.5 Sammanfattning av kapitlets slutsatser

En giltig retentionsrätt ger i princip samma rättsverkan som en giltig handpanträtt. Om gäldenären är i konkurs har retinenten en särskild förmånsrätt i retentionsegendomen med samma rätt som handpanträtt. I konkursförfarandet likställs också en retentionsrätt med handpanträtt, och ger bl.a. retinenten möjlighet att själv sälja egendomen. Om gäldenären inte är i konkurs har retinenten, liksom en panthavare, rätt att begära utmätning utan hinder av beneficiereglerna samt åtnjuter skydd mot ogynnsam försäljning p.g.a. begäran om utmätning av samma egendom av tredje man med sämre förmånsrätt. Retentionsrättens sakrättsliga karaktär innebär att den likt panträtt kan göras gällande mot vem som helst som är ägare av retentionsegendomen. Den gäller även i egendom som belastas med äganderättsförbehåll. Att endast vissa uppdragstagare kan ha retentionsrätt har dels motiverats av traditionalistiska skäl och dels samhällsekonomiska skäl där vissa typer av uppdrag bör skyddas eftersom de anses särskilt viktiga för samhället såsom bärning. Dessas funktioner liknar de legala panträtterna, som flertalet författare anser borde behandlas som ett enda institut begreppsligt och terminologiskt. Den terminologiska åtskillnaden upprätthålls prima facie i denna framställning. Förslagen på begreppslig reform diskuteras först i slutet av uppsatsen.

3 Förutsättningar för retentionsrättens uppkomst

Vissa allmänna krav uppställs för att retentionsrättens stiftande ska vinna giltighet med sakrättslig verkan. Först (1) förutsätts någon form av avtalsförhållande som innebär att uppdragstagaren får annans egendom i sin (2) besittning eller kontroll. Sedan måste (3) ett samband finnas mellan arbetet som har givit upphov till fordran och den innehållna egendomen som arbetet har berikat, även känt som konnexitet. Arbetet måste därutöver ha skett i (4) god tro om att egendomen tillhör beställaren/huvudmannen eller att denne hade rätt att förfoga över den. Slutligen (5) kan det i vissa fall krävas att det inte föreligger ett oproportionerligt förhållande mellan fordran och den retentionsegendomen som den ska säkra. I denna del redogörs för dessa krav i detalj.

3.1 Avtalsförhållandet

Retentionsrätt figurerar i ett antal avtalstyper. Gemensamt för dessa är att det närmast uteslutande handlar om uppdragsavtal. Förhållandet mellan uppdragsavtal med andra avtalstyper brukar beskrivas med följande systematik. Först dras en gräns mellan avtal som rör köp eller tjänst. Sedan delas tjänsteavtalet in i anställning eller uppdrag.³⁴

Köp innebär att egendom mot vederlag i pengar övergår med äganderätt från ett rättssubjekt till ett annat.³⁵ Tjänst handlar däremot om skapandet av en förpliktelse för en avtalspart att utföra något, ofta benämnt som *uppdrag* eller *arbete*. Handlar avtalet om *tillverkning* av en lös sak som ska ägas av beställaren är det avgörande för gränsdragningen vem som ska tillhandahålla en väsentlig del av materialet. Om det är uppdragstagaren föreligger ett köp, KöpL 2 § st. 2. Om det istället är beställaren som ska tillhandahålla en väsentlig del av materialet föreligger tjänst.³⁶ I flertalet lagar om köp finns särskilda bestämmelser om tjänster i samband med köpet, t.ex. köparens respektive säljarens vårdplikt om varor, KöpL 72–75 §§. Här handlar det fortfarande om distinkta avtalstyper som utgör delar av ett större avtal, även känt som blandade avtal, och inte

³⁴ Hellner, s. 100 f.

³⁵ Håstad, *Köprätt – och annan kontraktsrätt*, 6 uppl., Iustus Förlag, Uppsala, 2009, s. 27. Köp ingår i överlåtelse (singularsuccession) som också innefattar byte och gåva.

³⁶ Denna systematik har dock inte konsekvent följts inom konsumentförhållanden. Där gäller istället att tillverkning, oavsett vem som tillhandahåller materialet, omfattas av konsumentköplagen, KKL 2 § st. 1, KtjL 2 § p. 1.

om en gränsdragning i verklig mening.³⁷ Gränsdragningen mellan köp och tjänst i verklig mening aktualiseras främst vid avtal om leverans av tämligen speciella tillgångar. I ett hovrättsavgörande fann domstolen att leverans av elektrisk kraft utgjorde köp.³⁸ Domstolen beaktade att avtalet ansåg leverans snarare än distribution samt att el i likhet med annan egendom kan produceras på en viss plats och levereras till en annan plats där säljaren får betalat för en viss kvantitet som även kan vara behäftad med faktiska fel som annan fysisk egendom. Någon prövning av frågan av en prejudikatinstans finns – i skrivande stund – inte att tillgå.

Anställning är en speciell typ av tjänsteavtal. Ingen legaldefinition finns, utan gränsen fastställs i praxis där en helhetsbedömning görs efter vissa kännetecknande *kriterier* snarare än rekvisit.³⁹ Tanken med denna lagstiftningstekniska lösning är att rättstillämparen kan anpassa det civilrättsliga anställningsbegreppet efter förändrade produktions- och samhällsförhållanden, med målsättningen att uppnå balans mellan arbetsmarknadens parter.⁴⁰ Anställningsavtalet kännetecknas av ett varaktigt avtalsförhållande med rätt för arbetsgivaren att leda och instruera arbetstagaren på arbetsplatsen. Andra kännetecken är att arbetstagaren alltid är en fysisk person som är personligt arbetskyldig, inordnad i en verksamhet såsom en lokal, inte äger arbetsverktygen samt arbetar mot vederlag.⁴¹ Ytterligare ett kännetecken för anställning är att denne står i beroendeställning mot sin avtalspart.⁴²

3.1.1 Arbete på annans egendom

Arbete på annans egendom, även känt som arbetsbeting, kan grunda retentionsrätt. Avtalstypen kännetecknas som arbete på annans lösa sak eller fasta egendom där arbetsresultatet är fysiskt.⁴³ Avtal om vård eller förvaring omfattas inte av denna kategori i denna framställning.⁴⁴

Vid konsumentförhållanden är retentionsrätten kodifierad i KtjL 49 § med rätt för näringsidkaren att innehålla lös sak som denne besitter till säkerhet för fordran på grund av uppdraget. Innehållanderätten för näringsidkaren består fram till betalning eller, vid tvist om betalningen, till konsumenten ställer godtagbar säkerhet för det belopp som näringsidkaren har krävt. Avser avtalet istället arbete på fast egendom har inte näringsidkaren någon retentionsrätt. Av förarbetena till KtjL, som också är tillämplig på arbete på fast egendom enligt KtjL 1 § st. 1 p. 2,

³⁷ Se t.ex. NJA 2001 s. 138 om köp och leverans samt installation av en värmepanna. Utgångspunkten för HD:s bedömning var att avtalet utgjorde en blandning av olika moment som i sig var klara köp eller tjänst. Frågan var istället vilken lag som skulle tillämpas på avtalet i sin helhet.

³⁸ Dom den 4 november 2011 Hovrätten för övre Norrland, Mål 154-10.

³⁹ Se Källström, Kent, Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet*, 5 uppl., Iustus Förlag, Uppsala, 2019, s. 26.

⁴⁰ Sigeman, Tore, Sjödin, Erik, *Arbetsrätten: en översikt*, 7 uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 28. Se även prop. 1975/76:105, bilaga 1, s. 13.

⁴¹ Källström & Malmberg, s. 27 f.

⁴² Se t.ex. AD 1978 nr 7. Motsatt utgång i AD 1982 nr 134 och AD 1979 nr 12 där samma resonemang fördes av domstolen.

⁴³ Även känt som materiellt arbetsbeting, i motsats till immateriella sådana där resultatet inte har en fysisk manifestation. Se Hellner, s. 89.

⁴⁴ Se KtjL 1 § st. 1 p. 1 och p. 3 som indikerar att materiellt arbetsbeting och förvaring rör sig om olika tjänsteavtal.

framgår att rekvisitet ”lös sak” i 49 § ska tolkas e contrario och därmed utesluta retentionsrätt för arbeten på fast egendom.⁴⁵

Utanför konsumentförhållanden finns ingen direkt tillämplig lag för arbetsbeting. När avtalet avser arbete på lös sak kan retentionsrätt enligt praxis ändå uppstå, även om parterna inte explicit avtalat om detta. I NJA 1985 s. 205 uttalade HD att den retentionsrätt som tidigare tillerkändes ”hantverkare” enligt den upphävda HB 17:3 st. 3 fortfarande gällde eftersom lagstiftaren inte fann det behövt att ha en särskild regel om hantverkares förmånsrätt och därmed inte åsyftade någon ändring i rättsläget.⁴⁶ Målet rörde ett bolag som fick i uppdrag att bearbeta plåt som tillhörde ett annat bolag som sedan gick i konkurs. HD fann att hantverkares retentionsrätt i bearbetat gods även omfattade industriidkare, och gällde i egendom som lämnats in för ”reparation, bearbetning eller dylikt”.

Avtal om arbete på annans fasta egendom utanför konsumentförhållanden kan inte grunda retentionsrätt. Detta kan utläsas indirekt av förarbetena till KtjL 49 § samt doktrinen avsaknad av behandling av ämnet, antagligen p.g.a. att det ansågs så pass självklart att en förklaring var obehövlig.⁴⁷ Av förarbetena uttalas det att retentionsrätt i fast egendom är svårförenligt med inskrivningsväsendet.⁴⁸ Fast egendom kan, p.g.a. sin fysiska karaktär, inte besittas sakrättsligt. Säkerhetsrätt i fast egendom är därför alltid hypotekariskt. Den roll som besittningen har för lösa saker vid sakrättsliga frågor innehas istället av inskrivningsväsendet. T.ex. kräver panträtt i fast egendom först ett inpteckningsförfarande, JB 6 kap. Andra exempel är förvärv av äganderätt genom hävd eller god tro, som båda förutsätter lagfart, JB 16:1 och JB 18:1. Retentionsrätt i fast egendom kan inte skrivas in hos inskrivningsmyndigheten och är därför inte möjlig.

3.1.2 Vård och förvaring

Avtal om vård eller förvaring (deposition) av lös sak kan grunda retentionsrätt. En generell bestämmelse som rör denna avtalstyp kan återfinnas i HB 12:8 som stadgar att den som å nedsatt gods nödvändig kostnad gjort eller betalt hyra för det rum där godset förvaras kan kräva betalning av ägaren till godset före godset ska återgivas. Det kan noteras att både fordran på nödvändig vård och ren förvaring är förenade med retentionsrätt. En liknande bestämmelse finns i HB 11:3 som ger den som lånat något av annan och med ägarens vilja gjort nödvändig

⁴⁵ Prop. 1984/85:110 s. 328 och SOU 1979:36, s. 399 f, 403 f och 508.

⁴⁶ Prop. 1970:142 s. 113 och SOU 1969:5 s. 102.

⁴⁷ Se t.ex. Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 395 f, som endast behandlar frågan i den situationen när en fastighet fränhånds någon genom klander och personen har nedlagt kostnader för vård på fastigheten.

⁴⁸ SOU 1947:38 s. 234 f.

kostnad på egendomen rätt att innehålla denna för egen eller annans skuld.⁴⁹ 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. I praxis har även fordringar som uppstått vid vård av levande djur kunnat förenas med retentionsrätt, då KtjL inte är direkt tillämplig.⁵⁰

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 illustrativt 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. I KKL finns inga uttryckliga bestämmelser om vårdplikt, men det bör inte e contrario tolkas som hinder mot att säljaren den enligt allmänna kontraktsrättsliga omsorgsplikten kan ha en sådan skyldighet, som sedan kan grunda retentionsrätt.⁵¹ Ett annat exempel är KtjL 50 § som stadgar att den näringsidkare som utöver sin retentionsrätt också är skyldig att vårda retentionsegendomen som innehålls samt att även dessa vårdkostnader till den del de är skäligen förenade med retentionsrätt.

Till sist kan även nämnas retentionsrätt vid olika typer av fynd. Enligt 3 § lagen (1938:121) om hittegods har ägaren till godset rätt att återfå denna endast om han eller hon betalar fordran på vårdkostnader till upphittaren och Polismyndigheten. Om vårdfordran inte betalas tillfaller istället äganderätten till godset tillika skulden för dess vård till upphittaren, 4 § samma lag. Skulle upphittaren inte heller betala Polismyndighetens vårdfordran tillfaller istället äganderätten till godset Polismyndigheten. En nästintill identisk reglering finns i 4 § lagen (1918:163) med vissa bestämmelser om sjöfynd.

3.1.3 Kommission och handelsagentur

Av de uppdragsavtal med mellanmansrättslig karaktär är kommission och handelsagentur de två typerna som med uttryckligt lagstöd ger uppdragstagaren retentionsrätt i huvudmannens egendom till säkerhet för uppdragstagarens fordran på provision och annan ersättning. Gemensamt för dessa två avtalstyper är att det föreligger ett köpavtal om lös egendom mellan huvudmannen och tredje man.

⁴⁹ Med lån avses i denna traditionella mening endast lån av lös sak utan motprestation. Om ersättning ska utgå rör det sig istället om hyra. Se Bengtsson, s. 69. Om egendomen är fungibel utgör avtalet en försträckning. Se Lennander, s. 25.

⁵⁰ NJA 1992 s. 574. KtjL är inte tillämplig på förvaring av levande djur, KtjL 1 § st. 1 p. 3.

⁵¹ Jfr Ramberg, Jan, Herre, Johnny, *Allmän köprätt*, 9 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2019, s. 205 f, som istället grundar en sådan vårdplikt i analog tillämpning av KöpL.

KommL är enligt dess 1 § tillämplig på uppdragsavtal där någon i eget namn men för annans räkning säljer eller köper lös egendom, och har i praxis även tillämpats på bulvanförhållanden.⁵² HAL avser istället, enligt dess 1 §, situationer där någon i en näringsverksamhet har avtalat med en annan, huvudmannen, att för dennes räkning självständigt och varaktigt verka för försäljning eller köp av varor genom att ta upp anbud till huvudmannen eller sluta avtal i dennes namn. Med varor avses lösa saker i allmänhet, men inte byggnad på annans mark, värdepapper och rättigheter av olika slag såsom tomträtt och bostadsrätt.⁵³

Enligt KommL 15–6 §§ har kommissionären (uppdragstagaren) till säkerhet för fordran på provision eller annan ersättning hos kommittenten (huvudmannen) panträtt i kommittentens varor som kommissionären med anledning av uppdraget har köpt in eller tagit emot för försäljning, om kommissionären har varorna i sin besittning eller motsvarande kontroll. Enligt KommL 17 § har kommissionären rätt att innehålla material och handlingar som tillhör kommittenten och som kommissionären tagit emot för att fullgöra uppdraget (retentionsrätt). Denna retentionsrätt kan till skillnad mot panträtten redan utövas om kommissionären har starka skäl att anta att kommittenten inte kommer att betala fordran på provision eller annan ersättning. 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.⁵⁴

Samma åtskillnad mellan pant- och retentionsrätt finns inte i HAL 15 § där retentionsrätten istället har omslutit panträtten.⁵⁵ 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. Vad som utgör annan ersättning än provision överensstämmer i stort med KommL:s bestämmelser; krav på ersättning eller åtgärder enligt HAL 32 §, avgångsvederlag och skadestånd.⁵⁶

⁵² Se t.ex. NJA 2020 s. 384 om köp av bostadsrätt där KommL befanns tillämplig.

⁵³ Prop. 1990/91:63 s. 52.

⁵⁴ Prop. 2008/09:88 s. 110.

⁵⁵ Bestämmelsen brukar endast betecknas som en retentionsrätt. Hästad, Torgny, *Köprätt*, s. 339.

⁵⁶ Prop. 1990/91:63 s. 81.

3.1.4 Frakt och bärgning

Fordran på frakt samt vård av fraktgodset är förenade med retentionsrätt i fraktgodset enligt ett antal lagar på detta område. I dessa sammanhang är det av synnerlig vikt för fraktföraren att snabbt kunna göra sig av med fraktgodset vid ankomst eftersom kostnaderna för vård och förvaring samt tull och andra avgifter kan bli mycket höga.

Vid vägfrakt inom Sverige gäller enligt lagen (1974:610) om inrikes vägtransport 20 § att fraktaren har rätt att innehålla fraktgodset vid bestämmelseorten (destinationsorten för frakten enligt fraktavtalet) om denne inte får betalt enligt avtal och om tvist uppstår. Fraktaren är skyldig att vårda gods som innehålls och har rätt att i enlighet med 26–27 §§ samma lag att sälja den för att täcka sin fordran på frakt och vård. Lagen gäller dock inte brevbefordran, begravningstransporter, eller befordran av flyttsaker, 2 § st. 1.

Vid sjöfrakt gäller enligt SjöL 3:43 att fraktens fordringar på frakt och åtgärder som fraktaren med stöd av behörighet enligt samma lag har vidtagit för fraktgodsets behov är förenade med sjöpanträtt. En sådan säkerhetsrätt ger också fraktaren rätt att innehålla egendomen enligt SjöL 13:20 om denne inte får betalt för dessa fordringar.

Fordringar till följd av bärgning av fartyg är också förenade med sjöpanträtt i det bärgade fartyget enligt SjöL 3:36. En liknande bestämmelse finns om bärgning av luftfartyg enligt luftfartslagen (2010:500) 10:3.

3.1.5 Rumsuthyrning

Det fanns tidigare en allmän rätt för fastighetsägare att till säkerhet för fordran på hyra eller arrende kvarhålla nyttjanderättshavarens lösöre som finns på fastigheten.⁵⁷ Dessa bestämmelser upphävdes i och med FRL:s ikraftträdande med ett enda undantag: lagen om (1970:980) retentionsrätt för fordran hos hotellgäst. Lagen ger näringsidkaren rätt att både kvarhålla resgods som gästen medfört som säkerhet för fordran på ersättning för rummet, kost eller annan tjänst med anledning av vistelsen, och även att sälja den efter ett år i enlighet med nuvarande 2–12 §§ i lagen (1985:982) om näringsidkares rätt att sälja saker som inte har hämtats. Upplåtelsen behöver inte nödvändigtvis vara yrkesmässig utan kan även avse enstaka uthyrning.⁵⁸

⁵⁷ Undén, s. 237 f. Se även departementschefens motivering i prop. 1970:142 s. 92 f.

⁵⁸ Prop. 1970:142 s. 157 f.

3.1.6 Bostadsrättsförenings avgifter

En bostadsrättsförenings fordran på bostadsrättshavaren för avgifter till föreningen enligt BRL 7:14 st. 1 är förenad med legal panträtt i själva bostadsrätten, BRL 7:16 a. Dessa avgifter är insats vid upplåtelse av bostadsrätt, årsavgift, och om det anges i stadgarna, upplåtelseavgift, överlåtelseavgift, panträttningsavgift och avgift för andrahandsupplåtelse. En sådan legal panträtt har företrädare framför panträtt som bostadsrättshavaren har upplåtit, BRL 7:16 a st. 2. Denna 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 förfallodagen, BRL 7:31.

3.2 Konnexitet

För att en fordran ska vara förenad med retentionsrätt krävs det också ett samband (konnexitet) mellan arbetet som har gett upphov till fordran och egendomen som arbetet har berikat. Till viss del framgår detta redan av avtalstypen som beskriver uppdragstagarens rättsförhållande till beställarens/huvudmannens egendom som denne har i sin besittning eller kontroll. För att kravet på konnexitet ska vara uppfyllt krävs dock något ytterligare, som skär bort vissa fordringar från att förenas med retentionsrätt. Vad detta något *ytterligare* består av beror på vilken avtalstyp det rör sig om.

T.ex. kan inom avtalstypen arbete på annans egendom endast fordran som har uppkommit på grund av det specifika uppdraget vara förenad med retentionsrätt, KtjL 49 §, där även kostnader för avbeställning enligt KtjL 42 § omfattas.⁵⁹ Där emot kan inte retentionsrätt medges för fordran från tidigare uppdrag. Samma krav på konnexitet gäller utanför konsumentförhållanden.⁶⁰ För fordringar på vård finns, förutom nyss nämnda krav på att fordran ska ha uppkommit på grund av det specifika uppdraget, ytterligare ett krav som skär bort vissa fordringar. Detta ytterligare krav består i att retentionsrätt endast kan förenas med dess vårdfordringar som varit *nödvändiga* eller *försvarliga*. KtjL 50 § stadgar att vårdkostnaderna måste vara skäligen, medan det i KöpL 75 § talas om försvarlighet. Både i HB 12:8 om förvarare och i HB 11:3 om låntagare uppställs krav på att vårdfordran ska vara nödig.

⁵⁹ Prop. 1984/85:110 s 328 f.

⁶⁰ Se NJA 1985 s. 205 som rörde ett bolag som fick i uppdrag att bearbeta plåt som tillhörde ett annat bolag som sedan gick i konkurs. Bolaget som var uppdragstagare gjorde gällande att det hade retentionsrätt i all plåt som den hade i sin besittning, oavsett om den var bearbetad eller inte. HD fann dock att uppdragstagaren endast hade retentionsrätt i den bearbetade plåten.

När det kommer till kommissionsförhållanden finns däremot en utvidgad konnexitet som är mycket generösare mot uppdragstagaren. Här begränsas inte uppdragstagarens retentionsrätt till fordringar som avser arbete på just den innehållna egendomen. Istället kan uppdragstagaren även göra gällande andra fordringar som uppkommit från tidigare uppdrag som faller inom området för en näringsverksamhet som huvudmannen bedriver, KommL 15 § st. 2, även kallad för kopplad panträtt.

3.3 God tro

Uppdragstagaren som har utfört en tjänst på egendom måste ha gjort det i god 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.⁶¹ I NJA 2008 s. 282 hade en person i god tro köpt en stulen båt som sedan vindicerades från köparen enligt GfL. Köparen hade efter dennes förvärv lagt ner kostnader för utrustning och förbättringar på båten, som denne gjorde gällande mot den bestulne. Vidare gjorde köparen också gällande att dennes fordran på förbättringskostnader var förenade med retentionsrätt i båten, och därmed gav denne rätt att innehålla den. HD uttalade att det handlade om kostnader som kommit ägaren till godo och fann inte skäl för att avvika från den allmänna principen om retentionsrätt för ersättning för nödiga och nyttiga kostnader vid återbäring av egendom som tillkommer annan.

Det allmänna kravet på god tro gäller dock inte för kostnader för vård på egendomen som har varit *nödvändiga*.⁶² I Tingeer-fallet uttalar HD – obiter dictum – att det som en allmän princip gäller att den som har annans egendom i sin besittning och som har haft nödvändig kostnad för vård av egendomen eller annars i god tro lagt ned en nyttig kostnad på den har retentionsrätt i egendomen för sin kostnad.⁶³ Kravet på god tro kan e contrario tolkas som att det inte gäller för nödvändiga kostnader. Sådana fordringar kan även en ondtröende uppdragstagare göra gällande med retentionsrätt.

3.4 Sakrättsmoment

För att retentionsrätt ska få verkan mot tredje man måste ett sakrättsmoment ha skett. Vad detta moment ska bestå av sammanfaller med de allmänna sakrättsliga principerna som är beroende av respektive egendomstyp.⁶⁴ Vid retentionsrätt till lösa saker i allmänhet gäller traditionsprincipen. T.ex. uppställs i de lagreglerade

⁶¹ Detta fastslogs redan i NJA 1936 s. 650. Se även Hellner, s. 146.

⁶² NJA 1987 s. 312. Se även Bengtsson, s. 144.

⁶³ HD:s domskäl p. 23.

⁶⁴ Se t.ex. HD:s domskäl p. 42 i Tingeer-fallet. Se även SOU 2005:120 s. 226.

avtalstyperna krav på besittning till den innehållna egendomen, KtjL 49 §, KöpL 72 §. Det handlar alltså om samma krav på pantsättarens rådhetsavskärande som vid handpanträtt.⁶⁵

Om egendomen inte är besittningsbar gäller istället denuntiationsprincipen eller registrering. Till kategorin av icke besittningsbar lös egendom hör t.ex. immateriellrätter, andelsrätter och fordringar.⁶⁶ Helt klart är att retentionsrätt kan stiftas i icke-fysisk egendom. Enligt KommL:s bestämmelser om kommissionärens panträtt till huvudmannens varor krävs antingen besittning eller kontroll, KommL 15 §. KommL 1 § anger att lagens tillämpningsområde inte begränsar sig försäljning av lösa saker. Även fordringar, immaterialrätter, nyttjanderätter och panträtter omfattas.⁶⁷ Även bostadsrätter har enligt praxis kunnat omfattas.⁶⁸

3.5 Proportionalitet

3.5.1 Enligt bestämmelser i lag

Retentionsrättens uppkomst begränsas slutligen också av vad som kan beskrivas som proportionalitetshänsyn. I de lagreglerade avtalstyperna har viss ledning getts för bedömningen. 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 HAL 15 § st. 1. Dessa bestämmelser är i linje med vad som uttalats i äldre praxis om retentionsrättens begränsning eftersom den till skillnad mot panträtt även kan ta sikte på annat än egendomens försäljningsvärde; egendom som har betydelse för huvudmannen personligen. Rodhe tar som exempel annans ransoneringskort, skriftlig fullmakt eller en gäldenärs räkenskapsböcker från konkursförvaltare.⁶⁹

3.5.2 Enligt praxis

Även vid avtalstyper utan direkt lagreglering finns krav på proportionalitet. I NJA 1981 s. 1050 fann HD att en revisor inte hade retentionsrätt till räkenskapsmaterial som hade överlämnats till denne i samband med uppdraget. HD uttalade att retentionsrätt till sådant material skulle utgöra ett för kraftigt påtryckningsmedel. Den näringsidkare som var uppdragsgivare skulle kunna vara i så stort behov av materialet att denne riskerade att godta även oskäligen ersättningsanspråk från

⁶⁵ Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 210–4.

⁶⁶ Det ska även tilläggas att ett banktillgodohavande inte heller kan besittas, NJA 1994 s. 480. Endast fysisk egendom kan enligt min mening besittas. Eftersom banktillgodohavanden utgör fordran och inte förvaring kan inte dessa besittas. Jfr dock Linskogs tillägg i NJA 2011 s. 524.

⁶⁷ Prop. 2008/09:88 s. 88.

⁶⁸ Se NJA 2020 s. 384 där KommL tillämpades på ett bulvanförhållande där en person köpte en bostadsrätt i eget namn för annans räkning.

⁶⁹ Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 397.

revisorns sida. 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.⁷⁰

I praxis har det också uppställts ett proportionalitetskrav som 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.

HD konstaterade först att beställarens underlåtelse att betala fordran för avmontering inte var för ett otillbörligt syfte. HD uttalade sedan att sagda fordran *i sig* var relativt obetydligt samt endast utgjorde någon procent av den innehållna båtmotorns marknadsvärde.⁷¹ HD beaktade även att motorn hade ett bruksvärde för ägaren i form av uteblivna fritidsaktiviteter, vars värde svårigen kunde översättas i pengar. Sammantaget fann HD att retentionsrätt inte förelåg. Rättsfallets prejudikatvärde är omdiskuterat.⁷² Intressant är att lagstiftaren i förarbetena till KtjL valde att inte uttryckligen införa ett krav på proportionalitet i lagtexten, men samtidigt uttalade att prejudikatet i nys nämnda rättsfall från 1979 fortfarande gäller.⁷³

I ett senare avgörande, NJA 1985 s. 205, fann HD att retentionsrätt kunde göras gällande för en fordran om 1641 kr, trots att den innehållna egendomen värderades till 102 348 kr och 20 öre. Det rörde sig alltså om en fordran som motsvarade 1,6 procent av den innehållna egendomens värde. Vidare uttalade HD att ”förhållandet mellan fordringens storlek och värdet av den aktuella egendomen är [...] i

⁷⁰ Vid beställarens konkurs finns numera förbud enligt lag att innehålla dennes räkenskapsmaterial mot konkursförvaltaren, KL 7:12 st. 2.

⁷¹ Det kan poängteras att marknadsvärdet enligt tingsrättens dom översteg 4000 kr.

⁷² Se Strömgren, s. 258 f, som fäster vikt vid att andra omständigheter i fallet än förhållandet mellan fordringsbeloppet och den innehållna egendomens marknadsvärde. Jfr Hellner, s. 142 som istället ser rättsfallet som stöd för att det ska röra sig om ”extrema fall” av oproportionalitet för hinder mot retentionsrätt.

⁷³ Strömgren, s. 256 f.

allmänhet utan betydelse (jfr dock NJA 1979 s 670).” Enligt min mening begränsar sig kravet på proportionalitet i NJA 1979 s 670 till situationer när (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.⁷⁴ Om gäldenären har underlåtit att betala för ett otillbörligt syfte bortfaller dock kravet på proportionalitet. Det kan således inte beskrivas som ett allmänt krav på proportionalitet.

3.6 Den internationella privaträttsliga dimensionen

Rör sig egendom över nationella gränser behöver den internationella privaträttsliga dimensionen beaktas som en sjätte förutsättning för retentionsrättens uppkomst. För frågan om vilket lands sakrättsliga lag som ska tillämpas är huvudregel principen om *lex rei sitae*; lagvalet styrs av i vilket land egendomen befann sig vid tidpunkten för den händelse (överlåtelse, pantsättning, etc.) vars sakrättsliga verkningar ska bedömas.⁷⁵ Är egendomen en fordran finns flera förslag inom doktrin om var den anses befinna sig. Den mest vedertagna lösningen är att fordran befinner sig där gäldenären har sitt hemvist eller säte.⁷⁶ Undantag från *lex rei sitae* gäller dock för speciella typer av egendom såsom registrerade fartyg och luftfartyg, finansiella instrument, immaterialrätter och annat som kan registreras såsom företagsinteckningar.⁷⁷

För retentionsrätten uppstår två frågor. Den första är om retentionsrätt i lös sak består, om saken tillfälligt förflyttas till ett annat land. Man kan t.ex. tänka sig att en reparatör av tekniskt avancerade maskiner ibland behöver skicka maskinen utomlands, till en annan verkstad eller möjligtvis utkontraktera. Låt oss anta att retentionsrätt inte erkänns i det landet. Har reparatören förlorat sin retentionsrätt vid beställarens betalningsdröjsmål eller konkurs? Enligt min mening bör svaret i denna situation bli nekande p.g.a. den fortsatta starka anknytningen till Sverige. Enligt praxis bryts inte anknytningen till ett land om egendomen endast tillfälligt befinner sig i ett annat land.

I NJA 1984 s. 693 fann HD att tysk lag skulle tillämpas i fråga om utmätning av en i Tyskland registrerad bil som befann sig i Sverige på tillfälligt besök eftersom den haft en beaktansvärd anknytning till Tyskland. Målet rörde verkan av en säkerhetsöverlåtelse som skedde i Tyskland men som enligt svensk rätt inte kunde accepteras. I målet var ägaren folkbokförd i Sverige, men

⁷⁴ Strömberg, s. 259 f.

⁷⁵ Bogdan, Michael, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 8 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 268 f. Det kan noteras att principen gäller för både lös- och fast egendom.

⁷⁶ Bogdan, s. 277.

⁷⁷ Bogdan, s. 276–9.

bedrev verksamhet i Tyskland. HD beaktade även omständigheten att förvärvaren/överlåtaren vid överlåtelsetillfället haft anledning att räkna med att egendomen skulle föras utomlands.⁷⁸ Av intresse är HD:s principiella uttalanden – obiter dicta – om att bedömningen utgör en avvägning mellan svenska borgenärens intressen av enkelhet och ordning, bl.a. bestående av att inte behöva beakta annat än svensk lag och de utländska borgenärernas intresse av att inte lida rättsförlust vid förflyttning av belånad egendom. En sådan avvägning måste, enligt HD beakta den internationella handelns utveckling och handelspolitiska samarbetet mellan olika länder. Betydande skäl talar således för att svensk sakrätt ska tillämpas om retentionsegendom tillfälligt befinner sig utomlands.

3.7 Sammanfattning av kapitlets slutsatser

Retentionsrätt uppstår som huvudregel i uppdragsavtal avseende lös egendom. Några enstaka undantag finns dock enligt lag såsom uthyrning av rum i hotellverksamhet och bostadsrättsförenings retentionsrätt i gäldenärens bostadsrätt för avgifter. Konnexitet i allmän mening beskriver sambandet mellan arbetet som ger upphov till fordran och egendomen som arbetet har berikat, som först kan anses framgå av kravet på avtalsförhållandet. Ytterligare begränsningar finns dock för att konnexitet som krav ska anses vara helt uppfyllt. Dessa krav kan t.ex. vara att arbetet som ger upphov till fordran måste vara försvarliga eller nödvändiga för att fordran ska kunna förenas med retentionsrätt.

Ett annat allmänt krav är att uppdragstagarens fordringar måste ha uppkommit i god tro om att beställaren/huvudmannen hade rätt att förfoga över egendomen. Detta gäller dock inte nödvändiga kostnader där även en ondtroende uppdragstagare har retentionsrätt. Kravet på proportionalitet som uppställs i praxis begränsas enligt min mening till situationer när (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.

⁷⁸ Se även NJA 1978 s. 593, som HD hänvisar till i fråga om bedömningen om parterna hade anledning att anta att säkerhetsobjektet skulle förflyttas till ett annat land.

4 Retentionsrättens upphörande och dispositivitet

I detta kapitel avhandlas några övriga frågor om retentionsrätten. Det handlar för det första om retentionsrättens upphörande genom antingen betalning eller ställande av godtagbar säkerhet, något som regleras i flertalet lagar. För det andra behandlas den viktiga frågan om vilka retentionsrätter som är dispositiva och som därmed ger parterna möjlighet att i vart fall i det egna avtalsförhållandet skydda sig mot uppkomsten av en sådan säkerhetsrätt.

4.1 Upphörande genom ställande av säkerhet

I flertalet lagar stadgas att retinentens innehållanderätt upphör när säkerhet ställs för retinentens fordran. I doktrin råder enighet om att retentionsrättens upphörande genom ställande av säkerhet inte är en allmän princip, utan kräver lagstöd eller avtal.⁷⁹ I det följande ska frågan om vad som kan godtas som säkerhet behandlas.

4.1.1 Arbete på annans egendom

Enligt KtjL 49 § upphör näringsidkarens retentionsrätt om konsumenten ställer godtagbar säkerhet. Ett exempel som nämns i förarbetena är bankdeponering med villkor som innebär att beloppet endast kan lyftas med båda parternas samtycke.⁸⁰ Näringsidkaren behöver dock inte acceptera ett annat objektivet sett värdefullt föremål som säkerhet, om dess eventuella realisation kan innebära besvär för näringsidkaren.⁸¹

Frågan är om detsamma kan anses gälla utanför konsumentförhållanden. Om parterna inte har avtalat om det bör enligt min mening retentionsrätten inte kunna upphöra genom ställande av säkerhet, vilket är i enlighet med den principiella utgångspunkten som fastslagits i doktrin. Retentionsrätten ger, likt panträtten, rättighetsinnehavaren befogenhet att realisera den innehållna egendomen. En panträtt upphör allmänt inte genom att pantsättaren ställer betryggande säkerhet,

⁷⁹ Se t.ex. Hasselrot, s. 108. Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 409. Johansson, Svante O., *Stoppningsrätt under godstransport*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2001, s. 414 f.

⁸⁰ Prop. 1984/85:110 s. 329.

⁸¹ Prop. 1984/85:110 s. 329.

vilket skulle vara tämligen meningslöst för pantsättarens del eftersom pantsättningen tar sikte just på pantens värde. Vid retentionsrätt kan det argumenteras att faktumet att retentionsegendom också kan innefatta egendom utan förmögensvärde medför att beställaren/huvudmannen ska kunna ställa säkerhet som motsvarar fordringens belopp för att få ut den innehållna egendomen som kan ha ett mycket högt bruksvärde eller personligt värde för beställaren/huvudmannen. Detta skulle i min mening dock undergräva retentionsrättens funktion som påtryckningsmedel som även kan göras i egendom utan förmögensvärde, som motiverar kravet på proportionalitet. Skillnaden mot panträtt bör enligt min mening därför upprätthållas, om inget uttryckligt undantag finns i lag.

4.1.2 Vård/förvaring

I denna avtalstyp kan stöd för att ställande av säkerhet medför att retentionsrätt upphör endast finnas i KöpL 75 §. Vägledning om vad som kan utgöra en godtagbar säkerhet ges dock inte i förarbetena till lagen.⁸² Ingen vägledning står heller att finna i CISG art. 85–6, som utgjort utgångspunkt för nuvarande KöpL, men som inte har några bestämmelser om retentionsrättens upphörande genom ställande av säkerhet.

4.1.3 Frakt och bärgning

Vid vård och bärgning vid fraktförhållanden enligt SjöL 13:20 kan sjöpanträtten upphöra genom att gäldenären ställer säkerhet. I förarbetena uttalas kort att säkerheten givetvis ska vara fullt godtagbar för transportören, följt av några exempel på hur ”det fodrade” beloppet kan deponeras varav det enklaste sättet sägs vara att mottagaren utställer en bankgaranti.⁸³ Uttalandet indikerar att lagstiftaren i första hand tänker sig att säkerheten ska bestå av pengar och inte annan i och för sig värdefull egendom. Även vid vägtransport upphör fraktarens retentionsrätt enligt lagen om inrikes vägtransport 20 § st. 3 om gäldenären ställer säkerhet. Ingen vägledning ges dock i förarbetena om vad som utgör en godtagbar säkerhet. Enligt min mening bör bedömningen göras på liknande grunder som vid sjötransport eftersom det rör sig om liknande förhållanden.

4.1.4 Kommission och handelsagentur

Enligt Komml 15 § st. 4 upphör kommissionärens panträtt i huvudmannens gods för fordran på provision och annan ersättning om huvudmannen ställer godtagbar säkerhet för sagda fordran. Enligt förarbetena utgör en bankgaranti eller likvärdigt åtagande exempel på godtagbara säkerheter.⁸⁴ Detsamma bör gälla

⁸² Prop. 1988/89:76 s. 212.

⁸³ SOU 1990:13 s. 142 f (om 270 § i den äldre sjölagen).

⁸⁴ Prop. 2008/09:88 s. 112.

för kommissionärens retentionsrätt enligt KommL 17 §.⁸⁵ Det gäller också handelsagentens retentionsrätt enligt HAL 15 §.⁸⁶

4.2 Retentionsrätternas dispositivitet

När väl en retentionsrätt har fullbordats i och med sakrättsmomentet har den verkan mot tredje man. Detta innebär att säkerhetsrätten inte kan upphöra enbart genom att retinenten och gäldenären avtalar om det, något som i allmänhet kännetecknar sakrättsliga bestämmelser.⁸⁷ Däremot kan parterna avtala om retentionsrättens uppkomst. Av de retentionsrätter som uppkommer med stöd i lag råder det inga tvivel om att säkerhetsrättens dispositivitet sammanhänger med lagbestämmelsens dispositivitet. Den stora majoriteten av pant- och retentionsrätter i speciella avtalstyper som behandlades i tredje kapitlet är tvingande såsom frakt och bärgning⁸⁸ (se avsnitt 3.1.4), rumsuthyrning, bostadsrättsförenings panträtt för avgifter, hittegods och fynd samt handelsagentur (som är tvingande till agentens fördel enligt HAL 15 § st. 4). Exempel på dispositiva pant- och retentionsrätter är KöpL 75 § och KtjL 49 § samt KommL 15–17 §§.

4.2.1 De oklara fallen

Mera oklart är retentionsrätt enligt bestämmelserna i HB 11:3 om låntagare som med ägarens vilja lagt ner nödiga vårdkostnader av egendomen och HB 12:8 om uppdragstagare som inom ramen för ett förvaringsavtal haft kostnader för nödig vård av det förvarande godset samt vid arbete på annans egendom utanför konsumentförhållanden. Avseende låntagare och förvarares (depositaries) retentionsrätt kan oklarheten främst härledas ur oklarheten om hur HB:s föräldrade och kasuistiskt utformade bestämmelser ska förstås och förhållas till. Inom doktrin brukar det argumenteras att HB:s bestämmelser inte ska förstås allt för bokstavigt.⁸⁹ Enligt min mening bör bestämmelserna som rör retentionsrätt för nödvändiga kostnader för vård vara tvingande, eftersom de uppkommer utan att något frivilligt avtal finns, utan kan anses följa av en allmän princip om omsorgsplikt så fort någon får annans egendom i sin besittning.⁹⁰ Däremot kan det argumenteras att HB 11:3 om låntagares retentionsrätt är dispositiv eftersom det rör sig om

⁸⁵ Jfr författningskommentarerna i prop. 2008/09:88 s. 116 där departementschefen inte säger någonting om vad som kan utgöra godtagbar säkerhet för retentionsrätt. Enligt doktrin har detta tolkats som att detsamma gäller som för panträtt. Se Johansson, Svante, O., *Kommissionslagen: en kommentar*, Juno, 1a uppl., uppdaterad 2019-11-01 [åtkomst 2021-05-15].

⁸⁶ Prop. 1990/91:63 s. 84.

⁸⁷ Se t.ex. Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 22. Enligt min mening utgör sakrättens indispositivitet andra sidan av myntet av den avtalsrättsliga principen om att parterna endast kan binda varandra och inte tredje man.

⁸⁸ SjöL 13:4 st. 1.

⁸⁹ Se t.ex. Bengtsson, s. 81.

⁹⁰ Se HD:s domskäl p. 21 i Tingeer-fallet.

nödiga kostnader som har skett med långgivarens samtycke. Det rör sig således om tilläggsförpliktelser av som inte skiljer sig från arbete på annans egendom.

Avseende arbete på annans egendom utanför konsumentförhållanden kan frågan om dispositivitet kopplas till frågan om hur retentionsrätten uppstår. Ett exempel är metoden som HD använder sig av i NJA 1985 s. 205 där domstolen fann att en industriidkares fordran på bearbetning av metallplåt var förenad med retentionsrätt. Först konstateras att den retentionsrätt som aktualiseras i målet är 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 särskilt regel inte var behövlig.

Några slutsatser som kan dras ur HD:s metodologiska grepp är enligt min mening följande. En upphävd lagbestämmelses innehåll kan endast fortsätta gälla om den även vilar på en annan grund än positiv lag. Det är trots allt inte möjligt ens i svensk förmögenhetsrätt att lagstifta genom förarbeten. Den rimligaste förklaringen till att innehållet i HB 17:3 fortfarande gäller är att bestämmelsen utgjorde en kodifiering av sedvänjan som i sig också kan grunda hantverkarens retentionsrätt. Det kan därför argumenteras att industriidkaren tillerkändes retentionsrätt genom *avtalsstolkning* där HD fastställer innehållet i partsviljan med ledning i sedvänjan.⁹¹ Huruvida HB 17:3 var tvingande eller inte är därför utan betydelse. Min slutsats är därför att retentionsrätten vid arbete på annans egendom utanför konsumentförhållanden är dispositiv.

4.3 Sammanfattning av kapitlets slutsatser

Retentionsrättens upphörande genom ställande av säkerhet utgör inte en allmän princip, utan kräver lagstöd. Dessa finns i ett flertal lagar. Vad som utgör en godtagbar säkerhet beror på kontexten i det enskilda fallet, även om viss vägledning finns i förarbetena. När det kommer till retentionsrättens dispositivitet enligt bestämmelser i HB argumenterar jag för att säkerhetsrätten för nödvändiga kostnader är tvingande medan nyttiga kostnader som utförts med långgivarens samtycke är dispositiv. Vid arbete på annans egendom utanför konsumentförhållanden argumenterar jag för att frågan om dispositivitet bör kopplas till hur retentionsrätten uppstår, som enligt min mening uppstår genom en utfyllande avtalsstolkning. Den är därför dispositiv.

⁹¹ Med partsvilja avses här inte något psykologiskt, utan vilja i strikt avtalsrättslig mening som rättstillämparen konstruerar utifrån de åberopade omständigheterna i målet.

5 Gränsen mot detentionsrätt

En annan rätt att hålla inne egendom som säkerhet för motpartens prestation är detentionsrätt. Ett exempel är ett köpavtal där säljaren vill ha varan innan denne har betalat. Om parterna inte har avtalat om annat har köparen rätt att hålla inne varan med detentionsrätt till säljaren betalar eftersom prestationerna som huvudregel ska ske samtidigt. Institutet liknar således retentionsrätten i det att båda syftar till att skapa ett tryck på motparten att prestera.⁹² En viktig skillnad mot retentionsrätt i kraven vid uppkomst är att detentionsrätten inte begränsas av något krav på proportionalitet.⁹³ Motiveringen till denna skillnad har i doktrin förklarats vara av äganderättsskäl: retentionsrätt avser innehållande av *annans* egendom, medan detentionsrätt avser borgenärens *egen* egendom (prestation).⁹⁴

I detta kapitel utreds situationer där svårigheter kan uppstå i gränsdragningen mellan retentionsrätt och detentionsrätt. Först redogörs för detentionsrättens karaktär och funktion. Sedan presenteras två typfall av gränsdragningsproblem. Slutligen diskuteras äganderättsresonemanget som motiverar åtskillnaden mellan instituten i ljuset av det relativa äganderättsbegreppet i svensk förmögenhetsrätt.

5.1 Detentionsrättens karaktär

Institutet detentionsrätt figurerar i ömsesidigt förpliktande avtal och kan ses som ett utflöde ur samtidigthetsprincipen där tanken är att prestationerna ska utväxlas samtidigt.⁹⁵ Enligt KöpL 10 § st. 1 är säljaren, om denne inte har gett kredit eller anstånd med betalningen, inte skyldig att lämna ut varan eller, genom överlåtelse av dokument eller på annat sätt, frångå sig förfoganderätten över den förrän betalning sker. Även vid ett köp som har hävts har vardera part rätt att innehålla

⁹² Strömgren, s. 267. Det ska dock påpekas att begreppet detentionsrätt inte förekommer i lagtext. Även i förarbetena används ordet mycket sparsamt. I förarbetena till KöpL nämns endast i förbifarten att 64 § st. 2 om innehållanderätt efter hävning är en detentionsrätt, prop. 1988/89:76 s. 187.

⁹³ Jfr Strömgren, s. 267–72, som dock anser att det är en ”öppen fråga” om HD skulle bekräfta argumenten om att detentionsrätten är helt obegränsad.

⁹⁴ Strömgren, s. 266 f. Se även Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 391, som har myntat begreppet detentionsrätt.

⁹⁵ Strömgren, s. 267 f.

den andres egendom i påtryckningssyfte, KöpL 64 § st. 2. Samma beskrivning av detentionsrätten finns i KKL 5 § st. 2 och 43 § st. 2.

Detentionsrätten figurerar även i uppdragsavtal. Det förutsätter dock att betalning enligt avtal inte ska ske efter att tjänsten har utförts.⁹⁶ Vid rena uppdragsavtal – som inte sker som tilläggsförpliktelser till köpavtal i form av t.ex. vård – bör beskrivningen enligt min mening även kompletteras med en tidsaspekt för att vara klagörande. Uppdragstagaren har, fram till tidpunkten denne har presterat, detentionsrätt i förhållande till beställaren. Efter tidpunkten för prestationen har uppdragstagaren, om de övriga förutsättningarna är uppfyllda, istället retentionsrätt i egendomen som dennes prestation har berikat.

5.2 Två gränsdragningsproblem

Svårigheter som kan uppstå i gränsdragningen mellan retentionsrätt och detentionsrätt kan kategoriseras in i två typfall. I den första gruppen rör svårigheterna för gränsdragningen frågan om avtalsförhållandet ska anses utgöra köp eller tjänst. I den andra gruppen handlar det om vård i samband med köpavtal som har ogiltigförklarats eller hävts och där svårigheterna består av oklarheten om vilken betydelse som äganderätten till egendomen har för detentionsrättens och retentionsrättens uppkomst.

5.2.1 Tillverkningsköp eller tjänst?

Gränsdragningsfrågor i denna kategori illustreras bäst i situationer då uppdragstagare har upprättat material inom ramen för sitt uppdrag och frågan är om arbetet med materialet ska anses vara arbete på annans egendom eller om materialet som helhet ska anses vara tillverkad egendom. Enligt det första alternativet utgör arbetet en tjänst på annans egendom som ger uppdragstagaren detentionsrätt, medan det senare alternativet ser materialet snarare en form av tillverkningsköp som ger uppdragstagaren detentionsrätt. Den metod som kan återfinnas i praxis angriper frågan genom att pröva varje egendomsobjekt för sig som parterna tvis-tar om, istället för bedöma om avtalet som helhet ska anses utgöra köp eller tjänst.⁹⁷

⁹⁶ Jfr t.ex. KtjL 41 § som stadgar att betalning ska ske först efter att näringsidkaren har utfört arbetet, om inget annat har avtalats.

⁹⁷ Jfr NJA 2001 s. 138 där frågan var om ett avtal om leverans och installation av en värmepanna hos en privatperson skulle bedömas vara ett konsumentköp eller en konsumenttjänst. HD konstaterade att det handlade om ett blandat avtal och bedömde, med ledning av förarbetena, att det inte var lämpligt att dela upp avtalet. Istället behandlades det som en enhet.

I NJA 1982 s. 404 fann HD att ett revisionsbolag inte hade detentionsrätt till räkenskapsmaterial som denne hade fått överlämnat till sig och bearbetat (som inte heller kunde innehållas med retentionsrätt eftersom det enligt praxis inte var möjligt för revisorer). Revisionsbolaget befanns dock ha detentionsrätt till material som det *själv* hade upprättat. I målet hade huvudmannen varannan månad överlämnat verifikationer, grundbok med genomslagsskrift och fakturajournaler med genomskrift, som revisionsbolaget bearbetade. Revisionsbolaget hade granskat materialet och gjort vissa rättelser i grundboken. Mer omfattande rättelser hade gjorts i memorial. Utifrån detta material hade sedan revisionsbolaget upprättat huvudbok, verifikationslista samt balans- och resultaträkningar. HD fann att grundboken och faktajournalerna som hade överlämnats till revisionsbolaget inte kunde innehållas med detentionsrätt, trots bearbetningen. Resten av materialet hade däremot revisionsbolaget själv upprättat, och kunde innehållas med detentionsrätt.

5.2.2 Köpavtal som ska återgå på grund av ogiltighet eller hävning

Den andra typen av gränsdragningsfrågor rör köpavtal som även innehåller tilläggsförpliktelser bestående av vård, förvaring eller arbete på den sålda egendomen. Svårigheten består i att det inte alltid är självklart hur kravet på att uppdragstagarens arbete ska ha utförts på *annans* egendom ska tolkas när samma egendom är föremål för ägarbyte.⁹⁸ I dessa lägen kan en part ofta ha två olika fordringar på motparten; fordran på betalning av varan och fordran på vård av varan.

Ett exempel är ett köpavtal 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. Viss tid förflyter. Säljaren har därmed, förutom krav på betalning av varan, även en vårdfordran på köparen. I detta läge är det klart att säljarens fordran på betalning av varan är förenad med detentionsrätt, KöpL 51 och 10 §§. Säljarens fordran på vård är däremot förenad med retentionsrätt, KöpL 75 §.⁹⁹ Det kan noteras att egendomen i en sådan situation befinner sig i säljarens besittning, ägs av köparen i obligationsrättslig mening och ägs av säljaren sakrättsligt om ingen lösöre köpsregistrering enligt LKL har skett. Det är således tydligt att förklaringen om egen och annans egendom inte är kopplat till det sakrättsliga tredjemansskyddet, utan snarare är ett annat sätt att uttrycka skillnaden mellan köp och tjänst.

⁹⁸ Se t.ex. HD:s domskäl p. 23 i Tingeer-fallet.

⁹⁹ Att det handlar om en retentionsrätt är vedertaget. Se Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 392. Jfr dock Ramberg, Jan, Herre, Johnny, *Köplagen: en kommentar*, Juno, version 3, uppdaterad 2019-09-01[åtkomst 2021-05-15], som betecknar den som en detentionsrätt.

Ett annat exempel är ett köpavtal som har hävts och köparen har haft kostnader för vård av varan som ska återgå till säljaren. Köparen har detentionsrätt i varan som säkerhet för återbetalning av köpeskillingen, KöpL 64 § st. 2.¹⁰⁰ Avseende köparens fordran på vård av varan ger varken lagen eller förarbetena någon ledning.¹⁰¹ Enligt min mening är det självklart att det även här handlar om en retentionsrätt eftersom det, likt situationen då en säljare vårdar en vara som köparen inte har hämtat, handlar om vård av egendom som tillhör säljaren. Ska varan återgå p.g.a. ogiltighet snarare än hävning bör parternas detentionsrätt och retentionsrätt bedömas på samma sätt.¹⁰² Samma mönster finner sig här vid tolkningen av hur förklaringen om egen och annans egendom ska förstås. Egendomen befinner sig i köparens besittning men ägs av säljaren obligationsrättsligt och sakrättsligt.¹⁰³ Egendomen som utgör prestationen i ett köpavtal som ska återgå till säljaren kan trots detta äganderättsförhållande innehållas av köparen med detentionsrätt.

5.3 Om egen och annans egendom som motivering

Kravet på proportionalitet som skiljer retentionsrätt och detentionsrätt motiveras av äganderättskäl. Det anses kräva starkare skäl för att ha rätt att innehålla annans egendom från dess ägare än att innehålla egen egendom från dess köpare. Men som de två gränsdragningsproblemen visar håller inte riktigt förklaringsmodellen eftersom begreppet ägande i svensk rätt kan ha olika innebörd beroende på vilken rättslig fråga det gäller.

T.ex. har frågan om ett avtal ska anses vara arbete på annans egendom eller tillverkning inget med den sakrättsliga frågan om vem som äger egendomen som arbetet utförs på. Ett annat exempel är att frågan om en avtalspart har detentionsrätt inte är avhängig frågan om denne äger egendomen, trots att detentionsrättens skillnad mot retentionsrätten motiveras med att den förra avser innehållande av egen egendom. I fallet med köpavtal där prestationerna ska återgå är det tydligt att förutsättningen för detentionsrätt snarare är kopplat till besittning av

¹⁰⁰ Att det handlar om en detentionsrätt framgår av förarbetena. Se prop. 1988/89:76 s. 187.

¹⁰¹ I förarbetena till KöpL nämns Retentionsrätt endast i förbifarten som ett exempel på när en vara är belastad av ett rättsligt fel enligt 41 §, s. 142 i samma proposition. prop. 1988/89:76 s. 187.

¹⁰² Vid köp av lös egendom har avtalsrättslig ogiltighet och hävning samma rättsföljder. Se t.ex. HD:s uttalande i NJA 2008 s. 392. Se även prop. 1975:102 s. 94 om att någon skillnad inte ska föreligga i räntehänseende samt Ingvarsson, Torbjörn, *Ogiltighet och rättsföljd*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2012, s. 99. Jfr fast egendom där viss skillnad ändå tycks finnas, trots att lagstiftaren vid den nuvarande JB:s tillkomst inte utgick från det, NJA 2020 s. 470.

¹⁰³ Hävning har sakrättslig verkan, NJA 1975 s. 222. Ogiltighet har som utgångspunkt också sakrättslig verkan, NJA 1985 s. 178. Se även Håstad, *Sakrätt*, s. 183 och s. 204.

egendom vid köp, och inte till frågan om vem som äger egendomen obligationsrättsligt eller sakrättsligt. Denna splittrade tillnärmning till äganderätten brukar inom doktrinen benämnas som funktionalistisk, och i motsats till den substantialistiska synen där äganderätten figurerar som ett enhetligt begrepp.¹⁰⁴

Det står således klart att motiveringen om egen och annans egendom inte ska förstås rent juridiskt i den meningen att det handlar om vem som är ägare obligationsrättsligt eller sakrättsligt. Enligt min mening bidrar en sådan förståelse till att förvirra snarare än att skapa klarhet kring frågan om retentionsrätt eller detentionsrätt föreligger. Istället bör motiveringen förstås ta sikte på om ett köp- eller tjänsteförhållande föreligger.¹⁰⁵ Parterna har vid respektive avtalstyp olika förväntningar på deras rättsförhållande till egendomen.

Vid t.ex. ett köpavtal står det klart för parterna att köpeobjektet ska utbytas mot pengar. Om köpet hävs innan prestationerna har utväxlats eller om det ska återgå är parterna ändå på det klara att eventuella förändringar i besittning över köpeobjektet sker i syfte att förändra dess ägande. Vid ett tjänsteavtal utgår parterna däremot från att alla eventuella besittningsförändringar inom ramen för avtalet inte sker i syfte att förändra ägandet. En säljare som också vårdar köpeobjektet som köparen inte har hämtat gör inte det i syfte att bli ägare till den. Motiveringen om egen och annans egendom bör därför förstås som ett annat sätt att uttrycka skillnaden mellan en persons förhållande till egendom när denne handlar i egenskap av säljare/köpare eller i egenskap av uppdragstagare.

5.4 Sammanfattning av kapitlets slutsatser

Retentionsrätt kan uppstå vid uppdragsavtal där tjänsten har utförts men ännu inte betalats. Detentionsrätt uppstår däremot i avtal där utväxlingen av prestationer ännu inte har skett, eller som ska återgå. Till skillnad mot retentionsrätt finns för detentionsrätt inget krav på proportionalitet. Detta motiveras med att den förra avser innehållande av annans egendom, medan detentionsrätt avser innehållande av egen prestation. Motiveringen ska dock inte förstås sammanhänga med äganderätten i juridisk mening, som i svensk rätt inte är enhetlig

¹⁰⁴ Den funktionalistiska tillnärmningen till äganderätt har även kallats för relationell. Det bör dock klargöras att funktionalism och substantialism inte beskriver respektive rättskulturs egenskaper i någon allmänspråklig mening, där den ena är mer funktionell än den andra men samtidigt tämligen substanslös. Mer rättvisande är egentligen att tala om en ”split” kontra ”unitary” tillnärmning. Se Sandstedt, s. 20. Se även t.ex. Johansson, Svante, O., *Stoppningsrätt under godstransport*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2001, s. 232.

¹⁰⁵ Jfr Strömgren, s. 271 f, som använder en mer sofistikerad rationalistisk teori om inrättande. Jag har, utan att vara oense med Strömgren i sak, angripit problemet utifrån ett mer systematiserande perspektiv.

utan är beroende på vilken rättsfråga det handlar om. Istället uttrycker motiveringen tanken att parterna vid ett köpavtal utgår ifrån att varans besittningsförändring sker i syfte att äganderätten ska övergå. Vid uppdragsavtal är parternas inställning däremot att egendomen inte ska byta ägare.

6 Immateriella tjänster

Retentionsrätten kan endast i begränsad utsträckning uppstå i immateriella tjänsteavtal. Inom denna avtalstyp är kommission och handelsagentur de enda underkategorierna där en sådan rätt är kodifierad. Det har dock länge inom doktrin diskuterats om även andra immateriella tjänsteavtal kan omfattas. Argument för utvidgning har främst motiverats av likabehandling av alla uppdragstagare i förmånsrättshänseende samt avsaknaden av skäl för att gynna vissa uppdragstagare på andra oprioriterade borgenärs bekostnad. Undén förespråkar t.ex. en allmän utvidgning av retentionsrätten genom en ”analogisk lagtillämpning” till att även omfatta ”legotagare” och ”mandatarie”, med motiveringen att något rimligt skäl inte kan anföras varför dessa bör vara sämre ställda i förmånsrättshänseende än hantverkare, låntagare eller depositarie.¹⁰⁶ Undén ger dock ingen ledning om vilken eller vilka lagar som rättstillämparen bör tillämpa analogt. Andra författare tycks fästa vikt vid sysslomannaförhållandet som utgångspunkt för retentionsrätt, och motiverar utvidgning genom analogier till KommL:s bestämmelser, som anses ge uttryck för allmänna principer om uppdragsförhållanden.¹⁰⁷

Inom praxis har dock HD, särskilt på senare år, använt en mer samhällsekonomiskt färgad argumentation, med fokus på vissa särskilda uppdragstagare vars tjänster anses mer skyddsvärda än andra. Detta kapitel undersöker argumentationslinjerna i praxis om retentionsrättens uppkomst i immateriella tjänsteavtal. Först klargörs vad som avses med begreppet immateriella tjänster och dess förhållande till andra termer såsom syssloman. Sedan undersöks resonemangen som används av HD i praxis, med särskilt fokus på prejudikatet i Tingeer-fallet. Kritisk uppmärksamhet riktas även mot användandet av greppet analog tillämpning i Tingeer-fallet. Till sist diskuteras utvidgningen i Tingeer-fallet från ett praktiskt

¹⁰⁶ Undén, s. 238 f. Se även Hessler, s. 371 som ställer sig tveksam till att olikbehandling av uppdragstagare i förmånsrättshänseende kan motiveras med att immateriella tjänster inte har samma fysiska samband med viss egendom som t.ex. en hantverkare och att det därför inte skulle vara lika ”stötande” eller ”orättvist” om utföraren av en immateriell tjänst som oprioriterad borgenär inte får betalt.

¹⁰⁷ 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 för annans räkning företa rättshandlingar av annat slag än sådana som omfattas av tillämpningsområdet.

systemperspektiv, och som en reaktion mot förändringar i uppdragstagares kvittningsrätt.

6.1 Begrepp och systematik

Först ska klargöras vad som avses med immateriella tjänster. Begreppet tycks ha myntats av Hellner med utgångspunkt i den äldre indelningen av uppdrag mellan materiellt- och ideellt arbetsbeting där den första går ut på att åstadkomma resultat som är materiella, exempelvis arbete på annans egendom.¹⁰⁸ Det immateriella definieras negativt som ”uppdrag som inte är knutna till fysiska föremål”, där Hellner ger som exempel advokater, revisorer, läkare, mäklare, journalister, artister, konsulter av olika slag, uppdrag till banker, fondkommissionärer, bevakningsföretag, undervisnings- och utbildningsinstitut.¹⁰⁹ Hellner tycks dock använda begreppet syssloman synonymt med immateriella tjänster.

En annan begreppsbildning om förhållandet mellan sysslomän och immateriella tjänster återfinns hos Bertil Bengtsson, som ser det förra som en undergrupp av immateriella tjänster. Sysslomannaförhållanden kännetecknas av att uppdragstagaren företar rättshandlingar eller sköter ärenden hos myndighet för huvudmannens räkning, oavsett om sysslomannen får betalt eller inte.¹¹⁰ Några exempel är advokat, kommissionär, handelsagent, fastighetsförvaltare. Mäklaruppdrag ges som exempel på immateriell tjänst som dock faller utanför sysslomannauppdrag.¹¹¹ Sysslomannaförhållandet kännetecknas av förtroende mellan uppdragstagaren och huvudmannen eftersom sysslomannen omhänderhar ett ärende som ibland är av väsentlig betydelse för huvudmannens ekonomi utan att huvudmannen har några större möjligheter att kontrollera att dennes intressen tillvaratas.¹¹² Denna framställning kommer fortsättningsvis att använda Bengtssons systematik.

6.2 Utvidgning i praxis

6.2.1 Revisor har inte retentionsrätt

Retentionsrätt för immateriella tjänster utan direkt lagstöd prövades först i två prejudikat från början av 1980-talet. Det handlade i båda fallen om revisorer som hade fått räkenskapsmaterial från huvudmannen som revisorn hade bearbetat. I NJA 1981 s. 1050 fann HD att en revisor inte hade retentionsrätt till räkenskapsmaterial som denne hade fått av huvudmannen för att löpande upprätta bokföring. HD uttalade att näringsidkarens behov av räkenskapsmaterialet var så

¹⁰⁸ Hellner, s. 237.

¹⁰⁹ Hellner, s. 237.

¹¹⁰ Bengtsson, s. 149.

¹¹¹ Bengtsson, s. 149 f.

¹¹² Bengtsson, s. 150.

pass stort att retentionsrätt till materialet kunde föranleda näringsidkaren att godta även oskäligen ersättningsanspråk. HD beaktade även att revisorn kunde säkerställa sitt anspråk på annat sätt, exempelvis genom förskotts betalning. Retentionsrätt befanns därför inte vara ett lämpligt sätt för en revisor att säkerställa sitt ersättningsanspråk.

Det är tydligt att HD:s argumentation om retentionsrättens utvidgning inte utgår ifrån Undén och Hesslers kritik som tar sikte på retentionsrättens distinktion mellan fysiska arbeten och immateriella tjänster. Istället fokuserar HD mer på egendomens karaktär, och väger revisorns behov av retentionsrätt mot näringsidkarens behov av att kunna återfå sitt räkenskapsmaterial. De intressekonflikter som kommer till uttryck i rättsfallen – å ena sidan näringsidkarens behov av revisorstjänster för att t.ex. undvika konkurs och å andra sidan revisorns ovilja att åta sig sådant arbete om denne inte kan säkerställa betalning av sina arvoden – har lagstiftaren senare lagt till grund för nuvarande lagstiftning.

Enligt KL 7:12 st. 2 har revisorer inte längre rätt att innehålla huvudmannens räkenskapsmaterial, oavsett om revisorn själv har upprättat dem eller inte. Varken detentionsrätt eller retentionsrätt är således längre möjlig för revisorer. Istället tillgodoses revisorers behov av betalningssäkring av en allmän förmånsrätt, FRL 10 a §. Lagstiftaren konstaterade i den allmänna motiveringen till förslaget till ny konkurslag att revisorns allt viktigare roll i både utvärderingen av ett företags ekonomiska svårigheter och del i de efterföljande åtgärderna för att rädda företaget från konkurs också medförde större behov av att säkerställa att dessa får betalt. Förskotts betalning ansågs dock inte längre kunna uppfylla detta behov. Dels eftersom förskottet kunde vara föremål för återvinning och dels – i de fall där det handlar om större belopp – eftersom förskotts betalning kunde anses vara svår-förenligt med den oberoende ställning som revisorn ska inta gentemot företaget. Behovet ansågs istället bäst säkerställas genom en allmän förmånsrätt som gäller för alla revisorer, och inte bara auktoriserade eller godkända.¹¹³

6.2.2 Likvidator har retentionsrätt

De mer samhällsekonomiskt färgade övervägandena som lagstiftaren beaktade vid tillkomsten av KL 7:12 och FRL 10 a § har även anammats av HD i Tingeer-fallet där domstolen fann att en likvidator hade retentionsrätt i klientmedel som denne hade hand om. Fallet rörde likvidationen av ett svenskt aktiebolag. En av åtgärderna som likvidatorn vidtog som en del av uppdraget var att överföra pengar från bolagets konto till ett särskilt klientmedelskonto. Pengarna på kli-

¹¹³ Prop. 1986/87:90 s. 174 f.

entmedelskontot användes sedan för andra åtgärder som vidtogs för att utföra likvidationsuppdraget. Bolaget försattes sedan i konkurs. Av pengarna som fanns kvar på klientmedelskonto kvittade likvidatorn sedan sin fordran på arvode p.g.a. likvidationsuppdraget, och överförde det överskjutande beloppet till ett konto som konkursförvaltaren hade öppnat för konkursboets räkning. Vid konkursens bevakningsförfarande gjorde likvidatorn gällande att denne hade kvittningsrätt i konkursen samt särskild förmånsrätt enligt FRL 4 § p. 3 för sin fordran på arvode. Konkursförvaltaren riktade anmärkning mot likvidatorns bevakning och bestred att det förelåg kvittningsrätt samt särskild förmånsrätt. De två frågorna hänsköts direkt till HD med stöd av RB 56:13.

HD började med att pröva kvittningsfrågan och fann att likvidatorn i linje med praxis inte hade kvittningsrätt i medlen för sin fordran på arvode (se avsnitt 6.4 för närmare behandling av kvittningsfrågan). Vid prövningen av om en likvidator hade retentionsrätt började domstolen med att konstatera att frågan inte var besvarad i lag, förarbeten eller praxis. HD inledde sedan med en prövning med sikte på uppdragets art och uttalade att den som är integrerad i huvudmannens organisation, t.ex. en styrelseledamot i ett aktiebolag, inte bör tillerkännas en retentionsrätt. Domstolen bedömde att en likvidator förvisso utgör ett särskilt organ i en juridisk person, men med hänsyn till det särskilda syftet med likvidators uppdrag borde dessa ändå kunna göra retentionsrätt gällande.

HD övergick därefter till att pröva om en likvidator hade retentionsrätt enligt allmänna principer, som tar sikte på ”nödiga och nyttiga” kostnader för vård eller bearbetning av viss lös egendom, vanligen lös sak.¹¹⁴ Denna fråga besvarades nekande eftersom det funktionella sambandet mellan borgenärens fordran och den egendom i vilken säkerhetsrätten får göras gällande (konnexitet) inte var tillräckligt starkt.

HD gick sedan vidare och frågade sig om det ändå finns anledning att tillämpa den reglering som i övrigt gäller i fråga om panträtt och retentionsrätt, särskilt KommL, analogt. Domstolen beaktade 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. Den begränsade möjlighet till ersättning som en likvidator i ett aktiebolag kan erhålla genom beslut av domstol eller Bolagsverket motsvarade, enligt HD, ofta inte det arvode som upparbetats innan likvidatorn hunnit konstatera att den juridiska personen är

¹¹⁴ HD:s domskäl p. 31.

insolvent. Med stöd av ett yttrande från REKON samt 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.¹¹⁵

HD övergick sedan till att pröva om tillräcklig likhet fanns mellan kommissionären och likvidatorn för att en analog tillämpning skulle vara möjlig, särskilt när det gäller en svagare form av konnexitet som kommissionärens fordran på arvode har till den samlade egendom som denne har kontroll över. 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. Slutligen prövade HD om ett sakrättsmoment hade uppfyllts. HD fann att så hade skett genom att banken för klientmedelskontot fick klart för sig att endast likvidatorn fick förfoga över medlen.

6.3 En analys av prejudikatet i Tingeer-fallet

Det kan inledningsvis konstateras att HD upprätthåller distinktion mellan arbete på eller vård av lös sak där retentionsrätten kan anses utgöra en allmän princip och immateriella tjänster där en sådan säkerhetsrätt som huvudregel kräver lagstöd eller uttryckliga avtalsvillkor.¹¹⁶ I frågan om utvidgning av retentionsrätt utanför kommissionsförhållanden och handelsagentur introducerar HD en modell av närmast rättsekonomisk karaktär. Första (1) steget i prövningen tar sikte på om uppdragets art typiskt sett kan anses vara av särskild betydelse för företagets ekonomi och som anses gynna borgenärskollektivet, och därför kan anses vara särskilt skyddsvärd i förmånsrätts hänseende. I fallet uttalar HD att likvidatorns rätt till ersättning bör erhålla rimligt skydd med hänsyn till ”intresset av att avveckling av juridiska personer kan ske på ett ordnat sätt” samt att likvidationsuppdraget i en obeståndssituation ”anses vara till direkt nytta för borgenärskollektivet (jfr rekonstruktörers förmånsrätt för arvode och kostnader, 10 § första stycket 2 förmånsrättslagen)”.¹¹⁷ Det ligger enligt min mening nära till hands att

¹¹⁵ HD:s domskäl p. 35–6.

¹¹⁶ HD:s domskäl p. 23.

¹¹⁷ HD:s domskäl p. 36 och p. 41.

tolka detta krav som ett uttryck för tanken att uppdragets art, för att retentionsrätt ska vara berättigat, bör typiskt sett kunna betinga ett positivt netto för de borgenärer som annars skulle ha missgynnats av att uppdragstagaren erkänts en särskild förmånsrätt i form av retentionsrätt.

Om uppdraget anses uppfylla kravet på skyddsvärdhet återstår sedan som ett andra (2) steg att pröva om behovet av ersättningssäkring inte kan uppfyllas på andra sätt än genom retentionsrätt.¹¹⁸ En likvidators fordran på arvode befanns uppfylla både kravet på skyddsvärdhet och att behovet av skydd inte kunde anses kunna uppfyllas på andra sätt än genom retentionsrätt. Detta kan jämföras med t.ex. konkursförvaltarens fordran på arvode och kostnadsersättning, som utgör konkurskostnad enligt KL 14:1 st. 1 p. 1. Konkursförvaltarens fordringar p.g.a. uppdraget erhåller därigenom företräde framför fordringar med särskild förmånsrätt, KL 11:1 st. 1. Om konkursförvaltaren ändå inte kan få betalt finns ytterligare ett skydd; konkurskostnaderna betalas då av staten, KL 14:2 st. 1. Det bör därför vara uteslutet för en konkursförvaltare att göra gällande att dennes arvodesfordringar mot konkursboet ska vara förenade med retentionsrätt.¹¹⁹ Enligt min mening bör inte någon fordran p.g.a. immateriell tjänst kunna förenas med retentionsrätt om tjänsten redan erhåller lagstadgat skydd i form av allmän- eller särskild förmånsrätt eller utgör konkurskostnad eller massafordran.

Om både första och andra stegen anses uppfylla kvarstår det tredje (3) och sista steget där uppdragets art måste vara tillräckligt likt ett syssломannaförhållande för att en analog tillämpning av KommL ska vara möjlig. En intressant aspekt av Tingeer-fallets användning av analog tillämpning är att argumenten för utvidgning följer lagstiftarens överväganden om skyddsvärdhet i ersättningshänseende. Resonemangen som grundar tillämpningen av KommL analogt förs inte med utgångspunkt i retentionsrättens institut och funktion. Några hänsyn tas t.ex. inte till varför retentionsrätt endast uppkommer i vissa avtalstyper. Inte heller beaktas skälen till varför kommissionsförhållanden och handelsagentur utgör de enda avtalstyperna bland immateriella tjänster där en sådan säkerhetsrätt uppkommer.

Tvärtom gör HD en skillnad mellan retentionsrätt grundad på allmänna principer – som inte förelåg i fallet – och retentionsrätt grundad på andra hänsyn, och i detta fall samhällsekonomiska hänsyn.¹²⁰ Den analoga tillämpningen grundar sig med andra ord inte på en likhetsargumentation mellan de skäl som anförs för

¹¹⁸ HD:s domskäl p. 34–5.

¹¹⁹ Jfr Lindskog, Stefan, *Betalning: om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2018, s. 719.

¹²⁰ HD:s domskäl p. 34–6.

kommissionärens säkerhetsrätt och de skäl som anförs för likvidatorers säkerhetsrätt, även känd som en institutsanalogi eller utfyllande tolkning.¹²¹ Istället motiveras den analoga tillämpningen omvänt: likvidatorn anses tillräckligt lik kommissionären vars retentionsrätt kan användas analogt för att uppfylla behovet av säkerhetsrätt för likvidatorn. Det handlar alltså om två helt olika typer av resonemang under greppet analog tillämpning där den ena utgår från institutet som analogiseras från, och den andra använder lagen som medel för att uppnå ett önskvärt resultat.

I Tingeer-fallet visar sig dessa två olika resonemang för analog tillämpning allra tydligast i kraven på konnexitet och sakrättsmoment som HD prövar två gånger. Kraven tycks få helt olika innebörd i de två prövningarna, trots att samma termer används. I den första prövningen uttrycker HD, efter en genomgång av olika lagar där retentionsrätten figurerar, att det

som en allmän princip gäller att den som har annans egendom i sin besittning och som har haft nödvändig kostnad för vård av egendomen eller annars i god tro lagt ned en nyttig kostnad på den har retentionsrätt i egendomen för sin kostnad [...] Det anses att en grundläggande förutsättning för retentionsrätt av detta slag är att det föreligger ett funktionellt samband mellan borgenärens fordran och den egendom i vilken säkerhetsrätten görs gällande (konnexitet).¹²²

Här figurerar just *sambandet* mellan fordringar uppkomna p.g.a. uppdraget och egendomen som uppdraget har berikat och som uppdragstagaren besitter som skälet till att dessa fordringar lyfts ur ett rent obligationsförhållande mellan parterna och istället binds till viss egendom. När HD övergår till att pröva frågan om en likvidator bör tillerkännas retentionsrätt konstateras dock att det vanligtvis saknas ”konkret koppling” mellan likvidatorns arvode eller utlägg och de tillgångar som denne förvaltar.¹²³ En likvidator kunde därför inte tillerkännas retentionsrätt enligt allmänna principer.

Frågan om konnexitet kommer sedan tillbaka, efter att HD funnit att likvidationsuppdrag uppfyllede kraven på dels samhällsekonomisk skyddsvärdhet och nytta för borgenärskollektivet och dels att behovet av betalningssäkring inte

¹²¹ Se Wilhelm, Walter, *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet*, övers. Claes Peterson, Norstedts Juridik, Stockholm, 1989, s. 46 f. Jfr Strömholm, Stig, Lyles, Max, och Valguarnera, Filippo, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2020, s. 480 f, som använder termen ”rättsanalogi” som kännetecknas av att rättstillämparen vid ett oreglerat fall tillämpar ”allmänna principer”. Innehållet i dess principer fastställs genom att se till andra närliggande lagar och ligger nära Frändbergs begrepp ”institutsanalogi”.

¹²² HD:s domskäl p. 23.

¹²³ HD:s domskäl p. 32.

kunde tillgodoses på annat sätt än genom retentionsrätt. Den här gången figurerar dock en annan form av konnexitet, trots att samma term används:

När det gäller frågan om konnexitet kan det konstateras att det i ett likvidationsförfarande normalt finns ett visst övergripande samband mellan de olika likvidationsåtgärderna [...] Den faktiska situationen rymmer därmed en viss, om än försvagad, konnexitet mellan å ena sidan likvidatorns samlade anspråk med anledning av likvidationsåtgärderna och å andra sidan den samlade förmögenhetsmassa som likvidatorn har kontroll över[...] Till detta kommer att en analog tillämpning av kommissionslagen, med dess uppmjukade konnexitetskrav, inte bör vara utesluten i sådana fall där uppdraget är likartat med de mellanmanssituationer som regleras i lagen.¹²⁴

HD beskriver den svagare konnexitet som finns i mellanmansförhållanden men ger sedan inga skäl till varför retentionsrätt endast kan uppkomma för kommissionärer och handelsagenter när samma typ av konnexitet förekommer i närmast alla immateriella tjänsteavtal. Istället konstateras kort att likvidatorns uppdrag på många sätt är ”jämförbar med en mellanmans” och därmed möjliggör en analog tillämpning.¹²⁵ Här figurerar konnexitet närmast som en begränsning av retentionsrättens uppkomst i immateriella tjänsteavtal till mellanmansförhållanden.

Det hela kan därför beskrivas som en analog lagtillämpning där ingen större likhet finns mellan funktionerna som motiverar lagens bestämmelser. Lagens bestämmelser tillämpas istället analogt eftersom resultatet anses samhällsekonomiskt önskvärt samtidigt som förfarandet sker inom ramen för rättstillämparens bruk av juridisk metod. Den svaga konnexitet som återfinns i mellanmansförhållanden kan därför enligt min mening inte utan vidare användas som skäl för ytterligare utvidgning av retentionsrätten. Snarare utgör den en slags begränsning av HD:s samhällsekonomiska kriterier.

6.4 Kvittningsrättens förändring – ett praktiskt systemperspektiv

Tingeer-fallets utvidgning av retentionsrätten kan också ses i ljuset av kvittningsrättens inskränkning för uppdragstagare i tidigare praxis, som HD upprätthåller i Tingeer-fallet. Retentionsrättens utvidgning kan därmed också ses som ett försök från HD sida att utöka vissa uppdragstagares möjligheter till betalningssäkring med hänsyn till minskade möjligheter till detta p.g.a. kvittningsrättens förändring.¹²⁶

¹²⁴ HD:s domskäl p. 37–8.

¹²⁵ HD:s domskäl p. 38.

¹²⁶ Jfr Millqvist, Göran, *Retentionsrätten i nytt ljus*, i Vänbok till Mikael Mellqvist, reds. Karlsson-Tuula, Marie, Persson, H., Annina, Lambertz, Göran, Jure Förlag, Stockholm, 2020, s. 169.

I Tingeer-fallet inledde HD med att pröva om likvidatorn hade rätt att kvitta sin fordran på arvode mot medlen på det särskilda klientmedelskontot. Rätten uttalade att kvittning i konkurs enligt KL 5:15 st. 1 förutsätter ett ömsesidigt fordringsförhållande mellan gäldenär och borgenär. Med ledning i tidigare praxis skiljde HD mellan två situationer där en uppdragstagare mottar medel för huvudmannens räkning på ett klientmedelskonto. Om medlen först sammanblandats med andra medel och sedan avskilts har uppdragstagaren rätt att kvitta medlen mot sin fordran på arvode (NJA 1971 s. 122). Om däremot medlen endast härrör från huvudmannen och har hållits avskilda på kontot utan sammanblandning har inte uppdragstagaren någon kvittningsrätt (NJA 2014 s. 935). HD fann att det i Tingeer-fallet rörde sig om medel som endast härrörde från bolaget och aldrig hade sammanblandats med annans medel. Rätten fann därför att likvidatorn inte hade kvittningsrätt i medlen.

Den nya ordningen gällande uppdragstagares kvittningsrätt som etablerades i NJA 2014 s. 935 motiverades rättsdogmatiskt med upprätthållandet av distinktionen mellan obligationsrätter och sakrätter (äganderätt). Kvittningsrätt i allmänhet förutsätter att det är två gällande och förfallna *fordringar* med likvärdiga prestationer som kan avräknas mot varandra samt att hinder inte föreligger p.g.a. motfordrans särskilda karaktär.¹²⁷ I rättsfallet fann HD att medel som en konkursförvaltare hade tagit emot för konkursboets räkning och sedan satt in på ett särskilt klientkonto utan att medlen sammanblandats med andras medel inte bara var förbehållna huvudmannen vid syslomannens konkurs med separationsrätt enligt RVL, utan även innebar att medlen lyfts ur obligationsrätten och istället skulle behandlas som en lös sak genom surrogation.¹²⁸ Medlen på klientkontot hade fått sakrättslig karaktär och kunde därmed inte kvittas eftersom det inte längre ansågs röra sig om två fordringar som stod mot varandra. Detta befanns skilja sig från 1971 års fall då en mäklare hade mottagit medel för huvudmannens räkning, men där sammanblandning med andras medel hade skett före avskiljandet enligt RVL.

Nyordningen sedan 2014 har kritiserats i doktrin, bl.a. med påpekandet att medlen i 1971 års fall inte alls hade sammanblandats före avskiljandet som HD påstår i 2014 års fall.¹²⁹ Den hårdaste kritikern av dem alla, Torgny Håstad, ifrågasatte både avgörandets metodologi och själva resultatets lämplighet. Avseende den

¹²⁷ Mellqvist, Mikael, Welamson, Lars, *Konkurs och annan insolvensrätt*, 12 uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 220. Med motfordrans särskilda karaktär avses särskilda fordringar som oftast p.g.a. sociala skäl inte kan kvittas, t.ex. lönefordran eller kränkingsersättning.

¹²⁸ Se prejudikatet i NJA 2009 s. 500.

¹²⁹ Se t.ex. Millqvist, *Retentionsrätten i nytt ljus*, s. 167. Se även Håstad, Torgny, *Rättsdogmatik in absurdum?* NJA 2014 s. 935, i SvJT 2017, 357–69, s. 359 f.

senare framhöll Håstad bl.a. att sysslomäns inskränkta kvittningsrätt skulle få följden att betalningen av konkursförvaltares fordran på arvode i större utsträckning skulle skjutas över på staten enligt KL 14:2 istället för konkursborgenärerna.¹³⁰ Enligt min mening är Håstads slutsatser avseende prejudikatets effekter riktiga, men tämligen ofullständiga analytiskt. Det stämmer att en av sysslomännen, konkursförvaltaren, hamnar i en sämre ställning som kan innebära större utgifter för staten. Men mer betydelsefullt är att kvittningsrättens inskränkning innebär att sysslomän i allmänhet hamnar i en sämre position vid huvudmannens konkurs samtidigt som andra borgenärer – som skulle ha fått sämre utdelning om kvittningsrätten inte hade inskränkts – gynnas. Förutsatt att omkastandet av borgenärernas inbördes prioritet inte påverkar värdet på konkursgäldenärers tillgångar är frågan om lämpligheten av kvittningsrättens inskränkning för sysslomän en (närings)politisk fråga.¹³¹

Samtidigt finns det minst en typ av syssloman vars betalningssäkring kan argumenteras gynna snarare än skada borgenärer med sämre rätt vid konkurs – och vars prioritet därför kan anses påverka värdet på boets tillgångar i positiv riktning. En sådan syssloman är likvidatorn vars funktion är att se till att den juridiska personen kan avvecklas på ett ordnat sätt och vars arbete kan antas vara till nytta för borgenärskollektivet. Utebliven kvittningsrätt skulle kraftigt försämra likvidatorers möjligheter att säkra betalning. Det har t.ex. påpekats att likvidatorns möjligheter att skaffa sig förskottsbetalning inte nödvändigtvis är goda om likvidationsbolaget har tillgångar, eftersom det inte är samma sak som att ha likvida medel.¹³² Likvidatorn kan i detta läge vara benägen att istället lämna in en konkursansökan i hopp om att uppdraget kan återupptas om konkursen avslutas med överskott. Detta innebär dock att avvecklingen har fördröjats i onödan – något som hade kunnat undvikas om likvidatorn hade haft säkerhetsrätt genom en analogi till KommL.¹³³ Retentionsrättens utvidgning i Tingeer-fallet motverkar detta problem, och lappar därmed igen ett hål som uppstod som en konsekvens av HD:s metodologiskt djärva – och i mångas ögon naturrättsligt inspirerade – penseldrag i NJA 2014 s. 935.

¹³⁰ Håstad, *Rättsdogmatik in absurdum?*, s. 368.

¹³¹ Dess normativa orimlighet följer inte s.a.s. av sig självt eller teknisk vetenskap utan handlar i grunden om politiska värderingar.

¹³² Renman, Hans, *Har en advokatbyrå kvittningsrätt i medel som mottagits vid utförande av klientuppdrag, likvidators uppdrag eller liknande uppdrag?*, i *Juridisk Tidskrift* nr 2 2015/16, 492–34, s. 432.

¹³³ Renman, s. 432.

6.5 Sammanfattning av kapitlets slutsatser

Retentionsrättens uppkomst i immateriella tjänsteavtal kräver som huvudregel lagstöd eller avtal. Vad som avses med avtalstypen immateriella tjänster definieras som avtal som inte är knutna till fysiska föremål. Sysslomannaavtal utgör en undergrupp av immateriella tjänster. I praxis har retentionsrätt tillerkännts för fordringar uppkomna inom likvidatorsuppdrag.

I Tingeer-fallet uppställs en trestegsprövning för retentionsrättens uppkomst vid immateriella tjänsteavtal. Först ska uppdraget anses särskilt skyddsvärd ur samhällsekonomisk synpunkt och typiskt sett vara till nytta för borgenärskollektivet. Sedan måste uppdragstagarens behov av betalningssäkring bedömas vara otillräckligt skyddat genom förmånsrättslig lagstiftning, förskott, statlig garanti eller liknande. Slutligen måste den i lag oreglerade avtalstypen vara tillräckligt likt ett annat, t.ex. kommissionsförhållanden, som enligt lag har retentionsrätt. I fallet fann HD att en likvidator inte kunde tillerkännas retentionsrätt genom allmänna principer, men däremot genom en analog tillämpning av KommL. Endast fordringar uppkomna ur det specifika likvidatorsuppdraget kan förenas med retentionsrätt, och inte från tidigare avtalsförhållanden. Tingeer-fallet bör också förstås i ljuset av kvittningsrättens inskränkning i sysslomannaförhållanden enligt praxis. Sedan 2014 har sysslomän inte rätt att kvitta sina fordringar på arvode mot huvudmannens medel, om medlen har härflutit endast från huvudmannen och inte har sammanblandats med annans medel före dessa avskiljdes genom insättning på ett särskilt konto.

7 Diskussion av undersökningens resultat

Genom att sammanfatta flera rättigheter
med olika innehåll under en gemensam
benämning åstadkommer man ett lagtekniskt
virrvarr, som i varje fall från systematikens
synpunkt är att beklaga.¹³⁴
– Berndt Hasselrot

As flowers turn toward the sun, by dint of
a secret heliotropism the past strives to turn
toward that sun which is rising in the sky
of history.¹³⁵
– Walter Benjamin

I detta kapitel diskuteras undersökningens resultat. Först presenteras en systematisering av retentionsrätten med utgångspunkt i stark eller svag konnexitet. Detta följs av en kritisk diskussion om systematiseringens förhållande till gränsdragningen mellan avtalstyperna materiellt arbetsbeting och immateriell tjänst. Sedan analyseras retentionsrättens uppkomst, med särskilt fokus på gränserna för dess uppkomst vid analog lagtillämpning. Kapitlet avslutas med en kritisk analys av diskussionen inom doktrin om pant- och retentionsrättens terminologi där jag själv presenterar ett förslag på begreppsbildning med bakgrund av framställningens slutsatser.

7.1 Retentionsrättens systematisering

Som framställningens genomgång av rättskällorna visar sammanhänger frågan om vilka omständigheter som grundar retentionsrätt med vilka avtalstyper som finns mellan parterna. Retentionsrätten bör enligt min mening delas in i två kategorier, som bidrar till terminologisk och metodologisk klarhet i såväl lagstiftning som rättstillämpning. Dessa två kategorier presenteras i det följande.

¹³⁴ Hasselrot, s. 48.

¹³⁵ Benjamin, Walter, *Theses on the Philosophy of History*, i *Illuminations*, övers. av Harry Zohn, Schocken Books, New York, 1969, s. 255.

7.1.1 Ursprunglig retentionsrätt

Det är tydligt att retentionsrätt uppkommer *som huvudregel* vid uppdragsavtal där en stark konnexitet finns mellan uppdragstagarens fordran på arbete och den egendom som arbetet har berikat. Dessa avtalstyper kännetecknas av att arbetet eller vården sker av viss fysisk egendom – närmast uteslutande lösa saker – som uppdragstagaren också besitter. Till dessa avtal hör vård, förvaring och arbete på annans egendom. I dessa avtal uppstår retentionsrätten antingen med direkt stöd i lag eller enligt allmänna principer. Enligt min mening bör en retentionsrätt som uppstår enligt det senare sättet förstås som en utfyllande avtalstolkning, vilket sker i de fall då ingen direkt lag är tillämplig. NJA 1985 s. 205 utgör ett tydligt exempel på detta där HD fann – efter genomgång av förarbetena till FRL om den upphävda HB 17:3 om hantverkarens retentionsrätt – att hantverkare och industriidkarens retentionsrätt var så pass självklar att någon särskild bestämmelse inte behövdes för att uttrycka detta. Det rör sig enligt min mening om en princip grundad i sedvänjan. Att retentionsrätt vid dessa avtalstyper utgör en allmän princip bekräftas också i Tingeer-fallet.¹³⁶ Denna typ av retentionsrätt kan benämnas som *ursprunglig retentionsrätt*.

7.1.2 Utvidgad retentionsrätt

Vid avtalstyper med en svag konnexitet mellan uppdragstagarens fordran på arbete och den egendom som arbetet har berikat behövs istället lagstöd för retentionsrätt. Till dessa uppdragsavtal hör den breda gruppen immateriella tjänster, inbegripet sysslomannaavtal och mellanmansförhållanden. I de få fall där retentionsrätten kan uppstå utan direkt stöd i lag har det motiverats med starka samhällsekonomiska argument. Enligt Tingeer-fallet måste det handla om ett självständigt uppdragsförhållande där uppdragstagarens intresse av betalningssäkring ska sammanfalla med starka samhällsekonomiska intressen såsom intresset av att avveckling av juridiska personer kan ske på ett ordnat sätt. Uppdragets art ska även i allmänhet anses gynna borgenärskollektivet. Vidare krävs det att uppdragstagarens behov av betalning i allmänhet inte kan tillgodoses på något annat sätt än genom retentionsrätt. Slutligen måste uppdraget vara jämförbart med mellanmansförhållanden på så sätt att uppdragstagaren vidtar åtgärder och rättshandlar för huvudmannens räkning. Detta för att en analog tillämpning av KommL eller HAL ska vara möjlig.

Denna typ av retentionsrätt motiveras inte av allmänna principer, sedvänja, eller institutionell systemkonformitet. Tvärtom tycks snarare retentionsrätt utgöra undantaget där säkerhetsrätten uppstår p.g.a. att lagstiftaren har funnit att vissa

¹³⁶ Se HD:s domskäl, p. 23 och p. 31.

uppdrag är särskilt skyddsvärda. Av intresse är att det redan vid den äldre kommissionslagens tillkomst påpekades av författare att kommissionärens säkerhetsrätt varken kan kallas för en (konventionell) panträtt eller passa in i de ursprungliga retentionsrätterna.¹³⁷ Vissa författare ser istället båda dessa som legala pant-rätter.¹³⁸ Det handlar således om ett undantag från huvudregeln om retentionsrätt enligt allmänna principer. Denna typ av retentionsrätt kan benämnas som *utvidgad retentionsrätt*.

7.1.3 Om konnexitet som bedömningsgrund för gränsdragningen

Gränsen mellan ursprunglig och utvidgad retentionsrätt dras genom en bedömning om hur pass stark eller svag konnexitet som finns mellan arbetet inom ramen för uppdragsavtalet som ger upphov till fordran och egendomen som arbetet har berikat. Konnexitetens indelning i stark respektive svag tycks i sin tur kunna bedömas med utgångspunkt i avtalstypernas dikotomi mellan fysiska arbeten och immateriella tjänster. Man bör dock ha klart för sig att konnexitetens indelning i stark respektive svag handlar om en gradskillnad snarare än en artskillnad. Detsamma gäller enligt min mening också indelningen av uppdragen i fysiskt och immateriellt.

De konkreta fallen av kategorisering av avtalstyper i den ena och den andra typen i det juridiska språkbruket kan kritiseras för att vara teoretiskt inkonsekvent. Det kan t.ex. argumenteras att även revisorer och kommissionärer använder sina kroppar i den tids- och rumsbundna världen för att åstadkomma förändring av fysisk egendom på liknande sätt som t.ex. en fraktare, förvarare eller vårdare. Teoretiskt besynnerliga gränsdragningsproblem uppstår t.ex. vid frågan om en tjänst att serva en dator bör ses som immateriellt eller materiellt. Med utgångspunkt i begreppsdikotomin kan det argumenteras att arbete med mjukvara är immateriellt medan hårdvara kan anses materiellt, trots att båda dessa arbeten förutsätter ungefär samma grad av utbildning och yrkeskunskap och ofta överlappar. Ett annat exempel är restaureringsarbete av bildkonst som delvis kan ses som ett hantverksyrke, delvis ett ”kreativt” yrke.

Som min översiktliga undersökning indikerar tycks bedömningen snarare grundas i den klassiska allmänspråkliga särskiljningen mellan hantverksyrken och kontorsyrken. Det handlar, vill jag hävda, inte om några strikta fysikaliska kriterier, utan om en i grunden socialt och historiskt betingad helhetsbedömning. Att retent-

¹³⁷ Hasselrot, s. 48. Se även förarbetena till den nuvarande KommL där säkerhetsrätten i den äldre lagen benämns som en panträtt och säkerhetsrätterna i den nyare lagen benämns som pant- och retentionsrätt, SOU 1984:85 s. 64 och s. 127 samt SOU 2005:120 s. 225.

¹³⁸ Se t.ex. Millqvist, *Sakrättens grunder*, s. 245.

ionsrätten endast tillerkänns fysiska tjänster kan därmed lättare förstås. Vad som till ytan tycks vara en irrationell gränsdragning grundad i sedvänja kan vid närmare undersökning ses som ett fullt rationellt uttryck för en näringspolitik med rötter i skråväsendet. Den politiska prioriteringen av hantverkare över ”kreativa” och immateriella yrken är fullt förståelig eftersom den senare yrkesgruppen vid handelsbalkens införande knappt existerade.¹³⁹ Före industrialisering var de immateriella yrkena tätt förknippade med det offentliga byråkrati och behövde därför antagligen inget skydd i form av retentionsrätt eftersom dessa tjänstemän var offentligt avlönade. Efter industrialiseringens intåg levde hantverkarens retentionsrätt kvar och utvidgades sedan till industriidkare och även till kommissionärer. Dikotomin upprätthölls, men till synes utan explicita näringspolitiska överväganden.¹⁴⁰

Dikotomin mellan hantverksyrken och immateriella yrken kommer dock enligt min mening bli allt svårare att rättfärdiga på konsekvent näringspolitisk grund. Till de fysiska avtalstyperna finns t.ex. även industriidkare och reparatörer av tekniskt avancerad utrustning som kräver minst lika mycket kunskapskapital som immateriella yrken. Denna utveckling kommer antagligen bara att fortsätta i och med digitalisering där produktionen blir allt mer kunskapsintensiv och frukterna av arbetet allt mer av immateriell karaktär. Min slutsats är därför att bedömningsgrunden för gränsdragningen, i termer av anknytning till fysiska föremål, är svår att rättfärdiga på ett teoretiskt tillfredställande sätt. Samtidigt vill jag slutligen poängtera, i linje med den funktionalistiska synen på begrepp, att bedömningen om stark och svag konnexitet endast som *utgångspunkt* bör luta sig mot klassificeringen av tjänster i fysiskt och immateriellt. Att ett avtal kan klassas som arbetsbetinget behöver inte *alltid* innebära att det faller inom stark konnexitet vid prövningen om retentionsrättens uppkomst.¹⁴¹

7.2 Tre grunder för retentionsrättens stiftande – och analogins gräns

Avtalsförhållandet som grundar retentionsrätt kan delas in i tre grupper med avseende på rättskällor, som var och en utgör en förklaringsmodell för säkerhetsrättens uppkomst. Denna metodologiskt orienterade systematisering hjälper dels till att bringa klarhet i frågan om retentionsrättens karaktär i jämförelse med panträtten, och dels till att avgränsa de situationer där lagar tillämpas analogt. De överväganden som HD har tagit hänsyn till vid analog lagtillämpning diskuteras i

¹³⁹ Sigeman, Tore, *Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling*, SvJT 1984 s. 875.

¹⁴⁰ Se 1914 års kommissionslag där lagstiftarens dock använder termen legal panträtt, SOU 1969:5 s. 98.

¹⁴¹ Jfr SOU 1969:5 s. 99.

ljuset av principen om rättstillämparens lojalitet mot lagstiftaren, som sedan länge varit etablerad i den svenska juridiska metodläran.

7.2.1 Tvingande bestämmelser i lag

Till denna grupp hör tvingande bestämmelser i lag som grundar retentionsrätt. Till dessa hör t.ex. bestämmelserna om bärgning i SjöL, lagen om hittegods, lagen om inrikes vägtransport och lagen om retentionsrätt för fordran hos hotellgäst.

Det ska betonas att det rör sig om tvingande bestämmelser i lag, och inte om termen *legal* retentionsrätt som ofta används i doktrin. Vad som utgör en legal retentionsrätt till skillnad mot en konventionell (avtalad) tycks för det flesta författare främst bestå i att den förra grundas på bestämmelser i lag, oavsett om dessa är dispositiva eller tvingande, medan den senare grundas på parternas uttryckliga avtalsvillkor.¹⁴² *Legal* betyder för dessa författare snarare någon form av legaldefinition. Som exempel på legal pant- eller retentionsrätt ges bland dessa författare både tvingande och dispositiva lagar såsom KommL. Detta framgår även i uttalanden om att den konventionella retentionsrättens funktion är svår-motiverad.¹⁴³ Endast en författare, Undén, tycks använda termen *legal* som synonymt för tvingande enligt lag. Denne definierar legala säkerhetsrätter negativt mot avtalade sådana; *legal* betyder i sammanhanget säkerhetsrätter tillkomna oavsett gäldenärens samtycke.¹⁴⁴ Enligt min mening måste gränsen mellan legal och konventionell säkerhetsrätt dras med tydliga kriterium för att åtskillnaden ska vara meningsfull. Denna framställning har därför inte använt sig av termerna konventionell och legal retentionsrätt som begreppsdikotomier.

7.2.2. Avtalsstolkning

Till denna grupp hör de avtalstyper där bestämmelserna om retentionsrätt är dispositiva och därmed kan anses vara avtalade genom utfyllande avtalsstolkning.¹⁴⁵ Till dessa hör KommL, KtjL och KöpL där det inte råder någon tvekan om deras dispositivitet. Mera osäkert hör andra fall som diskuteras i kapitel 4, främst arbete på annans egendom utanför konsumentförhållanden, som enligt

¹⁴² Hessler, s. 370, som talar om att legal säkerhetsrätt kan tillkomma utan att det behövs något pantsättningsavtal. Se även Håstad, Sakrätt, s. 348. Jfr Rodhe, Sakrätt, s. 389 och s. 440 f, som inte ger någon uttrycklig definition alls.

¹⁴³ Se Strömgren, Peter, s. 266. Millqvist, *Retentionsrätten i nytt ljus*, s. 163 och 169. Håstad, *Sakrätt*, s. 27 och 349 f. Adlercreutz, s. 120 f. Se även Hasselrot, s. 93. Jfr däremot Rodhe, *Sakrätt*, s. 446. Jfr även Undén, s. 240 f.

¹⁴⁴ Undén, s. 220.

¹⁴⁵ Se Walin, Gösta, *Materiell konkursrätt: konkursfordringarna, solidariskt ansvar, kvittning, konkursegendomen, återvinning, m.m.*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1987, s. 197 f och 205 f. Jfr dock Håstad, *Köprätt*, s. 318.

min mening också är dispositiv. I dessa lagreglerade fall består svårigheten snarare i att tolka om parterna kan anses ha avtalat bort säkerhetsrätten.

Till denna kategori hör också de avtalstyper där HD utan direkt stöd i lag tillerkänner uppdragstagaren retentionsrätt enligt allmänna principer som fyller ut avtalet genom avtalstolkning. Det handlar således om fall av *ursprunglig* retentionsrätt. Ett illustrativt exempel är metoden som domstolen använder sig av i NJA 1985 s. 205. Som jag har diskuterat tidigare kan det argumenteras att industriidkaren tillerkändes retentionsrätt genom avtalstolkning där HD fastställer innehållet i partsviljan med ledning i den upphävda HB 17:3 som ansågs ge uttryck för sedvänjan. I nyss nämnda fall bekräftar förvisso HD endast att retentionsrätten är ”tillämplig” på situationen utan att uttryckligen beskriva metoden i termer av avtalstolkning eller analog tillämpning. Det kan dock enligt min mening svårigen argumenteras att någon lag tillämpades analogt eftersom någon sådan inte finns, utan tvärtom hade upphävts.

Inte heller i NJA 1987 s. 312, ett annat fall av ursprunglig retentionsrätt med grund i reparationsarbeten av en bil, uttalar HD något om analogier. Enligt min mening bör inte dessa typer av avtalstolkning benämnas som analogier eftersom lagbestämmelserna som analogiseras från ofta är dispositiva och därför utgör en del av avtalet genom utfyllning. Inte heller greppet ”rättsanalogi” där det hävdas att rättstillämparen analogiserar från allmänna principer finner jag språkligt rättvisande.¹⁴⁶ I rättsområden som omfattas av dispositiva ramlagar kan det argumenteras för att avtalsfriheten inte begränsas, utan tar stöd i den begreppsvärld som juridiken använder sig av och som uttrycks i dessa lagbestämmelser.¹⁴⁷ I dessa fall handlar det därför inte om analogier i verklig mening, utan om avtalstolkning där rättstillämparen tar ledning i allmänna principer vars innehåll utrönas från flertalet angränsande lagar eller sedvänjan. Med denna syn råder, i teorin, ingen direkt motsättning mellan ”utfyllande” avtalstolkning och respekt för partsautonomin så länge den förra praktiseras med takt och känslighet samt i ljuset av det senare i ett dialektiskt ömsesidigt förhållande; med andra ord vad som i allmänhet kännetecknar god avtalstolkning.

¹⁴⁶ Termen används av Strömholm, som kallar den för ett ”tekniskt grepp inom rättstillämpningen” – vilket enligt min mening är en bra beskrivning, även om jag är kritisk till termen ”rättsanalogi”. Se Strömholm, s. 481.

¹⁴⁷ Se Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllning*, Iustus Förlag, Uppsala, 2008, s. 609.

7.2.3 Analog tillämpning av lag – om gränser och överväganden

Till denna grupp hör de fall av utvidgad retentionsrätt som inte har direkt stöd i lag. Likvidator enligt Tingeer-fallet utgör ett typexempel. I dessa fall grundar sig retentionsrätten inte på en utfyllande avtalsolkning grundat i allmänna principer, utan om andra resonemang där istället en eller flera lagbestämmelser utgör verktyg för att ett visst resultat ska uppnås. Dessa fall bör enligt min mening konsekvent metodologiskt benämnas som laganalogier. Frågan om vilka oreglerade situationer i vilka retentionsrätten kan uppstå genom analog tillämpning av lag sammanhänger med frågan om vilka överväganden som HD har tagit hänsyn till i praxis vid sådan rättstillämpning.

En sedan länge etablerad rättsideologisk utgångspunkt i svensk metodlära är att rättstillämparens bruk av analog tillämpning måste, principiellt, göras utifrån en lojalitet snarare än antagonism mot lagstiftaren.¹⁴⁸ Rättstillämparen gör detta genom att se till lagens syften, t.ex. genom att beakta förarbetena och lagens tillkomstprocess, och sedan utvärdera om samhällsförändringen har lett till att vissa hål behöver fyllas ut med hänsyn till lagens ändamål samtidigt som analogilösningen ska uppfylla krav på systemenlighet.¹⁴⁹ Särskilt inom förmögenhetsrätten, där lagstiftningen är långt ifrån heltäckande, har prejudikatinstanserna en mer framträdande roll som rättsbildare, ofta genom att söka anpassa tolkningen av lag, inom ramen för rättsdogmatisk metod, efter förändrade samhällsförhållanden på så sätt att den uppfyller dess av lagstiftaren tänkta ändamål. Prejudikatinstansernas roll i dessa situationer kan beskrivas som en lagstiftare i det lilla.

Vad detta innebär i praktiken kan utläsas indirekt av övervägandena som HD gör i praxis som rör den utvidgade retentionsrättens uppkomst i oreglerade fall. Från ett lagstiftningsperspektiv kan frågan något förenklat ses som en intresseavvägning. Å ena sidan finns mycket starka krav på förutsebarhet och den grundläggande principen om alla borgenärsers lika rätt som endast bör frångås om det finns verkligt starka skäl.¹⁵⁰ Flertalet obeståndsrättsliga institut såsom återvinning har som funktion att motverka otillbörligt gynnande av enskilda borgenärer som undergräver prioritetsordningen.¹⁵¹ Å andra sidan finns intresset av att trygga betalning för uppdragstagare som är särskilt viktiga för att gäldenären ska kunna *undvika* konkurs eller som har en så pass viktig roll i rekonstruktions- eller insolvensförfarandet att avsteg kan göras från huvudregeln om prioritetsordningen.

¹⁴⁸ Se Frändberg, Åke, *Om analog användning av rättsnormer*, P.A. Norstedt och Söners Förlag, Stockholm, 1973, s. 159, som även kallar detta för rättskipningen ideologi.

¹⁴⁹ Peterson, Claes, Sandström, Marie, *Till frågan om rättsvetenskapsmannens bevisbörda*, i Juridisk Tidskrift nr 3 1999/00, s. 756 f.

¹⁵⁰ Se NJA 1985 s. 205 som hänvisar till prop. 1970:142 s. 83 f.

¹⁵¹ Om återvinning, se Mellqvist, s. 106.

I praxis som rör frågan om retentionsrättens analoga tillämpning visar HD på en stor försiktighet som beaktar att lagstiftning om förmånsrättsordningen och konkurs i hög grad ger uttryck för delikata rättspolitiska avvägningar. I Tingeer-fallet uttalar HD att:

likvidatorn skulle kunna ges en säkerhetsrätt för de fordringar som grundar sig just på likvidatorsuppdraget. [...] En lösning som innebär att en likvidator tillerkänns en retentionsrätt för hela sitt fordringsanspråk i den samlade förmögenhetsmassa som han eller hon förvaltar, skulle medföra en säkerhetsrätt som närmast har karaktär av en allmän förmånsrätt. Att tillskapa en så vidsträckt rätt för likvidatorers anspråk bör inte ske utan lagstiftning.¹⁵²

HD:s resonemang om skapandet av säkerhetsrätter som lagstiftarens närmast exklusiva rätt bör enligt min mening också förstås i ljuset av kreditväsendets särskilda behov av förutsebarhet, vilket medför att analogier om bestämmelser av sakrättslig karaktär inte kan jämföras med obligationsrättsliga analogier. Förutsebarheten om prioriteringsordningen vid en gäldenärs konkurs är en grundläggande förutsättning för ett fungerande kreditväsende och för den finansiella stabiliteten i samhället.¹⁵³

Dessa skäl medför enligt min mening att en analog tillämpning måste motiveras av en kvalificerad nivå av samhällsekonomiskt intresse. En slutsats som tidigare presenterats om Tingeer-fallet är att dess tillämplighet inte kan utvidgas till andra uppdragsavtal vars fordringar redan är förenade med förmånsrätt enligt lag såsom rekonstruktörer enligt FRL 10 § st. 1. p. 2 eller skyddas genom lagstadgade garantier såsom konkursförvaltare enligt KL 14:2 st. 1. Andra uppdragstagare som enligt lag har förmånsrätt kan troligtvis inte heller passera ”Tingeer-testet”. Mellanmän såsom mäklare kan svårligen uppfylla kraven på nytta för borgenärskollektivet, medan andra uppdragstagare som i det enskilda fallet kan klara kravet på ekonomisk nytta – såsom rättsliga rådgivare, värderingsmän, besiktningsmän, olika former av tekniska konsulter – svårligen klarar kravet på likhet med mellanmansförhållanden för att KommL ska kunna tillämpas analogt. Att möjligheterna för retentionsrättens stiftande genom laganalogier i praxis är mycket begränsade är enligt min mening också rimligt med hänsyn till de starka samhälleliga behoven av förutsebarhet samt frågans näringspolitiskt komplexa karaktär.

¹⁵² HD:s domskäl p. 39–40.

¹⁵³ Cranston, s. 542.

7.3 Åter till begreppsbildningen och terminologin

Till sist ska fokus åter riktas mot begreppsbildningen. Som tidigare nämnt finns ingen skillnad längre i rättsverkan mellan retentionsrätt och legal panträtt. Flertalet författare har därför föreslagit en reform där båda institut benämns med ett enda begrepp.¹⁵⁴ Rodhe föreslår t.ex. att legal panträtt och retentionsrätt bör betecknas med det gemensamma namnet retentionsrätt.¹⁵⁵ Undén presenterar ett liknande förslag grundat i samma syn på begrepp: såväl termen legal som konventionell retentionsrätt kan fasa ut terminologiskt och istället benämnas som panträtter.¹⁵⁶

Dessa förslag tycks grunda sig i uppfattningen att legala handpanträtter sett till funktion och institut ligger närmare retentionsrätterna än konventionell handpanträtt i allmänhet. Både retentionsrätt och legal panträtt uppkommer typiskt sett i samband med uppdragsavtal – traditionellt sett arbete på eller förvaring av lös sak – där egendomen kommer i uppdragstagarens besittning för främst ett annat syfte än säkerhet. Konventionella handpanträtter uppkommer däremot typiskt sett i samband med försträckningsavtal där panten kommer i borgenärens besittning främst för syftet att ge långgivaren säkerhet, och där dessutom pantavtalet inte är detsamma som kreditavtalet.¹⁵⁷ Legala handpanträtter och retentionsrätter har därför enligt dessa författare mer gemensamt med varandra än konventionell handpanträtt.

Enligt min mening är en sådan begreppsbildning inte helt motiverad, även om man i stort delar Undén och Rodhes strängt funktionsbetonade syn på juridiska begrepp. Som framställningens slutsatser visar finns inom retentionsrätterna en principiellt viktig indelning, med utgångspunkt i stark eller svag konnexitet, i antingen ursprunglig eller utvidgad retentionsrätt. Vid avtalstyper med stark konnexitet utgör retentionsrätt en allmän princip, medan retentionsrätt vid avtalstyper med svag konnexitet kräver uttryckligt lagstöd eller analog lagtillämpning. Denna indelning fyller, som visat i framställningen, en viktig funktion för att dels avgöra vilka situationer där retentionsrätt kan uppstå utan direkt lagstöd eller uttrycklig reglering i avtal, och dels på vilket sätt utifrån den rättsdogmatiska metoden som en sådan säkerhetsrätt uppstår. Det är också denna distinktion – mellan stark respektive svag konnexitet – som enligt min mening bör utgöra grunden för en eventuellt ny begreppsbildning.

¹⁵⁴ Vissa författare använder redan legal retentionsrätt som en gemensam term för både legal handpanträtt och retentionsrätt. Se t.ex Lennander, s. 121. Rodhe, *Sakrätt*, s. 440.

¹⁵⁵ Rodhe, *Sakrätt*, s. 446.

¹⁵⁶ Undén, s. 168.

¹⁵⁷ Lennander, s. 89.

Mitt förslag på ny begreppsbildning är därför att endast benämna ursprunglig retentionsrätt som en retentionsrätt, medan utvidgade retentionsrätter kan benämnas som legala panträtter. På så sätt åskådliggörs de metodologiska skillnaderna i uppkomst mellan ursprunglig retentionsrätt och utvidgad retentionsrätt, som bidrar till systematisk klarhet, och som i sin tur hjälper rättstillämparen att upprätthålla rättssäkerhet och förutsebarhet.

8 Avslutande synpunkter

Bland säkerhetsrätterna har retentionsrätten alltid haft en något undanskymd tillvaro. Som framställningen visar har detta till synes obetydliga institut genomgått flera metamorfoser genom historien, delvis p.g.a. lagstiftarens ändring av själva rättsverkningarna av stiftad retentionsrätt, delvis p.g.a. andra rättsreglers förändring. Indelningen mellan fysiska uppdragsavtal där retentionsrätt gäller som allmän princip och immateriella tjänster där retentionsrätt kräver lagstöd eller uttryckligt avtalsvillkor har dock upprätthållits i praxis. Rättsutvecklingen i praxis har under de senaste decennierna istället gått mot en mycket försiktig utvidgning av retentionsrätten för immateriella tjänster vars betalningssäkring anses särskilt skyddsvärda. Än så länge har dessa tjänsters skyddsvärdhet motiverats av främst samhällsekonomiska resonemang om intresset av ordnad avveckling av företag samt nyttan som dessa tjänster typiskt sett skapar för borge-närskollektivet. Betydelsen av en sådan säkerhetsrätt för immateriella uppdrags-tagares möjligheter att få betalt är tydligt.

Avslutningsvis kan det anföras, utifrån ett lagstiftningsperspektiv, att det kan vara önskvärt att utvidga retentionsrätten till ytterligare immateriella avtalstyper. Samhällsekonomin har blivit mer kunskapsintensiv och av immateriell karaktär samtidigt som regleringarna inom miljö, finans, dataskydd, konkurrens och andra områden har blivit allt mer omfattande. Som en konsekvens har, på gott och ont, juridiska tjänster, affärsrådgivning, mjukvaruutveckling, marknadsföringstjänster och andra immateriella tjänster blivit allt mer oundgängliga i drivan-det av företag. Behovet av betalningssäkring för de företag som erbjuder dessa typer av tjänster kan idag bedömas vara otillräckligt och därmed avhålla dem från att utföra sina tjänster för företag med pressad ekonomi. Som ett rättsligt institut för att hjälpa företag att undvika konkurs samt stärka immateriella branschers ställning kan retentionsrätten därför ha en viktig roll att spela i ut-formningen av framtidens näringspolitik.

Källförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Proposition 1970:142 till riksdagen med förslag till förmånsrättslag, m.m.

Proposition 1975:102 med förslag till räntelag m.m.

Proposition 1975/76:105 med förslag till arbetsrättsreform m.m.

Proposition 1984/85:110 om konsumenttjänstlag

Proposition 1986/87:90 om ny konkurslag

Proposition 1988/89:76 om ny köplag

Proposition 1990/91:63 om handelsagentur

Proposition 2008/09:88 ny kommissionslag

Statens offentliga utredningar

SOU 1947:38 Lagberedningens förslag till jordabalk. 1

SOU 1969:5, Utsökningsrätt IX. Förmånsrättsordning m.m.

SOU 1979:36, Konsumenttjänstlag

SOU 1984:85 Kommission och handelsagentur, betänkande av kommissionslagskommittén

SOU 1990:13 Översyn av sjölagen 2. Godsbefordran till sjöss

SOU 2005:120, Fondkommission – och en ny kommissionslag

Rättspraxis

Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1936 s. 650

NJA 1971 s. 122

NJA 1975 s. 222

NJA 1978 s. 593

NJA 1979 s. 670

NJA 1981 s. 1050

NJA 1982 s. 404

NJA 1984 s. 693

NJA 1985 s. 178

NJA 1985 s. 205

NJA 1987 s. 312

NJA 1992 s. 574
NJA 1994 s. 480
NJA 2001 s. 138
NJA 2008 s. 282
NJA 2009 s. 500
NJA 2012 s. 1021
NJA 2014 s. 935
NJA 2019 s. 259
NJA 2020 s. 384
NJA 2020 s. 470

Rättsfall från Arbetsdomstolen

AD 1978 nr 7
AD 1979 nr 12
AD 1982 nr 134

Rättsfall från hovrätterna

Dom den 4 november 2011 Hovrätten för övre Norrland, Mål 154-10.

Litteratur

- Adlercreutz, Axel, Lindsoug, Patrik, *Finansieringsformers rättsliga reglering*, 6 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2020.
- Bengtsson, Bertil, *Särskilda avtals typer I*, 2 uppl., Norstedt och söners förlag, Stockholm, 1976.
- Benjamin, Walter, *Theses on the Philosophy of History*, i Illuminations, övers. av Harry Zohn, Schocken Books, New York, 1969.
- Bogdan, Michael, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 8 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014.
- Cranston, Ross, Avgouleas, Emilios, van Zweiten, Kristin, Hare, Christopher, van Sante, Theodor, *Principles of Banking Law*, 3 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Frändberg, Åke, *Om analog användning av rättsnormer*, P.A. Norstedts och Söners Förlag, Stockholm, 1973.
- Hasselrot, Berndt, *Juridik och politik, första bandet*, Förlagsaktiebolagets i Malmö Boktryckeri, Malmö, 1920.
- Hellner, Jan, Hager, Richard, Persson, Annina H., *Speciell Avtalsrätt II. Kontraktsrätt. Första häftet. Särskilda avtal*, Norstedts Juridik, Stockholm, 7 uppl., 2019.
- Hessler, Henrik, *Allmän sakrätt: om det förmögensrättsliga tredjemansskyddets principer*, P.A. Norstedt och Söners Förlag, Stockholm, 1973.
- Håstad, Torgny, *Köprätt – och annan kontraktsrätt*, 6 uppl., Iustus Förlag, Uppsala, 2009.
- Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2000.
- Ingvarsson, Torbjörn, *Ogiltighet och rättsföljd*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.
- Johansson, Svante, O., *Stoppningsrätt under godstransport*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2001.

- Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i Juridisk metodlära, reds. Korling, Fredric, och Zamboni, Mauro, Studentlitteratur, Lund, 1 uppl., 2013, s. 21–45.
- Källström, Kent, Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet*, 5 uppl., Iustus Förlag, Uppsala, 2019.
- Lennander, Gertrud, *Kredit och säkerhet*, 12 uppl., Iustus Förlag, Uppsala, 2020.
- Lindskog, Stefan, *Betalning: om kongruent infriande av penningskulder och andra betalningsrättsliga frågor*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2018.
- Mellqvist, Mikael, Welamson, Lars, *Konkurs och annan insolvensrätt*, 12 uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.
- Millqvist, Göran, *Sakerättens grunder*, 9 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2021.
- Millqvist, Göran, *Retentionsrätten i nytt ljus*, i Vänbok till Mikael Mellqvist, reds. Karlsson-Tuula, Marie, Persson, H., Annina, Lambertz, Göran, Jure Förlag, Stockholm, 2020.
- Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 11 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2019.
- Ramberg, Jan, Herre, Johnny, *Allmän köprätt*, 9 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2019.
- Rodhe, Knut, *Handbok i sakrätt*, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1985.
- Rodhe, Knut, *Obligationsrätt*, 1 uppl., P.A. Norstedt och Söners förlag, Stockholm, 1956.
- Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllning*, Iustus Förlag, Uppsala, 2008.
- Samuelsson, Joel, *Hermeneutik*, i Juridisk metodlära, reds. Korling, Fredric, och Zamboni, Mauro, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.
- Sandstedt, Johan, *Sakerätten, Norden och europeiseringen: nordisk funktionalism möter kontinental substantialism*, Jure, Stockholm, 2013.
- Sigeman, Tore, Sjödin, Erik, *Arbetsrätten: en översikt*, 7 uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.
- Strömberg, Peter, *Retentionsrätt och detentionsrätt för blygsamma fordringar*, i Vänbok till Lena Olsen, reds. Samuelsson, Joel, och Zackariasson, Laila, Iustus Förlag, Uppsala, 2019.
- Strömholm, Stig, Lyles, Max, och Valguarnera, Filippo, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2020.
- Undén, Östen, *Svensk sakrätt I. Lös egendom*, 10 uppl., Liberläromedel, Lund, 1976.
- Walin, Gösta, *Materiell konkursrätt: konkursfordringarna, solidariskt ansvar, kvittning, konkursegendomen, återvinning, m.m.*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1987.
- Wilhelm, Walter, *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet*, övers. av Claes Peterson, Norstedts Juridik, Stockholm, 1989.

Övrigt

Artiklar i rättsvetenskapliga tidskrifter

- Håstad, Torgny, *Rättsdogmatik in absurdum? NJA 2014 s. 935*, i SvJT 2017 s. 357.
- Kampourakis, Ioannis, *Bound by the Economic Constitution: Notes for "Law and Political Economy" in Europe*, i Journal of Law and Political Economy, 1(2), s. 301–332.
- Peterson, Claes, Sandström, Marie, *Till frågan om rättsvetenskapsmannens bevisbörda*, i Juridisk Tidskrift nr 3 1999/00, s. 751–68.

Renman, Hans, *Har en advokatbyrå kvittningsrätt i medel som mottagits vid utförande av klientuppdrag, likvidators uppdrag eller liknande uppdrag?*, i Juridisk Tidskrift nr 2 2015/16, s. 429–34.
Sigeman, Tore, *Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling*, SvJT 1984 s. 875.

Lagkommentarer

Johansson, Svante, O., *Kommissionslagen: en kommentar*, Juno, 1a uppl., uppdaterad 2019-11-01 [åtkomst 2021-05-15].

Ramberg, Jan, Herre, Johnny, *Köplagen: en kommentar*, Juno, version 3, uppdaterad 2019-09-01 [åtkomst 2021-05-15].