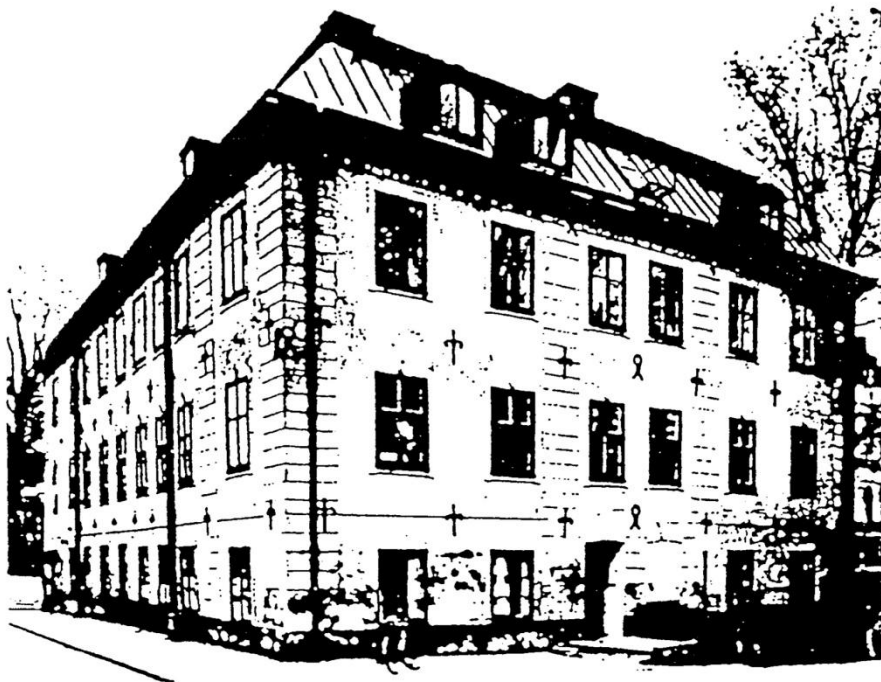


Utfästelsers fastighetsrättsliga giltighet Löften, förbud och villkor vid fastighetsöverlåtelse

Examensarbete i civilrätt, 30 högskolepoäng

Författare: Joel Englund
Handledare: Docent Margareta Brattström

HT 2010



JURIDISKA FAKULTETEN – INSTITUTIONEN
UPPSALA UNIVERSITET

Riddartorget 5/Trädgårdsgatan 1, Uppsala. Postadress: Box 512,751 20 Uppsala, Tel 018-4710000

Innehållsförteckning

1	Inledning.....	5
1.1	Bakgrund.....	5
1.2	Syfte.....	7
1.3	Avgränsning.....	7
1.4	Metod och material.....	8
1.5	Terminologi.....	9
1.6	Disposition.....	12
2	Regleringen av lös egendom.....	13
2.1	Huvudregeln för lös egendom.....	13
2.2	Sanktioner.....	14
2.3	Särskilt om aktier.....	15
3	Överlåtelselöften avseende fastighet.....	16
3.1	Gällande rätt – huvudregeln.....	16
3.2	Fång av benefik karaktär.....	22
3.3	Prekontraktuell skada vid fastighetsöverlåtelse.....	25
4	Villkorliga fastighetsöverlåtelser.....	29
5	Rättshistorisk tillbakablick.....	31
5.1	Villkorliga köp.....	31
5.2	Överlåtelselöften.....	35
6	Överlåtelseförbud avseende fastighet.....	41
7	Bostadsrätter.....	43
8	Kommersiella praktiska konsekvenser.....	45
8.1	Bolagiserade överlåtelser.....	45
8.2	Fastighetsleasing.....	48
9	Analys.....	50
9.1	Ett rättsdogmatiskt och komparativt perspektiv.....	50
9.2	Ett kommersiellt praktiskt perspektiv.....	52
9.3	Sammanfattande analys av gällande rätt.....	52
9.4	Synpunkter de lege ferenda.....	56
	Källförteckning.....	58

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (2005: 551)
AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BRL	Bostadsrättslagen (1991:614)
FB	Föräldrabalken
FABL	Finska aktiebolagslagen (21.7.2006/624)
FJB	Finska jordabalken
HBL	Lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
HR	Häradsrätt
JA	Juridiskt arkiv utgivet av <i>Schmidt</i>
JB	Jordabalken
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
JT	Juridisk tidskrift
Köpl	Köplagen (1990:931)
NJA	Nytt juridiskt arkiv utgivet av <i>Holm</i> , avdelning I
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RP	Finska riksdagens propositioner
RR	Rådhusrätt
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juridisk tidskrift
TR	Tingsrätt
UB	Utsökningsbalken
ÅRL	Årsredovisningslagen (1995:1554)
ÄB	Ärvdabalken
ÄktB	Äktenskapsbalken

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Det är Högsta domstolen som är orsaken till att jag valt att skriva mitt examensarbete i fastighetsrätt. Genom sin dom i NJA 2002 s. 467 öppnade HD mina ögon för frågan om utfästelsers betydelse, eller kanske bättre uttryckt avsaknad av betydelse, i samband med fastighetsöverlåtelser. Jag kommer att utförligt behandla fallet i min framställning nedan, men i korthet handlade det om hur en privatperson inte kunde förlita sig på en utfästelse att få köpa en viss fastighet. Min första reaktion på fallet var förvåning. Jag kunde för allt i världen inte förstå hur en enig Högsta domstol kunde resonera som den gjorde. Instinktivt borde det motsatta ha gällt. Ett löfte om att sälja en fastighet borde ju vara bindande på precis samma sätt som om det gällt lös egendom, tänkte jag. Min förvåning övergick snart i nyfikenhet och en breddning av perspektivet. Villkorliga köp i 4 kap. 4-6 §§ JB, liksom överlåtelseförbud i 4 kap. 3 § 3 p. JB, uppvisade egenheter i förhållande till vad jag hade förutsatt. En insikt om att det är något speciellt med fastigheter infann sig.

När civilrätten i övrigt tvingas hantera nya samhällsföreteelser som finansiella instrument och kapitalförsäkringar präglas fastighetsrätten av ett sorts evigt lugn. ”Fast egendom är jord. Denna är indelad i fastigheter.” lyder 1 kap. 1 § 1 st. JB, även om vi genom tillägget att indelningen kan ske ”både horisontellt och vertikalt” sedan några år också har tredimensionella fastigheter att handskas med. Faktiskt är själva överlåtelseformen tämligen oförändrad i sin reglering. En betydande elasticitet i de centrala överlåtelsebestämmelserna har tillåtit rättspraxis att under närmare ett kvarts millennium hålla 1734 års jordabalk vid liv, trots varierande syn på formalism och andra juridiska trender.¹ Det här är en speciell faktor att räkna med när fastighetsrätt diskuteras. Genom att lagstiftaren, i vart fall i de för examensarbetet centrala frågorna, inte tagit ställning till grundläggande principer får mycket gammal och ibland svårtydd rättspraxis en avgörande betydelse. Det är ovant sett ur ett allmänt civilrättsligt perspektiv.

Den som lyfter ögonen från själva jorden ser också att en fastighet inte är vad en fastighet var även om ägandet av jord är nu som då av största ekonomiska vikt.² Den jord vi idag indelar i fastigheter må vara samma jord som människor be-

¹ Se *Vahlén* Formkravet vid fastighetsköp s. 7-8.

² Se exempelvis LB 1909 II s. 155.

bott och brukat sedan mycket lång tid, men fastigheten som socialt fenomen har förändrats kraftigt. Sverige saknade i princip städer i nuvarande mening under medeltiden. Idag bor närmare 85 procent av Sveriges befolkning i tätorter, vilka endast utgör 1,3 procent av landets yta.³ Jordbruket, som var den näst största sysselsättningssektorn efter gruv- och tillverkningsindustrin så sent som år 1800, sysselsatte lika många som handelssektorn 1960, för att idag vara en mycket liten sysselsättningssektor.⁴ 2009 års taxeringsvärde för lantbruksfastigheter var 730 miljarder kronor medan övriga fastigheter taxerades till 4 941 miljarder kronor.⁵ Likväl har den stora landmassa som Sverige, Europas till ytan femte största land, förfogar över kommit i nytt fokus i ljuset av klimat- och miljödebatter. Våra fastigheter har en sär egen och ständigt central betydelse i samhället som den enda egendom som, undantaget gränsförändringar, är evig och samtidigt begränsad. Men vilken roll fastigheterna spelar varierar beroende på samhället som verkar på dem.

Fastighetsbeståndet är idag kraftigt diversifierat. De tredimensionella fastigheterna är ett aktuellt exempel, men där det förr låg ett hemman kan det idag stå en snabbmonterat köpcentrum. Storleksmässigt varierar fastigheter idag från elskåp om 0,1 kvadratmeter till Sveriges största fastighet, Gällivare kronoöverloppsmark, om 269 000 hektar.⁶ En strandtomt kan vara bebyggd med ett fritidshus lika väl som ett kärnkraftverk, exempelvis Forsmark med ett byggnadsvärde på 15,2 miljarder kronor.⁷ Det är inte ens alltid fastigheten som är överlåtelseobjektet. I kommersiella förhållanden är det numera vanligt att aktörerna överlåter fastigheter i bolagsform, så kallad bolagisering eller paketering. Det innebär att en fastighet vid någon tidpunkt säljs in i ett bolag vars aktier sedan överlåts istället för fastigheten.⁸ Upplägget är till stor del drivet av skatteskal.⁹ Fastighetsdiversifieringen är ytterligare en faktor att beakta när fastighetsrätten diskuteras. Jorden representerar allt mer sällan det centrala värdet i en fastighet, och ibland är det inte ens en fastighet som överlåts.

Fastighetsrätten och fastigheternas betydelse i samhället låter sig således inte enkelt förklaras. Fastigheten är evig och föränderlig på samma gång. Det var en insikt jag saknade när jag först läste NJA 2002 s. 467, rättsfallet som var den tändande gnis-

³ Markanvändningen i Sverige s. 52.

⁴ Markanvändningen i Sverige s. 90.

⁵ Bostads- och byggnadsstatistisk årsbok 2010 s. 165 och 169.

⁶ http://www.lantmateriet.se/templates/LMV_Page.aspx?id=11873

⁷ http://www.lantmateriet.se/templates/LMV_Page.aspx?id=11873

⁸ Se för en översikt *Kägerman* Fastighetsnomenklatur kap. 22.

⁹ Främst stämpelskatt, se närmare a. a. s. 389-393.

tan till det examensarbete du nu läser. Det är också en insikt som är av största vikt att ha med sig för att kunna förstå och kritisera hur överlåtelselöften, överlåtelseförbud och villkorliga överlåtelser regleras i fastighetsrätten. De är komponenter i ett evigt och föränderligt rättssystem.

1.2 Syfte

Jag har som syfte att i examensarbetet beskriva och analysera regleringen av överlåtelselöften, överlåtelseförbud och villkorliga köp rörande fastighet i svensk rätt. Jag avser också att undersöka vilka praktiska konsekvenser regleringen får. Av särskilt intresse är frågor som framstår som olösta eller oklara i regleringen och som har praktisk betydelse.

Min undersökning sker med utgångspunkt i principen att överlåtelselöften, villkorliga överlåtelser och överlåtelseförbud normalt är rättsligt bindande utfästelser om de avser lös egendom, i vart fall obligationsrättsligt.¹⁰ Mitt angreppssätt bygger således på att regleringen av lös egendom är den mest accepterade synen på hur sådana utfästelser ska regleras. Det betyder inte att det är den optimala regleringen av utfästelser i det avseendet utan blott den systembestämmande. Annorlunda uttryckt syftar undersökningen till att förstå varför överlåtelselöften, villkorliga överlåtelser och överlåtelseförbud i vissa avseenden regleras annorlunda då de avser fast egendom, om det är en rimlig lösning och vilka alternativa lösningar som är tänkbara.

1.3 Avgränsning

Den huvudsakliga avgränsningen i examensarbetet är att jag behandlar äganderättsliga utfästelser. Utfästelser avseende nyttjanderätt eller andra fastighetsrättsliga rättigheter kommer jag inte att behandla. Jag avser att så mångsidigt som möjligt undersöka regleringen i övrigt med två undantag. Det första är testamentsförordnanden för all framtid, så kallad fideikommiss.¹¹ På grund av bland annat lagen (1963:583) om avveckling av fideikommiss är området, om än synnerligen intressant, mycket speciellt ur juridisk synpunkt med betydande offentligrättsliga inslag. Regleringen av fideikommiss gör inte heller skillnad på lös och fast egendom. För en utförlig be-

¹⁰ Herre, *Ramberg* Allmän köprätt s. 45-46 och *Adlercreutz* Avtalsrätt I s. 287-290. Märk väl skillnaden mot att ge rättshandlingar sakrättslig verkan där hänsyn till tredje man är ett viktigt ändamålsskäl, se *Hästad* Sakrätt avseende lös egendom s. 16-17.

¹¹ Se närmare om begreppet *Brattström*, *Singer* Rätt arv s. 98.

handling av fideikommiss hänvisas till ett nyligen publicerat examensarbete i ämnet.¹² Det andra undantaget är de speciella former av fastighetsöverlåtelse som nämns i 4 kap. 1 § 3 st. 2 meningen JB, närmare bestämt sådana som sker i enlighet med lagen (1982:352) om rätt till fastighetsförvärv för ombildning till bostadsrätt eller kooperativ hyresrätt eller lagen (1985:658) om arrendatorers rätt att förvärva arrendestället. Förvärv och överlåtelselöften enligt nämnda lagar är specialreglerade i förhållande till fastighetsrätten i övrigt och präglas av de mycket speciella förhållanden som råder inom respektive sektor. Jag avser därför att inte behandla dem i större utsträckning än att särskilt lagen om arrendatorers rätt att förvärva arrendestället kommer att tas upp som en jämförelsepunkt mot vad som gäller i fastighetsrätten i allmänhet.

1.4 Metod och material

Min metod när jag behandlar examensarbetets syfte är den rättsdogmatiska. Det innebär att jag genom en analys av lagtext, rättspraxis och doktrin kommer att karaktärisera och systematisera de argument och lösningar som presenteras och används i gällande rätt.¹³ Det skulle givetvis kunna påstås att utgångspunkten i det avseendet är felaktig, att det inte finns något behov av sammanhållning och konsekvens i civilrätten och att det därför inte är en ”brist” om logik eller systematik saknas. Den svenska civilrätten skulle således kunna vara organiserad som en mängd specialregleringar, där varje enskild fråga regleras genom en för ändamålet skraddarsydd lösning oberoende av ”principer” eller ”rättsgrundsatser”. Det skulle göra en rättsdogmatisk undersökning svår om inte meningslös, och jag kan inte förlika mig med en sådan syn på civilrätten.¹⁴ Medan villkorliga överlåtelser och överlåtelseförbud reglerats i 4 kap. 3-6 §§ JB saknas lagreglering av överlåtelselöften i svensk fastighetsrätt. Överlåtelselöften, såsom jag i avsnitt 1.5 definierar dem, har mig veterligen inte utförligt behandlats i ett sammanhang sedan tillkomsten av nya JB. Än mindre finns någon studie av överlåtelselöften, villkorliga överlåtelser och överlåtelseförbud som ett fastighetsrättsligt tema. Utgångspunkten i undersökningen är därför inte något visst arbete utan

¹² *Eriksson* Avveckling av fideikommiss – en juridisk framställning om hur fideikommissegendom kan sammanhållas.

¹³ Den rättsdogmatiska processen skulle således kunna kallas för en ”jakt” på ett ”rättssystem”, *Hellner* Rättsteori. En introduktion, s. 11.

¹⁴ För en betydligt kärnfullare och elegantare argumentation mot en sådan differentiering av civilrätten än vad jag själv förmår prestera får jag hänvisa till *Bengtsson* Om civilrättens splittring, särskilt s. 168-170.

min egen sammanställning av de förarbetsuttalanden och analyser i litteraturen som kan hittas här och där samt, framförallt, en omfattande studie av HD:s rättspraxis.

I de fall logiken i rättssystematiken tycks brista, är det särskilt viktigt att bredda synfältet till närliggande rättsområden och -system. Särskilt den historiskt och juridiskt nära anknutna finska fastighetsrätten är av intresse i detta avseende.¹⁵ Såväl det finska samhället som den finska civilrätten är i de flesta avseenden det närmaste svenska förhållanden man kan komma. En komparation med finsk fastighetsrätt kan därför tjäna som en direkt jämförelsepunkt, i vart fall närapå. En jämförelse med exempelvis norsk eller engelsk rätt skulle däremot kräva betydande hänsyn till avvikande samhällsförhållanden och särskilt i fråga om fastighetsrätten en annorlunda rättskultur.¹⁶

Det finska materialet förtjänar ett särskilt förtydligande. Som bekant håller sig Finland med lagtext och propositioner i två språkversioner, den finska och den svenska, men i övrigt är det svenskspråkiga rättskällematerialet begränsat. Ett särskilt problem är att de auktoritativa lagkommentarerna endast finns tillgängliga på finska. På grund av begränsade kunskaper i finska kan jag inte själv ta del av dem. I ett fall då jag funnit det befogat har jag tagit hjälp av Sonja Riska, bitr. jurist vid Waselius & Wist advokatbyrå i Helsingfors, för att få tillgång till det finskspråkiga materialet. I övrigt kan jag, tyvärr, inte göra anspråk på en så fullständig genomgång av det finska materialet som vore önskvärt.

1.5 Terminologi

Jag har hittills använt termerna ”överlåtelselöfte”, ”villkorlig överlåtelse” och ”överlåtelseförbud” utan ett tydligt angivande av vad jag avser med dem. Jag avser inte att för sakens skull använda någon nyskapande eller avvikande terminologi i den följande framställningen men mitt användande av termen ”överlåtelselöfte” förtjänar ett särskilt förtydligande. Det som ligger närmast till hands att tala om i samband med överlåtelselöften är det som i enlighet med 1 kap. AvtL:s terminologi är anbud att överlåta eller förvärva egendom. I detta examensarbete kommer jag till överlåtelselöfena också räkna det som kallas options-, hembuds- och förköpsavtal. Dessa utfästel-

¹⁵ När den nya finska jordabalken (12.4.1995/540) trädde i kraft den 1 januari 1997 ersatte den nämligen jordabalken ur 1734 års lag. Den nya jordabalken utformades också med hänsyn till de erfarenheter som kunnat observeras efter Sveriges jordabalksmodernisering på sjuttioalet, se RP 1994/120 avsnitt 1.3.

¹⁶ Se *Strömholm* Har den komparativa rätten en metod? SvJT 1972 s. 456-465.

ser, som alla avser att tillskapa en rätt att överlåta eller förvärva egendomen senare, är en form av oftast avtalade överlåtelselöften.¹⁷ Särskilt då en option eller en förköpsklausul är ensidigt utfäst är dock skillnaden mot ett stående anbud obefintlig.¹⁸ Inte heller då det rör sig om ömsesidigt överenskomna optionsklausuler eller liknande är det annat än ett ensidigt eller ömsesidigt överlåtelselöfte. Termen överlåtelselöfte ska dock inte förstås så att ett överlåtelselöfte automatiskt innebär en rätt att förvärva eller överlåta egendomen. Överlåtelselöftet kan vara utformat så att det endast kan aktualiseras vid eventuell överlåtelse, såsom är fallet för hembuds- och förköpsavtal.

Villkorliga överlåtelser innebär att överlåtelsens giltighet görs beroende av villkor, vilket är en med överlåtelselöften sammanhängande men inte jämförbar fråga. Det kan handla om att överlåtelsen ska gå åter när ett villkor inträder, ett så kallat resolutivt villkor, eller att överlåtelsen inte ska vara definitiv förrän villkoret inträtt, ett så kallat suspensivt villkor.¹⁹ När villkoret inträder handlar det alltså inte om någon ny överlåtelse. Det är strikt sett den ursprungliga överlåtelsen som går åter eller aldrig fullbordas. Villkorliga överlåtelser kan vara användbara om en avgörande förutsättning för endera parten inte säkert inträffar när överlåtelsehandlingen skrivs under. Det kan exempelvis vara att köparen inväntar ett bygglov för fastigheten eller att säljaren vill säkerställa att ett annat fastighetsköp fullbordas. Två specialformer av villkorliga överlåtelser är säkerhetsöverlåtelser och avbetalningsköp. Det som kännetecknar villkorliga köp är att de har nära samband till kreditgivning. Vid en säkerhetsöverlåtelse överlåts egendomen till en kreditgivare som säkerhet för ett lån men brukas fortsatt av den ursprunglige ägaren.²⁰ När vissa villkor i låneavtalet är uppfyllda förklaras överlåtelsen ogiltig och låntagaren får åter full äganderätt till egendomen. Uppfyller låntagaren inte sina skyldigheter kommer egendomen att fullständigt ägas av kreditgivaren.²¹ Detsamma sker vid avbetalningsköp med skillnaden att det är kreditgivaren som är den ursprunglige ägaren.²²

Ett överlåtelseförbud är en utfästelse som relaterar till överlåtelse av egendom, men överlåtelseförbudet är väsensskilt från överlåtelselöftet.²³ Det är inte en utfästelse att överlåta eller förvärva egendomen utan att inte överlåta egendomen

¹⁷ Så kallade *pacta de contrahendo*, *Adlercreutz* Avtalsrätt I s. 96-97.

¹⁸ A. a. s. 97.

¹⁹ A. a. s. 109.

²⁰ *Håstad* Sakrätt avseende lös egendom s. 206-207.

²¹ Denne måste dock redovisa eventuellt övervärde till gäldenären för att inte säkerhetsställandet ska vara ogiltigt jämlikt 37 § AvtL.

²² *Håstad* Köprätt och annan kontraktsrätt s. 263

²³ *Westerlind* Kommentar till jordabalken s. 301.

överhuvud taget. Det utesluter dock inte att överlåtelseförbud i vissa fall kan ha liknande funktioner och syften som exempelvis förköpsavtal till förmån för överlåtaren.²⁴ Överlåtaren kan genom ett generellt förbud som bara kan upphävas genom överlåtarens samtycke uppnå starkare kontroll indirekt över hur ägaren förfogar över och överlåter egendomen än vad som skulle varit möjligt med en vanlig förköpsklausul.²⁵

Enligt min mening är det systematiskt enklast att dela in de nu uppräknade utfästelserna i tre grupper. Den första gruppen är överlåtelselöftena. Till gruppen hör anbud från både överlåtare och förvärvare av egendom. Eftersom en överenskommelse om att i framtiden ingå överlåtelseavtal innebär att anbud ska avges hör också förköps-, options-, hembudsavtal och liknande avtal eller villkor till denna grupp. Den andra gruppen är de villkorade överlåtelsena. Dessa karaktäriseras av att de rör förhållandet mellan den som, i vart fall till viss del, redan överlåtit och den som förvärvat egendomen. Beroende på typ av villkorad överlåtelse är det möjligt att vissa fall i denna grupp också kan karaktäriseras som överlåtelselöften. Den tredje gruppen slutligen är överlåtelseförbuden som inte i sig tillskapar någon rätt att vare sig förvärva eller återfå egendom utan blott förhindrar att överlåtelse sker. Ett överlåtelseförbud kan alltså i sig inte falla under någon av de andra två grupperna, men kan till funktionen ligga nära dem.

Något bör också sägas om den terminologi som jag använder för att beskriva finsk rätt. I Finland görs hänvisningar till lagtext annorlunda än i Sverige. En hänvisning till 4 kap. 1 § 1 st. JB skulle med den finländska terminologin skrivas 4 kap. 1 § 1 *mom.* JB. En hänvisning till 2 kap. 11 § 1 *mom.* 1 p. FJB avser alltså den första punkten i elfte paragrafen andra kapitlets första stycke. Jag har valt att hänvisa till finsk lag på det sätt som är brukligt i Finland, inte minst eftersom det annars blir förvirrande för den som vill läsa lagtexten där de interna hänvisningarna ser ut på detta vis. Den finska jordabalken innehåller vidare en för svenska förhållanden förvirrande terminologi. Köpet ingås nämligen enligt 2 kap. 1 § FJB genom upprättandet av ett köpebrev, som i svensk rätt innebär det säljaren utfärdar då köparen erlagt

²⁴ Se JustR *Bengtssons* obiter dictum i NJA 1993 s. 468.

²⁵ Förköpsklausulen antas då, som redan *Schrevelius* Civil-rätt II s. 693 f. förutsatte, vara utformad så att den förköpsberättigade har rätt att köpa egendomen på samma villkor som den köpare ägaren har hittat. I sådana fall skapar inte förköpsklausulen något hinder för ägaren att bli av med egendomen utan verkar bara styrande på vem som köper den. Se för ett liknande resonemang, minoriteten i NJA 1984 s. 673 och revisionssekreteraren i NJA 1993 s. 468.

köpeskillingen. Ett finskt köpebrev är synonymt med en svensk köpehandling. Även här kommer jag att hålla mig till finsk rätts terminologi.²⁶

1.6 Disposition

Examensarbetets disposition är möjlig vid ett första påseende inte helt självklar men det är en logisk följd av syftet och resultatet av mina undersökningar. Eftersom fastighetsrätten undersöks utifrån ett allmänt civilrättsligt perspektiv måste regleringen av lös egendom först presenteras för att jag i min behandling av den fasta egendomen ska kunna relatera till den regleringen. Lös egendom behandlas därför redan i kapitel 2 och följs av en beskrivning av den fastighetsrättsliga regleringen i kapitlen 3-6, vilka innehåller ett för förståelsen av gällande rätt nödvändigt rättshistoriskt avsnitt i kapitel 5. Kapitlet är i sig bakvänt disponerat på så sätt att villkorliga överlåtelser rättshistoria behandlas före överlåtelserlöftenas, trots att ordningen i behandlingen av gällande rätt är den motsatta. Dispositionen är i den delen styrd av resultatet av mina undersökningar. Enligt min mening måste nämligen rättspraxis i fråga om överlåtelserlöften förstås utifrån den historiska regleringen av villkorliga överlåtelser.

Min beskrivning av den fastighetsrättsliga regleringen följs av en beskrivning av ett närliggande område, bostadsrätter, i kapitel 7, ett avsnitt som trots sin närmare principiella samhörighet med lös egendom utgör en intressant jämförelsepunkt till den fastighetsrättsliga regleringen. I kapitel 8 behandlas så praktiska konsekvenser av den dittills beskrivna regleringen.

Examensarbetets avslutande analytiska del i kapitel 9 är uppdelad i två delanalyser som en följd av mitt syfte med examensarbetet, i vilka rättsdogmatiska synpunkter och praktiska konsekvenser behandlas var för sig i avsnitten 9.1-9.2. Resultatet av delanalyserna leder till min sammanfattande analys av gällande rätt i avsnitt 9.3. I de delar jag funnit anledning att vara kritisk mot gällande rätt presenteras synpunkter de lege ferenda i avsnitt 9.4.

²⁶ Notera dock att köpebrevet i vissa fall är att beteckna som en ”överlåtelshandling”.

2 Regleringen av lös egendom

2.1 Huvudregeln för lös egendom

För lös egendom finns det inga generella hinder mot att uppställa överlåtelselöften och överlåtelseförbud eller avtala om villkorliga överlåtelser.²⁷ Vid en överlåtelse av egendom kan parterna avtala om att förvärvaren ska vara bunden av ett överlåtelseförbud.²⁸ Överlåtelseförbud används vanligen av överlåtaren i samband med benefika fång för att förhindra att förvärvaren inte ska vidareöverlåta egendomen och på så sätt komma åt värdet i den.²⁹ Det är vid en överlåtelse vidare möjligt att avtala om att köpet ska vara villkorligt på olika sätt.³⁰ Obligationsrättsligt är ägaren till egendom alltså fri att inom allmänna avtalsrättsliga ramar förfoga över egendomen genom olika typer av överlåtelselöften. Det står också andra än ägaren fritt att inom 1 kap. AvtL:s ramar ge anbud och ingå löftesavtal med ägaren avseende egendomen.

Den sakrättsliga verkan av dessa löften är dock inte lika självklar. På grund av traditionskravet har ett överlåtelselöfte avseende lösöre normalt inte sakrättslig verkan.³¹ Säkerhetsöverlåtelse av lösöre kan dock i vissa fall medföra sakrättsligt skydd för säkerhetsöverlåtaren mot säkerhetsköparens borgenärer.³² Det är dock inte uteslutet att ge sakrättsligt skydd till optionsavtal och liknande rätter i vissa sammanhang.³³ Överlåtelseförbud har verkan mot förvärvarens borgenärer vid benefika transaktioner men inte vid onerösa.³⁴ Olika former av återtagandeförbehåll vid villkorliga köp är också de normalt giltiga mot tredje man.³⁵

Att det finns en uppdelning mellan överlåtelselöftenas obligations- och sakrättsliga verkan beror på att olika ändamål skyddas. Obligationsrättsligt är det fråga om att skydda parternas avtalsfrihet och ägarens rätt att fritt förfoga över egendomen medan det sakrättsligt handlar om tredje mans intressen.³⁶ Typsituationen som man vill undvika är att tredje man, exempelvis den ena partens borgenärer, lider förlust på

²⁷ Herre, Ramberg Allmän köprätt s. 46. Ett undantag är dock fideikommiss enligt 9 kap. 2 § ÄB.

²⁸ Se situationen i NJA 1974 s. 376 där köparen av några tavlor åtog sig gentemot säljaren att inte sälja tavlorna vidare utan dennes medgivande.

²⁹ *Håstad* Sakrätt avseende lös egendom s. 449-450.

³⁰ *Håstad* Köprätt och annan kontraktsrätt s. 170.

³¹ Undantaget är om saken finns hos tredje man och denne denuntieras om löftet eller om saken kommit i rättighetshavarens besittning, se *Håstad* Sakrätt avseende lös egendom s. 442-443.

³² A. a. s. 443.

³³ Se *Håstad* a. a. s. 444-445 och *Rodbe* Handbok i sakrätt s. 610-611. Jfr *Hessler* Allmän sakrätt s. 450.

³⁴ NJA 1974 s. 376. Se också *Håstad* Sakrätt avseende lös egendom s. 449-451.

³⁵ *Håstad* Köprätt och annan kontraktsrätt s. 170-171.

³⁶ *Håstad* Sakrätt avseende lös egendom s. 16-17.

grund av överlåtelselöftet. Det kan handla om att någon tecknat ett optionsavtal till sin bil med en närstående, ett avtal vars enda syfte skulle vara att förhindra att bilen tas i mät vid ett exekutivt förfarande.

2.2 Sanktioner

Ett giltigt överlåtelselöfte, överlåtelseförbud eller villkorlig överlåtelse skyddas rättsligt genom att den som förlitat sig på utfästelsen kan kräva sanktioner om utfästelsen inte uppfylls. Det som ligger närmast till hands är att kräva att motparten presterar den avtalsenliga prestationen.³⁷ Kommer inte fullgörelse i fråga eller saknas intresse för sådant krav kan den som förlitat sig på löftet kräva ekonomisk kompensation i form av skadestånd.³⁸ Skadeståndet ska försätta den som förlitat sig på löftet i samma ekonomiska situation som om avtalet hade uppfyllts, det positiva kontraktsintresset.³⁹ Det kan också förekomma att parterna i ett avtal kommit överens om ett fast eller särskilt uträknat skadestånd vid avtalsbrott, ett så kallat vite.⁴⁰ Sanktionerna är inte exklusiva utan kan komplettera varandra.⁴¹

I vissa situationer där inte ett rättsligt bindande löfte uppkommit men parten ändå har haft befogad tillit till motpartens lojala agerande kan skadeståndsskyldighet uppkomma på grund av oaktsamt eller uppsåtligt vilseledande.⁴² I sådana fall, kallade culpa och dolus in contrahendo, ska den förlitande parten försättas i samma situation som om han inte hade inlett förhandlingar med motparten, det negativa kontraktsintresset. Det negativa kontraktsintresset kan också ersättas ifall en part orsakat att ett avtal som ansetts ingånget sedan förklaras ogiltigt.⁴³

Fullgörelsetalan och skadeståndstalan är i första hand åberopbara sanktioner mellan parterna. Ibland förekommer dock att tredje mans intressen blir inblandade, exempelvis den ena partens borgenärer om parten gått i konkurs eller utsätts för exekutiva förfaranden. Det kan också röra sig om att den som gett ett löfte avseende viss egendom överlåtits denna vidare. I sådana fall kan den som förlitar sig på ett löfte gällande egendom ha ett intresse av att göra samma rätt gällande mot tredje man, särskilt om det kan antas att motparten inte har möjlighet att utge ekonomisk kom-

³⁷ *Ramberg, Ramberg* Allmän avtalsrätt s. 229.

³⁸ A. a. s. 233.

³⁹ A. a. s. 233.

⁴⁰ A. a. s. 241.

⁴¹ A. a. s. 234.

⁴² A. a. s. 63-65.

⁴³ A. a. s. 240.

pensation i form av skadestånd. Fullgörelseyrkandet kan med andra ord ibland vara det enda reellt effektiva yrkandet. För att kunna skydda sin rätt mot tredje man krävs att rätten har sakrättslig giltighet.⁴⁴ I sådana fall kan talan föras om bättre rätt till egendomen eller om hinder mot exekutivt förfarande.⁴⁵

2.3 Särskilt om aktier

Aktier är enligt 4 kap. 7 § 1 st. ABL fritt överlåtbara så länge inga förbehåll tagits in i bolagsordningen. De förbehåll som får tas in är samtyckes- (4 kap. 8 §), förköps- (4 kap. 18 §) och hembudsförbehåll (4 kap. 27 §). Av bestämmelserna framgår att endast den sista varianten är tillåten i avstämningsbolag. Om en aktieägare överlåter aktier i strid med samtyckes- eller förköpsförbehåll i bolagsordningen är överlåtelsen ogiltig enligt 4 kap. 17 respektive 27 §§. I övrigt kan överlåtelselöften avseende aktier göras som för lös egendom. Anbud och acceptmodellen gäller för aktier liksom för övrig lös egendom vilket betyder att optionsavtal och liknande *pacta de contrahendum* kan ingås.⁴⁶ Optioner och terminer, en ömsesidigt förpliktande option, är mycket vanliga inslag i handeln med aktier på värdepappersmarknaden och handlas också fristående från aktierna.⁴⁷ Olika typer av överlåtelselöften kan också vara delar av aktieägaravtal och tillskapa vidlyftigare begränsningar än de som får tas in i bolagsordningen.⁴⁸

I uttrycklig strid med stadgandet i 4 kap. 7 § 1 st. ABL är dock att i ett aktieägaravtal eller liknande överenskommelse stadga ett överlåtelseförbud angående aktierna. Det är därför mycket tveksamt vilken rättsverkan sådana förbud har. I litteraturen antas att överlåtelseförbud endast kan vara tidsbegränsade och giltiga under kort tid för att undgå att jämkas med stöd av 36 § AvtL.⁴⁹ Andra sorters klausuler bör dock anses obligationsrättsligt giltiga, vilket betyder att de kan utgöra grund för fullgörelsetalan och i andra hand skadeståndstalan till det positiva kontraktsintresset.⁵⁰

I förhållande till tredje man är läget betydligt mer komplicerat. Det är oklart om överlåtelselöften som tillskapar en rätt att förvärva aktier alls kan göras gällande

⁴⁴ Se om begreppet sakrätt *Håstad* Sakrätt avseende lös egendom s. 16-17.

⁴⁵ Jfr 4 kap. 20 § RB.

⁴⁶ Se *Stattin, Svernlöv* Introduktion till aktieägaravtal s. 51-52.

⁴⁷ *Adlercreutz* Avtalsrätt I s. 97.

⁴⁸ A. a. s. 48-51.

⁴⁹ *Stattin, Svernlöv* Introduktion till aktieägaravtal s. 48-49 och *Kansmark, Roos* Aktieägaravtal s. 81-82.

⁵⁰ *Stattin, Svernlöv* a. a. s. 59-60 och *Kansmark, Roos* a. a. s. 100.

mot tredje man.⁵¹ Om aktierna är deponerade kan överlåtelselöftet göras gällande mot en förvärvande tredje man.⁵² Det är dock tveksamt om ett överlåtelselöfte i ett aktieägaravtal eller liknande har sakrättslig verkan vid en aktieägares konkurs.⁵³

I finsk rätt är läget likartat det svenska. Enligt 1 kap. 4 § FABL är aktier fritt överlåtbara om inte bolagsordningen säger annat. De begränsningar som enligt 3 kap. 6 § får tas in i bolagsordningen är inlösenklausuler enligt 3 kap. 7 § och samtyckesklausuler enligt 3 kap. 8 §. Inlösenklausuler ger som namnet antyder enligt 3 kap. 7 § 1 mom. rätt att lösa in aktier som en aktieägare överlåter. Samtyckesklausuler innebär enligt 3 kap. 8 § 1 mom. att bolaget, märk väl inte övriga aktieägare, måste samtycka till överlåtelse av aktier. Styrelsens beslutsrätt i 3 kap. 8 § 2 mom. är dispositiv, vilket betyder att aktieägarna kan få en avgörande roll för samtyckets givande genom att bolagsstämman enligt klausulen beslutar om samtycket.

Överlåtelselöften angående aktier är bindande i finsk rätt liksom vad gäller för lös egendom i övrigt.⁵⁴ Full avtalsfrihet råder också för att genom aktieägaravtal reglera bolagets styrning och aktieägarnas agerande på liknande sätt som i svensk rätt.⁵⁵ I förhållande till tredje man förefaller synsättet vara striktare. Bestämmelser i aktieägaravtal antas i finsk rätt inte ha verkan ens mot en ondtröende förvärvare av aktier.⁵⁶

3 Överlåtelselöften avseende fastighet

3.1 Gällande rätt – huvudregeln

I propositionen till 1970 års jordabalk ägnades inte särskilt mycket energi åt frågan om anbud om fastighetsöverlåtelse ska ha bindande verkan.⁵⁷ Departementschefen konstaterade endast i förbifarten att parterna i allmänhet kan frånträda avtalet innan ömsesidig överenskommelse ingåtts.⁵⁸ Den rättsliga grunden för att inte tillåta överlåtelselöften avseende fastighet diskuterades inte närmare. Orsaken var den så kallade ömsesidighetsprincipen, vars troliga rättshistoriska ursprung jag återkommer till i

⁵¹ *Hästad* Sakrätt avseende lös egendom s. 445.

⁵² A. a. s. 445.

⁵³ A. a. s. 445 f. Se också SOU 1991:81 s. 142-144.

⁵⁴ Se indirekt *Kyläkallio, Irola, Kyläkallio* Osakeyhtiö s. 905.

⁵⁵ A. a. s. 309-312.

⁵⁶ A. a. s. 312.

⁵⁷ Frågan behandlades mycket kort, prop. 1970:20 B s. 22 f.

⁵⁸ Prop. 1970:20 B s. 127.

avsnitt 5.2. Ömsesidighetsprincipen innebär att ingen part är bunden av ett avtal om fastighetsöverlåtelse innan en formenlig överlåtelsehandling kommit till stånd.⁵⁹ Indirekt hade på sätt och vis lagstiftaren tagit ställning till och erkänt rådande rättspraxis i fråga om ömsesidighetsprincipen genom formuleringen i 1 § 3 st. AvtL. Formalavtal undantogs enligt denna bestämmelse från tillämpningen av den i 1 kap. AvtL föreskrivna avtalsslutningsmodellen med fastighetsöverlåtelse i åtanke, men ett direkt lagstöd för att ogiltigförklara överlåtelselöften är det likafullt inte.⁶⁰

Ömsesidighetsprincipen har föranlett vissa problem. En konsekvens är att det är svårt att avgöra vid vilken tidpunkt bundenhet uppstår då parterna inte samtidigt undertecknar överlåtelsehandlingen, så kallat successivt undertecknande. I NJA 2000 s. 747 I och II avgjorde HD att en bindande överlåtelsehandling uppstår först då den sist undertecknande parten utger handlingen till motparten alternativt överlämnar handlingen till en i förhållande till parten fristående tredje man, hos vilken motparten kan söka upplysning om underskriften.⁶¹ Av de två fallen framgår att en fastighetsmäklare är en sådan person (I) men däremot inte ena partens ombud, inte ens om ombudet är advokat (II).

Även om HD var enig i fråga om domsluten i båda målen fanns en oenighet i fråga om domskälen. Majoriteten, i form av JustR:n *Munck*, *Danielius* och *Blomstrand*, utgick i sin bedömning från att det med hänvisning till ”rättstryggheten” vore mindre ändamålsenligt om bundenhet uppstod genom motpartens underskrift.⁶² Denna vore ju inte synbar för den först underskrivande parten och det skulle därför vara svårt att fastställa när bundenhet egentligen uppstått. Majoriteten ansåg därför att något mer skulle krävas i enlighet med den i 35 § AvtL manifesterade ”allmänna principen att en rättshandling blir bindande för en löftesgivare först när den med hans medgivande kommit till uttryck utåt”. Bundenhet inträder

⁵⁹ *Westerlind* Kommentar till jordabalken s. 300-301. Se vidare hänvisningar i avsnitt 5.2 nedan.

⁶⁰ Således saknas stycket i de danska och norska avtalslagarna eftersom fastighetsöverlåtelse där kan ske formlost. Se *Almén*, *Eklund* Lagen om avtal s. 14-15. Att det som i anförda stycke påstås skulle vara en logisk följd av formkravet att anbud i sådana fall inte skulle vara gällande verkar alltså vara en förhastad slutsats. Överlåtelselöfte rörande bostadsöverlåtelse, som är ett formalavtal, är enligt NJA 1992 s. 66 bindande om det är formenligt upprättat. HD:s domskäl tycks dock inte utesluta att även icke formenliga överlåtelselöften skulle kunna tänkas vara bindande eftersom formbegränsningen för överlåtelselöften behövde motiveras med ändamålsskäl. Se för utförlig kritik av *Almén*'s slutsats i allmänhet och också specifikt gällande fastighetsöverlåtelse *Kleineman* Principerna för bindande avtalslöften och frågan om formalavtals ogiltighet i *Flodgren m.fl. (red.)* Avtalslagen 90 år s. 41-59. Jfr också JustR *Håstads* obiter dicta i NJA 2000 s. 747 (I och II) *Grönfors*, *Dotenall* Avtalslagen s. 32 och 57. Det kan vidare vara värt att notera att 1 kap. AvtL:s överväganden likafullt kan åberopas för att utreda vad som är en lämplig modell för avtalsbundenhet vid ingående av fastighetsöverlåtelseavtal, se HD:s majoritet i NJA 2000 s. 747 (I).

⁶¹ Att det är en nödvändig men inte tillräcklig åtgärd framgår av NJA 1937 s. 481. Trots att det var ostridigt att de i två exemplar upprättade köpekontrakten i fallet hade undertecknats hade det inte kommit till stånd ett giltigt köp eftersom de undertecknade handlingarna inte utgjorde parternas slutgiltiga överenskommelse. Jfr NJA 1904 s. 110.

⁶² Trots det är det så det är naturligt att, åtminstone vid en första anblick, uppfatta 4 kap. 1 § JB. Se *Adlercreutz* Ytterligare om fullbordande av fastighetsköp JT 2001-02 s. 452-455 s. 452.

således när den sist underskrivande parten ”lätit sitt tillträde till avtalet bli känt utåt och berett motparten möjlighet att ta kännedom därom”, alltså utgivit handlingen.⁶³ Med likartad motivering i fråga om olämpligheten att endast underskriften skulle innebära bindande verkan ansåg JustR:n *Håstad* och *Magnusson*, med hänvisning till bland annat tysk rätt,⁶⁴ att det skulle krävas att den underskrivna överlåtelsehandlingen *mottagits* av ”den först undertecknande parten eller av någon som är behörig att i detta avseende företräda honom” (jfr 7 § AvtL). Såsom oberoende part skulle fastighetsmäklaren enligt minoriteten vara behörig att företräda båda parter i detta avseende.⁶⁵

HD har genom beslut den 17 september 2010, mål nr Ö 1245-10, ansett det vara befogat för ledningen av rättstillämpningen att ett liknande mål ges prövningstillstånd i hovrätten eftersom målet ”skiljer sig något från [NJA 2000 s. 747 (I och II)]”.

I det aktuella målet hade köparen, ett dödsbo, överlämnat köpehandlingen till överförmyndarnämnden, vilken skulle godkänna en av dödsbodelägarnas underskrifter. TR:n ansåg att överförmyndarnämnden var en från köparen fristående tredje man, vilket enligt NJA 2000 s. 747 (I och II) skulle göra köpehandlingen ömsesidigt bindande.⁶⁶ HovR:n meddelade inte prövningstillstånd,⁶⁷ ett beslut som alltså ändrades av HD.

Det nu aktuella prövningstillståndet till HovR:n avser en ytterligare precisering av vem som är en till underskrivande part fristående tredje man och således inte överlåtelseöftens ogiltighet som en konsekvens av ömsesidighetsprincipen.⁶⁸ Proceduren för hur den underskrivna överlåtelsehandlingen måste utges eller mottas löser inte frågan om överlåtelseöftens ogiltighet som en följd av ömsesidighetsprincipen. Där emot aktualiserade det nu refererade prövningstillståndet och NJA 2000 s. 747 I och II en tydlig problematik i samband med ingående av fastighetsöverlåtelseavtal. Såsom minoriteten i NJA 2000 s. 747 I och II påpekade kan den först undertecknande parten när som helst återkalla sin underskrift. Det innebär att acceptfrist inte kan avtalas (jfr 2 § 1 st. AvtL), vilket i sin tur tillåter den först underskrivande parten att spekulera på motpartens bekostnad under såväl tiden för befordran av handlingen som den

⁶³ Möjligen skulle det kunna följa redan av prop. 1970:20 B s. 125 f., se *Victorin* När uppstår bundenhet vid successivt undertecknande av köpehandlingar vid fastighetsköp? JT 2000-01 s. 951-954 s. 951. Jfr *Adlercreutz* a. a. s. 452 som menar att räckvidden av uttalandet var begränsad.

⁶⁴ Se också *Adlercreutz* Avtalsrätt I s. 129.

⁶⁵ Se för en ännu striktare hållning med krav på att fastighetsmäklaren tillser att motparten mottagit överlåtelsehandlingen *Adlercreutz* Ytterligare om fullbordande av fastighetsköp JT 2001-02 s. 452-455 s. 455.

⁶⁶ Norrköpings TR:s dom den 23 oktober 2009, mål nr T 206-09.

⁶⁷ Göta HovR:s beslut den 17 februari 2010, mål nr T 3033-09.

⁶⁸ TR:ns beslut framstår dock som något märkligt. Det borde rimligen ligga närmare till hands att likna överförmyndarnämnden vid den omyndige köparens ombud (NJA 2000 s. 747 II) än en fastighetsmäklare (I), jfr 13 kap. 10 § 1 st. 1 p. och 2 st. FB. *Grauers* har uppmärksammat problemet, *Fastighetsköp* s. 24.

även mycket korta tid som den sist underskrivande parten behöver för att utge överlåtelsehandlingen.

Betydligt fler fall har kommit att handla om ömsesidighetsprincipens följd i fråga om avtalade eller ensidiga överlåtelselöften med längre löptid än vad som är typiskt vid successivt undertecknande. Det av HD senast prövade rättsfallet,⁶⁹ var det inledningsvis nämnda NJA 2002 s. 467 som rörde fastigheten Fåraby 1 i Tanum, Bohuslän.

Kärande var privatpersonen S.M. som yrkade på ersättning i form av skadestånd alternativt jämkad köpeskillning av byggföretaget Götenehus AB på grund av att företaget inte uppfyllt sitt överlåtelselöfte till S.M. Götenehus bestred yrkandet med hänvisning till att utfästelsen inte var giltig.

Bakgrunden var att S.M. hade sålt en del av Fåraby 1 till Götenehus. Företaget skulle sedan exploatera fastigheten genom att bygga villor. S.M. hade enligt köpekontraktet rätt att efter exploateringen med förtur köpa en av de nybebyggda villafastigheterna. Till saken hör att Fåraby 1 ligger kustnära varför det sannolikt var värdefullt för S.M. att få välja den villa som hade bäst läge. Götenehus sålde den av S.M. köpta fastigheten vidare innan exploateringen inletts och innan S.M. kunnat göra sin rätt gällande mot företaget. S.M. ansåg sig ha lidit skada om 600 000 kronor orsakad av Götenehus, vilket var mer än köpeskillningen om 470 000 kronor. Målet kom dock att avgöras genom mellandom angående ersättningsskyldigheten, varför beloppen inte prövades.

Lidköpings TR kom med hänvisning till gällande rättspraxis fram till att Götenehus inte var ersättningsskyldiga på någon av de av S.M. yrkade grunderna. Göta HovR var inte lika övertygade om att Götenehus skulle undkomma ansvar gentemot S.M. Även om skadeståndsyrkandet avvisades ansåg hovrätten att ”allmänna principer om ersättning vid avtalsbrott [skulle] kunna helt sättas ur spel” om inte S.M. fick sitt jämningsyrkande prövat. Eftersom S.M:s rätt att få först välja villa hade påverkat köpeskillningen och Götenehus insett detta hade S.M. rätt till befogad jämkning av köpeskillningen. Revisionssekreterarens betänkande efter överklagandet till HD följde samma argumentationslinje. Götenehus agerande var ett avtalsbrott som kunde föranleda jämkning av köpeskillningen.

S.M. hade inte samma lycka i HD. En enig domstol konstaterade inledningsvis med hänvisning till 4 kap. 1 § JB att S.M. inte genom avtalet på giltigt sätt förvärvat någon fastighet av Götenehus.⁷⁰ Angående S.M:s rätt att efter eget val köpa en villa uttalade HD att den var att ”betrakta som en överenskommelse om förköpsrätt *eller* en utfästelse om framtida överlåtelse av fast egendom” (min kursivering). Utan att på ett tydligt sätt ta avstånd från hovrättens argumentation i jämningsfrågan förklarade HD att S.M. inte kunde vinna stöd för något av sina yrkanden eftersom han ”inte har ägt rätt att förlita sig på utfästelsen *i strid med de formerav som gäller* för överlåtelse av fast egendom enligt 4 kap. 1 § JB *och den rättspraxis*

⁶⁹ Ditintills hade frågan varit uppe i NJA 1974 s. 526, 1977 s. 509 och 1984 s. 673 samt i de nedan behandlade undantagsfallen.

⁷⁰ Det skulle kunna tänkas att ett villkorligt köp av den ännu inte bildade fastigheten ägt rum jämlikt 4 kap. 3-4 §§ JB, se NJA 1998 s. 610. Jfr angående förvärv av ännu inte existerande bostadsrätt NJA 2001 s. 75. Se också *Flodin, Hager, Victorin* Bostadsrätt med översikt över kooperativ hyresrätt s. 128-129.

som utvecklats rörande utfästelser om framtida äganderättsövergång av fast egendom” (mina kursiveringar).

Jag har inledningsvis (se avsnitt 1.5 ovan) angett att överlåtelselöften är likartade oberoende av om de är ensidiga eller avtalade. Referenten Dahllöfs ordval ansluter till detta tankesätt eftersom det tydligen inte behövde avgöras om det rörde sig om en ensidig utfästelse eller en ömsesidig överenskommelse. Rättsföljden skulle alltså inte vara beroende av valet av rättsfigur. HD:s domskäl är dock otydliga avseende motiveringen till varför den strikta rättsregeln upprätthölls mot S.M. Att värna om ”fastighetsomsättningen och kreditgivningen” är förvisso de grundläggande ändamålsstadgandena i fastighetsrätten.⁷¹ Dessa intressen kan lika säkert skadas av ”osäkerhet i äganderätten”. HD presenterade dock inte någon särskilt trovärdig koppling mellan att ge S.M. en prejudicerande jämnings- eller skadeståndsrätt med överlåtelselöftet som grund, och en sådan osäkerhet i äganderätten.⁷² De referenser som anges ger inte heller särskilt mycket ledning i denna fråga.⁷³ Det tycks vara så att HD förlitade på sig sin egen långvariga rättspraxis, ”enligt vad som länge gällt enligt svensk rätt”,⁷⁴ utan att ifrågasätta om rättspraxisen effektivt skyddar ändamålen.

Återkopplingen till formkravet är vidare oklar eftersom HD strax innan tycks ha avfärdat en sådan direkt koppling. Kanske ska uttalandet förstås som att HD menade att den efterföljande rättspraxisen varit kopplad till formkravet eftersom samma ändamålsskäl bär upp båda reglerna. Det är inte heller helt tydligt vad som avsågs med att S.M. inte ägt rätt att förlita sig på överlåtelselöftet. Eftersom hovrätten ansåg det motiverat att ge S.M. rätt till jämkning för avtalsbrott borde HD enligt min mening tydligare motiverat varför S.M. inte hade en sådan rätt.⁷⁵ Avslutningsvis är det intressant att fråga sig om S.M. hade kunnat uppnå avsedd verkan med sin talan genom att utforma yrkandena annorlunda. Möjligen hade S.M. kunnat hävda att den första överlåtelsen var ogiltig enligt någon av grunderna i 3 kap. AvtL. Det är inte otänkbart att argumentera så att Götenehus svekligt förledde S.M. eller att det skulle strida mot tro och heder att göra överlåtelsehandlingen, vilket skulle innebära ogiltighet jämlikt 30 respektive 33 §§ AvtL. Prestationerna ska vid sådan ogiltighet

⁷¹ Se exempelvis prop. 1970:20 B s. 255-256.

⁷² Jfr *Kleineman* Optionsavtal vid köp av bostadsrätt JT 1991-92 s. 660-667 på s. 666.

⁷³ Notera att propositionen till övervägande del behandlar återgångsvillkor, det vill säga villkor som under nya JB ges sakrättslig verkan i upp till två år. Endast i förbifarten diskuteras anbud och överenskommelser om framtida överlåtelse, då som ett kort konstaterande. Se prop. 1970:20 B s. 22 f.

⁷⁴ NJA 2002 s. 467 på s. 470.

⁷⁵ Att notera är att S.M. under omständigheterna knappast hade lidit någon skada som kunnat omfattas av det negativa kontraktssintresset. Jfr avsnitt 3.3.

återgå, men S.M. hade enligt 18 kap. 1 § 1 st. JB inte kunnat återfå fastigheten eftersom den troligen i god tro hade förvärvats av tredje man.⁷⁶ S.M. hade i sådant fall haft rätt till ersättning för sin förlust av staten enligt 18 kap. 4 § 1 st. Staten hade sedan kunnat föra regresstalan mot Götenehus jämlikt 18 kap. 7 § 1 st. Jag återkommer till S.M:s möjligheter att föra talan om avsiktligt eller oaktsamt vilseledande i fråga om överlåtelselöftet avseende den andra fastighetsöverlåtelsen i avsnitt 3.3 nedan.

I finsk rätt har frågan uttryckligen avgjorts av lagstiftaren. Enligt 2 kap. 11 § 1 mom. 1 p. FJB är överlåtelselöften i överlåtarens intresse uttryckligen ogiltiga vid fastighetsöverlåtelse. Följden av ogiltighet enligt bestämmelsen är att inga ”effektiva yrkanden” kan göras med villkoret som grund.⁷⁷ Eftersom avtalsfrihet i övrigt antas gälla enligt 2 kap. 9 § FJB,⁷⁸ är de avtalsvillkor som uttryckligen är otillåtna enligt 11 § ett uttryck för lagstiftarens tydliga motvilja mot sådana villkor. Att motverka utbredningen av sale and lease back-transaktioner var ett av lagstiftarens huvudskäl till att ogiltigförklara förköpsklausuler.⁷⁹

Frågan om överlåtelselöften i övrigt, det vill säga anbudslänkande situationer, hanteras i finsk rätt betydligt friare än i svensk rätt. Enligt 2 kap. 7 § FJB kan parterna ingå ett föravtal om fastighetsköp, ett pactum de contrahendo. Av 2 kap. 7 § 1 mom. framgår att parterna kan välja att endast ena parten ska vara bunden av föravtalet. Beroende på föravtalets utformning är det alltså att anse som ett options- eller terminsavtal. Enligt 7 § 2 mom. omfattas föravtalet av samma form- och innehållskrav som köpebrevet men måste också ange sista giltighetsdatum för att inte schablonmässigt bli giltigt i fem år. Under giltighetstiden kan den enligt föravtalet berättigade parten enligt 7 § 3 mom. yrka att föravtalet leder till överlåtelse. Har motparten under tiden överlåtit fastigheten vidare föreligger rätt till skadestånd enligt 7 § 3 mom. Skadeståndsrätt föreligger också för andra skador på grund av avtalsbrottet. Föravtalet kan alltså endast utkrävas mellan parterna men kan där läggas till grund både för skadestånds- och fullgörelseyrkanden.

Skillnaden mellan sådana villkor som är förbjudna enligt 2 kap. 11 § 1 mom. 1 p. FJB och föravtal är subtil men ändå av avgörande betydelse. Eftersom ett överlåtelselöfte i överlåtarens intresse som tas in i köpebrevet skulle binda förvärvaren direkt, blir förvärvaren bunden i sitt förfogande över fastigheten redan vid förvärvet.

⁷⁶ Undantaget för tvång i 18 kap. 3 § 1 p. JB är inte tillämpligt.

⁷⁷ RP 120/1994 s. 47.

⁷⁸ RP 120/1994 s. 21.

⁷⁹ RP 120/1994 s. 47.

Genom ett föravtal kan förvärvaren underkasta sig samma bundenhet direkt efter förvärvet, men eftersom han först vid förvärvet blir ägare till fastigheten måste han i princip vara fri att avstå. Även om överlåtaren förutsatte att ett föravtal skulle komma att ingås kan det alltså inte utkrävas.

Om parterna kommit överens om att en fastighetsöverlåtelse ska genomföras men gjort det utan att observera föreskriven form är den part som frånträder köpet enligt finsk rätt ändå skyldig att ersätta motparten för dennes skäliga utgifter enligt 2 kap. 8 § FJB. Ersättningsskyldigheten motsvarar det negativa kontraktsintresset.⁸⁰ Av bestämmelsen verkar det indirekt framgå att ett ensidigt anbud inte alls är bindande om inte föravtal i någon form ingåtts.⁸¹ Om inget föravtal ingåtts är problemet således likartat det som aktualiserats i svensk rätt genom NJA 2000 s. 747 I och II.

3.2 Fång av benefik karaktär

HD har kommit att utarbeta ett betydande undantag för överlåtelselöften uppställda i samband med fång av benefik karaktär, trots att inga sådana fingervisningar förekom vid tillkomsten av 1970 års JB.⁸² I NJA 1981 s. 897 förklarade HD för första gången, såvitt jag kunnat finna, ett överlåtelselöfte avseende fastighet giltigt.

Omständigheterna i målet var att en far hade överlätit halva sin fastighet i lika stora delar till sina tre barn. I gåvobrevet fanns en hembudsklausul. Vart och ett av barnen var skyldiga att hembjuda sin andel i fastigheten till de andra barnen eller till den som övertagit ett barns äganderätt, före överlåtelse till utomstående. Inskrivningsmyndigheten beviljade lagfart men vägrade anteckna hembudsförbehållet i fastighetsboken eftersom det enligt inskrivningsmyndigheten inte var en inskränkning som kunde antecknas enligt 20 kap. 14 § JB. Beslutet överklagades och HD kom fram till att hembudsklausulen var giltig. Därför skulle anteckning ha gjorts.

HD:s motivering till varför hembudsklausulen ansågs vara bindande och därmed skulle antecknas i fastighetsboken var inte särskilt utförlig. Principiellt skulle hembudsskyldigheten ha varit ogiltig såsom en överenskommelse om överlåtelse av fastighet.⁸³ Att överlåtelseförbud vid gåva i princip var giltiga skulle dock enligt HD ha motiverat ett undantag

⁸⁰ *Klaimi-Wetterstein* Letter of intent och ansvarsgrundande tillit JFT 2007/5-6 s. 493-513 not 13 s. 496.

⁸¹ Jfr 1 § 2 mom. lagen (13.6.1929/228) om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, motsvarande 1 § 3 st. AvtL samt indirekt a. a. s. 496-500. Såsom jag anförde, se not 60, är det dock i sig inte ett argument för att överlåtelselöften inte ska vara bindande. Jfr a. a. not 14 s. 497.

⁸² Väl att märka är att regleringen i fråga om villkorliga överlåtelser är betydligt generösare i fråga om gåva enligt 4 kap. 29 § JB som inte hänvisar till 4-6 §§. Att detta implicit skulle innebära att överlåtelselöften var giltiga i benefika sammanhang är enligt min mening en långsökt slutsats. Överlåtelselöften var ju enligt den förhärskande uppfattningen vid tillkomsten av 1970 års JB ogiltiga som en följd av ömsesidighetsprincipen.

⁸³ *Grauers* tycks ha förbisetat detta i domskälen, Fastighetsköp s. 52 not 42.

eftersom det var en ”mindre inskränkning i gåvotagarnas förfoganderätt än ett generellt överlåtelseförbud” som inte kunde anses medföra ”mer ogynnsamma verkningar än ett sådant förbud.” Det skulle enligt HD alltså ha varit ologiskt eller obilligt att inte ge en hembudsklausul verkan om den uppställts i samband med gåva men samtidigt tillåta de mer begränsande överlåtelseförbuden. JustR:n *Bengtsson* och *Broomé* gjorde i sin skiljaktiga mening i NJA 1984 s. 673 samma tolkning av HD:s bevekelsegrunder i NJA 1981 s. 897.

I NJA 1984 s. 673 hade HD att pröva det nya undantaget för gåvor på en överlåtelse som skett mellan en far och två söner där de senare fått förvärva den aktuella fastigheten till ett pris betydligt under marknadsvärdet.

Villkoret lydde: ”Överenskommelse om framtida försäljning: Samtliga parter är överens om att om någon av köparna önskar avyttra sin andel av fastigheten, förbinder denne sig till att andelen i första hand skall erbjudas den andre delägaren. Fastigheten skall vid en framtida försäljning, om delägaren önskar utnyttja sin rätt till inköp, beräknas ha ett värde som motsvarar vad den frånträdande parten nedlagt i fastigheten enligt kvitterade räkningar samt med tillägg av de amorteringar som erlagts å ovanstående skuldförbindelser”. Frågan var vilka krav som kunde ställas på en benefik transaktion för att omfattas av undantaget. HD:s majoritet ville begränsa omfattningen av undantaget eftersom utrymmet av tradition varit begränsat. Fastighetsomsättningen och kreditgivningen skulle inte i alltför stor grad få drabbas av undantaget. Endast klara gåvotransaktioner skulle omfattas av undantaget. Med utgångspunkt i överlåtelsehandlingens formulering, rubricering och anknytning till lagtexten och med stöd av vittnesbevisning och värderingsresonemang konstaterade HD att det inte rörde sig om en sådan klar gåva.⁸⁴ Minoriteten i form av JustR:n *Bengtsson* och *Broomé* hade en motsatt utgångspunkt. Man borde endast med försiktighet underkänna förköpsklausuler utan stöd av lag eftersom klausulen ”inte sällan kan ha varit en bestämmande förutsättning för överlåtelsen” ansåg de. Utan att beröra tillämpningen i rent onerösa förhållanden ledde detta dem till slutsatsen att förköpsklausuler i vart fall hade bort vara tillåtna i transaktioner mellan närstående med påtagliga benefika inslag. Eftersom den i målet aktuella överlåtelsen ”trots sin rubricering klart [präglades] av ändamålet att gynna förvärvarna” skulle den godkännas såsom giltig enligt minoriteten.

När HD i sin tidigare praxis hade lyft något på locket för förköpsklausulerna var det naturligt att närliggande områden skulle komma att prövas. I NJA 1990 s. 18 utvidgade HD tillämpningsområdet till benefika familjerättsliga fång.

I fallet hade en bodelnings- och arvskifteshandling upprättats avseende bland annat en fastighet och i den tagits in ett hembudsvillkor mellan dödsbodelägarna. Inskrivningsmyndigheten vägrade att anteckna hembudet enligt 20 kap. 14 § i fastighetsregistret. En förutsättning för att sådan inskrivning ska tillåtas är att villkoret är giltigt, vilket varken inskrivningsmyndigheten eller Svea HovR ansåg att hembudsvillkoret var. HD i sin prövning menade att å ena sidan samma skäl kunde åberopas för att

⁸⁴ Ett exempel på motsatsen är NJA 1987 s. 726 där de benefika inslagen enligt HD uppenbarligen saknades.

förbjuda förköpsklausuler vid familjerättsliga fång som vid överlåtelser i övrigt men att å andra sidan testamente borde jämföras med gåva. Vidare konstaterade HD att förköpsklausuler kan fylla en viktig funktion vid familjerättsliga fång där det benefika inslaget är betydande. Dödsbodelägarna kunde också kringgå förbudet genom att utnyttja undantaget för gåvor. För att underlätta för dödsbodelägarna och då övriga skäl inte talade tillräckligt starkt emot beslutade HD att utvidga undantaget till att också gälla familjerättsliga fång. Avgörandet får beskrivas som generöst jämfört med det ovan refererade NJA 1984 s. 673.⁸⁵

I NJA 1998 s. 135 avgjorde dock HD att även ett familjerättsligt fång i vart fall måste vara av klart benefik karaktär för att kunna åberopas som hinder för utmätning. När en fastighet, som i målet, endast tillskiftats för att motsvara dödsbodeläggarens värdepåföljande rätt i boet var inte transaktionen av tillräckligt benefik karaktär. Genom NJA 1994 s. 69 följer dessutom att förköpsklausuler och liknande villkor måste tas med i gåvohandlingen för att vara giltiga.⁸⁶ Av avgörandet följer enligt min uppfattning också att förbehåll vid bodelning och arvskifte måste tas in i bodelnings- eller arvskifteshandlingen för att vara giltiga.⁸⁷

I NJA 1989 s. 696 fastställde HD att förköpsklausul som uppställts i samband med gåva av fastighet är ett hinder mot utmätning av densamma enligt 5 kap. 5 § 1 st. UB. Av NJA 1998 s. 135 framgår att villkor uppställda i samband med familjerättsliga fång liksom gåvor omfattas av bestämmelsen i 5 kap. 5 § 1 st. UB. De här beskrivna undantagsfallen tillskapar alltså en rätt som både är giltig mellan parterna och mot tredje man. Förvärvarens borgenärer blir inte lidande eftersom fångets måste vara klart benefikt. Fastighetsförvärvet har således inte påverkat förvärvarens egendomsmassa negativt. Inskrivningsmyndigheten gör en anteckning om utfästelsen i fastighetsregistret jämlikt 20 kap. 14 § JB, vilken enligt 18 kap. 8 § 1 st. förhindrar att tredje man förvärvar fastigheten i god tro. Om fastigheten ändå överläts i strid med löftet ska som huvudregel inskrivningsmyndigheten vägra att utfärda lagfart för det förvärvet jämlikt 20 kap. 6 § 5 p. JB.⁸⁸

När väl en förköpsklausul eller ett liknande löfte om överlåtelse tagits in i en överlåtelsehandling och den i dessa undantagsfall är giltig är ägaren till fastigheten i princip bunden av löftet. I vissa fall kan emellertid gåvogivaren i efterhand ändra

⁸⁵ I majoriteten ingick också denna gång JustR *Bengtsson*, som tillhörde den generösare minoriteten i 1984 års fall.

⁸⁶ Se 4 kap. 3 § 3 p. JB, som enligt 4 kap. 29 § är tillämplig vid gåva.

⁸⁷ Den skriftliga handlingen som enligt 9 kap. 5 § äktenskapsbalken respektive 23 kap. 4 § ärvdabalken ska upprättas är det som räknas som överlåtelsehandling enligt 4 kap. JB, se *Brattström, Singer Rätt arv* s. 182.

⁸⁸ Vissa begränsningar i hur långt inskrivningsmyndighetens skyldighet att undersöka frågan ex officio finns dock, se RH 1995:1.

villkor i överlåtelsehandlingen, nämligen då villkoret är uppställt i enbart gåvogivarens intresse. I NJA 2000 s. 262 godtogs överlåtelseförbud som ett sådant intresse i den aktuella gåvohandlingen avseende en fastighet.⁸⁹ Det bör också noteras att det enligt 9 kap. 2 § ÄB inte genom ett enda testamentsförordnande som dödsbodelägarna tar hänsyn till vid arvsförfarandet,⁹⁰ går att belasta en fastighet med en förköpsrätt exempelvis inom släkten mer än för personer som är vid livet och deras kommande barn när förordnandet görs.⁹¹

I Finland valde lagstiftaren att inte ta efter svensk rättspraxis vid införandet av FJB, som enligt 4 kap. 2 § 1 mom. tillämpar huvudregeln i 2 kap. 11 § 1 mom. 1 p. också för gåva. Benefika familjerättsliga fång bör i konsekvens med detta inte kunna innehålla överlåtelselöften.

3.3 Prekontraktuell skada vid fastighetsöverlåtelse

Ömsesidighetsprincipen innebär inte att parterna helt saknar möjligheter att reglera ansvaret innan fastighetsöverlåtelsen fullbordats. I sin rättspraxis har HD erkänt verkan av så kallade handpenningavtal under både gamla och nya JB. Ett handpenningavtal i den meningen är inte det som i folkmun avses med handpenning, det vill säga ett förskott på köpeskillingen som betalas vid köpehandlingens undertecknande.⁹² Handpenningavtalet innebär istället att den ena eller båda parterna särskilt åtar sig betalningsansvar för motpartens utgifter och direkta förluster, det negativa kontraktsintresset.⁹³ Åtagandet har i rättspraxis ansetts innebära ersättningsskyldighet upp till

⁸⁹ Däremot hade i fallet gåvogivaren angett att samäganderättslagen inte skulle vara tillämplig på förhållandet mellan gåvotagarna, som var flera. Det innebar att de var och en inte kunde begära försäljning av fastigheten såsom är möjligt enligt 6 § lagen (1904:48 s. 1) om samäganderätt. Villkoret kunde enligt HD inte ändras eftersom det inte var uppställt enbart i gåvogivarens intresse utan också garanterade var och en av gåvotagarna att fastigheten inte försålles (eller inte tecknades) utan allas samtycke. För att undvika långvariga villkor som får orimliga konsekvenser kan dock ägarna i sådana fall ansöka om permutation av villkoret jämlikt 1 § 1 st. permutationslagen (1972:205).

⁹⁰ Dödsbodelägarna kan samfällt välja att bortse från testamentsförordnanden, se *Brattström, Singer* s. 183.

⁹¹ A. a. s. 98-99.

⁹² *Gruvers Fastighetsköp* s. 72. Köpebrev utfärdas när köparen betalat kvarstoden. I dessa fall har parterna redan genom köpehandlingens ingått ett bindande avtal och ena partens frånträde blir då ett avtalsbrott, vars följder regleras i 4 kap. 13-14 §§ (säljarens avtalsbrott) och 25 § 2 st. (köparens dröjsmål med betalningen) JB. Att endast, utan ingående av giltigt överlåtelseavtal, ge förskott innebär inte att säljaren har rätt att behålla förskottet, se NJA 1915 s. 323.

⁹³ De direkta skadorna måste bevisas, se NJA 1912 s. 88.

det belopp som utlovats i handpenningavtalet om en fullbordad fastighetsöverlåtelse inte kommer till stånd.⁹⁴

Frågan om handpenningavtalets rättsliga grund verkar inte ha fått något entydigt svar. En trolig förklaring är *Karlgrens*, som menat att HD av praktiska skäl velat mjuka upp formkravets konsekvenser.⁹⁵ Att hävda att handpenningavtalet skulle vara giltigt endast eftersom det är ett ”självständigt betalningsåtagande”,⁹⁶ kan inte vara korrekt.⁹⁷ Handpenningavtalet skulle då inte kunna förklaras utifrån någon rättsdogmatiskt logisk grund utan vara en strikt realjuridisk kompromiss. *Kleineman* har dock anfört en alternativ förklaring till handpenningavtalets giltighet vid fastighetsköp. Enligt *Kleineman* vilar handpenningavtalet på den av honom förfäktade tillitsprincipen.⁹⁸ Grunden för skadestånd är med detta synsätt culpa in contrahendo, ”skadevållarens deliktuella beteende”.⁹⁹ Resonemanget har goda ansatser och presenterar onekligen en mer logisk förklaring till fenomenet handpenningavtal än *Karlgrens*, men går inte utan visst våld att applicera på befintlig praxis.¹⁰⁰ Förklaringen till svårigheten att tillämpa *Kleinemans* modell på rättspraxis kan vara att culpa in contrahendo traditionellt har haft en mycket svag ställning i svensk rätt, särskilt i köprätten.¹⁰¹ Under den tid när handpenningavtalens rättspraxis utvecklades fanns inga skäl för HD att resonera i termer av deliktueellt beteende. Enligt min uppfattning är det rimligt att, som *Karlgren*, se handpenningavtalet som sprunget ur en kompromiss mellan det strikta formkravet för fastighetsöverlåtelse och rena billighetsskäl. *Kleinemans* syn på handpenningavtalet erbjuder å sin sida en rimlig kritik och också en väg framåt, men

⁹⁴ Se *Grauers* Fastighetsköp s. 68-73, *Karlgren* Om handpenningavtal i samband med köp av fast egendom i Festskrift till Ekeberg s. 302-315, *Vahlén* Fastighetsköp s. 138-141, *Undén* Svensk sakrätt 2:1 s. 118 samt NJA 1903 s. 148, 1926 s. 336, 1946 s. 178, 1947 s. 215, 1947 s. 267 och 1974 s. 526. Jfr NJA 1973 s. 175 och i fråga om NJA 1974 s. 526 *Kleineman* Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper i JT 1993-94 s. 433-460.

⁹⁵ *Karlgren* Om handpenningavtal i samband med köp av fast egendom i Festskrift till Ekeberg s. 306 not 1. Se också *Undén* Svensk sakrätt 2:1 s. 118. Alla författare tycks inte vara särskilt bekymrade över den rättsliga grunden för handpenningavtalets giltighet, se *Grauers* Fastighetsköp s. 71, *Westerlind* Kommentar till jordabalken s. 301 och *Vahlén* Fastighetsköp s. 140-141.

⁹⁶ SOU 1947:38 s. 161.

⁹⁷ Se *Karlgren* a.a. s. 306 not 1. Jfr också *Kleineman* a.a. s. 453.

⁹⁸ Se närmare om tillitsprincipen i *Kleineman* Ren förmögenhetsskada s. 466-468. Möjligen kan ersättningskyldighet uppstå även i andra fall än då det finns befogad tillit, jfr *Björkdahl* Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden s. 234-235 och 286-296 om lojalitetsplikt som skadekretsavgränsande faktor.

⁹⁹ *Kleineman* Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper i JT 1993-94 s. 433-460 på s. 455. Se också *Ramberg*, *Ramberg* Allmän avtalsrätt s. 63-65, *Rodhe* Obligationsrätt s. 532-533. Jfr *Hellner* Kommersiell avtalsrätt s. 38 som anser att illojalt handlande krävs.

¹⁰⁰ Ett exempel är NJA 1974 s. 526, se *Grauers* Fastighetsköp s. 71.

¹⁰¹ *Kleineman* Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper i JT 1993-94 s. 433-460 på s. 446-449.

knappast en förklaring till stående praxis. Däremot måste vi idag fråga oss om den allmänna principen om ansvar för culpa in contrahendo också är applicerbar vid fastighetsöverlåtelse.

Trots att HD aldrig uttryckligen har utdömt skadestånd på grund av culpa in contrahendo i samband med fastighetsöverlåtelse kan det inte uteslutas att det är en tillämplig grund i och för sig. Att sådant ansvar inte utdömdes i NJA 1973 s. 175 ska sannolikt inte tas till intäkt för att det inte är möjligt att applicera culpa in contrahendo på fastighetsköp på grund av ömsesidighetsprincipen.

Fastighetsägaren H i NJA 1973 s. 175 hade anpassat byggandet av ett flerfamiljshus på fastigheten för den presumtiva köparen K. Ändringarna innebar att H gjorde förberedelser efter K:s önskemål för att K skulle kunna öppna en läkarpraktik i husets markplan. Efter ett par månader meddelade K att hon inte önskade fullfölja köpet. H yrkade på ansvar för K att ersätta honom i tre alternativa yrkanden, varav endast ett är av intresse här. H yrkade i denna del att K skulle utge skadestånd eftersom hon avsiktligt eller vårdslöst vilselett H under byggnadstiden och därigenom åsamkat H skada. RR:n ogillade skadeståndsyrkandet eftersom RR:n ansåg att K med fog trott att köpet skulle komma till stånd och därför inte avsiktligt eller oaktsamt vilselett H.

Svea HovR avslog skadeståndsyrkandet, som överklagats av H, med hänvisning till att K ”icke varit bättre underrättad än H om vad som erfordrades [för en giltig fastighetsöverlåtelse]”. H frånföll sitt yrkande i skadeståndsdelen i sista instans. HD uttalade dock att ”[i] fråga om fastighetsköpet, som för sin giltighet krävt skriftlig form, ledde emellertid förhandlingarna icke till bindande avtal. Evi K har ej kunnat ådraga sig någon förpliktelse *enbart* genom löfte om köp av fastigheten. Vid *angivna förhållanden* kan *icke på den omständigheten*, att Evi K slutligen ej velat genomföra köpet, grundas någon skyldighet för henne att ersätta H hans ifrågavarande kostnader.” (Mina kursiveringar). Enligt min mening framgår av de i citatet ovan kursiverade delarna av HD:s domskäl att ledamöterna inte avsåg uttala sig om något annat än överlåtelselöftet i sig.¹⁰² Underrätternas uttryckssätt utgör, om något, snarare ett stöd för att ansvar för avsiktligt eller oaktsamt vilseledande hade kunnat komma i fråga.

Ur rättspraxis är det enda uttryckliga stöd för att culpa in contrahendo är applicerbart i samband med fastighetsöverlåtelse ett underrättsfall; HovR:n för Övre Norrland godtog i RH 1996:154 culpa in contrahendo som en möjlig skadestandsgrund. Som framgår av fallet är det dock inte helt enkelt att samtidigt bevisa att den frånträdande partens agerande varit vilseledande, att det dessutom varit culpöst, att motparten lidit skada och att det föreligger adekvat kausalitet mellan agerandet och skadan.¹⁰³ Särskilt culpabedömningen är komplicerad eftersom själva syftet med ömsesidighetsprincipen är att parterna när som helst ska vara fria att frånträda överlåtelsen. Det krävs

¹⁰² Se också *Grauers* Fastighetsköp s. 71, *Kleineman* a. a. s. 442-443, *Björkdahl* Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden not 206 s. 354 och not 156 s. 339 och *Karlgren* Avtalsrättsliga spörsmål s. 69.

¹⁰³ Jfr NJA 1990 s. 745.

alltså att det förekommit något som med särskild styrka fått motparten att anta att överlåtelsen faktiskt skulle komma att fullbordas för att agerandet ska vara culpöst.¹⁰⁴ Enligt min mening bör därför tillämpningsområdet för culpa in contrahendo i samband med fastighetsöverlåtelser, som RH 1996:154 illustrerar, vara relativt begränsat.

Om en presumtiv överlåtare eller förvärvare uppsåtligen vilseleder sin motpart genom en överlåtelseutfästelse har motparten rätt till skadestånd på utomobligatorisk grund, oberoende av att utfästelsen inte var bindande. Antingen kan skadestånd utdömas på utomobligatorisk grund jämlikt 2 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207) om vilseledandet varit brottsligt,¹⁰⁵ eller så kan ersättning för svek, *dolus in contrahendo*, komma i fråga som en allmän avtalsrättslig princip.¹⁰⁶

Det som ersätts för de här nämnda skadestandsgrunderna är det negativa kontraktsintresset,¹⁰⁷ vilket som nämnts är de kostnader och direkta förluster som motparten lidit av att överlåtelsen inte kom till stånd.¹⁰⁸ Genom skadeståndet ska motparten komma i samma läge som om den frånträdande parten inte intresserat sig för fastighetsöverlåtelsen i fråga. Gällande handpenningavtal blir dock handpenningen en gräns för skadeståndet.¹⁰⁹ Om culpa in contrahendo är en möjlig skadestandsgrund vid fastighetsöverlåtelse blir handpenningavtalet således både ett erkännande av skadeståndsskyldighet för parterna och en begränsning av densamma. I ljuset av senare rättsfall om culpa in contrahendo, såsom NJA 1990 s. 745, skulle enligt min mening handpenningavtalet idag kunna ses som en sänkning av culpatröskeln, en sorts genom handpenningavtalet formaliserad aktsamhetsstandard.

Hade den på överlåtelselöftet förlitande S.M. fört en talan om skadeståndsskyldighet på grund av culpa in contrahendo i NJA 2002 s. 467, se referatet ovan i avsnitt 3.1, hade goda argument kunnat anföras för att Götenehus skulle ha varit ersättningsskyldiga. Som professionell aktör borde Götenehus ha varit medvetna om att överlåtelselöftet inte var bindande. Götenehus insåg sannolikt också att S.M. förlitade sig på löftet. Att under sådana förhållanden ingå det första överlåtelseavtalet bör

¹⁰⁴ Exempelvis ett projekteringsavtal som parterna börjat tillämpa, se *Kleineman* Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper i JT 1993-94 s. 433-460 på s. 457. Jfr dock NJA 1973 s. 175.

¹⁰⁵ Exempelvis bedrägeri eller oredligt förfarande, 9 kap. 1 respektive 8 §§ brottsbalken.

¹⁰⁶ Se *Kleineman* Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper i JT 1993-94 s. 433-460 på s. 446, *Ramberg, Ramberg* Allmän avtalsrätt s. 63-64 och *Rodhe* Obligationsrätt s. 532.

¹⁰⁷ Se om begreppet *Vablén* Fastighetsköp s. 138 samt avsnitt 2.2 ovan.

¹⁰⁸ *Grauers* Fastighetsköp s. 69-70 och NJA 1974 s. 526. Jfr *Vablén* som med anledning av NJA 1947 s. 215 inte ansåg rättsläget helt klart, Fastighetsköp s. 138-141.

¹⁰⁹ *Grauers* Fastighetsköp s. 70.

ha varit ett avsiktligt eller oaktsamt prekontraktuellt vilseledande i förhållande till den framtida fastighetsöverlåtelsen. Det fanns dock inga skäl för S.M. att utforma sin talan på det viset. Eftersom endast det negativa kontraktsintresset ersätts med culpa in contrahendo som grund hade S.M. endast kunnat få kostnader han haft för att sluta överlåtelseavtalet avseende villan. Det är oklart av referatet om S.M. alls hade haft några sådana kostnader, men de var med all säkerhet inte jämförbara med det positiva kontraktsvärde S.M. satte på överlåtelselöftet.

I finsk rätt finns som nämnts i avsnitt 3.1 lagbestämmelser om parterns ansvar innan ett avtal om fastighetsköp är slutet. Den närmaste motsvarigheten till svensk rätt är att det enligt 2 kap. 8 § FJB föreligger en skyldighet för frånträdande part att ersätta det negativa kontraktsintresset om parterna har kommit överens om att ingå köp men inte gjort det i den form föravtalet erbjuder. Vad som ska ersättas är ”skäligen kostnader [...] för annonsering, för att bekanta sig med fastigheten och för andra behövliga åtgärder i samband med avhandlandet om köpet”. Om handpenning har erlagts får parten behålla så mycket som täcker ersättningskravet ur denna.

Finsk skadeståndsrätt delar den svenska egenheten att ren förmögenhets-skada bara kan utdömas vid brott och särskilda undantagsfall enligt 5 kap. 1 § finska skadeståndslagen (31.5.1974/412). Ren förmögenhetsskada kan dock ersättas om det finns ”synnerligen vägande skäl”. Det finns god anledning anta att ett brott mot normal aktsamhetsstandard i form av ett culpöst vilseledande är ett sådant synnerligen vägande skäl.¹¹⁰ Culpa in contrahendo skulle i sådant fall kunna komplettera den finska regleringen av föravtal som beskrivits i avsnitt 3.1, men som skillnad endast leda till ersättning av direkta förluster.¹¹¹

4 Villkorliga fastighetsöverlåtelser

Vid en fastighetsöverlåtelse kan parterna i överlåtelsehandlingen komma överens om att överlåtelsen ska vara villkorlig i upp till två år enligt 4 kap. 3 § 1 p. och 4 § 1 st. JB. Överlåtelsen är ogiltig i sin helhet om villkoret tas in i köpehandlingen och är giltigt i mer än två år enligt 4 § 1 st. 2 meningen.¹¹² Avser villkoret köpeskillings

¹¹⁰ *Mäenpää* Contract Negotiations and the Importance of Being Earnest, JFT 2010/4 s. 322-350 på s. 341-342.

¹¹¹ *Mäenpää* a. a. s. 341-342.

¹¹² Motiveringen till denna strikta uppdelning var att villkoret, om det tagits in i köpehandlingen, varit så viktigt för parterna att köpet i regel som helhet måste vara ogiltigt om villkoret är det, se SOU 1947:38 s. 172 och prop. 1970:20 B s. 159. Det går att ifrågasätta om det är en korrekt motiver-

erläggande, fastighetsbildning eller villkor som framgår av lagbestämmelse kan giltighetstiden vara längre enligt 4 kap. 4 § 2 st.¹¹³ Om överlåtelsen avser del av fastighet och villkoret är att fastighetsbildning enligt 4 kap. 7-9 §§ sker måste ansökan om fastighetsbildning ske inom sex månader för att den villkorliga överlåtelsen ska fortsätta att gälla. Har parterna valt att använda dubbla köpehandlingar ska det enligt 4 kap. 5 § anses som att köpet gjorts beroende av köpeskillingens erläggande. Om köpebrev sedan utfärdas av säljaren måste enligt 4 kap. 6 § eventuellt förbehåll på nytt tas in i köpebrevet för att vara fortsatt giltigt.

Verkan av att ett villkor som är giltigt tagits in i köpehandlingen är att förvärvet inte anses vara fullbordat och att fristen för lagfartsansökan enligt 20 kap. 2 § 2 st. 1 p. JB inte börjar löpa förrän villkoret uppfyllts. Förvärvaren kan dock söka lagfart, men ansökan förklaras i sådant fall vilande av inskrivningsmyndigheten enligt 20 kap. 7 § 13 p. Om överlåtelsehandlingen innehåller ett villkor som innebär att överlåtelsen ska anses som ogiltig ska inskrivningsmyndigheten vägra lagfart enligt 20 kap. 6 § 3 p.

I finsk rätt tillåts uppskjutande och upplösande villkor i viss utsträckning jämlikt 2 kap. 2 § FJB. Villkoret måste tas med i köpebrevet och presumeras gälla i fem år om inte annat stadgas. Skulle parterna ha avtalat om längre giltighetstid än fem år är villkoret ändå bara gällande i fem år. Varken villkor eller överlåtelse blir således ogiltig på grund av ett längre gällande förbehåll. Ingen särreglering görs för köpeskillingens erläggande, som därför kan göra överlåtelsen villkorad i maximalt fem år. Lagfartsansökan förklaras likt i svensk rätt vilande av inskrivningsmyndigheten enligt 12 kap. 2 § 1 mom. 1 p. FJB.

ing. Att ett villkor inte tagits in i köpehandlingen betyder nödvändigtvis inte att det är av mindre essentiell karaktär för parterna. En alternativ lösning hade varit att tillämpa en allmän felregel och göra hela överlåtelsen ogiltig om villkorets giltighet varit väsentligt för parterna. Jfr exempelvis hävningsrätten för fel i 4 kap. 12 och 19 §§ JB.

¹¹³ Av NJA 1977 s. 509 framgår dock att vad som helst inte kan godtas som ”köpeskillingens erläggande”. I målet hade köpets fullbordning gjorts beroende av att ett hyresförhållande bestod i 40 år. Eftersom detta medförde att andra förpliktelser än endast hyresbetalningen uppfylldes var undantaget i 4 kap. 4 § 2 st. JB inte tillämpligt.

5 Rättshistorisk tillbakablick

5.1 Villkorliga köp

För att förstå regleringen av villkorliga köp i gällande rätt måste vi gå tillbaka till gamla JB. En omvälvande period i fastighetsrätten inträffade under sent 1700- och tidigt 1800-tal. Gamla strukturer på landsbygden där jorden gått i arv inom släkten eller hållits under byns kontroll utsattes för ett starkt förändringstryck av lagstiftaren.¹¹⁴ Arvs- och testamentsregler ändrades för att gynna ett fritt ägande och produktivitet.¹¹⁵ Folk på landsbygden var dock konservativt lagda och försökte ofta motverka lagändringar genom att med överlåtelseförbehåll överlåta familjejorden medan den gamle ägaren levde.¹¹⁶ Dessa förbehåll var typiskt sett utformade så att den gamle ägaren eller dennes andra arvingar hade rätt att återköpa fastigheten om den riskerade att komma i utomståendes händer.¹¹⁷ Återköpet skulle ske till en fast summa, i realiteten nästan alltid den ursprungliga köpesumman.¹¹⁸

På grund av att 1734 års JB:s formkrav i 2 kap. 1 §¹¹⁹ tolkades strikt togs återköpsförbehållet in i köpekontraktet men intecknades inte annars.¹²⁰ Det hindrade inte att det gavs en mycket långtgående verkan, också i sakrättsligt hänseende.¹²¹ Avtalsfriheten mellan parterna var således obegränsad i samband med överlåtelsen.¹²² Den enda begränsningen tycks ha varit en preskriptionsregel, att återköpet gjordes gällande innan den nye ägaren vunnit laga stånd till fastigheten.¹²³

Vid 1809-1810 års riksdag väckte lagmannen och riksdagsledamoten Anders Wasell ur borgarståndet frågan om återköpsvillkor i familjeförhållanden inte skulle förbjudas på grund av deras skadliga verkan på jordbruket.¹²⁴ Det Wasell främst invände mot var att återköpsförbehållen fråntog ägaren alla incitament att vårda fastig-

¹¹⁴ *Malmström* Till frågan om villkor vid fastighetsköp I s. 16-30.

¹¹⁵ Argument som ofta gick hand i hand, se a. a. s. 11-14 och 29-30.

¹¹⁶ A. a. s. 47.

¹¹⁷ A. a. s. 54-60.

¹¹⁸ A. a. s. 49

¹¹⁹ I sin ursprungliga lydelse: ”Kiöp, skifte och gåfwa skola skrifteliga ske med twägga manna witne, och the wilkor theri sättas, hwar å samma köp, skäfte eller gåfwa sig grundar, och sedan lagföras å then ort, ther hwartdera är belägit, som framledes skils.” (Min kursivering.)

¹²⁰ A. a. s. 70-71.

¹²¹ Se närmare a. a. s. 66-75.

¹²² Se *Beckman* Några ord om formkravet vid fastighetsköp enligt finsk rättspraxis i Minnesskrift ägnad 1734 års lag s. 151. Finland var ju som bekant en del av Sverige fram till år 1809.

¹²³ *Malmström* a. a. s. 79.

¹²⁴ *Malmström* Till frågan om villkor vid fastighetsköp I s. 90.

heten.¹²⁵ Lagutskottets kom i sin behandling sedan fram till att det inte var lämpligt att begränsa ett förbud till endast familjeförhållanden och kom också att, utan särskild motivering, utvidga den föreslagna lydelsen till att innefatta även andra villkor än de med ett fast belopp.¹²⁶ När riksdagen sedan antog lagutskottets förslag var skälen två. Dels godtogs Wasells motivering om att återköpsförbehållen motverkade ett effektivt jordutnyttjande.¹²⁷ Dels påpekades att förbehållen skapade risker för kreditgivarna och minskade därmed jordägarnas möjligheter att få kredit.¹²⁸ Genom KF 1 maj 1810 infördes den föreslagna texten i 2 kap. 1 § gamla JB. Texten lydde med modern stavning:

”Ej må säljare i köpe- eller skiftesavhandling om jord och fastighet hädanefter förbehålla sig eller andre, att, emot någon i samma avhandling bestämd penningssumma, eller andre villkor, få framdeles vinna egendomen åter. Sker det, vare utan verkan, och lagfart å sådant köp eller skifte icke tillåten.” (2 kap. 1 § 2 st. gamla JB)

Förbudet 1810 hade, som ”hädanefter” anger, inte retroaktiv verkan. Tydligt fortsatte gamla återköpsförbehåll att ställa till oreda i fastighetsförhållandena i sådan grad att riksdagen genom KF 6 februari 1849 beslutades att sådana förbehåll var tvungna att intecknas innan 1851 års inträde för att behålla sin giltighet.¹²⁹ Eftersom förordningen lästes för alla församlingar fyra gånger innan tidsgränsen bör folket ha varit väl informerade.¹³⁰

Verkan av att ett villkor förklarades ogiltigt med hänvisning till 2 kap. 1 § 2 st. gamla JB fastslogs av HD i JA XVI s. 184 (1844).

Kammarherren Roos hade 1836 sålt ett säteri till Olofsson under villkor att Roos eller hans arvingar skulle ha rätt återköpa fastigheten till ett fast belopp om 5000 riksdaler riksgälds (~ 400 000 kronor i dagens penningvärde) för det fall att Olofsson ville sälja fastigheten vidare. Trots villkoret lagfors köpet. Olofsson dog och Roos väckte då talan mot Olofssons dödsbodelägare om att det ursprungliga köpet skulle förklaras ogiltigt och prestationerna återgå. Som ett alternativ till att återlämna köpeskillingen kunde Roos tänka sig att betala tillbaka med mark i ett ägoutbyte. HR:n biföll Roos talan med hänvisning till KF 1 maj 1810. Lagmansrätten ansåg däremot att en sådan tolkning skulle leda till att återgångsvillkoren skulle få verkan ”tvärtemot författningens innehåll och syfte”. KF 1 maj 1810 får därför till verkan att endast villkoret blir utan ver-

¹²⁵ A. a. s. 90. Till saken hör också, såsom *Malmström* påpekar, a. a. s. 91, och med hänvisning till riksdagsprotokollen s. 96, att kraftig inflation rådde i landet. Ett återköpsförbehåll utan uppräkningsklausul skulle därför, även utan förbättringar på fastigheten, leda till att förbehållet blev mer och mer förmånligt. Se också *Schrevelius* Civil-rätt II s. 689.

¹²⁶ *Malmström* a. a. s. 95 f.

¹²⁷ A. a. s. 96.

¹²⁸ A. a. s. 96.

¹²⁹ A. a. s. 114.

¹³⁰ A. a. s. 114.

kan.¹³¹ Såväl Göta HovR som HD instämde i lagmansrättens dom. I JA XXXI s. 102 godtog HD sedan en fordran som bevakades i konkurs trots att fordran grundades på en köpehandling som innehöll ett resolutivt villkor.¹³²

Det förbud som infördes genom KF 1 maj 1810 skulle sett endast till ordalydelsen ha omöjliggjort för säljare att uppställa återtagandeförbehåll i samband med fastighetsöverlåtelse.¹³³ HD kom dock i sin praxis under gamla JB att utarbeta ett betydelsefullt undantag för suspensiva återköpsklausuler i samband med säkerhetsöverlåtelse av fastigheter.¹³⁴ Det första uttryckliga erkännandet jag funnit är när HD:s majoritet i NJA 1881 s. 49 godtog en sådan säkerhetsöverlåtelse som giltig. Skiljaktige JustR *Glimstedt* ville dock att hela köpet skulle bli ogiltigt på grund av förbudet i 1 kap. 2 § 2 st. gamla JB, vilket skulle ha stridit mot HD:s egen praxis enligt ovan refererade JA XVI s. 184 (1844). Redan i NJA 1876 s. 101 hade dock HD ansett att de i målet aktuella överlåtelseavtalen inte kunde klassas som ”olagliga” på grund av att de inte skulle gälla förrän köparen ställt borgen för sina förpliktelser. Gissningsvis menade HD att villkoren var suspensiva eftersom köpen inte kunde göras gällande av köparen före borgensställandet.

Gränsdragningen mellan giltiga suspensiva villkor och ogiltiga resolutiva villkor under gamla JB blev dock allt annat än enkel. HD gav villkorets tidsbegränsning stor betydelse vid villkorets tidsbegränsning när ett sådant i NJA 1973 s. 248 klassades som suspensivt. Det i målet aktuella köpekontraktet krävde att bland annat vissa av säljarens låneavtal kom till stånd och att köparen skulle överta lånen inom en viss tidsfrist innan överlåtelsen blev definitiv. HovR:n motiverade att ”tidsbestämelsen ifråga är formulerad som en förutsättning för köpet och icke som ett återvin-

¹³¹ Av NJA 1905 s. 206 framgår att ett villkor som var ogiltigt enligt KF 1 maj 1810 inte heller kunde utgöra grund för skadestånd. Den ursprungliga ägaren till den i målet aktuella fastigheten hade både rätt och skyldighet att återköpa den sålda fastigheten från köparen. Överenskommelsen hade gjorts i en särskild handling. Skyldigheten kunde enligt HD inte utgöra grund för skadestånd ”jämligt grunderna för 1 kap. 2 § jordabalken”. Eftersom återgångsvillkor i särskilda handlingar godtagits vid suspensiva villkor, se nedan vid not 134, är avslogs sannolikt skadeståndstalan på grund av att villkoret var resolutivt, det vill säga enligt 2 § 2 st. och inte formkravet i 2 § 1 st.-

¹³² Se också *Schrevelius* a. a. s. 689 f.

¹³³ *Helander* Något om giltigheten av sale and lease back av fast egendom JT 1989-90 s. 435-482 på s. 444. Notera dock att dåtida akademiker inte behövde se det så. *Schrevelius* kom godtog ett flertal återgångsförbehåll av både resolutiv och suspensiv karaktär vid fastighetsöverlåtelse i sin lärobok från 1857 eftersom KF 1 maj 1810:s *ändamål* enligt honom inte träffade sådana villkor, av honom kallade *biavtal*. Se *Schrevelius* Civil-rätt II s. 687- 697 samt vidare i not 157.

¹³⁴ Som jag nämnt innebär ett suspensivt villkor att överlåtelsen inte är definitiv förrän vissa villkor är uppfyllda medan ett resolutivt villkor innebär att överlåtelsen ska gå åter när vissa villkor inträder. Se ovan vid not 19.

ningsförbehåll för [säljaren]”, vilket godtogs av HD.¹³⁵ Samtidigt var det inte så enkelt att en tidsbegränsning i sig innebar att villkoret var suspensivt. I NJA 1917 s. 632 kom HD fram till att det i målet aktuella villkoret, innebärandes att köparen var skyldig att inom en viss tid bebygga fastigheten, var resolutivt trots att det var tydligt tidsbegränsat.¹³⁶ Eftersom gränsdragningen inte kunde göras utifrån någon enkel faktor såsom tidsbegreppet uppstod betydande gränsdragningsproblem. Om äganderätten inte definitivt övergått förrän villkoret inte längre kan göras gällande är villkoret suspensivt, uppskjutande medan om äganderätten verkligen övergått men kan återgå då villkoret görs gällande det är resolutivt, upplösande.¹³⁷ Samtidigt är det, eftersom funktionen är så likartad, oerhört svårt att avgöra vad för sorts förbehåll man har att göra med i det enskilda fallet.¹³⁸ Om endast formuleringen av två till sin funktion identiska villkor skulle ha varit avgörande, hade det varit ett ovanligt formalistiskt inslag i svensk rätt.¹³⁹ HD kom att i NJA 1921 s. 542 lösa det problemet genom att anlägga ett funktionalistiskt synsätt.

En fastighet hade sålts som säkerhet för en skuld samtidigt som köparen, långivaren, i en särskild handling förband sig att överlåta fastigheten till säljaren, låntagaren, när alla skulder i låneförhållandet var betalade. Ordalydelsen gav inte sken av att det skulle röra sig om ett uppskjutet fullbordande av fastighetsöverlåtelsen, snarast tvärt om. HD ansåg genom sitt fastställande av HovR:ns domskäl dock att syftet med överlåtelsen i sin helhet skulle vara styrande för hur villkoret tolkades:¹⁴⁰ ” Enär i målet vore utrett, att ifrågakontrakt, ehuru köpeskillingen däri kvitterats såsom gulden, tillkommit allenast för att [köparen och dennes bolag] därigenom skulle beredas säkerhet för fordringar hos [säljaren], och det således vore uppenbart, att parterna avsett, att köpet av [köparen] skulle göras gällande allenast för det fall att det visade sig, att [säljaren] icke på annat sätt betalte nämnda fordringar”.

När HD i senare praxis gick ifrån formalismen blev tveksamheten än större för hur och om en gräns mellan suspensiva och resolutiva villkor skulle upprätthållas. Det är inte otänkbart att ”återgången”, om uttrycket tilläts, till en mer formalistisk bedöm-

¹³⁵ Detta var i enlighet med det rättsutlåtande av *Karlgren* som säljaren åberopade. *Vablén* argumenterade dock för motsatt ståndpunkt i ett rättsutlåtande som inte vann stöd av domstolarna. Se också *Vablén* Fastighetsköp s. 124-125 samt om alternativa synsätt, *Malmström* Till frågan om villkor vid fastighetsköp II s. 117-118.

¹³⁶ Se för en kommentar *Vablén* Fastighetsköp s. 123-124.

¹³⁷ SOU 1947:38 s. 169 f.

¹³⁸ SOU 1947:38 s. 170. Utförlig kritik av *Malmström* Till frågan om villkor vid fastighetsköp II s. 58-60.

¹³⁹ Jfr a. a. s. 21.

¹⁴⁰ HD avgjorde dock i NJA 1953 s. 668 att det finns en bortre gräns för säkerhetsöverlåtelsernas tillämpning, nämligen om förhållandena var sådana att överlåtelsen inte var allvarligt menad. Se särskilt justR *Walms* obiter dictum.

ning i NJA 1973 s. 248 var påverkad av den skepsis mot dikotomin suspensivt och resolutivt villkor som uttalats av 1947 års lagberedning.¹⁴¹

Vid lagstiftningsarbetet inför 1970 års jordabalk hade departementschefen att ta ställning till två presenterade synsätt. I 1909 års lagberedning var förslaget att behålla distinktionen mellan resolutiva och suspensiva villkor, men att också tillåta resolutiva villkor som inte låg inom KF 1 maj 1810:s syfte. De villkor som skulle tillåtas var sådana där köpets bestånd skulle vara beroende av köparens uppfyllelse av köpeavtalet.¹⁴² I 1947 års lagberedning hade ett annat angreppssätt valts. Beredningen var kritisk mot den uppdelning mellan otillåtna resolutiva och tillåtna suspensiva villkor som hade gjorts efter tillkomsten av KF 1 maj 1810.¹⁴³ Genom att tillåta både resolutiva och suspensiva villkor men tidsbegränsa villkoren ville beredningen dra ett streck för gränsdragningsdiskussionen,¹⁴⁴ en lösning som vann lagstiftarens stöd.¹⁴⁵

Bakgrunden till 1947 års jordabalksberednings ställningstagande genom förslaget till en ny reglering av villkorliga överlåtelse måste ses i ljuset av hur jag nu beskrivit villkorliga köp under gamla JB. KF 1 maj 1810 var en legal ogiltighetsregel med ett sett till förslaget tydligt ändamål att stävja vissa skadliga återköpsförbehåll på landsbygden. I lagstiftningsarbetet kom regeln att omformuleras, vilket gjorde dess tillämpningsområde bredare. För att kunna tillåta säkerhetsöverlåtelse som en form av villkorliga överlåtelse utarbetade HD en distinktion mellan suspensiva och resolutiva villkor på romerskrättslig grund¹⁴⁶ Att i allmänhet göra skillnad på resolutiva och suspensiva villkor visade sig varken enkelt eller alltid motiverat.¹⁴⁷ Genom tvåårsregeln i 1970 års jordabalk löste lagstiftaren problemet, ett problem som i viss mån var självskapat.

5.2 Överlåtelselöften

Eftersom HD:s avgöranden sedan 1970 års JB hänvisar till vad som ”länge gällt” enligt svensk rättspraxis måste denna rättspraxis historia undersökas för att få en uppfattning om vilka ändamålsskäl som i själva verket kan tänkas uppbära gällande

¹⁴¹ SOU 1947:38 s. 170.

¹⁴² LB 1909 II s. 162-163.

¹⁴³ SOU 1947:38 s. 168-171.

¹⁴⁴ SOU 1947:38 s. 168-171.

¹⁴⁵ Prop. 1970:20 B s. 44.

¹⁴⁶ *Malmström* Till frågan om villkor vid fastighetsköp II s. 25. Även i Finland tycks rättspraxis tagit den vägen, se *Beckman* Några ord om formkravet vid fastighetsköp enligt finsk rättspraxis i Minnesskrift ägnad 1734 års lag s. 154-155.

¹⁴⁷ Jfr SOU 1947:38 s. 168-169.

rätt. Det förefaller inte finnas någon tydlig utgångspunkt till vilken rättspraxisen i fråga om överlåtelselöften kan härledas. I 1947 års lagberedning konstaterades endast kort att det var rättspraxis som intagit ståndpunkten att sådana utfästelser ”icke tillagts någon rättsverkan”.¹⁴⁸ I doktrinen har rättspraxisen förklarats med att ägande-rättsövergången sker samtidigt som avtalet sluts och att det därför inte kan uppkomma någon obligationsrättslig verkan innan en sakrättsligt giltig överlåtelse kommit till stånd, ömsesidighetsprincipen.¹⁴⁹ Varken konstateranden eller förklaringar har dock besvarat varför rättspraxisen uppkommit.

Av ovan refererade rättshistoria i fråga om villkorliga överlåtelser framgår att återgångsklausuler var giltiga före KF 1 maj 1810. Dessa kom sedan att klassas som resolutiva villkor i den distinktion som rättspraxis senare gjorde. Men utifrån hur sådana villkor typiskt beskrivits,¹⁵⁰ bör de enligt min mening snarare klassificeras som utfästelser att sälja fastigheten än resolutiva villkor.¹⁵¹ Det är långsökt att se det som att den ursprungliga överlåtelsen, om återgångsförbehållet återropades efter lång tid, gick åter, särskilt eftersom det kunde vara en annan person än den ursprunglige ägaren som hade rätt att återfå fastigheten.¹⁵² Återköpet hade visserligen ett nära samband med den ursprungliga överlåtelsen, främst eftersom det i de aktuella fallen ofta handlade om samma köpeskilling,¹⁵³ men det kan inte karaktäriseras som ett upplösande av denna.¹⁵⁴ Med detta synsätt stod det parterna fritt att, i vart fall så länge villkoret tagits med i köpehandlingen, vid en fastighetsöverlåtelse ta in ett överlåtelselöfte i köpehandlingen.¹⁵⁵ Det är därför inte sannolikt att förbudet mot överlåtelselöften skulle ha sprungit ur de formkrav som gällde för fastighetsöverlåtelse. Detta skulle

¹⁴⁸ SOU 1947:38 s. 158.

¹⁴⁹ *Undén* Svensk sakrätt 2:1 s. 111-112. Jfr *Vahlén* Fastighetsköp s. 132 och dens. Formkravet vid fastighetsköp s. 72-74. Problemet med förklaringen är dock att det bygger på en uppfattning om att fastighetsköpet alltid skett genom en viss handling, en uppfattning som enligt *Sjögren* inte tycks ha fog för sig. Under Magnus Erikssons allmänna stadslag var det så att parterna först kom överens om köpet och sedan officiellt köpte fastigheten i rådstugan. Men efter hand kom parternas överenskommelse att ges allt större självständig betydelse så att den under 1400-talet kunnat framtvunga köpet i rådstugan. Se *Sjögren* Studier angående fastighetsköpet enligt konung Magnus Erikssons allmänna stadslag s. 289-299. Jfr LB 1909 II s. 155. Se också *Kleineman* Principerna för bindande avtalslöften och frågan om formalavtals ogiltighet i *Flodgren m.fl. (red.)* Avtalslagen 90 år s. 41-59.

¹⁵⁰ *Malmström* Till frågan om villkor vid fastighetsköp I s. 33-65.

¹⁵¹ För samma åsikt, se LB 1909 II s. 163. Se närmare om terminologin i avsnitt 1.5.

¹⁵² Det var ofta uttryckt så att rätten skulle tillkomma vissa andra arvingar eller kort och gott ”släkten”. *Malmström* a. a. s. 49-51.

¹⁵³ *Malmström* a. a. s. 61-62.

¹⁵⁴ *Malmström* Till frågan om villkor vid fastighetsköp II s. 20. Se också *Schrevelius* Civil-rätt II s. 689-695 som gör skillnad mellan avtalstyperna.

¹⁵⁵ I finsk rätt tycks detsamma gälla innan Kejs. Maj:t förordning 20 juni 1864 med samma syfte och innehåll som den svenska KF 1 maj 1810, se *Beckman* Några ord om formkravet vid fastighetsköp enligt finsk rättspraxis i *Minnesskrift* ägnad 1734 års lag s. 151.

dock, bör noga tilläggas, inte säga något om giltigheten av överlåtelselöften mellan parter som inte först ingått ett fastighetsköp. Om sådana löftens giltighet i praktiken verkar det inte finnas någon utförligare rättshistorisk forskning.¹⁵⁶ Som *Malmström* framhållit var den akademiska uppfattningen ännu under tidigt 1800-tal att överlåtelselöften i princip var giltiga, trots KF 1 maj 1810.¹⁵⁷

Den tidigaste hållpunkten i rättspraxis jag kunnat finna då HD dömt i ett mål om ett överlåtelselöftes giltighet är JA XXV s. 157 (1851).

Bakgrunden till fallet var att fastighetsägare Nilsson hade sålt fastigheten till slottsfogden Blank utan att ta hänsyn till att gästgivare Memsen, som arrenderade fastigheten, hade optionsrätt till fastigheten fram tills arrendetidens slut. Memsen stämde Blank och Nilsson och yrkade i fullgörelsetalan att ett köp enligt optionens villkor skulle komma till stånd. H.R:n, Lagmansrätten och Göta HovR biföll yrkandet. HD kom dock, med fastställande av Nedre revisionens betänkande, till motsatt slut. Domskälerna var dock mycket snävt formulerade. Avtalet mellan Memsen och Nilsson ”lärer [icke] kunna emot Blanks bestridande föranleda rubbning i den till honom skedda öfverlåtelse af hemmanet” angav Nedre revisionen. Ingenting sades om att avtalet av princip inte skulle vara bindande. Underrätternas agerande tyder tvärt om på att avtalet förutsattes kunna ge full verkan.

Endast åtta år senare höll Svea HovR en självsäkrare linje i JA XXXII s. 565 (1859). Genom ändring av RR:ns dom fastställde HovR:n att ett överlåtelselöfte inte kunde utgöra grund för fullgörelseyrkande mot fastighetsägaren. Motiveringen var att det genom det skriftliga överlåtelselöftet ”ej antagas kunde, att någon försäljning [...] skett”. HovR:ns dom fastställdes i Nedre revisionens betänkande, vilket bifölls av HD. I NJA 1876 s. 101 konstaterade HD sedan att de i målet aktuella köpekontrakten inte kunde ”betraktas såsom allenast förslag till köpeaftal”. Omständigheterna och formuleringen ”allenast förslag” ger anledning att anta att HD ansett det vara en allmän rättsregel att överlåtelselöften avseende fastighet inte var giltiga.¹⁵⁸ I NJA 1876 s. 219 hade föräldrarna överlåtit sitt hemman till döttrarna. ”Köpeskillingen” bestod i att döttrarna skulle ta hand om föräldrarna fram tills de dog, vid vilken tidpunkt tillträde skulle ske. Köpet var giltigt trots att formuleringen av ”köpeskillingen” erlåg-

¹⁵⁶ Se *Vahlén* Formkravet vid fastighetsköp s. 73.

¹⁵⁷ *Malmström* Till frågan om villkor vid fastighetsköp II s. 17-20 och *Schrevelius* Civil-rätt II s. 687-697. Det är betecknande att *Schrevelius* diskuterar förköpsklausuler utan att ens nämna möjligheten att dessa skulle kunna träffas av KF 1 maj 1810 när i samma kapitel detta legala förbud diskuteras i så gott som varje stycke, se a. a. s. 693-695.

¹⁵⁸ Det i målet aktuella borgensvillkoret tycks dock vara vad den samtida *Schrevelius* betecknar som ett ”commisoriskt” biavtal, vilket skulle kunna vara både ett resolutivt och ett suspensivt villkor, se a. a. s. 687-688.

gande för tankarna till ett överlåtelselöfte. Hade föräldrarna haft rätt att låta köpet gå åter om döttrarna hade sjasat ut dem borde det ha varit ett resolutivt villkor.¹⁵⁹

När en kommun genom stämmobeslut antagit ett anbud om att köpa ett hemman i NJA 1887 s. 214 betydde inte det att ett köp av fastigheten kommit till stånd. Kommunen var såsom köpare inte bunden av sitt samtycke när säljaren, en privatperson, yrkade att köpet skulle fullbordas.¹⁶⁰ Inte heller kunde bundenhet uppstå när säljaren inte önskade bli bunden i NJA 1901 s. 186 och vid stiftande av ett aktiebolag i NJA 1927 s. 372. Vad som närmast är att se som en option att köpa fastighet behandlades i NJA 1904 s. 161. I ett hyresavtal hade mellan parterna överenskommit att hyresgästen skulle ha rätt att på vissa villkor köpa den hyrda egendomen av ägaren, uthyraren. I det liknande fallet NJA 1971 s. 516 hade en arrendators förköpsrätt till den arrenderade egendomen inte bindande verkan. Inte heller hembudskyldighet bland samägare i en fastighet gavs bindande verkan i NJA 1974 s. 314. Samtliga fall följer konsekvent ömsesidighetsprincipens linje, att endast ett formenligt och riktigt överlåtelseavtal kan vara grund för ett yrkande om att fastighetsöverlåtelse ska genomdrivas. Överlåtelselöften kunde därför inte utgöra grund för sådan talan.

HR:ns av överrätterna fastställda domskäl i NJA 1885 s. 162 visar att HD i sin rättspraxis under 1734 års JB inte bara var skeptisk till fullgörelsetalan vid för överlåtelselöften avseende fastigheter, utan också var avvisande till skadeståndstalan på samma grund. Ett i förhållande till formkravet oklanderligt överlåtelselöfte ägde enligt HR:n inte ”lagligen gällande kraft” och kunde därför inte ”grunda någon rätt till ersättning” om löftet inte uppfylldes. Eftersom den svarande fastighetsägaren hade bestritt käromålet med hänvisning till att det var ett ogiltigt återgångsvillkor, alltså fallandes under 2 kap. 1 § 2 st. JB, kan det inte varit en helt väntad utgång. I NJA 1909 s. 126 försökte en presumtiv köpare få skadestånd sedan den presumtiva säljaren i ett skriftligt avtal utfäst att under viss tid erbjuda fastigheten till köparen. Utfästelsen ”torde” inte kunna utgöra skadestandsgrund konstaterade HD utan närmare utveckling. Förutsatt att användandet av torde ska förstås som ”kan antagligen” innebär det att hållningen i fråga om skadeståndet var mindre säker än i NJA 1885 s.

¹⁵⁹ En möjlig förklaring är den dåvarande synen på så kallade undantagsavtal enligt vilka överlåtaren förbehöll sig rätt till avkastning eller nyttjande av fastigheten. Enligt sådana hade rättighetshavaren, här föräldrarna, ”tyst hypotek” i fastigheten, det vill säga en sorts förmånsrätt till betalning. Se *Schrevelius* Civil-rätt II s. 234-235 och 698-699. Sådana villkor skulle rimligen inte träffas av KF 1 maj 1810 eftersom det inte handlade om någon rätt att återförvärva egendomen.

¹⁶⁰ Att notera är att detta var innan AvtL:s tillkomst varför samtycke är en mer tidsenlig term än accept. Se för dåvarande terminologi *Schrevelius* Civil-rätt II s. 368-369. Att vad som nu skulle kallas anbud var bindande bör det dock inte råda något tvivel om, se *Almén, Eklund* Lagen om avtal s. 11.

162. Den kårande köparen, grosshandlare Jacobsons, genmåle till svarandens hänvisning till att överlåtelselöftet inte var bindande antyder att så var fallet:

”Motpartens invändning innebure sannolikt, att enligt hennes åsikt aftalet mellan parterna om ett blifvande köp vore en nullitet, som icke för henne medförde skyldighet att fullborda köpet och som därjämte ej alls hade några rättsverkningar. *En dylike uppfattning hade förr icke varit sällsynt bland jurister*; men den syntes vid närmare eftertanke ej hava hemul i beskrifven lag samt strede för öfrigt mot rättvisans kraf och mot sundt förnuft.” (Min kursivering.)

Ett överlåtelselöfte åberopades åter som skadeståndsgrund i NJA 1929 s. 225, utan framgång. I NJA 1932 s. 290 förtydligade HD sin position genom att fastställa HR:ns dom där ett anbud, i målet ett fast anbud, angavs inte vara bindande för en säljare och därför inte heller kunna leda till skadeståndsskyldighet. Av NJA 1940 s. 112 framkom att skadeståndsskyldighet inte heller kunde uppkomma på grund av andra förpliktelser, om dessa var en naturlig följd av att överlåtelselöftet uppfylldes. Från nyare praxis kan nämnas NJA 1973 s. 175 där HD förklarade att frånträdande av ett förvärvslöfte inte kunde innebära skadeståndsskyldighet för köparen även om säljaren, som i målet, företagit ombyggnadsåtgärder för köparens räkning.

Den speciella situationen frivillig auktion förtjänade inget undantag från regeln om att anbud att köpa inte var bindande. I NJA 1893 s. 501 avfärdades Generaltullstyrelsens yrkande att en privatperson skulle fullgöra ett köp sedan han ropat in en fastighet på sådan auktion. HovR:ns domskål uttrycker att inroparen endast gjort anbud på fastigheten genom att ropa in den och att köpet därigenom inte ”blifvit lagligen avslutadt”. Utgången överensstämmer med utgången i NJA 1923 s. 316, där huvudmännen inte blev bundna av att deras ombud ropade in en fastighet på frivillig auktion och skrev under auktionsprotokollet.

Gränsdragningen mellan villkorligt köp och anbud kom att aktualiseras i NJA 1941 s. 689. I en handling som i princip uppfyllde alla kriterier för en köpehandling hade en fastighetsägare erbjudit att en del av sin fastighet, ett kalkbrott, skulle ”handges” vid ett senare tillfälle. Trots att handlingen var utformad som ett ”avtal” hade den inte godkänts av köparna. När köparna ville göra handgivningen gällande hade fastighetsägaren ändrat sig och ville inte längre sälja kalkbrottet. De presumtiva köparna yrkade utan framgång på skadestånd för ”avtalsbrottet”. Enligt HD var den av fastighetsägaren utgivna handlingen endast att anse som ett anbud och som sådant inte bindande ”jämligt 1 § sista stycket avtalslagen, jämfört med 1 kap. 2 § jordabal-

ken”.¹⁶¹ Köparna åberopade ett utlåtande av *Malmström*. Denne försökte beskriva det inträffade som en villkorlig överlåtelse, vars fullbordan berodde på köparnas ensidiga accept. Enligt *Malmström* hade det säkert inte blivit så stora problem om fastighetsägaren hade använt ordet ”säljer” istället för ”handgiver” i handlingen, och köparnas accept hade då naturligt setts som kriteriet för utgivande av köpebrev för lagfartsansökan. Det inträffade hade därför bort beskrivas som en villkorlig överlåtelse enligt *Malmström*. HD tyckte uppenbarligen annorlunda och av det drar jag slutsatsen att ett köp inte kan villkoras av köparens godkännande. En bindande köpehandling måste först komma till för att köpet ska kunna anses vara villkorligt.¹⁶²

Sammanfattningsvis är det oklart sedan hur länge svensk rättspraxis har haft som utgångspunkt att överlåtelselöften avseende fastighetsöverlåtelser är helt utan rättsverkan. Åtminstone tycks under 1800-talet frågan ha varit tillräckligt oklar för att akademiker ska ha kunnat ha en annan uppfattning än viss rättspraxis.¹⁶³ Det är vidare oklart varför rättspraxis en gång intog denna hållning. *Vablén* har presenterat två troliga förklaringar till varför vi idag har en så strikt hållning till pacta de contrahendo gällande fastigheter. Rörande löften att sälja fastigheter var det sannolikt så att KF 1 maj 1810 kom att tolkas som en signal mot alla överenskommelser som begränsades den nye ägarens förfoganderätt över fastigheten.¹⁶⁴ Löften att köpa fastighet skulle däremot vara utan verkan för att undvika att köpeavtalet fick ett annat innehåll än den formbundna köpehandling.¹⁶⁵ Det tycks dock inte fullt ut förklara varför skriftliga och detaljerade anbud eller utfästelser av en framtida köpare inte är bindande förrän en ömsesidigt förpliktande fastighetsöverlåtelse formenligt avtalats.¹⁶⁶ I sådana fall får man, i brist på bättre, som förklaringsmodell förlita sig på att rättspraxis har haft formkravets allmänna nytta för ögonen och ansett att formenliga föravtal

¹⁶¹ Säljaren var inte bunden förrän den av honom korrekt upprättade köpehandling hade godkänts av köparen. Köparens underskrift krävdes alltså till skillnad från idag inte för att ett formenligt överlåtelseavtal skulle ha ansetts upprättats. Se *Vablén* Fastighetsköp s. 132-133. I NJA 1998 s. 610 kunde dock köparen bli bunden av en köpehandling såsom ett villkorligt köp trots att säljarens representanter (en kommuns företrädare) inte var behöriga att företräda fastighetsägaren och köpets giltighet gjorts beroende av säljarens godkännande.

¹⁶² A. a. s. 133.

¹⁶³ Se för ett liknande exempel i fråga om tradition krävdes för fullbordande av gåva avseende lös egendom, *Eschelsson* Om fullbordandet av gåva av lös egendom enligt svensk rättspraxis s. 1-4.

¹⁶⁴ *Vablén* Formkravet vid fastighetsköp s. 74. Se också *Karlgren* Studier i allmän avtalsrätt s. 250-252, dens. Avtalsrättsliga spörsmål s. 69 och *Hessler* Allmän sakrätt s. 450. Möjligen kan det också ha ansetts mindre viktigt att upprätthålla en ”teoretisk” skillnad mellan de olika sorternas utfästelser, jfr *Malmström* Till frågan om villkor vid fastighetsköp I s. 32-33.

¹⁶⁵ *Vablén* a. a. s. 74-75.

¹⁶⁶ A. a. s. 75.

eller utfästelser skulle ha minskat dess betydelse.¹⁶⁷ Den formenliga köpehandlingen skulle, i mesta möjliga mån,¹⁶⁸ vara allt det parterna hade avtalat om gällande äganderättens övergång och inte behöva tolkas utifrån underliggande rättshandlingar. Den stegvisa bindning som parterna skulle kunna tänkas behöva uppnå skulle enligt lagstiftaren kunna uppnås tillräckligt väl genom användandet av institutet villkorligt köp.¹⁶⁹

6 Överlåtelseförbud avseende fastighet

Enligt 4 kap. 3 § 3 p. JB är ett villkor som begränsar den nya ägarens rätt att överlåta ogiltigt om det inte tas med i köpehandlingen.¹⁷⁰ Motsatsvis betyder det att ett sådant villkor är giltigt om det tas med i köpehandlingen.¹⁷¹ Genom att på detta sätt villkora den nya ägarens förfoganderätt över fastigheten kan överlåtaren behålla en betydande äganderättslig kontroll över den överlåtna fastigheten. Exempelvis kan villkor för vidareförsäljning ställas upp som innebär att överlåtarens godkännande krävs, att en viss byggnad måste uppföras eller att andra förpliktelser måste infrias.¹⁷²

Det finns av nu tillgänglig praxis inget som tyder på att det skulle finnas några begränsningar i rättsverkan mellan parterna av ett överlåtelseförbud avseende fastighet.¹⁷³ Så snart inskrivningsmyndigheten noterat överlåtelseförbudet i fastighets-

¹⁶⁷ Se SOU 1947:38 s. 160, *Westerlind* Kommentar till jordabalken s. 300-301 och *Vablén* Formkravet vid fastighetsköp s. 75 not 91. Ur ett mer sentida perspektiv är det möjligt att argumentera så att HD önskat att det i allmänhet ska föreligga symmetri mellan den obligations- och sakrättsligt giltiga äganderättsövergången, vilket skulle förklara ömsesidighetsprincipens upprätthållande. Se NJA 1993 s. 560 med kommentar i *Kleineman* Denuntiation som obligationsrättsligt moment vid fullbordande av gåva avseende bostadsrätt JT 1993-94 s. 526-535 på s. 535. Väl att märka är att symmetrin i så fall inte är en logisk följd av formkravet, jfr *Undén* Svensk sakrätt 2:1 s. 111-112 och *Almén, Eklund* Lagen om avtal s. 14-15. Se vidare not 60.

¹⁶⁸ Jfr prop. 1970:20 B s. 143-145.

¹⁶⁹ *Westerlind* Kommentar till jordabalken s. 301.

¹⁷⁰ Bestämmelsen omfattar enligt NJA 1993 s. 529 också begränsningar av rätten att inteckna eller upplåta rätt i fastigheten, vilka dock inte faller inom examensarbetets syfte att diskutera.

¹⁷¹ *Grauers* Fastighetsköp s. 64.

¹⁷² Samtliga fall då villkoren för att överlåtelse ska vara tillåten inte är uppfyllda bör vara att jämställa med ett "rent" överlåtelseförbud, vilket indirekt framgår av NJA 1986 s. 16. Jfr *Grauers* Fastighetsköp s. 287-288.

¹⁷³ *Westerlind* Kommentar till jordabalken s. 286-288, *Håstad* Sakrätt avseende lös egendom s. 449, SOU 1960:25 s. 78 och *Hessler* Allmän sakrätt s. 463 f. Jfr dock för mer tveksamhet *Grauers* Fastighetsköp s. 64 och 287 samt SOU 1988:66 s. 81. I SOU 1991:81 s. 84 kan det inte röra sig om annat än en sammanblandning av begreppen. De fall som åberopas, exempelvis den särskilda hänvisningen till NJA 1984 s. 673 på s. 676, har inte någon bäring på frågan om överlåtelseförbudets giltighet utan om överlåtelselöftens giltighet, må så vara att frågorna funktionellt sett är nära sammankopplade. Se också NJA 1980 s. 291 för ett tidigt om än indirekt (målet rörde stämpelskatt) godtagande av överlåtelseförbud. Se vidare not 207 nedan om JustR *Bengtssons* obiter dictum i NJA 1993 s. 468 samt avsnitt 9.1 för ytterligare analys.

registret vid lagfartsansökan jämlikt 20 kap. 14 § JB, kan enligt 18 kap. 8 § 1 st. inte en ny ägare i god tro förvärva fastigheten i strid med överlåtelseförbudet.¹⁷⁴ Överlåtelseförbudet får inte verkan mot förvärvarens borgenärer vare sig det uppställts i förvärvarens eller överlåtarens intresse vid onerösa avtal, vilket framgår av NJA 1991 s. 376 och NJA 1993 s. 468. Gällande överlåtelseförbud i förvärvarens intresse är det en logisk slutsats sett ur borgenärsskyddssynpunkt, eftersom en gäldenär annars skulle kunna säkra sina tillgångar genom att av närstående köpa egendom som är belagd med överlåtelseförbud.¹⁷⁵ I fråga om överlåtelseförbud i överlåtarens intresse var rättsläget osäkert fram till NJA 1993 s. 468 eftersom HD inte prövat frågan sedan NJA 1881 s. 510 och 1893 s. 537, i vilka fall överlåtelseförbudet gavs verkan mot förvärvarens borgenärer. HD, som inte ansåg sig behöva avgöra frågan i plenum, uttalade att ett överlåtelseförbud i säljarens intresse som tillkommit vid köp av fastighet inte har verkan mot köparens borgenärer. Fastigheten i målet ingick därför i köparens konkursbo enligt 3 kap. 3 § 1 st. konkurslagen (1987:672) jämfört med 5 kap. 5 § 1 st. utsköningsbalken. Enligt motiveringen ansåg HD att det efter avgörandet NJA 1974 s. 376 inte fanns anledning att som huvudregel anse överlåtelseförbud uppställda i överlåtarens intresse som sakrättsligt giltiga i samband med köp.¹⁷⁶ I det osäkra läge som uppstod efter NJA 1974 s. 376 tyckte HD att det skulle vara inkonsekvent att ge överlåtelseförbud verkan mot köparens borgenärer när en förköpsklausul inte ens hade obligationsrättslig verkan. Skadeverkningarna skulle vara likartade i båda fall.

För överlåtelseförbud i samband med gåvor finns det troligen inga begränsningar alls i vare sig obligations- eller sakrättslig rättsverkan. En fastighet som belastas av överlåtelseförbud får således inte tas i mät enligt 5 kap. 5 § 1 st. utsköningsbalken och ingår därmed inte i ägarens konkursbo enligt 3 kap. 3 § 1 st. konkurslagen. Överlåtelseförbudet får enligt NJA 1991 s. 376 också till följd att obelånade pantbrev inte får tas i mät.¹⁷⁷ Av denna anledning har det stor betydelse om den överlåtelse vid vilken vidareöverlåtelseförbudet uppställdes är benefik eller onerös. Av NJA 1991 s. 376 framgår att HD i bedömningen av transaktionens karaktär för överlåtelseförbudets giltighet anslutit sig till vad som gäller för överlåtelselöften enligt NJA 1984

¹⁷⁴ *Grauers* Fastighetsköp s. 64-65 och prop. 1970:20 B s. 145.

¹⁷⁵ *Håstad* Sakrätt avseende lös egendom s. 450.

¹⁷⁶ Det kan vara anledningen till att HD ansåg sig inte behöva avgöra frågan i plenum eftersom det genom NJA 1974 s. 376 fanns ett motsägande avgörande av senare datum, jfr 3 kap. 6 § 1-2 st. RB.

¹⁷⁷ Se också *Grauers* Fastighetsköp s. 288.

s. 673, det vill säga att transaktionen ska vara av klart benefik karaktär.¹⁷⁸ För klart benefika familjerättsliga fång bör därför samma analogi till regleringen av överlåtelselöften göras enligt min mening. Dessa måste alltså också vara klart benefika för att överlåtelseförbudet ska kunna åberopas mot förvärvarens borgenärer.

I finsk rätt gäller som huvudregel enligt 2 kap. 11 § 1 mom. 2 p. finska JB att överlåtelseförbud i samband med fastighetsöverlåtelser är ogiltiga. I 2 kap. 11 § 2 mom. undantas fall då vidareöverlåtelse inte får ske av obebyggd fastighet eller till ett pris som överstiger en viss köpeskillning. Sådana villkor är enligt 2 kap. 11 § 2 mom. med hänvisning till 2 kap. 2 § 2 mom. giltiga i maximalt fem år och måste tas in i överlåtelsehandlingen. Samma regler gäller för gåva och familjerättsliga fång enligt 4 kap. 2-3 §§ FJB.

7 Bostadsrätter

En bostadsrätt är som bekant lös egendom,¹⁷⁹ men enligt 6 kap. 4 § 1 st. BRL måste överlåtelse av bostadsrätt ske i skriftlig form med både överlåtarens och den nye ägarens underskrifter. Regeln motsvarar i denna del sin förebild 4 kap. 1 § JB men tycks till största del motiverats av fiskala intressen.¹⁸⁰ I analogi till den rättspraxis jag hittills beskrivit gällande fastigheter låg det nära till hands att anta att överlåtelselöften inte skulle vara bindande för bostadsrätter på samma sätt som de inte är bindande i fråga om fastigheter. Eftersom särskilda formföreskrifter gäller för överlåtelse av bostadsrätt skulle även här den av *Almén* förfäktade uppfattningen om 1 § 3 st. AvtL göra att överlåtelselöften inte vore bindande.¹⁸¹ I NJA 1992 s. 66 valde dock HD en annan väg.

Ett optionsavtal hade upprättats mellan en ägare till en bostadsrätt och ett par intressenter, enligt vilket intressenterna hade rätt att köpa bostadsrätten av ägaren under en period om två veckor. Ett hyresavtal upprättades samtidigt, innebärandes att intressenterna hyrde den lägenhet bostadsrätten representerade av ägaren under knappt två år. Optionens sista giltighetsdag sammanföll med hyrestidens sista dag. HD tycks dock inte ha lagt någon särskild vikt vid det nära funktionella sambandet mellan hyresavtalet och optionsavtalet utan ansåg att sådana optionsavtal i

¹⁷⁸ Se avsnitt 3.2. Samtidigt framgår av NJA 1980 s. 291 att överlåtelseförbudet i sig talar för att en transaktion är benefik.

¹⁷⁹ Bostadsrätter avser inte ägandet av lägenheter konkret utan nyttjanderätter till en viss lägenhet kombinerat med en andel i bostadsrättsföreningen, se *Flodin, Hager, Victorin* Bostadsrätt med en översikt över kooperativ hyresrätt s. 22-23.

¹⁸⁰ *Flodin, Hager, Victorin* Bostadsrätt med en översikt över kooperativ hyresrätt s. 127, prop. 1981/82:169 s. 61-62, se också not 186.

¹⁸¹ Se not 60.

allmänhet var giltiga så länge de var upprättade i föreskriven form, det vill säga i enlighet med 6 kap. 4 § 1 st. BRL. Motiveringen till att optionsavtalet också måste slutas i viss form var att formkravet annars skulle ”urholkas på ett inte godtagbart sätt eftersom ett muntligt optionsavtal då skulle binda säljaren lika starkt som ett köpeavtal som uppfyller lagens formkrav.”

HD ville uppenbarligen inte skapa en till fastighetsrätten parallell reglering av överlåtelseöfften, formkravet till trots. Det är möjligt att se det så att den avgörande faktorn var att ömsesidighetsprincipen inte kunnat tillämpas eftersom en bostadsrättsöverlåtelse till någon som inte är medlem i föreningen fullbordas först genom bostadsrättsföreningens godkännande av den nya medlemmen enligt 6 kap. 1 § 1 st. BRL. Två faktorer talar enligt min mening emot en sådan tolkning. För det första skulle det innebära att två parallella ordningar skapades: en för föreningsinterna överlåtelser som blir giltiga omedelbart enligt 6 kap. 1 § 1 st. e contrario och en för nya medlemmar vars medlemskap i föreningen måste godkännas. Inget i HD:s domskäl tyder på att domstolen avsett att skapa en sådan ordning. För det andra ska inte ömsesidighetsprincipen förstås så att den kräver att äganderättsövergången fullbordas genom avtalet. Vid fastighetsöverlåtelser är ömsesidighetsprincipen tillämplig också på villkorliga överlåtelser enligt 4 kap. 4-6 §§ JB, vilka som beskrivits i kapitel 4 ovan inte är definitiva de i överlåtelsehandlingen intagna villkoren uppfyllts. Om villkoret exempelvis är att bygglov meddelas för fastigheten är parterna utelämnade till tredje mans agerande för överlåtelsens giltighet på ett liknande sätt som medlemsprövningen enligt 2 kap. 3-7 §§ BRL. Orsaken tycks enligt min mening istället ha varit att regleringen av bostadsrättsöverlåtelser gått från ett formlöst tillstånd till ett med formkrav så sent som 1982, när en lagändring ändrade rättsläget. Grundtillståndet för bostadsrättsöverlåtelser var därmed att optionsavtal var giltiga, precis som för vilken lös egendom som helst. Syftet med formkravet var som nämnts främst att underlätta beskattningen av realisationsvinster,¹⁸² vilket HD särskilt tog upp. Eftersom optionsavtal och andra överlåtelseöfften inte nämndes i förarbetena till det 1982 intagna formkravet finns det inte skäl att tro att lagstiftaren ville få så vidsträckta konsekvenser av lagändringen.¹⁸³ HD:s resonemang brister dock enligt min mening eftersom 1982 års formkrav, på det vis HD tolkat det, ändå ändrade rättsläget genom att op-

¹⁸² Prop. 1981/82:169 s. 61-62. Ordning och reda i rättsförhållandena tas visserligen upp först, se dock vidare i not 186.

¹⁸³ Mot detta kan anföras att i förarbetena faktiskt uttalades att bakom formkravet för fastighetsrätt ”bl. a.” låg samma skäl som de som anförts för formkravet i fastighetsrätten, se prop. 1981/82:169 s. 62.

tionsavtal och liknande överlåtelselöften måste vara formenliga för att vara giltiga.¹⁸⁴ Detta får till exempel till följd att anbud om att sälja eller köpa bostadsrätt inte är bindande.¹⁸⁵ Om nu det fiskala intresset var drivande vid införandet av formkravet så borde det inte vara något problem om skriftlighetskravet hade ”urholkats” genom formlösa optionsavtal. Eftersom köpeskillingen ändå måste tas med i den formenliga överlåtelsehandlingen uppnås det fiskala intresset oberoende av eventuella överlåtelselöftens giltighet. Rimligen får HD:s hänvisning till ”ordning och reda i rättsförhållandena” förstås på det sättet att formkravet för optionsavtal underlättar detta intresse. Varför det skulle ha särskild betydelse för bostadsrätter i förhållande till annan lös egendom förklarades dock inte.¹⁸⁶

En överlåtelse av bostadsrätt kan som jag nämnt inte fullbordas utan att den nya ägaren antas som medlem i bostadsrättsföreningen jämlikt 1 kap. 3 §, 2 kap. 3-7 §§ och 6 kap. 1-3 §§ bostadsrättslagen. I NJA 1992 s. 66 hade bostadsrätten sålts vidare innan HD kom att pröva omständigheterna, varför intressenterna frånföll fullgörelseyrkandet. Frånsett att optionsavtalet i enlighet med avgörandet inte kan göras gällande mot tredje man bör trots det kunna utgöra grund för fullgörelsetalan.¹⁸⁷

Finsk rätt är i detta avseende inte jämförbar med svensk eftersom den finska motsvarigheten till bostadsrättsföreningar är bostadsaktiebolag, reglerade i lagen (17.5.1991/809) om bostadsaktiebolag.¹⁸⁸

8 Kommersiella praktiska konsekvenser

8.1 Bolagiserade överlåtelser

I kommersiella förhållanden är så kallade bolagiserade överlåtelser vanliga. Med att en fastighet är bolagiserad avses att ett aktiebolag, ett handelsbolag eller ett komman-

¹⁸⁴ Med formenligt får med all sannolikhet avses att optionsavtalet är upprättat i enlighet med 6 kap. 4 § bostadsrättslagen, se *Kleineman* Optionsavtal vid köp av bostadsrätt JT 1991-92 s. 660-667 på s. 663-665 och *Flodin, Hager, Victorin* Bostadsrätt med en översikt över kooperativ hyresrätt s. 128.

¹⁸⁵ *Kleineman* Optionsavtal vid köp av bostadsrätt JT 1991-92 s. 660-667 på s. 663-664.

¹⁸⁶ *Kleineman* anser att ordningen och redan i rättsförhållandena är ett ”skenargument”, a. a. s. 663. Jag är benägen att instämma, i vart fall i fråga om skriftkravet för optionen. Även om bostadsrättsföreningens prövning av medlemskap på grund av överlåtelse underlättas av formkravet för överlåtelseavtalet innebär inte det att optionen måste vara formenlig. Bostadsrättsföreningen har ingen anledning att pröva optionens giltighet.

¹⁸⁷ *Flodin, Hager, Victorin* a. a. s. 128. Indirekt framgår detta också av NJA 1994 s. 130.

¹⁸⁸ Ingen skillnad förefaller gälla överlåtelselöften gällande bostadsaktier jämfört med vad som i övrigt gäller enligt den finska aktiebolagslagen, se avsnitt 2.2. Bostadsaktier är dock enligt 2 kap. 10 § bostadsaktiebolagslagen fritt överlåtbara så länge inte inlösningsförbehåll gäller enligt bolagsordningen, 11 §.

ditbolag har fastigheten som i princip enda tillgång. Ägaren till bolaget kan då överlåta den indirekta men reella äganderätten till fastigheten genom att överlåta aktierna eller andelarna i bolaget.¹⁸⁹ Ett överlåtelselöfte, överlåtelseförbud eller en villkorlig överlåtelse avseende sådana aktier eller bolagsandelar bedöms då enligt regleringen av lös egendom, trots att det reella syftet med löftet eller transaktionen rör äganderätt till fastigheten.¹⁹⁰ Som framgått av framställningen hittills blir det gällande överlåtelselöften en dramatisk skillnad. Sådana har i normalfallet ingen verkan gällande en ren fastighetsöverlåtelse, med undantag för eventuellt skadestånd till det negativa kontraktintresset, medan de gällande lös egendom har full verkan, i vart fall obligationsrättsligt. På motsvarande sätt kan de tidsbegränsande reglerna för villkorliga fastighetsköp kringgås i samband genom att det istället är aktier eller bolagsandelar som villkorligt överlåts. Överlåtelseförbud har dock såsom jag beskrivit i avsnitt 2.3 ovan en mycket begränsad tillämpning i fråga om aktier, vilket står i kontrast till att de i princip är tillåtna för fastigheter.

Följden av skillnaderna mellan regleringen av aktier och bolagsandelar å ena sidan och fastigheter å andra är att den som önskar göra ett giltigt överlåtelselöfte eller annars inte bli bunden av de fastighetsrättsliga reglerna uppmuntras att utnyttja bolagsformen. Att bolagisera en fastighet för att uppnå dessa resultat medför en friktion eftersom fastigheten först måste överlåtas till bolaget. Bolaget kräver sedan i sig redovisning och iakttagande av föreskrifter gällande exempelvis revisionsplikt utöver vad som redan gäller för fastigheten. Den revisionslättning för mindre aktiebolag som träder i kraft den 1 november 2010 kan dock komma vissa fastighetsaktiebolag till del. Fastighetsaktiebolaget skulle enligt den nya bestämmelsen i 9 kap. 1 § 2-3 st. ABL (se SFS 2010:834) i normalfallet kunna undanta revisionsplikten i bolagsordningen. Förutsättningen är dock enligt 1 § 4 st. att fastighetsaktiebolaget inte ingår i en koncern där moderbolaget är för stort för att få undanta revisionsplikten. Det skulle således främst vara mycket små bolag eller privatpersoner som skulle kunna gynnas av den slopade revisionsplikten. Väl att märka är dock att övriga krav, exempelvis inlämnande av korrekt årsredovisning enligt 2 kap. ÅRL, kvarstår.

En komplikation av att fastigheten bolagiseras uppkommer i och med att det för ändamålet bildade bolaget blir en juridisk person med egen rättshandlings-

¹⁸⁹ Se för en översikt över förfarandet samt skatterättsliga konsekvenser och dito drivkrafter, *Kågerman* i *Fastighetsnomenklatur* kap. 22.

¹⁹⁰ *Hellner, Ramberg* Speciell avtalsrätt I. Köprätt s. 45 f.

förmåga. Bolagets egna organ skulle kunna tänkas överlåta fastigheten ur bolaget och göra ett överlåtelselöfte rörande aktierna eller andelarna tämligen värdelöst. Aktieägaren kan normalt inte hållas direkt ansvarig för bolagets åtgärder, även om de kan ha vidtagits i dennes intresse.¹⁹¹ För att skydda sig mot ett sådant scenario kan den som vill förlita sig på ett överlåtelselöfte eller villkorligt köp rörande aktier eller bolagsandelar tänkas vilja ”låsa fast” fastigheten i bolaget. Ett flertal strategier är tänkbara för att uppnå denna låsningseffekt. Rör det sig om en villkorlig överlåtelse där parterna önskar kringgå tidsbegränsningen i 4 kap. 4 § JB kan den ursprunglige ägaren ta in ett överlåtelseförbud i köpehandlingen då fastigheten bolagiseras. Samma metod kan användas då det rör sig om ett överlåtelselöfte som den tidigare ägaren till fastigheten eller någon närstående vill göra gällande. Ett överlåtelseförbud är som jag beskrivit i kapitel 6 ovan med all sannolikhet obligationsrättsligt giltig mellan den ursprunglige ägaren och bolaget. Det skyddar också efter inskrivning mot extinktiva godtrosvärv av tredje man. Överlåtelseförbudet kan däremot inte göras gällande mot förvärvarens borgenärer vid exekutiva förfaranden, vilket innebär en risk om bolaget inte uppfyller sina åtaganden i de finansieringsavtal som krävs för att bolaget ska kunna köpa fastigheten. Rör det sig om ett överlåtelselöfte och den som vill göra löftet gällande inte är ägare till den aktuella fastigheten när löftet uppställs kan inte överlåtelseförbudsmodellen användas. Överlåtelseförbud måste som jag beskrivit tas in i överlåtelsehandlingen för att vara giltiga och kan därför inte avtalas vid ett senare tillfälle. I sådant fall måste den som förlitar sig på överlåtelselöftet försäkra sig om att bolaget inte säljer fastigheten innan den förlitande parten får rätt att köpa aktierna och skaffar sig kontroll över bolaget.

För aktiebolag är en tänkbar strategi att låsa fastigheten i bolaget genom att enligt 3 kap. 3 § ABL utforma bolagsordningen så att fastigheten inte kan säljas av bolaget. Om aktiebolagets verksamhetsändamål vore att ”äga och förvalta [fastighetsbeteckningen]” skulle styrelsens överlåtelse av fastigheten vara ett befogenhetsöverskridande enligt 8 kap. 4 § 1 st. ABL. Ett särskilt effektivt bindande av fastigheten vore det dock inte. Bolaget kan jämlikt 8 kap. 42 § 2 st. ABL inte åberopa befogenhetsöverskridande mot tredje man om det gäller ett brott mot verksamhetens ändamål. När den som förlitar sig på överlåtelselöftet väl får kontroll över bolaget är det alltså inte möjligt att göra en tidigare fastighetsöverlåtelse ogiltig gentemot tredje

¹⁹¹ Aktieägares kan dock i undantagsfall bli skadeståndsskyldiga, se 29 kap. 3 § ABL.

man.¹⁹² Vidare kan den som gett överlåtelselöftet, alltså ägaren av samtliga aktier, när som helst ändra bolagsordningen genom stämmobeslut i enlighet med reglerna i 7 kap. 42-45 §§ ABL. I fråga om handels- och kommanditbolag kan möjligen bättre bundenhet uppnås till verksamhetsändamålet än för aktiebolag eftersom bolagsavtalet enligt 2 kap. 1 § 2 st. jämte 3 kap. 1 § HBL är helt dispositivt. Tanken är att ta in en bestämmelse i bolagsavtalet att verksamhetens ändamål är att ”äga och förvalta [fastighetsbeteckningen]” och en föreskrift om att bolagsavtalet inte får ändras under en viss tid, överlåtelselöftets giltighetstid närmast, eller med den blivande köparens samtycke.¹⁹³ Om en bolagsman överlåter fastigheten i strid med bestämmelsen vore det ett överträdande av bolagsmannens befogenhet enligt 2 kap. 18 § HBL, vilket skulle kräva tredje mans goda tro för att överlåtelsen skulle vara giltig. Så länge samtliga bolagsmän kontrolleras av den som gett löftet är det dock osäkert om bolagsavtalet ändå inte kan ändras i denna del.¹⁹⁴

Eftersom de hittills presenterade lösningarna uppvisar betydande brister bör den som vill förlita sig på ett överlåtelselöfte rörande fastighetsrepresenterande aktier eller bolagsandelar också använda ekonomiska sanktioner för att binda fastigheten i bolaget. Genom att i överlåtelselöftet tydligt ange vad aktierna eller andelarna ska representera sätts en kvalitetsstandard för aktierna enligt 17 § 1 st. KöpL. Om bolaget säger fastigheten leder det till att aktierna eller andelarna inte håller avtalad standard. Den som förlitat sig på överlåtelselöftet, den aktieköparen, kan då göra påföljder för fel gällande gentemot säljaren av aktierna, främst skadestånd enligt 40 § 3 st. KöpL. Kvalitetsstandarderna innebär ett incitament för aktieägaren, säljaren, att genom sin ägarkontroll över bolaget hindra att fastigheten säljs. På grund av svårigheten att beräkna skada om fastigheten ändå skulle ha sålts är det lämpligt att parterna tar in en vitesklausul i löftesavtalet.¹⁹⁵

8.2 Fastighetsleasing

Fastighetsleasing är ett sammanfattande begrepp för ett flertal olika transaktioner med vissa gemensamma nämnare. Det kan röra en fastighet som leasetagaren äger direkt eller genom ett fastighetsdotterbolag där leasetagaren säljer fastigheten till lea-

¹⁹² Regeln förefaller ha förtur framför godtrosregeln i 18 kap. 1 § 1 st. JB. Jfr också 18 kap. 3 § 1 p. JB.

¹⁹³ Inget hinder mot detta bör finnas, se *Lindskög* Lagen om handelsbolag och enkla bolag. En kommentar s. 222-223.

¹⁹⁴ Jfr angående i bolagsavtalet intaget skriftkrav för att ändra detsamma a. a. s. 238.

¹⁹⁵ SOU 1991:81 s. 144 f.

segivaren som sedan hyr ut fastigheten till leasetagaren, en så kallad sale and lease backtransaktion (SLB). Det kan också röra en fastighet som någon annan äger där leasgivaren för leasetagarens räkning köper fastigheten och hyr ut den till leasetagaren, så kallad rak leasing. Det som förenar de olika fastighetsleasingstyperna är syftet. Leasetagaren avser inte att bli en hyresgäst i 12 kap. JB:s mening utan att agera som de facto fastighetsägare.¹⁹⁶ Leasegivaren å sin sida har inte köpt fastigheten för att agera fastighetsförvaltare och hyresvärd, utan är ett finansieringsbolag som ser fastighetsleasingen som en placering och tillhandahållande av en finansiell tjänst.¹⁹⁷ Detta avspeglas i hyresavtalet som skiljer sig betydligt från hur ett lokalyresavtal regleras i 12 kap. JB. Leasetagaren är den som ansvarar för förvaltningen av fastigheten och allt som normalt åligger en hyresvärd.¹⁹⁸

Leasegivaren har med hänsyn till det speciella partsförhållandet inget intresse av att när leasingavtalet upphör fortsatt äga fastigheten om det inte ingår i leasegivarens normala verksamhet. Särskilt om leasetagaren varit den ursprungliga ägaren till fastigheten, alltså vid SLB-transaktioner, kan denne också ha ett starkt intresse av att återfå äganderätten till fastigheten. Fastigheten kan vara nödvändig eller värdefull för leasetagarens verksamhet eller så förutser leasetagaren en värdestegring på objektet som ska komma denne till del.¹⁹⁹ Vid SLB får parterna då komma överens om ett villkorligt köp, hävningsrätten dock ofta kallad optionsrätt,²⁰⁰ till leasingobjektet medan det rör sig om ett överlåtelselöfte, en äkta option,²⁰¹ vid rak leasing.

Gällande andra leaseobjekt än fastigheter, exempelvis flygplan, fartyg och bilar, avser leasingavtalet normalt leasingobjektet direkt.²⁰² Som framgått av framställningen hittills är det dock inte en möjlig lösning vid fastighetsleasing om leasing-

¹⁹⁶ *Räckle* i Fastighetsnomenklatur s. 411.

¹⁹⁷ Det har därför ifrågasatts om det egentligen rör sig om en säkerhetsöverlåtelse av fastigheten med oklara rättsverkningar. I och med att återköpsklausulens giltighet är en förutsättning för att det ska röra sig om en säkerhetsöverlåtelse, och giltighet är uteslutet i mer än två år, bör dock fastighetstransaktionen som sådan vara att anse som en omsättningsöverlåtelse. Se SOU 1991:81 s. 122. Jfr majoriteten i RÅ 1989 ref. 62 I som ansåg att återköpsklausulens giltighet inte var avgörande för klassificeringen.

¹⁹⁸ Jfr 12 kap. 9 § 1 st. jämte 15 § 1 st. JB. Om fastigheten är bolagiserad är det för att vara noggrann inte finansbolaget direkt utan dotterbolaget som äger fastigheten som är hyresvärd. Se SOU 1991:81 s. 72.

¹⁹⁹ SOU 1991:81 s. 70.

²⁰⁰ *Räckle* i Fastighetsnomenklatur s. 441 och SOU 1991:81 s. 120-121. Det är förstas också tänkbart att det rör sig om ett överlåtelselöfte i vissa fall, jfr SOU 1991:81 s. 69-71.

²⁰¹ SOU 1991:81 s. 73-74.

²⁰² Se för en översikt av finansiell leasing av lös egendom SOU 1994:120.

förhållandet innehåller en återköps- eller optionsrätt.²⁰³ Parterna måste då bolagisera transaktionen för att kunna uppnå avsedd effekt.²⁰⁴ Som jag framhållit i föregående avsnitt medför detta vissa rättsliga problem eftersom det saknas garantier för att fastigheten inte överlåts av fastighetsbolaget. Vid SLB kan dock leasetagaren som ursprunglig ägare ta med ett överlåtelseförbud i köpehandlingen när fastigheten bolagiseras.²⁰⁵ Det är sannolikt att skadestånd för löftesbrott i form av ett större vite, om ett sådant finns, garanterar att fastigheten ligger kvar i bolaget.

9 Analys

9.1 Ett rättsdogmatiskt och komparativt perspektiv

Av den beskrivande delen av mitt examensarbete har huvudsakligen två systematiska synpunkter gjort sig gällande angående överlåtelselöften, överlåtelseförbud och villkorliga överlåtelser i fastighetsrätten. Den första rör hur regleringarna av lös och fast egendom vid överlåtelselöften och villkorliga överlåtelser förhåller sig till varandra. Den andra är internt fastighetsrättslig och rör skillnaden mellan överlåtelselöften och villkorliga köp å ena sidan och överlåtelseförbud å andra.

Som framgått är utgångspunkten för lös egendom att ägare och intressenter är fria att göra överlåtelselöften som är ensidigt eller ömsesidigt bindande. I samband med en överlåtelse står det också parterna fritt att avtala om att överlåtelsen ska vara villkorlig på så sätt att den antingen inte blir definitiv direkt eller att den kan gå åter. Av hur jag beskrivit gällande fastighetsrätt i kapitlen 3 och 6 framgår att överlåtelselöften inte alls är bindande annat än i vissa undantagsfall och villkorliga köp endast tidsbegränsat giltiga. Det handlar i denna del om en områdesöverskridande asymmetri som, trots idoga försök, inte kan förklaras som en logisk följd av det särskilda formkrav som gäller för fastighetsöverlåtelser. Det huvudsakliga skälet till att rättspraxis och lag upprätthåller en skillnad mellan regleringen av lös och fast egendom är istället hänsynen till fastighetsomsättningens och kreditgivningens intressen.²⁰⁶ Jag

²⁰³ Förutsatt att återköpsrätten ska vara gällande i mer än två år, vilket enligt SOU 1991:81 s. 121 inte är brukligt.

²⁰⁴ SOU 1991:81 s. 71-73 och 141-142.

²⁰⁵ Är fastigheten redan bolagiserad bör en ombolagisering kunna användas för att uppnå samma effekt, jfr *Kågerman* i *Fastighetsnomenklatur* s. 399.

²⁰⁶ En rimlig invändning är att fastighetsrätten inte alls skulle behöva ta hänsyn till civilrätten i övrigt. HD tycks dock inte resonera på det sättet, i vart fall inte gällande överlåtelseförbud. Se NJA 1993 s. 468 där HD ändrade gällande fastighetsrättslig rättspraxis för att uppnå överensstämmelse med vad som enligt NJA 1974 s. 376 gällde för lös egendom.

återkommer i mina slutsatser till om det är ändamålsskäl som gör en avvikelse från en i övrigt tydlig civilrättslig systematik befogad.

Den systematiska synpunkten om överlåtelseförbudet roll i fastighetsrätten handlar inte om en avvikelse från regleringen av lös egendom. Tvärtom verkar möjligheterna att uppställa överlåtelseförbud gällande fastigheter ligga mycket nära vad som gäller för lös egendom med hänsyn tagen till formkravet och inskrivningsväsendet som gör fastighetsrätten säregen. Däremot saknas, såsom jag beskrivit i kapitel 6, egentliga skäl att tillåta överlåtelseförbud om nu överlåtelseöften och villkorliga med längre löptid är otillåtna. De ändamålsskäl som rättfärdigar att överlåtelseöften inte tillåts och villkorliga köp kraftigt begränsas borde gälla med större tyngd i samband med överlåtelseöften. För att jämföra med aktiebolagsrätten har uppenbarligen överlåtelseförbud mycket litet utrymme där just på grund av förbudens starkt begränsande verkan. Liksom JustR *Bengtsson* anförde i sitt obiter dictum till NJA 1993 s. 468 är rättspraxis avseende överlåtelseöften vid fastighetsöverlåtelse inte logisk. Om nu överlåtelseförbudet funktionsmässigt ligger nära förköpsklausuler och liknande överlåtelseöften förklarar HD:s avgörande i NJA 1993 s. 468 bara den sakrättsliga halvan av problematiken när sådan verkan underkänns med hänvisning till överlåtelseöften.²⁰⁷ Den obligationsrättsliga inkonsekvensen borde ju, i linje med HD:s resonemang, vara lika stor, även om det i just detta sammanhang inte fanns skäl att ta ställning i frågan.

Jag har också kontinuerligt presenterat hur motsvarande frågor regleras i Finland. Finsk fastighetsrätt har en mer differentierad reglering där marknadsaktörerna i olika grad tillåts uppnå bindande verkan av överlåtelseöften genom föravtal och under längre tid kan göra överlåtelser villkorliga. I Finland är varken de starkt begränsande överlåtelseförbuden eller den typ av förköpsklausuler som traditionellt ansetts skadliga och var ursprunget till 1800-talets förbudsförordningar i både Finland och Sverige tillåtna. Jämfört med svensk rätt har enligt min mening Finland en reglering som i högre grad uppfyller rättsdogmatikens krav på systematik och logik än den svenska motsvarigheten, särskilt internt i fastighetsrätten.

²⁰⁷ Mer specifikt hänvisar HD till de ändamålsskäl som domstolen åberopade i sina domskäl i NJA 1984 s. 673. Se för en liknande synpunkt *Grawers* Fastighetsköp s. 288-289.

9.2 Ett kommersiellt praktiskt perspektiv

För att kringgå gällande rätts begränsningar är det alternativ som står till buds att bolagisera fastigheten på det sätt jag beskrivit i avsnitt 8.1. Som jag framhållit i avsnitt 8.2 är bolagisering av leasingobjektet det enda sättet att i samband med fastighetsleasing reglera den återköpsrätt eller option som ofta är central för transaktionen. Lagstiftaren accepterar tydligen sådant kringgående av de fastighetsrättsliga begränsningarna. Fastighetsleasingutredningens förslag att tillåta SLB-transaktioner avseende fastigheter direkt genom att öppna för villkorliga köp utan tidsbegränsning,²⁰⁸ har förvisso inte lett till lagstiftning. Inga åtgärder har vidtagits för att förhindra bolagiserade varianter av fastighetsleasing. Fastighetsbolagisering är ett accepterat institut.²⁰⁹ Genom att upprätthålla skillnaden mellan regleringen av lös och fast egendom skapar gällande rätt på så sätt ett incitament att bolagisera om utfästelsers bindande verkan eftersträvas. Bolagisering leder dock till ökade rättsliga risker och ökade kostnader för parterna och är därför endast ett trovärdigt alternativ för kommersiella aktörer. Att tillåta de överlåtelselöften och villkorliga köp som kan göras avseende aktier och bolagsandelar även i fastighetsrätten skulle därför både tillgängliggöra de rättsliga verktyg större kommersiella aktörer har för fler på fastighetsmarknaden och underlätta för de kommersiella aktörerna.

9.3 Sammanfattande analys av gällande rätt

Måttstocken i min analys av gällande rätt är ett systematiskt och förutsebart civilrättsligt system och det praktiska behov som finns på fastighetsmarknaden. I fråga om överlåtelselöften är det val som rättspraxis gjort och som senast manifesterats i NJA 2002 s. 467 inte optimalt i det avseendet. Jag anser att min undersökning har gett goda belägg för att klassa lösningen som olämplig ur såväl rättsdogmatisk som praktisk synvinkel. Som de benefika undantagen och inte minst det bostadsrättsliga fallet NJA 1992 s. 66 visat bygger synen på överlåtelselöften på en ömsesidighets-

²⁰⁸ SOU 1991:81 s. 237. Gällande rena överlåtelselöften hade utredningen inga förslag, a. a. s. 235-236.

²⁰⁹ Vill man vara krass kanske inte civilrättsliga regler är ett avgörande argument i fråga om bolagiseringens tillåtlighet. Stämpelskatt kan till mycket stor del undvikas genom bolagisering, särskilt i kombination med fastighetsreglering. Dessutom innebär bolagiseringen en möjlighet att senarelägga beskattning av realisationsvinst. Se om detta *Kågerman* i Fastighetsnomenklatur s. 389-393. I denna del kan också anföras att lagstiftaren genom 25 kap. 12 § inkomstskattelagen (1999:1229) infört en regel som särskilt syftar till att genom den så kallade fastighetsfällan begränsa avdragsrätten för förlustförsäljningar av fastighet, en indirekt följd av att bolagisering används vid vinstförsäljningar. Bolagiseringen tycks således främst intressera lagstiftaren i den mån det fiskala intresset är hotat.

princip som saknar rättsdogmatisk grund. Formalavtal kan efter 1992 års fall inte anses stå utanför den gängse avtalsrättsliga systematiken endast på grund av att de ska slutas i viss form. I NJA 2000 s. 747 I och II visade det sig dessutom att ömsesidighetsprincipens uteslutande av normala regler om avtalsslutandets mekanism skapar problem vid avtalsslut på distans, inte minst för icke-professionella aktörer som kan tänkas vara sämre informerade om rättsläget.²¹⁰ De kvarvarande möjligheterna att få ersättning för prekontraktuell skada är begränsade och innebär som framgått av rättspraxis betydande bevisproblem. Det har till dags dato inte dömts ut skadestånd för culpa in contrahendo i ett enda refererat rättsfall.

Även om ömsesidighetsprincipen inte är en rimlig förklaring till förbudet mot överlåtelselöften kan det inte uteslutas att förbudet skulle kunna vara motiverat på annan grund. Det finns dock såvitt jag kan se inte några skäl att anta att förbudet mot överlåtelselöften kan motiveras utifrån de i och för sig behjärtansvärda ändamålsskålet fastighetsomsättningens och kreditgivningens intressen som HD tycks motivera gällande rätt med. Ett överlåtelselöfte kan alldeles säkert framtvunga en fastighetsöverlåtelse om det tillåts utgöra grund för skadeståndstalan till det positiva kontraktsintresset, men det utgör i sig inget hinder för fastighetsomsättningen eller kreditgivningen. Att parterna skulle skyddas från att göra utfästelser om framtida fastighetsöverlåtelse låter som ett förvånansvärt paternalistiskt synsätt.²¹¹ Folk i gemen skulle alltså behöva skyddas från att göra förhastade utfästelser i fråga om fastigheter, exempelvis vid en budgivning, men i princip kunna vara rättsligt bundna av överlåtelselöften rörande mångdubbelt större belopp så snart det rör sig om lös egendom. Redan vid införandet av 1970 års JB avfärdade departementschefen ett sådant synsätt som förlegat i fråga om formkravet vid fastighetsöverlåtelse.²¹² Även om fastighetsköpet sannolikt är den största enskilda affären gemene man ingår under sin livstid betyder inte det att partsställningen måste vara styrande för en så allmänt viktig princip som den om överlåtelselöftens giltighet.²¹³ Eftersom 3 kap. AvtL är tillämpligt vid fastighetsöverlåtelser,²¹⁴ kan rättsväsendet tillhandahålla det skydd mot obilliga konsekvenser av utfästelsers bindande rättsliga verkan som erbjuds i civilrät-

²¹⁰ Visserligen kan fullmakt enligt 2 kap. AvtL användas, se särskilt 27 § 2 st. AvtL, för att kringgå problematiken, men nya problem uppstår då i relation till fullmäktigens behörighet och befogenhet i 10-11 §§ AvtL.

²¹¹ Jfr *Kleineman* Optionsavtal vid köp av bostadsrätt JT 1991-92 s. 660-667 på s. 663.

²¹² Prop. 1970:20 B s. 123.

²¹³ Se för en sådan synpunkt i gällande civilrätten i allmänhet *Bengtsson* Om civilrättens splittring s. 168-170 samt min egen inställning i frågan ovan vid not 14.

²¹⁴ Se *Almén, Eklund* Lagen om avtal s. 15.

ten i övrigt, såväl i jämbördiga som konsumentliknande förhållanden. Om bevisningen är det avgörande argumentet, det så kallade ordning och reda-argumentet, saknas det skäl att i vart fall låta formenliga överlåtelseöften få bindande verkan.

I fråga om villkorliga överlåtelser har jag, måste jag erkänna, svårt att med samma emfas som nyss kritisera gällande rätt. Det finns enskilda moment som är mindre lyckade enligt min mening, som att rättsföljden så dramatiskt skiftar beroende på om överlåtelserna gjorts villkorliga i överlåtelsehandlingen eller inte och om den däri överskridit tvåårsgränsen. En sammankopplad fråga är den gråzon mellan överlåtelseöften och villkorliga överlåtelser som finns.²¹⁵ Anta exempelvis att köparen vid ett fastighetsköp utfäster sig att sälja fastigheten åter till den ursprungliga säljaren inom två år på samma villkor som han köpt fastigheten. Är det då en utfästelse att sälja, som inte är giltig, eller ett resolutivt villkor? Bedömningen tycks bli beroende av uttryckssättet snarare än funktionen.²¹⁶ Om utfästelsen tagits in i köpehandlingen blir även här ett svårt val mellan två motsatta rättsföljder.²¹⁷ Likafullt är det inte svårt att inse att villkorliga överlåtelser kan skapa oreda i ägandeförhållandena och därmed vara till men för kreditgivningen. Med hänsyn till kreditgivningens stora betydelse för samhällsekonomin är det förståeligt att lagstiftaren varit obenägen att ta onödiga risker i fråga om villkorliga överlåtelser.²¹⁸ Det gör dock det för äganderätten och fastighetsomsättningen extremt begränsande överlåtelseförbudet till en anomali i systemet. Det finns enligt vad jag funnit inga skäl till att enligt gällande rätt betvivla överlåtelseförbuds giltighet mellan parterna, även om den sakrättsliga verkan inte är självklar i alla avseenden. I förhållande till den synnerligen njudda inställningen till överlåtelseöften och villkorliga överlåtelser är det milt uttryckt förvånande.

Det sammanfattande intrycket är att beskrivna fastighetsrättsliga regleringen inte är särskilt logisk. Det betyder inte nödvändigtvis att civilrätten i övrigt erbjuder

²¹⁵ Se exempelvis NJA 1998 s. 610, särskilt JustR *Håstads* obiter dictum.

²¹⁶ *Grauers* har uppmärksammat samma problem, *Fastighetsköp* s. 63 f. I *Fastighetsleasingutredningen* kom utredningsmannen *Wieslander* efter en längre utläggning till slutsatsen att det starka sambandet mellan ett återgångsvillkor och den ursprungliga överlåtelserna gör att villkoret alltid ska anses göra överlåtelserna villkorliga om det tagits med i överlåtelsehandlingen. Slutsatsen tycks stå i direkt strid med lydelsen av 4 kap. 4 § 1 st. JB. Dessutom uppstår nya problem som en följd av en sådan inställning. Ska således en återköpsklausul som anger helt andra återgångsvillkor godtas under två år? Om inte, hur mycket får återköpsklausulen skilja sig från ett rent återgångsvillkor? Jag har svårt att se det fruktbara i *Wieslanders* slutsats.

²¹⁷ Situationen kan tillspetsas ytterligare i det omvända fallet. Om villkoret gäller i mer än två år leder det till att överlåtelserna är ogiltiga om det bedöms vara ett resolutivt eller suspensivt villkor. Jfr SOU 1991:81 s. 88-101.

²¹⁸ Riskerna kan dock inte vara överdrivet stora eftersom villkorligheten är fullt transparent tack vare inskrivningsväsendet.

den bästa lösningen för fastighetsrätten, men värdet av en civilrättslig systematik i sig talar för att endast goda skäl ska tillåta fastighetsrätten att avvika. Förklaringen till gällande rätts avvikelse ligger dock enligt resultatet av min undersökning i den komplexa rättshistoria som präglar fastighetsrätten snarare än i något tydligt ändamålsövervägande. Gällande rena överlåtelselöften rådde det sannolikt en allmän motvilja mot att ge sådana verkan under 1800-talet som en följd av KF 1 maj 1810, vilken i vart fall till viss del hade till syfte att sätta stopp för en viss sorts skadliga överlåtelselöften,²¹⁹ ett ändamål som måste ses i förhållande till det dåvarande behovet av att öka produktionen i jordbruket. Som en del av då rådande fastighetsförhållanden, främst jordbrukets stora betydelse för sysselsättning och produktion, och behovet av att bryta ner ohälsosamma sociala strukturer var det logiskt att domstolarna kom att tolka påbudet som en signal att sätta stopp för allt som kunde lägga band på äganderättens fria utövande. Fastighetsrätten lever därför idag med en rest av 1810 års mycket specifika förhållanden och förbud. Det är möjligt att samma ändamålsskäl i viss mån gäller i jordbruket ännu idag, men med tanke på jordbrukets nuvarande samhällsroll vore det inte lämpligt att utforma fastighetsrätten i stort på sådan grund ens om dess betydelse i ett slag skulle fördubblas.²²⁰ Gällande villkorliga köp lever det legala förbudet från 1810 kvar i 4 kap. 3-4 §§ JB, om än i muterad form.

Sett till hur jag inledningsvis har beskrivit fastighetens utveckling som samhällsfenomen är det inte konstigt att en reglering som till stor del bygger på 1810 års förhållanden inte är särskilt logisk två hundra år senare. Det finns enligt min mening inte längre lika starka skäl att behandla fastighetsrätten som ett från civilrätten i övrigt avskilt tema. Att lagstiftaren inte tydligare tagit ställning till ett så centralt tema i fastighetsrätten som överlåtelselöften är olyckligt.²²¹ Det skapar en risk för aktörerna på fastighetsmarknaden. För att återvända till NJA 2002 s. 467, upprinnelsen till detta examensarbete, var det nämligen enligt alla rimliga standarder synd om S.M. Götenehus hade, oaktsamt eller svikligen,²²² vilselett honom med löfte om en villa med

²¹⁹ Närmare bestämt de där en annan än den ursprunglige ägaren hade återköpsrätt till fastigheten. I ett sådant fall rör det sig inte om ett villkorligt köp utan ett överlåtelselöfte. Jfr 2 kap. 11 § 1 mom. 1 p. FJB.

²²⁰ För övrigt gäller redan speciella regler för jordbruket genom lagen (1985:658) om arrendatorers rätt att förvärva arrendestället, enligt 1 § endast tillämplig på jordbruksarrenden, vilken ger en arrendator rätt att i vissa fall genom hembud förvärva den arrenderade fastigheten. Om fastigheten är taxerad som lantbruksenhet gäller också speciella regler vid överlåtelse enligt jordförvärvslagen (1979:230).

²²¹ JustR *Håstad* i NJA 1998 s. 610 (obiter dictum): "Antagligen finns det ett stort behov av bindande anbud och optionsavtal rörande fast egendom över huvud taget".

²²² S.M:s skada kunde inte ha ersatts på grund av dolus eller culpa in contrahendo vilka endast utgör grund för ersättning av det negativa kontraktssintresset. Se avsnitt 3.3.

havsutsikt att sälja en del av sin fastighet. När han sedan sökte rättssystemets stöd för sitt anspråk var svaret ett enigt nej. Omvänt kan fallet lika gärna ses som ett *carte blanche* till fastighetsexploaterer att i liknande situationer utnyttja enskildas kunskapsunderläge och när det passar utnyttja överlåtelselöftets ogiltighet.²²³ Hade orsaken varit en efter moget övervägande och i tydlig lag införd ogiltighetsregel hade saken varit lättare att smälta, om inte för just S.M. så i vart fall i allmänhet. Så var dock inte fallet.

9.4 Synpunkter de lege ferenda

Det är ganska lätt att kritisera gällande rätt som stel och i strid med systematikens och det praktiska rättslivets krav. Att föreslå en konstruktiv lösning hade varit svårt om det inte varit för vår tidigare östra landshalva. Finlands differentierade lösning med föravtal och längre giltighetstid för villkorliga överlåtelser är enligt min mening en rimlig utgångspunkt för hur de i mitt examensarbete aktuella frågorna skulle kunna, och borde, regleras i svensk rätt. Det är svårt att avfärda den finska regleringen som orealistisk. Den fungerar de facto i vår fastighetsrättsligt sett närmaste artfrände.

Allt med det finländska systemet är dock inte helt logiskt. Att förbjuda eller tidsbegränsa överlåtelseförbud också i benefika förhållanden där behovet, såsom framgår av svensk rättspraxis, är uppenbart verkar vara en lapsus. Inte ens en generell begränsning i onerösa sammanhang verkar helt genomtänkt. Det finns många tänkbara onerösa överlåtelser där en överlåtare har ett berättigat intresse av att få bestämma över hur förvärvaren förfogar över fastigheten.²²⁴ Vidare framstår förbudet mot vissa sorters förköpsklausuler som en överilad reaktion mot SLB-transaktioner. Genom upprättande av föravtal bör det vara fullt möjligt för parterna att i praktiken kringgå legalförbudet.

De lege ferenda skulle jag utifrån mina undersökningar vilja se att svensk rätt tog ett steg längre än den finska och införde full avtalsfrihet mellan parterna i fråga om överlåtelselöften och villkorliga överlåtelser i fastighetsrätten. Det är möjligt att någon form av tidsbegränsning skulle behöva bibehållas, i vart fall för de villkorli-

²²³ Det är hälsosamt att ställa frågan om den svarande parten i en viss situation ska ha ersättningsrättslig ”immunitet”, jfr *Kleineman* Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper JT 1993-94 s. 433-460 på s. 456.

²²⁴ Se för några exempel SOU 1947:38 s. 174. Jfr JustR *Håstads* obiter dictum i NJA 1998 s. 610.

ga köpen.²²⁵ Däremot ser jag inte för överlåtelselöftenas del någon anledning att ta efter regleringen av bostadsrätter genom att kräva skriftlig form för överlåtelselöfena.²²⁶ De exakta verkningarna, särskilt i förhållande till tredje man och för inskrivningsväsendet, skulle också noga behöva utredas.²²⁷ I en sådan utredning skulle också överlåtelseförbudets roll och verkningar i samhället behöva ses över. Fastighetsomfattningen och kreditgivningen i Sverige måste säkras, men de måste säkras på ett för den moderna civil- och fastighetsrätten ändamålsenligt sätt. Redan grosshandlare Jacobsson i NJA 1909 s. 126 hade förtjänat det, liksom S.M. hade knappa seklet senare i NJA 2002 s. 467. Framtidens fastighetsrätt är inte rädd för att i normalfallet låta parterna själva ansvara för sina utfästelser. På andra sidan gränsälven går det alldeles utmärkt.

²²⁵ I denna del har jag dock svårt att förstå vad fixeringen är vid den relativt korta tvåårsfristen, se JustR *Håstads* obiter dictum i NJA 1998 s. 610 och *Kleineman* Principerna för bindande avtalslöften och frågan om formalavtals ogiltighet i *Flodgren m.fl. (red.)* Avtalslagen 90 år s. 56-58. Möjligheten avses endast de problem som kan uppkomma under normal acceptfrist, jfr JustR *Håstads* obiter dicta i NJA 2000 s. 747 (I och II).

²²⁶ Jfr *Kleineman* a. a. s. 56-58.

²²⁷ Vissa frågor lämpar sig helt enkelt inte för att lösas i rättspraxis, se JustR *Håstads* utförliga obiter dictum angående traditionskravet i sakrätten i NJA 2008 s. 684.

Källförteckning

Offentligt tryck

- 1909 års lagberednings förslag till jordabalk del II – Förslag till lagar om köp, byte och gåfva af fast egendom, om rätt till undantag samt om inskrifning af rätt till fast egendom m.m., Kungl. Boktryckeriet P.A. Norstedt & söner, 1908. (Citeras ”LB 1909 II”).
- Prop. 1970:20 – Förslag till jordabalk (del A och B).
- RP 120/1994 rd – Förslag till jordabalk och vissa lagar i samband med den.
- SOU 1947:38 – Lagberedningens förslag till jordabalk.
- SOU 1960:25 – Lagberedningens förslag till jordabalk m.m.
- SOU 1963:55 – Reviderat förslag till jordabalk m.m. avgivet av särskild utredningsman
- SOU 1988:66 – Köp av byggnad på ofri grund, m.m.
- SOU 1991:81 – Fastighetsleasing.
- SOU 1994:120 – Finansiell leasing av lös egendom.

Litteratur

- Adlercreutz, A.* Avtalsrätt I, 12:e uppl., Juristförlaget i Lund, 2002.
- Adlercreutz, A.* Ytterligare om fullbordande av fastighetsköp, JT 2001-02 s. 452-455.
- Almén, T., Eklund R.* Lagen om avtal, 9:e uppl. (faksimilupplaga), Norstedts juridik, 1968 (1997).
- Beckman, R.* Några ord om formkravet vid fastighetsköp enligt finsk rättspraxis i Minnesskrift ägnad 1734 års lag s. 137-156, Isaac Marcus Boktryckeri-Aktiebolag, 1934.
- Bengtsson, B.* Om civilrättens splittring i 14 uppsatser 1983-1991. Ersättningsrätt, kontraktsrätt, fastighetsrätt, offentlig rätt och processrätt s. 167-184 (ursprungligen publicerad 1991 i Festskrift till Kurt Grönfors), Norstedts juridik, 1992. (Citeras ”Bengtsson Om civilrättens splittring” med sidhänvisningar till 1992 års återutgivning).
- Björkdahl, E.P.* Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden. En civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter, Iustus, 2007. (Citeras ”Björkdahl Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden”).

- Brattström, M., Singer, A.* Rätt arv. Fördelning av kvarlåtenskap, 2:a uppl., Iustus, 2007.
- Eriksson, T.* Avveckling av fideikommiss. En juridisk framställning om hur fideikommissegendom kan sammanhållas, Iustus, 2006.
- Eschelsson, E.* Om fullbordandet av gåva av lös egendom enligt svensk rättspraxis, Almqvist & Wiksells boktryckeri A.-B., 1906.
- Flodin, J., Hager, R., Victorin, A.* Bostadsrätt med en översikt över kooperativ hyresrätt, 2:a uppl., Iustus förlag, 2008.
- Grauers, F.* Fastighetsköp, 19:e uppl., Juristförlaget i Lund, 2010.
- Grönfors, K., Dotevall, R.* Avtalslagen, 3:e uppl., Norstedts juridik, 1995.
- Helander, B.* Något om giltigheten av sale and lease back av fast egendom, JT 1989-90 s. 435-482.
- Hellner, J.* Kommersiell avtalsrätt, 4:e uppl., Juristförl., 1993.
- Hellner, J.* Rättsteori. En introduktion, 2:a uppl., Juristförl., 1994.
- Hellner, J., Ramberg, J.* Speciell avtalsrätt I. Köprätt, Juristförl., 1991.
- Herre, J., Ramberg, J.* Allmän köprätt, 5:e uppl., Norstedts juridik, 2009.
- Hessler, H.* Allmän sakrätt. Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer, Norstedt, 1973.
- Håstad, T.* Köprätt och annan kontraktsrätt, 6:e uppl., Iustus förlag, 2009.
- Håstad, T.* Sakrätt avseende lös egendom, 6:e uppl., Norstedts juridik, 2000.
- Institutet för värdering av fastigheter & Samfundet för fastighetsekonomi (red.)* Fastighetsekonomisk analys och fastighetsrätt. Fastighetsnomenklatur, Fastighetsnytt Förlags AB, 2008. (Citeras ”[förf.] i Fastighetsnomenklatur”).
- Kansmark, J., Roos, C. M.* Aktieägaravtal. En kortfattad handbok, 2:a uppl., Norstedts juridik, 1994.
- Karlgrén, Hj.* Om handpenningsavtal i samband med köp av fast egendom i Festskrift till Birger Ekeberg s. 302-315, Svensk juristtidning, 1950.
- Klami-Wetterstein, P.* Letter of intent och ansvarsgrundande tillit, JFT 2007/5-6 s. 493-513.
- Kleineman, J.* Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993-94 s. 433-460.
- Kleineman, J.* Denuntiation som obligationsrättsligt moment vid fullbordande av gåva avseende bostadsrätt, JT 1993-94 s. 526-535.
- Kleineman, J.* Optionsavtal vid köp av bostadsrätt, JT 1991-92 s. 660-667.

- Kleineman, J.* Principerna för bindande avtalslöften och frågan om formalavtals ogiltighet i *Flodgren, B. m.fl. (red.) Avtalslagen 90 år s. 41-59*, Norstedts juridik, 2005.
- Kleineman, J.* Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, Juristförl., 1987.
- Kyläkallio, J., Iirola, O., Kyläkallio, K.* Osakeyhtiö, 4:e uppl., Edita, 2008.
- Lindskog, S.* Lagen om handelsbolag och enkla bolag. En kommentar, Norstedts juridik, 2001.
- Malmström, Å.* Till frågan om villkor vid fastighetsköp I och II, Lundequistska bokhandeln, 1932 (I) och 1933 (II).
- Mäenpää, K.* Contract Negotiations and the Importance of Being Earnest, JFT 2010/4 s. 322-350.
- Ramberg, C., Ramberg, J.* Allmän avtalsrätt, 8:e uppl., Norstedts juridik, 2010.
- Rodhe, K.* Handbok i sakrätt, Norstedt, 1985.
- Rodhe, K.* Obligationsrätt, Norstedt, 1956.
- Schrevelius, F.* Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. Andra delen: förmögenhetsrätten, 2:a uppl., Fr. Berlings förlag, 1857. (Citeras ”*Schrevelius Civilrätt II*”).
- Sjögren, I.W.* Studier angående fastighetsköpet enligt konung Magnus Erikssons allmänna stadslag i Minnesskrift ägnad 1734 års lag s. 279-310, Isaac Marcus Boktryckeri-Aktiebolag, 1934.
- Stattin, D., Svernlöv, C.* Introduktion till aktieägaravtal, Norstedts juridik, 2008.
- Strömholm, S.* Har den komparativa rätten en metod? SvJT 1972 s. 456-465.
- Undén, Ö.* Svensk sakrätt 2. Fast egendom. Förra avdelningen, Gleerup, 1969. (Citeras ”*Undén Svensk sakrätt 2:1*”).
- Vablén, L.* Fastighetsköp, 2:a uppl., Norstedt, 1968.
- Vablén, L.* Formkravet vid fastighetsköp. Särskilt dess inverkan på regler om förutsättningar och fel, Avhandling vid Stockholms högskola, 1951.
- Westerlind, P.* Kommentarer till Jordabalken. Kap. 1-5, Norstedt, 1971. (Citeras ”*Westerlind Kommentarer till jordabalken*”).
- Victorin, A.* När uppstår bundenhet vid successivt undertecknande av köpehandlingar vid fastighetsköp? JT 2000-01 s. 951-954.

Rättsfall

Referat

JA XVI s. 184 (1844)	NJA 1923 s. 316	NJA 1986 s. 16
JA XXV s. 157 (1851)	NJA 1926 s. 336	NJA 1987 s. 726
JA XXXI s. 102 (1857)	NJA 1927 s. 372	NJA 1989 s. 696
JA XXXII s. 565 (1857)	NJA 1929 s. 225	NJA 1990 s. 18
NJA 1876 s. 101	NJA 1932 s. 290	NJA 1990 s. 745
NJA 1876 s. 219	NJA 1937 s. 481	NJA 1991 s. 376
NJA 1881 s. 49	NJA 1940 s. 112	NJA 1992 s. 66
NJA 1881 s. 510	NJA 1941 s. 689	NJA 1993 s. 468
NJA 1885 s. 162	NJA 1946 s. 178	NJA 1993 s. 529
NJA 1887 s. 214	NJA 1947 s. 215	NJA 1993 s. 560
NJA 1893 s. 501	NJA 1947 s. 267	NJA 1994 s. 69
NJA 1893 s. 537	NJA 1953 s. 668	NJA 1994 s. 130
NJA 1901 s. 186	NJA 1971 s. 516	NJA 1998 s. 135
NJA 1903 s. 148	NJA 1973 s. 175	NJA 1998 s. 610
NJA 1904 s. 110	NJA 1973 s. 248	NJA 2000 s. 262
NJA 1904 s. 161	NJA 1974 s. 314	NJA 2000 s. 747 I & II
NJA 1905 s. 206	NJA 1974 s. 376	NJA 2001 s. 75
NJA 1909 s. 126	NJA 1974 s. 526	NJA 2002 s. 467
NJA 1912 s. 88	NJA 1977 s. 509	NJA 2008 s. 684
NJA 1915 s. 323	NJA 1980 s. 291	RÅ 1989 ref. 62 I
NJA 1917 s. 632	NJA 1981 s. 897	RH 1995:1
NJA 1921 s. 542	NJA 1984 s. 673	RH 1996:154

Ej refererade rättsfall

HD:s beslut den 17 september 2010, mål nr Ö 1245-10

Göta HovR:s beslut den 17 februari 2010, mål nr T 3033-09

Norrköpings TR:s dom den 23 oktober 2009, mål nr T 206-09

Övrigt

SCB, Markanvändningen i Sverige, 5:e upplagan, 2008.

SCB, Bostads- och byggnadsstatistisk årsbok 2010.

http://www.lantmateriet.se/templates/LMV_Page.aspx?id=11873 (senast besökt den 20 oktober 2010)