

Juridiska fakulteten
Lunds universitet

CULPA IN CONTRAHENDO
OCH
FORMKRAVET VID FASTIGHETSÖVERLÅTELSE

Tina Nilsson
Examensarbete i fastighetsrätt
HT 1998
Handledare: Thed Adelswärd

Sammanfattning

Formkravet vid fastighetsöverlåtelse och rättsfiguren culpa in contrahendo är två specialiteter i svensk rätt som båda behandlas i denna uppsats. Formkravet, dess syfte och följder, är ett relativt outforskat område inom svensk rätt. En rättsfigur som i andra sammanhang har sin bestämda funktion kanske inte alls fungerar på samma sätt i relation till formkravet. Då en fastighetsöverlåtelse är ogiltig på grund av formfel kan man t.ex. fråga sig om det kan finnas en rätt till skadestånd eller om en sådan rätt innebär att man till viss del kan ses som bunden trots att formkravet aldrig uppfyllts. Det är i grunden denna fråga som leder fram till en studie av hur just rättsfiguren culpa in contrahendo förhåller sig till formkravet. Uppsatsen besvarar således frågan huruvida ersättning kan utgå på grund av culpöst handlande i samband med fastighetsöverlåtelse som aldrig kommer till stånd på formenligt sätt.

Formkravet vid fastighetsöverlåtelse innebär att överlåtelseavtalet inte är giltigt såvida det inte har viss form. Förutom att det i 4:1 JB uttryckligen står att läsa att formfel medför ogiltigt avtal så får formkravet vid fastighetsöverlåtelse även andra, mindre klara, följder. En av formkravets åtminstone medelbara följder är att varken anbud eller utfästelse om fastighetsöverlåtelse anses vara bindande. En analys av denna regel åskådliggör betydelsen av formkravets *syfte*. Formkravets syfte visar sig väga tungt även då det gäller att utreda huruvida skadestånd kan utgå då ett överlåtelseavtal aldrig kommer till stånd på formenligt sätt. Det viktiga är således att undersöka om formkravets syfte på något sätt kringgås genom rätten till skadestånd. Så är fallet vid en ersättningsrätt intill det positiva kontraktsintresset. Trots regeln att utfästelse om fastighetsöverlåtelse inte är giltig visar det sig emellertid att praxis sedan länge godtagit *avtal* om ersättning vid utebliven fastighetsöverlåtelse. Det handlar i dessa fall om en ersättning intill det negativa kontraktsintresset, en ersättningsnivå som inte anses sätta formkravet och dess syfte ur spel. Att man som grund för ersättningen använt avtal och inte rättsfiguren culpa in contrahendo beror på att rättsfiguren culpa in contrahendo kommit att bli en del av svensk rätt först på senare tid. Då jag undersöker hur rättsfiguren culpa in contrahendo fungerar i de situationer där avtalad rätt till ersättning vid utebliven fastighetsöverlåtelse godtagits, finner jag inget hinder mot att i stället för avtal tillämpa denna rättsfigur som grund för skadestånd.

Innehåll

SAMMANFATTNING

FÖRKORTNINGAR

1	INLEDNING	6
1.1	Syfte	6
1.2	Metod	6
1.3	Disposition	7
2	FORMKRAVET	8
3	FORMKRAVETS FÖLJDER	9
3.1	Anbud och utfästelse om fastighetsöverlåtelse	9
3.1.1	Regelns förklaring i doktrinen	9
3.1.2	Jämförelse med bostadsrättslagen	10
3.2	Formkravets syfte	11
4	FORMKRAV OCH SKADESTÅND	13
5	CULPA IN CONTRAHENDO	16
5.1	Historik	16
5.2	Gällande rätt	17
5.3	Culpabedömningen	17
5.4	Tillitsresonemanget	18
5.5	Ersättningen vid culpa in contrahendo	19
6	CULPA IN CONTRAHENDO VID FASTIGHETSKÖP	21
6.1	NJA 1973 s. 175	22
6.1.1	Kort faktaredogörelse	22
6.1.2	HD:s eventuella ställningstagande till culpa in contrahendo	22
6.2	Ersättning är riskfördelning	24
7	FÖRAVTAL	27
7.1	Om förverkande- och ersättningsklausuler i samband med fastighetsköp	27

7.2	Handpenningavtal utan förverkandeklausul, NJA 1974 s. 526	29
7.2.1	Kort faktaredogörelse	29
7.2.2	Ersättningsrättens grund	30
7.2.3	Avtalets syfte	33
7.3	Handpenning och ordinär ersättningsklausul	34
7.4	Enbart ordinär ersättningsklausul	35
7.5	Slutsats angående ersättningsklausuler	39
8	FÖRAVTAL KONTRA CULPA IN CONTRAHENDO	40
8.1	Problematik kring det negativa intresset och formkravets upprätthållande	41
8.1.1	Problematikens tangering i doktrinen	43
9	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	45

LITTERATUR- OCH KÄLLFÖRTECKNING

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING

Förkortningar

A.a.	Anfört arbete
AvtL	Avtalslagen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
cit.	citat
FB	Föräldrabalken
HD	Högsta domstolen
JB	Jordabalken
jfr.	jämför
kap.	kapitel
LB	Lagberedningen
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RH	Rättsfall från hovrätterna
s.	sida
SkL	Skadeståndslagen
SOU	Statens offentliga utredningar
st.	stycke
t.ex.	till exempel

1 Inledning

Medan rättsfiguren culpa in contrahendo på senare år givits alltmer utrymme i den juridiska diskussionen är formkravet vid fastighetsöverlåtelse ett av de områden som till stor del består av utforskad mark. Formkravet finns, men ingen verkar velat stifta närmare bekantskap med det och dess följder. En rättsfigur som i andra sammanhang har sin bestämda funktion kanske inte alls fungerar på samma sätt i relation till formkravet. Då en fastighetsöverlåtelse inte är giltig eftersom formkravet inte uppfyllts kan man t.ex. fråga sig om det kan finnas en rätt till skadestånd eller om en sådan rätt innebär att man till viss del ses som bunden trots att formkravet aldrig uppfyllts. Det är bland annat denna fråga som väckt mitt intresse att gräva djupare i ämnet och studera hur just rättsfiguren culpa in contrahendo förhåller sig till formkravet vid fastighetsöverlåtelse.

1.1 Syfte

Syftet med denna uppsats är att besvara frågan huruvida ersättning kan utgå på grund av culpöst handlande i samband med en fastighetsöverlåtelse som aldrig kommer till stånd på formenligt sätt.

1.2 Metod

Vad som kommer att göras i denna uppsats är en rättsutredning. Jag kommer med andra ord att försöka fastställa gällande rätt genom att studera lagar, förarbeten, praxis samt doktrin. Då jag arbetar med att ta reda på huruvida gällande rätt besvarar den i syftet uppställda frågeställningen kommer även ett flertal andra närliggande frågeställningar att behandlas.

Vad gäller för ämnet relevanta lagar så står grunden för denna uppsats att finna i jordabalken. I förarbetena till jordabalken finns emellertid inte mycket mer att hämta än viss information som kan vara behövlig för att förstå varför den frågeställning som denna uppsats avser att behandla överhuvudtaget blir aktuell. Ämnet har dock berörts även i andra förarbeten, inte minst i olika jordabalksförslag som aldrig lagfäst.

Rättspraxis som behandlar de för denna uppsats aktuella frågorna är tämligen skral. De rättsfall som är av störst intresse kommer att behandlas ingående, medan övriga rättsfall, intressanta endast till viss del, kommer att redogöras för endast i den utsträckning jag anser nödvändigt.

Problematiken kring en eventuell ersättningsrätt då ett fastighetsköp blir ogiltigt på grund av formfel har i doktrinen behandlats av främst två författare, närmare bestämt Hjalmar Karlgren och Jan Kleineman. Relevant litteratur skriven av Karlgren är ifrån 1950-talet, medan Kleinemans alster är skrivna under de senaste tio åren. Detta innebär att jag genom att studera dessa båda författare kommer att skapa mig en grundläggande kunskap om hur synen på ersättningsrätten vid ogiltig fastighetsöverlåtelse eventuellt har förändrats med åren. Ett flertal andra författare kommer givetvis också att bidra till min framställning, antingen genom att de återgett vad som vid en viss tidpunkt ansetts vara gällande rätt, eller genom sina egna analyser

därav. Särskilt åsikter och ställningstaganden speciella för en särskild författare kommer att tas med i framställningen och ställas mot andra författares, och mina egna, åsikter.

Hela uppsatsen kommer genomgående att präglas av min egen analys av både enskilda författares åsikter och rättsläget i stort. Analysen finns således inte i ett särskilt kapitel, utan är en integrerad del av framställningen.

1.3 Disposition

För att ge en grund att bygga vidare på inleds uppsatsen i kapitel 2 med en redogörelse för en av framställningens huvudkomponenter, nämligen formkravet vid fastighetsöverlåtelse. Det därpå följande kapitlet, kapitel 3, behandlar de särskilda konsekvenser formkravet i fråga får. Däribland kan nämnas att ett icke formenligt fastighetsköp blir ogiltigt. Därefter följer i kapitel 4 en redogörelse för huruvida formkravet och dess ogiltighetsregel fungerar tillsammans med skadeståndet som ogiltighetspåföljd. Kapitel 5 behandlar uppsatsens andra huvudkomponent, rättsfiguren culpa in contrahendo, dock helt utan någon form av fastighetsrättslig inblandning. Denna blandning av culpa in contrahendo och fastighetsrätten med dess formkrav kommer först i kapitel 6, där även ett av uppsatsens två viktigaste rättsfall behandlas. Det andra viktiga rättsfallet behandlas i kapitel 7, som för övrigt handlar om föravtal och ersättningsklausuler i samband med fastighetsöverlåtelse. I kapitel 8 används bland annat slutsatserna om föravtalets betydelse vid fastighetsöverlåtelse för att bringa klarhet i möjligheterna till ett ansvar vid culpa in contrahendo i samband med en sådan överlåtelse. Uppsatsen avrundas med några avslutande reflektioner i kapitel 9.

2 Formkravet

För att en fastighetsöverlåtelse skall vara giltig krävs att vissa formkrav är uppfyllda. I 4:1 JB anges vilka minimikrav som ställs på köpehandlingen för att bindande avtal skall komma till stånd. Ur köpehandlingen måste gå att utläsa följande: vilken fastighet köpet gäller, köpeskillingen, en överlåtelseförklaring, samt vilka parterna är och parternas underskrifter. Skulle något eller några av dessa moment saknas blir köpet ogiltigt enligt 4:1 3 st JB. Ogiltigheten inträder dock inte av sig själv, någon av parterna måste åberopa formfelet. Detta innebär att parterna, om man är överens, kan läka formfelet och på så sätt åstadkomma ett giltigt fastighetsköp.¹

Anledningen till att fastighetsköpet är ett formalavtal tycks främst ha historiska skäl och hänger samman med den stora roll fastigheter, särskilt i äldre tider, haft som förmögenhetsobjekt. I propositionen till nya jordabalken nämns att formkravet vid köp av fast egendom funnits så långt tillbaka i tiden som man överhuvudtaget kunnat följa rättsutvecklingen. Det finns dock de som är av annan åsikt. I propositionen till nya jordabalken ses 1:2 i gamla JB från 1734 som föregångare till det formkrav vi i dag kan hitta i 4:1 JB, medan andra menar att det är ovisst ifall stadgandet i 1:2 gamla JB från början var en formföreskrift i nutida mening. Sålunda, menar tvivlaren, kan man heller inget veta om lagrummets ursprungliga syften. Klart är dock att regeln med tiden kommit att tolkas som en formföreskrift, och särskilt sträng tolkning utövades under 1800-talet. Mot slutet av 1800-talet började emellertid rättspraxis luckra upp den stränga tolkningen och på den vägen har det fortsatt. I propositionen till vår nuvarande jordabalk betonas att tolkningen med tiden blivit alltmer liberal, och departementschefen anser därför att ett alltför strängt formkrav inte bör införas i den nya jordabalken.²

I arbetet inför antagandet av nya jordabalken slås fast att det även i vår tid finns starka skäl som talar för att inte låta fastighetsöverlåtelser ske helt formlöst. Som skäl därtill anges att formkravet hjälper till att klarlägga äganderättsövergången, inte bara för parterna utan även för tredje man. Dessutom torde formkravet leda till ett visst övervägande från parternas sida innan fastighetsköpet genomförs och att åtminstone vissa av köpevillkoren får en klar utformning. Men trots att anförda skäl för ett formkrav vid fastighetsöverlåtelse anses bärande vid tiden för jordabalkens tillkomst, så betonar departementschefen att flera av skälen inte kan ges avgörande betydelse. Ett formkrav får inte onödigt tynga fastighetsomsättningen, därför måste det som kan vinnas med ett formkrav noga vägas mot besväret att upprätthålla formregeln. Klart är att fast egendom inte längre har samma dominerande ekonomiska betydelse som tidigare, men den slutsats som departementschefen drar är ändå att formkravet är av värde och bör finnas kvar. Med remissbehandlingsresultat i ryggen slås slutligen fast att det inte kan råda någon tvekan om att köp av fast egendom bör kräva skriftlig form för att vara giltigt.³

¹ Grauers, s. 47

² Prop. 1970:20 del B 1, s. 122 f; Vahlén I, s. 16 ff.

³ Prop. 1970:20 del B 1, s. 122 ff.

3 Formkravets följder

Det speciella med formalavtalet i samband med fastighetsköp är för det första, som nämnts, att fastighetsköpet blir ogiltigt om inte formkravet följs. Detta står uttryckligen att läsa i 4:1 3 st JB. Anledningen är att syftet med formkravet annars blir imaginärt. Blev köpet giltigt trots formfel skulle formkravet knappast vara att se som ett krav utan blott som en rekommendation.

3.1 Anbud och utfästelse om fastighetsöverlåtelse

Förutom ogiltigheten så beskriver Karlgren regeln om formkrav vid fastighetsköp som att man därur medelbart kan härleda regeln att varken ett anbud eller en utfästelse om fastighetsförsäljning är bindande⁴. Att ingen bundenhet inträder vid sådant anbud eller sådan utfästelse är en inställning som går igen både i övrig doktrin och i praxis⁵. Det är dock en regel som inte direkt går att utläsa ur jordabalken. Vad lagens säger är ju att fastighetsköpet inte är giltigt förrän formkravet är uppfyllt. Vad som gäller för *anbud* respektive *utfästelse* kan man emellertid inte direkt utläsa. I doktrinen finner man därför olika förklaringar till existensen av den regel som säger att varken anbud eller utfästelse om fastighetsöverlåtelse är bindande.

3.1.1 Reglens förklaring i doktrinen

I 1947 års jordabalksförslag diskuteras förbudet mot vad man kallar *pactum de contrahendo*. Varför ett sådant förbud finns nämner man emellertid inte. Lagberedningen slår dock fast att det inte finns tillräckligt starka skäl att införa en sådan nyhet i vårt rättssystem som ett godkännande av ett så kallat *pactum de contrahendo* vid fastighetsköp innebär. Utfästelse att sälja fast egendom är således ogiltig. Lagberedningen anser i och för sig att den omständighet att en köpare i brist på kunskap angående gällande regler förlitar sig på säljarens utfästelse och därefter sviks av säljaren, i det enskilda fallet kan te sig obillig. En sådan obillig situation kan emellertid uppstå även på grund av formkravet i sig. Vad gäller formkravet anses dock de fördelar som är förenade med formkravet uppväga nackdelarna. Så torde även vara fallet när det gäller att hålla fast vid regeln att utfästelse att sälja fast egendom är ogiltig.⁶

Liksom Karlgren anser även flera andra författare att regeln i fråga följer av den på formkravet grundade ömsesidighetsprincipen. Ömsesidighetsprincipen innebär att parterna är bundna först när båda skrivit under det i övrigt formenliga köpekontraktet. Har inte båda parter undertecknat kontraktet brister detta enligt 4:1 JB till formen, och var och en av parterna kan återropa formfelet och dra sig ur avtalet. Parterna är således inte bundna utav anbud eller accept, vilket stämmer med stadgandet i 1 § 3 st AvtL att 1 kap AvtL, och därmed reglerna om anbud och accept, inte är tillämpligt på formalavtal.⁷ Vahlén, å sin sida, menar att ömsesidighetsprincipen inte direkt går att härleda ur lagen. Det är istället genom *rättspraxis* den regel har uppstått, som säger att parterna inte är bundna så länge formkravet inte

⁴ Karlgren II, s. 69

⁵ Se t.ex. Grauers, s. 65; Hellner I, s. 41; Hessler, s. 193; NJA 1974 s. 526

⁶ Westerlind, s. 301; SOU 1947:38 s. 159 ff.

⁷ Se t.ex. SOU 1991:81, s. 87; Grauers, s. 50; Olsen, s. 74

uppfyllts.⁸ En liknande åsikt ger Westerlind uttryck för då han skriver att *rättspraxis* inte tillagt utfästelser om fastighetsöverlåtelse rättslig relevans. Han refererar ett par jordabalksförslag som behandlar ämnet, men ingenstans ges någon egentlig förklaring till varför regeln uppkommit. Det enda som diskuteras är huruvida regeln fortfarande har något berättigande.⁹ Kleineman menar att svaret på frågan huruvida denna form av utfästelse är giltig möjligen går att finna i 1 § 3 st AvtL, men att svaret alldeles säkert finns i rättspraxis. Han menar att man bör akta sig för att försöka finna svaret i stadgandet om ogiltighet vid formfel.¹⁰ Jag avser att utreda rättsläget vad gäller denna fråga lite närmare.

3.1.2 Jämförelse med bostadsrättslagen

En jämförelse kan göras med bostadsrättslagen¹¹ som innehåller en formföreskrift i 6 kap 4 § som bland annat stadgar att ”avtal om överlåtelse av bostadsrätt genom köp skall upprättas skriftligen och skrivas under av säljaren och köparen”. I 6 kap 5 § 3 st stadgas att överlåtelse är ogiltig om inte formföreskrifterna i 4 § är uppfyllda. Här stadgas således samma som i 4:1 JB för fast egendom. I ett rättsfall från 1992 behandlas ett optionsavtal gällande köp av bostadsrätt. HD kommenterar i sina domskäl först och främst reglerna avseende fast egendom och påpekar att en utfästelse att sälja fast egendom eller ett avtal om förköpsrätt till fast egendom, trots bristen på lagstöd, inte är bindande. HD kommer dock i ifrågavarande fall fram till att detsamma inte gäller för bostadsrätter och därmed kan ett skriftligt optionsavtal att köpa en bostadsrätt göras gällande.¹²

Kleineman är av åsikten att de argument HD i 1992 års fall åberopar som skäl för att löftesprincipen inte skall gälla fastigheter, i princip kan användas som argument mot att löftesprincipen skall gälla överhuvudtaget. Man kan då fråga sig varför denna princip inte skall gälla vid just fastighetsköp. Kleineman tror att HD:s argument i detta fall bygger på historisk snarare än på ändamålsenlig grund. Som visats har så kallade *pactum de contrahendo* sedan länge ansetts ogiltiga, utan närmare förklaring. Vidare använder HD samma argument mot att *muntligt* optionsavtal vid bostadsrättsköp skulle vara bindande som då man i ett fall angående löfte om fastighetsköp avlog rätten till ersättning vid löftesbrott: man är rädd för att urholka formkravets syfte¹³. Genom ett muntligt optionsavtal frångås ju själva skriftlighetskravet, men säljaren binds ändå lika starkt som genom ett formenligt köpeavtal. Men Kleineman menar att man genom att godkänna ett skriftligt optionsavtal ändå tar första steget bort från formkravet genom att det i optionsavtalet inte finns någon överlåtelseförklaring. Skulle sedan dessutom ett ensidigt optionsavtal vara giltigt, vilket inte 1992 års fall tar klar ställning till, frångås ytterligare en del av formkravet, nämligen kravet på båda parter underskrifter.¹⁴

Skriftligt optionsavtal om köp av bostadsrätt urholkar tydligen inte formkravet och är därför bindande, medan en utfästelse att sälja fast egendom *aldrig* är bindande, skriftlig eller ej.

⁸ Vahlén II, s. 132

⁹ Westerlind, s. 300 f.

¹⁰ Kleineman II, s. 436 f. not s. 437

¹¹ Bostadsrättslag (1991:614)

¹² NJA 1992 s. 66. I fallet tillämpas 1971 års bostadsrättslag som emellertid genom lagändring (1982:353) fick samma formföreskrift som nuvarande lag innehåller.

¹³ NJA 1973 s. 175

¹⁴ Kleineman II, s. 444 f.

Dessa omständigheter tyder tillsammans på att regeln att löfte om försäljning av fastighet inte är bindande inte kan härledas direkt ur formkravets ogiltighetsregel. För, både i jordabalken och i bostadsrättslagen finns regeln att avtal blir ogiltigt då formkravet inte följs, men löfte om försäljning behandlas olika i giltighetshänseende beroende på om det är fråga om köp av bostadsrätt eller fast egendom. Dessutom kan tilläggas att HD i 1992 års fall konstaterar att det varken i tidigare eller nuvarande lagstiftning vad gäller bostadsrätt finns förbud mot optionsavtal. Problematiken har inte heller behandlats i förarbetena. HD menar att även om det sedan 1982 gällande formkravet vid överlåtelse av bostadsrätt hävdats som grund för förändrat rättsläge så "[finns det] inte tillräcklig anledning att anse att uppställandet av formkrav vid överlåtelse av bostadsrätt skulle inverka på rättsläget beträffande optionsavtal på så sätt att ett sådant avtal under alla omständigheter blev ogiltigt"¹⁵. Följaktligen är det så, att formkravet i sig inte hindrar ett löfte om försäljning att vara bindande. Kanske är det då som Vahlén och Westerlind tycks mena, att det är i *praxis* som det slagits fast att löfte om fastighetsförsäljning inte är bindande.

3.2 Formkravets syfte

Om det nu är så att *praxis* slagit fast att löfte om fastighetsförsäljning inte är bindande, så måste det ju finnas ett syfte bakom. Detta syfte tror jag hänger intimt samman med formkravets syfte, trots att formkravet i sig inte uttryckligen leder till att löfte inte kan vara bindande. Detta ställningstagande gör jag främst med tanke på två omständigheter. Den första omständigheten är att författarmajoriteten faktiskt grundar sin åsikt om varför löfte om fastighetsförsäljning inte är bindande direkt på formkravet. Detta faktum borde innebära att regeln i fråga åtminstone har någon form av koppling till formkravet. Den andra omständigheten jag anser värd att beakta är HD:s argument mot muntligt optionsavtal vid köp av bostadsrätt. Detta argument har sin grund i en rädsla att urholka formkravets syfte. Det är inte helt långsökt att tro att liknande skäl ligger bakom den totala avogheten gentemot löfte om fastighetsförsäljning. Men i så fall borde formkravets syfte vara olika vid fastighets- och bostadsrättsköp, eftersom skriftligt löfte om bostadsrättsförsäljning är bindande. Att så är fallet är väl inte helt orimligt. Se bara på hur formkravet uppstått. Formkravet vid fastighetsköp har gamla anor och har utvecklats genom tidens gång medan formkravet vid köp av bostadsrätt är ifrån 1982. Skälen för formkravet vid bostadsrättsköp var främst att skapa ordning och reda i rättsförhållandena och att tillgodose kontrollaspekterna i ett system med evig realisationsvinstbeskattning. Departementschefen konstaterar att det *bland annat* är dessa skäl som ligger bakom formkravet vid överlåtelse av fast egendom.¹⁶ Detta uttalande torde bekräfta att även andra skäl ligger bakom det formkrav som uppställts vid fastighetsköp. Eftersom formkravet vid fastighetsöverlåtelse har sina rötter långt tillbaka i tiden är dess skäl självklart till viss del annorlunda. Såsom tidigare behandlats är kanske några av dessa skäl till och med förlegade. Frågan är om en ändrad syn på formkravets syfte medför en ändrad inställning till ogiltighetsregeln och löftesprincipen. HD:s ställningstagande angående optionsavtal vid överlåtelse av bostadsrätt anser jag tyda på att så kan vara fallet. Än så länge finns det emellertid inget i *praxis* eller doktrin som tyder på en ändrad inställning till löftesprincipen i samband med fastighetsöverlåtelse, och ogiltigheten vid formfel är lagstadgad och torde därmed stå solid mot en i *praxis* förändrad syn på formkravets syfte. Adlercreutz skriver emellertid om ogiltighet att "såsom ogiltig betecknas här en rättshandling,

¹⁵ NJA 1992 s. 66, cit. s. 77.

¹⁶ Prop. 1981/82:169, s. 61 f.

då den på grund av något fel *inte kan göras gällande enligt sitt innehåll eller med de rättsverkningar den typiskt innefattar*¹⁷. Så, om synen på formkravets syfte förändras, nog skulle då även följderna av ett formfel kunna förändras? Troligtvis inte till den grad att fastighetsöverlåtelse anses giltig trots formfel. För en sådan förändring torde krävas antingen en lagändring eller en närmast svindlande omtolkning av 4:1 JB. Men se på Adlercreutz uttalande om ogiltighet, att en rättshandling inte kan göras gällande med de rättsverkningar den *typiskt* innefattar. Inte utesluter detta att den ogiltiga rättshandlingen får *andra* rättsverkningar? Eftersom ogiltigheten ytterst beror på formkravets syfte torde emellertid kravet på dessa andra rättsverkningar vara att de också stämmer överens med formkravets syfte.

Ett sådant resonemang stämmer med vad Karlgren skriver i en uppsats från 1950. Han menar att legala formföreskrifter medför stora svårigheter i rättspraxis, och detta var man väl medveten om redan vid denna tid. Han skriver vidare att domstolarna vid brott mot formkraven inte är beredda att låta ogiltighet inträda i så stor utsträckning som lagreglerna ger uttryck för. ”Rättskipningen anses inte heller på detta område böra vara nyanslös.”¹⁸ Vahlén betonar att det inte ligger i formregelns natur att formfel urskillningslöst skall leda till ogiltighet. Visst är det väl så att formföreskrifternas syften oftast tillgodoses bäst på detta sätt, men det är ofta mer eller mindre angeläget att iaktta dessa föreskrifter. Formföreskrifternas rättsverkningar bör därför kunna nyanseras.¹⁹ Karlgren varnar dock för att se alltför mycket till omständigheterna i det enskilda fallet, utan att ta hänsyn till vikten av att upprätthålla fasta regler. Det finns dock inget att invända mot ett hänsynstagande till olägenheter på grund av stel rättstillämpning i enskilda fall, så länge ett sådant hänsynstagande medför att det uppkommer något så när bestämda och överskådliga regler, varigenom befintliga ogiltighetsregler begränsas eller modifieras efter erfarenhetsmässigt behov.²⁰ Detta borde kunna innebära att det ogiltiga köpet, på grund av ogiltigheten, får vissa andra rättsverkningar än det annars skulle fått. Dessa andra rättsverkningar måste dock fortfarande, för att skapa förutsägbarhet, styras av formkravets syften. Bland sådana andra rättsverkningar kan man diskutera huruvida skadeståndet stämmer överens med formkravets syften.

¹⁷ Adlercreutz, s. 217 (cit.)

¹⁸ Karlgren I, s. 302 (cit.)

¹⁹ Vahlén I, s. 14

²⁰ Karlgren I, s. 302 f.

4 FORMKRAV OCH SKADESTÅND

Grauers och Kleineman har båda uppmärksammat problematiken kring formkrav kontra skadestånd. Formkravet vid fastighetsköp innebär, åtminstone i förlängningen, att en utfästelse att köpa eller sälja en fastighet inte är bindande. Detta har behandlats ovan i kapitel 3.1. Grauers är av åsikten att så länge formkravet inte är uppfyllt kan part bryta sitt löfte utan att bli ersättningsskyldig för eventuell skada som åsamkats motparten på grund av löftesbrottet. Ett av skälen till att ha ett formkrav vid fastighetsköp är, som nämnts, att förhindra överilade beslut. Om part som drar sig ur ett icke fullbordat fastighetsköp tvingas betala skadestånd kan detta verka som en press att fullfölja köpet. Något sådant skulle strida mot formkravets syfte.²¹ Följs inte formkravet, men köpet ändå blir giltigt, kringgås formkravets syfte. Därför blir fastighetsköpet ogiltigt om formkravet inte följs. Om det på den ogiltighet som beror på ett formfel dessutom följer en ersättning för skada som drabbar part på grund av ogiltigheten, så innebär detta, förutom att det kan verka som en press att fullfölja köpet, att ogiltigheten inte är absolut utan att det även finns andra skyddsvärda intressen som konkurrerar med intresset av att upprätthålla ett strängt formkrav. Varje avvikelse från ogiltighet utan rätt till subsidiär prestation, innebär en uppmjukning av formföreskrifterna.

Kleineman för fram att det allmänt antagits att ogiltighet, på allmän avtalsrättslig grund, medför skadeståndsansvar. Han påpekar dock att även om det antagits att skadestånd kan utgå vid ogiltiga avtal, så har de närmare ansvarsförutsättningarna alltid varit oklara.²² Detta påpekande anser jag inte vara helt oviktigt. Jag menar nämligen att det inte i alla fall behöver vara så att ogiltighet kan förenas med skadestånd. Som jag ser det borde anledningen till ogiltigheten spela en avgörande roll för om skadestånd kan utgå. I vissa fall av ogiltighet stadgar lagen särskilt om skadestånd, till exempel 9:7 FB och 1924 års lag om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning. I andra fall säger ogiltighetsreglerna inget om skadestånd, men skadestånd kan ändå utgå genom att ogiltigheten beror på en handling som är straffbar.²³ Då fastighetsköp blir ogiltigt på grund av formfel stadgas inget om skadestånd i lagen och ogiltigheten beror heller inte på en straffbar handling. Jag anser därför att man inte helt kallt skall räkna med att skadestånd kan utgå vid ogiltigt fastighetsköp. Kleineman tycks dela denna åsikt och konstaterar därför att frågan huruvida skadeståndsskyldighet skall kunna inträda vid avtals ogiltighet, till stor del är en fråga knuten till formföreskriftens syfte. De rättspolitiska skäl som motiverar att ogiltighet följer vid formfel måste vägas mot de rättspolitiska skäl som talar för att skadestånd i vissa fall borde kunna utgå vid ogiltighet.²⁴ Jag menar att det inte behöver vara så att dessa skäl drar åt olika håll. Skadeståndet behöver inte konkurrera med intresset av att upprätthålla formkravet. I kap. 3.2 drar jag slutsatsen att det viktigaste då man låter någon annan rättsverkning inträda vid ogiltighet på grund av formfel är att se till formkravets syften. Gör man det, borde man kunna finna en balans där rättsföljderna ogiltighet och skadestånd, utan att konkurrera, kan existera sida vid sida.

Grauers är den som är mest kategorisk i sitt förnekande av skadeståndets möjlighet att stå i samklang med formkravets syften. Kleineman, däremot, ger skadeståndet en chans att visa sig

²¹ Grauers, s. 65

²² Kleineman II, s. 435 ff. Se även Adlercreutz, s. 123

²³ Adlercreutz, s. 221

²⁴ Kleineman II, s. 436 f.

överensstämma med dessa syften. Karlgren beskriver redan 1954 förhållandet mellan formkrav och skadestånd på ett liberalt sätt. Han menar att skadeståndet kan reducera verkan av formföreskrifter vars berättigande är diskutabelt. Till dessa diskutabla formkrav hänför han de i nuvarande 4:1 JB. Han går så långt att han anser att skadeståndet i dessa fall är berättigat av rent objektiva skäl. Han förespråkar därmed ett strikt ansvar oberoende av dolus eller culpa.²⁵

Kleineman anser sig ur den äldre diskussionen kunna läsa ut två särdrag. Man slår vakt om formkravet så att dess betydelse inte uttunnas, men samtidigt anser man sig till viss del vara tvungen att begränsa de konsekvenser som inte har något samband med dess syften.²⁶ I 1992 års fall angående optionsavtal vid köp av bostadsrätt erhöles ersättning för både det negativa och det positiva kontraktsintresset²⁷. Ersättningen utgick således till följd av ett avtalsbrott. I ett fall från 1973 gav brutet löfte att förvärva fastighet inte rätt till någon ersättning alls²⁸. Frågan är om utvecklingen går dithän att det även vid brutet löfte att förvärva fastighet kan bli fråga om ersättning på grund av avtalsbrott. Eftersom det inte finns någon klar och orubblig regel som säger att pactum de contrahendo inte är giltigt borde det inte vara omöjligt att modifiera denna regel så att ett pactum de contrahendo åtminstone kan medföra vissa rättsföljder. Dessa rättsföljder torde främst vara avhängiga av formkravets syften och hur viktiga dessa är att upprätthålla. Än så länge torde man emellertid inte kunna se löftet om fastighetsköp som en giltig förpliktelse. Löftesbrott ger därmed inte ersättning som vid kontraktsbrott. Då ett avtal är ogiltigt, såsom vid formbrist enligt 4:1 JB, kan det inte heller bli fråga om skadeståndsansvar i kontraktsförhållande, eftersom ansvar inte inträder på grund av bristande uppfyllelse av åtagna prestationsförpliktelser. En eventuell skada är således inte av obligatorisk art.²⁹

Idén med en skadeståndsrätt vid ogiltighet på grund av formkrav är inte ny. I 1909 års jordabalksförslag fanns faktiskt en bestämmelse om verkan av utfästelse att sälja fast egendom. Bara för att en sådan utfästelse inte är bindande ansåg man inte att all verkan måste fränkännas utfästelsen. Från den naturliga rättskänslans synpunkt ansågs det nämligen motbjudande och dessutom opraktiskt. Om en utfästelse att sälja fast egendom gjorts, och säljaren utan skäl vägrat fullfölja köpet, så skulle köparen ha rätt till skadestånd. LB ansåg dessutom att det var det positiva kontraktsintresset som skulle ersättas. Äganderätten till fastigheten skulle man inte kunna tilltvinga sig, men det ekonomiska resultatet skulle för köparen bli detsamma som om köpet genomförts.³⁰ Bestämmelsen blev emellertid aldrig lagfäst.³¹ Då formkravet vid överlåtelse av bostadsrätt infördes föreslogs en regel att överlåtaren skulle ansvara för den skada förvärvaren kom att lida om avtalet blev ogiltigt.³² Departementschefen ansåg emellertid inte att en sådan regel behövdes, eftersom den enligt hans mening skulle sakna praktisk betydelse. Brister i ett överlåtelseavtal torde nämligen normalt uppmärksammas i samband med medlemsantagningen och därmed rättas till.³³

²⁵ Karlgren II, s. 69 f.

²⁶ Kleineman II, s. 439

²⁷ NJA 1992 s. 66

²⁸ NJA 1973 s. 175

²⁹ Karlgren II, s. 11 f.

³⁰ Lagberedningens förslag till jordabalk II, 1908, s. 166 f.

³¹ Westerlind, s. 300 f.

³² SOU 1981:74, s. 300

³³ Prop. 1981/82:169, s. 62

Departementschefen tycks inte reflekterat över möjligheten att ena parten inte är villig att rätta till formbristen. Eftersom det konstaterats att syftet med formkravet vid bostadsrättsköp inte är identiskt med syftet med formkravet vid köp av fast egendom skall emellertid departementschefens ställningstagande inte vidare dryftas här. Jag anser dock att vad som här anförts tyder på att en skadeståndsrätt vid ogiltighet på grund av formkrav inte är helt utesluten. Särskilt inte som departementschefen i arbetet med vår nuvarande jordabalk uttrycker åsikten att formkravet vid fastighetsöverlåtelse inte bör utformas så att det får alltför betungande följder.

Men, förutom att det saknas lagstöd för skadestånd i samband med formföreskrifterna, vilket enligt Kleineman manar till försiktighet, så bör betänkas att en ersättning till det positiva kontraktsintresset sätter syftet med formkravet ur funktion.³⁴ För om man trots ogiltigheten blir tvungen att försätta sin motpart i samma ekonomiska situation som om köpet fullgjorts, så är man i själva verket bunden, trots att formkravet inte uppfyllts. En form av uppmjukning av formkravet som inte innebär ersättning till det positiva intresset, och som inte heller saknar den praktiska betydelse som departementschefen ansåg att ersättningsrätten vid bostadsrättsöverlåtelse gjorde, är ersättning vid culpa in contrahendo. Vid ansvar för culpa in contrahendo blir part, som nekar att infria ett löfte om fastighetsköp eller som ansvarar för ett formfel, skadeståndsskyldig vid oaktsamhet gentemot sin motpart om denne lider skada på grund av vidtagna dispositioner i förlitan på att fastighetsköpet skall bli av. Både ogiltighet på grund av formfel och den egentligen ogiltiga utfästelsen att köpa eller sälja fastighet innebär händelser som så att säga skett "in contrahendo" eftersom giltigt överlåtelseavtal ännu inte slutits. Vad som därmed måste utredas är huruvida rättsfiguren culpa in contrahendo fungerar tillsammans med formkravet. Det finns dock en del att klargöra angående rättsfiguren culpa in contrahendo innan skadeståndsfrågan vid just fastighetsköp belyses närmare.

³⁴ Kleineman II, s. 438 ff.

5 CULPA IN CONTRAHENDO

5.1 Historik

Culpa in contrahendo, oaktsamt beteende i samband med avtals ingående, är en rättsfigur som inte helt utan svårigheter anpassats till svensk rätt. Ändå står tankarna kring denna princip att finna så långt tillbaka i tiden som i den romerska rätten. Att denna princip haft så svårt att få genomslag i svensk rätt beror troligtvis på ett flertal faktorer. Kleineman menar att en bidragande orsak varit att den svenska skadeståndsrätten, och då särskilt rena förmögenhetsskador, behandlats tämligen styvmoderligt i doktrinen. Dessutom torde den så kallade spärregeln i 2:4 SkL medfört inställningen att rena förmögenhetsskador i utomobligatoriska förhållanden endast ersätts då skadan uppkommit genom brottslig gärning, varpå en avvaktande attityd gentemot rättsfiguren culpa in contrahendo följt.³⁵ Karlgren betonar även att man generellt inte utdömt utomobligatoriskt skadestånd vid skada förorsakad genom underlåtenhet, vilket det kan vara fråga om vid culpa in contrahendo³⁶.

Kleineman anför att den möjligen viktigaste orsaken till svensk rätts skepticism gentemot ersättning vid culpa in contrahendo är avsaknaden i lag av fastlagda allmänna obligationsrättsliga grundsatser. Vid fastställandet av gällande svensk rätt har nämligen tyngdpunkten alltid lagts vid de principer och regler som formulerats i skriven lag. Inte många rättsprinciper kommer till uttryck i avtalsrätten, inte heller principen om ersättning vid culpa in contrahendo. Så även om denna princip återopats i doktrin och praxis så har den ofta bemötts med skepsis. I stället har köplagen använts som grund vid allmänna obligationsrättsliga avgöranden. Dessa analogier till köplagens skadeståndsregler har helt enkelt hindrat en mer fri rättsutveckling på området i fråga. Gamla köplagen, det vill säga 1905 års köplag, uppställde som krav för skadestånd antingen försummelse *efter* köpet eller dolus in contrahendo. Detta innebar att det inte fanns någon rätt till skadestånd vid giltigt avtal då försummelse förekommit i samband med avtalsslutet. Frågan var då om det fanns en rätt till skadestånd vid icke giltigt ingångna avtal eller vid försumlighet som ej medfört bindande avtal. Det vore ju egendomligt om rätten till skadestånd skulle vara beroende av om avtal råkat komma till stånd eller ej. Eftersom ersättning för culpa in contrahendo vid bindande avtal inte kunde utgå, ansågs det tveksamt om sådan ersättning kunde utgå då avtal *inte* kom till stånd.³⁷

Den allmänna uppfattningen förefaller dock redan under den gamla köplagens tid varit att försummelse skulle leda till ansvar oavsett om avtal kommit till stånd eller ej. För att åstadkomma ett sådant resultat, gamla köplagens förnekelse av en ersättningsrätt vid culpa in contrahendo till trots, infördes begrepp som fingerade garantier och kärnegenskaper.³⁸ Karlgren nämner i sitt arbete från 1954 att man använde sig av uttalanden av ”enuntiativ karaktär”.³⁹ Denna metod syftade främst till att täcka behovet av en ersättningsrätt vid culpa genom att vid behov omtolka culpöst handlande till en utfästelse. Karlgren anser dock att en

³⁵ Kleineman I, s. 125

³⁶ Karlgren II, s. 11 f.

³⁷ Kleineman I, s. 125 ff.

³⁸ Kleineman I, s. 125 ff. Kleineman II, s. 433 f.

³⁹ Karlgren II, s. 97 (cit.)

på denna grund baserad skadeståndsrätt är alltför slumpmässig, men att den måst utvecklats tack vare att lagstiftaren helt enkelt glömt bort möjligheten av ett ansvar för culpa in contrahendo.⁴⁰

5.2 Gällande rätt

Problematiken kring skadestånd vid ren förmögenhetsskada och 2:4 SkL är egentligen värd en egen uppsats. Spärregeln torde emellertid i dag inte vara något hinder mot ersättning vid culpa in contrahendo. Skadeståndslagen avser nämligen inte att ge någon uttömmande reglering av den allmänna skadeståndsrätten,⁴¹ utan den kompletteras av icke-kodifierade allmänna skadeståndsrättsliga principer av både kontraktuell och utomkontraktuell natur.⁴² Till dessa icke-kodifierade principer torde i dag rättsfiguren culpa in contrahendo höra, en rättsfigur som i själva verket befinner sig i en gråzon mellan den utomobligatoriska och kontraktuella skadeståndsrätten. Parterna är inte helt främmande för varandra, men har heller inte kommit så långt i sin relation att avtal är slutet.⁴³

Ett tecken på en utveckling mot ett ökat ansvar för eller vid culpa in contrahendo finner Kleineman i ett rättsfall från 1987. Här blev en värderingsman skadeståndsskyldig gentemot en kreditgivare utan att det dem emellan förelåg ett kontraktsförhållande. HD grundade skadeståndsansvaret på att kreditgivaren med fog satt sin tillit till värderingsmannens uppgifter, som var beställda av en fastighetsägare, inte av kreditgivaren. Dessutom, menade HD, måste det stått klart för värderingsmannen att de av honom framtagna uppgifterna skulle komma att användas som grund för kreditgivning.⁴⁴ Med detta rättsfall som bakgrund anser Kleineman att det vore märkligt om inte ett vilseledande i en prekontraktuell relation skulle leda till skadeståndsskyldighet, när ett vilseledande som i fallet i fråga, där parterna står längre ifrån varandra än i en prekontraktuell relation, gör det.⁴⁵ Numera har 1990 års köplag klargjort rättsläget så till vida att skadestånd uttryckligen kan utgå vid culpa in contrahendo då avtal kommit till stånd. Då regler om skadeståndsansvar vid culpa in contrahendo infördes beträffande lös egendom ansågs det rimligt att samma regler skulle gälla för fast egendom. Även 4:19 JB, som ändrades med köplagen som förebild, innefattar således ett culpaansvar. Principen om ersättning vid culpa in contrahendo då giltigt avtal aldrig kommer till stånd emotsägs sålunda inte längre av det märkliga i att någon sådan ersättning inte kan utgå vid giltigt avtal.⁴⁶

5.3 Culpabedömningen⁴⁷

Rättsfiguren culpa in contrahendo hör varken hemma i den utomobligatoriska eller den kontraktuella skadeståndsrätten, men culpareglerna måste hämtas någonstans ifrån. I

⁴⁰ A.a., s. 97 ff.

⁴¹ Prop. 1972:5 s. 448

⁴² Kleineman III, s. 137 f.

⁴³ Anteckningar från föreläsning med Sacharias Votinius, 980320, i specialkurs skadestånds- och ersättningsrätt.

⁴⁴ NJA 1987 s. 692

⁴⁵ Kleineman II, s. 448 f.

⁴⁶ A.a., s. 435 ff. not s. 447

⁴⁷ Avsnittet bygger på anteckningar från föreläsning med Sacharias Votinius, 980320, i specialkurs skadestånds- och ersättningsrätt.

utomobligatoriska förhållanden innebär underlåtenhet i princip inte att man är culpös, bara om den som underlåter att handla själv skapat risken för skada. Dessutom ersätts ren förmögenhetsskada bara vid brott. Detta beror på att parterna inte är bundna att hjälpa varandra, det råder fri konkurrens. I kontraktsförhållanden, däremot, finns en lojalitets- eller omsorgsplikt. Avtalet innebär att båda parter är skyldiga att samverka för att uppnå avtalets syften. Det finns en plikt att aktivt hjälpa varandra. Förhåller man sig passiv gentemot sin avtalspart är man culpös. Även vid ren förmögenhetsskada räcker vanlig culpa för att part skall bli ersättningskyldig.

Vid culpabedömningen kommer man således till olika resultat beroende på om man använder sig av principerna från det ena eller det andra ersättningsområdet. Vad gäller culpabedömningen vid culpa in contrahendo har man i rättspraxis gått från att göra en rent utomobligatorisk bedömning till att i dag tillämpa en fri kontraktuell bedömning. Denna kontraktuella culpabedömning torde innebära att oaktsamhet vid avtals ingående oftare medför skadeståndsskyldighet.

5.4 Tillitsresonemanget

Kleineman menar att det för ansvar vid culpa in contrahendo, förutom att ena parten på ett oaktsamt sätt vilselett sin motpart, torde krävas att motparten, den skadelidande, hyst befogad tillit till den oaktsamt förmedlade informationen⁴⁸. Detta låter rimligt med tanke på att motparten annars inte kan anses vara vilseledd, utan snarast dragit på sig sin skada utav egen förskyllan. Svårigheten torde vara att dra gränsen för vad som är att anse som befogad tillit. Som jag ser det hänger resonemanget samman med vad som brukar kallas den skadelidandes medverkan. Då det talas om grunden för medverkansreglerna dras gärna en parallell med skadeståndsskyldigheten enligt culparegeln. Det anses vara konsekvent att ta hänsyn till vållande på båda sidor, även om en jämförelse visar att olikheterna är betydande.⁴⁹ Har den part som utsatts för oaktsamt vilseledande ignorerat fakta som tyder på att allt inte står rätt till med den erhållna informationen, har parten i fråga själv å sin sida varit vållande och därmed inte kunnat hysa befogad tillit till informationen.

Kleinemans tillitsteori finner man belägg för i praxis. I NJA 1963 s. 105 fördes förhandlingar mellan A, som bedrev affärsverksamhet i Venezuela, och B som var en av huvudintressenterna i ett bolag i Colombia. Förhandlingarna gällde ett anställande av A som VD för det colombianska bolaget och ledde till att ett arbetskontrakt upprättades mellan A och det colombianska bolaget. Det krävdes emellertid, enligt colombiansk rätt, en bekräftelse av anställningsavtalet genom ett beslut vid bolagsstämma. Någon sådan bekräftelse kom aldrig till stånd. Frågan var då huruvida B, genom sitt sätt att uppträda vid förhandlingarna med A, kunde göras ansvarig för den skada A åsamkades genom att något anställningsavtal aldrig kom till stånd. Tilläggas skall att A avvecklade sin rörelse i Venezuela och flyttade till Colombia där han började sin anställning i bolaget. HD finner att B förfarit vårdslöst och han förpliktigas därför att till A utge ett skadestånd intill det negativa kontraktsintresset. Dessförinnan diskuterar HD dock vad A borde insett angående utsikterna att bli anställd i bolaget. Man anser det vara styrkt att B under förhandlingarna inte uppträtt på ett sådant sätt att han garanterat att anställningsavtalet skulle bli gällande mot bolaget. A anses emellertid

⁴⁸ Kleineman I, s. 139

⁴⁹ Hellner III, s. 223 f.

inte, även om han vetat att bolagsstämman godkännande krävdes, haft skäl att förutsätta att detta skulle innebära något hinder för anställningsavtalet. HD anser förhållandena vara sådana att kravet på bolagsstämman godkännande för A framstått som praktiskt betydelselöst. Vad HD här slår fast, innan man går vidare och bedömer B:s eventuella ansvar, är således att A hyst befogad tillit till att anställningsavtalet skulle bli bindande.

Kleineman själv ger fallet NJA 1990 s. 745 som exempel på kravet på befogad tillit. Ett bolag hade här för viss tid förvärvat licensrättigheter till en vacuumpump. Man innehade dessutom rätten att före avtalstidens slut träffa ett slutligt licensavtal. Redan innan det slutliga licensavtalet kommit till stånd inledde bolaget förhandlingar med L om återförsäljarrätt till pumpen. Då bolaget till slut träffade slutligt licensavtal beslutade man emellertid att inte ingå något återförsäljaravtal med L. L underrättades om detta beslut några veckor senare. Frågan var om bolaget genom sitt uppträdande under förhandlingarna med L ådragit sig skadeståndsansvar gentemot denne. HD slår fast att bolaget, sedan man fattat beslut om att inte ge L exklusiv återförsäljarrätt, var skyldigt att snarast informera L om detta. Så skedde inte. Att man ändå inte blev skadeståndsskyldig berodde på att L, under tiden från bolagets beslut till dess L meddelades om beslutet, inte haft några betydande kostnader för försäljningsverksamheten. HD anser dessutom att inte heller relationen mellan bolaget och L under tiden före beslutet kunde ge upphov till skadeståndsansvar. Visserligen hade L brevlades klagjort för bolaget att han lade ner både tid och pengar på att marknadsföra pumpen, men HD anser att det måste stått klart både för bolaget och L att det avtal L så hett eftertraktade ”berodde på flera osäkra faktorer och att det fortsatta marknadsföringsarbetet innebar ett risktagande”. L måste dessutom ha insett att bolaget skulle ta L:s dåliga försäljningsresultat i beaktande då man fattade beslut om återförsäljaravtal. Kleineman menar att dessa uttalanden indikerar att HD inte anser att L kunde hysa tillit till att han skulle få ersättning för sina kostnader för marknadsföring av pumparna, inte ens efter att han i sitt brev klagjort att han lade ner mycket tid och pengar. Att bolaget underlät att reagera på L:s brev gav honom ingen befogad anledning att tro att bolaget skulle ge honom ensamförsäljningsrätten. L var medveten om att han i fråga om denna rätt konkurrerade med ett flertal företag.⁵⁰

5.5 Ersättningen vid culpa in contrahendo

Vad som framkommit är därmed att nuvarande rättsläge innebär att culpa in contrahendo kan förekomma i två olika situationer. I den ena situationen betar sig part oaktsamt vid ingående av ett avtal som sedan fullgörs. I detta fall anser Hellner att det otvivelaktigt handlar om kontraktsbrott. I den andra situationen leder det oaktsamma beteendet inte till något bindande avtal. I detta senare fall kan man, enligt Hellner, inte tala om kontraktsbrott.⁵¹ Vad som framledes kommer att behandlas i denna uppsats är fall av det senare slaget. Poängteras bör dock att Kleineman inte vill vara lika kategorisk i sitt ställningstagande till huruvida culpa in contrahendo innebär kontraktsbrott eller inte. Han menar i stället att gränsen mellan kontraktuellt och utomobligatoriskt skadeståndsansvar är tämligen flytande.⁵²

⁵⁰ Kleineman I, s. 137 ff.

⁵¹ Hellner II, s. 193

⁵² Kleineman III, s. 428

Med Hellners synsätt innebär skadestånd på grund av culpa in contrahendo, då ett giltigt avtal kommit till stånd, ersättning för det positiva kontraktsintresset. Detta är också huvudregeln för beräkning av skadestånd vid kontraktsbrott. Den utomobligatoriska skyldigheten att ge ersättning på grund av culpa in contrahendo ersätter skada intill det negativa intresset.⁵³ Dessa skillnader i vad som ersätts har, enligt Kleineman, historisk grund. Enligt äldre rätt gällde, om man över huvud taget skulle acceptera rättsfiguren culpa in contrahendo, att ersättning endast utgick när avtal *inte* kom till stånd. Detta utläses ur gamla köplagen som inte gav ersättning då försummelse skett *före* avtalsslutet. Detta var en egendomlighet som enligt en hypotes framförd av Kleineman försökte mildras genom införandet av skillnaden mellan det positiva och det negativa kontraktsintresset. På så sätt kunde det prekontraktuella ansvaret särbehandlas. Huvudregeln var att det kontraktuella skadeståndsansvaret gav ersättning för det positiva intresset, medan ansvaret vid culpa in contrahendo vid icke fullgångna avtal endast ersatte negativt intresse. På så sätt markerades att ersättningen vid culpa in contrahendo inte var en kontraktsbrottsersättning, vilket hade varit emot lagens lydelse. Ersättningen vid ogiltigt avtal medförde därmed rätt till ersättning för negativt intresse och behandlades således inte som en kontraktsbrottspåföljd, utan som en utomkontraktuell förpliktelse vid culpa in contrahendo.⁵⁴ Karlgren drar i sammanhanget paralleller till BGB, där skadeståndsansvar vid culpa in contrahendo från början var lagen främmande. Med tiden ledde dock rättsutvecklingen till att det uppstod krav på ett sådant ansvar. För att undvika en konflikt med lagen begränsades ansvaret till det negativa kontraktsintresset med motiveringen att kontraktet faktiskt uppfyllts, trots felet, och därmed vore det felaktigt att utge ersättning för det positiva intresset. Här lyckades man alltså, med hjälp av en begränsning av ersättningsrätten till det negativa intresset, införa en rätt till ersättning vid culpa in contrahendo även i kontraktsrelationer.⁵⁵

⁵³ Hellner II, s. 210 f.

⁵⁴ Kleineman I, s. 127

⁵⁵ Karlgren II, s. 101 f.

6 Culpa in contrahendo vid fastighetsköp

Frågan är om part som nekar att infria ett löfte om fastighetsköp, eller som ansvarar för ett formfel, kan bli skadeståndsskyldig gentemot sin motpart om denne lider skada på grund av vidtagna dispositioner i förlitan på att fastighetsköpet skall bli av.

Frågan om en ersättningsrätt vid culpa in contrahendo berördes inte alls vid tillkomsten av den nya jordabalken. Kleineman frågar sig om man kan avfärda rätten till ersättning vid culpa in contrahendo genom en hänvisning till upprätthållandet av formkravet och dess syften. Så anser han inte vara fallet. De rättspolitiska argument som anförs för att ha ett formkrav vid fastighetsköp är i dag inte längre särskilt starka. Det är snarare så att formkravets existens i själva verket saknar bärande argument medan rättsfiguren culpa in contrahendo har en ganska klar rättspolitisk förankring i allmänna skadeståndsrättsliga principer.⁵⁶

Karlgren uttrycker sig redan 1954 positivt angående en begränsad skadeståndsrätt vid avtals ogiltighet på grund av formfel. Han talar här om fall där part lider skada efter att ha utgått från att ett icke formenligt avtal är giltigt. Trots att det i ett sådant fall egentligen är fråga om en ousäktlig rättsvillfarelse kan, med hänsyn till hur motparten förhållit sig beträffande formkravet, skadelidande part ändå anses vara rättsskyddsbehövande. Motparten kan ha kommit med felaktiga upplysningar om formkravet eller underlåtit att alls tillhandahålla några upplysningar därom. Skadeståndsskyldighet torde föreligga inte bara vid svikligt förfarande utan även då motparten varit culpös, åtminstone då den skadelidande parten själv inte varit fullt lika culpös i sin rättsvillfarelse. Det är dock viktigt att iaktta stor försiktighet vid fastställande av vad som kan vara förpliktigande culpa.⁵⁷

Karlgren talar här om en form av culpa in contrahendo, nämligen ett vilseledande vad gäller själva formkravet. Men hur blir det då motparten är fullt medveten om formkravet och vilseledandet i stället angår partens intentioner att fullfölja köpeavtalet? Jag anser att Karlgren, genom att introducera idén om en rätt till skadestånd vid vad som egentligen är en form av culpa in contrahendo, banar väg för en ersättningsrätt även vid liknande culpösa beteenden. Karlgrens resonemang visar på vad han vid tiden i fråga kunde finna vara ett skyddsvärt intresse. Genom att principen om culpa in contrahendo i dag är allmänt accepterad torde part som skadas genom *någon form* av oaktsamt vilseledande i samband med avtals ingående anses rättsskyddsbehövande. Jag kan inte se att detta skulle vara att gå längre i uppmjukningen av formkravet än vad Karlgren förespråkar på sin tid. Karlgren talar om rättsvillfarelse. Det är emellertid allas plikt att hålla sig informerad om lagar och regler. Rättsvillfarelse är således egentligen inget man kan åberopa för att få rätt om formkravet inte är uppfyllt. Liknande är situationen då part vilseletts angående motpartens intentioner. Ett löfte att ingå bindande fastighetsöverlåtelse är inte heller något som kan åberopas för att få rätt om formkravet inte är uppfyllt. Eftersom situationen på grund av formkravet är speciell måste man emellertid undersöka huruvida ersättning vid andra former av culpa in contrahendo än den av Karlgren beskrivna, står i samklang med formkravet. Eftersom Karlgren finner att hans ersättningsidé stöter på patrull först genom att det i svensk rättspraxis vid tiden i fråga endast fanns ringa belägg för ett genom skadeståndsrätt intill det negativa intresset uppmjukat

⁵⁶ Kleineman II, s. 438 ff.

⁵⁷ Karlgren II, s. 66 ff.

formkrav, så torde det också vara först på denna punkt som en ersättningsrätt möter motstånd även vid andra former av culpa in contrahendo i samband med fastighetsöverlåtelse. Knäckfrågan är således fortfarande om formkravet tillåter ersättning intill negativt intresse. Karlgren menar på sin tid att rättsfallen NJA 1903 s. 148 samt NJA 1926 s. 336 skulle kunna åberopas som grund för skadestånd vid löfte om fastighetsöverlåtelse som sedan inte kommer till stånd.⁵⁸ I dessa rättsfall behandlas föravtal, det vill säga en form av skriftlig utfästelse att sälja fastighet. Föravtalets inverkan på rätten till skadestånd behandlas nedan i kap. 7.

6.1 NJA 1973 s. 175

6.1.1 Kort faktaredogörelse

En läkare och därtill presumtiv fastighetsköpare drar sig i fallet ur ett fastighetsköp, varom skriftligt avtal aldrig upprättats. Säljaren, en ingenjör, har under köpeförhandlingarna, i enlighet med läkarens önskemål, utfört vissa ändringar av den villa som var under uppförande på fastigheten. När läkaren drar sig ur köpet blir dessa ändringar, som syftat till att göra det möjligt för läkaren att ha sin praktik i villan, onyttiga för ingenjören. Han kräver därför ersättning för ändringsarbetena och för kostnader för att ändra villan åter till dess ursprungliga skick. Talan ogillas helt av HD. HD konstaterar att enbart löftet att köpa fastigheten inte kan ådra läkaren någon skyldighet att ersätta ingenjören för de ändringsarbeten hon önskat få utförda. HD konstaterar också att oavsett om ett fastighetsköp kommit till stånd eller ej så är ”omständigheterna icke sådana att [läkaren] kan anses ha åtagit sig att till någon del svara för ändringskostnaderna”.⁵⁹

6.1.2 HD:s eventuella ställningstagande till culpa in contrahendo

Vad säger detta rättsfall egentligen om möjligheten till ersättning för skada vid culpa in contrahendo i samband med fastighetsköp? Enligt Kleineman ger rättsfallet inget direkt stöd för att ett prekontraktuellt skadeståndsansvar *inte* kan inträda vid fastighetsköp. HD ger i fallet egentligen inte något tydligt besked i frågan, åtminstone inte vad gäller ansvar vid culpa in contrahendo vid bristande medverkan till formbundna avtal. Kleineman menar att det finns flera omständigheter som tyder på att HD inte tänkt i termer av culpa in contrahendo. Lokutionen ”åtagit sig” stämmer inte överens med grundläggande ansvarstänkande vid culpa in contrahendo, utan för snarast tankarna till kontraktsrätten. HD tar inte heller ställning till om det förekommit något oaktsamt vilseledande från läkarens sida, vilket är en förutsättning för ansvar enligt principen om culpa in contrahendo. Trots detta menar Kleineman att man genom en analys av rättspraxis avseende culpa in contrahendo i allmänhet, vilket han anser måste gälla även i detta fall, kommer fram till att förevarande fall troligtvis ogillats på grund av att culpöst handlande inte kunnat styrkas. Ingenting tyder nämligen på att läkaren handlat culpöst. Hon verkar menat allvar under köpeförhandlingarna och hade till och med sagt upp sitt eget hyresavtal. Och, som HD skriver i domen, enbart en förklaring att man är villig att köpa en fastighet ger inte motparten rätt att dra på sig kostnader som kan övervältras på den tilltänkte köparen om denne slutligen väljer att inte ingå ett bindande fastighetsköp.⁶⁰

⁵⁸ A.a., s. 66 ff.

⁵⁹ NJA 1973 s. 175

⁶⁰ Kleineman II, s. 441 ff.

Jag tycker nästan att Kleineman gör något av ett logiskt lappkast genom detta resonemang. Först tar han upp ett antal faktorer som tillsammans nästan helt utesluter culpa in contrahendoprincipens relevans i fallet. Därefter drar han ändå slutsatsen att kärandens yrkande ogillats på grund av frånvaron av culpöst handlande, vilket i så fall skulle förutsätta någon form av culpa in contrahendoresonemang från HD:s sida. Kleineman tillägger dock att man inte kan utesluta ”att HD i detta rättsfall tog ett alldeles särskilt stort intryck av ett i målet ingivet utlåtande av Vahlén”⁶¹. Vahlén tycks nämligen anse att det i det aktuella fallet inte finns någon möjlighet alls till prekontraktuellt skadeståndsansvar. Han menar att fallet handlar om utgifter hänförliga till begreppet affärsrisk, en risk som torde kräva särskilt avtal för att kunna uppdelas mellan parterna. Vahlén har rätt så till vida att skadestånd inte utan att motverka formkravets syfte kan användas för att övervältra affärsrisker, men han tycks inte överväga möjligheten till skadestånd genom att ena parten oaktsamt vilselett motparten angående sina intentioner vad gäller fastighetsköpet och därigenom förorsakat motparten skada.⁶²

Adlercreutz anser att HD i förevarande fall fäst stor vikt vid formkravet vid fastighetsköp.⁶³ För att formkravet skall fungera effektivt bör man inte upprätthålla avtalsbundenhet på, som han kallar det, indirekt väg genom möjligheter till skadestånd, *utom i särskilda fall av culpa in contrahendo*.⁶⁴ Denna slutkläm på utlåtandet över HD:s dom tyder på att Adlercreutz anser att formkravets syften ibland antingen står i samklang med, eller får stå tillbaka för, ansvar vid culpa in contrahendo. Av vad som går att utläsa ur Adlercreutz korta kommentarer anser jag dock inte att han går lika långt i sitt resonemang som Kleineman. Adlercreutz menar att skadeståndsansvar vid culpa in contrahendo kan komma i fråga trots formkrav, men han ger inte uttryck för att HD i 1973 års fall tar ställning i frågan.

Vad Kleineman slutligen anser om 1973 års fall är att det ”visserligen är en stark indikation på hur obenägen HD varit att erkänna ansvar för culpa in contrahendo”⁶⁵, men att rättsfallet ändå inte utesluter skadeståndsansvar vid culpa in contrahendo i samband med fastighetsköp som inte kommer till stånd⁶⁶. Detta är jag benägen att hålla med om. HD utesluter inte uttryckligen ansvar vid culpa in contrahendo. Man uttrycker bara att den omständigheten att läkaren slutligen inte ville genomföra köpet i sig inte gör henne skyldig att ersätta ingenjören för hans kostnader. Detta resonemang torde stämma oavsett om man godtar ett skadeståndsansvar vid culpa in contrahendo eller inte. Något bindande köpeavtal har inte kommit till stånd, sålunda kan det inte vara fråga om ett ersättningsgrundande kontraktsbrott. Möjligen skulle omständigheten att läkaren inte ville genomföra köpet, *tillsammans* med någon ytterligare omständighet göra henne ersättningsskyldig. HD:s uttalande att läkaren inte kunnat ådra sig någon förpliktelse *enbart* genom löfte om fastighetsköp tyder på detta. En sådan ytterligare omständighet som skulle kunna leda till ersättningsskyldighet är culpöst beteende. Vidare anför HD att läkaren inte heller *åtagit sig* att stå för ingenjörens kostnader. Ett avtal om ersättning torde således också vara en sådan ytterligare omständighet som skulle ge ingenjören

⁶¹ A.a., s. 443 (cit.)

⁶² A.a., s. 443 f.

⁶³ Adlercreutz, s. 103

⁶⁴ A.a., s. 123

⁶⁵ Kleineman II, s. 444 (cit.)

⁶⁶ A.a., s. 444

rätt till ersättning. Här anser sig HD tydligen ha resonerat färdigt och utesluter ingenjörens rätt till ersättning i fallet.

HD:s resonemang känns inte direkt uttömmande, men om man tittar på kärandens, ingenjörens, yrkanden och grunder så får man kanske åtminstone viss förklaring. Ingenjören yrkar på ersättning för kostnaderna för ändringsarbetena som vidtogs med tanke på läkarens förestående förvärv av villan. Han yrkar dessutom på ersättning för kostnader för husets återändrande till det skick det var i då köpeförhandlingarna med läkaren inleddes. Som grund för dessa yrkanden anförs att läkaren ”föranlett att den förutsättningen att hon skulle förvärva fastigheten inte kommit att uppfyllas och att hon därför skall svara för hela den kostnad som härigenom förorsakats [ingenjören]”. Vad denna grund torde innebära är att läkarens blotta ovilja att köpa fastigheten gör henne ersättningsskyldig för de kostnader ingenjören lagt ut för att få villan att passa läkarens behov. Eftersom RB 17:3 säger att domstolen vid dispositiva mål inte får grunda domen på andra rättsfakta än part åberopat⁶⁷, har HD i fallet i fråga endast att avgöra huruvida läkaren kan bli ersättningsskyldig bara genom att hon slutligen beslutat sig för att inte köpa fastigheten. Nu plötsligt ter sig HD:s resonemang inte lika kryptiskt längre. De rättsfakta ingenjören grundar sin talan på begränsar HD:s handlingsfrihet. Eftersom ingenjören inte grundat sitt ersättningskrav på culpöst handlande från läkarens sida, kan HD inte avgöra fallet med hjälp av ett resonemang kring principen om culpa in contrahendo. Jag anser emellertid att HD genom sitt uttalande att läkaren ”ej kunnat ådraga sig någon förpliktelse enbart genom löfte om köp av fastigheten” håller dörren öppen för ett resonemang kring principen om culpa in contrahendo i framtida fall där detta, genom grundens utformning, är möjligt. Jag kan inte låta bli att anse det vara synd att ingenjören i HD avstår från sitt i HovR:n i första hand framställda yrkande och dess grund. Detta var ett yrkande på skadestånd grundat på att ingenjören vilseletts av läkaren angående hennes intentioner vad gällde fastighetsköpet...

Att liksom Kleineman anse att HD avgjorde fallet genom någon form av culpa in contrahendo-resonemang vill jag således inte. HD tog, av förklarliga skäl, helt enkelt inte ställning till huruvida rättsfiguren culpa in contrahendo kan användas vid fall av ifrågavarande typ. Hovrätten för Övre Norrland är av liknande åsikt då man i ett hovrättsfall från 1996 gör bedömningen att det ligger närmast till hands att förstå 1973 års fall så, att HD inte tog ställning till om vårdslöst vilseledande kan grunda skadeståndsansvar⁶⁸. Jag ser mig därför tvungen att gå vidare och försöka dra några klarare slutsatser av vad som skett efter 1973 års fall. Först skall emellertid begreppet riskfördelning behandlas lite mer ingående.

6.2 Ersättning är riskfördelning

Trots att de rättspolitiska argumenten för ett formkrav vid fastighetsköp i dag inte längre kan anses vara starka, så finns formkravet kvar. Liksom tidigare konstaterats måste därför en ersättningsrätt intill det positiva kontraktsintresset då giltigt avtal inte kommer till stånd antas vara utesluten. En sådan ersättningsrätt skulle innebära en övervältring på motparten av hela den risk som ligger i insikten att motparten när som helst kan ta tillbaka sin utfästelse att ingå bindande fastighetsköp. Att övervältra hela risken på den part som gjort utfästelsen är detsamma som att slå fast att parten i fråga, om han önskar bryta sitt löfte, ändå måste försätta

⁶⁷ Ekelöf, s. 52

⁶⁸ RH 1996:154, s. 418

löftesmottagaren i samma ekonomiska situation som om löftet vidhållits. Innebörden blir således att löftet är bindande, vilket går stick i stäv med formkravet. Enda möjligheten att få ersättning för det positiva kontraktsintresset är således att giltigt fastighetsköp hävs, varvid ersättning för positivt kontraktsintresse på grund av culpa in contrahendo kan utgå enligt 4:19 JB. Då är det emellertid fråga om helt annan form av ersättning, nämligen ersättning på grund av kontraktsbrott. Handlar det däremot om ett fastighetsköp där giltigt avtal aldrig kommer till stånd blir i stället frågan huruvida det *negativa* kontraktsintresset kan ersättas vid culpa in contrahendo.

I kapitel 5.4 har jag behandlat den del av resonemanget kring rättsfiguren culpa in contrahendo som handlar om att det faktiskt krävs något även av den skadelidande parten för att ersättning skall kunna utgå. Enligt praxis torde skadeståndsskyldighet vid oaktsamt vilseledande endast komma ifråga då motparten hyst en befogad tillit till den givna informationen. Detta är något som Kleineman tagit fasta på och han menar dessutom att ansvar inte kan komma ifråga för *alla* dispositioner som den vilseledde vidtar i anledning av det prekontraktuella vilseledandet. Endast dispositioner som den vilseledande parten haft anledning att anta att den vilseledde skulle komma att vidta leder till ersättningsskyldighet.⁶⁹ Vad jag kan finna ingår detta resonemang, åtminstone enligt Hellner, som en av faktorerna vid en skadeståndsrättslig culpabedömning. Hellner kallar det ”den handlandes möjligheter att inse risken för skada”⁷⁰. Stannar man vid detta anser jag emellertid att den ersättning det kan bli fråga i fastighetsöverlåtelsesammanhang faktiskt innebär ett kringgående av formkravet. För, om en culpös löftesgivare inser att motparten kan komma att vidta åtgärder som ersättningsmässigt faller in under begreppet positivt intresse, så blir löftesgivaren skyldig att ersätta detta positiva intresse. Kleineman utvecklar emellertid sitt ställningstagande vad gäller fastighetsöverlåtelsefallen och dess formkrav. Han menar att den ersättning som kan tänkas komma i fråga är ersättning för kostnader som den skadelidande dragit på sig genom att vara sin motpart ”till lags”⁷¹, inte ersättning för kostnader som lagts ner för att förmå motparten att ingå avtal.⁷² Härmed anser jag att Kleineman håller sig inom formkravets skyddade gräns. Åtgärder med avsikt att vara motparten till lags torde inte falla in under begreppet positivt intresse eftersom det inte handlar om ersättning för att täcka egna vinstmöjligheter.

Även ersättning vid culpa in contrahendo, det vill säga ersättning intill det negativa kontraktsintresset, leder emellertid till en form av riskfördelning. Kleineman anser dock att inte ens 1973 års fall kan innebära att all form av riskfördelning i samband med fastighetsköp är otillåten. Anledningen är att det i rättspraxis finns stöd för att man genom föravtal kan ålägga ansvar intill det negativa kontraktsintresset. Kleineman menar att inte heller en sådan form av riskfördelning borde vara tillåten i fall HD genom 1973 års fall sagt nej till ansvar vid culpa in contrahendo.⁷³ Eftersom riskfördelning genom föravtal godtagits i praxis borde således även ansvar vid culpa in contrahendo kunna godtas. Eller finns det något som säger att riskfördelning genom avtal är mer legitim än ett allmänt ansvar vid culpa in contrahendo? Är det inte ytterst formkravet och dess syften som blir avgörande då det skall bestämmas huruvida riskfördelning kan ske? Om formkravet är den styrande faktorn då det skall

⁶⁹ Kleineman III, s. 432 f.

⁷⁰ Hellner III, s. 131 (cit.)

⁷¹ Kleineman II, s. 450 (cit.)

⁷² A.a., s. 450

⁷³ A.a., s. 450 f.

bestämmas *i vilken utsträckning* riskfördelning kan ske, kan formkravet då också på något vis styra *på vilket sätt* riskfördelning skall ske?

7 Föravtal

Frågan om ersättningsrätt vid culpa in contrahendo i samband med fastighetsköp kompliceras således ytterligare av det faktum att föravtal med ersättningsklausul som ger ersättning intill det negativa intresset godtagits i rättspraxis. Ett sådant föravtal innebär ett löfte om framtida fastighetsköp eller –försäljning, kombinerat med en klausul som ålägger löftesgivaren att betala motparten en ersättning om överlåtelsen inte blir av. Det handlar således om en form av löfte att ingå avtal om fastighetsköp, löfte som i kap. 3.1 visat sig inte vara bindande. Frågan är då om rätten till skadestånd blir mer legitim genom förekomsten av ett föravtal.

Det finns olika typer av konstellationer vad gäller föravtal vid fastighetsköp. Handpenningavtal kan förekomma med eller utan förverkande- eller ersättningsklausul. Ersättningsklausuler kan också förekomma i föravtal som inte har formen av ett handpenningavtal. Jag skall genom att studera vad som i doktrin och praxis framkommit om dessa olika sorters föravtal försöka komma ytterligare en bit på vägen i sökandet efter svar på frågan huruvida skadestånd kan stämma överens med fastighetsköpets formkrav.

7.1 Om förverkande- och ersättningsklausuler i samband med fastighetsköp

En ersättningsklausul är ett avtalsförbehåll som på något sätt reglerar ersättningsskyldighet föränledd av avtalsbrott.⁷⁴ Ersättningsklausuler i allmänhet är accessoriska till sin natur, vilket innebär att de inte gäller om de knutits till en ogiltig huvudförpliktelse. Således torde en ersättningsklausul i ett avtal med löfte att sälja eller köpa fast egendom inte vara gällande. Huvudregeln som säger att en ersättningsklausul är accessorisk är dock inte undantagslös. I rättspraxis har, vid ogiltigt avtal, vitesklausuler godtagits då dessa kunnat ses som surrogat för den skadeståndsskyldighet intill det negativa intresset som kan följa på grund av avtalets ogiltighet. Jag tolkar detta som att klausulen, för att vara giltig, skall innebära ett surrogat för den skadeståndsskyldighet som kan föreligga i det enskilda fallet, inte skadeståndsskyldighet i allmänhet vid ogiltigt avtal. Rodhe skriver nämligen "...skadeståndsskyldighet som *avtalets* ogiltighet kan medföra", vilket innebär avtalet i bestämd form, det vill säga det specifika avtalet.⁷⁵ Vad som då först måste utredas är huruvida skadeståndsskyldighet kan följa då avtalet i fråga är ogiltigt. Inför detta påstående känns det onekligen som man hamnat i ett moment 22. Målet var att komma närmare svaret på frågan om skadestånd kan utgå vid ogiltigt fastighetsköp genom att utreda på vilket sätt föravtal anses rättfärdiga skadestånd. I stället verkar det tvärt om vara så att skadestånd grundat på allmänna skadeståndsrättsliga regler anses rättfärdiga föravtalet. Med hjälp av praxis och den doktrin som finns från början av femtiotalet fram tills idag skall jag emellertid försöka finna någon form av utveckling på området, och se vad jag därur kan dra för slutsatser.

Karlgren diskuterar problematiken kring föravtal vid fastighetsköp redan i en uppsats från 1950. Han menar att, som huvudregel, ogiltigt avtal medför ogiltig förverkandeklausul eftersom förverkandeklausulen inte har egen "causa"⁷⁶, inte ens då den tagits in i ett helt

⁷⁴ Olsen, s. 22

⁷⁵ Rodhe, s. 588; Olsen, s. 70

⁷⁶ Orsak, grund. En rättshandlings causa är det bakomliggande förhållande som föränlett rättshandlingen, såsom den skuld som föränlett utfärdandet av ett skuldebrev. Juridikens termer.

fristående avtal. Trots att huvudförpliktelsen, med dess löfte om fastighetsköp, är ogiltig, anser Karlgren emellertid att formkravet borde kunna mjukas upp genom en rätt till viss ersättning. Detta borde, enligt honom, ske genom en ersättningsrätt intill det negativa kontraktsintresset, innebärande att medkontrahenten till den part som med återopande av formfel hävdar avtalets ogiltighet, försätts i samma situation som om avtal aldrig kommit till stånd. Och i så fall borde även ett vitesavtal eller en överenskommelse om förverkad handpenning som ger sådan ersättning godtas. Att ett sådant avtal eller en sådan överenskommelse egentligen medför ersättning utöver det negativa kontraktsintresset anser Karlgren inte borde vara avgörande eftersom detta blir en följd av sådana avtal och överenskommelser i allmänhet. Inledningsvis förutsätter han dock att överenskommelsen uttryckligen inte ger en ersättning som överstiger de särskilda kostnader och utgifter som det ogiltiga fastighetsköpet medfört. Karlgren menar att en sådan ersättning inte undergräver formkravet eftersom ”sagda belopp merendels äro av måttlig omfattning”^{77 78}.

Frågan är då *när* denna ersättningsskyldighet eller, om man så vill, ersättningsrätt, skall inträda. Som visas i föregående stycke menar Karlgren att en ersättningsrätt skulle kunna föreligga utan krav på någon särskild förbindelse. Han påpekar dock att därom råder delade meningar. Mer allmän acceptans torde emellertid en *förbindelse* att ersätta kostnader och utgifter intill det negativa kontraktsintresset åtnjuta. Karlgren poängterar dock att denna acceptans inte kan grunda sig på att det med en sådan förbindelse föreligger en självständig viljeförklaring som inte påverkas av huvudförpliktelsens ogiltighet. I stället tycks han mena att det är mer praktiskt att använda sig av en avtalsförbindelse för att mjuka upp formkravet, eftersom förbindelsen erbjuder ”en naturlig anknytningspunkt för en regel som utgör en spärr mot alltför vittgående ogiltighetskonsekvenser”⁷⁹. När en part, med hänvisning till formkravet, vill slippa ersättningsskyldighet är det mer närliggande att vägra detta om parten förbundit sig att ersätta skada än om denne inte gjort någon förbindelse. Karlgren menar dock att man i dessa fall egentligen inte, lika lite som i andra fall av ersättningsansvar intill det negativa intresset, kan hitta någon bindande grund för ersättningsskyldigheten.⁸⁰

Karlgren går därefter vidare i sin diskussion vad gäller ersättningens storlek. Om överenskommelsen angående ersättningen inte preciserats till det negativa kontraktsintresset, hur skall man då göra? Karlgren anser att man borde kunna acceptera förverkandeklausuler innebärande att tilltänkt säljare har rätt att förverka hela handpenningbeloppet så länge handpenningen korresponderar med ersättningsskyldigheten intill det negativa intresset. Godtog man vilken förverkandeklausul som helst skulle formkravet lätt bli illusoriskt på så sätt att förverkandeklausulen skulle verka som en påtryckning gentemot tilltänkt köpare att genomföra köpet, istället för att enbart ge tacksning för vissa kostnader. Karlgren uppställer emellertid alternativa lösningar på detta problem. En lösning, menar han, kan vara att endast förverkandeklausuler som uteslutande eller företrädesvis avser att täcka det negativa kontraktsintresset blir giltiga. Att i praktiken syftet med en förverkandeklausul endast skulle vara att täcka det negativa intresset anser Karlgren inte vara troligt, vilket i så fall leder till att endast ett fåtal förverkandeklausuler godtas. I stället skulle man kunna godta en förverkandeklausul vars åtminstone *ena* syfte är att täcka skada. Klausulen skulle då bli giltig intill det belopp som krävs för att täcka skadan. Men om detta är vad som krävs för en giltig

⁷⁷ Karlgren I, s. 305 (cit.)

⁷⁸ A.a., s. 304 f.

⁷⁹ A.a., s. 306 (cit.)

⁸⁰ A.a., s. 302 ff.

klausul anser Karlgren att bedömningen av klausulen lika gärna kan ske helt objektivt. I så fall skulle alla förverkandeklausuler godtas, oavsett syfte, men bara i så stor omfattning att uppkomna kostnader och utgifter ersätts. När ett klausulbelopp på detta sätt delas upp så frångås vad som gäller för förverkandeklausuler i allmänhet. Karlgren menar dock att detta är tvunget för att inte urholka formkravet. Han medger emellertid det konstlade i att använda beräkningsmetoder som skulle använts om ersättning kunnat utgå utan avtal därom, för att bestämma hur stor del av den avtalade klausulens från början abstrakt bestämda skadestånd som kan bli giltig. Den objektiva bedömningen av förverkandeklausuler anser Karlgren trots allt vara den bästa. Detta bedömningssätt är nämligen mest praktiskt tillämpligt samtidigt som det inte urholkar formkravets syfte.⁸¹

Vad Karlgren först och främst tycks mena är att ett lämpligt sätt att mjuka upp formkravet vid fastighetsköp är att ersätta det negativa intresset. Grund för ersättningsrätten skulle vara motpartens återopande av ogiltighet. Karlgren resonerar således helt utan tanke på någon form av culpöst handlande från den ersättningskyldiges sida. Att han inte säger sig kunna finna någon bindande grund för ersättningsrätt intill det negativa intresset är ytterligare en omständighet som tyder på att rättsfiguren culpa in contrahendo inte var erkänd vid denna tid, åtminstone inte i detta sammanhang. Därför ser Karlgren en avtalsförbindelse som enda möjligheten till ersättning, trots att ersättningsklausulen egentligen inte är bindande och trots att klausulbeloppet, helt emot klausulens egentliga natur, i praktiken ofta måste sättas ned för att formkravet inte skall urholkas. Avtal om ersättning är således vid tiden i fråga ingen idealisk lösning, men ses ändå som det bästa alternativet

Olsen har sin egen åsikt om ersättningsklausulers giltighet. Hon anser att det viktiga vid en bedömning av om en ersättningsklausul skall gälla vid ogiltigt avtal är att väga olika hänsyn mot varandra. Man måste se till syftet med ogiltighetsregeln, alternativa sätt att upprätthålla dessa syften och till billigheten mellan parterna. Först härefter kan man avgöra huruvida skadestånd kan utgå, trots ogiltigheten.⁸² Denna teori är mycket nyare än surrogatregeln och fungerar dessutom, enligt min mening, bättre eftersom man slipper moment 22-problematiken.

7.2 Handpenningavtal utan förverkandeklausul, NJA 1974 s. 526

7.2.1 Kort faktaredogörelse

I fallet i fråga överlämnas en handpenning till säljaren utan att i handpenningavtalet något nämns om att handpenningen skall förverkas om köpet inte kommer till stånd. När köpet inte blir av yrkar köparen att få tillbaka handpenningen. Säljaren motsätter sig detta och gör gällande att hon är berättigad att behålla handpenningen antingen på grund av en överenskommelse mellan parterna därom, eller som skadestånd för den förlust hon åsamkats till följd av att köpeavtalet inte kommit till stånd. HD menar att det visats att syftet med handpenningen var att ge säljaren säkerhet för att köpet skulle komma att fullföljas. Enligt HD kan ett sådant av parterna förutsatt syfte inte uppnås om inte handpenningen förverkas ifall köpet inte kommer till stånd. Trots avsaknaden av förverkandeklausul i handpenningavtalet anser HD därför att parterna måste utgått ifrån att handpenningen skulle kunna förverkas. HD

⁸¹ A.a., s. 306 ff.

⁸² Olsen, s. 70 f.

fortsätter med att slå fast att en utfästelse att i framtiden köpa fastighet inte är bindande för avgivaren. Därför kan köp inte framtvingas på grund av utfästelsen, och inte heller kan skadestånd på grund av kontraktsbrott utgå, eller handpenning förverkas, enbart på den grund att utfästelsen inte fullgörs. Detta gäller, enligt HD, även för en sådan handpenningöverenskommelse varom fråga är i målet. Så trots att parterna förutsatt att handpenningen skulle komma att förverkas vid löftesbrott så kan detta inte förutsättningslöst bli följden. Vid brutet löfte om fastighetsköp, eller vid brott mot avtal med liknande syfte, har dock den tilltänkte säljaren rätt att ur handpenningen tillgodogöra sig ersättning i viss omfattning. Denna ersättning omfattar särskild kostnad samt förlust som föranletts av handpenningavtalet.⁸³

7.2.2 Ersättningsrättens grund

HD konstaterar således att handpenningen i fallet hade till syfte att skaffa ett påtryckningsmedel för att fastighetsköp skulle komma till stånd. Handpenningen var inte enbart en förskottsbetalning, utan den var en länk i en form av utfästelse att köpa fastighet. Ett sådant löfte om köp är inte bindande. För att inte formkravet skall kringgåas kan inte ett löftesbrott leda till att hela handpenningen förverkas även om parterna förutsatt att så skulle komma att ske. Den tilltänkte säljaren får dock tillgodoräkna sig ersättning i viss omfattning. Frågan är varför det ens existerar en rätt att tillgodoräkna sig ersättning i viss omfattning. Den frågan ger HD, som jag ser det, inget tydligt svar på. Min teori går ut på att HD, givetvis, först tar hänsyn till parternas yrkanden. Den tilltänkte säljaren yrkar att få behålla erhållen handpenning antingen på grund av överenskommelse därom eller som skadestånd på grund av förlust till följd av att köpeavtalet inte kom till stånd. HD konstaterar att handpenningen inte är en förskottsbetalning utan ett påtryckningsmedel, och tolkar således in en förverkandeavsikt. Man behöver därför inte ta ställning till en eventuell skadeståndsrätt om någon sådan förverkandeavsikt inte funnits. Handpenningen torde dessutom innebära ett av parterna till storleken på förhand bestämt skadestånd, varför HD slår fast att ersättningens storlek måste rymmas inom ramen för handpenningen. HD säger att underlåtenhet att infria utfästelse om fastighetsköp inte medför skyldighet att utge skadestånd på grund av avtalsbrott enligt allmänna regler. Man säger också att handpenning, vid överenskommelse av den art varom fråga är i målet, inte förverkas *enbart* på grund av bristande fullgörande av utfästelsen. Jag anser att det måste gå att utläsa något mellan raderna i HD:s resonemang för att man överhuvudtaget skall komma fram till att det föreligger någon form av ersättningsrätt. Att observera är att HD slår fast att underlåtenhet att infria löfte om fastighetsköp ej medför skyldighet att utge skadestånd *på grund av avtalsbrott enligt allmänna regler*. Det finns dock en skadeståndsprincip som inte grundar sig på allmänna regler om avtalsbrott, nämligen principen om ersättning vid culpa in contrahendo. När man då slår fast att handpenningen inte kan förverkas *enbart* på grund av bristande fullgörande av utfästelsen, men en viss ersättningsrätt ändå *bör* föreligga, då är det enligt min mening inte helt avlägset att som grund för denna begränsade ersättningsrätt lägga principen om ersättning vid culpa in contrahendo. HD:s formulering tyder på att det krävs något ytterligare rekvisit förutom bristande fullgörande av löfte för att ersättningsrätt skall föreligga. Frågan är om detta ytterligare rekvisit, i HD:s formulering enligt min mening representerat av ordet *enbart*, är ett *culpöst* förorsakande av skada. Kleineman anser att så är fallet. Det är den genom *oaktsamhet* orsakade skadan som grundar rätten till ersättning. Kleineman menar att culporekvisitet leder

⁸³ NJA 1974 s. 526

till rimligare resultat. För nog vore det märkligt om en presumtiv säljare genom ett handpenningavtal fick rätt till skadestånd fastän köparen gjort klart att han var osäker och säljaren ändå avstått från att sälja till annan spekulant.⁸⁴ I ett hovrättsfall från 1996 uttrycker emellertid Hovrätten för Övre Norrland en annan åsikt när man uttryckligen anser att ”en köpare som ingått handpenningavtal kan drabbas av skadeståndsskyldighet utan att ens ha förfarit vårdslöst”⁸⁵. Denna åsikt delas dessutom av Grauers.⁸⁶

Själv kan jag inte heller finna att HD gjort någon form av oaktsamhetsbedömning i 1974 års fall. Om det således inte är oaktsamt beteende som utgör tungan på vågen i frågan om ersättning skall utgå, vad är det då för ytterligare rekvisit som krävs? Kanske är det så att det helt enkelt räcker som grund för ersättning att *skada* uppkommit. I så fall kan man fråga sig om ersättningens storlek, det vill säga det negativa intresset, verkligen grundar sig på principen om ersättning vid culpa in contrahendo, eller om det negativa intresset ersätts på andra grunder.

Under rubriken till 1974 års fall hänvisas bl.a. till fallen NJA 1946 s. 178 och NJA 1947 s. 215. I båda dessa fall förelåg skriftliga handpenningavtal som stadgade att handpenningen skulle förverkas om köpet inte fullföljdes. I 1946 års fall konstaterades att avtalet innebar att handpenningen skulle tillfalla säljaren som ersättning för den förlust som uppstod för denna, genom att tilltänt köpare undandrog sig att köpa fastigheten. Jag kan dock inte finna att HD diskuterade hur stor den verkliga förlusten var, utan säljaren fick behålla hela handpenningen. Karlgren uttrycker i en kommentar till fallet att domens ordalydelse skulle kunna innebära att HD avsåg att ersätta det positiva kontraktsintresset. Han tror emellertid inte att HD menade att ersättning skulle kunna utgå för skada utöver det negativa intresset.⁸⁷ Olsen anser att HD i fallet närmast tagit fasta på säljarens andrahandsyrkande. Handpenningen utgjorde i så fall en deposition av gottgörelse. Handpenningen förverkades i sin helhet eftersom förlustens storlek var svårbevisad men handpenningens storlek ansågs utgöra skälig ersättning.⁸⁸ I 1947 års fall återkommer formuleringen att handpenningen skall ersätta förlust. Här preciserade HD emellertid begreppet förlust. Handpenningen skulle ersätta förlust som uppstått genom att säljaren under överenskommen tid avhållit sig från att sälja fastigheten till annan spekulant. Arbete och kostnader i samband med handpenningavtalet skulle också ersättas. Det ansågs emellertid obilligt att säljaren skulle få behålla hela handpenningen, varvid förverkandeklausulen jämkades med hjälp av 37§ gamla avtalslagen. Inte i något av dessa fall finner jag spår av någon form av culparesonemang. Köparen bryter sitt löfte, säljarens *förlust* skall ersättas, punkt slut. Poängen tycks i stället vara att det är viss konkret skada som skall ersättas. Handpenningen kan inte förverkas hur som helst. Angående 1946 års fall menar både Karlgren och Olsen att HD, trots den något luddiga formuleringen, ansåg att endast förlust kunde ersättas. I 1947 års fall ansåg HD inte att hela handpenningen kunde förverkas, vilket också detta tyder på att bara förlusten skulle ersättas. Min slutsats är således att det inte krävs culpa, men jämväl förlust, det vill säga skada, för att handpenningen skall kunna förverkas.

I 1974 års fall slår HD fast att ersättning för ”särskild kostnad som föranletts av handpenningavtalet” kan utgå. Dessutom kan förlust som uppstått på grund av avtalet tänkas

⁸⁴ Kleineman II, s. 453

⁸⁵ RH 1996:154, s. 418

⁸⁶ Grauers, s. 68

⁸⁷ Karlgren I, s. 310

⁸⁸ Olsen, s. 78 f.

ersättas. Här ger HD som exempel ”förlust genom att säljaren avböjt att träffa avtal med annan”. Resonemanget och ordalydelsen känns igen från 1947 års fall. Både Kleineman och Grauers⁸⁹ anser att härmed menas sådan skada som passar in under begreppet negativt intresse. Samma åsikt uttrycks av Karlgren angående 1947 års fall⁹⁰. Kleineman menar att en ersättning för mellanskillnaden mellan det förlorade alternativet och vad säljaren slutligen får betalt för fastigheten innebär en ersättning för verklig skada som faller in under begreppet negativt intresse.⁹¹

Kleineman anser dock att resonemanget i 1974 års fall inte stämmer med inställningen att det blott är det negativa intresset som skall ersättas. HD:s bedömning av fallet är att parterna upprättade ett handpenningavtal genom vilket handpenningen skulle stå som säkerhet för att köparen skulle fullgöra köpet. För att uppnå detta syfte krävdes att handpenningen förverkades om så inte skedde. Kleineman anser emellertid att detta resonemang inte ger någon anledning att begränsa ersättningen till det negativa intresset. Huvudförpliktelsen enligt handpenningavtalet var att fastighetsköpet skulle fullgöras. Huvudregeln vid icke uppfylld huvudförpliktelse är ersättning som om förpliktelsen fullgjorts, med andra ord ersättning intill det positiva intresset. Kleineman menar emellertid att då ett belopp lämnas som säkerhet för en förpliktelse man enligt lag inte är tvungen att infria, och beloppet används för att täcka skada om förpliktelsen inte infrias, så handlar det inte om ersättning på grund av kontraktsbrott. Det handlar då istället om en ersättningsrätt enligt principen om culpa in contrahendo. Rätten till ersättning borde därför vara fristående från handpenningavtalet och enbart knuten till det skadegörande beteendet.⁹² Jag håller emellertid inte riktigt med Kleineman. HD:s resonemang om syftet med handpenningavtalet och den intolkade förverkandeavsikten ser jag som att HD försöker kategorisera den ifrågavarande handpenningöverenskommelsen för att kunna göra en riktig bedömning av fallet. Eftersom parterna förutsatt att handpenningen skall förverkas så är den ett påtryckningsmedel och det är således fråga om ett handpenningavtal av kategorin utfästelse att köpa fastighet. En sådan utfästelse, som i det här fallet är avtalets huvudförpliktelse, är *ogiltig*. Ersättning på grund av kontraktsbrott kan således inte utgå. Efter att ha konstaterat detta byter HD därför spår för att komma fram till om någon ersättning kan utgå på *giltig* väg. Om handpenningen bara hade varit ett förskott på köpeskillingen hade man inte kunnat tolka in en förverkandeavsikt. I fall fastighetsöverlåtelsen inte blivit av skulle handpenningen i så fall återbetalas. Då handpenningen bara är ett förskott krävs således någon fristående grund för att ersättning skall kunna utgå. I förevarande fall har parterna emellertid avtalat om ersättning då man förutsatt att handpenningen skall förverkas. Det huvudsakliga syftet med förverkandet är dock att skapa ett påtryckningsmedel för att köpet skall bli av. Att skapa en sådan påtryckning är att kringgå formkravet. Således kan inte hela handpenningen förverkas. Jag tror emellertid att HD ser chansen att kunna ersätta skada intill det negativa kontraktsintresset genom att använda sig av det förverkandeavtal som parterna trots allt anses ha slutit. Ersättning för det negativa intresset har sedan länge ansetts vara ett rimligt sätt att mjuka upp formkravet, och avtal därom har, som visats, godtagits i praxis. Då säljaren yrkar att få behålla handpenningen såsom ersättning för förlust tolkar HD således in det lilla - ersättning intill negativa intresset, i det stora - förverkande av hela handpenningen, och ger därmed säljaren rätt till viss ersättning.

⁸⁹ Grauers, s. 67, även not 1

⁹⁰ Karlgren I, s. 311

⁹¹ Kleineman II, s. 452

⁹² A.a., s. 451 f. även not 53

Kleineman anser att HD:s resonemang i 1974 års fall tyder på att det kan vara fråga om en ersättningsrätt styrd av principen om culpa in contrahendo. Denna ersättningsrätt är i så fall egentligen fristående från handpenningavtalet. I fallet i fråga anser jag emellertid inte att HD uttryckligen behövde ta ställning till huruvida ersättningsrätten var fristående från handpenningavtalet. Vad HD kan ha gjort i fallet är att man grundat sitt domslut på rättsfiguren culpa in contrahendo i stället för det ogiltiga handpenningavtalet, dock utan att uttryckligen nämna det. Eller så kan man ha rättfärdigt handpenningavtalets ersättningsklausul i den mån denna kan betraktas såsom ett surrogat för den skadeståndsskyldighet som avtals ogiltighet kan medföra, nämligen en skadeståndsskyldighet vid culpa in contrahendo. En annan möjlighet är den jag själv förespråkar. Jag tror att man helt enkelt anser en ersättningsrätt intill det negativa intresset föreligga utan någon inblandning av ett resonemang kring culpa in contrahendoprincipen. En ersättningsrätt intill det negativa intresset ansågs ju redan före culpa in contrahendoprincipens erkännande som lämplig och har godtagits i praxis.

7.2.3 Avtalets syfte

Olsen beskriver 1974 års fall som ett trendbrott så till vida att man i tidigare fall, NJA 1946 s. 178 och NJA 1947 s. 215, bestämde förverkandeklausulens giltighet på grundval av dess syfte, medan man i 1974 års fall inte tar någon hänsyn till syftet med klausulen. I 1946 och 1947 års fall var förverkandeklausulen giltig då den avsåg att ersätta förlust. I 1974 års fall var meningen med handpenningens förverkande att sätta press på motparten, men handpenningen användes ändå för att ersätta förlust. Olsen konstaterar att en bedömning av en förverkandeklausul utan hänsyn till dess syften stämmer överens med den metod Karlgren rekommenderar i sin uppsats från 1950, alltså tidsmässigt efter de rättsfall där syftet spelade roll men före 1974 års fall där syftet inte spelar någon roll.⁹³ Karlgren anser i denna uppsats att det mest rationella vore att bedöma förverkandeklausuler helt objektivt, utan hänsyn till dess syften. Begränsningen skall i stället ligga i att endast viss skada ersätts. Vad Karlgren förespråkar, och vad HD tycks ta fasta på i 1974 års fall, är helt enkelt större konsekvens i rättstillämpningen. I de fall där syftet använts för att bestämma handpenningavtalets giltighet är det, enligt min mening, ändå inte avtalets syfte som är den viktigaste gemensamma nämnaren, utan vad det till synes enda godtagbara syftet innebär, med andra ord en ersättningsrätt som täcker det negativa kontraktsintresset. Varför vid giltighetsbedömningen bara se till syftet, när man kan nå ett steg närmare huvudpoängen, nämligen vad det godtagbara syftet i praktiken ger för resultat? Att inte grunda giltigheten på önskat resultat utan på en formel som man tror kommer att ge önskat resultat är i mina ögon detsamma som att nöja sig med något annat än det bästa alternativet. Alltså torde det i fallen från 40-talet i själva verket vara ersättningsens omfattning som grundar avtalets giltighet. Detta, menar jag, stämmer med resonemanget att det är *formkravets* syfte som är grunden för skadeståndets giltighet. Formkravets syfte kringgås inte om ersättningsnivån hålls vid det negativa intresset. Så länge ersättningsens storlek inte överstiger det negativa intresset torde således ersättningsklausulen kunna vara giltigt oavsett syfte. Ett tecken på att rättsutvecklingen sedan en längre tid varit på väg mot denna, av Karlgren förespråkade och av HD troligtvis tillämpade, metod, går eventuellt att finna redan i 1947 års fall. Där menar nämligen HD att handpenningavtalet anses bindande *såvitt* det avser att ersätta förlust på grund av att säljaren avhållit sig från att sälja till annan samt kostnader i samband med handpenningavtalet. Ordet

⁹³ Olsen, s. 78 ff.

såvitt kan ha två olika betydelser⁹⁴. I sin första betydelse, *om, ifall*, får HD:s yttrande innebörden att syftet med avtalet är avgörande för hela dess giltighet. I sin andra betydelse, *så långt som*, får yttrandet emellertid en betydelse som mer liknar Karlgrens rekommendation. Avtalet blir då giltigt *till den del* det avser att ersätta viss skada, även om detta inte är avtalets enda eller huvudsakliga syfte. Karlgren tar upp denna senare möjlighet till diskussion. Om det var så att handpenningavtalet i 1947 års fall avsåg att inte bara ersätta förlust, utan även, som Karlgren benämner det, att sanktionera ett ogiltigt huvudavtal, så anser han det vara märkligt att handpenningavtalet faktiskt blev gällande i sin helhet. I stället borde avtalet bara partiellt godtagits. Karlgren anser emellertid att det ändå är möjligt att HD avsett att dela upp klausulbeloppet, och att det är därför man jämkat ersättningen med hjälp av avtalslagen. Att använda avtalslagen för att uppnå detta syfte anser han emellertid inte vara en bra lösning.⁹⁵

7.3 Handpenning och ordinär ersättningsklausul

När Karlgren resonerar angående handpenningavtal utgår han ifrån att överenskommelse om vite samt överenskommelse om förverkande är samma sak⁹⁶. Olsen skiljer dock dessa företeelser åt och menar att det inte på något sätt är klarlagt hur handpenningen skall behandlas eller ersättning utgå då det finns ett föravtal med en så kallad ordinär ersättningsklausul som kräver betalning vid "kontraktsbrott". 1974 års fall behandlar ju enbart förverkande. Olsen anser dock att även en ordinär ersättningsklausul på något sätt måste kunna godtas eftersom en sådan ersättningsklausul är det enda sättet varpå *köparen* kan skyddas mot förlust. En förverkandeklausul i ett handpenningavtal skyddar ju bara säljaren. Olsen menar att HD i 1974 års fall antyder att också köparen kan skyddas. Detta uttrycks genom att man slår fast att ersättningsrätten vid brutet löfte att köpa fastighet också gäller vid brott mot "därmed till syftet likartat avtal". Ett sådant "till syftet likartat avtal" kan, enligt Olsen, vara ett avtal om ersättning till köparen om säljaren drar sig ur. För att de av HD i 1974 års fall uppställda förutsättningarna för ersättningsrätt skall vara uppfyllda, anser Olsen emellertid att det torde krävas någon form av samband mellan ersättningsklausulen och handpenningen. Hon menar att kravet på anknytning till handpenningen kan lösas genom att det avtalade belopp som köparen erhåller vid skada, till sin storlek uttryckligen är lika med handpenningen.⁹⁷

Jag är dock inte så säker på att HD i 1974 års fall avser att slå fast att det krävs ett samband mellan handpenningen och ersättningsklausulen för att ersättning skall kunna utgå. Som redan nämnts anser jag att HD i fallet egentligen inte behöver ta ställning till något annat förhållande än att handpenning lämnats med förverkandeavsikt. Att HD i sina domskäl, då ersättningsrätten utreds, tar upp att handpenning lämnats och att den förutsatts kunna komma att förverkas tror jag inte innebär att man därmed också ställer upp kriterier för giltighet. I stället tror jag det betyder att HD enbart vill klargöra huruvida handpenningen lämnats just med tanke på ett förverkande eller blott som ett förskott. Genom förverkandeavsikten kan ersättning anses vara *avtalad* och man behöver inte ta ställning till huruvida det föreligger en från avtalet fristående rätt till ersättning. Som jag ser det är det inte anknytningen till handpenningen som är det viktiga. Det som har någon betydelse i fallet är i stället att

⁹⁴ Bonniers ordbok

⁹⁵ Karlgren I, s. 311 f.

⁹⁶ A.a., s. 306

⁹⁷ Olsen, s. 80 f.

ersättning *avtalats*. Utan någon form av avtal tror jag HD finner det svårt att utge ersättning. Därför anser jag inte att man utifrån HD:s resonemang kan dra några generella slutsatser angående ersättningsklausuler som därigenom utesluter rätt till ersättning då någon anknytning till en handpenning inte föreligger. Eftersom det dessutom är så att handpenningen, oavsett vad som avtalats, inte kan förverkas till större del än vad som täcker det negativa intresset, verkar det inte vara anknytningen mellan ersättningsklausulen och handpenningen som är det viktiga, utan hur stor del av ersättningen som anses falla in under begreppet negativt intresse. Skulle man, à la Olsen, skapa en anknytning till handpenningen för att skydda köparen mot förlust, så kan köparen ändå bara få ersättning intill det negativa intresset. Då kan man fråga sig vad denna skapade anknytning har för mening.

7.4 Enbart ordinär ersättningsklausul

Vid utfästelse att sälja eller köpa fast egendom, då handpenning varken överlämnats eller avtalats, menar Olsen, i linje med vad som framkommit i föregående kapitel, att en ersättningsklausuls giltighet inte kan stödjas på 1974 års fall. Jag anser visserligen att HD inte gör något tydligt ställningstagande i frågan, varken till fördel eller nackdel för en ersättningsklausul utan anknytning till handpenning, men som jag ser det, och som jag gett uttryck för, så tror jag inte att 1974 års fall betyder att en anknytning till handpenning krävs. HD behöver i fallet inte uttryckligen ta ställning till huruvida en ersättningsklausul är giltig utan handpenning. Jag anser emellertid att man ur fallet kan utläsa en betoning på att ersättning skall vara avtalad, och i så fall torde en anknytning till en handpenning inte behövas. Fall avseende avtal med enbart ordinär ersättningsklausul från så långt tillbaka i tiden som seklets början finns behandlade i doktrinen. Olsen anser dock att det är svårt att ur dessa fall utröna vilka omständigheter som varit utslagsgivande vid domstolarnas bedömning. Det finns nämligen både fall där ersättningsklausulen accepterats och där den inte accepterats.⁹⁸

Olika teorier har framlagts vad gäller innebörden av HD:s praxis angående ordinära ersättningsklausuler. En av dessa teorier lägger vikt vid att ersättningsutfästelsen, då den ansetts giltig, ingått i en annan avtalstyp än avtal om fastighetsöverlåtelse. Så var fallet i både NJA 1903 s. 148, där utfästelsen ingick som en ersättning till en borgenär för dennes åtagande av borgensansvar till förmån för gäldenärerna, samt i NJA 1926 s. 336, där utfästelsen ingick i ett uppdrag att befria en fastighet från in-teckningar.⁹⁹ Angående 1903 års fall uttalar Karlgren att HD troligtvis starkt influerats av förbindelsens borgens- och pantsättningscausa¹⁰⁰. Detta leder vidare till en något oklar del av den diskussion som förts om ordinära ersättningsklausulers giltighet. Upprinnelsen till denna diskussion är ett uttalande av Undén. I detta uttalande slår han först och främst fast att ”De fall där en skadeståndstalan i praxis godkänts synas vara sådana där en särskild förbindelse utfärdats, avseende skyldighet för löftesgivaren att utbetala ersättning för vissa kostnader... därest visst fastighetsköp ej komme till stånd”¹⁰¹. Därefter följer det omtvistade uttalandet där han som krav för ersättning uppställer att ”Utfästelsen att sälja har framstått i form av ett villkor i en självständig

⁹⁸ A.a., s. 91 f.

⁹⁹ A.a., s. 83

¹⁰⁰ Karlgren I, s. 309

¹⁰¹ Undén, s. 118 (cit.)

betalningsutfästelse från löftesgivarens sida eller såsom ett led i ett uppdragsförhållande”¹⁰². Uttalandet kan tolkas på flera olika sätt och så har också skett.

I kap. 7.1 har jag redan behandlat att Karlgren betonar det faktum att en ersättningsklausul utan egen causa egentligen inte är giltig då huvudavtalet är ogiltigt. I anslutning till Undéns uttalande om en självständig betalningsutfästelse kommer Karlgren således med inlägget att det först är då en annan causa än fastighetsköpets kan påvisas som det föreligger tillräcklig självständighet för att klausulen skall anses giltig. Denna inställning förklarar Karlgrens uttalande angående 1903 års fall. Det räcker således inte att överenskommelsen om ersättning är utformad som ett fristående avtal, av Karlgren kallat ett ”till synes självständigt betalningsåtagande”, utan en helt annan causa krävs. Direkt efter citatet om ett ”till synes självständigt betalningsåtagande” skriver Karlgren emellertid ”jfr dock Undén”.¹⁰³ Jag anser att det lilla ordet ”dock” tyder på att Karlgren tolkar Undéns uttalande som att det enligt honom skulle räcka med ett sådant ”till synes självständigt betalningsåtagande” för att ersättning skall kunna utgå. Karlgren ger emellertid, genom att kalla betalningsåtagandet *till synes* självständigt, uttryck för att betalningsåtagandet inte har den självständiga form som han själv menar torde krävas för en rätt till ersättning. Av vad som framgått angående Karlgrens åsikter torde denna självständiga form uppnås först då en helt annan causa går att påvisa.

Även i lagberedningens förslag till jordabalk från 1947 hänvisas till Undéns uttalande. Detta görs i samband med diskussionen huruvida det föreligger en skyldighet att ersätta skada då *pactum de contrahendo* inte fullgörs. LB menar, med inspiration hämtad från Undéns uttalande, att skyldigheten, för att godtas, skall ha karaktären av ett självständigt betalningsåtagande.¹⁰⁴ Någon närmare förklaring av begreppet självständigt betalningsåtagande ger LB inte. Något ställningstagande till huruvida det krävs annan causa än fastighetsköpets kan jag inte utläsa ur LB:s resonemang. Det ligger således närmare till hands att tro att LB tolkar Undéns uttalande på samma sätt som Karlgren, än att LB delar den åsikt som är Karlgrens egen.

Själv tolkar jag Undéns resonemang på ett något annorlunda sätt än Karlgren. Det första citatet av Undén anser jag behandlar de grundläggande förutsättningar som i praxis tycks ha krävts för att ersättning vid brutet löfte om fastighetsöverlåtelse överhuvudtaget skall kunna komma ifråga. Det krävs således att en särskild förbindelse att ersätta kostnader utfärdats. Detta kan ses som en nödvändig men, på grund av Undéns vidare resonemang, inte tillräcklig förutsättning för att ersättning skall kunna utgå. Det krävs nämligen dessutom att utfästelsen att sälja är av ett särskilt slag. Det är detta faktum som behandlas i det andra, omtvistade, citatet. Det verkar som om lokutionen ”sjelvständig betalningsutfästelse”, hämtad från Undéns andra citat, i doktrinen över lag tolkats som att Undén här syftar på utfästelsen att betala ersättning vid löftesbrott. Jag tror emellertid att Undén med uttrycket ”sjelvständig betalningsutfästelse” menar en betalningsutfästelse helt fristående från det förestående fastighetsköpet. Vad jag tror menas är i stället att löftet om fastighetsförsäljning, av någon anledning, egalt vilken, ingår som en del i en *annan* betalningsutfästelse. Undéns formulering är ju att utfästelsen att sälja är ett villkor i en självständig betalningsutfästelse. Denna formulering tolkar jag som att villkoret är att utfästelsen att sälja hålls, inte att den *inte* hålls.

¹⁰² A.a., s. 118 (cit.)

¹⁰³ Karlgren I, s. 304, not 2

¹⁰⁴ SOU 1947:38, s. 161

Att utfästelsen att sälja *inte* hålls torde vara villkoret för ersättning vid den form av löftesbrott som behandlas i denna uppsats. Undéns andra citat innebär således att den självständiga betalningsutfästelsen inte är uppfylld om inte fastigheten säljs. Fastighetsförsäljningen är således att se som en del av en annan, av fastighetsöverlåtelsen egentligen oavhängig, betalning.

Malmström ger i ett fall från 1965 sin tolkningsversion av Undéns resonemang. Jag anser dock att Malmström kastar om i Undéns formulering när han menar att den självständiga betalningsutfästelsen är villkorad av att köpet *inte* sker.¹⁰⁵ Att ersättning utgår först då köp *inte* kommer till stånd behandlas ju av Undén redan i hans första citat, så det behöver knappast påminnas om. Men, kan Malmströms tolkning ändå vara det riktiga, och det nya med det andra citatet i stället är att man måste avtala om ersättningsrätt i en *självständig* betalningsutfästelse? Detta är uppenbarligen Malmströms åsikt, eftersom han menar att det svåra med Undéns resonemang är att avgöra när en betalningsutfästelse är självständig och när den endast är en accessorisk vitesutfästelse. Jag håller med Malmström om att detta är en betydande svårighet. I själva verket anser jag det vara i stort sett omöjligt för en betalningsutfästelse att vara självständig på så sätt att den inte längre är accessorisk, samtidigt som den avser att uppfylla de förutsättningar för rätt till ersättning som uppställs i det första citatet. Jag håller därför fortfarande fast vid min egen teori. Till stöd härför vill jag dessutom citera den mening som i Undéns arbete står att finna mellan de citat jag kallar det första och det andra: ”Det har i dessa fall ej varit fråga om ett i samband med fastighetsköp stipulerat förbehåll, innebärande vare sig återköpsrätt eller resolutivt villkor, ej heller om ett anbud av vanlig typ”¹⁰⁶. Detta uttalande av Undén anser jag tyder på att det inte duger med vilket löfte om fastighetsförsäljning som helst för att avtalad ersättning skall kunna utgå. Det krävs något särskilt av löftet, nämligen vad det andra citatet slår fast, att löftet framstår som ett villkor i en självständig betalningsutfästelse. Som ytterligare stöd för min teori vill jag betona slutklämmen på det andra citatet, som säger att det också går bra att löftet framstår såsom ett led i ett uppdragsförhållande. Om andra citatet har för avsikt att göra gällande att endast ersättningsklausuler utformade som självständiga betalningsutfästelser är giltiga, så kan man fråga sig varför detta i så fall inte skall gälla i uppdragsförhållanden. De slutsatser jag drar av Undéns resonemang är således att det andra citatet inte avser att säga något om förhållandet mellan ersättningsklausulen och försäljningslöftet utan att det endast slår fast hur själva försäljningslöftet måste vara utformat för att ett brott emot detta skall kunna berättiga till ersättning. Genom min tolkning av Undéns resonemang kommer jag därmed fram till att utfästelsen om fastighetsöverlåtelse, för att ersättningsklausulen skall vara giltig, måste ingå i ett större sammanhang där fastighetsöverlåtelsen inte är det huvudsakliga målet. Genom att inte hålla fast vid löftet om fastighetsöverlåtelse uppfyller den löftesgivande parten i så fall inte sina förpliktelser i det större sammanhanget. Enligt min mening torde detta kunna stämma med Karlgrens teori som säger att det för att en ersättningsklausul skall vara giltig krävs en annan causa än fastighetsköpets. Olsen påpekar dock att resonemanget att utfästelsen att sälja fast egendom måste ingå i en annan avtalstyp för att ersättningsklausulen skall vara giltig, inte stämmer varken med 1946 eller 1947 års fall¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Malmströms utlåtande i NJA 1965 s. 306, s. 316

¹⁰⁶ Undén, s. 118

¹⁰⁷ Olsen, s. 83 f.

En annan teori kring giltighetsbedömningen av ersättningsklausuler är att man tillmäter klausuler verkan i de fall där deras syfte är att ersätta förlust uppgående till det negativa intresset. Till stöd för denna teori har, bland andra, 1946 och 1947 års fall åberopats. Det är också på detta sätt Olsen tolkar surrogatregeln, nämligen att det krävs att ersättningsklausulens *syfte* är att ersätta förlust uppgående till det negativa intresset.¹⁰⁸ Jag anser emellertid inte att Rodhes resonemang kring surrogatregeln tvunget har denna, av Olsen förespråkade, innebörd. Vad Rodhe beskriver är en tendens att godta en vitesklausul även vid ogiltigt avtal, ”i den mån den kan betraktas såsom surrogat för den till negativa intresset begränsade skadeståndsskyldighet, som avtalets ogiltighet kan medföra”¹⁰⁹. Uttrycket ”*i den mån*” anser jag tyda på att vitesklausulen, oavsett övergripande syfte, blir gällande i den utsträckning, det vill säga till den del, den ersätter det negativa intresset.

Även om Olsen anser att HD i 1974 års fall slår fast att förverkandeklausuler i handpenningavtal är giltiga oavsett syfte, så frågar hon sig hur prejudikatsverkan av äldre rättsfall angående ordinära ersättningsklausuler påverkas. Hon kommer fram till att 1974 års fall inte avser att ändra praxis, och att en ordinär ersättningsklausul således, enligt hennes uppfattning, giltighetsprövas på grundval av sitt syfte. Detta ställningstagande grundar hon på att både 1946 och 1947 års fall åberopas vid rubriken till 1974 års fall utan att HD sedan tar avstånd från de lösningar dessa båda fall från 40-talet står för. Dessutom avgjordes 1974 års fall inte i plenum, vilket torde krävas om ändring av praxis avses. Slutligen menar Olsen att HD:s allmänna uttalande beträffande ersättningsklausuler, ”att vite ej förfaller eller handpenning ej förverkas *enbart* på grund av det bristande fullgörandet av utfästelsen”¹¹⁰, genom ordet ”*enbart*” lämnar utrymme för en viss giltighetsprövning enligt de gamla fallen.¹¹¹

För det första anser jag inte att man ur de båda fallen från 40-talet, och inte heller ur övriga fall från tiden före 1974, kan utläsa någon otvetydig lösning på hur ersättningsklausuler skall behandlas ur giltighetshänseende. Alltså anser jag det vara svårt att avgöra huruvida HD i 1974 års fall avser att ändra praxis i fråga om ordinära ersättningsklausuler eller ej. Jag är dock villig att dra vissa slutsatser av fallet och har då svårt att ur kontexten i 1974 års fall, på det sätt Olsen gör, tolka ordet *enbart* som att HD avser att hålla fast vid en giltighetsprövning på grundval av en ordinär ersättningsklausuls syfte. Förverkande av handpenning nämns också i sammanhanget, och här anser HD uppenbarligen att syftet *inte* spelar någon roll. Att i meningen i fråga ha med uttalandet om vite har ingen mening för avgörandet av målet. Att HD ändå nämner vitet anser jag tyder på att man ser på vitet på samma sätt som på förverkande av handpenning. Liksom jag redan tidigare tagit upp till behandling tror jag att det viktigaste med de båda fallen från 40-talet är att de slår fast att det endast är ersättning för viss förlust som kan komma att utgå. Huvudpoängen är således egentligen inte ersättningsklausulernas syfte utan vad ersättningsklausulerna i praktiken ger ersättning för. Denna syn på vad som kan ersättas hålls fast vid i 1974 års fall, och därför anser jag inte att det är konstigt att de båda fallen från 40-talet åberopas vid dess rubrik. Således tror jag att ordet ”*enbart*” syftar på att det förutom bristande fullgörande också krävs skada för att ersättning skall utgå. På så sätt görs ju faktiskt en giltighetsprövning enligt de gamla fallen, men inte på det sätt Olsen menar. Jag anser därmed ha funnit stöd för min åsikt att det viktiga i 1974 års fall är att ersättning

¹⁰⁸ A.a., s. 82 f.

¹⁰⁹ Rodhe, s. 588 (cit.)

¹¹⁰ NJA 1974 s. 526

¹¹¹ Olsen, s. 83

avtalats, inte att det handlar om förverkande av handpenning. Jag sällar mig därmed till Karlgrens åsikt att vite och förverkande av handpenning skall behandlas lika.

7.5 Slutsats angående ersättningsklausuler

Jag anser att det är mycket, både i doktrin och praxis, som tyder på att det från början var viljan att få ge ersättning åt dem som råkat illa ut på grund av formkravet, som drog igång en något stapplande utveckling kring ersättningsklausuler. Viljan att ge ersättning fanns helt enkelt före möjligheten. Att låta denna vilja leda fram till att det utvecklas bestämda och överskådliga regler som modifierar befintliga ogiltighetsbestämmelser är helt i sin ordning enligt Karlgren. Han menar dock att det svåra då en sådan utveckling sker genom domstolspraxis är att den sker stegvis, vilket medför ett form av mellanstadium då reglernas innebörd ter sig ganska osäker.¹¹² Jag är av åsikten att detta uttalande är mycket träffande vad gäller den problematik som behandlas i denna uppsats.

Att ersättningsklausuler i avtal med annan causa än fastighetsköpets är giltiga då huvudförpliktelsen är giltig är helt självklart. Ersättningsklausulen är då inte knuten till en ogiltig huvudförpliktelse som gör att även klausulen blir ogiltig. Detta är, enligt min mening, vad Undén och Karlgren slår fast, och det gäller givetvis även i dag. Att en ersättningsklausul inte på något sätt kan anses giltig då den är knuten till ett löfte om fastighetsöverlåtelse, ett löfte som egentligen är ogiltigt, avvisar jag emellertid med bestämdhet. Åtskilliga är dock de teorier som försöker ge svar på frågan varför sådana klausuler trots allt anses vara giltiga.

Frågan är således vad som gör en ersättningsklausul giltig då den är knuten till ett löfte om fastighetsöverlåtelse. I 1974 års fall slår HD fast att syftet med ersättningen är egalt, åtminstone då det handlar om förverkande av handpenning. Det viktiga tycks vara att ersättningen i praktiken inte blir större än att den täcker viss förlust, enligt doktrinen hänförlig till begreppet negativt intresse. Olsen vill emellertid inte applicera detta resonemang på ordinära ersättningsklausuler. Jag menar dock att det viktiga i 1974 års fall inte är anknytningen till handpenningen utan att parterna avtalat om ersättning. Jag anser därmed att de slutsatser som dras i detta fall bör kunna tillämpas vid alla former av avtalade ersättningsklausuler. Den metod för giltighetsbedömning som Karlgren redan på 1950-talet förespråkar anser jag därmed har gott fog för sig. Har man således, då löfte om fastighetsöverlåtelse inte hålls, på något sätt genom avtal gett skadelidande part rätt till ersättning, så gäller detta avtal, oavsett syfte, i så stor utsträckning att det negativa intresset ersätts. På detta sätt kringgås inte formkravet, vilket i grunden torde vara roten till att löfte om fastighetsköp inte anses bindande och att därmed inte heller en ersättningsklausul knuten till detta löfte är giltig. Genom att, oavsett ersättningsklausulens utformning, använda denna giltighetsgrund för rätten till ersättning anser jag att man efter ett helt århundrades sökande efter fasta tuvor i regelträsket, funnit ett konsekvent mönster att följa bland tuvorna. Huvudregeln om ersättningsklausulens accessoriska form frångås visserligen, men detta tycks ju inte ens tidigare varit det huvudsakliga bekymret. Bekymret har i stället varit att finna ett konsekvent sätt varpå det kan anses rimligt att frångå huvudregeln.

¹¹² Karlgren I, s. 302 f.

8 Föravtal kontra culpa in contrahendo

Frågan är om det finns någon rätt till ersättning då det saknas någon form av avtalad betalningsutfästelse. Grauers är av åsikten att det alltid krävs någon form av handpenningavtal för att en part skall ha rätt att kräva ersättning för skada ifall motparten drar sig ur ett icke fullgånget fastighetsköp. Han menar att då ingen av parterna på något sätt åtagit sig att betala skadestånd så är det fritt fram att utan sanktioner som följd dra sig ur köpet. Detta ställningstagande grundar han på HD:s uttalande i 1973 års fall att köparen inte ”åtagit sig”¹¹³ att svara för kostnaderna. Utan åtagande, ingen grund för skadestånd. Grauers ser 1973 års fall som en bekräftelse på HD:s obenägenhet att döma ut ersättning vid culpa in contrahendo. Om man i stället följer Kleinemans linje och låter handpenningavtalet berättiga till ersättning, inte genom sin blotta existens utan genom den, enligt honom, bakomliggande principen om culpa in contrahendo, så torde det vara lättare att försvara en ersättningsrätt även då avtal därom saknas. Grauers kritiserar emellertid Kleinemans åsikt att 1974 års fall grundar sig på principen om culpa in contrahendo, men han instämmer ändå med Kleineman i att culpa in contrahendo *borde* erkännas som självständig grund för skadestånd. Grauers anser det nämligen vara märkligt att en illojalt handlande förhandlingspart går fri från ansvar då inget handpenningavtal finns, medan avtalspart som på ett icke vårdslöst sätt orsakar att fastighetsköp inte fullföljs kan bli ersättningskyldig då det finns handpenningavtal.¹¹⁴

Kleineman anser att det som rättsläget ser ut i dag inte borde vara någon skillnad i rätten till ersättning antingen det föreligger en form av handpenningavtal eller ett ogiltigt skriftligt fastighetsköp. Begränsningen i rätten till skadestånd bygger på tanken att formkravets syften inte får lov att genombrytas genom ett kontraktuellt ansvar intill det positiva kontraktshintresset. Så länge detta inte sker borde allt vara till belåtenhet, oavsett om ersättning utgår med hjälp av föravtal eller ej. Kleineman anser att man i syfte att upprätthålla någon form av konsekvens i rättssystemet borde förändra synen på formföreskrifterna vid fastighetsköp, på samma sätt som HD genom 1992 års fall gjort vid köp av bostadsrätt. Men eftersom HD i 1992 års fall, trots sina slutsatser angående optionsavtal vid *bostadsrättsköp*, ansåg sig bunden av sin tidigare praxis vad gäller formkravet vid *fastighetsköp*, så torde en sådan förändring kräva plenumavgörande eller rentav lagstiftning. Kleinemans slutsats är att man så länge bundenhet vid skriftliga föravtal om köp av fast egendom inte accepteras inte heller kommer att få uppleva ersättning till det positiva intresset, allt för att värna om formkravets syften. Han anser dock att det erkännande av en ersättning intill det negativa intresset som skett genom handpenningavtalet också innebär ett erkännande av själva principen om ansvar för culpa in contrahendo. När denna princip i dag således är erkänd frågar sig Kleineman varför ersättningen inte kan utgå på skadeståndsrättslig grund, utan det måste finnas ett handpenningavtal. Detta är särskilt märkligt då det, för att ersättning skall kunna utgå, inte finns något krav på att ersättningsfrågan över huvud taget skall nämnas i handpenningavtalet. Det är dessutom helt ologiskt att det skall krävas ett giltigt avtal i form av ett föravtal för att ersättning enligt principen om culpa in contrahendo i prekontraktuella relationer skall utgå. Föravtalet är ju inte ett prekontraktuellt förhållande utan ett kontraktuellt förhållande. Kleineman anser att rätten till ersättning måste vara lika välgrundad vid ogiltigt fastighetsköp som vid giltigt för- eller optionsavtal. Vad Kleineman tycks grunda hela sitt

¹¹³ NJA 1973 s. 175 (cit.)

¹¹⁴ Grauers, s. 65 ff.

resonemang på är det faktum att en ersättning intill det negativa kontraktsintresset med någon form av logisk nödvändighet torde stamma ur principen om culpa in contrahendo och att det i så fall inte är förekomsten av ett föravtal som är den ersättningsgrundande faktorn, utan skadevållarens deliktueella beteende. Kleineman menar sålunda att handpeningavtalet är ett ”rättsligt skenargument”¹¹⁵ och att ersättning vid culpa in contrahendo skall utbetalas oberoende av förekomsten av något föravtal. Annars blir det snarast slumpen som avgör huruvida skadestånd skall utgå eller ej.¹¹⁶

Själv delar jag emellertid inte riktigt Kleinemans åsikter. Jag tror i stället att utvecklingen gått till på ett lite annorlunda sätt. Då man insåg att ogiltigheten på grund av formfel kunde medföra att en part på ett oförsvärbart sätt led skada ville man också kunna ersätta denna skada. Den metod man i domstolarna började tillämpa var att ge ersättning intill negativt intresse, eftersom man ansåg att denna ersättningsform inte urholkade formkravet. Ersättning utgick då man avtalat därom, eftersom det egentligen inte fanns någon giltig grund för ersättningsrätten och avtalet åtminstone till viss del ansågs rättfärdiga denna rätt. Ersättningsrätten grundades således inte på någon form av culpöst handlande, som Kleineman vill få det till, utan det var själva avtalet och den lidna skadan som gav rätt till ersättning. Jag tror inte att HD i 1973 års fall avsåg att utesluta rätten till ersättning vid culpa in contrahendo. HD kunde helt enkelt inte ta ställning till denna ersättningsform. Genom sina formuleringar i domen anser jag emellertid att HD lämnade möjligheten till ett ansvar vid culpa in contrahendo öppen inför framtiden. Numera är principen om culpa in contrahendo allmänt accepterad och det visar sig att denna princip på många sätt passar in då det gäller att ge ersättning vid ogiltigt fastighetsköp. Flera av de problem som uppstår vid avtalad ersättning löses om man godtar denna princip som fristående grund för skadestånd. En överensstämmelse med formkravets syfte torde lättare uppnås, eftersom ersättningsrätten vid culpa in contrahendo inte sträcker sig längre än till det negativa intresset. Med det culpösa handlandet som grund för skadeståndsskyldigheten slipper man dessutom det slumpmässiga i att ersättning kan utgå endast när så avtalats. Då ersättning kan utgå vid culpa in contrahendo passar dessutom surrogat-teorin bättre vid giltighetsbedömningen av föravtal. Det är nämligen först då man i samband med fastighetsöverlåtelse godtar ersättning vid culpa in contrahendo som det finns en fristående rätt till skadestånd som föravtalet kan ses som ett surrogat för. En från avtal fristående rätt till skadestånd var precis vad Karlgren önskar redan under 1950-talet när han uttalar att ersättning egentligen borde kunna utgå utan avtal därom, men att någon grund därför inte står att finna. Denna grund finner man nu i principen om culpa in contrahendo.

8.1 Problematik kring det negativa intresset och formkravets upprätthållande

Vad jag har funnit är att ersättningsrätten vid ett icke uppfyllt föravtal, som innehåller ett löfte om framtida fastighetsöverlåtelse, grundas på förekomsten av faktisk skada samt att någon form av ersättning kan anses vara avtalad. Det enda som behöver visas för att avtalad ersättning intill negativa intresset skall utgå är således skada. Jag finner emellertid att en problematisk situation kan uppstå då en part drar på sig sin skada till exempel genom ren slapphet. Situationen kan exempelvis vara den att en presumtiv säljare, trots vetskapen om att den löftesgivande motparten är osäker, inte säljer till annan spekulant. Frågan är om den

¹¹⁵ Kleineman II, s. 455 (cit.)

¹¹⁶ A.a., s. 453 ff.

presumtive säljaren kan få ersättning för den sortens skada som härigenom kan uppstå. Det handlar om skada som begreppsmässigt torde falla in under definitionen negativt intresse, men som i praktiken innebär att skadelidande part kan vältra över sin medvetet tagna risk på motparten. Jag är tveksam till huruvida detta kan ha varit tanken då man i praxis började godta avtalad ersättning. Den skadelidande har i denna typ av fall i själva verket åsamkat sig själv skada. Jag anser det inte vara förenligt med formkravets syfte att motparten skall bli skyldig att ersätta denna typ av skada.

Ersättningsklausulen ålägger löftesbrytaren ett strikt ansvar, vilket i och för sig inte är konstigt för en ersättningsklausul. Problemet med ovan anförda exempel är, enligt min mening, att en ersättningsklausul som ålägger strikt ansvar inte torde stämma överens med formkravets syfte. Eftersom blott ett löfte om fastighetsöverlåtelse inte är bindande skall löftesgivaren inte, vid icke uppfyllt löfte, bli tvungen att ersätta skada som uppkommer genom att motparten, trots sin vetskap om löftesgivarens osäkerhet, handlar som om löftet verkligen är bindande och överlåtelsen därmed med säkerhet kommer att ske. Tanken bakom en ersättningsrätt vid sviket löfte om fastighetsöverlåtelse är ju snarast att få bukt med formkravets orimliga resultat. Den part som genom att förlita sig på löftesgivaren råkar illa ut anses rättsskyddsbehövande. Om en part däremot tar en medveten risk av det slag som här behandlas, handlar det knappast om att råka illa ut på grund av tillit gentemot löftesgivande part. Det är inte ”synd om” den som tar en medveten risk. Att låta löftesgivaren ansvara för den skada som följer på en av motparten medvetet tagen risk torde vara detsamma som att straffa löftesgivaren för att han frångår sitt löfte, vilket i sin tur torde vara detsamma som att kringgå regeln att löfte om fastighetsöverlåtelse inte är bindande.

Att löftesgivaren blir tvungen att betala ersättning då han är den som på ett culpöst eller dolöst sätt orsakat motpartens skada anser jag däremot inte vara oskäligt. För att culpöst vilseledande i fråga om intentioner skall föreligga krävs att den vilseledde hyst befogad tillit till den information som förmedlat motpartens intentioner. Då den skadelidande parten hyst sådan befogad tillit torde kriterierna för att vara rättsskyddsbehövande vara uppfyllda. Löftesgivaren skall således inte i alla situationer, utan efterverkningar, kunna utnyttja det faktum att han när som helst kan ta tillbaka sitt löfte.

Det slår mig således att samstämmigheten med formkravet egentligen inte beror enbart på det i doktrinen diskuterade negativa och positiva kontraktsintresset. Det torde krävas ytterligare en dimension i giltighetsbedömningen, nämligen det subjektiva rekvisitet. Då det subjektiva rekvisitet är uppfyllt torde det emellertid fortfarande vara så att det negativa kontraktsintresset sätter ersättningens yttre gränser för att man inte skall kringgå formkravet. Jag frågar mig emellertid hur man skall behandla den situation då löftesgivaren inte varit culpös men då det ändå är så att motparten lider skada, dock utan egen förskyllan. Vilken sorts riskfördelning kan i detta fall användas utan att formkravet kringgås? Det är helt enkelt en fråga om två motstående intressen. Skall man gå strikt efter formkravet torde löftesgivaren kunna frångå sitt löfte utan att bli ersättningsskyldig. Löftet är ju inte bindande och löftesgivare har inte ens varit oaktsam i sin relation till motparten. Men motparten då, kan inte han vara värd att skydda? Jo, så tycks vara fallet i och med att avtal om ersättning godtagits i praxis. Det torde egentligen vara detta senast uppställda scenario, där ingen av parterna så att säga har skuld till att skadan uppstått, som diskussionen om avtalad ersättning hela tiden kretsat kring. Då det inte finns någon som är ”skyldig” till de uppkomna skadorna väger den skadelidandes intresse så pass tungt att en uppmjukning av formkravet genom avtal om ersättning ansetts berättigad.

Man har ju, utan att ta med det subjektiva rekvisitet i diskussionen, godtagit avtalad ersättning varvid gränsen för vad som skall ersättas har satts vid det negativa kontraktsintresset.

8.1.1 Problematikens tangering i doktrinen

Kleinemans tes är, som tidigare anförts, att ersättningen även vid föravtal grundas på culpöst handlande, varvid problemet med självförvållad skada inte uppstår och därmed inte heller behöver behandlas. Ett godtagande av rättsfiguren culpa in contrahendo, och en tillämpning av denna, gör att man slipper ett flertal av de problem som jag anser kan uppstå vid avtalad ersättning. Här får man ju det så kallade subjektiva rekvisitet på köpet. Har löftesgivaren uppträtt culpöst skall han ersätta skadorna. Har motparten inte hyst befogad tillit får han ingen ersättning av löftesgivaren. Vad som vid tillämpning av principen om culpa in contrahendo sker då varken löftesgivare eller motpart anses ha skuld till uppkommen skada är emellertid att ingen ersättning utgår. Den uppmjukning av formkravet som i praxis godtagits genom avtalad ersättning slår således inte igenom här.

Olsen berör på sätt och vis ifrågavarande problem genom sin vägran att acceptera att ersättningsklausulens giltighet bedöms utan hänsyn till deras syfte. Den regel angående handpenningavtal som slås fast i 1974 års fall, att ersättningsklausulen är giltig oavsett syfte, kritiserar av Olsen. Hon menar bland annat att ett handpenningavtal tenderar att endast beakta säljarens behov av skydd. Säljaren kan bestämma ett hur stort handpenningbelopp som helst. Visserligen har köparen rätt att få tillbaka den del av handpenningen som inte tas i anspråk för att täcka säljarens skada intill det negativa intresset, men det är köparen som tvingas ta initiativet till att få tillbaka beloppet. Köparen hamnar då i en tämligen svag situation ur processuell synvinkel. Olsen förespråkar därför en annan form av giltighetsprövning av ersättningsklausuler. Hon menar att det avtalade beloppet någorlunda bör stämma överens med den förväntade skadan. Att bestämma den förväntade skadan är emellertid inget lätt företag. Olsen hänvisar till tysk rätt, där man med hjälp av en abstrakt metod räknar fram en normalförlust, och till engelsk rätt, där man i stället använder en konkret metod varigenom skada som kan förväntas i det enskilda fallet ersätts. Olsen anser dock att ingen av metoderna lämpar sig riktigt för det svenska rättssystemet. Med den konkreta metoden kan säljaren genom ett handpenningavtal lägga över all risk på köparen. Köparen kan då bli tvungen att ersätta säljaren för att denne låter en annan affär gå honom förbi. Om man i stället använder sig av den abstrakta metoden kan individuella förluster inte beaktas. Olsen anser att ett alternativ till dessa båda synsätt är att godta ersättning för ”normala extra utgifter och onödiga kostnader”¹¹⁷. Är ersättningsbeloppet högre än så bör det accepteras endast om gäldenären kan förutse att borgenären riskerar att lida förlust utöver det normala i fall löftet inte hålls. Har säljaren löpt en konkret risk som köparen gjorts uppmärksam på, bör denna risk beaktas vid bedömningen av ersättningsgill skada. Är en ersättningsklausul giltig enligt Olsens bedömningsmetod skall den i princip tillämpas fullt ut. En jämkning enligt 36§ AvtL är emellertid möjlig. Slutklämmen på Olsens de lege ferenda-resonemang angående ersättningsklausulens giltighet innebär att klausuler med syftet att verka som ett påtryckningsmedel för att gäldenären skall fullgöra sitt löfte, inte är giltiga.¹¹⁸

¹¹⁷ Olsen, s. 87 (cit.)

¹¹⁸ A.a., s. 84 ff.

Jag vill först kort bemöta Olsens huvudresonemang kring syftet med ersättningsklausuler. Jag kan inte någonstans i Olsens resonemang finna att syftet *måste* vara det avgörande vid den form av giltighetsprövning som hon förespråkar. Syftet borde egentligen kunna vara egalt, bara den slutliga ersättnings storlek korresponderar med vad Olsen kallar normala utgifter och extra kostnader. Jag anser att Olsens resonemang egentligen innebär att man stöter på exakt de giltighetsproblem som Karlgren uppradar redan 1950. Låter man en ersättningsklausuls giltighet vara beroende av dess syfte blir resultatet lätt inkonsekvent på så sätt att vissa ersättningsklausuler anses giltiga och andra inte. Karlgren drar slutsatsen att det mest konsekventa torde vara att låta klausulen vara giltig oavsett syfte, men bara i så stor utsträckning att uppkommen skada täcks. Med uppkommen skada menar Karlgren det negativa intresset.¹¹⁹ Som jag ser det kan emellertid ersättning intill det negativa intresset medföra problem om skadan är så kallat självförvållad. Det intressanta med Olsens resonemang är att hon beskriver precis denna problematik under benämningen den konkreta metoden. Lösningen på problemet anser hon vara att ersättningsklausulen i stället endast ersätter ”normala extra utgifter och onödiga kostnader”¹²⁰.

Av intresse är också Olsens resonemang om en högre ersättning än för normala utgifter och kostnader då gäldenären kunnat förutse, eller gjorts uppmärksam på, en risk för större förlust än normalt. Ordvalet tyder på att gäldenären i detta fall helt enkelt förfarit culpöst. Skadevållarens möjligheter att inse risken för skada ingår nämligen i culpabedömningen¹²¹. Olsen har således använt sig av det subjektiva rekvisitet för att bestämma vad som kan komma att ersätts. Har gäldenären förfarit culpöst torde det, enligt min mening, vara rimligt att den skada som orsakats också ersätts. För att formkravet inte skall kringgås får ersättningen emellertid inte överstiga det negativa intresset.

¹¹⁹ Karlgren I, s. 306 ff.

¹²⁰ Olsen, s. 87 (cit.)

¹²¹ Hellner III, s. 131

9 Avslutande reflektioner

Är det då så, i fråga om ersättningsrätten vid ogiltig fastighetsöverlåtelse, att riskfördelning genom avtal är mer legitim än riskfördelning genom ett allmänt ansvar vid culpa in contrahendo? Nej, så tror jag inte är fallet. Att avtal började användas, och dessutom godtogs, som verktyg för att kunna ge ersättning vid ogiltig fastighetsöverlåtelse, tycks från början snarast berott på bristen på alternativ.

Att avtalet vid fastighetsköp är formbundet är ett faktum som visat sig ge upphov till vissa problem. Vad som styr diskussionen kring dessa problem är själva anledningen till att det föreligger ett formkrav vid fastighetsköp, med andra ord *syftet* med formkravet. Det viktiga är således att se till formkravets syfte och därigenom bestämma hur långt man kan gå med en ersättningsrätt utan att detta syfte urholkas. I förlängningen torde nämligen formkravets syfte bli bestämmande inte bara för *om* en rätt till ersättning existerar, utan även *på vilket sätt* denna ersättningsrätt skall utformas. Då man accepterar en ersättningsrätt utformad på ett visst sätt accepterar man också viss riskfördelning. Det torde, enligt min mening, vara den specifika riskfördelningen som måste stämma överens med formkravets syfte. Frågan är således vilken form av riskfördelning som stämmer överens med formkravets syfte och huruvida olika former av ersättning leder till olika former av riskfördelning. Leder den avtalade ersättning som godtagits i praxis till samma resultat vad gäller riskfördelning som ett allmänt ansvar vid culpa in contrahendo gör? Ett allmänt ansvar vid culpa in contrahendo ger, för det första, ersättning i fler fall än då endast avtalad ersättning godtas. Detta ser jag emellertid inte som ett problem utan tvärt om som något positivt. Genom ett allmänt ansvar vid culpa in contrahendo kommer ersättning att utgå mer konsekvent än då avtal krävs. Rätten till ersättning blir således mindre slumpmässig. Dessutom är det ju faktiskt så att då ersättning utgår på grund av culpa in contrahendo har parterna även tidigare kunnat *avtala* om ersättning. Någon utvidgning av *möjligheterna* till ersättning är det således inte fråga om. För det andra innebär ett allmänt ansvar vid culpa in contrahendo att hänsyn tas till det subjektiva rekvisitet då det avgörs huruvida ersättning skall utgå eller ej. Vad jag har funnit i praxis är att det subjektiva rekvisitet inte har någon betydelse för om *avtalad* ersättning skall utgå eller ej. På den punkten innebär således ett godtagande av principen om culpa in contrahendo att *möjligheterna* till ersättning snarare snävas in eftersom culpöst handlande är en förutsättning för ersättning. Jag anser därmed att man genom att godta rättsfiguren culpa in contrahendo i samband med fastighetsöverlåtelse håller sig inom de gränser för riskfördelning som tidigare ställts upp i praxis. Att culpabedömningen vid culpa in contrahendo kort sagt gått från att likna bedömningen vid utomobligatoriskt skadestånd till en mer kontraktuell bedömning torde därför inte spela någon roll. Att gå från den avtalade ersättningens strikta ansvar till ett ansvar baserat på culpa innebär att *möjligheterna* att få ersättning bedöms strängare, oavsett hur culpabedömningen går till.

Tillämpningen av principen om culpa in contrahendo innebär dessutom att det subjektiva rekvisitet bedöms per automatik, vilket i sin tur leder till att man kommer undan problemen huruvida ersättning intill det negativa intresset alltid stämmer överens med formkravets syfte. Fördelen med ett godtagande av ersättning vid culpa in contrahendo i samband med fastighetsöverlåtelse blir också märkbar då parterna ändå väljer att avtala om ersättning. I kapitel 8 nämner jag till exempel att den så kallade surrogatteorin stämmer bättre då det finns en bakomliggande rätt till ersättning på allmän skadeståndsrättslig grund.

Litteratur- och källförteckning

Tryckta källor:

- Lagberedningens förslag till jordabalk II, 1908 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.
- SOU 1947:38 Lagberedningens förslag till jordabalk I
- SOU 1981:74 Från hyresrätt till bostadsrätt
- SOU 1991:81 Fastighetsleasing
- Prop. 1970:20 Förslag till jordabalk
- Prop. 1972:5 Med förslag till skadeståndslag m.m.
- Prop. 1981/82:169 Med förslag till åtgärder för att främja övergång från hyresrätt till bostadsrätt m.m.
- Bergström; Eek; Håstad; Juridikens termer, sjunde upplagan, 1975,
Lindblom tryckort: Stockholm 1991 [cit. Juridikens termer]
- Malmström; Györki; Bonniers svenska ordbok, femte upplagan,
Sjögren Stockholm 1991 [cit. Bonniers ordbok]

Litteratur:

- Adlercreutz, Axel Avtalsrätt I, nionde upplagan, Lund 1993 [cit. Adlercreutz]
- Ekelöf, Per Olof; Boman, Rättegång, första häftet, sjunde upplagan, 1990,
Robert tryckort: Lund 1994 [cit. Ekelöf]
- Grauers, Folke Fastighetsköp, fjortonde upplagan, Lund 1998
[cit. Grauers]
- Hellner, Jan Speciell avtalsrätt II, kontraktsrätt, 1 häftet, tredje
upplagan, Stockholm 1996 [cit. Hellner I]
- Hellner, Jan Speciell avtalsrätt II, kontraktsrätt, 2 häftet, andra
upplagan, Stockholm 1993 [cit. Hellner II]
- Hellner, Jan Skadeståndsrätt, femte upplagan, Stockholm
1996 [cit. Hellner III]
- Hessler, Henrik Svensk rättspraxis, Sakrätt 1964-1981, Svensk
Juristtidning 1983 s. 161 [cit. Hessler]
- Karlgren, Hjalmar Om handpenningavtal i samband med köp av
fast egendom, Festskrift tillägnad Birger
Ekeberg, Stockholm 1950 [cit. Karlgren I]
- Karlgren, Hjalmar Avtalsrättsliga spørsmål, andra upplagan, Lund
1954 [cit. Karlgren II]
- Kleineman, Jan Skadeståndgrundande uppträdande vid
avtalsförhandlingar. Juridisk tidskrift vid
Stockholms Universitet 1991/92 s. 125 [cit.
Kleineman I]
- Kleineman, Jan Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna
skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper. Juridisk
tidskrift vid Stockholms Universitet 1993/94 s.
433 [cit. Kleineman II]
- Kleineman, Jan Ren förmögenhetsskada, Stockholm 1987 [cit.
Kleineman III]
- Olsen, Lena Ersättningsklausuler, Stockholm 1993 [cit. Olsen]
- Rodhe, Knut Obligationsrätt, Lund 1956 [cit. Rodhe]
- Undén, Östen Svensk sakrätt II, Fast egendom, förra

Vahlén, Lennart avdelningen, tredje upplagan, Lund 1951 [cit. Undén]
Formkravet vid fastighetsköp, Stockholm 1951 [cit. Vahlén I]
Vahlén, Lennart Fastighetsköp, andra upplagan, Stockholm 1968 [cit. Vahlén II]
Westerlind, Peter Kommentar till jordabalken 1-5 kap. Stockholm 1971 [cit. Westerlind]

Övrigt material:

Sacharias Votinius Föreläsning i specialkurs skadestånds- och ersättningsrätt, 980320

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen:

NJA 1903 s. 148
NJA 1926 s. 336
NJA 1946 s. 178
NJA 1947 s. 215
NJA 1963 s. 105
NJA 1965 s. 306
NJA 1973 s. 175
NJA 1974 s. 526
NJA 1987 s. 692
NJA 1990 s. 745
NJA 1992 s. 66

Hovrätt:

RH 1996:154