



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johanna Johansson

Ersättningsklausuler i framtida utfästelser att överlåta fast egendom

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ola Svensson

Termin för examen: HT 17

Innehåll

SUMMARY	1	
SAMMANFATTNING	2	
FÖRKORTNINGAR	3	
1 INLEDNING	2	
1.1 Bakgrund		2
1.2 Syfte		2
1.3 Frågeställning		3
1.4 Metod		3
1.5 Material och källkritik		5
1.6 Avgränsning		6
1.7 Disposition		7
2 REGLER OM AVTALSSLUT	8	
2.1 Avtalslagens regler om avtalsslut		8
2.2 Formkravet för köp av fast egendom		8
2.2.1 Dubbla köpehandlingar		9
2.2.2 Skälen bakom formkravet		10
2.2.3 Inteckning och lagfart		11
3 ALLMÄNNA FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR SKADESTÅND VID AVTALSBROTT	12	
3.1 Kontraktuellt skadestånd		12
3.2 Skadestånd vid ogiltiga avtal		12
4 FÖRAVTAL	14	
4.1 Föravtals rättsliga verkan		14
4.1.1 Fast egendom		14
4.1.2 Lös egendom		15
4.2 Sammanfattande kommentarer		17
5 VERKAN AV ERSÄTTNINGSKLAUSULER VID OGILTIGA UTFÄSTELSER	19	
5.1 Allmänt		19
5.2 Handpenningavtal		20
5.2.1 Handpenningsavtalets syfte		20

5.2.2	Rättspraxis och litteratur	21
5.2.3	Ersättningsgilla skador	23
5.3	Sammanfattande kommentarer	24
5.3.1	Hur ska förverkandeklausuler hanteras?	24
5.3.2	Vilka skador kan och bör ersättas?	25
5.4	Ordinära ersättningsklausuler	26
5.4.1	Ordinära ersättningsklausulers rättsliga giltighet	26
5.4.2	Rättspraxis	26
5.5	Teorier kring ersättningsklausulers giltighet	27
5.6	Avslutande kommentarer	29
5.6.1	Gäller samma regler för vitesklausuler som för handpenningsavtal?	30
5.6.2	Är vitesklausuler fullt ut giltiga?	31
6	CULPA IN CONTRAHENDO	33
6.1	Regler om culpa in contrahendo	33
6.2	Rättsläget före NJA 2012 s. 1095	34
6.3	Rättsläget efter NJA 2012 s. 1095	36
6.4	Avslutande kommentarer	37
6.4.1	Bör culpa in contrahendo erkännas som självständig skadestandsgrund?	37
6.4.2	Har culpa in contrahendo erkänts som självständig skadestandsgrund?	39
7	KOMMERSIELLA PARTER	40
7.1	Allmänt	40
7.2	Hur bör föravtal vad gäller kommersiella parter hanteras?	41
7.3	Vilken ersättning ska utgå när avtal inte ingås?	43
8	SLUTSATSER	45
8.1	Vad gäller för handpenningsavtal där handpenning ska förverkas om avtal ej kommer till stånd?	45
8.2	Vad gäller för utfästelser om framtida överlåtelse där ersättning erläggs först när part inte presterar enligt sådan utfästelse?	45
8.3	Bör framtida utfästelser om överlåtelse av fast egendom vara gällande och hur bör ersättning när part inte presterar enligt utfästelsen hanteras?	46
8.3.1	Kommersiella parter	46
8.3.2	Privata aköter	47
8.3.3	Hur ska ersättningen hanteras?	47
8.4	Avslutande kommentarer	48
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	51

Summary

This paper deals with future commitments to transfer immovable property and especially compensation clauses connected to the commitment. Future commitments to transfer immovable property has no legal effect, a party can not enforce transfer. Nor can a party be required to pay damages. A party that wants to put pressure on its counterpart can induce a special commitment to replace possible damages.

Such a special commitment could be expressed in different ways. An alternative is a down payment agreement. In most cases, the intended buyer pays the payment before any binding purchase agreement is concluded. Should the buyer later refrain to conclude the agreement, the idea is that the seller should be able to claim the payment as compensation for the failure to conclude the agreement. Another alternative that could be used is that a penalty clause will be attached to the commitment agreement. If the agreement is not concluded, the penalty clause must be paid. The difference here is that the compensation will not be paid until a party does not perform according to the commitment. In order to investigate what applies regarding down payment agreements and penalty clauses, some case law and also doctrine will be presented.

Compensation clauses are usually accessory by nature. This means that if the main obligation is invalid, the compensation clause will also be invalid. The reasons for compensation clauses being valid when used in connection with an invalid commitment to transfer immovable property will therefore also be discussed and problematized.

A central rule regarding the transfer of immovable property is the Swedish land code, chapter 4, section 1. The formal requirement is often stated as the reason why future commitments regard immovable property can not be claimed. To authorize such agreements is said to hollow out the formal requirement. The formal requirement will therefore also be considered in the paper, and also be the subject of a *de lege ferenda* discussion.

In addition, a special discussion will be held regarding commercial parties. It seems like commercial parties sometimes try to create options in different ways. The question is whether it is justified to maintain the same order for commercial parties as for private actors. Mainly because one of the main reasons for not accepting future commitments regarding immovable property is that transfer must take place after mature consideration and that immovable property is considered to be a particular important asset. It is doubtful if this reason could be considered to be valid regarding transactions between commercial parties.

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar framtida utfästelser att överlåta fast egendom och i synnerhet ersättningsklausuler som kopplats till utfästelsen. Framtida utfästelser att överlåta fast egendom har ingen rättsverkan på så sätt att en överlåtelse kan framtvingas. Som huvudregel kan heller inte en part som drar sig ur åläggas att betala skadestånd. Den part som ändå vill sätta press på sin motpart kan förmå denna att särskilt åtaga sig att ersätta eventuell skada.

Ett sådant särskilt åtagande kan ges varierande innehåll. Ett alternativ är att ingå ett så kallat handpenningsavtal. I de flesta fall erlägger då den tilltänkta köparen handpenning innan någon bindande köpeavtal ingåtts. Skulle köparen sedan inte vilja ingå avtal är tanken att säljaren ska få tillgodogöra sig handpenningen som ersättning för att affären inte blev av. Ett annat alternativ som kan användas är att det till utfästelsen kopplas en vitesklausul som ska utfalla för det fall avtal inte kommer till stånd. Skillnaden här är att ersättning inte utgår förrän det står klart att part inte kommer prestera enligt utfästelsen. För att utreda vad som gäller för handpenningsavtal och vitesklausuler kommer i uppsatsen rättspraxis och även litteratur att presenteras.

Ersättningsklausuler är som utgångspunkt accessoriska till huvudförpliktelsen. Det innebär att om huvudförpliktelsen ogiltig är även ersättningsklausulen det. Varför ersättningsklausuler är giltiga när de är kopplade till ogiltiga utfästelser om att i framtiden överlåta fast egendom kommer därför också diskuteras och problematiseras.

En för uppsatsen central bestämmelse vad gäller överlåtelser av fast egendom är 4 kap 1 § jordabalken (1970:994), vilket ger uttryck för formkravet. Det strikta formkravet anges ofta som en anledning till varför framtida utfästelser att överlåta fast egendom inte kan göras gällande. Att tillåta sådana avtal kan anses urholka formkravet. Formkravet kommer därför också att behandlas i uppsatsen, och kommer vara föremål för en de lege ferenda diskussion.

Vidare kommer även en särskild diskussion vad gäller kommersiella parter att föras. Det finns stöd för att kommersiella parter i praktiken försöker tillskapa optioner på varierande vis. En fråga som uppstår är om det verkligen kan anses motiverat att upprätthålla samma ordning för kommersiella parter som för privata aktörer. Ett av de främsta skälen till att framtida utfästelser inte är accepterat vad avser fast egendom är att en sådan överlåtelse ska ske efter moget övervägande. Det får anses tveksamt om dessa skäl kan tillmätas jämförlig betydelse när det gäller kommersiella parter.

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BRL	Bostadsrättslag (1991:614)
HD	Högsta domstolen
DCFR	Draft Common Frame of reference
HovR	Hovrätt(en)
JB	Jordabalk (1970:994)
JT	Juridisk tidskrift
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
SvJT	svensk juristtidning
UNIDROIT	Principles of International Commercial Contracts

Läsaren uppmärksammas särskilt på att i denna uppsats kommer termerna ”köpare” och ”säljare” användas trots att det egentligen handlar om ”tilltänkt köpare” och ”tilltänkt säljare”. Detta görs av praktiska skäl.

I denna uppsats kommer även begreppet ”fast egendom” och begreppet ”fastighet” användas. Fast egendom är ett begrepp som är vidare än fastighet. I de flesta fall avses köp av fast egendom köp av en hel fastighet, men det behöver inte alltid vara så.¹ I uppsatsen kommer begreppen användas synonymt.

¹ Vicotorin, Anders, Hager, Richard: Allmän Fastighetsrätt, sjätte upplagan, Iustus förlag, Uppsala 2011, s. 83.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Idéen att skriva denna uppsats väcktes under min tid som uppsatspraktikant på en advokatfirma. Att skriva om vitesutfästelser vad gäller framtida försäljning av fast egendom lät intressant och spännande. Trots det faktum att avtal om framtida överlåtelser av fast egendom är ogiltiga, är det inte helt ovanligt att parter försöker ge avtal någon form av kännbar effekt genom att kombinera löftet med en skadeståndsförbindelse. En sådan förbindelse kan exempelvis ske genom handpenningsavtal, där köparen i samband med att avtalet ingås utger en handpenning till säljaren som ska förverkas om avtal ej kommer till stånd. Ett annat exempel är att i ett optionsavtal förena optionen med en vitesutfästelse. Syftet med avtalet är då att vitet ska utgå om part inte fullgör sitt löfte.

En väldigt intressant utveckling avseende hur ogiltiga utfästelser att överlåta fast egendom ska hanteras har skett i rättspraxis. Klart är att en utfästelse ännu inte får rättsverkan i sådan omfattning att prestation kan framtvingas. Rättsutvecklingen har ändå utvecklats emot att ett sådant ogiltigt avtal i viss mån får verkan.

Avtalsfrihet anses vara en viktig princip inom förmögenhetsrätten. När det gäller fast egendom har lagstiftaren ansett att denna princip får stå tillbaka. Av olika anledningar anser lagstiftaren att avtal om fast egendom ska hanteras på särskilt vis. Domstolen har numera godkänt skriftliga optionsavtal vad gäller bostadsrätter. Det kan särskilt ifrågasättas eftersom även för överlåtelse av bostadsrätter gäller ett formkrav. Det blir därför särskilt intressant att jämföra och fundera över varför föravtal avseende bostadsrätter accepteras, medan det inte är accepterat vad gäller fast egendom. Onekligen finns det betydande likheter mellan de båda förmögenhetsobjekten.

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att utreda och fastställa vad som är gällande rätt rörande när en ersättningsklausul är kopplad till en framtida utfästelse att överlåta fast egendom. Frågan är dels vad som krävs för att ersättning ska utgå och dels hur stor och för vilka skador som ersättning kan utgå. Olika avtal som används för att ersättning ska utgå kommer jämföras för att undersöka om det finns någon skillnad i tillämpning eller resultat.

Utöver att utreda vad som är gällande rätt, kommer resonemang föras de lege ferenda. Detta gäller främst huruvida det verkligen är motiverat att inte tillåta parter att ingå föravtal gällande fast egendom med bindande verkan,

men också hur ersättningen bör hanteras när avtal inte kommer till stånd. Vidare är syftet med uppsatsen att undersöka och presentera vad som skulle kunna vara en rimlig och lämplig ordning gällande föravtal och ersättningsklausuler kopplade till framtida utfästelser att sälja fast egendom.

1.3 Frågeställning

De frågeställningar som uppsatsen besvarar är:

- Vad gäller för handpenningsavtal där handpenningen ska förverkas om avtal ej kommer till stånd?
- Vad gäller för utfästelser om framtida försäljning där ersättning erläggs först när part inte presterar enligt en sådan utfästelse?
- Bör framtida utfästelser om överlåtelse av fast egendom vara gällande och hur bör ersättning när part inte presterar enligt en sådan utfästelse hanteras?

1.4 Metod

För att besvara de frågeställningar som presenterats ovan samt uppfylla uppsatsens syfte används rättsdogmatisk metod. Rättsdogmatikens syfte beskrivs ofta vara att rekonstruera en rättsregel eller som en lösning på ett rättsligt problem genom att applicera en rättsregel på densamma. Rättsdogmatiken utgår vanligtvis från en konkret problemställning. Det är därför viktigt att de frågeställningar uppsatsen ska besvara är relevanta och korrekt utformade.² Vid tillämpning av rättsdogmatisk metod söks svar i lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och rättsdogmatiskt orienterad litteratur.³ Det material som presenteras för att besvara de frågeställningar som uppställts i uppsatsen är hämtat från ovan angivna källor.

Rättsdogmatisk metod har stundtals utsatts för kritik. Kritiken handlar främst om att metoden intresserar sig för normer men inte hur dessa tillämpas i exempelvis underrätter eller av myndigheter. Detta behöver dock inte vara en svaghet. Rättsdogmatiken menar inte att bortse från förståelse av den verklighet som nås genom empiriska studier. Det är dock viktigt att inte sammanblanda analys avseende vad som är gällande rätt och vad som borde vara gällande rätt. Rättsdogmatiken kan ändå användas för att kritisera rättsläget samt föreslå ändringar.⁴

Jareborg ger exemplet att det ibland går att höra argument att rättsdogmatiken är så annorlunda just för att rättssystemet är det styrande, och verkligheten kommer först i andra hand. Det är därför viktigt att åtskilja att rättsdogmatikens verklighet är rättssystemet som normativt system och

² Korling, Fredrik, Zamboni, Mauro: Juridisk metodlära, upplaga 1:3, Studentlitteratur, Lund 2013, s. 23.

³ Korling, Fredrik, Zamboni, Mauro: Juridisk metodlära, s. 21.

⁴ Korling, Fredrik, Zamboni, Mauro: Juridisk metodlära, a. 24.

inte det resultat systemet uppnår när det tillämpas. Hur tillämpningen sker i praktiken är något som studeras främst inom rättssociologin. Den verklighet som rekonstrueras i rättsdogmatiken är det normativa systemet.⁵

Lena Olsen menar att rättsdogmatikens uppgift är att beskriva, systematisera och tolka gällande rätt. Olsen menar att trots att det inom den svenska rättsdogmatiken sällan uttryckligen uttalats att utvecklingen skulle gått i någon särskild riktning, går det att ana att forskningsuppgiften består i att besvara domarens frågor om rättsordningens innehåll. Det blir då en nödvändighet att använda domarens arbetssätt. Rättsdogmatikens uppgift bör därför närmare bestämt gå ut på att åstadkomma en auktoritativ utsaga om gällande rätt.⁶

En väsentlig fråga är vem som har nytta av att läsa en rättsdogmatisk framställning. Olsen menar främst att rättsdogmatikern skriver för domaren. Det finns dock ofta inslag som inte tvunget utgår från domarens behov. Exempel kan vara komparativa inslag, men också kritik av gällande rätt samt lagförslag kan finnas med. Olsen poängterar dock att det inte bara är domaren som kan ha nytta av rättsdogmatisk framställning. Även för lagstiftaren, praktiker och rättsvetenskapen kan det vara av intresse att ta del av rättsdogmatiska framställningar.⁷

Denna uppsats innehåller vissa delar som kan anses falla utanför rättsdogmatikens område. Exempelvis kommer diskussioner i vissa sammanhang föras de lege ferenda. Ett av de rättsfall som tas upp kommer från HovR, och är således inte auktoritativt. Detta innebär att det inte kan tillmätas betydelse som gällande rätt, utan ger uttryck för hur tillämpning sker i praktiken.⁸

Rättsläget gällande det för uppsatsen aktuella ämnet får anses något oklart. Det är därför lämpligt att inte bara utreda vad gällande rätt är utan också om gällande rätt är rimlig eller om ett bättre resultat kan uppnås genom att rättsläget förändras. Problem som rör svårigheter inom den gällande rätten kan ofta lösas genom konstruktiv rättsvetenskap, det rör sig då om de lege ferenda resonemang.⁹

Sammantaget kan sägas att rättsdogmatisk metod är den metod som är bäst lämpad för att besvara uppsatsens frågeställningar.

⁵ Jareborg, Nils: Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004 s. 9.

⁶ Olsen, Lena: Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004 s. 105, s. 116.

⁷ Olsen, Lena: Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004 s. 105, s. 116.

⁸ Olsen, Lena: Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004 s. 105, s. 117.

⁹ Olsen, Lena: Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004 s. 105, s. 117.

1.5 Material och källkritik

För att utreda vad gällande rätt är har framförallt rättsfall och litteratur studerats. Ovan har de olika rättskällornas dignitet diskuterats. Vad gäller framtida utfästelser och ersättningsklausuler kopplade till sådana är det framförallt några jurister som är tongivande i debatten. Som konstaterats ovan är litteratur ett bra komplement till övriga rättskällor.

Författningstext är ofta den primära rättskällan, men vad gäller stora delar av den centrala svenska förmögenhetsrätten är den oreglerad.¹⁰ Vad avser just framtida utfästelser om överlåtelse av fast egendom finns det inget uttryckligt stadgat i lagtext. För att uppnå uppsatsen syfte och besvara de ovan angivna frågeställning har det varit av särskilt intresse att inte endast se till vad som anges i författningstext. Detta innebär att annan information, som rättspraxis och litteratur är av större betydelse.¹¹ Uppsatsen baseras därför till stor del på vad som uttalas i förarbeten och litteratur.

Det finns en del rättsfall som berör området, men i de flesta rättsfall rör det sig om handpenningsavtal. En del av de rättsfall som presenteras är äldre men har tagits med då de i stora delar fortfarande är vägledande och refererats mycket i litteraturen. Några av de rättsfall som presenteras är avgjorda enligt den äldre JB.

Förarbete har i Sverige en stor betydelse för rättstillämpningen. Inom svensk rätt har det traditionellt lagts mycket vikt vid förarbeten. Detta har medfört att lagtexten kan hållas relativt kort och koncis samtidigt som förarbeten ger vägledning för lagarnas tillämpning.¹² Framförallt det för denna uppsats varit intressant att använda förarbete för att undersöka vilka syftena bakom att framtida utfästelser att överlåta fast egendom inte tillåts är.

Vad gäller litteratur är det ofta här det går att hitta en samlad bild om rättens innehåll. Litteratur kan också fungera som en kompletterande rättskälla. När andra rättskällor är ofullständiga kan litteratur verka utfyllande och förklara sammanhang. Litteratur kan dessutom förmedla nya idéer och synsätt, vilket kan fördjupa och utveckla juridiken. Litteratur kan på så vis föra utvecklingen framåt genom nytänkande och konstruktiva förslag.¹³

Den litteratur som används är noga utvald och författad av välkända och etablerade författare. En av de författare som används är Folke Grauers som är professor i handelsrätt vid Göteborgs universitet. Hans specialistområde

¹⁰ Olsen, Lena: Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004 s. 116.

¹¹ Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka, Vogel, Hans Heinrich: Finna rätt juristens källmaterial och arbetsmetoder, elfte upplagan, Nordstedts juridik, Stockholm och Lund, 2010, s. 91.

¹² Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka, Vogel, Hans Heinrich: Finna rätt juristens källmaterial och arbetsmetoder, s. 110.

¹³ Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka, Vogel, Hans Heinrich: Finna rätt juristens källmaterial och arbetsmetoder, s. 179.

är fastighetsrätt. En annan är författare Jan Kleineman som även han är professor i civilrätt men verksam vid Stockholms universitet. Lena Olsen är även hon professor i civilrätt verksam vid Uppsala universitet. Olsen har skrivit en doktorsavhandling om avtalade ersättningar vid kontraktsbrott.

En del av den litteratur som använts har framförts som artiklar i olika juridiska tidskrifter. Att artiklarna är publicerade i juridiska tidskrifter såsom Juridisk Tidskrift eller Svensk Juristtidning, medför att de håller en viss kvalitet. Båda tidskrifter är väletablerade och erkända inom juristbranschen. Tidskrifterna är allmänjuridiska och vänder sig i första hand till praktiker. Att använda artiklar från tidskrifter kan dock innebära att det material som presenteras kan och är färgat av författarens personliga åsikt om hur gällande rätt bör tolkas. I vissa fall är det fråga om fullt ut de lege ferenda resonemang. Detta har markerats genom att författarens namn nämns i anslutning till att åsikten presenteras.

1.6 Avgränsning

Det väsentliga för denna uppsats är att utreda och fastställa vad som är gällande rätt för ersättningsklausuler som är kopplade till en framtida utfästelse att överlåta fast egendom. I syfte att lyckas med detta är det nödvändigt att diskutera de krav som gäller för att en överlåtelse av fast egendom ska vara giltig. Det är också viktigt att undersöka hur ersättningsklausuler och allmänna skadeståndsregler tillämpas.

Vad som inte närmare undersöks i denna uppsats är framförallt olika former av avtal om ersättning när ett giltigt överlåtelseavtal redan ingåtts. Ett tydligt exempel är att handpenningsavtal kan användas även när ett bindande avtal kommit till stånd. Inte heller kommer sådan skadeståndsskyldighet som kan uppstå när en part drar sig ur ett giltigt köpeavtal att hanteras. Det är viktigt att komma ihåg att andra regler gäller för sådana avtalsbrott varför det inte är aktuellt för de frågeställningar uppsatsen ska besvara.

En annan närliggande fråga som inte kommer hanteras är när fastigheter placeras i fastighetsägande bolag. En option kan då ställas avseende samtliga aktier eller andelar i det fastighetsägande bolaget. Eftersom option avseende lös egendom är tillåten kan härigenom en indirekt option gällande fastigheterna skapas.¹⁴

¹⁴ Ahlinder, Elisabeth: Finansiering med fastigheter som säkerhetsunderlag köp, pant, hyra och jordabalkens gränser, Jure förlag AB, Stockholm 2013, s. 61.

1.7 Disposition

Kapitel 2 kommer att gå igenom en del grundläggande fakta som är viktiga för läsaren att ha med sig för den fortsatta läsningen. Här kommer de grundläggande reglerna för avtalsbundenhet gås igenom. Sedan kommer formkravet som gäller för överlåtelse av fast egendom och syftena bakom detta behandlas. Sedan kommer även väldigt kortfattat inteckning och lagfart beröras. Genomgången är inte på något sätt heltäckande. Det är dock viktigt att läsaren har förståelse för de grundläggande reglerna kring inteckning och lagfart för att förstå en del av den problematiken som anförts till stöd för att framtida utfästelser om att överlåta fast egendom inte ska vara giltiga.

Kapitel 3 kommer ta upp något om allmänna hur skadestånd hanteras i kontraktsrättsliga förhållanden. Dessutom kommer skadestånd vid ogiltiga avtal beröras.

I *kapitel 4* kommer behandla föravtal och vilken rättsverkan sådana avtal har. Här görs en jämförelse mellan hur föravtal behandlas för fast egendom respektive vad som gäller för lös egendom i form av bostadsrätter. Detta har gjorts för att de båda förmögenhetsobjekten är så lika och det blir en intressant jämförelse.

I *kapitel 5* kommer ersättningsklausuler som på något sätt är kopplade till den framtida utfästelsen att överlåta fast egendom att behandlas. Först kommer handpenningsavtal hanteras, hur de används och detta kommer belysas genom en del rättspraxis och litteratur. Sedan kommer även ersättningsklausuler där ersättning ännu inte utgått hanteras. Detta skiljer sig på så sätt att ersättning ska erläggas först i ett senare skede. Liksom för handpenningsavtal kommer relevant praxis och litteratur att belysas.

I *kapitel 6* kommer beröra culpa in contrahendo. Framförallt kommer här att fokuseras på rättsläget före och efter NJA 2012 s. 1095.

Kapitel 7 kommer behandla kommersiella parter och framförallt belysa de skillnader som finns mellan sådana parter och privata aktörer. Frågan är om det verkligen är motiverat att inte tillåta kommersiella parter att ingå föravtal gällande fast egendom.

Kapitel 8 är tänkt att vara ett kapitel som binder ihop framställningen och besvarar de inledande frågeställningarna. Kapitlet ger främst uttryck för egna resonemang, givetvis inspirerade av den rättspraxis och litteratur som behandlats inom ramen för uppsatsen.

I *kapitel 4-6* kommer det även ges sammanfattande kommentarer i anslutning till de olika avsnitten. Tanken är att detta ska sammanfatta mina egna tankar och resonemang mot bakgrund av de rättsfall och den litteratur som behandlats.

2 Regler om avtalsslut

Nedan kommer de grundläggande reglerna som gäller för avtalsslut såväl enligt lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område som JB behandlas. Särskilt kommer de föreskrifter som gäller för ett avtal om överlåtelse av fast egendom ska bli giltigt att tas upp. Vidare kommer kortfattat reglerna och lagfart och inteckning beröras.

2.1 Avtalslagens regler om avtalsslut

Avtalsrätten bygger på att var och en fritt ska ha rätt att ingå avtal samt principen om pacta sunt servanda, vilken betyder att avtal ska hållas.¹⁵ Utgångspunkten är att en part blir bunden till ett avtal genom att uttrycka sin vilja att bli det samt att motparten uppfattar denna vilja. Det är inte alltid den uttryckta viljan och den uppfattade viljan överensstämmer, vilket kan leda till svåra juridiska problem.¹⁶

Enligt AvtL inträder bundenhet i två steg. Anbudsgivaren blir som huvudregel bunden redan av sitt anbud, om inte hen på något sätt markerat att hen inte vill vara bunden. Den som mottager anbudet blir bunden av sin accept. Detta kallas för löftesprincipen. Den part som avger anbudet blir således under en tid ensidigt bunden.¹⁷

För fastighetsköp gäller dock inte löftesprincipen, utan kontraktsprincipen. Detta innebär att båda parter blir bundna samtidigt och ingen part kan således vara ensidigt bunden. Detta kallas för gemensamt avtalsslut. Anbudsgivaren kan återkalla sitt anbud fram till dess att båda parter är bundna.¹⁸

2.2 Formkravet för köp av fast egendom

Fastighetsköpet är ett formalavtal. Det innebär att för att köpet ska vara giltigt krävs det att köpet följer viss form som föreskrivs i lagtext. 1 kap AvtL, reglerna om anbud och accept, är således inte tillämpliga vad gäller fastighetsköp. Enligt 4 kap 1 § JB ska ett avtal vid köp av fast egendom innehålla vissa minimikrav för att det ska vara gällande. Avtalet ska vara skriftligt, innehålla parternas underskrifter, överlåtelseförklaring, priset och uppgifter om fastigheten. Är inte dessa minimikrav uppfyllda, är avtalet

¹⁵ Ramberg, Jan, Ramberg Kristina: Allmän avtalsrätt, tionde upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm 2016, s. 29.

¹⁶ Ramberg, Jan, Ramberg Kristina: Allmän avtalsrätt, s. 84.

¹⁷ Ramberg, Jan, Ramberg Kristina: Allmän avtalsrätt, s. 90.

¹⁸ Ramberg, Jan, Ramberg Kristina: Allmän avtalsrätt, s. 90.

ogiltigt enligt 4 kap 1 § 3 st JB.¹⁹ Bindande avtal föreligger först när båda parter undertecknat en köpehandling, och kraven i 4 kap 1 § JB är uppfyllda. Den part som först undertecknar köpehandlingen, blir inte bunden förens den andra parten också undertecknat. Detta följer av den princip som kallas ömsesidighetsprincipen och innebär att bundenhet uppstår samtidigt för båda parterna.²⁰

Utöver detta ska särskilt viktiga avtalsklausuler tas med i köpehandlingen. I 4 kap 3 § JB framgår det att bland annat återgångsklausuler och klausuler som innebär att köparens rätt att förfoga över fastigheten inskränks är sådana särskilt viktiga klausuler som måste tas med.²¹ I 4 kap 4 § JB fastställs en gräns för hur länge ett köps bestånd eller fullbordan får göras beroende av ett villkor. Detta brukar kallas svävarvillkor, eftersom köpet under tiden villkoren är gällande ”svävar”. Tidsgränsen har satts till två år och har längre tid avtalats är köpet ogiltigt. Har ingen tid avtalats anses den vara två år.²² Under den tid som köpet svävar kan inte köparen få lagfart på fastigheten, vilket framgår av 20 kap 7 § 13 p JB. Lagfartsansökan kommer då förklaras vilande.²³

Enligt äldre JB var inte villkor som avsåg återgång av köp giltiga, så kallade resolutiva villkor. Detta hade främst till syfte att motverka att förbehåll om återköp till samma pris ingicks. Sådana villkor ansågs binda köparen hårt och hindra att investeringar gjordes i fastigheten.²⁴

Numera är sådana resolutiva villkor tillåtna och kan användas för att åstadkomma samma resultat som ett handpenningsavtal. Parterna ingår då ett köpeavtal med ett återgångsvillkor. Utöver själva återgångsvillkoret krävs också ett särskilt skadeståndsåtagande. Om det inte finns ett skadeståndsåtagande skulle köparen kunna åberopa återgångsklausulen utan att bli skadeståndsskyldig.²⁵

2.2.1 Dubbla köpehandlingar

JB bygger på att parterna kan och ska använda två köpehandlingar, om köparen får kredit. De vedertagna begreppen för dessa handlingar är köpekontrakt och köpebrev.²⁶

¹⁹ Grauers, Folke: Fastighetsköp, tjugoförsta upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2016 s. 30. Jmf Vicotorin, Anders, Hager, Richard: Allmän Fastighetsrätt, s. 85.

²⁰ Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 47.

²¹ Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 30.

²² Vicotorin, Anders, Hager, Richard: Allmän Fastighetsrätt, s. 94.

²³ Vicotorin, Anders, Hager, Richard: Allmän Fastighetsrätt, s. 95.

²⁴ Vicotorin, Anders, Hager, Richard: Allmän Fastighetsrätt, s 95. Jmf Westerlind, Peter: Kommentar till jordabalken 1-5 kap, PA Nordstedt & söners förlag, Stockholm 1971, s. 288 f.

²⁵ Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 69.

²⁶ Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 38.

Köpekontraktet är den första handlingen som upprättas och den är ofta väldigt utförlig. Köpekontraktet innehåller ofta en presentation av parterna och fastigheten som är föremål för försäljning samt uppgifter om köpeskillingen. Köpekontraktet innehåller också överlåtelseförklaringen, vilken ska uttala att säljaren säljer fastigheten till köparen. Till sist ska parternas underskrifter finnas med. Övriga, mer individuella klausuler kan också finnas med, exempelvis kan återgångsklausuler finnas med (vilka måste finnas med i köpehandlingen för att gälla), klausuler om fastighetens standard osv.²⁷

Köpebrevet är den andra handlingen och innehåller ofta bara ett fåtal uppgifter, nämligen de uppgifter som är obligatoriska enligt 4 kap 1 § JB. Köpebrevets huvudsakliga funktion är att vara ett kvitto på betalningen, därför ska det även finnas med en kvittens av köpeskillingen. Efter detta är köpet definitivt på så vis att säljaren inte kan häva köpet på grund av betalningsdröjsmål.²⁸

Det ska dock påpekas att redan köpekontraktet är definitivt bindande. Det innebär att part inte kan dra sig ur köpet genom att vägra bidra till att köpebrevet upprättas. Om exempelvis säljaren vägrar medverka kan hen föreläggas av domstol att utfärda ett köpebrev.²⁹

2.2.2 Skälen bakom formkravet

I propositionen till JB resoneras det kring formkravet. Ett tungt vägande skäl för att ha ett formkrav vid överlåtelse av fastighet är att äganderättsövergången blir helt klarlagd. Detta är något som inte endast är av betydelse för parterna utan även för tredje man som kan vara berörd av överlåtelsen. Lagfartsinstitutet kräver också att köpeavtalet tillkommer i viss form. Ett annat skäl som ofta framhävs är att formkravet tvingar parterna till att inte ta förhastade beslut och att överlåtelsen sker efter moget övervägande. Formkravet anses också medverka till att avtalet blir preciserat eftersom köp av fast egendom ofta sker efter långvariga förhandlingar. Formen har också en funktion som bevismedel om avtalets tillkomst och innehåll.³⁰

Klart är det att motiven bakom formkravet grundar sig i att den fasta egendomen utgör ett särskilt viktigt förmögenhetsobjekt. I propositionen påpekas dock att detta inte är helt stämmer överensstämmer med ett modernt betraktelsesätt. Det uttalas att fast egendom inte längre är av samma dominerande ekonomiska betydelse som förr och att man inte kan bortse från att lös egendom kan vara minst lika ekonomiskt värdefulla. Lös

²⁷ Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 39 ff.

²⁸ Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 42.

²⁹ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Avtalsrätt 1, fjortonde upplagan, juristförlaget i Lund, Lund 2016, s. 147.

³⁰ Prop.1970:20 del 8 s. 121 ff.

egendom kan dessutom i princip omsättas formlöst. Trots detta anses skälen för formkraven sammantaget fortfarande vara bärande.³¹

2.2.3 Inteckning och lagfart

När en fastighet förvärvats ska lagfart sökas inom tre månader från det att förvärvshandlingen upprättats. Om köpehandlingen inte är formellt riktig kan ansökan avslås. Exempel på när köpehandlingen inte är riktig kan vara att äganderätten inte övergått än, och att det då är fråga om ett föravtal.³² En lagfartansökan kan också förklaras vilande, detta görs bland annat om köpets bestånd är beroende av villkor så som tidigare nämnts.³³

När fastighetsägaren fått lagfart på fastigheten kan hen också inteckna och upplåta panträtt i fastigheten. När inteckningen beviljats utfärdar inskrivningsmyndigheten ett pantbrev motsvarande det belopp som intecknats. Det kan sägas att pantbrevet är en lösgjord del av fastigheten med ett visst värde som gjorts disponibel. Pantbrevet tillhör fastighetsägaren och det är endast ägaren som kan disponera och pantsätta brevet.³⁴

³¹ Prop. 1970:20 del 8 s. 122 ff.

³² Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 20. Vicotorin, Anders, Hager, Richard: Allmän Fastighetsrätt, s. 88.

³³ Se avsnitt 2.2.

³⁴ Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 23.

3 Allmänna förutsättningar för skadestånd vid avtalsbrott

Innan ersättningsklausuler vad gäller ogiltiga utfästelser att överlåta fast egendom hanteras ska först de avtalsrättsliga regler och principer som gäller för att skadeståndsskyldighet ska uppstå presenteras.

3.1 Kontraktuellt skadestånd

Skadestånd i kontraktuella förhållanden grundas på principen om att löften ska hållas. En avtalspart kan dock göra sig skyldig till avtalsbrott utan att ha varit culpös. Under lång tid har det varit svårt att acceptera att skadestånd ska kunna utgå om parten ej varit vårdslös. Undantaget de fall där det finns uttrycklig lagreglering är det i svensk rätt osäkert vad som gäller. Jan och Kristina Ramberg är av uppfattningen att den allmänna principen är att skadestånd kan utgå om en part förpliktat sig att åstadkomma ett preciserat resultat och inte uppnår detta, trots att hen inte varit culpös.³⁵

När det gäller skadestånd i kontraktuella förhållanden brukar man tala om skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset. Principen om det positiva kontraktsintresset talar för att full ekonomisk kompensation ska utgå så fort det föreligger kontraktsbrott, oavsett om avtalsbrottet orsakats av vårdslöshet. Denna princip finns inte lagfäst i svensk lagstiftning men framgår av bland annat av UNIDROIT Principles Art 7.4.2 och DCFR III.-3:701. Regeln om strikt skadestånd är en följd av principen att löften ska hållas. En part ska kunna lita på att motparten håller sitt löfte, och för det fall denne inte gör det ska skadelidande kompenseras, oberoende om motparten varit vårdslös.³⁶

3.2 Skadestånd vid ogiltiga avtal

I denna uppsats behandlas framtida utfästelser att överlåta fast egendom. Sådana avtal är som tidigare nämnt ogiltiga. Därför kommer vad som gäller generellt för ogiltiga avtal och vilka påföljder som kan bli aktuella att beröras.

Först kan konstateras att ogiltighet kan vara av olika slag. Det kan dels vara fråga om så kallad nullitet, vilket innebär att ogiltigheten är självverkande. Det betyder att ogiltigheten inte behöver åberopas av parterna, utan kan beaktas ex officio. Dels kan det också vara fråga om en angräplighet. Denna

³⁵ Ramberg, Jan, Ramberg Kristina: Allmän avtalsrätt, s. 238.

³⁶ Ramberg, Jan, Ramberg Kristina: Allmän avtalsrätt, s. 238.

typ av ogiltighet måste åberopas av parterna, den är således inte självverkande såsom nullitet. Angriplighet kännetecknas ofta av att felet kan avhjälpas.³⁷

Den rättsliga konsekvensen av att ett avtal är ogiltigt innebär att avtalet inte kan göras gällande. Om några prestationer ännu inte hunnit utväxlas uppstår inga större svårigheter, förhållandet mellan parterna kan då enkelt avvecklas. Problem kan uppstå om parterna redan börjat efterleva avtalet. Kanske är det så att avtalet redan fullgjorts. Frågor kan då uppstå kring om ersättning ska utgå för nödiga och nyttiga kostnader som lagts ned på avtalet samt eventuell värdeminskning.³⁸

Det är inte alltid så att ett ogiltigt avtal helt och hållet åsidosätts utan det kan också vara så att det endast jämkas. Ett avtal kan vara partiellt ogiltigt, vilket innebär att endast en viss del av avtalet, eller en viss klausul, blir ogiltig. Det kan också vara så att en domstol upprätthåller en viss del av avtalet därför att sambandet med den ogiltiga delen inte anses så väsentlig att hela avtalet behöver åsidosättas.³⁹

Ogiltighet kan förenas med skadestånd. Ibland finns det lagregler om hur ersättning ska utgå. Finns inte detta inträder skadeståndsskyldigheten enligt allmänna principer om skadestånd på grund av straffbara eller civilrättsligt otillåtna handlingar. Skadeståndsskyldighet kan uppstå oavsett om rättshandlingen blir ogiltig eller inte.⁴⁰

³⁷ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Avtalsrätt 1, s. 258.

³⁸ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Avtalsrätt 1, s. 259.

³⁹ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Avtalsrätt 1, s. 260.

⁴⁰ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Avtalsrätt 1, s. 261.

4 Föravtal

I detta avsnitt ska föravtal behandlas. Först kommer en kort genomgång vad ett föravtal är, därefter kommer föravtalets giltighet för såväl fast och lös egendom att undersökas.

Ett föravtal, *pactum de contrahendo*, är ett avtal eller en utfästelse att i framtiden ingå avtal. Ett föravtal kan ses som ett förberedande avtal i förhållande till det slutliga avtalet.⁴¹

Föravtal kan ingå som en del av ett avtal genom en optionsklausul. Det kan röra sig om ett ömsesidigt förpliktande avtal, där båda parter förbinder sig att ingå ett visst avtal. Det kan också ha formen av en ensidigt förpliktande optionsklausul. När det gäller ensidigt förpliktande optionsklausuler innebär detta att den ena parten får kräva att utfästelsen om option ska tillämpas, och därmed framtvinga fullgörande.⁴²

Optioner förekommer antingen som *put options* eller som *call options*. En option som är utformad som *put option* ger en rätt att begära att motparten köper och en option som är utformad som *call option* ger rätt att begära att få köpa. Optioner ger således ena parten en ensidig rätt att antingen köpa eller sälja. Normalt tidsbegränsas hur länge en option gäller, om inte optionen påkallats inom tidsramen är den förfallen.⁴³

4.1 Föravtals rättsliga verkan

Denna framställning handlar främst om vad föravtal och ersättningsklausuler har för rättsverkan. Ett föravtal är giltigt vad gäller lös egendom men inte vad gäller fast egendom. Det kan tyckas vara en något underlig ordning att det med bindande verkan går att avtala att i framtiden överlåta en bostadsrätt men inte en fastighet. Detta kommer att utvecklas nedan.

4.1.1 Fast egendom

Utfästelser eller avtal att i framtiden sälja fast egendom är sedan länge ogiltiga.⁴⁴ Det är lite oklart exakt var denna regel har stöd. Det framgår inte uttryckligen i JB utan anses av somliga vara en konsekvens av

⁴¹ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Avtalsrätt 1, s. 147.

⁴² Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Avtalsrätt 1, s. 147 f.

⁴³ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Avtalsrätt 1, s. 148. Jmf Ramberg, Jan, Ramberg Kristina: Allmän avtalsrätt, s. 82 f.

⁴⁴ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Avtalsrätt 1, s. 105. Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 65.

ömsesidighetsprincipen för partsbindning som är grundat på formkravet, att ingen part binds ensidigt.⁴⁵ Det har också flera gånger i rättspraxis bekräftats att framtida utfästelser inte är giltiga. Som skäl har främst angivits att klausuler som lägger band på ägarens handlingsfrihet kan skapa osäkerhet i äganderätten med ogynnsamma verkningar för fastighetsomsättningen och kreditgivningen.⁴⁶

I NJA 1992 s. 66 diskuterar HovR om denna regel, som ger uttryck för ömsesidighetsprincipen, är ett utflöde av formkravet eller om regeln kan förklaras på annat sätt. Lennart Vahlén har uttalat att ömsesidighetsprincipen inte har något stöd i lag utan har utvecklats i praxis, möjligt är att principen grundar sig i historisk tradition. Henrik Hessler anser att utfästelser att i framtiden sälja fast egendom inte är gällande ens mellan parterna. Grunder härför är ganska oklar, speciellt sedan det i nya JB inte finns något förbud mot resolutiva villkor. Andra författare kopplar ihop förbudet mot avtal om framtida försäljning med formkravet.⁴⁷

Lena Olsen uttalar att ömsesidighetsprincipen härleds ur 1§ 3 st AvtL eftersom någon bundenhet på grund av anbud eller accept inte kan komma i fråga vad gäller avtal som kräver viss form. Detta innebär i förlängningen att avtal som enbart binder ena parten är ogiltigt.⁴⁸

Ett av syftena bakom varför formkravet är så strikt är att det ska förhindra överilade beslut, vilket berörts tidigare.⁴⁹ Lagstiftaren har således ansett att när det gäller fast egendom finns det övervägande skäl till att ha ett strikt formkrav. En part som inte fullföljer sitt löfte om framtida överlåtelse kan inte tvingas att ingå köpeavtal eller åläggas att betala skadestånd enligt allmänna avtalsrättsliga regler. Detta skulle motverka syftet med formkravet. Utgångspunkten är att ett löfte om att i framtiden sälja eller köpa fast egendom inte har några rättsverkningar. Annat är att parterna kan känna en moralisk skyldighet att efterleva vad som avtalats.⁵⁰

4.1.2 Lös egendom

Föravtal är i princip bindande vad gäller lös egendom. För giltighet uppställs de krav som generellt gäller för att avtal ska anses ingåtts.⁵¹

En situation som ligger nära till hands att jämföra med är föravtal vad gäller lös egendom i form av bostadsrätter. Även för överlåtelser (och upplåtelse) av bostadsrätter finns det nämligen ett formkrav i 4 kap 5 § respektive 6 kap

⁴⁵ Vicotorin, Anders, Hager, Richard: Allmän Fastighetsrätt, s. 98.

⁴⁶ Se bland annat NJA 1984 s. 673, NJA 1987 s. 726 och NJA 1990 s. 18.

⁴⁷ NJA 1992 s. 66.

⁴⁸ Olsen, Lena: Ersättningsklausuler vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, andra upplagan, Nerenius & Santéru, Stockholm 1993, s. 74 f.

⁴⁹ Se avsnitt 2.2.2.

⁵⁰ Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 65-66.

⁵¹ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantsz, Eva: Avtalsrätt 1, s. 147.

4 § Bostadsrättslagen (1991:614). Trots detta har HD genom NJA 1992 s. 66 godkänt optionsavtal i skriftlig form. HD konstaterade att när det gäller annan egendom än fast egendom är utgångspunkten att optionsavtal är bindande. Detta ansåg HD vara en naturlig följd av den inom den allmänna avtalsrätten viktiga principen om avtalsfrihet. Undantag kan ske vad gäller lös egendom genom lagstiftning eller om omständigheter föranleder det.⁵²

HD ansåg inte heller att det formkrav som infördes 1982 skulle inverka på rättsläget beträffande optionsavtal på så sätt att ett sådant avtal alltid är ogiltigt. Skälen för formkravet var främst att skapa ordning och reda i rättsförhållandena och tillgodose kontrollaspekten vid realisationsbeskattning. Ingenstans berördes frågan om optionsavtal. HD konstaterade dock att ett optionsavtal för giltighet ska upprättas i skriftlig form.⁵³

Kleineman är kritisk mot HD:s avgörande i 1992-års fall och frågar sig vad skriftlighetskravet gällande optionsavtal innebär. Mot bakgrund av HD:s motivering anser Kleineman att samma bundenhetskrav måste uppställas vid optionsavtal som vid överlåtelseavtal. HD motiverar nämligen skriftlighetskravet på så sätt att ett muntligt optionsavtal annars skulle komma att binda säljaren lika starkt som ett köpeavtal som uppfyller lagens formkrav. Kleineman framhåller att ett optionsavtal kan upprättas skriftligen men endast undertecknas av den part som gjort utfästelsen, vare sig det är säljaren eller köparen.⁵⁴

Kleineman drar också slutsatsen utifrån HD:s motivering att optionsavtal gällande fast egendom fortfarande inte kan göras gällande. Kleineman tolkar HD som att det inte är 4 kap 1 § JB som ger uttryck för detta utan att HD efter nya JB:s ikraftträdande i flera rättsfall har bekräftat att sådana framtida utfästelser inte är giltiga. Bakgrunden till denna ståndpunkt anges vara att sådana klausuler som lägger band på ägarens handlingsfrihet kan skapa osäkerhet i äganderätten med ogynnsamma verkningar för bland annat fastighetsomsättningen och kreditgivningen.⁵⁵

Kleineman frågar sig då varför optionsavtal är giltiga vid köp av bostadsrätt men inte vid köp av fastighet. Kleineman undrar om denna ordning beror på att HD uppfattat att domstolens tidigare praxis fortfarande ska gälla eller om det beror på att de argument som ligger bakom regeln bara har bäring när det gäller fastighetsköp. Att principen om avtalsfrihet bara skulle gälla vid köp av bostadsrätt men inte fastighetsrätt ifrågasätter Kleineman. Kleineman har svårt att se att ett godkännande av optionsavtal skulle skapa osäkerhet i äganderätten med ogynnsamma verkningar för fastighetsomsättningen och

⁵² NJA 1992 s. 66.

⁵³ NJA 1992 s. 66.

⁵⁴ Kleineman, Jan: Optionsavtal vid köp av bostadsrätt, Juridisk tidskrift 1991/92, s. 660, s. 663 f.

⁵⁵ Kleineman Jan: Optionsavtal vid köp av bostadsrätt, Juridisk tidskrift 1991/92, s. 660, s. 665.

kreditgivningen när det gäller fastigheter men inte när det gäller bostadsrätter.⁵⁶

4.2 Sammanfattande kommentarer

Rättsläget är för närvarande så att föravtal vad gäller bostadsrätter är giltiga medan ett föravtal gällande fast egendom inte är det. Det verkar inte heller vara klarlagt varför sådana avtal vad gäller fast egendom inte kan göras gällande.

Såväl överlåtelser av bostadsrätter som fastigheter kräver att viss form iakttas, annars är avtalet ogiltigt. Det tåls därför verkligen att fundera på vad som egentligen gör att samma regler inte gäller i båda situationerna. Det verkar således vara så, att endast den omständigheten att avtalet är ett formalavtal, inte hindrar att föravtal kan ingås.

Frågan är också vad det innebär för ömsesidighetsprincipen och om det är ett utflöde av formkravet eller förklaras på något annat sätt. Eftersom det finns ett snarlikt formkrav för bostadsrätter kan det ifrågasättas om inte ömsesidighetsprincipen skulle gälla på samma sätt som för fastigheter. HD har uttalat att formkravet inte är något hinder utan snarare att syftena bakom formkravet inte hindrar att optionsavtal skulle få verkan. Vad gäller fast egendom verkar HD dock hålla fast vid att det finns skäl för att inte tillåta sådana avtal. HD framhåller också att huvudregeln vad gäller lös egendom är att optionsavtal är giltiga, i motsats till vad som gäller för fast egendom. Det kan i detta sammanhang påpekas att en bostadsrätt sannolikt har mer likheter med fast egendom än lös egendom som exempelvis en TV. Det kan därför finnas skäl att ifrågasätta argumentet att huvudregeln är att optionsavtal är giltiga vad gäller lös egendom.

HD uttalar att rätten att ingå optionsavtal avseende lös egendom är en viktig del av principen om avtalsfrihet. Vad gäller fast egendom tillmäts denna princip inte samma tyngd. För fast egendom verkar HD strikt hålla fast vid att avtalsfriheten får stå tillbaka till förmån för formkravet. Det finns skäl att ifrågasätta varför principen om avtalsfrihet ska upprätthållas vad gäller bostadsrättsaffärer men inte fastighetsaffärer. Ett skäl som framförts är att optionsavtal vad gäller fast egendom skulle lägga band på ägarens handlingsförmåga och skapa osäkerhet i äganderätten som bidrar till ogynnsamma verkningar för kreditgivningen. Exakt varför detta skulle ha bäring vad gäller fastigheter, men inte bostadsrätter, är något oklart.

En skillnad mellan bostadsrätter och fastigheter är att lagfart ska sökas vad gäller fastigheter. Detta kräver att köpehandlingen har viss form. Om äganderätten inte övergått kommer lagfartsansökan att avslås. Enligt nu

⁵⁶ Kleineman Jan: Optionsavtal vid köp av bostadsrätt, Juridisk tidskrift 1991/92 s. 660, s. 665 f.

gällande JB tillåts dock att köpet är villkorat (resolutiva villkor) under två års tid. Under denna tid går det inte för den nya ägaren att få lagfart på fastigheten. Det kan därför särskilt ifrågasättas varför ett föravtal eller optionsavtal inte skulle kunna vara giltigt under samma tidsperiod. Om en fastighet säljs, med en optionsklausul att säljaren har rätt att återköpa fastigheten inom två år, skulle detta få samma effekt som om köpet genomförts med återgångsvillkor.

Det ligger nära till hands att säga att förbudet mot framtida utfästelser vad gäller fast egendom främst växt fram genom praxis och är en konsekvens av de bakomliggande skälen varför sådana avtal inte är önskvärda. Oavsett att det går att argumentera för, såsom Kleineman gör, att dessa skäl inte likväl skulle gälla för bostadsrätter, anser uppenbarligen HD att det de båda förmögenhetsobjekten ska hanteras olika.

5 Verkan av ersättningsklausuler vid ogiltiga utfästelser

I detta kapitel kommer de tillvägagångssätt som används av parter för att tillgodogöra sig ersättning för det fall avtal ej kommer till stånd att presenteras. Först behandlas handpenningsavtal och därefter avtal där ersättning ännu inte utgått.

5.1 Allmänt

Som ovan berörts är en utfästelse att i framtiden sälja eller köpa fast egendom ogiltig. Trots detta händer det att somliga aktörer på marknaden använder sig av olika former av föravtal. Detta kan vara utformat som exempelvis ett handpenningsavtal eller som en optionsklausul.⁵⁷

En part som vill sätta press på sin motpart kan förmå denne att särskilt åta sig att ersätta eventuell skada. Sådant särskilt åtagande att betala skadestånd har i rättspraxis accepterats. Något formkrav för detta åtagande finns heller inte.⁵⁸ Viktigt är dock att poängtera syftena bakom formkravet. Ett av syftena är nämligen att förhindra överilade beslut, varför en regel som innebär att en part som väljer att dra sig ur en fastighetsaffär blir ersättningsskyldig skulle verka som en press att fullgöra avtalet.⁵⁹

Huvudregeln vad gäller ersättningsklausuler är att de är accessoriska. Det innebär att betalningsförpliktelsen inte är gällande om den knutits till en ogiltig huvudförpliktelse. Det finns undantag från denna huvudregel och olika teorier varför ersättningsklausuler anses vara giltiga i vissa fall har framlagts. Rohde har framhållit att vitesbestämmelser har accepterats även vid ogiltiga förpliktelser i den mån det kan betraktas som surrogat för den till det negativa intressets begränsade skadeståndsskyldighet som avtalets ogiltighet kan medföra. Ersättningsklausuler som endast har till syfte att straffa skulle då inte kunna användas när huvudförpliktelsen är ogiltig.⁶⁰

En annan förklaringsmodell kan vara sättet för betalning. Nedan kommer handpenningsavtal diskuteras och de avtalen består i att köparen har

⁵⁷ Jmf Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 65 ff. Melin, Lars: Option till fast egendom, SvJT 1988.

⁵⁸ Jmf Grauers, Folke: Fastighetsköp, s 65.

⁵⁹ Grauers, Folke: Fastighetsköp, s 65.

⁶⁰ Olsen, Lena, Ersättningsklausuler vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, s 70.

överlämnat ett belopp till säljaren som förverkas om köp ej kommer till stånd.⁶¹

5.2 Handpenningavtal

I detta avsnitt uppmärksammas läsaren särskilt på att det handpenningsavtal som beskrivs nedan inte är en sådan handpenning som betalas som en första delbetalning i samband med att köpekontraktet upprättas. Det ska inte heller förväxlas med sådan handpenning som ska tillfalla säljaren om köpet hävs på grund av dröjsmål med betalningen. Handpenningsklausuler i bindande köpehandlingar har inget gemensamt med sådant handpenningsavtal som ska behandlas nedan.⁶²

5.2.1 Handpenningsavtalets syfte

Handpenningsavtal innebär att köparen, innan det att bindande köp kommit till stånd, till säljaren utger ett visst belopp som tillfaller säljaren om köpet inte genomförs. Kommer köpet till stånd, räknas den erlagda handpenningen av från köpeskillingen. Handpenningen utgör således det belopp som köparen får vara beredd på att förlora om denne inte står fast vid sitt åtagande att genomföra köpet.⁶³

Ett handpenningsavtal hindrar inte att en säljare från att sälja till annan spekulant än den handpenningsavtalet ingåtts med. För det fall säljaren väljer att göra det, måste givetvis handpenningen betalas tillbaka. Ofta är handpenningsavtalet utformat som ett ensidigt åtagande av köparen att utge skadestånd till säljaren, vilket innebär att köparen inte har rätt till skadestånd enligt avtalet. Om köparen vill åstadkomma möjlighet att enligt avtalet bli berättigad till skadestånd, får en särskilt klausul med ett åtagande från säljaren att ersätta skada tas med.⁶⁴

Karlgren poängterar att framtida utfästelser att sälja fast egendom är oförbindande för såväl säljare som köpare. Om denna utfästelse kombinerats med handpenning och förverkandeklausul kan det ifrågasättas om förverkandeklausulen skulle vara giltig, eftersom huvudavtalet (utfästelsen) är ogiltigt. Karlgren menar att det inte går, utan vidare, att betrakta detta som ett avtal med egen causa⁶⁵ och av detta skäl inte vara underkastat formkravet. Detta borde gälla även om överenskommelsen fått formen av ett självständigt avtal, en självständig betalningsutfästelse. Karlgren hänvisar i samband med detta uttalande till Undens uttalande att betalningsutfästelsen fått ”formen av ett helt fristående avtal”. Karlgren menar att det bara kan vara fråga om relevant självständighet när en helt annan causa än

⁶¹ Olsen, Lena, Ersättningsklausuler vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, s 70.

⁶² Jmf Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 70.

⁶³ Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 67.

⁶⁴ Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 68.

⁶⁵ Causa betyder orsak eller grund.

fastighetsköpet kan påvisas, exempelvis när det är fråga om ett uppdragsförhållande.⁶⁶

Karlgren vill emellertid inte avfärda handpenningsavtal och förverkandeklausuler så lätt. Eftersom båda parter är oförbundna i förhållande till avtalet som avser själva fastighetsköpet anser Karlgren att det skulle kunna erkännas en förpliktelse för köparen att ersätta säljaren för förlust som bevisligen tillfogats denne så att säljaren sätts i samma ekonomiska situation som om något avtal aldrig kommit till stånd.⁶⁷

5.2.2 Rättspraxis och litteratur

Det första rättsfallet som är av särskild betydelse vad gäller handpenningsavtal är NJA 1946 s. 178. Här gällde det ett skriftligt handpenningsavtal som föreskrev att utgiven handpenning skulle förverkas om köp inte kom till stånd. Köparen vände sig till domstol för att återfå den utgivna handpenningen och säljaren (ett bolag) bestred detta och invände i första hand att handpenningen utgjorde bolagets rättmätiga säkerheter för köpets fullbordan. Vidare anförde säljaren att handpenningen utgjorde en deposition av gottgörelse och att ersättningens storlek på grund av bevissvårigheterna måste bedömas skönsmässigt samt att handpenningen utgjorde skälig ersättning. I sista hand menade säljaren att de i vart fall borde få tillgodogöra sig skälig ersättning för den förmån köparen åtnjutit genom att säljaren underlåtit att utbjuda fastigheten till andra spekulanter.⁶⁸

HD slog fast att den av köparen erlagda handpenningen skulle tillfalla säljaren såsom ersättning för den förlust som därigenom kunde uppkomma för bolaget. Inte heller hade något förhållande påvisats att avtalet om ersättningen inte skulle vara bindande för köparen.⁶⁹

I NJA 1947 s. 215 rörde det sig också om ett skriftligt handpenningsavtal som föreskrev att handpenningen skulle anses förverkad om köpet inte fullgjordes. HD ansåg även här att handpenningsavtalet var bindande såvitt det avsåg att ersätta säljaren om köp inte kom till stånd och detta berodde på köparen. Säljaren skulle få behålla handpenningen såsom ersättning för förlust genom att hen under den överenskomna tiden avstått från att sälja fastigheten till andra spekulanter samt arbete och kostnader som uppstått i samband med handpenningsavtalet. Ersättningen jämkas dock enligt grunderna för 37 § AvtL (det rörde sig om den äldre AvtL).⁷⁰

Karlgren kommenterar NJA 1947 s. 215 med anledning av HD:s domskäl. HD motiverade att säljaren är ersättningsberättigad ”såvitt det avsåg” att

⁶⁶ Karlgren, Hjalmar: Om handpenningsavtal i samband med köp av fast egendom, i festskrift till Birger Ekeberg, Stockholm 1950, s. 304.

⁶⁷ Karlgren, Hjalmar: Om handpenningsavtal i samband med köp av fast egendom, i festskrift till Birger Ekeberg s. 304.

⁶⁸ NJA 1946 s. 178.

⁶⁹ NJA 1946 s. 178.

⁷⁰ NJA 1947 s. 215.

tillförsäkra säljaren ersättning. Detta innebär att det måste uttalats att avtalet verkligen hade det syftet. Det utreds dock inte, om detta var det enda syfte avtalet hade. Om avtalet dessutom haft till uppgift att sanktionera ett ogiltigt huvudavtal, anser Karlgren det vara svår försvarligt att överenskommelsen i och för sig i sin helhet var gällande. Karlgren menar att om hänsyn tas till formregeln och avtalet inte tolkas fiktivt, borde det inte gå att komma fram till att förverkandeklausulen blir som sådan, i princip, gällande. Tvärtom borde utgångspunkten vara att klausulen endast blir partiellt giltig. I sådana fall borde också behovet av jämkning enligt avtalslagens regler vara obetydligt. Karlgren är negativt inställd till att använda avtalslagens jämningsregler i en situation som nu diskuteras.⁷¹

Ett annat viktigt fall är NJA 1974 s. 526. Här rörde det sig om en köpare som var intresserad av en fastighet och fick upplysningar av säljaren om dennes månadskostnader. Köparen reste bort och säljaren hörde då av sig till köparens fästmö för att berätta att det fanns fler spekulanter och att hen önskade handpenning. Fästmön erlade handpenning mot kvitto. Det framgick dock ingenting om vad som skulle hända med handpenningen om köp inte kom tillstånd. När köparen fick information från banken om vad månadskostnaderna verkligen skulle uppgå till visade sig denna vara betydligt högre än den säljaren uppgivit. Köparen frånträdde då köpet då hen inte ansåg sig ha råd.⁷²

Trots att inget avtalats om vad som skulle hända med handpenningen när köp inte kom till stånd intolkade HD en förverkandeklausul i avtalet. HD menade att parternas syfte med avtalet var att ge säljaren viss säkerhet för att köpet skulle komma att fullföljas. Detta syfte skulle inte uppnås, om inte handpenningen kom att förverkas i en sådan situation.⁷³

HD konstaterar vidare att i fall där handpenning lämnats och det förutsatts mellan parterna att handpenningen skulle kunna komma att förverkas, underlåtenhet att fullgöra en utfästelse att köpa fastighet eller ett därmed till syftet likartat avtal, kan få verkan i sådan grad att rätt inträder för säljaren tillräkna sig ersättning. Handpenningens belopp utgör i sådana fall ett tak för högsta ersättning. HD anser att ersättning bör utgå för särskild kostnad som föranletts av handpenningsavtalet. Av utredningen i målet anser HD det framgå att säljaren har haft viss sådan kostnad. Säljaren får tillgodogöra sig ersättning för sådan särskild kostnad, och återbära resterande del av handpenningen till köparen. HD öppnar även för att ersättning skulle kunna tänkas utgå för förlust som uppkommit genom att säljaren avböjt träffa avtal med annan. Dock anses säljaren i detta fall inte kunnat visa på någon sådan förlust.⁷⁴

⁷¹ Karlgren, Hjalmar: Om handpenningsavtal i samband med köp av fast egendom, i festskrift till Birger Ekeberg s. 311-312.

⁷² NJA 1974 s. 526.

⁷³ NJA 1974 s. 526.

⁷⁴ NJA 1974 s. 526.

Rodhe är kritisk till HD:s resonemang i 1974 års fall. Rodhe menar att HD:s resonemang är onödigt komplicerat och frågar sig om inte dessa ”snirklande krumelurer” kunnat undvikas genom att konstatera att en handpenning vid utfästelse att köpa fast egendom in dubio är en avbeställningsrätt. En reservation görs dock med anledning av 1947 års avgörande, där det konstaterades att förverkandet av handpenningen borde innebära en rätt för säljaren inom handpenning tillgodogöra sig ersättning i viss omfattning.⁷⁵

5.2.3 Ersättningsgilla skador

Vanligt förekommande är att det avtalats att om köparen inte fullföljer sitt åtagande är handpenningen förverkad. Till synes kan detta verka gälla oavsett hur stor eller liten handpenningen är. Så är dock inte fallet.⁷⁶

I NJA 1974 s. 526 slog HD fast att även om det inte uttryckligen avtalats att handpenning ska förverkas, måste det för att handpenningsavtalet ska fylla någon funktion normalt tolkas så att handpenningen kan förverkas. Säljaren ska inom handpenningens belopp få tillgodoräkna sig ersättning i viss omfattning. HD uttalar också att de kostnader som kan komma att ersättas är särskilda kostnader som föranletts av handpenningsavtalet. Även förlust genom att säljaren avböjt att träffa avtal med annan spekulant kan ersättas. Det krävs dock att säljaren kan visa på sådan skada och förlust.⁷⁷

Handpenningen utgör således ett tak för högsta ersättning som kan utgå. Parterna kan dock ha ingått avtal om att ytterligare ersättning ska utgå för det fall skadan blir större. Skulle skadan bli lägre än den avtalade handpenningen, ska den överskjutande delen av handpenningen återgå till den part som utgett handpenning.⁷⁸

I NJA 2012 s. 1095 har HD i ett obiter dictum åter behandlat vilken ersättning som ska kunna utgå. HD medger ersättning så att part försätts i samma ekonomiska situation som om avtal inte ingåtts, så kallat det negativa kontraktsintresset eller tillitsintresset. Sådana kostnader kan vara utgifter för förhandlingar, avtalsingående och uppfyllelse eller förberedelse för uppfyllelse av avtalet. Utöver detta kan ersättning utgå för dispositionsförluster, vilket är kostnader som uppkommit för att part vidtagit eller underlåtit att vidtaga dispositioner i förlitan på att avtal skulle komma till stånd. Viktigt är dock att ersättningskyldigheten inte allvarligt underminerar syftet med formkravet (detta har även uttalats i en rad andra tidigare rättsfall).⁷⁹

⁷⁵ Rodhe, Knut: Förmögenhetsrätt: Förpliktelsers uppkomst och obligationsrätt 1966-1977, SvJT 1979 s 577, s. 632 f.

⁷⁶ Jmf Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 67-68.

⁷⁷ NJA 1974 s. 526.

⁷⁸ Jmf Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 67. Olsen, Lena, Ersättningsklausuler vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, s. 80.

⁷⁹ NJA 2012 s. 1095.

En stor fördel för säljaren vad gäller handpenningsavtal är att betalning erlagts innan köparen väljer att dra sig ur avtalet. Detta innebär att säljaren har en stor fördel processuellt gentemot köparen. Det åligger köparen att väcka talan och visa varför ersättning inte ska utgå och återfå vad som redan erlagts.⁸⁰

5.3 Sammanfattande kommentarer

Genom rättspraxis kan det sägas vara klart att den part som erhållit handpenning är berättigad att behålla ersättning motsvarande det negativa kontraktsintresset. Inledningsvis kommer det att föras en diskussion kring hur förverkandeklausuler ska hanteras och därefter kommer en diskussion föras kring vilka skador som kan och bör ersättas.

5.3.1 Hur ska förverkandeklausuler hanteras?

Vad gäller Karlgrens uttalande gällande NJA 1947 s. 215 får han förstås som att han anser det vara en bättre ordning att förverkandeklausulen bara är partiellt giltig. Detta innebär att ett förverkande bara ska ske till det belopp skada kan visas, resterande del av klausulen är ogiltig. Då finns det heller inget behov att använda avtalslagens jämningsregler. Eftersom huvudavtalet som sådant är ogiltigt, är det en bättre ordning att ersättningsklausulen också endast blir giltig i den del den motsvarar de direkta kostnaderna.

Vad gäller Rodhes uttalande gällande NJA 1974 s. 526 går det att förstå varför han kritiserar HD:s lösning. Generellt kan sägas att handpenningsavtal och liknande avtal är en något inkonsekvent lösning som vuxit fram genom praxis och därför skapat en del osäkerhet kring hur de ska hanteras. Att istället se handpenningsavtal som en avbeställningsrätt skulle kunna underlätta. Den erlagda handpenningen fungera som när man exempelvis vid en flygresa väljer att betala en extra avgift för att fritt kunna avboka resan utan att drabbas av några extra kostnader. Att betrakta handpenningen som en avbeställningsrätt hade definitivt kunnat underlätta hanteringen av sådana avtal.

Ett problem som Rodhe själv verkar uppmärksamma direkt är att en sådan lösning skulle innebära att någon skada inte behöver bevisas, och att detta inte går väl ihop med HD:s praxis. Om handpenningsavtal skulle erkännas som en avbeställningsrätt som utgår automatiskt är det enligt min mening fråga om riskfördelningen mellan parterna upprätthålls. I nuvarande ordning, åligger det den som mottagit handpenning att bevisa sin skada för att bli ersatt. Om det kravet inte fanns, är frågan om inte ersättning kan komma att utgå i fall där det inte är försvarbart. Om ersättning skulle utgå,

⁸⁰ Olsen, Lena, Ersättningsklausuler vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, s. 216 f.

utan att förlust visas eller till ett betydligt högre belopp än förlusten uppgått till, innebär det att den ersättningsberättigade parten skulle kunna göra en vinst som baseras på det ogiltiga huvudavtalet. Det blir dessutom en klar urholkning av formkravet, eftersom påtryckningsmedlet hade kunnat bli så påtagligt. En annan sak är att parter som ingår handpenningsavtal i många fall säkerligen betalar vad som avtalats som ersättning oavsett om skada visas eller ej. Detta görs säkert av flera olika anledningar och är något som kommer beröras senare i denna framställning.

5.3.2 Vilka skador kan och bör ersättas?

Den ersättningsberättigade parten ska försättas i samma ekonomiska situation som om något avtal inte kommit till stånd. Detta kan vara kostnader som uppkommit i samband med förhandling, avtalsingående eller förberedelse för ingående av avtal. Den ersättningsberättigade kan även ha rätt till dispositionsförluster. Dispositionsförluster är som tidigare nämnt förluster som kan uppkomma genom att en part vidtar eller underlåter att vidta dispositioner i förlitan på att avtal ska komma till stånd. Detta kan exempelvis vara att avstå från att ingå avtal med andra spekulanter.

En fråga som kan vara svår att komma underfund med är hur en part kan agera i förlitan på ett avtal som är ogiltigt, och dessutom bli ersatt för det. Det skulle kunna sägas vara juridiskt inkonsekvent. Även om det vid första anblick kan tyckas att det är en något märklig ordning finns det ändå ett värde i att en part inte ska kunna utnyttja formkravet på ett otillbörligt sett.

Att ersättning för kostnader som är direkta utgifter som uppkommit på grund av den ogiltiga utfästelsen ska utgå kan tyckas vara rimligt. Detta skulle kunna vara kostnader som lagts ned men till ingen nytta. Om inte förhandlingar skulle förts skulle inte dessa kostnader uppstå. Ingen part är bunden att slutföra avtalet, köparen kan välja att avstå och säljaren kan välja att sälja till annan spekulant. Om avtal inte kommer till stånd på grund av köparen får denne dock ersätta säljaren för de direkta kostnader som uppkommit med anledning av förhandlingarna.

Med den ordning som idag är gällande, att ingen part ensidigt ska vara bunden, kan det vara svårare att acceptera att ersättning ska utgå för att säljaren underlåter att ingå avtal med annan spekulant. Detta eftersom ett handpenningsavtal inte på något sätt är juridiskt bindande för säljaren. Säljaren är fri att innan bindande köp ingåtts, sälja till annan. Att säljaren däremot väljer att inte sälja till annan, utan förlitar sig på att köp med den köpare som handpenningsavtal ingåtts med, är en annan sak. Frågan är också om detta inte kan tänkas närma sig det positiva kontraktsintresset.

HD verkar motivera att ersättning kan utgå intill det negativa kontraktsintresset med att det inte allvarligt underminerar formkravet. Till viss del kan detta sägas vara sant. Ersättning intill det negativa kontraktsintresset försätter visserligen part i samma situation som om avtal

aldrig ingåtts. Dock är ersättningen ändå en sanktion på ett avtal som på grund av formkravet är ogiltigt. Det verkar således vara fråga om en kompromiss, att formkravet inte ska kunna utnyttjas. Formkravets betydelse har inte ansetts överväga en parts intresse av skydd i vissa situationer.

5.4 Ordinära ersättningsklausuler

Ett annat sätt att sätta press på motparten för att få till stånd en fastighetsaffär är att förena den framtida utfästelsen om överlåtelse med vite. Skillnaden mot ett handpenningsavtal är att det i den situation som nu ska diskuteras inte har överlämnats någon handpenning.

Vitesklausuler har i litteraturen främst ansetts ha tre olika syften. Det första är påtryckningsfunktionen. Detta utgörs av hotet av att vitet kan förfalla till betalning och att vitet klart kan överstiga det skadestånd som skulle utgått enligt vanliga regler. Det har också funktionen av ett på förhand bestämd ersättning till den part som drabbas av kontraktsbrottet. Vitet innebär också en snabb och enkel uppgörelse vid kontraktsbrott då part inte behöver bevisa sin skada för att ha rätt till ersättning.⁸¹

5.4.1 Ordinära ersättningsklausulers rättsliga giltighet

Lena Olsen diskuterar huruvida samma regler som gäller för handpenningsavtal gäller för ett avtal där handpenning inte avtalats eller överlämnats. Det rör sig om fall när ersättningsklausulen är utformad som en ordinär ersättningsklausul och betalning ska ske först då det står klart att ena parten inte kommer fullfölja avtalet. Olsen anser inte att giltigheten av ersättningsklausuler utan handpenning kan stödjas på rättsfallet NJA 1974 s. 526.⁸²

5.4.2 Rättspraxis

Ett fall där en ersättningsklausul underkänts är SvJT 1925 rf s 1. Här gällde det en ömsesidig överenskommelse att den part som förvärvade en viss fastighet skulle överlåta hälften av fastighet mot hälften av köpeskillingen eller betala ett skadestånd om 2,000 kr till den andra parten. Avtalet ansågs vara ogiltigt och ersättning kunde inte utgå på grund av underlåten uppfyllelse av avtalet.⁸³

⁸¹ Olsen, Lena, Ersättningsklausuler vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, s. 28.

⁸² Olsen, Lena, Ersättningsklausuler vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, s. 81.

⁸³ SvJT 1925 rf s 1.

Ett annat fall är NJA 1965 s. 306 där ägaren till ett grustag av skattemässiga skäl inte ville sälja mark vid den aktuella tiden för uppgörelse. En överenskommelse träffades genom ett sidokontrakt att lägre arrendeavgift skulle utgå om marken inte överlätts senast vid en viss tidpunkt. HD godtog inte detta avtal eftersom det ansågs vara en ”utfästelse att vid äventyr av viss ekonomisk påföljd verkställa överlåtelsen. Enär ett sådant åtagande icke lagligen kan göras gällande, är sidoöverenskommelsen inte bindande”.⁸⁴

HD har i NJA 1903 s. 148 och NJA 1926 s. 336 tillmätt ersättningsklausuler verkan. I NJA 1903 s. 148 hade A tagit ett banklån om 40,000 kr. Som säkerhet för lånet hade dels hypotiserats ett köpekontrakt, varigenom A och B tillsammans köpt fastigheter, dels en borgensförbindelse given av B och C. C erhöll för sin borgen samma rätt till hypoteket samt förband sig A och B att hembjuda fastigheterna till C. För det fall köp inte kom till stånd skulle C ersättas för sin indirekta förlust genom att gå miste om affären med 2,000 kr. A och B ansågs vara betalningsskyldiga eftersom de förbundit sig att sälja fastigheterna till C eller att utge ersättning till C samt därefter sålt till annan.⁸⁵

NJA 1926 s. 336 gällde istället ett åtagande att köpa en fastighet och göra den fri från in-teckningar och därefter sälja tillbaka fastigheten till uppdragsgivaren. Om uppdragstagaren inte lyckades skulle hen ansvara för uppdragsgivarens skador. HD ansåg att uppdragstagaren var ersättningsskyldig då hen inte sålt tillbaka fastigheten såsom hen åtagit sig utan istället sålt till annan.⁸⁶

Det kan anmärkas att samtliga av dessa rättsfall är avgjorda under den äldre JB:s tid. I exempelvis NJA 2012 s. 1095 får man förstå HD som att detsamma ska gälla för avtal om vite som för handpenningsavtal. HD uttalar att inställningen i svensk rätt anses vara att förverkandebestämmelsen inte är bindande i den utsträckning den ger säljaren rätt till mer ersättning än tillitsintresset. Detsamma gäller när parterna istället har avtalat om vite ska utgå om avtalet inte kommer till stånd.⁸⁷

5.5 Teorier kring ersättningsklausulers giltighet

Det finns olika teorier kring varför ersättningsklausulerna tillmätts verkan i vissa fall och andra inte. I rättsfallen från 1903 respektive 1926 fanns en hänvisning i ersättningsklausulen till skadelidandes förlust. Dessutom har skadelidandes argumentation byggts på att visa skada på grund av

⁸⁴ NJA 1965 s. 306.

⁸⁵ NJA 1903 s. 148.

⁸⁶ NJA 1926 s. 336.

⁸⁷ NJA 2012 s. 1095.

kontraktsbrottet. Detta är en skillnad från de två tidigare fallen där argumentation inte berört skadeersättning eller att ersättningen skulle motsvara förlust.⁸⁸

Några andra teorier som framlagts är att där ersättningsklausulerna fått verkan har det varit fråga om att utfästelsen ingått i en annan avtalstyp. Undén har uttalat att ersättningsklausulen tillmätts verkan då utfästelsen att sälja framstår i form av ett villkor i en självständig betalningsutfästelse.⁸⁹ Även detta utlåtande har tolkats på några olika sätt.⁹⁰ Karlgren har lagt stor vikt vid att betalningsutfästelsen fått formen av ett helt fristående avtal. Karlgren betonar att en förverkandeklausul utan egen "causa" egentligen inte är giltig då huvudavtalet är ogiltigt. Karlgren menar att det inte räcker att avtalet till synes är utformat som en självständig betalningsutfästelse utan det krävs en helt annan causa än fastighetsköpet för att det ska föreligga en relevant självständighet. Karlgren menar dock att om avtalet självt gentemot båda parter är oförbindande skulle det kunna erkännas en förpliktelse för köparen att utge ersättning för skada som säljaren bevisligen tillfogats intill det negativa kontraktsintresset. Ett vitesavtal som sanktioner en dylik förpliktelse bör på samma vis vara giltigt.⁹¹

Malmström har i NJA 1965 s. 306 uttalat i ett yttrande åberopat av ena parten, att huvudregeln enligt hans mening, måste vara att en vitesutfästelse avsedd att ge effekt åt en huvudförpliktelse som innebar en framtida försäljning av fastighet är utan rättsverkan. Detta följer av att utfästelser att i framtiden överlåta fastigheter är ogiltiga. Malmström menar att det inte bör spela någon roll huruvida en formell huvudutfästelse faktiskt gjorts eller inte och istället ersatts av en betingelse för vitesutfästelsen. Att vitesutfästelsen i den senare situationen framstår som mer fristående bör inte ha någon inverkan på bedömningen. Malmström framhåller dock att praxis inte är klar, och att det i litteraturen går att finna visst stöd för tanken att en vitesutfästelse är giltig i den mån den avser att täcka särskilda kostnader eller andra direkta förluster för den part, till vars förmån utfästelsen gjorts. Vad gäller Undéns uttalande menar Malmström dock att Undén avser fall då ersättningsskyldigheten är villkorad av att ett köp inte sker. Svårigheten med Undéns formulering, är enligt Malmström, att avgöra när en betalningsutfästelse är självständig och när den är en accessorisk vitesutfästelse.⁹²

Olsen anser att rättsfallen NJA 1946 s. 178 och NJA 1947 s. 215 ger uttryck för en klar giltighetsprövning på grundval av ersättningsklausulens syfte.

⁸⁸ Olsen, Lena: Ersättningsklausuler vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, s. 83.

⁸⁹ Undén, Östen: Svensk Sakrätt II fast egendom första avdelningen, sjätte upplagan, Gleerups förlag, Lund 1969, s. 118.

⁹⁰ Olsen, Lena: Ersättningsklausuler vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, s. 84.

⁹¹ Karlgren, Hjalmar: Om handpenningsavtal i samband med köp av fast egendom, i festskrift till Birger Ekeberg, s. 304.

⁹² Se Malmströms utlåtande i NJA 1965 s. 306.

NJA 1974 s. 526 menar Olsen innebär ett trendbrott då de förutsättningar som nämns för att förverkandebestämmelsen ska tillmätas viss verkan inte tar någon hänsyn till syftet med klausulen. Olsen anser det vara oklart om rättsfallet från 1974 fråntar de tidigare rättsfallen prejudikatverkan. I NJA 1974 s. 526 uttrycker sig HD så ”att vite ej förfaller eller handpenning ej förverkas enbart på grund av det bristande fullgörandet av utfästelsen”. Detta tolkar Olsen som att visst utrymme för en giltighetsprövning, då en ersättningsklausul säkerställer andra ogiltiga utfästelser om köp av fast egendom än handpenningsavtal, fortfarande gäller. Olsen menar också att de tidigare rättsfallen finns återopade i fallet från 1974 utan att HD reserverat sig mot de lösningar som företogs.⁹³

Olsen anser att regeln i handpenningsfallen är klar, här accepteras ersättningsklausuler upp till det negativa kontraktsintresset. Handpenningsavtal utgör därför ett undantag till huvudregeln om ersättningsklausulens accessoritet. Olsen är kritisk mot att acceptera en särskild regel vad gäller handpenningsavtal. Dels menar Olsen att handpenningsavtal utgör en liten del av avtalen på marknaden och att det vanligaste är att upprätta ett villkorat köpeavtal när det finns osäkra faktorer. Dels tenderar handpenningsavtal att främst skydda säljaren och det är köparen som måste agera för att få tillbaka den utgivna handpenningen.⁹⁴

Olsen förespråkar att en giltighetsprövning ska användas för såväl handpenningsavtal som andra föravtal vad gäller fast egendom. Giltighetsprövningen ska användas som en kontrollmetod där det avtalade ersättningsbeloppet ska jämföras med den förväntade skadan beräknad enligt det negativa kontraktsintresset. Beloppet ska vara begränsat till vad en genomsnittlig köpare borde kunnat förutse, och motsvara normala extra utgifter och onödiga kostnader. Ersättningsbelopp som är högre än normalt anses vara giltiga om det kunnat förutses att en särskild förlust riskerades om utfästelsen inte följdes. Det avtalade beloppet och den förväntade skadan ska vara ungefär lika stora, annars är ersättningsklausulen ogiltig.⁹⁵

5.6 Avslutande kommentarer

När det gäller ersättningsklausuler där något handpenningsavtal inte ingåtts är praxis lite spretigare än vad gäller situationer där sådant avtal ingåtts. Dessutom är rättsfallen äldre, vilket innebär att de avgjorts enligt den äldre JB. Inledningsvis behandlades de olika syftena som ligger bakom användningen av vitesklausuler. Först kommer hur vitesutfästelser står sig i

⁹³ Olsen, Lena, Ersättningsklausuler vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, s. 83.

⁹⁴ Olsen, Lena, Ersättningsklausuler vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, s. 85.

⁹⁵ Olsen, Lena, Ersättningsklausuler vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, s. 85 ff.

jämförelse med handpenningsavtal och sedan om de verkligen är giltiga fullt ut att diskuteras.

5.6.1 Gäller samma regler för vitesklausuler som för handpenningsavtal?

Klart är att det inte finns lika omfattande rättspraxis där det rör sig om en utfästelse att utge vite för det fall avtal ej kommer till stånd. I exempelvis NJA 2012 s. 1095 uttalar dock HD att detsamma som gäller för handpenningsavtal ska gälla för det fall parterna istället avtalat att vite ska utgå.

Gällande Malmström uttalande i NJA 1965 s. 306 måste sägas att han är mycket restriktiv med att ge vitesutfästelser som anknyter till framtida försäljning av fastigheter rättsverkan. Malmström hänvisar till de båda handpenningsfallen NJA 1946 s. 178 och NJA 1947 s. 215, men trots detta anser han det vara mest rationellt att en vitesutfästelse inte är förpliktigande.

Som Karlgren får uppfattas i sin uppsats är hans uppfattning att handpenningsavtal och vitesutfästelser ska behandlas lika. Gällande Undens uttalande rörande självständiga betalningsutfästelser är det enkelt att hålla med Malmström att det måste vara väldigt svårt att avgöra vad som är en självständig betalningsutfästelse och när det är en accessorisk sådan. Karlgrens uppfattning verkar vara att han inte anser att förverkandeklausulen, vilket är överenskommelsen om handpenningens förverkande, är att betrakta som ett avtal med egen causa i förhållande till huvudavtalet. Först när ett avtal har en verklig annan causa, exempelvis där avtalet ingår som ett led i en överenskommelse med uppdrag, kan det vara ett självständigt avtal. Karlgren anser inte att handpenningsavtal eller liknande avtal har sådan egen causa att ersättning kan grundas på därav. Det får sägas vara svårt att anse att det är frågan om självständiga betalningsutfästelser i förhållande till huvudavtalet. Att ersättningsklausuler i handpenningsavtal eller avtal med en vitesutfästelse på den grunden skulle vara giltiga kan anses vara något svårmotiverat.

Med anledning av senare praxis, specifikt NJA 2012 s. 1095, finns det stöd för att handpenningsavtal och vitesutfästelser ska behandlas på samma sätt. Det skulle också vara mycket egendomligt om handpenningsavtal särbehandlades i förhållande till exempelvis ett avtal med vitesutfästelse. De båda formerna av ersättningsklausuler ger samma resultat, och de båda utgör en form av gottgörelse samt ett påtryckningsmedel. Det innebär att oavsett vilken metod som används, kommer det utgöra en form av sanktion för det fall avtalet inte ingås. Det kan finnas en fördel för den ersättningskyldige i de fall ersättning inte betalas ut förrän det står klart att avtal inte kommer ingås. Nämligen att det blir den part som anser sig ha rätt till ersättning får ta initiativet till att utfå ersättningen.

Syftet bakom klausulen bör inte vara det avgörande, risken är att en giltighetsprövning skulle ge ett inkonsekvent resultat. Det är nog mycket svårt att utreda parternas syfte med att ingå ett handpenningsavtal eller liknande avtal, och framförallt syftar det nog till mer än att endast säkra för eventuella förluster. Detta är en åsikt som även framförs av Karlgren. Att föredra är istället den lösning som Karlgren föreslagit, att en förverkandeklausul är partiellt giltig till den del den står i rimlig proposition till det utgift- och kostnadsbelopp som det rimligtvis kan tänkas röra sig om.⁹⁶

5.6.2 Är vitesklausuler fullt ut giltiga?

Inledningsvis konstaterades att vitesklausuler främst hade tre syften. Vad gäller påtryckningssyftet handlar det främst om att part kan tvingas utge en betydligt högre ersättning än vad som skulle utgått enligt allmänna regler. Det kan direkt konstateras att HD inte är benägen att döma ut mer än ersättning enligt det negativa kontraktsintresset. Det vågar nog sägas att det inte går att genom en vitesklausul få domstolen att utdöma ett högre belopp än det negativa kontraktsintresset.

När det gäller konfliktlösningssyftet skulle detta syfte kunna få stor betydelse i praktiken, vilket gör att vitesklausuler kan få ett större genomslag i där. Det måste kommas ihåg att det är relativt få tvister som går till domstol. Ett flertal liknande situationer görs istället upp utanför domstol och där är förmodligen inte det negativa kontraktsintresset lika intressant. Min tes är, efter att ha samtalat med praktiker, att det är vanligt att parter utger ersättning till ett betydligt högre belopp än vad som hade behövts om domstolen dömt. Detta kan ske av flera olika skäl. Dels är det en enkel lösning, att genomgå en lång process i domstol är både tids- och kostnadskrävande. Dels är inte den juridiska aspekten alltid det enda som spelar in, den affärsmässiga aspekten kan vara minst lika viktigt. Framförallt får detta säkerligen betydelse när det är två kommersiella parter som ingått avtal med varandra. Senare i framställningen kommer specifikt situationer som berör kommersiella parter att behandlas.⁹⁷

Tanken med vitesklausuler är att någon skada inte ska behöva bevisas, utan ersättning ska utgå så fort kontraktsbrott kan konstateras. I förevarande fall har domstolen varit tydlig med att skada ska visas för att ersättning ska utgå eller behållas. Detta gäller även för handpenningsavtal. En viktig del vad gäller att underlätta skadeståndsberäkningen försvinner därmed. Återigen är viktigt att poängtera att vitesklausuler säkerligen tillämpas i praktiken på annat sätt än så som domstolen tillämpat dem.

⁹⁶ Karlgren, Hjalmar, Om handpenningsavtal i samband med köp av fast egendom, i festskrift till Birger Ekeberg, s. 307.

⁹⁷ Se avsnitt 7.

Sammantaget anser blir slutsatsen att vitesklausuler inte blir fullt ut giltiga då de inte kan användas så som de syftar till att användas. Detta sägs med reservation för att en vitesklausul mycket väl kan fylla önskat syfte i praktiken. Om en part dock väljer att vända sig till domstol får inte syftena bakom klausulen juridisk bärighet. Domstolen är mån om att allt för höga skadestånd inte ska kunna utgå, just för att formkravet då skulle förlora sin betydelse. Att utdöma allt för höga skadestånd skulle kunna bidra till att avtalsbundenhet kan uppstå på indirekt håll.

6 Culpa in contrahendo

Nedan ska rättsfiguren Culpa in contrahendo diskuteras. Detta görs för att undersöka hur rättsläget ser ut när det inte finns något specifikt avtalat om att uppkommen ersättning ska utgå.

Culpa in contrahendo innebär klandervårt beteende i samband med avtalets ingående, oavsett om detta lett till avtal eller inte.⁹⁸ HD har tidigare varit obenägen att döma ut skadestånd vid preliminära fastighetsaffärer på grund av culpa in contrahendo.⁹⁹ Jan Kleineman har argumenterat för att skadestånd på grund av culpa in contrahendo ska kunna utgå när det gäller ogiltiga föravtal.¹⁰⁰ HD har även i rättsfallet NJA 2012 s. 1095 i ett obiter dictum öppnat upp för att lägga allmänna lojalitetshänsyn till grund för ersättning enligt principerna om culpa in contrahendo också när det gäller fastighetsköp.

6.1 Regler om culpa in contrahendo

Culpa in contrahendo innebär således som ovan nämnt att någon av parterna har uppfört sig klandervårt i samband med avtalets ingående. Det handlar om situationer innan före själva avtalslutet och i förevarande fall endast om situationer då avtalsförhandlingarna inte lett fram till ett slutligt avtal.¹⁰¹

Det finns inget uttryckligt reglerat i svensk lag om avtalsförhandlingar som inte leder fram till avtal.¹⁰² Det kan dock bli aktuellt med skadestånd i situationer där den ena parten genom sitt klandervärda beteende orsakat motparten skada. Den ersättning som då vanligen aktualiseras är ersättning för kostnader och utgifter som lagts ut till ingen nytta. Det så kallade negativa kontraktsintresset.¹⁰³

Utgångspunkten är dock att den som förhandlar gör det på egen risk. Detta innebär att part inte kan räkna med att bli ersatt för utgifter eller eventuella fördelar som uteblivit med anledning av att förhandlingarna inte lett fram till något avtal. Givetvis förekommer det undantag, och det finns exempel i rättspraxis där viss ersättning erhållits.¹⁰⁴

⁹⁸ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Avtalsrätt 1, s. 150.

⁹⁹ Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 68.

¹⁰⁰ Kleineman, Jan, avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993/94 s. 433.

¹⁰¹ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Allmän Avtalsrätt 1, s. 150.

¹⁰² Ramberg, Jan, Ramberg, Kristina: Allmän avtalsrätt, s. 76.

¹⁰³ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Allmän Avtalsrätt 1, s. 150.

¹⁰⁴ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Allmän Avtalsrätt 1, s. 150.

En viktig förutsättning för att ersättning ska kunna utgå är att den part som lidit skada kan visa att motparten varit culpös. Detta bygger på att även under förhandlingsstadiet har parterna en viss lojalitetsplikt gentemot varandra. Som tidigare nämnt finns det inget lagstadgat om skadeståndsansvar i samband med culpa in contrahendo. Ansvaret för att utge skadestånd grundar sig på en allmän princip i gränslandet till en lojalitetsplikt samt rättspraxis som vuxit fram inom området.¹⁰⁵

6.2 Rättsläget före NJA 2012 s. 1095

Ett fall som ofta omnämns för att påvisa HD:s ovilja att döma ut skadestånd enligt culpa in contrahendo är NJA 1973 s. 175. Här gällde det en läkare som under lång tid förhandlat med en ingenjör om en fastighet. Läkaren hade specifika önskemål om hur fastigheten skulle utformas då hon skulle bedriva praktik. Ingenjören utformade fastigheten efter läkarens önskemål och båda parter förutsatte att köp skulle komma till stånd. Läkaren drog sig dock så småningom ur affären då hon ansåg att priset slutligen blivit för högt. Något skriftligt avtal hade aldrig upprättats mellan parterna. Ingenjörens andrahandsgrund innehöll ett påstående om att läkaren ”under förhandlingarna mellan parterna avsiktligt eller av vårdslöshet vilselett honom angående sin inställning eller sina avsikter samt därigenom förmått honom att vidta åtgärder, som inneburit skada för honom”.¹⁰⁶

HD ogillade ingenjörens talan i sin helhet och konstaterade att endast ett löfte om köp av fastighet inte innebär att en part åtagit sig några förpliktelser. Att läkaren slutligen inte velat genomföra köpet ansågs inte ha grundat någon skyldighet att ersätta ingenjören för dennes kostnader.¹⁰⁷

Kleineman håller inte med om uppfattningen att rättsfallet ger stöd åt att prekontraktuellt skadestånd inte kan förekomma vid köp av fastighet. Kleineman menar att HD inte tagit ställning till ”vårdslöst vilseledande” utan istället utgått från ett kontraktsrättsligt tänkande. Att fallet är en stark indikation på HD:s ovilja att erkänna ansvar för culpa in contrahendo accepterar Kleineman, men han anser inte att fallet utesluter att skadestånd skulle kunna utgå då en part oaktsamt vilseleder någon. Kleineman anser nämligen att det i NJA 1973 s. 175 inte visats att läkaren varit oaktsam utan att det istället stod klart att hon faktiskt hade för avsikt att köpa fastigheten.¹⁰⁸ Adlercreutz menar att utgången i målet är ett resultat av att stor vikt lagts vid formkravet. För att inte formkravet ska bli ineffektivt ska avtalsbundenhet inte kunna åstadkommas på indirekt väg.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Avtalsrätt 1, s. 151.

¹⁰⁶ NJA 1973 s. 175.

¹⁰⁷ NJA 1973 s. 175.

¹⁰⁸ Kleineman, Jan, avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993/94 s. 433, s. 443.

¹⁰⁹ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva: Avtalsrätt 1, s. 152.

Kleineman poängterar att det som NJA 1973 s. 175 ger uttryck för är att rena affärsrisker avseende en tilltänkt köparens avsikter inte kan övervältras genom skadeståndsreglerna, så att dessa motverkar formkravets syfte. Kleineman anser det vara mycket viktigt att skilja mellan fall då någon oaktsamt vilselett motparten och därför orsakat motparten skada och fall då säljaren tar en affärsrisk och anpassar fastigheten efter köparens önskemål, kanske i syfte att underlätta förvävsbeslutet. Culpa in contrahendo kan inte användas för att övervältra affärsrisker, detta är istället något de kontraktuella skadeståndsreglerna kan göra. Denna omständighet utgör en väsentlig skiljelinje mellan det kontraktuella och det prekontraktuella skadeståndsansvaret.¹¹⁰

Vad gäller NJA 1974 s. 526 konstaterar Kleineman att HD frånfällt kravet på skadeståndsfästelse som antydde i 1973 års fall. Kleineman anser det vara svårt att se handpenningsavtalet som en ensidig utfästelse att betala ett skadestånd om inte en utfästelse gjorts. Kleineman ifrågasätter därför varför handpenningsavtalet skulle ge rätt till ersättning intill det negativa kontraktsintresset på grund av handpenningsavtalet som sådant och inte enligt principerna om culpa in contrahendo. Det är Kleinemans åsikt att det inte går att förklara om man inte accepterar tanken att NJA 1974 s. 526 är en indikation på ett förkontraktuellt skadestånd enligt principerna om culpa in contrahendo.¹¹¹ Grauers har svårt att tolka rättsfallet på det sättet, men instämmer förvisso i Kleinemans argumentation att culpa in contrahendo bör erkännas som självständig skadeståndgrund.¹¹²

Kleineman är övertygad om att så länge skadeståndsberäkningen innefattar en rätt till ersättning för de utgifter och förluster säljaren haft och inte är ersättning för vinst som säljaren skulle gjort om köpet genomförts, är det skadestånd enligt principerna om culpa in contrahendo som utgår. Det är inte själva föravtalet eller optionen som grundar skadestånd, utan den skadelidandes befogade tillit samt medkontrahentens insikt om att skadelidande ådragit sig vissa kostnader som grundar ersättningsansvaret. Kleineman anser sig finna stöd för sin tes genom att den skadelidande inte får behålla handpenningen om det inte finns en vitesklausul samt om skadelidande därtill inte lidit skada. Kleinemans slutsats blir att skadelidande borde ha rätt till ersättning om hen förorsakats en skadeståndgrundande skada i samband med förhandlingarna oberoende av om det finns ett handpenningsavtal. Handpenningsavtalets betydelse är enligt Kleineman endast ett rättsligt skenargument.¹¹³

¹¹⁰ Kleineman, Jan, avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993/94 s. 433, s. 443-444 n 34.

¹¹¹ Kleineman, Jan, avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993/94 s. 433, s. 453.

¹¹² Grauers, Folke: Fastighetsköp, s. 68.

¹¹³ Kleineman, Jan, avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993/94 s. 433, s. 455.

Genom RH 1996:154 tog HovR upp frågan om parts uppträdande i samband med förhandlingar om köp av fast egendom kan medföra skadeståndsansvar. HovR frågade sig om det överhuvudtaget mot bakgrund av formkravet är möjligt att ålägga ett sådant ansvar vid sidan av handpenningsavtal. Handpenningsavtal menar HovR är av en annan karaktär eftersom ersättningsskyldigheten helt vilar på kontraktsrättslig grund.¹¹⁴

HovR konstaterar i 1996-års fall att det inte har kommit till ett giltigt avtal enligt 4 kap 1 § JB. Att avtalet inte uppfyller kraven i JB hindrar inte att det föreligger starka skäl att utdöma skadestånd till den som blivit vilseledd av felaktiga uppgifter. HovR hänvisar NJA 1973 s. 175 och påpekar att detta rättsfall ofta åberopas till stöd för att skadeståndsansvar inte kan inträda vid fastighetsköp. HovR anser det dock vara oklart vilka slutsatser som kan dras av rättsfallet, men menar att det ligger närmast till hands att förstå det som att HD inte tog ställning till om vårdslöst vilseledande kunde grunda skadeståndsansvar. Rättsfallet ger inte stöd åt att ansvar för sådant beteende är uteslutet vid avtal om köp av fast egendom.¹¹⁵

HovR går vidare och uttalar att det starkaste skälet bakom formkravet är att det ska ge tid till eftertanke och motverka förhastade beslut att sälja fast egendom. HovR menar att detta kan vara motiverat vad gäller privatpersoners bostadsköp, men är knappast befogat vad gäller kommersiella parter. Det skadestånd som kan utgå på kontraktsrättslig grund är begränsat för att formkravet inte ska kunna kringgås bakvägen. HovR anser det vara otillfredsställande att en köpare skulle gå fri från ansvar trots att denne lämnat felaktiga uppgifter under avtalsförhandlingarna som medfört kostnader för säljaren, medan en köpare som ingått handpenningsavtal kan tvingas betala skadestånd utan att hen varit vårdslös.¹¹⁶

Sammantaget kan HovR inte finna tillräckligt starka skäl för att skadestånd inte ska kunna utgå när part drabbats av skada vid en förkontraktuell relation. Den allmänna skadeståndsrättsliga principen om ersättning för uppsåtligt eller oaktsamt vilseledande vid avtalsförhandlingar ska vara tillämplig även när det gäller fast egendom.¹¹⁷

6.3 Rättsläget efter NJA 2012 s. 1095

I NJA 2012 s. 1095 öppnade HD för möjligheten att lägga allmänna lojalitetshänsyn till grund för en rätt till ersättning enligt principerna om culpa in contrahendo när det gäller fastighetsköp. HD konstaterade att de principer som utvecklats för handpenningsavtal och liknande avtal grundar sig på tanken att ersättning enligt tillitsintresset ska kunna utgå i vissa fall

¹¹⁴ RH 1996:154.

¹¹⁵ RH 1996:154.

¹¹⁶ RH 1996:154.

¹¹⁷ RH 1996:154.

när det är motiverat och inte innebär att de fastighetsrättsliga formkraven kringgås eller urholkas.¹¹⁸

Om en köpare av oaktsamhet skapat en befogad tillit hos säljaren om att ett bindande avtal har ingåtts eller kommer att ingås och säljaren har drabbats av kostnader eller annan skada på grund av att hen agerat enligt denna tillit, bör skadestånd kunna utgå enligt tillitsintresset. Givetvis måste det ses till de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet.¹¹⁹

Jan och Kristina Ramberg menar att culpa in contrahendo urholkar formkravet, eftersom det utövar ett tryck på part att medverka till att formkravet uppfylls. Ramberg menar att HD i NJA 2012 s. 1095 indikerat att ändamålen bakom formkraven inte väger tyngre än intresset av att avtalade parter förhandlar lojalt.¹²⁰

Anders Holm anser att HD:s uttalande om skadeståndsmöjligheten i 2012-års fall bör kunna tolkas som att viss kursändring skett vad gäller culpa in contrahendo. I tidigare praxis har ersättning för skada orsakat av mer eller mindre illojala beteende nekats med hänvisning till att ett skadeståndsansvar riskerar att urholka formkravet.¹²¹

6.4 Avslutande kommentarer

Mot bakgrund av vad som ovan anförts ska nu diskuteras kring huruvida culpa in contrahendo bör erkännas som självständig skadestandsgrund. Utöver detta kommer också diskuteras angående vilken betydelse HD:s uttalande i 2012 års fall har för den fortsatta rättsutvecklingen.

6.4.1 Bör culpa in contrahendo erkännas som självständig skadestandsgrund?

Både Grauers och Kleineman är av åsikten att culpa in contrahendo bör vara en självständig skadestandsgrund. Kleineman menar att det har indikerats att culpa in contrahendo kunnat tillämpas redan innan 2012 års fall. Grauers har uttalat att han har svårt att se det på det viset.

Jag anser att erkänna culpa in contrahendo som självständig skadestandsgrund är en rimlig och önskvärd utveckling. Kleinemans argumentation vad gäller NJA 1973 s. 175 att rättsfallet ger uttryck för att det inte går att övervältra rena affärsrisker. Det är rimligt att en säljare som

¹¹⁸ NJA 2012 s. 1095.

¹¹⁹ NJA 2012 s. 1095.

¹²⁰ Ramberg, Jan, Ramberg, Kristina: Allmän avtalsrätt, s. 78.

¹²¹ Holm, Anders: Kalibrerade krav på bundenhet vid successivt undertecknade köpehandlingar, JT 2013/14 s. 149, s. 156.

på olika sätt anpassar fastigheten till köparens behov, kanske i syfte för att underlätta beslutet, inte alltid ska kunna bli ersatt för detta. En sådan ordning skulle skapa ett incitament för en säljare att anpassa en fastighet på ett sätt som tilltalar den tilltänka köparen för att sedan kunna kräva ersättning för detta om köpet inte kommer till stånd.

Jag anser att culpa in contrahendo bör erkännas som självständig skadestandsgrund, parter ska inte kunna utnyttja formkravet på motpartens bekostnad. Att skadestånd ska kunna utgå endast då det avtalats om det utan att vårdslöshet kunnat visas, men inte utgå när part de facto varit vårdslös men det inte finns ett avtal tycker är inkonsekvent. Det kan sägas vara något underligt att på något sätt grunda ett skadestånd på ett ogiltigt föravtal. Även för det fall ersättningsklausulen som sådan är giltig är det är komplicerad lösning eftersom det skulle innebära att ersättning utgår på kontraktsrättslig grund. Vanligen brukar man tala om ersättning intill det positiva kontraktsintresset när skadestånd ska utgå på kontraktsrättslig grund, vilket det inte är frågan om här.

Ersättning enligt principerna om culpa in contrahendo passar bättre för att upprätthålla formkravets syfte. Handpenningsavtal och andra föravtal med ersättningsklausuler stipulerar ett strikt ansvar. På grund av detta strikta ansvar kan ersättning utgå i fler situationer än vad som egentligen varit motiverat. Om det föreligger ett strikt ansvar skulle den part som har rätt till ersättning få möjlighet att spekulera på den ersättningskyldiga partens bekostnad. Detta kan bli speciellt problematiskt eftersom HD accepterat att part kan ha rätt till dispositionsförluster. Säljare skulle således kunna ersättas för förlust som uppkommit genom att försäljning ej skett till annan spekulant. Det kan tyckas att det är rimligt att sådan ersättning ska utgå, säljaren har ju ”reserverat” fastigheten till förmån för köparen. Men det är viktigt att komma ihåg att framtida utfästelser att sälja fast egendom inte är giltigt, vilket innebär att det endast finns en moralisk skyldighet för säljaren att reservera fastigheten.

Att bedömningen för om ersättning ska utgå innefattar ett subjektivt rekvisit kan därför i viss mån anses vara mer rimligt. Har part genom vårdslöshet eller rent av uppsåt orsakat motparten skada kan den skadelidande anses vara så pass skyddsvärd att ersättning ska utgå. Det skulle kunna vara så att handpenningsavtal och liknande avtal utvecklats just för att det tidigare inte varit möjligt att utfå ersättning på annat sätt.

Kleineman är av åsikten att handpenningsavtalets betydelse skulle vara ett skenrättsligt argument och att skadelidande ska ha rätt till ersättning oavsett om handpenningsavtal finns. Jag anser att Kleineman har rätt i att ersättning till det negativa kontraktsintresset ska kunna utgå oavsett om avtal finns. Jag ser dock inte avtalets betydelse vara endast ett skenargument. Det finns nämligen en skillnad mellan ersättning som utgår enligt avtalet och ersättning som utgår enligt principerna om culpa in contrahendo. Skillnaden ligger i det strikta ansvaret respektive culpaansvar. Visserligen ska part i båda fall visa på skada, men det är ändå en väsentlig skillnad varför det inte

går att avfärda handpenningsavtal eller liknande avtal endast som ett skenrättsligt argument.

6.4.2 Har culpa in contrahendo erkänts som självständig skadestandsgrund?

I RH 1996:154 har HovR tagit stark ställning för att culpa in contrahendo ska erkännas som självständig skadestandsgrund. Dock är detta inte en prejudikatskapande instans vilket innebär att det är oklart vilken betydelse avgörandet ska få för rättstillämpningen.

HD har i NJA 2012 s. 1095 öppnat för att allmänna lojalitetshänsyn ska kunna läggas till grund för skadestånd enligt principerna om culpa in contrahendo. Visserligen har detta skett i ett obiter dictum, det är nog sannolikt att om frågan skulle komma upp till bedömning att utfallet skulle blivit att ersättning utgick om förutsättningarna var uppfyllda.

Mot bakgrund av båda dessa avgöranden kan det sägas finnas ett relativt gott stöd för att skadestånd enligt principerna om culpa in contrahendo erkänts som självständig skadestandsgrund. Det verkar också som om Grauers och Rambergs anser att det mot bakgrund av 2012-års fall finns visst stöd för culpa in contrahendo. Precis som HovR uttalat skulle det vara en märklig ordning att part som med uppsåt eller av oaktsamhet vilselett sin motpart och orsakat denna skada inte blir ersättningsskyldig. Samtidigt hade en part som undertecknat ett handpenningsavtal riskerat bli ersättningsskyldig utan att på något vis ha varit vårdslös.

7 Kommersiella parter

Nedan kommer den specifika situation när det är kommersiella parter som ingått avtal om framtida försäljning att diskuteras. Detta görs i syfte att belysa eventuella skillnader i hur föravtal och ersättning bör hanteras. Här kommer argumentation till stor del föras de lege ferenda.

7.1 Allmänt

En situation som väsentligen skiljer sig från när privatpersoner ingår avtal om fastighetsöverlåtelse är när kommersiella parter gör det. De skäl som anförts för formkravet och varför föravtal inte är bindande vad gäller fastigheter har tidigare presenterats.¹²² Kleineman påpekar att dessa rättspolitiska skäl, som han anser redan från början är svaga, är väldigt svåra att förklara i kommersiella sammanhang.¹²³

En situation som kan bli aktuell främst när det gäller kommersiella parter är den när en fastighetsöverlåtelse ingår som ett delmoment i en större affärstransaktion. Det kan handla om exploateringsavtal eller joint venture där en fastighetsöverlåtelse ingår bland annan egendom för att affären ska fullbordas. Här utgör skriftliga utfästelser att sälja fastighet en viktig del då parterna kan behöva vidta dispositioner innan fastighetsöverlåtelsen blir av.¹²⁴

Olsen är av åsikten att om löftet ingår som en del i en vidsträckt uppgörelse eller i ett uppdragsavtal borde det kunna accepteras åtminstone i skadeståndshänseende.¹²⁵ Kleineman är också av samma åsikt.¹²⁶ Kleineman lyfter också frågan om det ska finnas möjlighet att kräva fullgörelse när den ena parten grovt åsidosatt avtalets lojalitetskrav. En sådan möjlighet, skulle dock kräva en lagändring då det innebär ett faktiskt åsidosättande av formkravet.¹²⁷

På marknaden har det också framkommit att främst kommersiella parter på olika sätt försökt tillskapa optioner. Detta kan bland annat göras genom

¹²² Se avsnitt 2.

¹²³ Kleineman, Jan: Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993-94 s. 433, s. 445 n 37.

¹²⁴ Kleineman, Jan: Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993-94 s. 433, s. 456.

¹²⁵ Olsen, Lena, Ersättningsklausuler vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott, s. 76-77.

¹²⁶ Kleineman, Jan: Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993-94 s. 433, s. 456.

¹²⁷ Kleineman, Jan: Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993-94 s. 433, s. 456.

återköpsavtal där säljaren äger option att återköpa fastigheten till en på förhand fastställd köpeskilling. Det kan också göras genom att i optionsavtalet stipulera ett högt vite som ska erläggas om motparten vägrar presteras enligt sitt åtagande.¹²⁸

Melin menar på att de många försök som görs att skapa en option visar att det finns ett angeläget behov av en lagreglerad möjlighet att använda optioner vad gäller fastigheter. Melin förespråkar, de lege ferenda, att institutet option till fast egendom införs i svensk rätt. Det är Melins uppfattning att detta skulle verka främjande för omsättningen av fast egendom. Ett tungt vägande skäl anser Melin vara att företag då kan ingå avtal om försäljning av egen fast egendom med återköpsoption, och på så sätt frigöra kapital. Det frigjorda kapitalet kan då istället investeras och bidra till expansion av företagets rörelse till en lägre kostnad än om fastigheten skulle belånats.¹²⁹

Melin uppmärksammar dock att det kan finnas skäl mot att optionsrätt ska gälla för villor och fritidshus. Han förespråkar därför att reformen skulle kunna begränsas till ”kommersiella fastigheter”, vilket kan vara industribyggnader eller fastigheter med enbart lokalhyresgäster. För att uppnå en lämplig avgränsning för vilka fastigheter det skulle gälla föreslår Melin att rättigheten knyts till fastighetens taxeringskod. För att uppnå sakrättsligt skydd bör optionsavtalet skrivas hos inskrivningsmyndigheterna. Detta skulle ge klarhet vad gäller förhållandena i fastigheten.¹³⁰

7.2 Hur bör föravtal vad gäller kommersiella parter hanteras?

Precis som Kleineman påpekar är det betydligt svårare att motivera ett strikt upprätthållande av formkravet och inte acceptera föravtal vad gäller kommersiella parter. De skäl som ligger bakom den nu gällande ordningen är sämre lämpad för kommersiella förhållanden. Kommersiella parter har inte heller samma skyddsbehov som privata aktörer. Det är nog i många fall också så att en fastighet inte har samma förmögenhetsrättsliga värde för en kommersiell part som för en privatperson.

Min tes, vilket verkar stämma överens med vad Melin uppmärksammat, är att framförallt kommersiella parter vill använda sig av optionsklausuler för att få till stånd en fastighetsaffär. Det är säkert så att i många fall får dessa klausuler verkan, och för det fall affären inte kommer till stånd erläggs ersättning i enlighet med vad som avtalats. Det är sannolikt så att ersättningen inte hanteras på samma vis som domstolen gör, nämligen att skada ska visas och det är begränsat till det negativa kontraktsintresset.

¹²⁸ Melin, Lars: Option till fast egendom, SvJT 1988 s. 152.

¹²⁹ Melin, Lars: Option till fast egendom, Svjt 1988 s. 152.

¹³⁰ Melin, Lars: Option till fast egendom, Svjt 1988, s. 152.

Anledningen till detta är säkerligen att det i praktiken finns fler aspekter som påverkar och är lika viktiga som den juridiska. För parter på marknaden är det viktigt att upprätthålla ett gott rykte. Det skulle kunna få omfattande konsekvenser för ett företag som får ett rykte om sig att inte stå fast vid sina avtal, och i förlängningen kosta betydligt mer än vad det skulle gjort än att betala ersättningen.

Det kan således vara på det viset att det finns en diskrepans mellan hur föravtal förenade med ersättningsklausuler används i praktiken och dess juridiska giltighet. Detta är givetvis inte ensamt anledning att företa en lagändring. Eftersom det finns en vilja i praktiken att kunna ingå sådana avtal och det kan ifrågasättas om skälen bakom ordningen är starka nog när det gäller kommersiella parter finns skäl att företa en översyn. Det är inte så att det är fråga om omoraliska eller olämpliga avtal som av den anledningen inte ska skyddas av rättsordningen.

Frågan är om det behövs en lagändring för att få till en ändring vad gäller kommersiella parter. Ingenstans i lagtext finns det ett förbud mot föravtal.¹³¹ Vad gäller optionsavtal för bostadsrätter har HD ansett att formkravet inte hindrar att optionsavtal ingås med bindande verkan. HD ansåg att de bakomliggande skälen till att formkravet infördes vid överlåtelse av bostadsrätter var att skapa ordning och reda i rättsförhållandena och tillgodose kontrollaspekten vid realisationsvinstbeskattning. Ingenstans berördes frågan om optionsavtal.¹³²

Detta kan förstås som att ett formkrav i sig inte hindrar att olika former av föravtal skulle kunna ingås med bindande verkan. Dock finns det omfattande praxis vad gäller fast egendom som slagit fast att framtida utfästelser inte är giltiga. Det finns inget som hindrar att HD genom att ta upp ett fall i plenum skulle kunna ändra praxis. Eftersom att förbud mot framtida utfästelser inte tidigare ansetts behöva lagfästas kan detta tala för att det skulle räcka att HD genom prejudikat ändrar tidigare praxis.

Ett skäl som faktiskt får betydelse även för kommersiella parter är att det ska råda ordning vad gäller äganderätten. Här finns det en skillnad mot vad som gäller för bostadsrätter där lagfartsinstitutet inte finns. Istället är personen medlem i en bostadsrättsförening och innehar en nyttjanderätt till en lägenhet. Det finns således inte samma inskrivningsväsen vad gäller bostadsrätter som för fast egendom. En lösning skulle kunna vara att utveckla det förslag Melin presenterat, nämligen att optionsrätten skrivs in hos inskrivningsmyndigheten. Det är också så att resolutiva villkor numera tillåts under två år. Detta innebär att ett köp kan vara svävande under två år då köparen inte kan få lagfart på fastigheten. När en sådan ordning accepterats, kan det anses vara ännu mer svärförklarligt varför optionsavtal inte skulle vara gällande. Särskilt inte om det uppsattes en motsvarande tidsgräns även vad gäller sådana avtal.

¹³¹ Se avsnitt 4.1.1.

¹³² NJA 1992 s. 66.

Ett skäl som också anförts som stöd för att framtida utfästelser att sälja fast egendom inte ska vara giltiga är att det kan skapa ogynnsamma verkningar för kreditgivningen. För att fastigheten ska kunna belånas krävs det som tidigare konstaterats att ägaren har lagfart. Frågan är hur kreditgivningen skulle påverkas om framtida utfästelser ansågs giltiga. Som ovan konstaterats tillåts resolutiva villkor, där köparen inte kan erhålla lagfart under den tid villkoren gäller. Rimligtvis borde därför det faktum att en ny ägare under en viss tid inte kan erhålla lagfart vara skäl att inte tillåta en sådan ordning.

Frågan är om det skulle vara så att en borgenär är mindre benägen att acceptera en panträtt i fastigheten om där exempelvis finns ett optionsavtal, eftersom en överlåtelse kan vara nära förestående. Panträtten är dock en mycket god säkerhet. Panträtten består nämligen även om gäldenären överlåter fastigheten.¹³³

Som tidigare berörts finns det skäl att påstå att kommersiella parter inte har samma skyddsbehov som privata aktörer. Optionsavtal eller liknande form av föravtal vad gäller framtida försäljning av fastighet som frivilligt ingåtts mellan kommersiella parter bör därför kunna vara juridiskt gällande. Annat är att avtalslagens vanliga jämkning- och ogiltighetsregler givetvis ska vara gällande.

7.3 Vilken ersättning ska utgå när avtal inte ingås?

Eftersom det finns skäl för att avtal om framtida försäljning bör kunna göras gällande innebär det också förändringar för vilken ersättning som ska kunna utgå om part vägrar prestera enligt avtalet. Nuvarande ordning för ersättning anser jag vara lite komplicerad att förstå logiken bakom. Ersättning utgår med anledning av en ersättningsklausul, som anses vara giltig trots att huvudavtalet som sådant är ogiltigt. Detta trots att huvudregeln är att ersättningsklausuler är accessoriska.

Tidigare i uppsatsen konstaterades att ett avtal kan vara partiellt ogiltigt vilket innebär att delar av det fortfarande kan göras gällande. Det kan också vara så att en viss klausul inte anses kopplad till ogiltigheten på ett sådant sätt att den inte kan göras gällande.¹³⁴ Själva ersättningsklausulen vad gäller framtida utfästelser har på något sätt fått sådan självständig ställning att det talas om att ersättning utgår på kontraktsrättslig grund, och utgör ett strikt ansvar. Tidigare har kritik framförts emot att en ersättningsklausul kan ha

¹³³ Jensen, Ulf: Panträtt i fast egendom, tionde upplagan, Iustus förlag, Uppsala 2016, s. 56 f.

¹³⁴ Se avsnitt 3.2.

sådan självständig ställning i förhållande till den ogiltiga utfästelsen att den på denna grund är giltig.

Ovan har argumenterats för att det finns anledning att tillåta kommersiella parter att med bindande verkan ingå avtal om att i framtiden överlåta fast egendom. Det finns då inte längre någon anledning att inte tillåta ersättning som uppgår till det positiva kontraktsintresset med hänsyn till att detta skulle underminera formkravet. Kommersiella parter som ingår avtal om framtida försäljning bör därför även kunna ersättas för utebliven vinst.

Frågan om part fortfarande ska behöva bevisa skada kvarstår dock, alternativt om schabloniserade vitesklausuler ska godkännas. Många gånger är det så att det kan underlätta att använda vitesklausuler istället för att skadestånd ska beräknas. Inte minst då det kan vara mycket svårt att beräkna utebliven vinst eller andra indirekta kostnader som kan uppstå. En vitesklausul kan också vara förmånligt för båda parter då det även kan utgöra en ansvarsbegränsning. Båda parter vet på förhand vad det kommer kosta om avtalet inte fullföljs.

Att det handlar om två kommersiella parter som ingår avtal med varandra kan också tala för att vitesklausuler ska godkännas. Visserligen kan det även råda obalans vad gäller förhandlingskapaciteten emellan sådana parter, men det är ändå inte jämförbart med när en kommersiell part och en konsument ingår avtal. För det fall vitesklausulen skulle stipulera en oskäligt hög ersättning så finns även möjligheten att domstolen jämkar det enligt 36 § AvtL.

Sammanfattningsvis anser jag det att det finns skäl att tillåta kommersiella parter att med bindande verkan kunna ingå avtal om framtida överlåtelse av fast egendom. Framförallt av praktiska skäl finns det goda skäl att tillåta att vitesklausuler används där part inte behöver bevisa skada. För det fall vitesklausulen stipulerar ett orimligt högt vite, kan detta jämkas enligt AvtL jämningsregler.

8 Slutsatser

Avslutningsvis är ambitionen att binda ihop trådarna och sammanfatta med att besvara de frågeställningar som inledningsvis ställdes.

8.1 Vad gäller för handpenningsavtal där handpenning ska förverkas om avtal ej kommer till stånd?

Vad gäller den första frågeställningen blir min slutsats att för det fall det finns ett handpenningsavtal ska handpenningen förverkas oavsett om det finns en förverkandeklausul. Detta givet att syftet med avtalet anses vara att handpenningen ska förverkas om köp ej kommer till stånd. Ersättningen är begränsad till skada som kan visas och handpenningens belopp utgör ett tak. Endast förlust enligt det negativa kontraktsintresset utgår, part ska således komma i samma ekonomiska situation som om något avtal inte ingåtts.

8.2 Vad gäller för utfästelser om framtida överlåtelse där ersättning erläggs först när part inte presterar enligt sådan utfästelse?

Vad gäller den andra frågeställningen har praxis varit lite mer osäker. Jag uppfattar HD mot bakgrund av uttalande som gjorts i rättsfall som att samma ordning ska gälla oavsett om handpenning redan erlagts eller inte. Detta måste också sägas vara den ordning som ger en mest enhetlig tillämpning eftersom resultatet blir detsamma oavsett vilken form av avtal som används. Om det accepterats att ersättning ska utgå på grund av ett handpenningsavtal, skulle det vara mycket underligt om ersättning inte skulle utgå endast av den anledningen att ersättningen inte överlämnats ännu. Slutsatsen blir således att samma ersättningsregler gäller som för handpenningsavtalen.

8.3 Bör framtida utfästelser om överlåtelse av fast egendom vara gällande och hur bör ersättning när part inte presterar enligt utfästelsen hanteras?

Vad gäller frågan hur framtida utfästelser och ersättning då en part inte håller sig till löftet ska behandlas är mina slutsatser följande. Det kan börja med att konstateras att de skäl som ligger bakom ordningen är relativt svaga. Inte minst med tanke på att optionsavtal gällande bostadsrätter accepterats och att resolutiva villkor är gällande under två år. Detta gäller för såväl kommersiella parter som för privata aktörer. Nedan kommer nedan först redogöras för slutsatserna gällande kommersiella parter för att sedan övergå till privata aktörer.

8.3.1 Kommersiella parter

Vad gäller kommersiella parter anser jag att det finns stöd för att framtida utfästelser att sälja fast egendom borde vara giltiga. Skälen emot att en sådan utfästelse inte skulle vara giltig är generellt svaga. Ett problem kan vara hur föravtal ska hanteras i relation till inskrivningsväsendet. Ett alternativ kan vara att det registreras i de fall det finns en optionsrätt eller liknande. Äganderätten övergår inte förrän en bindande köpehandling upprättats, vilket skulle innebära att den person som har lagfart på fastigheten har full förfoganderätt och rätt att exempelvis inteckna fastigheten. Det borde inte vara en omöjlighet att uppdatera inskrivningsväsendet så att det anpassas så att detta skulle vara möjligt.

En eventuell nackdel om optionsavtal eller liknande avtal blir giltiga kan vara att borgenärer skulle vara mindre benägna att mottaga panträtt i fastigheten som säkerhet för lån, eftersom fastigheten eventuellt inom en snar framtid kan komma att överlåtas. Det är dock inte sannolikt att detta skulle bli ett problem. I många fall befriar säkerligen säljaren fastigheten på de lån som tagits med denne som säkerhet innan överlåtelse sker. Skulle detta inte göras är pantbrevens fortsatt giltiga oavsett vem som är ägare till fastigheten.

Ett alternativ är att besluta att föravtal endast får vara giltiga under två års tid. De skulle då motsvara vad som gäller för överlåtelser med resolutiva villkor. Med denna ordning borde det inte heller bli så att föravtal missbrukas utan att det endast används i situationer där det är påkallat. Detta eftersom det får antas vara sannolikt att en ägare vill kunna få lagfart på sin fastighet och det inte kommer vara möjligt under tiden som options eller föravtalet är giltigt.

För det fall en framtida utfästelse att överlåta fast egendom inte hålls bör ersättning kunna utgå enligt vanliga kontraktsrättsliga regler, och inte vara begränsad till det negativa kontraktsintresset. Vitesklausuler bör kunna accepteras även om de överstiger den skada som kan bevisas.

8.3.2 Privata aköter

När det gäller privata aktörer kan ordningen sägas vara mer motiverad att framtida utfästelser att sälja fast egendom inte är giltiga. Det går dock att ifrågasätta främst i jämförelse med vad som gäller för bostadsrätter. Argumentet att överlåtelse ska ske efter moget övervägande och att fast egendom är av stor ekonomisk betydelse bör gälla likväl för bostadsrätter. Det kan då tyckas väldigt underligt att olika regler ska gälla för så pass lika förmögenhetsobjekt. Det är sannolikt fortfarande så att för gemene man är bostaden, oavsett om det är en fastighet eller en bostadsrätt, av stor ekonomisk betydelse.

Likaså kan argumentet att det ska vara ordning gällande äganderättsförhållandena och kreditgivningen inte ska kompliceras ifrågasättas. En liknande ordning som gäller för resolutiva villkor borde kunna accepteras utan att allt för omfattande problem uppstår gällande äganderättsförhållandena samt kreditgivningen.

8.3.3 Hur ska ersättningen hanteras?

När rättsläget ändå för närvarande är så att HD inte velat acceptera framtida utfästelser om försäljning av fast egendom är frågan hur ersättning som grundar sig på sådana ogiltiga utfästelser ska hanteras. Jag anser det vara svårt att se att en ersättningsklausul i ett föravtal skulle vara självständig i en sådan grad att det anses vara ett eget avtal som inte är kopplad till den framtida utfästelsen. Giltigheten borde istället vara resultatet av en kompromiss då det strikta formkravet ibland slår för hårt mot en part som anses vara skyddsvärd. För att inte formkravet ska kunna utnyttjas har en särskild utfästelse att ersätta motparten godtagits som grund för skadestånd. Ett mer rättvist resultat hade kunnat uppnås om bedömningen huruvida om ersättning ska utgå också innefattade ett subjektivt rekvisit. Det är rimligt att ersättning utgår när det går att visa att den ena parten varit vårdslös och motparten lidit skada på grund av det.

Det är en något speciell lösning att ersättning utgår på kontraktsrättslig grund men att den är begränsad till det negativa kontraktsintresset. Det vanliga när sådan ersättning utgår är att part är berättigad till full ekonomisk kompensation. Här handskas vi dock med den speciella situationen att ersättningen inte får bidra till att formkravet väsentligt undermineras. Genom att godkänna att ersättning kan utgå samt öppnat för culpa in contrahendo har formkravet definitivt mjukats upp.

Kleineman har argumenterat för att ersättning skulle utgå enligt handpenningsavtalet bara är ett skenrättsligt argument. Kleineman menar att eftersom ersättning endast utgår enligt det negativa kontraktsintresset är det inte avtalet som är grund utan parts befogade tillit till avtal, varför det egentligen är fråga om ersättning enligt principerna om culpa in contrahendo. Ersättning utgår således på utomkontraktuell grund. Denna slutsats går att ifrågasätta. En skillnad är att när domstolen dömt ut ersättning enligt ett särskilt åtagande som handpenningsavtal har det inte funnits med någon bedömning om huruvida parten orsakat skadan genom vårdslöshet.

Tveksamt är huruvida ersättning för dispositionsförluster bör ersättas. Att acceptera ersättning framförallt vad gäller att säljaren avböjt ett mer fördelaktigt erbjudande anser jag kunna innebära att den ogiltiga utfästelsen får allt för stor betydelse. Detta blir särskilt påtagligt när någon vårdslöshet inte behöver visas. I de fall där båda parter haft för avsikt att ingå avtal kan det ifrågasättas hur riskfördelningen ska se ut. Det kan tyckas att i de fall säljaren dragit på sig kostnader i förlitan på att avtal ska ingås ska denne ha rätt att ersättas för detta. Det är ändå viktigt att det inte skapas ett incitament för part att fullt ut handla i förlitan på ett avtal som faktiskt inte är rättsligt giltigt. Ett sådant incitament skulle kunna vara något som bidrar till att underminera formkravets betydelse.

Det finns också en risk framförallt när det gäller privata aktörer att det i praktiken inte blir så stor skillnad mellan ersättning intill det negativa kontraktsintresset jämfört med det positiva. Den största skillnaden som går att identifiera, mot bakgrund av de rättsfall som presenterats, är att ersättning för utebliven vinst inte ersätts. Frågan är hur stor den uteblivna vinsten egentligen uppgår till när det gäller privata aktörer. Skillnad är när det gäller kommersiella parter och fastigheten förvärvats för att kunna bedriva någon form av verksamhet som skulle generera en vinst.

En annan situation är den att de kostnader som en part har rätt att få ersatta uppgår till relativt höga belopp. För att inte riskera att ersättningen begränsas på grund av att handpenningen eller vitesutfästelsen satts för lågt kan dessa belopp sättas väldigt högt. Som tidigare nämnt har den som redan fått utge ersättning en svagare ställning processuellt och är den som behöver initiera en process för att återfå överskjutande del av ersättningen. Detta i sig kan vara ett starkt påtryckningsmedel att fullfölja avtalet.

8.4 Avslutande kommentarer

Uppsatsen har främst haft som uppgift att utreda och fastställa vad som är gällande rätt angående ersättningsklausuler som är kopplade till en framtida utfästelse att överlåta fast egendom. För att göra detta har främst rättsdogmatisk metod använts. Författningstext, rättspraxis och litteratur har studerats. Mot bakgrund av det material som presenterats ovan anser jag att

det finns relativt goda möjligheter för en part att bli ersatt när en motpart inte står fast vid en utfästelse att överlåta fast egendom.

Jag anser att rättspraxis har utvecklats på så vis att formkravet har mjukats upp något. Ett exempel på detta är att HD i senare praxis öppnat upp för en tillämpning av culpa in contrahendo vad gäller fastighetsaffärer. En ytterligare omständighet som tyder på en uppmjukning är att resolutiva villkor numera tillåts under två år. Uttalande i propositionen talar också för fast egendom som särskilt viktigt förmögenhetsobjekt inte har samma särställning i dagens moderna samhälle. Andra förmögenhetsobjekt, som exempelvis bostadsrätter, kan vara av minst lika stort värde. Detta kan antas innebära att de bakomliggande skälen till ett strikt formkrav inte är lika starka som tidigare.

Inledningsvis presenterades en kort genomgång av de avtalsrättsliga regler som gäller för att skadestånd ska utgå dels på kontraktsrättslig grund och dels när ett avtal är ogiltigt. Syftet med detta var att då det i förevarande fall rör det sig om ett avtal som är ogiltigt, men där en särskild utfästelse gjorts och att skadestånd ändå kan utgå på den grunden.

När det gäller skadestånd som utgår på kontraktsrättslig grund brukar det vara ersättning enligt det positiva kontraktsintresset som erhålls. Det kan konstateras att domstolen hittills inte velat tillmäta ersättningsklausulen sådan verkan att ersättning kan utgå enligt det positiva kontraktsintresset. Detta anses underminera formkravet. Jag håller med om att en sådan möjlighet skulle underminera formkravet, eftersom ersättning då skulle utgå som om avtal ingåtts. Är ambitionen att upprätthålla den strikta hållningen gällande föravtal för fast egendom kan inte ersättning enligt det positiva kontraktsintresset utgå.

Jag anser dock att formkravet som sådant inte är det verkliga hindret för att framtida utfästelser att överlåta egendom ska vara ogiltiga. Mot bakgrund av HD:s uttalande i NJA 1992 s. 66 förstår jag det som att formkravet i sig inte tvunget måste hindra att föravtal kan ingås, utan det väsentliga är skälen bakom formkravet. Som ovan utvecklats ser jag en poäng att privata aktörer inte hur som kan lova bort sin fasta egendom.

Ytterligare en omständighet som jag anser gör rättsläget rörande ersättningsklausuler speciellt är att sådana klausuler som huvudregel är accessoriska. Det har därför framkommit något olika teorier varför ersättningsklausuler som sammanhör med en framtida utfästelse att överlåta egendom är giltiga. Diskussioner har gått gällande om en särskild utfästelse kan vara en sådan självständig betalningsutfästelse i förhållande till huvudavtalet att ersättningsklausulen av denna anledning skulle vara giltig. Karlgren är kritisk till att tillmäta ett sådant avtal en så självständig betydelse att det skulle vara giltigt av den anledningen. Kleineman har uttryckt att handpenningsavtal som sådana är ett skenrättsligt argument och menar att när ersättning utgår enligt det negativa kontraktsintresset är det frågan om ett utomkontraktsrättsligt ansvar.

Själv anser jag möjligheten för parter att ingå ett särskilt åtagande om ersättning vara en kompromiss för att formkravet inte ska kunna utnyttjas eller missbrukas. Jag tycker dock inte det ska krävas att ett särskilt åtagande gjorts för att ersättning ska kunna utgå. Formkrav ska inte kunna utnyttjas så att part i princip kan uppföra sig hur som under förhandlingarna och inte bli ersättningsskyldig endast för där inte finns ett särskilt åtagande.

Avslutningsvis kan sägas att jag tror att detta är ett område där förändringar kan komma att ske. Mot bakgrund av den rättsutveckling som varit är det inte otänkbart att en liknande utveckling som skett för bostadsrätter så småningom även sker vad gäller fast egendom. Det torde bli allt svårare att motivera en annan ordning för fast egendom jämfört med bostadsrätter med argumentet att det utgör ett särskilt viktigt förmögenhetsobjekt. Att det ska råda ordning och reda i äganderätten kan det ifrågasättas hur slagkraftigt detta argument är, inte minst med tanke på att resolutiva villkor tillåts.

Käll- och litteraturförteckning

Författningar

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

Bostadsrättslag (1991:614)

Jordabalk (1970:994)

Offentligt tryck

Proposition 1970:20 med förslag till jordabalk.

Internationella principalsamlingar

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rom 2010.

Draft Common Frame of Reference, sellier. european law publishers 2009.

Litteratur

Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva, *Avtalsrätt 1*, fjortonde upplagan, juristförlaget i Lund, Lund, 2016.

Ahlinder, Elisabeth, *Finansiering med fastigheter som säkerhetsunderlag köp, pant, hyra och jordabalkens gränser*, Jure förlag AB, Stockholm, 2013.

Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka, Vogel, Hans Heinrich, *Finna rätt juristens källmaterial och arbetsmetoder*, elfte upplagan, Nordstedts juridik, Stockholm, 2010.

Grauers, Folke, *Fastighetsköp*, tjugoförsta upplagan, juristförlaget i Lund, Lund, 2016.

Jensen, Ulf, *Panträtt i fast egendom*, tionde upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2016.

Karlgren, Hjalmar, *Om handpenningavtal i samband med köp av fast egendom*, festskrift till Birger Ekeberg, Stockholm 1950.

Korling Fredric, Mauro Zamboni, *Juridisk metodlära*, upplaga 1:3, studentlitteratur, Lund, 2013.

Olsen, Lena, *Ersättningsklausuler, vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, andra upplagan, Nerenius & Santérus, Stockholm, 1993.

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, tionde upplagan, wolters kluwer, Stockholm, 2016.

Undén, Östen, *Svensk Sakrätt II fast egendom, första avdelningen*, sjätte upplagan, Gleerups förlag, Lund 1969.

Victorin, Anders, Hager, Richard, *Allmän fastighetsrätt*, sjätte upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2011.

Westerling, Peter, *Kommentar till Jordabalken 1-5 kap*, P A Nordstedt & Söners förlag, 1971.

Artiklar

Holm, Anders, *Kalibrerande krav på bundenhet vid successivt undertecknade av köpehandlingar*, Juridisk Tidskrift nr 1 2013/14 s. 149.

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 9.

Kleineman, Jan, *Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper*, Juridisk Tidskrift nr 3 1993/94 s. 433.

Kleineman, Jan, *Optionsavtal vid köp av bostadsrätt*, Juridisk tidskrift 1991/92 s. 660.

Melin, Lars, *Option till fast egendom*, SvJT 1988 s. 152.

Olsen Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004 s. 105.

Rodhe, Knut, *Förmögenhetsrätt: Förpliktelsers uppkomst och obligationsrätt 1966-1977*, SvJT 1979 s. 577.

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från Högsta domstolen

SvJT 1925 rf s 1
I NJA 1903 s. 148
NJA 1926 s. 336
NJA 1946 s. 178
NJA 1947 s. 215
NJA 1973 s. 175
NJA 1974 s. 526.
NJA 1965 s. 306
NJA 1984 s. 673
NJA 1987 s. 726
NJA 1990 s. 18
NJA 1992 s. 66
NJA 2012 s. 1095

Rättsfall från Hovrätterna

RH 1996:154