



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Mattias Liljebäck

De besynnerliga och besvärliga belastningarna
– belastningars sakrättsliga verkningar ur ett
rättsekonomiskt perspektiv

Särtryck ur häfte 2/2017

DE BESYNNERLIGA OCH BESVÄRLIGA BELASTNINGARNA

— BELASTNINGARS SAKRÄTTSLIGA VERKNINGAR UR ETT RÄTTSEKONOMISKT PERSPEKTIV

Av Mattias Liljebäck¹

Var gränsdragningen mellan obligationsrätt och sakrätt går, dvs. den förmögenhetsrättsliga systematiken, har varit föremål för en omfattande rättsvetenskaplig diskussion. En fråga som har varit särskilt oklar är huruvida så kallade belastningar², såsom avtalade överlåtelseförbud, kan och/eller bör erhålla relativt omsättningskydd. Inom doktrinen har olika uppfattningar uttryckts och något tydligt principiellt ställningstagande från HD har tidigare saknats. De senaste tre åren har emellertid HD i fyra avgöranden klargjort sin principiella utgångspunkt: belastningar saknar relativt omsättningskydd i både onerösa och benefika avtal och ond tro saknar i princip sakrättslig betydelse.³ En utgångspunkt som sedermera bekräftades av HD i ett mål från 2017.⁴ Det kan dock diskuteras om utgångspunkten är önskvärd utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv och vilka eventuella undantag från den som kan aktualiseras.

I. INLEDNING

Belastningar är begränsningar i äganderätten som inte kan inordnas under varken säkerhetsrättigheter eller bruksrättigheter och utgör således en egen kategori av särskilda rättigheter. En belastning innebär kortfattat att belastningsinnehavaren har en befogenhet av något slag över någon annans egendom som äganderättsinnehavaren måste respektera. Belastningarna kan delas in i tre olika grupper: rätt att förvärva egendom (exempelvis optionsrättigheter och förköpsrättigheter), ändamålsbestämmelser (exempelvis att

¹ Juristexamen, Associate på Mannheimer Swartling Advokatbyrå. Artikeln återger endast mina egna uppfattningar och ställningstaganden. Artikeln är en förkortad och delvis omarbetad version av min examensuppsats: "De besynnerliga och besvärliga belastningarna – belastningars sakrättsliga verkningar ur ett rättsekonomiskt perspektiv", som skrevs vårterminen 2017 vid Lunds universitet. Under våren 2017 belönades uppsatsen med Ackordscentralen Syd AB:s stipendium.

² I den juridiska litteraturen används i regel begreppet betingelse men jag har här valt att använda begreppet belastning för att underlätta läsningen. För det fall begreppet betingelse skulle förekomma används det synonymt utan att någon skillnad i innebörden är avsedd, jfr Håstad, Torgny: *Sakrätt avseende lös egendom*, Stockholm 2000, s. 28.

³ Se NJA 2015 s. 1040, NJA 2016 s. 51, NJA 2016 s. 288 och NJA 2017 s. 289.

⁴ Se NJA 2017 s. 550, p. 13.

egendom endast får användas på visst sätt) och överlåtelse- eller upplåtelseförbud (exempelvis klausuler i avtal som stadgar att avtalspart inte får överlåta kontraktet till utomstående part utan den andra avtalspartens godkännande).⁵

Vid resonemanget kring, och för lösningen av, de sakrättsliga problemen i denna framställning kommer Hesslers begreppsbildning och schema att användas. Enligt Hesslers schema förekommer tre subjekt: A, B och C – där A är den berättigade, B är gäldenären och C är tredje man.⁶ Det är exempelvis vanligt vid utformningen av aktieägaravtal att parterna reglerar vad som ska gälla vid förändring i ägarkretsen. För att säkerställa en viss ägarkrets kan det förekomma klausuler i aktieägaravtal som ger en av parterna (inlösaren A) i aktieägaravtalet en förköpsrätt till en viss avtalsparts (säljaren B) aktier. En sådan förköpsrätt, som också innebär ett förbud för B att överlåta (överlåtelseförbud) aktierna till tredje man (C), är en obligationsrättslig rättighet som enligt huvudregeln endast är bindande mellan parterna.⁷

Ett sådant avtalat skydd mot oönskade ägarförändringar kan inte erhålla fullständigt sakrättsligt skydd. Frågan är dock om relativt omsättningsskydd är möjligt, dvs. om A erhåller relativt omsättningsskydd gentemot förvärvaren C, när C är i kvalificerad ond tro om förköpsrättigheten.⁸ Med relativt omsättningsskydd avses A:s eventuella skydd mot C:s onda tro om A:s rätt och om B gjort förbehåll för A:s rätt vid överlåtelsen till C. Ond tro kan vara objektiv (borde ha insett), subjektiv (kännedom/vetskap) eller kollusionsmässig (i syfte att kringgå eller skada). Objektiv ond tro kan även beskrivas som culpös ovetskap eller ”vanlig” ond tro. Subjektiv ond tro kan även beskrivas som kvalificerad ond tro, vilket är det begrepp som kommer att användas i denna artikel.

I ljuset av NJA 2017 s. 289 samt NJA 2015 s. 1040, NJA 2016 s. 51 och NJA 2016 s. 288 (”Överlåtelseförbudsfallen”)⁹ är svaret på ovan ställda frågor som utgångspunkt nekande. Avgörandena ger dock upphov till nya frågor, exempelvis vilka undantag som kan tänkas från HD:s principiella utgångspunkt. Syftet med denna artikel är att utreda om det ovan anförda exemplet

5 Se Hessler, Henrik: *Allmän sakrätt: om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer*, Stockholm 1973, s. 54 f; jfr Håstad (2000) s. 28; Rodhe, Knut: *Handbok i sakrätt*, Stockholm 1985, s. 600 ff; Millqvist, Göran: *Sakrättens grunder: en lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom*, Stockholm 2015, s. 21 f.

6 Se Hessler (1973) s. 1 f och 6 ff.

7 Se Sjöman, Erik: ”Avtalade aktieöverlåtelserestriktioners verkan gentemot ondtröende aktieförvärvare”. I: *SyJT* 2015 s. 826, s. 826 ff.

8 Jfr Sjöman (2015) s. 826.

9 Jfr även NJA 2017 s. 550, p. 13. I ”Överlåtelseförbudsfallen” inkluderas inte NJA 2017 s. 289.

kan utgöra ett sådant undantag, men även om suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar¹⁰ kan utgöra ett sådant undantag. Vidare är syftet att utreda om den av HD meddelade utgångspunkten är önskvärd utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv. Mot bakgrund av syftet har artikeln av naturliga skäl avgränsats till rättigheter som innebär en rätt att bli ägare (dvs. optionsrättigheter och förköpsrättigheter) och överlåtelseförbud beträffande fordringar. Rättsekonomisk teori kommer att vara central för argumentationen, och kommer därför att behandlas först.

2. NÅGRA ORD OM RÄTTSEKONOMISK TEORI, TRANSAKTIONS-KOSTNADER OCH OMSÄTTNINGSENTRESSET

2.1 GRUNDANTAGANDEN INOM RÄTTSEKONOMIN

Rättsekonomisk analys bygger på ett antal grundantaganden som inte nödvändigtvis stämmer överens med verkligheten. Jag kommer emellertid att utgå ifrån dessa antaganden i min analys. Grundantagandena kan sammanfattas med följande sats, nämligen att "... individer har klara preferenser och agerar konsekvent och rationellt för att tillfredsställa de preferenserna".¹¹ Med individer förstås ekonomiska aktörer vilka kan vara både juridiska personer, såsom företag, och fysiska personer.¹² Ett av grundantagandena är att individer antas vara *rationella* och *nyttomaximerande*, vilket innebär att de därmed maximerar det som anses rationellt att maximera. Fysiska personer antas föredra att maximera sin nytta (nyttomaximerande) medan företag antas ha preferens för att göra vinst (vinstmaximerande).¹³

Ett ytterligare antagande är att det anses önskvärt att maximera ekonomisk effektivitet.¹⁴ Ekonomisk effektivitet kan summariskt förklaras gå ut på att åstadkomma effektiva fördelningar av resurser. En fördelning eller förändring är effektiv när resurser tillkommer de personer som värdesätter dem högst, dvs. när de ekonomiska aktörerna totalt sett gynnas av förändringen. Det finns två allmänt vedertagna definitioner av ekonomisk effektivitet. Den första, Pareto-effektivitet, kännetecknas av att någon får det bättre utan att någon

10 För förklaring av detta begrepp, se avsnitt 3.3.

11 Bastidas Venegas, Vladimir: "Rättsekonomi". I: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Lund 2013, s. 194.

12 Se Strömberg, Peter: *Tillbehör och accession*, Uppsala 2012, s. 60 och där gjorda hänvisningar; jfr exempelvis Posner, Richard A.: *Economic Analysis of Law*, New York 2014, s. 3 ff. För kritik mot denna människosyn, se exempelvis Votinius, Sacharias: *Varandra som vänner och fiender: en idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund*, Stockholm 2004, s. 200 f.

13 Jfr Strömberg (2012) s. 60 f.

14 Se Dahlman, Christian, Glader, Marcus & Reidhav, David: *Rättsekonomi: en introduktion*, Lund 2005, s. 214 f.

annan får det sämre. Den andra, Kaldor-Hicks-kriteriet, innebär att en förändring är effektiv så länge någon eller några får det bättre än vad de övriga får det sämre, med andra ord en cost-benefit-kalkyl. Målet är att uppnå ett tillstånd där inga fler ömsesidigt gynnande transaktioner kan genomföras utan att någon annan får det sämre, så kallad Pareto-optimalitet eller en Pareto-optimal marknadssjämvikt.¹⁵ För att detta tillstånd ska kunna uppnås måste fyra villkor vara uppfyllda: ”att det föreligger *perfekt konkurrens*, att alla kostnader för produktionen är *internaliserade*, att analysen endast rör *privata* till skillnad från kollektiva nyttigheter och att aktörerna har *perfekt information*.”¹⁶

Mikroekonomisk teori tillhandahåller en analys av hur ekonomiska aktörer gör sina val. Den ger även en modell som förklarar varför och på vilket sätt en Pareto-optimal marknadssjämvikt uppstår. I denna modell förutsätts att de i stycket ovan beskrivna villkoren är uppfyllda och uppfylls inte villkoren i verkligheten föreligger en *marknadsimperfektion*, vilket leder till effektivitetsförluster. En marknadsimperfektion föreligger exempelvis om parterna inte har tillgång till perfekt information, vilket leder till att det uppstår externa kostnader för informationens anskaffande. Rättsordningens uppgift kan då anses vara att motverka dessa marknadsmisslyckanden för att verkligheten ska efterlikna modellen så långt som möjligt. Detta kan uppnås genom exempelvis lagstiftning och genom att de prejudicerande instanserna skapar allmänna principer.¹⁷

I anslutning till det ovan beskrivna kan det uppmärksammas att det åtminstone föreligger två hinder för att rationella parter ska få genomföra effektiva transaktioner: problemet med transaktionskostnader och problemet med negativa externa effekter.¹⁸ Dessa två problem är centrala för artikeln varför de ska ges en mer utförlig förklaring.

2.2 TRANSAKTIONS-KOSTNADER OCH NEGATIVA EXTERNA EFFEKTER

2.2.1 TRANSAKTIONS-KOSTNADER, COASETEOREMET OCH OMSÄTTNINGSINTRESSET

Transaktionskostnader innebär kortfattat kostnader för att genomföra marknadstransaktioner och består av följande kostnader: sök- och informationskostnader, förhandlings- och beslutkostnader, samt kontroll- och genomförandekostnader.¹⁹ Transaktionskostnader medför både att ekonomiskt

15 Se Strömberg (2012) s. 62 ff; Dahlman, Glader & Reidhav (2005) s. 54 ff och 61.

16 Se Dahlman, Glader & Reidhav (2005) s. 61.

17 Jfr Dahlman, Glader & Reidhav (2005) s. 15, 61 och 64 f.

18 Se Strömberg (2012) s. 64.

19 Se Dahlman, Carl J: ”The Problem of Externality”. I: *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 1, (1979) s. 148; Samuelsson, Per: ”Om rättsekonomins uppkomst och inverkan på

gynnsamma transaktioner utblir och att ekonomiskt icke-gynnsamma transaktioner genomförs. Effekten och betydelsen av transaktionskostnaderna kan formuleras med hjälp av Coaseteoremet:

I en värld där alla agerar ekonomiskt rationellt och det inte finns några transaktionskostnader, spelar det ingen roll hur rättsordningen fördelar rättigheter och skyldigheter, eftersom människor alltid kommer att sluta avtal som omfördelar rättigheten så att varje rättighet tillfaller den som värderar den högst.²⁰

Coase insåg att teoremet inte återspeglar verkligheten, då transaktionskostnader existerar i det verkliga livet. Mot bakgrund av detta är det således av stor betydelse hur rättigheter och skyldigheter fördelas eftersom det ur samhällsekonomisk synpunkt är önskvärt att en rättighet alltid ges till den mest betalningsvilliga individen. Följaktligen bör rättsordningens uppgift vara att skapa rättsregler vars funktion är att imitera den fördelning av rättigheter och skyldigheter som hade uppstått i en värld utan transaktionskostnader, dvs. rättigheter ska tilldelas de individer som värderar rättigheterna högst.²¹ Samtidigt framhåller Coase att det ofta föreligger svårigheter för rättsordningen att skapa rättsregler som imiterar den rättighetsfördelning som är mest välståndsmaximerande. Med hänsyn till detta förespråkar Coase istället att rättsordningens främsta uppgift bör vara att *underlätta genomförandet av transaktioner* så att rättigheter nyttjas av de som värderar dem högst.²²

Omsättningsintresset är ett av de materiella ändamålen inom förmögenhetsrätten och därmed inom sakrätten, då det är omsättningsintresset som ytterst bestämmer rättsreglernas funktion och syften inom förmögenhetsrätten.²³ I en artikel argumenterade Domeij för att de hänsynstaganden som görs under återopande av omsättningsintresset i hög grad sammanfaller med Coases ekonomiska analys om *samhällskostnader*, alltså med Coaseteoremet.²⁴

den aktiebolagsrättsliga forskningen". I: *SvJT* 1997 s. 528, s. 540; Strömgren (2012) s. 65; Bastidas Venegas (2013) s. 187; jfr Coase, Ronald: "The problem of Social Cost". I: *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, (1960) s. 15.

20 Dahlman, Glader & Reidhav (2005) s. 103.

21 Se Dahlman, Glader & Reidhav (2005) s. 103 ff; Strömgren (2012) s. 69 f. Denna uppgift för rättsordningen är en normativ konsekvens av Coaseteoremet som Coase själv inte har formulerat.

22 Jfr Domeij, Bengt: "Coase, externa effekter och omsättningens intresse". I: *Festskrift till Ulf Bernitz. JT: Juridisk tidskrift*, Stockholm 2001, s. 11 f; Coase (1960) s. 15 f och 19.

23 Se Flodgren, Boel: "Civilrätten i ett framtidsperspektiv". I: Strömberg, Stefan m.fl. (red.) *SvJT 100 år*, Uppsala 2016, s. 24 som hänvisar till SOU 2015:18 s. 9.

24 Se Domeij (2001) s. 5.

Ytterst kortfattat kan en del av Domeijs analys sammanfattas till slutsatsen att det är *möjligheterna till transaktioner* som HD närmast har värnat i omsättningsintressets namn avseende de problem som diskuteras i denna artikel, varför det kan vara av intresse att utreda om denna analys fortfarande är aktuell.²⁵ I begreppet omsättningsintresse ligger även en önskan om att främja förutsebarhet, stabilitet, opartiskhet och andra liknande ekonomiskt betydelsefulla värden,²⁶ troligen eftersom förutsebara regler antas minska transaktionskostnaderna.²⁷ Enligt min uppfattning kan det i detta sammanhang även diskuteras huruvida befogad tillit eller generell tillit i samhället,²⁸ är ett ekonomiskt betydelsefullt intresse som borde beaktas mer inom det sakrättsliga området och inte i princip endast inom kontrakträtten.²⁹

2.2.2 NEGATIVA EXTERNA EFFEKTER

En externalitet, eller en extern kostnad, kan uppstå när ett rättsförhållande mellan två parter drabbar en utomstående. I en perfekt marknad utan transaktionskostnader uppstår det inte problem med externaliteter. En transaktion som är ekonomiskt effektiv för parterna är inte nödvändigtvis det för samhällets totala välbefinnande. Eftersom rättsekonomins mål är att främja samhällets totala välbefinnande kan det därför anses vara önskvärt att motverka externaliteter.³⁰ Problemet kan illustreras med följande exempel: anta att B upplåter en rättighet, såsom en förköpsrättighet, i en aktiepost till A och sedan överlåter äganderätten i aktierna till C. I och med försäljningen till C drabbas A eventuellt av en skada på grund av den förlorade rätten till utdelningen och den eventuella värdeökningen av aktierna. Denna skada utgör en extern kostnad från relationen mellan B och C. Om B ersätter A för den skada som A eventuellt har lidit internaliseras kostnaderna hos skadevällaren. Emellertid kan problemet ofta vara att B varken kan eller vill betala skadestånd. Det kan också bero på att A saknar kunskap om möjligheten att kräva ersättning – med andra ord föreligger det inte perfekt information – eller att transaktionskostnaderna är för stora, varför överhängande risk föreligger för att kostnaden/skadan förblir extern.³¹

25 Se Domeij (2001) s. 14 och 18 f.

26 Se Sandgren, Claes: "En social avtalsrätt? Del I". I: *JT* 1992/93 s. 456, s. 464 som hänvisas till i Domeij (2001) s. 19.

27 Jfr Lindskog, Stefan: "HD och den kommersiella rätten". I: *JT* 2002/03 s. 68, s. 72 f.

28 För förklaring av denna teori, se avsnitt 2.2.3.

29 Jfr Flodgren, Boel: "Affärsrätten i centrum". I: Arvidsson, Niklas, Nyström, Birgitta & Flodgren, Boel (red.), *Modern affärsrätt – en antologi*, Stockholm 2017, s. 43–48; Votinius (2004) s. 200; Berggren, Niclas & Jordahl, Henrik: "Tillitens ekonomi". I: *Ekonomisk Debatt*, 34(3), 2006, s. 41, 45–47 och 51 f.

30 Se Strömberg (2012) s. 64; Dahlman, Glader & Reidhav (2005) s. 115 f.

31 Jfr Dahlman, Glader & Reidhav (2005) s. 123 ff.

Enligt Coaseteoremet hade det saknat betydelse om rättsordningen givit förköpsrättigheten sakrättsligt skydd, eftersom det i en perfekt marknad inte hade funnits transaktionskostnader för A, B och C att finna varandra och framförhandla den ekonomiskt mest effektiva lösningen gällande vem av A och C som ska ha rätt till egendomen. Det hade inte heller uppstått transaktionskostnader i form av rättegångskostnader mellan A och B. I den verkliga världen finns det emellertid transaktionskostnader som förhindrar eller försvårar detta, varför transaktionskostnaderna för A och C måste vägas mot varandra för att avgöra vem som ska få rätt till rättigheten.

I detta sammanhang kan nämnas att Hoffrén argumenterar för att en rättighetsinnehavare som har en rättighet vilken innebär en rätt för denne att bli ägare (exempelvis förköpsrättigheter och optionsrättigheter) ska tillerkännas relativt omsättningsskydd vid kvalificerad ond tro. Skyddet beskrivs i form av en *property rule*, med andra ord en rätt att förhindra att en viss nyttighet används.³² Argumentet för detta skydd är att en väsentlig befogenhet som äganderättsinnehavare har är rätten att åtnjuta den avkastning – inklusive eventuell värdeökning – egendomen ger, varför anspråksinnehavaren borde vara den som ska åtnjuta värdeökningen och inte överlåtaren.³³ Vidare kan framhållas att C inte ådrar sig undersökningskostnader om skyddet endast gäller kvalificerad ond tro, då C antagligen inte skulle förvärva egendom som är belastad med en sakrättsligt skyddad rättighet. Förvärvar C ändå egendomen borde priset för egendomen minska och kostnaderna har således internaliserats hos överlåtaren. Mot detta har dock inväntats att ett godtroskrav kan verka tvistdrivande och följaktligen även verka hämmande för omsättningen, då tvister också är förenade med transaktionskostnader i form av exempelvis rättegångskostnader.³⁴ Enligt min mening borde oron för ökade tvister inte överdrivas. Ett skydd mot endast kvalificerad ond tro hos C får anses utgöra ett tämligen begränsat skydd för A som antagligen har svårt att bevisa den kvalificerade onda tron hos C. Detta medför sannolikt en minskad benägenhet hos käranden A att stämma vederbörande eller åtminstone överväga bevisningens styrka en extra gång.

Vad gäller särskilda rättigheter som inte innebär en rätt för anspråkshavaren att bli ägare argumenterar Hoffrén för att dessa rättigheter ska skyddas genom en *liability rule* (rätt till skadestånd från förvärvaren) mot kvalificerat

32 Jfr Hoffrén, Mia: "Contractual Rights and Third Parties: a Unified Perspective of the Law of Property and Law of Delict". I: *Nordic Journal of Commercial Law*, (2011) s. 14 ff; för citatet, se Bastidas Venegas (2013) s. 189.

33 Se Hoffrén (2011) s. 14 f.

34 Jfr Strömgren (2012) s. 76; Dahlman, Glader & Reidhav (2005) s. 87.

ondtroende förvärvare.³⁵ Enligt min mening kan en sådan ordning anses vara ekonomiskt effektiv, eftersom A, B och C i en värld utan transaktionskostnader själva antagligen hade förhandlat sig fram till denna lösning. Anledningen till detta är att det finns transaktionskostnader i verkligheten, och eftersom perfekt information inte föreligger i verkligheten och förhandlingskostnaderna kan vara omfattande, föreligger en risk att parterna inte kan komma överens och följaktligen inte når fram till den mest ekonomiskt effektiva lösningen. Dessutom är belastningsinnehavaren inte ägare av egendomen och kan således inte överlåta den varför C måste förhandla med både B och A för att erhålla belastningsfri egendom, vilket försvårar situationen. Sannolikt är det då en mer ekonomiskt effektiv lösning att C får rätt till egendomen och A får rätt till eventuell skadestånd från både B och C. Det är således domstolen som i efterhand får avgöra frågan och reglera villkoren för utbytet samt priset genom skadeståndssumman.³⁶ Lindskog frågar sig om rätt till skadestånd från tredje man överhuvudtaget är ekonomiskt effektivt. Däremot framhåller Lindskog att det i fall av chikan kan vara etiskt motiverat med en rätt till skadestånd från tredje man.³⁷

Inom svensk rätt finns endast ett begränsat utrymme för en liability rule, till skillnad från en så kallad property rule. Det är endast vid kvalificerat otillbörliga fall (kollusionsfall) när C ingriper i A:s och B:s avtalsförhållanden som C kan behöva betala skadestånd till A för ren förmögenhetsskada.³⁸ Det har i regel handlat om situationer när C handlat i samförstånd med B i syfte att kringgå eller skada A.³⁹

Klart är att en ordning utan vare sig skydd i form av en liability rule eller property rule inte medför några transaktionskostnader för C. Det Lindskog tycks undgå att beakta är att ett uteblivet adekvat skydd för A (rätten till skadestånd från enbart sin medkontrahent är enligt min uppfattning sannolikt inte tillräckligt) riskerar att minska den generella tilliten i samhället,⁴⁰

35 Se Hoffrén (2011) s. 14 ff; Bastidas Venegas (2013) s. 189; jfr Strömberg (2012) s. 79 f, fotnot 262.

36 Jfr Bastidas Venegas (2013) s. 189 f; Hoffrén (2011) s. 12.

37 Se Lindskog, Stefan: "Marknadsideologin och pacta sunt servanda". I: Lindell-Frantz, Eva (red.), *Festskrift till Lars Gorton*, Lund 2007, s. 363 ff.

38 Se exempelvis NJA 2015 s. 512 och där gjorda hänvisningar till NJA 2005 s. 608 och NJA 1993 s. 188; se även Sjöman, Erik: "Kontrollen över ägarkretsen och aktieägaravtalets verkan gentemot ondtröende aktieförvärvare". [Under utgivning] 2017, s. 9 f och där gjorda hänvisningar; Lindskog (2007) s. 362 ff; Gorton, Lars & Sjöman, Erik: "Negativa förpliktelser och tredje män – särskilt om överträdelse av negative pledges i finansiella avtal". I: *JT* 2002/03 s. 511–518.

39 Se Sjöman (2017) s. 9 f och fotnot 29 och 30.

40 För förklaring av teorin om befogad tillit i samhället, se avsnitt 2.2.3.

vilket i sin tur ökar transaktionskostnaderna och minskar incitamenten att investera. Kostnaderna på båda sidor måste följaktligen beaktas. Det förefaller då enligt mig som en rimlig lösning att tillerkänna A skydd i form av rätt till skadestånd från tredje man vid kvalificerad ond tro. I anslutning till detta ställer jag mig tveksam till att göra en distinktion mellan kollusion och faktisk kännedom. Enligt min mening kan skillnaden anses obefogad då skillnaden i klandervärdhet mellan fallen sannolikt är ringa. Enligt min mening kan skillnaden anses obefogad mot bakgrund av att det inom straffrätten inte görs någon skillnad i skuldfrågan mellan exempelvis insiktsuppsåt och avsiktsuppsåt, varför ännu starkare skäl talar för att någon skillnad inom civilrätten inte borde föreligga.⁴¹ Lösningen att välja skydd i form av liability rule framför property rule vid rättigheter som inte innebär rätt att bli ägare kan anses som ekonomiskt effektiv, eftersom den kan anses främja teorin om generell tillit i samhället. Vidare måste inte C i sådana fall förhandla med både B och A för att erhålla belastningsfri egendom, det räcker att förhandla med B, även om C då får bära risken att behöva ersätta eventuell skada hos A. Följaktligen kan detta betraktas som en ekonomiskt effektiv ordning.

2.2.3 TEORIN OM BEFOGAD TILLIT I SAMHÄLLET

En rättsordning som inte tillerkänner godtrosskydd kan betraktas som ekonomiskt ineffektiv mot bakgrund av teorin om befogad *tillit* i samhället. Teorin går ut på, vilket vinner stöd av ekonomisk forskning,⁴² att tillit i samhället har positiva effekter. Stödet för positiva effekter finns främst i form av ökad ekonomisk tillväxt. Tillväxten främjas genom minskade transaktionskostnader för kontroll då aktörerna på marknaden undslipper kontrollera andra aktörers handlingar och kan ägna sig åt produktivt arbete. Incitament till investeringar ökar och de som genomförs gör det med lägre förhandlings- och beslutskostnader, då behovet av omfattande kontrakt och övervakning är lägre. Ett sätt att främja tilliten är att rättsordningen skapar rättsregler som upprätthåller och skyddar ingångna kontrakt samt förbjuder opportunistiskt beteende.⁴³

Det är tänkbart att förvärvare (C), med kännedom om att denne medverkar till annans (B) kontraktsbrott, då agerar opportunistiskt. En rättsordning som inte förbjuder sådant beteende på ett adekvat sätt riskerar att hämma den generella tilliten i samhället, och därmed den ekonomiska tillväxten, på ett liknande sätt som avsaknaden av ett skydd

41 Jfr Sjöman (2017) s. 10, fotnot 30.

42 Se Berggren & Jordahl (2006).

43 Jfr Berggren & Jordahl (2006) s. 41–54; Rose, David C.: *The Moral Foundation of Economic Behavior*, [Elektronisk resurs], Oxford 2011, s. 73–80.

för äganderätten hade medfört. Det kan följaktligen argumenteras för att en lösning som främjar den generella tilliten i samhället, i form av ett adekvat skydd mot avtalsbrott som tredje man medverkat till, är ekonomiskt effektiv. Anledningen till detta är att en minskad generell tillit i samhället sannolikt ökar transaktionskostnaderna.⁴⁴ Om tillit till villkorsbundenhet skyddas, sänks både A:s förhandlingskostnader, då omfattande kontrakt inte behöver framförhandlas, och A:s kontrollkostnader eftersom denne vet att denne är skyddad mot kvalificerad ond tro.⁴⁵

Efter denna rättseconomiska genomgång ska det redogöras för utgångspunkten om avtalets subjektiva begränsningar och om de två eventuellt tänkbara undantagen från HD:s principiella utgångspunkt i NJA 2017 s. 289.

3. NJA 2017 S. 289 OCH DE EVENTUELLA UNDANTAGEN

3.1 BAKGRUND TILL BELASTNINGARS EVENTUELLA TREDJEMANS-VERKNINGAR OCH OMSTÄNDIGHETERNA I NJA 2017 S. 289

Utgångspunkten är att *principen om avtalets subjektiva begränsningar* gäller, dvs. att avtalsvillkor som huvudregel endast är bindande mellan parterna.⁴⁶ Stödet för denna princip härleds i huvudsak från två stadganden: dels 24 § kommissionslagen (2009:865) (KommL), där det stadgas att tredje man som har fordran mot kommissionären inte kan kräva kommittenten, dels 4 kap. 5 § lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag (HBL), i vilken stadgas att det endast är den bolagsman som deltagit i avtalet som är berättigad och förpliktigad i förhållande till medkontrahenten. Det främsta argumentet för denna utgångspunkt grundar sig i förutsebarhetsargument. Klarheten i rättsförhållandena främjas om parterna håller sig till sina medkontrahenter och inte till medkontrahentens medkontrahent.⁴⁷

Principen om avtalets subjektiva begränsningar är emellertid inte undantagslös.⁴⁸ I NJA 1993 s. 188 tillerkändes en obligatorisk rättighet verkan mot tredje man på grund av kollusion (rätten att göra gällande

44 Jfr Berggren & Jordahl (2006) s. 46 ff.

45 Jfr Berggren & Jordahl (2006) s. 46; Munukka, Jori: "Avtalade överlåtelseförbud". I: Bernitz, Ulf, Kleineman, Jan, Munukka, Jori & van der Sluijs, Jessika (red.), *Festskrift till Lars Pehrson*, Stockholm 2016, s. 304.

46 Se NJA 1997 s. 44; NJA 1991 s. 682; Munukka (2016) s. 286 och där gjorda hänvisning till Pehrson, Lars: "Skiljedom angående fastställande av lösningsrätt till aktier m.m.". I: *JT* 1990/91 s. 491, s. 496 ff; Lindskog (2007) s. 363; Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H.: *Speciell avtalsrätt II: Kontraktetsrätt. H. 2, Allmänna ämnen*, Stockholm 2016, s. 131.

47 Se Hellner m.fl. (2016) s. 132 f.

48 Se Munukka (2016) s. 286.

konkurrensförbud).⁴⁹ Vidare har det under en längre tid diskuterats om, och i så fall i vilken utsträckning, avtalsvillkor ska ges tredjemansverkningar. I NJA 2007 s. 455 uttalades följande:

Det råder visserligen oklarhet om i vilken mån villkor om användning eller förbud mot överlåtelse (s.k. betingelse eller belastning) gäller mot en tredje man som genom vanligt förvärv köper den förpliktades egendom...⁵⁰

Det är framförallt tre rättsfall som har föranlett frågan huruvida belastningar eller ”blott” obligatoriska rättigheter kan erhålla relativt omsättningsskydd: NJA 1924 s. 329, NJA 1925 s. 80 och NJA 1940 s. 297. I samtliga tre fall var det fråga om pantutfästelser, dvs. anspråk på att sakrättsligt fullborda panträttigheter. Slutsatsen som kan dras av fallen är att faktisk vetskap eller kännedom hos C om pantutfästelsen ger A relativt omsättningsskydd, medan saknad kännedom hos C inte ger A relativt omsättningsskydd. Frågan har varit om rättsregeln kan generaliseras till att gälla samtliga obligatoriska rättigheter såsom alla belastningar eller om den endast gäller pantutfästelser. I inledningen till denna artikel framgick att HD framförallt i och med NJA 2017 s. 289 och delvis genom ”Överlåtelseförbudsfallen” nu indirekt har meddelat ett nekande svar på frågan om rättsregeln kan generaliseras till att gälla alla belastningar.

Omständigheterna i NJA 2017 s. 289 var följande: fem syskon erhöll en fastighet i gåva av sin far, varvid syskonen fick en femtedel vardera i fastigheten. Fadern hade i samband med gåvan uppställt ett villkor i gåvobrevet om att bestämmelserna i lagen (1904:48 s. 1) om samäganderätt (samäganderättslagen) inte skulle vara tillämpliga avseende gåvan. Några år senare sålde fyra av syskonen sina andelar till en förvärvare och denne ansökte något år senare hos tingsrätten om försäljning av fastigheten enligt 6 § samäganderättslagen. Frågan i målet var om förvärvaren, oavsett om denne hade kännedom om belastningen, var bunden av villkoret i gåvobrevet på så sätt att fastigheten inte fick säljas på offentlig auktion enligt samäganderättslagen.

HD:s domslut var att förvärvaren inte var bunden av villkoret oavsett eventuell ond tro: ”Att förvärvaren är i *ond tro saknar sakrättslig betydelse*” och att ”[d]etta gäller även om han skulle ha *känt till* villkoret vid förvärvet”.⁵¹ Motiveringen för denna utgång var med hänsyn till att en ordning ”... där villkoret utan vidare följer med egendomen vid försäljning – kanske i flera led – skulle

49 Se Sjöman (2015) s. 828 f; jfr NJA 2015 s. 512; NJA 2005 s. 608.

50 Citat efter Munukka (2016) s. 289.

51 Se NJA 2017 s. 289, p. 13 och 14. Min kursivering i citaten.

uppenbart hämma den fria omsättningen.” Med hänsyn till detta konkluderade HD att det därmed saknades ”... anledning att göra avsteg från den *principiella utgångspunkten att vid överlåtelse av egendom binder ett villkor om begränsning i förfoganderätten bara medkontrahenten* (här gåvotagaren).”⁵² Givet denna utgångspunkt ska det analyseras i det följande om, och i så fall vilka, undantag som kan tänkas från detta rättsfall.

3.2 UNDANTAG FÖR RÄTT ATT BLI ÄGARE

Förköps-, återköps-, och lösningsrättigheter, dvs. vissa rättigheter att förvärva egendom, omfattas sannolikt av HD:s principiella utgångspunkt, vilket innebär att dessa enbart har verkan mellan parterna och därmed inte i förhållande till tredje man. Detta gäller troligen oavsett om sakrättsligt moment har företagits för egendomen i fråga.⁵³ Större osäkerhet gäller beträffande optionsrättigheter som har ansetts kunna förenas med sakrättsligt skydd om sakrättsligt moment iakttagits.⁵⁴

Lindskog framhåller att optionsrättigheter borde kunna erhålla sakrättsligt skydd om sakrättsligt moment för egendomen i fråga har iakttagits, men att det är tveksamt om så är fallet beträffande en förköpsrättighet.⁵⁵ Motiveringen är att den förra men inte den senare kan ses som ”... ett villkorat köp, dvs. att fråga är om en villkorlig äganderätt.”⁵⁶

Lindskogs distinktion kan enligt min mening förklaras mot bakgrund av skillnaden mellan suspensiva villkor och förfallovillkor. En suspensivt villkorad fordring innebär att fordringen inte får göras gällande förrän en viss omständighet inträffat, medan en förfallovillkorad fordring innebär att gäldenären är skyldig att infria fordringen en viss bestämd förfalldag. En förfalldag inträffar alltid förr eller senare, vilket inte är fallet för

52 Se NJA 2017 s. 289, p. 12. Min kursivering i citaten.

53 Se Hästad (2000) s. 444 med hänvisning till Hessler (1973) s. 450 och 453. Hessler hänvisar till att samma lösning för dessa fall förordas som för användningsfallen, se s. 457 ff; se även Rodhe (1985) s. 615 (jfr dock s. 610 f); Forssell, Hans: *Tredjemansskyddets gränser: En studie av principen "köp bryter lega" och indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter*, Stockholm 1976, s. 175 ff; jfr Lindskog, Stefan: *Lagen om handelsbolag och enkla bolag: en kommentar*, (30 juni 2016 Zeteo), avsnitt 2.1–5.3.3 och fotnot 19 och densamme i: *Kvittning: om avräkning av privaträttsliga fordringar*, Stockholm 2014, s. 210.

54 Se Hästad (2000) s. 442 ff; Forsell (1976) s. 176; Lindskog (2016) avsnitt 2.1–5.3.3 och fotnot 20 [608] och densamme i (Kvittning 2014) s. 209 f och *Betalning: om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor*, Stockholm 2014, s. 176, fotnot 578.

55 Se Lindskog (2016) avsnitt 2.1–5.3.3 fotnot 19 [607] och 20 [608].

56 Lindskog (2016) avsnitt 2.1–5.3.3 fotnot 20 [608].

en suspensivt villkorad fordran.⁵⁷ En förköpsrätt är troligen att anse som en suspensivt villkorad köprätt, eftersom den rättigheten att förvärva äganderätten inte kan göras gällande om motparten inte vill sälja egendomen i fråga. Därmed kan den beskrivas som en ”vilande” optionsrättighet som aktiveras om viss omständighet inträffar.⁵⁸ Samma ordning gäller inte för en optionsrätt. En optionsrätt kan snarare beskrivas som en förfallovillkorad fordran, dvs. en valrätt för en part, med motsvarande skyldighet för motparten, att vid viss tidpunkt i *framtiden* ingå avtal om exempelvis förvärv av äganderätt.⁵⁹

Mot bakgrund av Lindskogs förordade distinktion bör följande generella rättsregel kunna formuleras: förfallovillkorade, men inte suspensivt villkorade, rättigheter att förvärva äganderätten till viss egendom kan erhålla sakrättsligt skydd om sakrättsligt moment iakttagits.⁶⁰ Förklaringen till detta är att optionsinnehavaren, men inte förköpsinnehavaren, har ett villkorat köp (dvs. en villkorad äganderätt). Frågan är om en sådan generalisering av distinktionen är rimlig och vilka konsekvenser den skulle kunna få.⁶¹

Det kan svårligen argumenteras för att det finns någon skillnad mellan en aktiverad förköpsrättighet och en optionsrättighet. Skillnaden mellan rättigheterna föreligger i det föregående stadiet. En förköpsrättighet kan ses som ett överlåtelseförbud som utgör hinder mot att egendomen övergår till annan innan egendomen erbjudits åt de förköpsberättigade. Vid händelse av att säljaren vill överlåta egendomen aktiveras säljarens skyldighet att erbjuda egendomen åt de förköpsberättigade.⁶² Det kan argumenteras för att båda rättigheterna innebär att löftesgivaren blir långvarigt bunden på ett icke-önskvärt sätt, vilket försvårar omsättningen. För det fall en optionsrätt inte skulle tillerkännas sakrättsligt skydd när sakrättsligt giltigt moment har iakttagits måste även konstruktionen med anbud och längre acceptfrister underkännas sakrättsligt skydd, något som kan ifrågasättas.⁶³ Det är vidare troligt att egendomen i regel inte finns i den berättigades besittning vid förköpsrättigheter

57 Se Lindskog (Kvittning 2014) s. 166 ff och densamme i (Betaling 2014) s. 100 f.

58 Jfr Lindskog (Kvittning 2014) s. 169; Sandström, Jan: *Hembud och lösningsrätt vid övergång av aktie*, Stockholm 1976 s. 82; Martinson (2002) s. 120 ff.

59 Jfr Millqvist (2015) s. 22.

60 Jfr Lindskog (2016) avsnitt 5.3.3 och fotnot 19 [607] och 20 [608] och densamme i (Kvittning 2014) s. 167 ff och 209 f.

61 Notera att jag inte anser att Lindskog förordar denna allmänna princip utan att det är min tolkning och generalisering av hans beskrivna distinktion rättigheterna emellan.

62 Jfr Sandström (1976) s. 82. Härifrån bortses från de legala förköpsrättigheter som till sin funktion liknar inlösningsrättigheter, se exempelvis Sandström (1976) s. 82 f.

63 Se Håstad (2000) s. 444.

och återköpsrättigheter.⁶⁴ Det har även anförts som tveksamt om förköpsrättigheter ska kunna erhålla borgenärsskydd då förvärvaren vid exekutiv auktion skulle bli bunden av den.⁶⁵ Några betänkligheter ur borgenärsskyddshänseende borde inte finnas, då det utgår vederlag för egendomen.⁶⁶ Angående omsättningsskyddet kan situationerna betraktas som likartade, eftersom det i den situationen också är fråga om en optionsrättighet. I sådana fall krävs det enligt min mening sannolikt god tro hos förvärvaren för att ett giltigt förvärv ska föreligga.⁶⁷

Enligt min mening är det tveksamt om en sådan distinktion är befogad mot bakgrund av de ringa materiella skillnaderna mellan rättighetstyperna. Till syvende och sist är det äganderätt som berörs. Följaktligen talar såväl systematiska skäl som främjandet av en lättillämpad ordning för att de bör tillämpas på samma sätt. Vidare kan Hoffréns argument om att obligatoriska rättigheter som innebär en rätt till äganderätt borde tillerkännas relativt omsättningsskydd (vid kvalificerad ond tro) tillmätas vikt,⁶⁸ eftersom argumentet kan hävdas vara ekonomiskt effektivt mot bakgrund av teorin om den generella tilliten i samhället.⁶⁹ Det kan således argumenteras för att det finns ett undantag för rättigheter som innebär rätt att bli ägare. Frågan är om samma sak gäller för överlåtelseförbud beträffande suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar, vilket kommer att utredas i det följande.

3.3 UNDANTAG FÖR ÖVERLÅTELSEFÖRBUD BETRÄFFANDE SUSPENSIVT FÖRPLIKTELSEVILLKORADE FORDRINGAR

Under senhösten 2015 och våren 2016 avgjordes tre rättsfall beträffande överlåtelseförbuds eventuella tredjemansverkningar. HD:s utfall var klart och tydligt: överlåtelseförbud beträffande penningfordringar i onerösa avtal erhåller som huvudregel inte omsättningsskydd (varken relativt eller absolut omsättningsskydd). Undantag från denna huvudregel kan dock tänkas.⁷⁰

Principen om avtalets subjektiva begränsningar innebär att fordringsrättigheter inte berör andra än de ursprungliga parterna, och att avtalsparterna inte utan medkontrahentens samtycke genom avtal med tredje man får förändra

64 Se Håstad (2000) s. 444, fotnot 13 med hänvisningar.

65 Se Bengtsson, Bertil: *Särskilda avtalstyper 1: gåva, hyra av lös sak, lån, förvaring, entreprenadavtal, avtal om arbete på lös sak, sysslomansavtal och andra uppdrag*, Stockholm 1976, s. 65.

66 Jfr Håstad (2000) s. 444.

67 Jfr Håstad (2000) s. 445; Hoffrén (2011) s. 14 ff.

68 Se Hoffrén (2011) s. 16.

69 Jfr avsnitt 2.2.2.

70 Se NJA 2015 s. 1040; NJA 2016 s. 51; NJA 2016 s. 288.

medkontrahentens rättsställning.⁷¹ Det finns dock undantag från denna huvudregel och exempel på detta är rättighetsskapande tredjemansavtal och vissa former av partsväxlingar.⁷²

Beträffande partsväxlingar är huvudregeln att rättighetsöverlåtelser beträffande fordringsrättigheter (cession) är tillåtna,⁷³ oavsett om fordringarna är fastställda eller inte,⁷⁴ medan förpliktelseöverlåtelser (substitution) inte är tillåtna utan borgenärens samtycke.⁷⁵ Undantag från cession görs endast om särskilda omständigheter föreligger.⁷⁶ Anledningen till att cession enligt huvudregeln är tillåten är för att det antas sakna betydelse för gäldenären vem som är borgenär. Denna huvudregel benämns som *principen om den fria överlåtbarheten av fordringsrättigheter*. Utgångspunkten för att cession ska vara tillåten är att gäldenärens ställning typiskt sett inte får försämrans genom överlåtelser.⁷⁷ Motsatt ordning gäller vid substitution där gäldenärens person antas vara betydande eftersom borgenärer sannolikt önskar solventa gäldenärer.⁷⁸

Rättsföljden för undantag från principen om den fria överlåtbarheten av fordringar är att omsättning utan gäldenärens samtycke är otillåtet samt att gäldenären med befriande verkan kan betala till överlåtare. Exempel på ett undantag från principen om den fria överlåtbarheten av fordringsrättigheter är fordran på lön för framtida arbetsprestationer och rätt till icke fastställd kränkningersättning.⁷⁹ Vilka undantag som finns, hur avvägningen ska ske och vilka fordringstyper som kan överlåtas kommer inte att beröras i artikeln av utrymmesskäl.⁸⁰ Dock ska ett undantag, som eventuellt utgör en särskild

71 Se Tiberg, Hugo & Lennhammer, Dan: *Skuldebrev, växel och check*, Stockholm 1995, s. 27.

72 Se Tiberg & Lennhammer (1995) s. 27.

73 Se NJA 2017 s. 343, p. 9; NJA 1993 s. 222. Jfr 28 § lagen (1936:81) om skuldebrev (SkbrL). Walin och Herre anger att fordringar är överlåtbara som huvudregel och att bestämmelsen inte anger att så är fallet utan att det förutsätts i bestämmelsen, se Walin, Gösta & Herre, Johnny: *Lagen om skuldebrev* (1 okt. 2011, Zetee), kommentaren till 28 §, avsnitt 4.3.1; se även exempelvis Rodhe, Knut: *Obligationsrätt*, Stockholm 1956, s. 739 f; Tiberg & Lennhammer (1995) s. 29 f; Mellqvist, Mikael & Persson, Ingemar: *Fordran & skuld*, Uppsala 2015, s. 65.

74 Se NJA 2017 s. 343, p. 9. Visserligen anges endast penningfordringar varför det får betraktas som oklart om det även gäller naturafordringar.

75 Se Rodhe (1956) s. 642; Tiberg och Lennhammer (1995) s. 28; Lindskog (Betalning 2014) s. 331; Mellqvist & Persson (2015) s. 53.

76 Se NJA 2017 s. 343, p. 9.

77 Se Rodhe (1956) s. 134 ff; Tiberg & Lennhammer (1995) s. 30; Lindskogs tillägg för egen del i NJA 2009 s. 570.

78 Se Tiberg & Lennhammer (1995) s. 28 ff.

79 Se NJA 2001 s. 381; NJA 2017 s. 343; se även Martinson (2002) s. 208 med hänvisningar; Rodhe (1956) s. 136; för fler exempel på undantag, se Tiberg & Lennhammer (1995) s. 30 ff.

80 Jfr avsnitt 1.

omständighet, särskilt beröras då det *kan* tänkas ha betydelse för överlåtelseförbudets sakrättsliga verkningar.

Det undantag som åsyftas, och som ofta framhållits och varit föremål för diskussion i doktrin, är *fordringar i ömsesidigt förpliktande avtal*, dvs. onerösa avtal. Anledningen till detta är att borgenärens motivation att prestera riskerar att minska om omsättning av fordran tillåts.⁸¹ Med andra ord synes den främsta motiveringen vara att penninggäldenären ansetts ha haft ett skyddsvärt intresse av att naturagäldenären och penningborgenären är samma person. Det hade annars förelegat en risk för att naturagäldenären inte hade haft incitament att prestera fullgott. I anslutning till detta har även anförts att gäldenärens effektiva detentionsrätt, alltså innehållanderätt och möjlighet att göra gällande avtalsbrottspåföljder, inte skulle verka lika effektivt gentemot förvärvaren som mot överlåtaren.⁸²

Martinson har anförts att även om invändningsrätten kvarstår mot förvärvaren enligt 27 och 28 §§ SkbrL skyddar inte detta mot alla skador. Exempelvis skyddar bestämmelserna inte mot en hantverkare, som precis har påbörjat en renovering av gäldenärens badrum, och som visar sig sakna likviditet för att fullgöra sin prestation. Även om gäldenären inte behöver prestera till förvärvaren av fordringar måste gäldenären hitta en ny hantverkare och ett eventuellt skadeståndsanspråk gentemot hantverkaren är sannolikt inte mycket värt. Martinson har även anförts att gäldenärens möjlighet att påverka den ursprungliga borgenärens likviditet är ett intresse som borde beaktas vid frågan om en omsättning av kontraktsfordran ska vara tillåten.⁸³ Samtidigt har det anförts att den ursprungliga borgenären kan vara i behov av möjligheten att sälja sin fordran för att kunna finansiera sin prestation.⁸⁴

Mot bakgrund av vad som sagts i stycket ovan har det i doktrinen, och till viss del i rättspraxis, gjorts en distinktion mellan olika rättighetstyper (fordringstyper).

81 Se Rodhe (1956) s. 134 ff; Tiberg & Lennhammer (1995) s. 31 f; Håstad, Torgny: *Studier i sakrätt*, Stockholm 1980, s. 121 f; Lindskog (Betaling 2014) s. 245; Martinson, Claes: *Kreditsäkerhet i fakturafordringar: en förmögenhetsrättslig studie*, Göteborg 2002, s. 203 och 206 ff; Helander, Bo: *Kreditsäkerhet i lös egendom: sakrättsliga spörsmål*, Stockholm 1984, s. 439 f; för definition av ömsesidigt förpliktande avtal, se exempelvis SOU 1988:66 s. 74.

82 Se Rodhe (1956) s. 134 ff; Tiberg & Lennhammer (1995) s. 30 ff; Lindskog i sitt tillägg för egen del i NJA 2009 s. 570; Munukka (2016) s. 303; jfr Håstad i sitt tillägg för egen del i NJA 2008 s. 733. Håstad förefaller emellertid förutsätta att överlåtelsehinder inte föreligger för rättigheter i ömsesidigt förpliktande avtal där penningborgenären ännu inte presterat, varför argumentet återopas i samband med avtalat överlåtelseförbud.

83 Se Martinson (2002) s. 206 ff.

84 Se Håstad (1980) s. 121.

Med andra ord är det inte alla rättigheter i ömsesidigt förpliktande avtal som eventuellt omfattas av ett överlåtelsehinder.⁸⁵ Ovan har det redan konstaterats att det föreligger en distinktion mellan suspensivt villkorade fordringar och förfallovillkorade fordringar. Även här föreligger det en anledning att åtskilja suspensivt villkorade fordringar från andra fordringstyper såsom *ovillkorade fordringar*. Suspensivt villkorade fordringar kan i sin tur delas in i två kategorier: suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar och suspensivt villkorsuppfyllande fordringar.⁸⁶ I detta sammanhang avses med suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar att gäldenären blir betalningsskyldig först när viss prestation har utförts.⁸⁷ Med en suspensivt villkorsuppfyllande fordran avses en fordran som är beroende av att ett visst villkor är uppfyllt, i den bemärkelsen att en icke-uppfyllelse av villkoret inte utlöser en självständig rätt – såsom rätten att göra gällande påföljder – för motparten.⁸⁸

Ett exempel på en suspensivt förpliktelsevillkorad fordran är ett köpeavtal, där säljaren är naturagäldenär och penningborgenär medan köparen är penninggäldenär och naturaborgenär. Säljaren ska exempelvis leverera en stol och få ersättning för denna medan köparen har rätt att mottaga stolen mot skyldigheten att utge vederlag. Säljarens penningfordran kan i det inledande skeendet beskrivas som suspensivt förpliktelsevillkorad, då köparen inte blir betalningsskyldig förrän säljaren presterat. När säljaren har presterat blir den suspensivt förpliktelsevillkorade fordran ovillkorlig. Den ovillkorliga fordran är följaktligen en fordran som är ”tillräckligt sannolik” och i denna framställning avses för enkelhetens skull när prestation har skett.⁸⁹

Ett exempel på en suspensivt villkorsuppfyllande fordran kan vara att en part överlåter sin eventuella försäkrings- eller skadeståndsrätt. Om förvärvaren då inte lyckas uppfylla sin utredningsskyldighet i försäkringsfallet eller bevisa sin skada i skadeståndsrättsfallet uppstår ingen självständig rätt för gäldenären att föra talan.⁹⁰ Notera att motsatt ordning gäller vid suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar där villkoret utgör en förpliktelse.⁹¹

85 Jfr Lindskogs tillägg för egen del i NJA 2009 s. 570; Lindskog (Betalning 2014) s. 245 f.

86 Detta är mina föreslagna definitioner.

87 Se Martinson (2002) s. 121 f.

88 Jfr NJA 1993 s. 222; Seger, Staffan: ”Polletter, cession, villkor och förpliktelser: Gästinlägg av Staffan Seger”. I: <https://juridikbloggen.wordpress.com/tag/fordringsratt-2/>, publicerat 27 mars 2013, hämtat 2 sept. 2017.

89 Se Martinson (2002) s. 209 och 222.

90 Jfr NJA 1993 s. 222; Seger (2013) Gästinlägg.

91 Jfr Seger (2013) Gästinlägg.

Med anledning av denna distinktion kan det, mot bakgrund av uppfattningarna i doktrinen, formuleras följande huvudregler och undantag beträffande möjligheten att överlåta fordringar som härrör ur ett ömsesidigt förpliktande avtal: suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar⁹² omfattas som huvudregel av överlåtelsehinder, medan ovillkorliga och suspensivt villkorsuppfyllande⁹³ fordringar som huvudregel inte gör det och därmed får överlåtas.⁹⁴ Ett undantag beträffande suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar verkar vara entreprenadfordringar där entreprenören i regel är i behov av likviditet för att kunna fullgöra sin prestation.⁹⁵ Även överlåtelse av rätt till framtida hyra och pantsättning för ännu inte utförd tjänst (pansättning av framtida fordringar) har getts sakrättslig verkan och utgör därmed undantag från huvudregeln.⁹⁶ Ett annat exempel, som förekommer i affärlivet och som sannolikt utgör ett undantag, är att företaget, såsom bok- och kontaktlinsförsäljare på internet, överlåter eller belånar sin fordran till ett factoringbolag innan de levererat varan. Visserligen innebär inte detta att denna cessionsform hade godkänts vid eventuell domstolsprövning och mig veterligen har frågan inte prövats i domstol.

Frågan är om de ovan formulerade huvudreglerna har stöd i rättspraxis, då uppfattningarna i doktrin tycks skilja sig åt. Det har även betydelse för frågan om ett överlåtelseförbud binder förvärvaren om överlåtelseförbudet i ett ömsesidigt förpliktande avtal avser en suspensivt förpliktelsevillkorad

92 Lindskog förefaller använda sig av begreppet ofullgången (eller framtida) fordring, se Lindskog (Betaling 2014) s. 245 och densamme i sitt tillägg för egen del i NJA 2009 s. 570. Martinson förefaller använda sig av begreppet framtida fordringar, se Martinson (2002) s. 208. Poängen är att vid suspensivt villkorade (eller framtida eller ofullgångna) fordringar är sannolikheten typiskt sett mindre för borgenären att erhålla betalning än vid ovillkorliga fordringar, se Martinson (2002) s. 122. Ingen av författarna förefaller uttryckligen ha gjort en skillnad mellan suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar och suspensivt villkorsuppfyllande fordringar men i regel verkar de avse suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar. I den fortsatta framställningen när endast termen suspensivt villkorade fordringar används avses båda kategorierna.

93 Lindskog förefaller använda begreppet fullgångna rättigheter, se Lindskog i sitt tillägg för egen del i NJA 2009 s. 570; jfr även densamme i (Betaling 2014) s. 245, fotnot 835; jfr även NJA 2017 s. 343, p. 9 angående suspensivt uppfyllelsevillkorade fordringar.

94 Se Lindskog (Betaling 2014) s. 245, och där gjorda hänvisningar, och s. 331, fotnot 1174; Lindskogs tillägg för egen del i NJA 2009 s. 570; Martinson (2002) s. 206 ff; Munukka (2016) s. 298 och 303. Jfr NJA 1966 s. 97; NJA 1993 s. 222. Jfr dock Håstads tillägg för egen del i NJA 2008 s. 733. Håstad förefaller anse att det saknar betydelse om rättigheten är fullgången eller inte och att rättigheten oavsett vilket kan överlåtas, jfr Munukka (2016) s. 301.

95 Se Håstad (1980) s. 121 f, som anför att ”Man kan nog utgå från att en entreprenadfordran i allmänhet får överlåtas.” med hänvisning till NJA 1966 s. 97 och NJA 1973 s. 635; se även Martinson (2002) s. 208 med hänvisningar.

96 Se NJA 1995 s. 157; NJA 1973 s. 635. Jfr Håstad (1980) s. 121 f; Martinson (2002) s. 209 ff.

fordringsrätt (för de fall den inte omfattas av överlåtelsehinder), en suspensivt villkorsuppfyllande fordringsrätt eller en ovillkorad (definitiv) fordringsrätt.⁹⁷ Mot bakgrund av detta ska tre sentida avgöranden från HD först redogöras för och sedan analyseras.

3.3.1 NJA 2015 S. 1040 ("MYRESJÖHUS – DE ENSTEGSTÄTADE FASADERNA II")

I avgörandet NJA 2015 s. 1040 ("Myresjöhus – de enstegstätade fasaderna II")⁹⁸ hade ett villaföretag uppfört småhus åt ett stort antal konsumenter. Samtliga hus var behäftade med samma slags problemkonstruktion, nämligen fuktdrabbade enstegstätade fasader. Fel förelåg eftersom entreprenaderna inte motsvarade vad konsumenterna hade fog att förutsätta. I entreprenadavtalet, som användes tillsammans med ABS 95⁹⁹, fanns en klausul som stadgade ett ömsesidigt förbud för parterna att överlåta kontraktet till tredje man utan motpartens samtycke. Vissa konsumenter som var beställare enligt kontraktet hade överlåtit sina fastigheter, tillsammans med de rättigheter som följde av kontraktet, till andra privatpersoner efter att entreprenaderna slutförts. Andrahandsköparna ville göra gällande rätt till bland annat ersättning på grund av fel. Den fråga som är relevant för denna framställning är huruvida överlåtelseförbudet i entreprenadavtalet var bindande för andrahandsköparna.¹⁰⁰

HD:s domslut i Myresjöhus II var att överlåtelseförbudet i entreprenadavtalet inte var bindande för andrahandsköparna. Skälen för detta var att en sådan begränsning ansågs hämma den fria omsättningen (omsättningsintresset). Därefter angav HD att gäldenären typiskt sett har tillräckligt skydd genom att denne kan framföra samma invändningar mot en ny rättighetsinnehavare som gentemot den ursprunglige enligt 27 och 28 §§ SkbrL. Vidare anförde HD att gäldenären, om denne lider skada på grund av avtalsbrott, skulle kunna erhålla skadestånd från motparten. HD framförde även att ett bindande överlåtelseförbud i förevarande fall hade bundit förstahandsköparen till entreprenören även efter att denne flyttat från huset, vilket hade medfört sakligt motiverade svårigheter att utkräva felansvar av entreprenören.¹⁰¹ HD nämnde inte om förvärvarens eventuella onda tro hade betydelse, vilket tyder på att krav på god tro inte krävs.¹⁰²

97 Jfr Håstad (1980) s. 122 ff; Martinson (2002) s. 249 ff; Helander (1984) s. 439 f.

98 I det följande benämnt "Myresjöhus II".

99 Ett standardavtal innehållandes allmänna bestämmelser för småhusentreprenader där enskild konsument är beställare.

100 Se Munukka (2016) s. 290 f.

101 Jfr Munukka (2016) s. 291.

102 Se Munukka (2016) s. 291.

3.3.2 NJA 2016 S. 51 ("PIPPI PÅ IS")

I avgörandet NJA 2016 s. 51 ("Pippi på is") hade bolaget Stories on Ice AB bildats för att producera en isföreställning baserad på Astrid Lindgrens sagofigur Pippi Långstrump. Bolaget Saltkråkan AB, som innehade rättigheterna till de litterära verken om Pippi Långstrump, hade upplåtit rätten till Stories on Ice AB att sätta upp isföreställningen. I avtalet fanns en överlåtelseförbudsklausul med följande innehåll: "Part äger inte rätt att överlåta Licensavtalet till annan utan den andra partens skriftliga samtycke."¹⁰³ Efter ett antal föreställningar uppstod en tvist mellan parterna. Tvisten avgjordes i skiljedomstol och Stories on Ice AB, som strax efter tvisten försattes i konkurs, begärde skadestånd men förlorade tvisten. Rätten till skadestånd överläts av konkursboet till några av Stories on Ice AB:s intressenter. Saltkråkan AB gjorde gällande att den eventuella skadeståndsfordran inte fick överlåtas med åberopande av överlåtelseförbudet.¹⁰⁴

Även i detta fall var det fråga om ett överlåtelseförbud beträffande hela avtalet och inte endast rättighetsöverlåtelse.¹⁰⁵ HD konstaterade att en överlåtelseförbudsklausul som avser avtalet innefattar ett förbud att överlåta alla rättigheter (inklusive rättigheten att aktualisera påföljder vid avtalsbrott) och skyldigheter enligt avtalet.¹⁰⁶ I det aktuella fallet var det rätten till skadestånd, dvs. en suspensivt uppfyllelsevillkorad rättighet, i ett oneröst avtal som hade överlåtit och för vilken överlåtelseförbudet åberopades som stöd för att rättigheten inte fick överlåtas. HD konstaterade att överlåtelseförbudet inte var bindande gentemot förvärvaren.¹⁰⁷ Vidare upprepade HD möjligheten för den förfördelade parten att bli skadeståndsberättigad. HD uttalade sig inte om förvärvarens eventuella onda eller goda tro hade betydelse för överlåtelseförbudets giltighet. Det troliga är att förvärvaren var i ond tro eftersom Stories on Ice AB och förvärvaren, som var ett bolag, hade samma ägare.¹⁰⁸ Slutligen angav HD att det inte förelåg någon "... *särskild anledning* [min kursivering] att frångå den angivna ordningen i detta fall".

3.3.3 NJA 2016 S. 288 ("MILJÖGARANTIFALLET")

I avgörandet NJA 2016 s. 288 ("Miljögarantifallet") hade Electrolux sålt en tvätterikedja till ett danskt bolag vid namn Berendsen. I överlåtelseavtalet åtog sig Electrolux i form av en garanti att hålla Berendsen skadeslös för det fall

¹⁰³ Citat efter Munukka (2016) s. 293.

¹⁰⁴ Se Munukka (2016) s. 293 för beskrivning av rättsfallet.

¹⁰⁵ Se Munukka (2016) s. 293.

¹⁰⁶ NJA 2016 s. 51.

¹⁰⁷ Samma huvudregel som i Myresjöhus II.

¹⁰⁸ Se Munukka (2016) s. 294.

Berendsen skulle bli ansvarig för miljöpåverkan. I avtalet fanns en överlåtelseförbudsklausul som gällde avtalet som sådant. I det aktuella fallet var det alltså fråga om överlåtelseförbudet hindrade förvärvaren (Berendsen Finance Limited) av avtalet att göra gällande rätten att åberopa garantin gentemot Electrolux. Även här, med hänvisning till Myresjöhus II, konstaterade HD att överlåtelseförbudet inte var bindande för förvärvaren.¹⁰⁹ Rätten att åberopa garantin är även den en suspensivt uppfyllelsevillkorad fordringsrätt.

3.3.4 RÄTTSREGEL FRÅN "ÖVERLÅTELSEFÖRBUDSFALLEN"

Mot bakgrund av de tre rättsfallen anser jag att följande rättsregel kan formuleras: avtalade överlåtelseförbud beträffande suspensivt villkorade och ovillkorade fordringar i ömsesidigt förpliktande avtal saknar sakrättslig verkan mot en förvärvare om inte särskild anledning föreligger.¹¹⁰ En särskild anledning skulle kunna vara, som huvudregel, att det är fråga om en suspensivt förpliktelsevillkorad fordran. Detta eftersom penninggäldenären då kan anses ha ett *befogat intresse*¹¹¹ av att naturagäldenären och penningborgenären är samma person. Utanför det fordringsrättsliga området kan rättsregeln troligen generaliseras till att omfatta alla rättigheter och lösöre.¹¹²

Rättsregeln är även förenlig med NJA 1966 s. 97 som också berörde ett överlåtelseförbud i ett entreprenadkontrakt om att överlåta avtalet. Entreprenören hade överlåtit sin rätt till betalning (en ovillkorlig penningfordran). HD hänvisade i Myresjöhus II till NJA 1966 s. 97. Samtliga fall berörde avtalade överlåtelseförbud och i samtliga fall hade gäldenärens påtryckningsmöjligheter inte försvagats.

Frågan är om lösningen att inte tillerkänna överlåtelseförbud relativt omsättningsskydd är önskvärd. Munukka förefaller ha den uppfattningen.¹¹³ De argument som Munukka anför är bland annat att 27 och 28 §§ SkbrL

¹⁰⁹ Jfr Munukka (2016) s. 294 f och 298.

¹¹⁰ Se avsnitt 3.3.1.

¹¹¹ Se Myresjöhus II. I vilka situationer gäldenären anses ha ett sådant befogat intresse förklarade inte HD i Myresjöhus II annat än att gäldenären inte hade ett befogat intresse i förevarande fall. Troligen utgör inte de flesta situationer som Håstad nämnt i sitt tillägg för egen del i NJA 2008 s. 733 sådana befogade intressen. För vilka de är, se hans nyss nämnda tillägg för egen del i NJA 2008 s. 733. Jfr Munukka (2016) s. 300 f. Notera även att Håstad förefaller anse att ett överlåtelseförbud beträffande suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar inte ska vara bindande mot förvärvaren. Detta förutsätter att suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar inte omfattas av överlåtelsehindret, vilket ingalunda är självklart, se Håstad i sitt tillägg för egen del i NJA 2008 s. 733; Munukka (2016) s. 298 och 301.

¹¹² Jfr Munukka (2016) s. 285 och 311 ff.

¹¹³ Se Munukka (2016) s. 311 ff.

föranleder att det saknas anledning att tillerkänna överlåtelseförbud relativt omsättningsskydd, då bestämmelserna ”... medför att gäldenärens ställning inte påverkas”. Argumentet gäller enligt mig endast suspensivt villkorsuppfyllande fordringar samt ovillkorade fordringar och således inte suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar, lösöre eller löpande fordringar. Emellertid är det riktigt, såsom Munukka framhåller, att gäldenären vid löpande fordringar har ett sämre skydd jämfört med vid enkla fordringar, vilket talar för att överlåtelseförbud även borde sakna skydd där.¹¹⁴

Ett annat argument Munukka framför till stöd för lösningen att inte tillerkänna överlåtelseförbud relativt omsättningsskydd är att det är positivt att förvärvaren inte behöver undersöka underliggande avtal om de är belastade med överlåtelseförbud. Detta argument tycks grunda sig i en önskan om att minska transaktionskostnaderna i form av sänkta informationskostnader för C.¹¹⁵ Argumentet gäller troligen bara för det fall att det är fråga om ett objektivt ondrosrekvisit och inte ett kvalificerat ondrosrekvisit.

3.3.5 NÅGRA PRELIMINÄRA SLUTSATSER OM RÄTTSLÄGET

HD angav som främsta skäl i de tre avgörandena att överlåtelseförbud inte ska vara bindande gentemot tredje man med hänsyn till omsättningsintresset. I detta intresse ligger sannolikt en tanke om att underlätta genomförandet av transaktioner och därmed även företags möjligheter att finansiera sin verksamhet. Ett underlättande för företaget att finansiera sin verksamhet bidrar sannolikt i sin tur till att fler ekonomiskt effektiva transaktioner genomförs, vilket ligger i linje med omsättningsintresset.

Vidare enligt nu gällande rättsläge ligger sannolikt en önskan, som ett underliggande ändamål¹¹⁶ i omsättningsintresset, om att minska transaktionskostnaderna (främst i form av sänkta sök- och informationskostnader för C för att underlätta genomförandet av transaktioner). Det kan dock diskuteras om inte transaktionskostnaderna internaliseras hos överlåtaren när förvärvaren har kännedom (kvalificerad ond tro) om belastningen. Därav kan det diskuteras huruvida argumentet att minska transaktionskostnaderna mellan B och C borde väga lika tungt för det fall att säljaren gått med på att avtala om överlåtelseförbud och C är i kvalificerad ond tro om belastningen. Vidare kan det argumenteras för att teorin om den generella tilliten i samhället kan,

¹¹⁴ Jfr Munukka (2016) s. 311.

¹¹⁵ Jfr Munukka (2016) s. 311.

¹¹⁶ De ändamål som används för att uppnå slutmålen, såsom omsättningsintresset, kallas för underliggande ändamål, jfr Svensson, Ola: ”Den principstyrda rätten 2. Teorins betydelse för svensk kontraktsrätt”. I: *Ny Juridik*, 1:17 s. 79, s. 88.

eller åtminstone borde, ses som en integrerad del i det underliggande ändamålet att minska transaktionskostnaderna. Anledningen till detta är att det kan argumenteras för att ett skydd mot kvalificerad ond tro är en rättsregel som främjar den befogade tilliten till rättsordningen och därmed minskar transaktionskostnaderna för kontroll hos A. En ordning som beaktar den befogade tilliten kan följaktligen betraktas som ekonomiskt effektiv, då transaktionskostnaderna på båda sidorna beaktas.

Det ovan sagda innebär inte nödvändigtvis att skyddet för belastningsinnehavaren måste vara i form av ett sakrättsligt skydd utan det kan även vara i form av en rätt till skadestånd från tredje man. Enligt mig är det en mer lämplig ordning att tillerkänna relativt omsättningsskydd vid kvalificerad ond tro för överlåtelseförbud i onerösa avtal, framförallt där sociala hänsyn gör sig gällande, såsom vid konsumentförhållanden och särskilt vid ekonomiskt betydande prestationer (exempelvis vid badrumsrenovering). I sådana situationer kan gäldenären anses ha ett befogat intresse av att relativt omsättningsskydd ska tillerkännas. Vid mindre ekonomiskt betydelsefulla momentana avtal (exempelvis beställning av böcker över internet) är det mer tveksamt om relativt omsättningsskydd är lämpligt. Olägenheten för gäldenären väger sannolikt inte upp företagets möjligheter att finansiera sin verksamhet. Då kan det vara mer ekonomiskt effektivt att skydda gäldenären med rätt till skadestånd från tredje man vid kvalificerad ond tro. I övrigt vid varaktiga tjänsteavtal, både i kommersiella förhållanden och i konsumentförhållanden, kan det även anses rimligt att tillåta avtalade överlåtelseförbud beträffande suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar och därmed tillerkänna förbudet relativt omsättningsskydd.

I övrigt vid överlåtelseförbud i onerösa avtal beträffande lös egendom, såsom lösöre, är rättsläget sannolikt så att överlåtelseförbud endast skyddas genom en rätt till skadestånd gentemot medkontrahenten och vid kollusion även mot tredje man.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det finns skäl som talar för att överlåtelseförbud bör skyddas, antingen genom en rätt till skadestånd från kvalificerat ondtröende tredje man, eller genom relativt omsättningsskydd (vid kvalificerad ond tro). Denna ordning föreligger i princip genom de tre avgörandena med undantag för att rätten till skadestånd från tredje man är beroende av kollusion. Vidare är det oklart gällande vilka exakta undantag som kan tänkas erhålla relativt omsättningsskydd, vilket är en brist då det motverkar förutsebarheten. Trots ovan anförda brister kan ordningen betraktas som tydlig och därmed förutsebar i och med den till synes

kategoriska utgångspunkten, vilket är positivt ur ett rättsekonomiskt perspektiv, eftersom informations- och förhandlingskostnaderna minskar vid en förutsebar ordning.

4. AVSLUTNING

I och med HD:s meddelade principiella utgångspunkt i NJA 2017 s. 289 är det påtagligt att HD i huvudsak främjar sänkta sök- och informationskostnader för C i omsättningens intresse. Följaktligen är det tydligt att HD vill underlätta genomförandet av transaktioner i det senare ledet, dvs. mellan B och C, och därmed frångått avtalade inskränkningar i förfoganderätten (belastningar) sakrättsliga verkningar som utgångspunkt. Denna lösning har troligen grund i tanken om att egendom ska kunna överlåtas friktionsfritt så att resurser kan allokeras effektivt. En ordning där belastningar tillerkänns relativt omsättningsskydd skulle vidare inverka negativt på egendomens värdeutveckling och därmed även kreditgivares villighet att ge kredit.

Tydligt är att HD inte inkluderar teorin om befogad (eller generell) tillit i omsättningsintresset. Jag ifrågasätter detta, då en sådan teori kan påstås existera inom kontraktsrätten. Att denna teori skulle genomsyra hela förmögenhetsrätten (både obligationsrätten och sakrätten) hade varit önskvärt enligt min mening, då detta hade ökat kongruensen i rättssystemet, minskat risken för en splittrad rättsbild och ökat förutsebarheten.¹¹⁷ Ett betonde av generell tillit i omsättningens intresse hade enligt min mening även varit en mer rättvis ordning, då incitament till medverkan till andras avtalsbrott minskar. Det kan även diskuteras om inte en sådan ordning hade varit mer ekonomisk effektiv, eftersom transaktionskostnaderna på båda sidorna hade beaktats; kontrollkostnaderna för A hade minskat och vid kvalificerad ond tro hos C internaliseras sök- och informationskostnaderna hos B, varför transaktionskostnaderna mellan B och C i vart fall inte ökar.

HD:s principiella utgångspunkt kan även kritiseras för att den kan få motsatt effekt genom att antalet ekonomiskt effektiva gåvotransaktioner minskar. Exempelvis kan incitament för föräldrar att genom gåva överlåta fritidsfastigheter till sina barn minska, då vetskapen om avsaknaden av ett reellt skydd mot att fastigheten lämnar familjens ägo föreligger. Skydd i form av relativt omsättningsskydd vid kvalificerad ond tro saknas. Visserligen har belastningsinnehavaren en *teoretisk* möjlighet till skadestånd från både överlåtaren och tredje man, men i verkligheten är det sannolikt att

¹¹⁷ Jfr Svensson, Ola: "Den principstyrda rätten I. En presentation av Ronald Dworkins rättsteori". I: *Ny Juridik*, 4:16 s. 19, s. 40.

överlåtaren varken kan eller vill betala skadestånd. För att skadestånd ska utgå från medkontrahenten måste A väcka skadeståndstalan och även bevisa sin skada. Ytterligare är utsikterna för skadestånd från tredje man små då möjligheten till skadestånd för ren förmögenhetskada i utomobligatoriska förhållanden tolkas restriktivt. Det måste vara fråga om kollusion, vilket är svårt att bevisa.

Det kan följaktligen diskuteras huruvida HD borde ändra sin praxis och åtminstone tillerkänna A skadestånd från tredje man vid faktisk kännedom utan krav på avsikt att skada (kollusion) vid särskilda rättigheter i onerösa och benefika avtal. Vidare kan det diskuteras om det inte hade varit önskvärt att särskilda rättigheter i benefika avtal tillerkändes relativt omsättningsskydd vid kvalificerad ond tro. En sådan lösning kan anses vara ekonomiskt effektiv, eftersom det annars finns en risk för att antalet ekonomiskt effektiva transaktioner minskar och att den generella tilliten i samhället sjunker, något som i sin tur kan höja transaktionskostnaderna i form av kontrollkostnader för A. Enligt min mening får det även betraktas som klandervärt att med kännedom medverka till andras kontraktbrott. Vidare kan det argumenteras för att rättigheter som innebär en rätt att bli ägare borde tillerkännas relativt omsättningsskydd vid kvalificerad ond tro oavsett om belastningen är uppställd i ett benefikt eller oneröst avtal. Anledningen till detta är att värnandet av skyddet för äganderätten sannolikt bidrar till en minskning av kontrollkostnader och ett ökat incitament till att investera. Samtidigt medför sannolikt ett visst skydd mot opportunistiska handlingar, såsom medveten medverkan till avtalsbrott, att den generella tilliten i samhället ökar vilket minskar transaktionskostnaderna. En sådan ordning kan betraktas som ekonomiskt effektiv varför den skulle kunna utgöra ett undantag från HD:s principiella utgångspunkt.

Det kan även diskuteras om inte villkor i onerösa avtal som inte innebär en rätt att bli ägare, såsom avtalade överlåtelseförbud beträffande fordringar, borde tillerkännas skydd genom rätt till skadestånd gentemot både medkontrahenten och kvalificerat ondtröende tredje man. En sådan ordning kan anses vara mer ekonomiskt effektiv än att endast tillerkänna skadeståndsrätt vid kollusion mot tredje man. Här är intresset av en friktionsfri omsättning av större värde, och ett skydd i form av skadestånd från medkontrahenten och kvalificerat ondtröende tredje man mer ändamålsenlig än ett skydd i form av relativt omsättningsskydd vid kvalificerad ond tro. Anledningen till detta är att det inte kan anses vara ett orimligt antagande att nyttan för A att det specifikt är B som innehar egendomen är lägre vid onerösa avtal då A frivilligt har överlåtit egendomen och erhållit

ersättning för denna. Dessutom är A inte ägare av egendomen och kan således inte överlåta den, varför C måste förhandla med både B och A för att erhålla belastningsfri egendom. Mot bakgrund av detta är min bedömning att skydd genom rätt till skadestånd gentemot både medkontrahenten och kvalificerat ondtröende tredje man är en bra kompromiss i förhållande till den befogade tilliten. Ordningen med rätt till skadestånd från tredje man föreligger redan, dock med reservationen att det krävs kollusion för att skadestånd ska utgå. Istället borde det vara tillräckligt med faktisk kännedom. Ett undantag från denna ordning skulle emellertid kunna vara beträffande vissa suspensivt förpliktelsevillkorade fordringar som redogjorts för ovan.

Det kan diskuteras om inte en ändring av HD:s praxis i vissa delar hade varit önskvärd för att på så sätt bättre tillgodose ekonomisk effektivitet under åberopande av omsättningsintresset. Det kan även konstateras att de två avhandlade undantagen är möjliga. 