

Avtalade överlåtelseförbud

JORI MUNUKKA*

1. Det omvända kinderägget: *En* överraskning i *tre* förpackningar

Lars Pehrson har i en rättsfallskommentar till en skiljedom rörande verkningarna av en mellan aktieägare avtalad hembudsklausul, som avvek från innehållet i den hembudsklausul som fanns i aktiebolagets bolagsordning,¹ sammanfattat det dåvarande komplicerade rättsläget rörande verkningarna av avtalade överlåtelsebegränsningar m.m. enligt följande:

”Det brukar anses att den som i ond tro förvärvar aktier genom överlåtelse eller genom bodelning av annan anledning än makes död blir bunden av de av honom kända röstbindningarna och föryttringsbegränsningarna.”²

HD har under senhösten 2015 och våren 2016 avgjort inte mindre än tre fall som rör en och samma grundläggande frågeställning: Ska en förvärvare av en rättighet behöva respektera ett avtalat överlåtelseförbud?³ Svaret är entydigt nekande. Enligt NJA 2015 s. 1040, NJA 2016 s. 51 och NJA 2016 s. 288 saknar ett avtalat överlåtelseförbud verkan mot en förvärvare, och så även om förvärvaren varit i ond tro om förbudet. Det är för förutsebarhetens

* Professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law. Tillika avdelningsledare för forskaravdelningen för fastighetsrätt vid Stockholm Centre for Commercial Law.

¹ Pehrson L., Skiljedom angående fastställande av lösningsrätt till aktier m m, JT 1990–91 s. 491 ff.

² Pehrson, JT 1990–91 s. 497. Jfr bl.a. NJA 1964 s. 422.

³ Överlåtelseförbud kan uppställas mellan gäldenären och borgenären men så kan även ske mellan en överlåtare och en förvärvare, mellan borgenären och tredje man eller i andra konstellationer, jfr Lindskog S., *Betalning*, 2014, s. 152 f. och Walin G. & Herre J., *Lagen om skuldebrev m.m.*, 3 u. 2011, s. 206. Här ska fokus läggas på det förstnämnda, nämligen avtalade överlåtelseförbud mellan gäldenären och borgenären, även om behandlingen av de olika situationerna som utgångspunkt kan antas bli densamma, von Eyben B., Mortensen P. & Sørensen I., *Lærebog i obligationsret II*, 4 u. 2014, s. 57.

skull positivt att avgörandena sinsemellan är ytterst konsekventa och att det på ett plan innebär en förenkling av regelsystemet. Däremot kan diskuteras om den valda lösningen verkligen var motiverad och vilka samhällsproblem som nu har lösts.

I våras utkom Restatement of Nordic Contract Law, ett nordiskt forskningsprojekt som syftar till att sammanfatta delar av den i hög grad gemensamma nordiska centrala förmögenhetsrätten. Bland det som regleras i detta verk återfinns fordringars överlåtbarhet. Här anges, § 10-2(1), att fordringar av alla slag är överlåtbara, såvida de inte har personlig karaktär. Därefter anges, § 10-2(2), att en överenskommelse om överlåtelseförbud medför att gäldenären inte *behöver* betala till en förvärvare av fordringen. Förvärvet är alltså i någon mening giltigt men ger inte förvärvaren makten att kräva betalning, s.k. aktiv betalningslegitimation. Det anges att den senare normen, § 10-2(2), *inte gäller för Sverige*.⁴ Detta ska tolkas så att förvärvaren enligt svensk rätt *har* aktiv betalningslegitimation. I kommentarstexten till bestämmelsen hänvisas till både NJA 2015 s. 1040 och till NJA 2016 s. 51.⁵

2. Utgångspunkterna, före överraskningen

Som Lars Pehrson noterade i sin ovannämnda kommentar är avtalsvillkor som utgångspunkt endast bindande parterna emellan men utgångspunkten är inte en undantagslös sådan.⁶ Om en avtalspart överlåter en rättighet som följer av avtalet blir rättigheten i allmänhet inte mera omfattande efter överlåtelsen. Uppställs villkor som på andra sätt begränsar rättighetsutövningen, t.ex. krav på gäldenärens samtycke, kan det tänkas att dessa ska gälla också mot förvärvaren.

Lagen (1936:81) om skuldebrev (SkbrL) reglerar bl.a. verkningar av överlåtelser och pantsättningar av löpande och enkla skuldebrev. Reglerna om löpande skuldebrev är i vid omfattning analogt tillämpliga på andra slags värdepapper medan reglerna om enkla skuldebrev är analogt tillämpliga på (enkla) fordringar och rättigheter i allmänhet, t.ex. sådana som kommer till

⁴ Lando O., Holle M.-L., Hästad T., Konow B.-E., Møgelvang-Hansen P., Nystén-Haarala S., Ólafsdóttir Á. & Zackariasson L., Restatement of Nordic Contract Law, 2016, s. 314.

⁵ Uppmärksammandet av NJA 2016 s. 51 har troligen skett i sista stund, vilket antyds av att texten om detta ser inklippt ut, då den har en svagare, gråare, ton än den omkringliggande texten, Lando m.fl., Restatement of Nordic Contract Law, s. 315.

⁶ Pehrson, JT 1990–91 s. 496 f. Jfr NJA 1997 s. 44 och NJA 1991 s. 682.

uttryck i avtal.⁷ Lagen anger inte uttryckligen att skuldebrev är fritt överlåtbara men att så är fallet framgår av kontexten.⁸ Fordrings- eller rättighetsöverlåtelse, s.k. cession, får ske även utan gäldenärens samtycke, och gäldenären kan inte motsätta sig att betala till förvärvaren när överlåtelse väl har skett.⁹ Däremot har en gäldenär inte rätt att utan borgenärens samtycke överlåta sina förpliktelser på någon annan, s.k. substitution.

Skuldebrevslagen reglerar inte överlåtelseförbud. Inte heller förarbetena befattade sig med frågan.¹⁰ Lagen är dispositiv,¹¹ vilket som utgångspunkt bör bereda möjlighet att inskränka överlåtbarheten genom villkor. I vissa avtalstyper har långtgående dispositiva överlåtelseförbud införts för vissa avtalsparter. För nyttjanderätter som lägenhetshyra och arrende gäller som huvudregel ett krav på upplåtarens samtycke för rätt till vidareupplåtelse eller överlåtelse av nyttjanderätten.¹² Detsamma gäller troligen för hyra av lös egendom.¹³ För bostadsrätt gäller en fri rätt till överlåtelse. I praktiken begränsas denna dock av föreningens medlemskapsprövning på ett sätt som liknar förhållandena vid lägenhetshyra.¹⁴ Vid avbetalningsköp av lös sak med återtagandeförbehåll och vid leasing av lös sak gäller också ett överlåtelse-

⁷ Jfr SOU 2015:18, Lösöreköp och registerpant, s. 149 ff.

⁸ Av 14 § SkbrL framgår under vilka förutsättningar ett löpande skuldebrev kan förvärfas med verkan mot någon pretendent som anser sig ha bättre rätt till skuldebrevet, t.ex. gäldenären själv, och i 15–17 §§ stadgas vilka invändningar gäldenären kan eller inte kan framföra mot en förvärfvare av ett löpande skuldebrev, och i 27 § stadgas att en gäldenär kan framföra i stort sett alla välgrundade invändningar mot även en godtroende förvärfvare av ett enkelt skuldebrev, vilket således innebär att utgångspunkten är att överlåtelse får ske även utan gäldenärens samtycke.

⁹ Jfr NJA 1993 s. 222. I 13 § SkbrL om aktiv betalningslegitimation för en fordran som grundar sig på ett löpande skuldebrev anges att innehavaren ”förmodas äga rätt att göra fordringen gällande”. I bestämmelserna om enkla skuldebrev saknas motsvarande stadgande, eftersom den aktiva legitimationen är tänkt att följa av allmänna regler.

¹⁰ SOU 1935:14, Lagberedningens förslag till skuldebrev m.m., s. 148 f., redovisade dock regleringen av överlåtelsebegränsningar vid aktieöverlåtelser i utländska rättsordningar. Jfr numera för Sverige del förbehåll i bolagsordningar i enlighet med 4 kap. 7, 8, 18 och 27 §§ aktiebolagslagen (2005:551).

¹¹ Jfr t.ex. SOU 1935:14, s. 42 f., 65 ff. och 73.

¹² 8 kap. 19 och 23 §§, 9 kap. 31 §, 10 kap. 1 § andra stycket och 7 § samt 12 kap. 32 och 39 §§ jordabalken (JB).

¹³ Se t.ex. Ds 2010:24, Hyra av lös sak, s. 28, 68 och 71 f., och JustR Lindskogs tillägg för egen del i NJA 2009 s. 570 m. hänv.

¹⁴ 2 kap. 3–7 §§ bostadsrättslagen (1991:614). Något hinder mot medlemskap för en juridisk person som förvärvat bostadsrätt till en lokal förefaller inte uppställas, bortsett för eningens möjligheter att införa begränsningar i stadgarna. Beträffande juridiska personers förvärv av bostadslägenheter gäller närmast motsatsen. En juridisk person får vid förvärv av bostadslägenhet vägras medlemskap även om stadgarna inte skulle förbjuda detta.

förbud även om detta inte angetts uttryckligen.¹⁵ I de flesta avtalstyper är förhållandet det motsatta, och för de nyss nämnda upplåtelsefallen har motparten, ägaren av den upplåtna egendomen, frihet att överlåta egendomen utan att behöva inhämta nyttjanderättshavarens samtycke till överlåtelsen. Oberoende av utgångspunkt är reglerna härom inte tvingande. Parterna kan avtala om att överlåtelse får ske eller inte får ske.

När en överlåtelse kan betecknas som onerös är ett överlåtelseförbud som avtalats mellan överlåtaren och förvärvaren utan verkan mot förvärvarens *borgenärer*.¹⁶ Överlåtelseförbud kan dock medges verkan i borgenärsskyddshänseende men endast om överlåtelseförbudet uppställts av en givare eller testator, 5 kap. 5 § utsökningsbalken (UB) och 3 kap. 3 § konkurslagen (1987:672).¹⁷ Vid upplåtelse saknar det betydelse om avtalet är oneröst eller benefikt. Förbud för nyttjanderättshavaren att förfoga över egendomen gäller vid lån, hyra och leasing. Upplåtaren bevarar äganderätten till egendomen utan att detta behöver anges i något avtalsvillkor. Uppfattningen om upplåtarens äganderätt har lett till synen att en uttrycklig tillåtelse att förfoga över egendomen, inklusive att överlåta den till tredje man, inte medför att upplåtaren förlorar sin separationsrätt förrän tredje man erhållit en sakrättsligt skyddad rätt mot överlåtaren (dvs. mot nyttjanderättshavaren).¹⁸ På så vis följer ett överlåtelseförbud *ex jure* eller av avtalstypens konstitution.¹⁹ Om en nyttjanderättshavare däremot i strid mot avtalet överlåter egendomen till en förvärvare som är i god tro om att nyttjanderättshavaren saknar rätt att överlåta egendomen sker enligt lagen (1986:796) om godtrosvärförvärf av ett

¹⁵ NJA 2009 s. 79: ”Den som hyr ut lösöre har en mot hyrestagarens borgenärer skyddad äganderätt. Det ligger i avtalets natur att hyrestagaren inte får fritt förfoga över hyresobjektet, så ett förfogandeförbud behöver inte nämnas i hyresavtalet, lika litet som det behöver nämnas att uthyraren är ägare.”

¹⁶ SOU 1964:57, Utsökningsrätt III. Exekution i lön, beneficium m.m., s. 243. Sannolikt är detta fallet även om överlåtelseförbudet har uppställts i överlåtarens intresse, se NJA 1974 s. 376 och NJA 1993 s. 468 och Håstad T., Sakrätt avseende lös egendom, 6 u. 1996, s. 450 f. m. hänv. Jfr även NJA 2007 s. 455 om förbud uppställt i bådars intresse.

¹⁷ Jfr SOU 1964:57, s. 242 ff. och 334. Undantag gäller dock för utmätning av gåvoskatt jämte indrivningsavgift som var hänförlig den aktuella gåvan, NJA 1952 s. 131.

¹⁸ NJA 2009 s. 79, referatrubrik: ”Att en leasegivare tillåter leasetagaren att förfoga över leasingobjektet hindrar inte i sig att leasinggivaren har separationsrätt till leasingobjekt, om förfoganderätten inte utnyttjats.”

¹⁹ Vid försträckning är läget motsatt. Mottagaren ska återlämna motsvarande mängd, jämte eventuell ränta eller avkastning, men inte återlämna samma exemplar, varför rätt att förbruka, sälja, pantsätta eller på annat sätt förfoga över egendomen ligger i avtalstypens kärna.

extinktivt godtrosförvärv, där dock ägaren har en rätt att lösa tillbaka egendomen från förvärvaren.

För problembarnet avbetalningsköp med äganderättsförbehåll, som ligger någonstans mittemellan en överlåtelse och en upplåtelse, gäller att ett uppställt förfogandeförbud måste vara allvarligt menat för att avbetalningssäljarens separationsrätt ska vara bevarad mot avbetalningsköparens borgenärer. En vidareöverlåtelse av föremålet kan bli verksam mot avbetalningssäljaren i enlighet med godtrosförvärvslagen.

Av bestämmelserna i utsökningsbalken och konkurslagen framgår endast att överlåtelseförbuden är verksamma mot sådan tredje man som är borgenär, och inte mot tredje man i egenskap av förvärvare. Att en exekutionsköpare som förvärvar hela egendomen inte ska vara bunden av ett överlåtelseförbud, när detta inte fått verkan mot förvärvarens borgenärer, framstår som naturligt eftersom exekutionsköpet nödvändiggjort att överlåtelseförbudet en gång blivit överksamt och eftersom varken exekutionsgäldenären eller den som uppställde förbudet förväntas bevara något fortsatt intresse i egendomen.

Huruvida detsamma ska gälla vid en exekutionsköpares andelsförvärv har inte samma givna lösning. Det skulle kunna vara fråga om ett avtalat förbud att begära försäljning enligt samäganderättslagen. Ska förbudet överleva vid en exekutionsköpares andelsförvärv, så att exekutionsköparen efter sitt förvärv inte ska kunna begära försäljning? I NJA 1991 s. 597 medförde ett sådant avtalsvillkor att indragning enligt 8 kap. 8 § UB förhindrades. Här prövades däremot inte huruvida ett eventuellt andelsförvärv, dvs. av en samäganderättsandel, skulle vara underkastat ett fortsatt förbud att låta hela egendomen gå till försäljning. I plenimålet NJA 2007 s. 455 ändrades denna regel, så att indragning skulle tillåtas,²⁰ och i plenimålet NJA 2015 s. 72 ändrades regeln som fastslogs i NJA 1995 s. 478 att indragning av bostadsrätt samägd av makar (eller andra närstående) inte kunde ske. Av naturliga skäl prövades inte vilken verkan förbudet skulle kunna ha mot en exekutionsköpare av en andel, men om utmätning kan tillåtas ske av hela egendomen

²⁰ NJA 2007 s. 455 rörde två makar som gemensamt ägde en fastighet. De hade avtalat om att lagen (1904:48) om samäganderätt inte skulle tillämpas på egendom som makarna ägde gemensamt, vilket skulle medföra att inte någon av dem fick begära att hela egendomen skulle få försälas på offentlig auktion, i det uppenbara syftet att förhindra s.k. indragning enligt 8 kap. 8 § UB, jfr NJA 1991 s. 597. Avtalet hade ingåtts efter att en makes andel i fastigheten hade utmätts, vilket enligt såväl hovrätten som HD:s minoritet (3 JustR) befanns utgöra ett förfogande i strid med 4 kap. 29 § UB. HD:s majoritet (12 JustR) grundade sitt beslut på att avtalet skulle sakna verkan mot samägarnas borgenärer och mot exekutionsförvärvaren.

talat det för att ett förbud att begära försäljning av samma egendom inte ska vara verksamt mot den som vid exekution endast förvärvat en andel av egendomen.²¹

Det finns alltså en ifrågasättande attityd till överlåtelseförbud. Men det kan finnas anledning att göra skillnad på tvångsförvärv i obeståndssituationer och andra fall. I nyssnämnda 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 ...”

Frågorna är alltså om avtalsvillkor ska ha verkan mot en tredje man som förvärvat en antingen en rättighet vars innehåll är begränsat i avtalet,²² eller en rättighet som enligt avtalet inte får överlåtas. Fokus ligger här på den senare frågan. Frågan om avtalade överlåtelseförbuds verkningar mot förvärvaren har således varit diskuterad en tid.²³

3. Rättsfallen och tidigare praxis

3.1 NJA 2015 s. 1040 (Enstegstätade fasaderna II)

Det aktuella fallet är en uppföljare till NJA 2015 s. 110 (Enstegstätade fasaderna I). Ett villaföretag hade låtit uppföra småhus åt ett stort antal konsumenter, vilka alla hade samma slags problemkonstruktion, fuktdrabbade enstegstätade fasader. Fel konstaterades föreligga eftersom fasaderna med följdskador medförde att entreprenaderna inte motsvarat vad konsumenterna hade fog att förutsätta.

En del konsumenter hade varit beställare i entreprenadavtalen (förstahandsköparna). En del andra privatpersoner (andrahandsköparna) hade köpt sina fastigheter av förstahandsköpare efter det att entreprenaderna hade slutförts.

²¹ Jfr Gregow T., Fråga om sakrättslig verkan av avtal som avses i 6 § samäganderättslagen. Plenimål i Högsta domstolen angående 8 kap. 8 § utsökningsbalken, JT 2007–08 s. 443 ff., Flodin J., Om indragning av bostadsrätt, SvJT 2008 s. 274 ff. och Flodin J., Indragning efter utmätning av andel i bostadsrätt, JT 2015–16 s. 166 ff.

²² Vissa sådana frågor hanteras i 7 kap. 8 och 11–21 §§ JB. Dessa bestämmelser ska inte behandlas här.

²³ Jfr Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, s. 449 ff., Pehrson, JT 1990–91 s. 497 m. hänv., och, för en fyllig, koncis redogörelse för doktrinen på området, Sjöman E., Avtalade aktieöverlåtelsestraktioners verkan gentemot ondtröende aktieförvärvare, SvJT 2015 s. 826 ff.

Det återstod efter det första avgörandet att pröva om felet skulle vara ansvarsgrundande, eftersom felet framträtt först efter den då gällande tvååriga garantitiden. Ansvar efter garantitid förutsatte att entreprenören varit oaktsam enligt småhusentreprenadavtalet ABS 95, liksom enligt efterföljarna ABS 05 och ABS 09 samt de kommersiella avtalen AB 04 och ABT 06, vilka dock samtliga som utgångspunkt föreskriver en femårig garantitid. Oaktsamhet ansågs föreligga. Dessutom skulle prövas om andrahandsköparna kunde rikta anspråk mot villaföretaget, dvs. entreprenören, trots att det entreprenadkontrakt som användes ihop med ABS 95 innehöll en klausul som ömsesidigt förbjöd parterna att överlåta kontraktet på annan utan motpartens godkännande. Klausulen tillät dock överlåtelse av beställarens, dvs. en förstahandsköpare, rättigheter till byggförsäkringsbolaget GAR-BO.

”Detta kontrakt får inte av någondera parten överlåtas på annan utan den andra partens godkännande. – Dock får beställaren utan entreprenörens tillstånd överlåta sina rättigheter till GAR-BO AB. – Produktionsgaranti och ansvarsutfästelse för entreprenörens åtagande gäller endast om överlåtelsen skriftligen godkänts av GAR-BO AB.”

Överlåtelseförbudet innebar enligt sin ordalydelse att förstahandsköparna inte skulle ha rätt att överlåta sina rättigheter enligt entreprenadavtalen till någon, inklusive andrahandsköparna. HD ansåg dock att andrahandsköparna *inte* skulle vara förhindrade att utkräva samma rättigheter som förstahandsköparna hade haft.

HD inledde med att hänvisa till NJA 1966 s. 97 och NJA 1949 s. 645, vilka ansågs tala för att överlåtelseförbud skulle sakna verkan mot förvärvare. Dessa prejudikat redovisas nedan under avsnitt 3.4. De skäl som HD därutöver åberopade var dels den fria omsättningens intresse, dels att en gäldenär i enkla fordringsförhållanden enligt 27 och 28 §§ SkbrL har möjlighet att göra samma invändningar mot förvärvaren som mot överlåtaren, och dels att ett överlåtelseförbud skulle tvinga kvar förstahandsköparna i avtalsförhållande med villaföretaget vilket skulle medföra omotiverade svårigheter att utkräva felansvar. En överlåtelse skulle visserligen innebära att förstahandsköparna skulle ha kunnat göra sig skyldiga till avtalsbrott, som skulle kunna vara skadeståndsgrundande, men det skulle alltså inte hindra andrahandsköparna att göra rättigheterna gällande mot villaföretaget.²⁴

²⁴ Domen analyseras i Bengtsson B., Svensk rättspraxis. Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2013–2015, SvJT 2016 s. 447 f.

Kan undantag tänkas? HD uttalade att det inte kan uteslutas att ett överlåtelseförbud ”av det här aktuella slaget” i någon situation skulle kunna åberopas mot en förvärvare, men fann – utan motivering – att någon ”sådan situation” inte förelåg här. Det finns således en öppning för att göra gällande överlåtelseförbud av detta slag med verkan mot förvärvaren, men domskälen ger inte någon vägledning om när, bortsett att det inte är aktuellt i fall som liknar NJA 2015 s. 1040 och sannolikt inte heller i situationer motsvarande NJA 1949 s. 645 och NJA 1966 s. 97. Men ett överlåtelseförbud kan alltså få verkan i någon situation, åtminstone om förbudet är av det aktuella slaget. Vilket slag av överlåtelseförbud som åsyftades i förhållande till vilka andra slag som inte kunde få verkan förklarade inte HD, men en analys av olika klausultyper som prövats av HD kan ge vägledning.

Som Pehrson konstaterade i det inledande citatet var den allmänna uppfattningen att förvärvarens onda tro om överlåtelsebegränsningen i allmänhet skulle medföra att begränsningen skulle få verkan mot förvärvaren. Beaktades detta i den aktuella domen? Huruvida det skulle ha någon som helst betydelse att någon andrahandsköpare kanske förvärvade sin fastighet i ond tro om överlåtelseförbudet dryftades inte i domskälen. Detta antyder att ond tro om förbudet inte är en faktor, vilket bekräftas än tydligare i de två efterföljande fallen från våren 2016.

Villaföretaget hade invänt att andrahandsköparnas undersökningsplikt enligt 4 kap. 19 § 2 st. JB skulle komma att kringgås om de skulle få föra sitt anspråk mot villaföretaget. HD avfärdade argumentet med att regleringen i ett efterföljande överlåtelseavtal mellan en avtalspart (förstahandsköpare) och en tredje man (andrahandsköpare) saknar betydelse för överlåtelseförbudets verkan.

Om man tänker sig att förstahandsköparna skulle ha sålt sina latenta fordringar till ett factoringföretag eller liknande kan det tyckas vara klart att en andrahandsköpares eventuellt bristande undersökning inte borde påverka förvärvarens fordran. I så fall borde inte heller en andrahandsköpares rätt påverkas, oberoende av om den kan åberopa defekten som ett köprättsligt fel eller inte.²⁵

Andrahandsköparna ansågs inte bara ha förvärvat villafastigheter, utan också de kvarvarande rättigheter som entreprenadkontrakten skulle ha gett överlåtarna, vilket i detta fall var felansvarspåföljder under den återstående ansvarstiden, som totalt är tio år. Såvitt kan utläsas av referaten var dessa rät-

²⁵ Jfr NJA 1993 s. 222.

tighetsöverlåtelser endast underförstådda. Klausulen hade kunnat tolkas på ytterligare två sätt. Den skulle ha kunnat tolkas enbart som ett förbud mot att överlåta sina förpliktelser. Mot detta talar med styrka ordet ”dock” i den mening som följde den mening där kontraktsöverlåtelse förbjöds. Beställaren kan enligt denna mening överlåta sina rättigheter till försäkringsbolaget. Ordet ”kontraktet” förefaller därför syfta på såväl rättigheter som förpliktelser. Den skulle också ha kunnat tolkas så att klausulen endast skulle gälla under entreprenadtiden och till dess slutreglering skett. Något språkligt stöd för detta finns inte, men skulle möjligen ha kunnat stödjas på att syftet kunde ha varit att tillförsäkra att parterna skulle vara sammanbundna till dess att avtalsförpliktelserna på ömse sidor huvudsakligen fullgjorts.

En överlåtelse där även förpliktelser överförs medför inte nödvändigtvis att motparten kan utöva samma rättigheter mot förvärvaren som mot överlåtaren, utan för detta krävs att överlåtaren och förvärvaren haft avsikten att ge motparten en självständig rätt och att de inte senare återtagit denna eller särskilt utfäst sig att inte återta den.²⁶ Detta kan ju tyckas vara en brist, men ligger i linje med de bindningsmönster som gäller för gåvolöften och andra benefika utfästelser, 1 § första stycket lagen (1936:83) angående vissa utfästelser om gåva. Motparten behöver däremot inte acceptera galdenärsbytet. Om motparten inte har gjort det bör motparten som villkor för sin motprestation kunna utkräva vederlaget från endera av överlåtaren och förvärvaren. Om motparten redan presterat kan motparten framställa samtliga invändningar mot förvärvaren som hade kunnat framställas mot överlåtaren, 27 § SkbrL.

I det nuvarande entreprenadkontraktet ABS 09 finns en motsvarande klausul, där dock någon överlåtelsemöjlighet till byggförsäkringsföretaget inte föreskrivs,²⁷ vilket till ordalydelsen därför är ännu strängare.²⁸ Avtalskrivarna, dvs. Konsumentverket och byggbranschen, avser att revidera ABS

²⁶ NJA 2005 s. 142. NJA 2013 s. 491, p. 12–14. Jfr NJA 2014 s. 760, p. 10. Det förefaller vara tillräckligt att göra det sannolikt att en tredjemansrättighet varit avsedd, NJA 2005 s. 142.

²⁷ Entreprenadkontrakt 2009.02 (ABS 09): ”Kontrakten får inte av någondera parten överlåtas på någon annan utan den andra partens godkännande.”

²⁸ Även om överlåtelse således är förbjudet är inte regressrätten avskuren, jfr bl.a. 7 kap. 9 § försäkringsavtalslagen (2005:104).

09,²⁹ till följd av att den obligatoriska byggfelsförsäkringen upphört.³⁰ I samband därmed bör förbudsklausulen antingen tas bort eller revideras på så vis att det anges att parterna inte får överlåta sina *förpliktelser* enligt kontraktet (vilket ju ändå gäller enligt dispositiv rätt).

3.2 NJA 2016 s. 51 (Pippi på is)

Det andra fallet om avtalade överlåtelseförbuds verkan rörde en upphovsrättshavare som hade upplåtit rätten att sätta upp en isföreställning baserad på barnboks-karak-tärer (Pippi Långstrump m.fl.). Enligt avtalet fick inte någon av parterna överlåta avtalet på någon annan. Sedan ett antal föreställningar hade hållits uppstod en tvist mellan parterna. Arrangören påkallade skiljeförfarande och begärde skadestånd, men förlorade tvisten. Strax därefter gick arrangören i konkurs. I avtalet fanns följande klausul:

”Part äger inte rätt att överlåta Licensavtalet till annan utan den andra partens skriftliga samtycke.”

Konkursboet överlät sin eventuella rätt till skadestånd till intressenter bakom arrangören. Upphovsrättshavaren åberopade bl.a. att det avtalade överlåtelseförbudet innebar att det påstådda skadeståndskravet inte fick överlåtas. Precis som i NJA 2015 s. 1040 var det fråga om ett förbud som inte formulerats som ett förbud mot rättighetsöverlåtelse (cession), utan som ett förbud mot överlåtelse av avtalet i sin helhet (”Licensavtalet”). HD analyserade detta. Till ordalydelsen omfattade förbudet både rättigheter och skyldigheter, vilket fick anses omfatta samtliga rättigheter och skyldigheter, inklusive rätten att göra gällande avtalsbrotts-påföljder. Detta skulle då alltså innefatta rätten till skadestånd, vilken var föremålet för den aktuella överlåtelsen.

HD ansåg precis som i 2015 års fall att avtalsvillkoret visserligen var bindande, men att det inte kunde göras gällande mot förvärvaren. Enligt HD innebar alltså överlåtelsen ett avtalsbrott mot upphovsrättshavaren, men det skulle inte medföra att förvärvaren – intressenterna – inte skulle ha haft rätt att förvärva fordringen. Att frågan var central för HD framgår dels av referatrubriken, dels av rubriken i domskälen och dels av domskälen som sådana.

²⁹ Se Konsumentverkets hemsida, <http://publikationer.konsumentverket.se/sv/publikationer/malgrupper/konsument/blanketter-och-kontrakt/entreprenadkontrakt-abs-09.html>. Senast besökt 2016-09-15.

³⁰ Se lagen (2014:227) om färdigställandeskydd och prop. 2013/14:125, Avskaffande av den obligatoriska byggfelsförsäkringen och ny lag om färdigställandeskydd.

Inte heller i detta fall uttalas om förvärvaren var i god eller ond tro om förbudet, men det får uppfattas vara helt otänkbart att det skulle ha förelegat någon relevant god tro. Således saknar det även enligt detta prejudikat betydelse att förvärvaren varit i ond tro om överlåtelseförbudet.

3.3 NJA 2016 s. 288 (Miljögarantin)

Electrolux hade sålt en tvätterikedja till det danska bolaget Berendsen. I överlåtelseavtalet fanns en garanti om att säljaren Electrolux skulle hålla köparen Berendsen skadeslös om köparen skulle bli ansvarig för miljöpåverkan. Svensk rätt skulle gälla. I avtalet fanns också en klausul om att avtalsinnehållet skulle kunna återopas även av parternas efterträdare och förvärvare, men att en övergång av sådana rättigheter skulle förutsätta motpartens föregående skriftliga samtycke.

”This Agreement shall be binding upon and inure to the benefit of the successors and assigns [*sic!*] of the parties hereto, but shall not be assignable by any party without the prior written consent of the other.”

I likhet med de föregående två fallen var det alltså ett brett formulerat förbud, ett förbud mot överlåtelse av avtalet som sådant.

Berendsen genomgick två olika slags bolagsombildningar, varefter det bolag som övertog tvätteriverksamheten likviderades och överfördes till en av det upplösta bolagets ägare. Därefter förde denna efterträdare talan om ersättning för miljöskadeansvar. HD ansåg sig med hänvisning till ”bl.a.” NJA 2015 s. 1040 (Enstegstätade fasaderna II) inte behöva pröva om omstruktureringen omfattades av överlåtelseförbudet eftersom kravet på motpartens (Electrolux) föregående samtycke inte innebar hinder ens mot överlåtelse (singulärsuccession).³¹ I skiljerättsligt hänseende ansågs rättighetsövergången motsvara universalsuccession, varför skiljeklausulen skulle vara bindande även mellan Electrolux och efterträdaren.³² Talan skulle därför få

³¹ NJA 2016 s. 288, p. 24.

³² Om det skulle ha varit en överlåtelse i skiljerättsligt hänseende, skulle i enlighet med NJA 1997 s. 866 skiljeklausulen kunna återopas av motparten mot förvärvaren, liksom *obiter dictum* av förvärvaren mot motparten. HD klargjorde att, även om utgången blev densamma även nu, detta innebar någon bekräftelse av 1997 års fall. Möjligen var detta endast en poängtering av prejudikatvärdet i det aktuella prejudikatet snarare än ett tecken på eventuellt avståndstagande från 1997 års fall, eftersom annars båda rättsfrågorna, om både den materiella rättighetens övergång och skiljeklausulens tillämplighet, redan skulle ha varit besvarade av tidigare prejudikat.

föras av efterträdaren.³³

Oberoende av om övergången i förmögenhetsrättsligt hänseende var att betrakta som överlåtelse eller universalsuccession skulle klausulen således inte vara verksamt mot efterträdaren, dvs. förvärvaren av tvätteriverksamheten. I detta fall upprepades inte att överlåtaren kan bli skadeståndsskyldig mot motparten. Det får antas att en verksamhetsförvärvare förväntas göra en noggrann undersökning av verksamheten inför sitt förvärv. Någon som helst antydan om att det skulle ha betydelse att förvärvaren kunde ha varit i ond tro om överlåtelseförbudet gavs inte heller här. Det kan återigen tas till intäkt för att det saknar betydelse om förvärvaren vid rättighetsförvärvet varit eller borde ha varit medveten om överlåtelseförbudet.

3.4 Tidigare praxis

3.4.1 Förvärv av pantsatt egendom

I NJA 1924 s. 329 (Bilpanten) hade en bilägare pantsatt bilen till säkerhet för sina förpliktelser enligt ett tremånaders lagerfinansieringsavtal. Bilen kvarblev i pantsättarens besittning. När pantsättaren hade misslyckats med att sälja av hela lagret efter tre månader begärde panthavaren inledningsvis att pantsättaren skulle lösa in återstoden av lagret i enlighet med avtalet. Pantsättaren erbjöd då panthavaren att ta bilen, men panthavaren förklarade sig inte vara intresserad. Pantsättaren sålde bilen till sin svärfar, vilka tillsammans hade rådfrågat en advokat om detta vore i sin ordning med hänsyn till pantutfästelsen. Därefter återkom panthavaren och begärde ut bilen från svärfadern, som inte lämnade ut den. Underrätterna fann att panthavaren inte erhållit sakrättsligt skydd, varför panthavaren saknade rätt mot svärfadern. HD fann att svärfaderns kännedom om pantutfästelsen och pantfordringen medförde bättre rätt för panthavaren. Svärfadern förpliktades att antingen infria pantsättarens avtalade förpliktelse att lösa in lagret, att utge bilen eller att utge bilens värde upp till pantfordringens belopp. Ett JustR fann att svärfaderns kännedom om pantavtalet inte skulle medföra bättre rätt för panthavaren.

En spannmålshandlare hade i NJA 1925 s. 80 (Spannmålshandlarna) pantsatt spannmål, inventarier m.m. i en hyrd lokal, inkl. den framtida egendom som kunde komma att tillföras, dvs. en hypotekarisk pantutfästelse. Så småningom övertog banken hyresrätten till lokalen, och spannmålen befriades från pantutfästelsen, men inte övrig egendom. Spannmålshandlaren

³³ Rättsfallet kommenteras i Lüning R., Singular succession and arbitration agreements remains an elusive issue, SvJT 2016 s. 633 ff.

bedrev verksamheten vidare i lokalen. Spannmålshandlaren överlät sedan till bolagets prokurist spannmålen och övrig egendom i lokalen och gjorde förbehåll för bankens rätt. Prokuristen skulle ha rätt att förvärva hyresrätten till lokalen av spannmålshandlaren om banken skulle låta hyresrätten återgå till spannmålshandlaren. Spannmålshandlaren gick i konkurs, och snart därefter även prokuristen. Rådhusrätten fann att prokuristen visserligen hade kunnat vinna bättre rätt än spannmålshandlarens konkursbo men inte visat sig ha tagit egendomen i sin besittning. Hovrätten fann att prokuristen hade tagit besittning och fann prokuristens konkursbo ha bättre rätt. HD fann att prokuristens vetskap om pantavtalet medförde en skyldighet att respektera detta. Prokuristens konkursbo förpliktades utge egendom motsvarande pantförskrivningens belopp.

I NJA 1940 s. 297 (Andrahandspantsättningen) besvärades en fastighet av en inteckning på högre belopp än den kvarstående skulden, varför det fanns ett ägarhypotek i inteckningen. Fastigheten såldes, bl.a. mot att köparen övertog inteckningsskulden. För denna skuld hade två personer gått i borgen. Vid köparens förvärv utfäste sig en av borgensmännen att kvarstå som borgensman. Borgensmannen löste emellertid inteckningsskulden och förmådde fastighetssäljaren att utfå inteckningsbrevet och skuldebrevet från banken och överlämna dessa till borgensmannen. Tvist uppstod om vem av köparen och borgensmannen som hade rätt till överhypoteket. Köparen deponerade ett belopp motsvarande inteckningsskulden hos myndighet och begärde att få ut inteckningsbrevet och skuldebrevet. Det visade sig emellertid att skuldebrevet något år före köpet redan hade andrahandspantats till borgensmännen, utan att förstahandspanthavaren, en bank, hade denuntierats om andrahandspantsättningen. Häradsrätten fann att andrahandspantsättningen inte var fullbordad och att borgensmannens besittningstagande av skuldebrevet i ond tro om köparens rätt till ägarhypoteket inte kunde medföra bättre rätt för borgensmannen. Hovrätten fann att borgensmannens avsaknad av fullbordad panträtt och köparens goda tro om pantsättningen medförde att köparen hade bättre rätt. HD kom till samma slut och fann, som en kombination av underrätternas domskäl, att andrahandspantsättningen inte var fullbordad, att köparen var i god tro om den och att borgensmannen vid sitt senare förvärv av skuldebrevet var i ond tro om köparens rätt till överhypoteket.³⁴ Köparens goda tro om andrahandspantsättningen

³⁴ Skuldebrevet hade utfärdats före skuldebrevslagens tillkomst men förefaller ha behandlats som ett löpande skuldebrev, jfr 11 § 3 st. och 15 § 2 st. SkbrL.

medförde således att den inte var verksam mot köparen.

I dessa fall var det avgörande om förvärvaren av den pantsatta egendomen var medveten eller omedveten om att den förvärvade egendomen var pantsatt, trots att pantavtalen inte hade fullbordats i sakrättslig mening.³⁵ Om pantsättningarna hade varit sakrättsligt fullbordade skulle de givetvis ha fått verkan mot förvärvaren även om förvärvaren hade varit i god tro om dessa. Vilken grad av misstanke som ska krävas hos förvärvaren om att det också finns en pantfordran kopplad till panten framgår inte klart, men svärfaderns, dvs. förvärvarens, medvetenhet om pantsättningen angavs vara en faktor i 1924 års bilpansättningsfall.

3.4.2 Spridningsförbud

HD hänvisade i NJA 2015 s. 1040 (Enstegstätade fasaderna II) till NJA 1949 s. 645 (Uppspelningsförbudet). 1949 års fall skulle ligga ”i linje med att avtalade förbud mot viss typ av nyttjande av egendom (s.k. betingelser) inte har ansetts inskränka en ny ägares rätt att fritt nyttja den överlåtna egendomen”.³⁶ Fallet handlade om att ett skivbolag på etiketterna på grammfonskivor hade intagit ett förbehåll om att offentligt framförande inte fick ske utan skivbolagets tillstånd. Skivbolaget hade dessutom särskilt underrättat Radiotjänst om detta. Domstolarna ansåg att förbehållet inte kunde göras gällande mot Radiotjänst, som hade köpt sina skivor från annan än skivbolaget.³⁷

Nog ligger fallet i linje med ett underkännande av verkningar mot en förvärvare, men de rent sakliga skillnaderna är så stora mellan avtalade överlåtelseförbud och uppspelningsförbudet att det enligt min mening inte utgjorde något särskilt auktoritativt stöd.³⁸

³⁵ Se t.ex. Sjöman, SvJT 2015 s. 828.

³⁶ NJA 2015 s. 1040, p. 12.

³⁷ Jfr även NJA 1939 s. 592 (Utlåningsförbudet). Se vidare härom Bernitz U., Karnell G., Pehrson L. & Sandgren C., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 13 u. 2013, s. 90.

³⁸ I sitt tillägg analyserade JustR Karlgren situationen att återförsäljarna av skivorna skulle ha varit avtalsbundna av medgivandeförbehållen. Efter att ha funnit en del stöd för att förvärv i ond tro skulle medföra att förvärvaren skulle vara bunden uttalade Karlgren att överlåtelseförbud eller överlåtelser villkorade av att ett visst pris skulle uppnås inte borde vara bindande ens mot en ondtröende förvärvare, innan frågan analyserades i upphovsrättslig synvinkel, med samma slutsats. Karlgren reserverade sig för fall av kvalificerad ond tro, där förvärvaren medverkat till den obligationsrättsligt bundnes avtalsbrott på ett mot goda sederstridande eller annars klart otillbörligt sätt. Han justerade sedermera sin uppfattning beträffande ondtröskeln från kollusiv ond tro till ordinär subjektiv ond tro men ställde sig fortsatt tveksam till om objektiv ond tro skulle vara tillräckligt,

3.4.3 Kontraktsoverlåtelseförbud

En byggnadsentreprenör hade i NJA 1966 s. 97 (Lyftningsfullmakten) anlitat en lastbilscentral för transporter och grus till och från en entreprenads arbetsområde. Som betalning för centralens fordringar överlämnade entreprenören en lyftningsfullmakt enligt vilken centralen fick ”uppbära och kvittera” ett visst belopp hos beställaren. Enligt entreprenadkontraktet saknades rätt för entreprenören att överlåta detta på annan person. Enligt rådhusrättens dom, vilken fastställdes av hovrätten, vars dom i sin tur fastställdes av HD, kunde avtalsbestämmelsen inte medföra att entreprenören var betagen sin rätt att överlåta sin rätt till betalning.³⁹

HD hänvisade i NJA 2015 s. 1040 som sagt även till NJA 1966 s. 97. Fallet ligger utan tvivel i närheten av 2015 och 2016 års fall, eftersom det är fråga om ett avtalat överlåtelseförbud. Trots det föreligger sakligt stora skillnader. I NJA 2015 s. 1040 och NJA 2016 s. 51 var det fråga om överlåtelse av rätten till avtalsbrottspåföljder, och i NJA 2016 s. 288 var det fråga om övergång av rätt att åberopa en garanti. I 1966 års fall var det som sagt fråga om verkan av överlåtelse av intjänad rätt till betalning.

Motiveringen i 1966 års fall kan tolkas på två sätt. Överlåtelseförbudet kunde inte tillerkännas verkan avseende fordringen, antingen till följd av någon slags tvingande norm eller till följd av att den aktuella bestämmelsen inte kunde tolkas innefatta ett hinder mot överlåtelse av entreprenadfordringen. Om det skulle ha varit en tvingande norm, borde det ha legat nära till hands att förklara grunden för ogiltigheten. Om det då skulle ha motiverats av önskemål om att skydda överlåtaren borde det ha angetts vilken norm som medförde detta. Om det i stället var ett tvingande skydd för förvärvaren borde domsmotiveringen inte hänfört sig till överlåtarens rätt till överlåtelse, utan till förvärvarens rätt att förvärva fordringen. Domsformuleringen, entreprenörens rätt till *betalning* som överlåtelseobjekt, antyder närmast att den aktuella avtalsbestämmelsen kunde *tolkas* så att den endast föreskrev ett förbud mot överlåtelse av kontraktsförpliktelserna (substitution) jämte icke intjänade entreprenadfordringar, men inte intjänade fordringar (cession).⁴⁰

Karlgren H., Kollegium i allmän obligationsrätt I, 1966, s. 11 ff., se härom även Sjöman, SvJT 2015 s. 829.

³⁹ ”L har visserligen jämlikt bestämmelse i entreprenadkontraktet icke ägt att utan vägförvaltningens medgivande överlåta kontraktet å annan person. Sagda bestämmelse kan dock icke betaga L rätten att på sätt som skett å annan person överlåta sin rätt till betalning enligt kontraktet.”

⁴⁰ JustR Håstad har sitt tillägg till nästa refererade dom, NJA 2008 s. 733, avsnitt 2.1.2,

3.4.4 Överlåtelseförbud avseende fast egendom

I NJA 1993 s. 468 hade ett bensinbolag överlåtit en fastighet på vilken bensinbolaget hade en bensinstation. Stationen skulle byggas om av köparen och säljaren skulle fortsätta att bedriva verksamheten när ombyggnaden var klar. Ett förbud mot överlåtelse utan säljarens samtycke intogs i köpekontrakt och köpebrev, vilket också antecknades i fastighetsboken. Köparen gick i konkurs. Frågan var om överlåtelseförbudet hade verkan mot köparens borgenärer, vilket inte ansågs vara fallet. HD hade konstaterat att förköps- och hembudsklausuler saknar såväl sakrättslig som obligationsrättslig verkan, i linje med ogiltigheten av utfästelser om att i framtiden förvärva eller överlåta fast egendom. Det verkligt intressanta med fallet är dock att ett antecknat överlåtelseförbud enligt HD skulle ha verkan mot en ny förvärvare av fastigheten, och stödde detta på 18 kap. 8 § JB, som anger att god tro inte kan åberopas i förhållande till vad som antecknats i inskrivningsregistret, och 20 kap. 14 §, som föreskriver att bl.a. överlåtelseinskränkningar i förvärvarens rätt ska antecknas. Det är svårt att tolka 20 kap. 14 § på annat sätt än att lagstiftaren uppfattat att överlåtelseförbud ska vara verksamma mot förvärvare.

Vad domen inte ger besked om är huruvida förvärvarens onda tro kan ha någon verkan, om anteckning inte skett. I den riktningen talar dock JustR Bengtssons tillägg, vari bl.a. anfördes att "[r]ättsläget efter detta avgörande är alltjämt otillfredsställande såtillvida som förköps- och hembudsklausuler i avtal om fastighetsköp anses sakna varje rättsverkan, medan ett överlåtelseförbud – som ofta kan syfta till i stort sett detsamma – antas gälla mellan parterna och mot ondtröende förvärvare av fastigheten”.

Såsom Stefan Lindskog uttalar är stödet klen för att åberopa rättsfallet utanför fastighetsköpens område, vilket ju byggde på 20 kap. 14 § JB.⁴¹

3.4.5 Överlåtelse av processföremål

En fastighetsmäklare förde i NJA 2008 s. 733 (Processkommissionen) talan om krav på mäklarprovision avseende ett fastighetsköp som aldrig fullföljdes av köparna. Tingsrätten utdömde provisionen. Fordringen överläts samma

noterat samma tolkningsalternativ rörande NJA 1966 s. 97 som jag nyss angett, men han ansåg det motsatta alternativet ligga närmare till hands. Håstad fann det också ligga närmast till hands att ur domskälen utläsa att en överlåtelse av ännu icke intjänade fordringar skulle ha varit verksam trots överlåtelseförbudet, där jag lutat i motsatt riktning. En annan sak är vad rättsläget borde ha varit i mitten av 1960-talet.

⁴¹ Lindskog S., Lagen om handelsbolag och enkla bolag. En kommentar, 2 u. 2016 (databasen Zeteo), 2:0 avsnitt 5.3.3 not 15 [not 603].

dag som tingsrätten meddelade dom. Domen överklagades, utan att fastighetsmäklaren upplyste om överlåtelsen. Domslutet fastställdes av hovrätten, och hovrättsdomen vann laga kraft. Fastighetssäljaren fick senare reda på att överlåtelse skett innan saken var slutligt avgjord och ansökte om resning, bl.a. på den grunden att fastighetsmäklaren inte hade varit rätt part, och att en partsinvändning skulle ha lett till käromålets ogillande. Om käranden överlåter tvisteföremålet under rättegången har förvärvaren rätt att överta talan, och förvärvaren är på svarandens yrkande skyldig att träda in som part jämte käranden, 13 kap. 7 § rättegångsbalken. Förvärvaren blir vanligen rättskraftigt bunden av beslutet oavsett om förvärvaren inträder eller inte. Om svaranden gör en invändning om att tvisteföremålet har överlåtit och att käranden därför inte längre är rätt part ska käromålet ogillas, men detta får inte rättskraft mot förvärvaren, som därför kan väcka ny talan.

HD uttalade bl.a. att överlåtarens talan i allmänhet ska ogillas vid en partsinvändning som grundar sig på att käranden överlåtit tvisteföremålet och svaranden inte inträtt i rättegången. Om talan skulle bifallas, skulle den omständigheten att betalning ska ske till annan inte medföra en sådan nackdel för svaranden att resning skulle kunna beviljas. HD anmärkte att svaranden vid osäkerhet om vem som är rätt borgenär kan välja att deponera beloppet hos länsstyrelsen i enlighet med lagen (1927:56) om nedsättning av pengar hos myndighet. I detta fall fanns dessutom i överlåtelseavtalet ett åtagande av den överlåtande fastighetsmäklaren att slutföra kravmålet mot fastighetssäljaren, varför det enligt HD fick anses innebära ett uppdrag att fullfölja processen för förvärvarens räkning men i eget namn. Så även om fastighetssäljaren skulle ha känt till överlåtelseavtalet skulle fastighetsmäklaren ha varit saklegitimerad att driva processen i eget namn. En partsinvändning skulle därför inte sannolikt ha avskurit fastighetsmäklarens talerätt, varför resningsansökningen avslogs.

Rättsfallet har visst samband med uppsatstemat, men det riktigt relevanta med avgörandet är JustR Håstads tillägg, där det på ett mera allmänt plan diskuterades om överlåtelsemöjligheter och överlåtelseförbuds verkningar. Håstad fann efter sin analys det vara ” tvivelaktigt att ett överlåtelseförbud har någon verkan mot en förvärvare. Det gäller särskilt om förvärvaren var i god tro om förbudet vid sitt förvärv men också om förvärvaren då kände till överlåtelseförbudet”. Håstads förutspåelser har besannats genom 2015 och 2016 års prejudikat.

Håstad kom i sitt tillägg således in på överlåtelseförbuds verkningar. Håstad konstaterade att överlåtelseförbud som blir verksamma medför att

betalning till överlåtaren alltid är befriande.⁴² Med ledning av 29 § SkbrL, som reglerar s.k. passiv betalningslegitimation vid enkla fordringar, fann Håstad att inte bara överlåtelseförbud avseende fordringar som träffats i samband med fordringens uppkomst utan även förbud som avtalats efter överlåtelsen men innan gäldenären försatts i ond tro om överlåtelsen skulle bli verksamma. Håstad noterade att avtalade överlåtelseförbuds giltighet inte regleras i skuldebrevslagen för fordringar i allmänhet, medan Håstad fann vissa regler om s.k. rektaklausuler i 11 § 2 st. växellagen och 14 § 2 st. checklagen.⁴³ Härefter räknade Håstad upp tänkbara motiv för gäldenärer att önska ett överlåtelseförbud. *Hårdare borgenär*: Gäldenären vill hindra att fordringen som förvärvas av någon som hårdare bevakar sin rätt inom villkorens ram än vad den ursprungliga borgenären förväntas göra, ett intresse som medfört regeln att en betalningsintervenient normalt saknar regressrätt mot gäldenären.⁴⁴ *Passiv betalningslegitimation*: Gäldenären vill försäkra sig om att betalningen till den ursprungliga borgenären alltid ska verka befriande. *Kvittningsrätt*: En gäldenär som står i fortlöpande avtalsförhållande med den ursprungliga borgenären kan vilja vara säker på att kunna utöva kvittningsrätt med senare uppkomna motfordringar, med jämförelsevis hänvisning till bl.a. 28 § SkbrL. *Effektiv detentionsrätt*: En borgenär i ett avtalsförhållande som ännu inte fullgjort sin prestation kan ha mindre incitament att prestera avtalsenligt efter det att borgenären överlätit sin rätt till vederlaget. Härefter kom Håstad in på att ett överlåtelseförbud skulle kunna verka överraskande för förvärvaren men konstaterade att en förvärvare av en enkel fordran som inte före förvärvet kontaktar gäldenären i enlighet med 27 § SkbrL ändå bör så många risker att den aktuella risken inte utgör något betydande tillägg.

Håstads analys så långt skulle tala för att överlåtelseförbud bör ha verkan mot förvärvare. Därefter anfördes argument som huvudsakligen gick i den motsatta riktningen. 27 § SkbrL omfattar bara invändningar som gäldenären hade kunnat göra mot överlåtaren, och ett överlåtelseförbud är inte en sådan invändning, utan en s.k. betingelse eller belastning, och frågan är om den har sakrättsligt skydd. Håstad noterade med hänvisning till bl.a. 5 kap.

⁴² Jfr 19, 20 och 29 §§ SkbrL.

⁴³ En rektaklausul – som till sin lydelse kan uppfattas som ett överlåtelseförbud – medför inte någon inskränkning av rätten att överlåta utan gäldenärens samtycke, utan bara att fordringen blir av enkel karaktär. En liknande bestämmelse finns i 11 § 3 st. SkbrL.

⁴⁴ Jfr numera dock NJA 2016 s. 107. Närmare härom Unnersjö A., Emissionsgarantiens bindande verkan och interventionsbetalarens ställning, JT NET 2016–17 [s. 1 ff.] (att publ. i JT 2016–17 nr 2).

5 § UB och NJA 2007 s. 455 att icke vederlagsfri övergång saknar verkan mot borgenärernas borgenärer och att detta motiverades av att insolventa personer annars skulle kunna göra sig immuna mot utmätning genom att sälja egendom och avtala om att de själva inte skulle få överlåta sin köpeskillingfordran. En förvärvare behöver inte samma skydd mot ett överlåtelseförbud eftersom det bara är att avstå från förvärvet men förvärvaren kan sakna kännedom om överlåtelseförbudet, vilket talar för ett godtrosskydd. Men betingelser kan sakna verkan även mot ondtröende förvärvare menade Håstad, och hänvisade, förutom till sitt eget standardverk i sakrätt, till de ovan refererade NJA 1949 s. 645 och NJA 1966 s. 97. Håstad refererade härefter till ett doktrinärt uttalande av Stefan Lindskog, som innebär att ett överlåtelseförbud inte bör tillerkännas verkan eftersom 27 och 28 §§ SkbrL bereder tillräckligt skydd, och till Hugo Tibergs uppfattning om att överlåtelseförbud har verkan mot ondtröende.⁴⁵

Håstad lämnade därpå en översikt av utländska och transnationella rättskällor rörande fakturaköp och fakturabelåning. Håstad hänvisade till tyska Handelsgesetzbuch, HGB, § 354 a jämförd med Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, § 399, amerikanska Uniform Commercial Code § 9-404(1) (b), UNIDROIT Convention on International Factoring, Art. 6(1), UNCITRAL Model Law on Assignment of Receivables, Art. 11, Principles of European Contract Law Art. 11:301 och Draft Common Frame of Reference III. – 5:108. Alla dessa gör någon slags reservation mot verkningarna av ett överlåtelseförbud avseende den typen av fordringar, men varken tillämpligheten eller rättsverkningarna är identiska i någon av dessa. Med detta som stöd fann Håstad det vara tvivelaktigt att ett överlåtelseförbud skulle ha någon verkan mot en förvärvare, särskilt om förvärvaren var i god tro.

Man kan fråga sig om den krets som HGB, DCFR m.m. främst velat värna, förvärvarna av och panthavarna till fakturafordringar, verkligen behöver ett dylikt skydd. För det första torde ytterst få fakturagäldenärer försöka få till stånd ett överlåtelseförbud. För det andra har förvärvarna (eller panthavarna) för den händelse ett sådant förbud skulle ha avtalats vanligen en solid överlåtare (eller pantsättare) att vända sig emot om överlåtelserna inte skulle vara verksamma. Förvärvarna kan avkräva garantier om fordringens giltighet,⁴⁶

⁴⁵ Lindskog S., Lagen om handelsbolag och enkla bolag. En kommentar, 2001, s. 208 med not 139, numera 2 u. 2016 (databasen Zeteo), 2:0 avsnitt 5.2–5.3, och Tiberg H. & Lennhammer D., Skuldebrev, växel och check, 7 u. 1995, s. 33.

⁴⁶ Så sker enligt NJA 2010 s. 467 (Orderskuldebrevet), p. 9 och 10, regelmässigt vid factoring avseende enkla fordringar resp. överlåtelse av löpande skuldebrev.

men skulle så ändå inte ha skett kan förvärvaren åberopa överlåtarens strikta hemulsansvar enligt 9 § första stycket SkbrL. Inte heller en jämförelse mellan gäldenärernas och förvärvarnas ställning talar för att överlåtelseförbud ska vara överksamma. Visserligen måste de enstaka gäldenärer som visar sådan aktivitet i sina avtalsförhandlingar med överlåtaren att de lyckas införliva ett överlåtelseförbud klassificeras som sofistikerade, varför de i allmänhet nog har god ekonomisk och kunskapsmässig ställning, men förvärvarna – dvs. banker och andra finansinstitut – är i allmänhet ekonomiskt mycket robusta och livnär sig bl.a. på överlåtelse och pantsättning av fordringar, varför de knappast kan anses vara i ekonomiskt eller kunskapsmässigt underläge i förhållande till ens dessa vaksamma gäldenärer.

3.4.6 Överlåtelse av partiell nyttjanderätt till fast egendom

I NJA 2009 s. 570 (Grustäktsrätten) hade en fastighetsägare upplåtit rätten att nyttja en grustäkt åt ett företag i branschen. Detta företag gick i konkurs. Hela rörelsen inklusive nyttjanderätten överläts till ett annat företag, utan att ha inhämtat fastighetsägarens samtycke. HD slog fast att partiella nyttjanderätter till fast egendom, till skillnad från de exklusiva nyttjanderättstyperna arrende och hyresrätt, som huvudregel fritt får överlätas. Anledningen angavs vara att en partiell nyttjanderätt främst är av ekonomisk betydelse. HD uttryckte därtill följande.

”En fastighetsägare som vill behålla inflytande över valet av nyttjanderättshavare kan förbehålla sig en samtyckesrätt när han upplåter nyttjanderätten.”

HD uttryckte alltså för inte så länge sedan åsikten att en fastighetsägare avtalsvägen kan begränsa en nyttjanderättshavares möjlighet att överlåta rättigheten, uppenbarligen i uppfattningen att detta skulle vara bindande mot förvärvaren, och kanske även mot en förvärvare i god tro. Huruvida denna uppfattning kvarstår orubbad efter den senaste vägen av avgöranden kan inte besvaras med någon säkerhet, men det är troligt att uttrycket att fastighetsägaren ”kan förbehålla sig en samtyckesrätt” skulle formuleras mindre kategoriskt om rättsfrågan kom att prövas på nytt. Det är alltså oklart om det antagande som HD gjorde att en fastighetsägare kan uppställa ett samtyckesförbehåll vid partiella nyttjanderätter alltjämt står sig.

I sitt tillägg för egen del i NJA 2009 s. 570 uttalade JustR Lindskog: ”Beträffande ofullgångna rättigheter – t.ex. ett arvode för en ännu inte utförd tjänst – får ofta antas att ett undantag från principen om den fria överlåtbar-

heten föreligger. Gälldenären har nämligen ett skyddsvärt intresse av överlåtarens vilja att prestera, och den viljan kan störas av att en utförd prestation inte får en omedelbar pekuniär effekt för överlåtarens.” Uttalandet synes innebära att den avtalspart som ännu inte utgivit sin prestation är förhindrad att överlåta sitt anspråk på annan, även om något överlåtelseförbud inte har avtalats. Motpartens innehållanderätt och avtalsbrottspåföljder skulle inte utöva samma påtryckning mot förvärvaren som direkt mot överlåtarens trots 27 och 28 §§ SkbrL. När en rättighet ska anses ofullgånngen i den ovan angivna mening utvecklas inte närmare av Lindskog, mer än att Lindskog uppfattar att en mindre andel vid överlåtelser i det aktuella fallet kvarstod obetald (en fjärdedel enligt överlåtarens och gälldenärens prognos vid avtalsingåendet, såvitt kan utläsas av hovrättens dom) inte innebar att den inte skulle vara att betrakta som fullgånngen, dvs. motsatsen till ofullgånngen.

JustR Lindskog förefaller ha ansett att överlåtelseförbud skulle vara verkningfulla: ”Då kan ett överlåtelseförbud i enlighet med allmänna avtalsrättsliga principer anses vara avtalat, innebärande ett åsidosättande av huvudregeln om den fria överlåtbarheten”, och att dessa skulle kunna bygga på abstrakta resp. konkreta intressevärderingar. Med konkreta antar jag avses avtalade sådana, medan med abstrakta avses befogade skyddsvärda intressen som inte inskränkts av konkret avtalsinnehåll. Avtalade överlåtelseförbud skulle alltså innebära ett, om jag förstår uttalandet rätt, godtagbart åsidosättande av den fria överlåtbarheten.

4. Grundläggande principkonflikter

4.1 Avtalsfrihet

Förmögenhetsrätten bygger på ett begränsat antal grundläggande principer, som blir styrande för systemet i övrigt. Det går inte att ange vilket antalet principer är, för meningarna lär snabbt gå isär om vilka principer som kvalificerar sig som tillräckligt grundläggande. Däremot råder nog konsensus om att den fria överlåtbarheten, som innebär en rätt att överlåta sina fordringar och andra rättigheter utan gälldenärens samtycke,⁴⁷ och att dispositionsfriheten, den komponent i avtalsfriheten som ger avtalsparterna rätten att fritt bestämma avtalsinnehållet, tillhör de allra mest grundläggande principerna.

⁴⁷ Detta synes dock vara en relativt sentida uppfattning, Lindskog, *Betalning*, s. 152 ff. m. hänv. och s. 245 f. m. hänv.

De flesta grundläggande principer kan komma att ställas mot andra grundläggande principer. En sådan konkurrens kan också uppstå mellan den fria överlåtbarhetens princip och dispositionsfrihetens princip, nämligen om avtalsparterna har avtalat om ett överlåtelseförbud. HD åberopar omsättningsintresset för att avvärja överlåtelseförbuden. Man kan dock fråga sig om inte omsättningsintresset generellt gynnas av tilliten till villkorsbundenhet, och om ett villkor avser att hindra inträde av utomstående i rättsförhållandet, kan ju villkoret uppfattas inte ha uppfyllt syftet om utomstående fritt kan bortse från det. Jag kan inte åberopa någon forskning till stöd för denna inställning, utan bara en uppfattning om att civilisation gynnar ekonomisk utveckling, och att verksam avtalsbundenhet är ett av civilisationens viktigaste verktyg.

Den komponent i avtalsfriheten som kallas kontraheringsfriheten, en rätt att välja motpart – och att välja bort alla andra som motparter, aktualiseras också. Ett sådant överlåtelseförbud kan bl.a. vara formulerat som ett förbud mot att – utan motpartens samtycke – sätta annan i sitt ställe, överlåta kontraktet eller överlåta sina rättigheter. En presumtiv penninggäldenär har rätt att välja vem den vill sätta sig i skuld hos. Avtalsmotparten eller penningborgenären har i utgångspunkten möjlighet att överlåta sin rätt på annan. Om parten eller gäldenären vill undvika detta kan ett överlåtelseförbud uppställas, och att sådana förbud förekommer råder det inte någon tvekan om, vilket också bekräftas av den senaste praxisen. Men förbuden är numera vingklippta, eftersom de inte kan göras gällande mot förvärvaren.

Även om skuldebrevslagen i och för sig är dispositiv, skulle man kunna låta frågan om överlåtelseförbuds verkan avgöras mera direkt med hjälp av lagens regler. Ett sådant försök skulle kunna vara att rättighetsförvärvarens onda tro om överlåtelseförbudet alltid ska medföra att gäldenärens åberopande av förbudet blir bestående, jfr 15 § 1 och 2 st. SkbrL.⁴⁸ Skulle man ansluta ännu närmare till skuldebrevslagens system skulle det kunna hävdas att förvärvarens goda tro om förbudet skulle medföra att invändningen skulle vara exstingibel i fråga om löpande skuldebrev och värdepapper, jfr 15 § SkbrL, men bestående vid enkla skuldebrev och rättigheter i allmänhet, jfr 27 §. En sådan lösning verkar gälla i norsk rätt.⁴⁹ Man hade alltså kunnat

⁴⁸ Se t.ex. Tiberg & Lennhammer, Skuldebrev, växel och check, s. 33.

⁴⁹ Bergsåker T., Pengekravsrett, 3 u. 2015, s. 87 f. Jfr Rt 2010 s. 918. En on demand-garanti innehöll villkoret att garantin inte fick överlåtas. (En on demand-garanti har karaktär av enkel fordran.) Denna övergick genom fusion (absorption). Det övertagande bolaget kunde inte göra garantin gällande mot garanten. Høyesteretts ankeutvalg uttalade: ”Som

tänka sig att den nyss nämnda principkonflikten inte utgjorde någon systemkonflikt. Man hade kunnat tänka sig att överlåtelseforbudet skulle stå sig, antingen vid förvärvarens onda tro eller alltid, dvs. oberoende av förvärvarens onda tro. Nu är beskedet från HD det motsatta. Överlåtelseforbud saknar alltid verkan, oberoende av förvärvarens faktiska insikt om överlåtelseforbudet. HD anger att det kan tänkas undantag, men ger inte någon ledning om vilka sakliga situationer eller vilka subjektiva rekvisit som då skulle uppställas. Nu föreligger verkligen en grundläggande principkonflikt.

En anledning till att uppställa överlåtelseforbud kan vara att det ska stå klart vem som är berättigad. Borgenären eller förvärvaren (eller förvärvarna) kan tänkas omsätta andelar av sina fordringar till flera förvärvare eller panthavare. Då kan gäldenären komma att få betala till var och en av dessa.⁵⁰ Skulle det uppstå väsentlig olägenhet eller kostnad för gäldenären att fullgöra betalningarna, kan gäldenären möjligen välja att avvakta med betalningarna, jfr 3 § 2 st. SkbrL. Till gäldenärens skydd finns dessutom, i situationer av oklarhet om vem betalning ska ske till, lagen (1927:56) om nedsättning av pengar hos myndighet, ofta betecknad depositionslagen (eller nedsättningslagen). Hur utbredd kunskapen är om lagens existens, huvudsakliga innebörd och praktiska tillämpningsvillkor kan dock tänkas inverka på nyttjandegraden. En uppdelning av anspråk kan också ske på annat sätt. I ett entreprenadförhållande kan beställaren ha en rätt till avhjälpande och rätt till penningpåföljder som kan vara avhängiga av att fullgott avhjälpande inte skett i tid. Om beställaren överlåter byggnaden men behåller den eventuella rätten till penningpåföljder kan det uppstå en konkurrens mellan förvärvarens avhjälpandeanspråk och överlåtarens penninganspråk. Överlåtare kan mena att tiden för avhjälpande löpt ut och att denna påföljdsomöjlighet nu övergått till en penningfordran. Förvärvaren kan hävda motsatsen eller hålla med om att tiden för entreprenörens rätt att avhjälpa har löpt ut men att förvärvaren medger entreprenören förlängd tid för avhjälpande. Detta innebär en besvärligare situation för entreprenören än om endast en part skulle ha framställt anspråk, eftersom båda borgenärerna kan framstå som

alminnelig regel gjelder at en rettighet som er blitt overført i strid med et overføringsforbud, ikke kan gjøres gjeldende av erververen. Etter utvalgets oppfatning må dette også gjelde ved fusjon. Siden det overdragende selskap er blitt oppløst ved fusjonen, kan brudd på overføringsforbud for rettigheter ved fusjon innebære at rettigheten ikke lenger kan påberopes av noen.”

⁵⁰ NJA 2005 s. 557 (och NJA 2000 s. 576).

legitimerade.⁵¹ I en sådan situation kan entreprenören givetvis göra gällande att inte båda kraven kan bli framgångsrika, men det kan inte uteslutas att det ändå slutar så, inte minst om en skiljeklausul anses verksam mot den ena borgenären men inte mot den andra. Entreprenören skulle också kunna vägra avhjälpa, och eventuellt sätta ned pengarna enligt depositionslagen, men detta är troligen en dyrare lösning än att låta avhjälpa felet med egna resurser. Till detta kommer givetvis att gemene näringsidkare sannolikt inte är så hemmastadd i skuldebrevslagen och depositionslagen, och att det finns risk för att näringsidkaren begår ett misstag. Okunskap om rätten kan skada, det får vi också acceptera, men reglerna bör utformas så att skaderiskerna hålls nere.

4.2 Kvalificerat otillbörligt utnyttjande av rättssubjektivitet

Det uppstår ytterligare en grundläggande princip- eller systemkonflikt som har att göra med ansvarsgenombrottsituationer som otillbörliga ingripanden i andras avtalsförhållanden och liknande kollusionsfall.⁵² I det berömda NJA 2005 s. 608 (Max ./ Frasses) hade en överlåtare av lokalhyresrätt betingat sig en hembudsklausul. Om förvärvaren skulle vilja överlåta hyresrätten vidare skulle överlåtaren ha rätt att träda in som förvärvare. Syftet med klausulen var att undvika att konkurrenter skulle etablera sig i lokalen. Ägarmajoriteten i förvärvaren var dock – då okänt för överlåtaren – en konkurrent, som nonchalerade hembudsklausulens syfte. Det ansågs vara så till den grad kvalificerat otillbörligt av konkurrenten att skadeståndsskyldighet uppstod för ren förmögenhetsskada. Hur denna norm nu ska förhålla sig till den norm som fastslås i 2015 och 2016 års fall blir oklar. Om konkurrenten lika gärna hade kunnat strunta i hembudsklausulen genom att öppet förvärva hyresrätten och bedriva konkurrerande verksamhet, med den följden att hembudsklausulen skulle sakna verkan mot konkurrenten, undrar man var det otillbörliga skulle ligga i att låta dotterbolaget göra samma sak. Kanske är det bara närstående förhållandet som kan förklara detta. Då skulle i så fall konkurrenter kunna undvika skadeståndsskyldighet genom att inte förvärva någon andel i

⁵¹ I 30 § första stycket kommissionslagen stadgas en avvikelse från allmänt gällande regler. Om en tredje man presterat direkt till en kommittent utan att kommittenten gjort ett verksamt direktkrav, dvs. utan att kommissionärens rätt mot tredje man har utsläckts, får tredje man åberopa prestationen mot kommissionären om kommissionären inte har lidit skada av detta. Denna regel kan inte antas ha generell tillämplighet.

⁵² Jfr Sjöman, SvJT 2015 s. 828 f. och 832 f., som uppmärksammar det liknande fallet NJA 1993 s. 188 (Gillette). Jfr därtill NJA 2015 s. 512 (Laminofätöljen).

vidareöverlåtaren, såsom konkurrenten hade gjort i 2005 års fall. Hur rättstillämpare i framtiden ska navigera häremellan blir spännande att iakttä.

4.3 Obligationsrätt och sakrätt

Det sakrättsliga omsättningsskyddet skulle kunna inskränkas till frågan om vem som har bättre rätt till någonting, t.ex. en sak eller en rättighet. Detta kan vidgas till att avse en konflikt mellan en ägare och en som hävdar en begränsad rätt till egendomen. Detta kan ytterligare vidgas till att avse en konflikt mellan en gäldenär och en rättighetsförvärvare om vad rättigheten avser. Om man vill, skulle man kunna säga att överlåtelsereglerna i 2 och 3 kap. SkbrL uteslutande handlar om sakrättskonflikter.⁵³ I så fall är sannolikt såväl direktkrav som regressrätt att hänföra dit. Men så brukar man inte se saken. I stället brukar gränsen mellan obligationsrätt och sakrätt i 2 och 3 kap. SkbrL dras så att 14 § (omsättningsskydd avseende löpande skuldebrev), 22 § (borgenärsskydd avseende löpande skuldebrev) och 31 § (borgenärsskydd och omsättningsskydd avseende enkla skuldebrev) rör sakrättsliga frågor och resten av bestämmelserna obligationsrätt. Detta är förstås bara systematik, och inte i sig någon naturnödvändighet. HD:s avgöranden kommer sannolikt medföra en diskussion om gränserna. Om vi börjar se världen på ett annat sätt kan man säga att gäldenärer i fråga om enkla fordringar har sakrättsligt skydd mot alla förvärvare, 27 och 28 §§ SkbrL, och i fråga om löpande fordringar har ett sakrättsligt skydd mot alla förvärvare avseende vissa rättighetsbegränsningar, 15 § 3 st., 16 § och 17 § SkbrL, och ett sakrättsligt skydd mot ondtröende förvärvare avseende alla rättighetsbegränsningar, 15 § 1 och 2 st. SkbrL. Men inte i något fall har en rättighetsbegränsning i form av ett överlåtelseförbud någon verkan mot förvärvare i god eller ond tro.

4.4 Invändningsrätt som alternativ till överlåtelseförbud

HD verkar uppskatta 27 och 28 §§ SkbrL och uppfatta bestämmelserna som robusta gäldenärsskydd. Men det är de inte. De är dispositiva.⁵⁴ De innebär

⁵³ Jfr något i de tankebanorna Nordell P. J., Trepartsförhållanden i konsumentköp, Festskrift Lars Gorton, 2007, s. 435 ff., och Kihlman J., Förutsättningsläran – obligationsrättsliga och sakrättsliga aspekter, Rättsvetenskapliga studier tillägnade minnet av Knut Rodhe, 1999, s. 197 ff.

⁵⁴ Jfr de tvingande 28 och 29 §§ konsumentkreditlagen (2010:1846), KkrL.

endast invändningsmöjligheter, dvs. en sköld men inte ett svärd.⁵⁵ De gäller endast för enkla fordringar.⁵⁶

I avgörandena anvisas gäldenären att åberopa samma invändningar som kunnat göras gällande mot överlåtaren. Denna möjlighet står inte till buds vid fordringar av löpande karaktär. Detta skulle kunna tolkas så att överlåtelseförbud av löpande fordringar skulle kunna vara verksamma mot förvärvare. Med hänsyn till löpande fordringars karaktär är det dock mera sannolikt att överlåtelseförbud saknar verkan även beträffande dessa. Det kan för övrigt ifrågasättas om en fordran som innehåller ett överlåtelseförbud bör klassificeras som en löpande fordran. I 11 § 3 st. SkbrL stadgas att s.k. in-teckningsskuldebrev (omslagsreverser) ska behandlas som orderskuldebrev, såvida de inte innehåller förbehållet ”icke till order” eller liknande. Det är en tolkningsfråga om ett överlåtelseförbud ska jämföras med ett sådant förbehåll, vilket skulle medföra en omvandlad karaktär till enkelt skuldebrev men alltså fullt överlåtbart, och det är en tolkningsfråga om förbehållet ”icke till order” ska uppfattas som ett överlåtelseförbud.⁵⁷ Gäldenären behöver emellertid inte oroa sig för överträdelser av överlåtelseförbud, eftersom det bara är att bortse från förbudet och betala till förvärvarna. Om överlåtaren nonchalerat förbudet, dvs. den ursprungliga borgenären eller dess rättsinnehavare i skepnad av konkursbo, kan överlåtaren inte ifrågasätta att betalning skett till förvärvaren, bortsett om gäldenären var i ond tro om förvärvarens obehöriga åtkomst av fordringen, 19 resp. 30 §§ SkbrL (eller om en överlåtelse av en enkel fordran eller en rättighet åstadkommit genom någon s.k.

⁵⁵ NJA 2005 s. 142, där förvärvaren endast blev skyldig att ersätta gäldenären för sin egen överdebitering, inte för överlåtarens. Se även NJA 2002 s. 41. Jfr det något mera utsträckt gäldenärsskyddet i 29 § 2 st. KkrL, som är tillämpligt vid kreditköp.

⁵⁶ 28 och 29 §§ KkrL är inte tillämpliga på löpande skuldebrev. Prop. 1991/92:83 om ny konsumentkreditlag, s. 83 (med förtydliganden och stycke-brytning markerade inom hakparenteser): ”I dag anses det – utan att det finns någon uttrycklig regel härom – att reglerna i skuldebrevslagen [om löpande skuldebrev] och växellagen har företräde framför regeln i 10 § konsumentkreditlagen [från 1977; sedermera 16 § i 1992 års lag; numera 28 § i 2010 års KkrL]. ... Som sägs i promemorian bör denna ordning behållas. [/] Det kan då ifrågasättas om det borde synas i lagen att skuldebrevslagens regler äger företräde. Det behövs dock knappast, eftersom detta framgår indirekt av bestämmelsen i 11 § konsumentkreditlagen [1977 års lag; sedermera 17 § 1992 års lag; numera 30 § i 2010 års KkrL] och med hänsyn till att det i realiteten inte råder någon tvekan om vad som gäller.” Se även prop. 2009/10:242, Ny konsumentkreditlag, s. 110 ff. Jfr NJA 2010 s. 467, särskilt den skiljaktiga meningen av JustR Bäcklund och JustR Håstads tillägg samt Munukka J., År orderskuldebrev negotiabla? Höjd godtroströskel vid förvärv av löpande skuldebrev, JT 2010–11 s. 472 f.

⁵⁷ Om sistnämnda tolkningsfråga, Lindskog, Betalning, s. 154 not 480.

stark ogiltighetsgrund).⁵⁸ Skulle skada uppstå av överträdelsen av förbudet, t.ex. om gäldenären gjort en avtalad eller spontan förskottsbetalning, kan gäldenären antingen göra invändning om detta mot förvärvarens betalningskrav avseende enkla fordringar, 27 § SkbrL, eller göra invändning om detta vid förvärvarens relevanta onda tro vid löpande fordringar, 15 § SkbrL.

4.5 Kontraktspåföljder som alternativ till förbud

HD anvisar gäldenären att begära skadestånd av överlåtaren, om nu skada skulle uppstå av en överlåtelse. Spontant har jag intrycket att anvisningen mera är retorisk än verkligt menad. Överlåtelseförbuden är kanske helt enkelt irrationella.

Det måste vanligen vara svårt för gäldenären att visa skada i dessa fall. Ett betalningskrav som är förenligt med skuldebrevs- eller avtalsvillkoren och lag kan svårligen uppfattas som skada. Om överlåtelseförbudet tolkas endast som ett förbehåll ”icke till order” leder det i allmänhet endast till att fordringen ska betraktas som enkel. Om det skulle vara en enkel fordran från början saknar förbehållet verkningar utöver vad som redan följer av reglerna om enkla skuldebrev. Detta kan dock – om än mindre troligt – med tillämpning av allmänna tolkningsnormer eller betydelseregeln tolkas som att parterna med förbehållet avsett ett verkligt överlåtelseförbud, med därmed kopplad skadeståndsmöjlighet mot överlåtaren.

HD förefaller vara övertygad om att en fordringsöverlåtelse är harmlös för gäldenären. Skulle fordringsöverlåtelsen ”mot förmodan”⁵⁹ inte vara harmlös, är problemet botat av att överlåtaren blir skadeståndsskyldig.⁶⁰ Den nu sistnämnda rättsföljden borde dock vara en klen tröst om överlåtaren gått i konkurs eller annars är insolvent. Det går inte att lugga en flintskallig. Det kan knappast uppfattas som en orimlig händelseutveckling, särskilt inte som detta inträffat i NJA 2016 s. 51 (och i NJA 2009 s. 570, där fastighetsägaren dock inte hade skyddat sig med ett samtyckesförbehåll). I NJA 2016 s. 51 uttalade HD följande:

”Att fordringen får göras gällande av förvärvaren utesluter dock inte att förbudet kan ha verkan mellan avtalsparterna på så sätt, att om överlåtelsen medför skada för gäldenären blir överlåtaren skyldig att ersätta denna.

⁵⁸ JustR Håstads tillägg för egen del i NJA 2008 s. 733 och JustR Lindskogs tillägg för egen del i NJA 2009 s. 570.

⁵⁹ NJA 2015 s. 1040, p. 13 i.f.

⁶⁰ NJA 2015 s. 1040, p. 13, och NJA 2016 s. 51, p. 9.

10. Det finns inte någon särskild anledning att frånga den angivna ordningen i detta fall.”⁶¹

Här kunde alltså gäldenären täcka sin förlust av avtalsbrottet genom att rikta anspråk mot sin avtalspart. Avtalsparten var vid överlåtelse tillfället i konkurs. I det perspektivet saknas all förmodan att ett anspråk mot överlåtaren kan bli framgångsrikt, vilket inte är liktydigt med att skada inte tillfogats genom överlåtelsen. Den avtalspart som avkräver motparten ett överlåtelseförbud har i allmänhet inte något att hämta med förbudet, bortsett en rätt till skadestånd som i praktiken är imaginär. Om överlåtaren är solvent uppstår troligen inte någon skada (jfr HD:s ” mot förmodan”), varför någon påföljd inte blir aktuell, och om överlåtaren är insolvent kanske skada uppstår, men fordringen kan inte drivas in. Överlåtarens konkurs utgjorde i NJA 2016 s. 51 ”inte någon särskild anledning” att låta förbudet få verkan mot förvärvaren.

En möjlighet att avtalsvis föreskriva andra påföljder än skadestånd borde stå till buds. Svårigheterna för gäldenären att åstadkomma ett verksamt hinder mot överlåtelse, och fr.a. att visa skada, kan driva fram en användning av vitesklausuler för att få borgenärerna att respektera uppställda överlåtelseförbud. Även om HD:s uppfattning om att 27 och 28 §§ SkbrL och skadeståndsmöjligheten utgör ett så pass tillräckligt skydd för gäldenärerna att det saknas legitima skäl att godta att förbuden skulle få hindra överlåtelser, kan det knappast uppfattas vara klandervärt att vitesbelägga överlåtelseförbud. Men här kan min rättskänsla peka fel.

Det borde dock kunna gå att uppställa avtalsvillkor som syftar till göra samtyckeskrav gällande även mot en förvärvare. I de kommersiella entreprenadavtalen AB 04 och ABT 06 uppställs inte några överlåtelseförbud. I stället kan hel eller delvis överlåtelse av ”kontraktet” ge motparten hävningsrätt, enligt 8:1 p. 7 och 8:2 p. 6. En förutsättning är dock att överlåtelsen har beaktansvärd betydelse för motparten, 8:2 p. 5. Till detta kommer en hävningsrätt för entreprenören om beställaren i stället överlåter sin rätt till entreprenaden (dvs. den anläggning som är under uppförande o.dyl.) eller en del av den egendom som entreprenaden avser. För hävningsrätt krävs här dock att beställaren kan befaras komma att begå kontraktsbrott.

I vilken mån dessa hinder mot överlåtelse har verkan mot tredje man är oklart. Det kan tyckas att en helt annan ordning ska gälla vid kommersiell entreprenad än vad som gällde enligt konsumententreprenadfallet NJA 2015

⁶¹ NJA 2016 s. 51, p. 9 sista meningen och p. 10.

s. 1040, men av NJA 2016 s. 51 och NJA 2016 s. 288 tycks någon sådan skiljelinje inte kunna dras mellan konsumentavtal och kommersiella avtal. Samtidigt kan man konstatera att den kommersiella standardavtalslösningen i AB-systemet är mera intrikat. Här har kontraktspåföljder mot överlåtelse utformats, som borde kunna göras gällande även mot en förvärvare, i stället för överlåtelseförbud. Detta exempel borde gå att exportera till andra avtalstyper.

4.6 Landvinningar

Inom loppet av fyra månader och fyra dagar har HD genom tre avgöranden hunnit knäsetta en tidigare icke erkänd princip, nämligen att överlåtelseförbud – i förhållande till även ondtröende förvärvare – inte gäller för fordringar i vid mening. Avgörandena är som sagt ytterst konsekventa, vilket i sig är en fördel för aktörerna på åtskilliga marknader, inte minst kreditmarknaden. De prövade fallen har samtliga avsett s.k. enkla fordringar, där gäldenärens rättsställning är mera skyddad än vid löpande fordringar, varför det kan antas att överlåtelseförbud saknar verkan oberoende av fordringens eller rättighetens karaktär.

Det saknas inte poänger med att låta förbuden bli överksamma mot förvärvarna:

1. HD framför själv argumentet att 27 och 28 §§ SkbrL medför att gäldenärernas ställning inte påverkas. Detta är i sig inte ett argument som nödvändigtvis talar för överlåtelseförbudens överksamhet, utan snarare ett argument om att det saknas anledning att respektera förbuden eftersom gäldenärernas ställning inte påverkas. Som angetts ovan kan detta dock nog så ofta bli fallet.
2. Förvärvarna behöver inte undersöka underliggande avtal och kreditvillkor för att undvika att förvärva fordringar med överlåtelseförbud, vilket leder till att de slipper gäldenärsinvändningen om förbudet och överlåtarinvändningen om ond tro om förbudet. Den senare invändningen kan förvärvarna dock förhandla bort, genom krav på garantier om fordringarnas giltighet eller liknande, och förvärvarna har redan med stöd av 9 § första stycket SkbrL en dispositiv rätt att vända sig mot överlåterna.
3. Konkursförvaltare kan tänkas vara mindre benägna att föra process om tvistiga fordringar, och om förbuden skulle respekteras skulle de värden som fordringarna representerar kunna bli inlåsta i boet och gå upp i intet, och därigenom slumpmässigt förmera gäldenärernas förmögenheter utan

att gävoavsikt förelegat. Detta argument tycker jag själv är det bästa, men det försvarar argument 1 på två sätt. i) Om skulden inte brinner inne hos ett konkursbo till följd av att överlåtelseförbudet inte respekteras försämraras gäldenärens ställning av överlåtelsen genom att fordringen överläts till någon processkapabel förvärvare. Detta kan tyckas inte vara ett rumsrent argument, men vår dispositionsfrihet är inte särskilt kräsen i andra sammanhang. ii) Gäldenären kommer efter konkursutbrottet ha en insolvent naturagäldenär och en processkapabel penningborgenär. Om gäldenären avtalat rätt kommer gäldenären att kunna freda sig från de flesta anspråk, men inte om gäldenären exempelvis gjort något så dumt som att ha åtagit sig att betala i förskott, eller skrivit ett löpande skuldebrev och förvärvaren varit i god tro om gäldenärens materiella invändningar.⁶²

4. Som visas i NJA 2008 s. 733 är processkommissionen tillåten. Detta måste vara fallet även i den omvända situationen att det är förvärvaren som nu agerar processkommissionär. Om överlåtelseförbud skulle medges verkan skulle finnas risk för att förvärvaren och överlåtaren vid gäldenärens återopande av överlåtelseförbudet hävdar att förvärvaren i själva verket bara driver in fordringen på överlåtarens uppdrag. Detta kräver visserligen påstående om ett sådant avtal, och det är möjligt att ett sådant avtal i processrättsligt hänseende skulle kunna godtas även om avtalet ingicks efter det att överlåtelse skett. Hur det än må vara med detta innebär de tre fallen att det saknas anledning att av processrättsliga skäl ”rigga” ett kommissionsupplägg. Men sådana upplägg har sannolikt inte varit särskilt vanliga ens efter 2008 års avgörande, och kan knappast vara ett tungt vägande skäl för nyordningen.
5. Kanske har ett skäl att begränsa överlåtelseförbuds verkningar varit att åstadkomma en synkronisering mellan borgenärsskydd och omsättningskydd. Det har sedan länge varit klart att överlåtelseförbud saknar verkan mot rättighetshavarens (”överlåtarens”) borgenärer avseende oneröst förvärvade rättigheter. Om någon förvärvat en rättighet mot (verkligt) vederlag kan rättigheten realiseras vid utmätning eller konkurs trots ett överlåtelseförbud. Enligt 2015 och 2016 års avgöranden binds inte heller en förvärvare, successor, av ett förbud. Detta innebär således att man numera säkert kan hävda att överlåtelseförbud i regel saknar sakrättslig

⁶² Kan man tänka sig villkor om överlåtelseförbud kopplade till löpande skuldebrev, utan att fordringarna får enkel karaktär? Ja, i vart fall dansk och norsk doktrin uppmärksammar möjligheten. Ett praktiskt fall skulle kunna vara ett tidsbegränsat förbud, t.ex. tills gäldenären avgett ett mottagningserkännande.

verkan. En kvarstående oklarhet är dock om synkroniseringen är fullständig eller om verkninglösheten i omsättningsfall kanske t.o.m. träffar benefikt åtkomna rättigheter. Har det i så fall någon betydelse om förvärvaren varit i god eller ond tro om förbudet eller om att överlåtarens förvärv var benefikt?

NJA 2015 s. 1040 talar för att säljar- och tillverkargarantier kan göras gällande av andrahandsköpare, även om garantivillkoren till ordalydelsen skulle inskränka sig till att verka endast till förmån för förstahandsköpare. Garanternas aktuarier bör i framtiden beakta detta vid sin premieberäkning. På så vis uppstår också indirekt en omsättningshöjning. Avgörandena åberopar uttryckligen omsättningsintresset som grund, men kanske inte denna prisdrivande typ.

De tre rättsfallen har alla avsett förbehåll uppställda till förmån för kommersiella parter. Det kan övervägas om konsumenter eller privatpersoner som intagit förbehåll mot privatpersoner också skulle vara förhindrade att åberopa överlåtelseförbud. Mot bakgrund av vad som redovisats avseende önskemålen om att fakturafordringar ska kunna förvärvas och belånas utan all belastning ligger det nära till hands att anta att konsument- eller privatstatusen inte är tillräcklig för att tillerkänna överlåtelseförbuden verkan mot uppköpare av fakturafordringar eller andra rättighetsförvärvare.

Vi har skydd mot oskäliga villkor genom bl.a. 36–38 §§ avtalslagen, 11 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och 6 § lagen (1999:116) om skiljeförfarande. Nu har vi också ett skydd mot vissa skäliga villkor. Borgenären kan känna sig trygg i att kunna realisera sin fordran på marknaden, t.ex. på så vis att överlåta sitt hus, som då eller senare visat sig vara fuktskadat och byggfelsförsäkrat, eller att som konkursförvaltare kunna överlåta en eventuell rätt till skadestånd. Gälldenären får trots förbudet helt enkelt räkna med att få nya borgenärer. Överlåtelseförbud kanske är klandervärda i sig. HD:s senaste praxis antyder det. I så fall finns det många avtal att revidera. S.k. change of control-klausuler, avtalade hembudsklausuler och allehanda negativ-klausuler kanske helt enkelt lever farligt.

I skrivande stund har HD precis meddelat prövningstillstånd till tillåtligheten av överlåtelse av ett latent kränkingsersättningsanspråk.⁶³ Här finns inte något avtalat överlåtelseförbud utan en allmän princip som begränsar

⁶³ HD:s beslut 2016-09-19, T 462-16. Jfr NJA 1953 s. 465, NJA 1987 s. 746 och ARN 1993-4643.

Jori Munukka

förfoganden över socialt betydelsefulla fordringar. Den senaste praxisen talar i riktningen att överlåtelse är tillåten men sannolikt uppfattas inte detta som ett tungt vägande argument.