

Indragning av bostad eller egendom, HD:s pleniavgöranden och EMK: om pragmatism och formalism*

JOHAN SANDSTEDT**

1. Inledning

I föreliggande bidrag skall HD:s pleniavgöranden NJA 2007 s. 455 och NJA 2015 s. 72 om indragning enligt UB 8:8 granskas kritiskt. Här görs gällande att de två domarna inte bör tillmätas den prejudikatverkan man normalt förväntar sig av HD:s avgöranden, utan att domstolar och andra tvärtom bör vara försiktiga med att följa argumentationen och lösningarna i dem. Samtidigt vill jag för egen del påpeka att båda avgörandena i sig kan framstå som tämligen förnuftiga och välavvägda. Det hela kan onekligen verka en aning ambivalent och det är givetvis inte meningen med texten.

Kritiken rör främst lösningsvägen, dvs. lagstiftningens koppling mellan UB 8:8 och SamÄgRL, men p.g.a. att kritiken i hög grad är formalistisk och principiell berör den även lösningarna. En formalistisk kritik kan sägas vara i strid med vår mer pragmatiska rättskultur och kan därför framstå som

* Artikeln har genomgått vetenskaplig expertgranskning (peer review).

** Tidigare post doc., numera lektor vid juridiska institutionen, Stockholms universitet. Följande artikel är en bearbetad del av en större text. EMK-aspekterna behandlas endast kortfattat och fördjupas i ERT 2016 s. 596–634 och de mer grundläggande utmättningsfrågorna har publicerats i JT 2015–16 s. 845–881. Detta är det kortaste bidraget.

Följande förkortningar används: EMD = Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna; EMK = Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna; KFM = Kronofogdemyndigheten; P-1 = Det första tilläggsprotokollet till EMK; RF = Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform; SamboL = Sambolag (2003:376); Lag (1987:232) om sambors gemensamma hem (upphävd); SamÄgRL = Lag (1904:48 s. 1) om samäganderätt; SFL = Skatteförfarandelag (2011:1244); UB = Utsökningsbalk (1981:774); ÄktB = Äktenskapsbalk (1987:230). *Rousk v. Sweden* (Application no. 27183/04), dom av den 25.7.2013 och *Zebentner v. Austria* (Application no. 20082/02), dom av den 16.7.2009 omtalas huvudsakligen som *Rousk*-målet respektive *Zebentner*-målet.

poänglös, eller t.o.m. verklighetsfrämmande och förmäten.¹ I tillägg är kritiken riktad mot två pleniavgöranden.

Den formalistiska kritiken förs först på ett rent nationellt plan. I många pragmatikers ögon står sig den kritiken troligtvis slätt mot de två avgörandena och liknar kanske mest en hopplös kamp mot väderkvarnar. Kritiken är dock inte poänglös, utan tvärtom åtminstone av direkt rättslig relevans för den efterföljande kritiken.²

Det tunga juridiska artilleriet återfinns i EMK. Därför gör jag gällande att en rättstillämpning i enlighet med de två pleniavgörandena riskerar att inne-

Följande litteratur återges i förkortad form: Allen, Tom, Property and The Human Rights Act 1998, Oxford – Portland Oregon 2005; Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 4:e uppl., Stockholm 2012 och 5:e uppl., Stockholm 2015; Flodin, Jonny, Om indragning av bostadsrätt, SvJT 2008 s. 274–291; Flodin, Jonny, Indragning efter utmätning av andel i bostadsrätt, JT 2015–16 s. 166–175; Gregow, Torkel, Fråga om sakrättslig verkan av avtal som avses i 6 § samäganderättslagen. Plenimål i Högsta domstolen angående 8 kap. 8 § utsökningsbalken, JT 2007–08 s. 443–451; Gregow, Torkel, Utsökningsrätt, 4:e uppl., Stockholm 2012; Gregow, Torkel, Samägd egendom – Innebörden av bestämmelser och principer på samäganderättens område, Stockholm 2016; Harris, David/O’Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla, Harris, O’Boyle & Warwick: Law of the European Convention on Human Rights, 3:e uppl., Oxford 2014; Morgell, Nils-Bertil, Europadomstolens syn på svensk skatteindrivning, SN 2013 s. 819–828; Morgell, Nils-Bertil, Europadomstolens dom i målet Rousk mot Sverige – hur påverkar den svensk indrivning?, JT 2013–14 s. 745–751; Nield, Sarah/Hopkins, Nicholas, Human rights and mortgage repossession: beyond property law using Article 8, Legal Studies 2013 s. 431–454; Nield, Sarah, Article 8 Respect for the Home: A Human Property Right?, King’s Law Journal 2013 s. 147–171; Petursson, Gunnar Thor, The Proportionality Principle as a Tool for Disintegration in EU Law – of Balancing and Coherence in the Light of the Fundamental Freedoms, Lund 2014; Rainey, Bernadette/Wicks, Elizabeth/Ovey, Clare, Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights, 6:e uppl., Oxford 2014; Sandstedt, Johan, Sakrätten, Norden och europeiseringen – Nordisk funktionalism möter kontinental substantialism, Stockholm 2013; Sandstedt, Johan, Äganderättsskyddet, rätten till skydd för hemmet och en ny svensk kränkning: målet Rousk, JT 2013–14 s. 602–619; Sandstedt, Johan, Utmätning av bostad och ”Pandoras naturrättsliga ask”: om HD:s restriktiva tolkning av relevant EMD-praxis och reformbehov, JT 2015–16 s. 845–881; Sandstedt, Johan, Utmätning av bostad – och EMK:s tilltagande betydelse, ERT 2016 s. 596–634; Schabas, William A., The European Convention on Human Rights – A Commentary, Oxford 2015; Walin, Gösta, Samäganderätt, Stockholm 2000; Walin, Gösta/Gregow, Torkel/Löfmarck, Peter/Millqvist, Göran/Persson, Annina H., Utsökningsbalken (1 augusti 2013, Zeteo).

¹ I NJA 2015 s. 72 har jag dock sällskap av JustR Mattsson.

² Enligt min uppfattning borde den formalistiska kritiken även vara relevant i den nationella kontexten. HD:s lösningar – en analogilösning och en *contra legem*-lösning – harmonierar dåligt med lagtexten i RF 8:2 p. 2. Grundlagsbestämmelsen dyker återigen upp notvis i avsnitt 3 och slutligen i brödtexen i bidragets avslutning.

bära en kränkning av såväl rätten till skydd för hemmet enligt art. 8 EMK som äganderättsskyddet enligt art. 1 P-1. Genom båda artiklarnas krav på att ett ingrepp skall vara rättsenligt visar sig även den nationella ”Don Quijote-frågan” vara rättsligt relevant. Frågan är bl.a. om en *contra legem*-tolkning (NJA 2007 s. 455) eller en analogilösning (NJA 2015 s. 72) uppfyller kravet på rättsenlighet. I tillägg är även andra aspekter av betydelse för att en indragning enligt UB 8:8 inte skall innebära en kränkning av de nämnda artiklarna. Att en utmätning med efterföljande försäljning kan innebära en kränkning av artiklarna vet vi genom EMD:s avgöranden i *Zehentner*- och *Rousk*-målen.³ Det måste påpekas att det är själva försäljningen som är den relevanta handlingen enligt båda artiklarna.⁴

Några ord om dispositionen kan vara på sin plats. I *avsnitt 2* ges en inledande orientering. Där presenteras HD:s *post Rousk*-bild av utmätningen och återverkningarna för indragningsregeln. Därefter ges en pragmatisk bild av indragningen och HD:s pleniavgöranden följt av den formalistiska EMK-motbilden. Den inledande orienteringen skall tydliggöra vad bidraget handlar om och hur vår pragmatiska tillnärmning skiljer sig från den formalistiska EMK-tillnärmningen. I *avsnitt 3* behandlas UB 8:8 och kopplingen till SamÅgRL och i *avsnitt 4* följer kopplingen till EMK, dels med en blick på det principiella och formalistiska i den svenska kontexten, dels genom en generell behandling av indragningen som sådan; innehållet i avsnitten presenteras närmare i respektive avsnitts inledning. I *avsnitt 5* kastas en blick på pleniavgörandena med ett försökt EMK-perspektiv – och avslutande presenteras några förslag på hur en indragningsregel med viss säkerhetsmarginal kan göras EMK-kompatibel.

2. En orientering

2.1 Bakgrund: HD och EMK *post Rousk*

I *Rousk*-målet riktade EMD allvarlig kritik mot svensk skatteindrivning. Svenska staten ansågs såväl ha kränkt klagandens rätt till skydd för hemmet

³ Se den inledande noten nedan i avsnitt 2.1. om målen.

⁴ Se nedan i avsnitt 2.3. sista stycket med tillhörande not. Emellanåt kan föreliggande text uppfattas som något oprecis när den endast nämner det inledande steget utmätning som ett möjligt ingrepp istället för den omständliga lokutionen utmätning med efterföljande exekutiva försäljning och eventuella avhysning.

enligt art. 8 EMK som äganderättsskyddet enligt art. 1 P-1.⁵ Sverige är förpliktat att vidta behövliga ändringar för att åtgärda bristerna i svensk rätt.⁶ I detta fall handlar det inte endast om mindre detaljfrågor, utan även om våra exekutionsrättsliga grunder, framförallt frågan om hur hemmet skall beaktas i utmättningsprocessen.⁷ En utredning har tillsatts och uppdraget skall redovisas senast i november 2016.⁸

HD har haft möjlighet att ta ställning till *Rousk*-målet. I NJA 2013 s. 1241 nämnde HD art. 8 EMK, men tolkade artikeln och skyddet för hemmet alldeles för snävt. Enligt HD kunde artikeln beaktas vid tillämp-

⁵ I målet fälldes Sverige för att ha kränkt klagandens rätt till skydd för hemmet enligt art. 8 EMK och äganderättsskydd enligt art. 1 P-1 genom att sälja hans tomträtt med tillhörande hus exekutivt för en utmätbar skuld som vid tidpunkten för försäljningen och avhysningen endast uppgick till 6 721 kr. Summan motsvarade ca 0,4 % av egendomens försäljningspris om 1 600 000 kr. Besluten om utmätning, försäljning och avhysning hade överklagats och inget av dem var rättskraftigt avgjort vid tidpunkten för försäljningen och avhysningen. Om målet, se Morgell, SN 2013 s. 819–828 (822 ff.), dens., JT 2013–14 s. 745–751 och Sandstedt, JT 2013–14 s. 602–619. Huvudfokus i bidragen ligger på art. 1 P-1. Även EMD:s *Zehentner*-mål är utmättningsrättsligt relevant och även här fälldes staten för att ha kränkt både art. 8 EMK och art. 1 P-1. Utmätningsskulden var här 7 440 euro och försäljningspriset 59 000 euro. Utmätningsskulden motsvarade följaktligen 12,6 % av försäljningspriset och utgjorde enligt EMD ”a comparatively minor sum”. Målen har en central plats i Sandstedt, JT 2015–16 s. 845–881 och dens., ERT 2016 s. 596–634.

⁶ Se art. 46 EMK. Se även kortfattat i Danelius, Mänskliga rättigheter⁵ s. 60 (och dens., Mänskliga rättigheter⁴ s. 55 f.) och Larsen, Kjetil Mujezinović, Compliance with Judgments from the European Court of Human Rights: The Court’s Call for Legislative Reforms, NJHR 2013 s. 496–512.

⁷ Privilegieringen av skattekrav är en annan viktig fråga i och med att EMD kräver att den enskilde skall ha tillgång till verkkningsfulla processuella rättssäkerhetsgarantier. Enligt svensk rätt är de däremot omedelbart verkställbara och verkställighet hindras inte av att skattebeslutet har överklagats och följaktligen inte har vunnit laga kraft, se 68:1 och 70 kap. SFL läst samman med UB 3:1 p. 6 och 3:23 2 st.

⁸ Dir. 2014:127 (Ett modernt utskökningsförfarande) s. 1, 5 och 10. Den 25 november 2016 överlämnade Utsökningsutredningen betänkandet SOU 2016:81 (Ett modernare utskökningsförfarande) i tre band. Utredningen föreslår att UB 1-3 och 16 kap. upphävs och ersätts av nya kapitel. Uppdraget har varit omfattande och i övriga kapitel har endast redaktionella ändringar genomförts. Föreliggande texts indragningsregel är följaktligen i sak orörd. Vidare föreslår utredningen bl.a. att proportionalitetsprincipen skall lagfästas i det nya 1 kap., vilket måhända i något fall kan påverka tillämpningen av indragningsregeln. Värt att nämna är att utredningen också föreslår att bl.a. indelningen i allmänna och enskilda mål skall avskaffas; hänvisning skall i de tidigare allmänna målen istället direkt göras till lag (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m. och i tillägg att viss särreglering för dessa s.k. indrivningsmål tas bort, se bl.a. anförut SOU, band 1 s. 177 ff. och 157 ff. Den nya SOU:n beaktas inte vidare i föreliggande text.

ningen av UB 4:3 2 st., dvs. när flera utmättningsobjekt finns, men däremot inte vid tillämpningen av paragrafens första stycke. Där skulle istället bedömningarna enligt de alltför borgenärsvänliga målen NJA 2010 s. 397 I och II fortfarande gälla.⁹ HD behandlade följaktligen hemmet som ett vanligt förmögenhetsvärde, inte som ett eget skyddsvärt objekt utanför UB-ramen.¹⁰ Detta inledande steg i den rättsliga analysen kan sedan få återverkningar på andra exekutionsrättsliga områden och följaktligen leda till att de möjliga art. 8-aspekterna inte beaktas.¹¹

Pleniavgörandet NJA 2015 s. 72 var nästa chans att ta ställning till *Rousk*-målet. EMK-aspekter var aktuella, eller borde ha varit det, men några synliga EMK-spår hittar man däremot inte i målet.¹² Det är ett exempel på återverkningarna av nämnda inledande steg. I målet frångick HD den ordning som kom till uttryck i NJA 1995 s. 478. Även pleniålet NJA 2007 s. 455 och det tidigare målet NJA 1991 s. 597 är intressanta i sammanhanget. Båda pleniavgörandena handlade om indragning enligt UB 8:8 och regelns komplicerade koppling till SamÄgRL.¹³

2.2 Kort om indragning och HD:s pleniavgöranden: en pragmatisk bild

Ideella andelar i egendom kan utmätas, men en försäljning av endast andelen riskerar att ske till underpris.¹⁴ Därför finns indragningsregeln i UB 8:8.¹⁵ De

⁹ NJA 2013 s. 1241 (1249 p. 10 och 1248 p. 7). Tolkningen framgår tydligt i Sandstedt, JT 2015–16 s. 845–881 (850, 855 f. och 877 f.) och upprepas inte här.

¹⁰ Här bortses från beneficiereglerna för bostadsrätter i UB 5:1 p. 6, eftersom de endast undantagsvis torde gälla. Dessutom saknas beneficiereglerna helt för fast egendom.

¹¹ I litteraturen har det beskrivits som ett felsteg, se Sandstedt, JT 2015–16 s. 845–881 (877 not 125).

¹² I de delar som renderar målet en plats i HD:s minnesbok borde människorättsaspekterna enligt min uppfattning ha beaktats. Att de kan tyckas befinna sig i målets periferi i själva sakfrågan är däremot en annan sak, även om jag anser att även den antagna periferin är EMK-relevant. Därmed är inte sagt att en kränkning under alla omständigheter behöver föreligga. Målet återfinns i kortform i avsnitt 3.3. och mina invändningar framgår där, i avsnitt 4.3., 4.4. och 5.1.

¹³ Däremot är NJA 1993 s. 515 enligt min uppfattning inte problematiskt – trots den teleologiska motiveringen. Målet nämns notvis nedan i avsnitt 3.2. *in fine*.

¹⁴ Det antagandet har bl.a. legat till grund för lagstiftningen, se prop. 1980/81:8 (Förslag till utsökningsbalk) s. 579 och Gregow, JT 2007–08 s. 443–451 (443 f.). Antagandet upprepas även i de olika domarna, se t.ex. NJA 2015 s. 72 (77 p. 10).

¹⁵ Huvudfokus ligger på UB 8:8 och tillämpligheten, men givetvis är även de praktiskt processuella aspekterna i UB 8:9 relevanta, särskilt med tanke på frågan om processuella rättssäkerhetsgarantier enligt EMK. Se avsnitt 4.4. om den frågan.

övriga samägarnas andelar kan dras in och egendomen säljs då i sin helhet. Galdenärens lott används till att täcka utmättningsfordringen och uppkomna kostnader. De andra samägarna får dela på köpeskillingen i förhållande till deras lotter.¹⁶ Samtligas samäganderättsandelar – det kan handla om andelar i hemmet – blir utmätta och byts följaktligen ut mot pengar och det sker p.g.a. att en samägares andel har blivit utmätt och egendomen säljs.

Att undvika underprisförsäljning var en viktig grund till indragningsregeln. En annan var tanken om processekonomisk vinst genom att låta två förfaranden bli ett.¹⁷ Vid en försäljning av endast andelen, skulle den nyblivne samägaren i nästa steg kunna kräva att egendomen säljs offentligt enligt 6 § SamÄgRL. Då är det bättre att dra in och sälja hela egendomen redan i det första steget.

Möjligheten till indragning av fast egendom infördes 1971 i 67 § lagen (1971:494) om exekutiv försäljning av fast egendom.¹⁸ Redan här fanns kopplingen till 6–7 §§ SamÄgRL. Regeln gällde även för tomträtt, men däremot inte för lös egendom. På Lagberedningens förslag överfördes regeln till den då nya UB och tillämpningsområdet utvidgades genom en generell koppling till SamÄgRL.

I de två plenimåls-fallgrupperna aktualiserades två olika aspekter av indragningsregelns komplicerade koppling till SamÄgRL. Båda plenimålen innebar att HD gick utöver vad som framgår av lagtexten i SamÄgRL. Temat och de olika domarna har behandlats ingående i litteraturen och för fördjupning och rättsdogmatiskt bekant behandling hänvisas till den.¹⁹

¹⁶ Se t.ex. Walin/Gregow/Löfmarck/Millqvist/Persson, Utsökningsbalken (1 augusti 2013, Zeteo), kommentaren till 8 kap. 8 §, stycket som inleds med ”Beträffande såväl”. Detta kan tyckas vara självklart.

¹⁷ Utförligt behandlat i Flodin, SvJT 2008 s. 274–291 (286 ff.).

¹⁸ Om bakgrunden, se prop. 1980/81:8 (Förslag till utsökningsbalk) s. 574 och Gregow, JT 2007–08 s. 443–451 (443 f.).

¹⁹ Flodin, SvJT 2008 s. 274–291 och dens., JT 2015–16 s. 166–175; Gregow, JT 2007–08 s. 443–451; dens., Utsökningsrätt⁴ s. 226 ff.; dens., Samägd egendom, främst s. 194 ff.; Walin/Gregow/Löfmarck/Millqvist/Persson, Utsökningsbalken (1 augusti 2013, Zeteo), kommentaren till 8 kap. 8 §. Se dessutom Strömngren, Peter, NJA 2007 s. 455. Rättsekonomiska anmärkningar bland annat om gränssnittet mellan obligationsrätt och sakrätt, i Eide, Erling/Lando, Henrik/Stavang, Endre (red.), Rettsøkonomi i nordiske dommer, Oslo 2014 s. 19–35.

2.3 Kort om indragning och EMK: en formalistisk motbild

EMK-motbilden kan kort förtydligas med utgångspunkt i UB 4:3. I centrum för bedömningen enligt UB 4:3 står en bedömning av åtgärdens försvarlighet. Försvarligheten bedöms ekonomiskt och har därtill lågt ställda krav på överskottets storlek enligt 2010 års HD-avgöranden.²⁰

I stället för rent ekonomiska UB-överväganden (försvarlighet, risk för underprisförsäljning) och tankar om processekonomisk vinst (av två förfaranden blir det genom indragningen ett), så handlar det här om frågan om man med ett beaktande av EMK ens borde kunna utmäta andelen efter en enkel ekonomisk försvarlighetsprövning enligt UB 4:3 1 st. eller 4:33 2 st.?

Ett tvångsberövande av egendom genom exekutiv försäljning är ett ingrepp enligt art. 1 P-1 och enligt art. 8 EMK om försäljningsobjektet är någons hem.²¹ Ett ingrepp är endast tillåtet om det sker enligt de villkor som framgår av de nämnda artiklarna och det innebär att ett flertal avvägningar måste göras. Till nyckelorden rättsenlighet och i det allmännas intresse eller säkerställa betalning av skatter (art. 1 P-1)²² och rättsenlighet, nödvändighet och utmätningsintresse (art. 8 EMK) fogas flera oskrivna avvägningar. Om staten underkänns i de delarna innebär ingreppet en kränkning. Det skall vara det huvudsakliga perspektivet i föreliggande bidrag.

3. Indragning och UB

3.1 Inledning

I det följande behandlas indragningsregeln,²³ dess koppling till SamÅgRL och de två pleniavgörandena NJA 2015 s. 72 och NJA 2007 s. 455. Vissa principiella invändningar riktas mot avgörandena, eftersom indragning är ett

²⁰ Se mer utförligt i Sandstedt, JT 2015–16 s. 845–881 (849 ff.).

²¹ Försäljningen är i enlighet med klagandens yrkande den relevanta handlingen enligt art. 1 P-1 och art. 8 EMK (*Rousk*-målet §§ 93, 109 och 126 respektive §§ 128 och 134). Även om det i bidraget talas om utmätning (som den inledande handlingen), så handlar det först om ett ingrepp när utmätningen leder fram till en försäljning (och kanske först när den blir bestående, exempelvis genom avhysning). Å andra sidan kan det inte uteslutas att EMD i framtiden kan anse en förberedande handling utgöra ett ingrepp.

²² Exekutiv försäljning faller under kontrollregeln oavsett om det handlar om ett skattekrav eller ett privat krav, se *Rousk*-målet § 111 och *Zehentner*-målet § 71.

²³ Huvudfokus ligger som påpekats på UB 8:8 om tillämpligheten och om verkan av samågaravtal. De processuella aspekterna i UB 8:9 är också viktiga och det kommer att framgå nedan i avsnitt 4.4.

statligt tvångsgräpande i någons egendom och därför torde kräva lagstöd.²⁴ Regeln har dock kopplats till SamÄgRL, dvs. en civilrättslig lag, som reglerar *inter partes*-tvister och som är öppen för analogier.

Enligt min uppfattning är det principiellt ”olyckligt” att såväl överföra en samäganderättsanalogi till indragningsregeln och på så sätt tillåta indragning som att införa en utvidgning av indragningsregeln till förmån för borgenären, men samtidigt till nackdel för tredje man, när det trots regelns koppling till SamÄgRL sker i strid med lagtexten i nämnda lag. Det presenterade kan ha EMK-relevans genom kravet på ingreppets rättsenlighet. EMK-aspekterna beaktas först avslutande som en övergång till avsnitt 4.

I tur och ordning behandlas indragningsregelns tillämplighet och kopplingen till SamÄgRL, HD:s pleniavgöranden om kopplingen och slutligen de principiella aspekterna och invändningarna mot den nämnda kopplingen.

3.2 Indragning enligt UB 8:8 och kopplingen till SamÄgRL

Indragningsregeln i UB 8:8 innehåller tre rekvisit: (1) att SamÄgRL är tillämplig, (2) yrkande om indragning från sökanden, gäldenären, eller annan samägare, och (3) att 6–7 §§ SamÄgRL om hinder mot försäljning inte är tillämpliga. De två SamÄgRL-rekvisiten är viktigast, allra främst det om lagens tillämplighet. Det andra rekvisitet förbigås helt.

Indragningsregelns tillämplighet är enligt lagtexten kopplad till SamÄgRL. Enligt den arkaiska och oförändrade enumerationen i 1 § 1 men. SamÄgRL gäller lagen ”samfällt” ägande av fastighet, lösöre (”lös sak”), aktie, obligation, eller skuldebrev.²⁵ Tomträtt behandlas enligt lagens 20 § som fastighet. Däremot nämns av naturliga skäl inte en bostadsrätt i inledningsparagrafens text, men inte heller i 20 §.

Enligt det tredje rekvisitet i UB 8:8 får inget hinder mot försäljning enligt 6–7 §§ SamÄgRL föreligga. SamÄgRL är dispositiv och parterna kan därför utesluta delägarnas rätt att kräva offentlig försäljning av det samägda, se 6 §. I 7 § finns specialregler om fastighet.

I HD:s två pleniomål har båda samäganderättsrekvisiten behandlats, närmare bestämt frågorna (1) om indragning av bostadsrätt kan ske och (2) om ett avtal om att offentlig försäljning inte kan krävas kan hindra indrag-

²⁴ Se även RF 8:2 p. 2. Frågor som rör förhållandet mellan enskilda och det allmänna skall enligt föreskriften ske genom lag om det gäller skyldigheter för den enskilde, eller, som i detta fall, ”avser ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden”. Att en grundlagshänvisning göms i en fotnot är måhända symptomatiskt för vår rättstradition.

²⁵ Om detta, se även Walin, Samäganderätt s. 104 ff.

ning. HD har där frångått sin tidigare rättspraxis. Pleniavgörandena är NJA 2015 s. 72 och NJA 2007 s. 455 och de numera inaktuella domarna är NJA 1995 s. 478 och NJA 1991 s. 597, följaktligen förhållandevis nya domar.²⁶ Domarna illustrerar enligt min uppfattning att kopplingen mellan UB 8:8 och SamÄgRL på detta ställe inledande får beskrivas som allt annat än oproblematiske.²⁷

3.3 HD:s pleniavgöranden om UB 8:8 och kopplingen till SamÄgRL

Det *första rekvisitet* i UB 8:8 rör SamÄgRL:s tillämplighet. Tillämpningsområdet i 1 § (och 20 §) SamÄgRL har formulerats kasuistiskt och är begränsat. I olika situationer har därför frågan ställts om lagen är analogt tillämplig på samägande av andra egendomsslag.²⁸ Om frågan besvaras jakande, vilket har skett, så är den intressanta följdfrågan om det då också innebär att indragningsregeln i UB kan tillämpas (analogt) på sådan egendom. I NJA 1995 s. 478 behandlade HD frågan om indragning av bostadsrätt. Med beaktande av de relevanta analogidiskussionerna i pleniålet NJA 2015 s. 72, kan HD:s uppfattning med stöd i *Flodins* nyaste bidrag presenteras i följande fem led:²⁹

(1) En bostadsrätt omfattas inte av 1 eller 20 §§ SamÄgRL; (2) SamÄgRL är därför inte direkt tillämplig; (3) SamägRL anses i ”sina väsentliga delar” vara

²⁶ Målet NJA 1993 s. 515 skulle också kunna tyckas vara intressant. Där var indragningsobjektet en jordbruksfastighet. Enligt 19 § 2 st. SamÄgRL gäller i detta fall särskilda regler istället för 2–6 §§ SamÄgRL, nämligen lagen (1989:31) om förvaltning av vissa samägda jordbruksfastigheter. Reglerna är enligt 1 § 2 st. tvingande och enligt 13 § kan en samägare begära försäljning av hela fastigheten. Den rätten kan inte uteslutas avtalsvis. I målet gjorde samägarna gällande att SamÄgRL inte var tillämplig och därför inte heller UB 8:8. HD stödde sig på att skälen för att införa indragningsregeln gällde fullt ut i den nu aktuella situationen. HD uttalade vidare att uteslutandet av 2–6 §§ i 19 § 2 st. SamÄgRL därför inte kunde utgöra hinder mot indragning. Även med en formalistisk syn på frågan torde målet gå att försvara. SamÄgRL är som utgångspunkt tillämplig (det första rekvisitet i UB 8:8), däremot inte föreskriften om hinder, den är istället ersatt av en mer indragningsvänlig föreskrift. Hinder mot utmätning enligt 6 § SamÄgRL föreligger följaktligen inte (det tredje rekvisitet i UB 8:8).

²⁷ Kritiken är inledningsvis återhållsam. Den kommer att skärpas under indragningstextens gång och skall inte förstås som velighet eller inkonsekvens.

²⁸ Se Flodin, SvJT 2008 s. 274–291 (279 f.) med vidare hänvisningar.

²⁹ Se Flodin, JT 2015–16 s. 166–175 (173). Se även referatet i dens., SvJT 2008 s. 274–291 (276 ff.) och behandlingen i Gregow, Samägd egendom s. 44 ff. och 196 f.

”analogt tillämplig på bostadsrätt”; (4) UB 8:8 kräver att SamÄgRL är direkt tillämplig; (5) en eventuell tillämpning av UB 8:8 sker analogt.

I 1995 års mål ansåg HD med hänsyn till rådighetsinskränkningarna i 17 § i den dåvarande SamboL (numera 23 § SamboL) att en analog tillämpning i detta fall skulle medföra väsentliga olägenheter. En indragning kom därför inte ifråga – och i slutänden utmättes inte ens gäldenärens andel.³⁰

I NJA 2015 s. 72 var utmätningssubjektet en bostadsrätt och gäldenären hade skulder i både allmänna och enskilda mål. Han ägde 1/3 av den aktuella bostadsrätten, som också var hans hem. Hans mamma ägde de resterande 2/3. HD kom inte endast till resultatet att en indragning kunde ske i detta fall, utan uttalade även att rättsgrundsatsen i NJA 1995 s. 478 skulle frångås. Det fanns enligt HD inte längre ”några särskilda skäl att ta undan just bostadsrätter från tillämpningen av indragningsregeln” och inte heller ”något utrymme för att göra skillnad mellan fall då bostadsrätten ägs av makar eller sambor och andra fall av samägande.”³¹

HD:s behandling av *analogifrågan är viktig* i detta sammanhang. Majoritetens i målet (tolv JustR) uttalade sig inte tydligt i frågan huruvida UB 8:8 tillämpades analogt eller inte.³² Den första minoriteten, *Lindskog, Linde-*

³⁰ NJA 1995 s. 478 (484): ”Eftersom således i förevarande fall inte hela bostadsrätten kan säljas exekutivt får [gäldenärens] andel i denna anses ha så begränsat ekonomiskt värde att utmätning av andel inte bör få ske.” Just detta torde knappast vara aktuellt idag med tanke på prisutvecklingen för bostäder. Se även Flodin, SvJT 2008 s. 274–291 (288) som anförde detsamma för några år sedan.

³¹ NJA 2015 s. 72 (78 p. 13–14). Ang. tolkningarna av vidden av NJA 1995 s. 478, se bl.a. Flodin, JT 2015–16 s. 166–175 (172 ff.) med vidare hänvisningar.

³² I litteraturen lyfter Flodin, JT 2015–16 s. 166–175 (174) fram HD:s ”genom vad som bedömdes utgöra en analogi”-uttalande. Han anför även att majoriteten undvek att ta ställning i analogifrågan och lite längre ner att den inte besvarades av majoriteten. JustR Edlund tycks för sin del anse frågan sakna betydelse, se NJA 2015 s. 72 (80 p. 2). Ett försök till svar angående majoritetens uppfattning från min sida tar ett par rader i anspråk. Majoriteten ville för sin del basera lösningen på ”principiella ställningstaganden om indragningsregelns *utformning, syfte och funktion*” [domen p. 9; min kurs.]. Syftena var undvikande av underprisförsäljning och den processekonomiska vinsten (domen p. 10–11). Majoriteten konstaterade att lagstiftaren hade ”samordnat indragningsregeln med [SamÄgRL]” (domen p. 11), att bestämmelsen utformats så att den ”direkt anknyter till de angivna delarna av [SamÄgRL]”, att ”förutsättningarna för indragning [inte heller] skulle vara snävare än vid tillämpning av [SamÄgRL]”, att uppräkningsdelen i 1 § SamÄgRL ”inte är uttömmande” (domen p. 12). Starka sakliga och systematiska skäl talade därför för att ”indragningsregeln bör ges samma tillämpningsområde som [SamÄgRL:s] bestämmelser” och att det inte bör ”ha någon betydelse att dessa delar av [SamÄgRL] på analog grund har kommit att omfatta ytterligare kategorier av egendom. Det tydligaste svaret,

blad och *Nyström*, var desto tydligare; indragningsregeln tillämpades direkt (oavsett om tillämpningen av SamÄgRL skedde analogt). Minoriteten uttalade dessutom att en analog tillämpning inte kunde komma ifråga. HD:s uttalanden i 1995 års mål ifrågasattes följaktligen uttryckligen.³³ Den andra minoriteten, *Mattsson*, tycks ha ansett att det handlade om en analog tillämpning och han var den ende som ansåg att det saknades grund att frångå rättsgrundsatsen i 1995 års mål. Eftersom inga äktenskaps- eller samborättsliga rådighetsinskränkningar gjorde sig gällande i detta fall var han enig med övriga JustR i den konkreta saken; indragning kunde följaktligen ske.³⁴

Det *tredje rekvisitet* i UB 8:8 handlar om 6 § SamÄgRL och möjligheten att avtalsvis utesluta en enskild samägars rätt att kräva offentlig försäljning, vilket då utgör *hinder* mot indragning. Mot det just anförda har *Gregow* nyligen gjort gällande att hänvisningen i UB 8:8 till 6 § SamÄgRL endast ”åsyftar vad den bestämmelsen innehåller om synnerliga skäl för *anstånd*” [min kurs.].³⁵

*Gregow*s motivering skall förstås i kontrast till NJA 1991 s. 597. Där hade HD anført att hänvisningen i UB 8:8 gällde hinder mot försäljningen, att något undantag inte hade gjorts ”för det fallet att försäljning begärts av utmätnings sökanden” och att med hänsyn till utformningen av UB:s bestämmelse ”även en sådan försäljning hindras av ett mellan delägarna träffat avtal om att försäljning av hela egendomen på offentlig auktion för deras gemensamma räkning inte får ske”.³⁶ *Gregow*s motivering är kortfattad och konstaterande: ”Att utmätnings sökanden är behörig att begära att hela egendomen ska säljas anges i 8 kap. 8 § UB och det har inte funnits anledning att nämna det fallet även i föreskriften om hinder mot beslut om försäljning av hela egendomen.”³⁷

om man nu kan avkräva HD:s majoritet ett svar, återfinns troligtvis i domens p. 14 och omnämmandet av likheten mellan fast egendom och bostadsrätt. Likheten är ”motivet för att samägandet vid båda egendomsslagen ska kunna upplösas enligt 6 § [SamÄgRL], *direkt eller analogt tillämpad*” [min kurs.]. Bestämmelsen är direkt tillämplig på fast egendom och enligt majoriteten då *analogt tillämplig på bostadsrätt*. Det hela kunde ha sagts tydligare och det är förståeligt att man kan anföra att majoriteten undvek frågan. Samtidigt kan denna tolkning bidra till att förklara den första minoritetens uttalanden. Men i sig är det 6 § SamÄgRL majoriteten uttalar sig om – och sedan görs en hänvisning till domen p. 6 om 1995 års mål.

³³ NJA 2015 s. 72 (79).

³⁴ NJA 2015 s. 72 (79 f.).

³⁵ *Gregow*, Samägd egendom s. 195.

³⁶ NJA 1991 s. 597 (599).

³⁷ *Gregow*, Samägd egendom s. 195.

Hans tolkning torde vara unik. Språkligt och lagtekniskt gör han gällande att hänvisningen om ”hinder” i UB 8:8 endast gäller regeln om ”anstånd” i 6 § SamÄgRL. Uttalandet skaver språkligt, utan att man för den sakens skull behöver vara begreppsjurisprudent. Hans tolkning är dock inte lexikalisk, utan stöds på tanken att eftersom utmätningssökanden nämns i UB 8:8 1 st. 1 men., så påverkar omnämmandet hänvisningen i UB 8:8 1 st. 3 men. Men redan enligt UB tycks hinder och anstånd vara två skilda företeelser. Hinder är något som enligt lagtexten ”möter”.³⁸ Inte sällan är det av formell natur och beaktas *ex officio*, medan anstånd är något som söks och kan ”beviljas” och närmast är att se som ett uppskov.³⁹ Hans tolkning kan redan därför tyckas sakna stöd. Enligt min uppfattning är det mer närliggande att anta att om lagstiftaren hade åsyftat anstånd, så hade lagstiftaren skrivit det.

Vidare måste det påpekas att *Gregow* själv tidigare har konstaterat att den nu aktuella frågan inte diskuterades i propositionen eller av Lagrådet, men däremot av departementschefen, som anförde att ett samägaravtal verkade som hinder mot indragning; Lagrådet hade inga invändningar mot uttalandet.⁴⁰ Och om NJA 1991 s. 597 uttalade han då att HD:s dom ”grundades på en något formell tolkning av hänvisningen i 8 kap. 8 § UB till 6 § samägenderättslagen.”⁴¹ År 2016 har motiveringen i 1991 års mål blivit ”svärbegriplig”.⁴²

Något stöd för sin tolkning finner *Gregow* enligt min uppfattning varken språkligt, lagtekniskt, i förarbetena eller i HD:s tidigare dom.⁴³ Jag delar inte hans inskränkande tolkning.

Den rättsliga betydelsen i indragningsfallet har prövats i HD, först i nämnda NJA 1991 s. 597 och sedan i plenum i NJA 2007 s. 455.⁴⁴ I 1991 års mål hade HD hållit fast vid kopplingen mellan lagarna och dessutom hållit fast vid SamÄgRL:s lagtext.⁴⁵ Indragning hade därför inte kommit ifråga.

³⁸ Se t.ex. UB 8:3 1 st., 8:19, 10:3 och 12:11.

³⁹ Se t.ex. UB 8:3 2 st., 8:5 2 st., 9:5, 12:64 2 st., 16:4, 16:8 2 st., 16:12 a.

⁴⁰ *Gregow*, JT 2007–08 s. 443–451 (444).

⁴¹ *Gregow*, JT 2007–08 s. 443–451 (445).

⁴² *Gregow*, Samägd egendom s. 195.

⁴³ Däremot torde tolkningen vara processekonomisk med HD-bilden av rättsläget. Om de processekonomiska aspekterna, se ovan i avsnitt 2.2. och strax nedan i detta avsnitt. Notvis kan det påpekas att *Gregow*s lösning till resultatet överensstämmer med NJA 2007 s. 455, men att hans väg dit är en annan.

⁴⁴ Se även *Gregow*, JT 2007–08 s. 443–451. Reglernas bakgrund och båda målen behandlas där.

⁴⁵ *Gregow*, JT 2007–08 s. 443–451 (445) talar som nämnts om en ”något formell tolkning av hänvisningen” i UB 8:8 till 6 § SamÄgRL. Se även dens., Samägd egendom s. 194 f.

I NJA 2007 s. 455 hade gäldenären B tillsammans med sin make ägt en fastighet. Den 13 september 2005 utmättes hennes andel i fastigheten för skulder till staten; den 5 december 2005 utmättes den för privata skulder och samma dag hade B och maken ingått ett avtal enligt vilket SamÄgRL inte gällde och offentlig försäljning följaktligen inte skulle kunna ske på begäran av en samägare. Det är inte orimligt att anta att avtalet ingicks för att freda andelarna mot utmätning. Underinstanserna underkände avtalet med stöd i förfogandeförbudet i UB 4:29 (och även HD:s minoritet ville ansluta sig till den lösningen). HD:s majoritet gick dock längre och fattade beslut i enlighet med RevSekt:s betänkande. Konkluderande uttalade RevSekt följande⁴⁶:

”När den utmätta samägenderättsandelen förvärvats mot vederlag, skall ett avtal om förbud mot offentlig försäljning inte hindra att hela egendomen säljs på yrkande av en utmätningssökande.”

HD skiljer följaktligen på benefika och onerösa förvärv. I sistnämnda fall kan ett samägenderättsavtal inte ges verkningar mot en indragningssökande borgenär.⁴⁷ Lösningen ansluter till vad som antas gälla sakrättsligt.

Vad finns då mer att säga om de två pleniavgörandena? Det kan tänkas att HD genom NJA 2015 s. 72 har funnit en lösning som motverkar underprisförsäljning och det är troligt att den är processekonomiskt effektiv. Dessutom torde många jurister ha sett en praktisk och värderingsmässig motsättning i att en andel i en fastighet ofta kan dras in (7 § SamÄgRL utgör ett undantag), men däremot inte en andel i en bostadsrätt, särskilt om argumentationen för en sådan lösning endast stöds på en gammal lagtext; fastigheten nämns nämligen i 1 § SamÄgRL, bostadsrätten däremot inte. Att upprätthålla skillnaden av en sådan grund skulle troligtvis uppfattas som strikt formalism. HD:s nu valda lösning framstår med en sådan syn som förnuftig och väl avvägd.⁴⁸ På liknande sätt förhåller det sig med NJA 2007 s. 455. Skall ett samägaravtal ges en effekt som närapå kan beskrivas som sakrättslig? Att som i detta fall

⁴⁶ NJA 2007 s. 455 (460).

⁴⁷ Temat problematiseras i Gregow, JT 2007–08 s. 443–451 (449 f.). Se även dens., Samägd egendom s. 195 f. Ett benefikt förvärv kan ske genom avtal – *gåvoavtalet* beskrivs inte sällan som ett realavtal – och det är möjligt att samägaravtalet ingås med gåvogivaren inblandad eller endast mellan gåvotagarna (kanske som villkor av gåvogivaren), men man kan även tänka sig att gåvogivaren endast ger bort en andel och ingår ett samägaravtal med gåvotagaren och på så sätt skyddar sig mot indragning genom gåvotagarens borgenärer.

⁴⁸ Se även följande uttalande i NJA 1995 s. 478 (483): ”Som förmögenhetstillgång är bostadsrätten [...] nära besläktad med äganderätten till en fastighet, som uttryckligen omfattas av samägenderättslagen.”

frånkänna avtalet en sådan verkan innebär dessutom att domstolarna slipper befatta sig med frågan om s.k. betingelsers verkan mot en (exekutiv) förvärvare. Och dessutom torde även den här lösningen vara effektiv ur ett processekonomiskt perspektiv.

Samtidigt är det svårt att komma ifrån tanken att kopplingen mellan UB 8:8 och SamÄgRL är allt annat än lyckad. Ur ett praktiskt perspektiv illustreras detta även av att kopplingen mellan lagarna har behandlats i två plenum. HD:s nya lösningar är komplicerade ur ett mer principiellt perspektiv, också om man begränsar sig till ett rent nationellt perspektiv.

3.4 De principiella aspekterna och den allt annat än lyckade kopplingen mellan UB 8:8 och SamÄgRL

Ett tvångsingripande i någons egendom från statens sida är allvarligt och, kan man tycka, borde kräva lagstöd.⁴⁹ Det är en principiellt viktig rättsstatlig aspekt, som också får viss uppmärksamhet av HD, om än i mer vaga ordalag, t.ex. i NJA 1995 s. 478. Där talade HD om ”karaktären av UB:s regelsystem” och att ”viss försiktighet måste iaktas innan man ger de utsökningsrättsliga reglerna en vidare innebörd än som följer av deras ordalydelse.” Trots det sagda uteslöt HD ändå inte att en analog tillämpning kunde komma ifråga.

I NJA 2015 s. 72 hittar man uttalanden om sådana rättsstatligt principiella aspekter hos minoriteterna, medan däremot majoriteten trots otydligheten tycks ha stannat för en analogi.⁵⁰ *Lindskog*, *Lindeblad* och *Nyström* uttalade avslutande att ”ianspråktagande av tredje mans egendom genom utmätning måste förutsätta klart lagstöd.”⁵¹ Uttalandet är konstaterande. *Mattsson* var däremot tydligare⁵²:

”Utgångspunkten måste vara att bestämmelserna i utsökningsbalken ska tillämpas strikt. Balken ger de lagliga förutsättningarna för när staten genom tvång får genomföra offentligrättsliga och privaträttsliga anspråk, och indragningsregeln innebär dessutom att tvånget kan komma till användning inte mot den förpliktade utan mot en utomstående.”

⁴⁹ Här påminns återigen om RF 8:2 p. 2, vars innehåll presenterades notvis ovan i avsnitt 3.1.

⁵⁰ Se notvis ovan i avsnitt 3.3.

⁵¹ NJA 2015 s. 72 (79).

⁵² NJA 2015 s. 72 (80). Uttalandet är kopplat till behandlingen av NJA 1995 s. 478.

Mattsson nämner den viktiga aspekten, som också förklarar den större minoritetens uttalande. UB anger de lagliga förutsättningarna för utövande av statligt tvång för att driva in anspråk, såväl offentligrättsliga som privaträttsliga. I indragningsfallet utövas tvånget dessutom mot utomstående tredje män, nämligen gäldenärens samägare. Det är värt att notera dessa uttalanden; de blir relevanta när EMK-aspekterna skall beaktas i indragningssammanhanget.⁵³

Också NJA 2007 s. 455 är intressant ur det mer principiella perspektivet. HD:s lösning är en lösning *contra legem*. Det statliga tvångsingreppet skedde följaktligen i strid med uttrycklig lag. Distinktionen onerös-benefik stämmer visserligen med förfogandeförbuds tredjemansverkan vid gåva o.dyl., se UB 5:5, men det är något HD inför även i detta fall, trots att 6 § SamÄgRL inte gör en sådan åtskillnad; SamÄgRL reglerar som bekant förhållandet mellan civilrättsliga samägare. HD:s *contra legem*-lösning tycks ha passerat närmast obemärkt, däremot inte de sakrättsliga aspekterna.⁵⁴

I tillägg kommer pleniiaspekten. Hela HD har följaktligen tänkt efter ytterligare en gång. Det torde inte höra till vanligheten att HD frångår rättsgrundsatsen i ett förhållandevis nytt mål. Här har det i vår närtid skett två gånger – och dessutom i två skilda frågor rörande just kopplingen mellan indragningsregeln och SamÄgRL. Enligt min uppfattning illustrerar detta som bekant att UB:s koppling till SamÄgRL är allt annat än lyckad.

Indragningsregeln, som reglerar utövandet av offentligt tvång mot annan än gäldenären, har kopplats till en civilrättslig lag, som reglerar samägares *inter partes*-förhållande. Den skillnaden är intressant i sammanhanget, särskilt med tanke på den högaktuella frågan om möjligheten till analogier. Det kan vara en sak att SamÄgRL:s tillämpningsområde utvidgas genom en analogi och lagen får fungera konfliktlösande på ett annars oreglerat samägarförhållande, men en helt annan sak att en sådan utvidgning avseende ett civilrättsligt partsförhållande helt plötsligt också skall leda till att den samägda egendomen blir tillgänglig för indragning och exekutiv försäljning.⁵⁵ Analogier är ofta acceptabla och t.o.m. ett vanligt redskap i ett

⁵³ Med undantag för art. 1 P-1-omnämmandet är detta inget som problematiseras i Flodins två bidrag.

⁵⁴ Som påpekats framgår detta redan av titeln i Gregöws bidrag i JT 2007–08 s. 443–451 och behandlingen av pleniavgörandena i kapitel 13 om ”Sakrättsliga frågor” i boken Samägd egendom. Jag är enig i den sakrättsliga bedömningen. Det jag är oenig i är det sakrättsliga perspektivet.

⁵⁵ Enligt Walin, Samägenderätt s. 109 är det ”*behovet av konfliktlösning*” som skall vara sty-

civilrättsligt sammanhang. Däremot är analogier i högsta grad tveksamma i det offentlighetsrättsliga tvångssammanhanget.

Samtidigt skulle en offentlighetsrättslig formalism kopplad till den mer analogivänliga civilrätten kunna få oönskade konsekvenser. Och konsekvenserna kan man antingen bemöta formalistiskt eller pragmatiskt. Ur ett formalistiskt perspektiv kan man se dessa konsekvenser som ett otillåtet kringgående av skyddet för samägaren genom kravet på lagstöd, eller så kan man ur ett mer pragmatiskt perspektiv anse att de just talar emot en offentlighetsrättslig formalism. Om nämligen indragning inte får ske (p.g.a. att SamÄgRL inte är tillämplig), så kan den exekutive förvärvaren i nästa steg begära offentlig försäljning med stöd i en möjlig analogi till 6 § SamÄgRL.⁵⁶ Då leder formalismen i båda fallen endast till en möjlig underprisförsäljning, som sedan följs av ytterligare en försäljning, och det är i sin tur inte processekonomiskt. Den nu presenterade kopplingen blir motsägelsefull och valet har hittills varit pragmatiskt; analogin har inte endast trumfat formalismen, utan snarare osynliggjort den.

Det nu anförda rör än så länge endast anmärkningarna mot indragningsregeln som sådan. I tillägg är det värt att notera att indragningen rör egendom och att indragningen då har tydliga kopplingar till art. 1 P-1 och att indragningen i de fallen den avser någons hem även får oomstridda kopplingar till art. 8 EMK. Kanske borde inte ens den ideella andelen få utmätas. Det temat har nämnts i litteraturen, men då ur ett mer indragningsvänligt perspektiv, nämligen som frågan om gäldenären skall kunna undvika indragning genom att överlåta en liten andel.⁵⁷ Men man skulle å andra sidan också kunna tänka sig att utmätningsgäldenären endast äger en mindre andel. I svensk rätt tycks ingenting stå i vägen, utom en invändning om synnerliga skäl enligt 6 § SamÄgRL, men den leder endast till anstånd med försäljningen.⁵⁸

rande för tolkningen av SamÄgRL och avgör då om lagen skall tillämpas utvidgande eller inte. HD har tagit intryck av detta i NJA 2006 s. 678 (681). Det uppmärksammas även i Flodin, SvJT 2008 s. 274–291 (280).

⁵⁶ Att ett avtal, som förhindrar offentlig försäljning, skall ha verkan mot en exekutiv förvärvare är ytterst tveksamt, se även NJA 2007 s. 455 (459) med hänvisning till Hessler, Henrik, Allmän sakrätt: om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer, Stockholm 1973 s. 459 ff., Forssell, Hans, Tredjemansskyddets gränser: en studie av principen ”köp bryter lega” och indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter, Stockholm 1976 s. 195, 210 f. och 216 f., Rodhe, Knut, Handbok i sakrätt, 2. tr., Stockholm 1985 s. 606 ff.

⁵⁷ Flodin, SvJT 2008 s. 274–291 (289) använder sig av det exemplet.

⁵⁸ Se även Gregow, Utsökningsrätt⁴ s. 229.

4. Indragning och EMK

4.1 Inledning

I detta avsnitt står slutligen EMK-perspektivet i centrum. Enligt min uppfattning är EMK-aspekterna och de två artiklarna om rätt till skydd för hemmet och äganderättsskyddet relevanta och bestämmande i en betydligt högre grad än som framgår av både NJA 2013 s. 1241 och NJA 2015 s. 72, HD:s två avgöranden efter *Rousk*-målet.⁵⁹

Texten inleds med en extremt kortfattad presentation, som skall förtydliga vilka rättsliga krav, bedömningar och avvägningar som är relevanta enligt de två artiklarna. I den efterföljande texten behandlas indragningsaspekterna i två delar: först med hänsyn till pleniavgörandena och de presenterade principiella invändningarna och därefter med en vidare blick på indragningen som sådan. Ur EMK-perspektivet handlar det i den första delen om EMK:s rättsenlighetskrav och i den andra delen om en generell blick på indragningen genom de två artiklarna och EMD:s utmätningssavgöranden, dvs. *Rousk*- och *Zehentner*-målen.

4.2 En kort presentation av de två artiklarna

De rättsliga grunderna enligt art. 8 EMK och art. 1 P-1 har nämnts inledningsvis.⁶⁰ Den rättsliga utgångspunkten enligt art. 8 (1) EMK är att var och en har rätt till skydd för bl.a. hemmet. Hemrekvisitet torde vara oproblematiskt här och behöver inte fördjupas. Enligt art. 8 (2) kan ett ingrepp vara tillåtet om det (1) är *rättsenligt*, (2) *nödvändigt* i ett demokratiskt samhälle och (3) nödvändigheten kan kopplas till vissa angivna *intressen*. En utmätning med efterföljande försäljning och avhysning utgör ett ingrepp i rätten till skydd för hemmet.⁶¹ En andel i ett förmögenhetsvärde utgör egendom enligt art. 1 P-1 och ett tvångsberövande utgör ett ingrepp.⁶² Ingreppet måste vara

⁵⁹ I 2013 års avgörande har art. 8 EMK blivit en andrarangsbestämmelse, som kan beaktas inom ramen för UB 4:3 2 st., men däremot inte vid tillämpningen av UB 4:3 1 st., och i 2015 års mål har EMK-aspekterna närmast förpassats till läktarplats.

⁶⁰ Se ovan i avsnitt 2.3. De får en utförlig behandling i Sandstedt, ERT 2016 s. 596–634.

⁶¹ *Rousk*-målet § 134; *Zehentner*-målet § 54.

⁶² Det bedöms troligvis enligt den s.k. kontrollregeln, se *Zehentner*-målet § 71 och *Rousk*-målet § 111.

rättsenligt⁶³ och i det *allmännas intresse*⁶⁴ alternativt för att *säkerställa betalning av skatter* – och därtill *proportionerligt*. Även om den enskilde får betalt, föreligger ett ingrepp enligt båda artiklarna – och en kränkning av dem kan föreligga oberoende av om utmätningen sker för statliga eller privata krav.⁶⁵

Indragningen är kopplad till den initiala utmätningen och leder till samma resultat som utmätningen. Därför torde också en indragning utgöra ett ingrepp enligt båda artiklarna. Den måste bedömas självständigt och följer följaktligen inte automatiskt bedömningen av utmätningen i förhållande till gäldenären.

De två artiklarnas mer abstrakta och svårfångade avvägningar – nödvändighet, ”margin of appreciation” (bedömningsmarginal), proportionalitet – skall inte fördjupas här, men däremot skall ett par mer konkreta aspekter kort nämnas för att visa skildringens EMK-relevans. I *Rousk*-målet handlar det bl.a. om uttalandena om hur EMD ser på (1) en förlust av hemmet, (2) beslutsvägen och (3) indrivning av skatteskulder. En *förlust av hemmet* utgör den mest extrema formen av ingrepp i rätten till respekt för hemmet och proportionalitetsbedömningen skall därför i princip överlämnas till ett utomstående självständigt organ.⁶⁶ *Beslutsvägen* måste ha varit rättvis, vilket kräver att det finns processuella rättssäkerhetsgarantier.⁶⁷ EMD godtog att det ibland kan vara nödvändigt att utmäta och sälja egendom, även en persons hem, för att säkerställa betalningen av förfallna *skatter*, men EMD underströk att det måste genomföras på ett sätt som säkerställer att den enskildes rätt till hemmet beaktas och skyddas i tillräckligt hög grad.⁶⁸

⁶³ Rättsenligheten brukar vara oproblematiske för staten, åtminstone i det avseendet att en kränkning knappast anses föreligga med stöd i att ingreppet inte var rättsenligt. I *Allard v. Sweden* (Application no. 35179/97), dom av den 24.6.2003, som behandlas strax nedan, uttalade EMD följande i § 53: ”The Court, noting that its power to review compliance with domestic law is limited [...], is thus satisfied that the measures taken were in accordance with domestic law.” Ett underkännande kan åtminstone ske i klara fall, se från senare tid t.ex. *Khalikova v. Azerbaijan* (Application no. 42883/11), dom av den 22.10.2015 § 128. Se även nästa avsnitt.

⁶⁴ EMD lägger sig sällan i statens bedömning i den frågan.

⁶⁵ *Rousk*-målet gällde skattekrav och *Zehentner*-målet oprioriterade privata krav. Både ursprungligen vertikala och horisontella tvister omfattas följaktligen.

⁶⁶ *Zehentner*-målet § 59; *Rousk*-målet § 137.

⁶⁷ *Zehentner*-målet §§ 58 och 60; *Rousk*-målet § 137. De processuella rättssäkerhetsgarantierna var också centrala i båda målen, se *Zehentner*-målet §§ 60–65 och *Rousk*-målet §§ 138 och 142.

⁶⁸ *Rousk*-målet § 138.

Av *Zehentner*-målet framgår bl.a. EMD:s skepsis mot att en summariskt fastställd betalningsorder kan leda till försäljningen av gäldenärens hem, dessutom med tillägget att det handlade om en jämförelsevis liten summa⁶⁹ – och i domens art. 1 P-1-del kompletterades det med uttalandet om att försäljningsobjektet var fast egendom av stort värde.⁷⁰

Dessutom är *utmättningsintresset* – i detta fall snarare *indragningsintresset* – enligt art. 8 (2) EMK viktigt, även om dessa frågor inte var aktuella i *Rousk*- eller *Zehentner*-målet.⁷¹ Intressena kan ha olika vikt – alternativt påverka hur stor bedömningsmarginalen är. Ett ingrepp kan vara tillåtet för ett intresse, men innebära en kränkning om det görs för ett annat intresse;⁷² intressena kan behandlas olika också i de fall de faller inom samma intressekategori enligt art. 8 (2) EMK och vikten kan dessutom variera för samma intresse beroende på kontexten. Skatteskulder faller under ”landets ekonomiska välstånd”, privata krav och beaktandet av en eventuell exekutivköpare under ”andra personers fri- och rättigheter”⁷³ – och en borgenär med säkerhet i egendomen torde omfattas av art. 1 P-1.⁷⁴ Bedömningen kan alltså utfalla olika för statliga och för privata krav – och dessutom kan den utfalla olika för olika statliga eller privata krav. Det sagda talar för en intressestrappa också för

⁶⁹ *Zehentner*-målet § 61.

⁷⁰ *Zehentner*-målet § 76. Fastigheten, ”real estate” med EMD:s ord, var en våning, så uttalandet utesluter nog inte bostadsrätter. Att på språklig grund anta det skulle nog kunna ses som begreppsjurisprudens. Försäljningssumman i målet var 59 000 euro.

⁷¹ I båda målen fanns de avgörande faktorerna och relevanta intressena på klagandens sida. Andra intressen nämns huvudsakligen i konklusionen i *Rousk*-målet § 142 respektive *Zehentner*-målet § 65.

⁷² Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, *Law of the European Convention*³ s. 510: ”Identification of the aim will be of importance, because an interference which might be appropriate to one aim will not necessarily be appropriate to another.” Uttalandet bekräftas även av Petursson, *The Proportionality Principle* s. 180 f. med vidare hänvisning till Mahoney.

⁷³ Det framgår av både *Zehentner*-målet § 55 och *Rousk*-målet § 135.

⁷⁴ Den prioriterade borgenärens panträtt är sakrättsligt skyddad och torde därför också anses vara ”property” enligt nationell rätt och redan i och med den nationella kvalifikationen omfattad av art. 1 P-1, se t.ex. Allen, *Property* s. 41 och Sandstedt, *Sakrätten, Norden och europeiseringen* s. 297. Att den prioriterade borgenären omfattas av artikeln uttalas även av Nield/Hopkins, *Legal Studies* 2013 s. 431–454 (445) med vidare hänvisning till *Wood v. the United Kingdom* (Application no. 32540/96), beslut av den dåvarande kommissionen den 2.7.1997. Också Allen, a.a. s. 241, uttalar sig i samma riktning med hänvisning till samma kommissionsbeslut. Stödet är inte tydligt i det aktuella beslutet. Se även Nield, *King’s Law Journal* 2013 s. 147–171 (158).

utmätningen och indragningen.⁷⁵ I art. 1 (2) P-1 nämns skatteindrivningen särskilt, vilket innebär att bedömningen kan utfalla olika beroende på vilken artikel som är tillämplig.

4.3 Indragning och rättssenlighet

Detta avsnitt har en tydlig koppling till de principiella invändningarna mot HD:s pleniavgöranden ovan. Här står rättssenligheten i centrum och skildringen har huvudfokus på äganderättsskyddet i art. 1 P-1, men torde gälla på motsvarande sätt för skyddet för hemmet i art. 8 EMK. Rättssenligheten är som påpekats mestadels oproblematiske. De presenterade nyckelorden är ”identifiability, accessibility, and foreseeability”.⁷⁶ I indragningsfallet är det värt att reflektera över rättssenligheten, trots att HD-majoriteten själv inte ansåg lösningen vara oförutsebar.⁷⁷ SamÄgRL och rättssenligheten har varit under EMD:s lupp i en tidigare fällande dom mot Sverige, nämligen i *Allard*-målet.⁷⁸

Tvisten i *Allard*-målet var ursprungligen horisontell och stod mellan arvingar. De var samägare av två fastigheter och utan de andras tillåtelse hade den senare klaganden låtit bygga ett hus på en av fastigheterna. De andra samägarna yrkade att huset skulle rivas och deras talan gillades också. Samtidigt pågick ett fastighets-

⁷⁵ Detta behandlas mer utförligt i Sandstedt, JT 2015–16 s. 845–881 (872 och 879) och dens., ERT 2016 s. 596–634 (612 och 632) och blir även aktuellt nedan i avsnitt 4.4. Det är en tydlig kontrast mot den huvudsakliga likbehandlingen i svensk rätt. Överst i intressetrappan befinner sig krav med sakrättsligt skydd i bostaden som säkerhet för att förvärva densamma, därefter andra säkerheter i fastigheten, t.ex. med bostaden som säkerhet för förvärv av något annat (se även EU-domstolens dom i mål C-34/13 *Kušionová*, dom av den 10.9.2014), efter det osäkrade privata krav och längst ner statliga krav. För sistnämnda mångfacetterade kategori kan säkerligen också en gradering ske. Skattekrav torde dock hamna tämligen långt ner. Överst befinner sig följaktligen art. 1 P-1-krav. Under det frågor som kan subnumereras under ”andra personers fri- och rättigheter” och ett trappsteg ner skattekraven som hör hemma under ”landets ekonomiska välstånd”.

⁷⁶ Rainey/Wicks/Ovey, *The European Convention*⁶ s. 310 ff., citatet från s. 312. Se även Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, *Law of the European Convention*³ s. 506 ff. och Schabas, *The European Convention* s. 402 ff. Uttalandena är givna i art. 8-sammanhanget. Avseende art. 1 P-1 använder Harris et al., a.a. s. 878 orden ”accessible, precise, and foreseeable”. Någon skillnad torde inte föreligga.

⁷⁷ NJA 2015 s. 72 (78 p. 13): ”En sådan rättsutveckling måste kunna beaktas också enligt indragningsregeln med dess hänvisning till samäganderättslagen utan att uppfattas som en svårförutsebar utvidgning av de utsökningsrättsliga reglerna (jfr NJA 1995 s. 478).”

⁷⁸ Målet har kommenterats i Åhman, Karin, Europakonventionen, äganderätten, och Sverige – två nya rättsfall, ERT 2004 s. 265–273. Se även Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen, bl.a. s. 286.

bildningsmål om klyvning av fastigheterna. När sistnämnda mål väl avgjordes var huset rivet och klaganden tillskiftades lotten där huset hade stått – och hon erhöll även byggnadstillstånd.

Inför EMD gjorde hon bl.a. gällande att rivningsdomen inte var rättsenlig, eftersom uttryckligt lagstöd för rivning saknades i SamÄgRL. De andra samägarna hade endast kunnat yrka på offentlig försäljning av det samägda enligt 6 § SamÄgRL. EMD ansåg dock att rivningen hade stöd i principen bakom förfogandeförbudsregeln i 2 § SamÄgRL (och i 5 § 2 st. lag (1989:31) om förvaltning av vissa samägda jordbruksfastigheter) och att rivningen var den yttersta konsekvensen av tillämpningen av principen – och att det främjade det allmännas intresse av en fungerande samäganderätt.⁷⁹ Det kan nämnas att inom ramen för proportionalitetsbedömningen ansåg EMD att i det konkreta fallet väjde de andra samägarnas intresse av att få huset rivet inte tungt. Sverige fälldes för att ha kränkt art. 1 P-1. Tillämpningen, dvs. den dåliga samordningen av de två målen, var utslagsgivande.

I *Allard*-målet ansåg EMD att rivningen, trots avsaknad av tydligt lagstöd, hade sitt stöd i principen bakom förfogandeförbudsregeln i 2 § SamÄgRL.

I de nu aktuella fallen (dvs. de två pleniavgörandena) förhåller det sig en aning annorlunda. För *det första* måste man fråga vilken eller vilka principer pleniavgörandena vilar på. I analogifallet handlar det om likheten med fastighetsfallet och behovet av en konfliktlösningsmekanism. I det andra fallet blir principen vagare, eftersom tolkningen kopplas till vad som gäller sakrättsligt; som bekant är rättsläget enligt minoriteten i NJA 2007 s. 455 oklart i den frågan⁸⁰ – och det kan i sig försvaga stödet för principen.

För *det andra* handlade *Allard*-målet om en renodlad samäganderättstvist. I pleniavgörandena handlar det inte om det vanliga samäganderättssfallets *inter partes*-kåbell, utan om en koppling av UB:s utövande av offentligt tvång till SamÄgRL; i det första fallet är det kopplat till en analog tillämpning av SamÄgRL på bostadsrätter, vilket i ett *inter partes*-perspektiv torde vara oproblemiskt, och i det andra fallet sker det genom en *contra legem*-tolkning av 6 § SamÄgRL. Indragningsregelns koppling till SamÄgRL blir en fråga i sig och kanske även frågan om tillämpningen sker analogt eller direkt. HD-majoriteten tycks i all otydlighet ha valt analogilösningen.⁸¹

⁷⁹ *Allard*-målet § 52.

⁸⁰ NJA 2007 s. 455 (460): ”Den rättsvetenskapliga diskussionen om den sakrättsliga betydelsen av s.k. betingelser eller belastningar har lämnat frågan öppen. Frågan har inte heller besvarats i rättspraxis.”

⁸¹ Se notvis ovan i avsnitt 3.3.

För det tredje kunde klaganden i *Allard*-målet åtminstone klandras för att ha gjort något fel genom att låta bygga huset. I pleniavgörandena och i andra indragningsituationer drabbas typiskt sett en helt utomstående person utan egen förskyllan av utmätningen mot (eller konkurs hos)⁸² en samägare.

Avslutande kan det konstateras att det föreligger flera skillnader mellan EMD:s bedömning av SamÄgRL och rättsenligheten i *Allard*-målet och indragningsfallet. Kanske skulle EMD se noggrannare på rättsenligheten i ett indragningsfall. En relevant tilläggsaspekt är följande uttalande i *Harris et al.*⁸³:

”Uncertainty in the law that is not sufficient to offend the lawfulness principle may be relevant in determining whether the fair balance has been upset”.

Det är följaktligen möjligt att rättsenlighetsrekvisitet kan anses vara uppfyllt, men att osäkerheten påverkar EMD:s senare avvägning och frågan om ”fair balance” i art. 1 P-1-sammanhanget. Det torde på motsvarande sätt också kunna påverka bedömningen i art. 8-fallet.

4.4 Indragning och de två artiklarna

Indragningsfrågan behandlades inte i de två målen från EMD, men följande text bygger på antagandet att den inte är en *sui generis*-fråga, utan enligt EMD:s syn också skulle kopplas till utmätningen med efterföljande försäljning och eventuell avhysning. Grunden till antagandet är att indragningen genom UB 8:8 är kopplad till den initiala utmätningen och i slutänden leder till samma resultat som utmätningen.⁸⁴ I och med att utmätningen med efterföljande försäljning och avhysning har ansetts kunna kränka båda artiklarna, torde detsamma kunna gälla för indragningen, vilken då också som sådan utgör ett ingrepp enligt de två artiklarna.

Mitt antagande är endast en inledande rättslig kvalifikation av indragningen som ett ingrepp enligt art. 1 P-1 och eventuellt också art. 8 EMK.

⁸² Enligt UB 8:1 3 st. gäller UB:s regler ”i tillämpliga delar” även vid exekutiv försäljning under konkurs.

⁸³ Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, Law of the European Convention³ s. 878 med vidare hänvisningar till *Beyeler v. Italy* (Application no. 33202/96), dom av den 5.1.2000.

⁸⁴ I den mån det är relevant stöds det anförda även av UB 8:9 1 st. 1 men. och av bestämmelserna om överklagande i UB:s 18 kap. I litteraturen har det i det sammanhanget uttalats att indragningsbeslutet ”medför utmättningsverkan”, se Walin/Gregow/Löfmarck/Millqvist/Persson, Utsökningsbalken (1 augusti 2013, Zeteo), kommentaren till 18 kap. 7 §, stycket som inleds med ”Enligt 8 kap. 8 §”.

Därmed är inte sagt att bedömningen av indragningen automatiskt skall kopplas till bedömningen av utmätningen. Tvärtom måste den bedömas självständigt, åtminstone som huvudregel. Indragningen är ett eget ingrepp och drabbar en i utgångspunkten utomstående – och ingreppet mot sistnämnde kanske inte ens faller under samma artikel som utmätningen. I t.ex. NJA 2015 s. 72 föll utmätningen under både art. 8 EMK och art.1 P-1 medan däremot indragningen endast torde ha inneburit ett ingrepp i art. 1 P-1.⁸⁵ Det omvända kan givetvis också vara fallet. Också i de fall ingreppen kan kvalificeras på samma sätt föreligger skillnader, som har att göra med att gäldenären och den utomstående samägaren helt enkelt är två olika personer.

Bedömningen sker dock inte alltid självständigt och det har att göra med den rättsliga kopplingen av indragningen till utmätningen. Det säger sig självt att utan utmätning sker ingen indragning. Det torde inte endast gälla när KFM eller en nationell domstol gör den bedömningen, utan även när EMD underkänner utmätningen.

Det nu presenterade antyder en kontrast till en indragning, som automatiskt kan följa på en utmätning, vilken i sin tur endast behöver klara den inledande ekonomiska försvarlighetsbedömningen i UB 4:3 1 st. och den efterföljande i UB 4:33 2 st. Så länge KFM räknar med ett överskott efter försäljningen, kan utmätning ske och då även indragning. Vår UB-bild tycks inte kräva andra bedömningar.

När det nu handlar om ett ingrepp enligt art. 1 P-1 och kanske även art. 8 EMK räcker inte de nämnda försvarlighetsbedömningarna. Den enskildes egendom eller hem är inte endast ett utmätningrättsligt förmögenhetsvärde, utan något mer.⁸⁶ Andra bedömningar tillkommer. EMK-aspekterna har presenterats i komprimerad form. EMD:s generella uttalanden i *Rousk*-målet om art. 8 EMK är givetvis intressanta. Även vid indragningen måste uttalandet att en förlust av hemmet är den mest extrema formen av ingrepp i rätten till skydd för hemmet gälla och likaså att en försäljning av hemmet kan komma ifråga vid skatteindrivning. Uttalandet om skatteindrivningen är enligt ordalydelsen inte begränsat till gäldenärens hem, så indragning torde

⁸⁵ Det framgår inte tydligt i NJA-referatet, men däremot av handlingarna i målet.

⁸⁶ Se t.ex. EMD:s uttalande i *Connors v. the United Kingdom* (Application no. 66746/01), dom av den 27.5.2004 § 82. EMD anförde att art. 8 ”concerns rights of central importance to the individual’s identity, self-determination, physical and moral integrity, maintenance of relationships with others and a settled and secure place in the community”. Det handlar följaktligen om individens identitet, självbestämmande, fysiska och moraliska integritet, upprätthållande av relationer med andra och en fast och säker plats i samhället, inte bara om ett förmögenhetsvärde.

inte vara utesluten vid indrivning av skatteskulder.⁸⁷ Även beslutsvägen och processuella rättssäkerhetsgarantier nämndes i detta sammanhang.

De processuella rättssäkerhetsgarantierna, dvs. samägarens möjlighet att freda sig mot indragningen, är viktiga och i art. 8-fallet kan de t.o.m. vara ensamt avgörande. Enligt UB 18:7 2 st. 3 men. överklagas ett beslut om indragning inom tre veckor från delgivningen till klaganden. En försäljning av den indragna egendomen får inte ske förrän beslutet har vunnit laga kraft, UB 8:9 1 st. 2 men. Lagens undantag om lös egendom som ”hastigt faller i värde eller kräver alltför kostsam vård”, skulle visserligen kunna tillämpas på en bostadsrätt, men torde i dagsläget sällan vara tillämpligt. Av lagtexten att döma tycks samägaren ha fullgoda processuella rättssäkerhetsgarantier.

Även i detta fall och för båda artiklarna gäller kritiken mot summariskt fastställda beslut som grund för försäljningen av någons hem eller egendom och i detta sammanhang aktualiserades även frågan om pengaskuld, pengarelationer, utmätningsobjektet och dess värde. EMD talade om en jämförelsevis liten summa – och dessutom med tillägget i *Zehentner*-målets art. 1 P-1-del att försäljningsobjektet var fast egendom av stort värde.⁸⁸ Uttalandet blir än viktigare för indragningsfallet, eftersom proportionerna logiskt sett förskjuts i och med att jämförelsen måste göras med hela utmätningsobjektets värde, inte endast med gäldenärens andel.⁸⁹ Indragningsfallet torde följaktligen i högre grad än annars kunna leda till ett underkännande.

För svensk rätt innebär det anförda en tydlig utmaning. NJA 2010 s. 397 I och II och välsignelsen av dem i NJA 2013 s. 1241 kan tydligt ifrågasättas ur ett EMK-perspektiv.⁹⁰ I 2010 års mål handlade det i det första fallet om en liten skuld och i det andra fallet om en liten avbetalning av skulden – i båda fallen i jämförelse med utmätningsobjektets värde. Båda utmätningarna ansågs vara försvarliga enligt UB 4:3 1 st. Naturligt nog framgick de olika summorna i besluten – och i åtminstone två av målen var indragning

⁸⁷ *Rousk*-målet § 138.

⁸⁸ Siffrorna återfinns notvis i avsnitt 2.1.

⁸⁹ En jämförelse av hela bostadsrätten värde, inte gäldenärens andel, görs dock även i svensk rätt i frågan om bostadsrätt faller under beneficiereglerna eller inte enligt UB 5:1 p. 6. Som utgångspunkt gäller den ungefärliga ”300 000-kronorsgränsen”, som framgår av NJA 2004 s. 373 I. Att hela bostadsrättens värde och inte endast värdet av gäldenärens andel är bestämmande framgår bl.a. av NJA 2004 s. 373 II och NJA 1987 s. 575 II. Se även Flodin, SvJT 2008 s. 274–291 (285) med vidare hänvisningar och Walin/Gregow/Löfmarck/Millqvist/Persson, Utsökningsbalken (1 augusti 2013, Zeteo), kommentaren till 5 kap. 1 § med vidare hänvisningar.

⁹⁰ Om tolkningen, se ovan i avsnitt 2.1. och Sandstedt, JT 2015–16 s. 845–881 (850, 855 f. och 877 f.).

aktuell, dock utan att det problematiserades särskilt.⁹¹ Däremot framgår inga summor i de renodlade indragningsmålen NJA 2007 s. 455 och NJA 2015 s. 72. Indragningen tycks följaktligen endast kopplas till den inledande utmätningen utan att en självständig bedömning görs av om själva indragningen kan komma att te sig oproportionerlig. Med hänsyn till uttalandena i främst *Zehentner*-målet torde det dock inte råda några tvivel om att proportionerna – i detta fall relationen mellan utmätningens objektets värde å ena sidan och skuldens storlek eller den procentuella avbetalningen av skulden å andra sidan – är relevanta.⁹²

Mot den presenterade bakgrunden ter sig även en indragning av fast egendom eller en bostadsrätt som tveksam, dels för att det ofta handlar om någons hem och dels p.g.a. att egendomstypen som sådan tycks ha haft en viss relevans enligt EMD. Vad slutligen angår utmätningens objektets värde, så handlade EMD:s uttalande om en våning som såldes för 59 000 euro. En stor del av vårt bostadsbestånd torde idag ha ett värde som överskrider den summan. Uttalandet är därför i högsta grad relevant.

Även frågan om intresse måste nämnas. I indragningskonstellationen ställs borgenärens indragningsintresse⁹³ enligt art. 8 (2) EMK och/eller art. 1

⁹¹ NJA 2010 s. 397 II och NJA 2013 s. 1241. Men även i NJA 2010 s. 397 I torde indragning ha varit aktuell, eftersom gäldenären endast var hälftenägare.

⁹² I *Zehentner*-målet förekommer uttalandet "moreover for a comparatively minor sum" inskjutet i meningen om skepsisen mot att en summariskt fastställd betalningsorder kan vara den rättsliga grunden för försäljningen av en gäldenärs hem, se § 61. I art. 1 P-1-avsnittet (§ 76) uttalar EMD följande: "It [= the Court] has doubts as to whether the debtor's interests are adequately taken into account where a payment order for a comparatively minor sum issued in summary proceedings can serve as a basis for the judicial sale of real estate of considerable value." En noggrann och inskränkande läsning av uttalandena skulle kunna vilja fästa avseende vid att EMD konkret talar om gäldenären och "a debtor's 'home'", inte om alla som kan tänkas drabbas, t.ex. en samägare. Som kontrast kan man då vilja peka på uttalandena i *Rousk*-målet § 138, där EMD istället talar om "an individual's home". Skillnaden kan enligt min tolkning förklaras med att uttalandet i *Rousk*-målet görs i domens generella del om tolkningen av art. 8 EMK. Min tolkning stöds av att domen i § 139 inleds med orden "Turning to the present case". Till de generella uttalandena hör då talet om "an individual's home". Även indragning torde därför kunna komma ifråga. *Rousk*-målets skatteindrivningsuttalande är dock försett med reservationer. Uttalandena i *Zehentner*-målet förekommer enligt min tolkning däremot i domens konkreta tillämpningsdel. Att EMD här istället talar om gäldenären har enligt min tolkning helt enkelt att göra med att det här handlar om klaganden gäldenären. Det aktuella textavsnittet inleds f.ö. med uttalanden om "the applicant's apartment". Det bör inte kunna tolkas *e contrario* och därmed utesluta beaktandet av en samägare i dessa delar.

⁹³ Det torde överensstämma med borgenärens utmätningensintresse, dvs. intresset som enligt art. 8 (2) EMK (eller art. 1 P-1) skall tillvaratas genom ingreppet.

P-1 mot samägarens intresse av att behålla sin andel. Den avvägningen kan inte avfärdas med konstaterandet att samägaren får betalt. I avvägningen kan samägaren inte ens lastas för att ha en obetald skuld, vilket skulle kunna tala för att samägarens intresse t.o.m. väger tyngre än gäldenärens. I övrigt torde intresseavvägningen överensstämma med intressesrappan jag nämnt tidigare.⁹⁴ Skatteindrivningsintresset nämns dock särskilt i art. 1 (2) P-1.⁹⁵ Att göra skillnad på olika borgenärsintressen är däremot tämligen främmande för svensk rätt, där huvudregeln snarare är att betalningsskyldighet är betalningsskyldighet och rättsgrunden för densamma irrelevant. Det är följaktligen ytterligare en utmaning för svensk rätt.

De mer svårångade bedömningarna enligt de två artiklarna har närmast förbigåtts, men det kan ändå påpekas att statens bedömningsmarginal är snävare avseende art. 8 EMK än avseende art. 1 P-1. I *Rousk-* och *Zehentner*-målen hade dock båda artiklarna kränkts. Samtidigt måste det påminnas om att båda målen var tämligen klara fall. I dem var frågan om de processuella rättsäkerhetsgarantierna central och de huvudsakliga relevanta intressena fanns på klagandens sida. Hur en riktig avvägning av motstående intressen kommer att se ut i utmättnings- eller indragningsfallet vet vi därför inte med säkerhet. Men däremot vet vi hur bedömningar och avvägningar har sett ut i en mängd andra fall.

5. Avslutning

5.1 HD:s pleniavgöranden och EMK

Det primära ansvaret för att värna konventionsrättigheterna ligger hos medlemsstaterna.⁹⁶ Därför är det viktigt att åtminstone de nationella domsto-

⁹⁴ Intressesrappan återfinns i komprimerad form i den avslutande noten i avsnitt 4.2. ovan.

⁹⁵ Vissa har velat se skatteindrivningen som helt fredad från EMD:s inblandning. *Rousk*-målet visar att så inte är fallet. I målet fokuserade EMD på svensk rätts brister avseende de processuella rättsäkerhetsgarantierna och omnämmande av att ingreppet skedde för en skuld på ”only SEK 6,721” (§ 125). Däremot uttalade sig EMD inte om värdet på egendomen. Det kan tolkas i olika riktningar. Att egendomsvärdet inte nämns i detta mål kan förklaras med att EMD slapp ta ställning i denna fråga i skatteindrivningsfallet i och med att skulden var så liten att den inte ens behövde sättas i relation till någon annan summa, som i t.ex. *Zehentner*-målet. Enligt min mening kan det därför inte med säkerhet tolkas som att egendomsvärdet saknar betydelse vid skatteindrivning.

⁹⁶ Det framgår dessutom av art. 1 EMK och det kommer att framgå ännu tydligare när det 15 protokollet träder i kraft. Se även Danelius, *Mänskliga rättigheter*⁵ s. 41 (och dens., *Mänskliga rättigheter*⁴ s. 36).

larna förstår och följer EMD:s rättspraxis och dessutom kan se den egna rättens eventuella inkompatibilitet med EMK i konkreta fall, eftersom det i slutändan är enskilda domar som finner sin väg till EMD. P.g.a. EMD:s subsidiära roll och höga arbetsbelastning, är det praktiskt omöjligt för EMD att pröva alla påstådda kränkningar, säkerligen även sådana som har fog för sig. *Admissibility*-prövningen blir en tröskel, som kan bidra till att konventionsrättigheterna inte garanteras. Men det är varken förenligt med EMK:s anda eller vår höga svansföring i människorättsliga frågor att förlita oss på att tröskeln är tillräckligt hög för att utestänga enskildas befogade klagomål.

En EMK-kompatibel dom är i det konkreta fallet inget praktiskt problem; åtminstone inte så länge den aktuella lagstiftningen är EMK-kompatibel, men om det inte är fallet i alla delar, ligger det i farans riktning att en annan dom kan komma att visa sig vara EMK-inkompatibel. En dom som har gått den enskilde emot kan däremot bli komplicerad om EMK-kompatibiliteten kan ifrågasättas. Samtidigt måste det påpekas att en bedömning av själva EMK-kompatibiliteten givetvis försvåras om grundförståelsen i nationell rätt av vad mänskliga rättigheter är skiljer sig markant från EMD:s syn på det – och givetvis försvåras bedömningen också av om man ser juridiken som något subsidiärt, som får stå tillbaka för demokratiskt fattade beslut.⁹⁷

Här skall ett försök göras att betrakta pleniavgörandena ur ett EMK-perspektiv. Det underlättas inte av att HD själv inte har beaktat EMK-aspekterna och att en mängd sakomständigheter därför inte nämns och man heller inte kan hitta spår av några avvägningar mellan samägaren och indragningsintresset. Förklaringen är enkel: de saknade sakomständigheterna utgör endast rättsfakta enligt EMK och avvägningarna är likaså endast relevanta enligt EMK. Problemet är välkänt för komparativister.⁹⁸ Här handlar det

⁹⁷ Dessa aspekter har fått åtskilligt utrymme på andra ställen och kan inte fördjupas här. Här skall bara en hänvisning ges till ”Freddans” fortsättning, nämligen Sundberg, Jacob, Från Ekelöf till Europa, Klavrestrom 2004.

⁹⁸ För komparativisten är det ett vanligt, men fortfarande komplicerat problem. Vad gör man med främmande domsmaterial som inte passar den egna rättsliga förståelsen? Relevanta rättsfakta kan saknas och samtidigt förekommer kanske överflödiga information. Domstolar hanterar normalt endast sakomständigheter som utgör rättsfakta och vad som utgör rättsfakta bestäms av den tillämpliga rätten, men behöver givetvis inte utgöra rättsfakta enligt ett annat lands rätt. I tillägg måste man vara medveten om att sakomständigheterna i sig inte är objektiva fakta, utan helt enkelt sakomständigheter i en viss rättslig kontext – och samtidigt behöver de inte vara det i en annan rättslig kontext. Se t.ex. Hoecke, Mark van, *Deep Level Comparative Law*, i Hoecke, Mark van (Ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford 2004 s. 165–195 (169 ff.) om dessa aspekter. Problemet med bedömningen av sakomständigheter löser EMD genom

dock inte om en komparation av likvärdiga studieobjekt, utan om en fråga om kompatibilitet.

Med ett renodlat EMK-perspektiv är det närliggande att underkänna båda pleniavgörandena. För det första har de gått den enskilde emot, för det andra är art. 1 P-1 tillämplig och kanske också art. 8 EMK, och för det tredje har målen avgjorts i enlighet med reglerna i UB och SamÄgRL – men som påpekats utan beaktande av EMK.⁹⁹

Redan EMK-frågan om rättsenligheten kan som nämnts ställa till problem. Efter det måste man betänka varför indragningen sker. Om den sker för att driva in skatter, kan den kopplas till artikeltexternas ”säkerställa betalning av skatter” (art. 1 (2) P-1) eller ”landets ekonomiska välstånd” (art. 8 (2) EMK); indragning för andra skulder skall vara ”i överensstämmelse med det allmännas intresse” (art. 1 (2) P-1), till skydd för ”andra personers fri- och rättigheter” (art. 8 (2) EMK), eller för att skydda andra personers art. 1 P-1-rättigheter. Vidare har samägaren visserligen processuella rättssäkerhetsgarantier, men dennes intressen har inte beaktats självständigt och några avvägningar av motsstående intressen ser man heller inga spår av.¹⁰⁰ I detta fall är även värdeproportionerna – dvs. indragningsobjektets värde å ena sidan och skuldens storlek eller den procentuella avbetalningen av skulden å andra sidan – okända och vi känner heller inte till fastighetens eller bostadsrättens värde. Men i NJA 2015 s. 72 handlade det om en bostadsrätt på Södermalm i Stockholm, så värdet torde ha överstigit 59 000 euro.¹⁰¹

Efter underkännandet kan man fråga sig om, och i sådana fall hur, man dels skulle ha kunnat motivera domarna och dels kunna motivera kommande

att godta de nationella bedömningarna; det kan å ena sidan uppfattas som naivt, men är samtidigt en pragmatisk och hanterbar lösning, också mot bakgrund av att EMD inte utgör en nationell överinstans.

⁹⁹ Avgörandet NJA 2007 s. 455 avgjordes tidsmässigt före *Zehentner*-målet och kan vid den tiden kanske ses som acceptabelt. Däremot ifrågasätter jag avgörandets prejudikatvärde idag. Angående ett beaktande av EMK *ex officio* kan det påpekas att det skedde i NJA 2013 s. 1241. Klaganden stödde nämligen endast sin talan på FN:s barnkonvention, men trots det beaktade HD EMK. Med hänsyn till 2015 års mål vore det konstigt om HD i ett pleniavgörande skulle bortse från EMK av processuella skäl om HD var medveten om EMK:s relevans. Det vore poänglöst att låta ett mål som potentiellt strider mot EMK skrivas in i HD:s minnesbok.

¹⁰⁰ Detta tycks allra främst vara en fråga inom ramen för art. 8 EMK.

¹⁰¹ Se ovan i avsnitt 4.2. *in fine* och 4.4. om dessa uttalanden i *Zehentner*-målet §§ 61 och 76. Det kan noteras att i *Rousk*-målet art. 1 P-1-del kommenterades inte tomträttsens värde särskilt, men målet avgjordes långt innan det kom till någon egentlig avvägning av motsstående intressen.

fall med hänsyn till EMK? Doms materialet har som påpekats brister i förhållande till bedömningarna enligt EMK. Vi känner därför inte till fordringarnas storlek, fastighetens eller bostadsrättens värde, om det handlade om samägarens bostad eller endast om egendom, eller om utmätning av annan egendom hade undersökts innan. Och vi ser inget beaktande av samägarens intressen; denne dras bara in i den initiala utmätningen. NJA 2007 s. 455 hade kunnat avgöras utan den prejudicerande *contra legem*-lösningen, nämligen med stöd av förfogandeförbudet i UB 4:29 – och i tillägg med beaktande av de just nämnda EMK-aspekterna. Det hade varit ett *in casu*-avgörande med tydligt lagstöd, men därmed kanske inte en sak för HD. Däremot förblir rättsenligheten mer komplicerad i NJA 2015 s. 72.

De påpekade bristerna måste givetvis beaktas i framtida ärenden. I tillägg till det sagda måste man dessutom explicit beakta fordringstypen. Betalningsskyldighet är följaktligen inte betalningsskyldighet, utan här är istället frågan vilket indragningsintresse som skall tillgodoses.

5.2 Några reformförslag

I ljuset av ovanstående principiella behandling av pleniavgörandena och *Rousk*- och *Zehentner*-målen bör indragningsregeln ändras. Utmaningarna och de omvälvande ändringarna har redan presenterats ovan i texten och följande avsnitt kan därför hållas kort. Två pleniavgöranden om kopplingen av offentligt tvång i UB till SamÄgRL och frågorna om analogisk tillämpning respektive *contra legem*-tillämpning visar i sig på problemen redan ur ett pragmatiskt och mindre principfixerat perspektiv.

Enligt min uppfattning borde indragningsregeln stå på egna ben i UB. Där kan förutsättningarna för indragning anges självständigt. Där kan även anges om samägaravtal om hinder mot offentlig försäljning bör ha giltighet mot samägarnas borgenärer och i sådana fall under vilka omständigheter. Stöd för regelns innehåll kan sökas i 2007 års pleniavgörande, de (oklara) sakrättsliga reglerna och möjligtvis i UB 5:5. Med en självständig reglering har man dessutom löst det möjliga problemet med EMK-kravet på rättsenlighet. För att undvika ett efterföljande ”kringgående” bör man för de fallen en indragning inte sker lagstiftningsvis införa en regel, som förhindrar att den exekutive förvärvaren av andelen har en rätt att begära offentlig försäljning av hela egendomen enligt 6 § SamÄgRL.

Det anförda skiljer sig från lösningarna i de två pleniavgörandena, där den analogivänliga och pragmatiska civilrätten har trumfat en mer princi-

piell och formalistisk syn på indragningen, trots att även enskilda JustR i mer eller mindre tydliga ordalag har noterat indragningens tvångsnatur. Det kan vara på sin plats att lyfta upp en grundlagsreferens ur fotnoterna och ge föreskriften den relevans den hierarkiskt sett förtjänar. En indragning av någons egendom är ett ingrepp i en enskilds ”personliga eller ekonomiska förhållanden” och kräver enligt RF 8:2 p. 2 lagstöd. Med de nu föreslagna ändringarna trumfar istället den offentlighetsrättsliga formalismen och grundlagsbestämmelsen som överordnad norm en mer pragmatisk syn på frågorna. Egentligen borde inte det vara så uppseendeväckande.

Konsekvensen blir att utmätning av hemmet med ett nödvändigt beaktande av EMD:s domar dels kommer att ske i mindre utsträckning än tidigare och dels kommer att ske i långsammare takt. I uttalandena om skatteindrivning uteslöt EMD visserligen inte att också en försäljning av någons hem kunde tillgripas, men uttalandet skedde utan större entusiasm och med påpekanden om att det krävde att den drabbades rätt till hemmet samtidigt måste beaktas. Det anförda kommer givetvis även att påverka indragning av hemmet, men möjligtvis är det att gå för långt genom att uttala att hemmet helt bör hållas utanför indragning.¹⁰² I art. 1 P-1-fallet gäller också en restriktivitet avseende fast egendom och bostadsrätt – och vid sidan av egendoms-typen måste även värdet beaktas. Skatteindrivningsfallet enligt art. 1 P-1 bedöms möjligtvis något annorlunda.¹⁰³ Om det däremot handlar om indragning av mindre förmögenhetsvärden för en någotsånär proportionerlig fordran, kan kanske ett mer standardiserat förfarande accepteras med hänsyn till utsökningsrättens effektivitet.

Möjligen går det att finna smidigare och mildare medel för att komma åt en andels värde i de fall utmätning sker, t.ex. genom en lösenrätt för de andra samägarna. En sådan lösning vore dock i många fall endast en pap-

¹⁰² Ett sådant uttalande skulle å andra sidan harmoniera med skyddstanken bakom de uddlösa bestämmelserna om den gemensamma bostaden i ÄktB 7:5 och SamboL 23 §. Bestämmelserna skall ge skydd mot in-teckning av fast egendom (men däremot inte explicit mot pantsättning av densamma) och skydd mot pantsättning av bostadsrätt. Reglerna är dock i hög grad en ”rekommendation eller en moralisk förpliktelse” i och med att inga konsekvenser är kopplade till att samrådsplikten inte iakttas, se Tottie, Lars/Teleman, Örjan, Äktenskapsbalken (15 februari 2015, Zeteo), kommentaren till 7 kap. 9 §, stycket som inleds med ”Effektiviteten av rådighetsinskränkningarna”. Det gäller exempelvis för pantsättning av fast egendom eller bostadsrätt, se Tottie/Teleman a.a., kommentaren till 7 kap. 9 §, stycket efter NJA 1963 C 245 och JustR Mattsson i NJA 2015 s. 72 (79 f.).

¹⁰³ Se de notvisa kommentarerna ovan i avsnitt 4.4.

perskonstruktion, eftersom en samägare ofta inte torde ha den ekonomiska möjligheten att lösa ut gäldenären.

Vilka än ändringarna blir enligt den pågående utredningen, torde det stå klart att utmätnings- och indragningsfrågan kräver fler verktyg än UB:s ekonomiska försvarlighetsbedömning och att frågorna även är beroende av EMD:s dynamiska rättspraxis på området. Den traditionellt inhemska juridikens möte med europeiseringen borde engagera fler exekutionsrättsligt intresserade jurister – om inte annat för att det är hart när omöjligt att undkomma europeiseringen när den väl har fått fatt i ett rättsområde.

