
MAGNUS MELIN

**Fastighetsmäklarens hantering av deponerade
medel – på kryss mellan Scylla och Charybdis?**

2007-08 NR 3



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

Fastighetsmäklarens hantering av deponerade medel – på kryss mellan Scylla och Charybdis?*

MAGNUS MELIN**

1. Problemet

Som inledning vill jag skissera en situation som inte är helt ovanlig vid fastighetsköp. De faktiska och rättsliga omständigheterna kan variera något från fall till fall, men i grunden är det fråga om ett tema med variationer.¹

En säljare (A) och en köpare (B) ingår ett avtal om köp av fastighet. Köpet förmedlas av en fastighetsmäklare (C). I köpekontraktet finns en s.k. låneklausul. Klausulen innebär att B inom en viss tid kan begära köpets återgång, om han inte beviljas de lån som behövs för att finansiera köpet. Vid köpekontraktets undertecknande erlägger B en handpenning som enligt ett särskilt trepartsavtal mellan A, B och C skall hållas deponerad på C:s klientmedelskonto och redovisas till A på tillträdesdagen.² Syftet med handpenningen är att säljaren skall ha en säkerhet för köparens eventuella avtalsbrott. Syftet med att deponeringen är att handpenningen skall vara skyddad för säljarens dispositioner eller insolvens, om köparen väljer att begära köpets återgång.

B beviljas inget lån och begär därför köpets återgång. A anser emellertid att B inte har rätt till återgång eftersom B, enligt A:s uppfattning, inte har begärt återgång inom den i köpekontraktet angivna tiden. Från A:s horisont utgör B:s

* Justitierådet Torgny Håstad har nyligen publicerat en artikel i SvJT 2007 s. 942 ff. som behandlar samma ämne och samma rättsfall. De båda artiklarna tycks ha skrivits parallellt i tiden och när Håstads artikel publicerades var denna artikel i princip redan färdigskriven. Jag har inte funnit anledning att ändra i artikeln eller utforma den som en replik till Håstad; såvitt jag förstår är vi ense om tolkningen av rättsfallen. Perspektivet och innehållet är emellertid delvis annorlunda, vilket har motiverat mig att publicera trots allt. Jag vill tacka advokaten, jur. dr Jon Kihlman för värdefulla synpunkter.

**Förbundsjurist vid Mäklarsamfundet.

¹ Jag har valt ett fastighetsköp med en s.k. låneklausul som exempel. Motsvarande resonemang kan tillämpas på andra fall där handpenningen har deponerats hos mäklaren och där konkurrens om den deponerade handpenningen uppstår.

² Ett alternativt och numera vanligare villkor är att handpenningen skall redovisas till A redan när tidsfristen för B:s begäran om återgång har löpt ut.

begäran om återgång således ett kontraktsbrott. A häver därför köpet och något tillträde kommer inte till stånd. A vänder sig därefter mot C och kräver att denne skall utbetala handpenningen till honom. B gör samma sak. Hur skall C hantera situationen?

Detta fall, där två konkurrerande borgenärer båda gör anspråk på en deponerad handpenning, kan aktualisera tillämpning av flera olika regelkomplex.

- Avtalsstolkning och utfyllande regler: Kan depositionsavtalet anses reglera hur handpenningen skall hanteras vid hävning av köp?
- Kontraktsrättsliga regler: Vilken betydelse – om någon – har regeln att erlagda prestationer skall återgå vid hävning av köp?
- Bestämmelser i speciallagstiftning: Vilken betydelse – om någon – har bestämmelsen i 12 § 2 st. fastighetsmäklarlagen (FML), där det anges att handpenning som mäklaren tagit emot utan dröjsmål skall överlämnas till säljaren om inte annat har överenskommits i särskild ordning?
- Fordringsrättsliga regler: Har någon av de konkurrerande borgenärerna, A eller B, styrkt sin fordran så att gäldenären C med befriande verkan kan betala till någon av dessa?
- Skadeståndsrättsliga regler: Kan C ådra sig skadeståndsskyldighet om han vägrar att betala till någon av pretendenterna eller om han betalar till fel borgenär? Om så, vari består skadan?

Att fallet i någon mening befinner sig i skärningspunkten mellan olika regelkomplex utgör kanske förklaringen till att det råder viss osäkerhet om hur det skisserade fallet bör lösas. Ytterligare en komplikation är att fallet involverar tre olika rättssubjekt – köpare och säljare (borgenärer/deponenter) samt mäklare (gäldenär/depositarie) – vars intressen helt eller delvis kan kollidera med varandra. Det finns såvitt jag förstår inte någon utvecklad rättslig teori för sådana trepartsavtal.³ Det borde det kanske finnas.

2. De enkla lösningarna

Innan jag refererar praxis på området vill jag nämna att det finns två relativt enkla sätt för mäklaren att undkomma problemet.

Om en gäldenär inte vet, och inte heller bör veta, vem av flera konkurrerande borgenärer som är rätt borgenär, kan han nedsätta medlen hos länsstyrelsen enligt 1 § 2 st. lagen (1927:56) om nedsättning av pengar hos myndighet. Kravet

³ I Rodhe, K., *Obligationsrätt*, Sthlm 1956, behandlas kortfattat de rättsliga instituten deposition och redovisning, men Rodhe tar inte upp de speciella frågor som kan uppkomma vid trepartsavtal. I Walin, G., *Lagen om skuldebrev m.m.*, Sthlm 1997, behandlas vissa depositionsrättsliga problem i anslutning till lagen (1927:56) om nedsättning av pengar hos myndighet.

på att gäldenären ”inte bör veta” är lågt ställt. I förarbetena sägs att nedsättning kan ske om inte ett av de konkurrerande anspråken är så uppenbart obefogat att det utan vidare måste lämnas ur räkningen.⁴

Genom nedsättningen fullgör gäldenären betalning och skiljer sig från saken.⁵ Att mäklaren/gäldenären i det nu skisserade fallet även har ett sysslomannaupdrag som depositarie, och att handpenningen utgör redovisningsmedel, har inte någon betydelse. Nedsättningslagen kan även användas i dessa fall.⁶

Ett annat alternativ är att träffa ett avtal med innehåll att mäklaren har rätt och skyldighet att hålla handpenningen fortsatt deponerad på klientmedelskontot fram till dess att en eventuell tvist mellan köpare och säljare har lösts genom förlikning eller lagakraftäggande dom. Ett sådant villkor finns numera i de flesta standardavtal som mäklare tillhandahåller.

De enkla lösningarna är förstås att föredra. Problem uppkommer först om mäklaren inte väljer, eller inte har möjlighet att välja, någon av dessa lösningar. Två sådana fall har prövats i refererad rättspraxis.

3. NJA 2001 s. 292

Det i någon mening vägledande rättsfallet på området är NJA 2001 s. 292. Jag skriver ”i någon mening” därför att rättsfallet, på grund av omständigheterna i det enskilda fallet, inte behandlar problemet uttömmande. Jag återkommer till detta.

3.1 Omständigheterna i målet

Omständigheterna, såvitt nu är av intresse, var följande. Vid ett fastighetsköp hade köparen erlagt en handpenning om 90 000 kr. Enligt köpekontraktet hade köparen rätt att begära köpets återgång och återfå handpenningen om hon inte beviljades erforderliga lån, förutsatt att begäran om återgång framställdes senast ett visst datum.⁷ Parterna hade även kommit överens om att handpenningen skulle deponeras på mäklarens klientmedelskonto och redovisas till säljaren på tillträdesdagen.

⁴ Se NJA II 1927 s. 298.

⁵ Se Walin, G., Lagen om skuldebrev m.m., Sthlm 1997, s. 294 och 301.

⁶ Se NJA 1994 s. 190.

⁷ En terminologisk anmärkning: I NJA-fallet anges att köparen hade en avtalsenlig rätt att ”häva” köpet om hon inte erhöll lån, förmodligen eftersom parternas avtal använde denna (felaktiga) terminologi. I referatet av rättsfallet har jag valt att använda den korrekta termen återgång, utom när jag direkt refererar domskälen. Termen hävning bör lämpligen reserveras för de fall där det är fråga om ett kontraktsbrott, påstått eller verkligt, från endera parten.

Säljaren begärde att få ut den deponerade handpenningen från mäklaren, trots att köparen dessförinnan hade begärt köpets återgång med stöd av låneklausulen och något tillträde aldrig kom till stånd. Även köparen gjorde anspråk på handpenningen. Sedan mäklaren hade konsulterat en jurist, beslutade han sig för att betala ut handpenningen till säljaren.

Köparen väckte talan mot mäklaren och yrkade att denne skulle utge skadestånd motsvarande handpenningens belopp, på den grunden att den påstått felaktiga utbetalningen till säljaren hade orsakat henne en skada.

Mäklaren, som vitsordade att köparen hade haft rätt att begära köpets återgång, invände att han hade agerat i enlighet med depositionsavtalet. Vad mäklaren torde ha menat (detta framgår inte uttryckligen av referatet) var att den *avtalade* tillträdesdagen hade infallit och att han därför enligt depositionsavtalet var skyldig att redovisa handpenningen till säljaren. Vidare ansåg mäklaren att betalningen – riktig eller oriktig – inte hade orsakat köparen någon skada; hon kunde ju vända sig mot säljaren med krav på återbetalning.

3.2 Tingsrätten

Tingsrätten ansåg att mäklaren hade brutit mot depositionsavtalet. Enligt tingsrätten medförde depositionsavtalet att mäklaren inte hade rätt att betala ut handpenningen så länge det förelåg tvist mellan köpare och säljare om hur handpenningen skulle hanteras.

Vidare ansåg tingsrätten att köparen genom utbetalningen hade lidit ”en viss skada”, eftersom köparens fordran på utfående av handpenningen hade blivit mer osäker. Även om skadans storlek inte kunde utredas i målet – den kunde ju bero på utgången av en framtida tvist mellan köparen och säljaren – ansåg tingsrätten att mäklaren låg närmast att bära risken för en (eventuell) slutlig skada. Eftersom mäklaren inte hade gjort sannolikt att skadan var mindre än handpenningen, förpliktades han att utge hela detta belopp som skadestånd.⁸

3.3 Hovrätten

Hovrätten delade tingsrättens ståndpunkt i sak, men ansåg att skada uppkom först om köparen hade krävt säljaren på handpenningen och denne inte ville eller kunde utge beloppet. Köparens talan ogillades därför. En ledamot var skiljaktig och ansåg att köparen hade lidit skada redan genom utbetalningen.

⁸ Jfr NJA 1991 s. 625 angående beräkningen av skadans storlek.

3.4 Högsta domstolen

I HD omformulerade köparen sitt skadeståndsyrkande till ett yrkande om att mäklaren skulle förpliktas att utge handpenningen till henne, på den grunden att hon hade haft rätt att begära köpets återgång och därmed återfå handpenningen. Köparens fordran på skadestånd omformulerades alltså till att avse en redovisningsfordran. Det var HD som tog initiativ till detta. Som sig bör gav HD först parterna möjlighet att yttra sig över den rättsregel som domstolen övervägde att tillämpa.⁹

I processen hade mäklaren, som nämnts, vitsordat att köparen hade haft rätt att begära köpets återgång. Därmed vitsordade mäklaren indirekt även att det var köparen, och inte säljaren, som hade rätt till handpenningen. Mäklaren bestred ändå köparens yrkande med motiveringen att det var tvistigt mellan köpare och säljare om vem som hade rätt till handpenningen och att han inte var betalningsskyldig mot köparen förrän denne genom överenskommelse eller lagakraftvunnen dom visat sig ha bättre rätt till handpenningen än säljaren. I motsats till mäklaren ansåg tydligen säljaren – varför får man inte veta i rättsfallet – att köparen inte hade rätt att begära köpets återgång och återfå handpenningen.

HD påpekade inledningsvis att beträffande fordringar i allmänhet gäller som huvudregel att gäldenären har att på egen risk avgöra om den som kräver betalning är rätt borgenär. En gäldenär kan inte innehålla betalning på den grunden att borgenärens rätt är vanskelig att bedöma. Om en borgenär har framlagt bevisning som styrker hans rätt, och gäldenären ändå vägrar att betala, är gäldenären i dröjsmål. Den omständigheten att någon annan också gör anspråk på betalning utgör inte en grund för att innehålla betalningen tills konkurrenterna löst tvisten om bättre rätt till fordringen.

Därefter konstaterade HD att säljaren enligt allmänna fordringsrättsliga regler inte var rätt borgenär – för det hade ju mäklaren indirekt vitsordat i processen – och att mäklarens betalning därför inte hade skett med befriande verkan. Att även säljaren gjorde anspråk på handpenningen medförde ingen annan bedömning.

HD konstaterade vidare att depositionsavtalet, som ju angav att handpenningen skulle hållas deponerad fram till tillträdesdagen, inte kunde anses reglera den situationen då köpekontraktet hävts (egentligen återgått) innan tillträde hade skett.¹⁰ Avtalet medförde således ingen rätt att betala ut handpenningen till säljaren. Mäklaren förpliktades därför att utge beloppet på nytt, denna gång till köparen.

⁹ Jfr NJA 1999 s. 629 (s. 631) med där gjorda hänvisningar.

¹⁰ Se not 7 ovan.

4. RH 2006:78

Som nämnts behandlar NJA 2001 s. 292 inte problemet uttömmande. Man kan fundera på hur utgången hade blivit om det *inte* hade klarlagts i processen att köparen var rätt borgenär, det vill säga om käranden inte hade lyckats styrka sin påstådda fordran. Såvitt jag förstår medger rättsfallet inga direkta slutsatser i den frågan. En sådan situation prövades dock i RH 2006:78.¹¹

4.1 Omständigheterna i målet

Vid ett köp av två fastigheter hade köparen erlagt handpenningar om sammanlagt 55 000 kr. Enligt ett depositionsavtal skulle handpenningarna hållas deponerade på mäklarens klientmedelskonto fram till tillträdesdagen; det var alltså fråga om samma typ av depositionsavtal som i NJA-fallet. Några särskilda återgångsvillkor fanns inte, förutom en sedvanlig klausul om att köpebrev skulle upprättas på tillträdesdagen.¹²

Köparen erlade inte slutlikviderna på den i köpekontraktet angivna tillträdesdagen. Säljaren hävde då båda köpen och begärde att mäklaren skulle betala ut handpenningarna till honom. Så skedde också.

Köparen bestred säljarens rätt till hävning under påstående att hon hade fått anstånd av säljaren med att erlagga slutlikviden. Köparen accepterade dock hävningarna i så måtto att hon inte krävde köpens fullföljd, utan endast krävde att återfå de erlagda handpenningarna.

Köparen väckte talan mot mäklaren och yrkade att denne skulle utge handpenningarna. Som grund för yrkandet angavs att köpen hade hävts, att erlagda prestationer därför skulle återgå och att mäklaren därför var skyldig att utge handpenningarna till köparen. Vidare anförde köparen att säljaren inte hade framställt något skadeståndsanspråk mot henne på grund av det påstådda kontraktsbrottet.

Mäklaren invände dels att han enligt allmänna regler för fordringar själv haft att bedöma vem som hade rätt till handpenningarna, dels att säljaren hade haft rätt att häva köpen på grund av köparens dröjsmål och att säljaren därför hade rätt till handpenningarna för att täcka sin skada. Det var därför riktigt, menade mäklaren, att han hade betalat ut handpenningarna till säljaren. Säljaren hade visserligen inte framställt något skadeståndsanspråk mot köparen, men hade

¹¹ Hovrättens för Västra Sverige dom i mål T 2508-05, meddelad den 10 mars 2006. Domen överklagades till HD som inte meddelade prövningstillstånd.

¹² Enligt 4 kap. 5 § jordabalken innebär en köpebrevsklausul att köpets fullbordan eller bestånd har gjorts beroende av att köpeskillingen erläggs. Om köparen inte betalar på tillträdesdagen, och köpebrev således inte upprättas, har det i provisionsrättsligt avseende behandlats som ett fall av villkorat köp och inte som ett fall av kontraktsbrott, se NJA 1986 s. 146.

uppgett för mäklaren att han hade lidit en skada som översteg handpenningarnas belopp.

4.2 Tingsrätten

Tingsrätten konstaterade, liksom HD i NJA 2001 s. 292, att depositionsavtalet inte reglerade situationen när köpet hade hävts. Mäklaren fick därför på egen risk bedöma vem som var rätt borgenär. Tingsrätten fann vidare att köparen inte hade lyckats visa att hon fått anstånd med betalningen. Säljaren var därför berättigad att häva köpen och det var således riktigt, menade tingsrätten, att mäklaren hade utbetalat handpenningen till säljaren. Köparens talan ogillades därför.

4.3 Hovrätten

Hovrätten konstaterade dels att målet handlade om en redovisningsfordran, dels att det i målet inte var utrett vem av köparen eller säljaren som var rätt borgenär. Under sådana förhållanden ansåg hovrätten att varken köparen eller säljaren kunde ha någon (klar och förfallen) redovisningsfordran mot mäklaren. I de kortfattade domskälen uttalade hovrätten bland annat följande.

”[Depositionsavtalet] utgör ett trepartsavtal, vilket syftar till att mäklaren på uppdrag av både köparen och säljaren skall förvalta handpenningarna i avvaktan på vem av köparen och säljaren som slutligen rätteligen skall utfå beloppet. När mäklaren utbetalade det deponerade beloppet till säljaren var det inte slutligt fastställt om det var säljaren eller köparen som hade rätt att utkräva beloppet. Frågan om vem av köparen och säljaren som har rätt till det deponerade beloppet är inte utrett i målet. Så länge som det inte är utrett vem av köparen och säljaren som har rätt till handpenningarna, kan [varken] köparen eller säljaren anses ha någon redovisningsfordran gentemot mäklaren.”

Grunden för hovrättens ställningstagande var alltså en tolkning av depositionsavtalet, jfr tingsrätten och hovrätten i NJA-fallet. Hovrätten ansåg att depositionsavtalet innehöll en avtalad innehållanderätt för mäklaren, trots att detta inte framgick av dess ordalydelse och trots att parterna, såvitt framgår av referatet, tycks ha varit överens om att avtalet inte alls reglerade den situationen då köpet hävts.

4.4 Dissidentens mening

Hovrättens dom var inte enhällig. En av ledamöterna var skiljaktig och ville bifalla köparens talan. Dissidenten tillämpade kontraktsrättsliga regler och konstaterade att om ett köp hävs skall prestationerna återgå. Med andra ord, menade dissidenten, borde köparen få tillbaka den erlagda handpenningen; det var ju

ostridigt att köpet hade hävts och att ingen av parterna krävde köpets fullföljd. Mäklaren hade därför inte haft rätt att utbetala handpenningen till säljaren. Dissidenten noterade att hans lösning i och för sig medförde en nackdel för säljaren, som ju kunde ha ett skadeståndsanspråk mot köparen på grund av dennes påstådda kontraktsbrott.

Dissidenten hänförde sig även till NJA 2001 s. 292 och menade att HD:s uttalanden där inte medförde att mäklaren hade haft rätt att utbetala handpenningen till säljaren, detta eftersom HD-fallet ”avsåg en något annan situation”. Skillnaden, sedd från dissidentens horisont, var väl att i HD-fallet var det köparen som var berättigad i förhållande till säljaren. Från dissidentens utgångspunkt, det vill säga att handpenningen alltid skall återbetalas till köparen när köpet hävs, oavsett vem av parterna som i slutändan kan visa sig ha rätt till handpenningen, gav HD:s dom således ingen direkt vägledning.

4.5 Särskilt yttrande från majoritetsledamot

En av hovrättens ledamöter, som tillhörde majoriteten, tillade för egen del att mäklaren enligt depositionsavtalet inte hade haft rätt att på egen hand avgöra vem av köparen och säljaren som hade bäst rätt till det deponerade beloppet när köpet hävdes. Vidare menade ledamoten att mäklaren, genom utbetalningen till säljaren, hade agerat i strid med depositionsavtalet och ådragit sig ersättnings-skyldighet för den skada som köparen eventuellt kunde ha lidit därav. Av köparens talan framgick emellertid inte, påpekade ledamoten, om hon verkligen hade lidit någon skada på grund av att beloppet inte längre fanns deponerat hos mäklaren. Ledamoten utvecklade inte förutsättningarna för att skadestånd skulle kunna utgå eller vad en eventuell skada skulle kunna bestå i.

5. Några synpunkter

De problemkomplex som de båda rättsfallen berör, och som redogjordes för inledningsvis, förtjänar egentligen en ingående analys och kanske en egen rättslig teori. Här skall jag behandla följande delfrågor:

- Har bestämmelsen i 12 § 2 st. FML någon betydelse för det aktuella fallet?
- Kan depositionsavtalet anses reglera det fall då köpet hävs?
- Strider de båda rättsfallen NJA 2001 s. 292 och RH 2006:78 mot varandra?
- Är det lämpligt att lägga risken för en felaktig betalning på mäklaren/depositarien eller kan man tänka sig en annan lösning?

5.1 Betydelsen av 12 § 2 st. fastighetsmäklarlagen

Enligt 12 § 2 st. FML skall en handpenning som mäklaren har tagit emot från köparen utan dröjsmål överlämnas till säljaren, om inte något annat har överenskommit i särskild ordning. Ett innehållande av handpenningen från mäklarens sida kräver således stöd i ett avtal. Finns det inget sådant avtal träder lagregeln in: handpenningen skall då överlämnas till säljaren. Bestämmelsen är dispositiv även i konsumentförhållanden.¹³

Med uttrycket ”i särskild ordning” menas enligt förarbetena att mäklaren inte kan förvalta handpenningen enbart med stöd av en klausul i köpekontraktet.¹⁴ Mäklaren är inte part i köpekontraktet och det binder inte honom. Med andra ord skall det slutas ett särskilt trepartsavtal mellan köparen, säljaren och mäklaren, där mäklaren åtar sig uppdraget att som depositarie förvalta handpenningen på säljarens och köparens gemensamma uppdrag.

Mäklaren är i flera fall skyldig att *verka* för ett avtal om deposition av handpenningen, låt vara att det ytterst är köparen och säljaren som fattar beslutet. Som huvudregel skall mäklaren verka för deposition i de fall där köpet av någon anledning ännu inte är definitivt utan det finns en möjlighet att prestationerna skall återbäras och handpenningen därmed återgå till köparen.¹⁵ Ett typexempel är överlåtelse av bostadsrätt, där överlåtelsens giltighet normalt förutsätter att köparen beviljas medlemskap i bostadsrättsföreningen.¹⁶ I depositionsavtalet anges då vanligen att handpenningen har deponerats med anledning av köparens ansökan om medlemskap i bostadsrättsföreningen och att handpenningen skall redovisas till säljaren när medlemskap har beviljats. Som framgått av de båda rättsfallen förekommer det också depositionsavtal där handpenningen skall hållas deponerad fram till tillträdesdagen och först då redovisas till säljaren.

Man kan fråga sig om bestämmelsen i 12 § 2 st. FML bör tillmätas någon betydelse i de fall som nu är föremål för diskussion, det vill säga då part har hävt köpet eller begärt köpets återgång. Annorlunda uttryckt: tar bestämmelsen sikte på förhållandet mellan köpare och säljare i den meningen att lagstiftaren menat att handpenningen, om inget annat har avtalats, *alltid* skall redovisas till säljaren, trots att både köparen och säljaren gör anspråk på medlen? Svaret på den sistnämnda frågan torde vara nej. Av förarbetena till FML framgår att bestämmelsen tillkom för att råda bot på ett högst konkret problem, nämligen att många mäklare ansåg sig ha rätt att utan stöd i avtal ta hand om handpenningen fram till tillträdesdagen och även tillgodogöra sig upplupen ränta på klientmedelskontot.¹⁷ Bestämmelsen bör läsas med denna utgångspunkt. Den handlar alltså inte om förhållandet mellan köparen och säljaren, och den eventuella konkur-

¹³ Se 4 § FML.

¹⁴ Se prop. 1994/95:14, s. 76 och 96.

¹⁵ Se prop. 1994/95:14, s. 55.

¹⁶ Se 6 kap. 5 § bostadsrättslagen.

¹⁷ Se prop. 1994/95:14, s. 54. Se även Kammarrättens i Stockholm dom i mål 8983-1996.

rensen om handpenningen dem emellan, utan om förhållandet mellan mäklaren och säljaren. Man bör därför inte dra några växlar på det faktum att bestämmelsen anger att handpenningen skall överlämnas till säljaren. Förklaringen till att handpenningen skall överlämnas till säljaren torde vara ytterst prosaisk: det är vad som sker i det normala fallet då köpet *inte* hävs eller återgår.

Sammanfattningsvis var det enligt min mening riktigt att hovrätten i RH 2006:78 inte tog någon hänsyn till bestämmelsen i 12 § 2 st. FML, men det hade inte skadat om hovrätten även hade förklarat *varför* man inte gjorde det. Det hade kanske funnits ännu större anledning för dissidenten att kommentera bestämmelsen och förklara varför den inte var tillämplig. Dissidenten menade ju att handpenningen, i skenbar strid med 12 § 2 st. FML, skulle återgå till köparen.

Hur behandlades då den aktuella bestämmelsen i NJA 2001 s. 292? I det rättsfallet var 1984 års fastighetsmäklarlag tillämplig och i den lagen fanns ingen motsvarighet till 12 § 2 st. FML. Det fanns därför ingen möjlighet för HD att beakta denna bestämmelse.¹⁸

5.2 Kan depositionsavtalet anses reglera situationen när köpet hävs?

En grundläggande princip vid avtalstolkning är att den gemensamma partsviljan ytterst är styrande. Men vid förvärv av småhus och bostadsrättslägenheter som förmedlas av mäklare är det ofta fåfängt att försöka hitta en gemensam partsvilja. Det finns ofta inga partsviljor överhuvudtaget, utan parterna undertecknar helt enkelt det avtal som mäklaren ber dem att underteckna. Man får därför försöka konstruera ett avtalsinnehåll dels utifrån avtalets ordalydelse, dels utifrån vad som är rimligt och ändamålsenligt. Samtidigt måste man, tänker jag mig, som tolkningsdatum även beakta dispositiv rätt i form av 12 § 2 st. FML.

Det depositionsavtal som användes i de båda rättsfallen förefaller att ha en enda funktion, nämligen att skjuta upp den dispositiva skyldigheten enligt 12 § 2 st. FML att *genast* överlämna handpenningen till säljaren. I stället anger avtalet att handpenningen skall överlämnas till säljaren först på tillträdesdagen.¹⁹ Poängen med detta torde vara att samtliga prestationer skall utväxlas *Zug um Zug*. Avtalet syftar däremot knappast till att reglera vad som skall hända med handpenningen om köpet hävs. Av ordalydelsen får man snarare uppfattningen att avtalet är helt och hållet inriktat på att den motsatta situationen, att köpet full-

¹⁸ Det finns dock en hänvisning till bestämmelsen i ingressen till rättsfallsreferatet. Den berördes också av revisionssekreteraren.

¹⁹ Det bör understrykas att den typ av depositionsavtal som förekom i de båda rättsfallen inte är särskilt vanlig längre. Numera anges normalt att handpenningen endast skall hållas deponerad fram till dess att alla eventuella s.k. svärvillkor har blivit uppfyllda, och köpet har blivit definitivt. Vidare föreskrivs i regel en avtalad innehållanderätt för mäklaren vid tvist mellan köpare och säljare om vem som har rätt till de deponerade medlen.

följs som planerat på tillträdesdagen. HD:s uppfattning, att depositionsavtalet inte innehöll någon reglering av mäklarens betalningsskyldighet när köpeavtalet hävts, framstår mot den nu angivna bakgrunden som riktig.

Som nämnts gjorde hovrätten i RH-fallet en annan tolkning av depositionsavtalet. Hovrätten menade att avtalet även reglerade det fall där köpet hävts och att det fick anses innehålla en avtalad rätt och skyldighet för mäklaren att innehålla medlen till dess att det var utrett vem av köparen och säljaren som hade rätt till handpenningarna. Hovrättens tolkning framstår i och för sig som ändamålsenlig, men frågan är om den verkligen är nödvändig. Samma resultat borde kunna nås med hjälp av dispositiva regler. Jag återkommer till det i avsnittet nedan.

5.3 RH 2006:78 vs. NJA 2001 s. 292 – anomali eller harmoni?

Finns det någon möjlighet att jämka samman rättsfallen RH 2006:78 och NJA 2001 s. 292 eller strider de mot varandra?

Rättsfallen liknar varandra på så sätt att i båda fallen var det tvistigt mellan köpare och säljare vem som hade rätt till handpenningen. Men i NJA 2001 s. 292 hade mäklaren vitsordat att köparen haft rätt att begära köpets återgång. Under sådana förhållanden var det rätt självklart, kan man tycka, att han borde ha redovisat handpenningen till köparen och inte till säljaren. HD ålade honom därför att på nytt betala ut handpenningsbeloppet, denna gång till köparen. Detta följer av de fordringsrättsliga reglerna: den som betalar till fel borgenär kan, med de undantag som följer av 29 och 30 §§ skuldebrevslagen, förpliktas att betala igen till den rätte borgenären.

I RH 2006:78 var situationen delvis annorlunda. Här hade köparen påstått att hon hade fått anstånd med betalningen och att säljaren därför inte haft rätt att häva köpet på grund av dröjsmål. Det låg förstås i mäklarens intresse att förneka påståendet om anstånd, vilket han också gjorde. Om köparen inte hade varit i dröjsmål, och säljaren således inte haft grund för sin hävning, borde han ju inte ha betalat ut handpenningen till säljaren. Att utreda vem av köparen och säljaren som var rätt borgenär hade sannolikt krävt att även säljaren hade medverkat i processen och så är det nog rätt ofta i dylika fall; domstolen kan ju inte veta vilka (relevanta) invändningar som den andre konkurrerande borgenären skulle kunna rikta mot kärandens krav. Av det skälet tror jag inte det är nödvändigt att, som hovrätten gjorde, tolka in en avtalad innehållanderätt i depositionsavtalet för att komma fram till samma slutsats, det vill säga att köparens talan skulle ogillas.

Sammanfattningsvis kan det faktum att målen fick olika utgång kanske reduceras till en ren bevisfråga: till skillnad från borgenären i RH 2006:78 hade borgenären i NJA 2001 s. 292 styrkt sin fordran. I så fall är de båda rättsfallen fullt möjliga att förena; det finns ju inget som säger att HD inte skulle ha kommit fram till samma resultat som hovrätten gjorde i RH-fallet om förhållandena hade varit desamma. Om slutsatsen är riktig innebär det att så länge den påstådde bor-

genären inte har styrkt sin fordran, förändras inte gäldenärens ställning oavsett om han har betalat ut handpenningen till den konkurrerande borgenären eller har den kvar på sitt klientmedelskonto; i inget av fallen kan gäldenären förpliktas att (på nytt) utge handpenningen. Slutsatsen är dock inte helt enkel att förena med JustR Håstads särskilda yttrande i NJA-fallet, där denne uttalade att ”det [kan] i dag knappast råda något tvivel om att såvitt gäller penningsskulder, där deposition är möjlig, gäldenären måste ta ställning till kraven på betalning eller deponera”. Yttrandet får i så fall förses med reservationen att detta endast gäller om den påstådde borgenären har styrkt sin fordran, men det konkurrerande anspråket ändå inte kan lämnas helt utan avseende. Så länge som den påstådde borgenären inte har styrkt sin fordran kan gäldenären inte förpliktas att betala. Om det konkurrerande anspråket däremot kan lämnas utan avseende är nedsättning hos länsstyrelsen alls inte möjlig.

HD:s dom innehåller ytterligare en svårtydd passus. Som nämnts anger HD i domskälen dels att den påstådde borgenären måste styrka sin rätt för att kunna utverka betalning, dels att gäldenären inte kan innehålla betalning på den grunden att borgenärens rätt är ”vanskelig att bedöma”. Om jag förstått detta rätt menar HD att det kan finnas situationer där borgenären visserligen har styrkt sin rätt, men denna *ändå* är vanskelig att bedöma. Vad det kan vara för situationer avslöjar inte HD. Att nedsätta beloppet hos länsstyrelsen torde vara den enda rimliga utvägen för gäldenären i ett sådant fall.

5.4 Avslutande synpunkter

Som framgått kan mäklaren relativt enkelt undkomma risken att behöva betala två gånger genom att träffa ett avtal med köpare och säljare om innehållanderätt eller genom att nedsätta medlen hos länsstyrelsen. Om min tolkning av rättsfallen är riktig, torde de fall där nedsättning är *nödvändig* från mäklarens synvinkel dessutom vara relativt få, eftersom betalningsskyldighet till en viss borgenär förutsätter att denne har *styrkt* sin fordran. Och som påpekats ovan torde det normalt vara ganska svårt för en borgenär att styrka sin fordran när den konkurrerande borgenären inte deltar i processen, det illustreras rätt tydligt av RH-fallet. Ur det perspektivet framstår NJA-fallet som något av en udda fågel, eftersom mäklaren där hade vitsordat att köparen hade en avtalsenlig rätt att begära köpets återgång och därmed indirekt vitsordat att han hade betalat ut de deponerade medlen till fel borgenär. En sådan processuell ståndpunkt lär inte vara direkt vanlig, särskilt inte efter HD:s dom.

Rättegångar där det görs gällande en redovisningsfordran mot mäklaren är trots allt inte helt ovanliga. Man kan därför fundera på om det vid trepartsavtal om deposition borde krävas ett avtal eller en lagakraftvunnen dom mellan köpare och säljare innan rättsliga åtgärder kan vidtas mot mäklaren. En sådan regel skulle bland annat eliminera risken av motstridiga domar. Enligt nuva-

rande regelverk finns det inte några (teoretiska) hinder mot att *både* köparen och säljaren utverkar en dom på betalningsskyldighet mot mäklaren avseende det deponerade beloppet; en dom har ju bara rättskraft mellan parterna i målet. Den föreslagna regeln skulle framför allt – och det vore nog den största vinsten – få en handlingsdirigerande effekt. Det är nämligen inte särskilt ändamålsenligt att någon av de konkurrerande borgenärerna väcker talan mot mäklaren. Borgenären tvingas då ofta utkämpa ett tvåfrontskrig: oavsett om han vinner eller förlorar målet mot mäklaren kvarstår fortfarande den köprättsliga tvisten att lösa. Ett bättre alternativ är rättsregler som ger borgenären incitament att väcka talan mot sin köprättsliga motpart om bättre rätt till de deponerade medlen.²⁰ En sådan dom torde innebära att mäklaren kan utge de deponerade medlen till den vinnande parten. Rättsordningen bör rimligen uppmuntra till ageranden där tvisten kan lösas med hjälp av en och inte två rättegångar.

²⁰ Så skedde exempelvis i RH 2005:47.