



UPPSALA
UNIVERSITET

Uppsala Faculty of Law
Working Paper 2011:2

Anfordringsgarantier och oberoende personsäkerheter i europeisk och nordisk rätt

Torbjörn Ingvarsson



Abstract

The Study Group on a European Civil Code has presented a set of rules on personal securities. Personal securities for commercial transactions play an important role in world trade today and independent securities such as on demand guarantees and stand by letters of credit have gained in importance during the last decades.

The proposed rules are tested on court cases from Denmark and Sweden. When applied to real cases, the results are very similar to those reached by applying already existing rules on independent securities. If the court found the guarantee to be independent, the same result was reached by applying the rules of DCFR.

The weaker part of the proposed rules is the effects of the classifications. The novel approach in DCFR not to establish explicit rules on the right to reimbursement and subrogation to other securities when the guarantee is independent, but rather to state that the rules on dependent personal securities should be applied with appropriate adaptations, is criticized as too vague.

Working paper 2011:2

Anfordringsgarantier och oberoende personsäkerheter i europeisk och nordisk rätt

Torbjörn Ingvarsson

Universitetslektor i civilrätt, juris doktor

Juridiska fakulteten

Box 512

SE 751 20 Uppsala

torbjorn.ingvarsson@jur.uu.se

Tillgänglig via <http://uu.diva-portal.org>

Innehåll

1	Inledning	4
2	Reglerna om oberoende personsäkerheter i DCFR	5
3	Urvalet av rättsfall	7
4	Tolkningsfrågor	8
5	Utvärdering av reglerna om oberoende personsäkerheter i DCFR	25
6	Slutord	31

1 Inledning*

De nordiska rättssystemen karaktäriseras av att lagarna på den centrala förmögenhetsrättens område har ganska liten betydelse när konkreta problem skall lösas. I den lagstiftning som finns, vad gäller exempelvis avtal och borgensåtaganden, saknas ändå många regler. Även i grundläggande frågor kan reglerna ofta bara utläsas ur praxis och doktrin. Det är nog inte utan att en och annan jurist avundsjukt sneglat på de stora, nästan heltäckande kodifikationerna på kontinenten.¹ Hur lätt hade det inte varit att avgöra just den rättsfråga jag har framför mig med en tysk *Bürgerliches Gesetzbuch*, en fransk *Code Civil*, en nederländsk *Burgerlijke Wetboek* eller en schweizisk *Obligationenrecht*!

Som svar på en ännu näst intill outtalad önskan, har en arbetsgrupp bestående av praktiskt verksamma jurister och rättsvetare lagt fram ett ambitiöst utkast till gemensamma europeiska principer för civilrätten. Draft Common Frame of Reference (DCFR), som utkastet kallas, innehåller regler för en stor del av den centrala civilrätten och liknar i många stycken de kontinentala kodifikationerna. Arbetet har pågått under mer än tio år i olika arbetsgrupper och slutresultatet har presenterats i sex omfattande volymer. Förstudier, som senare omarbetats något och flutit in i DCFR, har publicerats löpande vartefter som de olika delarna blivit klara.

Sedan reglerna i DCFR gjordes allmänt tillgängliga 2009, har de fått mycket uppmärksamhet. I grunden är DCFR ett akademiskt projekt, men kommissionen har i den grönbok som offentliggjordes 1 juli 2010 gjort klart att DCFR bara är första steget mot en »europeisk avtalsrättsakt«. ² Åtskilliga artiklar har skrivits om reglernas tillkomsthistoria och reglernas allmänna uppbyggnad. ³ Även i

* Denna text är tänkt att ingå i en antologi om Draft Common Frame of Reference. I den slutliga versionen kan delar av den text som presenteras här komma att omarbetas för att passa i det nya sammanhanget.

¹ Se *Ramberg* En ny avtalslag SvJT 2011 s. 32-56, s. 34.

² Grönbok från kommissionen om politiska alternativ för främjande av en europeisk avtalsrätt för konsumenter och företag KOM(2010)348 slutlig. Både den danska och den tyska språkversionen talar om *avtalsrättsliga instrument*, vilket i mitt tycke är en bättre benämning än *avtalsrättsakt*.

³ Se exempelvis *Ramberg* Mot en gemensam europeisk civillagstiftning SvJT 2004 s. 459-474, *Schultz* Europeiska civilrättsprinciper JFT 2009 s. 762-793 med talrika hänvisningar samt *Sammelsö* Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet ERT 2009 s. 63-86.

svensk rättspraxis har reglerna hunnit avsätta spår och Högsta domstolen har i ett par avgöranden hänvisat till regelsystemet i DCFR.⁴ Det finns alltså all anledning att ta projektet på allvar.

Mycket har skrivits på ett allmänt plan om DCFR och dess föregångare, men mycket litet om de konkreta, föreslagna reglerna. Syftet med denna artikel är att visa vad det på ett par punkter mer konkret skulle innebära om reglerna skulle bli det avtalsrättsliga instrument kommissionen skisserat eller möjligen genom hänvisning tillämpliga på parternas överenskommelse. För att illustrera effekterna har reglerna i DCFR om *oberoende personsäkerheter* valts ut. Den ledande tanken i artikeln har varit, att den verkliga prøvostenen för att ett föreslaget regelsystem bör införas är om de föreslagna reglerna löser problem bättre än befintliga regler.

I det följande kommer några problem hämtade från avgjorda tvister att presenteras. Efter en inledande presentation av de tolkningsregler som är tillämpliga för personsäkerheter i DCFR, följer de utvalda rättsfallen. Avsikten har varit att jämföra den bedömning de nationella domstolarna gjort med det tänkbara utfallet av en tillämpning av DCFR:s regler. Jämförelsen mellan tillämpning av nu gällande, nationella regler och resultatet av en tänkt tillämpning av reglerna i DCFR följs av en utvärdering av reglerna. Utvärderingen koncentreras till att utveckla skillnaden mellan oberoende och abstrakta garantier och vilken betydelse en förståelse av dessa koncept har för reglernas uppbyggnad.

2 Reglerna om oberoende personsäkerheter i DCFR

Utgångspunkten för denna artikel är den text som presenterats i DCFR. I DCFR finns reglerna om de så kallade personsäkerheterna i bok IV del G och de om oberoende personsäkerheter i kapitel

⁴ Se NJA 2009 s. 672 (*Allbröd*) och T 4728-08 (*BIG.AB*). NJA 2009 s. 672 har kommenterats av *Ramberg* Uppsägningstid vid långvariga samarbetsavtal SvJT 2010 s. 94-98. Enligt min mening är det däremot väl mycket sagt att påstå att Högsta domstolen tillämpat reglerna i DCFR i de nämnda målen. DCFR nämns på samma fot som vissa standardavtal och lagrum som inte kan tillämpas direkt på rättsfrågan. Kanske vore det mest rättvisande att säga att Högsta domstolen låtit sig inspireras av lösningarna i DCFR.

3.⁵ Reglernas tillkomstshistoria, gör att även tidigare utkast till reglerna är av betydelse för att förstå den slutliga textens innebörd.

Den första offentliga versionen av reglerna om personsäkerheter publicerades 2007 som PEL/Pers. Sec.⁶ Kommentarererna i PEL/Pers. Sec. har till stor del inarbetats i det flerbandsverk som kallas DCFR Full Edition (FE). En hänvisning till DCFR (FE) avser i det följande reglerna med kommentarer, medan en hänvisning till DCFR, utan ytterligare bestämning, avser själva reglerna i den slutliga utgåvan.

Mellan PEL/Pers. Sec. och DCFR (FE) ligger en provisorisk utgåva av reglerna som i DCFR kallas Interim Outline Edition (IOE). Det finns en hel del skillnader mellan DCFR och IOE och i den mån de är av betydelse för förståelsen av reglerna, diskuteras de i det följande.

I DCFR finns även allmänna regler om avtal. De regler som aktualiseras i första hand i detta sammanhang är tolkningsreglerna i DCFR bok II. Dessa tolkningsregler går i sin tur i huvudsak tillbaka på de utgåvor av Principles of European Contract Law, i det följande *Principles*, som gavs ut i en första upplaga 1995 och i en reviderad upplaga 2000.⁷ I utgåvorna av Principles förklaras tankarna bakom de regler som lagts fram för avtalstolkningen. I Principles finns även beslyssande exempel på hur reglerna är tänkta att tillämpas. Reglerna i DCFR II bör därför ofta läsas genom Principles för att en full förståelse för regeln i DCFR skall kunna nås.

Karaktäristiskt för en oberoende garanti – eller självständig garanti, om man så vill⁸ – är att utställaren inte kan anföra invändningar som är hänförliga till det underliggande förhållande som garantin skall utgöra säkerhet för. Oberoende garantier fyller alltså

⁵ Benämningen *personsäkerheter* klingar inte alldeles väl. Denna lite dåliga tonträff är trots detta avsiktlig. I den engelska originaltexten används benämningen *personal securities*, i den danska översättningen av reglerna används beteckningen *personlige sikkerheder* och i den tyska *Persönliche Sicherheiten*. I äldre svenska framställningar kallades säkerheter av det slag som det här är fråga om *namnsäkerheter* till skillnad från *realsäkerheter*. Personliga säkerheter skorrar dock så illa att jag valt att använda termen personsäkerheter i denna framställning.

⁶ Principles of European Law, Personal security (PEL/Pers. Sec.) red. *Drobnig*, Oxford 2007, ISBN 0-19-929599-9. Utgåvan är till innehållet identisk med upplagan med tryckort München 2007, ISBN 978-3-935808-42-2.

⁷ Principles of European Contract Law, Parts I and II: combined and revised (*utg. Lando & Beale*), Haag 2000.

⁸ Beteckningarna självständig och oberoende kommer i det följande användas omväxlande utan avsedd betydelskillnad.

på många sätt samma funktion som en borgen. En oberoende garanti ger dock garantins förmånstagare en starkare position än vid borgen.

En oberoende garanti, *independent personal security*, är enligt definitionen i DCFR IV.G 1:101 (b) »an obligation by a security provider which is assumed in favour of a creditor for the purposes of security and which is expressly or impliedly declared not to depend upon another person's obligation owed to the creditor«.

3 Urvalet av rättsfall

Praxis om självständiga garantier är ytterst sparsam och doktrinen i Norden är inte heller särskilt omfattande. Samtliga använda fall är underrättsavgöranden, om än på »hovrättsnivå«, vilket gör att det inte helt säkert kan sägas att de högsta dömande instanserna hade gjort samma bedömning. I avsaknad av avgöranden från högsta instans, får detta för tillfället vara gott nog.

Det *första* av de utvalda fallen är danska Højesterets dom publicerad som U 2008.1415 H. Tvisten i Højesteret gällde inte tolkningen av garantin, men klassificeringen av garantin utgjorde en väsentlig del av landsrettens avgörande. Østre Landsret uttalade att när garantitexten inte ger tydligt uttryck för att det är fråga om en självständig garanti, så skall säkerheten anses vara accessorisk. Fallet belyser flera av de principiella frågorna när gränsen mellan oberoende och accessoriska obligationsrättsliga säkerhetsrätter skall dras. Det *andra* fallet är en dom från Hovrätten över Skåne och Blekinge, Ö 1298-99 avgjort 22 oktober 1999, kallat *Corona Line*. Fallet har inte tagits upp i rättsfallssamlingar, men omständigheterna och avgörandet har kommenterats av *Gorton* i artikeln On demand-garanti i svensk rätt – ett rättsfall i JT 2000-01 s. 526-536. I fallet hade säkerheten utfärdats av en bank, vilket innebär att tolkningen möjligen får en lite annan viktning än i det danska fallet, där garantin utställdes av två kommuner. I hovrätten lämnade garantigivaren direkt motsägelsefulla uppgifter om vilka förutsättningarna för fullgörelse enligt garantin var. Hovrätten för Skåne och Blekinge fann att garantin var oberoende och ålade banken att betala. I det *tredje* fallet som refereras som NJA 2002 s. 244 tog Svea Hovrätt ställning till om en bankgaranti var att betrakta som helt oberoende eller accessorisk till ett underliggande avtal. Inte heller i detta fall kom Högsta domstolen att bedöma själva garantin. Huvudfrå-

gan i Högsta domstolen blev istället huruvida den som utfärdat handlingen varit behörig att utfärda garantin för bankens räkning. I detta fall är det inte i första hand hovrättens bedömning som är den intressanta, utan Högsta domstolens obiter dictum om hur anfordringsgarantier skall bedömas enligt svensk rätt.

Det finns ett par fall som rör närliggande frågor som de nu nämnda. I det danska fallet U 1988.449 H hade garantigivaren infriat en anfordringsgaranti. Garantin i fallet var »felvänd«, så att den gav köparen garanti för leveransen och inte som är vanligast säljaren säkerhet för betalningen. Påkallandet förefaller ha varit materiellt obefogat sett utifrån det köp som föranledde utfärdandet av garantin. Säljaren invände därför mot garantigivarens krav, som riktades med stöd av garantins motfordring, att eftersom det skulle vara praktiskt omöjligt för säljaren att regressvis få tillbaka beloppet från köparen, så var rätten för garantigivaren att få betalt med stöd av motfordringen utesluten. Varken Sø- og Handelsretten eller Højesteret ansåg att säljaren kunde vägra betalning och de fann inte heller att skyldigheten att fullgöra motförbindelsen kunde jämkas med stöd av 36 § aftaleloven. Ännu ett stycke längre bort ligger NJA 2002 s. 412 som rörde bedömningen av vissa mekanismer vid betalning med remburs. I fallet användes ICC:s standardavtal för remburs UCP. Fallet är ett tydligt exempel på användningen av anationella rättskällor och ger därmed en viss fingervisning om hur reglerna i DCFR skulle kunna komma att användas om parterna aktivt hänvisade till dem, utan att de utgjorde gällande rätt.

4 Tolkningsfrågor

DCFR innehåller flera regler som är avsedda att stödja avtalstolkarens bedömning. Några av reglerna är av mera generell natur, medan andra är specifikt inriktade på bedömningen av personsäkerheter.

En av de viktigaste frågorna som måste avgöras när en personsäkerhet ställts är om garantin har karaktären av oberoende eller beroende. Den grundläggande skillnaden mellan en oberoende och en beroende säkerhet är att den senare delvis begränsas och bestäms av ett underliggande rättsförhållande. Denna länk mellan säkerheten och den förpliktelse som utgjorde anledning till att säkerheten ställdes brukar kallas accessoritet. I det följande kommer begreppen accessorisk och beroende att användas som synonymer.

Att ett avtal är accessoriskt till ett annat har en rad konsekvenser. Den viktigaste är att den som ställt säkerheten har rätt att anföra invändningar som är hänförliga till såväl själva villkoren för själva garantin som till det underliggande rättsförhållandet. Exempelvis har en borgensman rätt att invända att det föreligger fel i levererad vara om det avtal som åtagandet skulle säkerställa var ett köp. Borgensmannen kan också anföra att förutsättningarna för borgensåtagandet inte är uppfyllda, exempelvis att gäldenären i det underliggande avtalet ännu inte krävts vid enkel borgen eller att fordringen inte förfallit till betalning. I vissa situationer anses borgensmannen till och med ha en skyldighet att undersöka om gäldenären kan anföra några invändningar innan betalning sker till borgenären.⁹ Försummar borgensmannen att anföra invändningarna, kan gäldenären neka att betala borgensmannens regressfordran till den del den motsvarar gäldenärens invändning.

Det finns flera författare i Norden som uttryckt att borgensåtaganden och andra obligationsrättsliga säkerhetsrätter bör tolkas restriktivt till avgivarens förmån.¹⁰ Detta är emellertid ingen självklar utgångspunkt. Tolkningsregeln har bildats med typfallet att borgensmannen är en privatperson som inte har någon ekonomisk fördel av att säkerheten ställs. När det gäller oberoende garantier torde det höra till undantagen att garantigivaren gör detta utan att ersättning utgår. Utfärdaren av en oberoende garanti är nästan undantagslöst en professionell kreditgivare eller annan kommersiell aktör. En princip om att garantin skall tolkas till förmån för utfärdaren faller sig därför inte sakligt sett som särskilt välgrundad.¹¹ I PEL/Pers. Sec. 1:105 och i IOE IV.G 1:105 fanns en särskild regel om tolkningen av borgensåtaganden och andra obligationsrättsliga säkerheter med följande lydelse:

»Where there is doubt about the meaning of a term of a security, and this term is supplied by a security provider acting for remuneration,

⁹ *Walén* Borgen och tredjemanspant, 3 upplagan, Stockholm 2002, s. 209-211.

¹⁰ Se bland andra *Ussing* Kaution, Köpenhamn 1928, s. 34-36 och *Walén* Borgen och tredjemanspant, 3 upplagan Stockholm, s. 114.

¹¹ Se redan hos *Ussing* Kaution s. 34: »Ialfald i alle de sædvanlige Tilfælde, hvor Kautionen ikke giver Kreditor en vederlagsfri Fordel, vilde det være urigtigt at stille Kautionisten gunstigere end andre Løftegivere.« Jfr om tolkningen av bankgarantier *Smith* Garantirett III, 2 upplagan Oslo 1982, s. 88.

an interpretation of the term against the security provider is to be preferred.«

I DCFR finns inte denna regel kvar,¹² men en regel som förefaller ha till syfte att reglera samma situationer finns i DCFR II 8:103:

»(1) Where there is doubt about the meaning of a term not individually negotiated, an interpretation of the term against the party who supplied it is to be preferred.

(2) Where there is doubt about the meaning of any other term, and that term has been established under the dominant influence of one party, an interpretation of the term against that party is to be preferred.«

Regeln i första stycket är en ganska klassisk variant av *contra proferentem*-regeln. När det är fråga om garantier av detta slag, utformas garantin i de flesta fall antingen helt individuellt eller mot bakgrund av något av ICC:s standardvillkor. Det kommer av detta skäl sällan att bli fråga om att tolka villkoret till nackdel för någon viss part med stöd av första stycket.¹³ Andra stycket är utformat för att träffa vissa situationer som inte faller under första styckets regel. Det handlar om situationer då villkoren visserligen varit föremål för individuell förhandling, men där den ena parten konkret eller reellt kunnat diktera villkoren. I kommentaren nämns särskilt obligationsrättsliga säkerheter som exempel på fall då regeln i andra stycket skulle kunna komma att tillämpas.¹⁴ När borgenären är näringsidkare och garantigivaren en privatperson, förordas alltså den

¹² I DCFR (FE) lämnas ingen förklaring till att regeln i PEL/Pers. Sec. strukits. Ännu i IOE fanns regeln kvar. Det går heller inte att utläsa vilka källorna till regeln i DCFR II 8:103 (2) är. Förmodligen är det fråga om den typ av generalisering som anförs som skäl till förändringar i DCFR (FE) vol. 1 Intr. 44 s. 17. Det framstår enligt min mening som mindre troligt att överlappning med regler i Principles spelat roll (Intr. 46, s. 18) eller att det handlat om en självständig förbättring (Intr. 47, s. 18) i förhållandet till PEL/Pers. Sec, som vore de tänkbara alternativa förklaringarna till ändringen i denna del.

¹³ Kommentaren till Principles 5:103 verkar gå längre än förväntat när de situationer anges då regeln är tillämplig. Där sägs att regeln skall tillämpas mot envar som använder klausuler som utformats på förhand, exempelvis då villkoren utformats av en organisation som den som använder villkoren tillhör. När ICC:s regler används föreligger emellertid inte den skeva balans som tillämpning av regeln i grunden förutsätter. Se allmänt om tillämpning av oklarhetsregeln och tolkning av standardavtal *Bernitz* Standardavtalsrätt, 7 upplagan Stockholm 2008, s. 88-91.

¹⁴ DCFR (FE) vol. 1 s. 565.

traditionella regeln att tolkning skall ske till förmån för garantigivaren. Båda tolkningsreglerna i DCFR II 8:103 ger avtalstolkaren en anvisning om utgångspunkterna för tolkningen, ett slags förförståelse, men ganska lite ledning för när tillämpning av regeln *inte* skall ske. Det är inte särskilt hjälpsamt, när det i kommentaren till bestämmelsen tillfogas att domaren ändå kan tolkas till förmån för den som tillhandahållit regeln eller haft det dominerande inflytandet över den slutliga lydelsen om det är lämpligt.¹⁵

Frågan är om regeln i DCFR II 8:103 ändå skall läsas mot bakgrund av den ursprungliga regeln i PEL/Pers. Sec. 1:105. Genom den placering regeln fått i DCFR blir sambandet med andra tolkningsregler tydligare. Det är närmast en självklarhet att den ursprungliga regeln i PEL/Pers. Sec. och regeln i DCFR II 8:103 inte träffar riktigt samma situationer. I det övervägande antalet praktiska fall kan man nog ändå anta att tillämpningen av reglerna ger likartade resultat när garantier skall tolkas.

De nu beskrivna allmänna tolkningsreglerna kompletteras av några regler som är särskilda för personsäkerheter. I DCFR IV.G 2:101 finns även en bevisbörderegler, vilken innebär att en personsäkerhet är accessorisk, om inte borgenären visar annat:

»Any undertaking to pay, to render any performance or to pay damages to the creditor by way of security is presumed to give rise to a dependent personal security, unless the creditor shows that it was agreed otherwise.«

Regeln motiveras med att oberoende garantier typiskt sett är betydligt farligare än accessoriska. För att det skall vara fråga om en oberoende garanti krävs därför typiskt sett att garantitexten otvetydigt ger uttryck för att säkerheten är oberoende och även i dessa fall är det möjligt att andra fakta talar för att garantin var tänkt att vara accessorisk. För långt får emellertid denna regel inte drivas och i DCFR IV.G 3:101 finns en regel som påminner om att inte varje referens till ett underliggande förhållande gör garantin accessorisk:

¹⁵ »A judge could, in appropriate circumstances, interpret a clause which has not been individually negotiated in favour of the party who proposed it.« Principles s. 294 och med snarlik formulering DCFR (FE) vol. 1 s. 565.

»The independence of a security is not prejudiced by a mere general reference to an underlying obligation (including a personal security).

Borgensåtaganden, som ju är accessoriska, tecknas ofta på den huvudförbindelse som den skall utgöra säkerhet för. En garanti där emot utfärdas ofta som en separat handling, skild från det eventuellt skriftliga avtal som föranlett garantins utfärdande. Det är mer regel än undantag att det rättsförhållande som gjort att ena parten vill ha någon form av säkerhet nämns i garantitexten. Genom regeln görs det tydligt att sådana omnämmanden i sig inte gör garantin accessorisk. Vad som mer betstämt menas med »a mere general reference« får ändå sägas vara oklart. I kommentaren till bestämmelsen görs förtydligandet, att det avgörande kriteriet är om garantigivarens skyldighet att prestera »is independent of the obligation(s) of the principal as debtor of the underlying contract with the creditor«. ¹⁶ Förklaringen får väl närmast betecknas som ett cirkelresonemang. Både förklaringen och regeln själv innehåller dessutom den otydligheten, att de hänvisar till den förpliktelse som föranlett utfärdandet av säkerheten som »underlying«. För en oberoende garanti kan det inte finnas någon underliggande förpliktelse, eftersom just avsaknaden av relation till den förpliktelse som må ha föranlett utfärdandet är det som karaktäriserar de oberoende garantierna.

Om det är fråga om en oberoende garanti, föreligger ingen regressrätt utan avtal för garantiutfärdaren. Ett omnämmande av en rätt att vända sig mot den som skall prestera i det avtal som föranledde utfärdandet av garantin skulle därför kunna tänkas vara ett uttryck för att garantin var avsedd att vara accessorisk. Är garantin oberoende måste dessa därför avtala om regressrätt. Regressavtal skrivs regelmässigt när det är fråga om bankgarantier och dessa kallas normalt motgarantier. Frasen *including a personal security* inom parentes i den ovan citerade bestämmelsen i 3:101 är enligt kommentaren avsedd att fånga bland annat dessa motgarantier. ¹⁷ Ett omnämmande av att garantiutfärdaren har en avtalad regressrätt förtar alltså inte garantin karaktären av oberoende.

Utöver dessa fall ger reglerna i DCFR liten ledning, utan avgörandet får fällas efter en konkret avtalstolkning. Hänvisningar till ett underliggande avtal är generellt tecken på att garantin är acces-

¹⁶ Se PEL/Pers. Sec. s. 322.

¹⁷ Se PEL/Pers. Sec. s. 323 och DCFR (FE) vol. 3 s. 2697.

sorisk. Det är exempelvis inte möjligt att tänka sig att säkerheter som avser att täcka återstående belopp först när andra garantier eller säkerhet tagits i bruk är oberoende. Som en följd av dessa begränsningar kommer de helt oberoende personsäkerheterna till det yttre, om inte hänsyn tas till sammanhanget då det utfärdas, att uppvisa stora likheter med renodlade betalningsåtaganden utan garantifunktion.

Sammantaget är tröskeln hög för att anse en oberoende personsäkerhet föreligga. Om man väl genom tolkningen stigit över tröskeln till den oberoende garantin, gäller ganska stränga regler om ansvar. Endast undantaget för uppenbara fall av oberättigade eller svekfulla krav kan med framgång anföras mot krav på fullgörelse om den oberoende garantins villkor är uppfyllda.

U 2008.1415 H

Fallet gällde en garanti som ställts av två danska kommuner, Grenaa och Norddjurs,¹⁸ för ett driftbolags (D) åtaganden mot ett rederi (R). Det avtal som föranledde att garantin utfärdades var ett bareboatcerteparti.¹⁹ Certepartiet ingicks med de villkor som anges i standardformuläret Barecon 89, som utarbetats av BIMCO.²⁰ Den garanti som utfärdades i fallet betecknades som en *opfyldelsesgaranti*. Själva garantin avfattades på engelska och texten löd:

»...we, the municipalities of Grenaa and Hundested, herby undertake unconditionally and irrevocably to pay on first demand as for our own debt to [R] all sums which [D] owe or at any time will be owing

¹⁸ Grenaa ligger på Jyllands östra sida i Norddjurs kommun och Hundested på Själ-lands nord-västra sida, numera i Halsnæs kommun nord-väst om Köpenhamn.

¹⁹ Ett bareboatcerteparti är en form av hyra av skepp. Skeppets ägare och hyrestagaren, bareboatbefraktaren, ingår ett avtal om hyra för en angiven period av visst skepp utan besättning. Certepartiet löper ofta under flera år och bareboatbefraktaren betalar för användningen. Hyrestagaren tar över hela den nautiska rådigheten över skeppet och även den kommersiella kontrollen, vilket innebär att hyrestagaren svarar för exempelvis bemanning, turläggning och vad som skall fraktas. I de allra flesta avseenden har alltså bareboatbefraktaren rätt att agera som om skeppet ägdes av hyrestagaren. Detta gör att ett bareboatcerteparti i många stycken får likheter med leasingarrangemang. Till det sagda, se beskrivningen i kommentaren till danska sjölagen av *Bredholt, Martens & Philip Søløven* med kommentarer, 3 upplagan Köpenhamn 2001, s. 359.

²⁰ The Baltic and International Maritime Council (BIMCO) bildades 1905 och är en oberoende intresseorganisation för bland annat skeppsägare, skeppsmäklare och speditörer. Organisationen har utfärdat en rad vitt spridda standardformulär för certepartier och sjötransport.

to [R] in relation to the payment of the fixed bareboat charter hire according to the charterparty between [R] as owners and [D] as charterers.«

I dansk översättning, som parterna anförde inför domstolen, lydde texten på följande sätt:

»...vi, kommunerne Grenaa og Hundested [forpligter] os ubetinget og uigenkaldeligt til på anfordring og som selvskyldner at betale ethvert beløb, som [D] skylder eller til enhver tid måtte skyldes [R] i relation til betaling af den faste bareboat-befragtningssleje i henhold til befragtningsskiftalen indgået mellem [R] som ejere og [D] som befragtere.«

Som framgår är inte ansvaret enligt garantin helt klart. Det är framför allt referensen till befraktningsavtalet som skapar oklarheten, eftersom hyresbetalningen bara är en av de plikter som kan tänkas flyta ur befraktningsavtalet. Det finns också en diskrepans mellan den engelska originaltexten och den danska översättningen på så sätt att garantin ger intrycket av att vara en ren anfordringsgaranti, eftersom uttrycket *to pay on first demand* används, medan det i den danska översättningen talas om en *selvskyldner*, som i sammanhanget närmast bör betyda *proprieborgensman*.²¹

Den färja som skulle trafikera sträckan hade specialbeställts. Färjan visade sig efter leverans att ha en rad fel och danska Søfartsstyrelsen gav därför bara ett begränsat tillstånd till bolaget att trafikera sträckan. Søfartsstyrelsens beslut innebar bland annat att färjan inte kunde hålla tänkt hastighet. Trots upprepade försök att rätta till felen, kvarstod så många att det inte gick att trafikera sträckan på avsett sätt. Driftbolaget hävde slutligen hela certepartiet. Frågan som uppkom var om rederiet var berättigat att erhålla ersättning med stöd av den utfärdade garantin även för andra kostnader än förfallen charterhyra och om kommunerna kunde vägra att betala med hänvisning till förhållanden hänförliga till det underliggande avtalet.

²¹ Se beskrivningen hos *Ussing* Kaution s. 36 om skillnaden mellan simpel kaution och selvskyldnerkaution. I danskt rättsliv används inte någon verklig motsvarighet till den i Sverige vanligt förekommande formuleringen »såsom för egen skuld«. Istället brukar uttryck som »promte betaling« och »betaling i rette tid« göra att åtagandet är en selvskyldnerkaution. Se *Ussing* a. a, s. 80-81.

I fallet kom Østre Landsret fram till att garantin inte kunde tas i anspråk. Grunden för detta var att driftbolaget hade haft rätt att häva certepartiet. För att denna hävning skall vara relevant, måste emellertid den utfärdade garantin klassificeras som en accessorisk garanti och inte en självständig garanti. Østre Landsret skriver om bedömningen i skälen på följande sätt:

»Efter sit indhold må opfyldelsesgarantien herefter anses som en selvskyldnerkaution, jf. ordene »pay ... as for our own debt«. Efter garantiens ordlyd er der alene kautioneret for det beløb, som Driftselskabet er forpligtet til at betale efter bareboatcertepartiet, og som endnu ikke er betalt på forfaldsdatoen. Denne henvisning til bareboatcertepartiet må forstås i overensstemmelse med dansk rets almindelige regel, hvorefter en kaution er afhængig af hovedmandens forpligtelse. Udtrykket »pay on ... demand« er af translatøren oversat til »på anfordring ... at betales, men må i lyset af dansk ret mere rammende antages at betyde: »efter påkrav ... at betales«. Ordene »on first demand« understreger, at kreditor ikke behøver at forsøge retsforfølgning mod hovedmanden, før han kan kræve beløbet betalt af kautionisten, men kan derimod ikke i sig selv uden særlige holdpunkter herfor indebære, at selskyldnerkautionisten er indgået på at betale helt uafhængig af hovedfordringen. I mangel af klare holdpunkter i garantiens tekst for, at kautionisten har villet forpligte sig til at betale til kreditor, uafhængig af om hovedmandens forpligtelse består, kan ordene »on first demand« således ikke medføre nogen fravigelse af dansk rets almindelige udgangspunkt, hvorefter kautionistens forpligtelser er afhængig af hovedmandens forpligtelse.«²²

I Højesteret frånföll rederiet påståendet att det var fråga om en anfordringsgaranti och frågan prövades därför inte i denna del. Frågan är nu hur den fråga Østre Landsret avgjorde skulle ha bedömts om reglerna i DCFR varit dansk rätt.

Landsrettens väg fram till bedömningen att garantin var accessorisk gick över en värdering av själva garantitexten. Ordalydelsen sattes i första rummet. Enligt DCFR II 8:101 skall avtalet i första hand tolkas i enlighet med den gemensamma partsviljan. Om denna inte kan utrönas, skall istället avtalet tolkas i enlighet med den

²² U 2002.1415 H, Østre Landsrets domskäl, referatet s. 1425.

mening som en förnuftig person skulle ge det. Denna objektiverande metod är inte avsedd att ge utrymme för att sätta in en fiktiv partsvilja där den verkliga inte kan utrönas eller faktiskt saknas.²³ Frågan skall avgöras efter den mening som en förnuftig person i samma situation som avtalsparterna skulle ha haft. Denna tänkta persons uppfattning utgör alltså måttstocken för tolkningen.

DCFR II 8:102 innehåller en förteckning över omständigheter som kan beaktas vid tolkningen av åtagandet. Listan är inte tänkt att vara uttömmande, vilket innebär att andra omständigheter också kan komma att beaktas av avtalstolkaren.²⁴ Av de faktorer som nämns i förteckningen är egentligen bara punkten *e) avtalets natur och syfte* och möjligen punkten *g) tro och heder* av relevans i den aktuella situationen.²⁵ Vad som mer bestämt menas med avtalets natur och syfte anges inte i kommentaren till bestämmelsen. Det ligger inte alltför långt bort att knyta denna punkt till idén om det funktionella avtalet, det vill säga att det utifrån den miljö avtalet uppkommer och den funktion avtal av samma slag brukar ha, sluta sig till att även detta, konkreta avtal har haft samma funktion.²⁶

I det aktuella fallet skulle man kunna peka på att rederiet var danskt, varvet som byggde skeppet norskt, det företag som tog över kravet mot kommunerna var svenskt och driftbolaget var danskt. Det hör till ovanligheterna att en garanti i Norden görs helt oberoende av det underliggande avtalet. Det behövs helt enkelt inte så långtgående garantier, eftersom möjligheterna att göra krav gällande inom Norden är så goda. Syftet med att kräva garantin var i första hand att ge rederiet säkerhet för hyresfordringarna. Detta syfte framgår genom att betalningsansvaret knyts till »the payment of the fixed bareboat charter hire«. Betalningsansvar för andra kostnader än charterhyran är inte angivet i avtalet och de krav som uppkommer i anledning av att avtalet hävs hade krävt en helt annan formulering.

Syftet med avtalet får därmed anses klart, men frågan om garantins karaktär är däremot inte avgjord. Det är nämligen fullt möjligt

²³ Principles s. 289.

²⁴ Principles s. 291.

²⁵ Av skäl som inte framstår som uppenbara, återges punkterna i DCFR i annan ordning än i Principles som regeln i övrigt överensstämmer med.

²⁶ Jfr *Grönfors* Tolkning av fraktavtal, Göteborg 1989, s. 62: »Av det sagda blir en slutsats, att avtalstypen som styrmedel får en stark genomslagskraft. Ofta förhåller det sig säkert så, att utfallet av tolkningen är givet redan genom att avtalstypen fixerats och därmed börjat utöva sin styrande verkan.«

att tänka sig att garantin ändå är oberoende, även om den skulle vara begränsad till att bara omfatta krav på charterhyran.

Endast ett omnämnande av det rättsförhållande som utgjorde anledningen till att garantin utställdes gör enligt DCFR IV.G 3:101 inte garantin beroende, men mot detta måste vägas att det i DCFR IV.G 2:101 (1) finns en tydlig presumtion för att säkerheten är beroende. Bevisbördan för att garantin är oberoende ligger enligt 2:101 på borgenären.

Frågan om vilken grad av bevisning som krävs för att det skall vara fråga om en oberoende garanti diskuteras inte särskilt utförligt i DCFR (FE) och omnämns bara i förbigående i PEL/Pers. Sec. Uttrycket *visa* (*show en, bevise da*) i 2:101 (1) får antas innebära ett högt ställt beviskrav. Borgenären skall alltså kunna visa att parterna kommit överens om att säkerheten skall vara oberoende genom att detta sagts uttryckligen eller genom att peka på att detta är ett otvetydigt resultat av parternas överenskommelse (*expressly or impliedly declared*).²⁷ Skälet till denna regel är givetvis att de oberoende garantierna generellt är »farligare« än de accessoriska åtagandena.

Rätten att göra bruk av samma invändningar som gäldenären i det rättsförhållande som föranledde utställandet av garantin ger garantigivaren ytterligare möjligheter att undkomma betalningsskyldighet utöver de invändningar som kan flyta ur själva garantin. Østre Landsret ger uttryck för denna presumptionsregel, när det uttalas i skälen att dansk rätts allmänna huvudregel om att garantigivarens ansvar är beroende av huvudgäldenärens ansvar skall ha företräde, då det saknas klart stöd i garantins text för att garantigivaren har avsett att förbinda sig att betala till borgenären oavsett huvudgäldenärens ansvar.²⁸ Slutsatsen blev därmed att garantin inte kunde göras gällande.

Garantin i fallet hade utformats av styrelseordföranden (*bestyrelsesformanden*) i driftbolaget, men enligt vad som framgår av domskälen med rederiet som den verkliga avtalsskrivaren.²⁹ I både PEL/Pers. Sec. och i DCFR tillmäts omständigheten att en av par-

²⁷ Se PEL/Pers. Sec. s. 196, kommentar till 2:101 B 3. Jfr PEL/Pers. Sec. s. 95, kommentar till 1:101 C 32.

²⁸ Det är värt att notera att domstolen genomgående använder borgensterminologi: *kautionist, hovedmand* och *hovedfordring*.

²⁹ Uttrycket som används i U 2008. 1415 H på s. 1419 i referatet är *med ført hånd*, vilket närmast motsvarar det svenska uttrycket *med handen på pennan*. Det danska uttrycket förefaller dock kunna användas även i situationer då man avser att beskriva att villkor eller slutsatser dikterats av annan än den som faktiskt utformat en handling.

terna tillhandahållit den omtvistade formuleringen vikt. Landsretten tar inte ställning till detta påstående. Under förutsättning att påståendet varit riktigt och att det anförts på ett sådant sätt att domstolen behövt ta ställning till det, kan man fråga sig hur bedömningen fallit ut med regeln i DCFR II 8:103 som gällande rätt. Inställningen till enkla tumregler som *contra proferentem*-tolkning kan nog sägas vara försiktigt avvisande i svensk rätt och detsamma kan sägas om dansk rätt. Trots detta återkommer rekommendationen i doktrinen att garantin i tvivelsfall skall tolkas till nackdel för den som har rätt att kräva ersättningen med stöd av garantin.³⁰

Resultatet av en tänkt tillämpning av reglerna i DCFR på certepartigaranti förefaller alltså ha blivit detsamma som när reglerna i gällande dansk rätt tillämpades. Enligt båda regelsystemen är garantin accessorisk och då det underliggande avtalet hävts, bortfaller garantigivarens ansvar.

Ö 1298-99 *Corona Line*

Fallet gällde en garanti för ett bareboat-certeparti. Företaget Corona Line S.A. hyrde ett fartyg av det spanska företaget Agencia Schembri S.A. Fartyget skulle trafikera sträckan Karlskrona – Gdynia. I fallet var det fråga om en bankgaranti som utställdes mot betalning. Garantin utfärdades av Svenska Handelsbanken och hade följande lydelse:

»Whereas Corona Line S.A on 30th December 1993 has entered into a bareboat charter party with Agencia Schembri S.A., according to which Corona Line chartered MV – for a period of 24 months, commencing on 15th February 1994, NOW THEREFORE, we, the undersigned Svenska Handelsbanken, at the request of – Corona Line S.A., do hereby guarantee as for a debt of our own the due fulfilment of Corona Line's S.A. obligation to pay charter hire under the said charter party. Our undertaking under this guarantee is absolute and unconditional and payable on demand, but, however, limited to a total maximum amount of USD 700.000:-. Any claim under this guarantee shall be made in writing and be sent to the undersigned bank under address –, at the latest thirty days after either of the following oc-

³⁰ Se för dansk rätt *Godsk Pedersen Bankgarantier*, 2 upplagan Köpenhamn 2003, s. 152 och för svensk rätts del *Walén Borgen och tredjemanspant*, 3 upplagan Stockholm 2002, s. 115f.

currences, namely withdrawal of the vessel before the end of the charter period –, delivery of the vessel as a result of Corona Line exercising its option to purchase the vessel, or redelivery of this vessel at the end of the agreed charter period, whichever occurs first, however, always latest on 15th March 1996 in order to be effective against us.

However, we shall under no circumstances be liable by reason of this undertaking to pay any amount in excess of USD 700.000 –.

This guarantee shall in all respects be governed by and construed in accordance with the laws of Sweden.

Any dispute arising out of or in connection with this guarantee shall be referred to the ordinary courts in Sweden, Karlskrona Tingsrätt being the court of first instance.«³¹

Karlskrona kommun hade ställt en motförbindelse till banken för den utställda garantin. När hyrestagaren inte betalade förfallen hyra, krävde uthyraren betalning med stöd av garantin. Banken betalade ut USD 140 000 för de upplupna hyrorna för perioden 1 till 20 mars 1995, men ansåg sig inte ha skyldighet att prestera ytterligare på grund av garantin. Fartygets ägare stämde banken och krävde betalning av USD 560 000 som återstod upp till garantins beloppsbegränsning på USD 700 000. Banken bestred att garantin kunde läggas till grund för ytterligare krav.

Både tingsrätt och hovrätt fann att banken var betalningsskyldig. Hovrättens dom överklagades aldrig. Hovrättens domskäl innehåller bland annat en beskrivning av vad som menas med en anfordringsgaranti. Parterna var märkligt nog överens om att det var fråga om en anfordringsgaranti. Banken gjorde förtydligandet i hovrätten, att den av banken utställda betalningsförbindelsen var »en s.k. on demand-garanti«, och tillade att utbetalning enligt en sådan garanti »förutsätter att betalningskravet grundas på det rättsförhållande till vilket garantin hänför sig och även i övrigt faller inom ramar för de begränsningar i betalningsansvaret som garantiåtagandet är förenat med«.³² Påståendet att det var fråga om en anfordringsgaranti, men att ansvaret skulle vara som vid proprieborgen, går inte ihop. Bankens motsägelsefulla påstående borde ha inneburit att domstolen ändå gick in på en prövning i sak av själva garantin och värderade omständigheterna vid garantins utfärdande.

³¹ Citerat efter *Gorton* On demand-garanti i svensk rätt – ett rättsfall JT 2000-01 s. 526-536, s. 531.

³² Citerat efter originaldomen Ö 1298-99 s. 2.

Så är emellertid inte majoritetens domskäl i hovrätten utformade, utan majoriteten tycks ha utgått från att bankens vitsordande av påståendet att det var fråga om en anfordringsgaranti räckte för att avgöra saken. Den skiljaktige kom till samma slut som majoriteten efter en tolkning av garantin och avtalsituationen.³³

Garantitexten är inte helt entydig. I garantin sägs åtagandet vara »as for own debt«, vilket brukar vara sättet en vanlig proprieborgen beskrivs på engelska. När sedan åtagandet sägs vara absolut och oåterkalleligt, reduceras dock utrymme för banken att neka fullgörande av garantiåtagandet med stöd av invändningar hämtade från hyresavtalet till uppenbart ogrundade anspråk av det slag som även erkänns vid remburs. Drar man in omständigheterna vid tillkomsten i en helhetsbedömning, framgår det av vittnesutsagor i målet att garantin från början varit en proprieborgensgaranti i engelsk språkdräkt. Då uthyraren inte accepterade säkerheten utan krävde en anfordringsgaranti, lades villkoret att den skulle vara absolut och oåterkalleligt till garantitexten. Ambivalensen i garantitexten får alltså sin förklaring i handlingens tillkomsthistoria.

Går man nu över till att se hur garantin hade bedömts om reglerna i DCFR varit tillämpliga, så bör man först notera att den ovan diskuterade regeln om garantier som ställts mot ersättning aktualiseras här. Garantiutställaren var en bank och tog ut sedvanliga avgifter för att utfärda garantin. Motgarantin från kommunen bör också ha inneburit att banken inte fick bära hela den slutliga ekonomiska bördan. Så som regeln var utformad i PEL/Pers. Sec. 1:105 hade det inte varit någon tvekan om att garantin skulle ha tolkats till nackdel för banken. I den slutliga versionen i DCFR II 8:103 (2) är detta inte lika självklart. Regeln utgår från idén om dominerande inflytande. Sakligt kan man fråga sig om inte det dominerande inflytandet här utövades av uthyraren. Samtidigt kan man konstatera att banker generellt måste anses besitta särskild kompetens att avgöra vad en bankgaranti innebär. Att uthyraren vägrar att hyra ut utan att ha en tillräckligt god säkerhet är förmodligen inte den form av dominerande inflytande som avses i bestämmelsen. Alldeles säkert är det inte och kommentarerna till bestämmelsen är inte särskilt hjälpsamma.

³³ Jag delar alltså inte Gortons omdöme i JT 2000-01 s. 536, att den skiljaktiges tillvägagångssätt var en omväg. Tvärt om anser jag den argumentation som det skiljaktiga hovrättsrådet le Grand anför vara utmärkt träffande och även processuellt mer korrekt.

Presumptionsregeln i DCFR IV.G 2:101, enligt vilken en säkerhet antas vara accessorisk om inte förmånstagaren kan visa att den är oberoende, bör utgöra utgångspunkten för bedömningen av garantin. Sättet för uthyraren att visa att garantin var oberoende bör i detta konkreta fall vara att peka på att garantitexten i allt väsentligt ger uttryck för att bankens skyldighet att prestera inte är beroende av det underliggande avtalet. Även bevisning om hur garantins parter agerat innan säkerheten utfärdades bör vara av relevans.

Enligt min mening bör inte presumptionsregeln i DCFR IV.G 2:101 hindra att bankgarantin anses vara en anfordringsgaranti. Varje tveksamhet, hur liten den än må vara, kan knappast leda till att åtagandet anses accessoriskt till en huvudförbindelse. En skyddsregel som går så långt, skulle innebära, att oberoende garantier knappast kan uppkomma annat än som formelartade, starkt standardiserade utfästelser. Ett så starkt skydd kan knappast vara eftersträvansvärt i den kommersiella sfären för en aktör som har som sitt huvudsakliga kompetensområde att bedöma kreditrisker.

Sammantaget är det min uppfattning att en bedömning med utgångspunkt i reglerna i DCFR förmodligen skulle ha givit samma resultat som de principer som tillämpas i svensk rätt idag. Ett annat resultat än att banken skulle bli betalningsskyldig framstår åtminstone för mig som sakligt omotiverat. Den osäkerhetskänsla som ändå dröjer sig kvar, grundar sig i hur regeln i DCFR II 8:103 (2) om dominerande inflytande skall förstås i en situation som den i målet.

NJA 2002 s. 244

Fallet gällde en garanti som utstälts i anledning av ett företagsförvärv. Garantin, som saknade rubrik, hade följande lydelse:

»Mot bakgrund av att köpeavtal träffats om förvärv av aktier i IBIS A/S mellan Er såsom säljare och DC Management AB såsom köpare, förbinder vi oss att tidigast 1988-09-22 på Er första skriftliga anmodan erlægga SEK 32 000 000.«³⁴

Svea hovrätt friade banken från ansvar för den utfärdade garantin med motiveringen att garantin var knuten till ett avtal, kallat augus-

³⁴ NJA 2002 s. 244, Högsta domstolens domskäl, referatet s. 251.

tiavtalet, som ersatts av ett annat avtal, kallat novemberavtalet. Garantin, som ursprungligen utfärdats av Gotabanken som senare gick upp i Nordbanken, ansågs inte vara självständig, utan knuten till augustiavtalet. När augustiavtalet upphört, bortföll enligt hovrättens mening bankens ansvar. I Högsta domstolen kom huvudfrågan att bli om den som undertecknat garantin hade tillräcklig behörighet för detta. Eftersom referatet i Nytt Juridiska Arkiv är skrivet för att leda fram till Högsta domstolens avgörande i frågan om banktjänstemannens behörighet att utfärda garantin, saknas stora delar av motiveringen till att hovrätten ansåg garantin vara accessorisk. Här citeras därför Svea Hovrätts domskäl från originaldomen i mål T 164-96:

»Bankgarantier förekommer i olika former och typer. Vanligtvis utformas garantierna som ett vanligt borgensåtagande av propriety. I vissa affärer är det i stället vanligt med s. k. on demand-garantier, vilket innebär att banken förbinder sig att på första anfordran från förmanstagaren betala garantisumman till denne. Karaktäristiskt för on first demand-garantier är att de är icke-accessoriska, dvs frikopplade från det bakomliggande rättsförhållande som förbindelsen är avsedd att garantera. Vilken kategori en viss garanti är att hänföra till liksom dess innebörd överhuvudtaget får enligt hovrättens bedömning avgöras genom en tolkning från fall till fall med utgångspunkt från de regler som gäller för tolkning av avtal i allmänhet.

De i målet aktuella garantierna har såtillvida karaktär av on first demand-garantier som banken på första skriftliga anfordran förbinder sig att erlägga vissa belopp. Av garantierna kan emellertid utläsas att de utfärdats mot bakgrund av att köpeavtal om förvärv av aktier träffats mellan vissa angivna parter. Att det var augustiavtalet som åsyftades, när garantierna skrevs, råder det inte tvist om mellan parterna. Med hänsyn härtill finner hovrätten att garantierna är knutna till augustiavtalen och att Nordbanken således är befriad från sina åtaganden om augustiavtalen, som banken påstått, har upphört att gälla.

Jan-Erik Moe [som var garantins förmanstagare] har gjort gällande att augustiavtalen fortfarande är gällande och att novemberavtalen endast är en omskrivning av augustiavtalen föranledda av skattemässiga överväganden. Novemberavtalen har visserligen avsett andra parter, delvis annat köpeobjekt, annan valuta och andra villkor än augustiavtalen. Ett betydelsefullt samband mellan avtalen föreligger dock

enligt hovrättens mening. Köpeobjekten i avtalen synes i allt väsentligt ha varit desamma och Jan-Erik Moe eller honom närstående bolag har såväl enligt augusti- som novemberavtalen erhållit en sammanlagd ersättning i storleksordningen 110 milj. kr. Jan-Erik Moe har genom att i processen vid Göteborgs tingsrätt kräva fullgörelse av ett av novemberavtalen visat att han ansett avtalen giltiga och att han tillmätt dessa självständig betydelse. Han har vidare i Göteborgsprocessen [...] uppgett att novemberavtalen ersatt augustiavtalen. Jan-Erik Moe har, tillfrågad därom i hovrätten, inte kunnat ge någon förklaring till dessa uppgifter. Vidare bör beaktas att Jan-Erik Moe krävt att bankgarantierna skulle infrias först när det visat sig att han [...] inte skulle erhålla någon betalning enligt novemberavtalen.

Mot bakgrund av det nu anförda finner hovrätten att Nordbanken visat att novemberavtalen har ersatt augustiavtalen och att dessa således har upphört att gälla i november 1988, dvs innan Jan-Erik Moe krävde att Nordbanken skulle infria sina åtaganden enligt garantierna. Med hänsyn till och då bankgarantierna, som enligt vad hovrätten tidigare funnit, är accessoriska till augustiavtalen har också Nordbankens förpliktelser enligt garantierna upphört att gälla.«

Högsta domstolens domskäl innehåller några inledande anmärkningar om hur garantier av detta slag skall tolkas. Eftersom den avgörande frågan i Högsta domstolen var om banktjänstemannen hade varit behörig att utfärda garantierna, är dessa uttalanden att betrakta som obiter dicta.

»Orden »på Er första skriftliga anmodan« i förbindelserna skulle kunna tolkas så att de hänförde sig till tidpunkten vid vilken förbindelserna förföll till betalning (jfr 5 § skuldebrevslagen) eller till frågan om förbindelserna var primära (solidariska) eller subsidiära i förhållande till DC Managements betalningsförpliktelser. Förbindelserna kan emellertid även tolkas på ett annat sätt. I kommersiella sammanhang har användningen av uttrycken on demand och on first demand, särskilt i samband med garantier av olika slag, fått den speciella innebörden att förbindelsen är självständig till det bakomliggande rättsförhållandet. Utfärdaren (garanten) skall således i princip inte ha rätt att vägra betalning med hänvisning till att den som är berättigad enligt garantin (beneficienten) saknar motsvarande rätt till betalning hos gäldenären i det bakomliggande förhållandet. Det anförda anses inom affärlivet

gälla oavsett om förbindelsen – vilket är det vanliga – innehåller en allmän hänvisning till det bakomliggande rättsförhållandet (se utlåtanden i målet av Roy Goode och George Affaki samt Goode, *Commercial law*, 2 uppl. 1995, s. 1030 ff.).³⁵

Det har sagts mig att de uppenbart överflödiga uttalandena i Högsta domstolens domskäl i NJA 2002 s. 244 om bedömningen av en anfordringsgaranti kom till för att lugna en orolig marknad. Det påstods vid tidpunkten för avgörandet finnas en oro framför allt bland utländska aktörer att hovrättens dom skulle stå sig. Detta skulle enligt samma aktörer i så fall innebära att anfordringsgarantier skulle bli oanvändbara på den svenska marknaden. Den tydliga anknytning som görs i Högsta domstolens domskäl till internationella mönster för bedömning av anfordringsgarantier kan därför förstås som en vag markering om att garantin måhända hade varit bindande och självständig för den händelse att den undertecknats av en person med tillräckliga befogenheter.³⁶

En bedömning av själv garantin enligt reglerna i DCFR framstår inte som särskilt komplicerad. Själva garantin är helt uppenbart en anfordringsgaranti. Därmed kunde möjligen reglerna om uppenbart obefogade påkallanden i DCFR IV.G 3:105 ha aktualiserats. I fallet förefaller dock inga verklig bevisning om sådana omständigheter ha framlagts. Det kan också vara värt att notera att garantigivaren enligt DCFR IV.G 3:107 (2) kan säga upp en anfordringsgaranti att upphöra tre månader efter det att ett meddelande om uppsägning nått garantins förmånstagare. Även om sådan uppsägning skett, kvarstår dock garantigivarens ansvar för krav som kunde ha framställts fram till uppsägningsfristens utgång.

³⁵ NJA 2002 s. 244, Högsta domstolens domskäl, referatet s. 251.

³⁶ En viss tvekan infinner sig alltid när jag skall välja mellan orden behörighet och befogenhet när det är fråga om en ställningsfullmakt. Den praktiska möjligheten att skilja behörighet från befogenhet torde vara utomordentligt liten, eftersom det behörighetsgrundande elementet är tredjemans befogade förväntning om vad en person i en viss ställning får göra. Vad en person i en sådan ställning får göra är en följd av vad personer i sådan ställning faktiskt gör, varvid inskränkande instruktioner till mellanmannen är en viktig del i vilka beteenden som uppkommer på marknaden. Ganska snabbt kommer alltså behörighet och befogenhet att konvergera och slutligen, för de allra flesta praktiska fall, att sammanfalla. Se även NJA 2001 s. 191 I & II, till vilka Högsta domstolen också hänvisar i NJA 2002 s. 244.

5 Utvärdering av reglerna om oberoende personsäkerheter i DCFR

Den ovan beskrivna, tänkta tillämpningen av reglerna i DCFR på några avgjorda fall har förhoppningsvis klargjort att skillnaderna mellan de principer som redan tillämpas i Norden och reglerna i DCFR om oberoende personsäkerheter skulle bli små. I detaljer skiljer sig dock reglerna åt och i vissa fall förefaller det som att rättsläget skulle ändras. Mot bakgrund av detta kan man fråga sig om det skulle vara värt besväret att införa reglerna om oberoende garantier i de nordiska rättsystemen och även om det skulle vara lämpligt.

Den omedelbara fördelen skulle vara att det skulle finnas klara och lättillgängliga regler vid tillämpningen. Garantirätten är för närvarande till stora delar okodifierad i Norden och inget nordiskt land har lagregler om oberoende personsäkerheter. Ur denna synvinkel skulle det därför innebära en omedelbar fördel att införa reglerna. Domstolarnas något valhänta och osäkra tolkningar av olika slag av garantier skulle med ett lättillgängligt regelverk kunna tänkas övergå i tydliga och funktionsinriktade bedömningar som passar den kommersiella verklighet där dessa garantier är vanligast. Det nuvarande tillståndet, där ofta analogier från lagregler som stått oförändrade sedan början av 1700-talet tillsammans med en mager praxis skall utgöra stödet för domstolarnas bedömningar, framstår inte som tillfredsställande. Det är också på detta område en fördel att reglerna i DCFR har ett internationellt ursprung, eftersom garantins parter ofta befinner sig i olika länder. Regler som utformats med utgångspunkt i ett stort komparativt material med utblickar mot internationell standardavtalspraxis kan ge en förutsägbarhet som är nödvändig för att underlätta gränsöverskridande handel och transaktioner.

Reglerna har emellertid också brister. Den i mitt tycke största bristen i de föreslagna reglerna kommer till uttryck i den valda terminologi. I DCFR används begreppen gäldenär (*debtor*), borgenär (*creditor*) och garantigivare (*security provider*) för att beteckna parterna även i en oberoende garanti. Valet motiveras i underlagsvolymerna med att denna terminologi understryker de grundläggande struktu-

rella banden mellan accessoriska och oberoende personsäkerheten.³⁷

När sambandet mellan å ena sidan oberoende personsäkerheter och å den andra borgensåtaganden och andra accessoriska utfästelser betonas, fångas tanken alltför lätt av likheterna med borgen och skillnaderna skjuts i bakgrunden. Oviljan att i tanken släppa förutsättningen att en garanti är accessorisk eller – annorlunda uttryckt – måste vara en garanti *för* något, leder till att inte ens det mest abstrakt formulerade åtagande blir i verklig mening oberoende. Om så bara ordet *garanti* finns med eller ett annat rättsförhållande nämns i handling, så rusar tanken hastigt över i det trygga, välkända accessoriska ansvaret. En terminologi som antyder att skillnaderna mellan en accessorisk och en oberoende personsäkerhet egentligen inte är så stora, förstärker denna strävan att behandla alla garantier som om de vore beroende av ett underliggande rättsförhållande.³⁸

Det nu beskrivna problemet hade kunnat undvikas genom att analysera relationen mellan parterna helt utifrån. De funktioner som är intressanta när garantin är oberoende, är vem som gav instruktionerna för garantins utfärdande, vem som skall utfärda garantin och vem som har rätt att påkalla och erhålla betalningen. Huruvida dessa också är gäldenär eller borgenär i ett annat rättsförhållande är ur en oberoende garantis synvinkel oväsentligt, eftersom inga invändningar som grundar sig på det avtal som i och för sig må ha föranlett utfärdandet får göras gällande av den som skall prestera i enlighet med garantin. Den som ger uppdraget kunde lämpligen kallas *uppdragsgivare* (applicant), den som kan påkalla fullgörandet av garantin kallas *beneficiant* eller *berättigad* (beneficiary) och den som utfärdat garantin kallas självklart *utfärdare* eller *garantigivare*

³⁷ PEL/Pers. Sec. s. 320.

³⁸ Slutsatserna av det komparativa materialet om de nordiska rättssystemen förefaller bygga på alltför långtgående förenklingar just i denna fråga. I PEL/Pers. Sec. s. 321 påstås att *Bergström* »thinks that a security – e.g. a bank security – is in fact a dependent security, and the rules on the latter are applied«. Det innehåll som återges på detta sätt är hämtat ur *Garantien im Handelsverkehr*, Frankfurt am Main 1972, s. 7-14, och på s. 12 står att läsa att »[d]iese sogenannte Garantien – Bankgarantien und staatliche Garantien – sind also *normalerweise* nur Bürgschaften«. Ordet *normalt*, som framhävs här, har alltså fallit bort i analysen. Ett hårt pressat citat utgör därefter grunden för uttalandena i kommentaren att alla garantier enligt svensk och över huvud taget nordisk rätt skulle vara accessoriska! Hänvisningen till Bergström upprepas inte i DCFR (FE), men slutsatsen är densamma.

(guarantor).³⁹ I vissa situationer kan det vara praktiskt att ha olika benämningar på den som ursprungligen gav uppdraget att utfärda garantin och mellanliggande personer som lämnar instruktioner till den som direkt utfärdar själva garantin. Tudelningen kan skapa klarhet särskilt i internationella förhållanden. Ofta går det till så, att en bank får uppdraget att se till att en garanti utfärdas och en annan bank i det land där beneficenten befinner sig ställer själva garantin. Den som tar emot uppdraget för att föra instruktionerna om garantins villkor vidare, men själv inte utfärdar den slutliga, oberoende garantin kunde i enlighet med internationell standardavtalspraxis lämpligen kallas *instruerande part* (instructing party).

Valet av ordet oberoende (*independent* en, *uafhængig* da) förtjänar också några reflektioner. Skiljelinjen mellan en beroende och en oberoende säkerhet skall dras efter en bedömning av om prestationsskyldigheten för garantigivaren beror av förhållanden hänförliga till det underliggande rättsförhållandet. Detta leder över till frågan om det inte hade varit lämpligare att beskriva vissa garantier som *abstrakta*.

Betydelsen av skillnaden att beteckna en garanti som abstrakt och att karaktärisera den som självständig, är att den abstrakta garantin måste tolkas för sig själv, utan att snekla på det rättsförhållande som må ha föranlett utfärdandet av den abstrakta garantin. En självständig garanti skall däremot tolkas med hänsyn tagen till att den skall utgöra säkerhet för det underliggande förhållandet. Hos den självständiga garantin finns ännu en, om än mycket uttunnad, accessoritet kvar som gör det meningsfullt att se garantins säkerhetssyfte i en kontext. Den abstrakta garantin bär inte ens ett uttunnat drag av accessoritet och skall förstås och tolkas som den unika värld den är och ett indragande av garantins säkringssyfte är inte blott felaktigt utan även främmande för avtalstypen. En abstrakt garanti är formulerad så, att villkoren för prestationsskyldigheten så långt möjligt anges uttömmande i själva garantin. Den abstrakta garantin kommer därför att likna en helt vanlig, villkorad skuldförbindelse. I det yttre behöver inget i garantitexten skilja en abstrakt garanti från ett skuldåtagande. Däremot finns det mellan parterna en avsikt att den utfärdade handlingen skall ha en säk-

³⁹ Den föreslagna terminologin ansluter till den i Internationella handelskammarens modellavtal URDG 758, UCP 600 och ISP98.

ringsfunktion.⁴⁰ Som reglerna i DCFR nu är utformade, är det oklart om det verkligen finns några helt oberoende personsäkerheter och om det som här betecknats som abstrakta garantier alls omfattas.

De regler som hittills diskuterats har i första hand rört frågan om klassificeringen av själva garantin. En lika viktig fråga är vad det innebär att garantin har bedömts vara självständig. När garantin är accessorisk och garantigivaren har fullgjort sin prestation, har garantigivaren regressrätt mot gäldenären i det underliggande avtalet. Vid vanliga borgensåtaganden regleras normalt inte regressrätten. När det är fråga om bankgarantier sluts avtal om regressrätt regelmässigt, även om garantin är tydligt accessorisk. Garantigivaren anses även ha rätt att inträda i de säkerhetsrätter som borgenären har för den säkerställda förbindelsen. Avtal om regress, vanligen kallad motförbindelse eller *counter guarantee*, sluts i princip alltid när garantin är oberoende och rätten att överta säkerheter sluts också ofta. För den händelse att sådant avtal inte finns, innehåller DCFR IV.G 3:109 en regel om garantigivarens rätt efter prestation:

»2:113 (*Security provider's rights after performance*) applies with appropriate adaptations to the rights which the security provider may exercise after performance.«

Regeln innebär alltså att de vanliga reglerna om borgensmans rätt efter fullgörelse av prestationsskyldighet enligt borgensåtagandet som finns i DCFR IV.G 2:113 skall tillämpas *mutatis mutandis* (with appropriate adaptations) även om garantin är oberoende. Bestämmelsen i DCFR IV.G 2:113 ger en borgensman bland annat rätt att rikta regresskrav mot gäldenären i det säkerställda rättsförhållandet och rätt att inträda i ställda säkerheter. Dessa regler skall nu anpassas och tillämpas när garantin är oberoende. Vad detta mer konkret innebär, är inte så lätt att veta. Varför tekniken använts att bara hänvisa till en annan regel och ange att ungefär samma skall gälla, istället för att skriva ut vad som egentligen gäller, är inte heller uppenbart. Lösningen, som även i själva kommentaren till bestämmelsen betecknas som udda, rättfärdigas på följande sätt:

⁴⁰ Jfr uttalandet hos *Arnold* Die Bürgschaft auf erstes Anfordern im deutschen und englischen Recht, Tübingen 2008, s. 33: »Man kann sie daher auch als inhaltlich kausale Verträge einordnen, weil sie den Grund ihrer Existenz, nämlich den Sicherungszweck, in sich tragen.«

»[T]he true differences between dependent and independent personal securities reside in the prerequisites for demanding performance from the security provider. However, after the security provider has performed to the creditor, the security provider's position towards the debtor and towards other security providers is very akin to that of the provider of a dependent security. In order to simplify and to achieve internal consistency it is appropriate to apply essentially the same rules to the after-performance stage of both instruments of personal security.«⁴¹

Regeln i DCFR IV.G 3:109 förefaller har utformats i enlighet med tanken att en oberoende garantis huvudfunktion är att säkerställa att betalning sker om villkoren i garantin är uppfyllda. När väl garantigivaren fullgjort sitt åtagande, så gäller i huvudsak vanliga borgensregler för regress och rätt att överta säkerheter som ställts för att säkerställa prestationen i det förhållande som föranledde att den oberoende garantin utfärdades.

Frågan om garantigivarens *rätt att överta ställda säkerheter* måste här i stort lämnas utanför undersökningen, eftersom besvarandet skulle kräva en sak- och konkursrättslig analys som skulle leda långt utanför detta bidrags huvudlinje. Allmänt kan dock konstateras att det inte utan stöd i lag eller med stöd av uttryckligt avtal med beneficenten föreligger rätt för garantigivaren att inträde i säkerhetsrätter som ställts för en annan förbindelse. Även om det finns ett avtal om att överta säkerheter, kan konkursregler och sakrättsliga regler inskränka rätten.

Vad angår garantigivarens *regressrätt* mot den som begärt att säkerheten skulle ställas, så kan det först konstateras att det inte är någon självklarhet att det föreligger sådan rätt vid oberoende personsäkerheter. Traditionellt har grunden för en borgensmans regressrätt påståtts vara *antingen* att gäldenärens anmodan att någon skall gå i borgen för hans eller hennes åtagande implicit innebär ett löfte om att borgensmannen skall få rikta återkrav mot gäldenären *eller* att borgensmannen genom att infria sitt åtagande övertar själva huvudfordringen mellan borgenären och gäldenären.⁴²

⁴¹ DCFR (FE) vol. 3, s. 2743 och i stort likalydande PEL/Pers. Sec. s. 371 som kommentar till 3:108 som innehöll samma regel.

⁴² Se min framställning om grunden för regressrätten i Borgensliknande säkerhetsrätter, Stockholm 2000, s. 57- 79. De olika grunderna för regressrätten vid oberoende garanti-

Att i själva anmodan se en underförstådd regressöverenskommelse, kräver att man kan fördra långtgående fiktioner om partsvilja. I de nordiska rättssystemen brukar vi generellt avvisa sådana konstruktioner. Även om man nu skulle anta att det vore ett riktigt antagande att regressrätten vid vanlig borgen grundar sig på själva anmodan, så är det svårt att finna ens ett korn av gemensam partsvilja när det gäller oberoende garantier. I internationella förhållanden behöver ju inte ens garantigivaren och uppdragsgivaren ha haft direktkontakt, utan uppdraget har förmedlats av en mellanliggande, instruerande part.⁴³

Den andra förklaringen till att garantigivaren får en regressrätt mot uppdragsgivaren grundar sig på påståendet att en borgensman fullgör gäldenärens förpliktelse och att samma sak skulle gälla vid oberoende personsäkerheter. Ser man på partsrelationerna, kan emellertid detta knappast vara korrekt vad gäller oberoende personsäkerheter. Det är helt uppenbart att garantigivaren bara fullgör sin förpliktelse, oavsett vad den förbindelse som må ha föranlett utfärdandet av garantin gick ut på. Inte heller denna förklaring håller alltså vid närmare granskning.

Om det är fråga om en anfordringsgaranti, som är så rent formulerad att den verkligen är oberoende av det förhållande som utgjorde orsaken till att säkerheten utfärdades, är det alltså inte lätt att inse varför det uppenbarligen (*obviously*) skulle föreligga motsvarande rätt till regress vid oberoende garantier som vid accessoriska.⁴⁴ Just rätten att vända sig med återkrav mot den som begärt att anfordringsgarantin skulle utställas kan inte härledas ur rättsförhållandet om man inte skall tillgripa långtgående fiktioner om vad begäran om utställandet velat uttrycka. Hela detta resonemang förutsätter att även en oberoende garanti faller tillbaka i det accessoriska ansvaret efter det att fullgörelse i enlighet med garantins villkor skett.

er i olika rättssystem beskrivs i DCFR (FE) vol. 3 s. 2745-2746 och PEL/Pers.Secs. s. 374-375.

⁴³ I flera rättssystem, exempelvis i tysk, österrikisk och italiensk rätt, konstrueras rätten till regress genom att anta att en rad uppdragsfullmakter slutits inom ramen för rättsfiguren mandat. Genom denna konstruktion förs uppdragsgivarens vilja vidare i varje led tills den slutligen möter garantigivarens vilja. Fiktionen i detta resonemang ligger i öppen dag. Se angående nämnda rättssystem DCFR (FE) vol. 3 s. 2745 och PEL/Pers. Sec. s. 374.

⁴⁴ DCFR (FE) vol. 3 s. 2743 och PEL/Pers. Sec. s. 372.

Sammanfattar man det nu sagda, återstår märkligt nog en fråga: Hur skall en garantigivare veta om det föreligger regressrätt? Som förhoppningsvis framgått, föreligger inte nödvändigtvis de skäl som gör att en borgensman anses ha regressrätt också när det är fråga om en anfordringsgaranti. Det lite håglösa påståendet, att regressrätt föreligger på samma sätt som vid accessoriska säkerheter om det är lämpligt, löser helt enkelt inte det praktiska problemet.

6 Slutord

Utformningen av regler om oberoende personsäkerheter måste ta sin början i en analys av vad parterna typiskt sett vill uppnå med att välja en självständig garanti. Den som begär en anfordringsgaranti vill försäkra sig om att betalningen kommer att ske snabbt och att invändningar från ett annat rättsförhållande inte skall kunna hindra utbetalningen. Den starka betoningen av likviditetsfunktion och förskjutningen av invändningsrätten är därför helt grundläggande vid den rättsliga analysen av de oberoende personsäkerheterna.⁴⁵ Utan en sådan analys och ett tydligt ställningstagande i dessa frågor, blir regleringen av de oberoende garantierna ofullständig och delvis missvisande. De oklarheter som påpekats ovan beror enligt mitt sätt att se på saken till inte obetydlig del på att de ekonomiska skälen till att välja en oberoende säkerhet inte beaktats i tillräcklig omfattning eller i vart fall inte tillåtits påverka utformningen av reglerna nog mycket.

I diskussionerna om hur DCFR skall användas framdeles, har metaforen att reglerna skall användas som en verktygslåda av lagstiftaren återkommit.⁴⁶ Var och en vet att skickliga hantverkare kan uppnå goda resultat även med enkla verktyg, men att resultaten kan bli än bättre med rätt verktyg. Enligt min mening är verktygen i DCFR-lådan åtminstone inte på detta område ännu tillräckligt väl anpassade för sitt ändamål.

⁴⁵ Se från den omfattande diskussionen i tysk doktrin bland andra *Mülbert* *Mißbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz*, Tübingen 1985, *Schröder* *Regress und Rückabwicklung bei der Bankgarantie auf erstes Anfordern* München 2003 och *Arnold* *Die Bürgschaft auf erstes Anfordern im deutschen und englischen Recht* Tübingen 2008.

⁴⁶ Se exempelvis *Bernitz* *Europarättens genomslag i svensk rätt – var står vi idag?* JT 2009-10 s. 477-501, s. 497.

