

GERTRUD LENNANDER

Kreditgivaransvaret vid gäldenärens betalningssvårigheter

GERTRUD LENNANDER är f.d. justitieråd i Högsta domstolen och tidigare professor i civilrätt vid Stockholms universitet.

1. INLEDNING

Någon gång på 1970-talet dök det upp en ny ung amanuens i civilrätt på den juridiska fakulteten vid Stockholms universitet. Vi andra som fanns där, själv var jag doktorand i ämnet, kunde genast se att den här unge mannen var något speciellt. Här är en som kommer att gå långt, minns jag att jag tänkte. Och mycket riktigt. Jan Kleineman har med stor framgång gjort en betydande insats inom juridiken, både som forskare, lärare, driftig entreprenör och mycket annat.

En av Jan Kleinemans skapelser är Juridisk Tidskrift. I ett nummer av tidskriften från år 1992–93, vilket tillägnades Jan Hellner på hans 75-årsdag, har Jan Kleineman publicerat en framstående artikel om "Lender liability".¹ Denna artikel kan betecknas som ett pionjärbete i Sverige när det gäller kreditgivarens ansvar. Den följdes sedan upp i ytterligare två, likaledes skarpsinniga arbeten.² Jag dristar mig till att i viss mån anknyta till detta ämne i denna hyllningsartikel till Jan.

* Denna artikel är tidigare publicerad i Festskrift till Jan Kleineman, Jure Förlag AB 2021, s. 461–477. Såväl författaren som förlaget har godkänt denna publicering.

1 "Lender Liability – ett skadeståndsrättsligt perspektiv på 1990-talets finansiella kris", JT 1992–93 s. 289 ff.

2 "Kreditgivaransvaret – professionsansvar under utveckling", JT 1993–94 s. 172 ff.; och "Sanktionsmedel mot värdslösa banker och andra professionella kreditgivare", JT 1994–95 s. 234 ff.

2. ALLMÄNT OM KREDITGIVARANSVARET

Jan Kleineman definierar i sin framställning kreditgivaransvar enligt följande: Här avses det ansvar en långgivare kan komma att åläggas mot låntagare (eller presumtiva låntagare), leverantörer och andra kreditgivare, dem som garanterat (t.ex. genom kreditförsäkring) krediter men även mot andra tredje män när de reellt styr företaget som på grund av sin skuldbörda är helt beroende av bankernas agerande (utomlands talar man här inte sällan om "shadow directors"). Man kan inte heller utesluta att skadeståndsansvar skulle kunna inträda mot andra kreditgivare som t.ex. förlitat sig på den vårdslöse kreditgivaren. Det rör sig m.a.o. om ett skadeståndsansvar som kreditgivaren kan komma att åläggas därför att denne har eftersatt någon förpliktelse enligt avtal eller därför att en kvasikontraktuell lojalitetsplikt eftersatts. Det kan också vara fråga om fall där ansvar inträtt därför att tredje man hyst tillit till en kreditgivares disposition.³

Som Jan Kleineman framhåller hade kreditgivarens ansvarsproblem vid denna tidpunkt kommit i blickpunkten på ett helt annat sätt än tidigare, i Sverige som svallvågor i anslutning till den finansiella krisen under början av 1990-talet.⁴ Han poängterar att kreditgivaransvaret ur systematisk synvinkel är ett gränsöverskridande rättsområde vilket kräver en betydande grad av rättsligt nytänkande. Han uttrycker också förhoppningen att detta ämne, som tillhör den allmänna fordringsrättens eller den speciella skuldebrevsrättens domäner, kommer att bli ett eget problemområde. Rättsförhållandet ger upphov till särskilda krav avseende lojalitet, upplysningsplikt och annan aktivitet från kreditgivarens sida.⁵

Internationellt har "Lender liability" beskrivits som ett elastiskt, rent av kameleontliknande begrepp, som kan täcka en rad företeelser. Klart är att det täcker en banks ansvar för vårdslös rådgivning, och vårdslöst agerande överhuvudtaget. Här kan aktualiseras frågor om avrådningsplikt, vårdslös behandling av en låneansökan, vägran att bevilja lån, felaktig uppsägning av lån, avslutande av olika förmåner

³ JT 1992–93 s. 291 f.

⁴ JT 1992–93 s. 316; JT 1994–95 s. 234.

⁵ JT 1993–94 s. 172 f.

etc. En snäv definition fokuserar på kreditgivarens ansvar vid hantering och avslutande av ett lån, liksom dennes ansvar i samband med låntagarens insolvens och där det finns lagreglering, särskilt miljörättslig lagstiftning.⁶

Vissa gemensamma mönster i utvecklingen av ansvaret kan iakttas i olika rättsordningar. Mycket hänger ihop med långivarnas förändrade beteenden från och med 1980-talet, där avregleringar och konkurrens bl.a. lett till större risktaganden.⁷ Låntagarnas aktivitet och önskan att göra sina rättigheter gällande har också ökat, i samklang med tidsandan. Finanskrisen i början av 1990-talet var betydelsefull för Sveriges del. Därefter har också andra kriser med internationell omfattning följt, såsom it-bubblan omkring millennieskiftet och den globala finanskrisen 2008–09. Som en konsekvens av denna utveckling är kreditgivaransvaret internationellt ett numera allmänt accepterat område, med riklig rättspraxis.⁸ Inte särskilt förvånande är att inställningen till kreditgivarens ansvar är särskilt strängt i USA där den juridiska miljön gynnar stora skadeståndsanspråk och där inte minst den stora krisen 2008 har satt sina spår.

I Sverige har stor aktivitet lagts ned på lagstiftning och föreskrifter som berör kreditgivare och kredittagare i olika avseenden. Ett av syftena har då bl.a. varit att förhindra att konsumenter och bolånetagare överhuvudtaget hamnar i överskuldssättning.⁹

3. ANSVARET NÄR GÄLDENÄREN HAR EKONOMISKA PROBLEM. ALLMÄNT

Av de olika aspekter som kreditgivaransvaret aktualiserar, vilka i och för sig kunde vara värda en omfattande monografi, kommer i

⁶ Cranston, R., Avgouleas, E., van Zwieten, K., Hare, C., van Sante, T., Principles of Banking law, 3rd ed., Oxford 2017, s. 302. (Cit. Cranston m.fl. 2017.) Se även t.ex. Ellinger, E.P., Lomnicka, E., and Hooley, R., Ellinger's Modern Banking law, 4th ed., Oxford 2006, s. 725. (Cit. Ellinger's Modern Banking Law.); och Warne, D., Elliot, N., QC, general editors., Banking litigation, 2nd ed., London 2005, 2-002 (s. 33 f.)

⁷ Cranston m.fl. 2017, a.st.

⁸ Se t.ex. Cappello, A.B., Lender liability, 5th ed., New York 2014; och Banking litigation (ovan not 6).

⁹ I terminologiskt hänseende kan här nämnas att termerna kreditgivare, långivare, borgenär och bank, liksom kredittagare, låntagare och gäldenär, i det följande kan komma att användas omväxlande utan att det därmed åsyftas någon avgörande skillnad.

det följande fokus att läggas på endast en del av en begränsad fråga, nämligen frågan vilket särskilt ansvar kreditgivaren kan ha när kredittagaren har hamnat i ekonomiska svårigheter. När gäldenären får betalningssvårigheter är det både naturligt och rimligt att kreditgivaren i första hand tänker på sin egen säkerhet och möjlighet att få betalt för sin fordran. Men frågan kan också ställas vilket ansvar kreditgivaren har i förhållande till gäldenären, t.ex. när det gäller uppsägning av lån eller att ställa upp med ytterligare kredit. Ligger kreditgivarens ansvar endast i en förpliktelse att uppträda med omsorg och inte handla vårdslöst? Eller finns någon slags juridisk eller moralisk skyldighet att stötta gäldenären i detta läge?

När kredittagaren väl har blivit insolvent träder i stället kreditgivarens ansvar mot andra borgenärer i förgrunden. I det följande ska dock inte situationen i gäldenärens konkurs behandlas närmare.¹⁰

Frågan hur en kreditgivare ska förhålla sig till en låntagare i ekonomiska svårigheter är inte okomplicerad.¹¹ Om borgenären är försiktig och inte vill inlåta sig på några transaktioner med gäldenären som överhuvudtaget skulle kunna ifrågasättas eller leda till att borgenärens egen risk ökade, blir gäldenären lämnad i sticket. En uppsägning av krediten kan leda till att gäldenärens ekonomi kollapsar. Bedömningen att gäldenärens insolvens inträffade när hans lån sades upp, återkommer ofta.

När låntagaren missköter ett lån kan kreditgivaren ha olika handlingsalternativ; han kan t.ex. antingen säga upp lånet och göra sina rättigheter gällande eller försöka reda ut problemen tillsammans med gäldenären. Det kan finnas en förväntan att kreditgivaren inte ska överge låntagaren när denne får ekonomiska problem i den meningen att han inte ska ta till uppsägning utan tvärtom bevilja låntagaren ytterligare kredit, om denne önskar det, som stöd för att avhjälpa problemen. I ett sådant fall ådrar sig borgenären en risk. Samtidigt

¹⁰ Med undantag dels för inställningen till räddningsaktioner vid återvinning i konkursen, dels för kreditgivarens användning av konkursansökan som indrivningsmetod (se nedan).

¹¹ Se t.ex. Kleinman, J., JT 1992–93 s. 303 ff. och JT 1993–94 s. 181 ff.; Lennander, G., Återvinning i konkurs, 4 uppl. 2013, s. 24 f. med hänvisningar; Goode, R., and Hockaday, A., i Banks, liability and risk, edited by Cranston, R., 2nd ed., London 1995, s. 178; Schlimm, D., i samma verk, s. 217 f., jfr s. 230 f.; Wymeersch, E., i samma verk, s. 200 ff.; Ellinger's Modern Banking Law s. 732 f.

kan det ligga även i borgenärens intresse att hjälpa en gäldenär i ekonomiska svårigheter. På så sätt kan båda sidor gynnas. Problemen kan ju vara kortvariga och det kan tänkas att gäldenären kan rida ut stormen. Borgenären kan t.ex. medverka i någon slags räddningsplan i stället för att säga upp lån och realisera säkerheter. I engelsk och amerikansk rätt framhålls att detta är en del av den moderna "rescue culture" som uppmuntrar en bank att hjälpa till att rädda ett skuldsatt företag.¹² Men det får naturligtvis inte ske på bekostnad av gäldenärens övriga borgenärer.

Något som bör förhindras är därför att en borgenär stöttar gäldenären så länge som det behövs för att borgenären själv ska få betalt och en eventuell återvinningsfrist hinna löpa ut, och därefter upphör med sitt engagemang varefter konkursen kan vara ett faktum. Ett stöd i form av kredit som ges trots att borgenären inte gör bedömningen att gäldenären skulle kunna klara sig, kan också vilseleda andra borgenärer beträffande gäldenärens kreditvärdighet. Man kan här tala om ett "vilseledande ansvar".¹³ Det ovan sagda måste alltså balanseras mot kreditgivarens ansvar för att ha vilselett andra borgenärer.

Några korta exempel från internationell praxis kan nämnas. I ett *holländskt* rättsfall, "Erba" fallet, hade en bank först fått ytterligare säkerhet och därefter utökat krediten två gånger, varefter banken så småningom sade upp krediten. I domen antyds att den för banken skadestandsgrundande handlingen bestod i *dels* att banken gett ytterligare kredit till ett bolag som nödvändigtvis måste gå omkull, vilket gjorde att bolaget såg ut att vara kreditvärdigt, *dels* som en försvårande omständighet att banken på detta sätt berövade andra borgenärer möjligheten att bolaget på något annat sätt ändå skulle ha kunnat överleva.¹⁴ I det *amerikanska* rättsfallet "In re American Lumber Co." hade banken tagit över gäldenären och låtit verksamheten pågå till dess att banken fått

¹² Ellinger's Modern Banking Law s. 732 ff. Cranston m.fl. 2017 s. 305 f. Jfr Cappello, a.a., § 9.7 (s. 147 ff.).

¹³ Kleineman, J., JT 1992–93 s. 305 f. och JT 1993–94 s. 183 f.

¹⁴ Se Wymeersch, a.a., s. 209 ff. med hänvisningar.

betalt, på bekostnad av övriga borgenärer. I gäldenärens konkurs blev bankens krav efterställda de andra borgenärernas och banken blev också utsatt för återvinning.¹⁵ Enligt *fransk* rätt kan en bank som fortsätter att stödja ett bolag, när banken vet eller bör veta att bolaget har nått en punkt där det inte kan räddas, och därigenom möjliggör för bolaget att få ytterligare kredit från sina leverantörer, bli skadeståndsansvarig mot dessa leverantörer för "complicité de banqueroute". I *tysk* rätt finns rättsfall där en bank som fördröjt en konkurs ("Konkursverschleppung") har fått ansvara mot aktieägare i gäldenärsbolaget.¹⁶ I fransktysk litteratur har också redan tidigt framhållits att det är en risk att situationen förvärras om gäldenären hålls under armarna och frågan har ställts om man överhuvudtaget ska tillåta att gäldenären stötts.

Kreditgivningens betydelse i detta avseende illustreras redan i det gamla svenska rättsfallet *NJA 1913 s. 19* där två styrelseledamöter åtalats för vårdslöshet mot borgenärer därför att de, i syfte att fördröja konkursen, fortsatt bolagets rörelse trots att bolaget var på obestånd. Högsta domstolen fann att ledamöterna i och för sig hade fortsatt rörelsen men tillade att bolaget hade fått utökad kredit av banken, som känt till dess ekonomiska situation, och att det därför inte var uppenbart att styrelseledamöterna haft insikt om att konkurs var oundviklig och att de hade haft för avsikt att allenast fördröja konkursen. Styrelseledamöterna blev frikända. Jfr också *NJA 1985 s. 178*, där en leverantör av fartygsplåt ("borgenären") felaktigt bibringats uppfattningen att varvet ("gäldenären") erhållit statligt stöd och parternas leveransavtal ansågs ogiltigt enligt förutsättningsläran.

Om en bank som kreditgivare involverar sig i låntagarens affärsverksamhet kan banken i flera länder ådra sig ansvar för skador som besluten orsakar. I England sker detta genom att kreditgivaren anses som "*shadow director*". Härmed menas enligt Insolvency Act 1986 sec. 251 den i enlighet med vars direktiv eller instruktioner före-

¹⁵ Cappello, a.a., § 16.6.1 (s. 347) med hänvisningar.

¹⁶ Wymeersch, a.a., s. 213 f. med hänvisningar.

tagsledningen är van att agera (motsatsen är en person som ger råd i yrkesmässig kapacitet och där råden tas emot som sådana). Ansvar kan då ifrågakomma för Wrongful trading enligt sec. 214.

I Sverige skulle motsvarande ansvar kunna inträda enligt de riktlinjer för s.k. ansvarsgenombrott, med stöd av icke lagfästa rättsprinciper, som dras upp i rättsfallet *NJA 2014 s. 877*.¹⁷ Högsta domstolen anför här (domen p. 7) att ett sådant ansvar kan grundas på olika sätt, t.ex. med en oskriven associationsrättslig genombrottsregel, eller med att den verksamhet som bedrivs i bolagets namn i själva verket är att anse som bedriven av ägaren själv (eller av någon annan). En möjlighet är också att enligt allmänna rättsprinciper om utomobligatoriskt skadeståndsansvar, ägaren (eller någon annan) ansvarar för skada som har föranletts av bolagets verksamhet.

4. INCITAMENT FÖR KREDITGIVAREN ATT STÖDJA GÄLDENÄREN

Även bortsett från att en insats för att stödja gäldenären kan vara gynnsam för borgenärens egen möjlighet att få betalt för sina fordringar finns det ytterligare incitament för borgenären att medverka. Här kan särskilt nämnas den s.k. superförmånsrätten vid företagsrekonstruktion och på den välvilliga inställning till borgenärens deltagande i en räddningsaktion till förmån för gäldenären som visar sig vid en tillämpning av reglerna om återvinning i konkurs, när kollapsen således är ett faktum.

Försök att rehabilitera gäldenärens verksamhet kan ske antingen genom en formell företagsrekonstruktion enligt lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion (LFR) eller genom ett underhandsförfarande. Under en formell företagsrekonstruktion får gäldenären inte utan rekonstruktörens samtycke t.ex. åta sig nya förpliktelser eller pantsätta egendom av väsentlig betydelse för verksamheten.¹⁸ Ford-

¹⁷ Som Jan Kleineman påpekar är det också en fara med att ha för stora krav på bankens kontroll av gäldenären. Banken ska inte "lägga sig i" verksamheten. Och om banken går in och påverkar företagsledningen för att förbättra ett företagshypoteks värde och därvid vilseleder andra borgenärer att tro att banken gett ett kapitaltillskott, så borde detta enligt Kleineman aktualisera ett ansvar för banken som shadow director. JT 1993-94 s. 182 ff.

¹⁸ 2 kap. 15 § LFR.

ringar som grundar sig på avtal som gäldenären med rekonstruktörens samtycke träffat under en företagsrekonstruktion behandlas emellertid särskilt förmånligt; de erhåller allmän förmånsrätt, med företräde framför företagshypotek och utmätning.¹⁹

Genom denna s.k. *superförmånsrätt* ges borgenären ett incitament att ta den ökade risk som det innebär att stödja en gäldenär som är i ekonomiska svårigheter men som ändå kan bedömas som livskraftig.²⁰ Syftet med förmånsrätten är att öka gäldenärens chanser till överlevnad genom att gynna en borgenär, som kan tillhandahålla framför allt krediter men även andra särskilda tjänster som är nödvändiga, t.ex. kompetent personal, leveranser osv. För att superförmånsrätten ska bli aktuell förutsätts i och för sig att gäldenären går i konkurs, dvs. att rekonstruktionen misslyckas. Men insatsen ses ändå som lovvärd.

Borgenärens medverkan till *räddningsaktioner* i syfte att få gäldenären på fötter betraktas emellertid välvilligt även i övrigt, t.ex. när det gäller rekonstruktioner underhand. Åtgärderna får som sagt inte ske på bekostnad av andra borgenärer och därför gäller regler om återvinning, om gäldenären skulle försättas i konkurs. En insats från borgenärens sida genom att t.ex. ställa upp med ytterligare kredit kan ofta vara förenad med att borgenären själv erhåller betalning av eller säkerhet för äldre fordringar. Skulle en borgenär som i samband med en räddningsaktion erhållit någon form av gottgörelse från gäldenären utsättas för en återvinningstalan kan han dock ha en god chans att undgå återvinning. Har borgenären fått betalning eller säkerhet kan åtgärden komma att anses som *ordinär* vid tillämpningen av 4 kap. 10 eller 12 § konkurslagen (1987:672) och vid en tillämpning av 4 kap. 5 § samma lag kan förfarandet komma att anses som *ej otillbörligt*. Det kan också vara tänkbart att borgenärens återbärings-skyldighet kan komma att *jämkas*.

¹⁹ Se 10 § första stycket 4 och 15 § förmånsrättslagen (1970:979).

²⁰ Se t.ex. NJA 2014 s. 389, Högsta domstolens beslut p. 6 ff.; och SOU 1992:113 s. 321 ff.; prop. 1995/96:5 s. 130 ff. och 227. Se också Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1023 av den 20 juni 2019 (Rekonstruktions- och insolvensdirektiv), skäl 68 och art. 17; samt Möller, M., i Vänbok till Mikael Mellqvist, 2020, s. 171 ff., särskilt s. 173 f.

Omständigheterna är dock viktiga, inte minst vilken betydelse åtgärderna hade för gäldenären och den fortsatta driften i verksamheten. Borgenärens insats måste också skärskådas, t.ex. vilket engagemang han lade ned och hur mycket han själv vann på det hela. Om borgenärens syfte först och främst varit att rädda sina egna fordringar sätter det honom i en betydligt sämre position. Som ovan framhållits måste det sagda också balanseras mot kreditgivarens ansvar för att ha vilselett andra borgenärer. Som exempel kan några rättsfall kort omnämnas.²¹

I en relativt ny dom från norska Høyesterett,²² som gällde återvinning av betalning, framhåller domstolen att en betalning som sker som ett led i ett arrangemang för att säkra fortsatt drift, och därvid arbetstillfällena och borgenärskollektivets intressen, kan vara att anses som *ordinär*. De aktuella transaktionerna i fallet ansågs dock ingå i ett arrangemang för att minska gäldenärens förlust, inte för att säkra fortsatt drift och återvinning skedde därför.

I *NJA 1983 s. 737* kunde staten, som hade allmän förmånsrätt, ha försatt gäldenären (ett bolag) i konkurs. Staten ville dock inte omintetgöra möjligheten till ackord och krävde säkerhet i stället, i företagsinteckningar. Vid den tidpunkten fanns full täckning för alla inteckningar, även sämre ställda. I slutändan blev dock sämre ställa företagsinteckningar lidande så att nackdel uppstod. Säkerställandet ansågs *inte otillbörligt*.

I *NRt 1982 s. 1232* argumenterade konkursboet bl.a. att banken på ett konstlat sätt höll liv i ett företag som borde ha gått i konkurs för länge sedan och skapade ett falskt sken av att gäldenären var kreditvärdig. Høyesterett ansåg emellertid att uppgörelsen mellan banken och gäldenären var ett led i en paketlösning, som betingats av hänsyn till de anställda i företaget etc., och återvinningstalan ogillades.

²¹ Se Lennander, Återvinning i konkurs, s. 167 f., 180 ff. (där också en rad ytterligare rättsfall tas upp), 386, jfr s. 107 ff.

²² Dom 14. februar 2017, HR-2017-370-A (sak nr. 2016/1182). Nordisk Domssamling 1/2018 nr 33.

Jfr *NJA 1981 s. 829*, där revisionssekreteraren med hänvisning till att det i målet aktuella säkerställandet var ett led i ett ekonomiskt saneringsprogram, ansåg att *jämkning* av borgenärens återbäringsskyldighet borde ske.

5. BORGENÄRENS ANSVAR VID HANTERING OCH AVSLUTANDE AV KREDITEN

Kreditgivarens ansvar vid hantering av krediten kan t.ex. aktualisera frågor angående kreditgivarens skyldighet att infria ett *kreditlöfte* eller att bevilja gäldenären *ytterligare kredit* eller att förlänga en tidigare beviljad kredit. Den centrala frågan avser framför allt *uppsägning av krediten*. Att borgenären utlovat en kredit och sedan inte fullföljer lånelöftet eller t.ex. stryper en löpande kontokredit kan naturligtvis få allvarliga konsekvenser för en (presumtiv) kredittagare som inte kunnat hitta annan finansiering och därför kan ha gått miste om ett kontrakt, inte kunnat betala ett annat lån eller överhuvudtaget varit i behov av medlen för sin eller verksamhetens överlevnad. Någon skyldighet för borgenären att, utan bindande avtal om detta, bevilja gäldenären ytterligare lån eller förlänga tidigare beviljad kredit för att hålla gäldenären flytande föreligger däremot inte i och för sig. Frågor kring rätten att säga upp ett lån kan ofta få aktualitet eftersom frågan är fundamental inte bara för kreditgivaren själv utan även för gäldenären som kan drabbas hårt. En vanlig invändning från kredittagarens sida är därför inte oväntat att uppsägningen varit oberättigad.

Utgångspunkten är att det som parterna avtalat gäller. Finns inget avtal tillämpas allmänna rättsgrundsatser, jfr beträffande hävning 61 och 62 §§ köplagen (1990:931), vilka kan ge borgenären hävningsrätt men samtidigt möjliggör för gäldenären att förhindra hävning genom att ställa godtagbar säkerhet för fullgörelsen. Förutom all-

männa ogiltighets- och jämningsregler²³ finns också särskilda tvingande regler. Företagsrekonstruktionens inverkan på gäldenärens avtal regleras i 2 kap. 20 § lagen om företagsrekonstruktion. Denna reglering är i samklang med allmänna rättsgrundsatser och anknyter således till föreskrifterna i köplagen. I bestämmelsen, som är tvingande, behandlas den situationen att borgenären före det att rekonstruktionen beslutades fått rätt att häva ett avtal på grund av inträffat eller befarat dröjsmål med t.ex. betalning. Om gäldenären med rekonstruktörens samtycke inom skälig tid begär att avtalet ska fullföljas och ställer säkerhet för sina prestationer, får hävning inte ske på grund av dröjsmålet. Till detta kan läggas att avtalsbestämmelser enligt vilka avtalet kan hävas eller upphöra att gälla om gäldenären inleder företagsrekonstruktion, s.k. *ipso facto klausuler*, säkerligen får anses ogiltiga.²⁴ Beträffande konsumentkrediter finns tvingande regler till konsumentens förmån om uppsägning i 33 och 34 §§ konsumentkreditlagen (2010:1846). Avtal som ger uppsägningsrätt måste föreligga och konsumenten måste ha gjort sig skyldig till

²³ I RH 2004:45, där banken återtagit sitt kreditlöfte, återopade låntagarna förutsättningsläran för att komma ifrån sitt eget åtagande. Låntagarna anförde här att det mellan dem och banken hade träffats en uppgörelse som gick ut på en rekonstruktion av parternas mellanhavande, där låntagarna skulle iklåda sig nya åtaganden mot banken mot att banken beviljade dem kredit i begärd omfattning. Kreditlöftet hölls inte. Låntagarna hävdade att detta ledde till att deras egna åtaganden var ogiltiga enligt förutsättningsläran. – Hovrättens majoritet ansåg att återtagandet av löftet inte föranledde att låntagarna hamnade i ett sämre ekonomiskt läge genom att gå in i de nya åtagandena, jämfört med den situation de befann sig i innan, trots att krediten inte utbetalades så som det var tänkt. Åtagandena ansågs därför giltiga. Minoriteten menade att krediten avbröts på grund av bankens interna problem och att banken därför fick bära risken för att gäldenärens förutsättning var felaktig, vilket innebar att åtagandena var ogiltiga.

²⁴ En sådan klausul kan också hänföra sig till att ansökan om företagsrekonstruktion görs. Den tveksamhet angående klausulernas giltighet som tidigare framförts på sina håll bör numera kunna anses undanröjd, med hänsyn till EU:s rekonstruktionsdirektiv (se ovan not 20). I detta direktiv anges i artikel 7 punkt 5 bl.a.: Medlemsstaterna ska säkerställa att borgenärer inte tillåts hålla inne en prestation eller avsluta, påskynda eller på annat sätt ändra kontrakt med återstående skyldigheter till nackdel för gäldenären med stöd av en kontraktsklausul som ger rätt till sådana åtgärder, endast på grundval av a) en ansökan om inledande av ett förfarande för förebyggande rekonstruktion, c) att ett förfarande för förebyggande rekonstruktion inleds. Se t.ex. Mellqvist, M., *Insolvensrättslig tidskrift* 3/2020 s. 56 f.; Mellqvist, M., och Welamson, L., *Konkurs och annan insolvensrätt*, 12 uppl. 2017, s. 307 ff.; samt SOU 2001:80 s. 17, 83, 185, 211; och SOU 2016:72, Del 2, s. 185 f.

dröjsmål i angivna fall på visst sätt och i andra fall till ”väsentligt dröjsmål” med betalningen.²⁵

Generellt gäller att borgenären måste agera med omsorg. Skadeståndsskyldighet kan således inträda vid vårdslöst handlande som orsakat skada, t.ex. om borgenären utan fog skulle bryta mot sin skyldighet att uppfylla ett löfte om kredit eller utan fog säga upp en kredit. En borgenär som t.ex. vill säga upp en kredit med stöd av en avtalsklausul som ger honom sådan rätt om det finns skälig anledning att anta att kredittagaren inte kommer att fullgöra sina betalningsförpliktelser, måste grunda sin bedömning på ett relevant faktaunderlag och göra bedömningen fackmannamässigt med iakttagande av för kreditgivningen gängse krav på säkerhet.²⁶

Vid hantering av krediten hänför sig borgenärens ansvar härutöver till s.k. borgenärsförpliktelser, dvs. förpliktelser som inte har något självständigt ändamål utan är en osjälvständig pendang till gäldenärens förpliktelser till uppfyllelse; något tvång till uppfyllelse finns inte.²⁷ Borgenärens skyldigheter består emellertid också till stor del av att han måste avstå från vissa rättigheter, t.ex. rätten att häva ett avtal. Borgenären måste tåla att gäldenären utnyttjar sin rätt att kräva fullgörelse av kreditavtalet. En borgenärs förpliktelser vid företagsrekonstruktion går således i stor utsträckning ut på att tåla

²⁵ I detta sammanhang aktualiseras frågan om innebörden av kravet på att gäldenären ska vara i ”väsentligt dröjsmål” med betalningen, jfr bl.a. 33 § konsumentkreditlagen och bankernas uppsägningsklausuler. I rättsfallet NJA 2012 s. 476 gav Högsta domstolen prövningstillstånd i hovrätten, med motiveringen att det saknas vägledande praxis beträffande innebörden av rekvisitet ”väsentligt dröjsmål”. Hovrätten avgjorde sedan målet. (Svea hovrätt, dom 2013-04-26 i mål T 6052-12). Någon fortsättning av målet i form av ett prejudikat i Högsta domstolen kom inte. I ett senare mål framhöll samma hovrätt återigen, att vägledande praxis saknades (Svea hovrätt, dom 2016-12-20 i mål T 10088-15). Enligt vad som uttalas i dessa mål skulle ”väsentligt dröjsmål” kunna beskrivas på följande sätt: väsentlighetsbedömningen ska göras enligt samma principer som vid prövning av väsentlighetsrekvisitet i allmänhet. Viktigast är dels storleken på dröjsmålsbeloppet, främst i relation till kreditfordringen men även i absoluta tal, dels den tid som dröjsmålet varat, även här både i förhållande till hela kredittiden och i antal dagar. Hänsyn bör även tas till antalet försummade betalningstillfällen och om dessa ligger i följd efter varandra. Av betydelse är också om det finns skälig anledning att anta att dröjsmålet kommer att upprepas, t.ex. om låntagaren själv uppgett att han inte har för avsikt att fortsätta att betala av sitt lån. Härutöver är det av betydelse hur låntagaren skött krediten som helhet och hur han med fog kan förväntas sköta denna i framtiden. Bedömningen ska vara objektiv. Det finns inget krav på att låntagaren ska ha insett eller bort inse att dröjsmålet var väsentligt.

²⁶ Se t.ex. Hovrätten för Västra Sverige, dom 2011-11-17 i mål T 4380-10; och Stockholms tingsrätt, dom 2018-10-11 i mål T 3948-18.

²⁷ Se om dessa Rodhe, K., *Obligationsrätt*, 1956, s. 16, 166 ff., 195, 213, 249 ff., 283 ff. och 550.

de uppoftningar som måste göras. Möjligheten att få betalt och att rättshandla med gäldenären är kringskuren och ett ackord sätter ned borgenärens fordran. I gengäld kan borgenären medverka i förfarandet genom att delta i borgenärssammanträde och borgenärskommitté samt bistå rekonstruktören med information och råd och delta i samråd i väsentliga frågor. Detta är dock inte obligatoriskt och någon större aktivitet i detta avseende brukar inte föreligga.²⁸

Principiellt torde gälla att gäldenären ska få rimlig tid på sig att betala, även om detta inte framgår av villkoren. Avtalsreglering finns t.ex. i bankernas standardformulär beträffande konsumentkredit, men inte beträffande näringsidkarkredit. Låntagarens intressen kan i sådana fall vid behov tillvaratas med stöd av 36 § avtalslagen. Hur lång tidsfrist låntagaren kan anses berättigad till beror mycket på omständigheterna. Samtidigt måste även kreditgivarens intressen vägas in. Det kan vara svårt för denne att uppskatta hur lång tid gäldenären behöver, och blir tiden för lång kan borgenären själv drabbas av skada till följd av att betalningen uteblir.

De invändningar som gäldenären kan åberopa mot kreditgivarens uppsägning av krediten eller vägran att förlänga en kredit etc. hänför sig, bortsett från att borgenären inte följt gällande avtals- eller lagbestämmelser, särskilt till *kulans* eller partspraxis.²⁹ Om borgenären har brukat acceptera dröjsmål med betalningen kan gäldenären, med eller utan fog, ha fått uppfattningen att det finns ett underförstått avtal om att lånet inte ska sägas upp vid sådant dröjsmål. Det kan också vara så att ett lån regelmässigt brukat förlängas när tiden gått ut.³⁰ Domstolarna synes dock vara restriktiva vid bedömningen av om en generös avtalstillämpning ska leda till att borgenären anses ha

²⁸ Se dels 2 kap. 15 och 17 §§ LFR; samt Hellners, T., och Mellqvist, M., Lagen om företagsrekonstruktion, En kommentar, 2 uppl. 2013, s. 100 ff.; jfr SOU 2016:72, Del 2, s. 184 ff.; dels 2 kap. 16 § LFR; samt Hellners och Mellqvist, a.a., s. 26 f., 80 och 103 ff.; Persson, A.H., och Karlsson-Tuula, M., Företagsrekonstruktion – i teori och praktik, 2 uppl. 2012, s. 99 ff. och 156.

²⁹ Jfr här begreppet "Venire contra factum proprium", som innebär att en part inte får agera i strid mot sitt tidigare uppträdande, och är en form av rättsmissbruk. Se t.ex. Lennander, G., i Festskrift till Stefan Lindskog, 2018, s. 424.

³⁰ I bankernas standardavtal för näringsidkarkredit med möjlighet till förlängning föreskrivs att kredittiden förlängs med visst antal månader, om banken medger förlängning och annat inte anges. Det uppställs inga krav som ska vara uppfyllda för att förlängning ska kunna vägras.

avstått från sin möjlighet att göra gällande sin rätt enligt avtalet. Det är således inte alls givet att t.ex. den omständigheten att borgenären under en längre tid accepterat betalningsdröjsmål eller formlöst medgett förlängning av krediten också ska innebära att borgenären avstått från sin principiella rätt att säga upp krediten eller att avgöra om förlängning av lånet ska ske.

Kreditgivaren kan för sin del inrikta sig på att ett ansvar mot låntagaren förutsätter *skada* och *orsakssamband*, i vilka avseenden låntagaren har bevisbördan, och således invända att någon skada inte uppstått eller att åtgärden inte orsakat skadan. Av stor betydelse är naturligtvis kravet på orsaksamband mellan handling och skada. Om låntagaren hävdar att kreditgivarens uppsägning av gäldenärens krediter har drivit gäldenären i konkurs, har kreditgivaren i flera fall argumenterat att gäldenärens verksamhet skulle ha kollapsat även om borgenären uppfyllt alla sina kontraktuella skyldigheter, t.ex. därför att gäldenären redan var insolvent.

6. INDRIVNING GENOM OBEFOGAD KONKURSANSÖKAN

6.1 Obefogad konkursansökan generell

Även vid indrivning av ett lån är borgenären skyldig att visa omsorg och kan bli skadeståndsskyldig vid vårdslöshet. I det följande ska endast en speciell situation behandlas, nämligen då kreditgivaren använder konkursansökan som indrivningsmetod. Intresset riktas mot de fall där konkursansökan får anses obefogad, t.ex. därför att gäldenären visserligen har ekonomiska svårigheter men inte är insolvent.

En borgenär kan enligt 17 kap. 3 § första stycket konkurslagen bli skadeståndsskyldig om han lämnar in en ansökan om att gäldenären ska försättas i konkurs, trots att han när han ger in sin ansökan saknar skälig anledning att anta att gäldenären är på obestånd, och konkursansökan *inte får bifall*. I bestämmelsen anges att borgenären i sådant fall ska ersätta gäldenären den skada som skäligen kan anses

ha orsakats denne genom ansökningen och dess handläggning.³¹ Skada måste som vanligt visas men beviskravet för skada är alltså något lägre än styrkt ("skäligen kan").

Ett stadgande med denna innebörd infördes i 1921 års konkurslag § 216, med motiveringen att det inte syntes uteslutet att en konkursansökan kunde göras i utpressningssyfte eller för att bringa gäldenären på fall.³²

Om ett konkursbeslut i stället *upphävs* ska den borgenär vars ansökan lagts till grund för konkursbeslutet ersätta gäldenären för *konkurskostnader* som utgått ur konkursboet, 17 kap. 3 § andra stycket konkurslagen. Detta gäller dock inte om konkursen upphävs på grund av att gäldenären åberopat en ny omständighet eller ett nytt bevis. I så fall var ju konkursbeslutet i och för sig riktigt, när det fattades. Borgenären ansvarar inte heller för kostnader i konkursen som gäldenären orsakat av vårdslöshet. Här åsyftas främst sådana förhållanden som inträffat efter konkursbeslutet.³³ Något särskilt subjektivt rekvirit beträffande borgenären föreskrivs inte.

Frågan om ansvaret för konkurskostnader som regleras i andra stycket, bör skiljas från frågan om ansvaret för *rättegångskostnader* i överklagandeprocessen. Om gäldenären vinner här och får konkursbeslutet upphävt t.ex. genom att åberopa ny utredning om sin solvens, kan gäldenären anses ha orsakat en onödig rättegång i hovrätten, om han hade kunnat förhindra att beslut om konkurs överhuvudtaget fattades genom att lägga fram sin utredning redan i tingsrätten. Enligt 18 kap. 3 § rättegångsbalken kan gäldenären då åläggas att betala borgenärens rättegångskostnader i hovrätten eller också kan förordnas att vardera parten ska stå för sina kostnader. Se här bland många fall NJA 2004 s. 586.

³¹ Yrkandet om skadestånd kan prövas omedelbart i samband med konkursansökningen, jfr tredje stycket i bestämmelsen.

³² NJA II 1921 s. 635, på initiativ av lagrådet. Welamson, L., Konkursrätt, 1961, s. 107 f. Lagrådets uttalande citeras också av tingsrätten i RH 1986:75.

³³ Palmér, E., och Savin, P., Konkurslagen, En kommentar, Del I, Lösblad med supplement, kommentaren till 17 kap. 3 § KL. Ersättningsyrkandet ska prövas genast, även om beslutet om upphävande, vilket går i verkställighet omedelbart, överklagas, jfr 16 kap. 4 § första stycket KL.

En obefogad konkursansökan kan leda till skada för gäldenären, t.ex. i form av merarbete och försämrat renommé. Det kan uppstå publicitet kring ansökan och detta kan leda till oro bland gäldenärens anställda, leverantörer och kunder och till att gäldenären får avsätta tid till telefonsamtal och sammanträden och begära konsultation av jurister.³⁴ Skadan kan också bestå i att leverantörer stoppar leveranser samt kräver betalning för obetalda fakturor och förskottsbetalning, när de får reda på konkursansökan, vilket kan orsaka merarbete för gäldenären. Även gäldenärens renommé kan försämrast.³⁵

Att någon av konkurslagens insolvenspresumtioner³⁶ kunnat åberopas bör som regel vara tillräckligt för att göra en konkursansökan berättigad. Enbart den omständigheten att en konkursansökan återkallas innebär inte heller i sig att den varit obefogad.³⁷ Av betydelse i övrigt för bedömningen av huruvida borgenären saknat skälig anledning att anta att gäldenären var på obestånd är framför allt vilka upplysningar om gäldenärens ekonomi som borgenären haft, eller borde ha skaffat sig, vilka skäl gäldenären haft för att inte betala sin skuld och parternas uppträdande överhuvudtaget. Det har också förekommit att domstolen poängterat att det kunde ifrågasättas om inte konkursansökningen använts enbart som betalningspåtryckning för att få betalt för en tvistig fordran eller att borgenären sagt att konkursansökan var ”en metod att inkassera pengarna”.³⁸

I *NJA 1989 s. 378* lämnades gäldenärens skadeståndsyrkande utan bifall. Hans skuld utgjordes av rättegångskostnader i ett mål som avgjorts av tingsrätten men inte vunnit laga kraft. Det var inte visat att gäldenären hade andra skulder. Emellertid var det inte möjligt att i konkursmålet göra något grundat antagande om skadeståndsmålets slutliga utgång. Det kunde därför inte anses att det var osannolikt att gäldenären skulle komma att befrias

³⁴ Se RH 1986:75, där skadeståndsyrkandet bifölls.

³⁵ Se Hovrätten för Västra Sverige, dom 2014-05-22 i mål T 1905-13, där skadeståndsyrkandet avseende merarbete bifölls, men inte beträffande försämrat renommé, eftersom gäldenären inte lagt fram någon utredning alls angående den skadan.

³⁶ Se 2 kap. 8 och 9 §§ KL.

³⁷ Hovrätten för Västra Sverige, dom 2013-03-22 i mål T 4709-10.

³⁸ Se tingsrätten resp. hovrätten i Svea hovrätt, beslut 2011-06-28 i mål T 926-10.

från skyldigheten att utge rättegångskostnader. Konkursansökningen ogillades därför. Däremot framhöll Högsta domstolen att borgenären inte kunde anses ha saknat skälig anledning till antagande att gäldenären var på obestånd.

Det kan tilläggas att en obefogad konkursansökan även kan medföra ansvar enligt *inkassolagen* (1974:182). Enligt 18 § inkassolagen ska den som bedriver inkassoverksamhet ersätta skada som till följd av verksamheten tillfogas någon genom otillbörlig påtryckning eller annan otillbörlig inkassoåtgärd. En konkursansökan är enligt rättsfallet *NJA 1990 s. 585* att anse som en inkassoåtgärd i lagens mening, i den mån inte särskilda omständigheter föreligger. Rekvisitetet ”otillbörlig inkassoåtgärd” får normalt anses avse ganska kvalificerade fall, se *NJA 1985 s. 143*. Att hota med konkursansökan skulle dock under vissa omständigheter kunna utgöra en otillbörlig inkassoåtgärd.³⁹

6.2 Obefogad konkursansökan vid konkurshinder

En särskild fråga är om en konkursansökan kan anses obefogad därför att det föreligger ett *konkurshinder* på grund av att borgenären har betryggande säkerhet för sin fordran. Enligt 2 kap. 10 § konkurslagen gäller att en borgenär inte har rätt att få gäldenären försatt i konkurs, om borgenären har betryggande pant eller därmed jämförlig säkerhet i egendom som tillhör gäldenären. I ett sådant fall föreligger konkurshinder. Detta gäller alltså även om borgenären har kunnat visa att gäldenären är insolvent, t.ex. genom att åberopa en insolvenspresumtion.

Skälen bakom denna reglering om konkurshinder, som har gamla anor, är följande. Att försätta en gäldenär i konkurs är en mycket

³⁹ I förarbetena anføres, prop. 1974:42 s. 80: ”En remissinstans hävdar att konkursansökan och hot om konkursansökan bör anses som tillåtna påtryckningsmedel. --- Det är emellertid inte givet att ett påtryckningsmedel alltid bör anses som godtagbart enbart därför att det är allmänt erkänt eller normalt leder till resultat. Bedömningen måste alltid göras med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet. Vad särskilt gäller hot om konkursansökan, måste detta som regel betraktas som en adekvat och lämplig åtgärd, om försök att få betalt på annat sätt har misslyckats. Däremot bör det anses otillåtet att hota med ansökan om konkurs, när det på grund av det fordrade beloppets storlek eller av annan orsak är uppenbart att sådana ansökan inte kommer att göras.”

ingripande åtgärd. Borgenären måste därför ha ett berättigat intresse av att detta sker.

Med berättigat intresse avses ett reellt ekonomiskt intresse. Det måste här observeras att borgenären inte uppträder som en representant för ett borgenärskollektiv som kan ha intresse av gäldenärens konkurs, utan att det som avgör är borgenärens eget intresse av att få ut sin behöriga andel av den insolvente gäldenärens tillgångar.⁴⁰ Sådant intresse föreligger i allmänhet inte om borgenären kan få full täckning för sin fordran utan att gäldenären försätts i konkurs. I sistnämnda fall bör borgenären i stället vara hänvisad till annat ianspråktagande av säkerheten, exempelvis genom utmätning. Syftet med konkursinstitutet är inte att tillhandahålla en borgenär, som kan få fullt betalt genom specialexekution, en alternativ möjlighet att få betalning.⁴¹

Antag således att kreditgivaren till säkerhet för sin fordran på gäldenären har betryggande panträtt i dennes egendom. Sedan långivaren sagt upp lånen och betalning inte skett, ansöker han om att gäldenären ska försättas i konkurs. I detta fall ska domstolen alltså avslå ansökan. Som ovan framgått kan emellertid själva ansökan förorsaka skada för gäldenären. Det kan vidare tänkas att ansökan beviljas (av ”misstag”) och att konkursbeslutet efter överklagande upphävs på grund av konkurshindret.⁴² Frågan är om gäldenären kan erhålla skadestånd för skada som han orsakats; när det gäller det sistnämnda fallet inte endast ersättning för konkurskostnader.

Den rätt till skadestånd för obefogad konkursansökan som gäldenären ges i 17 kap. 3 § första stycket konkurslagen avser bara det fallet att borgenären saknade skälig anledning att anta att gäldenären var på obestånd. Bestämmelsen om rätt till ersättning för konkurskostnader i andra stycket, som avser det fallet att konkursbeslutet upphävs, är däremot allmänt avfattad. Undantag görs endast för fall där gäldenären själv kan sägas ha ett ansvar för det inträffade.

⁴⁰ NJA II 1921 s. 405 (lagrådet). Jfr här kommitténs Förslag till Konkurslag, 1911, s. 174 f.; och de sakkunnigas Förslag till Konkurslag, 1919, s. 159.

⁴¹ Se NJA II 1921 s. 405; NJA 2013 s. 421, Högsta domstolens beslut p. 9 och 19.

⁴² Jfr här NJA 2013 s. 421. Jfr i sammanhanget Örebro tingsrätt, dom 2019-07-19 i mål T 4910-13, T 5982-13 och T 2972-14, med utlåtande i viss del av författaren.

Det sagda innebär att ett skadeståndsansvar för borgenären i den här aktuella situationen inte kan grundas på ordalydelsen i 17 kap. 3 § första stycket konkurslagen. Frågan är i stället om allmänna regler om panthavarens ansvar, i kombination med den omständigheten att det föreligger ett konkurshinder, kan leda till ett skadeståndsansvar för en borgenär som ansöker om att gäldenären ska försättas i konkurs, utan att han först försökt utnyttja panten, vilken i och för sig utgör betryggande säkerhet.

Beträffande panthavarens skyldigheter, särskilt omsorgsplikten, kan följande allmänt framhållas. Med ett pantavtal följer – utöver det som uttryckligen avtalats mellan parterna – ett antal skyldigheter för panthavaren gentemot pantsättaren, ingående i panträttens *naturalia negotii*. Dessa skyldigheter framgår till viss del av lag och i övrigt av rättspraxis och allmänna panträttsliga principer. Av grundläggande betydelse för panthavarens ansvar är hans skyldighet att visa omsorg om pantsättarens intressen. Denna omsorgsplikt⁴³ som bl.a. kommer till uttryck i panthavarens vårdplikt, hänför sig också till pantens realisation.⁴⁴ Omsorgsplikten gäller således både före och efter kreditens förfallodag. Såvitt avser tiden efter förfallodagen kan noteras att panthavaren inte befrias från sin skyldighet att iaktta tillbörlig omsorg om pantsättarens intressen ens i de fall där han enligt pantavtalet ges stor frihet och får realisera panten på sätt han finner lämpligt.⁴⁵ Ett exempel på en situation, där panthavarens omsorgsplikt blir av betydelse, föreligger då panthavaren har att göra ett val mellan olika sätt att realisera panten.⁴⁶ En borgenär som har en pant till säkerhet för sin fordran har i och för sig i allmänhet valrätt mellan att utnyttja säkerheten och att kräva gäldenären på betalning. Att kräva gäldenären på betalning är emellertid inte detsamma som att begära denne i konkurs. Sanktionen mot en panthavare som bryter

⁴³ Med en modern term skulle man kunna tala om en lojalitetsplikt.

⁴⁴ Se Lennander, G., *Panthavares skyldigheter vid pantavtal om lös egendom*, 1977, t.ex. s. 31 f., 63 ff. och 265 ff.; Walin, G., Millqvist, G., och Persson, A.H., *Panträtt*, 3 uppl. 2012 (cit. Walin m.fl.), t.ex. s. 340, 342 och 348 f.

⁴⁵ Se t.ex. NJA 1972 s. 439; och NJA 1951 C nr 585; jfr NJA 1920 s. 53; samt Lennander, *Panthavares skyldigheter*, s. 265 f.

⁴⁶ Lennander, *Panthavares skyldigheter*, s. 273. Walin m.fl., a.a., s. 340 och 342.

mot sin omsorgsplikt, och därmed kan anses ha uppträtt vårdslöst, är i första hand skadeståndsskyldighet.⁴⁷

Enligt min mening bör panthavarens allmänna omsorgsplikt, i kombination med regeln om konkurshinder, kunna leda till att en borgenär med betryggande säkerhet är skyldig att avstå från att ansöka om konkurs och att han i stället, när fordran förfallit till betalning, ska utnyttja panten om gäldenären inte betalar. Det som nu sagts förutsätter alltså att borgenärens säkerhet kan beräknas ge borgenären full täckning för hans fordran (och dessutom är skyddad mot återvinning).⁴⁸ För att skadeståndsskyldighet ska inträda förutsätts givetvis också att borgenärens val av konkursansökan som indrivningsmetod kan bedömas ha varit *vårdslöst*.⁴⁹ Detta innebär bl.a. att det inte får föreligga några omständigheter som kan ursäktas borgenärens handlande, t.ex. att värderingen av säkerheten varit svårbedömd. För ansvar bör det antagligen krävas att det klart framgår att säkerheten varit av betryggande omfattning.

När det gäller bedömningen av inträffad skada kan man fråga sig, vilken inverkan den omständigheten att gäldenären var insolvent vid tidpunkten kan tänkas ha. Lagstiftarens inställning är emellertid att konkursansökan trots detta inte ska tillgripas om säkerheten är betryggande, och för gäldenärens del kan det vara stor skillnad mellan att få pantsatt egendom realiserad och att definitivt gå omkull i en konkurs.

7. KREDITGIVARENS ANSVAR MOT BORGENS MÄN

En speciell relation, där gäldenärens ekonomiska svårigheter också står i centrum, gäller kreditgivarens förhållande till den som tecknat borgen för gäldenärens förpliktelse. Ingåendet av en borgensförbin-

⁴⁷ Lennander, Panthavares skyldigheter s. 144 ff. och 285 ff. Walin m.fl., a.a., s. 331. Panthavaren har bevisbördan för de faktiska omständigheterna och för eventuella ursäktande omständigheter. Lennander, a.a., s. 148 ff. och 288.

⁴⁸ Prop. 1975:6 s. 162 ff. NJA 2013 s. 421, Högsta domstolens beslut p. 8. Det är i konkursärendet gäldenären som har bevisbördan för att säkerheten är betryggande, även om beviskravet är förhållandevis lågt, NJA 2013 s. 421, Högsta domstolens beslut p. 13 f.

⁴⁹ I det ovan i not 42 nämnda målet från Örebro tingsrätt ansågs borgenären inte ha handlat vårdslöst.

delse ger upphov till ett kontraktsförhållande mellan kreditgivaren och borgensmannen som innefattar ömsesidiga skyldigheter. Under 1990-talet avgjordes en rad rättsfall där borgenärens förpliktelser mot en borgensman fastläggs.⁵⁰ Denna rättspraxis, och de olika föreskrifter för kreditgivningen som följt i dess spår, utgör ett illustrativt exempel på hur ett kreditgivaransvar växt fram.

Borgenärens förpliktelser, som i flera avseenden kräver ett aktivt handlande från hans sida, kan sammanfattas enligt följande. Inledningsvis har borgenären en viss skyldighet att *upplysa* borgensmannen om vad borgensåtagandet går ut på.⁵¹ Om gäldenären när lånet ges har ekonomiska svårigheter och borgenären gör en bristfällig *kreditprövning* kan borgenären, om situationen är "kvalificerad", bli ansvarig mot borgensmannen.⁵² I något enstaka fall kan detta gälla även vid en bristfällig kreditprövning av borgensmannen själv.⁵³ Borgenären är vidare i princip skyldig att se till att borgensmannens regressrätt inte går förlorad på grund av omständigheter som inträffar under kreditens löptid. I första hand innebär det att borgenären ska *informera* borgensmannen ifall gäldenären får betalningssvårigheter, om borgenären inte undantagsvis har skäl att tro att borgensmannen får dessa upplysningar ändå.⁵⁴ Däremot kan borgenären knappast ha någon större skyldighet i förhållande till borgensmannen att ingripa mot gäldenären och säga upp gäldenärens lån i ett sådant fall, för att undvika en förlust för borgensmannen. Här måste hänsyn också tas till gäldenären och dennes chanser att överleva. Vidare skulle en sådan skyldighet lätt kunna bli kontraproduktiv, eftersom det skulle kunna leda till att borgensmannen får betala i stället.⁵⁵ Om borgenären, omvänt, ger gäldenären anstånd med betalningen kan det däremot medföra ansvar mot borgensmannen, om anstånd ges under

⁵⁰ Av betydelse är också Finansinspektionens allmänna råd om krediter i konsumentförhållanden, FFFS 2014:11. – Se t.ex. Kleineman, J., JT 1992–93 s. 298 ff. och JT 1993–94 s. 177 ff.; Walin, G., och Ingvarsson, T., *Borgen och tredjemanspant*, 4 uppl. 2013, s. 54 ff. och 133; Lennander, G., *Kredit och säkerhet*, 12 uppl. 2020, s. 58 ff., 80 och 117.

⁵¹ Jfr NJA 1993 s. 163; NJA 1996 s. 19.

⁵² NJA 1993 s. 163; NJA 1996 s. 19.

⁵³ NJA 1999 s. 408; även NJA 1997 s. 524.

⁵⁴ NJA 1992 s. 351; NJA 1993 s. 163; NJA 1994 s. 381; NJA 1996 s. 19; och NJA 1998 s. 852.

⁵⁵ Kleineman, J., JT 1993–94 s. 181. Jfr även Kleineman, JT 1994–95 s. 238.

en längre tid, särskilt om borgensmannen inte informeras och om dennes risk kan bedömas ha ökat genom anståndet.⁵⁶ Slutligen ska borgenären se till att säkerhet för lånet, som också kommer borgensmannen till del, inte går förlorad.⁵⁷ Borgenären får t.ex. inte återlämna en pant till gäldenären eller utlämna den till någon obehörig.

8. SLUTORD

Här har endast en begränsad aspekt på kreditgivaransvaret kunnat tas upp. Mycket mer finns att hämta i den djuplodande artikel om "Lender liability" som Jan Kleineman publicerade i början av 1990-talet!

⁵⁶ NJA 1997 s. 813.

⁵⁷ NJA 1993 s. 163.