

GUSTAV BONTA

# Gränserna för löftesmannens borgensansvar

## – Finns ett behov av en reformerad borgenslagstiftning?<sup>1</sup>

*Borgensavtalet ger upphov till ömsesidiga förpliktelser mellan borgenären och löftesmannen.<sup>2</sup> Bland avtalsparterna synes löftesmannens förpliktelser vara mer välkända än borgenärens. Utvecklingen på borgensområdet i Europa har därför blivit alltmer löftesmannavänlig.<sup>3</sup> Löftesmän som är fysiska personer tillerkänns numera ett starkare skydd mot borgenärer som är näringsidkare. De svenska borgensreglerna svarar inte alltid mot denna utveckling, ofta till löftesmannens förfång. Borgensreglerna synes därför vara redo för en reform.*

GUSTAV BONTA. Jur stud. vid Örebro universitet, gbonta@live.se

- 1 Juriststudent vid Örebro universitet 2017. Artikeln bygger på författarens examensarbete med samma namn, författad under våren 2017. Ett särskilt tack riktas till Annina H. Persson och Dan Hanqvist för deras värdefulla synpunkter och hjälp med korrekturläsning. De ställningstaganden som görs i artikeln, liksom kvarvarande fel, är emellertid helt och fullt mina egna och ska inte ligga någon annan till last.
- 2 Vanligtvis betecknas den som går i borgen för annans skuld som borgensmannen. Terminologin medför dock att risken för sammanblandning med termerna "borgensären" och "borgen" är stor, varför jag har valt att använda termen löftesmannen.
- 3 Se t.ex. artikel 213 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 575/2013 av den 26 juni 2013 om tillsynskrav för kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av förordning (EU) nr 648/2012, EUT L 176, 27.6.2013, s. 1-337. I förordningen går borgen under begreppet "garanti".

# 1. ALLMÄNT OM BORGEN OCH BORGENS IDENTITET

## 1.1 Allmänt om borgen

Vid kreditgivning nöjer sig sällan kreditgivaren (borgenären) med endast kredittagarens (gäldenärens) löfte om återbetalning, i synnerhet beträffande till beloppet stora krediter. Kreditgivaren ställer därför vanligen krav på säkerhet för krediten. Till de vanligaste säkerheterna hör realsäkerheter (panträtter) och personliga säkerheter (borgen). Borgen används främst när gäldenären saknar egendom som säkerhet för sin skuld. För kredittagare som är fysiska personer eller små företag krävs borgen så gott som undantagslöst.<sup>4</sup> Till skillnad mot realsäkerheter, där säkerhetens värde bestäms av det pantsatta objektet, eller vid företagshypotek, företagets tillgångar, bestäms den personliga säkerhetens värde utifrån löftesmannens förmögenhet eller annars dennes betalningsförmåga.

Borgen definieras inte i svensk lagstiftning. Inte heller i doktrinen har man enats om en klar definition.<sup>5</sup> I 2 § i den finländska lagen 361/1999 om borgen och tredjemanspant (BorgensL) definieras borgen däremot som en utfästelse genom vilken den som ger utfästelsen (*löftesmannen*) åtar sig att gentemot borgenären svara för någon annans (*gäldenärens*) förpliktelse (*huvudförpliktelsen*). Den finländska definitionen svarar väl mot hur borgen fungerar i svensk rätt.<sup>6</sup>

Avtal om borgen regleras i 10 kap. 8-12 §§ handelsbalken (HB). Reglerna är dispositiva, men står underkastade allmänna avtalsrättsliga principer. Häri regleras två typer av borgen: enkel borgen och proprieborgen. Den föregående innebär att borgenären endast kan kräva löftesmannen *efter* att gäldenärens resurser

<sup>4</sup> Jfr RP 189/1998 s. 5.

<sup>5</sup> Se Walin, Gösta & Ingvarsson, Torbjörn, Borgen och tredjemanspant, 4 aktualiserade och rev. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013, s. 24. Walins definition av borgen lyder: "[e]n borgen är tänkt att utgöra en säkerhet för en förpliktelse som någon annan än löftesmannen är skyldig att fullgöra."

<sup>6</sup> Se Ingvarsson, Torbjörn, Borgensliknande säkerhetsrätter, Norstedts juridik, Diss. Stockholm: Univ., Stockholm, 2000, s. 35. Se även Lassen, Julius & Ussing, Henry, Haandbog i obligationsretten: speciel del. [2], Kaution, Gads forl., København, 1928, s. 2. Där definieras borgen som "ett löfte varigenom en person gentemot en annan åtar sig en personlig förpliktelse till säkerhet för tredje mans förpliktelse."

och säkerheter tagits i anspråk – borgensansvaret är subsidiärt till huvudförpliktelsen. Vid proprieborgen kan borgenären kräva löftesmannen *samtidigt* som han kan kräva gäldenären, dvs. så snart gäldenärens skuld förfallit till betalning.<sup>7</sup>

Omfattningen av borgensansvaret varierar beroende på hur utfästelsen är utformad. Ansvaret kan t.ex. begränsas till att avse vissa bestämda skulder, endast vara giltigt under en viss bestämd tid eller upp till ett visst bestämt belopp.<sup>8</sup> Löftesmannen kan också åta sig att svara för *samtliga befintliga och framtida* skulder som gäldenären har till en viss borgenär. Ett sådant åtagande kallas för generell borgen. Definitionen av generell borgen i finländsk rätt (2 § BorgensL) är negativt bestämd utifrån begränsad borgen, dvs. generell borgen är borgen som gäller också annat än enbart en specificerad huvudförbindelse. Generell borgen i finländsk rätt ska både beloppsbestämmas och tidsbestämmas. Om avtalet inte begränsas enligt dessa kriterier svarar löftesmannen endast för förpliktelser som ingåtts i samband med borgensavtalet och för förpliktelser som uppkommit innan avtalet ingåtts och som löftesmannen var medveten om. Någon sådan begränsning synes inte som utgångspunkt gälla enligt svensk rätt.

## 1.2 Borgens identitet

Utöver de avtalsrättsligt gällande reglerna förefaller löftesmannens åtagande vara beroende av tre viktiga borgensrättsliga principer. Först och främst är borgen avhängigt ett annat rättsförhållande; det är *accessoriskt* till huvudförbindelsen. Den rättsverkan som tydligast beskriver detta är huvudregeln att när huvudförbindelsen upphör

<sup>7</sup> Se Walin & Ingvarsson, s. 22.

<sup>8</sup> Jfr NJA 1996 s. 560. I många hänseenden föreligger likheter mellan tredjemanspant och beloppsbegränsad borgen. Ansvaret vid tredjemanspant begränsas då till värdet av den pantsatta egendomen. Jfr även Walin & Ingvarsson, s. 52. När borgen är tecknad på ett skuldebrev är åtagandet som utgångspunkt avhängigt skuldebrevets innehåll.

faller också borgensansvaret bort.<sup>9</sup> Härav förstås att borgensförbindelsen i första hand inte knyter an till borgenären som person, utan till huvudförbindelsen – skuldförhållandet – mellan borgenären och gäldenären.<sup>10</sup> Här bör dock nämnas att accessoriteten inte kolliderar med den allmänna förmögenhetsrättsliga principen som tillåter fordringsöverlåtelse. *In dubio* gäller således att en ny borgenär ( $B_2$ ) *subrogerar* (inträder) i den förre borgenärens ( $B_1$ ) rätt.<sup>11</sup> Borgens accessoritet innebär dock att utfästelsen blott gäller till förmån för *en viss (huvud)gäldenär*. Vid gäldenärensbyte förändras huvudförbindelsens *identitet* och borgensansvaret bortfaller om inte löftesmannen lämnar sitt medgivande till gäldenärsbytet.<sup>12</sup>

Vidare innebär borgensåtagandet dels att löftesmannen inträder (*intercederar*) i ett skuldförhållande där löftesmannen varken agerar borgenär eller gäldenär, dels att åtagandet utgör en *ökad (kumulativ) säkerhet* för borgenären.<sup>13</sup> Härav förstås den viktiga skillnaden mot reella skuldöverlåtelse; borgen innebär att löftesmannen ställer säkerhet för borgenärens intresse att erhålla betalning av gäldenären, *inte* att löftesmannen övertar gäldenärens skuld.

<sup>9</sup> Se Walin & Ingvarsson, s. 74. HD har även i enstaka rättsfall gett stöd för borgens accessoritet (se t.ex. NJA 1987 s. 80 och NJA 1996 s. 560). Jfr Jacobson, Herbert, Preskriptionens funktioner: fordringsrättsliga och ersättningsrättsliga problem i komparativ belysning, Diss. Stockholm: Stockholms universitet, 2005, s. 384. Utformningen av 8 § andra stycket preskriptionslagen (1981:130) samt 6 § andra stycket lagen (1981:131) om kallelse på okända borgenärer tycks härstamma utifrån tanken om borgens accessoritet. Verkan av att huvudförbindelsen preskriberas eller prekluderas är att borgensansvaret bortfaller (se t.ex. NJA 1874 s. 54, NJA 1893 s. 286, NJA 1904 s. 135, NJA 1913 s. 355 och NJA 1918 s. 502).

<sup>10</sup> Jfr RP 189/1998 s. 29. I förarbetena till den finländska BorgensL sägs uttryckligen att borgen är accessorisk till huvudförbindelsen och att lagen inte ska tillämpas på utfästelser som är oberoende av huvudförbindelsen. Högsta domstolen i Finland har i en nyligen avkunnad dom rörande preskription av huvudförbindelsen explicit uttryckt att "[e]ftersom borgen var accessorisk i förhållande till huvudförpliktelsen upphörde borgensansvaret samtidigt." (se KKO:2014:79).

<sup>11</sup> Se Hasselrot, Berndt, Några spörsmål ang. borgen. Senare delen, Förl.-AB, Malmö, 1927, s. 124.

<sup>12</sup> Från huvudregeln existerar emellertid några få undantag. Exempelvis när ett gäldenärsbolag fusioneras med ett annat bolag eller om gäldenären avlider. Gäldenären anses då vara oförändrad och huvudförbindelsens identitet består (se Walin & Ingvarsson, s. 90). Förändring av ägarstrukturen i ett gäldenärsbolag är inte heller att anses som en förändring av gäldenären (se NJA 1916 s. 132). Se även SOU 1969:5 s. 95: "Bestämmelsen i 3 § [förmånsrättslagen] avser det fallet att ny borgenär inträder i ett fordringsförhållande. Frågan om bevarande av förmånsrätt aktualiseras också vid byte av gäldenär. Om t.ex. en person åtagit sig borgensansvar för förmånsberättigad fordran hos gäldenären, synes borgenären inte böra få åberopa förmånsrätten i borgensmannens konkurs. En sådan tyst förmånsrätt skulle bli äventyrlig för borgensmannens övriga borgenärer."

<sup>13</sup> Se Ingvarsson, s. 46 ff.

När löftesmannen sedan infriar sitt åtagande *subrogerar* han i borgenärens rätt och erhåller dels regressrätt mot gäldenären,<sup>14</sup> dels en rätt till eventuella säkerheter och förmånsrätter som borgenären haft mot gäldenären.<sup>15</sup> Regressrätten finns inte lagstiftad,<sup>16</sup> men betraktat utifrån den samhällsekonomiska synvinkeln, att borgen ska kunna fungera som en effektiv säkerhet för krediter, inses lätt att ett borgensinstitut utan regressrätt helt skulle förlora sin praktiska funktion. Utan regressrätten skulle förfarandet närmast ha karaktär av en gåva. Den gängse uppfattningen är således att det räcker att se till borgens *syfte* för att motivera regressrätten.<sup>17</sup>

Beträffande löftesmannens subrogationsrätt kan för alla praktiska ändamål sägas, att borgenären överlåter sin fordran mot gäldenären på löftesmannen. Emellertid måste löftesmannen *de jure* överta huvudfordringen och inte blott betala den. I NJA 1940 s. 734 fastställdes presumtionen att om en borgenär erhåller ett belopp som motsvarar huvudfordringen, ska det anses utgöra en betalning. För att bryta presumtionen krävs antingen att överlåtelse av fordringen avtalas separat med borgenären eller att det p.g.a. omständigheterna i övrigt framgår att löftesmannen avsåg att förvärva fordringen.<sup>18</sup> I förarbetena till förmånsrättslagen (1970:979) anför lagberedningen att det inte bör ställas alltför stora krav för att en övergång av en fordran ska anses föreligga.<sup>19</sup> I efterföljande praxis har HD uttalat att det räcker med att åtagandet har *karaktär av borgen* för att förmånsrätten ska övergå.<sup>20</sup>

<sup>14</sup> Se Bonta, Gustav, Gränserna för löftesmannens borgensåtagande – Finns ett behov av en reformerad borgenslagstiftning?, examensarbete, Örebro universitet, 2017, s. 22 och Ingvarsson, s. 58 ff. Den ekonomiska förlusten måste också vara definitiv, dvs. löftesmannen ska sakna möjlighet att av gäldenären kunna återkalla betalningen (jfr en revers med återtagandeförbehåll).

<sup>15</sup> Se NJA 1915 s. 426 (plenum). Se även artikel IV. G. – 2:113 (1) DCFR, vari det stadgas att löftesmannen efter infriande av sitt åtagande subrogerar i den rätt som borgenären hade mot gäldenären.

<sup>16</sup> Jfr 2 § andra stycket lag (1936:81) om skuldebrev (SkbrL), som anses utgöra analogiskt stöd för löftesmannens regressrätt.

<sup>17</sup> Se Ingvarsson, s. 70 ff. Jfr Almén, Tore, Om förmånsrätt för den, som på grund av borgen infriat eller genom överlåtelse förvärvat en prioriterad fordran, SvJT 1916, s. 23-28. Se även artikel IV. G. – 2:113 (1) DCFR vari stadgas att en *security provider* (löftesman) ska ha rätt till *reimbursement* (ersättning, regress) från gäldenären efter att löftesmannen har infriat sitt åtagande.

<sup>18</sup> Se NJA 1940 s. 734 (se särskilt sakkunnigutlåtandet av Håkan Nial, på s. 737-738). Se även Ingvarsson, s. 80 ff.

<sup>19</sup> Se SOU 1969:5 s. 95 och NJA II 1971 s. 290. Se även Almén i SvJT 1916, s. 23-28.

<sup>20</sup> Se NJA 1992 s. 316. Se även NJA 1979 s. 51.

### 1.3 Självständiga förbindelser<sup>21</sup>

Det finns en uppsjö av avtal som existerar strax utanför borgensavtalets periferi. Bankgarantier<sup>22</sup>, försäkringsgarantier<sup>23</sup> och stödbrev<sup>24</sup> ger ofta upphov till problematiska avgränsningsfrågor och kan vid första anblick tänkas vara andra benämningar på borgensåtaganden – i synnerhet eftersom de i många avseenden fyller samma funktion som borgen. Dock kan det inte understrykas tydligt nog att dessa självständiga förbindelser *inte är borgensavtal* i dess rätta mening, trots att de ofta tolkas med analogier utifrån borgensrättsliga regler. Primärt är den avgörande skillnaden mellan borgensavtal och självständiga förbindelser att de senare – som namnet antyder – har en mer självständig karaktär; de är således inte accessoriska till huvudförbindelsen och är därför inte borgensavtal.<sup>25</sup> Dessutom innefattar självständiga förbindelser inte någon regressrätt, utan det måste avtalsparterna särskilt avtala om.<sup>26</sup>

## 2. GRÄNSERNA FÖR LÖFTESMANNENS ANSVAR

Gränserna för löftesmannens ansvar ska nedan delas upp i framför allt två kategorier: (i) förändringar som påverkar risken att borgensåtagandet aktualiseras eller påverkar löftesmannens regressrätt, och (ii) förändringar som utökar löftesmannens ansvar.

(i) Utan vidare svårigheter förefaller löftesmannens åtaganden vara självklara: att betala borgenärens fordran mot gäldenären för vilken löftesmannen åtagit sig att svara. Så snart det uppstår nya eller föreligger dolda omständigheter som tänjer på löftesmannens

<sup>21</sup> För en mycket utförlig redogörelse angående dessa *borgensliknande säkerheter*, se Ingvarsson, s. 91-186. Se även sporadiskt i Lehrberg, Bert (red.), Gorton, Lars, Helldén, Margareta, Lennander, Gertrud, Lindskog, Stefan & Ramberg, Jan, Borgen: förutsättningsfrågor, regressfrågor, konsumentfrågor, 1 uppl., Fritzes, Stockholm, 1995, s. 63-111.

<sup>22</sup> Se Walin i SvJT 2000, s. 97-104.

<sup>23</sup> Se Eckerberg, Per Johan, Vad är försäkring, egentligen?, JP 2010, s. 151-173 och Hellner, Jan, Försäkringsrätt, 2., omarb. uppl., Stockholm, 1965. Se även Walin & Ingvarsson, s. 139-143 och NJA 1995 s. 197.

<sup>24</sup> Se Ingvarsson, Torbjörn, Till stöd för stödbrev, SvJT 2013, s. 266-288.

<sup>25</sup> Notera att denna slutsats är en produkt av ett rättspolitiskt ställningstagande – resultatet av cirkelresonemanget: "Borgen är accessorisk till huvudförbindelsen, ett åtagande som inte är accessoriskt är därför heller inte en borgen."

<sup>26</sup> Se Ingvarsson i SvJT 2012, s. 1034-1061.

ansvar finns däremot anledning att iaktta försiktighet. På senare tid har i HD tagits upp frågan om löftesmannen kan komma ifrån sitt ansvar när huvudförbindelsen förändras till löftesmannens nackdel.<sup>27</sup> Ett intressant spørsmål är således *vad* som utgör en nackdel för löftesmannen.

Förändringar som är till nackdel för löftesmän rör i huvudsak fall när risken att borgenären tar borgenslöftet i anspråk ökar eller när löftesmannens regressrätt mot gäldenären påverkas.

Borgenären är också skyldig att utföra en kreditprövning och underätta löftesmannen om information beträffande borgensåtagandet.<sup>28</sup>

(ii) Borgenären har en skyldighet att vårda huvudförbindelsen och se till att de *förutsättningar* som föreligger vid borgensåtagandets ingående också kvarstår under tiden som borgensförbindelsen är ikraft.<sup>29</sup> Borgenären har också en skyldighet att vårda löftesmannens regressrätt och denna rätt ska inte blott bevaras, utan den ska bevaras i proportion till vad löftesmannen kunnat förutsätta vid ingäendet av borgensförbindelsen. Med andra ord är borgenären ansvarig för att andra säkerheter och medlöftesmäns åtaganden som förenats med huvudförbindelsen består; annars anses löftesmannens ansvar påverkas negativt i och med att ansvaret utvidgas.

## 2.1 Förändring av huvudförbindelsen

Att löftesmannens åtagande påverkas när huvudförbindelsens villkor förändras är givet. Huruvida en förändring *de facto* är till löftesmannens nackdel måste emellertid avgöras i det enskilda fallet. Huvudregeln är att borgenären, tillsammans med gäldenären eller annan borgenär, inte ska kunna påverka omfattningen av löftesmannens åtagande.<sup>30</sup> Vid bedömningen måste beaktas borgensåtagandets omfattning.<sup>31</sup> Små förändringar i huvudförbindelsen godtas som

<sup>27</sup> Se NJA 1992 s. 351, NJA 1993 s. 163 och NJA 1994 s. 381. Se även Persson, Annina H., *Borgen – Ett rättsinstitut i förändring?*, Lindell-Frantz, Eva (red.), Festskrift till Lars Gorton, Juristförlaget, Lund, 2007, s. 487.

<sup>28</sup> Se Lehrberg m.fl., s. 39.

<sup>29</sup> Jfr Walin & Ingvarsson, s. 128.

<sup>30</sup> Se NJA 2012 s. 183. Detta torde även följa av den grundläggande principen inom avtalsrätten att avtal inte kan binda tredje man.

<sup>31</sup> Se Walin & Ingvarsson, s. 56.

regel vid begränsad borgen, men löftesmannens ansvar begränsas till att endast svara mot den ursprungliga förbindelsen.<sup>32</sup> Vid generell borgen torde löftesmannen få tåla mer ingripande förändringar än vid begränsad borgen. Klart är dock att borgenärens eftergift av fordran hos huvudgäldenären reducerar i princip borgensansvaret i motsvarande mån.<sup>33</sup>

I den finländska BorgensL stadgas i 8 § första stycket att "[e]n ändring av villkoren för huvudförpliktelsen till borgensmannens nackdel binder inte borgensmannen, om han inte har gett sitt samtycke till ändringen eller om borgen inte har ställts i form av generell borgen." I andra stycket lämnas visst utrymme för villkorsändringar som inte kräver löftesmannens samtycke – om verkningarna för löftesmannens ansvar är små, t.ex. när betalningstiden förlängs.<sup>34</sup>

Ett intressant spörsmål beträffande generell borgen är huruvida borgensansvaret även omfattar fordringar mot gäldenären som huvudborgenären förvärvar av en annan borgenär. I finländsk rätt gäller som huvudregel, att löftesmän vid generell borgen inte svarar för förvärvade fordringar.<sup>35</sup> Syftet är att borgenärernas inbördes arrangemang inte ska kunna öka löftesmannens ansvar. Generell borgen i finländsk rätt begränsas således till nuvarande och framtida skulder som *uppstår mellan B<sub>1</sub> och G*. En förvärvad fordran har inte uppstått mellan B<sub>1</sub> och G, eftersom den redan existerade mellan B<sub>2</sub> och G. Rättsläget

<sup>32</sup> Se NJA 1917 s. 232, NJA 1918 s. 229 och NJA 1935 s. 649.

<sup>33</sup> Se Walin & Ingvarsson, s. 126 f. Se även NJA 2001 s. 191 (I och II) och NJA 2016 s. 1176. Jfr Hasselrot I, s. 113. För finländsk rätt, se KKO:2006:5. I fallet hade L genom dom ålagts att infria sitt borgensåtagande och betala en fordran till B. Emellertid hade B och G, utan L:s samtycke, ingått ett avtal om frivilligt ackord. KKO anförde därför att L skulle frias från ansvar gentemot B. Domstolen hänvisade till 17 § första stycket BorgensL, vari det stadgas att om borgenären befriar gäldenären från ansvar utan löftesmannens samtycke, den senares förpliktelse nedsätts i motsvarande mån.

<sup>34</sup> Se RP 189/1998 s. 40. Beträffande finländsk praxis, se KKO:2014:30. Fallet gällde G som hyrt en bostad av B. L<sub>1</sub> och L<sub>2</sub> hade ingått en solidarisk proprieborgen för betalning av hyrorna enligt hyresavtalet. Efter att G hade försummat hyresbetalningen under flera månader kom B och G överens om att häva hyresavtalet. Enligt villkoren i denna överenskommelse skulle G, utöver att betala alla obetalda hyror som förfallit till betalning, betala en engångsersättning för att hyresavtalet hade hävts i förtid. KKO ansåg att L<sub>1</sub> och L<sub>2</sub> inte var ansvariga för betalningen av engångsersättningen, med hänvisning till 8 § BorgensL.

<sup>35</sup> Se 9 § andra stycket BorgensL.



i Sverige är dock oklart på denna punkt, varför det är vanligt att begränsa åtagandet genom att exkludera förvärvade fordringar.<sup>36</sup>

Ur ett kommersiellt perspektiv kan det ifrågasättas om det finns tillräckliga motiv för att införa en lagstiftning om just denna avgränsning. För L:s vidkommande föreligger ingen skillnad i ökningen av hans ansvar om  $B_1$  av  $B_2$  förvärvar en skuld mot G eller om  $B_1$  beviljar G en ny kredit om samma belopp. Om L såsom G:s moderbolag utställer en borgen i form av en moderbolagsgaranti bör det vara rimligt att kräva att moderbolaget har så pass god insyn i sitt dotterbolags ekonomi att det känner till – eller bort känna till – dess skuldförhållanden till övriga borgenärer.<sup>37</sup>

När löftesmannen är en fysisk person är situationen annorlunda. Pondera att L har gjort en *due diligence* (företagsbesiktning) av G och är väl medveten om G:s nuvarande skulder om 100 000 kr till den lilla lokala banken  $B_1$  som skulderna om 10 000 000 kr till den stora internationella banken  $B_2$ . Med vetskap om att G inte kommer kunna erhålla några ytterligare krediter av betydande värde av  $B_1$  godkänner L att ingå ett generellt borgensåtagande för  $B_1$ 's fordringar mot G. Det inses härmed lätt att det för L skulle medföra katastrofala följder om  $B_1$  av  $B_2$  förvärvade fordringarna om 10 000 000 kr mot G och  $B_1$  sedan skulle kunna kräva att L svarade även för dessa fordringar. Mot detta argument kan anföras att L skulle kunna begränsa sitt åtagande till ett visst belopp, motsvarande värdet av G:s skulder mot  $B_1$ . Problemet kan inte med enkelhet lösas med de regler om borgen som etablerats i svensk rätt. Huvudregeln, att löftesmannens ansvar inte kan utvidgas till hans nackdel utan samtycke, räcker inte vid generell borgen; gäldenären kan likaväl ta upp en ny skuld mot  $B_1$  som att  $B_1$  förvärvar en befintlig skuld mot G av  $B_2$ . Inte heller borgens accessoritet synes tillräcklig eftersom den övertagna fordringen mot G likväl kan anses utgöra en (ny) del av huvudförbindelsen (jfr den vanliga skrivningen ”blivande fordringar” vid generell borgen)

<sup>36</sup> För ett exempel på hur ett sådant villkor kan se ut, se Bonta, bilaga 2.

<sup>37</sup> Jfr NJA 1997 s. 524 (en löftesmans åtagande jämkades enligt 36 § AvtL med hänsyn till löftesmannens bristande insyn i gäldenärens ekonomi).

mellan B<sub>1</sub> och G. Motiven till den finländska lagstiftningen är inte mer vittgående än att regleringen avsåg reda ut denna oklarhet.<sup>38</sup>

## 2.2 Novation<sup>39</sup>

Vid större förändringar av huvudförbindelsen sägs att den gamla förpliktelsen upphört och en ny uppkommit. Med andra ord har en *novation* skett. Till skillnad mot de fall som diskuterats ovan (2.1) bortfaller löftesmannens ansvar (i enlighet med borgens accessoritet) vid novation. Gränsdragningen mellan en, å ena sidan, förändrad men bestående huvudförbindelse och, å andra sidan, novation följer dock inte av några väletablerade regler. I tysk rätt har som avgörande rekvisit för novation uppställts att det ska föreligga en *animus novandi*, dvs. en vilja att skapa ett nytt rättsförhållande.<sup>40</sup>

I svensk praxis finns vägledning för bedömning av novation bl.a. i NJA 1879 s. 443 och NJA 1917 s. 232. Den huvudsakliga skillnaden mellan fallen var att i det förra fallet ansågs huvudförbindelsen ha *ersatts* av en ny (L:s ansvar bortföll), medan i det senare fallet skapades en ny förbindelse *vid sidan av huvudförbindelsen* (L:s ansvar beträffande den första förbindelsen kvarstod).<sup>41</sup> Avgörande för bedömningen är vad borgensåtagandet avser, dvs. vad löftesmannen *de facto* gått i borgen för.<sup>42</sup> Mot bakgrund av befintlig praxis framstår skillnaden mellan vad som är en förändrad men bestående huvudförbindelse och vad som är en novation av densamma som både härfin

<sup>38</sup> Se RP 189/1998 s. 41 f. Om B<sub>1</sub> och B<sub>2</sub> fusioneras torde reglerna om förvärvade fordringar tillämpas analogt.

<sup>39</sup> Se NJA 1925 s. 174, NJA 1942 s. 9 och NJA 1961 s. 315. Närliggande till frågorna om novation ligger situationen när borgen tecknats på ett skuldebrev och gäldenären ger ut skuldebrevet på nytt. Då uppstår spörsmålet om borgensåtagandet ska gälla även för det nya utgivandet. Om skuldebrevet försetts med en anteckning om att det är betalt, kan det inte belånas på nytt med verkan att löftesmannen även svarar vid den nya utgivningen. Ett sådant förfarande jämföras med ett nytt lån, dvs. en separat förbindelse jämte huvudförbindelsen för vilken borgensansvaret gällde. I och med skuldebrevslagens tillkomst har i praxis etablerats en princip om att en borgenär inte äger åberopa borgensansvar för orderskuldebrev som belånats hos annan än den som angivits såsom första innehavare. Se även Rodhe, s. 733 ff. och Walin & Ingvarsson, s. 71. I analogi härom torde detsamma gälla vid utgivande av orderskuldebrev på nytt. Troligtvis kan inte orderskuldebrev med borgen användas som pant om inte belåning sker hos den som står såsom första innehavare eller om löftesmannen särskilt samtycker.

<sup>40</sup> Se Rodhe, s. 640 f.

<sup>41</sup> Se Lehrberg m.fl., s. 40 f.

<sup>42</sup> Se Bonta, s. 26 f. och Ingvarsson, s. 43 ff.

och formell.<sup>43</sup> Det erbjuds inga svårigheter att inse de besvär som löftesmannen ställs inför. För löftesmannen är det viktigt att veta huruvida han ska fortsätta svara för en huvudförbindelse som förändras. Enligt det rådande rättsläget i Sverige synes det lämpligaste tillvägagångssättet vara att vid behov göra en skälighetsbedömning *in casu*, beträffande vad löftesmannen fått räkna med att godta vid tidpunkten för ingåendet av borgensförbindelsen. Vid behov torde borgensansvaret kunna jämkas enligt 36 § lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) om en förändring inte är tillräckligt ingripande för att befria löftesmannen från ansvar, men tillräckligt ingripande för att inte anses omfattas av löftesmannens ursprungliga åtagande.

Reglerna som följer av 8 § BorgensL synes vara förenliga med svensk rätt.<sup>44</sup> Emellertid kvarstår samma gränsdragningsproblem i finsk rätt som råder i svensk rätt. För att lösa gränsdragningsproblemet kan det därför vara klokt att flytta perspektivet till rättsverkningarna som skiljer de båda situationerna åt, nämligen om borgensansvaret kvarstår eller bortfaller. Utifrån såväl borgenärens som gäldenärens intressen förefaller det rimligt att i så liten mån som möjligt inskränka deras möjligheter att ingå och justera sina inbördes mellanhavanden, utan risk för att säkerheter bortfaller. Vid en bedömning bör därför krävas starka skäl för novation. Det kontinentala betraktelsesättet med *animus novandi* torde vara vägledande för om novation föreligger.

### 2.3 Brist i borgenärens kreditprövning

Sedan länge har gällt att en kreditgivare inte får bevilja en kredit med mindre att det är utrett att gäldenären förutsätts kunna betala tillbaka.<sup>45</sup> Det ligger i löftesmannens intresse att hans risktagande förblir någorlunda förutsebart och behöver därför känna till gäldenärens ekonomiska förhållanden vid borgensavtalets ingående.

<sup>43</sup> Se NJA 1917 s. 232, NJA 1918 s. 229 och NJA 1935 s. 649.

<sup>44</sup> Se NJA 1879 s. 443 och NJA 1917 s. 232.

<sup>45</sup> Se Lehrberg m.fl., s. 72. Jfr 12 och 12 a §§ konsumentkreditlagen (2010:1846) och 8 kap. 1 § lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse (BFL).

Genom borgensavtalet uppstår mellan borgenären och löftesmannen ömsesidiga förpliktelser. I praxis har etablerats att borgenären har en principiell skyldighet att beakta att löftesmannens regressrätt gentemot gäldenären inte går förlorad eller inskränks. Ett försumligt förfarande från borgenärens sida jämföras med åsidosättande av grundläggande förutsättningar för borgensåtagandet och kan medföra att löftesmannen befrias från sitt åtagande.<sup>46</sup> En borgenär bör således inte bevilja en gäldenär ytterligare krediter utan hänsyn till att löftesmannens regressrätt bevaras. Erforderlig kreditprövning torde därmed utgöra ett krav, åtminstone när borgenären är en bank.<sup>47</sup> Utgången i NJA 1994 s. 381 kan berättiga slutsatsen att en försumlig kreditprövning i och för sig skulle kunna fria en löftesman från sitt åtagande, åtminstone i mera kvalificerade fall.<sup>48</sup>

I Finansinspektionens allmänna råd om krediter i konsumentförhållanden stadgas att generell borgen utan beloppsbegränsning som ställs av fysiska personer ”endast [bör] användas vid kommersiella förhållanden när löftesmannen har en god och löpande insyn i kredittagarens ekonomiska ställning och dennes kontakter med kreditgivaren.”<sup>49</sup> De allmänna råden har i relativt nya avgöranden från HD fått genomslag. I såväl NJA 1997 s. 524 som NJA 1999 s. 408 jämkades löftesmannens åtagande med stöd av 36 § AvtL p.g.a. att kreditgivaren inte utfört en tillräcklig kreditprövning av kredittagaren. Vid tillämpningen av 36 § AvtL beaktades särskilt att kreditgivaren handlat i strid mot Finansinspektionens allmänna råd.

## 2.4 Borgenärens informationsplikt till löftesmannen

Som utgångspunkt måste löftesmannen kunna skaffa sig en uppfattning om vilken risk iklädandet av borgensåtagandet innebär.

<sup>46</sup> Se NJA 1992 s. 351, NJA 1993 s. 163, NJA 1994 s. 381, NJA 1996 s. 19, NJA 1998 s. 852, NJA 2014 s. 107 och Lennander, Gertrud, Kredit och säkerhet: lärobok i krediträtt, 11 uppl., Iustus, Uppsala, 2015, s. 56.

<sup>47</sup> Se Lehrberg m.fl., s. 46 ff. Se även NJA 1996 s. 19.

<sup>48</sup> Se Walin & Ingvarsson, s. 57 f. T.ex. kan det föreligga skäl för åsidosättande av löftesmannens åtagande om det varit fråga om ett från borgenärens sida aktivt illojalt beteende gentemot löftesmannen. Se även Persson, s. 387.

<sup>49</sup> Se Finansinspektionens allmänna råd om krediter i konsumentförhållanden (FFFS) 2014:11, s. 8. De allmänna råden utgör en precisering av bl.a. 6 kap. 4 § BFL som stadgar att ”ett kreditinstituts rörelse skall [...] drivas på ett sätt som är sunt.”

Även efter ingäendet av borgen har löftesmannen en rättighet att bli informerad om sådana omständigheter som kan anses påverka regressrätten. Beträffande det senare anmärker HD särskilt att det är av särskild betydelse att löftesmannen underrättas om förhållanden av vikt för regressrättens utövande, när det inte kan förutsättas att löftesmannen själv håller sig informerad därom.<sup>50</sup> Exempelvis bör löftesmannen informeras om gäldenären erhåller ytterligare krediter eller om gäldenärens ekonomi lider varaktiga försämringar som kan antas medföra en ökad risk för att borgenären kommer att ta borgensåtagandet i anspråk.<sup>51</sup>

I NJA 1992 s. 351 uttalade HD att omfattningen av borgenärens informationsplikt beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Hänsyn bör tas till den person som utfärdat borgensåtagandet, vilket innebär att det spelar roll huruvida löftesmannen är en fysisk person eller en juridisk person. Större krav torde också kunna ställas om borgenären är en yrkesmässig kreditgivare.<sup>52</sup> Denna argumentation går i linje med att ett flertal länder, inklusive Sverige, på senare tid intagit ett mer konsumentvänligt perspektiv på borgensavtal.<sup>53</sup> I domskälen till NJA 1993 s. 163 anförde HD att det får ”anses rimligt att [borgenären], oberoende av formella rekommendationer, självant informerar privatpersoner som avser att ingå en borgensförbindelse om vad en sådan förbindelse innebär.”<sup>54</sup> Finansinspektionens allmänna råd om krediter i konsumentförhållanden stadgar därtill att en kreditgivare innan ett avtal om borgen ingås, bör informera löftesmannen om vad åtagandet innebär.<sup>55</sup> I finländsk rätt är borgenärens informationsplikt lagfäst i 12-14 §§ BorgensL, när löftesmannen är en fysisk person. Informationsplikten är omfattande och ska utgöra en redogörelse för vilka förpliktelser och extra kost-

<sup>50</sup> Se Walin & Ingvarsson, s. 54 ff. och NJA 1992 s. 351. Se även NJA 1991 s. 277, NJA 1993 s. 163 och RH 1995:10.

<sup>51</sup> Se Lehrberg m.fl., s. 50 ff., NJA 1934 s. 74 och NJA 1988 s. 852. Andra exempel är förskottsbetalningar, betalningsansånd, ackordsförhandlingar, likvidation, förändringar i styrelsen eller förlust av nyckelpersoner.

<sup>52</sup> Se Walin i SvJT 2000, s. 97-104.

<sup>53</sup> Se Ingvarsson, Torbjörn, Allmänna råd och jämkning av borgensåtaganden, SvJT 2008, s. 867-876 och Persson, s. 501.

<sup>54</sup> Se NJA 1993 s. 163, på s. 175.

<sup>55</sup> Se FFFS 2014:11, s. 7 f.

nader som borgensförbindelsen omfattar och vilka förutsättningarna är för att betalning ska kunna krävas av löftesmannen samt för övriga omständigheter som har väsentlig betydelse för löftesmannens ställning.<sup>56</sup>

I svensk rätt gäller att om borgenären förfarit culpöst i förhållande till löftesmannen, den senare frias från sitt ansvar.<sup>57</sup> Löftesmannen har bevisbördan för borgenärens försumlighet. Har det visats att borgenären förfarit försumligt åligger det borgenären, om han ska undgå påföljden att löftesmannen frias från sitt ansvar, att visa att försummelsen inte föranlett någon skada.<sup>58</sup> Borgenärens ansvar beträffande informationsplikten är emellertid inte särskilt strängt. Om borgenären har fog att utgå från att löftesmannen kommer att erhålla informationen – t.ex. genom att löftesmannen är verksam i eller ägare av gäldenärsbolaget, vilket var fallet i NJA 1994 s. 381 – kan informationsplikten jämkas eller bortfalla helt.<sup>59</sup>

## 2.5 Medlöftesmans ansvar preskriberas eller efterges

När flera löftesmän går i borgen för samma huvudförbindelse är huvudregeln solidariskt ansvar.<sup>60</sup> Åtagandet innebär att efter betalning till borgenären ska löftesmännens inbördes förhållande regleras med regress. Om  $L_1$  infriar hela G:s skuld till B erhåller  $L_1$  regressrätt gentemot  $L_2$  motsvarande dennes andel av borgensåtagandet.  $L_1$  och  $L_2$  har sedan regressrätt mot G. Om B låter  $L_2$ :s ansvar preskriberas skulle det innebära att  $L_1$  ensam stod att svara för huvudförbindelsen. Eftersom  $L_2$ :s ansvar bortfaller kan inte heller  $L_1$  efter infriandet av skulden kräva  $L_2$  genom regress. I äldre praxis har detta reglerats genom att preskription av medlöftesmans ansvar medför att övriga löftesmäns ansvar sätts ned i proportion till deras respektive andelar.<sup>61</sup> Numera är denna

<sup>56</sup> Se även RP 189/1998 s. 44-50.

<sup>57</sup> Se Lehrberg m.fl., s. 36 f.

<sup>58</sup> Se NJA 1992 s. 251, NJA 1993 s. 163 och NJA 1996 s. 19.

<sup>59</sup> Se även Lehrberg m.fl., s. 59 f.

<sup>60</sup> Se Walin & Ingvarsson, s. 23. Principen om solidariskt ansvar kommer till uttryck i 10 kap. 11 § HB, som förändrades i och med införandet SkbrL (se prop. 1936:2 s. 18).

<sup>61</sup> Se NJA 1884 s. 105, NJA 1898 s. 114, NJA 1905 s. 405, NJA 1916 s. 568 och NJA 1929 s. 346 (I och II). Jfr *Ward v National Bank of New Zealand* (1883) 8 App. Cas. 755. Enligt engelsk rätt bortfaller löftesmannens ansvar om en medlöftesmans ansvar efterges.

princip fastslagen i 9 § PreskL, vari det stadgas att vid preskription av förpliktelse för vilken solidariskt ansvar gäller, var och en av de andra svarar endast för sin andel. Andelarna beräknas således *in dubio* efter huvudtalet.<sup>62</sup>

Om borgenären i stället *befriar* en medlöftesman från ansvar finns ingen direkt lösning i lagen. Emellertid har HD i ett antal avgöranden efterföljt den princip som gäller om preskription av medlöftesmans ansvar, dvs. att övriga medlöftesmäns ansvar nedsätts efter huvudtalet.<sup>63</sup>

NJA 2016 s. 1176 rörde eftergift av en solidariskt betalningsansvarig part. I målet hade  $G_1$  och  $G_2$  till B utfärdat ett skuldebrev om solidariskt ansvar för ett lån från B. Utan samtycke från  $G_1$  eftergav B sin fordran mot  $G_2$ . B vände sig sedan till  $G_1$  och krävde betalning för resten av skulden. HD anförde att ett solidariskt ansvar av detta slag kan beskrivas så att varje gäldenär har en garantiförpliktelse för övriga gäldenärers andelar, förenad med en regressrätt. Konstruktionen liknar således *proprieborgen*. Som princip gäller då att ansvaret till slut ska bäras av gäldenärerna i enlighet med var och ens andel av skulden. Det solidariska ansvaret bygger på att det finns en regressrätt för den gäldenär som betalar mer än sin andel av skulden och borgenären har en principiell skyldighet att beakta att denna regressrätt inte går förlorad. Vidare uttalar HD att "[o]m borgenären gör en eftergift mot en gäldenär [...] borgenären då själv får ta de negativa konsekvenserna av att [borgenären] väljer att efterge sin fordran". Härav följer att "[e]n borgenär, som efterger sin fordran mot en gäldenär utan övriga gäldenärers samtycke, kan därmed som utgångspunkt inte längre göra gällande medgäldenärernas ansvar för gäldenärens andel, i den utsträckning som gäldenären befrias genom eftergiften." HD avslutar med följande principiella uttalande: "Det ansvar som består för en kvarvarande gäldenär sedan en annan gäldenärs ansvar har upphört på grund av en eftergift svarar mot den kvarvarande gäldenärens andel av den

<sup>62</sup> Se Lehrberg, s. 32.

<sup>63</sup> Se NJA 1926 s. 181, NJA 1939 s. 522 och NJA 1989 s. 269.

ursprungliga skulden. Den gäldenär vars ansvar har upphört ska anses ha infriat sin andel av skulden.<sup>64</sup>

Trots att målet gällde två solidariskt ansvariga gäldenärer torde de principiella uttalanden som HD gör vara gällande även för borgenssättaganden.<sup>65</sup> Grund för detta antagande kan hämtas med analogi till 2 § SkbrL och 9 § PreskL. Den förestående situationen i 2016 års avgörande är reglerad i finländsk rätt i 18 § BorgensL. I dess förarbeten sägs uttryckligen: ”Att en borgensman befrias innebär att övriga borgensmän svarar som om borgen inte från början hade ingåtts solidariskt, utan begränsat enligt huvudtalet.” Orsaken är att om det solidariska ansvaret kvarstår, skulle detta kunna innebära en försvagning av de solventa löftesmännens ställning när en del av löftesmännen är insolventa, eftersom de solventa löftesmännen som fortfarande har borgensansvar då skulle bli tvungna att sinsemellan dela också de insolventa löftesmännens andelar.<sup>66</sup>

## 2.6 Borgenären efterger säkerhet som ställts tillsammans borgen, eller låter säkerhetens värde försämrats

Vid kreditgivning ställer borgenären vanligen krav på borgen som säkerhet *tillsammans med pant*.<sup>67</sup> Principen om borgenärens skyldighet att se till att löftesmannens regressrätt bevaras medför en skyldighet att se till att eventuella säkerheter som löftesmannen har subrogationsrätt till kvarstår. Som skäl för detta har angetts att löftesmannen vid ingående av borgen *förutsätter* att subrogationsrätten till säkerheterna medför ett lägre risktagande, jämfört med om säkerheterna inte existerade.<sup>68</sup> Om borgenären efterger en sådan säkerhet, eller saknar sakrättsligt skydd för tillgångar

<sup>64</sup> Se även 17 § BorgensL om vilken verkan befrielse av gäldenären från ansvar har i finländsk rätt. Den finländska lagen går i linje med HD:s avgörande.

<sup>65</sup> Se Bonta, s. 30 f. och 37. De båda konstruktionerna, *proprieborgen* och *medgäldenärskap* liknar varandra, men med vissa väsentliga skillnader. Däribland slutregleringen av skuld (delat ansvar för medgäldenärer respektive fullt ansvar för gäldenären vid borgen). Vidare ligger det i borgens natur att löftesmannen ska vara en för huvudförbindelsen utomstående part – institutets funktion av säkerhet blir värdelös om gäldenären, eller en solidariskt ansvarig medgäldenär, skulle kunna gå i borgen för sin egen skuld.

<sup>66</sup> Se RP 189/1998 s. 53.

<sup>67</sup> Se Lennander, s. 65.

<sup>68</sup> Jfr Lehrberg m.fl., s. 34.



som varit avsedda att säkra löftesmannens regressfordran, befrias löftesmannen från ansvar.<sup>69</sup>

NJA 1991 s. 277 förtjänar att uppmärksammas. I fallet hade L gått i borgen för ett lån till G. Som säkerhet för lånet lämnade G pantbrev i en fastighet. Enligt de allmänna villkoren för reversen skulle pantbrevet, i den mån det inte togs i anspråk av reversinnehavaren, anses lämnat som säkerhet även och i första hand för att säkerställa L:s regressfordran mot G. B<sub>1</sub> sade senare upp lånet och fastigheten såldes till ett lägre pris än förväntat. B<sub>1</sub> bedömde sedermera pantbrevet som värdelöst och överlämnade detsamma till B<sub>2</sub>. När L infriade borgensåtagandet hade L berövats rätten till pantbrevet eftersom B<sub>1</sub> inte längre hade pantbrevet i sin besittning. HD bedömde att, eftersom B<sub>1</sub> inte kunde bevisa att panten saknade värde, L hade betagits möjligheten att på grund av panträtten få betalning ur fastigheten för det fall att dennes regressfordran inte blev till fullo betald. L tillerkändes därför skadestånd. I fallet tillämpades reglerna om skadestånd vid kontraktsbrott, men det finns skäl att tolka fallet så att L kompenseras på grundval av att *förutsättningarna* som förelåg vid borgensförbindelsens ingående inte längre var tillämpliga när borgensåtagandet infriades.<sup>70</sup>

Därtill finns anledning anta att en löftesman helt eller delvis kan undslippa sitt borgensansvar om borgenären låter en säkerhet försämrats. I RH 1986:120 hade L gått i borgen för ett lån av banken B till aktiebolaget G vari L drivit rörelse. Under lång tid var B upp-bunden i förhandlingar med en annan bank som avsåg att ta över lånet till G. När överlåtelsen av lånet till slut inte blev av hade värdet av en ytterligare säkerhet för lånet – en företagsinteckning i aktiebolaget – försämrats. L yrkade, med anledning av att B:s underlåtenhet att säga upp lånet och vidta indrivningsåtgärder medfört att värdet av säkerheten gått förlorat, att borgensåtagandet skulle jämkas med

<sup>69</sup> Se NJA 1875 s. 252, NJA 1925 s. 290, NJA 1936 s. 177, NJA 1936 s. 625 och NJA 1991 s. 277. Jfr Wulff v Jay (1872) LR 7 QB 756. Enligt engelsk rätt bortfaller löftesmannens ansvar om borgenären efterger säkerhet som varit förenad med huvudförbindelsen eller på annat sätt försvagar värdet av en sådan säkerhet.

<sup>70</sup> Se Lehrberg, Bert, Förutsättningsläran då och nu, Flodgren, Boel (red.), Avtalslagen 90 år: Aktuell Nordisk rättspraxis, Norstedt, Stockholm, 2005, s. 429.

stöd av 36 § AvtL. Trots att värdet av den pant, till vilken L hade subrogationsrätt, försämrats ogillade hovrätten L:s jämkningsyrkande. Enligt hovrätten kunde det inte krävas av B att säga upp det lån som B avsåg att överlåta till en annan borgenär. Hovrätten erinrade om det faktum att B:s möjligheter att rädda företagsinteckningens värde varit små, varför B:s skyldighet att vidmakthålla pantens värde endast gällt i begränsad omfattning. Avgörandet kan därför tolkas som att hovrätten ansåg att L:s subrogationsrätt och möjlighet till regress värderades lägre än B:s intresse att driva sin verksamhet.<sup>71</sup>

Troligtvis är NJA 1993 s. 163 av större intresse för den aktuella frågan. I fallet hade L ingått en generell till beloppet begränsad proprieborgen för G:s skuldförhållande till B. Borgensåtagandet var tecknat på ett skuldebrev. När G sedermera beviljades nya krediter erhöll B samtidigt säkerhet i form av företagshypotek i G:s rörelse. När B krävde L på betalning invände L att B, i och med att L hade subrogationsrätt till företagshypoteket, hade att bevaka och söka bereda sig täckning ur den egendom som omfattades av företagshypoteket. B invände dels att det var fråga om en proprieborgen och därför fritt kunde välja mellan att kräva L eller utnyttja företagshypoteket, dels att L inte hade regressrätt i företagshypoteket därför att borgen hade tecknats på ett annat (tidigare) skuldebrev.

När pant lämnas av tredje man, vid sidan av proprieborgen, torde gälla att säkerheterna är likställda varandra och borgenären fritt kan utnyttja endera säkerheten.<sup>72</sup> När gäldenären själv ställer pant blir situationen annorlunda, eftersom panten är en del av gäldenärens förmögenhetsmassa samtidigt som den utgör en säkerhet till vilken löftesmannen har subrogationsrätt. Av domskälen till 1993 års rättsfall framgår att om borgenären vanvårdar eller avstår från en ställd pant faller borgensansvaret helt eller delvis bort. Vidare framgår att om panten ställts *innan* borgensförbindelsen ingåtts, huvudregeln är att löftesmannen tillerkänns subrogationsrätt till panten. Avgörandet klargör emellertid inte vad som gäller om panten ställts *efter*

<sup>71</sup> Se Lehrberg m.fl., s. 35.

<sup>72</sup> Se Lennander, s. 65. Vid enkel borgen vore problemet enkelt löst. Borgenären får inte kräva löftesmannen förrän gäldenären inte förmår betala sin skuld.

borgensförbindelsen ingåtts. HD anför förvisso att *in dubio* torde detsamma gälla som om panten existerade vid ingående av borgensförbindelsen, men tar inte vidare ställning i frågan. Det vore emellertid lämpligt att löftesmannen har rätt till panter som är lämnade till säkerhet för huvudförbindelsen.<sup>73</sup> Tidigare praxis talar endast för denna åsikt.<sup>74</sup> Tidpunkten för ställandet av panten torde därför inte vara av betydelse för subrogationsrätten.

Den finländska lagstiftaren har reglerat ovan diskuterade spörsmål i BorgensL. Först och främst gäller att eftergift eller värdeminskning av säkerhet endast får rättslig betydelse för löftesmannen om säkerheten gällde till förmån för honom. För att så ska vara fallet fordras att säkerheten ställts till förmån för samma skuld som borgensåtagandet. Dessutom måste säkerheten antingen ställas till förmån för löftesmannens regressfordran, eller åtminstone vara sådan att den vid löftesmannens infriande tillfaller honom. Enligt 30 § första stycket BorgensL gäller som allmänregel att borgenärens rätt till säkerhet som galdenären har ställt för huvudförbindelsen omedelbart övergår på löftesmannen när han har betalat huvudförbindelsen. I förarbetena till BorgensL sägs uttryckligen att säkerhetsrätten övergår på löftesmannen som *garanti för hans regressrätt*. Beträffande löftesmannens rätt till säkerheter som ställts av tredje man gäller dock enligt paragrafens tredje stycke att rätten till säkerheten endast övergår om detta är överenskommet mellan löftesmannen och den som ställt säkerheten.<sup>75</sup>

I 18 § BorgensL stadgas att en löftesman helt eller delvis befrias från ansvar om borgenären avstår från en säkerhet som ställts för huvudförbindelsen och som gäller till förmån för löftesmannen. Detsamma gäller om säkerhetens värde sjunker till följd av borgenärens åtgärder eller försummelser. Paragrafens tredje stycke stadgar ett undantag till bestämmelsen. Borgenären får efterge annan löftesmans borgen eller säkerhet som ställts efter det att borgensförbindelsen och som löftesmannen *inte förutsatte* när han ingick borgens-

<sup>73</sup> Se Lennander, s. 66.

<sup>74</sup> Se NJA 1915 s. 426 och NJA 1940 s. 734.

<sup>75</sup> Se RP 189/1998 s. 54 och 68.

förbindelsen. Således gäller att en löftesman som inte baserat sitt åtagande på sådana senare säkerheter inte heller anses få sin rättsliga ställning försvagad när en senare ställd säkerhet frigörs.<sup>76</sup>

## 2.7 Undantag<sup>77</sup>

Ovan har beskrivits den huvudregel som innebär att löftesmannens ansvar ytterst begränsas av den skuld som löftesmannen lovat att svara för. Denna huvudregel är försedd med två viktiga undantag. Vid offentligt ackord, som beviljas vid gäldenärens konkurs eller vid företagsrekonstruktion, eller skuldsanering nedsätts inte löftesmannens ansvar. Löftesmannen svarar då fullt ut enligt sitt ursprungliga åtagande gentemot borgenären, trots att gäldenärens skuld sätts ned. Däremot nedsätts löftesmannens regressfordran i proportion till nedsättningen av gäldenärens skuld – löftesmannen kan inte regressvis kräva mer av gäldenären än vad gäldenären svarar för.<sup>78</sup>

Undantag från huvudregeln aktualiseras när skuldregleringen genomförs med stöd i lag, oberoende av borgenärens och löftesmannens vilja. Undantagen kan tolkas som att lagstiftaren tagit ställning till att vid vissa särskilda situationer är gäldenärens fortsatta existens (när gäldenären är ett företag) premierat framför fullständig återställning av löftesmannens förmögenhet. Att svara för någon annans skuld innebär alltid ett risktagande och dessa undantag får anses vara inkluderade i den risk som löftesmannen tar vid sitt åtagande.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Se RP 189/1998 s. 55. Se även 31 § andra stycket BorgensL om regressrätt mellan löftesmän som ingått olika oberoende borgensförbindelser för samma huvudförbindelse (särskilt andra meningen, nedan kursiverad): ”Har flera borgensförbindelser för en och samma huvudförpliktelse ingåtts under olika tider och oberoende av varandra och har något annat inte överenskommit om borgensmännens inbördes ansvar, har en borgensman rätt att av en borgensman som har ställt borgen tidigare få hela det belopp som han har betalat på grund av sin förbindelse. *Den som har ställt borgen tidigare har inte regressrätt gentemot den som har gjort det senare.*”

<sup>77</sup> För en mer utförlig redogörelse för dessa undantag, se Bonta, s. 33 ff.

<sup>78</sup> Se Lennander, s. 73 f. och Walin & Ingvarsson, s. 92 och 251. Jfr även NJA 1997 s. 240. Regleringen följer av 12 kap. 22 § konkurslagen (1987:672), 3 kap. 9 § lag (1996:764) om företagsrekonstruktion samt 31 och 47 §§ skuldsaneringslagen (2016:675).

<sup>79</sup> Se Lennander, s. 73 och Walin & Ingvarsson, s. 127.

### 3. TRENDERNA I EUROPA OCH BEHOVET AV EN REFORMERAD SVENSK BORGESLAGSTIFTNING

De borgensrättsliga reglerna i svensk rätt tillkom under en tid när flera i dag etablerade lagar och principer saknades. Reglerna om borgen vilar i stort sett på oskriven rätt. Trots att borgen är ett väl etablerat institut och fordras vid de flesta penningförsträckningar i dag, kvarstår flera tämligen elementära borgensrättsliga frågor att utreda.<sup>80</sup> Samhälleliga förändringar, däribland utvecklingen av bankernas verksamheter, har medfört att borgensreglerna behövt utvecklas. Men p.g.a. att bankernas väl utarbetade borgensavtal är utformade just för att undvika tvister, har flera borgensrelaterade spörsmål aldrig kunnat prövas av HD.<sup>81</sup>

Finanskrisen 2008 satte dock fart på diskussionen om de svenska borgensreglerna. Det ligger därför nära till hands att beskriva borgensinstitutet som ”omodernt, men i allra högsta grad aktuellt”. Diskussionen huruvida borgensinstitutet är i behov av en reform har ofta anknutits till att förstärka skyddet för löftesmän som är fysiska personer – ”konsumenter” som går i borgen för en skuld till en borgenär som är en näringsidkare.<sup>82</sup> Frågan är om det över huvud taget vore nödvändigt att genomföra en reform och i sådana fall hur en sådan bäst bör genomföras.<sup>83</sup>

Först bör erinras att det finns flera fördelar med att låta ett institut etableras långsamt i praxis. Framför allt blir rättstillämpningen dynamisk; den sker *in casu* och anpassas utefter var det finns behov.<sup>84</sup> Nackdelarna är dock att utvecklingen går långsamt samt att rättsläget ofta blir oförutsebart. Den största förloraren av den rådande ordningen är löftesmannen, som ofta saknar kunskap om borgenssättagandets omfattning. Att löftesmannen också bär risken och bevisbördan om borgenärens handlande skadat löftesmannen, står

<sup>80</sup> Se Lennander, s. 49.

<sup>81</sup> Se Lennander, s. 41 f.

<sup>82</sup> Se Persson, s. 485 i fotnot 3. Diskussionen kring borgen har i huvudsak utgått från löftesmannens perspektiv.

<sup>83</sup> Jfr Lehrberg m.fl., s. 153-211.

<sup>84</sup> Se t.ex. NJA 1993 s. 163.

i motsatt förhållande till utvecklingen på borgensområdet i såväl Sverige som i Europa.

Att kodifiera gällande rätt skulle bidra till att borgenärer, gäldenärer och löftesmän får bättre kännedom om vad borgensåtagandet innebär. Utvecklingen efter införandet av den finländska BorgensL ger starkt stöd för denna åsikt.<sup>85</sup> Syftet med införandet av BorgensL var bl.a. att skapa tydligare bestämmelser om borgen, i synnerhet beträffande löftesmannens ansvar.<sup>86</sup> Bakgrunden till BorgensL ligger således i linje med de problem som existerar i svensk rätt. Min egen sökning i den finländska databasen Finlex resulterade i endast fyra rättsfall från Högsta domstolen i Finland (KKO) som hänvisat till BorgensL. Resultatet anser jag utgöra ett starkt stöd för att införandet av BorgensL klargjort rättsläget om borgen i Finland. Särskilt i och med att antalet rättsfall som togs upp av KKO innan införandet av BorgensL var avsevärt fler.

Likheterna mellan borgensreglerna i Sverige och Finland bidrar till att låta BorgensL utgöra ett slags mall för en svensk lag om borgen. I svenska borgensavtal är det vanligt att införa villkor för att särskilt reglera omständigheter som är reglerade i BorgensL, t.ex. att generell borgen inte omfattar förvärvade fordringar. Vidare talar utgången i NJA 2016 s. 1176 för tillämpbarheten av BorgensL i svensk rätt. Om BorgensL varit gällande hade fallet troligtvis inte behövt tas upp av HD, eftersom 18 § BorgensL reglerar det fall att borgenären befriar en eller flera löftesmän som är ansvariga för samma förpliktelse.

Den nuvarande ordningen bjuder in till tanken om ett fullständigt reformerat borgensinstitut. Troligtvis ligger det nog närmast till hands att en reform initialt fokuserar på skyddet för fysiska löftesmän som går i borgen för en skuld till en näringsidkare. Skälet är att gällande rätt redan synes gå åt ett konsumentvänligare håll för

<sup>85</sup> Sökningen utfördes per den 17 oktober 2017 i databasen Finlex ([www.finlex.fi/sv](http://www.finlex.fi/sv)). Av de fyra fallen rör två stycken borgens upphörande (KKO:2006:5 och KKO:2014:79), ett fall rör regressrätt (KKO:2013:36) och det sista rör tolkning av borgensavtal (KKO:2014:30).

<sup>86</sup> Se RP 189/1988 s. 5 ff.

borgen, inte bara i Sverige och i Norden,<sup>87</sup> utan även i hela Europa.<sup>88</sup> Flera nordiska rättsvetenskapsmän anser redan att borgensavtal bör tolkas till löftesmannens förmån vid "konsumentborgen".<sup>89</sup> De finländska borgensreglerna har till viss del gjorts tvingande till förmån för löftesmän som är fysiska personer när utfästelsen ges till en kreditgivare som är näringsidkare, medan i norsk rätt har möjligheten att ställa proprieborgen avskaffats i konsumentförhållanden.<sup>90</sup> Borgenärens informationsplikt samt kreditprövning är särskilt viktiga när löftesmannen inte har tillräckligt god insyn i gäldenärens ekonomi, vilket torde gälla främst när löftesmannen är en fysisk person.<sup>91</sup>

En nyligen avkunnad dom från HD ger ytterligare stöd för tesen att utvecklingen i svensk borgensrätt blir alltmer löftesmannavänlig.<sup>92</sup> Tidigare gällde ett undantag från huvudregeln om accessorisk preskription vid borgen. Undantaget aktualiserades när huvudgäldenären var en juridisk person som upplösts genom underskottskonkurs. Det förelåg då inga möjligheter "i normal ordning" för borgenären att utföra preskriptionsavbrott mot huvudgäldenären – och alltså förhindra att huvudfordran preskriberas. Vid sådana fall beslutade HD i NJA 2005 s. 44 att huvudregeln ska frångås och

<sup>87</sup> I den numera upphävda bankrörelselagen (1987:617) gällde att ett kreditinstitut som lämnade kredit också krävde betryggande säkerhet för krediten. Denna s.k. säkerhetsregel togs inte med när bankrörelselagen ersattes av den nya BFL. I stället gäller endast den s.k. trygghetsregeln som stadgas i 8 kap. 1 § BFL. Trygghetsregeln innebär att ett kreditinstitut endast får bevilja kredit om förpliktelseerna på goda grunder kan förväntas bli fullgjorda. (Se prop. 2002/03:139 s. 322.) Detta följer som en kompromiss mellan å ena sidan omsättningsintresset och å andra sidan intresset att dels skydda löftesmännen, dels minska andelen gäldenärer vars fordringar förfaller till betalning. Vid en första anblick skulle avskaffandet av säkerhetsregeln kunna vara ett argument som talar emot en utveckling till skydd för fysiska löftesmän. Dock får inte bortses från det faktum att det även ligger i löftesmännens intresse, att krediter får beviljas utan krav om betryggande säkerhet. Konsekvensen av denna liberala kreditgivning kan måhända leda till högre räntor, som kompensation för den ökade risk som kreditgivarna tar när de inte kräver betryggande säkerhet. Ur ett skyddsperspektiv är emellertid klart, åtminstone i teorin, att en erforderlig kreditprövning av gäldenären och borgenärens informationsplikt är tillräckligt för att löftesmännen ska kunna bilda sig en tillräcklig uppfattning om risken för sina åtaganden. Löftesmännen får således uppbära en rimlig del av risken vid ingående av borgen.

<sup>88</sup> Jfr Håstad, Torgny, Inför en europeisk sakrätt – några principfrågor, JT 2002/03, s. 745-777 och Ramberg, Christina, Mot en gemensam europeisk civillagstiftning, SvJT 2004, s. 459-474.

<sup>89</sup> Se Lassen & Ussing, s. 34 ff. och Walin & Ingvarsson, s. 114. Jfr även NJA 1994 s. 381.

<sup>90</sup> Se Persson, s. 489. För finländsk rätt, se 2, 5, 7 och 37 §§ BorgensL och för norsk rätt, se 4 kap. i den norska lov om finansavtaler og finansoppdrag, Nr 46, 1999.

<sup>91</sup> Se t.ex. NJA 1992 s. 351, NJA 1993 s. 163, NJA 1994 s. 381 och RH 1995:10.

<sup>92</sup> Se HD:s dom i mål Ö 1853-16, meddelad den 29 juni 2017.

löftesmannens åtagande kvarstår, trots att huvudförpliktelsen bortfallit. Emellertid kan en borgenär, genom en utökning av 25 kap. 50 § aktiebolagslagen (2005:551), numera hålla en fordran vid liv, trots att huvudgäldenären upplösts genom underskottskonkurs, genom att ansöka om likvidation hos det upplösta bolaget. I det aktuella fallet förlorade borgenären sin rätt att kräva betalning av löftesmannen p.g.a. att borgenären inte vidtagit tillräckliga åtgärder (ansökt om likvidation hos gäldenären) för att förhindra att huvudfordringen preskriberades. I och med HD:s dom flyttas bördan att behålla huvudfordran (och därigenom också borgensåtagandet) vid liv återigen över på borgenären.<sup>93</sup>

Införandet av en svensk lag om borgen skulle kunna klargöra flera borgensrelaterade spørsmål som fortfarande diskuteras i doktrinen. Först och främst kriterierna för att ett avtal över huvud taget ska vara borgen. Principerna om accessoritet, kumulativ intercession, regressrätt och subrogationsrätt vore väl lämpliga att stadfästas i en sådan lag. Vidare finns klara fördelar med att lagstadga vilka utgångspunkter som ska gälla för avtal som uppfyller kriterierna för borgen, men vars villkor inte reglerar alla aspekter av borgen. Exempelvis gäller i dag att borgen som utgångspunkt är enkel borgen samt att om det finns flera löftesmän de svarar solidariskt för huvudförbindelsen. Sådana i dag gällande utgångspunkter förtjänar väl att ses över – även om detta inte nödvändigtvis innebär att de behöver förändras.<sup>94</sup>

För att en svensk lag om borgen inte ska frånta borgens brukbarhet behöver en sådan lag vara allmän och dispositiv. Det ligger i det kommersiella intresset att avtalsfriheten består, utan alltför kraftiga inskränkningar. Med andra ord får ett reformerat borgensinstitut inte bli *för* löftesmannavänligt. Det måste accepteras att löftesmannen i och med sitt åtagande faktiskt gör ett risktagande. Borgens huvudsakliga syfte är trots allt att säkerställa att borgenären får betal-

<sup>93</sup> Rent praktiskt medför utgången av fallet en del märkliga konsekvenser. Att som borgenär behöva initiera en likvidationsprocess enkom för att vidta en preskriptionsavbrytande åtgärd förefaller vara både tids- och resurskrävande. Den tidigare ordningen kan tyckas ha varit mer praktiskt lämplig; även om det samtidigt föreligger goda skäl att stringent behandla borgens som accessorisk till huvudförbindelsen, i enlighet med gällande rätt.

<sup>94</sup> Se Walin & Ingvarsson, s. 26 ff.



ning när gäldenären inte uppfyller sin betalningsskyldighet. Således bör syftet med en ny lag främst vara att klargöra vad som gäller *om inget annat* avtalats.<sup>95</sup>

En fullständig harmonisering av borgensreglerna i Norden och kontinentala Europa är troligtvis inte möjlig att uppnå, åtminstone inte på kort sikt. Vid en närmare granskning av innehållet i Draft Common Frame of Reference (DCFR) framkommer att det på vissa håll föreligger stora skillnader mellan nordisk rätts syn på borgen och hur man ser på borgen på kontinenten. Exempelvis gäller att borgen enligt DCFR som utgångspunkt ska vara *proprieborgen*,<sup>96</sup> emedan såväl svensk som övrig nordisk rätt har intagit en position som är den motsatta. Enkel borgen är mycket sällsynt och torde vara så gott som obefintlig i kommersiella sammanhang.<sup>97</sup> Därför kan det förefalla besynnerligt att utgångsläget i dag är att borgensåtaganden *in dubio* ska vara enkel borgen.<sup>98</sup> Trots att den finländska BorgensL är hypermodern i förhållande till 10 kap. HB är det i skrivande stund nästan 20 år sedan lagen trädde ikraft. Sedan dess har mycket hänt på kreditmarknaden runtom i världen, så också i Sverige. Den moderna uppfattningen torde i stället vara att utgångspunkten – *de lege ferenda* – bör vara *proprieborgen*. Kanske vore därför en utgångspunkt som är förenlig med DCFR att föredra? Det är ju oomtvistligt att *proprieborgen* är den borgenstyp som är vanligast förekommande, borde inte den då gälla som utgångspunkt? Återigen blir detta en avvägning mellan konsumentskyddet, å ena sidan, och harmonisering med det gängse förfarandet på kreditmarknaden, å andra sidan. En ny lag om borgen skulle med fördel kunna bli en kompromiss mellan dessa intressen, t.ex. så att utgångspunkten är *proprieborgen om inte* löftesmannen är en fysisk person och borgenären är en

<sup>95</sup> Jfr köplagen (1990:931). Utgången i fallet talar även för att en ny lag om borgen kan fylla funktionen av analogiskt tillämpbar ramlagstiftning.

<sup>96</sup> Se artikel IV. G. – 2:105 DCFR.

<sup>97</sup> Se Adlercreutz i SvJT 1991, s. 69–77. Se även Lennander, s. 44, 46 och 63. Häri beskrivs *proprieborgen* t.o.m. som ”borgen i normalfaller” medan enkel borgen klassificerats som en ”särskild form av borgen”.

<sup>98</sup> Se Ingvarsson, s. 51. I finländsk rätt stadgas detta i 3 § första stycket BorgensL. För norsk rätt, se Smith, Carsten, Garantirett. 3, Garantikrav og garantistvern, 2 uppl., Univ.-forl., Oslo, 1981, s. 235.

näringsidkare som i sin näringsverksamhet beviljar krediter eller ställer säkerheter mot borgen.

HD har förvisso endast erinrat om att DCFR kan – och i vissa fall bör – vara vägledande vid svensk rättstillämpning, men exemplet ovan påvisar att det kan föreligga svårigheter med att förena en europeisk harmonisering med en konsumentvänligare borgenslagstiftning.<sup>99</sup> Klart är att DCFR till vissa delar inte är förenlig med svensk rätt och därför inte kan tillämpas rakt av enligt de i dag gällande borgensreglerna. Vid jämförelse med engelsk rätt går likheterna än mer isär. Den engelska lagstiftaren har en mycket mer strikt syn på avtalets innehåll, snarare än avtalsparternas avsikter. Beträffande borgensavtal ser den engelska lagstiftaren mer strikt på att löftesmannens ansvar endast är bestående om huvudförbindelsen är oförändrad. Exempelvis tilläts inte ens övergång av borgensansvar vid fordringsöverlåtelse om inte detta har avtalats om eller om löftesmannen godkänner överlåtelsen.

I Sverige finns än så länge inga planer på att reformera borgensinstitutet.<sup>100</sup> Trots det är det tydligt att avsaknaden av ett komplett och överblickbart regelverk säkerligen är ett av skälen till att många löftesmän och borgenärer saknar kunskap om alla regler som gäller vid borgensavtal. Vidare talar utvecklingen i praxis, rekommendationer från myndigheter och utvecklingen i såväl Norden som i Europa för en mer konsumentvänlig syn på borgen. Det är därför enligt min uppfattning påkallat att borgensreglerna i Sverige bör reformeras, närmast på konsumentområdet, men också för borgen i dess helhet. Annars kommer säkerligen även fortsättningsvis ”att gå i borgen” alltid vara ”att gå i sorgen”.

<sup>99</sup> Se Herre, Johnny, DCFR och svensk rätt, SvJT 2012, s. 933-940 och Ramberg, Christina, Uppsägningstid vid långvariga samarbetsavtal, SvJT 2010, s. 94-98. Trots att DCFR inte är bindande i svensk rätt har HD i ett par avgöranden hänvisat till DCFR. I NJA 2009 s. 672 anförde HD att ”[v]ägledande [...] bör i huvudsak vara sådana omständigheter som nämns i [...] DCFR.” (på s. 694). Uttalandet ger inte stöd för att DCFR ska tillämpas direkt i svensk rätt i och för sig, men väl tillräckligt stöd för att DCFR kan användas som inspirationskälla när ett spörsmål inte kan besvaras med de traditionella rättskällorna.

<sup>100</sup> Se Persson, s. 488 f.