

Allmänna råd och jämkning av borgensåtaganden¹

Av juris doktor TORBJÖRN INGVARSSON

Allmänna råd och rekommendationer som utfärdas av myndigheter är principiellt inte bindande. Den omständigheten att råden inte följs kan därför vanligtvis inte grunda ansvar. På krediträttens område har dock under senare tid borgensåtaganden för kommersiella krediter jämkats på grund av att kreditgivaren inte följt allmänna råd och rekommendationer om kreditprövning av borgensmannen. De allmänna råden och rekommendationerna har på detta sätt fått en delvis ny funktion. Jämkningsregeln i 36 § avtalslagen har använts som en port genom vilken dessa standarder har tagits in som handlingsnorm. Artikeln syftar till att belysa denna teknik och visa hur formellt förbindande normer och avtalslagens generalklausul samverkar.

Inledning

Den traditionella synen på privatpersoners borgensåtaganden är mycket sträng. Även åtaganden som inneburit att borgensmannen skulle bli tvungen att betala mycket stora belopp har ansetts fullt ut bindande. Hänsyn till borgensmannens möjligheter att uppfylla sitt åtagande har helt skjutits i bakgrunden. Praxis tyder dock på att denna hållning är på väg att ändras. Hävstången i denna utveckling är 36 § AvtL som kommit att användas på ett delvis nytt sätt av domstolarna. Förändringen innebär att borgensmannen med framgång kunnat åberopa att kreditgivaren inte iakttagit de allmänna råd och rekommendationer som utfärdats av tillsynsmyndigheterna och att borgensåtagandet därför skall jämkas.

Genom att konsumenträtten normalt punktregleras, uppkommer skyddet för privatpersoner bara fläckvis och till synes utan att det säkert går att säga att den rättshandlande alls kommer att vara skyddad utanför dessa fläckar. Över detta ligger 36 § AvtL som en sista utväg för att skapa rimlighet i avtalsförhållanden.² Regeln utgör en del av det övergripande skyddet för konsumenter, men är svår att tillämpa på grund av dess abstrakta avfattning. När det gäller borgensåtagan-

¹ Artikeln bygger på ett föredrag »Kautionsretten og aftalelovens § 36« hållet på Nordisk forskerkursus på Sandbjerg gods juni 2007.

² Litteraturen om 36 § AvtL är vid det här laget närmast oöverskådlig. I detta sammanhang nämns därför bara några verk som varit av betydelse för resonemangen i denna artikel. *Hellner* Generalklausulerna och avtalsrättens utveckling i JFT 1975 s. 92–109, *Taxell* Jämkningsregler i avtal i JFT 1984 s. 606–630, *Hagström* Urime-lige avtalsvilkår i Lov og Rett 1994 s. 131–168, även publicerad i NJM 1993 s. 369–412, *Wilhelmsen* Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet i TFR 1995 s. 1–246, *von Post* Studier kring 36 § avtalslagen, Stockholm 1999 och *Gomard* Rimelighet og god skik. Bunden eller fri retsdannelse og fortolkning? i Avtalslagen 90 år, Stockholm 2005, s. 205–225.

den är emellertid jämkning med stöd av 36 § AvtL för närvarande den enda vägen att komma till rätta med alltför betungande åtaganden, oavsett om huvudfordringen är kommersiell eller en konsumentkredit.

Jämkningsregelns funktion

Dispositiva rättsregler anses allmänt ge uttryck för en godtagbar normallösning och när det finns en sådan regel, kan därför endast sällan oskälighet i 36 § AvtL:s mening föreligga.³ En svaghet som följer med regelns konstruktion är att den knappast lämpar sig för att ändra rättsläget där detta redan anses klart. Hagstrøm har på ett träffande sätt beskrivit svårigheterna:

»Men selv innenfor sitt virkeområde skaper avtaleloven § 36 et dilemma. Bestemmelsen er såpass åpen at den — om ønskelig — kan brukes til å avbøte klare urimeligheter av et kausjonsansvar. Samtidig vil en for aktiv bruk av § 36 åpenbart skape så betydelig usikkerhet omkring de private kausjoner at deres kredittfunksjon lett undermineres, jfr. den dissenterende dommers votum i Rt 1995 s. 1540. Inntrykket er derfor at 36 § brukes med største forsiktighet. Det er riktignok hevet over tvil at 36 § har betydning som et nødanker der andre kauteler kommer til kort, og man allikevel finner at kausjonsansvaret bør lempes. Men det er verken ønskelig eller mulig å la avtaleloven § 36 bli den sentrale bestemmelse på kausjonsrettens område.«⁴

Jämkningsregeln kan bara rå på de uppenbara orimligheterna i enskilda fall och bestämmelsen är alltså inte i sig själv tillräckligt dynamisk för att kunna ändra inriktningen på själva reglerna. En omorientering av reglerna för borgensansvaret kräver därför mer än möjligheten att jämkna i enskilda fall.

Exemplet borgensåtaganden visar på flera sätt svårigheterna att skapa ett effektivt skydd för privatpersoner. Styrkeförhållandena mellan borgensmannen och borgenären är ofta mycket ojämna. Den vanliga situationen då en privatperson går i borgen för en väns eller släktings lån i en bank faller uppenbart inom ramen för 36 § AvtL. Eftersom borgensmannen enligt allmänna borgensrättsliga principer får framföra samma invändningar som huvudgäldenären, skyddas därmed även borgensmannen indirekt om huvudförhållandet faller under konsumentkreditlagens bestämmelser. Den situation som intresserar mig mest i detta sammanhang är emellertid de mindre renodlade fallen, då skulden som borgen ställts för är ett kommersiellt avtal

³ I förarbetena till 36 § AvtL uttalas att tillämpningen av dispositiva lagregler skulle kunna utgöra oskälighet i det enskilda fallet och att jämkning av avtalsvillkoret alltså inte var utesluten enbart på den grunden att regeln överensstämde med vad som skulle ha gällt utan att frågan reglerats i avtalet. Uttalandet är enligt min mening för brett och tar inte hänsyn till att dispositiva regler kan ha olika funktion. Frågan är komplicerad och verkligt ledande praxis saknas, även om den hastigt berörs i försäkringsmålet NJA 1992 s. 782. Se SOU 1974:83 s. 140 och proposition 1975/76:81 s. 124.

⁴ Hagstrøm Kautionsretten i forandring i Fs Smith, Oslo 2002, s. 363–384, s. 368f.

och gäldenären således inte är skyddad. Borgensmannen kan även i denna situation vara minst lika skyddsvärd som en kredittagare i konsumentssituationen, men detta är omständigheter som inte brukar beaktas när borgensmannens ansvar skall anges.⁵

Den nu påtalade asymmetrin är känd sedan länge, men den har ännu inte lett till någon åtgärd från den svenska lagstiftaren. Problemet har även uppmärksammats av EU. I det mer radikala förslaget till nytt konsumentkreditdirektiv, KOM(2002) 443 slutlig, fanns vissa skyddsregler för privatpersoner som gått i borgen med.⁶ I artikel 23 i utkastet sattes exempelvis tiden till maximalt tre år när huvudförbindelsen saknar tidsbegränsning. Tiden kunde dock förlängas efter denna tid om borgensmannen uttryckligen medgav att åtagandet förlängdes. I det slutligen antagna direktivet 2008/48/EG har dessa skyddsregler strukits med motiveringen att direktivet bara bör reglera konsumentkrediter.⁷ Skyddet för borgensmännen lämnas därmed i praktiken till de nationella lagstiftarna.

Ser man på lagstiftningen så är förhållandena mycket olika i de nordiska länderna. Numera har samtliga nordiska länder utom Sverige lagregler som skyddar privatpersoner som går i borgen.⁸ I Norge gäller sedan 1999 lov nr 46 af den 25 juni 1999 om finansavtaler og finansoppdrag (*finansavtaleloven*), i Finland lag 1999/361 om borgen och tredjemanspant och i Danmark i lov om finansiel virksomhed (Lbk nr 381 af 19 april 2007).⁹ I Sverige regleras privatpersoners borgensåtaganden fortsatt huvudsakligen genom reglerna i handelsbalken. Reglerna i handelsbalken är mycket ålderstigna och några har inte ändrats sedan de trädde ikraft genom införandet av 1734 års lag. I svensk rätt föreligger därmed för närvarande det förhållandet, att om gäldenären är en konsument, så skyddas gäldenären av förhållan-

⁵ Det kräver ingen särskild utläggning, men det bör ändå noteras att gemenskapsdirektivet 87/102/EEG, som flera av de nordiska konsumentkreditlagarna bygger på, inte omfattar borgensmän. Se förhandsavgörandet i mål C-208/98 från Landgericht Potsdam i målet Berliner Kindl Brauerei AG mot Andreas Siepert: »Ein Bürgschaftsvertrag, der zur Sicherung der Rückzahlung eines Kredits geschlossen wird, fällt auch dann nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie 87/102/EWG [...], wenn weder der Bürge noch der Kreditnehmer im Rahmen ihrer Erwerbstätigkeit gehandelt haben.« Fastän kredittagaren omfattas av direktivets skydd och borgensmannen inte har ekonomiskt intresse av krediten eller kreditförhållandet skyddas alltså inte borgensmannen. Skyddet kan självklart föreligga på annan grund, men borgensmannen omfattas alltså inte av direktivets skydd. Det nya direktivet 2008/48/EG ändrar inte detta.

⁶ Se allmänt om förslaget *Lynge Andersen* Den fortsatte europæisering af kreditaftaleretten — introduktion og perspektiv i Kreditrettens udvikling, Köpenhamn 2003 s. 11–37 och *Dietz Legind* Udviklingen inden for privat kautionsret — kausion for banklån s. 149–167, särskilt s. 162–166, i samma volym.

⁷ Se den reviderade versionen KOM(2005) 483 slutlig/2, punkten 5.3.2 i den inledande motiveringen till ändringarna.

⁸ Isländsk rätt har tyvärr inte kunnat beaktas. För en jämförelse av förhållandena i europeiska länder utanför Norden, se *Personal Security, Principles of European Law* (PEL/Drobniç, Pers. Sec.), Oxford 2007. Reglerna har nyligen presenterats av *Persson* Borgen — Ett rättsinstitut i förändring? i *Fs Gorton* s. 485–501, Lund 2007.

⁹ De danska reglerna infördes ursprungligen i bank- og sparekasseloven som 41 § och 41a §, men finns numera i 47–48 §§ lov om finansiel virksomhed.

devis stränga och effektiva regler, medan borgensmannen inte skyddas alls av annan lagstiftning än 36 § AvtL.¹⁰

Inställningen i nordisk praxis

Avgöranden från de nordiska länderna ger uttryck för en tydlig huvudregel. Yrkanden om jämkning med stöd av 36 § AvtL eller motsvarande regel har inte vunnit bifall även om borgensåtagandet omfattat mycket höga belopp. I detta sammanhang är framför allt de fall av intresse där borgensmannens privatekonomi varit starkt sammanlänkad och ibland rent av sammanvävd med ekonomin i det företag för vilket borgenslöftet ställts.

I det norska fallet Rt 1983 s. 716 (*Johan Reksten*) hade den verkställande direktören i R/A Trajan Johan Reksten skrivit under en handling som betecknades som ett statement. Mottagaren av handlingen var Norsk Garantiinstitutt for Skip og Borefartøyer A/S, GI, som i sin tur ställt säkerhet för R/A Trajans åtaganden. Høyesterett fann att handlingen var en garanti och att Reksten genom att skriva under handlingen åtagit sig ett ekonomiskt ansvar. Ansvaret kom att bli mycket stort och det framgår av domskälen att Reksten varit medveten om att ansvaret skulle kunna komma att uppgå till omkring 50 miljoner norska kronor. Reksten hävdade att hans ansvar inte kunde krävas ut även om handlingen uppfattades som en garanti och hänvisade till 31 och 33 §§ avtaleloven. Han åberopade även 8 § gjeldsbrevsloven och 18 § prisloven.¹¹ Høyesterett ansåg emellertid inte att någon av dessa invändningar kunde grunda ogiltighet eller en jämkning och motiverade utgången i denna del på följande sätt:

»Det gjelder en spekulasjonsartet forretningsvirksomhet, med sjanser for store gevinster, men også med risiko for store tap. I sitt yrke som skipsreder har Johan Reksten hatt minst like gode forutsetninger som GI for å vurdere de sjanser og den risiko som her var til stede. Verken avtalelovens regler eller gjeldsbrevlovens § 8 kan etter min mening bringes til anvendelse i et tilfelle som dette. Og jeg kan heller ikke finne prislovens § 18 anvendelig.«¹²

¹⁰ Det är värt att notera att det föreligger vissa skillnader i de nordiska länderna. I samtliga länder är 36 § huvudregeln, men vad gäller konsumentförhållanden är regeln olika avfattad. I dansk rätt är konsumentskyddet reglerat i 38a–d §§ och i norsk rätt i 37 §. Både i den danska och i den norska avtalslagen är reglerna i direktiv 93/13/EEG införda direkt i avtalslagen, medan de i svensk rätt är införda i en särskild lag, lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AVLK), som hänvisar tillbaka till 36 § AvtL. I Finland infördes direktivet genom lagen 1259/1994 i konsumentskyddslagen 1978/38. Reglerna i konsumentskyddslagen samverkar med 36 § rättshandlingslagen på ett sätt som liknar det i svensk rätt mellan 36 § AvtL och AVLK. Direkta jämförelser mellan länderna när det gäller tillämpningen av 36 § AvtL blir av lätt insedda skäl svårare än vad som kanske vore att förvänta.

¹¹ Jämför användningen av 8 § SkbrL i det svenska fallet NJA 1977 s. 717 (*Porschemålet*). Bestämmelsen fyllde tidigare en liknande funktion som numera 36 § AvtL fyller, om än inom ett snävare område. Bestämmelsen i 18 § prisloven motsvaras numera närmast av 2 § pristiltaksloven. Se angående relationen mellan lagarna *Hov*, Avtaleslutning og ugyldighet, 3 upplagan Oslo 2002, s. 214–215.

¹² Rt 1983 s. 716, förstevoterande dommer Røstad, referatet s. 728f.

Utgången i fallet blev alltså att garantigivaren fick svara för ett mycket stort belopp. Det var utrett att garantigivaren inte hade någon möjlighet att betala ens en bråkdel av beloppet, men trots detta ansågs alltså inte jämkning kunna komma ifråga. Fallet kan jämföras med det svenska fallet NJA 2005 s. 44 (*Vilgot Johansson*).¹³ Kravet i anledning av borgensåtagandet kom att gälla 192 miljoner kronor. I både tingsrätt och hovrätt yrkade borgensmannen på jämkning med stöd av 36 § AvtL, men detta yrkande frånfölls i Högsta domstolen. Tingsrätten biföll delvis jämningsyrkandet och ålade borgensmannen att betala 3 miljoner kronor. Hovrätten ansåg inte jämkning kunna komma ifråga och ålade borgensmannen att betala fullt belopp. Hovrätten motiverade denna ståndpunkt med att borgensmannen med sin kännedom om branschen hade väl så stor möjlighet att bedöma riskerna, att han inte intagit en underlägsen ställning gentemot borgenären och att han fullt ut bör ha förstått de ekonomiska verkningarna av att borgensåtagandet skulle behöva tas i anspråk. Inte heller senare omständigheter kunde grunda en jämkning av borgensmannens åtagande.¹⁴

Som ett sista exempel på att även oväntat stora åtaganden inte jämkas, kan det danska fallet U 1991.330 H nämnas. I fallet hade en privatperson pantsatt värdepapper för tredje mans skuld. Utöver denna säkerhet gick pantsättaren även i beloppsobegränsad proprieborgen för samtliga åtaganden panterna skulle vara säkerhet för.¹⁵ Gälldenären var gift med borgensmannens syster då borgenslöftet avgavs, men krediten var i allt väsentligt kommersiell. Borgensmannen hade inte, så långt det kan utläsas av referatet, någon direkt egen vinning av att gå i borgen. Svågarna förefaller emellertid ha gjort affärer med varandra i betydande omfattning och de hade även samma revisor. Huvudfrågan i Højesteret var vilka fordringar som omfattades av borgensåtagandet. Højesteret, som fastställde landsrettens dom, ålade slutligen borgensmannen att utge knappt 17 miljoner. Landsrätten motiverade utgången på följande sätt:

»Det må lægges til grund, at sagsøgte har påtaget sig selvskyldnerkaution som led i et forretningsmæssigt mellemværende. Udformningen og indholdet af kautionserklæringerne, der må anses for at supplere hinanden, kan ikke anses for at være usædvanlig, ligesom de indtalte forpligtelser findes at ligge inden for, hvad sagsøgte efter det foreliggende måtte forudsætte.«¹⁶

¹³ Se min kommentar till fallet Borgensmans ansvar för upplöst aktiebolags skulder i JT 2005–06 s. 125–133.

¹⁴ Se NJA 2005 s. 44, hovrättens domskäl, referatet s. 59–60.

¹⁵ Själva borgensåtagandet hade följande lydelse: »[Pantsättning] til sikkerhed for prompte og skadeløs betaling af hvad [borgenären] til enhver tid måtte have eller få til gode hos [gälldenären].« Strax ovanför namnteckningen stod även följande: »Håndpantsetteren påtager sig samtidig ved sin underskrift på nærværende håndpantsettningserklæring selvskyldnerkaution for opfyldelsen af debitors låneforhold med håndpanthaveren.« I fallet var alltså fråga om ett mycket långtgående åtagande, där krediten kunde ökas utan borgensmannens samtycke. Se U 1991.330 H, referatet s. 331f.

¹⁶ U 1991.330 H, Østre Landsrets dom, referatet s. 332.

Fallen tycks bekräfta antagandet att även mycket stora åtaganden förblir gällande när motparten vid tidpunkten för åtagandet kan anses ha haft väl så goda möjligheter att bedöma risken som kreditgivaren. Gemensamt för Rt 1983 s. 716, NJA 2005 s. 44 och U 1991.330 H är att senare omständigheter inte har spelat någon roll och att borgensmannen när åtagandet gjordes hade väl så god, om inte till och med bättre, möjlighet att bedöma riskerna som kreditgivaren. En jämkning skulle därmed tydligt ha förändrat den riskfördelning som förelåg. I både det norska och det svenska avgörandet handlade det dessutom om statligt understöd där borgensmannen i någon mening utnyttjade statens vilja att hålla tillgången på arbetstillfällen uppe.¹⁷

I den praxis som hittills redovisats har i stort hänsyn till borgensmannens ekonomiska förhållanden hållits utanför. Det framskymtar på sina ställen att domstolarna tar sådana hänsyn, men att sådana fakta inte har haft någon direkt betydelse. En god illustration av detta ges i avgörandet av Högsta domstolen i Finland refererat i Nord. Domss. 1992 s. 33 (=FHD 1990:10). Fallet gällde två pensionärer med mycket låga inkomster som ändå ålades att solidariskt betala 500 000 mark. Den ena hade en månatlig pension på 1 441 mark och den andre 4 512 mark i månaden. Högsta domstolen uttalade trots detta att borgensmännens skuldbelopp visserligen var »betydande i förhållande till deras förmögenhetsställning, men med beaktande av att syftet med borgen är att säkerställa betalningen av huvudgälden leder en tillämpning av borgensförbindelsen till fullt belopp inte heller [...] till oskälighet».¹⁸

Utfyllnad genom extern standard

Vägen att jämka ett borgensåtagande för en kommersiell kredit förefaller mot bakgrund av ovan redovisad praxis vara stängd. Varken extremt stora belopp eller små inkomster verkar ha blidkat domstolarna.¹⁹ En argumentationslinje som prövats flera gånger i rättspraxis är att banken vid sin kreditgivning skulle ha varit så försumlig, att den som ställt säkerheten inte skulle vara tvungen att infria sitt åtagande.²⁰

¹⁷ Jfr ND 1959 s. 333 (svensk skiljedom) och ND 1975 s. 298 (norsk skiljedom) båda om rederinäringen.

¹⁸ Nord. Domss. 1992 s. 33, referatet s. 35. Jfr uttalandena i RP 198/1998 till nu gällande lag om borgen och tredjemanspant i allmänmotiveringen under punkten 3.6: »Skuldsanering för privatpersoner har varit enda möjligheten att sätta ned borgensansvar som är oskäligt stort med hänsyn till borgensmannens ekonomiska förhållanden. Detta är inte ett ändamålsenligt förfarande i fall där gäldenärens betalningssvårigheter uteslutande beror på en borgensskuld.»

¹⁹ Jfr *Hagstrøm* NJM 1993 s. 397: »Selv om prinsippet om avtalebundethet må gjelde for de typisk kommersielle avtaler, har spørsmålet unektelig en noe annen valør der partene ikke er jevnbyrdige, eksempelvis ved avtaler mellom privatpersoner og næringsdrivende. Det at risikoen i avtalen materialiseres, slik at en forbruker blir hardt rammet økonomisk, kan allikevel ikke i seg selv tale for bruk av generalklausulen.»

²⁰ Det är värt att notera att detta argument skulle kunna framföras i samtliga fall då någon annan än huvudgäldenären ställt säkerheten, det vill säga även då det är fråga om tredjemanspant eller annan borgensliknande säkerhetsrätt. I NJA 1996

Fallet NJA 1993 s. 163 är i svensk rätt helt centralt för frågans bedömning och det är några få rader i HD:s domskäl i det fallet som så ihärdigt upprepas och som tycks ha givit näring åt argumentet att borgensmannen skulle kunna komma ifrån sitt åtagande på grund av att kreditprövningen av gäldenären varit dålig. Den centrala meningen i domskälen har följande lydelse:

»Har emellertid bestämmelserna åsidosatts bör likväl — åtminstone i mera kvalificerade situationer — detta kunna uppfattas så att banken därmed åsidosatt grundläggande förutsättningar för ett borgensåtagande.«²¹

Det är de inskjutna orden som tycks skapa en förväntan om att det ändå skall gå att komma ifrån ett borgenslöfte. I ett tidigare fall, NJA 1992 s. 351, betonade HD dessutom att det vid ingående av borgensförbindelsen uppkommer ett förhållande mellan borgensman och borgenär som innefattar ömsesidiga förpliktelser. Det är närliggande att tala om en form av lojalitetsplikt.²² När denna lojalitetsplikt läggs samman med uttalandena i NJA 1993 s. 163 tycks det som att vägen vore öppen för att åsidosätta eller åtminstone jämka borgensförbindelser eller andra garantiåtaganden när kreditprövningen av gäldenären varit dålig. Hittills har dock HD inte använt denna möjlighet. Det förefaller som om situationerna skall behöva vara så kvalificerade att det mer eller mindre skall vara fråga om aktivt illojalt beteende från kreditgivarens sida riktat mot borgensmannen för att åsidosättande skulle komma ifråga på denna grund. Istället har HD i senare avgöranden betonat den princip som föregår det nyss citerade, nämligen att reglerna i bankrörelselagen ingår som ett led i skyddet för insättarnas medel och inte i första hand tar sikte på säkerhetsgivarna.²³ Reglerna i 8 kap. 1–4 §§ lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse, LBF, som ersatt den tidigare gällande regeln i 2 kap. 13 § bankrörelselagen (1987:617), har samma syfte som tidigare gällande regler. Nämnade regler i LBF kan därför lika lite som de tidigare bestämmelserna i bankrörelselagen användas av en borgensman för att undgå ansvar i enlighet med borgensåtagandet.

Hittills har alltså inte yrkanden om jämkning eller åsidosättande av borgensmannens åtagande på grund av dålig kreditprövning av *gäldenären* haft någon framgång. I två svenska fall introduceras emellertid en argumentationslinje som verkar vara mer lyckosam. I NJA 1997 s. 524 och NJA 1999 s. 408 anför borgensmännen att grunden för jämk-

s. 3 anförde gäldenären själv att kreditprövningen varit så dålig att det inte förelåg någon återbetalningsskyldighet eller att det åtminstone fanns ett motkrav på grund av brister i kreditprövningen som kunde kvittas mot skulden. Argumentet hade ingen framgång i fallet.

²¹ NJA 1993 s. 163, referatet s. 174.

²² Det kan vara värt att notera att inte alltför mycket bör läggas i ordet lojalitetsplikt. I NJA 1992 s. 351 skulle uttalandet stödja en skyldighet för borgenären att handla så att borgensmannens möjlighet att utöva regressrätt mot gäldenären inte gick om intet.

²³ Se NJA 1996 s. 19 och NJA 1999 s. 304.

ningen är att åtagandena blivit oskäligen, men att denna oskälighet inte beror av beloppen som sådana, utan på att kreditgivaren inte gjort en tillräcklig kreditprövning av dem *i egenskap av borgensmän*.²⁴ Argumenten i NJA 1997 s. 524 och NJA 1999 s. 408 förtjänar därför en ytterligare undersökning.

Vad borgensmännen anför i de båda avgörandena är att kreditprövningen av dem i egenskap av borgensmän har varit för dålig. Genom att kreditgivaren underlåtit eller gjort en alltför ytlig bedömning av borgensmännens betalningsförmåga, har de brutit mot Finansinspektionens allmänna råd om krediter i konsumentförhållanden. Råden är inte bindande, men de ger uttryck för en standard. Den grundläggande regeln har varit densamma ända sedan FFFS 1991:7, även om den formulerats på annat sätt i senare råd. I den senaste utgåvan av råden FFFS 2005:3 formuleras i 4.2.1 kreditgivarens skyldighet att genomföra en kreditprövning av borgensmannen på följande sätt:

»Kreditgivaren bör pröva borgensmannens betalningsförmåga vid kreditgivningstillfället samt på sikt. Borgensåtagandet bör accepteras endast om åtagandet anses utgöra en betryggande säkerhet för krediten.«

I båda rättsfallen används samma teknik för att komma fram till jämkningen. Kreditgivaren hade inte genomfört en tillräckligt god kreditprövning av borgensmännen. När kreditgivaren alltså inte följt den rekommendation som uppställts av Finansinspektionen förelåg en oskälighet i den mening som uttrycket har i 36 § AvtL. På detta sätt kom de allmänna råd och rekommendationer Finansinspektionen utfärdat att få civilrättsligt genomslag. Avtalslagens jämkningsregel användes som en port, genom vilken den standard som uppställts av Finansinspektionen togs in och fyllde ut rekvisitet oskälighet.

Det är den nu beskrivna tekniken som utgör en nyhet och ett väsentligt tillskott till sätten att skydda borgensmän. Finansinspektionen har enligt 5 kap. 2 § förordning (2004:329) om bank- och finansieringsrörelse rätt att meddela föreskrifter om vilken information en bank eller ett kreditmarknadsföretag skall lämna till sina kunder eller till dem som institutet erbjuder sina tjänster. De allmänna råden och rekommendationerna i FFFS 2005:3 går dock långt utöver vad det specifika stödet i förordningen medger. En myndighets allmänna råd eller rekommendationer är emellertid inte bindande. Detta är säkerligen skälet till att en myndighet även utan särskilt bemyndigande anses ha rätt att utfärda allmänna råd, men inte föreskrifter.²⁵

Eftersom allmänna råd principiellt sett saknar bindande verkan, kan det förhållandet att de inte har följts i ett visst fall vanligtvis inte

²⁴ Se både NJA 1997 s. 524 och NJA 1999 s. 408. Argumentet framfördes även i underinstanserna i NJA 2005 s. 44, men frånfölls i HD. Se min kommentar till fallet i JT 2005/06 s. 125–133.

²⁵ Se proposition 1983/84:119 s. 7.

grunda något ansvar. I de två rättsfallen NJA 1997 s. 524 och NJA 1999 s. 408 fick emellertid råden verkan genom att kreditgivarna ansågs ha en skyldighet att följa råden. Detta tänkande kommer till direkt uttryck i domskälen till NJA 1999 s. 408:

»Vid tillkomsten av nuvarande generalklausul i 36 § avtalslagen framhölls att generalklausulen skulle leda till att man kunde uppnå större parallellitet mellan civilrättslig och näringsrättslig lagstiftning (prop 1975/76:81 s 102 ff). Man tänkte då närmast på de ingripanden som kunde göras av Konsumentombudsmannen och Marknadsdomstolen med stöd av avtalsvillkorlagen. Önskvärdheten att få till stånd en god överensstämmelse mellan civilrättslig och näringsrättslig lagstiftning gör sig även gällande när det är fråga om Finansinspektionens allmänna råd utfärdade med stöd av den näringsrättsliga lagstiftning som bankrörelselagen utgör. Detta förhållande skall alltså beaktas vid tillämpningen av 36 § avtalslagen.«²⁶

Råden överbryggas alltså den uppdelning i offentligrättsliga och privaträttsliga regler som vanligtvis görs. Även om reglerna i 8 kap. 1–4 §§ LBF inte kan användas som stöd för en jämkning av ett enskilt avtal, så har tillsynsmyndighetens allmänna råd och rekommendationer en likartad verkan som om reglerna i LBF skulle tillämpas direkt.

Avslutning

Speciallagstiftning skapar en böljeeffekt av det slaget, att fall i området strax utanför starka skyddsområden kan komma att bli särskilt svagt skyddade. Tanken leds lätt in i resonemanget, att om lagstiftaren nu tagit aktiv ställning för att skydd skall föreligga i vissa fall, så bör avtal som faller utanför skyddsområdet inte omfattas av ett analogiskt skydd och heller inte bedömas som oskäligen. Borgensåtaganden för kommersiella krediter är ett gott exempel på denna böljeeffekt.

Ett ofta framfört argument mot att jämka när det är ägarna till bolaget som gått i borgen för bolagets åtaganden är att avtalsbundenhet och ansvar i enlighet även med oförmånliga villkor är marknadsekonomins spelregler. Ägarna har tagit en ekonomisk risk som givit upphov till en stor förlust, men som även hade kunnat ge dem en stor vinst.²⁷ Argumentet går i grunden ut på att den som driver näring inte skall kunna lägga över risken för att verksamheten går dåligt på kreditgivaren. När detta argument framförs beaktas emellertid inte att kreditgivaren ofta skapat en ovanligt fördelaktig position genom att kräva ägar- eller skötselborgen. När ett borgensåtagande utformats som en ägar- eller skötselborgen, sätts ett av de grundläggande syftena

²⁶ NJA 1999 s. 408, majoritetens domskäl, referatet s. 424.

²⁷ Jfr *Kleinemans* utlåtande för kreditgivaren i NJA 1999 s. 408, referatet s. 420: »Fördelarna med att bedriva verksamheten i aktiebolagsform kan vara så stora att man är beredd att avstå från rätten att bedriva verksamheten utan personligt ansvar, trots att man vill bedriva den i ett aktiebolag. I vart fall måste näringsidkaren äga rätt att själv avgöra detta spörsmål och dennes beslut måste därefter i normalfallet binda honom även för framtiden.« För egen del anser jag det vara befogat att ställa motfrågan vilka fördelarna med att bedriva verksamheten i form av aktiebolag skulle vara när ansvaret ändå är personligt.

med att ha ett aktiebolag ur spel, nämligen att ägarna inte skall vara personligt ansvariga. Ägarna får genom borgensåtagandet in hela företagens ekonomiska risk in i privatekonomin. Detta gör ägar- eller skötselborgen särskilt betänkliga, om de inte innehåller beloppsbegränsningar eller är begränsade till att gälla under en viss, kortare tid.²⁸ Jämkning med stöd av 36 § AvtL är för närvarande det enda verkningsfulla sättet att komma till rätta med den obalans som sådana långtgående åtaganden som ägar- eller skötselborgen skapar.

Konsumentskyddet utvecklas på olika sätt. I denna utveckling har myndigheternas allmänna råd och rekommendationer fått en viktigare roll. Råden har kommit att användas som en handlingsstandard av domstolarna, som aktörerna antingen bör följa eller förklara varför man avviker från. På kreditområdet har som visats ovan avvikelse från tillsynsmyndigheternas allmänna råd och rekommendationer bedömts utgöra oskälighet i den mening ordet har i 36 § AvtL. De allmänna råden och rekommendationerna har alltså fått en delvis ny funktion. Överbryggnings mellan privaträtt och offentlig rätt har på detta sätt blivit en realitet på krediträttens område även utanför de direkt lagreglerade fallen.

Tekniken att använda 36 § AvtL som en port varigenom standarder tas in kan i viss mån avhjälpa de brister som finns i det nuvarande rättstillståndet. Den beskrivna utvecklingen i praxis tyder på att förvaltningsmyndigheters allmänna råd och rekommendationer kan komma att få större betydelse för rättsutvecklingen än vad som måhända hade varit att förvänta. Detta kan ifrågasättas ur många synvinklar, men enligt min mening är det bättre att vägledande normer utvecklas av myndigheter än att de inte skapas alls. Istället för att låta förvaltningsmyndigheter styra utvecklingen genom allmänna råd och rekommendationer, borde emellertid lagstiftaren se över den föråldrade lagstiftningen om borgensåtaganden.

²⁸ Jfr reglerna i 5–6 §§ i den finska lagen 1999/361 om borgen och tredjemanspant. Huvudregeln är att generella åtaganden skall vara belopps- och tidsbegränsade.