



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Marcus Glimberg

# Det syndikerade låneavtalets strutsklausul

Examensarbete  
30 högskolepoäng

Lars Gorton

Bankrätt

Höstterminen 2009

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställning	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod och material	8
1.5 Kort om strutsklausulen	9
1.6 Disposition	9
<b>2 DET SYNDIKERADE LÅNET</b>	<b>11</b>
2.1 Bakgrund	11
2.2 Grundläggande principer inom de syndikerade lånen	12
2.2.1 Det syndikerade lånet utgörs av ett antal separata försträckningar	12
2.2.2 Syndikationsdemokrati	13
2.2.3 Pro rata sharing	14
2.3 Den syndikerade låneprocessen	15
2.3.1 Arrangörsbankens roll och funktion	15
2.3.2 Lånets genomförande	17
<b>3 AGENTBANKENS ROLL INOM SYNDIKATET</b>	<b>19</b>
3.1 Rättsförhållandet mellan agentbanken och de övriga aktörerna inom syndikatet	19
3.2 Agentbankens huvudsakliga arbetsuppgifter	21
3.2.1 Intygande av att låneavtalets conditions precedent uppfyllts av låntagaren	21
3.2.2 Betalningsförmedling	22
3.2.3 Agentbankens övriga uppgifter	23
3.3 Agentbankens ansvar gentemot syndikatmedlemmarna	23
3.3.1 Agentbankens kontraktsrättsliga ansvar	24

3.3.2	Agentens skyldighet att alltid agera med erforderlig försiktighet och kompetens	26
3.3.3	Agentbankens ansvar på grund av fiduciary duties	28
3.3.3.1	Fiduciary – begreppets tillämplighet i förhållande till agentbanken	29
3.3.3.2	Effekterna av att agentbanken ses som en fiduciary	30
3.3.4	Hantering av agentbankens ansvar	32
3.3.4.1	Uttryckligt klausulförfattande	32
3.3.4.2	Friskrivningsklausuler	33
<b>3.4</b>	<b>Agentbankens roll och ansvar vid ett event of default</b>	<b>35</b>
3.4.1	Vanligt förekommande event of default - klausuler	36
3.4.2	Agentbankens agerande i en event of default - situation	37
3.4.2.1	Agentbankens vetskap om att en event of default - situation är för handen	38
3.4.2.2	Agentbankens förväntade handlande då denna har vetskap om låntagarens default	39
<b>4</b>	<b>STRUTSKLAUSULEN</b>	<b>41</b>
<b>4.1</b>	<b>Strutsklausulens syfte och innehåll</b>	<b>41</b>
4.1.1	Problematik relaterad till agentbankens informationsplikt	41
4.1.2	Den typiska strutsklausulens utformning och effekt	44
<b>4.2</b>	<b>Juridisk klassificering av strutsklausulen</b>	<b>45</b>
<b>4.3</b>	<b>Åsikter kring strutsklausulens giltighet</b>	<b>46</b>
<b>5</b>	<b>STRUTSKLAUSULENS GILTIGHET</b>	<b>49</b>
<b>5.1</b>	<b>Strutsklausulens giltighet i allmänhet</b>	<b>49</b>
<b>5.2</b>	<b>Strutsklausulens giltighet inom engelsk rätt</b>	<b>49</b>
5.2.1	Strutsklausulens förenlighet med UCTA 1977	50
5.2.2	Strutsklausulens förenlighet med common law – relaterade principer	51
5.2.3	Strutsklausulen som friskrivning från ålagda fiduciary duties	52
5.2.4	Sammanfattning	53
<b>5.3</b>	<b>Strutsklausulens giltighet inom svensk rätt</b>	<b>53</b>
5.3.1	Åsidosättande enligt 36 § AvtL	54
5.3.2	Åsidosättande genom tolkning	55
5.3.3	Sammanfattning	56
<b>5.4</b>	<b>Slutsatser</b>	<b>56</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>58</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>62</b>

# Summary

The syndicated loans can be traced back to the 1800s when they emerged in the United States to facilitate the financing of large investments. Since then, the syndicated loan market has expanded exponentially and by 2007 the market turned over approximately 2115 trillion US \$.

A typical syndicated loan process begins when a prospective borrower contacts a major international bank to investigate whether the bank is interested in acting as an arranging bank in the establishment of the syndicate. If the bank accepts this offer, its first task is to search for potential lenders who are willing to commit to the loan. When the requisite number of lenders has been found the arranging bank will negotiate and draft the loan agreement and when this document is completed the loan capital is paid out. After the loan disbursement an agent bank will emerge as the central figure in the syndicate. The agent bank can be described as the syndicate's administrator and its functions include, inter alia, certification of the loan agreement's conditions precedent and transfer of funds. When the entire loan has been repaid the syndicate dissolves and the syndicated loan process is thus completed.

This paper focuses on the agent bank's role in the syndicate and is concentrated around the agent's duty to notify the syndicate banks that the borrower can no longer meet the requirements of the loan agreement. It is in this context that the loan agreement's ostrich clause might be relevant and to investigate the validity of this clause is the report's main purpose.

The ostrich clause provides that the agent bank is not deemed to have actual knowledge of the borrower's breach of the loan agreement until the agent receives a written notice, sent by a syndicate bank, which confirms this. The ostrich clause is thus one of several important tools used to manage the agent bank's information-related problems.

The ostrich clause has been the object of much debate for a long time. What makes that validity of these clauses debatable is partly the limitation of liability that the clause results in and partly the far-reaching consequences that a strict application of the clause may result in. Overall, it can be said that literature and cases suggest that the legal situation regarding the ostrich clause's validity is unclear.

The paper discusses the ostrich clause's validity according to both English and Swedish law. The conclusion presented states that the ostrich clause should not be viewed as an absolute protection for an agent bank with actual knowledge of the borrower being in default. The clause should rather be interpreted as a helpful instrument for large banks with many departments who might otherwise be implied with the knowledge of an event of default's existence, despite the fact that this is not the actual case.

# Sammanfattning

De syndikerade lånen går att härleda ända tillbaka till 1800-talet då de uppstod i USA för att underlätta finansieringen av stora investeringar. Sedan dess har den syndikerade lånemarknaden expanderat explosionsartat och år 2007 omsatte marknaden ca 2115 billioner US \$.

En syndikerad låneprocess inleds av ett en blivande låntagare kontaktar en större internationellt agerande bank för att utreda huruvida denna är intresserad av att agera arrangörsbank vid upprättandet av syndikatet. Om banken accepterar detta erbjudande blir dess första uppgift att söka upp potentiella långivare för att sälja in lånet. När ett erforderligt antal långivare funnits förhandlar och upprättar arrangörsbanken det grundläggande låneavtalet och när detta dokument är färdigställt betalas lånekapitalet ut. Efter lånets utbetalning övertar en agentbank syndikatets centrala roll. Agentbanken kan främst beskrivas som syndikatets administratör och dess uppgifter inkluderar bland annat intygande av att låneavtalets *conditions precedent* är uppfyllda och betalningsförmedling. När hela lånet återbetalats upplöses syndikatet och den syndikerade låneprocessen är därmed avslutad.

Denna uppsats fokuserar på agentbankens roll i syndikatet och koncentreras runt agentens skyldighet att meddela syndikatbankerna om att låntagaren inte längre kan uppfylla de krav som låneavtalet ställer. Det är i detta sammanhang som låneavtalets strutsklausul kan komma att bli aktuell och att utreda denna klausuls giltighet är uppsatsens huvudsyfte.

Strutsklausulen stadgar att agentbanken inte ska tillräknas faktisk vetskap om att låntagaren begått ett allvarligt avtalsbrott förrän agenten mottar ett, av en syndikatbank avsänt, skriftligt meddelande som stadgar att så är fallet. Strutsklausulen utgör därmed ett av flera viktiga instrument som används för att hantera agentbankens informationsrelaterade problem.

Denna typ av klausul är ingen ny företeelse och den engelsk/amerikanska termen *ostrich clause* har diskuterats länge. Det som gjort att strutsklausulens giltighet debatterats genom åren är dels den begränsning av ansvar som klausulen innebär för syndikatets agentbank och dels de långtgående följder en strikt tillämpning av klausulen kan medföra. Sammantaget kan sägas att doktrin och praxis vittnar om att rättsläget rörande strutsklausulens giltighet är oklart.

I uppsatsens analys diskuteras strutsklausulens giltighet utifrån engelsk och svensk rätt. Den slutsats som presenteras menar sammanfattningsvis att strutsklausulen inte bör ses som ett absolut skydd för en agentbank med faktisk vetskap om att låntagaren är i *default*. Klausulen bör istället tolkas som ett hjälpmedel för stora agentbanker med många avdelningar vilka annars riskerar att på legal väg tilldelas faktisk vetskap om att en *event of default* – situation föreligger trots att detta egentligen inte är fallet.

# Förord

Härmed avslutar jag mina studier på Juridicum i Lund. Jag vill därmed ta tillfället i akt och tacka vänner, familj och flickvän för denna tid.

Likaså vill jag tacka min handledare Lars Gorton som bidragit med kritik och reflexioner vid färdigställandet av detta arbete.

Lund, december 2009

Marcus Glimberg

# Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
LMA	Loan Market Association
Prop	Proposition
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
UCTA 1977	Unfair Contract Terms Act 1977

# 1 Inledning

Inom ett större banksyndikat agerar den internationella storbanken *Bank X* agentbank. *Bank X* är, i och med sin roll som agentbank, verksam som administratör för ett omfattande lån som banksyndikatet givit *Företag Y*. Tiden efter att syndikatet satts ihop och låneavtalet skrivits under löpte lånet smärtfritt. *Företag Y* uppfyllde alla de krav som låneavtalet ålagt och all återbetalning utfördes i tid.

Tyvärr led *Företag Y* stora förluster på grund av den globala finansiella kris som drabbade världsekonomin 2008 och det stod snart klart för företagets ledning att *Företag Y* skulle få svårt att uppfylla de krav som det låneavtalet ställt.

Två månader senare spelade chefen för *Bank X*'s långivningsavdelning golf med en klient som berättar och intygar att *Företag Y* inom kort befaras gå i konkurs. Detta innebär att långgivarna har rätt att accelerera lånet, vilket utan tvekan hade skulle innebära slutet för *Företag Y*.

Chefen håller inte denna information för sig själv och inom kort vet hela låneavdelningen att det ödesdigna avtalsbrottet begåtts. Trots detta väljer *Bank X* att inte informera det övriga syndikatet i hopp om att *Företag Y*'s ekonomi ska komma på fötter igen. *Bank X* har *Företag Y* som en av sina största kunder och att vidarebefordra informationen ifråga skulle därmed få stora konsekvenser även för *Bank X*.

Någon återupphämtning sker emellertid inte och inom kort går *Företag Y* i konkurs. I det tumult som uppstår efter konkursen inser det övriga syndikatet att *Bank X* haft faktisk vetskap om hur illa det var ställt med *Företag Y* en längre tid. Syndikatsmedlemmarna reagerar mycket negativt då de hör att *Bank X* vetat om det ovan nämnda avtalsbrottet sedan avdelningschefens golfgrunda och det står klart att om denna information hade kommit syndikatmedlemmarnas tillhanda tidigare hade lånet accelererats direkt och stora förluster hade därmed kunnat undvikas.

Under ett uppföljningsmöte mellan *Bank X* och de övriga syndikatmedlemmarna antyder långgivarna att de vill kräva *Bank X* på den förlust som de åsamkats av att *Bank X* underlåtit att meddelade det övriga syndikatet om avtalsbrottet. Representanterna för *Bank X* bekräftar lugnt att de var införstådda med att avtalsbrottet begåtts och att deras underlåtenhet att informera det övriga syndikatet kan ha lett till ekonomisk förlust hos dessa. Representanterna försätter sedan, helt avslappnat, med att förklara att det inte är någon idé för de övriga syndikatsmedlemmarna att göra någon affär av detta. Låneavtalet innehåller nämligen en strutsklausul.



## 1.1 Bakgrund

Som dagens ekonomiska kris visat går inget att ta för givet inom den finansiella sektorn. Lehman Brothers, världens dåvarande fjärde största investmentbank, gick utan större förvarning i konkurs hösten 2008, hela automobilsektorn är i upplösning och ingen, varken experter eller analytiker, verkar veta när dagens finansiella tumult kommer se sitt slut.

I dagens ekonomisk miljö kan det antas att många av de syndikerade lån som ingicks innan krisen började inte har förflutit som syndikatet och låntagaren en gång planerade. När låntagaren hamnar i ekonomisk knipa och inte längre kan uppfylla de krav som låneavtalet ställer på denna aktualiseras en rad viktiga och intressanta frågor.

Jag har valt att fokusera på agentbankens roll i syndikatet när problemen börjar hopa sig och kommer att koncentrera mig på agentens skyldighet att meddela de övriga syndikatsmedlemmarna om att låntagaren inte längre kan uppfylla de krav som låneavtalet ställer. Det är i detta sammanhang som låneavtalets strutsklausul kan komma att bli aktuell och det är denna klausuls giltighet som uppsatsen avser utreda.

## 1.2 Syfte och frågeställning

Huvudsyftet med detta arbete är att utreda huruvida en typisk upprättad strutsklausul, i alla läge, skulle upprätthållas av en domstol. Med tanke på områdets brist på såväl modern doktrin som vägledande praxis finner jag denna utredning vara klart relevant, vilket förstärks av att strutsklausulen är ett vanligt förekommande instrument i de syndikerade låneavtalen.

Då de syndikerade låneavtalen till stor del bygger på engelsk rätt kommer *common law* – relaterade aspekter att dominera uppsatsen. Det bör emellertid poängteras att det även förekommer syndikerade lån på den svenska marknaden vilka underkastas svensk rätt.<sup>1</sup> Avsikten är därmed att även lyfta fram de aspekter som kan anses vara relevanta ur svensk synvinkel. Uppsatsens analys kommer därmed att diskutera strutsklausulens giltighet i förhållande till både *common law* och svensk rätt.

För att en utredning kring strutsklausulens giltighet ska vara möjlig krävs en inblick i det sammanhang inom vilket klausulen kan komma att aktualiseras. Därmed kommer uppsatsen inledningsvis att förklara hur ett syndikerat lån är uppbyggt och vilka rättsliga förhållanden som uppkommer inom syndikatet. Denna del av uppsatsen avser inte utgöra en fullständig beskrivning av dagens syndikerade lån utan syftar snarare till att ge läsaren en bra grund att stå på inför den resterande uppsatsen.

---

<sup>1</sup> Gorton, Lars, Intressekonflikter i bankverksamhet, i *Intressekonflikter i vissa relationer med banker eller bankövervakningsorgan som aktörer*, Nord och Thorell (red.), Stockholm Center for Commercial Law, Stockholm, 2005, s. 198ff.

Då strutsklausulen upprättas till agentbankens fördel är det väsentligt att redogöra för vilken roll agenten spelar inom syndikatet samt vilka uppgifter och vilket ansvar som åläggs denna. Utredningen kommer att vara direkt relevant för uppsatsens analys och det avsnitt som behandlar agentbanken syftar följaktligen till att utreda frågor om agentbankens ansvar och agerande vid en *event of default* – situation på ett djupt och utförligt sätt.

Vidare syftar uppsatsen till att ge läsaren en tydlig bild av dagens strutsklausuler. Detta innefattar att visa hur en typisk strutsklausul ser ut, redogöra för vad strutsklausulen avser uppnå och lyfta fram vilka åsikter som har framkommit i doktrin och praxis rörande strutsklausulens giltighet.

## 1.3 Avgränsningar

Uppsatsen är avgränsad till att endast behandla större syndikerade lån och utgår huvudsakligen från ett internationellt perspektiv. Denna internationella fokusering har flera anledningar; att det standaravtal som främst används på området härstammar från London vilket medför att detta präglas av engelsk rätt, att den doktrin och praxis som hanterar frågor kring syndikerade lån är till överväldigande del av internationell härkomst och att det är vanligt att syndikatmedlemmarna inom de större syndikaten har sina säten i olika jurisdiktioner. Denna internationella fokusering innebär emellertid inte att aspekter som är relevanta utifrån ett svenskt perspektiv kommer utelämnas utan innebär endast att den svenska vinklingen kommer att vara begränsad i jämförelse med den internationella.

Uppsatsen avgränsas vidare genom att den endast avser banksyndikat inom vilka det föreligger ett direkt förhållande mellan låntagare och långivare. Denna typ av syndikat benämns i doktrin som ”äkta” och skiljer sig från *participation* – syndikat inom vilka arrangörsbanken ingår ett bilateralt låneavtal med låntagaren, med syftet att sälja deltagarrätter i syndikatet till andra banker i ett senare skede.<sup>2</sup>

Det bör även nämnas att strutsklausuler förekommer i andra situationer än inom de syndikerade låneavtalen. Trots att viss argumentation kring strutsklausulers giltighet har hämtats från andra sammanhang än den syndikerade lånemarknaden fokuserar uppsatsens analys endast på att diskutera strutsklausuler i syndikerade låneavtal.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> För en utförligare beskrivning av skillnaden mellan dessa två syndikationsmetoder se Cranston, Ross, *Principles of Banking Law*, 2:a upplagan, Oxford University Press, 2002, s. 54f.

<sup>3</sup> Strutsklausulen förekommer ofta i *trust* – handlingar och det kan tänkas att de slutsatser som dras i uppsatsens analys även kan användas analogt i frågor rörande *bondholder trustees*, se Wood, Philip, *International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions*, 2:a upplagan, Sweet and Maxwell, 2007, s. 324 och 312.

## 1.4 Metod och material

Uppsatsen grundas på sedvanlig rättsdogmatisk metod vilket innebär studier av lagtext, praxis, doktrin och avtalsklausuler. Denna metod är det naturliga valet då en analys av strutsklausulens giltighet förutsätter ett fastställande av dagens rättsläge på området. Uppsatsens avslutande kapitel utgörs av en analys som avser väva samman studiens övriga delar samt presentera personliga slutsatser på området.

Uppsatsens internationella prägel har gett till följd i att doktrin, praxis och lagtext främst härstammar från England och USA. En övervägande del av den juridiska presentation som utförs grundas därmed på *common law* vilket innebär att praxis använts mer frekvent än lagtext vid uppsatsen författande. Vidare har en rad anglosaxiska rättsbegrepp påträffats vilka inte har en tillräckligt precis svensk översättning. Dessa begrepp har fått behålla sin ursprungliga benämning och har för tydlighetens skull kursiverats.

Ämnets internationella karaktär har även påverkat den litteratur som har brukats vid uppsatsens författande vilken till stor del är av utländsk härkomst. Där finns ett flertal författare som beskrivit syndikationsprocessen och de juridiska spörsmål som omger denna. Jag har valt att fokusera på de som, enligt min mening, verkar besitta störst tillförlitlighet på området, som till exempel Ross Cranston, Phillip Wood, Ravi Tennekoon, Peter Gabriel, Louis Posner, Graham Roberts, Graham Penn, David Warne och Agasha Mugasha. Vidare har *Encyclopedia of Banking Law* – serien varit ett uppdaterat och omfattande hjälpmedel.

Då det finns försvinnande lite doktrin skriven på svenska om syndikerade lån har vägledning avseende uppsatsens svenska aspekter funnits i mer allmän litteratur.<sup>4</sup> Inom svensk doktrin har verk författade av Axel Adlercreutz och Thorsten Lundmark varit till stor hjälp. Främst vill jag emellertid lyfta fram avhandlingen *Kontraktuell Lojalitetsplikt*,<sup>5</sup> författade av Jori Munukkas, vilken givit inspiration och vägledning i uppsatsen lojalitetsdiskussion.

Då uppsatsen tar avstamp i typiska syndikerade låneavtal har Loan Market Associations (LMA) standaravtal på området varit till stor hjälp för att utreda vilka typer av klausuler som oftast medtas och hur dessa brukar utformas. Jag har utgått ifrån LMA:s Multicurrency Revolving Facility Agreement vilket bör vara ett gott exempel av hur ett typiskt syndikerat låneavtal kan se ut.<sup>6</sup> Det är viktigt att uppmärksamma läsaren på att LMA:s standardavtal är dokument under ständig utveckling och att de klausuler som jag hänvisar till i uppsatsen därmed kan komma att ändras.

---

<sup>4</sup> Ett undantag från detta är en svensk artikel skriven av Lars Gorton. Se Gorton, not 1.

<sup>5</sup> Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure Förlag, Stockholm, 2007.

<sup>6</sup> Cresswell, Blair, Wood och Walker, *Encyclopaedia of Banking Law, F - International Banking Operations*, Reed Elsevier Ltd, London, 2009, s. F 1155f.

## 1.5 Kort om strutsklausulen<sup>7</sup>

Då en djupare redogörelse av strutsklausulens syfte, utformning och giltighet kräver goda kunskaper om hur de syndikerade lånen fungerar och vilken roll syndikatets agentbank spelar kommer uppsatsens två första kapitel inte beröra strutsklausulen utan istället fokusera på att brodera ut det sammanhang inom vilket klausulen verkar. Huvudsyftet med uppsatsen är emellertid att utreda strutsklausulens giltighet och därmed kommer detta avsnitt kort redogöra för vad strutsklausulen innebär.

Strutsklausulen stadgar att agentbanken inte ska tillräknas faktisk vetskap om att låntagaren begått ett allvarligt avtalsbrott förrän agenten mottar ett, av en syndikatbank avsänt, skriftligt meddelande som stadgar att så är fallet.<sup>8</sup> För en stor internationellt agerande agentbank är strutsklausulen ett av flera viktiga instrument som används för att hantera informationsrelaterad problematik och utan klausulen skulle agenten riskera att tillräknas faktisk vetskap om förhållanden som bankens lånehandhavande avdelning inte varit medveten om.

Denna typ av klausul är ingen ny företeelse och den engelsk/amerikanska termen *ostrich clause* diskuterades i praxis redan i slutet av 1800-talet.<sup>9</sup> Det som gjort att strutsklausulens giltighet debatterats genom åren är dels den begränsning av ansvar som klausulen innebär för syndikatets agentbank och dels de långtgående följder en strikt tillämpning av klausulen kan medföra. I modern litteratur nämns emellertid strutsklausulen endast som hastigast, vilket är underligt då många författare verkar vara osäkra på om strutsklausulen under alla omständigheter skulle upprätthållas domstol.<sup>10</sup>

## 1.6 Disposition

Uppsatsens inledande kapitel syftar till att, på ett övergripande och lättförståeligt sätt, beskriva hur de syndikerade lånen ser ut och fungerar. För att lyckas med detta innehåller kapitlet dels en sammanfattning av de juridiska principer som särskiljer syndikaten och dels en genomgång av den syndikerade låneprocessen.

Kapitel tre fokuserar på agentbanken. Denna del av uppsatsen avser ge läsaren en god bild av agentbankens förhållande inom syndikatet samt presentera de juridiska frågor som agentens roll kan resultera i. Därmed beskriver kapitlet agentens position inom syndikatet, huvudsakliga uppgifter, ansvar gentemot det övriga syndikatet och roll vid en *event of default* – situation.

---

<sup>7</sup> Se kapitel 4 för en utförlig beskrivning av strutsklausulen.

<sup>8</sup> Se avsnitt 4.1.2 för ett exempel av hur en typisk strutsklausul kan se ut.

<sup>9</sup> *Frishmuth v Farmer's Loan and Trust Co*, 95 Fed 5 (SDNY 1899).

<sup>10</sup> Se avsnitt 4.3.

Kapitel fyra fortsätter sedan med att utförligt beskriva strutsklausulen. Detta genom att redogöra för den typiska strutsklausulens utformning, syfte och juridiska klassificering. Kapitlet presenterar även en sammanfattning av de åsikter som framkommit i doktrin och praxis rörande strutsklausulens giltighet.

Avslutningsvis kopplas samtliga kapitel samman i en analys vilken avser utreda strutsklausulens giltighet. I detta kapitel kommer tonvikten att ligga på personliga åsikter och reflexioner snarare än doktrin och praxis.

## 2 Det syndikerade lånet

För att förstå den diskussion som kommer att föras angående strutsklausulens giltighet krävs grundläggande kunskap om hur de syndikerade lånen ser ut och fungerar. Detta kapitel ämnar därmed, att på ett konsist och övergripande sätt, beskriva den syndikerade lånemarknadens bakgrund, vilka grundläggande principer som styr syndikatet och hur den syndikerade låneprocessen ser ut.

### 2.1 Bakgrund

Att banker går ihop för att utge stora lån är ingen ny företeelse och denna finansiella lösning går att härleda ända tillbaka till 1800-talets USA. Redan då insåg bankerna att det fanns stora fördelar i att minska sin kreditrisk genom att inte utge allt för stora lån på egen hand och detta sammanbete bankerna emellan utvecklades i takt med att den internationella lånemarknaden stadigt expanderade.<sup>11</sup>

Den syndikerade lånemarknaden, såsom vi känner den idag, uppstod först på 1960-talet. Eurodollarns inträde på marknaden och en stark utveckling av gränsöverskridande bankverksamhet gjorde det möjligt att samla långivande banker från hela världen i stora banksyndikat som på lika villkor lånade ut stora summor pengar till en och samma låntagare.<sup>12</sup>

Under de senaste 20 åren har den syndikerade lånemarknaden vuxit explosionsartat. 1980 omsatte marknaden ca 92 billioner US \$ och år 2000 hade denna siffra stigit till närmre 2400 billioner US \$, statistik som talar för sig själv.<sup>13</sup> Under 2001 upplevde den syndikerade lånemarknaden en tillbakagång på grund av de fallerande IT-bolagen och den psykologiska effekt 9/11 innebar och 2007 omsatte den syndikerade lånemarknaden ca 2115 billioner US \$.<sup>14</sup>

Grundtanken bakom de syndikerade lånen har alltid varit densamma. Separata lån utges av ett antal banker på samma villkor samlade i ett gemensamt underskrivit låneavtal. Den syndikerade lånemarknadens expansion och de stora tekniska framsteg vi erfarit under de senaste decennierna har emellertid resulterat i att dagens syndikationer, i förhållande till sina äldre förlagor, uppnår en betydligt högre grad av komplexitet. Idag är de större syndikerade låneavtalen närmre 100 sidor långa<sup>15</sup> och med tanke

---

<sup>11</sup> Walker, George, *International Banking Regulation: Law, Policy and Practice*, Kluwer Law International, London, 2001, s. 19ff.

<sup>12</sup> Rhodes, Tony, *Syndicated Lending, Practice and Documentation*, 4:e upplagan, Euromoney Books, 2004, s. 1f.

<sup>13</sup> Ibid., s. 21ff.

<sup>14</sup> Bank of International Settlements, *BIS Quarterly Review*, September 2008, Tabell 10: Signed international syndicated credit facilities by nationality of borrower, p A82.

<sup>15</sup> Rhodes, not 12, s. 3.

på ett av dagens syndikerade lån kan omsätta mellan 30 till 40 billioner US \$ står det klart att dagens syndikerade lån inte är några enkla finansiella konstruktioner.<sup>16</sup>

## 2.2 Grundläggande principer inom de syndikerade lånen

Det syndikerade lånet kan i många hänseenden jämföras med ett vanligt tidsbegränsat banklån. Ett tidsbegränsat lån karaktäriseras av att utbetalningen av lånet endast kan ställas in om vissa specificerade förutsättningar föreligger samt att lånet endast kan krävas tillbaka innan utsatt återbetalningsdatum om en specifik omständighet är för handen, hädanefter kallad *event of default*.<sup>17</sup> Där finns emellertid en rad utmärkande principer som tillämpas inom de syndikerade lånen och detta avsnitt syftar till att lyfta fram och beskriva tre av dessa.

### 2.2.1 Det syndikerade lånet utgörs av ett antal separata försträckningar

Rent kommersiellt ses ett syndikerat lån oftast som en enda stor försträckning, unisont utgiven av ett antal banker. Denna föreställning är i regel felaktig, vilket framkommer då lånen studeras ur ett juridiskt perspektiv.<sup>18</sup> Ett gemensamt givet lån skulle nämligen resultera i att långivarna blev solidariskt ansvariga gentemot låntagaren och detta ansvar vill bankerna med alla medel undvika.<sup>19</sup> Som exempel på de negativa följder ett gemensamt givet lån skulle kunna resultera i kan nämnas dels de negativa effekter det kan medföra på syndikatbankernas balansräkning i och med att hela det syndikerade lånet skulle vara tvunget att tas upp<sup>20</sup> och dels att utbetalare skulle vara ålagda att fylla andra bankers eventuella brist vid låneutgivandet. För att undvika detta införs i regel en klausul i låneavtalet som stadgar att alla långivarnas rättigheter och skyldigheter är åtskilda och att det syndikerade lånet, rent juridiskt, ska anses bestå av en rad separata lån enskilt utgivna av varje långivande bank.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> Wood, not 3, s. 3f.

<sup>17</sup> Denna typ av banklån kan jämföras med *overdrafts* och *lines of credit* vilka kan sägas upp och krävas tillbaka helt enligt den långivande bankens eget skön. Syftet med det tidsbegränsade lånet (eng. *term loan*) är att öka förutsägbarheten för låntagaren genom att begränsa den långivande bankens inflytande över låneprocessen. Se vidare Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1115f.

<sup>18</sup> Tennekoon, Ravi, *The Law and Regulation of International Finance*, Butterworths, London, 1991, s. 45.

<sup>19</sup> Gabriel, Peter, *Legal Aspects of Syndicated Loans*, Butterworths, London, 1986, s. 33.

<sup>20</sup> Detta påverkar bankens möjlighet att utge ytterligare lån på grund av gällande kapitaltäckningsregler.

<sup>21</sup> Roberts, Graham, *Law Relating to International Banking*, Gresham Books, Cambridge, 1998, s. 90f. och Loan Market Association, LMA Multicurrency Revolving Facility Agreement, sektion 2.2.

I och med att ett separat rättsförhållande uppstår mellan varje långgivare och låntagaren följer att varje långgivande bank tilldelas möjlighet att enskilt göra sin rätt gällande mot låntagaren.<sup>22</sup> Där finns emellertid två områden där långgivarna föredrar att begränsa konsekvenserna av total självständighet och dessa begränsningar utgör de två återstående syndikationsprinciper detta avsnitt avser lyfta fram.

## 2.2.2 Syndikationsdemokrati

Denna princip innebär att långgivarna kommer överens om att vissa syndikatrelaterade beslut måste fattas genom ett majoritetsbeslut för att bli giltiga. Majoritetskravet innefattar beslut som är av avgörande betydelse för syndikatet och kräver ofta att minst hälften, eller två tredjedelar, av syndikatsmedlemmarna lämnar sitt godkännande.<sup>23</sup>

Syndikationsdemokratin blir i första hand relevant då låntagaren har ekonomiska bekymmer och beslut måste fattas rörande det syndikerade lånets fortsatta varande eller icke varande. Låneavtalet innehåller i regel en lista på *events of default* vilka möjliggör för långgivarna att säga upp avtalet och lånet.<sup>24</sup> Då det syndikerade lånet är att se som flera separata försträckningar borde varje långgivare ha en rättighet att säga upp sin del av lånet om ett *event of default* är för handen. Att långgivarna skulle ha möjligheten att fatta olika beslut i frågan om ett *event of default* verkligen har inträffat och om lånet ska uppsägas anses inte vara fördelaktigt för syndikatet. Därmed krävs att en majoritet av långgivarna är överens i dessa frågor.<sup>25</sup> Om majoriteten av syndikatsmedlemmarna är överens om att säga upp lånet blir de övriga medlemmarna bundna av detta och hela lånet krävs tillbaka. Långgivarna får sedan enskilt avgöra ifall de vill stämma låntagaren i domstol för de eventuella förluster de lidit.<sup>26</sup>

Där finns ytterligare beslut som enligt låneavtalet måste fattas av en viss majoritet av långgivarna. Dessa kan innefatta beslut om att bortse från icke fundamentala avtalsbrott begångna av låntagaren och beslut om att omstrukturera lånet, genom att till exempel förlänga låntagarens återbetningstid. Det senare beslutet måste emellertid i regel godkännas av samtliga syndikatmedlemmar.<sup>27</sup>

Att genom låneavtalet ge majoriteten denna beslutsförmåga är emellertid inte okontroversiellt och praxis visar att syndikationsdemokratin i flera fall resulterat i tvist mellan minoritet och majoritet. Om det, till exempel, kan visas att det förekommit förtryck och otilbörlighet från majoritetens sida är

---

<sup>22</sup> Cranston, not 2, s. 56.

<sup>23</sup> Se Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1330ff. och Loan Market Association, LMA Multicurrency Revolving Facility Agreement, section 1, där begreppet "majority lenders" definieras.

<sup>24</sup> För en uppräknning av de vanligaste *event of default* – grunderna se avsnitt 3.4.1.

<sup>25</sup> Cranston, not 2, s. 56 och LMA Agreement, not 23, sektion 23.13.

<sup>26</sup> Roberts, not 21, s. 90f.

<sup>27</sup> Cranston, not 2, s. 56 och LMA Agreement, not 23, sektion 35.1 och 35.2.



detta en grund som kan användas för att åsidosätta beslutet ifråga.<sup>28</sup> Majoritetens vilja kan även klandras om de klausuler som ger majoriteten beslutsfattandemakt inte är tillräckligt specifika och klara. Det går, till exempel, inte att inkludera en bestämmelse i låneavtalet som stadgar att alla beslut som fattas av majoriteten ska vara bindande för de övriga bankerna i syndikatet utan att ange specifikt vilka beslut som ska omfattas.<sup>29</sup>

### 2.2.3 Pro rata sharing

Liksom syndikationsdemokratin berör principen om *pro rata sharing* främst de fall då låntagaren hamnat i betalningssvårigheter och är i likhet med syndikationsdemokratin en begränsning av de följder en total uppdelning av det syndikerade lånet kan få. Principen bygger på långivarnas rädsla att göra stora förluster efter lånets uppsägning och kan hänvisas till att syndikatmedlemmarna ser en potentiell risk i att låntagaren eventuellt föredrar vissa långgivare framför andra.<sup>30</sup> För att motverka effekterna av en sådan eventuell favorisering inkluderas en klausul i låneavtalet som stadgar att om en syndikatmedlem mottagit en större proportion av sin utlånade andel än det övriga syndikatet, ska detta överskott genast betalas till agentbanken som sedan ska distribuera det vidare till resterande långgivare.<sup>31</sup> Denna klausul innefattar inte enbart direkta återbetalningar utan inkluderar även belopp som långivarna får tillbaka genom kvittning och rättsliga processer.<sup>32</sup> Att även inkludera belopp mottagna genom processer kan emellertid verka starkt hämmande för långgivare som vill göra sin rätt gällande genom domstol och denna typ av kompensation undantas därmed ibland från huvudregeln.<sup>33</sup>

Principen om *pro rata sharing* har dessvärre haft skiftande verkningsgrad i praktiken. Problemen härstammar främst ifrån det faktum att vissa överkompenserade banker inte delat med sig av sitt överskott och helt enkelt vägrar betala detta till agentbanken. Goda exempel på denna problematik gavs dels när en rad banker kvittade sina lån mot låntagarens depositioner mitt under den iranska revolutionen 1979 och dels när Argentina ersatte alla banker, förutom de brittiska, under Falklandskriget i början av 1980-talet.<sup>34</sup>

Sammantaget kan sägas att trots *pro rata sharing* - principens begränsade praktiska slagkraft finns där fortfarande god anledning att inkludera en klausul som befäster denna princip i låneavtalet. Klausulen anses bidra till

---

<sup>28</sup> Se *Redwood Master Funds Ltd v TD Bank Europe Ltd* [2002] EWHC 2703 (Ch) och *Re Holders Investment Trust Ltd* [1971] 2 All ER 289.

<sup>29</sup> Se *Hay v Swedish and Norwegian Rly Co Ltd* (1889) 5 TRL 460, CA.

<sup>30</sup> Roberts, not 21, s. 91f.

<sup>31</sup> Tennekoon, not 18, s. 100ff. och LMA Agreement, not 23, kapitel 28.

<sup>32</sup> Cranston, not 2, s. 56.

<sup>33</sup> Roberts, not 21, s. 91f.

<sup>34</sup> Läs mer om dessa exempel i Penn, Shea och Arora, *The Law and Practice of International Banking*, Sweet and Maxwell, 1987, s. 140, Cresswell m.fl., not 3, s.1351f. och Gabriel, not 19, s. 185f.

ökad långivarstabilitet och kan förhoppningsvis sätta press på långgivare som vägrar dela med sig till det övriga syndikatet.<sup>35</sup>

## 2.3 Den syndikerade låneprocessen

Dagens syndikerade lån presenterar en mängd valmöjligheter för alla inblandade parter och de finansiella lösningar och metoder som kan tänkas uppkomma inom ett syndikat är svårräknade. Trots detta går det att hitta ett gemensamt mönster i hur den syndikerade låneprocessen ser ut och denna process kommer nu att beskrivas i korta drag.

### 2.3.1 Arrangörsbankens roll och funktion

Processen initieras av att låntagaren<sup>36</sup> kontaktar en potentiell arrangörsbank för att diskutera huruvida banken kan tänka sig sätta ihop det syndikerade lånet. Arrangörsbanken utgörs som regel av en större internationell bank med extensiv erfarenhet av den syndikerade lånemarknaden och är ofta låntagarens huvudbank sedan tidigare.<sup>37</sup>

När en lämplig bank valts ut ingås ett uppdragsavtal mellan låntagaren och arrangörsbanken. I detta avtal fastslås ofta att arrangörsbanken har en exklusiv rätt att sätta ihop syndikatet samt vilka finansiella villkor som ska gälla för lånet.<sup>38</sup> Vanligtvis åtar sig arrangörsbanken att använda sina *best efforts* då denna sätter ihop syndikatet. Vad detta åtagande betyder i praktiken har diskuterats flitigt i engelsk rättpraxis<sup>39</sup> och det är svårt att säga vilka krav som egentligen ställs på arrangörsbanken i detta läge. Peter Gabriel sammanfattar ovan nämnda praxis med att arrangörsbanken ska göra en rimlig insats då den försöker sätta ihop syndikatet och att detta ska ske inom en resonlig tid. Att banken ska agera med *best efforts* innebär därmed inte något specifikt krav på att arrangören ska lyckas sätta ihop syndikatet utan betyder att banken ska göra ett rimligt försök. Sammantaget menar Gabriel att arrangörsbanken ska ”*leave no stone unturned to assemble the syndicate*” för att uppfylla *best effort* – kravet.<sup>40</sup>

Det förekommer vidare att arrangörsbanken säkerställer lånet, vilket innebär att banken åtar sig att försträcka hela lånekapitalet. Detta innebär att om arrangörsbanken inte lyckas finna tillräckligt många intresserade långivare kommer den vara tvungen att fylla den uppkomna bristen genom att själv låna ut en större andel till låntagaren. Åtagandet görs emellertid oftast

---

<sup>35</sup> Cresswell m.fl., not 3, s. 1352.

<sup>36</sup> Låntagarna inom den syndikerade lånemarknaden utgörs i regel av större finansiella aktörer, vilka kan delas in i statliga, institutionella och privata kredittagare, se Rhodes, not 12, s. 25ff.

<sup>37</sup> Som exempel kan nämnas att Citigroup Inc., JP Morgan och Bank of America Corp. var de banker som arrangerade flest syndikerade lån under 2003, se Rhodes, not 12, s. 30.

<sup>38</sup> Cresswell m.fl., not 3, s. F 1117f.

<sup>39</sup> Se *B Davies Ltd v Tooth & Co Ltd* [1937] 4 All ER 118, PC och *Terrel v Marbie Todd Co Ltd* (1952) 2 TLR 574.

<sup>40</sup> Se Gabriel, not 19, s. 166ff. och Cranston, not 2, s. 304.

beroende av att en rad förutsättningar är uppfyllda och bör inte ses som en juridiskt bindande garanti.<sup>41</sup>

För att övertyga potentiella långgivare<sup>42</sup> om att gå med i syndikatet måste arrangörsbanken tillhandahålla viss specifik information om låntagaren. Denna information samlas i ett *information memorandum* och att hjälpa låntagaren att upprätta detta viktiga dokument blir således arrangörsbankens första uppgift. Ett *information memorandum* innehåller i regel en sammanfattning av vilka villkor som ska gälla för lånet samt information rörande låntagarens finansiella position, verksamhet och bakgrund.<sup>43</sup> När ett *information memorandum* är upprättat börjar arrangörsbanken sätta ihop syndikatet genom att kontakta potentiella långgivande banker. De kontaktade bankerna begärs att lämna ett preliminärt besked på om de vill delta i syndikationen och när tillräckligt många positiva besked insamlats börjar arrangörsbanken upprättandet av det slutgiltiga låneavtalet.<sup>44</sup> Det förekommer vidare att arrangörsbanken lyckas förhandla fram ett *letter of commitment* vilket ingås mellan de blivande syndikatbankerna och låntagaren innan det slutgiltiga låneavtalet skrivs under.<sup>45</sup> I denna överenskommelse åtar sig i regel långgivarna att utge lånet<sup>46</sup> och ett otvetydigt åtagande av detta slag anses vara en av grundförutsättningarna bakom en lyckad syndikation.<sup>47</sup>

När syndikatet väl tagit form inleds arrangörsbankens andra stora uppgift, att förhandla fram och upprätta det grundläggande låneavtalet. Detta låneavtal innehåller all betydelsefull information rörande lånet och de villkor som ska gälla mellan parterna.<sup>48</sup> Som ovan nämnts är det vanligt att låntagaren anlitar en arrangörsbank som den haft ett tidigare förhållande med och det är vanligt att arrangörsbanken tillika är låntagarens huvudbank. Det är därmed av största vikt för arrangörsbanken att låntagaren blir nöjd med syndikationen då detta dels kan resultera i att låntagaren anlitar arrangörsbanken i andra ärenden och dels att det redan existerande förhållandet mellan de båda aktörerna stärks ytterligare. Av detta följer att det å ena sidan ligger i arrangörsbankens intresse att förhandla fram låneavtalsklausuler som är gynnsamma för låntagaren. Å andra sidan är det

---

<sup>41</sup> Detta kallas internationellt för ett *underwriting*. Se Rhodes, not 12, s. 269, Wood, not 3, s och 6, Penn, m.fl., not 34, s. 119.

<sup>42</sup> De potentiella långgivare som accepterar att vara del av syndikatet utgörs i regel av större kommersiella banker men kan även bestå av andra finansiella institutioner. Se vidare Rhodes, not 12, s. 29ff. och Cresswell, m.fl., not 6, F 1116.

<sup>43</sup> Wood, not 3, s. 8f.

<sup>44</sup> Roberts, not 21, s. 79f.

<sup>45</sup> Gorton, Lars och Jørgensen, Tanja, Roles and Functions of the Lead Bank and the Agent Bank in a Syndicated Loan Agreement, i *European Banking and Financial Law Journal*, Université Lyon, 2009.1, kapitel 4.3.

<sup>46</sup> Furmston, Michael, Norisada, Takeo och Poole, Jill, *Contract Formation and Letters of Intent*, John Wiley & Sons, Chichester, 1998, s. 143.

<sup>47</sup> McDonald, Robert, *International Syndicated Loans*, Euromoney Publications, London, 1982, s. 98f.

<sup>48</sup> Se LMA Agreement, not 23, för att få en bra bild av hur ett typiskt syndikerat låneavtal kan se ut. Se vidare Wood, not 3, kapitel 3 för en utförlig beskrivning av de finansiella termer som brukar användas i de syndikerade låneavtalen.

av största vikt för arrangörsbanken att syndikationen verkligen blir av då en lyckad hopsättning av ett syndikat ofta leder till positiv publicitet för arrangören.<sup>49</sup> Arrangörsbanken måste därmed balansera låntagarens och långivarnas intresse under förhandlingsprocessen.<sup>50</sup>

När förhandlingarna är avklarade och låneavtalet är upprättat anordnar arrangörsbanken en signeringsceremoni där alla parter skriver under den slutgiltiga versionen av avtalet. Lånekapitalet tillskjuts emellertid inte förrän låntagaren uppfyllt en rad *conditions precedent*,<sup>51</sup> vilka är uppställda i låneavtalet.

## 2.3.2 Lånets genomförande

När syndikatet är sammansatt och låneavtalet skrivits under är arrangörsbankens funktion inom syndikationsprocessen över. Detta behöver emellertid inte betyda att banken ifråga drar sig tillbaka. Den bank som agerat arrangörsbank träder nämligen oftast in som agentbank i syndikatet, en övergång som i regel sker vid utbetalningen av lånebeloppet.<sup>52</sup> Att arrangörsbanken fortsätter agera inom syndikatet på detta sätt är inte svårt att förstå i och med att detta möjliggör för banken att på ett aktivt sätt behålla sitt viktiga förhållande med låntagaren och även bidrar till ytterligare positiv publicitet.<sup>53</sup>

När lånebeloppet betalats ut styrs låntagarens återbetalning av bestämmelser i det upprättade låneavtalet. Vanligtvis stadgas att låntagaren betalar i en viss valuta, i direkt tillgängligt kapital, till ett specifikt bankkonto upprättat i betalningsvalutans land. Detta innebär, till exempel, att om den avtalade valutan är US \$ ska låntagarens återbetalning i regel ske till ett bankkonto i New York.<sup>54</sup> Utöver detta beror återbetalningsproceduren till stor del på vilken finansiell struktur parterna valt att använda för lånet. Om faciliteten utgörs av ett vanligt tidsbegränsat lån kommer återbetalningen antingen ske vid en rad redan förutbestämda amorteringstillfällen eller genom en enda överföring när lånefaciliteten är slut, vilket även kallas *bullet*-återbetalning. Om lånet istället är strukturerat som en revolverande facilitet, vilket innebär att låntagaren tillhandahålls en viss maxgräns för vad denna kan låna under en viss tidsperiod, utförs återbetalningen antingen genom att maxgränsen

---

<sup>49</sup> När syndikatet är sammansatt offentliggörs detta som regel i en finansiell publikation. Grundläggande information om syndikatet lämnas då i en så kallad *tombstone* och det är genom denna som arrangörsbanken kan tillgodoräkna sig den positiva publiciteten. Se Rhodes, not 12, s. 243.

<sup>50</sup> Roberts, not 21, s. 79f.

<sup>51</sup> *Conditions precedent* kan definieras som avtalade förutsättningar vilka låntagaren måste uppfylla för att lånet ska delas ut. Kravens främsta funktion är att säkerställa att alla legala aspekter är behandlade och att den säkerhet som ska ställas för lånet är på plats. För att läsa mer om *conditions precedent* se Cresswell m.fl., not 3, s. F 3221ff.

<sup>52</sup> Penn, m.fl., not 34 s. 132f.

<sup>53</sup> Roberts, not 21, s. 86.

<sup>54</sup> Cresswell m.fl., not 3, s. 1197ff.

periodvis reduceras eller genom att hela det utestående beloppet återbetalas vid en viss tidpunkt.<sup>55</sup>

En stor majoritet av de syndikerade lånen är framgångsrika. Lånet återbetalas fullt ut eller återfinansieras, låntagaren är nöjd, de involverade bankerna erhåller en utsatt avgiftssumma och alla rådgivare som deltagit i syndikationsprocessen belönas rikligt för sin insats i transaktionen. När hela beloppet till slut är återbetalat och fördelat hos långivarna upplöses syndikatet och syndikationsprocessen är därmed över.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Loan Market Association, *Guide to Syndicated Loans*, s. 1f. Denna guide finns att hämta på LMA:s hemsida: <http://www.lma.eu.com/pages.aspx?p=21>.

<sup>56</sup> Warne, David och Elliot QC, Nicholas, *Banking Litigation*, Sweet and Maxwell, London, 2005, s. 154f.

## 3 Agentbankens roll inom syndikatet

Trots att det syndikerade lånets genomförande är reglerat i låneavtalet och till stor del fullföljs per ren automatik krävs en administratör för att övervaka återstoden av den syndikerade låneprocessen. Det är här agentbanken kommer in. Då syftet med denna uppsats är att utreda strutsklausulens giltighet är det motiverat att på ett djupare plan beskriva och diskutera vilken roll och funktion agentbanken spelar inom syndikatet då klausulen upprättas till agentens fördel. Inledningsvis kommer rättsförhållandet mellan agentbanken och de övriga aktörerna inom syndikatet att beskrivas och diskuteras. Därefter kommer agentbankens huvudsakliga arbetsuppgifter inom syndikatet och dennes ansvar gentemot de övriga syndikatsmedlemmarna att klargöras. Slutligen kommer agentbankens funktion vid en *event of default* - situation att undersökas och redovisas då det är i dessa situationer strutsklausulen främst blir tillämplig.

### 3.1 Rättsförhållandet mellan agentbanken och de övriga aktörerna inom syndikatet

För att förstå vilken roll och vilket ansvar agentbanken har inom syndikatet är det av största vikt att beskriva vilka rättsförhållande som förekommer mellan agentbanken och de övriga syndikatbankerna. Som utgångspunkt gäller att agentbanken är syndikatmedlemmarnas agent och inte låntagarens.<sup>57</sup> Om inte låneavtalet säger annat har agentbanken följaktligen inga förpliktelser gentemot låntagaren, vilket till exempel innebär att agenten inte kan stämmas av låntagaren om syndikatbankerna skulle brista i sin utbetalning av lånebeloppet.<sup>58</sup>

Då det är etablerat att det inte förekommer något direkt rättsförhållande mellan agentbanken och låntagaren återstår att beskriva vilket förhållande som föreligger mellan agenten och långivarna. Inom engelsk rätt ligger det närmast till hands att diskutera huruvida agentbanken är att se som en agent, såsom termen definieras inom *common law*. Vad som infattas i begreppet agent är extremt flytande och svårdefinierat och att ge en precis definition av agentkonceptet är näst intill omöjligt. Vissa huvudregler går emellertid att finna, såsom att en agent har delegerats rätten att etablera ett rättsligt förhållande mellan sin huvudman och en tredje part<sup>59</sup> samt att agentförhållandet endast kan uppstå om både agent och huvudman givit sitt

---

<sup>57</sup> Roberts, not 21, s. 87.

<sup>58</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. 1313f.

<sup>59</sup> Se *International Harvester Co of Australia Pty Ltd v Carrigan's Hazeldene Pastoral Co* (1958) 100 CLR 644.

samtycke därtill.<sup>60</sup> Att samtycke föreligger mellan parterna till att agentförhållandet uppstår bör framgå av de relevanta klausulerna i låneavtalet och att agenten kan påverka rättsförhållandet mellan sin huvudman och i detta fall låntagaren bör stå klart i och med de huvudsakliga uppgifter som tilldelas denna inom syndikatet.<sup>61</sup> Det kan därmed fastslås att agentbanken är att se som långivarnas *agent*, enligt den engelska rättens definition av begreppet.<sup>62</sup>

Att agentbanken kan klassificeras som en agent enligt engelsk rätt innebär emellertid inte att banken kan ses som en agent enligt svensk rätt. Inom det svenska rättsområdet definieras agentbegreppet snävt och likställs oftast med den så kallade handelsagenten. Att agentbanken skulle klassificeras som en handelsagent kan direkt uteslutas då banken inte verkar för försäljning eller köp av varor<sup>63</sup> och frågan blir därmed vilken svensk beteckning som lämpligast kan tilldelas agentbanken. Det engelska rättssystemets definition av agent motsvaras närmst av det breda svenska begreppet mellanman och att agentbanken är att se som syndikatbankernas mellanman bör stå klart.<sup>64</sup> Mellanmansbegreppet kan vidare delas in i en rad undergrupper, såsom till exempel mäklare, fullmäktiga och sysslomän.<sup>65</sup> Vilka av dessa undergrupper som agentbanken platsar inom är svårt att ge något allmänt gällande svar på och områdets avsaknad av svensk praxis vanskliggör denna klassificering ytterligare. Sammanfattningsvis kan sägas att agentbankens roll inom syndikatet främst aktualiserar fullmaktsrelaterade frågor och att banken därmed närmst skulle kunna betecknas som syndikatets fullmäktige eller syssloman.<sup>66</sup>

Sammantaget kan det därmed sägas att det föreligger en form av uppdragsförhållande mellan agentbanken och syndikatmedlemmarna. Detta rättsförhållande får en rad konsekvenser vad gäller både agentbankens huvudsakliga uppgifter och dennes ansvar gentemot de övriga syndikatmedlemmarna, vilket kommer att framgå nedan.

---

<sup>60</sup> Se *Garnac Grain Co Inc v HMF Faure & Fairclough Ltd* [1968] AC 1130.

<sup>61</sup> Som exempel på uppgifter som kan påverka förhållandet mellan agentbank och långgivare kan nämnas agentens funktion i och med ut- och återbetalning av lånet. Se vidare Gabriel, not 19, s. 150ff.

<sup>62</sup> Detta är en ståndpunkt som stöds av den absoluta majoriteten av författare på området. Se Penn, m.fl., not 34, s. 132f., Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1313f., Gabriel, not 19, s. 150f., Cranston, not 2, s. 57 och Tennekoon, not 18, s. 64f. Se vidare Mugasha, Agasha, *The Law of Multi-Bank Financing*, Oxford University Press, New York, 2007, s. 406ff. för en djupgående diskussion rörande om agentbanken är att se som en *true agent* eller en *special agent*.

<sup>63</sup> Se 1 § Lag (1991:351) om handelsargentur.

<sup>64</sup> Munukka not 5, s. 233.

<sup>65</sup> Tiberg, Hugo och Dotevall, Rolf, *Mellanmansrätt*, 8:e upplagan, Norstedts Juridik, Göteborg, 1994, s. 16.

<sup>66</sup> Gorton, not 1, s. 203f. och avsnitt 3.3.3.1.

## 3.2 Agentbankens huvudsakliga arbetsuppgifter

För att förstå vilken roll agentbanken spelar inom syndikatet är det av central betydelse att på ett övergripande sätt beskriva agentens huvudsakliga arbetsuppgifter. Sammantaget kan sägas att agentbanken är syndikatets administratör och att dennes arbetsuppgifter främst är av mekanisk karaktär.<sup>67</sup> Detta beror på två sammanlänkade faktorer. Dels är agentbankerna, av ansvarsrelaterad anledning, obenägna att handhava lånen i syndikatmedlemmarnas namn och dels är långivarna ovilliga till att tilldela agentbanken den grad av befogenhet som krävs för att påverka lånet då långivarna själv vill fatta de viktigare besluten inom syndikatet. För att uppnå detta definieras agentbankens uppgifter med stor precision i låneavtalet och allt ansvar, utöver för de rent administrativa uppgifterna, skrivs bort.<sup>68</sup> De administrativt betingade uppgifter som normalt tilldelas agentbanken i låneavtalet kommer nu att beskrivas och diskuteras.

### 3.2.1 Intygande av att låneavtalets conditions precedent uppfyllts av låntagaren

Som nämndes ovan måste låntagaren uppfylla en rad angivna villkor innan lånet delas ut och att intyga att dessa förbehåll uppfyllts blir agentbankens första uppgift inom syndikatet. Dessa *conditions precedent* kan, till exempel, kräva att låntagaren är ett vederbörligen registrerat bolag, att all relevant säkerhet har ställts och att styrelseprotokoll som godkänner faciliteten uppvisas.<sup>69</sup>

I praktiken kommer agentbanken att undersöka en mängd dokument framtagna av låntagaren för att fastställa att de uppställda *conditions precedent* verkligen är uppfyllda. I och med att lånets utgivande är beroende av agentbankens intygande av att låneavtalets *conditions precedent* är uppfyllda står det klart att agenten kan göras ansvarig ifall det senare skulle visa sig att detta intygande var felaktigt. Det faktum att stora syndikerade lån oftast har internationell anknytning innebär att det kan vara svårt för agentbanken att bilda sig en uppfattning av huruvida de framtagna dokumenten är korrekta. Det är därför vanligt att låneavtalet inkluderar en *condition precedent* som kräver att låntagaren företar en *legal opinion*, i regel upprättad av en större advokatbyrå med kontor inom samma jurisdiktion som lånetagaren, som garanterar att alla dokument som låntagaren framtagit är upprättade i enighet med tillämplig lagstiftning. För att underlätta för agentbanken och för att minska det ovan nämnda ansvaret införs en klausul i låneavtalet som stadgar att agentbanken inte kan göras

---

<sup>67</sup> Cranston, not 2, s. 17.

<sup>68</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1311f och LMA Agreement, not 23, sektion 26.4 och 26.9.

<sup>69</sup> Cranston, not 2, s. 312f. och Wood, not 3, s. 37ff.



ansvarig ifall denna förlitat sig på information som garanterats i låntagarens *legal opinion*.<sup>70</sup>

### 3.2.2 Betalningsförmedling

Agentbanken hanterar alla finansiella transaktioner inom syndikatet, vilket inkluderar såväl långivarnas utbetalning av lånet som låntagarens ränte- och återbetalning. Att agentbanken är långivarnas agent innebär att så fort låntagaren utfört en ränte- eller återbetalning till agentbanken upphör låntagarens ansvar för betalning av detta belopp, oberoende av vad som händer efter utbetalningen. Motsatsvis innebär detta att långivarna inte har uppfyllt sina låneutbetalningsåtaganden i och med att agentbanken erhållit den erforderliga summan. På grund utav att agentbanken agerar i långivarnas namn sker därmed betalningar som distribueras av agenten på deras risk.<sup>71</sup> Detta är väldigt ogynnsamt för långivarna, i synnerhet i de fall då agentbanken blir insolvent under ett betalningsförfarande. Dels kan långivarna bli utan ersättning ifall agentbanken blir insolvent samtidigt som den mottar en räntebetalning från låntagaren och dels kan långivarna vara tvungna att utföra en låneutbetalning två gånger ifall agentbanken skulle bli insolvent när den mottagit kapital från långivarna men inte vidarebefordrat utbetalningen till låntagaren.<sup>72</sup> Dessa ofördelaktiga situationer vill långivarna naturligtvis undvika. Agentbanken åläggs därför att hålla alla betalningar den erhåller från låntagaren på ett separat konto för att underlätta ett särskiljande under ett insolvensförfarande.<sup>73</sup> Vidare åläggs agentbanken i regel att förutse inkommande betalningar från syndikatets olika aktörer och förmedla motsvarande summa till betalningsmottagaren i förskott. Detta resulterar i att de transfererade summorna kommer nå agentbanken och mottagaren samtidigt vilket minimerar långivarnas risktagande.<sup>74</sup>

Att lösa långivarnas problem på detta sätt skapar dessvärre en icke åtråvärd risk för agentbanken. Det kan, till exempel, hända att vissa långgivare inte utger den avtalade lånesumman till en agentbank som redan utbetalat det fullständiga beloppet till låntagaren.<sup>75</sup> För att minimera agentbankens risk i detta avseende införs i regel en *claw back* – klausul i låneavtalet. Denna klausul medför att en agentbank som betalat långgivaren utan att sedan bli

---

<sup>70</sup> Tennekoon, not 18, s. 58f.

<sup>71</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. 1313f. Se även *Davison v Donaldson*, (1882) 9 QBD 623, CA som befäster det faktum att betalning till en agent för vidarebefordran till tredjeman inte undantar huvudmannen från betalningsansvar innan kapitalet når sin slutdestination.

<sup>72</sup> Roberts, not 21, s. 90.

<sup>73</sup> Det kan även diskuteras huruvida detta avskiljande av mottagna medel kan krävas av agentbanken enligt den svenska Lag (1944:181) om redovisningsmedel. Se vidare Gorton, m.fl., not 45, kapitel 6.1.

<sup>74</sup> Risken för att en situation av detta slag skulle inträffa ökas i och med att betalningar inom syndikatet ofta är av gränsöverskridande karaktär vilket kan resultera i att kapitalöverföring tar relativt lång tid. Se Roberts, not 21, s. 90 och Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1197.

<sup>75</sup> Tennekoon, not 18, s. 59f.

ersatt med motsvarande summa från låntagaren har rätt att återfå sitt utlägg, inklusive ränta, från betalningsmottagaren.<sup>76</sup>

### 3.2.3 Agentbankens övriga uppgifter

Utöver de åliggande som beskrivs ovan tillkommer ofta en rad subordinerade uppgifter. Agentbanken spelar en viktig roll inom syndikatet såsom kommunikator i och med att denna fungerar som en länk mellan långgivare och låntagare. Detta innebär att alla viktiga beslut från låntagaren lämnas till agentbanken för vidarebefordran till syndikatmedlemmarna, vilket kan innefatta såväl beslut om att låna ytterligare summor som beslut om att betala tillbaka lånet i förskott.<sup>77</sup> I regel vidarebefordrar agentbanken även formell information, som till exempel låntagarens årsredovisningar och andra räkenskapsberättelser, till långgivarna.<sup>78</sup>

Agentbanken utför även rena banktjänster å syndikatmedlemmarnas vägnar. Typiska tjänster av detta slag är; att beräkna lånets eventuellt rörliga ränta, inhämta valutakvoter, beräkna obligatoriska bankrelaterade kostnader och registrera eventuellt ställd säkerhet för lånet.<sup>79</sup> Vidare uppfyller agentbanken en viktig funktion i de fall en *event of default* – situation inträffar och agentens roll och ansvar i dessa lägen behandlas utförligt i avsnitt 3.4.

## 3.3 Agentbankens ansvar gentemot syndikatmedlemmarna

Som nämndes ovan slutförs de allra flesta syndikerade lånen utan att problem uppstår. Detta är emellertid inte alltid fallet och stundtals uppstår stora bekymmer inom syndikaten. Då det oftast är enorma summor som tillskjutits är det ytterst allvarligt för långgivarna om låntagaren skulle bli insolvent under lånets gång och frågan om vart de skulle rikta sina krav på ersättning för eventuell förlust är relevant. Den insolventa låntagaren lär inte ha något att bidra med och därmed kan det vara nära till hands för långgivarna att ge sig på den andra centrala figuren inom syndikatet, nämligen agentbanken. Det är i detta läge väsentligt att diskutera vilket ansvar agentbanken egentligen har gentemot de övriga syndikatmedlemmarna och hur detta ansvar behandlas.<sup>80</sup>

Som ovan nämnts är agentbanken att se såsom långgivarnas agent.<sup>81</sup> Rent juridiskt får detta en rad intressanta konsekvenser och vilket ansvar som åläggs agentbanken på grund utav att detta förhållande etableras är en viktig aspekt att beskriva och diskutera. Detta kapitel kommer att beröra tre

---

<sup>76</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1200ff. och LMA Agreement, not 23, sektion 29.4.

<sup>77</sup> Ibid. s. F 1312f.

<sup>78</sup> Tennekoon, not 18, s. 58.

<sup>79</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1312f.

<sup>80</sup> Warne, m.fl., not 56, s. 154f.

<sup>81</sup> Se avsnitt 3.1.

ansvarsgrunder som möjligtvis kan tillräknas agentbanken; kontraktsrättsligt ansvar, skyldighet att agera med erforderlig försiktighet och kompetens och ansvar enligt eventuellt uppkomna *fiduciary duties*. Avslutningsvis beskrivs hur agentbankens uppkomna ansvar hanteras i låneavtalet.

### 3.3.1 Agentbankens kontraktsrättsliga ansvar

Det syndikerade låneavtalet innehåller detaljerat utformade klausuler vilka beskriver agentbankens huvudsakliga uppgifter. Dessa utgörs som huvudregel av specifika instruktioner som tydligt fastställer hur agentbanken ska agera under på förhand givna förutsättningar men kan även i undantagsfall bestå av kontraktuella befogenheter som ger agentbanken begränsad rätt att agera på eget initiativ. Detta resulterar i att agentbanken måste ta hänsyn till två olika kategorier av kontraktuellt ansvar.<sup>82</sup>

I de specifika instruktionerna inkluderas främst de rent administrativa uppgifterna, såsom agentbankens informationsförmedlande inom syndikatet och dennes skyldighet att utföra diverse syndikatrelaterade banktjänster åt syndikatmedlemmarna.<sup>83</sup> Agentbanken binds väldigt hårt till de anvisningar som ges i avtalet och dessa måste agenten noggrant följa,<sup>84</sup> även i fall där agentbanken finner att ett åsidosättande hade varit mer gynnsamt för syndikatmedlemmarna.<sup>85</sup> Det kan emellertid uppstå en skyldighet för agenten att varsko och rådgiva sin huvudman då den anser att strikt avtalsefterrättelse kan leda till ofördelaktiga resultat.<sup>86</sup> I de fall syndikatets instruktioner till agentbanken är otydliga kan agentbanken inte göras ansvarig för sitt handlande, såframt att den har agerat hederligt gentemot syndikatmedlemmarna i sin tolkning av de tvetydliga anvisningarna.<sup>87</sup> Det åligger emellertid agenten att försöka undanröja uppkomna oklarheter och med tanke på de kommunikationsmöjligheter som förekommer idag kan detta krav ställas relativt högt.<sup>88</sup> Slutligen kan nämnas att agentbanken inte behöver följa instruktioner som skulle kräva illegalt handlande.<sup>89</sup>

Som ovan nämnts<sup>90</sup> tilldelas agentbanken främst specifikt utformade administrativa uppgifter och skulle agentbanken vilja gå utanför dessa instruktioner krävs i regel långivarnas godkännande. Där finns emellertid undantag från denna huvudregel och i vissa fall delegerar syndikatmedlemmarna viss befogenhet till agentbanken vilken möjliggör agerande på egen hand. Dessa undantag utgörs främst av; agentbankens möjlighet att på egen hand begära information från låntagaren, en befogenhet att godkänna *conditions precedent* för hela syndikatets räkning

---

<sup>82</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1312f.

<sup>83</sup> Penn, m.fl., not 34, s. 134f.

<sup>84</sup> Se det något föräldrade rättsfallet *Smith v Lascelles* (1788) 2 Term Rep 187.

<sup>85</sup> *Fray and Voules* (1859) 1 E & E 839 och Cresswell, m.fl., not 6, s. F1314.

<sup>86</sup> Gabriel, not 19, s. 157.

<sup>87</sup> *Ireland v Livingstone* (1872) LR 5 HL 395.

<sup>88</sup> *Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd SA v Nigerian Produce Marketing Co Ltd*, [1972] AC 741, HL och Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1316.

<sup>89</sup> *Cohen v Kittell* (1889) 22 QBD 680.

<sup>90</sup> Se avsnitt 3.2.

och en eventuell möjlighet att säga upp lånet när nöden kräver det.<sup>91</sup> Om agentbanken tilldelas befogenheter att under vissa förhållanden agera självständigt, måste agenten förfara med erforderlig försiktighet och kompetens när en sådan situation är för handen.<sup>92</sup> Detta innebär inte bara att det ställs krav på agentbankens handlande vid själva utförandet av de tilldelade uppgifterna utan resulterar också i att agenten kan göras ansvarig ifall den underlåtit att agera, om ett aktivt handlande hade det rimligare alternativet. Denna handlingsplikt medför att en riskaversiv agentbank inte kan gardera sig genom att i alla läge invänta syndikatmedlemmarnas instruktioner utan den kommer, när det gagnar långivarna, att vara tvungen att agera självständigt.<sup>93</sup> Vikten av ett snabbt och välgrundat handlande inom lånefinansieringar kan inte överskattas, vilket kommer diskuteras nedan i förhållande till agentbankens agerande vid ett *event of default*<sup>94</sup>.

Det kan vidare diskuteras huruvida agentbanken måste uppfylla en kontraktuellt hänförlig lojalitetsplikt gentemot syndikatbankerna. Inom den engelska rätten talas om en skyldighet för parterna till ett avtal att handla med *good faith* i förhållande till motparten. Förespråkarna för en tillämpning av *good faith* - principen menar att en avtalsparts otillbörliga agerande under avtalet ska påverka dess rätt att utnyttja de rättigheter avtalet kan innebära för parten och menar vidare att en parts handlande under avtalets upprättande och utförande ska påverka avtalets giltighet.<sup>95</sup> De engelska domstolarna har emellertid varit negativt inställda till att använda en skyldighet att agera med *good faith* på ett allmänt plan.<sup>96</sup> Istället menas att denna princip främst ska användas vid speciella avtalstyper, som till exempel anställningsavtal, försäkringsavtal och avtal som uppkommit på grund av ett underliggande *fiduciary* – förhållande<sup>97</sup>. När ett av dessa avtal är för handen kan därmed *good faith* – principen användas som argumentationsgrund av en part som anser att motparten agerat otillbörligt.<sup>98</sup>

Inom svensk doktrin har begreppet kontraktuell lojalitetsplikt använts för att beskriva likartade skyldigheter. Den kontraktuella lojalitetsplikten har lyfts fram och diskuterats av Jori Munukka. Enligt Munukka avser denna plikt ”en parts skyldighet att iakta, eller tillvarata, motpartens intresse”<sup>99</sup>. Att en agentbank omfattas av den lojalitetsplikt som Munukka beskriver torde stå klart i och med bankens mellanmansposition inom syndikatet<sup>100</sup> och det kan vidare argumenteras för att agentbanken bör åläggas en stark lojalitetsplikt

---

<sup>91</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1316 och avsnitt 3.4.2.2.

<sup>92</sup> Penn, m.fl., not 34, s. 133.

<sup>93</sup> Gabriel, not 19, s. 153f.

<sup>94</sup> Se avsnitt 3.4.2.

<sup>95</sup> Beale, Hugh, (ed.), *Chitty on Contracts*, 13:e upplagan, Sweet & Maxwell, London, 2008, s. 19ff.

<sup>96</sup> Se *Lloyds Bank Ltd v Bundy* [1975] Q.B. 326 och *Bernard Schulte GmbH & Co v Nile Holdings Ltd* [2004] 2 Lloyd's Rep. 352.

<sup>97</sup> Se avsnitt 3.3.3.

<sup>98</sup> Beale, not 95, s. 24 och Munukka, not 5, s. 37ff.

<sup>99</sup> Munukka, not 5, s. 12.

<sup>100</sup> *Ibid.*, s. 207.

då denna kan ses som uppdragstagare gentemot långivarna.<sup>101</sup> Kravet på lojalitet innebär att agentbanken, bland annat, bör uppfylla uppkomna medverkande-, tystnads och upplysningsplikter i förhållande till syndikatbankerna.<sup>102</sup> Precis som inom den engelska rätten kan emellertid den kontraktuella lojalitetspliktens praktiska tillämpbarhet ifrågasättas. Munukka menar att plikten inte är tillräckligt karaktäristisk för att betecknas som en rättsregel och menar vidare att det inte går att slå fast vilka rättföljder ett brott mot denna skyldighet hade medfört. Författaren anser därmed att kontraktuell lojalitetsplikt främst ska ses som en princip.<sup>103</sup>

Sammantaget kan därmed sägas att någon allmän skyldighet att handla lojalt inte går att finna inom kontraktsrätten. Lojalitet verkar istället vara ett begrepp som främst kan användas för argumentation då vissa förhållanden är för handen. Det förefaller emellertid som att principen tilldelats större självständighet inom den svenska rätten än inom *common law*<sup>104</sup> och vilket förhållande den kontraktuella lojalitetsplikten kan ha till strutsklausulen inom de svenska syndikerade låneavtalen kommer därmed diskuteras nedan.<sup>105</sup> Den engelska principen om *good faith* kommer härnäst användas som argumentationsmedel rörande agentbankens övriga ansvar.

### 3.3.2 Agentens skyldighet att alltid agera med erforderlig försiktighet och kompetens<sup>106</sup>

Som ovan nämnts måste agentbanken agera med erforderlig försiktighet och kompetens i de fall låneavtalet tilldelar denna befogenhet att handla på eget initiativ inom syndikatet.<sup>107</sup> Det kan vidare argumenteras för att agentbanken ska agera med tillräcklig försiktighet och kompetens i alla läge för att undvika att bli ansvarig enligt det engelska rättssystemets *Tort of Negligence*.<sup>108</sup> Att ge en svensk översättning av begreppet *tort* är mycket vanskligt och det kan nämnas att *Tort Law* utgör ett helt rättsområde inom *common law*. Närmast kan *tort* liknas vid det svenska utomobligatoriska skadeståndet.

*Tort of Negligence* behandlar rena förmögenhetsskador som uppkommit på grund av en annan parts vårdslösa eller oaktsamma handlande<sup>109</sup> och kräver

---

<sup>101</sup> Ibid., s. 492.

<sup>102</sup> Ibid., s. 143.

<sup>103</sup> Munukka, not 5, s. 461.

<sup>104</sup> Se Gorton, Lars, *Good Faith (Loyalty) in Contractual Relations*, i *Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck*, Juristförlaget, Lund, 2005, s. 256.

<sup>105</sup> Se avsnitt 4.1.1 och 5.3.2.

<sup>106</sup> "Erforderlig försiktighet och kompetens" är en översättning av engelskans *due care and skill*. I detta fall förefaller det motiverat att använda den svenska översättningen.

<sup>107</sup> Se avsnitt 3.3.1.

<sup>108</sup> Blair, William, *Banks, Liability and Risk*, 3:e upplagan, Informa Professional, London, 2001, s. 75.

<sup>109</sup> Markesinis, Basil och Deakin, Simon, *Tort Law*, 4:e upplagan, Clarendon Press, Oxford, 1999, s. 69ff.

att tre förutsättningar ska vara uppfyllda för att en klagande part ska lyckas göra en svarande part ansvarig för sitt försumliga handlande:<sup>110</sup>

1. Att den svarande parten har en skyldighet att agera med erforderlig försiktighet och kompetens gentemot den klagande parten;
2. Att svarande brutit mot denna plikt; och
3. Att klagande lidit skada på grund av svarandens brott mot sin skyldighet.

Den första förutsättningen för att använda *Tort of Negligence* inom syndikerade lån är därmed att det föreligger en skyldighet för agentbanken att agera med erforderlig försiktighet och kompetens gentemot de övriga syndikatmedlemmarna. Det finns en rad argument som stödjer att detta rekvisit som regel kan anses vara uppfyllt vad gäller agentbanken. Främst gäller, enligt *Supply of Goods and Services Act 1982*, section 13, att det i alla tjänstekontrakt ska inläsas en skyldighet för tjänsteutövaren att agera med erforderlig försiktighet och kompetens. Denna lagfästa regel bör, i kombination med gällande *common law*, kunna tillämpas för att erlægga agentbanken den ovan nämnda skyldigheten<sup>111</sup> och att så är fallet bekräftas ytterligare av praxis på området.<sup>112</sup> Då det är etablerat att agentbanken med största sannolikhet har en skyldighet att agera med erforderlig försiktighet och kompetens gentemot syndikatbankerna återstår att redogöra för vad denna skyldighet innebär för att sedan kunna avgöra i vilka fall den kan anses vara bruten.

Vad denna skyldighet ska anses innebära varierar från fall till fall och är i grunden en faktafråga.<sup>113</sup> Detta innebär att bedömningen av huruvida agentbanken uppfyllt sina skyldigheter måste bestämmas på grundval av de fakta som finns tillhanda i det specifika fallet och det är därmed svårt att ge några konkreta svar på när agentbanken kan anses ha uppfyllt dessa skyldigheter.<sup>114</sup> Några allmänt hållna riktlinjer går emellertid att finna på området. Till att börja med behöver ett bedömningsfel inte innebära att agentbanken underlåtit att agera försiktigt och kompetent, om banken kan visa att dess misstag skulle ha kunnat begås av en annan jämförbar bank i samma situation. Det kan vidare nämnas att två olika banker kan komma till två olika slutsatser, baserade på samma förutsättningar, utan att en av dem för den skull brutit mot sina skyldigheter. Det finns emellertid situationer där det står klart att banken ifråga brutit mot sin skyldighet att agera med erforderlig försiktighet och kompetens. Som exempel kan nämnas ett fall där en agentbank vid ett beslutsfattande har två olika alternativ att välja

---

<sup>110</sup> Denna uppräknig av rekvisit är tagen från Warne, m.fl., not 56, s. 171.

<sup>111</sup> Cranston, not 2, s. 186 och Roberts, not 21, s. 89.

<sup>112</sup> Se *Weld-Blundell v Stephens* [1919], 1 KB, 520 och *Caparo v Dickman* [1990] 2 A.C. 605, HL. I *Caparo* diskuterades visserligen vilket ansvar som kan tillräknas revisorer men enligt doktrin, se Warne, m.fl., not 56, s. 170 och 202f., bör rättsfallet även kunna läggas till grund för andra professionella rådgivare och därmed även agentbanker. Se även Gabriel, not 19, s. 153 och Cresswell, m.fl., not 6, F 1316.

<sup>113</sup> Gabriel, not 19, s. 152.

<sup>114</sup> Blair, not 108, s. 75.

mellan där det ena alternativet är objektivt sunt och det andra klart tveksamt och agenten väljer det senare.<sup>115</sup>

I och med att agentbanken kan tänkas vara ansvarig enligt *Tort of Negligence* uppstår frågan om vad som gäller i de fall agentbanken kan göras ansvarig på både kontraktsrättslig grund och enligt *tort*. Det var tidigare oklart inom engelsk rätt huruvida en klagande part kunde grunda sin talan på både inom- och utomobligatoriska grunder.<sup>116</sup> Hur dessa alternativ förhåller sig är relevant dels på grund utav att ansvar enligt *tort* kan göras gällande under en längre tidsperiod än det kontraktsrättsliga ansvaret och dels för att reglerna om skadans koppling till den svarandes agerande är mer restriktivt hållna inom kontraktsrätten än inom *tort*.<sup>117</sup> Denna oklarhet är numera utredd och idag kan den klagande parten välja mellan att stämma svaranden på kontraktsrättslig grund, enligt *tort* eller genom att åberopa de två grunderna parallellt.<sup>118</sup>

Inom det svenska rättsystemet motsvaras de utomobligatoriska regler som framkommer i *Tort of Negligence* främst av Skadeståndslagen<sup>119</sup> (SkL). Att tillämpa SkL i dessa fall blir emellertid svårt då en skadeståndstalan hänförlig till en ren förmögenhetsskada huvudsakligen måste vara föranledd av en brottslig handling för att kunna göras gällande.<sup>120</sup> Detta innebär att en skadeståndstalan grundad på svensk rätt bör hänföra sig till det inomobligatoriska förhållande som går att finna mellan agentbanken och syndikatbankerna, såframt att agentbanken inte begått en brottslig handling som resulterat i skada för långivarna.

Då de flesta syndikerade lån idag styrs av engelsk rätt kan det sammantaget sägas att agentbanken bör agera såsom andra likvärdiga banker skulle ha agerat i snarlika situationer och att denna alltid bör välja det objektivt sundare av många alternativ för att undgå att ställas till svars av de övriga syndikatmedlemmarna för något som gått fel inom det syndikerade lånet.

### 3.3.3 Agentbankens ansvar på grund av fiduciary duties

Agentbankens ansvar inom syndikatet kan komma att utvidgas ytterligare, där finns nämligen en möjlighet att agentbanken kan anses vara *fiduciary* i förhållande till långivarna. *Fiduciary* – förhållandet har beskrivits som en av de sämst definierade och mest svårgreppbara rättsfigurerna inom *common law* och frågan om vilken roll detta begrepp spelar i syndikaten är inte lätt

---

<sup>115</sup> Cranston, not 2, 186f.

<sup>116</sup> Se *Tai Hing Cotton Mill Ltd v Liu Chong Hing Bank* [1986] AC 80, 107.

<sup>117</sup> Cranston, not 2, s. 186.

<sup>118</sup> Mugasha, not 62, s. 139.

<sup>119</sup> Skadeståndslag (1972:207).

<sup>120</sup> Se 2 §, 2 kap. SkL. Huvudregeln som stadgar att endast rena förmögenhetsskada kan ersättas på utomobligatorisk grund har emellertid en rad undantag. Bland dessa undantag räknas ansvar för vårdslösa värderingar (NJA 1987 s. 692) och otillbörliga ingripanden i andras avtalsförhållanden (NJA 2005 s. 608).

att besvara.<sup>121</sup> Detta avsnitt kommer först behandla frågan om den typiska agentbanken bör ses som långivarnas *fiduciary* och sedan kommer de följer ett eventuellt *fiduciary* – förhållande skulle resultera i att beskrivas och diskuteras.

### 3.3.3.1 Fiduciary – begreppets tillämplighet i förhållande till agentbanken

Som ovan antydde har den engelska rätten aldrig givit någon heltäckande definition av *fiduciary* – förhållandet. Istället har vissa specifika relationer ansetts giva upphov till en rad *fiduciary duties* som åläggs den ena parten.<sup>122</sup> Dessa skyldigheter aktualiseras främst för personer som på något sätt har en speciell företroendeställning i förhållande till andra parter.<sup>123</sup> De regler som styr *fiduciary* – förhållandet är baserade på *equity*,<sup>124</sup> vilket medför att ett vitt betraktelsesätt tillämpas och att stor vikt läggs vid fakta i det enskilda fallet.<sup>125</sup> I grunden är *fiduciary*:n en person som åtar sig att agera för en annan parts räkning i en eller flera givna situationer,<sup>126</sup> en definition som direkt för tankarna till ett vanligt agentförhållande. Det är därför föga förvånande att de allra flesta personer som, ur en rättslig synvinkel, är att se såsom agenter också är *fiduciaries*.<sup>127</sup>

Detta talar för att agentbanken är att se som en *fiduciary* och denna åsikt förespråkas av många av författarna på området<sup>128</sup> och den befästs ytterligare av praxis<sup>129</sup>. Ross Cranston och Agasha Mugasha presenterar emellertid något avvikande åsikter. Cranston menar att då alla agentbankens förhavanden, på ett detaljerat sätt, regleras i låneavtalet lämnas inget utrymme kvar för ytterligare *fiduciary duties* och att det därmed kan diskuteras huruvida agentbanken bör benämnas som *fiduciary*.<sup>130</sup> Mugasha argumenterar på ett likartat sätt. Med hänvisning till två amerikanska rättsfall menar författaren att det är det underliggande kontraktet som ska

---

<sup>121</sup> Pearce, Robert och Stevens, John, *The Law of Trusts and equitable obligations*, 4:e upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 773f.

<sup>122</sup> Reuschlein, Gill och Gregory, William, *Agency and Partnership*, West Publishing Company, Minnesota, 1980, s. 121f.

<sup>123</sup> Gorton, not 1, s. 204.

<sup>124</sup> *Equity* kan kort definieras som ett komplement till *common law*. Detta parallella rättssystem tillämpas främst inom privaträtten och ifall konflikt skulle uppstå mellan en *common law* – och en *equity* – regel kommer den senare att ha företräde. Trots att *fiduciary duties* inte är en del av *common law* är de därmed, genom *equity*, fullt tillämplbara och relevanta. Se vidare Bogdan, Michael, *Komparativ Rättskunskap*, 2:a upplagan, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2003, s. 97ff.

<sup>125</sup> UK Law Commission, *Fiduciary Duties and Regulatory Rules*, Law Commission Report Nr 236, London, 1995, s. 27.

<sup>126</sup> *Ibid.*, s. 774.

<sup>127</sup> Se Tennekoon, not 18, s. 64f., Warne, m.fl., not 56, s. 192f., Cresswell, m.fl., not 6, s. F1314 och Mugasha, not 62, s. 243.

<sup>128</sup> Se Wood, not 3, s. 313, Cresswell, m.fl., not 6, s. F1314, Gabriel, not 19, s. 164f., Penn, m.fl., not 34, s. 133, Warne, m.fl., not 56, s. 192f., Tennekoon, not 18, s. 64f. och Roberts, not 21, s. 89.

<sup>129</sup> *UBAF Ltd v European American Banking Corp.*, [1984] QB 713, 728.

<sup>130</sup> Cranston, not 2, s. 59ff.



styra det rättsförhållande som föreligger mellan agenten och huvudmannen.<sup>131</sup> Mugasha menar därmed att ett *fiduciary* – förhållande endast kan existera om det underliggande avtalet ger grund för detta. Detta skulle innebära att det typiska syndikerade låneavtalet inte ger upphov till några *fiduciary duties* då avtalet endast tilldelar agentbanken rent administrativa uppgifter och uttryckligen exkluderar agenten från *fiduciary duties*.<sup>132</sup>

Sammantaget står majoriteten av doktrinen fast vid att agentbanken i regel är att se som en *fiduciary* i förhållande till de övriga syndikatmedlemmarna. Det bör emellertid framhållas att de argument Cranston och Mugasha presenterar är välgrundade och att det finns goda skäl till att ifrågasätta huruvida *fiduciary duties* ska åläggas agentbanken. Den osäkerhet som verkar råda inom doktrin och den ytterst begränsade praxis som existerar på området pekar emellertid på att där finns en risk för att agentbanken kommer att åläggas *fiduciary duties* gentemot syndikatbankerna och därmed kommer denna ansvarsgrund att diskuteras vidare.

Termen *fiduciary* har ingen direkt svensk motsvarighet och denna engelska rättsfigur kan närmast liknas vid en syssloman då det går att finna en rad likheter mellan de båda begreppen.<sup>133</sup> Även sysslomannskapet bygger på ett underliggande förtroendeförhållande mellan parterna och även denna rättsfigur åläggs att utföra sitt uppdrag med erforderlig omsorg.<sup>134</sup> Det föreligger emellertid skillnader mellan begreppen. *Fiduciary:n* åläggs fler skyldigheter än sysslomannen<sup>135</sup> och sysslomannens ersättningskyldighet bygger på ett rent cuplaansvar.<sup>136</sup> Detta innebär att sysslomannen i regel kan bli skadeståndsskyldig endast om den har varit culpös i sitt agerande, vilket inte gäller för *fiduciary:n* som, till exempel, kan bli ersättningskyldig på grund av en viss situations blotta existens.<sup>137</sup> På grund av dessa skillnader är det, enligt min mening, riskabelt att sätta ett likhetstecken mellan sysslomannen och *fiduciary:n*.

### 3.3.3.2 Effekterna av att agentbanken ses som en *fiduciary*

Att vara en *fiduciary* innebär ett krav på att uppfylla en rad specifika *fiduciary duties*. Vilka dessa skyldigheter är beror på situationen ifråga och hur en *fiduciary* ska agera för att undvika att ställas till svars för sitt

---

<sup>131</sup> *Womens Federal Savings and Loan Association v Nevada National Bank*, 811 F 2d 1255 (9th Cir. 1987) och *First Citizen Federal Savings and Loan Association v Worthen Bank and Trust Co*, 919 F 2d 510 (9th Cir 1990).

<sup>132</sup> Mugasha, not 62, s. 408ff.

<sup>133</sup> Munukka, not 5, s. 37f.

<sup>134</sup> Bentsson, Bertil, *Särskilda avtalstyper I*, P A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1971, s. 150 och 157ff.

<sup>135</sup> Se avsnitt 3.3.3.2.

<sup>136</sup> Bengtsson, not 134, s. 175.

<sup>137</sup> Se om *fiduciary:ns* skyldighet att undvika intressekonfliktssituationer i avsnitt 3.3.3.2.

handlande går därmed inte att ge något rakt svar på.<sup>138</sup> Genom praxis har det emellertid utvecklats en rad *fiduciary duties* som kan anses vara av grundläggande karaktär och ha universell tillämpbarhet inom *fiduciary* – området. Vissa av dessa grundläggande skyldigheter har relevans för en typisk agentbank och dessa kommer nu att redovisas och diskuteras:

- **Förbud mot intressekonflikter.** Det är förbjudet för agentbanken att sätta sig i en position där dess intresse kan hamna i konflikt med de övriga syndikatmedlemmarnas.<sup>139</sup> Inom de syndikerade lånen finns en rad situationer som skulle kunna sätta agenten i denna otillåtna position. Som exempel kan nämnas dels de fall då agentbanken själv har lånat kapital till låntagaren, vilket kan resultera i att agenten värnar mer som sitt eget lån än det lån som utgivits av syndikatmedlemmarna, och dels i de fall agentbanken även agerar allmän rådgivare till låntagaren, vilket kan leda till att agentbanken tar låntagarens parti på grund av de inkomster som rådgivningen inbringar.<sup>140</sup> Dessa potentiella intressekonflikter kan hanteras på olika sätt. Vanligast är att långgivarna ger sitt medgivande till konfliktens existens<sup>141</sup> men allvarliga intressekonflikt kan också resultera i att agentbanken måste delegera sina uppgifter eller i värsta fall tvingas resignera från sitt uppdrag.<sup>142</sup>
- **Förbud mot dolda inkomster.** Det är förbjudet för agentbanken att generera dolda inkomster på grund av sin roll inom syndikatet.<sup>143</sup> Till dessa otillåtna inkomster inkluderas såväl vinst agentbanken genererar genom att utnyttja sin position inom syndikatet som hemliga kompensationer och ersättning. Ett brott mot detta förbud kan resultera i att agenten direkt sägs upp från sitt uppdrag och tvingas betala tillbaka alla mottagna dolda inkomster. Det bör emellertid nämnas att inkomster som härstammar från agentbankens förhållande med låntagaren oftast godkänns i låneavtalet.<sup>144</sup>
- **Lojalitetskrav.** Den som agerar *fiduciary* måste handla med odelad lojalitet gentemot sin uppdragsgivare och denna plikt kan ses som ett uttryck för den ovan nämnda *good faith* – principen.<sup>145</sup> Kravet innebär bland annat att en agentbank inte får tillåta sina åtaganden gentemot en syndikatmedlem hamna i konflikt med de skyldigheter agenten måste uppfylla till förmån för de övriga medlemmarna.

---

<sup>138</sup> Se Ze, Jay, *Underwriters and Fiduciary Duties*, Journal of Business Law, Sweet & Maxwell, London, 2007, s. 139f., Cranston, not 2, s. 187 och Pearce, m.fl., not 121, s. 777f.

<sup>139</sup> Tennekoon, not 18, s. 65, Penn, m.fl., not 34, s. 133 och Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1314f.

<sup>140</sup> Gabriel, not 19, s. 167f.

<sup>141</sup> Se Cranston, not 2, s. 187f. och Roberts, not 21, s. 91.

<sup>142</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1314f.

<sup>143</sup> Cranston, not 2, s. 187.

<sup>144</sup> Gabriel, not 19, s. 134.

<sup>145</sup> Munukka, not 5, s. 37f.

Vidare innebär detta krav att agentbanken måste vidarebefordra all relevant information denna innehar till långivarna.<sup>146</sup>

Att inte uppmärksamma dessa skyldigheter kan komma att stå agentbanken dyrt och frågan är vidare vilka sanktioner som kan åläggas agenten ifall den skulle bryta mot någon av sina *fiduciary duties*. Enligt praxis kan en rad olika ersättningsmedel tillämpas vid brott mot *fiduciary duties* och denna flexibilitet gör att en sådan talan, i regel, är ett mer tilltalande alternativ än ett krav grundat på kontraktsbrott eller *tort*.<sup>147</sup> Möjliga ersättningsmetoder inkluderar; upphävande<sup>148</sup>, rimligt vederlag eller skadestånd<sup>149</sup>, redovisning av inkomster<sup>150</sup> och domstolsföreläggande<sup>151 152</sup>.

### 3.3.4 Hantering av agentbankens ansvar

Som ovan nämnts ligger det i agentbankens intresse att minimera det ansvar som kan tänkas uppkomma i och med dess roll inom syndikatet samtidigt som syndikatmedlemmarna avser behålla beslutandemakten i alla betydelsefulla syndikatrelaterade frågor.<sup>153</sup> Agentbankens kontraktsträttsliga ansvar begränsas i regel genom att agentbankens olika uppgifter beskrivs otroligt detaljerat i låneavtalet och för att undvika *fiduciary*- och agentrelaterade skyldigheter införs i regel friskrivningsklausuler som hanterar dessa ansvarsgrunder.<sup>154</sup> Dessa två tillvägagångssätt att behandla agentbankens ansvar kommer nu att kort presenteras och diskuteras.

#### 3.3.4.1 Uttryckligt klausulförfattande

Att beskriva agentbankens uppgifter med stor precision i låneavtalet är av yttersta vikt när agentens risktagande inom syndikatet ska minimeras. Detta då minsta otydlighet kan leda till att agentbankens uppgifter och befogenheter tolkas bredare än vad som från början avsetts. Denna precisering är även relevant för syndikatmedlemmarna. Om en medlems handlande resulterar i att låntagaren, på rimlig grund, antar att agenten har större befogenhet än vad som stadgas i avtalet kan reglerna om *ostensible authority*<sup>155</sup> aktualiseras. Detta kan i sin tur leda till att agentbankens befogenhet utvidgas mer än vad syndikatmedlemmarna från början avsett då

<sup>146</sup> Roberts, not 21, s. 90, Ze, not 138, s. 140 och Tennekoon, not 18, s. 65.

<sup>147</sup> Ze, not 138, s. 140f.

<sup>148</sup> *York Buildings Co v Mackenzie* (1795) b Bro. P. C. 42.

<sup>149</sup> *Swindle v Harrison* [1997] 4 All E.R. 707.

<sup>150</sup> *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1967] 2 A.C. 134n. och *Attorney General v Guardian Newspaper Ltd* [1990] 1 A.C. 109.

<sup>151</sup> Ze, not 138, s. 141.

<sup>152</sup> Se vidare Pearce, m.fl., not 121, s. 778ff.

<sup>153</sup> Se kapitel 3.2.

<sup>154</sup> Tennekoon, not 18, s. 58.

<sup>155</sup> *Ostensible authority* hänför sig till en agentbanks befogenhet, såsom den uppfattas av en utomstående part (se *Hely-Hutchison v Brayhead Ltd* [1968] 1 QB 549) och den kan både utvidga redan givna rättigheter och skapa befogenhet där ingen sådan tidigare fanns (se *First Energy (UK) Limited v Hungarian International Bank* [1993] BCLC 1409 och [1993] Lloyds Rep. 194).

dessa binds till de handlingar agenten utför inom sin *ostensible authority*. Genom att tydligt och utförligt reglera vad agentbanken får och inte får göra inom syndikatet begränsas låntagarens möjlighet att uppfatta agentens befogenhet på något annat sätt än såsom det stadgas i låneavtalet.<sup>156</sup>

### 3.3.4.2 Friskrivningsklausuler

I regel innehåller de syndikerade låneavtalen detaljerade och extensiva friskrivningsklausuler upprättade till agentbankens fördel.<sup>157</sup> Dessa innefattar vanligtvis klausuler som stadgar att agentbanken endast ska anses ha de befogenheter som uttryckligen nämns i låneavtalet, att agentbanken endast kan göras ansvarig för skada som uppkommit på grund av dennas uppsåtligt otillbörliga agerande eller grova försumlighet,<sup>158</sup> att agentens uppgifter endast är mekaniska och administrativa, att agentbanken inte är ansvarig för den information långivaren tilldelar denna för vidarebefordran till det övriga syndikatet, osv.<sup>159</sup>

Dessa friskrivningsklausuler måste emellertid uppfylla åtskilliga krav för att vara effektiva i praktiken. Inom engelsk rätt kan dessa förutsättningar grovt delas in i *common law* – relaterade principer och krav statuerade i lag. Enligt *common law* måste friskrivningsklausuler upprättas tydligt och detaljerat då all otydlighet kommer att tolkas till nackdel för den part klausulen avser gagna,<sup>160</sup> de får ej exkludera bedrägeri,<sup>161</sup> friskrivningar från utomobligatoriska *common law* – relaterade skyldigheter måste göras specifikt, vilket innebär att en friskrivning från till exempel agentens skyldighet att agera med tillräcklig försiktighet och kompetens måste utföras ordagrant<sup>162</sup> och slutligen kan inte agenten friskriva sig från grundläggande åtaganden som framkommer inom avtalet.<sup>163</sup> Den engelska lagstiftning som främst kan komma att bli aktuell är *Unfair Contract Terms Act 1977* (UCTA 1977) vilken stadgar att en juridisk person inte kan friskriva eller reducera

---

<sup>156</sup> Roberts, not 21, s. 90.

<sup>157</sup> Penn, m.fl., not 34, s. 136.

<sup>158</sup> Gabriel, not 19, s. 176 och LMA Agreement, not 23, sektion 26.9 (a). Detta är en friskrivning från den engelska ansvargrunden *negligence* och undantag görs endast för agentbankens *gross negligence* och *wilful misconduct*, vilket jag översatt med agentens ”grova försumlighet” och ”uppsåtligt otillbörliga agerande”.

<sup>159</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1317f och jmf. LMA Agreement, not 23, sektion 26.9.

<sup>160</sup> Denna princip kan jämföras med den i Sverige tillämpade oklarhetsregeln som stadgar att en oklart utformad avtalsbestämmelse ska tolkas till upprättarens nackdel (se Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt II*, 5:e upplagan, Juristförlaget, Lund, 2001, s. 97ff).

<sup>161</sup> Penn, m.fl., not 34, s. 124.

<sup>162</sup> Poole, Jill, *Textbook on Contract Law*, 9:e upplagan, Oxford University Press, New York, 2008, s. 274ff. Poole beskriver här att de engelska domstolarna har en negativ inställning till friskrivningar från utomobligatoriskt skadestånd då de anser att en skadad kontraktspart alltid bör ha möjligheten att söka skadestånd enligt *tort*. Friskrivningsklausuler som undantar en avtalspart från skadestånd grundat på *common law* – relaterat ansvar har emellertid godkänts i de fall klausulen ordagrant stadgar vilket ansvar som ska avtalas bort, då detta ökar förutsägbarheten för den andra parten.

<sup>163</sup> Se Roberts, not 21, s. 89f. och Wood, not 3, s. 327ff.

sina skyldigheter om detta inte kan anses vara rimligt.<sup>164</sup> För att avgöra om en klausul kan anses vara rimligt utformad utförs ett ”rimlighetstest” och inom denna bedömning blir parternas förhållande och förhandlingsförmåga ofta avgörande.<sup>165</sup>

Vad gäller agentbankens friskrivning från sina *fiduciary duties* åläggs ytterligare krav på friskrivningsklausulerna. Som ovan nämnts<sup>166</sup> kan dessa skyldigheter vara omfattande och att undvika dem är av yttersta vikt för agentbanken. Därmed brukar låneavtalet innehålla en klausul som uttryckligt fastställer att inget inom avtalet ska resultera i att agentbanken ska ses som en *fiduciary* inom syndikatet.<sup>167</sup> Det råder emellertid delade meningar inom doktrinen avseende hur hållbara dessa friskrivningar egentligen är. Den ena sidan hävdar att agentbankens *fiduciary duties* uppkommer på grund av det avtalsförhållande som gäller mellan *fiduciary*:n och uppdragsgivaren. Detta skulle innebära att avtalsfrihet råder mellan parterna och att *fiduciary* – förhållandet till fullo kan avtalas bort.<sup>168</sup> Denna åsikt ifrågasätts av dem som hävdar att *fiduciary* – förhållandet uppstår på grund av *equity*. De håller med om att det underliggande kontraktet är väsentligt, men då endast för att fastställa förhållandets omfattning och natur.<sup>169</sup> Vilket av dessa synsätt som är korrekt är svårt att ge något klart svar på då *fiduciary* – förhållandet är så pass flytande som ovan redovisats.<sup>170</sup> Därmed brukar de syndikerade låneavtalen inte bara stadga att agentbanken aldrig ska ses som en *fiduciary* utan också inkludera specifika friskrivningsklausuler som undantar agenten från de specifika *fiduciary duties* som kan tänkas uppstå. Detta är en metod som merparten av författarna på området verkar stödja, förutsatt att de ovan nämnda kraven som ställs på friskrivningsklausuler i allmänhet också är uppfyllda.<sup>171</sup>

Likaledes åläggs restriktioner på friskrivningsklausuler inom den svenska rätten. I detta stycke redovisas två metoder att begränsa verkan av ansvarsfriskrivningar; tillämpning av 36 § Avtalslagen<sup>172</sup> (AvtL) och tolkning. 36 § AvtL är ett viktigt redskap för den som vill klandra verkan av en friskrivning och just friskrivningsklausuler uppmärksammades specifikt i

---

<sup>164</sup> Se *Unfair Contract Terms Act 1977*, s. 2 (2). Vidare kan det nämnas att det finns en parallellt gällande lagstiftning i England som gäller till förmån för konsumenter, se *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* vilken är baserad på rådets direktiv 93/13/EEG om oskäliga villkor i konsumentförhållanden. Då det inte föreligger något konsumentförhållande mellan agentbanken och syndikatbankerna kommer denna lag inte vara relevant för denna uppsats.

<sup>165</sup> Lawson, Richard, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 8:e upplagan, Sweet & Maxwell, London, 2005, s. 162ff. och Roberts, not 21, s. 92.

<sup>166</sup> Se avsnitt 3.3.3.2.

<sup>167</sup> Cranston, not 2, s. 60.

<sup>168</sup> Se *Kelly v Cooper* [1993] AC 205, Cranston, not 2, s. 60 och Mugasha, not 62, s. 411ff.

<sup>169</sup> Ze, not 138, s. 157.

<sup>170</sup> Se avsnitt 3.3.3.1.

<sup>171</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1317f., Tennekoon, not 18, s. 67, Gabriel, not 19, s. 173ff., Ze, not 138, s. 157, Penn, m.fl., not 34, s. 137 och Mugasha, not 62, s. 413.

<sup>172</sup> Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

denna bestämmelses förearbete.<sup>173</sup> Denna generalklausul är främst inriktad på bedömningen av avtalsbestämmelsers skälighet och en oskälig friskrivningsklausul kan därmed jämkas eller åsidosättas enligt detta lagrum.<sup>174</sup> De faktorer som främst beaktas vid en skälighetsbedömning är avtalets innehåll, omständigheter vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheter i övrigt.<sup>175</sup> Vad gäller tolkning av friskrivningsklausuler uppmärksammar författaren Axel Adlercreutz en princip som stadgar att friskrivningsklausuler ska tolkas restriktivt. Denna princip avser minska risken för att friskrivningsklausuler ska missbrukas.<sup>176</sup> Författaren lyfter vidare fram en närliggande tolkningsprincip som gör det möjligt att förklara att en friskrivningsklausul inte är tillämplig i ett specifikt fall, trots att situationen rent formellt täcks av klausulen. Situationen ska då anses ligga utanför vad som normalt avses med friskrivningen ifråga och kan till exempel användas i fall där skadan uppkommit på grund av en parts uppsåtliga skadegörelse och grova vårdslöshet.<sup>177</sup> Adlercreutz beskriver även en tolkningsprincip som innebär att det inte ska vara möjligt att åta sig en förpliktelse och sedan friskriva sig från ansvar för dess fullgörande.<sup>178</sup>

Vad gäller friskrivning från den kontraktuella lojalitetsplikten lyfter Munukka fram pliktens semidispositiva karaktär. Författaren menar att specifika friskrivningar från lojalitetspliktsförpliktelser bör godtas medan generella friskrivningar från den kontraktuella lojalitetsplikten bör tillmätas lite betydelse.<sup>179</sup> En friskrivning från en lojalitetsrelaterad skyldighet är därmed föremål för liknande begränsningar som övriga svenska och *common law* - styrda friskrivningsklausuler.

### 3.4 Agentbankens roll och ansvar vid ett event of default

Låneavtalet innehåller i regel en klausul som räknar upp en rad *events of default* vilka ger långivarna rätt att antingen säga upp avtalet med omedelbar verkan eller ställa in fortsatt utlåning till låntagaren.<sup>180</sup> Väljer en av långivarna att utnyttja sin rätt att säga upp avtalet leder det med största sannolikhet i att låntagaren ruineras. Detta beror på att de flesta låneavtal innehåller en *cross default* – klausul som ger samtliga långgivare rätt att säga

<sup>173</sup> Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 12:e upplagan, Juristförlaget, Lund, 2002, s. 303f och prop. 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område, m.m., s. 143ff.

<sup>174</sup> *Ibid.*, s. 299ff.

<sup>175</sup> *Ibid.*, s. 300f.

<sup>176</sup> Adlercreutz, not 160, s. 102ff.

<sup>177</sup> *Ibid.*, s. 106f.

<sup>178</sup> *Ibid.*, s. 105f. Denna princip kan jämföras med den ovan nämnda engelska principen vilken innebär att det inte går att friskriva sig från i en avtalet grundläggande förpliktelse. Adlercreutz pekar emellertid på att det i dessa situationer är mer passande att tillämpa 36 § AvtL. Detta stämmer väl överens med att en skälighetsbedömning enligt detta 36 § AvtL ska, som ovan nämnts, hänsyn tas till det övriga avtalets innehåll.

<sup>179</sup> Munukka, not 5, s. 489.

<sup>180</sup> Se LMA Agreement, not 23, kapitel 23.

upp sina åtaganden och kräva tillbaka lånet i de fall låntagaren begått ett allvarligt avtalsbrott gentemot en av syndikatmedlemmarna.<sup>181</sup> Frågor kring *events of default* är därmed av yttersta vikt då hela det syndikerade lånets framtid kan bero på hur de hanteras och agentbankens funktion i och med att en sådan situation är för handen kommer nu att beskrivas och diskuteras.

### 3.4.1 Vanligt förekommande event of default - klausuler

För att ge en god bild av agentbankens roll och funktion i och med att en *event of default* – situation är för handen måste det först utredas när en sådan situation föreligger. *Events of default* kan grovt delas in i två olika kategorier; faktiska och anteciperade.<sup>182</sup> Låneavtalets faktiska *events of default* utgörs av de avtalsbrott som långivarna anser vara så pass allvarliga att det ska rendera i en möjlighet att säga upp avtalet och utgör därmed ett viktigt styrinstrument för banksyndikatet. Anteciperade *events of default* utgörs av situationer som antyder att låntagaren inom kort kommer få svårigheter att fullgöra låneavtalsbestämmelserna och syftar till att ge långivarna ett visst handlingsutrymme i de fall det syndikerade lånet utvecklas i icke önskvärd riktning.<sup>183</sup> I det följande kommer de främst förekommande *event of default* – klausulerna att presenteras<sup>184</sup>:

- **Underlåtenhet att betala.** Detta är den mest grundläggande av alla *event of default* – klausuler och den innebär att låntagaren är i *default* ifall denna inte betalar ränta eller återbetalar lånet på den i låneavtalet fastställda tiden. I och med de katastrofala konsekvenser som ett *event of default* kan innebära för låntagaren brukar en *grace period* inkluderas i låneavtalet vilket innebär att låntagaren ofta tilldelas en kortare tidsperiod inom vilken denna kan utföra betalningen, efter att sista betalningsdagen har passerat, utan att vara i *default*.<sup>185</sup>

---

<sup>181</sup> *Cross default* – systemet används främst för att alla långgivare ska ha samma utgångspunkt ifall låntagaren hamnar i ekonomiska bekymmer. Ifall låntagaren misslyckas med att betala ränta till en av syndikatmedlemmarna kan man snabbt dra slutsatsen att denna kommer få svårt att betala de övriga inom en snar framtid och därför ges samtliga långgivare samma möjlighet att säga upp lånet när avtalsbrottet sker. För ytterligare information om *cross default* – klausulen se Cranston, not 2, s. 322, Penn, m.fl., not 34, s. 177ff. och Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1279ff.

<sup>182</sup> Penn, m.fl., not 34, s. 174.

<sup>183</sup> Tamasauskas, Andreas, *Erhvervslivets Lånoptagelse*, Gjellerup, Köpenhamn, 2006, s. 484.

<sup>184</sup> För en utförlig presentation av vanligt förekommande *event of default* – klausuler se Wright, Sue, *International Loan Documentation*, Palgrave Macmillan, New York, 2006, s. 168ff.

<sup>185</sup> Denna *grace period* brukar inte vara längre än två till tre arbetsdagar och inkluderas främst för att inte hela det syndikerade lånet ska falla på ett administrativt eller tekniskt fel. Se vidare Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1278 och Penn, m.fl., not 34, s. 174f.

- **Brott mot låneavtalets *representations, warranties*<sup>186</sup> och *covenants*<sup>187</sup>.** I och med att lånets utgivande till stor del grundas på att dessa förutsättningar och åtaganden är uppfyllda blir det naturligt att ett brott mot dessa utgör ett *event of default*. I förhållande till låntagarens underlåtenhet att betala ges i regel längre *grace periods* innan ett *event of default* kan åberopas på dessa grunder och det händer att ett ”allvarlighetstest” inkluderas för att ickeväsentliga avtalsbrott inte ska resultera i det syndikerade lånets undergång.<sup>188</sup>
- **Faktisk inslovens.** Detta *event of default* innefattar låntagarens oförmåga att betala sina skulder i tid, insolvens såsom begreppet definieras i tillämplig lagstiftning och moratorium.<sup>189</sup> Vidare kan nämnas att många jursisdiktioner anser att inslovens är ett *event of default* oberoende av om detta angivits i låneavtalet och att det inte anses passande att i dessa fall ge lånetagren en *grace period*.<sup>190</sup>

Sammanfattningsvis kan sägas att låntagrens *default* oftast kan kopplas till att denna, på ett eller annat sätt, hamnat i ekonomiska bekymmer. Det är också viktigt att nämna att låneavtalets uppräknade *events of default* främst används som varningssignaler snarare än instrument att säga upp avtalet med. Om lånetagren är i *default* är det i regel förmånligare för långivarna att försöka omförhandla lånet istället för att direkt säga upp avtalet och därmed, som ovan nämnts,<sup>191</sup> tillintegöra lånetagren.<sup>192</sup>

### 3.4.2 Agentbankens agerande i en event of default - situation

Då agentbanken sitter som ett nav i det hjul som det syndikerade lånet kan liknas vid är dess agerande i och med låntagarens *default* en viktig aspekt att lyfta fram. Den första frågan som kommer diskuteras är när agentbanken kan anses ha faktisk vetskap om att en *event of default* – situation är för handen och därefter kommer agentbankens förväntade agerande när denna har faktisk vetskap om att låntagaren är i *default* att beskrivas.

<sup>186</sup> Låneavtalets *representations* och *warranties* utgörs i regel av fakta som syndikatmedlemmen grundar sitt utlåningsbeslut på. Det handlar i regel om fundamentala faktorer som, till exempel, att låntagaren är ett lagenligt inkorporerat bolag och att inga allvarliga rättstvister pågår mot låntagaren. Se vidare Penn, m.fl., not 34, 104 f. och Tennekoon, not 18, s. 71ff.

<sup>187</sup> Till skillnad mot låneavtalets *representations* och *warranties* utgörs dess *covenants* av åtaganden som stadgar hur låntagaren ska och inte ska agera i framtiden. Detta kan innefatta att årligen förse långivarna med relevant finansiell information och att bolaget inte ska ändra sin huvudsakliga verksamhet. Se vidare Cranston, not 2, s. 313f. och Tennekoon, not 18, s. 82ff.

<sup>188</sup> Penn, m.fl., not 34, s. 175ff.

<sup>189</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1292f.

<sup>190</sup> Penn, m.fl., not 34, s. 180.

<sup>191</sup> Se avsnitt 3.4.

<sup>192</sup> Penn, m.fl., not 34, s. 173.



### 3.4.2.1 Agentbankens vetskap om att en event of default - situation är för handen

Det kan argumenteras för att agentbanken, enligt den ovan nämnda principen om att agenter måste agera med erforderlig försiktighet och kompetens,<sup>193</sup> måste övervaka låntagarens uppfyllande av låneavtalets krav för långivarnas räkning och därmed anta rollen som syndikatets ”vakthund”. Detta är en situation som agentbanken med alla medel vill undvika och därmed stadgar låneavtalet dels att agentbanken inte har någon plikt att övervaka låntagarens uppfyllande av de krav som låneavtalet ställer och dels att agenten inte behöver agera innan den innehar faktisk vetskap om att en *event of default* – situation är för handen.<sup>194</sup>

Trots att dessa klausuler ger viss vägledning i frågan om vilken nivå av vetskap som agentbanken ska besitta för att den ska anses vara medveten om att en *event of default* – situation för handen återstår emellertid den komplicerade problematiken kring vad som *de facto* ska anses utgöra faktiskt vetskap. I och med den variation av situationer som denna bedömning kan tänkas bli relevant blir svaret på vad som utgör faktisk vetskap för agentbanken beroende av bakomliggande fakta i det specifika fallet. Nedan belyses typisk juridisk problematik och relevanta hållningspunkter som bör beaktas vid en bedömning av huruvida agentbanken har faktiskt vetskap eller ej.

Med tanke på att agentbanken oftast utgörs av en internationellt agerande bank med globala och vitt skilda typer av uppgifter är det relevant huruvida en avdelnings vetskap om att låntagaren är i *default* kan tillräknas den övriga organisationen. Denna frågeställning lyftes fram i rättsfallet *Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass*<sup>195</sup> där det framfördes att det kan vara avgörande vem inom avdelningen som är medveten om att en *event of default* – situation föreligger. Om en biträdande revisor, till exempel, skulle vara medveten om att låntagaren är i *default* anses inte hela organisationen inneha faktiskt vetskap om att så är fallet. Skulle det å andra sidan vara en direktör eller annan högre uppsatt person inom avdelningen som besitter denna kunskap anses detta resultera i att agentbanken som helhet får faktisk vetskap om vad som skett.<sup>196</sup> Detta kan emellertid diskuteras om denna huvudregel bör följas i alla lägen. Trots att en högt uppsatt arbetstagare inom agentbanken får reda på att låntagaren är i *default* kan det argumenteras att denna inte har någon vetskap om att det syndikerade lånets existens och därmed är helt ovetande om att informationen denna mottagit *de facto* innebär att låntagaren är i *default*, en situation som kallas *split-knowledge*.<sup>197</sup>

---

<sup>193</sup> Se avsnitt 3.3.2.

<sup>194</sup> Tennekoon, not 18, s. 61ff.

<sup>195</sup> [1972] AC, HL.

<sup>196</sup> Tennekoon, not 18, s. 61ff.

<sup>197</sup> Wood, not 3, s. 322f.

Diskussion kan även föras kring information som en arbetstagare inom agentbanken erhållit i ett socialt sammanhang. Ska information som en direktör erhållit på golfbanan verkligen tillskrivas hela organisationen? I rättsfallet *Société Generale de Paris v Tramways Union Co*<sup>198</sup> erhöll en högt uppsatt arbetstagare väsentlig information på en begravning och då denna information erhöles i ett privat sammanhang tillräknades den inte hela organisationen. Att dra gränsen mellan vad som är information som erhållits i ett socialt sammanhang och information erhållen inom arbetet bör emellertid vara en svår uppgift.

Sammanfattningsvis kan sägas att det, rent juridisk, finns en påtaglig risk att agentbanken tillräknas vetskap om att låntagaren är i *default* ifall en högre uppsatt person inom organisationen är medveten om detta. Rent praktiskt innebär detta att om, till exempel, chefen för agentbankens valutaväxlingsavdelning, genom sin position, blir medveten om att låntagaren är i *default* kommer denna vetskap tillerkännas hela banken.<sup>199</sup>

### 3.4.2.2 Agentbankens förväntade handlande då denna har vetskap om låntagarens default

Om den avdelning av agentbanken som handhar det syndikerade lånet erhåller faktisk vetskap om att låntagaren är i *default* kommer låneavtalet kräva att denna agerar. Vilket agerande som krävs beror på hur låneavtalet är utformat och de två vanligaste alternativen kommer nu att presenteras och diskuteras.

Det första alternativet bygger på att minimera agentbankens handlingsutrymme. Detta innebär att agenten endast ska informera det övriga syndikatet om att en *event of default* – situation föreligger, för att sedan invänta långivarnas direktiv. Det andra alternativet ger agentbanken större handlingsutrymme genom att införa en bestämmelse i låneavtalet som stadgar att agentbanken måste accelerera lånet ifall syndikatmedlemmarna kräver det och som ger agenten rätt säga upp lånet utan det övriga syndikatets godkännande, förutsatt att denna har faktisk vetskap om att låntagaren är i *default*.<sup>200</sup>

Den fördelaktiga sidan med att ge agentbanken det större handlingsutrymme är att när en *event of default* – situation uppstår kan ett snabbt agerande från banksyndikatet vara av avgörande betydelse. Istället för att agentbanken först måste meddela syndikatmedlemmarna att låntagaren är i *default* och sedan invänta deras omröstning kan agenten direkt säga upp låneavtalet. Detta snabba agerande kan, i en krissituation, förhindra att långivarna förlorar substantiella summor.<sup>201</sup>

---

<sup>198</sup> (1885) 11 AC 20, HL.

<sup>199</sup> Tennekoon, not 18, s. 61ff.

<sup>200</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1319f.

<sup>201</sup> Penn, m.fl., not 34, s. 134f och Gabriel, not 19, s. 154f.

Den positiva effekten av att ge agentbanken befogenhet att säga upp lånet måste emellertid ställas mot de negativa sidor som kan tänkas följa av denna makttilldelning. För agentbanken innebär denna lösning en ansvarsutvidgning och utgör därmed en större legal risk. Agentbanken kan nämligen stämmas dels av syndikatmedlemmarna ifall denna inte agerat med erforderlig försiktighet och kompetens i förhållande till den tilldelande befogenheten<sup>202</sup> och dels av låntagaren ifall denna agerat försumligt i sitt utövande av befogenheten genom att, till exempel, säga upp lånet på för lösa grunder.<sup>203</sup> Vidare är långivarna skeptiska till att ge agentbanken denna vidsträckt möjlighet.<sup>204</sup> Detta sägs till viss del vara en följd den amerikanska gisslankrisen i Iran 1979, som bland annat resulterade i att agentbanker från USA, genom låneavtal, gavs möjligheten att accelerera en rad iranska syndikerade lån utan att först få långivarnas godkännande. Trots att agentbankerna aldrig utnyttjade denna befogenhet gick det upp för syndikatbankerna vilken omfattande och vidstäckt makttilldelning denna klausul innebar och långgivare har i allmänhet varit mer restriktiva i denna fråga sedan dess.<sup>205</sup>

Sammantaget ges därmed agentbanken endast i undantagsfall en möjlighet att accelerera lånet utan syndikatmedlemmarnas i förväg givna godkännande. Som huvudregel förväntas agenten informera det övriga syndikatet om att låntagaren är i *default* så fort denna har faktisk vetskap om att så är fallet, för att sedan invänta syndikatmedlemmarnas vidare direktiv, helt enligt den ovan nämnda principen om syndikationsdemokrati.<sup>206</sup>

Denna vidarebefordran av information kan emellertid resultera i att en rad problematiska situationer uppstår och det är i detta sammanhang som strutsklausulen, som det nästkommande kapitlet kommer att beskriva, blir aktuell.

---

<sup>202</sup> Se avsnitt 3.3.2.

<sup>203</sup> Tennekoon, not 18, s. 621f.

<sup>204</sup> Se avsnitt 3.2.

<sup>205</sup> Schiller, Eric och Lindquist, Scott, *Syndicated Loans in Default: Special Issues For Borrowers and Lenders*, Sonnenschein Nath & Rosenthal LLP, 2009, s. 9f. och Penn, m.fl., not 34, s. 135.

<sup>206</sup> Se avsnitt 2.2.2.

## 4 Strutsklausulen

När agentbankens informationsplikt gentemot syndikatmedlemmarna knyts samman med låntagarens *default* framstår det område inom vilket strutsklausulen blir relevant. Som namnet antyder innebär denna klausul att agentbanken, liksom strutsar antas göra, stoppar huvudet i sanden och spelar ovetande om vad som egentligen sker. Detta kapitel avser beskriva syftet bakom denna klausul, redovisa vilka effekter dess införande kan komma att få för anslutna parter, diskutera huruvida den kan klassificeras som en friskrivningsklausul och slutligen redovisa hur doktrin och praxis har behandlat frågan om strutsklausulens giltighet.

### 4.1 Strutsklausulens syfte och innehåll

Detta avsnitt avser att utreda anledningarna bakom varför en strutsklausul medtas i det syndikerade låneavtalet. För att detta ska vara möjligt måste den informationsrelaterade problematik som klausulen avser hantera först beskrivas. När de bakomliggande faktorerna till strutsklausulens införande i låneavtalet förklarats kommer en typisk strutsklausul att presenteras och avslutningsvis kommer de effekter klausulen avser få för de inblandade parterna att redovisas.

#### 4.1.1 Problematik relaterad till agentbankens informationsplikt

Erhåller agentbanken faktisk vetskap om att låntagaren är i *default* är denna som huvudregel skyldig att vidarebefordra detta till det övriga syndikatet. Att undanhålla så pass avgörande information från lånetagarna skulle strida mot den ovan beskrivna principen om att en agent ska agera med erforderlig försiktighet och kompetens,<sup>207</sup> skulle gå emot den *fiduciary duty* vilken kräver att agenten måste agera lojalt mot sin huvudman<sup>208</sup> och skulle strida mot den ovan nämnda klausulen i låneavtalet som stadgar att agentbanken ska meddela det övriga syndikatet om att en *event of default* – situation är för handen då agenten erhåller faktisk vetskap om att så är fallet.<sup>209</sup> Det går även att argumentera för att en underlåtenhet att vidarebefordra denna typ av information skulle strida mot den ovan nämnda kontraktuella lojalitetsplikten.<sup>210</sup> Den informationsplikt som därmed åligger agentbanken kan emellertid resultera i en rad problematiska följder, vilka kommer att beskrivas nedan.

Främst innebär denna plikt en ovälkommen risk för agentbanken. I och med att agenten, på olika grunder, åläggs en skyldighet att informera

---

<sup>207</sup> Se avsnitt 3.3.2 och Roberts, not 21, s. 88.

<sup>208</sup> Se avsnitt 3.3.3.2.

<sup>209</sup> Se avsnitt 3.4.2.1.

<sup>210</sup> Se avsnitt 3.3.1.

syndikatmedlemmarna om att låntagaren är i *default* kan denna stämmas av långivarna om denna skyldighet inte utförs enligt gällande agentrelaterade principer.<sup>211</sup> Med tanke på att det, som ovan nämnts,<sup>212</sup> finns en överhängande risk för att agentbanken tillräknas faktisk vetskap om en *event of default* - situations existens och med hänsyn till att agentbanken endast blir betald för sina administrativa åtagande och inte för den legala risk som kan tänkas uppstå på grund av dennes roll inom syndikatet<sup>213</sup> står det klart att det ansvar som kan tillräknas agenten, om denna inte uppfyller de krav informationsplikten innebär, är något agentbanken med alla medel vill undvika.

Informationsplikten kan vidare resultera i att agentbanken hamnar i en direkt skyldighetskonflikt. Som ovan nämnts är agentbanken ofta låntagarens huvudbank vilket innebär att agenten i många fall utför bankrelaterade uppgifter åt låntagaren vilka inte har något sammanband med administrerandet av det syndikerade lånet. Som huvudbank mottar agentbanken i regel ett konstant flöde av information rörande låntagaren och därmed kan det antas att ifall låntagaren hamnar i *default* så är dess huvudbank en av de första utomstående aktörerna att få vetskap om detta faktum.<sup>214</sup> Ifall denna vetskap klassas som faktisk, enligt den bedömning som nämnts ovan,<sup>215</sup> krävs att agentbanken vidarebefordrar denna ytterst relevanta information till syndikatmedlemmarna och i detta hamnar agenten i ett prekärt dilemma. Den information agentbanken mottager i sin roll som låntagarens huvudbank är nämligen, med största sannolikhet, belagd med banksekretess.<sup>216</sup> Skulle en agentbank vidarebefordra information, erhållen i sin roll som huvudbank, vilken visar att låntagaren är i *default* skulle agenten tydligt bryta mot banksekretessen och denna vidarebefordran skulle säkerligen medföra ett skadeståndskrav från låntagaren.<sup>217</sup> Samtidigt skulle ett undanhållande av samma information vara direkt oförenlig med den informationsplikt agentbanken har gentemot långivarna<sup>218</sup> och skulle agenten bryta mot denna plikt riskerar agenten att hållas ansvarig av långivarna. Oberoende av hur agentbanken agerar i denna situation bryts en ålagd skyldighet och denna pliktkonflikt vill agenten självfallet undvika.<sup>219</sup>

Vidare kan agentbankens informationsplikt resultera i att agenten försätts i en otillåten intressekonflikt. Att informera syndikatmedlemmarna om en föreliggande *event of default* – situation skulle onekligen påverka agentens förhållande till låntagaren i negativ riktning, vilket i värsta fall skulle kunna resultera i att agentbanken förlorar en viktig och inkomstbringande kund.<sup>220</sup>

---

<sup>211</sup> Roberts, not 21, s. 88.

<sup>212</sup> Se avsnitt 3.4.2.1.

<sup>213</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1312.

<sup>214</sup> Gabriel, not 19, not 154f.

<sup>215</sup> Se avsnitt 3.4.2.1.

<sup>216</sup> *Tournier v National Provincial and Union Bank of England* [1924] 1 KB 461.

<sup>217</sup> Cresswell, Blair, Hooley, McQuater, och Walker, *Banking Encyclopedia, C – Relationship of Bank and Customer*, Reed Elsevier Ltd, London, 2009, s. C 199ff.

<sup>218</sup> Se avsnitt 3.3.

<sup>219</sup> Tennekoon, not 18, s. 63f.

<sup>220</sup> Gabriel, not 19, s. 167f.

Det kan även vara så att agentbanken på egen hand försträckt kapital till låntagaren. Om så är fallet kan det vara omotiverat för agentbanken att informera syndikatmedlemmarna om att låntagaren är i *default* då detta kan resultera i omfattande ett *cross default* – förfarande inleds, vilket kan komma att påverka agenten negativt såsom extern långgivare.<sup>221</sup> Inte nog med att dessa intressekonflikter är otillåtna enligt de regler som åläggs agentbanken i och med att denna ses som långgivarnas *fiduciary*,<sup>222</sup> de är också direkt förbjudna av den myndighet som överser den finansiella sektorn i Storbritannien, *The Financial Service Authority*.<sup>223</sup> Det är därmed av stor vikt för agentbanken att undvika intressekonflikter av ovan nämnda sort då konfliktens bara existens kan få allvarliga följder för banken.

Ett hanterande av den ovan nämnda problematiken är en förutsättning för att de syndikerade lånen ska fungera på avsett vis. Skulle agentbankerna utsättas för den omfattande risk som problematiken faktisk innebär skulle deras arvoden behöva utökas markant för att även innefatta den legala risk som följer, vilket är en situation som varken agent eller syndikatmedlemmar vill hamna i.<sup>224</sup> Därmed företas en rad åtgärder inom syndikaten för att undvika att dessa ovälkomna förhållanden uppstår.

För att minimera informationsflödet mellan agentbankens olika avdelningar upprättas idag *Chinese Walls* vilka syftar till att direkt avskilja bankens olika avdelningar. Denna åtgärd bidrar därmed till att minska risken för att hela agentbanken ska anses ha faktisk vetskap om att en *event of default* – situation är för handen.<sup>225</sup> Vidare kan agentbanken delas upp sina avdelningar i olika juridiska personer för att uppnå liknande resultat.<sup>226</sup> Dilemmat med att agentbanken i vissa fall kan vara skyldig att förmedla sekretessbelagd information till det övriga syndikatet brukar behandlas med en klausul i låneavtalet som stadgat att agentbanken inte behöver vidarebefordra information ifall detta resulterar i att agenten bryter mot banksekretess och lag.<sup>227</sup> Slutligen kan problematiken kring de eventuellt uppkomna intressekonfliktssituationerna adresseras antingen genom en klausul i låneavtalet som tilldelar agentbanken samma rättigheter som de övriga syndikatmedlemmarna<sup>228</sup> eller genom att huvudmännen, i efterhand, ger sitt godkännande till konfliktens existens.<sup>229</sup>

---

<sup>221</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1314f.

<sup>222</sup> Se avsnitt 3.3.3.2.

<sup>223</sup> Se Financial Service Authority, *FSA Handbook*, SYSC 10. Denna omfattande regelsamling finns att finna här: <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/>.

<sup>224</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. 1311f.

<sup>225</sup> Tennekoon, not 18, s. 64. Se vidare Financial Services And Markets Act 2000, Kapitel 8, sektion 147 vilken reglerar *Chinese Wall*:s legala gränser.

<sup>226</sup> Wood, not 3, s. 324f.

<sup>227</sup> Gabriel, not 19, s. 172f. och LMA Agreement, not 23, sektion 26.6 (f). Den engelska banksekretessen grundas på rättsfallet *Tournier v National Provincial and Union Bank of England*, not 199 och den svenska banksekretessen regleras i Lag (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse, 10 §, 1 kap.

<sup>228</sup> Roberts, not 21, s. 88f.

<sup>229</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. 1315.

Strutsklausulen avser stärka agentbankens möjligheter att undvika den ovan beskrivna problematiken ytterligare och hur strutsklausulen utformas för att uppnå detta kommer nu att redovisas.

#### 4.1.2 Den typiska strutsklausulens utformning och effekt

För att uppnå eftersträvat resultat brukar en typisk strutsklausul utformas på följande, eller liknande, sätt:

*”The Agent is not required to ascertain or inquire as to the performance or observance by the borrower of the terms of this Agreement or any other document in connection herewith. The Agent is not deemed to have knowledge of the occurrence of any event of default (or event which with lapse of time, notice, or other conditions may constitute such an event of default) unless the agency department of the Agent, having specific responsibility for this Agreement, has received written notice from a party hereto describing such event of default or event and stating that such a notice is a “Notice of Default”. If the department receives a notice of default, the Agent will inform the banks.”*<sup>230</sup>

Denna klausul innebär att agentbanken inte ska tillräknas faktisk vetskap om att en *event of default* – situation är för handen innan denna erhållit ett specifikt *”Notice of Default”* av en syndikatbank. Därmed kan en agentbank som är fullt medveten om att låntagaren är i *default* underlåta att vidarebefordra denna information till långivarna genom att tryggt luta sig tillbaka mot låneavtalets strutsklausul.<sup>231</sup>

De positiva aspekter denna klausul medför för agentbanken kan inte underskattas. Ur engelsk synvinkel kan ett underlåtande från att vidarebefordra information rörande låntagarens *default* vara ett brott mot agentens skyldighet att agera med erforderlig försiktighet och kompetens gentemot sin huvudman och från ett svenskt perspektiv kan det argumenteras för att samma underlåtenhet kan strida mot den upplysningsplikt som är del av den kontraktuella lojalitetsplikten.<sup>232</sup> Strutsklausulen minimerar dessa legala risker då den innebär att agentens faktiska vetskap förutsätter ett skriftligt meddelande givet av en syndikatmedlem och den vetskap som agentbanken besitter rörande låntagaren blir inte längre något faromoment för agenten, såframt att den inte härstammar från ett *”Notice of Default”*.<sup>233</sup>

Strutsklausulen hanterar även det dilemma som agentbanken kan tänkas infinna sig i då dennes informationsplikt gentemot syndikatmedlemmarna

---

<sup>230</sup> Wood, not 3, s. 324. Samma typ av klausul återfinns i LMA Agreement, not 23, sektion 26.6 (b) (i), här görs emellertid ett undantag för agentbankens faktiska vetskap om lånetagares underlåtenhet att betala i tid med hänvisning till sektion 23.1.

<sup>231</sup> Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1316.

<sup>232</sup> Se avsnitt 4.1.1.

<sup>233</sup> Ibid.

kolliderar med den banksekretess som agenten är skyldig låntagaren. I och med att den sekretessbelagda information agentbanken kan tänkas inneha med största sannolikhet kan härledas till agentens position som låntagarens huvudbank kommer denna, på grund av strutsklausulen, inte att åläggas en skyldighet att vidarebefordra information ifråga.<sup>234</sup> Slutligen begränsar strutsklausulen antalet situationer där agentbanken kan tvingas välja mellan att sätta sitt eget eller sina huvudmäns intresse främst. Denna reduktion av intressekonflikter är ett resultat av att agentbanken endast är skyldig att informera det övriga syndikatet om att låntagaren är i *default* när denna mottagit ett ovan nämnt ”*Notice of Default*”.

Sammanfattningsvis är strutsklausulen ett omfattande och viktigt instrument vilket används för att underlätta och motverka den ovan nämnda informationsrelaterade problematik som kan tänkas uppstå för agentbanken.<sup>235</sup>

## 4.2 Juridisk klassificering av strutsklausulen

För att möjliggöra en analys av huruvida strutsklausulen skulle upprätthållas i en domstol bör det diskuteras hur klausulen ska betecknas rent juridiskt. Strutsklausulens syfte och utformning gör att det främst blir relevant att diskutera huruvida denna klausul är att se som en friskrivning, vilket kan få stor betydelse i en giltighetsdiskussion.

För att avgöra huruvida strutsklausulen bör ses som en friskrivningsklausul måste detta begrepp definieras. Enligt engelska doktriner karaktäriseras friskrivningsklausuler av att de exkluderar eller begränsar en skyldighet som annars skulle uppstå genom *common law*, statuerad lag eller avtal.<sup>236</sup> Denna breda definition är förenlig med den precisering av begreppet som går att finna i den ovan nämnda UCTA 1977, vilken är den statuerade lag som behandlar friskrivningsklausuler. I sektion 13, UCTA 1977 stadgas att all exkludering och begränsning av ansvar ska klassas som friskrivningar. Vidare utvidgas denna definition i sektion 13 genom att även klausuler vilka; gör en ansvarstilldelning beroende av specifika villkor, begränsar möjligheterna till gottgörande och begränsar eller exkluderar bevisregler inkluderas i definitionen av vad som ska utgöra friskrivningsklausuler. Inom svensk doktrin har friskrivningsklausuler definierats som avtalsbestämmelser som avser befria den friskrivande parten från en ansvarsförpliktelse eller skyldighet som annars skulle tillkomma honom, vilket torde stämma väl överens med den ovan nämnda engelska definitionen av begreppet.<sup>237</sup> Det

---

<sup>234</sup> Roberts, not 21, s. 88f.

<sup>235</sup> Se avsnitt 4.1.1.

<sup>236</sup> Brownsword, Roger, *Smith and Thomas: A Casebook on Contract*, 12:e upplagan, Sweet & Maxwell, London, 2009, s. 599.

<sup>237</sup> Lundmark, Thorsten, Om friskrivningsklausuler i särskilt datakonsultavtal och liknande avtal, *Kunskapsföretag i ett rättsligt perspektiv* Sandgren, Claes (red.), Norstedts Juridik, Stockholm, 1995, s. 342



går därmed att sluta sig till att begreppet friskrivningsklausul definieras brett och att i princip all begränsning av annars uppkommet ansvar faller inom begreppets ramar.

Frågan blir följaktligen om strutsklausulen är förenlig med denna definition? Rent ordagrant finns inget direkt undantagande av ansvar då strutsklausulen endast begränsar de situationer inom vilka agentbanken ska meddela det övriga syndikatet om att en *event of default* – situation är för handen. Detta utesluter emellertid inte att strutsklausulen kan ses som en friskrivning ändå.<sup>238</sup> Det är, enligt praxis, tillräckligt att klausulen innebär ett modifierande av ett förväntat ansvar för att denna ska klassas som en friskrivning och därmed innefattas i den definition som går att finna i sektion 13, UCTA 1977.<sup>239</sup> Att en strutsklausul innebär ett modifierande av annars föreliggande ansvar torde stå klart. Genom att begränsa de tillfällen då agentbanken ska informera sina huvudmän om låntagarens *default* modifieras dennes skyldighet att agera med erforderlig försiktighet och kompetens, *fiduciary duties* och kontraktuella skyldigheter.<sup>240</sup>

Sammanfattningsvis bör därmed den typiskt utformade strutsklausulen utgöra en friskrivningsklausul, vilket även är den uppfattning som går att utläsa ur doktrin.<sup>241</sup> Detta innebär att strutsklausulen måste uppfylla de ovan nämnda krav, som specifikt ställs på friskrivningsklausuler, för att en domstol ska anse den vara giltig.<sup>242</sup>

### 4.3 Åsikter kring strutsklausulens giltighet

Trots de positiva effekter strutsklausulen får för agentbanken har detta instrument utsatts för kritik från många håll och klausulens giltighet har i vissa fall ifrågasatts. Orsakerna bakom kritiken kan härledas till dels den begränsning av agentrelaterade skyldigheter som klausulen innebär och dels de väldigt fördelaktiga effekter den får för agentbanken.

Strutsklausulen är ingen ny företeelse. Vad gäller *trustee* – avtal har klausulen använts och ifrågasatts redan under slutet av 1800-talet<sup>243</sup> och många av de argument som används vid en analys av strutsklausulens giltighet i ett *trust* – förhållande bör även vara tillämpliga ur ett syndikationsperspektiv.<sup>244</sup> Louis Posner behandlade tidigt frågan om

---

<sup>238</sup> Poole, not 162, s. 284f.

<sup>239</sup> *Smith v Eric S. Bush* [1990] 1 AC 831.

<sup>240</sup> Se avsnitt 4.1.2.

<sup>241</sup> Gabriel, not 19, s. 155, fotnot 20 och Wood, not 3, s. 329.

<sup>242</sup> Se avsnitt 3.3.4

<sup>243</sup> Banks, Talcott, *Indenture Securities and the Barkley Bill*, *The Yale Law Journal*, Volym 48, 1938-39, s. 539ff.

<sup>244</sup> Jmf. Wood, not 3, s. 312. Philip Wood behandlar agentbanker och *bondholder trustees* i samma kapitel på grund av dessa aktörers likheter, sett ur ett juridiskt perspektiv.

strutsklausulens giltighet ur ett amerikanskt perspektiv.<sup>245</sup> Denna författare pekade på de absurda följderna som en strutsklausul kan få i och med att *trustee:n*, som med allra största sannolikhet är den som först får vetskap om att en *event of default* – situation föreligger, presumeras vara ovetande om detta faktums existens. Posner poängterar vidare att strutsklausulen inte bör ge sin förmånstagare ett absolut skydd utan att dess giltighet ska vara beroende av aktörens agerande efter att denna fått vetskap om *event of default* – situationens existens. Skulle *trustee:n*, efter att denna blir medveten om att ett *default* är för handen, utföra alla tänkbara åtgärder för att bevara sin huvudmans intresse bör en strutsklausul upprätthållas av en domstol och därmed skydda *trustee:n*.<sup>246</sup> Om *trustee:n*, å andra sidan, skulle använda strutsklausulen till sin egen fördel och utnyttja underhållandet av information för att gagna sina egna intressen bör emellertid strutsklausulen sättas och sidan.<sup>247</sup> Posner pekar på att den egentliga svårigheten i att diskutera strutsklausulen ur ett giltighetsperspektiv uppstår i gränslandet mellan dessa två extremfall.<sup>248</sup> Sammanfattningsvis skriver författaren att strutsklausulens giltighet kan ifrågasättas i alla fall där *trustee:n* kan tillräknas faktisk vetskap om att en *event of default* – situation är för handen och dennes underlåtenhet att vidarebefordra detta faktum resulterar i skada för huvudmännen.<sup>249</sup>

I något modernare litteratur diskuterar Peter Gabriel strutsklausulens giltighet ur ett syndikationsperspektiv. Författaren inleder med att poängtera att ett snabbt agerande från långivarna är ytterst viktigt när låntagaren hamnar i *default*. Gabriel klargör sedan att det ofta är agentbanken som först får faktisk vetskap om att en *event of default* – situation är för handen på grund av agentens förhållande till låntagaren<sup>250</sup> och detta kan, som ovan nämnts, medföra ofördelaktiga konsekvenser för agentbanken då denna representerar syndikatbankerna.<sup>251</sup> På grund av den vikt ett vidarebefordrande kan ha för syndikatmedlemmarna ifrågasätter Gabriel strutsklausulens giltighet i de fall agentbanken på egen hand erhållit faktisk vetskap om att en *event of default* – situation är för handen, men valt att inte agera. Författaren menar att strutsklausulens giltighet måste avgöras genom ett förnuftigt tolkningsförfarande och anser att klausulen främst bör användas för att hantera den ovan nämnda problematiken kring att hela agentbanken kan tillräknas faktisk vetskap om att låntagaren är i *default*, trots att så inte är fallet.<sup>252</sup> Gabriel anser följaktligen att klausulen inte exkluderar faktisk vetskap vilken är skäligt hänförlig till fakta rörande *event of default* – situationens uppkomst och menar därmed att strutsklausulen

---

<sup>245</sup> Posner, Louis, *The Trustee and the Trust Indenture: A Further Study*, The Yale Law Journal, Volym 46, 1937.

<sup>246</sup> Se det amerikanska rättsfallet *Fleener v Omaha National Co.*, 267 N. W. 462 (Ned. 1936).

<sup>247</sup> Se det amerikanska rättsfallet *First Trust Co. of Lincoln v Carlsen*, 129 Neb. 118, 261 N. W. 833 (1933).

<sup>248</sup> Posner, not 245, s. 763ff.

<sup>249</sup> *Ibid.*, s. 783f.

<sup>250</sup> Gabriel, not 19, s. 154f.

<sup>251</sup> Se avsnitt 4.1.1.

<sup>252</sup> Se avsnitt 3.4.2.1.

inte ska ses som ett absolut skydd för en agent som är fullt medveten om låntagarens *default*.<sup>253</sup>

Strutsklausulens giltighet diskuteras även av Ravi Tennekoon. Författaren menar att det, ur ett syndikationsperspektiv, skulle vara felaktigt om agentbanken tillräknas faktisk vetskap om att en *event of default* – situation föreligger endast på grund utav att en högre uppsatt arbetstagare inom banken har denna kännedom och framhäver vidare att en domstol bör upprätthålla klausulen i dessa fall. Författaren anser även att den restriktion av agentbankens *fiduciary duties* som klausulen innebär är godtagbar. Det bör emellertid nämnas att Tennekoon endast diskuterar huruvida strutsklausulen bör upprätthållas i de fall agentbanken åläggs faktisk vetskap via en högt uppsatt arbetstagare och författaren diskuterar vidare vilka implikationer ett ogiltighetsförklarande av strutsklausulen skulle få för agentbanken, vilket antyder att även Tennekoon ställer sig frågande till denna klausuls egentliga giltighet.<sup>254</sup>

Det finns försvinnande lite modern praxis som behandlar strutsklausulens giltighet. Av äldre praxis framgår att en *trustee* kan göras ansvarig ifall denna har vetskap om att en huvudman kan komma till skada och istället för att meddela detta väljer att, rent mekaniskt, lita på en strutsklausul.<sup>255</sup> Det har även stadgats att en strutsklausul inte bör upprätthållas ifall detta skulle få ”motbjudande” effekter för den *trust* som *trustee:n* övervakade.<sup>256</sup> Vidare stadgas i ett senare rättsfall att en *trustee* inte kan förlita sig på en strutsklausul ifall denna har agerat med ”hänsynslös likgiltighet” till de effekter som dennes tystnad eventuellt skulle medföra för sin huvudman.<sup>257</sup> Det har hävdats att såväl engelska som amerikanska domstolar anser att strutsklausulen i flertalet fall medför klart olämpliga följder och att klausulen har därmed åsidosatts och ogiltigförklarats på klart divergerande grunder.<sup>258</sup>

Sammantaget vittnar doktrin och praxis om att rättsläget kring strutsklausulens giltighet är osäkert. De största författarna på området väljer att antingen undvika frågan om strutsklausulens giltighet helt<sup>259</sup> eller att peka på den problematik som klausulen kan tänkas medföra utan att ge några direkta svar. Osäkerheten ökar ytterligare i och med den avsaknad av modern och relevant praxis som föreligger på området. Trots detta är strutsklausulen frekvent förekommande inom dagens syndikerade låneavtal, vilket gör en djupare analys av klausulens giltighet och vilka risker denna kan tänkas medföra för agentbanken klart relevant.<sup>260</sup>

---

<sup>253</sup> Gabriel, not 19, s. 155.

<sup>254</sup> Tennekoon, not 18, s. 63f.

<sup>255</sup> *Frishmuth v Farmer's Loan and Trust Co*, not 5.

<sup>256</sup> *Starr v Chase National Bank*, N. Y. L. J. Sept. 21, 1936, s. 771.

<sup>257</sup> *Prudence-Bonds Corp. v State Street Trust Co.*, 202 F.2d 555 (2d Cir. 1953).

<sup>258</sup> Banks, not 243, s. 539ff.

<sup>259</sup> Se Cresswell, m.fl., not 6, s. F 1316, Roberts, not 21, s. 88f. och Wood, not 3, s. 324.

<sup>260</sup> LMA Agreement, not 23, sektion 26.2 (c) och (d), 26.6 (b)(i), och Wood, not 3, s. 324.

## 5 Strutsklausulens giltighet

Detta kapitel syftar till att utreda och diskutera huruvida en domstol under alla omständigheter skulle upprätthålla en strutsklausul. Om en agentbanks underlåtenhet att meddela syndikatbankerna om att låntagaren varit i *default* resulterat i förlust för dessa banker är strutsklausulen ett starkt försvar för agenten om bankerna sedan skulle stämma denna. Strutsklausulens giltighet kan därför vara av central betydelse.

Kapitlet kommer lyfta fram och resonera kring de grunder där strutsklausulen skulle kunna åsidosättas och detta kommer att ske enligt såväl engelsk som svensk rätt. Avslutningsvis summeras de slutsatser som kan fattas på området i ett separat avsnitt.

### 5.1 Strutsklausulens giltighet i allmänhet

Som ovan nämnts har strutsklausulens giltighet ifrågasatts av en rad anledningar.<sup>261</sup> Vad som emellertid är viktigt att komma ihåg är att alla argument mot ett upprätthållande av klausulen måste rättfärdiga ett åsidosättande av den väl etablerade rättsprincipen *pacta sunt servanda*<sup>262</sup>. Analysen av huruvida strutsklausulen bör upprätthållas måste därmed utgå ifrån att parterna en gång införlivat klausulen i låneavtalet och att det därmed krävs starka argument för att åsidosätta denna avtalsbestämmelse.

Som ovan nämnts bör strutsklausulen ses som en friskrivning vilket medför en rad möjligheter för den som vill ifrågasätta klausulens giltighet.<sup>263</sup> Inom såväl engelsk som svensk rätt ställs relativt höga krav på friskrivningsklausuler och ett argument fört utifrån de legala begränsningar som ålagts friskrivningarna bör vara ett attraktivt alternativ för en skadad syndikatbank som vill åsidosätta strutsklausulen. De rättsliga medel och metoder som möjligtvis kan användas för att åsidosätta strutsklausulen varierar emellertid beroende på vilken jurisdiktion som styr låneavtalet.

### 5.2 Strutsklausulens giltighet inom engelsk rätt

För en part som vill ifrågasätta strutsklausulens giltighet enligt engelsk rätt blir den avgörande frågan huruvida strutsklausulen kan anses vara en otillbörlig friskrivningsklausul. Som ovan nämnts kan friskrivningar underkännas på en rad grunder.<sup>264</sup> Det kan argumenteras för att strutsklausulen dels ska åsidosättas med hänvisning till UCTA 1977 och dels klandras på grund av *common law* – relaterade principer. Vidare kan

---

<sup>261</sup> Se avsnitt 4.3.

<sup>262</sup> Som på svenska översätts med ”avtal ska hållas”.

<sup>263</sup> Se avsnitt 3.3.4.2 och 4.2.

<sup>264</sup> Se avsnitt 3.3.4.2.

det hävdas att strutsklausulen utgör en otillåten friskrivning från agentbankens *fiduciary duties* och att den därmed bör lämnas utan hänsyn i förhållande till dessa skyldigheter. Vilken framgång dessa argument kan tänkas ha kommer nu att diskuteras var för sig för att sedan sammanfattas i ett avslutande avsnitt.

## 5.2.1 Strutsklausulens förenlighet med UCTA 1977

För en part som vill ifrågasätta en engelsk friskrivningsklausuls giltighet bör UCTA 1977 vara en god utgångspunkt då denna statuerade lag reglerar just friskrivningar. Som ovan nämnts kräver UCTA 1977 att friskrivningsklausuler är rimligt utformade, vilket avgörs genom ett ”rimlighetstest”. Inom detta test blir parternas förhållande och förhandlingsförmåga ofta blir avgörande<sup>265</sup> och huruvida strutsklausulen är att se som en rimlig friskrivning kommer nu att diskuteras.

Då både agentbanken och långivarna i regel är väl etablerade på marknaden och har god erfarenhet av finansieringar bör dessa avtalsparter ses som jämbördiga ur ett juridiskt perspektiv.<sup>266</sup> Denna jämbördighet talar för att parterna har samma utgångspunkt och därmed samma förutsättningar att förutse de legala risker som avtalet medför vid låneavtalets tillkomst. Parternas likartade ställning bör därmed utgöra en presumtion för att strutsklausulen inte är att se som orimlig enligt UCTA 1977.

Vad som ytterligare förstärker denna åsikt är den relativt låga ersättning som betalas ut till agentbanken för dess agerande inom syndikatet.<sup>267</sup> Om det vid låneavtalets upprättande hade varit parternas intention att agentbanken skulle bära den legala risk som ett eventuellt brott mot agentens ovan beskrivna informationsplikt kan anses medföra<sup>268</sup> skulle dess ersättning vara satt till ett högre belopp för att även omfatta denna risk. Det kan därmed argumenteras för att parterna haft för avsikt att helt utesluta den legala risk som agentbankens roll inom syndikatet kan medföra och det kan till följd därav anses vanskligt att strutsklausulen, som syftar till att begränsa agentbankens legala risk, ska anses vara en orimlig friskrivningsklausul.

Detta sammantaget pekar på att det skulle vara väldigt svårt för de skadade långivarna att ogiltigförklara strutsklausulen enligt UCTA 1977 då parternas förhandlingsposition och bakomliggande avsikter talar emot att klausulen är att se som orimlig.

---

<sup>265</sup> Se avsnitt 3.3.4.2.

<sup>266</sup> Se avsnitt 2.3.1.

<sup>267</sup> Se avsnitt 4.1.1.

<sup>268</sup> Ibid.

## 5.2.2 Strutsklausulens förenlighet med common law – relaterade principer

Som ovan nämnts kan friskrivningsklausuler även åsidosättas på grund av *common law* – relaterade principer och dessa principer kommer nu att diskuteras i förhållande till strutsklausulens effektivitet och giltighet.<sup>269</sup> Avsnittet kommer endast att avse de principer som kan anses vara relevanta i en diskussion rörande strutsklausulens giltighet och därmed kommer principen som stadgar att friskrivningsklausuler ej får exkludera bedrägeri inte att beaktas.

Enligt *common law* ska en otydlig friskrivningsklausul tolkas till nackdel för den som klausulen avser gagna, vilket innebär att en oklart utformad strutsklausul skulle tolkas till nackdel för agentbanken. De strutsklausuler som förekommer i Philip Woods avhandling och i LMA Agreement är emellertid tydligt utformade och lämnar litet utrymme för tolkning.<sup>270</sup> I klausulerna stadgas uttryckligen att agentbanken inte ska tillräknas någon faktisk vetskap om att en *event of default* – situation föreligger förrän agenten mottar ett skriftligt meddelande från en av långivarna som underrättar denna om att så är fallet. Oenighet skulle möjligtvis kunna uppstå rörande vad det skriftliga meddelandet bör innehålla och hur tydligt det måste beskriva att låntagaren är i *default* för att agentbanken ska bli skyldig att vidarebefordra informationen till syndikatmedlemmarna.<sup>271</sup> Sammantaget bör det emellertid stå klart att den typiska strutsklausulen är tillräckligt tydligt utformad för att denna *common law* – relaterade princip ska anses utgöra någon fara.

Vidare kan en friskrivningsklausul åsidosättas ifall den syftar till att exkludera ett avtalat åtaganden som kan anses vara grundläggande mellan parterna.<sup>272</sup> Som ovan nämnts begränsar strutsklausulen de fall då en agentbank är skyldig att informera långivarna om att en *default* – situation är för handen och därmed kan klausulen anses begränsa agentbankens informationsplikt gentemot sina huvudmän.<sup>273</sup> Övervakande av låntagaren kan emellertid inte anses utgöra grundläggande förpliktelser för agentbanken då agenten främst är att se som syndikatets administratör. På grund av den roll som tilldelats agentbanken i låneavtalet bör strutsklausulen därmed inte åsidosättas enligt denna princip.<sup>274</sup>

---

<sup>269</sup> Se avsnitt 3.3.4.2.

<sup>270</sup> Se avsnitt 4.1.2.

<sup>271</sup> I det exempel Wood presenterar nämns emellertid att det skriftliga meddelandet ska vara benämnt "Notice of Default". Detta kan emellertid tvistas runt om alla meddelande med denna benämning ska anses utgöra det skriftliga meddelande som strutsklausulen avser. Vidare innehåller den strutsklausul som medtagits i LMA Agreement inte detta förtydligande, se LMA Agreement, not 23, sektion 26.6 (b) (i).

<sup>272</sup> Se avsnitt 3.3.4.2.

<sup>273</sup> Se avsnitt 3.2.

<sup>274</sup> En klausul som till exempel stadgar att agentbanken inte är ansvarig för vidarebefordran av syndikatets olika betalningar skulle med största sannolikhet aktualisera denna princip då betalningsförmedling kan anses vara en av agentens grundläggande förpliktelser.

Slutligen ska det diskuteras huruvida strutsklausulen är en giltig friskrivning från agentbankens skyldighet att agera med erforderlig försiktighet och kompetens. Då det bör stå klart att agentbanken är ålagd denna skyldighet gentemot syndikatbankerna<sup>275</sup> och då en underlåtenhet att vidarebefordra vetskapen om att låntagaren är i *default* till långivarna kan anses vara ett brott mot denna skyldighet<sup>276</sup> kan en syndikatbank som skadats till följd av detta brott kräva utomobligatoriskt skadestånd enligt *Tort of Negligence*. Om den typiskt upprättade strutsklausulen upprätthålls av en domstol skulle agentbanken vara skyddad från dessa skadeståndskrav då det inte kan anses vara ett brott mot agentens skyldighet att agera med erforderlig försiktighet och kompetens att underlåta ett vidarebefordrande av information som den inte anses ha faktisk vetskap om. Som ovan nämnts måste emellertid friskrivningar från *common law* – relaterade skyldigheter göras specifikt och ordagrant för att de ska godtas av en engelsk domstol.<sup>277</sup> Det kan därmed ifrågasättas om strutsklausulen i sig kan anses utgöra ett fullgott skydd mot utomobligatoriska skadeståndskrav som dessa då klausulen inte ordagrant undantar agentbanken från sitt ansvar att agera med erforderlig försiktighet och kompetens.

Låneavtalet innehåller emellertid ytterligare friskrivningsklausuler och en av dessa stadgar klart och tydligt att agentbanken inte kan göras skadeståndsskyldig för dess oaktsamhet, såframt att agenten inte agerat uppsåtligt otillbörligt eller med grov försumlighet.<sup>278</sup> Trots att strutsklausulen i sig kan ifrågasättas som friskrivning från utomobligatoriskt skadestånd kommer agentbanken därmed inte kunna göras ansvarig enligt *Tort of Negligence* om denna inte agerat uppsåtligt otillbörligt eller med grov försumlighet. Där kan uppkomma vissa strutsklausulsrelaterade fall där agentbankens agerande kan anses innefattas av dessa undantag. Som exempel kan nämnas en situation där den avdelning inom agentbanken som handhaver det syndikerade lånet har faktisk vetskap om att låntagaren är i *default* samt faktiskt inser att dess underlåtenhet att vidarebefordra denna vetskap till långivarna kommer att resultera i ekonomiska skada för dessa. En stämning grundad på *Tort of Negligence* hade enligt detta exempel inte kunnat försvaras med strutsklausulen då denna inte ordagrant undantar agentbanken från sin skyldighet att agera med erforderlig försiktighet och kompetens. Skulle det visas att agentbanken agerat grovt oaktsamt eller uppsåtligt otillbörligt finns härmed en teoretisk möjlighet för en skadad långivare att lyckas med ett skadeståndsanspråk riktat mot agenten.

### 5.2.3 Strutsklausulen som friskrivning från ålagda fiduciary duties

Som ovan nämnts kan strutsklausulen anses utgöra en friskrivning från den *fiduciary duty* som kräver att agentbanken agerar lojalt mot långivarna och

---

<sup>275</sup> Se avsnitt 3.3.2.

<sup>276</sup> Se avsnitt 4.1.1.

<sup>277</sup> Se avsnitt 3.3.4.2.

<sup>278</sup> Se avsnitt 3.3.4.2 och LMA Agreement, not 23, sektion 26.9 (a).

det blir därmed relevant att diskutera huruvida klausulen utgör en giltig friskrivning från denna skyldighet.<sup>279</sup> Det råder delade meningar inom doktrin huruvida *fiduciary duties* kan avtalas bort och hur sådana friskrivningar i så fall bör se ut för att vara giltiga.<sup>280</sup> Majoriteten av författarna på området verkar vara överens om att agentbanken ska anses vara en agent i förhållande till syndikatbankerna, vilket innebär att agentbanken därmed som regel är skyldig att uppfylla de krav som *fiduciary* - förhållandet kräver. Större delen av författarna är även överens om att de skyldigheter som uppstår på grund av ett föreliggande *fiduciary* – förhållande kan modifieras och avtalas bort om detta är parternas avsikt. Att agentbankens *fiduciary* – grundade lojalitetsplikt modifieras genom strutsklausulen bör därmed inte medföra att klausulen blir ogiltig. Denna åsikt stämmer väl överens med den linje inom modern doktrin som förespråkar att *fiduciary* – förhållandet ska baseras på parternas underliggande kontrakt.<sup>281</sup> Ett skadeståndskrav grundat på att agentbanken underlåtit att vidarebefordra sin vetskap om att långgivaren är i *default* med hänvisning till de *equity* – baserade *fiduciary* – reglerna bör därmed inte vinna bifall i en domstol.

## 5.2.4 Sammanfattning

Ovan redovisade resonemang visar att strutsklausulen enligt engelsk rätt utgör ett gott skydd mot inomobligatoriska krav. Varken statuerad lag eller kontrakträttsliga principer verkar bidra till att ogiltigförklara klausulen och en skadad långgivare som anser att agentbanken borde ha informerat syndikatbankerna om låntagarens *default* bör därmed överväga andra tillvägagångssätt än att grunda ett skadeståndskrav på inomobligatoriska förhållanden.

Samma skydd verkar strutsklausulen emellertid inte bidra med rent utomobligatorisk. Klausulen utgör ingen giltig friskrivning från krav grundade på *Tort of Negligence*. I de fall en agentbank har faktisk vetskap om att låntagaren är i *default* samt har faktisk vetskap om att dess underlåtenhet att vidarebefordra detta kommer att resultera i förluster för långgivarna kommer strutsklausulen inte utgöra ett giltigt försvar för agenten och en skadad långgivare kan möjligtvis ha framgång med ett utomobligatoriskt skadeståndskrav grundat på att agentbanken agerat grovt oaktsamt eller uppsåtligt otillbörligt.

## 5.3 Strutsklausulens giltighet inom svensk rätt

Detta avsnitt avser att diskutera strutsklausulens giltighet i de fall låneavtalet styrs av svensk rätt och de grunder som klausulen kan åsidosättas på inom det svenska rättssystemet skiljer sig på många punkter

---

<sup>279</sup> Se avsnitt 4.1.1.

<sup>280</sup> Se avsnitt 3.3.4.2.

<sup>281</sup> Se avsnitt 3.3.3.1.



från sina engelska motsvarighet. Främst kan nämnas att strutsklausulens förhållande till ett utomobligatoriskt skadeståndskrav inte kommer diskuteras då ett krav hänvisat till en ren förmögenhetsskada förutsätter att ett brott begåtts enligt 2 §, 2 kapitlet SkL. Då de skador som kan uppkomma på grund av en tillämpning av strutsklausulen är av ekonomisk karaktär och ett undanhållande av denna typ av information inte som regel utgör en brottslig handling lämnas därmed det utomobligatoriska skadeståndskravets förhållande till strutsklausulen utan avseende.

Den svenska kontrakträtten bidrar med instrument och argumentationsgrunder vilka bör lyftas fram när en diskussion förs kring strutsklausulens giltighet och effektivitet. De två metoder som främst kan tänkas användas för att åsidosätta strutsklausulen är dels ett oskälighetsförklarande enligt 36 § AvtL och dels genom ett tolkningsförande.

### 5.3.1 Åsidosättande enligt 36 § AvtL

Inom svensk rätt har 36 § AvtL införts som en begränsning av *pacta sunt servanda* – principen och om en skadad syndikatbank lyckas visa att strutsklausulen är oskälig kan den komma att åsidosättas av en domstol. Skulle klausulen åsidosättas bör en agentbank som inte vidarebefordrat sin vetskap om lånetagarens *default* till långivarna med största sannolikhet ses som grovt oaktsam,<sup>282</sup> vilket kan resultera i ett inomobligatoriskt skadeståndskrav.

Som ovan nämnts ska en rad faktorer beaktas vid en skälighetsbedömning enligt 36 § AvtL och dessa kommer nu att diskuteras i förhållande till den typiskt upprättade strutsklausulen.<sup>283</sup> Vid denna bedömning ska avtalets innehåll jämföras med klausulen ifråga. Vad gäller agentbanken syftar låneavtalet genomgående till att begränsa agentens befogenheter och ansvar.<sup>284</sup> Därmed bör strutsklausulen anses ligga i linje med det övriga avtalet då även denna klausul avser avgränsa agentbankens ansvar. Vid en skälighetsbedömning ska även omständigheter vid avtalets ingående beaktas. Som ovan nämnts är de parter som ingår de syndikerade låneavtalen oftast likvärdiga vad gäller kompetens och förhandlingsförmåga.<sup>285</sup> Därmed blir det svårt att i dessa lägen hävda att det pre-kontraktuella förhållandet mellan parterna skulle betyda att strutsklausulen bör ses som oskälig.<sup>286</sup> Vidare ska även senare inträffade förhållanden beaktas vid skälighetsbedömningen. I ett fall där strutsklausulen tillämpats bör det främsta ändrade förhållandet utgöras av låntagarens *default*. Då strutsklausulen är upprättad för att appliceras i *event of default* – situationer bör denna förändring inte medföra att klausulen ska anses vara oskälig och även denna faktor talar därmed för att strutsklausulen

---

<sup>282</sup> Jmf. avsnitt 5.2.2.

<sup>283</sup> Se avsnitt 3.3.4.2.

<sup>284</sup> Se avsnitt 3.2.

<sup>285</sup> Se avsnitt 2.3.1.

<sup>286</sup> Jmf. avsnitt 5.2.1.

i sig är skälig. Slutligen kan omständigheter i övrigt påverka skälighetsbedömningen. Inom ramen för denna bedömningsfaktor skulle en skadad långivare till exempel kunna hävda att strutsklausulen är oskälig då den endast gagnar agentbanken. Det kan även argumenteras för att strutsklausulen bör granskas hårt i en skälighetsbedömning om parterna tillämpat LMA Agreement då detta dokument bör klassas som ett standardavtal, vilket kan anses medföra större oförutsägbarhet avseende de följder klausulen kan få.

Sammantaget bör strutsklausulen inte ses som oskälig enligt 36 § AvtL. Trots att det går att argumentera för att klausulen i vissa hänseenden kan ses som orättvis bör detta inte vara tillräckligt för att åsidosätta klausulen, främst på grund av den jämlikhet som kan anses föreligga mellan avtalsparterna.

### 5.3.2 Åsidosättande genom tolkning

Som ovan nämnts går det att undkomma de följder en friskrivningsklausul kan medföra med tillämpning av olika avtalstolkningsprinciper.<sup>287</sup> Detta avsnitt avser utreda om dessa principer kan påverka strutsklausulens giltighet och effekt.

Inom den svenska rätten finns som en tolkningsprincip som innebär att friskrivningsklausuler ska tolkas restriktivt. Detta innebär att oklarheter i strutsklausulens författande skulle tolkas återhållsamt och inte utfyllas till agentbankens fördel. Den typiskt utformade strutsklausulen är emellertid klar och tydlig, vilket innebär att någon restriktiv tolkning troligtvis inte blir aktuell på grund av klausulens ordlydelse.<sup>288</sup>

Enligt en närliggande tolkningsprincip går det att hävda att en friskrivningsklausul inte är tillämplig i ett specifikt fall, trots att situationen rent formellt täcks av klausulen. Situationen ska då anses ligga utanför vad som normalt avses innefattas inom liknande friskrivningar. Frågan blir således om där finns några situationer i vilka strutsklausulen inte är tillämplig, trots att förhållandet rent formellt innefattas av klausulens räckvidd. Regeln innebär troligtvis att strutsklausulen inte skyddar agentbanken från grovt oaktsamt beteende och uppsåtlig otillbörlighet.<sup>289</sup> Detta styrks ytterligare av att låneavtalen specifikt stadgar att agenten inte kan göras skadeståndsskyldig såframt denna inte agerat grovt oaktsamt eller uppsåtligt otillbörligt.<sup>290</sup> Denna princip medför därmed att en domstol eventuellt kan anse att strutsklausulen innebär att agentbanken inte ska tilldelas någon faktisk vetskap om låntagarens *default* om den inte först mottar ett skriftligt meddelande från en syndikatbank som bekräftar detta, såframt att inte agentbanken agerat grovt vårdslöst eller uppsåtligt otillbörligt. Om den avdelning av agentbanken som handhaver det

---

<sup>287</sup> Se avsnitt 3.3.4.2.

<sup>288</sup> Jmf. avsnitt 5.2.2.

<sup>289</sup> Ibid.

<sup>290</sup> Se avsnitt 5.2.2, 3.3.4.2 och LMA Agreement, not 23, sektion 26.9 (a).

syndikerade lånet erhållit faktisk vetskap om att låntagaren är i *default* på annat sätt än genom ett ”*Notice of Default*” och väljer att inte vidarebefordra detta till det övriga syndikatet med uppsåt att gagna sina egna intressen bör denna tolkningsprincip därmed kunna medföra att strutsklausulen inte skyddar agentbanken i detta läge.

Att en domstol skulle tolka strutsklausulen på detta sätt stämmer överens med den ovan nämnda kontraktuella lojalitetsplikten.<sup>291</sup> En agentbank som på egen hand erhållit faktisk vetskap om att låntagaren är i *default* och som väljer att inte informera långivarna om detta, trots insikt om vilka skador en underlåtenhet att vidarebefordra denna information kan medföra, bör anses bryta mot denna lojalitetsplikt.<sup>292</sup> Då det är oklart vilka rättsföljder ett åsidosättande av lojalitetsplikten kan medföra borde denna princip istället användas som argumentationsgrund för att genom tolkning undkomma de följder ett ordagrant tillämpande av strutsklausulen skulle kunna få. Låneavtalet stadgar endast när agentbanken ska tilldelas faktisk vetskap om att en *event of default* – situation föreligger och avtalet förbjuder inte agentbanken från att meddela det övriga syndikatet om att så är fallet. En agentbank som är helt säker på att låntagaren är i *default* bör därför vidarebefordra denna vetskap då ett underlåtande att göra så kan klassas som illojalt.

### 5.3.3 Sammanfattning

Sammantaget verkar därmed strutsklausulen inte utgöra en oskälig klausul enligt 36 § AvtL och detta främst på grund av det jämlika förhållande som i regel föreligger mellan parterna till det syndikerade låneavtalet. Strutsklausulens giltighet kan snarare ifrågasättas med hänvisning till de avtalstolkningsmetoder som svensk rätt presenterar. Den princip som främst kan tänkas vara tillämplig är den vilken stadgar att en friskrivningsklausul kan omtolkas till att inte omfatta vissa situationer som rent formellt bör innefattas i klausulens ordalydelse. Principen torde i första hand vara aktuell i de fall agentbankens låneavdelning på egen hand får faktisk vetskap om att låntagaren är i *default* men väljer att inte vidarebefordra detta till syndikatbankerna trots insikt om att denna underlåtenhet kommer att resultera i skada för bankerna.

## 5.4 Slutsatser

Detta avsnitt syftar till att sammanfatta och redovisa de slutsatser som kan dras med hänvisning till ovan utförda analys. Vad gäller engelsk rätt uppmärksammades att agentbanken riskerar en stämning på utomobligatorisk grund ifall agentens lånehandhavande avdelning på egen hand erhållit faktisk vetskap om att låntagaren är i *default* samt insett vilka skador ett underlåtande att vidarebefordra detta till syndikatbankerna och trots detta behållit vetskapen för sig själv. Inom svensk rätt observerades att

---

<sup>291</sup> Se avsnitt 3.3.1.

<sup>292</sup> Se avsnitt 4.1.1.

agentbanken riskerar att ställas till ansvar i samma situation på inomobligatorisk grund.

Detta sammantaget visar att det finns goda grunder för att ifrågasätta strutsklausulens giltighet i de fall ett strikt tillämpande av klausulens ordalydelse skulle möjliggöra att ett illojalt handlande från agentbankens sida skulle godtas. Istället bör författarna Gabriel och Posners ovan nämnda åsikter lyftas fram som sunda och välgrundade.<sup>293</sup> Författaren menar att strutsklausulen endast bör ses som ett hanterande av den informationsrelaterade legala risk som uppstår för en stor internationellt agerande agentbank i och med att hela organisationen kan tillräknas faktisk vetskap om att låntagaren är i *default* trots att så inte är fallet.

Sett till strutsklausulens syfte är detta en rimlig tolkning då klausulen främst syftar till att reducera agentbankens legala risk.<sup>294</sup> Det synes vara fel att klausulen även ska ge agentbanken en möjlighet att undanhålla ytterst viktig information från syndikatet. Om den avdelning inom agentbanken som handhar det syndikerade lånet inte har faktisk vetskap om att en *event och default* – situation föreligger och en skadad långivare stämmer agentbanken med hänvisning till att en högre chef på en annan avdelning hade vetskap om situationens existens bör strutsklausulen därmed upprätthållas och skydda agentbanken. Detsamma torde inte gälla för en agentbank vars lånehandhavande avdelning på egen hand erhållit faktisk vetskap om att låntagaren är i *default* men som av ett eller annat skäl valt att inte agera. I dessa fall rekommenderas istället att agentbanken tar kontakt med syndikatbankerna, meddelar vad som hänt och inväntar deras instruktioner. Skulle agentbanken underlåta detta är strutsklausulen, enligt min mening, inget fullgott skydd enligt vare sig engelsk eller svensk rätt.

---

<sup>293</sup> Se avsnitt 4.3.

<sup>294</sup> Se avsnitt 4.1.2.

# Käll- och litteraturförteckning

## Doktrin

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 12:e upplagan, Juristförlaget, Lund, 2002

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt II*, 5:e upplagan, Juristförlaget, Lund, 2001

Beale, Hugh, (ed.), *Chitty on Contracts*, 13:e upplagan, Sweet & Maxwell, London, 2008

Blair, William, *Banks, Liability and Risk*, 3:e upplagan, Informa Professional, London, 2001

Brownsword, Roger, *Smith and Thomas: A Casebook on Contract*, 12:e upplagan, Sweet & Maxwell, London, 2009

Cranston, Ross, *Principles of Banking Law*, 2:a upplagan, Oxford University Press, 2002

Cresswell, Blair, Wood och Walker, *Encyclopaedia of Banking Law, F - International Banking Operations*, Reed Elsevier Ltd, London, 2009

Cresswell, Blair, Hooley, McQuater, och Walker, *Banking Encyclopedia, C - Relationship of Bank and Customer*, Reed Elsevier Ltd, London, 2009

Gabriel, Peter, *Legal Aspects of Syndicated Loans*, Butterworths, London, 1986

Gorton, Lars, Good Faith (Loyalty) in Contractual Relations, i *Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck*, Juristförlaget, Lund, 2005

Gorton, Lars, Intressekonflikter i bankverksamhet, i *Intressekonflikter i vissa relationer med banker eller bankövervakningsorgan som aktörer*, Nord och Thorell (red.), Stockholm Center for Commercial Law, Stockholm, 2005

Furmston, Michael, Norisada, Takeo och Poole, Jill, *Contract Formation and Letters of Intent*, John Wiley & Sons, Chichester, 1998

Lawson, Richard, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 8:e upplagan, Sweet & Maxwell, London, 2005

Lundmark, Thorsten, Om friskrivningsklausuler i särskilt datakonsultavtal och liknande avtal, i *Kunskapsföretag i ett rättsligt perspektiv* Sandgren, Claes (red.), Norstedts Juridik, Stockholm, 1995

- Markesinis, Basil och Deakin, Simon, *Tort Law*, 4:e upplagan, Clarendon Press, Oxford, 1999, s. 69ff
- Mugasha, Agasha, *The Law of Multi-Bank Financing*, Oxford University Press, New York, 2007
- Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure Förlag, Stockholm, 2007
- Pearce, Robert och Stevens, John, *The Law of Trusts and equitable obligations*, 4:e upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2006
- Penn, Shea och Arora, *The Law and Practice of International Banking*, Sweet and Maxwell, 1987
- Poole, Jill, *Textbook on Contract Law*, 9:e upplagan, Oxford University Press, New York, 2008
- Reuschlein, Gill och Gregory, William, *Agency and Partnership*, West Publishing Company, Minnesota, 1980, s. 121f
- Rhodes, Tony, *Syndicated Lending, Practice and Documentation*, 4:e upplagan, Euromoney Books, 2006
- Roberts, Graham, *Law Relating to International Banking*, Gresham Books, Cambridge, 1998
- Tamasauskas, Andreas, *Erhvervslivets Lånoptagelse*, Gjellerup, Köpenhamn, 2006
- Tennekoon, Ravi, *The Law and Regulation of International Finance*, Butterworths, London, 1991
- Tiberg, Hugo och Dotevall, Rolf, *Mellanmansrätt*, 8:e upplagan, Norstedts Juridik, Göteborg, 1994
- Walker, George, *International Banking Regulation: Law, Policy and Practice*, Kluwer Law International, London, 2001
- Warne, David och Elliot QC, Nicholas, *Banking Litigation*, Sweet and Maxwell, London, 2005
- Wood, Philip, *International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions*, 2:a upplagan, Sweet and Maxwell

## **Artiklar**

Banks, Talcott, *Indenture Securities and the Barkley Bill*, The Yale Law Journal, Volym 48, 1938-39

Gorton, Lars och Jørgensen, Tanja, Roles and Functions of the Lead Bank and the Agent Bank in a Syndicated Loan Agreement, i *European Banking and Financial Law Journal*, Université Lyon, 2009.1

Posner, Louis, *The Trustee and the Trust Indenture: A Further Study*, The Yale Law Journal, Volym 46, 1937

Schiller, Eric och Lindquist, Scott, *Syndicated Loans in Default: Special Issues For Borrowers and Lenders*, Sonnenschein Nath & Rosenthal LLP, 2009

Ze, Jay, *Underwriters and Fiduciary Duties*, Journal of Business Law, Sweet & Maxwell, London, 2007

## **Författningar**

Financial Services And Markets Act 2000

Lag (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse

Lag (1991:351) om handelsargentur

Lag (1944:181) om redovisningsmedel

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

Supply of Goods and Services Act, 1982

Skadeståndslag (1972:207)

Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations

Unfair Contract Terms Act 1977

## **Förarbete**

Prop. 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område

## **Internet**

Loan Market Association, *Guide to Syndicated Loans*,  
<http://www.lma.eu.com/pages.aspx?p=21>, hämtad 09-10-15

Financial Service Authority, *FSA Handbook*,  
<http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/>. hämtad 09-11-19

## **Övrigt**

Bank of International Settlements, *BIS Quarterly Review*, september 2008,  
Table 10: Signed international syndicated credit facilities by nationality of  
borrower, p A82

Financial Service Authority, *FSA Handbook*

Loan Market Association, *LMA Multicurrency Revolving Facility  
Agreement*

Rådets direktiv 93/13/EEG om oskäliga villkor i konsumentförhållanden

UK Law Commission, *Fiduciary Duties and Regulatory Rules*, Law  
Commission Report Nr 236, London, 1995



# Rättsfallsförteckning

## Engelska rättsfall

Attorney General v Guardian Newspaper Ltd [1990] 1 A.C. 109

B Davies Ltd v Tooth & Co Ltd [1937] 4 All ER 118, PC

Bernard Schulte GmbH & Co v Nile Holdings Ltd [2004] 2 Lloyd's Rep. 352

Caparo Industries plc v Dickman, [1990] 2 AC, 605

Cohen v Kittell (1889) 22 QBD, 680

First Energy (UK) Limited v Hungarian International Bank [1993] BCLC 1409

Fray and Voules (1859) 1 E & E, 839

Garnac Grain Co Inc v HMF Faure & Fairclough Ltd [1968] AC, 1130

Hay v Swedish and Norwegian Rly Co Ltd (1889) 5 TRL 460, CA

Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd, [1964] AC, 465

Hely-Hutchison v Brayhead Ltd [1968] 1 QB 549 at 583

Henderson v Merrett Syndicates Ltd. [1995] 2 AC, 145

International Harvester Co of Australia Pty Ltd v Carrigan's Hazeldene Pastoral Co (1958) 100 CLR, 644

Ireland v Livingstone (1872) LR 5 HL, 395

Kelly v Cooper [1993] AC 205

Lloyds Bank Ltd v Bundy [1975] Q.B. 326

Re Holders Investment Trust Ltd [1971] 2 All ER, 289

Redwood Master Funds Ltd v TD Bank Europe Ltd [2002] EWHC 2703 (Ch)

Regal (Hastings) Ltd v Gulliver [1967] 2 A.C. 134n

Smith v Eric S. Bush [1990] 1 AC 831

Smith v Lascelles (1788) 2 Term Rep, 187

Société Generale de Paris v Tramways Union Co (1885) 11 AC 20, HL

Swindle v Harrison [1997] 4 All E.R. 707

Tai Hing Cotton Mill Ltd v Liu Chong Hing Bank [1986] AC 80, 107

Terrel v Marbie Todd Co Ltd (1952) 2 TLR, 574

Tesco Supermarkets Ltd v Natrass [1972] AC, HL

Tournier v National Provincial and Union Bank of England [1924] 1 KB 461

UBAF Ltd v European American Banking Corp., [1984] QB 713, 728

York Buildings Co v Mackenzie (1795) b Bro. P. C. 42

Weld-Blundell v Stephens [1919], 1 KB, 520

Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd SA v Nigerian Produce Marketing Co Ltd, [1972] AC 741, HL

### **Amerikanska rättsfall**

Fleener v Omaha National Co., 267 N. W. 462 (Ned. 1936)

First Citizen Federal Savings and Loan Association v Worthen Bank and Trust Co., 919 F 2d 510 (9th Cir 1990).

First Trust Co. of Lincoln v Carlsen, 129 Neb. 118, 261 N. W. 833 (1933)

Frishmuth v Farmer's Loan and Trust Co, 95 Fed 5 (SDNY 1899)

Prudence-Bonds Corp. v State Street Trust Co., 202 F.2d 555 (2d Cir. 1953)

Starr v Chase National Bank, N. Y. L. J. Sept. 21, 1936

Womens Federal Savings and Loan Association v Nevada National Bank, 811 F 2d 1255 (9th Cir. 1987)

### **Svenska rättsfall**

NJA 1987 s. 692

NJA 2005 s. 608