



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Erik Nyman

Negative pledge-klausulen –  
särskilt om långgivarens  
anspråksmöjligheter mot tredje  
man vid brott mot klausulen

Examensarbete  
20 poäng

Handledare:  
Lars Gorton

Område:  
Allmän förmögenhetsrätt

Termin:  
9

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställning	8
1.3 Metod och material	8
1.4 Avgränsningar	9
1.5 Disposition	10
<b>2 NEGATIVE PLEDGE-KLAUSULEN</b>	<b>11</b>
2.1 Allmänt om negativa förpliktelser	11
2.2 Negative pledge-klausulen och låneavtalet	11
2.3 Negative pledge-klausulens syfte, innehåll och funktion	12
2.4 Negative pledge-klausulen och traditionell säkerhet	14
2.5 Påföljder vid brott mot negative pledge-klausuler	15
<b>3 ANSPRÅKSMÖJLIGHETER MOT TREDJE MAN</b>	<b>17</b>
3.1 Ett par avtals- och sakrättsliga utgångspunkter	17
3.2 Tredje mans säkerhet överksam p.g.a. belastning i låntagarens egendom	18
3.2.1 Allmänt om betingelser	18
3.2.2 Betingelsers sakrättsliga verkningar	19
3.2.3 Negative pledge-klausulens sakrättsliga verkan	21
3.2.4 Dansk och norsk rätt	23
3.2.5 Engelsk rätt	25
3.3 Återvinning	26
3.3.1 Allmänt om återvinning	26
3.3.2 Förutsättningar för återvinning	27
3.3.3 Återvinning av säkerhet ställd för ett redan befintligt lån	28

3.3.4	Återvinning av säkerhet ställd vid upptagande av lån	30
3.3.4.1	Undersökningsplikt	31
3.3.5	Dansk och norsk rätt	33
3.3.6	Engelsk rätt	34
<b>3.4</b>	<b>Skadestånd</b>	<b>36</b>
3.4.1	Allmänt om skadestånd	36
3.4.2	Skadeståndsansvar vid ren förmögenhetsskada	36
3.4.3	Medverkan till kontraktsbrott	37
3.4.3.1	Kvalificerad otillbörlighet	41
3.4.4	Engelsk rätt	44
3.4.5	Dansk och norsk rätt	46
<b>4</b>	<b>AVSLUTANDE KOMMENTARER</b>	<b>48</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>51</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>55</b>

# Summary

By inserting a negative pledge clause in the loan documentation the borrower undertakes that it will not grant security to a third party without the lender's consent. The reason for restricting the borrower's ability to grant security is that most insolvency regimes are based on the principle that secured assets can be separated from the debtor's insolvency estate and consequently not be available for the unsecured creditors. If the borrower breaches the clause, this normally constitutes an event of default which enables the lender to accelerate the loan. In addition, the breach will give rise to an action for damages if the breach caused any loss for the lender. However, these remedies against the borrower are often useless if the borrower is in serious financial difficulties or is insolvent. With this as background, this essay examines the lender's remedies against the third party, taking security in the borrower's assets in breach of the clause. The discussion is principally based on Swedish law. In addition, there are some comparisons with English, Danish and Norwegian law.

Initially the difference between proprietary and non-proprietary interests is outlined. A proprietary interest is enforceable against a third party whereas a non-proprietary interest is essentially bilateral. The principle of *numerus clausus* stipulates that only a limited range of types of proprietary interests are known to the law and such interests can, therefore, not be freely created by contract. With this background, it is ascertained that a negative pledge clause does not give the lender an absolute proprietary interest in the borrower's assets since a negative pledge clause is not recognized as a proprietary right under the law. Furthermore, since the third party has not expressed any willingness to be bound by the clause, the doctrine of privity of contract prevents the lender from enforcing it against the third party.

The legal position is however more flexible than what the classification of proprietary and non-proprietary interests suggests. Under both Danish and Norwegian law it is, to a certain extent, possible to prevent a third party from taking security in the borrower's assets through registration of the clause. There is no such possibility under English or Swedish law. However, according to both Swedish and English case law, some contractual encumbrances on a certain asset can, in special circumstances, bind a third party. A negative pledge clause does most likely not give rise to such effect since it does not relate to a specific asset. This leads to the conclusion that the third party's security normally is valid.

If the borrower is in bankruptcy it is also of great interest to the lender to examine whether the third party's security can be recaptured to the borrower's insolvency estate and thus be used to pay all the creditors. Given the narrow time limits in which the security must have been handed over in order to recapture it, it is noted that the possibility of recapturing the third party's security is small. Nevertheless, if the security was handed over in the relevant time limit, the possibility of recapturing the security depends on whether the borrower, when granting the security, obtained any performance in return such as a loan, or whether there was a lack of such counterperformance, which for example is the case when a borrower grants security for an existing loan. The possibility of recapturing is generally very small in the former situation since such transaction constitutes a mutual agreement and therefore is not considered to be at disadvantage for the other creditors. The conclusion in this regard is, however, that there probably is a small chance of recapturing such grant of security on the basis of section 4 paragraph 5 in the Swedish Insolvency Act. The prerequisites are then that the third party had actual knowledge of the negative pledge clause but nonetheless demanded security in order to come into a better position in the borrower's impending bankruptcy. Under English law there seems to be a lack of such possibility.

A security handed over for an existing loan can normally be recaptured in all legal systems examined. In this regard, the possibility of recapturing is however further limited under Swedish law with the general exception for ordinary granting of security. This exception covers for example situations in which a third party exercises a right to demand for collateral security. Exceptions also exist under Danish and Norwegian law but with more limited applicability.

Finally, the lender's possibility to bring an action for damages against the third party for participating in the breach of the negative pledge clause was examined. The lender's prospects for succeeding with such a claim are generally small unless the third party's act is criminal. In all legal systems observed such a claim is doubtless actionable even though the third party's act is not criminal. However, in order for liability to arise for example under Swedish law, the third party's participation must be characterized as extraordinary improper. In the case of breaching a negative pledge clause, the third party must have actual knowledge of the clause and induce the breach. In addition, it must probably be established that the third party intended the damages occurred. The lender's possibility of succeeding with an action for damages is probably greater under English law since such intention is not required under the principle of interference with contractual relations. Instead it must be established that the third party intended the breach.

# Sammanfattning

Genom att infoga en negative pledge-klausul i låneavtalet förbinder sig låntagaren att inte utan långgivarens samtycke ställa säkerhet i sina tillgångar till andra kreditgivare. Den bakomliggande tanken med att begränsa låntagarens handlingsfrihet på detta sätt är att de flesta rättsordningars konkurslagstiftning bygger på principen om att borgenärer med säkerhet i gäldenärens egendom har företrädesrätt till betalning framför oprioriterade borgenärer vid en eventuell konkurs på gäldenärens sida. Om låntagaren av någon anledning bryter mot klausulen inträder i regel enligt låneavtalet en rätt för långgivaren att säga upp lånet till förtida återbetalning. Därtill har långgivaren, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, möjlighet att rikta ett skadeståndsanspråk mot låntagaren. Dessa påföljds möjligheter kan emellertid visa sig vara värdelösa för långgivaren eftersom överträdelser normalt upptäcks först i ett skede då låntagaren blivit insolvent. Mot denna bakgrund behandlar denna uppsats frågan om vilka möjligheter långgivaren har att rikta olika typer av anspråk mot den tredje man som tagit säkerhet i strid med negative pledge-klausulen. Frågeställningen har främst behandlats utifrån svensk rätt. Därtill har gjorts vissa jämförelser med engelsk, dansk och norsk rätt.

Undersökningen inleds med en redogörelse för den indelning som görs mellan sakrätter och obligationsrätter. En sakrätt kan vinna sakrättsligt skydd mot tredje man medan en obligationsrätt enligt huvudregeln inte har någon sådan verkan. Att en obligationsrätt inte har en sådan effekt framgår av den grundläggande avtalsrättsliga principen om avtalets subjektiva begränsning. Beträffande sakrätter innebär principen om numerus clausus att sådana rätter är begränsade till antalet och inte fritt kan tillskapas avtalsvägen. Mot bakgrund av innehållet i dessa principer konstateras att en negative pledge-klausul inte ger långgivaren fullständigt sakrättsligt skydd mot låntagarens borgenärer eftersom ett anspråk grundat på klausulen inte är en etablerad sakrätt. Vidare har inte tredje man visat sig villig att bli bunden av klausulen varför dess rättsverkningar stannar på partsplanet.

Emellertid har framkommit att rättsläget i vissa avseenden är mer flexibelt än vad än vad indelningen mellan sakrätter och obligationsrätter antyder. I både dansk och norsk rätt är det möjligt att via registrering av klausulen förhindra tredje man att ta vissa säkerhetsrätter i låntagarens egendom. En sådan möjlighet saknas i svensk och engelsk rätt. Likväl finns i såväl engelsk som svensk rättspraxis och doktrin exempel på att avtalsrättsligt grundande belastningar avseende viss egendom i vissa fall kan få en viss verkan mot en ondtröende tredje man. Ett anspråk grundat på en negative pledge-klausul torde dock inte tillhöra de kategorier av belastningar som kan ges en sådan effekt. Anledning är det i både engelsk och svensk rätt uppställs ett krav på specialitet och att negative pledge-klausulen inte belastar en viss identifierad egendom utan all låntagarens egendom. Mot denna bakgrund dras slutsatsen att tredje mans säkerhet i regel är giltig

eftersom ett anspråk grundat på en negative pledge-klausul inte har någon sakrättslig verkan.

Om nu låntagaren är insolvent är det även av intresse för långgivaren att undersöka om tredje mans säkerhet kan återvinnas till konkursboet och därmed ingå i den egendom som används till att betala alla borgenärers fordringar. Inledningsvis uppmärksammas att möjligheten att tredje mans säkerhet återvinns starkt begränsas av de snäva tidsfrister inom vilken en säkerhet måste ha överlämnats för att återvinning skall kunna ske. Om säkerheten överlämnats inom den relevanta tidsfristen är möjligheterna till återvinning i hög grad beroende av om låntagaren i samband med säkerställandet erhöll någon motprestation i form av t.ex. ett lån, eller om en sådan uteblev, vilket exempelvis är fallet om låntagaren ställer säkerhet för ett redan befintligt lån. I den förra situationen är utrymmet för återvinning över lag ytterst begränsat eftersom ett sådant förfarande utgör ett ömsesidigt utbyte av prestationer och därför inte är till nackdel för övriga borgenärer. Undersökningen har dock visat att det torde finnas en viss chans att ett sådant säkerställande kan återvinnas med stöd av den allmänna otillbörlighetsregeln i 4 kap 5 § KL under förutsättning att tredje man hade vetskap om negative pledge-klausulen, men ändå krävde säkerhet i syfte att erhålla en bättre position i låntagarens annalkande konkurs på den ursprungliga långgivarens bekostnad. Motsvarande möjlighet förefaller saknas i engelsk rätt.

En säkerhet som överlämnats för ett redan befintligt lån kan normalt återvinnas i alla beaktade rättsordningar. I svensk rätt begränsas dock utrymmet för återvinning ytterligare i och med det generella undantaget för ordinära säkerställanden, vilket fångar upp de situationer där tredje man utnyttjar en rätt att kräva tilläggsäkerhet. Även i dansk och norsk rätt finns undantag, om än med begränsade tillämpningsområden.

Slutligen undersöktes långgivarens möjlighet att kräva ersättning för den rena förmögenhetsskada denne åsamkats till följd av tredje mans medverkan till överträdelsen av negative pledge-klausulen. Chansen att nå framgång denna väg är i regel liten om inte tredje mans medverkan till avtalsbrottet är brottslig. Det finns onekligen i alla beaktade rättsordningar ett visst utrymme att få ersättning för sådan skada utanför det brottsliga området, men för att ett sådant ansvar skall aktualiseras krävs t.ex. i svensk rätt att tredje mans medverkan bedöms som kvalificerat otillbörlig. I negative pledge-fallet torde detta innebära att tredje man haft faktisk kännedom om klausulen och tagit initiativ till överträdelsen. Förmodligen krävs även att tredje man hade någon form av uppsåt att skada långgivaren. I engelsk rätt torde utrymmet att nå framgång denna väg vara något större eftersom principen om interference with contractual relations inte kräver uppsåt att skada utan endast att kontraktsbrottet omfattades av tredje mans uppsåt.

# Förord

Jag vill passa på att tacka min handledare Lars Gorton för de värdefulla synpunkter jag fått under uppsatsskrivandet. Jag vill även rikta ett stort tack till Henrik Wållgren och Martin Prosell för korrekturläsning.



# Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
A.C.	Appeal Cases
BCLC	Butterworth Company Law Cases
BrB	Brottsbalk (1962:700)
Ch	Chancery Division
DL	Dekningsloven
FRL	Förmånsrättslag (1970:979)
FSA	Financial Services Authority
FSMA	Financial Services and Markets Authority
HD	Högsta Domstolen
IA	Insolvency Act 1986
JIBL	Journal of International Banking Law
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet
JustR	Justitieråd
KL	Konkurslag (1987:672)
LBF	Lag(2004:297)om bank- och finansieringsrörelse
LMA	Loan Market Association
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv (I)
Prop.	Proposition
Q.B.	Queen's Bench Division
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
Rt	Retstidene (norsk)
SFS	Svensk författningssamling
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
WLR	Weekly Law Reports

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Under senare år har användningen av omfattande standardiserade basdokument ökat inom bank- och finansområdet i Sverige. Den stora förebilden är finansmarknaden i London där man sedan länge sett fördelarna med att använda väl utarbetade basdokument och likalydande standardklausuler vid framför allt lånefinansiering. Den stora aktören på området är LMA vars rekommenderade dokument fått stor genomslagskraft på de europeiska marknaderna. Genom att använda dessa standarddokument kan parterna koncentrera sig på att diskutera den specifika transaktionens kärnproblem istället för att ägna för mycket tid på avtalens struktur och formuleringar. I och med att LMA:s dokument är upprättade utifrån engelsk rätt är det dock av stor vikt att avtalen vid användning i Sverige anpassas efter svensk rätt för att få avsedd effekt.

På vissa utländska finansmarknader i allmänhet och i London i synnerhet har det sedan länge varit vanligt att lån till större företag lämnas utan säkerhet i form av panträtt eller andra traditionella säkerhetsarrangemang. Långgivarens intresse av att låntagarens fullgör sina förpliktelser enligt avtalet skyddas istället av olika typer av klausuler (s.k. *covenants*), vilka tillsammans tryggar låntagarens återbetalningsförmåga genom att begränsa låntagarens handlingsfrihet. En av de mest betydelsefulla klausulerna i detta avseende anses vara den s.k. *negative pledge*-klausulen vilken i sin enklaste form innebär att låntagaren åtar sig att inte, utan långgivarens samtycke, ställa säkerhet för nya lån eller andra förpliktelser. Den bakomliggande tanken med att begränsa låntagarens möjlighet att ställa säkerhet är att de flesta länders konkurslagstiftning bygger på principen om att borgenärer som fått säkerhet i gäldenärens tillgångar ges företrädesrätt till betalning framför oprioriterade borgenärer vid gäldenärens eventuella konkurs.

Negative pledge-klausuler används numera även i Sverige i samband med obligationslån och projektfinsiering samt upplåning vid större företagsförvärv. I regel används klausulen då som komplement till traditionella säkerheter.<sup>1</sup>

Trots den allt mer utbredda användningen har klausulens rättsverkan gett upphov till tvister och föranlett åtskilliga diskussioner inom doktrinen. Bl.a. har diskussioner förts kring det exakta omfånget av förbudet att ställa säkerhet och vilka påföljdsomöjligheter långgivaren har att tillgå gentemot

---

<sup>1</sup> Det bör i detta sammanhang påpekas att bestämmelsen i 8 kap 1 § LBF, vilken föreskriver att banker endast får bevilja kredit om förpliktelserna på goda grunder kan förväntas bli fullgjorda, inte undantagslöst kräver att en presumtiv låntagare ställer traditionell säkerhet för ett lån. Se Prop. 2002/03:139 s. 322 ff.

låntagaren vid överträdelse av klausulen. Denna uppsats behandlar dock ett annat problem, ett problem som fått till följd att klausulens egentliga säkerhetsvärde för långivaren har ifrågasatts inom doktrinen.<sup>2</sup> Om låntagaren ställer säkerhet till tredje man och därigenom bryter mot negative pledge-klausulen har långivaren i regel rätt enligt låneavtalet att säga upp lånet till återbetalning i förtid samt eventuellt rätt till skadestånd. Dessa påföljdsalternativ har dock inte särskilt stort värde för långivaren i en situation där låntagaren är insolvent eller av annan anledning inte kan fullgöra sina förpliktelser enligt låneavtalet. Det blir i en sådan situation av större intresse att undersöka om och i vilken omfattning långivaren har möjlighet att rikta olika typer av anspråk mot tredje man som bidragit till att låntagaren ställt säkerhet i strid med klausulen.

## 1.2 Syfte och frågeställning

Denna uppsats tar sin utgångspunkt i ovannämnda typsituation och syftar till att utreda vilka anspråksalternativ som står en långivare till buds gentemot tredje man som tagit säkerhet i strid med en negative pledge-klausul. Med tanke på att det verkliga värdet för långivaren av att låntagaren är bunden av en negative pledge-klausul delvis avgörs av vilka alternativ långivaren har att rikta anspråk mot tredje man vid överträdelse av klausulen syftar uppsatsen även till att utvärdera klausulens egentliga säkerhetsvärde för långivaren.

Frågeställningen behandlas först och främst utifrån svensk rätt. Eftersom standardiserad lånedokumentation i regel är utformad med engelsk rätt som utgångspunkt och denna uppsats är författad i kontexten om de risker vilka är förknippade med att använda dessa låneavtal utan närmare anpassning till svenska förhållanden görs även jämförelser med engelsk rätt. I och med att dansk och norsk rätt torde uppvisa stora likheter med svensk rätt inom det finans- och krediträttsliga området behandlas frågan även utifrån dessa rättssystem. Tanken är att på så vis få viss vägledning om vad som får anses utgöra gällande svensk rätt på området.

## 1.3 Metod och material

Uppsatsen är författad utifrån traditionell juridisk metod, d.v.s. en genomgång och analys av lagar, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Eftersom uppsatsen utgår ifrån vissa premisser varpå sedan ett problem

---

<sup>2</sup> Se t.ex. Bylund, Bertil, Något om s.k. negativa klausuler i låneavtal, Festskrift till Knut Rodhe, 1976, s. 113 ff. och Gorton, Lars, Sjöman, Erik, Negativa förpliktelser och tredje män – särskilt om överträdelse av negative pledge, JT 2002-2003, s. 504 ff.

formuleras och undersöks kan metoden närmare beskrivas som problem- och intresseorienterad.<sup>3</sup>

Det inledande kapitlet om negative pledge-klausulens syfte och funktion är i huvudsak deskriptivt och bygger i stor utsträckning på engelsk doktrin, framför allt Woods standardverk om lån, obligationer och aktier.<sup>4</sup> Efterföljande avsnitt utgör själva kärnan i uppsatsen och innehåller både deskriptiva och analyserande delar. Här presenteras och undersöks de olika anspråksmöjligheter som står långivaren till buds gentemot tredje man. I brist på lagstiftning och rättspraxis som direkt tar sikte på situationen där tredje man tar säkerhet i strid med en negative pledge-klausul har i huvudsak doktrin använts vid författandet av denna del. Mot bakgrund av uppsatsens problembaserade karaktär har Gorton och Sjömans samt en del engelska författares artiklar om samma problem genomgående varit särskilt värdefulla i detta avseende. I övrigt har jag i denna del mestadels varit hänvisad till allmän sakrättslig, konkursrättslig och skadeståndsrättslig doktrin samt anknytande rättspraxis. Det bör särskilt framhållas att då jag inte funnit någon rättspraxis eller doktrin som behandlar möjligheterna till återvinning av ett säkerställande i strid med en negative pledge-klausul, diskussionen i denna del blir aningen spekulativ.

## 1.4 Avgränsningar

Denna uppsats behandlar frågan om vilka anspråksmöjligheter en långivare har gentemot tredje man när denne tagit säkerhet i strid med en negative pledge-klausul. Uppsatsen har som utgångspunkt att låntagaren är insolvent eller av annan anledning inte kan fullgöra sina förpliktelser gentemot den ursprungliga långivaren, varför det blir intressant för denne att istället vända sig mot tredje man. Uppsatsen behandlar följaktligen inte långivarens eventuella påföljdsmöjligheter enligt lag eller avtal gentemot låntagaren. Anknytande processuella frågor och lagvalsproblem faller även de utanför denna uppsats föremål.

Den typ av lån som avses är ett långfristigt bilateralt lån mellan en kreditgivare och ett större företag.

Uppsatsen behandlar frågeställningen främst utifrån gällande svensk rätt. Därtill görs i viss utsträckning jämförelser med engelsk, dansk och norsk rätt i syfte att utvärdera eventuella skillnader rättssystemen emellan. Vidare skall påpekas att författarens ambition endast är att utreda vilka anspråksmöjligheter som står långivaren till buds enligt gällande rätt och inte att diskutera problemet de lege ferenda. I övrigt uppmärksammas läsaren på att ytterligare avgränsningar tas upp under uppsatsens gång.

---

<sup>3</sup> Se Westberg, Peter, Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet, Festskrift till Per Olof Bolding, 1992, s. 421 ff.

<sup>4</sup> Se Wood, Philip R., International loans, bonds and securities regulation, 1995

## 1.5 Disposition

Efter inledningen följer ett introducerande kapitel om negative pledge-klausulen. Här sätts klausulen i ett större sammanhang via en redogörelse om negativa förpliktelser i allmänhet och klausulens plats i låneavtalet. I efterföljande avsnitt redovisas klausulens syfte, innehåll och funktion. Därefter jämförs klausulen med traditionell säkerhet. Här uppmärksammas de skillnader som finns koncepten emellan samt de överväganden som ligger bakom beslutet att använda dem vid kreditgivning. Kapitel 2 avslutas sedan med att de brister som är förenade med negative pledge-klausulen, vilka gör det intressant att undersöka långivarens möjligheter att rikta anspråk mot tredje man, uppmärksammas och utvecklas.

I kapitel 3 undersöks och utvärderas sedan de olika anspråksmöjligheterna var för sig i skilda avsnitt. Dessförinnan redogörs i kapitlets indelning för vissa avtals- och sakrättsliga principer, vilka är av elementär betydelse för den i uppsatsen behandlade frågeställningen. De anspråksmöjligheter som undersöks är om tredje mans säkerhet är överksam p.g.a. att negative pledge-klausulen belastar låntagarens egendom eller klausulen via registrering kan uppnå sakrättslig effekt, om säkerställandet kan återvinnas och om tredje man kan åläggas skadeståndsansvar gentemot den ursprungliga långivaren p.g.a. dennes medverkan till överträdelse av klausulen.

I kapitel 4 redovisas sedan de slutsatser som kan dras vad gäller långivarens anspråksmöjligheter mot tredje man. De olika alternativen utvärderas och eventuella skillnader mellan svensk, dansk, norsk och engelsk rätt analyseras. Kapitlet innehåller även en kort diskussion om negative pledge-klausulens egentliga värde för långivaren.

## 2 Negative pledge-klausulen

### 2.1 Allmänt om negativa förpliktelser

Genom att infoga en negative pledge-klausul i ett låneavtal förbinder sig låntagaren att inte utan långivarens medgivande ställa säkerhet i sina tillgångar till andra kreditgivare. Eftersom klausulen innebär att låntagaren förbinder sig att inte vidta en viss åtgärd kan den karakteriseras som en s.k. negativ förpliktelse.<sup>5</sup>

I ett avtalsförhållande fokuserar annars normalt parterna på den positiva förpliktelsen. Emellertid är det inte helt ovanligt att parter avtalar om negativa förpliktelser av olika slag. Framför allt är dessa vanligt förekommande i lojalitetssammanhang.<sup>6</sup> Exempelvis kan nämnas arbetstagaren som förbinder sig att inte konkurrera med sin arbetsgivare efter anställningens upphörande. Vidare kan nämnas de sekretessavtal parterna ofta träffar i samband med företagsförvärv, vari de förbinder sig att inte för tredje man röja något om den affärsmissiga information de fått del av vid förhandlingarna. De påföljder som aktualiseras vid överträdelse av den negativa förpliktelsen är i dessa fall normalt skadestånd eller realisering av ett avtalat vite. Det hör inte till vanligheten att brott mot den negativa förpliktelsen grundar rätt till hävning.

### 2.2 Negative pledge-klausulen och låneavtalet

I en lånesituation gör långivaren en utförlig kreditprövning av den potentiella låntagaren i syfte att identifiera och analysera de risker som är förenade med det aktuella lånet. Betydelsen av att långivaren gör en ordentlig kreditprövning innan låneavtalet ingås går inte att underskatta eftersom denne faktiskt betalar ut lånet utan att vid detta stadium erhållit någon annan motprestation än ett återbetalningslöfte, en avgift och eventuellt lite förskottsbelagd ränta. Vidare skall påpekas att lån till större företag normalt sträcker sig över minst fem år i tiden, vilket innebär att låntagarens ekonomiska ställning och situation i övrigt kan förändras betydligt under denna period.

Mot denna bakgrund ter det sig naturligt att långivaren vill skapa förutsättningar för att kunna begränsa låntagarens handlingsfrihet och därigenom öka sannolikheten för att låntagarens löfte om återbetalning

---

<sup>5</sup> Se Bylund s. 119 ff.

<sup>6</sup> Se Gorton, Lars, Negativa förpliktelser i finansiella avtal, festskrift till Bernard Gomard, 2001, s. 117.

infrias. En jämförelse kan göras med aktieinnehavaren som också har ett intresse av att det satsade kapitalet inte går förlorat och följaktligen vill skydda detta intresse.<sup>7</sup> Till skillnad från aktieinnehavaren saknar borgenären en lagstadgad rätt att påverka styrningen av gäldenärsbolaget och därmed också möjligheten att tillse att det utlånade kapitalet inte går förlorat. Långgivarens intresse skyddas istället genom att en mängd olika klausuler, däribland negative pledge-klausulen, förs in i lånedokumentation vilka tillsammans bidrar till att långgivaren kan styra och kontrollera låntagarens verksamhet.<sup>8</sup>

Variationsmöjligheterna är stora vad gäller utformningen av klausulerna till att anpassa de särskilda förhållanden som är för handen i den aktuella lånesituationen. Storleken på den risk långgivaren tar, vilken typ av långgivare det är fråga om och förekomsten av traditionellt säkerhetsarrangemang är faktorer som beaktas i detta avseende.<sup>9</sup>

## 2.3 Negative pledge-klausulens syfte, innehåll och funktion

En negative pledge-klausul i sin enklaste form förbjuder låntagaren att ställa säkerhet i sina tillgångar.<sup>10</sup> Klausulen användas som sagt både som komplement till och substitut för traditionella säkerhetsrätter. Vad gäller den senare situationen anses klausulen vara den mest betydelsefulla klausulen i hela lånedokumentationen.<sup>11</sup>

Likt övriga klausuler i låneavtalet syftar negative pledge-klausulen till att minimera den risk en långgivare löper att lånet inte återbetalas i enlighet med villkoren. Den här avsedda risken är att en annan kreditgivare erhåller säkerhet i låntagarens egendom och därigenom ges en bättre position i en eventuell konkurs hos låntagaren. Står den nu aktuella långgivaren utan traditionell säkerhet i låntagarens egendom får denne som en konsekvens härav en sämre position gentemot den andra borgenären och löper risk att, i egenskap av oprioriterad fordringsägare, bli utan utdelning om inga tillgångar finns kvar. En långgivare som beviljat ett lån utan säkerhet och gjort en kreditanalys utifrån premissen att alla borgenärer intar samma

---

<sup>7</sup> Se Wood s. 31.

<sup>8</sup> Se Wood s 31 ff. Övriga klausuler avser bl.a. återbetalning av lånet, informationsskyldighet, räntebetalning och restriktioner i hur låntagaren får disponera kapitalet.

<sup>9</sup> Se Wood s. 31. Wood nämner klausuler om informationsskyldighet, negative pledge, disponeringsbegränsande klausuler och pari passu klausulen som standardklausuler i kommersiella lån medan övriga klausuler används från fall till fall.

<sup>10</sup> Denna typ av negative pledge-klausul går under benämningen "*the basic negative pledge*". Wood (s. 34) ger för övrigt följande exempel på lydelse: "*The borrower will not create or permit to exist security on its assets or those of its subsidiaries*".

<sup>11</sup> Se Wood s. 34.

position vid en eventuell konkurs får således ett visst skydd mot andra borgenärer genom intagande av en negative pledge-klausul.<sup>12</sup>

Har långgivaren även traditionell säkerhet i låntagarens egendom syftar negative pledge-klausulen bl.a. till att förhindra de problem som kan uppstå när tredje man vid en senare tidpunkt utverkar säkerhet som blir överordnad långgivarens.<sup>13</sup> Har t.ex. den ursprunglige långgivaren säkerhet i form av en företagsinteckning i låntagarens egendom, hindrar inte denna tredje man från att utverka panträtt i samma egendom och därigenom få särskild förmånsrätt till utdelning i en eventuell konkurs på låntagarens sida.<sup>14</sup>

Negative pledge-klausuler fungerar på olika sätt beroende på hur klausulen är formulerad. Vid sidan av ovannämnda formulering finns en variant som i engelsk rätt benämns *affirmative negative pledge* eller *equivalent security negative pledge*.<sup>15</sup> Denna klausul innebär att om låntagaren ställer säkerhet till annan kreditgivare, skall låntagaren ge den ursprunglige långgivaren motsvarande säkerhet i samma eller likvärdig egendom. Till skillnad från den enkla varianten innehåller denna klausul således både en positiv och en negativ förpliktelse.<sup>16</sup>

Det finns även en tredje variant, den s.k. *automatic security negative pledge*, vilken föreskriver att om låntagaren ställer säkerhet till annan kreditgivare, den ursprunglige långgivaren automatiskt får säkerhet i samma eller likvärdig egendom.<sup>17</sup> Den fortsatta framställningen behandlar dock endast negative pledge-klausulen i sin enklaste form.

---

<sup>12</sup> Se Hobbs, Tracy, The negative pledge – a brief guide, JIBL 1993, 8(7) s. 269.

<sup>13</sup> Se Wood s. 38.

<sup>14</sup> Se lag (2003:528) om företagsinteckning. Wood (s. 38) anger vidare att negative pledge-klausulen i detta sammanhang syftar till att förhindra de problem som kan uppstå om tredje man får en *second ranking security(junior creditor)* i samma egendom. En sådan säkerhet innebär att långgivaren vid omförhandling av lånet inte, utan tredje mans medgivande, kan låna ut nytt kapital mot utnyttjande av den befintliga säkerheten. Dessutom kan innehavaren av en *second ranking security* i vissa rättsordningar ha en självständig rätt att göra gällande säkerheten, vilket kan skapa problem för långgivaren om denna rätt utnyttjas vid en tid då långgivaren inte är beredd att lösa ut junior creditor. Dessa problem är av relevans även i svensk rätt eftersom det här är möjligt för en gäldenär att upplåta panträtt i andra hand till en ny panthavare. Vidare torde en sekundärpanthavare kunna göra gällande sin panträtt oberoende av primärpanthavaren. Se i detta avseende Walin, Gösta, Panträtt, 1998, s. 343.

<sup>15</sup> Se Cranston, Ross, Principles of banking law, 2002, s. 315 och Gorton s. 130.

<sup>16</sup> En intressant fråga är vad effekten av att låntagaren åtar sig en sådan avtalsrättslig förpliktelse blir enligt svensk rätt. Framför allt synes klausulen ge upphov till vissa processuella problem för den nu aktuella långgivaren om denne blir tvungen att via domstol se till att låntagaren ställer motsvarande säkerhet. Även om det sannolikt finns en möjlighet att via fullgörelsetalan kräva att domstolen förpliktar låntagaren att ge långgivaren säkerhet uppstår problem beträffande kravet på att ett yrkande måste vara bestämt (42 kap 1 § RB) och egendomen måste individualiseras (13 kap 2 § RB). Det torde inte vara möjligt att låta domstolen avgöra vad som avses med likvärdig säkerhet. Se Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Boman, Robert, Rättegång V, 1998, s. 25. Möjligen går det att läka denna brist genom att redan i avtalet definiera vad som avses med likvärdig säkerhet. Likväl kan värdet för långgivaren av att låntagaren åtar sig en sådan förpliktelse ifrågasättas.

<sup>17</sup> Se Cranston s. 315. Mot bakgrund av innehållet i svenska sakrättsliga regler är det inte troligt att en sådan klausul får avsedd effekt enligt svensk rätt. Att långgivaren automatiskt får säkerhet i samma eller likvärdig egendom torde nämligen inte vara förenligt med det



Det skall även påpekas att negative pledge-klausuler ofta utformas till att få väldigt långtgående konsekvenser för låntagaren beträffande vad för säkerhetstyper och vilka juridiska personer som omfattas av klausulen. Det hör exempelvis inte till ovanligheten att klausulen uttryckligen formuleras till att även omfatta *sale- and- lease back* transaktioner, vilka under vissa omständigheter har liknande effekt som säkerhetsrätter.<sup>18</sup> Vidare formuleras ofta klausulen till att även omfatta låntagarens dotterbolag. För att klausulen inte skall hindra låntagaren i dennes dagliga affärsverksamhet undantas i regel säkerheter vilka avser varor, konossement och försäkringar som uppkommer i denna.

## 2.4 Negative pledge-klausulen och traditionell säkerhet

Ovan har konstaterats att negative pledge-klausulen ytterst syftar till att minimera risken att låntagaren inte fullgör de förpliktelser som åligger honom enligt avtalet, i huvudsak återbetalning av ränta och lån. Ett annat sätt för långivaren att trygga sin rätt till betalning är att denne utverkar någon typ av säkerhet i låntagarens egendom. I en insolvenssituation är nämligen huvudprincipen att gäldenärens egendom fördelas lika mellan borgenärerna. Från principen om borgenärernas lika rätt finns emellertid flera viktiga undantag, däribland möjligheten att via panträtt, företagsinteckning eller annan säkerhetsrätt få företrädesrätt till betalning ur gäldenärens egendom.<sup>19</sup> Bakgrunden till flera av förmånsrätternas existens, däribland panträtt och företagsinteckning, är att de genom att påverka den presumtive borgenärens vilja att ge kredit anses främja kreditgivningen i allmänhet.<sup>20</sup>

Vid en jämförelse metoderna emellan kan konstateras att negative pledge-klausulen och traditionell säkerhet i stor utsträckning avser att fylla samma

---

krav på att ett sakrättsligt moment måste vidtas för att sakrättsligt skydd och därmed också förmånsrätt i låntagarens eventuella konkurs skall uppstå. Exempelvis krävs vid pantsättning av fast egendom såväl inskrivning som tradition. Det torde inte heller finnas utrymme att med stöd av reglerna om andrahandspantsättning se långivaren, eller för all del tredje man, som sekundärpanthavare, eftersom det då krävs tradition respektive underrättelse. Vidare synes inte reglerna om tvesala ge långivaren någon rätt gentemot tredje man. För att långivaren skall ges sådan rätt krävs att han fick panträtten upplåten först eller att han i god tro fått panten i sin besittning. Med beaktande av den utveckling som skett under de senaste åren inom det sakrättsliga området kan emellertid inte uteslutas att en sådan klausul har sakrättslig effekt. Se avsnitt 3.2.3. Mest troligt är dock att klausulen endast har rättsverkan mellan låntagaren och långivaren.

<sup>18</sup> Klausulen kan även omfatta befintliga säkerheter i syfte att fånga upp säkerheter ställda före låneavtalets ingående. För en redogörelse för de problem som kan uppstå beträffande klausulens omfattning se Wood s. 34 ff. och Cranston s. 316 ff.

<sup>19</sup> Se Förmånsrättslagen. Enligt denna lag ges särskilda förmånsrätter såsom pant företräde framför allmänna förmånsrätter och oprioriterade fordringar.

<sup>20</sup> Se Hästad, Torgny, Sakrätt avseende lös egendom, 1996, s. 282.

funktion, nämligen att skydda långgivaren. Vidare kan uppmärksammas att användningen av negative pledge-klausuler i svenska interna låneavtal har ökat under de senaste åren, även om klausulen inte används lika stor utsträckning som i internationella låneavtal.<sup>21</sup> En del av förklaringen till denna utveckling ligger förmodligen i de skillnader som finns mellan metoderna, bl.a. vad gäller tillvägagångssättet att uppnå nämnda syfte. Vid t.ex. panträtt ges panthavaren rätt att, när den aktuella prestationen inte utförs, tillgodogöra sig prestationens värde ur den pantsatta egendomen med förmånsrätt. Hur stort säkerhetsvärde som faktiskt uppnås beror givetvis på omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>22</sup> I egenskap av avtalsrättslig förpliktelse torde inte en negative pledge-klausul ge långgivaren företrädesrätt framför andra borgenärer.<sup>23</sup> Istället ligger klausulens säkerhetsvärde i den avsedda effekten, nämligen att ingen borgenär ges försteg framför annan utan alla borgenärer förblir oprioriterade.

Det kan tyckas märkligt att långgivare föredrar en likabehandling av borgenärer framför en företrädesrätt. I detta sammanhang skall det dock återigen påpekas att en negative pledge-klausul i regel kompletteras med en traditionell säkerhet. Vidare anses klausulen ha andra fördelar.<sup>24</sup> Den ger långgivaren en bättre kontroll av låntagarens verksamhet än vad som är fallet vid användande av traditionell säkerhetsrätt, eftersom den i stor utsträckning hindrar låntagaren från att uppta lån från andra kreditgivare.<sup>25</sup> Vidare undviks de kostnader som är förknippad med säkerställandet.

## 2.5 Påföljder vid brott mot negative pledge-klausuler

Om låntagaren i strid med en negative pledge-klausul ställer säkerhet till tredje man inträder som sagt normalt enligt låneavtalet en rätt för långgivaren att säga upp lånet till förtida återbetalning. Vidare har låntagaren, beroende på omständigheterna i det aktuella fallet, en del påföljdsmöjligheter enligt lag att tillgå såsom skadestånd.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Se Gortons (s. 126) genomgång av svensk formulärpraxis.

<sup>22</sup> Bylund nämner i detta sammanhang att en långgivare som t.ex. skaffat sig pant i en låntagares fastighet kanske först vid tidpunkten då panten skall realiseras upptäcker fastighetens egentliga värde och att det i en sådan situation kan vara problematiskt att hitta en köpare som är beredd att betala ett belopp som täcker hela lånet. Se Bylund s. 114 f.

<sup>23</sup> Negative pledge-klausulens eventuella sakrättsliga verkan diskuteras nedan i avsnitt 3.2.

<sup>24</sup> Se Cranston s 315 och Bylund s. 316.

<sup>25</sup> Se Cranston s. 315. Detta faktum kan samtidigt ses som en nackdel då den i vissa fall kan verka som en bromskloss i låntagarens verksamhet och hindrar den från att utan medgivande uppta nya lån.

<sup>26</sup> Om långgivaren säger upp lånet till förtida återbetalning till följd av låntagarens brott mot klausulen och låntagaren inte har möjlighet att återbetala lånet drabbas långgivaren av en ren förmögenhetsskada. En sådan skada ersätts i svensk rätt i avtalsförhållanden om långgivaren varit vårdslös. Se 2 kap 2 § SkL. Det finns i engelsk rätt ett visst utrymme för låntagaren att via en *injunction* förhindra en överträdelse av klausulen. Denna möjlighet synes dock inte ha särskilt stor praktisk betydelse eftersom den ursprunglige långgivaren i regel får

Förtida uppsägning är en allvarlig påföljd och de negativa konsekvenser som följer av en sådan åtgärd torde i de allra flesta fall avhålla låntagaren från att bryta mot klausulen. De allra flesta låntagare respekterar sina förpliktelser enligt låneavtalet. Det finns likväl en möjlighet att låntagaren bortser från eller anser sig inte vara bunden av klausulen och därför bryter mot densamma. I en sådan situation kan långgivarens påföljdsmöjligheter gentemot låntagaren visa sig vara av ringa värde om låntagaren blivit insolvent eller av annan anledning inte kan fullgöra sina förpliktelser. Låneavtal innehåller nämligen normalt en s.k. *cross default*-klausul, vilken kan ge långgivaren rätt att säga upp lånet till förtida återbetalning om låntagaren brutit mot t.ex. en negative pledge-klausul i ett annat låneavtal.<sup>27</sup> Konsekvensen av en överträdelse kan följaktligen bli att låntagaren drabbas av en hel serie med uppsägningar. I ett sådant läge är en betydelsefråga vad långgivaren har för möjlighet att vända sig mot tredje man som tagit säkerhet i låntagarens egendom och därigenom bidragit till överträdelsen av negative pledge-klausulen.

---

kännedom om låntagarens agerande först i efterhand, d.v.s. när överträdelse redan skett och säkerställandet fullbordats. Se Cranston s. 317.

<sup>27</sup> Se Cranston s. 322.

# 3 Anspråksmöjligheter mot tredje man

## 3.1 Ett par avtals- och sakrättsliga utgångspunkter

I föregående kapitel har uppmärksamats att en negative pledge-klausul ytterst syftar till skydda långgivaren genom att tillse att låntagarens tillgångar, i händelse av konkurs, fördelas mellan borgenärerna utan prioritet för viss fordran. Vidare har konstaterats att långgivarens påföljdsmöjligheter gentemot låntagaren är fullt tillräckliga under förutsättning att denne är solvent, men att de kan visa sig vara värdelösa om låntagaren redan blivit insolvent. Av detta följer att det ur långgivarens synvinkel istället är av större intresse att undersöka vad denne har för möjligheter att vända sig mot tredje man som tagit säkerhet i strid med negative pledge-klausulen.

I svensk rätt finns, i likhet med många andra rättssystem, en principiell indelning mellan å ena sidan sakrätter såsom äganderätt och panträtt, och å andra sidan övriga rättigheter såsom anspråk på betalning eller fullgörande av annan positiv eller negativ prestation, ofta kallade obligationsrätter.<sup>28</sup> De förstnämnda rättigheterna kan vinna sakrättsligt skydd mot tredje man antingen direkt genom avtalet eller genom iakttagande av vissa ytterligare åtgärder, t.ex. tradition. Obligationsrätter har enligt huvudregeln ingen verkan mot tredje man, utan rättighetsinnehavaren får nöja sig med att rikta olika typer av anspråk mot sin avtalspart. Detta är en fundamental avtalsrättslig regel vilken i doktrinen ofta går under benämningen principen om avtalsverkningarnas subjektiva begränsning.<sup>29</sup> Denna princip har emellertid vissa undantag.<sup>30</sup> Vad som egentligen avses är att det inte är möjligt att via avtal förplikta utomstående som inte visat sig villig att bli bunden av förpliktelsen. Däremot föreligger inget principiellt hinder mot att avtalsparter berättigar en tredje man (s.k. tredjemansavtal).<sup>31</sup>

Beträffande sakrätter är det en allmänt vedertagen princip att sådana rätter, till skillnad från obligationsrätter, är till antalet begränsade och därför inte fritt kan skapas avtalsvägen.<sup>32</sup> Om parterna i ett avtal har för avsikt att en viss rättighet även skall ges verkan mot tredje man är de följaktligen

---

<sup>28</sup> Se bl.a. Håstad s. 430.

<sup>29</sup> Se Bernitz, Ulf, Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande, Festskrift till Lars Welamson, 1987, s. 43, Principen går i engelsk rätt under benämningen *the doctrine of privity of contract*.

<sup>30</sup> Se Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt I, 2002 s. 138 ff.

<sup>31</sup> Tredjemansavtal är dock i regel inte möjligt i engelsk rätt p.g.a. kravet på *consideration*. Se t.ex. Chen-Wishart, Mindy, Contract Law, Oxford University Press, 2005, s. 623 ff.

<sup>32</sup> I doktrinen talas om att det finns ett typtvång för sakrätter och att de är till antalet begränsade (principen om numerus clausus) Se Nial, Håkan, Nya sakrätter?, SvJT 1940 s. s. 677 och Håstad s. 130.

hänvisade till de redan etablerade sakrätter som finns enligt lag eller rättspraxis. Av denna princip följer givetvis även att det inte är möjligt att skapa nya slags förmånsrätter. FRL är i detta avseende tvingande.<sup>33</sup>

Mot bakgrund av dessa avtals- och sakrättsliga principer ter det sig tämligen självklart att en negative pledge-klausul, ovan definierad som en avtalsrättslig förpliktelse att inte ställa säkerhet till tredje man, inte ger långgivaren fullständigt sakrättsligt skydd. Denna uppfattning återfinns även i doktrinen.<sup>34</sup> Förklaringen är helt enkelt att det anspråk en långgivare har mot låntagaren till följd av negative pledge-klausulen inte är en sådan etablerad sakrätt. Vidare har inte tredje man uttryckt någon önskan att bli bunden av förpliktelsen, varför dess rättsverkningar stannar avtalsparterna emellan. Vill långgivaren uppnå fullständigt sakrättsligt skydd och därmed även förmånsrätt i låntagarens eventuella konkurs är långgivaren hänvisad till de traditionella säkerhetsrätterna.

Dessa brister avseende negative pledge-klausulens rättverkan mot tredje man får givetvis till följd att långgivarens möjligheter att nå framgång med ett anspråk mot denne minskar avsevärt. Att klausulen helt saknar sakrättslig verkan är emellertid för tidigt att säga. Rättsläget är nämligen mer flexibelt än vad ovannämnda indelningen mellan sakrätter och obligationsrätter antyder. I rättspraxis och doktrin finns exempel på att vissa avtalsrättsligt grundade belastningar avseende viss egendom, vilka inte går att hänföra till de traditionella sakrättsformerna, i viss utsträckning och under vissa omständigheter kan få sakrättsliga verkningar. De rättsverkningar som i första hand varit aktuella är att belastningen slår igenom mot en ondtröende förvärvare av den belastade egendomen.<sup>35</sup> Eftersom negative pledge-klausulen är att se som en avtalad belastning där låntagaren förbjuds att bevilja säkerhet i sin egendom är det av intresse att undersöka om denna belastning kan uppnå sakrättsligt skydd och vad detta sakrättsliga skydd i så fall skulle bestå i.

## **3.2 Tredje mans säkerhet överksam p.g.a. belastning i låntagarens egendom**

### **3.2.1 Allmänt om betingelser**

Avtalsrättsligt grundande belastningar avseende viss egendom går i doktrinen under benämningen betingelser.<sup>36</sup> Likt traditionella sakrätter

---

<sup>33</sup> Se Håstad s. 130.

<sup>34</sup> Se Bylund s. 122, Gorton och Sjöman s. 508 och Hessler, Henrik. Allmän sakrätt – om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer, 1973, s. 418.

<sup>35</sup> Se Bylund s. 122 f., Hessler s. 447 ff., Håstad s. 429 ff. och Rodhe, Knut, Handbok i sakrätt, 1985, s. 607 ff.

<sup>36</sup> Denna term lanserades av Hessler och har sedan, trots vissa invändningar, fått fäste i doktrinen. Se Hessler s. 446.

inskränker de ägarens faktiska och rättsliga rådighet över egendomen. Det kan t.ex. vara fråga om en optionsrätt, d.v.s. en persons rätt mot ägaren att vid en framtida tidpunkt förvärva äganderätten till viss egendom. Andra typer av betingelser innebär att ägarens till viss egendom åläggs att använda den på visst sätt eller förbjuds överlåta eller pantsätta egendomen. Utgångspunkten för dessa betingelser är givetvis att de endast har rättsverkan mellan avtalskontrahenterna.<sup>37</sup> Emellertid förekommer exempel i rättspraxis där belastningen ansetts bindande för tredje man.

### 3.2.2 Betingelsers sakrättsliga verkningar

Av särskilt intresse i detta sammanhang är rättsfallen NJA 1924 s. 329, 1925 s. 80 och 1940 s. 297. Rättsfallen behandlar frågan om en pantutfästelse i lös egendom, d.v.s. en slags belastning bestående i en ännu inte fullbordad panträtt, kan ha vissa sakrättsliga effekter gentemot tredje man som förvärvat den egendom som var föremål för utfästelsen. I rättsfallen ansågs pantutfästelsen vara bindande mot förvärvaren om denne hade vetskap om att egendomen var belastad med pantutfästelse, men inte när förvärvaren var i god tro. Att pantutfästelsen var bindande mot tredje man innebar inte att dennes förvärv var ogiltigt, utan att han blev tvungen att respektera belastningen.

I ett senare upphovsrättsligt fall, NJA 1949 s. 645, resonerade JustR Karlgren i ett särskilt yttrande kring huruvida de ovannämnda pantutfästelsefallen kunde tänkas ge uttryck för en allmän princip om att en rent obligatorisk rätt till lös egendom skall ges skydd mot en ondtröende förvärvare av egendomen. Karlgren fann att så inte torde vara fallet. Till stöd för sin uppfattning anförde Karlgren att pantutfästelsefallen var till sin art skilda från andra obligatoriska rättigheter och att en allmän princip skulle strida mot det allmänna omsättningsintresset. Hessler, Nial och Bernitz synes ansluta sig till Karlgrens uppfattning i denna fråga.<sup>38</sup> Hessler framhåller till stöd för sin uppfattning att det finns avgörande skillnader mellan pantutfästelser och andra typer av belastningar på lös egendom.<sup>39</sup> En pantutfästelse avseende lös egendom är en rättighetstyp som i och för sig kan vinna fullständigt sakrättsligt skydd om nödvändigt sakrättsmoment iakttas. Eftersom sakrättsmomentet, i detta fall tradition, syftar till att ge allmänheten kännedom om rättighetens existens anser Hessler det naturligt att en förvärvare, som trots utebliven publicitet har vetskap om rättighetens existens, blir bunden av belastningen. Beträffande de rättighetstyper som saknar tillhörande regler om fullständigt sakrättsligt skydd finner Hessler det vara förenligt med rättighetstypens övriga utformning att en ondtröende förvärvare inte skall behöva ta hänsyn till belastningen.<sup>40</sup> Rodhe förefaller

<sup>37</sup> Se Hessler s. 447 och Bylund s. 122.

<sup>38</sup> Se Hessler s. 461f., Nial s. 680 och Bernitz s. 59.

<sup>39</sup> Se Hessler s. 461 ff.

<sup>40</sup> Hessler s. 461 f. Se även Nial(s. 681) som för ett liknande resonemang. Nial anser att det med tanke på att panträtt är en erkänd sakrättslig rätt är naturligt att redan utfästelsen, d.v.s.

dock ha en delvis annorlunda uppfattning i denna fråga.<sup>41</sup> Rodhe konstaterar å ena sidan att det i rättspraxis finns en tendens att acceptera en ondrosregel bl.a. om att pantutfästelse i lös egendom anses gällande mot ondrosreglerande förvärvare av egendomen. Å andra sidan finner Rodhe rättsläget vara oklart i denna fråga och att en ondrosregel inte nödvändigtvis behöver vara konstruerad på samma sätt för olika slags belastningar.<sup>42</sup>

Även om det råder oenighet i doktrinen om förekomsten av en allmän ondrosregel synes alla vara överens om att principen om sakrätternas typtvång inte utesluter att en del belastningar avseende lös egendom under vissa förutsättningar kan ha åtminstone vissa sakrättsliga verkningar mot ondrosreglerande förvärvare.<sup>43</sup> I nästa avsnitt skall utredas huruvida en belastning i form av ett anspråk grundat på en negativ pledge-klausul kan tänkas utgöra en belastning med sakrättsliga verkningar. Dessförinnan är det lämpligt att fundera över vad det i så fall skulle innebära att en negativ pledge-klausul har vissa sakrättsliga verkningar mot en ondrosreglerande tredje man. Ett alternativ är att tredje man, precis som i de ovannämnda pantutfästelsefallen, blir bunden på så vis att denne måste respektera den belastning negativ pledge-klausulen innebär. En sådan rättverkan förespråkas i doktrinen beträffande bl.a. en nyttjanderätts bestånd vid överlåtelse till en ondrosreglerande förvärvare.<sup>44</sup> Gemensamt för dessa typer av dispositioner synes vara att belastningen i dessa fall inte är oförenlig med överlåtelsen av egendomen. I situationer där en disposition är oförenlig med en belastning synes ogiltighet vara den naturliga rättsverkan.<sup>45</sup> Att säkerställandet till tredje man skulle vara ogiltigt p.g.a. att det skett i strid med en negativ pledge-klausul förefaller dock enligt min mening inte särskilt troligt med tanke på att det då skulle vara fråga om ett mer långtgående tredjemansskydd. Enligt min mening är det mer troligt att tredje man blir bunden att respektera klausulen. Vad detta innebär i praktiken synes dock vara oklart. Ett alternativ är att tredje man helt enkelt blir förhindrad att göra gällande säkerheten innan den ursprunglige långgivaren fått betalt för sin fordran.

---

innan denna sakrätt blivit fullbordad genom tradition, får verkan mot ondrosreglerande tredje man.

<sup>41</sup> Se Rodhe s. 607 ff.

<sup>42</sup> Se Rodhe s. 610.

<sup>43</sup> Vilken rättslig grund doktrinen anför till stöd för att en tredje man i vissa fall bör bli bunden av en belastning är enligt min mening oklart. Möjligen använder de, åtminstone vad gäller negativa betingelser, ett slags lojalitetsresonemang bestående i att även en ondrosreglerande tredje man bör bli bunden om parterna, genom att införa en klagande lojalitetsbestämmelse, visat att en viss disposition är absolut förbjudet. Jfr Rodhe s. 466 f.

<sup>44</sup> Se t.ex. Håstad s. 429.

<sup>45</sup> Se t.ex. Rodhes (s. 617) diskussion om negativa betingelser avseende förbud att överlåta egendom. Rodhe anser att innebörden av att en sådan belastning skall respekteras av den som förvärvar egendom är att dennes förvärv är ogiltigt.

### 3.2.3 Negative pledge-klausulens sakrättsliga verkan

Inledningsvis kan konstateras att en belastning i form av ett negative pledge-åtagande inte är en erkänd sakrättsform i ofullbordad form. Därmed återstår det att undersöka hur klausulen förhåller sig till andra typer av avtalade belastningar, vilka enligt doktrinen kan ha vissa sakrättsliga verkningar.

Gorton och Sjöman uppmärksammar i detta avseende att en negative pledge-klausul skiljer sig från övriga avtalade belastningar på en avgörande punkt.<sup>46</sup> Till skillnad från övriga belastningar innebär klausulen inte någon belastning avseende viss egendom, utan all låntagarens egendom. Med tanke på att den s.k. specialitetsprincipen, vilken innebär att varje sakrättsligt skyddat anspråk måste vara knutet till en individuellt bestämd egendom, sedan länge utgjort en grundprincip inom svensk sakrätt drar Gorton och Sjöman slutsatsen att klausulen inte torde hindra en ondtroende tredje man från att göra ett giltigt förvärv i strid med klausulen.<sup>47</sup> Även Rodhe synes vara av uppfattningen att negative pledge-klausulens eventuella sakrättsliga verkningar faller på att specialitetsprincipen inte är uppfylld<sup>48</sup> Walin synes emellertid förespråka en motsatt ståndpunkt, d.v.s. att en negative pledge-klausul har sakrättslig verkan mot ondtroende tredje man.<sup>49</sup> Walin anser att ett sådant synsätt ligger i linje med HD:s uttalanden i de ovannämnda pantutfästelsefallen. Gorton och Sjöman har i detta avseende uppmärksammat att Walin inte uttryckligen gör åtskillnad mellan belastningar avseende viss egendom och all egendom, men tolkar Walins uttalande som att gälla även generella belastningar.<sup>50</sup> Till stöd för denna tolkning anför Gorton och Sjöman att det sällan förekommer negative pledge-klausuler avseende viss bestämd egendom. Enligt min mening ligger det dock närmare till hands att tolka Walins uttalande till att endast avse pantutfästelser beträffande viss bestämd egendom. För en sådan tolkning talar det faktum att Walin åberopar de ovannämnda pantutfästelsefallen till stöd för sin ståndpunkt, i vilka utfästelserna avsåg en viss identifierad egendom. Vidare förekommer det på andra håll inom doktrinen att distinktion görs mellan generella belastningar och belastningar avseende viss bestämd egendom.<sup>51</sup>

Mot denna bakgrund torde gällande rätt innebära att en belastning i form av en negative pledge-klausul, vilken föreskriver att låntagaren inte får ställa säkerhet till tredje man, i sig inte har några sakrättsliga verkningar, detta oavsett om tredje man var i ond eller god tro. Säkerhet ställd till förmån för tredje man är följaktligen giltig och tredje man är inte bunden att respektera klausulen.

---

<sup>46</sup> Se Gorton och Sjöman s. 510.

<sup>47</sup> Se Gorton och Sjöman s. 511.

<sup>48</sup> Se Rodhe s. 619.

<sup>49</sup> Se Walin, Gösta, Om företagshypotek, 1995, s. 93 och 126.

<sup>50</sup> Se Gorton och Sjöman s. 510.

<sup>51</sup> Se t.ex. Rodhe s. 619. Han gör åtskillnad mellan förbud mot att pantsätta viss egendom och all egendom.



Om nu specialitetskravet sätter hinder i vägen för negative pledge-klausulens sakrättsliga verkningar uppstår frågan om en uppräknings av en viss egendom tillhörande låntagaren i klausulen kan göra att kravet anses uppfyllt och att klausulen därmed ger verkan mot ondtröende tredje man. Kravet på specialitet torde i en sådan situation kunna vara uppfyllt eftersom anspråket avser ett individuellt bestämt föremål och långivaren kan hos låntagaren identifiera de föremål anspråket avser.<sup>52</sup> Med tanke på den osäkerhet som råder kring huruvida det är möjligt att låta de äldre pantutfästelsefallen ligga till grund för en analogi vid ett säkerställande i strid med en negative pledge-klausul får likväl rättsläget betraktas oklart.

Även om en negative pledge-klausul i sig inte torde ha några sakrättsliga verkningar uppstår frågan om det via registrering är möjligt att skapa en sådan effekt. En sådan möjlighet saknas i svensk rätt.<sup>53</sup> Detsamma torde gälla möjligheten att ge klausulen sakrättsligt skydd genom att kombinera den med en rättighet som via registrering kan åtnjuta sakrättsligt skydd. En lösning skulle i så fall kunna vara att det vid företagsinteckning även görs en anteckning om att låntagarens egendom är belastad med en negative pledge-klausul och att en senare inteckning avseende samma egendom därmed skulle förhindras.

Slutligen bör i detta sammanhang påpekas att den utveckling som ägt rum inom det sakrättsliga området under senare år gör det svårt att med bestämdhet uttala sig om negative pledge-klausulens sakrättsliga verkan. Bl.a. har diskussioner förts i doktrinen det om hur pass hårt och formalistiskt man skall hålla på principerna om tradition och denuntiatio i rättstillämpningen samt vad principernas närmare innebörd är.<sup>54</sup> Vad gäller den senare frågan ger rättspraxis numera stöd för att traditionsprincipen inte kräver en tydlig fysisk besittningsövergång för att sakrättsligt skydd skall uppstå, utan en avskuren rättslig förfogandemöjlighet över egendom för överlåtarens respektive pantsättarens.<sup>55</sup> Beträffande den förra frågan, vilken är av större intresse för frågan om negative pledge-klausulens sakrättsliga verkan, kan uppmärksammas att HD i ett nyligen avgjort fall gjort avsteg från traditionsprincipen och istället låtit avtalet få betydelse som det sakrättsligt skyddade momentet.<sup>56</sup> I fallet hade F & G AB överlåtit maskiner

---

<sup>52</sup> Håstad s. 152.

<sup>53</sup> Se Rodhe s. 606. Se även SOU 1981:76 s. 72 där det i samband med utredningen av en ny företagsinteckning övervägdes en sådan ordning. Utredningen avstod dock från förslag därom bl.a. p.g.a. att det ansågs bäst att låta negativ pledge-klausulen förbli en förtroendekredit så länge den fungerar väl utan sakrättslig förstärkning.

<sup>54</sup> Se Myrdal, Staffan, Borgenärsskyddet – om principerna för skyddet mot överlåtarens och pantsättarens borgenärer, 2002.

<sup>55</sup> Se Millqvist, Göran, Millqvist analyserar sakrätt i HD, 2007 och NJA 1996 s. 52 respektive NJA 2000 s. 58 avseende övergången från kravet på besittningsövergång till kravet på rådighetsavskärning. Se även NJA 2007 s. 413 där det, i fall av inkrämsöverlåtelse mellan närstående bolag, fastslogs att kravet på tradition är uppfyllt om det förvärvande bolagets representant i denna egenskap är skyldig att tillvarata förvärvarens/panthavarens intressen under såväl straffansvar enligt 10 kap 1 och 5 §§ BrB som skadeståndsansvar.

<sup>56</sup> Se HD:s dom meddelad den 9 oktober 2007 (mål nr. T 3088-05).

till sitt moderbolag, vilket samma dag överlät maskinerna till HB Bulten. F & G AB utgjorde tillsammans med ett systerbolag bolagsmän i HB Bulten, vilket ägde den fastighet där F & G AB bedrev sin verksamhet och där maskinerna fanns. Efter att F & G AB försatts i konkurs uppstod frågan om HB Bulten gjort ett sakrättsligt skyddat förvärv då maskinerna fanns kvar i fastigheten och inte registrerats enligt 1845 års lösöreköplag. HD fann att omständigheterna i fallet var speciella i och med att maskinerna utgjorde lösöre medan de ägdes av F & G AB men blev fastighetstillbehör genom förvärvet. Därefter noterades de skillnader som finns avseende uppkomsten av borgenärsskydd mellan lösöre respektive fast egendom. För lösöre krävs tradition eller registrering medan det för fast egendom räcker med överlåtelseavtalet. HD tog sedan ställning till frågan om det var motiverat att tillämpa reglerna för lösöre eftersom maskinerna var av sådan karaktär då de överläts. HD besvarade frågan nekande med hänvisning till att en tillämpning av lösöreregler hade inneburit att den enda möjligheten för förvärvaren att uppnå borgenärsskydd skulle varit fysisk tradition eftersom fast egendom inte kan registreras. Vidare anfördes att det i andra sammanhang kan tänkas ett sådant från lösöreköplagen fristående traditionskrav, men att uppställandet av ett traditionskrav i det nu aktuella fallet och liknande situationer i praktiken skulle omöjliggöra genomförandet av kommersiellt skyddsvärda transaktioner. På denna grund ansågs sakrättsligt skydd ha uppstått redan i och med förvärvsavtalet.

Även om HD i detta fall låtit avtalet få betydelse som det sakrättsligt skyddade momentet torde huvudregeln fortfarande innebära att ett krav på tradition eller denuntiation uppställs. Vad gäller negative pledge-klausulen finns det enligt min mening inga egentliga skäl till att sakrättsligt skydd bör uppstå till följd av en sådan avtalsrättsligt grundad förpliktelse. Med beaktande av att senare rättspraxis torde ge stöd för att det traditionella sakrättsliga synsättet med en sträng formalism i rättstillämpningen håller på att förändras mot en mera nyanserad och komplex tillämpning går det dock inte att utesluta att klausulen vid en domstolsprövning kan komma att ges en viss sakrättslig effekt.<sup>57</sup>

### 3.2.4 Dansk och norsk rätt

Även i dansk och norsk rätt görs en uppdelning mellan obligatoriska och sakrättsliga rättigheter.<sup>58</sup> Emellertid förefaller indelning i dessa rättsordningar inte vara lika strikt som i svensk rätt utan såväl dansk som

---

<sup>57</sup> Se Millqvist beträffande förändringen av det sakrättsliga synsättet.

<sup>58</sup> Avseende dansk rätt se Gomard, Bernhard, *Obligationsret* del 3, 1993, s. 3. Gomard utgår ifrån begreppet formuereiteter och menar att dessa kan vara tingligt eller obligatoriskt skyddade. Innehavaren av en rätt med tingligt skydd erhåller rättsskydd på så vis att hans rätt är skyddad mot tredje man, medan innehavaren av en obligatoriskt rätt saknar sådant skydd. Avseende norsk rätt kan hänvisas till Hagström, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2003 s. 27. Hagström uttrycker motsättningen mellan obligatoriska och tinglige rättigheter på så vis att en ting går ut på att råda över en sak medan en obligatorisk rättighet endast är en rättighet mot en eller flera bestämda personer.

norsk rätt torde ha mer nyanserade regler för varje problem och vara mer öppna för att ge nya rättigheter sakrättsligt skydd.<sup>59</sup>

Vad gäller ett anspråk grundat på en negative pledge-klausul kan konstateras att en sådan klausul i sig inte hindrar tredje man från att ta säkerhet i låntagarens egendom utan i såväl dansk som norsk rätt endast har verkan på det obligationsrättsliga planet.<sup>60</sup> Emellertid synes det i både dansk och norsk rätt vara möjligt att via registrering eller tingslysning av klausulen i vissa fall uppnå ett visst skydd mot tredje man. I dansk rätt möjliggör 43 § Tingslysningsloven en tingslysning av ett dokument som går ut på att en person förpliktar sig att inte, utan borgenärens samtycke, underpantsetta sina tillgångar.<sup>61</sup> I norsk rätt kan pantsättning av fast egendom i strid med en negativ pantsättningsklausul förhindras via tingslysning eller registrering av klausulen på så vis att tingslysningsdomaren eller registerföraren kan avvisa senare ingivna pantbrev.<sup>62</sup> Det anses även möjligt att registrera en sådan klausul hos värdepapperscentralen och därmed förhindra pantsättning av aktier. Vad gäller de lösören vilka är att hänföra till lösöreregistret saknas en motsvarande ordning. Orsaken är att det i lösöreregistret endast kan ske tingslysning när tingslysningen är erkänd rättsverkan enligt lag och sådant lagstöd saknas när det gäller negativa pantsättningsklausuler.<sup>63</sup>

Av det ovan sagda torde följa att det krävs en uppräknig av de tillgångar som är belastade av negative pledge-klausulen för att sakrättsligt skydd skall uppnås. En sådan ståndpunkt stöds även av att såväl dansk som norsk rätt har ett motsvarande krav på specialitet.<sup>64</sup> Vidare uppstår frågan om klausulen kan registreras separat eller om det krävs att den registreras tillsammans med en traditionell säkerhet och på så vis åker snålskjuts på den rättighetens sakrättsliga skydd. I dansk doktrin talar man om förhindrande av underpantsetning vilket torde ge stöd för att en negative pledge-klausul kan registreras separat.<sup>65</sup> Vad gäller norsk rätt synes det inte heller här krävas att klausulen registreras tillsammans med en traditionell säkerhet.<sup>66</sup>

---

<sup>59</sup> Jfr Forssell, Hans, Tredjemansskyddets gränser, 1976, s. 211 ff. På grundval av en komparativ undersökning drar Forssell slutsatsen att man i både dansk och norsk rätt tar avstånd från en rigorös indelning av rättigheter i sakrätter och obligatoriska rättigheter. Forsell anser vidare att det inte förekommer någon egentlig teori om sakrätternas numerus clausus i dessa rättsordningar.

<sup>60</sup> Se Lyng Andersen, Lennart, Werlauff, Erik, Kreditretten, 2005, s. 127 och Braekhus, Sjur, Omsetning og kreditt 2, 2005, s. 296.

<sup>61</sup> Se även Bryde Andersen, Mads, Lookofsky, Joseph, Laerobog I Obligationsret, 2005, s. 358. En underpantsetning är en form av registerpant där pantsättaren behåller rådigheten över panten.

<sup>62</sup> Se Braekhus s. 296

<sup>63</sup> Se Braekhus s. 296

<sup>64</sup> Se Braekhus s. 216 och Eyben, von W.E., Vinding Kruse, Anders, Formueret, 1991, s. 21.

<sup>65</sup> Se Bryde Andersen och Lookofsky s. 358.

<sup>66</sup> Se Braekhus s. 296. Braekhus talar om en långgivares möjlighet att skydda sig mot tredje när långgivaren avstått från att utverka pantrett i låntagarens egendom.

### 3.2.5 Engelsk rätt

Även i engelsk rätt görs åtskillnad mellan obligationsrätter och sakrättsligt skyddade rättigheter, om än på ett till synes mer komplicerat sätt.<sup>67</sup> I likhet med svensk rätt anses principen om sakrätternas typtvång och begränsade antal vara en etablerad princip, vilket fått till följd att domstolarna är ovilliga att erkänna nya typer av sakrätter.<sup>68</sup>

Vad gäller negative pledge-klausulen kan konstateras att denna i sig inte utgör någon säkerhetsrätt enligt engelsk rätt av den enkla anledningen att den inte ger långgivaren några rättigheter i låntagarens nuvarande eller framtida tillgångar.<sup>69</sup> Inte heller är det möjligt att via en registrering av klausulen uppnå sakrättsligt skydd.<sup>70</sup> Detta utesluter dock inte att klausulen under speciella omständigheter kan ha vissa en viss rättverkan mot tredje man. Det finns nämligen även i engelsk rätt exempel i rättspraxis där en belastning getts verkan mot tredje man på så vis att dennes avtal i strid med belastningen inte kunnat göras gällande.

Av intresse i detta sammanhang är fallet *De Mattos v. Gibson*<sup>71</sup> där en befraktare av ett fartyg via en prohibitive injunction<sup>72</sup> försökte förhindra ägaren till fartyget och en borgenär att agera på ett sätt oförenligt med certerpartit. Domstolen uttalade bl.a. att när en person förvärvar en tillgång av annan, med vetskap om ett befintligt avtal med tredje man rörande användningen av tillgången, kan domstolen ingripa i syfte att tillförsäkra att förvärvaren inte använder tillgången på ett sätt som är oförenligt med det befintliga avtalet.

Tillämpas denna princip på situationen där tredje man tar säkerhet i strid med en negative pledge-klausul torde det vara möjligt för den ursprunglige långgivaren att via injunction hindra tredje man från att göra gällande sina rättigheter i egenskap av säkerhetsinnehavare.<sup>73</sup> Den ursprunglige långgivaren skulle då hamna i samma position som om överträdelse inte skett eftersom tredje man inte längre kan utnyttja sin förmånsrätt i låntagarens eventuella konkurs utan istället blir att betrakta som en oprioriterad fordringsägare. Beträffande principens tillämpbarhet på

---

<sup>67</sup> Se t.ex. Clarke, Alison, Kohler, Paul, *Property law – commentary and materials*, 2005, s. 155 ff om skillnaden mellan *proprietary* och *non-proprietary interests*.

<sup>68</sup> Se Clarke och Kohler s. 160.

<sup>69</sup> Se Goode, R. M., *Legal problems of credit and security*, 1988, s. 19 och Hobbs s. 271.

<sup>70</sup> Se Hobbs s. 269. Anledning är att klausulen varken skapar en *proprietary* eller *security interest*. Däremot kan uppgifter om klausulen införas i bolagsregistret i syfte att ge tredje män kännedom om dess existens. En sådan registrering innebär dock inte att en tredje man skall anses ha kännedom om klausulen, utan det krävs att de faktiskt gör en registersökning. Att en tredje man har kännedom om att en låntagare är bunden av en negative pledge-klausul har bl.a. betydelse för huruvida en tredje mans *fixed charge* i en låntagares egendom, vilken ingår i en befintlig *floating charge*, skall ges prioritet. En *floating charge* tar inte sikte på någon specifik egendom utan motsvaras närmast av den svenska företagsinteckningen. En *fixed charge* avser en specifik egendom.

<sup>71</sup> [1858] 4 De G & J 276.

<sup>72</sup> En sådan åtgärd torde i svensk rätt närmast motsvaras av en förbudstalan.

<sup>73</sup> Se Cranston s. 319.

negative pledge-klausuler bör emellertid följande uppmärksammas. I likhet med vad som ovan sagts om belastningars rättsverkningar enligt svensk rätt krävs för principens tillämplighet att tredje man haft faktisk kännedom om klausulen.<sup>74</sup> Vidare tyder senare rättspraxis på att det även enligt engelsk rätt torde krävas att belastningen avser en viss specifik egendom och inte, vilket är fallet med negative pledge-klausulen, all låntagarens egendom.<sup>75</sup> Därmed torde en långgivares möjligheter att rikta anspråk mot tredje man på denna grund vara mycket begränsade även enligt engelsk rätt.

## 3.3 Återvinning

### 3.3.1 Allmänt om återvinning

Även om negative pledge-klausulen inte gör tredje mans säkerhet ogiltig kan ett säkerställande till tredje man, förutsatt att vissa förutsättningar är uppfyllda, återvinnas till konkursboet.<sup>76</sup> Verkan av att en rättshandling återvinns är att den egendom säkerställandet avser återbärs till konkursboet och ingår i den egendom som sedermera används till att betala alla borgenärens fordringar.<sup>77</sup> Reglerna om återvinning kan därmed ses som en andra skyddsvall borgenärerna har mot att en viss borgenär blir gynnad på de övrigas bekostnad.<sup>78</sup> Det blir således väsentligt för långgivaren att även undersöka möjligheten att återvinna rättshandlingen.<sup>79</sup> Innan så sker är det av stor vikt att poängtera att återvinningsreglerna innehåller tidsfrister inom vilken en rättshandling måste ha företagits för att återvinning skall kunna

---

<sup>74</sup> Detta framgår av *Swiss Bank Corp. v. Lloyds Bank Ltd.* [1979] Ch. 548 där domstolen uttalade att det för principens tillämplighet inte räckte med *constructive knowledge* på tredje mans sida (ungefär bort ha haft vetskap i svensk rätt) avseende avtalets existens, utan det krävdes *actual knowledge* (ungefär faktisk kännedom i svensk rätt).

<sup>75</sup> Se *MacJordan Construction Ltd. v. Brookmount Erostin Ltd.* [1992]B.C.L.C. 350 där De Mattos- principen inte ansågs tillämplig eftersom den kontraktuella rättigheten inte avsåg en viss specifik egendom utan endast en odefinierbar förmögenhetsmassa. Cranston (s. 320) konstaterar i detta avseende att domstolar i både England och USA tenderar att tolka principen snävt men utesluter samtidigt inte helt dess tillämpbarhet på negative pledge-klausuler. Cranston synes vara av den uppfattningen att den avsedda egendomen skulle kunna vara den egendom som tredje man fått säkerhet i. Ett sådant resonemang torde förutsätta att det i engelsk rätt är möjligt att kravet på specialitet och identifikation uppfylls först i vid tidpunkten då tredje man tar säkerhet i strid med negative pledge-klausulen.

<sup>76</sup> Reglerna om återvinning återfinns i 4 kap Konkurslagen.

<sup>77</sup> Detta framgår av 3 kap 3 § och 4 kap 14 § KL.

<sup>78</sup> Se i detta avseende Håstad s. 115. Se även Lennander, Gertrud, Återvinning i konkurs, 2004, s. 31. Sammanfattningsvis kan sägas att om ett säkerställande är sakrättsligt överksamligt har inte återvinningsinstitutet någon funktion att fylla.

<sup>79</sup> En talan om återvinning får enligt 4 kap 19 § KL påkallas av konkursförvaltaren, eller om denne underlåter att föra en sådan talan, av konkursborgenär. Man kan tycka att frågan om möjligheterna till återvinning ligger utanför denna uppsats syfte och problemställning då det i normalfallet är konkursförvaltaren och inte den ursprunglige långgivaren som för återvinningstalan. Mot bakgrund av att en återvinning av en säkerhet innebär att rättshandlingen går åter och därmed också att en tredje man kan bli förhindrad att i egenskap av prioriterad borgenär erhålla förmånsrätt i låntagarens konkurs är det dock av intresse för en långgivare att förutsättningarna för återvinning blir utredda.

ske. Beträffande svensk rätt finns i 4 kap 12 § KL en speciell återvinningsregel som tar sikte på just ställande av säkerhet. Emellertid krävs för återvinning enligt denna bestämmelse att överlämnandet av säkerheten skett senare än tre månader före konkursansökan, vilket starkt begränsar möjligheten att tredje mans säkerhet återvinns. Samtidigt går det inte att bortse från att en säkerhet ställs inom denna tidsrymd. Därför undersöks i det följande möjligheten till återvinning enligt denna regel.

Det svenska återvinningsinstitutet innehåller även allmängiltig regel i 4 kap 5 § KL, enligt vilken en rättshandling, varigenom en borgenär på ett otillbörligt sätt gynnats framför andra, kan återvinnas om den företagits senare än fem år före konkursansökan.<sup>80</sup> Med tanke på att återvinningsfristen i denna bestämmelse är avsevärt längre skall det även utredas om säkerställandet till tredje man kan återvinnas på denna grund. Med tanke på denna uppsats syfte är det särskilt intressant att undersöka om det faktum att säkerställandet till tredje man samtidigt innebär ett brott mot en negative pledge-klausul och de negativa konsekvenser som kan drabba den ursprunglige lånegivaren till följd av överträdelsen gör att rättshandlingen bör betraktas som otillbörlig.

Dessa två återvinningsmöjligheter skall i det följande undersökas var för sig. Dessförinnan skall kort redogöras för de allmänna förutsättningarna för återvinning.

### 3.3.2 Förutsättningar för återvinning

För återvinning enligt 4 kap 5 § KL krävs, utöver otillbörlighet, att gäldenären var eller genom förfarandet blev insolvent samt att medkontrahenten kände till eller bort känna till gäldenärens insolvens och de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig. Sådana krav uppställs inte i 4 kap 12 § KL, utan det är enligt denna bestämmelse tillräckligt att gäldenären ställt säkerhet i sin egendom inom den angivna tidsfristen.

Utöver ovannämnda rekvisit krävs för återvinning att den aktuella transaktionen är till nackdel för de övriga borgenärerna i konkursen.<sup>81</sup> Kravet på nackdel innebär att gäldenärens ekonomiska ställning försämrats på så vis att chansen till utdelning minskat för någon av borgenärerna.<sup>82</sup> I allmänhet skall nackdelen ha varit omedelbar, d.v.s. uppstått direkt genom den aktuella rättshandlingen. Vid återvinning enligt 4 kap 5 § KL är det

---

<sup>80</sup> Bestämmelsen benämns i doktrinen som den allmänna otillbörlighetsregel eller den subjektiva återvinningsregeln, se t.ex. Lennander s. 130 och Håstad s. 117.

<sup>81</sup> Nackdelskravet anges inte explicit i lagtexten utan framgår av förarbetena. Se Prop. 1975:6 s. 99 ff. och diskussionen om ett allmänt skaderekvisit. Kravet på nackdel anses även framgå av exemplifieringen i 4 kap 5 § KL. Se Lennander s. 88 ff.

<sup>82</sup> Se Håstad s. 118 och Lennander s. 119.

emellertid tillräckligt att medelbar nackdel uppstått, d.v.s. nackdel som uppstått genom rättshandlingen i kombination med andra omständigheter.<sup>83</sup>

Det allmänna nackdelskravet torde innebära att möjligheten att återvinna ett säkerställande till tredje man med stöd av 4 kap 12 § KL begränsas ytterligare. Anledningen är att det i regel inte anses uppkomma någon nackdel för övriga borgenärer om gäldenären ställer säkerhet för ett lån denne samtidigt erhåller.<sup>84</sup> Beviljande av lån mot säkerhet karakteriseras istället som ett ömsesidigt förpliktande avtal där gäldenären i utbyte mot fordran och säkerhet erhåller motsvarande belopp i pengar. Dock förbehåller det sig annorlunda om gäldenären i efterhand ställer säkerhet för ett redan befintligt lån. Exempelvis kan en långivare vid beviljandet av lånet fått traditionell säkerhet i låntagarens egendom men vid en senare tidpunkt fått signaler om att låntagaren kommer att få svårt att fullgöra sina betalningsförpliktelser och därför utverkat ytterligare säkerhet i efterhand. Det är bl.a. sådana dispositioner återvinningsregeln i 4 kap 12 § KL är avsedd att motverka. Då banker i regel förbehåller sig rätten att kräva tilläggssäkerhet uppstår även frågan om ett sådant säkerställande kan återvinnas med stöd av 4 kap 12 § KL.

Även om det allmänna nackdelskravet normalt omöjliggör en återvinning av säkerhet ställd vid beviljande av lån med stöd av 4 kap 12 § KL torde detta inte utesluta att en sådan disposition kan återvinnas med stöd av den allmänna otillbörlighetsregeln i 4 kap 5 § KL. Detta beror på att det enligt denna bestämmelse är tillräckligt att säkerställandet innebär en indirekt nackdel för övriga borgenärer. Om en långivare valt att helt förlita sig på en negative pledge-klausul i avtalet med låntagaren torde ett säkerställande till tredje man vid beviljande av lån indirekt vara till nackdel för den ursprungliga långivaren eftersom dennes chanser till utdelning i konkursen därigenom minskar. På samma sätt torde det förhålla sig om långivaren tillsammans med en negative pledge-klausul tagit säkerhet i låntagarens egendom men tredje man, strax före låntagarens konkurs, utverkar en säkerhet som blir överordnad långivarens.

### **3.3.3 Återvinning av säkerhet ställd för ett redan befintligt lån**

Bestämmelsen om återvinning av säkerhet i 4 kap 12 § KL tar som ovan nämnts sikte på situationen där borgenären erhåller säkerhet för en äldre fordran, d.v.s. säkerheten överlämnas vid en senare tidpunkt än låneutbetalningen. För att återvinning skall undvikas krävs omvänt att

---

<sup>83</sup> Se Prop. 1975:6 s. 142.

<sup>84</sup> Se Lennander s. 272 och Håstad s. 120

säkerställandet avtalats vid låneavtalets ingående och att säkerheten utan dröjsmål överlämnas därefter.<sup>85</sup>

Till skillnad från säkerhet ställd vid upptagande av lån erhåller låntagaren här ingen motprestation vid tidpunkten för säkerställandet, utan transaktionen är i praktiken att likställa med en betalning. Av detta torde följa att de skäl som ligger bakom möjligheterna att enligt 4 kap 10 § KL återvinna en betalning i motsvarande situation även skall ligga till grund för tillämpningen av återvinning av säkerhet.<sup>86</sup> Stadgandets utgångspunkt torde därmed vara att den borgenär som begär säkerhet för en redan befintlig skuld har för avsikt att på övriga borgenärs bekostnad skydda sig i en eventuell förestående konkurs på gäldenärens sida.

Denna tanke återspeglas även i det generella undantag som finns för säkerställanden som med hänsyn till omständigheterna är ordinära.<sup>87</sup> Bedömningen av om ett säkerställande är ordinärt skall ske på i princip samma sätt som motsvarande bedömning beträffande betalningar. Undantaget fångar således i första hand upp rättshandlingar vilka objektivt sett inte utlöses av gäldenärens betalningssvårigheter eller förestående konkurs, utan av andra omständigheter.<sup>88</sup> Från betraktarens synvinkel skall denne objektivt sett inte misstänka att borgenären hade ett otillbörligt syfte. Däremot saknar det i princip betydelse om borgenären i det aktuella fallet hade anledning att misstänka att gäldenären var insolvent.<sup>89</sup>

Det hör som sagt till vanligheten att låneavtal ger långivaren rätt att kräva tilläggssäkerhet om den befintliga säkerhetens värde försämras.<sup>90</sup> Utnyttjar långivaren denna rätt överlämnas inte säkerheten i anslutning till skuldens uppkomst utan först vid en senare tidpunkt. Eftersom ett sådant säkerställande sker i enlighet med ett tidigare avtalat villkor i en normal kreditrelation omfattas det i regel av undantaget för ordinära säkerställanden och riskerar därmed inte att återvinnas. Det torde dock förhålla sig annorlunda om långivaren från början inte förbehållit sig rätten att kräva tilläggssäkerhet utan först vid en senare tidpunkt begär säkerhet p.g.a. låntagarens annalkande konkurs. Bedömningen av vad som skall anses vara ett ordinärt säkerställande kompliceras dock av att banker enligt 8 kap 1 § LBF har en skyldighet att begränsa kreditförluster. I och med att ett säkerställande för ett redan befintligt lån är ett sätt att begränsa en sådan förlust kan det i vissa fall uppstå en konflikt mellan de båda regelsystemen. Denna konflikt har till viss del lösts genom intagandet av undantaget för ordinära säkerställanden. I situationen där en bank inte förbehållit sig rätten att kräva tilläggssäkerhet utan först i ett senare skede, då låntagaren fått

---

<sup>85</sup> I detta avseende blir det även relevant att undersöka tidpunkten för skuldens uppkomst och sakrättsskyddets etablering. Se om detta i Lennander s. 284 ff.

<sup>86</sup> Se Lennander s. 275 ff.

<sup>87</sup> Detta stadgande infördes genom SFS 2002:266 i samband med upphävandet av en specialbestämmelse om marginalsäkerhet i lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument år 2002. Se vidare Prop. 2001/02:57 s. 6.

<sup>88</sup> Se Lennander s. 244 ff.

<sup>89</sup> Detta får istället betydelse vid tillämpning av 4 kap 5 § KL. Se nedan under 3.3.4.

<sup>90</sup> Se t.ex. Donner, Gabriel, Handbok i bankrätt, 1996, s. 211.



betalningssvårigheter, utverkar säkerhet förefaller dock undantaget inte vara tillämpligt eftersom en sådan transaktion torde avvika från det naturliga och normala.

### 3.3.4 Återvinning av säkerhet ställd vid upptagande av lån

För att ett säkerställande skall återvinnas enligt 4 kap 5 § KL krävs som sagt uppfyllande av rekvisiten otillbörlighet, insolvens och ond tro. Kravet på otillbörlighet är ett självständigt objektiva rekvisit och innebär att nackdelen skall ha förorsakats på ett otillbörligt sätt. Vid bestämmande av begreppets innebörd skall vägledning sökas i återvinningsreglernas syfte, vilket förenklat är att motverka illojala dispositioner.<sup>91</sup> Exempel på omständigheter vilka kan medföra att en rättshandling bedöms otillbörlig är att rättshandlingen företas nära inpå konkursen, transaktionen avser betydande belopp eller att medkontrahentens onda tro är särskilt graverande.<sup>92</sup> I övrigt anses det faktum att en rättshandling företas vid en tidpunkt då gäldenären är eller blir insolvent utgöra en allmän riktlinje för att dispositionen är otillbörlig.

Insolvensrekvisitet är uppfyllt antingen om gäldenären var insolvent då rättshandlingen genomfördes eller om rättshandlingen orsakade gäldenärens insolvens. Emellertid är det även i detta avseende tillräckligt att rättshandlingen indirekt bidragit till gäldenärens insolvens.<sup>93</sup>

Det subjektiva rekvisitet är ett vanligt ondtrosrekvisit, d.v.s. det räcker att tredje man uppträtt culpöst. Dennes onda tro skall omfatta hela förfarandet och dess inverkan på gäldenärens ekonomi, d.v.s. alla objektiva rekvisit i bestämmelsen.<sup>94</sup> Eftersom det vid medverkan till brott mot en negativ pledge-klausul endast torde vara fråga om en indirekt nackdel för övriga borgenärer krävs i detta avseende att tredje man känt till eller bort känna till gäldenärens fortsatta avsikter. På samma sätt förhåller det sig med gäldenärens insolvens, d.v.s. tredje man skall ha varit i ond tro beträffande säkerställandets indirekta betydelse för låntagarens insolvens.

Mot bakgrund av det ovan sagda kan konstateras att det för återvinning enligt 4 kap 5 § KL torde krävas att tredje man hade vetskap om låntagarens förpliktelse i ett annat låneavtal att inte ställa den aktuella säkerheten, men ändå krävde att säkerhet skulle ställas. Därutöver torde det vara tillräckligt med en insikt hos tredje man om att säkerställandet i strid med negativ pledge-klausulen skulle kunna komma att leda till låntagarens insolvens.

---

<sup>91</sup> Se Lennander s. 157.

<sup>92</sup> Se Lennander s. 155 ff.

<sup>93</sup> Se Lennander s. 147.

<sup>94</sup> Se Lennander s. 150 ff. Det skall i sammanhanget påpekas att det för återvinning inte krävs någon avsikt att skada på gäldenärens sida. Denne behöver inte ens ha förfarit vårdslöst. Se Prop. 1975:6 s. 205.

Huruvida kravet på otillbörlighet är uppfyllt är svårare att avgöra då detta i stor utsträckning beror på omständigheterna i det enskilda fallet. I och med att en negative pledge-klausul syftar till att förhindra att tredje män får säkerhet i låntagarens egendom och därigenom ges en bättre position i låntagarens konkurs är det, enligt min mening, rimligt att det faktum att säkerställandet skett i strid med en negative pledge-klausul bör beaktas i detta avseende. Vilken vikt denna omständighet bör tillmätas är emellertid svårare att uttala sig om.

### 3.3.4.1 Undersökningsplikt

I och med att det enligt 4 kap 5 § KL är tillräckligt att borgenären förfarit culpöst uppstår frågan om denne kan åläggas någon undersökningsplikt avseende de objektiva rekvisiten och hur långtgående denna undersökningsplikt i så fall är. I första hand torde denna undersökningsplikt i så fall innefatta en undersökning av gäldenärens solvens.<sup>95</sup> I doktrinen föreslås att borgenärer i allmänhet har en undersökningsplikt, under förutsättning att det finns omständigheter som är ägnade att väcka deras misstanke.<sup>96</sup> Som exempel på sådana omständigheter nämns transaktionens art liksom det faktum att borgenären känt till att gäldenären hade allvarliga betalningssvårigheter.

Vad gäller banker skall i detta sammanhang återigen påpekas att de endast får bevilja krediter om låntagaren på goda grunder kan förväntas fullgöra låneförpliktelsen och att de före beviljandet måste undersöka den potentiella låntagarens ekonomiska förhållanden.<sup>97</sup> Hur omfattande en sådan undersökning måste vara beror givetvis på faktorer såsom storleken på krediten, vad krediten skall användas till och låntagarens storlek. När den potentiella låntagaren är ett större företag och det rör sig om ett långfristigt lån görs i regel en grundlig analys av företagets verksamhet och framtida vinstmöjligheter.<sup>98</sup>

Mot bakgrund av innehållet i denna bestämmelse torde det stå klart att banker har en mer långtgående undersökningsplikt avseende gäldenärens solvens än borgenärer i allmänhet. Framför allt tyder det lagstadgade kravet om undersökning av låntagarens ekonomiska förhållanden på att det inte krävs att speciella omständigheter är förhanden för att undersökningsplikten skall aktualiseras. Hur långt denna undersökningsplikt sedan sträcker sig är givetvis svårt att precisera.

Bankernas skyldighet att dels göra en ordentlig kreditprovning på den presumtive låntagaren, och dels tillse att låntagarens förpliktelser kan förväntas bli fullgjorda, vilket normalt innebär att låntagaren måste ställa traditionell säkerhet för sitt lån, torde i praktiken starkt begränsa möjlighet

---

<sup>95</sup> Se Lennander s. 152 ff.

<sup>96</sup> Se Lennander s. 152 ff.

<sup>97</sup> Se 8 kap 1 § LBF.

<sup>98</sup> Se Funered, Urban, Bankernas risktagande, 1994, s. 46.

att ett säkerställande vid beviljande av lån återvinns med stöd av 4 kap 5 § KL. Att tredje man skulle vara i ond tro avseende låntagarens insolvens och ändå bevilja ett lån framstår som mindre troligt. Mer sannolikt är att tredje man i en sådan situation helt avstår ifrån att bevilja lånet. Om nu mot förmodan kraven på ond tro och insolvens är uppfyllda innebär inte detta nödvändigtvis att säkerställandet bedöms som otillbörligt. Visserligen ligger det, enligt min mening, nära till hands att bedöma ett säkerställande som otillbörligt i en situation där tredje man, med vetskap om en negative pledge-klausul, kräver säkerhet i strid med densamma och därmed får en bättre position i låntagarens eventuella konkurs på den ursprungliga långivarens bekostnad. Emellertid finns det omständigheter vilka talar emot att tredje mans beteende bedöms som klandervärdigt. Först och främst har en tredje man i en sådan situation i regel inget intresse av att skydda sig i låntagarens eventuella konkurs eftersom det inte finns något utestående lån att skydda. Vidare har banker i de flesta fall en skyldighet att ta säkerhet i låntagarens egendom, vilken möjligen kan anses väga tyngre än den eventuella skyldighet en tredje man har att respektera låntagarens förpliktelse att inte ställa säkerhet.

Slutligen bör påpekas att möjligheterna för återvinning av säkerhet med stöd av 4 kap 5 § KL i praktiken begränsas ytterligare. Lånedokumentationen innehåller nämligen ofta en klausul där låntagaren försäkrar att ingåendet av det aktuella avtalet inte innebär att låntagaren bryter mot de förpliktelser denne har enligt andra avtal, däribland negative pledge-klausuler.<sup>99</sup> Genom att hänvisa till denna klausul kan tredje man försvara sig med att denne var i god tro beträffande omständigheten att säkerheten ställdes i strid med en negative pledge-klausul.

Sammanfattningsvis kan konstateras att möjligheterna till återvinning av en låntagares säkerställande till tredje man för ett redan befintligt lån är tämligen små eftersom det enligt 4 kap 12 § KL krävs att säkerheten överlämnades senare än tre månader före låntagarens försättande i konkurs. Om säkerheten överlämnats inom denna tidsfrist torde säkerställandet kunna återvinnas om tredje man från början inte förbehållit sig rätten att kräva tilläggssäkerhet utan först i ett senare skede krävde säkerhet p.g.a. en hotande insolvenssituation. Har tredje man förbehållit sig en sådan rätt och utnyttjar denna omfattas säkerställandet i regel av undantaget för ordinära säkerställanden och kan därmed inte återvinnas. Vad gäller situationen där tredje man, i strid med en negative pledge-klausul, begär säkerhet i samband med ett beviljande av lån får chanserna till återvinning betraktas som väldigt små. Först och främst torde det krävas att tredje man hade vetskap om låntagarens förpliktelse att inte ställa säkerhet för att förfarandet skall kunna bedömas som otillbörligt, vilket i sig inte framstår som sannolikt. Vidare är det mindre troligt att tredje man var i ond tro beträffande låntagarens insolvens men ändå gick med på att bevilja ett lån.

---

<sup>99</sup> En sådan klausul kallas ”*non- conflict with other obligations*” och återfinns i lånedokumentationen under rubriken *representations*. Se t.ex. Cranston s. 313.

### 3.3.5 Dansk och norsk rätt

Inledningsvis skall påpekas att såväl de danska<sup>100</sup> som de norska<sup>101</sup> reglerna om återvinning i konkurs uppvisar stora likheter med de svenska återvinningsbestämmelserna.<sup>102</sup> Orsaken till detta är att de danska, norska och svenska återvinningsreglerna framtoqs i ett nordiskt samarbete.<sup>103</sup>

Vad gäller situationen där låntagaren i strid med en negative pledge-klausul ställer säkerhet till tredje man innehåller såväl danska Konkursloven som norska DL bestämmelser som tar sikte på ställande av säkerhet. Emellertid gäller här, precis som enligt den svenska motsvarigheten i 4 kap 12 § KL, att det för återvinning krävs att säkerställandet skett för en redan befintlig skuld.<sup>104</sup> Ett säkerställande i samband med upptagande av lån har en kreditskapande effekt och anses därmed inte vara till förfång för övriga borgenärer. En sådan rättshandling är därför i regel inte återvinningsbar enligt dessa bestämmelser.<sup>105</sup>

Beträffande situationen där tredje man från början förbehållit sig rätten att kräva tilläggssäkerhet och utnyttjar denna rätt inom återvinningsfristen saknar både dansk och norsk rätt ett generellt undantag motsvarande det svenska. I dansk rätt finns istället en specialreglering avseende finansiella säkerheter som omfattas av värdepapperslagen.<sup>106</sup> Enligt denna lag kan en transaktion där säkerhetsinnehavaren begära tilläggssäkerhet i enlighet med ett tidigare avtalat villkor inte återvinnas enligt Konkursloven § 70. En motsvarande regel finns i norsk rätt.<sup>107</sup> Eftersom tillämpningsområdet för dessa specialregleringar är begränsad till finansiella säkerheter samtidigt som såväl dansk som norsk rätt saknar ett generellt undantag för ordinära säkerställanden torde utrymmet för återvinning av en säkerhet ställd för ett redan befintligt lån vara mindre i dansk och norsk rätt jämfört med svensk rätt.

<sup>100</sup> De danska reglerna om återvinning återfinns i Konkursloven § 64-81.

<sup>101</sup> De norska bestämmelserna om återvinning återfinns i Dekningsloven (DL) § 5:1- 15.

<sup>102</sup> För en omfattande komparativ framställning avseende svenska, danska, norska och finska återvinningsregler hänvisas till Lennander. Med tanke på reglernas innehållsmässiga likhet behandlar detta avsnitt i första hand de skillnader som har betydelse för den i uppsatsen behandlade frågeställningen.

<sup>103</sup> Se Prop. 1975:6 s. 93 ff.

<sup>104</sup> Se Konkursloven § 70 som lyder ”*Panteret eller anden sikkerhedsret, som ikke er tillsagt fordringshaveren ved gældens stiftelse, eller som ikke er sikret mod retsforfølgning uden unødigt ophold efter gældens stiftelse, kan fordres omstødt, hvis sikringsakten er foretaget senere end tre måneder før fristdagen*”. Se även DL § 5-7 som lyder ”*Pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes dersom: a. pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt, eller rettsvernet ikke ble brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt*”.

<sup>105</sup> Se Andenäs, Mads Henry, Konkurs, 1999, s. 264ff. respektive Lars Lindencrone Petersen, Lars, Ørgaard, Anders, konkursloven med kommentar, 2005, s. 474 ff.

<sup>106</sup> Se Vaerdipairhandelsloven §§ 58 h och Lindencrone, Petersen, Ørgaard s. 477. En motsvarande ordning fanns fram till år 2002 i den svenska lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument men ersattes av det generella undantaget för ordinära säkerställanden i 4 kap 12 § KL.

<sup>107</sup> Se lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5.

Såväl danska Konkursloven som norska DL innehåller även en allmängiltig återvinningsregel, vilka är snarlika den svenska motsvarigheten i 4 kap 5 § KL. Exempelvis är det enligt norska DL § 5-9 möjligt att återvinna otillbörliga dispositioner om gäldenärens ställning var svag eller blev allvarligt försvagad genom dispositionen. Därutöver krävs att medkontrahenten känt till eller bort känna till gäldenärens ekonomiska ställning samt dispositionens otillbörliga karaktär.<sup>108</sup> Med tanke på att det i praktiken inte är troligt att en kreditgivare beviljar ett lån samtidigt som denne är i ond tro beträffande den presumtive låntagarens svaga ekonomiska ställning samt att både den danska och norska allmänna otillbörlighetsregeln är näst intill identiska med den svenska görs ingen vidare undersökning om huruvida återvinning av säkerhet ställd för en befintlig skuld är möjligt på denna grund. Sannolikt är rättsläget i detta avseende detsamma som i svensk rätt.

### 3.3.6 Engelsk rätt

För fullständighetens skull även kort redogöras för möjligheterna till återvinning av säkerhet ställd i strid med en negative pledge-klausul enligt engelsk rätt.<sup>109</sup> Reglerna om återvinning, vilka i huvudsak återfinns i Insolvency Act 1986, bygger även här på grundprincipen om borgenärernas likabehandling. Villkoren för återvinning varierar beroende på vilken typ av rättshandling det är fråga om. I allmänhet bygger dock dessa villkor på tanken att borgenärer skall skyddas mot dispositioner bestående i att gäldenärens tillgångar minskar vilket leder till att en borgenär gynnas på övriga borgenärs bekostnad.<sup>110</sup>

Aningen förenklat krävs för återvinning uppfyllande av fyra minimivillkor.<sup>111</sup> Först och främst skall gäldenären ha varit, eller genom rättshandlingen blivit, insolvent. Därtill krävs att rättshandlingen medför att gäldenärens tillgångar minskar till fördel för medkontrahenten, d.v.s. det måste finnas en avsaknad av fullgod motprestation. Vidare skall gäldenären till följd av rättshandlingen blivit oförmögen att betala sina skulder. Slutligen måste gäldenären ha blivit insolvent inom en viss tid efter den aktuella transaktionen.

Utöver dessa minimivillkor krävs för återvinning uppfyllande av villkoren i den specifika återvinningsbestämmelsen vilken talan grundas på. Vad gäller situationen där tredje man tar säkerhet i strid med en negative pledge-klausul synes bestämmelsen om återvinning av oskäligen borgenärsgynnande

---

<sup>108</sup> Den danska motsvarigheten (Konkursloven § 74) har en nästintill identisk lydelse.

<sup>109</sup> För en tämligen utförlig redogörelse om det engelska återvinningsinstitutet se Goode, R. M., Principles of corporate insolvency law, 1990, s. 134 ff.

<sup>110</sup> Se Goode (1990) s. 134.

<sup>111</sup> Se Goode (1990) s. 136.

transaktioner ligga närmast till hands.<sup>112</sup> För att rekvisitet oskäligt gynnande skall vara uppfyllt krävs att dispositionen omkullkastat förmånsrättordningen i konkursen.<sup>113</sup> Ett säkerställande till tredje man för en redan befintlig skuld kan följaktligen falla in under denna bestämmelse eftersom tredje man då kan erhålla en bättre position i gäldenärens konkurs. En förutsättning synes dock vara att den ursprunglige långgivaren antingen inte utverkat traditionell säkerhet i låntagarens egendom utan endast förlitat sig på en negative pledge-klausul eller t.ex. har säkerhet i form av den engelska motsvarigheten till den svenska företagsinteckningen och tredje mans säkerhet blir överordnad denna.<sup>114</sup> Beträffande kravet på avsaknad av motprestation torde detta normalt vara uppfyllt eftersom gäldenären vid säkerställandet inte får något motsvarande värde tillbaka.

Det förefaller dock förhålla sig annorlunda om gäldenären ställer säkerhet för ett lån som denne samtidigt erhåller. Även om den aktuella borgenärens position i en eventuell konkurs på gäldenärens sida förbättras på övriga borgenärers bekostnad, torde kravet på utebliven motprestation inte vara uppfyllt i denna situation eftersom det handlar om ett ömsesidigt förpliktande avtal. Den omständigheten att säkerställandet samtidigt innebar ett brott mot en negative pledge-klausul i ett annat avtal synes inte förändra saken.

Det skall också påpekas att återvinningsbestämmelsen om oskäligt borgenärgynnande innehåller ett subjektivt rekvisit på gäldenärens sida.<sup>115</sup> Gäldenären skall vid tidpunkten för rättshandlingen ha varit påverkad av en önskan att förbättra den aktuella borgenärens position.<sup>116</sup> Rekvisitets närmare innebörd anses vara svårt att fastställa, men det torde vara uppfyllt om dispositionen inte endast föranleddes av påtryckningar från borgenären utan även gäldenärens önskan att förbättra den aktuella borgenärens position.<sup>117</sup> Denna önskan måste inte vara den avgörande faktorn till dispositionens genomförande utan det räcker att det var en bidragande faktor. Eftersom ett säkerställande för en befintlig skuld inte ger gäldenären något värde är det svårt att tänka sig en situation där en önskan att gynna borgenären i fråga inte var en bidragande orsak till säkerställandet. Det faktum att säkerställandet samtidigt innebär en överträdelse av en negative pledge-klausul i ett annat avtal gör det än mer sannolikt att dispositionen föranletts av en sådan önskan, förutsatt att gäldenären inte misstolkat klausulen. Därmed bör möjligheten till återvinning av en sådan transaktion rimligtvis inte falla på detta rekvisit.

---

<sup>112</sup> Se IA section 239 ff. Sådana transaktioner går under benämningen *preferences*. Även här begränsas dock utrymmet för återvinning starkt av att säkerställandet måste ha skett senast sex månader före låntagarens insolvens. Se IA section 240.

<sup>113</sup> Se Goode (1990) s. 166.

<sup>114</sup> En floating charge hindrar i regel inte tredje man från att erhålla en överordnad säkerhet i samma egendom i form av en fixed charge. Se Wood s. 38.

<sup>115</sup> Ett subjektivt rekvisit på gäldenärens sida saknas sedan länge i svenska, danska och norska återvinningsregler.

<sup>116</sup> Se IA section 239(5) som lyder ”...the company was influenced in deciding to give it by a desire to produce in relation to that person the effect...”

<sup>117</sup> Se Goode (1990) s. 172 f.

## 3.4 Skadestånd

### 3.4.1 Allmänt om skadestånd

Ytterligare ett tänkbart alternativ för långgivaren är att rikta ett skadeståndsanspråk mot tredje man. Den skadegörande handlingen skulle i så fall bestå i att denne inte respekterat negative pledge-klausulen utan förmått eller på annat sätt medverkat till låntagarens överträdelse av klausulen, vilket fått till följd att långgivaren tillfogats en ren förmögenhetsskada.<sup>118</sup> I och med att långgivaren inte har någon avtalsrelation med tredje man blir ett sådant förfarande att bedöma utifrån utomobligatoriska skadeståndsrättsliga principer.

### 3.4.2 Skadeståndsansvar vid ren förmögenhetsskada

Enligt 2 kap 2 § SkL ersätts ren förmögenhetsskada om den vållats genom brott.<sup>119</sup> Följaktligen kan det förekomma situationer då tredje mans medverkan till överträdelse av negative pledge-klausulen kan medföra skadeståndsansvar på den grunden att dennes handlande uppfyller rekvisiten i något av förmögenhetsbrotten i brottsbalken. Medverkan till olovligt förfogande (10 kap 4 § BrB), medverkan till trolöshet mot huvudman (10 kap 5 § BrB) eller medverkan till mannamån mot borgenärer (11 kap 4 § BrB) torde i så fall ligga närmast till hands.<sup>120</sup>

Huvudregeln om att ren förmögenhetsskada endast ersätts vid brott gäller givetvis inte i kontraktsförhållanden. Vid sidan av den brottsliga sfären i 2 kap 2 § SkL finns vidare i vissa sektorer speciallagstiftning om skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada. Framför allt rör det sig om åtskilliga lagar inom immaterialrättens område, men det förekommer även skadeståndsregler inom associations- och konkurrensrätten.<sup>121</sup> Vid

---

<sup>118</sup> Att det i en sådan situation är fråga om en ren förmögenhetsskada framgår av 1 kap 2 § SkL, vilken definierar ren förmögenhetsskada som en ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider sak- eller personskada.

<sup>119</sup> Bestämmelsen fanns tidigare i 2 kap 4 § SkL men flyttades till sin nuvarande plats i samband med 2001 års redaktionella ändringar.

<sup>120</sup> Se Bernitz s. 67.

<sup>121</sup> Beträffande immaterialrättsliga lagar se t.ex. Upphovsrättslagen 54 § och Patentlagen 58 §. Inom konkurrensrätten kan nämnas Konkurrenslagen 33 §, enligt vilken ett företag blir skadeståndsskyldigt mot avtalspart eller tredje man om företaget uppsåtligt eller av oaktsamhet bryter mot förbuden i 6 § Konkurrenslagen (konkurrensbegränsande samarbete) eller 19 § Konkurrenslagen (missbruk av dominerande ställning). Inom associationsrätten kan nämnas ABL 29 kap 1 §, vilken ålägger styrelseledamöter m.fl. skadeståndsansvar vid uppsåt eller oaktsamhet när skadan drabbar bolaget och vid överträdelse av ABL när skadan drabbar aktieägare eller annan. I övrigt kan nämnas Marknadsföringslagen 29 §, Företagshemlighetslagen 6-9 §§ och lagen om offentlig upphandling 7 kap 6 §.

överträdelse av negative pledge-klausuler finns det dock ingen speciallagstiftning som är av direkt relevans.

Vad gäller skadeståndsansvaret utanför området för speciallagstiftning eller den brottsliga sfären i 2 kap 2 § SkL framgår av förarbetena till sistnämnda bestämmelse att denna inte är avsedd att läsas motsatsvis utan att det finns utrymme att i rättspraxis ålägga ett sådant ansvar.<sup>122</sup> Domstolarna har emellertid hittills varit tämligen obenäga att ålägga ett sådant ansvar, något som på vissa håll har varit föremål för kritik i doktrinen.<sup>123</sup> Vad gäller de enstaka fall där ett skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada faktiskt utdömts kan konstateras att domstolarna i stor utsträckning försökt uppnå den rättsliga lösningen genom att placera in dessa fall i andra rättsliga fack.<sup>124</sup> Exempelvis har ansvar för ren förmögenhetsskada ansetts möjligt i kvasikontraktuella eller kontraktstliknande förhållanden.<sup>125</sup> I situationen då tredje man tar säkerhet i strid med en negative pledge-klausul torde dock omständigheterna i regel inte vara av sådan karaktär att vare sig ett kontraktstliknande eller kvasikontraktuellt förhållande kan konstrueras.<sup>126</sup> Av större intresse i detta sammanhang är istället den rättspraxis som bildats avseende rättsfiguren otillbörligt ingripande i avtalsförhållande. Då det här är fråga om situationer där tredje man medverkar till annans kontraktsbrott går fenomenet även under benämningen medverkan till kontraktsbrott.

### 3.4.3 Medverkan till kontraktsbrott

Med medverkan till kontraktsbrott avses situationen där en tredje man på ett otillbörligt sätt ingriper i andras avtalsförhållande vilket leder till att ena avtalsparten bryter mot avtalet till skada för den andra avtalsparten. En på senare tid omdiskuterad fråga är huruvida det är möjligt att ålägga tredje man skadeståndsansvar mot den drabbade avtalsparten samt vad för typ av

---

<sup>122</sup> Se Prop. 1972:5 s. 568.

<sup>123</sup> Se Bernitz s. 67, Bengtsson, Bertil, Strömbäck, Erland, Skadeståndslagen – en kommentar, 2006, s. 57, Hellner, Jan, Johansson, Svante, Skadeståndsrätt, 2000 och Kleineman, Jan, Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, 1987. Hellner (s. 69) menar att förklaringen till denna utveckling ligger i att skadeståndsskyldigheten vid ren förmögenhetsskada historiskt sett har en stark koppling till brott. Kleineman (s. 571 ff.), som kallar 2 kap 2 § SkL för ”spärregeln”, är kritiskt till domstolarnas återhållsamhet och anser att den starka kopplingen mellan skadestånd och brott bör försvinna. Kleineman synes få medhåll från bl.a. Bernitz. Se Bernitz, Ulf, Skadeståndsansvar för otillbörligt ingripande i avtalsförhållande och medverkan till kontraktsbrott: HD utvidgar ansvaret för ren förmögenhetsskada, JT 2005-2006 s. 624.

<sup>124</sup> Bernitz (1987) s. 65.

<sup>125</sup> Detta sammanhänger givetvis med att huvudprincipen i 2 kap 2 § SkL inte gäller i kontraktstförhållanden. Från den förra gruppen kan uppmärksammas NJA 1987 s. 692 (Kone-fallet) där ansvar ålades för felaktigt värderingsintyg mot annan än beställaren av intyget. Det felaktiga intyget ansågs riktat även till utomstående person då denne satt befogad tilltro till intyget. Jfr NJA 2001 s. 878 där HD tillämpade samma princip men kom till motsatt resultat. Från den senare gruppen kan nämnas NJA 1946 s. 15 där tredje man ålades ett ansvar på kontraktsrättslig grund p.g.a. det nära sambandet mellan denne och den avtalsbrytande parten.

<sup>126</sup> Jfr Gorton s. 137.



otillbörligt agerande som krävs för att ett sådant ansvar skall anses föreligga. Med beaktande av den restriktiva syn som finns i svensk rätt avseende möjligheterna till ersättning för ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska förhållanden är det föga överraskande att utrymmet för skadeståndsansvar vid medverkan till kontraktsbrott enligt doktrinen anses vara starkt begränsat. Innan den rättspraxis som bildats på området behandlas skall först kort redogöras för doktrinen inställning i denna fråga.<sup>127</sup>

I doktrinen uppmärksammades denna fråga tidigt av Karlgren. Karlgren ansåg att skadeståndsansvar inte är uteslutet under omständigheter där tredje mans medverkan bestått i ett utpräglat illojalt beteende eller denne gjort sig skyldig till kvalificerad ond tro.<sup>128</sup>

Bernitz drar i sin konkurrensrättsligt inriktade framställning slutsatsen att otillbörligt ingripande i avtalsförhållande kan vara skadeståndsgrundande i de fallen av kollusion.<sup>129</sup> Med kollusion avser Bernitz de situationer då den avtalsbrytande parten och tredje man samverkar i avsikt att skada motparten eller i annat fall agerar på ett sätt som är kvalificerat otillbörligt mot motparten. Följaktligen ansluter sig Bernitz till Karlgrens uppfattning i detta avseende.

På senare tid har även Gorton och Sjöman behandlat frågan, framför allt med fokus på krediträttsliga aspekter.<sup>130</sup> Efter en genomgång av den knapphändiga praxis och doktrin som finns på området finner Gorton och Sjöman att den generella princip som kan utläsas får anses innebära att huvudregeln är att medverkan till kontraktsbrott inte grundar skadeståndsskyldighet. Avsteg från denna huvudregel torde dock kunna göras i de fall tredje man medverkat på ett markerat klandervärd sätt.<sup>131</sup> Det anses sålunda inte räcka med vanliga former av ond tro eller vårdslöst beteende på tredje mans sida.

Som ovan nämnts finns det väldigt få rättsfall som direkt tar sikte på rättsfiguren otillbörligt ingripande i avtalsförhållande. I ett äldre avgörande, NJA 1928 s. 621, hade ett sågverksbolag(A) slutit ett avtal med köparen B avseende köp av trävaror. Innan B hade hämtat varorna överläts fakturan till borgenären C, som i sin tur inkasserade fakturans belopp som betalning för en fordran denne hade mot A. A gick därefter i konkurs utan att B hade hämtat sina varor. B yrkade då att C skulle återbetala beloppet. I och med att traditionskravet inte är uppfyllt i denna situation och sakrättsligt skydd därmed inte uppnåtts är återbetalningsskyldighet normalt inte aktuellt.<sup>132</sup> I detta fall förelåg dock speciella omständigheter vilka fick till följd att HD

---

<sup>127</sup> Det är viktigt att påpeka att Karlgrens, Bernitz samt Gorton och Sjömans framställningar tillkommit innan HD:s avgörande i NJA 2005 s. 608.

<sup>128</sup> Se Karlgren, Hjalmar, Kollegium i allmän obligationsrätt I, 1966, s. 13 respektive Karlgrens utveckling av sin mening i NJA 1949 s. 645.

<sup>129</sup> Se Bernitz (1987) s. 70.

<sup>130</sup> Se Gorton och Sjöman, framför allt s. 513 ff.

<sup>131</sup> Se Gorton och Sjöman s. 516.

<sup>132</sup> Se Gorton och Sjöman s. 514.

höll C ansvarigt för skadan. C, som hade kännedom om A:s ekonomiska ställning och utövade en ingående kontroll över densamme, hade nämligen förmått A att överlåta fakturan. Vidare anförde HD att den befogenhet C hade enligt köpeavtalet, att indra betalning för ännu inte levererad vara, stred mot gott handelsskick.

I NJA 1943 s. 370 arrenderade en person (B) fastigheter av upplåtaren (A). En tredje person (C) förvärvade fastigheterna på exekutiv auktion utan att förbehåll gjordes i kontraktet för B:s arrenderätt. C sade därefter upp B:s arrenderätt till att upphöra nästföljande dag. Som en konsekvens härav fick B en skadeståndsfordran på A. HD fann att A och C i samförstånd vidtagit vissa transaktioner för att ett exekutivt förfarande skulle inledas. Syftet med dessa åtgärder ansågs vara att C skulle ges möjlighet att förvärva fastigheterna på ett sådant sätt att B:s arrenderätt upphörde. C ansågs förpliktad att tåla att B:s skadeståndsfordran mot A avräknades mot en skuld denne innehade mot C. Resultatet av C:s delaktighet blev således detsamma som om C hade ålagts ett självständigt skadeståndsansvar mot B för sin otillbörliga medverkan.<sup>133</sup>

I ett tämligen färskt avgörande från HD, NJA 2005 s. 608, dömdes även här ut skadestånd vid medverkan till annans kontraktsbrott. Max Hamburgerrestauranger (Max) bedrev verksamhet i en centralt belägen fastighet i Luleå. I början av 1990-talet förvärvade Max en ny lokal från McDonald's och bedrev därefter verksamhet i de två ställena parallellt. Efter en tid upphörde verksamheten i den förstnämnda lokalen och Max överlät denna lokal till företaget Lotsbåten, vars storägare uppgav att företaget hade för avsikt att etablera ett konstgalleri i lokalen. Då lokalen var väl lämpad för restaurangverksamhet och Max under inga omständigheter kunde tänka sig att överlåta lokalen till någon som avsåg att bedriva konkurrerande verksamhet däri, avtalades att Lotsbåten inte fick överlåta lokalen till annan eller upplåta den i andra hand utan att Max dessförinnan erbjudits möjligheten att återförvärva lokalen. Galleriverksamheten uteblev dock. Istället började konkurrenten Frasses bedriva hamburgerverksamhet i lokalen. I samband med att lokalen överläts till Lotsbåten hade nämligen Frasses, utan Max vetskap, övertagit huvuddelen av aktierna i Lotsbåten.

Max begärde ersättning för omsättningsbortfall från Frasses på utomobligatoriska grunder, väsentligen medverkan till kontraktsbrott. HD konstaterad inledningsvis att 2 kap 2 § SkL inte är avsedd att tolkas motsatsvis så att det inte skulle vara möjligt att ålägga skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada utanför de lagreglerade områdena, utan att skadan orsakas genom brottslig handling eller uppkommit i ett avtalsförhållande. Tvärtom ansågs det framgå av motiven att lagstiftningen inte är avsedd att hindra en rättsutveckling i praxis mot en utvidgning av skadeståndsansvaret. HD redovisade därefter vissa rättsfall (bl.a. ovannämnda NJA 1928 s. 621 och NJA 1943 s. 370 respektive NJA 1987 s. 692 och NJA 2001 s. 878) där ansvar ålagts för ren förmögenhetsskada utanför den brottsliga sfären eller

---

<sup>133</sup> Se Gorton och Sjöman s. 514.

speciallagstiftning. Vidare hänvisades till doktrinen och de skäl som där anförts för en utvidgad skadeståndsskyldighet. Hänvisningar gjordes även till rättsläget i utländsk rätt avseende rättsfiguren otillbörligt ingripande i avtalsförhållande. Därefter noterade HD att det i svensk rätt gäller som utgångspunkt att en avtalspart som drabbas av skada till följd av motpartens avtalsbrott har att vända sig till denne för att få ersättning för sin skada. Detta hindrar dock, enligt HD, inte att det även enligt svensk rätt, åtminstone i särskilt allvarliga fall, bör föreligga ansvar för tredje man som på ett kvalificerat otillbörligt sätt ingriper i andras avtalsförhållande.

HD gick sedan in på sakfrågan och fann att Frasses handlat i samförstånd med Lotsbåten när Max svikligen förletts till att ingå ett avtal som Max inte skulle ha ingått om Max känt till Frasses och Lotsbåtens avsikter. Frasses handlande ansågs vara kvalificerat otillbörligt och utgjorde ett tydligt avsteg från vad som måste krävas av en kommersiell aktör. Fallet ansågs vara så allvarligt att Frasses ålades ansvar för den skada som orsakats Max.

I och med 2005 års fall bekräftar HD doktrinen inställning om att det är möjligt att ålägga tredje man ansvar för ren förmögenhetsskada vid medverkan till avtalsbrott. En förutsättning för att tredje man skall åläggas ett sådant ansvar är dock att denne handlat på ett kvalificerat otillbörligt sätt. Mot bakgrund av att de uttalanden som gjorts i doktrinen före 2005 års fall i regel varit försiktigt hållna och att det har funnits en viss tvekan över de äldre rättsfallens kvarvarande prejudikatvärde anser Bernitz att 2005 års fall utgör ett tydligt prejudikat och ett betydelsefullt steg i rättsutvecklingen.<sup>134</sup> Bengtsson verkar dock vara betydligt mer försiktig i sin bedömning av fallets prejudikatvärde.<sup>135</sup> Bengtsson konstaterar att utomobligatoriskt ansvar ålagts också i andra fall, t.ex. NJA 1987 s. 692, och att kravet på kvalificerat otillbörlighet inskränker räckvidden av fallets betydelse. Likväl anser Bengtsson att HD:s försiktiga utvidgning av ansvaret har stor betydelse ur principiell synvinkel.

Intressant i sammanhanget är att HD verkar ha tagit intryck från synen på otillbörligt ingripande i avtalsförhållande i utländsk rätt, där det framför allt i engelsk rätt finns en väl etablerad princip om skadeståndsansvar vid *interference with contractual relations*.<sup>136</sup> Trots att 2005 års fall visar att ett sådant ansvar också är möjligt enligt svensk rätt torde huvudregeln fortfarande vara att medverkan till annans avtalsbrott inte medför skadestånd på utomobligatorisk grund. Denna slutsats stöds av HD:s uttalande om att utgångspunkten är att en avtalspart har att vända sig till sin motpart för att få ersättning för sin skada. Vidare torde kravet på

---

<sup>134</sup> Se Bernitz (2005-2006) s. 627. Bernitz kommenterar även fallets betydelse för 2 kap 2 § SkL i allmänhet. Han anser att HD i 2005 års fall tydligt markerar att bestämmelsen inte är en spärregel utan att det faktiskt finns ett reellt utrymme i svensk rätt för domstolar att utdöma skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada på utomobligatorisk grund även utanför straffrätten och speciallagstiftning. Se s. 623 ff.

<sup>135</sup> Se Bengtsson, Bertil, Svensk rättspraxis – skadestånd utom kontraktsförhållanden 2004-2006, SvJT 2005 s. 559 samt Bengtsson och Strömbäck s. 57.

<sup>136</sup> Se vidare om denna princip nedan i avsnitt 3.4.4.

kvalificerad otillbörlighet markera att skadestånd endast kan komma i fråga i undantagssituationer.<sup>137</sup>

Mot bakgrund av det ovan sagda kan konstateras att det finns en möjlighet, om än en begränsad sådan, för en långgivare att vid låntagarens överträdelse av en negative pledge-klausul rikta skadeståndsanspråk på utomobligatorisk grund mot tredje man. En förutsättning är dock att dennes medverkan kan anses som kvalificerad otillbörlig. Detta begrepp kräver en närmare undersökning.

### 3.4.3.1 Kvalificerad otillbörlighet

För att utreda den närmare innebörden av rekvisitet kvalificerad otillbörlighet är det av intresse att titta närmare på de sakförhållanden som i 2005 års fall ansågs uppfylla rekvisitet. Beträffande det avtal som träffats mellan Max och Lotsbåten ansågs det utrett att parternas gemensamma avsikt med avtalet var att lokalen skulle överlätas till Lotsbåten. Lotsbåten var införstådd med att Max ville skydda sig mot konkurrerande verksamheter och avtalet utformades mot denna bakgrund. Trots detta överläts, utan Max vetskap, huvuddelen av aktierna till Frasses redan innan avtalet hade ingåtts. Frasses hade följaktligen ett bestämmande inflytande över Lotsbåten redan vid denna tidpunkt. Vidare ansågs det utrett att Lotsbåten handlade redan vid avtalets ingående i syfte att ge Frasses möjlighet att få tillgång till lokalen och i denna driva konkurrerande verksamhet. I detta skede agerade Frasses i samförstånd med Lotsbåten. Frasses och Lotsbåtens etablering i lokalen innebar vinning för dem och skada för Max, något Frasses måste ha insett. Dessa sakförhållanden innebar, enligt HD, att Frasses handlat i samförstånd med Lotsbåten när Max svikligen förletts att ingå ett avtal Max inte skulle ha ingått om de känt till deras avsikter. Sveket fullföljdes sedan genom åtgärder i strid med avtalet som lett till att Frasses kunnat överta lokalen till skada för Max. HD framhöll sedan att Frasses handlande framstod som kvalificerat otillbörligt och ett tydligt avsteg från vad som måste krävas av en kommersiell aktör.

Med anledning av HD:s domskäl uppstår frågan hur långt prejudikatet sträcker sig, d.v.s. om det är begränsat till de specifika sakförhållanden som var uppe till bedömning i 2005 års fall eller om ansvaret för otillbörligt ingripande sträcker sig längre. Enligt min mening torde det fortfarande vara oklart om det för skadeståndsansvar räcker med att tredje man handlat i samförstånd med den avtalsbrytande parten i syfte att skada motparten, d.v.s. kollusion, *eller* motsvarande handlande av kvalificerad otillbörlighet.<sup>138</sup> När HD i domskälen uttalar sig om gällande svensk rätt framhåller de att det i särskilt allvarliga fall bör föreligga skadeståndsansvar för tredje man som på ett kvalificerat otillbörligt sätt ingriper i andras avtalsförhållanden. Vad gäller appliceringen av sakförhållandena i målet på

<sup>137</sup> Jfr Bengtsson och Strömbäck s. 57.

<sup>138</sup> Jfr Gorton och Sjöman s. 516 som, innan 2005 års fall, anser att det torde krävas samverkan *eller* förfarande av motsvarande otillbörlighet.

denna rättssats synes dock denna kunna tolkas på två olika sätt. Enligt Bernitz har HD markerat en betydande försiktighet vad gäller ansvarets räckvidd då man poängterat att tredje man *dels* medverkat i samförstånd med den ena avtalsparten till ett svek mot den andra parten, *dels* handlat kvalificerat otillbörligt.<sup>139</sup> Enligt min mening är det även möjligt att tolka domskälen som att tredje mans handlande i samförstånd med den avtalsbrytande parten till ett svek mot den andra avtalsparten ansågs vara ett kvalificerat otillbörligt ingripande. Med denna fråga sammanhänger frågan om vad för typ av relation tredje man och den avtalsbrytande parten måste ha för att skadeståndsansvar skall aktualiseras på utomobligatorisk grund. I samtliga ovan redovisade fall avseende otillbörligt ingripande har tredje man haft ett betydande inflytande över den avtalsbrytande parten och därmed inte varit helt utomstående. Oavsett om det är tillräckligt med handlande i samförstånd till ett svek för motparten *eller* kvalificerat otillbörligt agerande, eller om det för ansvar krävs bådadera så torde det vara svårt att finna en situation där en helt utomstående tredje man, utan att handla i samförstånd med den avtalsbrytande parten, på ett kvalificerat otillbörligt sätt ingriper i annans avtalsförhållande. Den slutsats som enligt min mening kan dras är att det räcker med kvalificerad otillbörlighet på tredje mans sida, men att detta rekvisit i praktiken förutsätter någon typ av samförstånd med den avtalsbrytande parten i syfte att skada dennes motpart.

I ett försök att sammanfatta vad för typ av agerande som krävs av tredje man för att skadeståndsansvar skall föreligga anför Gorton och Sjöman att det på tredje mans sida torde krävas faktisk kännedom om det aktuella avtalets existens.<sup>140</sup> Vidare anser Gorton och Sjöman att det torde krävas någon form av uppsåt att tillfoga den andra avtalsparten skada. Som ovan nämnts är det dock, enligt Gorton och Sjömans mening, inte nödvändigt att tredje man samverkar med den avtalsbrytande parten, under förutsättning att denne agerar på ett motsvarande otillbörligt sätt.

Vid jämförelse mellan Gorton och Sjömans slutsats och HD:s avgörande i NJA 2005 s. 608 kan konstateras att Frasses inte bara hade faktisk kännedom om avtalets existens utan även ett bestämmande inflytande över Lotsbåten och avtalet med Max. Samtidigt bör påpekas att tredje mans handlande i 2005 års fall var av synnerligen otillbörlig karaktär. Mot denna bakgrund drar Bernitz slutsatsen att det torde finnas utrymme för ytterligare vidareutveckling av rättsläget så att även fall med andra sakomständigheter kan komma att omfattas.<sup>141</sup>

I fallet med överträdelse av en negative pledge-klausul torde det för skadeståndsansvar först och främst krävas att tredje man har vetskap om att låntagaren är bunden av klausulen. Vad gäller tredje mans delaktighet ger 2005 års fall stöd för att torde det krävas att tredje man i samförstånd med låntagaren medverkar till att säkerhet ställs i strid med klausulen. Eventuellt är det tillräckligt att tredje mans medverkan består i att denne kräver

---

<sup>139</sup> Se Bernitz (2005-2006) s. 628.

<sup>140</sup> Se Gorton och Sjöman s. 517 f.

<sup>141</sup> Se Bernitz (2005-2006) s. 627.

säkerhet trots vetskap om klausulen.<sup>142</sup> Tredje man måste i alla fall ha någon typ av inflytande i de åtgärder som vidtas i strid med klausulen. Saknas sådant inflytande är inte det allmänna skadeståndsrättsliga kravet på kausalsamband mellan den skadegörande handlingen och den uppkomna skadan uppfyllt.<sup>143</sup> Troligtvis krävs det även att tredje mans avsikt med säkerställandet är att skada den ursprunglige långgivaren. Den närmare innebörden av detta krav synes dock vara oklart.<sup>144</sup> Med tanke på att en tredje man som begär säkerhet i strid med en negative pledge-klausul rimligtvis gör detta främst i syfte att säkra betalning för sin egen fordran är det enligt min mening orimligt att kräva att det huvudsakliga syftet med dennes agerande är att skada långgivaren. Gorton och Sjöman anför i detta avseende att det istället torde vara tillräckligt att skadan uppstår som en i praktiken oundviklig följd av kontraktsbrottet, men att tredje man likväl beslutar sig för att medverka.<sup>145</sup> Ett visst stöd för denna uppfattning finns i 2005 års fall. HD fann nämligen att Frasses agerat i syfte att få kontroll över lokalen och på så vis få vinning i form av ökad försäljning samt att Frasses måste ha insett att agerandet skulle förorsaka Max skada. I fallet med brott mot en negative pledge-klausul uppstår emellertid vissa tillämpningsproblem vid uppställande av ett sådant krav på uppsåt.<sup>146</sup> För att situationen skall vara sådan att långgivaren oundvikligen drabbas av skada till följd av kontraktsbrottet torde nämligen krävas att säkerställandet till tredje man påverkade låntagarens återbetalningsförmåga. En sådan påverkan sker dock inte om låntagaren vid tidpunkten för överträdelsen är solvent utan endast om denne är insolvent eller nära ett sådant tillstånd. Vidare innebär ett sådant synsätt att tredje man måste ha haft kännedom om låntagarens ekonomiska svårigheter. Med hänvisning till att brott mot en negative pledge-klausul sker genom ställande av säkerhet och att tanken med tredje mans säkerhet är att få företräde till betalning framför långgivarens osäkrade fordran utifall låntagaren vid en senare tidpunkt blir insolvent anser Gorton och Sjöman att uppsåt att skada bör kunna föreligga även om överträdelsen inte var till skada vid tidpunkten för säkerställandet.<sup>147</sup> En sådan syn på uppsåtsrekvisitet är enligt min mening mer passande i denna situation. Den närmare innebörden av uppsåtsrekvisitetet för likväl anses oklar. Möjligen kan vägledning sökas i likgiltighetsuppsåtet, vilket numera är den nedre gränsen för uppsåt inom straffrätten.<sup>148</sup> Tredje man skall i så fall, vid tidpunkten för överträdelsen, ha insett att det fanns en risk att dennes agerande skulle medföra skada för långgivaren men varit likgiltig till huruvida agerandet skulle leda till förverkligandet av denna effekt. Används detta synsätt torde uppsåt att skada kunna vara för handen även om inte låntagaren vid tidpunkten för säkerställandet var insolvent.

---

<sup>142</sup> Se Gorton och Sjöman s. 518.

<sup>143</sup> Tredje man skulle t.ex. kunna invända att den skada som drabbat långgivaren inte orsakats av dennes agerande utan låntagarens vilja att ställa säkerhet mot erhållande av kapital.

<sup>144</sup> Jfr Gorton och Sjöman s. 518.

<sup>145</sup> Se Gorton och Sjöman s. 518.

<sup>146</sup> Se Gorton och Sjöman s. 518.

<sup>147</sup> Se Gorton och Sjöman s. 518

<sup>148</sup> Se NJA 2004 s. 176.

### 3.4.4 Engelsk rätt

Den engelska motsvarigheten till rättsfiguren otillbörligt ingripande i avtalsförhållande är principen om *interference with contractual relations*.<sup>149</sup> Principen har mestadels tillämpats i arbetsrättsliga sammanhang, exempelvis då fackföreningar framkallat ett anställningsavtalsbrott från arbetstagarens sida. Det finns emellertid inget hinder mot att principen tillämpas även i andra sammanhang, däribland situationen då tredje man medverkar till att en låntagare bryter mot en negative pledge-klausul.<sup>150</sup>

För att tredje man skall åläggas utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid *interference with contractual relations* krävs uppfyllande av rekvisiten *knowledge, intention* och *causation*.<sup>151</sup> Vad gäller begreppet *knowledge* kan konstateras att det har olika innebörd i engelsk rätt beroende på vilken grad av vetskap den aktuella personen innehar. Dels talar man om *actual knowledge*, vilket i svensk rätt motsvaras av faktisk kännedom, och dels *constructive knowledge*, vilket enligt svensk rätt närmast motsvaras av att någon får anses ha vetskap eller borde ha vetat något.<sup>152</sup> Vad gäller tillämpningen av principen om *interference with contractual relations* vid brott mot negative pledge-klausuler råder till viss del oklarhet i frågan om vad för typ av *knowledge* som krävs på tredje mans sida för att skadeståndsansvar skall aktualiseras på denna grund. Klart är att det inte uppställs något krav på att tredje man har vetskap om de specifika villkoren i det avtalsförhållande denne ingriper i, utan att det är tillräckligt att han har vetskap om dess existens.<sup>153</sup> Vad gäller graden av vetskap synes majoriteten i doktrinen vara av den uppfattningen att tredje man måste ha *actual knowledge* om negative pledge-klausulen för att ansvar skall föreligga.<sup>154</sup> Till stöd för denna ståndpunkt anförs bl.a. att det i ovannämnda *Swiss Bank Corp. v. Lloyds Bank Ltd.* krävdes sådan vetskap hos tredje man.<sup>155</sup> Vidare är ett sådant synsätt förenligt med det krav på *actual notice* som uppställs i samband med bestämmande av prioritetsordningen då en låntagare beviljat flera företagsinteckningar avseende samma egendom.<sup>156</sup> Att det skulle räcka med att tredje man har *constructive knowledge* sammanhänger med det faktum att kreditgivare som begär säkerhet i allmänhet känner till konceptet med utlåning mot negative pledge-klausul och att de därför bör tillskrivas en högre grad av vetskap. Vidare anses rättspraxis ge visst stöd för att det

---

<sup>149</sup> Principen går även under benämningen *inducement of breach of contract* eller *procuring a breach of contract*. Se Stone, Jonathan B., Negative pledges and the tort of interference with contractual relations, *JIBL* 1991, 6(8), s. 310.

<sup>150</sup> Se Hobbs s. 272.

<sup>151</sup> Se Cranston s. 320.

<sup>152</sup> Se Gorton och Sjöman s. 520.

<sup>153</sup> Se *Emerald Construction Co. v. Lowthian* [1966] 1 W.L.R. 691.

<sup>154</sup> Se bl.a. McKnight, Andrew, Restrictions on dealing with assets in financing documents – their role, meaning and effect, *JIBL* 2002, 17(7) s. 198 ff och Cranston s. 320

<sup>155</sup> Se McKnight s. 198 ff. Andrew s. 198 ff.

<sup>156</sup> Se McKnight s. 200.

räcker med constructive knowledge.<sup>157</sup> Engelska domstolar har dock varit restriktiva med att tillskriva tredje män en sådan vetskap i kommersiella sammanhang, något som får tas till intäkt för att det som huvudregel torde krävas actual knowledge.<sup>158</sup>

Kravet på intention innebär att avtalsbrottet måste omfattas av tredje mans uppsåt och inte orsakats genom oaktsamhet.<sup>159</sup> Om tredje man, i vetskap om att låntagaren är bunden av en negative pledge-klausul, tar säkerhet i strid med densamma torde det i merparten av fallen inte vara svårt att visa på en uppsåtlig medverkan till avtalsbrott. Att kreditgivare i allmänhet begär säkerhet i syfte att trygga sin egen fordran vid en eventuell konkurs på gäldenärens sida förändrar inte saken eftersom det varken krävs uppsåt att skada den ursprungliga långgivaren eller att avtalsbrott är den primära avsikten med handlandet.<sup>160</sup> Frågan inträder dock om det är möjligt att presumera ett uppsåt omfattande avtalsbrottet i en sådan situation därför att ett avtalsbrott är den naturliga och mest troliga konsekvensen av säkerställandet och att tredje man är likgiltig till vad konsekvensen blir. Doktrinen synes inte vara enig på denna punkt.<sup>161</sup> Det som talar emot en sådan presumtion är låntagaren i vissa fall kan få tillåtelse av den ursprungliga långgivaren att bryta mot klausulen eller har rätt att ställa säkerhet för en viss del av sina tillgångar. Att i ett sådant fall presumera att tredje mans uppsåt är att låntagaren skall bryta mot klausulen finner vissa i doktrinen oskäligt. Majoriteten av doktrinen förefaller motsätta sig en sådan presumtion, åtminstone om låntagaren har vissa möjligheter att ställa säkerhet utan att bryta mot negative pledge-klausulen.

Precis som i svensk rätt krävs för skadeståndsansvar att det föreligger ett kausalsamband mellan den skadegörande handlingen och den uppkomna skadan. Detta krav anses normalt sett inte ge upphov till några större problem vad gäller tillämpning av interference with contractual relationships på brott mot negative pledge-klausuler.<sup>162</sup> Tredje man kan visserligen invända att överträdelsen av klausulen och efterföljande skada inte berodde på dennes vilja att få säkerhet utan låntagarens vilja att ställa säkerhet och därigenom erhålla nytt kapital. Men eftersom låntagarens erhållande av nytt

---

<sup>157</sup> Se McKnight s. 199 ff. samt de av denne refererade fallen Emerald Construction Co. v. Lowthian och Merkur Island Shipping Co. v. Laughton [1983] 2 A.C. 570. Det synes här vara fråga om situationer där tredje man agerat culpöst på så vis att denne skulle ha haft vetskap om avtalet om inte denne blundat för information.

<sup>158</sup> Att engelska domstolar har en sådan inställning framgår av Cranston s. 320.

<sup>159</sup> Se McKnight s. 199.

<sup>160</sup> Se Stone s. 314 och Bernitz (1987) s. 48. I detta avseende torde det dock kunna uppstå en konflikt mellan principen om interference with contractual relations och bankers intresse, eller rent av skyldighet, att säkra betalning för sina fordringar. I engelsk rätt förefaller det emellertid inte finnas någon motsvarighet till den svenska bestämmelsen i 8 kap 1 § LBF enligt vilken banker normalt sett är skyldiga att kräva säkerhet. Se i detta avseende FSMA 2000, enligt vilken övervakningsorganet FSA kan återkalla bankers tillstånd att bedriva finansiell verksamhet. Enligt min mening förefaller inställningen i engelsk rätt vara att en bank med faktisk kännedom om att en låntagare är bunden av en negative pledge-klausul är skyldig att respektera detta.

<sup>161</sup> Se Stone s. 314 ff. och Hobbs s. 272.

<sup>162</sup> Se Cranston s. 320.



kapital mot säkerhet oundvikligen innebär att överträdelse sker får utrymmet för att lyckas med en sådan invändning betraktas som litet. Vidare anses tredje mans framkallande av överträdelsen inte kunna rättfärdigas av dennes vilja att låna ut kapital bara för att låntagaren behöver det.<sup>163</sup>

Sammanfattningsvis kan konstateras det i engelsk rätt finns en mer etablerad princip om skadeståndsansvar vid otillbörligt ingripande i avtalsförhållande än vad som är fallet i svensk rätt. Likväl är det inte helt klart vad som krävs för att den med framgång skall kunna åberopas av en långgivare i situationen där tredje man bidragit till att låntagaren ställt säkerhet i strid med en negative pledge-klausul. Utrymmet att nå framgång med en skadeståndstalan grundad på principen om interference with contractual relations synes dock vara större än vad som gäller beträffande den svenska motsvarigheten om otillbörligt ingripande i avtalsförhållande. I såväl svensk som engelsk rätt torde uppställas ett krav på faktisk kännedom om klausulens existens, även om det i engelsk doktrin finns de som anser att det räcker med att sådan vetskap kan tillräknas tredje man p.g.a. yttre omständigheter. Därtill krävs i engelsk rätt att låntagarens åtgärd att bryta mot klausulen omfattades av tredje mans uppsåt. Tredje man måste dock inte haft uppsåt att skada den ursprunglige långgivaren. Ett sådant uppsåt i någon form torde dock krävas för att ett ingripande skall anses kvalificerat otillbörligt i svensk rätt. Med beaktande av den oklarhet som råder beträffande detta uppsåtsrekvisits innebörd och att ett motsvarande rekvisit saknas i engelsk rätt får en skadeståndstalan grundad på 2 kap 2 § SkL även betraktas som betydligt mer chansartad än en motsvarande talan enligt engelsk rätt.

Slutligen bör påpekas att förekomsten av en non-conflict-klausul i det aktuella avtalet mellan låntagaren och tredje man givetvis inte utesluter att tredje man kan göras ansvarig för sin medverkan till överträdelsen av negative pledge-klausulen. Däremot ger klausulen tredje man ett bra utgångsläge ur bevissynpunkt eftersom det i subjektivt hänseende krävs att avtalsbrottet omfattades av tredje mans uppsåt eller att dennes medverkan var kvalificerat otillbörlig.

### 3.4.5 Dansk och norsk rätt

I dansk rätt anses det möjligt att rikta anspråk för ren förmögenhetsskada på utomobligatorisk grund mot tredje man som medverkat till annans kontraktsbrott.<sup>164</sup> Vilka precisa omständigheter som skall vara för handen för att så kan ske synes dock vara oklart. Det är inte tal om att ålägga ansvar för tredje man bara för att denne vidtar en handling som leder till annans avtalsbrott. Istället torde det krävas att tredje man på ett otillbörligt sätt

---

<sup>163</sup> Se Cranston s. 320

<sup>164</sup> Se Gomard, Bernhard, Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktsforhold, 1958, s. 57 ff., densamme, Obligationsret del 2, 2003, s. 139 och Ussing, Henry, Obligationsretten- almindelig del 2, 1961, s. 448 ff.

främjat avtalsbrottet.<sup>165</sup> I övrigt skall hänsyn tas till alla omständigheter i det enskilda fallet, däribland den skadelidandes möjligheter att rikta anspråk mot sin motpart.<sup>166</sup>

Även i norsk rätt finns visst utrymme att ålägga tredje man skadeståndsansvar på utomobligatorisk grund när denne har medverkat till annans kontraktsbrott.<sup>167</sup> Rättspraxis anses ge stöd för en generell regel om att det för sådant ansvar krävs att tredje man på ett otillbörligt sätt föranleder eller tillskyndar en avtalspart att företa åtgärder i strid med avtalet.<sup>168</sup> Vad gäller frågan om vilket typ av otillbörligt handlande som krävs för ansvar uppvisar norsk rätt likheter med både den svenska rättsfiguren otillbörligt ingripande i avtalsförhållande och den engelska principen om interference with contractual relationships. Först och främst uppställs ett krav på att tredje man har vetskap om avtalets existens. Att tillskriva tredje man en sådan kunskap p.g.a. oaktsamhet förefaller dock inte vara möjligt. Av central betydelse synes även vara att tredje man aktivt medverkar till avtalsbrottet genom att åtminstone uppmuntra till en sådan åtgärd. Slutligen verkar det inte krävas att tredje mans avsikt med handlandet var att skada avtalspartens motpart.<sup>169</sup>

---

<sup>165</sup> I doktrinen används även begrepp som oförsvarligt och rättsstridigt. Se Gomard (1958) s. 58 och Ussing s. 450.

<sup>166</sup> Se Ussing s. 448.

<sup>167</sup> Det skall också nämnas att norska Markedsföringsloven § 1 innehåller ett förbud mot illojal konkurrens med därtill knutna skadeståndssanktioner. Denna generalklausul, som tar sikte på handlingar som strider mot god affärsetik mellan näringsidkare, anses ge stöd för rättsprincipen om otillbörligt ingripande i avtalsförhållanden. Se Hagström s. 816 ff.

<sup>168</sup> Se Hagström s. 816 ff. Han refererar bl.a. till Rt. 1997 s. 1322 där tredje man inte ansågs skadeståndsansvarig eftersom denne varken aktivt eller via underlåtelse tillskyndat en avtalspart till inte uppfylla sin förpliktelse.

<sup>169</sup> Se Hagström s. 818.

## 4 Avslutande kommentarer

Inledningsvis har uppmärksammats att en negative pledge-klausul kan visa sig ha ett endast begränsat värde för långgivaren eftersom de påföljder denne kan rikta mot låntagaren vid överträdelse av klausulen är av ringa värde om låntagaren blivit insolvent. Mot denna bakgrund har denna uppsats behandlat frågan om vilka möjligheter en långgivare har att rikta olika typer av anspråk mot tredje man som, i strid med klausulen, tagit säkerhet i låntagarens egendom.

Antalet anspråksmöjligheter har visat sig vara begränsade, till stor del p.g.a. att principen om avtalets subjektiva begränsning och principen om numerus clausus utgör viktiga principer i de beaktade rättsordningarna. Undersökningen visar att långgivaren åtminstone har tre mer eller mindre tänkbara anspråksmöjligheter att tillgå. Vad gäller långgivarens chanser att nå framgång med varje enskilt anspråk beror detta i stor utsträckning på omständigheterna i det enskilda fallet. I detta avseende har karaktären på tredje mans agerande särskilt stor betydelse. För att nå framgång med ett anspråk krävs i regel att tredje mans agerande varit illojalt eller legat på gränsen till att bedömas som brottsligt.

Även om ett anspråk grundat på en negative pledge-klausul inte utgör en erkänd sakrätt i vare sig svensk, dansk, norsk eller engelsk rätt finns det i dessa rättsordningar ett visst utrymme att ge obligationsrätter en viss rättsverkan mot tredje man. Såväl svensk som engelsk rättspraxis ger stöd för att avtalade belastningar avseende viss egendom kan binda en ondtröende tredje man. I fallet med överträdelse av negative pledge torde i så fall krävas att tredje man hade faktisk kännedom om klausulens existens men ändå begärde säkerhet i strid med densamma. Emellertid faller negative pledge-klausulens eventuella tredjemansverkan sannolikt på att den inte belastar en viss egendom utan all låntagarens egendom. Möjligen är utrymmet till att nå framgång denna väg något större i engelsk rätt eftersom de förefaller ha en mer flexibel syn på kravet på specialitet. Likväl får den ursprungliga långgivarens chanser att nå framgång denna väg betraktas som väldigt små. Vidare torde i varken svensk eller engelsk rätt vara möjligt att via registrering av ett negative pledge-åtagande uppnå sakrättsligt skydd. En sådan möjlighet finns i både dansk och norsk rätt.

Sannolikheten att tredje mans säkerhet återvinns till konkursboet är inte särskilt stor med tanke på att de tidsfrister som finns i regel omöjliggör återvinning av säkerheter vilka överlämnats tidigare än tre månader före ansökan om låntagarens konkurs. Om säkerheten likväl överlämnats inom den aktuella tidsfristen beror återvinningsmöjligheterna i hög grad på om säkerheten överlämnats för ett redan befintligt lån eller i samband med upptagande av lån. Vad gäller den förra situationen innehåller svensk, dansk och norsk rätt en objektiv återvinningsregel vilken möjliggör återvinning av ett sådant säkerställande. I svensk rätt begränsas emellertid utrymmet för

återvinning ytterligare i och med det generella undantaget för ordinära säkerställanden, vilket fångar upp de situationer där tredje man utnyttjar en rätt att kräva tilläggsäkerhet. Även i dansk och norsk rätt finns undantag, om än med begränsade tillämpningsområden. Det faktum att säkerställandet samtidigt innebär ett brott mot en negative pledge-klausul påverkar inte bedömningen enligt dessa återvinningsbestämmelser. Annorlunda torde det dock förhålla sig i engelsk rätt i och med att det för återvinning av säkerhet ställd för ett befintligt lån krävs att den aktuella dispositionen omkullkastat förmånsrättsordningen i konkursen.

Utrymmet att återvinna en säkerhet ställd i samband med upptagande av lån är över lag väldigt litet eftersom ett sådant förfarande är att se som ett ömsesidigt utbyte av prestationer. Likväl finns det enligt min mening en viss chans att åtminstone i svensk rätt återvinna ett sådant säkerställande med stöd av den allmänna otillbörlighetsregeln. I så fall torde krävas att tredje man hade vetskap om negative pledge-klausulen men ändå krävde säkerhet i syfte att erhålla en bättre position i låntagarens annalkande konkurs på den ursprungliga långivarens bekostnad. I praktiken är emellertid chansen minimal att en sådan situation uppstår eftersom en seriös kreditgivare skulle avstå från att bevilja ett lån om låntagaren är på gränsen till insolvent.

Chansen att långivaren når framgång med en skadeståndstalan mot tredje man för den rena förmögenhetsskada långivarens drabbats av till följd av överträdelsen får även den betraktas som liten om inte tredje mans förfarande är brottsligt. Visserligen är det i alla undersökta rättsordningar möjligt att få ersättning för sådan skada utanför den brottsliga sfären enligt principen om otillbörligt ingripande i avtalsförhållande respektive interference with contractual relations, men tredje mans agerande skall i så fall vara särskilt utstuderat och illojalt. Mer specifikt skall tredje mans medverkan till överträdelsen enligt svensk rätt karakteriseras som kvalificerat otillbörligt. Den närmare innebörden av detta rekvisit är till viss del oklart. Sannolikt måste tredje man ha faktisk kännedom om negative pledge-klausulen och även ta initiativ till överträdelsen. Vidare torde det krävas att tredje man har någon form av uppsåt att skada långivaren.

Enligt min mening går det inte att likställa rekvisitet kvalificerad otillbörlighet med det engelska kravet på knowledge, intention och causation. Dels ger engelsk rättspraxis ett visst stöd för att det på tredje mans sida räcker med att denne får anses ha vetskap om negative pledge-klausulen, och dels finns det i engelsk rätt inte något krav på att tredje mans uppsåt var att skada långivaren. Mot denna bakgrund får utrymmet att nå framgång med en skadeståndstalan anses något större enligt engelsk rätt. Eftersom det material jag funnit om rättsfiguren otillbörligt ingripande i annans avtalsförhållande i dansk och norsk rätt är något knapphändert är det svårt att dra några långtgående slutsatser om möjligheten att i dessa rättsordningar nå framgång denna väg. Beträffande dansk rätt kan tredje man åläggas skadeståndsansvar om dennes medverkan är otillbörlig eller rättsstridig. Innebörden av dessa begrepp förefaller dock vara oklar. Norsk rätt synes i detta avseende uppvisa stora likheter med svensk rätt. I och med

att det i norsk rätt inte torde uppställas något krav på att tredje man hade uppsåt att skada långivaren bör emellertid utrymmet att nå framgång med en skadeståndstalan vara något större i norsk rätt jämfört med svensk rätt.

Med tanke på att en negative pledge-klausul i sin enklaste form inte ger långivaren något egentligt skydd mot en låntagare som bryter mot klausulen och att de anspråksmöjligheter som står låntagaren till buds mot tredje man som bidragit till överträdelsen är ytterst begränsade, är det naturligt att långgivare använder olika hjälpmedel för att stärka sin position gentemot övriga borgenärer. Ett sätt är att bygga ut klausulen med positiva element. Ovan har dock konstaterats att det vid användning av automatic- eller equivalent security negative pledges uppstår en konflikt mellan engelskinfluerade avtalsvillkor och svenska sak- och processrättsliga regler. Denna konflikt torde, utan anpassning, leda till att klausulerna inte får avsedd effekt enligt svensk rätt. Med tanke på att svensk rätt alltså har en restriktiv syn på tillskapandet av nya sakrätter får utrymmet att anpassa automatic-varianten till svenska förhållanden och samtidigt få avsedd effekt bedömas som litet. Vad gäller equivalent- varianten torde denna kunna anpassas till svenska förhållanden och därmed få viss effekt. Emellertid kvarstår ett problem, nämligen att tredje man fortfarande kommer att företrädesrätt till betalning ur den aktuella egendomen eftersom dennes säkerhet tillkommit före i tiden. Svenska kreditgivare gör följaktligen rätt i att använda negative pledge-klausulen som ett komplement till traditionell säkerhet.

# Käll- och litteraturförteckning

## *Litteratur:*

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 12 uppl., Juristförlaget i Lund, 2002

Andenäs, Mads Henry, *Konkurs*, 2 uppl., Oslo, 1999

Bengtsson, Bertil, *Svensk rättspraxis – skadestånd utom kontraktsförhållanden 2004-2006*, SvJT 2005 s. 554 ff.

Bengtsson, Bertil, Strömbäck, Erland, *Skadeståndslagen – en kommentar*, Norstedts juridik, Stockholm, 2006

Bernitz, Ulf, *Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande*, Festskrift till Lars Welamson, 1987 s. 43 ff.

Bernitz, Ulf, *Skadeståndsansvar för otillbörligt ingripande i avtalsförhållande och medverkan till kontraktsbrott: HD utvidgar ansvaret för ren förmögenhetsskada*, JT 2005-2006 s. 620 ff.

Braekhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 2*, Universitetsforlaget Oslo, 2005

Bryde Andersen, Mads, Lookofsky, Joseph, *Laerobog i Obligationsret*, Thompson GradJura, Köpenhamn, 2005

Bylund, Bertil, *Något om s.k. negativa klausuler i låneavtal*, Festskrift till Knut Rodhe, 1976

Chen-Wishart, Mindy, *Contract Law*, Oxford University Press, 2005

Clarke, Alison, Kohler, Paul, *Property law – commentary and materials*, Cambridge University Press, 2005

Cranston, Ross, *Principles of banking law*, 2 uppl., Oxford University Press, 2002

Donner, Gabriel, *Handbok i bankrätt*, Juridik och samhälle, Stockholm, 1996

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Boman, Robert, *Rättegång V*, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1998

Eyben, von W.E., Vinding Kruse, Anders, *Formueret*, GEC GADS forlag, Köpenhamn, 1991

- Forssell, Hans, *Tredjemansskyddets gränser*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1976
- Funered, Urban E., *Bankernas risktagande*, Nerenius & Santérus, Stockholm, 1994
- Gomard, Bernhard, *Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktsforhold*, GEC GADS forlag, Köpenhamn, 1958
- Gomard, Bernhard, *Obligationsret del 2*, 3 uppl., Jurist- og Okonomforbundets forlag, Köpenhamn, 2003
- Gomard, Bernhard, *Obligationsret del 3*, Jurist- og Okonomforbundets forlag, Köpenhamn, 1993
- Goode, R. M., *Principles of corporate insolvency law*, Sweet & Maxwell, London, 1990
- Goode, R. M., *Legal problems of credit and security*, Sweet & Maxwell, London, 1988
- Gorton, Lars, *Negativa förpliktelser i finansiella avtal*, festskrift till Bernard Gomard, 2001 s. 116 ff.
- Gorton, Lars, Sjöman, Erik, *Negativa förpliktelser och tredje män – särskilt om överträdelse av negative pledge*, JT 2002-2003 s. 504 ff.
- Hagström, Viggo – *Obligasjonsrett*, Universitetsforlaget i Oslo, 2003
- Hellner, Jan, Johansson, Svante, *Skadeståndsrätt*, 6 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2000
- Hessler, Henrik. *Allmän sakrätt – om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer*, P.A. Norstedt & söners förlag, Stockholm, 1973
- Hobbs, Tracy, *The negative pledge – a brief guide*, JIBL 1993, 8(7) s. 269 ff.
- Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 1996
- Karlgren, Hjalmar, *Kollegium i allmän obligationsrätt I*, Juridiska föreningen i Lund, 1966
- Kleineman, Jan, *Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*, Juristförlaget i Stockholm, 1987

Lennander, Gertrud, *Återvinning i konkurs*, 3 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2004

Lindencrone Petersen, Lars, Örgaard, Anders, *Konkursloven med kommentar*, 10 uppl., Thomson, Köpenhamn, 2005

Lynge Andersen, Lennart, Werlauff, Erik, *Kreditretten*, Thompson GradJura, Köpenhamn, 2005

McKnight, Andrew, *Restrictions on dealing with assets in financing documents – their role, meaning and effect*, JIBL 2002, 17(7) s. 193 ff.

Myrdal, Staffan, *Borgenärsskyddet – om principerna för skyddet mot överlåtarens och pantsättarens borgenärer*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002

Nial, Håkan, *Nya sakrätter?*, SvJT 1940 s. 673 ff.

Rodhe, Knut, *Handbok i sakrätt*, Norstedts juridik, Stockholm, 1985

Stone, Jonathan B., *Negative pledges and the tort of interference with contractual relations*, JIBL 1991, 6(8) s. 310 ff.

Walin, Gösta, *Om företagshypotek*, 1 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1995

Walin, Gösta, *Panträtt*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1998

Westberg, Peter, *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, Festskrift till Per Olof Bolding, 1992, s. 421 ff.

Wood, Philip R., *International loans, bonds and securities regulation*, Sweet & Maxwell, London, 1995

Ussing, Henry, *Obligationsretten – almindelig del 2*, 4 uppl., Juristforbundets forlag, Köpenhamn, 1961

*Offentligt tryck:*

Prop. 1972:5 (om förslag till skadeståndslag m.m.)

Prop. 1975:6 (om ändring i konkurslagen m.m.)

Prop. 2001/02:57 (återvinning av säkerhet i konkurs)

Prop. 2002/03:139 (reformerade regler för bank- och finansieringsrörelse)

SOU 1981:76 (om företagsinteckning)



*Elektroniska källor:*

Millqvist Göran, *Millqvist analyserar sakrätt i HD*, publicerad 2007-11-05  
på [www.pointlex.se](http://www.pointlex.se) (besöktes 2007-11-19)

# Rättsfallsförteckning

## *Svensk rätt:*

NJA 1924 s. 329  
NJÄ 1925 s. 80  
NJÄ 1928 s. 621  
NJÄ 1940 s. 297  
NJÄ 1943 s. 370  
NJÄ 1946 s. 15  
NJÄ 1949 s. 645  
NJÄ 1987 s. 692  
NJÄ 1996 s. 52  
NJÄ 2000 s. 58  
NJÄ 2001 s. 878  
NJÄ 2004 s. 176  
NJÄ 2005 s. 608  
NJÄ 2007 s. 413  
HD:s dom meddelad den 9 oktober 2007 (mål nr. T 3088-05)

## *Engelsk rätt:*

De Mattos v. Gibson [1858] 4 De G & J 276 (QB)  
Emerald Construction Co. v. Lowthian [1966] 1 W.L.R. 691 (AC)  
MacJordan Construction Limited v. Brookmount Erostin Limited [1992]  
B.C.L.C. 350 (AC)  
Merkur Island Shipping Co. v. Laughton [1983] 2 A.C. 570  
Swiss Bank Corporation v. Lloyds Bank Limited. [1979] Ch. 548

## *Norsk rätt:*

Rt. 1997 s. 1322