



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Christine Persson

No-petition klausuler ur ett svenskt perspektiv

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Lars Gorton

Ämnesområde
Förmögenhetsrätt, avtalsrätt

Termin
Höstterminen 2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte	5
1.2 Metod	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Disposition	7
2 EMITTERING AV OBLIGATIONER	8
2.1 Syndikering enligt angloamerikansk modell	9
2.1.1 Trustees	10
2.1.1.1 Trusteen i Sverige	13
2.1.1.2 Norsk Tillitsmann	13
2.1.2 Övriga agenter	13
2.2 No-petition i samband med obligationsemittering	14
3 VÄRDEPAPPERISERING	17
3.1 Tekniken	17
3.2 No-petition i samband med värdepapperisering.	19
4 RÄTTEN TILL DOMSTOLSPRÖVNING	21
4.1 Skiljedomsförfarande	22
4.2 Materiell och formell rätt	24
4.3 Rättegångsfullmakt	25
5 36 § AVTALSLAGEN – GENERALKLAUSULEN	28
5.1 Allmän avtalsrätt	28
5.2 Standardavtalsrätt	29
5.3 Allmänna avtalsrättsliga principer och marknadsrättsliga åtgärder	29

5.4	Bakgrund till 36 § avtalslagen.	30
5.5	Tillämpningen av 36 § avtalslagen	31
5.5.1	Avtalets innehåll	32
5.5.2	Omständigheter vid avtalets tillkomst	34
5.5.3	Senare inträffade förhållanden	35
5.5.4	Omständigheter i övrigt	35
5.5.4.1	Kringgående av lag	36
5.5.4.2	Analogier från tvingande regler	36
5.5.4.3	Marknadsrättslig praxis	37
5.5.4.4	Partsbruk m.m.	38
5.5.4.5	Förhållande mellan avtal	38
5.5.4.6	Hänsyn till internationella förhållanden	39
5.5.5	Klausuler om skiljeförfarande och annat avgörande av tvister	39
5.6	Övriga synpunkter	40
6	ANALYS	42
6.1	No-petition klausulen mellan emittent och innehavare	42
6.2	No-petition klausulen i värdepapperiseringar	47
6.3	Allmänt om no-petition klausulen	48
7	SLUTSATS	50
	BILAGA A - NO-PETITION KLAUSUL	52
	BILAGA B - 36 § AVTALSLAGEN	53
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	54
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	57

Sammanfattning

I takt med att vårt samhälle blir allt mer internationellt blir vi också allt mer beroende av att ha en rättslig struktur som är gångbar i internationella sammanhang. Företag idag strävar efter internationellt erkännande och ser det som positivt att kunna göra affärer världen över. Men när avtal sluts över länders gränser ställer det stora krav på juridiken. Hur ska man kunna säkerställa att vad som är rättsligt gångbart i ett land är det även i de 30 andra länder som är berörda av kontraktet? Internationella samarbeten och komparativa studier är nödvändiga för ett fungerande samhälle.

Emittering av obligationer, en i högsta grad internationell transaktion, är idag en företeelse där de angloamerikanska avtalen är betydligt mer omfattande än våra svenska motsvarigheter. I samband med obligationsemissioner, både av traditionellt slag genom syndikering och när det sker via värdepapperisering, finns det ofta s.k. no-petition klausuler inbakade i dessa avtal. No-petition klausuler innebär klausuler som på ett eller annat sätt vill hindra någon från att framställa en talan i domstol. Syftet med den följande avhandlingen är att titta närmre på hur sådana no-petition klausuler kan komma att bli behandlade i svensk rätt. Är det möjligt att skriva no-petition klausuler som blir accepterade av svensk domstol? Hur bör då en sådan klausul vara utformad och vilka effekter för det med sig för de inblandade parterna?

Möjligheten till att skriva svenska avtal med samma innebörd och rättsverkningar som de utländska varianter som används idag är inte av avgörande betydelse för huruvida avtal kommer att skrivas eller inte. Men det kan vara avgörande att veta till vilken del rättsystemen överensstämmer eftersom vi kan behöva gardera oss genom eventuella andra avtalsmekanismer. För att göra internationella avtal gångbara i svenska sammanhang ligger vi ett steg före om vi i god tid tagit reda på skillnader och likheter mellan oss och andra länder.

Förord

Med denna uppsats är det dags att sätta punkt för nästan fem års studier. Samtidigt som det känns oerhört skönt kommer det också att finnas dagar av saknad. Studentlivet är ofta ett väldigt intensivt sätt att leva. Att känna stödet från vänner och familj betyder mycket och under de här åren har jag träffat fantastiska människor som förhoppningsvis alltid kommer att finnas i mitt liv. Min sambo Erik är värd ett särskilt omnämnande för att han alltid trott på mig även när jag inte själv gjort det.

När jag påbörjade denna uppsats tyckte jag relativt omgående att jag kom fram till hur rättsläget borde vara. Men allteftersom jag läste mer och mer om ämnet blev mina så självklara idéer alltmer ifrågasatta och slutresultatet blev inte riktigt vad jag tänkte att det skulle bli. Samtidigt som det många gånger kan vara väldigt påfrestande att alltid ifrågasätta och fundera så är det också en oerhört utvecklande process. Det är ju faktiskt detta som är meningen med att studera, att få en möjlighet tänka, tänka om och i slutändan stå en erfarenhet och kunskap rikare.

Ett stort tack vill jag rikta till Carl Brodén vid Mannheimer Swartling som hjälpt mig förstå ämnet och som ställt upp närhelst jag haft en fråga. Till Lars Gorton, tack för att du alltid har haft överseende med mina ständiga ändringar och för att du fått mig att tänka.

Lund, december 2006.

Christine Persson

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AVLN	Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
BrB	Brottsbalk (1962:700)
HD	Högsta Domstolen
KFM	Kronofogdemyndigheten
LSF	Lag (1999:116) om skiljeförfarande
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SkbrL	Lag (1936:81) om skuldebrev

1 Inledning

Samtidigt som jordens befolkning bara växer blir världen mindre och mindre. I dag är det helt naturligt att kunna resa överallt och göra affärer över hela världen. Tekniska framsteg gör att vi kan transportera pengar till andra sidan jorden på några millisekunder. Den finansiella marknaden, marknaden för kapitalet, växer sig bara större och större och transaktionerna genomförs allt oftare på en internationell nivå. Med en handel som sträcker sig över gränserna ställs stora krav på juridiken. Att kunna genomföra samma transaktioner här som i någon annan del av världen, med samma rättigheter och skyldigheter, kan få stor betydelse. Ibland behöver länder anpassas, ibland måste vi inse att det är helt olika system och då får man utgå från det. En viktig utgångspunkt är dock att veta vilket.

Inom finansiell rätt är det utan tvekan den angloamerikanska rätten som är den mest betydelsefulla. London är världens finansiella centrum och dagligen görs det affärer för enorma summor. Sverige är ett litet land där dessa transaktioner inte förekommit alls i samma utsträckning och de svenska avtal som används i sammanhanget är långt ifrån lika utvecklade och heltäckande som de angloamerikanska varianterna. För att kunna fungera väl på den internationella marknaden finns det därför ett intresse för att undersöka i vilken utsträckning vi skulle kunna använda oss av dessa avtal. Den här uppsatsen ska egentligen bara handla om en enda liten klausul som ofta finns med i dessa angloamerikanska avtal, och detta ska göras utifrån svensk rätt för att ta reda på hur våra svenska lagar ser på användandet av denna sorts klausul. Klausulen jag åsyftar är den s.k. no-petition klausulen, en klausul som skrivs med för att i vissa lägen hindra parter från att gå till domstol.

Emittering av obligationer kan ske på flera olika sätt, däribland emittering genom syndikering och emittering genom värdepapperisering. Syndikeringsmetoden går ut på att emittenten vänder sig till en bank som i sin tur arrangerar ett syndikat av banker som deltar i emissionen och på så vis sprider riskerna. Värdepapperisering går ut på att en aktör flyttar tillgångsmassa till ett specialbolag som sen ger ut obligationer med säkerhet i den överförda tillgångsmassan. No-petition klausulen förekommer i båda varianterna av avtal och i båda fallen som en form av säkerhetsmekanismer. Beroende på avtalsform är dock skyddsaspekten med klausulen annorlunda inriktad och som kommer att utredas längre fram i uppsatsen är syftet med klausulen en viktig del i frågan om klausulens giltighet.

1.1 Syfte

Eftersom den angloamerikanska världen är så framstående inom den finansiella världen finns det ett intresse av att i större utsträckning än idag använda sig av angloamerikanska avtalsfördrag även i Sverige. För att vi ska kunna använda oss av dessa utländska avtal krävs det dock att vi är medvetna om till vilken grad vårt rättssystem godtar avtalsinnehållet i de angloamerikanska avtalen. Det vore inte särskilt lämpligt att översätta ett avtal rakt av för att sedan upptäcka att delar av innehållet är ogiltigt enligt svensk rätt.

När det gäller emittering av obligationer är de svenska varianterna av dessa avtal förhållandevis dåliga jämfört med de angloamerikanska mer utarbetade avtalen. För att ta del i internationella transaktioner vore det alltså en fördel om vi kunde använda oss av dessa angloamerikanska avtal. Följdfrågan blir då genast om vårt rättssystem godtar innehållet i de angloamerikanska avtalen som används i samband med obligationsemitteringar. Ett av frågetecknen är användningen av no-petition klausuler, klausuler som innebär ett hinder mot domstolsprövning och förekommer i lite olika varianter i finansiella avtal. Syftet i denna uppsats är att undersöka om det är troligt att svensk rätt kan tänkas godkänna en s.k. no-petition klausul och om så är fallet hur denna klausul då bör vara utformad. Vad är det som avgör om klausulen är oskälig eller inte? Kan utformningen och ordalydelsen påverka bedömningen? Vilken påverkan har syfte och partsvilja i sammanhanget? För att åskådliggöra problematiken skrivs uppsatsen utifrån de två avtalsslag som nämnts som exempel på när klausulen kan förekomma, syndikering och värdepapperisering. Anledningen till att uppsatsen i relativt långtgående utsträckning tar upp användandet av trustees i angloamerikansk rätt beror på att detta utgör en väsentlig skillnad gentemot svenska emitteringar och blir därmed också en väsentlig faktor när det kommer till bedömningen av no-petition klausulens giltighet.

1.2 Metod

Uppsatsen skrivs utifrån en traditionell rättsdogmatisk metod. Lagar, praxis, förarbeten och doktrin kommer att ligga till grund för analys och slutsats. Det aktuella området innebär ett avtalsrättsligt problem som har sin utgångspunkt i ett finansiellt system. Med utgångspunkt i den användning den aktuella klausulen idag har i angloamerikanska avtal görs en analys av hur ett svenskt rättssystem kan tänkas se på användandet av en sådan klausul.

Valet av språk för framställningen var inte helt självklart och jag ber om ursäkt för att det förekommer en hel del ”svengelska”. Detta beror främst på

att när det ibland inte funnits någon tillräckligt bra korresponderande term har jag valt att använda mig av de engelska orden.

Vissa begrepp används för att täcka in flera olika tänkbara aktörer. Exempelvis används benämningen bank i situationer där även kreditinstitutioner, värdepappersföretag etc. kan vara aktuella. Detta är gjort som en ren förenkling för läsaren och ska inte spela någon roll för innehållet i uppsatsen.

Att uppsatsen inte innehåller några faktiska exempel på hur man har utformat de här klausulerna när de används beror på framförallt två saker. Ett, det är svårt att få tag på avtalen och två, eftersom det hela handlar om väldigt avtalsspecifika klausuler är det svårt att hitta bra exempel som är tillräckligt heltäckande. Uppsatsen behandlar den generella innebörden av klausulen för att ge en idé om hur klausulen kan användas och för en läsare som inte är insatt i den finansiella världen är det enklare att tänka sig en grundform som säger att ”innehavaren av detta värdepapper får ej väcka talan med anledning av innehållet” alternativt ”originatorn får ej väcka talan mot specialbolaget”. Det är utifrån denna generalisering som uppsatsen skrivs. I verkligheten handlar det självklart om betydligt mer ”förfinade” klausuler vilket kommer att påverka bedömningen av klausulernas giltighet. För att ändå ge läsaren en uppfattning om klausulernas komplexitet finns som bilaga A en variant av en no-petition klausul som infogats i ett s.k. junk bond¹ avtal och där klausulen var giltig gentemot innehavarna.

1.3 Avgränsningar

För att göra omfånget på uppsatsen rimligt blir beskrivningen av de båda situationerna där klausulen aktualiseras på en väldigt grundläggande nivå. Att sätta sig in i detalj i en så komplex struktur är inte rimligt för ett examensarbete men jag hoppas att de synpunkter jag har att komma med ändå kan vara relevanta för en fördjupande diskussion. Speciallagstiftning för vad som gäller för de inblandade aktörerna och mycket av de associationsrättsliga frågorna som uppkommer i sammanhanget lämnas av utrymmesskäl utanför uppsatsen. Eftersom uppsatsen utgår från en företeelse som aldrig varit föremål för bedömning i svensk rätt blir analysen på en generell nivå. Av samma anledning används praxis i väldigt liten utsträckning. Däremot har förarbeten och doktrin getts ett större utrymme i den deskriptiva delen.

Valet av ämne är av sådant slag att det inte går att utreda alla aspekter som kan vara aktuella. En infallsvinkel leder till vissa slutsatser medan ett annat perspektiv leder till att samma slutsats blir desto osannolikare. För att komma fram till ett exakt svar bör flertalet av de i uppsatsen nämnda omständigheterna utredas grundligare. Det är ändå min förhoppning att

¹ Junk bonds, fritt översatt skräpobligationer, är en ”lägre stående” obligation och begreppet används när man ger ut obligationer på olika nivåer där vissa har bättre rätt än andra.

kunna täcka in och kommentera flertalet av de frågeställningar som aktualiseras i sammanhanget och på så vis ge en så heltäckande bild som möjligt av problematiken. Det är också av denna anledning jag valt att diskutera två olika situationer där no-petition klausuler förekommer, för att kunna visa på svårigheterna med klausulens giltighet och hur denna giltighet eventuellt kan variera beroende på sammanhang.

Syftet med en no-petition klausul är som sagt att hindra någon från att väcka talan. Men när kan det vara aktuellt för en obligationsinnehavare att väcka talan? Troligtvis framförallt om emittenten visar sig vara insolvent och obligationsinnehavaren ser risken att inte få betalt för sin obligation. Användandet av no-petition klausuler föregår dock insolvenssituationen. Är det tal om ett konkursförfarande finns det andra regler som blir aktuella och dessa ligger utanför denna uppsats område. No-petition klausulen är en säkerhetsmekanism för att inte hamna i en insolvenssituation. Säg att det har skett en felutbetalning eller att någon är missnöjd med villkoren för räntan, det är exempel på situationer som no-petition klausulen ska förhindra från att bli domstolsprocesser. Klausulen finns i ett förebyggande syfte, för att se till att skydda en stabilitetskrävande struktur från kollaps. Syfte kontra praktisk användning utvecklas i analysen men det kan vara värt för läsaren att redan nu uppmärksamma att det är i detta förebyggande syfte som klausulen kan tänkas bli aktuell.

1.4 Disposition

I det andra kapitlet ges en bakgrundsbeskrivning av obligationer och hur det går till när man ger ut dessa. Utgångspunkten är emittering genom syndikering och i kapitlet görs även en relativt ingående beskrivning av trusteeens arbete eftersom detta är av stor betydelse för no-petition klausulen. Kapitlet avslutas med en beskrivning av hur no-petition klausulen är tänkt att användas i sammanhanget samt några korta rader om utländsk praxis. I det tredje kapitlet görs en beskrivning av den andra aktuella situationen, värdepapperiseringen, samt no-petition klausulens användning i det sammanhanget. Fjärde kapitlet behandlar den processrättsliga delen och börjar med en beskrivning av rätten att väcka talan. Därefter följer ett exempel på när denna rätt avtalats bort, nämligen skiljedomsförfarandet. I samma kapitel diskuteras också skillnaden mellan materiell och formell rätt samt möjligheten att eventuellt skriva om klausulen från en formell till en materiell inskränkning. Slutligen diskuteras rättegångsfullmakten och möjligheterna till att påverka utformningen av en sådan. Femte kapitlet behandlar 36 § avtalslagen och inleds med några kortare stycken om allmän avtalsrätt och standardavtalsrätt för att därefter fortsätta in i användningen av generalklausulen. I de deskriptiva kapitlen kommer det att påbörjas en analys utifrån respektive kapitelns område. Denna analys utvecklas sedan i sjätte kapitlet där de olika problemområdena knyts ihop och följderna av olika varianter av klausulen diskuteras närmare. Avslutningsvis skrivs en sammanfattande slutsats.

2 Emittering av obligationer

Huvuduppgifterna för den finansiella marknaden är att kunna omfördela risker, tillhandahålla kapital och upprätta ett betalningssystem.² Obligationer är ett väldigt vanligt instrument på värdepappersmarknaden och ges ut av såväl företag som stater. En obligation är ett skuldebrev, ett bevis på att innehavaren har rätt att få en viss summa pengar av den som gett ut/emitterat obligationen. Att ge ut obligationer är alltså helt enkelt ett sätt att införskaffa kapital och används som ett alternativ till t.ex. en större kredit. Emittenten, den som emitterar obligationerna, får in pengarna som de som köper obligationerna betalar och kommer sedan att få betala tillbaka beloppet efter hand, antingen i delbetalningar eller efter att obligationens löptid gått ut, normalt jämte viss ränta. Upplägg på amorteringar och räntebetalningar kan variera men principen är densamma, den som är i behov av kapital, exempelvis stater och företag, ”lånar” in pengar genom att ge ut obligationer. Köparna kan vara i stort sett vilka som helst, stater, företag, värdepappersinstitut, banker och enskilda konsumenter.

Någon egentlig definition på begreppet obligation finns inte mer än att man säger att det är ett värdepapper i form av ett skuldebrev som representerar en skuld som normalt sett löper över en längre tidsperiod, ofta flera år. En anledning till att det är på det viset, att det inte finns en mer exakt definition, är att marknaden förändras så snabbt att en sådan definition troligtvis inte skulle vara gångbar särskilt länge. Begreppet används alltså som en generell term för långfristiga skuldebrev.³ Obligationer delas normalt in i tre olika grupper, nationella obligationer⁴, utländska obligationer⁵ och s.k. Eurobonds. Nationella obligationer är precis som det låter obligationer som ges ut i emittentens hemland och i den valuta som det landet har (vilket givetvis inte hindrar att även en utländsk köpare kan köpa en nationell obligation). Utländska obligationer är obligationer som ges ut i annat land än emittentens hemland och i den valuta som finns i landet där de ges ut. Eurobonds är obligationer som ges ut i en annan valuta än den som finns i landet där obligationerna ges ut och kan även säljas internationellt, dvs. i flera länder. Prefixet ”Euro” kommer från att det var i Europa som man började med att ge ut den här sortens obligationer, obligationerna kan ges ut i vilken valuta som helst varsomhelst i världen. Utländska obligationer och Eurobonds kallas även för internationella obligationer.⁶ Inom varje grupp finns nästintill oändligt med varianter för den mer exakta utformningen.

² Ds 1998:71, s. 70.

³ Bl.a. Cranston, s. 326 och Fischer, s. 1.

⁴ Eng. domestic bonds, bond = obligation.

⁵ Eng. foreign bonds.

⁶ Fischer, s. 1 – 2, Gallant, s. 8 och Oxford Dictionary of Law and Finance, ”eurodollars” och ”international bond”.

Den internationella finansiella marknaden har under de senaste åren vuxit enormt och fortsätter växa i snabb takt.⁷ Marknaden för Eurobonds är idag en av världens största kapitalmarknader.⁸ Även om marknaden till viss del är oreglerad anses obligationerna fortfarande som säkra investeringar.⁹ Generellt så har emittenterna på den internationella obligationsmarknaden väldigt hög kreditvärdighet och marknaden förlitar sig mycket på namn vilket får till följd att välkända företag kan skaffa sig kapital ”billigt” genom att ge ut obligationer. Exempelvis har IBM (International Business Machines) kunnat erhålla kapital via obligationsemittering till förmånligare villkor än amerikanska staten.¹⁰ Trovärdigheten för olika företag är självklart inte bara beroende på namnet på företaget, på en så kvalificerad marknad finns det bättre beslutsunderlag än så. Det finns idag ett flertal s.k. ratinginstitut, exempelvis Standard & Poor’s, Moody m.fl., som arbetar med att göra fristående bedömningar av staters och företags ekonomiska situation. Utifrån denna bedömning ges sedan ett betyg, en rating, som investerare och andra kan använda för att göra en riskbedömning. En hög rating innebär hög kreditvärdighet och därmed normalt lättare tillgång till obligationsmarknaden och lägre kostnader för finansiering eftersom det inte anses att investerare tar så hög risk. Det är således framförallt företag med hög rating som väljer att ge ut obligationer eftersom låg rating oftast innebär att andra finansieringsalternativ, exempelvis en syndikerad kredit blir ett billigare alternativ. Alltså är det ovanligt att företag som inte tros kunna betala tillbaka skulderna ger ut obligationer och den här sortens värdepapper anses normalt sätt som investeringar med låg risk. Flexibiliteten på marknaden attraherar investerare från hela världen och nya tekniska framsteg gör det möjligt för marknaden att växa ännu snabbare.

2.1 Syndikering enligt angloamerikansk modell

Emission av internationella obligationer sker ofta genom syndikering.¹¹ Med syndikering avses att institutet som är i behov av kapital och därför planerar att ge ut obligationer vänder sig till en bank som i sin tur bjuder in andra banker att ta del i emissionen. Bankerna går ihop i ett syndikat som tar på sig ansvaret för själva emissionen. Genom att bankerna går ihop och delar på ansvaret delar de också på risken vilket gör att man kan genomföra affärer som inte vore önskvärda, eller ens möjliga för en ensam bank att genomföra till följd av krav på riskspridning och kapitaltillgång. Den bank

⁷ För statistik se t.ex. Gardener och Molyneux, p. 27-36.

⁸ Gallant, s. 9.

⁹ Bla. Gardener och Molyneux, s. 175.

¹⁰ Walmsley, s. 130.

¹¹ Bla. Fischer, s. 1. I princip skulle en emittering kunna ske utan att någon extern aktör alls är inblandad och mindre emitteringar finns det sannolikt ingen anledning att bilda ett syndikat för. För att ge ett lite större perspektiv på det hela väljer jag att beskriva den situation där flera aktörer går samman, detta mest för att ge läsaren ett perspektiv på hur omfattande och komplexa de här transaktionerna ofta är, vilket i sin tur leder till höga krav på stabiliteten i strukturerna.

som ges i uppdrag att bilda syndikatet kallas normalt för lead manager eller bookrunner.¹² Vanligtvis samordnas syndikatet genom att man skickar runt ett prospekt bland eventuella intressenter och utifrån de svar man får gör man upp villkoren för samarbetet.¹³

I en klassisk Eurobond emittering efter brittisk modell finns det tre hirarkiska nivåer inom syndikatet. På högsta nivå finner man managern, eventuellt tillsammans med ytterligare banker som bjuds in till att vara co-managers. På andra nivån finner man s.k. "underwriters", de banker som gått med på att garantera emissionen, dvs. de har gått med på att köpa upp obligationerna om inte alla säljs till externa investerare. Därigenom garanterar de att emittenten får in sitt kapital. Lägst ner, på den tredje nivån, finns säljgruppen, de banker som gått med bara för att vara med och distribuera försäljningen av obligationerna till diverse investerare. En högre nivå kan alltid ta på sig en lägre nivå's uppdrag och det är inte ovanligt att man hittar syndikat som enbart har managers, eller eventuellt managers och underwriters. Valet av nivå beror dels på riskvillighet, dels på om de som är managers erbjuder en möjlighet att ta del på önskvärd nivå. En högre nivå innebär ett högre risktagande, men även en större förtjänstmöjlighet. Det är heller inte ovanligt med s.k. "bought deals"¹⁴ emissioner där den som är lead bank inte bjuder in andra banker till att delta utan köper hela emissionen från den som vill ge ut obligationerna och först därefter eventuellt säljer ut delar av obligationerna till andra aktörer.¹⁵

Emittering av obligationer kan självklart även ske utan att det är flera aktörer inblandade i utgivningen. För att ge ett lite större perspektiv på det hela väljer jag ändå att beskriva den situation där flera aktörer går samman, detta mest för att ge läsaren ett perspektiv på hur omfattande och komplexa de här transaktionerna ofta är, vilket i sin tur leder till höga krav på stabiliteten i strukturerna.

2.1.1 Trustees

Utöver de banker som samarbetar inom syndikatet finns det även ett antal agenter som arbetar för dem.¹⁶ När emitteringar görs efter angloamerikansk förlaga är det vanligt att en trustee anlitas som representant för innehavarekollektivet.¹⁷ Ju mer komplicerad själva emitteringen är desto större är sannolikheten att denna agent används för att sköta relationerna med innehavarna.¹⁸ Relationen mellan trusteesn och emittenten styrs av det

¹² Gardener och Molyneux, s. 186.

¹³ Wood, s. 124 m.fl..

¹⁴ Sv. ung. "köpta uppgörelser".

¹⁵ Fischer, s. 74 och Wood, s. 124 - 125.

¹⁶ Inte att förväxla med den s.k. "agent bank", vilket är en av bankerna i syndikatet, normalt sett samma som lead bank, som efter att syndikatet bildats är den som tar på sig att vara namnet utåt, sköter all dokumentering och håller i betalningar inom syndikatet, ett väldigt prestigefullt uppdrag för en investmentbank.

¹⁷ Wood, s. 164.

¹⁸ Fischer, s. 86.

lands lag som emitteringen sker under, likaså relationen mellan innehavare och trustee. I de länder där trust/trustee är ett erkänt institut finns normal specialreglering för dessa, exempelvis the Recognition of Trust Act 1987 i England.¹⁹ Ibland kan det även vara så att det är lag som föreskriver att en trustee ska användas, i de fallen brukar det även finnas vissa krav för själva trustees, uppställda för att skydda de inblandade parterna. De trustees som används i samband med obligationsemitteringar är normalt självständiga, förtroendeingivande trustinstitut med otvivelaktig kreditvärdighet. Det är trustees som sköter eventuella processer, handhar egendom och eventuella säkerheter, sköter betalningsströmmarna etc. Trusteen blir företrädaren för det enade innehavarekollektivet, den kan agera i eget namn som representant vid eventuella förhandlingar och möten med emittenten och den kan genomföra omstruktureringar om sådan ska ske. Användandet av en trustee ser också till att pro-rata fördelningen inom kollektivet upprätthålls. Om trustees mot förmodan skulle bli insolvent ska detta inte kunna påverka innehavarnas rättigheter.²⁰ Stater vill oftast inte bli utsatta för den ständiga granskning som trustees genomför å kollektivets vägnar utan ser detta som en förolämpning vilket gör att det är ovanligt att trustees anlitas när en stat ger ut obligationer.²¹

Institutet trust/trustee kommer från den angloamerikanska rätten²² och innebär att det är någon som äger tillgångar åt någon annan, eng. ”to the use of someone”²³. Trusteen äger egendomen (många gånger som en sorts parallellt ägande, se nedan) men det är någon annan som ska åtnjuta förmånen av den, nämligen ”the beneficiary”, ungefär ”förmånstagaren”.²⁴ Man talar om ett delat ägande, ”split ownership”, där den ena parten är ”real owner” och den andra ”beneficiary owner”. Trustees förekommer i de flesta common law länder och används i alla möjliga sammanhang, men någon exakt motsvarighet i Sverige finns inte. I vissa ordböcker översätts ordet med god man²⁵ men dessa har juridiskt sett inte samma funktion och att likställa de två är helt fel. Våra gode män och förvaltare har en uppgift som liknar trustees men det finns en avsevärd skillnad, en förvaltare eller god man äger fortfarande inte sin huvudmans egendom.

Den egendomen som går över till trustees i samband med obligationsemissioner är rätten till betalning.²⁶ Trusteen får, parallellt med obligationsinnehavarna, ett betalningslöfte av emittenten och därmed en rätt

¹⁹ Wood, s. 164 -165, 172, 176, 187.

²⁰ Wood, kapitel 8 och 10.

²¹ Fischer, s. 86 och Wood, s. 166-167.

²² Trusteen är ungefär en företrädare för en trust. Trust/trustee kommer från det brittiska equity-systemet som idag till stor del sammanförts med brittisk common law men som ursprungligen varit ett separate system. Mer om de historiska aspekterna och innebörden, se exempelvis Petitt 1 kap.

²³ Den som trustees äger egendomen åt benämns beneficiary, sv. förmånstagare.

²⁴ Wood, s. 169, m.fl.

²⁵ Eng. trust översätts även med förtroende, ”to have trust in someone”, sv. att ha förtroende för någon. Termen tyder på att trusten/trusteen innehar en speciell förtroendeposition i förhållande till sin förmånstagare.

²⁶ För det fall att säkerhet har ställts för obligationerna så övergår även denna i trustees ägo.

att ställa betalningskrav mot densamme. Det uppstår alltså i princip ett dubbelt ägande av obligationerna, en situation som vi inte har någon motsvarighet till i svensk rätt. Trusteen kommer att ha en lika stor rätt som varje enskild innehavare att kräva betalning av emittenten till följd av att den faktiskt äger egendomen. Även om den äger egendomen åt den egentliga ägaren så är det fortfarande en lika stark äganderätt som om det vore ett ”riktigt” ägande. Anledningen att det är så är att trusteen ska äga rätten att agera å kollektivets vägnar. Trusteen kan agera självständigt eftersom den faktiskt äger sitt anspråk, men fortfarande gör den det å förmånstagarens vägnar så rimligtvis borde intressena i saken vara desamma. För att undvika missförstånd skrivs trusteens rätt normalt in som beroende av innehavarens rätt. När en innehavare har fått betalt innebär detta att trusteens rätt till motsvarande betalning också försvinner. Har innehavaren fått betalt finns det ju ingen skuld längre och därmed säger det säg själv att trusteen inte kan gå och kräva någon betalning för en skuld som inte finns.²⁷

Som nämnts i ovanstående stycke ska trusteen agera för innehavarnas bästa. Men att alltid säga att en trustee och innehavarna har samma intressen är kanske inte helt sant, även om så borde vara fallet. Situationen blir något speciell eftersom det är emittenten, motparten, som anställer trusteen till att se efter innehavarnas intressen. Ett sådant upplägg medför att trusteen hamnar i en särskild ”förtroendeposition” som bl.a. innebär att det föreligger en potentiell intressekonflikt. Trusteen måste se till att inte en part förfördelas på den andres bekostnad och har samtidigt ett ansvar att tillgodose båda parter och sköta sitt uppdrag. För att kunna göra detta på ett godtagbart sätt finns regler som gäller just för dessa situationer. Den brittiska termen är att trusteen har vissa “fiduciary duties”²⁸, vilka regleras i lag. Common law länder anser automatiskt att vissa relationer står under denna hårdare reglering, däribland just när det handlar om vissa huvudmän och agent förhållande. Även för lead banken i syndikatet föreligger en liknande intressekonflikt, dels har den sitt ansvar mot sin uppdragsgivare, emittenten, dels mot sina ”affärspartners” i form av syndikatet. Emittenten vill ha en så billig finansiering som möjligt, bankerna vill få ut så stor vinst som möjligt vilket de får genom att emittenten få betala en hög ränta. Det är framförallt den potentiella intressekonflikten som är avgörande och som en fiduciary måste se till att undvika. Därför måste den alltid agera med försiktighet och noga se över sina handlingsalternativ så en part inte missgynnas. Trustees står ofta själva under särreglering vilket gör att de redan genom att följa de reglerna ofta även tillgodoser stor del av sina fiduciary duties. Däremot andra agentförhållande kan många gånger bli väldigt komplicerade och gör att olika sorters ansvar föreligger i olika situationer. Vad som kan hända är att det uppstår situationer där agenten/trusteen inte kan agera med risk för att annars anses vårdslös. I värsta fall kan det även bli tal om straffansvar för brott mot fiduciary duties.²⁹

²⁷ Wood, s. 170.

²⁸ Fritt översatt, skyldigheter till följd av förtroendeposition.

²⁹ Cranston, s. 186 – 188, Wood, kap. 11.

2.1.1.1 Trusteen i Sverige

Att vi i Sverige inte har någon motsvarighet till den angloamerikanska trusteen gör att vi inte kan ha vissa av de avtalsstrukturer som förekommer i dessa länder. Detta är dock en sanning med viss modifikation, vi kan inte ha en trustee och ge den samma rättstatus som den ges i angloamerikanska länder men vi kan fortfarande ha en aktör som i viss utsträckning har samma sysselsättning. Vi ger visserligen inte representanten någon äganderättsstatus men fortfarande kan vi ha den på frivillig basis som en samordnare för ett obligationsinnehavarkollektiv. Det är inte så att det inte går att emittera obligationer bara för att det inte kan finnas en trustee. Emitteringar sker även i Sverige efter en struktur liknande den som beskrivits ovan men där trusteen får ersättas med en företrädare vars rättshandlingsförmåga blir något annorlunda. En svensk representant kan inte ha ett delat ägande av en rättighet.

2.1.1.2 Norsk Tillitsmann

I Norge finns det ett företag vid namn Norsk Tillitsmann ASA som enligt egen utsago agerar som en norsk trustee. De tjänster som tillhandahålls stämmer väl överens med dem som åligger en ”vanlig” trustee och flertalet tjänster såsom övervakning, betalningar etc. är det inga problem med att någon som egentligen inte är en ”riktig” trustee kan utföra. Men det sägs också att tillitsmannen ser till att ingen innehavare får bättre ställning än någon annan. Frågan är ändå om det någonsin prövats i vilken utsträckning denna likafördelning kan tillgodoses när det kommer till domstolsprövningen. Norge har rimligtvis samma problem som Sverige när det kommer till frågorna kring no-petition klausuler. De nordiska länderna har relativt lika rättsystem och det verkar inte troligt att Norge skulle godta trustee till fullo.³⁰

2.1.2 Övriga agenter

I de fall där emittenten inte använder sig av någon trustee är det vanligt att man istället använder sig av en s.k. ”fiscal agent”³¹. Skillnaden mellan trusteen och denne fiscal agent är att de arbetar för olika parter. Även om trusteen anställs av emittenten arbetar den för innehavarna. ”The fiscal agent” däremot är en agent åt emittenten. Trusteen står normalt under betydligt hårdare ansvarsregler än vad fiscal agenten gör och det är betydligt billigare för emittenten att ”bara” anlita en fiscal agent. Den huvudsakliga sysslan för fiscal agenten är att handha betalningsflöden, hantera administrationen i övrigt och se efter själva emitteringen. En fiscal agent har

³⁰ www.trustee.no, 061227.

³¹ Ordet fiscal direkt översatt skulle bli något i stil med skatteagent. Eftersom detta inte är en särskilt korrekt benämning föredrar jag att använda den engelska termen.

inga skyldigheter att själv lägga ut några pengar å emittentens vägnar för det fall att pengar inte kommit in till agenten och den förvaltar sällan några pengar för obligationsinnehavarnas räkning.³²

Oavsett om emittenten väljer att använda sig av en fiscal agent eller en trustee anlitas en s.k. ”paying agent”³³. Även denna agent anställs av emittenten och även om de ofta har en underställd roll gentemot trustees/fiscal agenten så har dessa normalt inget ansvar för dessa underordnade agenter. Ofta krävs det att det finns en paying agent i det land vars valuta obligationerna har getts ut i och ytterligare en, eller flera, i annat land. Börser i länder där obligationerna finns listade har ofta som krav att det finns en inhemsk agent och emittenten kan ofta ha ett flertal sådana här agenter av bekvämlighetsskäl.³⁴

Den sista formen av agenter som anlitas utgörs av s.k. clearingagenter. I dagens tekniskt utvecklade samhälle är det sällan att en obligationsinnehavare verkligen innehar en fysisk variant av obligationen. Registreringar av obligationer och köp och försäljningar sköts normalt via en clearingagent. Euroclear och Cedel är exempel på den här formen av agenter som rent praktiskt är de som tar emot betalningar å innehavarnas vägnar och tar hand om den administrativa biten. Genom användandet av den här sortens agenter blir det betydligt enklare vid eventuella köp och försäljningar.

2.2 No-petition i samband med obligationsemittering

I och med att det är så många inblandade aktörer i en syndikering blir självklart systemet förhållandevis komplicerat. Grundidén är annars ganska enkel, flera aktörer går ihop för att kunna erbjuda en intressent en mer förmånlig affär samtidigt som den egna risken minskar. Som ensam aktör vore det troligtvis omöjligt att ställa upp på de summor som det oftast handlar om i dessa sammanhang men tack vare det stora antalet inblandade tar varje part på sig en mindre del samtidigt som själva syndikatet blir mindre känsligt för det fall att där är någon av medlemmarna som hamnar i svårigheter. Bankerna inom syndikatet tar på sig ansvar för krediten på olika nivåer och blir på så vis också olika ansvariga och får därmed olika räntor. Även inom de olika nivåerna finns det alltså olika upplägg för vilket ansvar bankerna tar på sig.

Det är inte svårt att förstå att en så komplicerad struktur med så många inblandade aktörer behöver vissa inslag av säkerhetsmekanismer för att

³² Fischer III, s. 86 - 87, Wood, s.168-169. I vissa fall kan det ställas lagkrav på att agenten förvaltar visst kapital åt obligationsinnehavarna vilket gör att det ändå kan förekomma.

³³ Sv. ung. ”betalningsagent”.

³⁴ Wood, s.169. Enligt viss litteratur används inte paying agenter om det finns en fiscal agent, se t.ex. Gallant, s. 136 och 141 - 142, men enligt Wood kan de användas samtidigt.

undvika att något går snett. Den finansiella marknaden har ett stort behov av stabilitet för att undvika dominoeffekter. Om en innehavare går till domstol mot en emittent finns risken att ryktet sprids att något skulle vara fel vilket får alla andra innehavare att också gå till domstol vilket i sin tur kanske leder till att även andra som har affärer med företaget ser till att få ut sina pengar och i slutändan har man orsakat oreparerbara konsekvenser för emittenten, trots att det egentligen kanske inte alls fanns någon riktig grund men efter att ha fått ett antal hundra processer mot sig så blir det problem. No-petitionklausulen är en av dessa säkerhetsmekanismer som finns till för att undvika sådana effekter. Utformningen på no-petition klausulen i samband med obligationsemittering har nära samband med trustees uppdrag. No-petition klausulen säger att innehavaren inte får väcka talan med anledning av obligationsinnehavet men tanken är egentligen inte att fullständigt utestänga innehavaren från sin rätt. Det man vill åstadkomma är en möjlighet till ett samlingsförfarande. Med tanke på att det kan finnas ett antal tusen innehavare med anspråk på en och samma emittent är det förståeligt att emittenten inte vill stå risken att bli stämd av dem alla. Händer detta skulle det bli både oerhört kostsamt och tidskrävande. Dessutom vill man säkerställa att inte en innehavare får sina anspråk tillgodosedda på bekostnad av resten av kollektivet. Om en innehavare går till domstol kan detta få resterande innehavare att också rusa dit för att se till att de inte hamnar i ett sämre läge. Genom att låta en företrädare agera för alla är det troligare att alla blir lika gynnade eller missgynnade hur man nu vill se det. Hela processen blir enklare om det finns en representant som förestår hela kollektivet.³⁵ Det klausulen rent praktiskt är tänkt att göra är alltså att ge representanten företräde ifall det blir process. Frågan är dock om en klausul med detta innehåll verkligen kommer att kunna göras gällande gentemot obligationsinnehavaren. Även om klausulens syfte inte är att helt ta bort innehavarens rätt till prövning så gör utformningen av klausulen att det ändå verkar så, eller till och med att det faktiskt är det den gör. Det är inte helt enkelt att försöka få fram en klausul som tillgodoser det positiva syftet med no-petition klausulen utan att utgöra en alltför långtgående inskränkning i innehavarnas rättigheter.

Även om det inte finns särskilt mycket rättsfall att gå efter så finns det några utländska fall där varianter av no-petition klausuler har blivit prövade. Vad som kan sägas är att det verkar vara mycket tveksamt att klausulen ges full verkan någonstans. I ett fall, *Shaughnessy v The Imperial Trust Company* (1904) NB (Eq R 5), konstaterade domstolen rakt av att det spelade ingen roll vad trusteesn hade för ansvar och uppgifter utan det var varje innehavares absoluta rättighet att få gå till domstol och kräva sina egna pengar. Även i ett franskt fall, *Kerr v Societe Pyrennees Minerals*³⁶, där man hade skrivit in en variant av no-petition klausul för att skydda de lån som ställts till säkerhet för obligationsemitteringen undanröjde domstolen klausulen. Domstolen jämförde trusteesn och innehavarnas förhållande med

³⁵ Mer om klausulens syfte och användning, se Wood, s. 176-177. Wood skriver om ”no-action clauses”, bland vilka no-petition klausulen ingår.

³⁶ *Kerr v Societe Pyrennees Minerals* (Cass February 19, 1908, Clunet 1912, 243 affirming Court of Appeals, Toulouse July 18, 1905, Clunet 1906, 451).

det förhållande som enligt fransk rätt normalt fanns mellan obligationsinnehavare och deras företrädare och menade utifrån denna jämförelse att klausulen inte skulle upprätthållas gentemot innehavarna. Att klausulen inte godkändes i detta fall kan alltså ha berott på det faktum att Frankrike, liksom Sverige, inte har någon motsvarighet till en trustee och därmed inte erkänner vissa av de uppgifter som en sådan kan ha enligt common law.

I ett kanadensiskt avgörande, *Re Imperial Steel Corp Ltd* (1925) 28 O.W.N. 242 (Ont App Div), slog man fast att vilken obligationsinnehavare som helst kan, om trusteesn inte gjort vad som åligger den, stämna trusteesn och på så sätt tvinga denne att agera å innehavarnas vägnar. Här handlade det alltså inte om innehavarnas rätt att agera själva utan mer att de kan kräva av trusteesn att denne ska agera för dem. Återigen kan no-petition klausulens utformning komma att ifrågasättas. Utifrån rättsfallet bör en no-petition klausul rimligtvis vara utformad på sådant sätt att den åtminstone inte hindrar innehavaren att stämna företrädaren. Och tvärtom, om den är utformad så att den förhindrar innehavaren att stämna dess företrädare så är klausulen sannolikt oskälig i denna del.

I USA har denna sorts klausuler till viss del reglerats i lag, sektion 316 i the Trustee Indentures Act från 1939 där det sägs att innehavarens rättigheter måste skyddas. Även från domstolarna har man sen sagt att om en emittent inte följer kraven i lagen kommer en sådan tvist att lösas på emittentens bekostnad till innehavarens fördel.³⁷

³⁷ *Perry v Darlington Fireproofing Co*, 76 Ohio App 101, 63 NE 2d 222 (1945). Wood, s. 177.

3 Värdepapperisering

Värdepapperisering³⁸ är en form av finansiering som går ut på att skapa likviditet. Att ett företag säljer tillgångar för att få högre likviditet är knappast något nytt. En värdepapperisering är i princip en tekniskt mer komplicerad variant av en vanlig försäljning. De värdepapperiseringar som hittills skett med svenska tillgångar har skett via utländska bolag. Frågan är vad som skulle hända om vi genomförde en värdepapperisering helt och hållet efter svensk lag?³⁹

3.1 Tekniken

Värdepapperisering innebär att en tillgångsmassa omvandlas till värdepapper. Jämfört med en vanlig obligationsemittering kan värdepapperiseringsförfarandet ses som en bakomliggande transaktion. Förenklat går tekniken ut på att den aktör som är i behov av likvida medel överlåter en tillgångsmassa till ett särskilt bolag, vars enda syfte är att äga dessa tillgångar. Detta företaget finansierar i sin tur överlåtelsen genom att emittera värdepapper, exempelvis obligationer. Överlåtaren benämns originator⁴⁰ och det bildade bolaget kallas specialbolag eller SPV⁴¹. Normalt sett utgörs den överlåtna tillgångsmassan av en omfattande homogen fordringsmassa som kan generera betalningsströmmar, exempelvis fordringar med panträtt i fastigheter, kreditkortsfordringar, billån, leasingavtalsfordringar etc. Tillgångarna genererar kassaflöden som används för amortering och räntebetalning av obligationerna. Även fastigheter och kommunala tillgångar kan värdepapperiseras. Man skiljer på direkt och indirekt värdepapperisering där den direkt innebär att man använder exempelvis fastigheter som tillgångar medan den motsvarande indirekta varianten då skulle vara lånen som finns på fastigheterna.⁴²

Fördelarna med tekniken är bl.a. att man frigör kapital och att kapitaltäckningskraven minskar för originatorn eftersom fordringsstocken kan lyftas ut balansräkningen. Med rätt förutsättningar blir tekniken ett sätt för originatorn att få in en ny ekonomiskt billig finansieringsform som dessutom leder till ökad riskkontroll och riskmedvetande. Dessutom kommer den överlåtna tillgångsmassan att bli föremål för en kvalificerad rating av ratinginstitutet vilket kommer gagnar investerarna, en bra värdering är alltid en bra utgångspunkt. Det kan även vara så att en originator som själv inte skulle fått en särskilt hög rating genom en

³⁸ Eng. securitisation, am. securitization.

³⁹ En hel del har hänt i lagstiftningen de senaste åren för att möjliggöra för en svensk värdepappersiering, än så länge har dock ingen gjorts.

⁴⁰ Från eng. origin = ursprung.

⁴¹ Eng. Special Purpose Vehicle.

⁴² Se t.ex. Andersson och Månsson.

överlåtelse kan göra att obligationerna kan ges ut med högre rating eftersom de har skilts från eventuella andra tillgångar och skulder hos originatorn som hade dragit ner kreditvärdigheten. Till skillnad från kapitalanskaffning genom normal avyttring av tillgångar får originatorn en möjlighet att behålla kundkontakterna och andra rörelsemässiga fördelar som ligger i tillgångarna men kan ändå frigöra kapital och minska sina tillgångar enligt balansräkningen.⁴³

Inom systemet för värdepapperiseringar finns det även olika varianter och upplägg på hur man går tillväga. I Finansinspektionens allmänna råd görs en uppdelning på två olika varianter, traditionell och syntetisk värdepapperisering, där den senare innebär att den aktuella fordringsstocken fortfarande ligger kvar hos originatorn.⁴⁴ I den här uppsatsen är det främst den traditionella värdepapperiseringen som behandlas.

Än så länge kanske det verkar som att det egentligen inte finns några nackdelar med värdepapperiseringar. Så är inte fallet, att genomföra en värdepapperisering är inte helt utan svårigheter. Förfarandet är väldigt tekniskt komplicerat och kostsamt, för att det överhuvudtaget skall vara ekonomiskt försvarbart att genomföra bör tillgångsmassan som värdepapperiseras motsvara åtminstone 500 – 1000 miljoner kronor, och härmed har vi en anledning till varför ett litet land som Sverige inte genomför lika många som exempelvis USA. Dessutom finns det ett antal rättsliga problem kring ägarstrukturen och kapitaltäckningsreglerna. Det kanske främsta hindret mot en svensk värdepapperisering är att specialbolaget skulle komma att anses som ett kreditmarknadsföretag och därmed stå under reglerna för kapitaltäckning.⁴⁵ Riskerar man att så sker försvinner en av de stora fördelarna med förfarandet.

Överhuvudtaget får vi i Sverige en del problem vad gäller åtskiljandet på originatorn och specialbolaget. Det vanliga är att det är en trust som äger specialbolaget. Här skulle det då snarare komma att handla om att låta en stiftelse äga eftersom vi inte har någon exakt motsvarighet till trusten. Att använda sig av en stiftelse är dock inte helt problemfritt. Förhållandet mellan originatorn och specialbolaget är väldigt känsligt. Samtidigt som det är viktigt att det verkligen genomförs en korrekt överlåtelse för att tekniken ska fungera så är en av poängerna att originatorn ska kunna behålla kundkontakterna m.m. Detta kan bli något av en balansgång för att få till att fungera.⁴⁶ Även regleringen av specialbolaget kan skapa problem. Vad ska detta bolag få och inte få göra? Hur ska bolaget förhålla sig till skulder, pant och borgen och vilka möjligheter finns att genomföra frivillig, och ofrivillig, konkurs?⁴⁷

⁴³ Se t.ex. Andersson och Månsson.

⁴⁴ http://www.fi.se/upload/30_Regler/50_Kapitaltackning/10_Kreditrisk/060117/FFFS_scha_blon.pdf, 061124.

⁴⁵ Gregow, T., SvJT 1996, *Värdepapperisering*, s 260 – 262.

⁴⁶ Se t.ex. Andersson och Månsson.

⁴⁷ Se t.ex. Andersson och Månsson.

3.2 No-petition i samband med värdepapperisering.

I samband med överlåtelsen från originatorn till SPV:t är det vanligt att överlåtelsen till viss del finansieras som lån. Originatorn lånar helt enkelt ut pengar till SPV:t så detta kan köpa fordringsstocken.⁴⁸ Utöver att det kan finnas en kredit till originatorn har specialbolaget även skulden till obligationsinnehavarna, de ska ju få tillbaka sina pengar plus ränta. Amorteringar och räntebetalningar görs normalt sett med medel som kommer från de kassaflöden som den värdepapperiserade tillgången skapar. Om tillgångsmassan exempelvis består av bolån kommer ju de kredittagarna att betala amorteringar och ränta, pengar som sedan kommer kan gå till administration och betalning av obligationer i framtiden.⁴⁹

Specialbolaget i en värdepapperisering har en speciell karaktär på så sätt att i stort sett de enda tillgångar som bolaget äger är de som ”gjorts om” till värdepapper. För att specialbolaget ska kunna uppnå en hög rating på sina obligationer, vilket är en förutsättning för att värdepapperiseringen ska vara ett alternativ, ställs det höga säkerhetskrav på bolaget. Dels är det troligt att specialbolaget blir tvunget att sätta undan en del medel i fonder men framförallt så kommer disponeringen av likvida medel att vara stark begränsad. Eftersom specialbolaget periodvis kan ha väldigt låga tillgångar infogas ofta en no-petition klausul i avtalet mellan originatorn och specialbolaget.⁵⁰ Klausulen säger att originatorn inte får väcka talan mot specialbolaget. Det som är tanken är att en talan inte ska kunna väckas ”i fel läge” och på så vis riskera att sätta specialbolaget i konkurs. Låt säga att en felutbetalning sker och originatorn får inte sina pengar men de finns heller inte hos specialbolaget just för stunden. I så fall kan det vara avgörande att inte det riktas en talan mot bolaget eftersom detta i teorin skulle kunna orsaka konkurs för bolaget. Och det säger sig själv att ett bolag som riskerar konkurs inte lär få någon hög rating på sina värdepapper. Klausulen finns alltså med i avtalet som ett konkurshinder för att kunna skydda bolaget från att originatorn ”i fel läge” väcker talan mot bolaget. Det handlar alltså om en säkerhetsmekanism för att göra specialbolaget mindre sårbart. Fortfarande är det dock en klausul som hindrar någon från att väcka talan och det är därför osäker om den kan ges full verkan.

No-petitionklausulen som infogas mellan originator och specialbolag är alltså tänkt att agera som konkurshinder. Ett konkurshinder är helt enkelt ett hinder mot att sätta en gäldenär i konkurs. Exempelvis om en gäldenär betalar sökandens fordran innan tingsrätten bifallit konkursansökan så ska

⁴⁸ I många sammanhang anses de här överlåtelseerna som säkerhetsöverlåtelse, mer om detta se exempelvis Ds 1998:71.

⁴⁹ Andersson och Månsson, s. 45.

⁵⁰ Även no-petition klausuler gentemot värdepappersinnehavarna kan förekomma, av samma anledning som gentemot originatorn, nämligen att skydda det ömtåliga specialbolaget. Denna varianten av klausulen lämnas dock därhän i denna uppsats.

skall den ogillas.⁵¹ Eftersom gäldenären inte längre får råda över sina tillgångar om ansökan bifallits är det viktigt att betalning sker innan det händer. Ett annat konkurshinder kan vara om ett företag gjort upp med KFM om att betala inom viss tid. KFM är då under vissa omständigheter inte behörig att föra talan som företrädare för skatteborgenären och en konkursansökan ska då ogillas.⁵² Även om en no-petition klausul inte är ett konkurshinder i vanlig mening så skulle effekten av den bli att konkurs hindras om klausulen kan användas.

Per-Ulrik Andersson har skrivit ett av kapitlen i boken "Värdepapperisering" där han kort kommenterar att det enligt svensk rätt borde vara möjligt för vissa borgenärer att ingå ett avtal där de förbinder sig att inte försätta specialbolaget i konkurs. Ett sådant avtal skulle enligt Andersson utan tvekan bli obligationsrättsligt bindande och han tror även att en konkursdomstol skulle godta det som ett konkurshinder.⁵³ Tyvärr utvecklar han inte resonemanget så det är svårt att dra några slutsatser av kommentaren. Skillnaden mellan en klausul som "bara" är ett konkurshinder och en klausul som fullständigt hindrar någon från att väcka talan är dock rätt stor. Att klausulen utgör ett hinder mot en konkurstalan innebär inte att den behöver utgöra något hinder för en talan av annat slag. Begränsningen i rätten till prövning är inte lika omfattande.

⁵¹ Heuman, s. 180-181, Prop. 1975:6 s 74 och 119, NJA 1997 s 701 samt RH 1997:78.

⁵² Det kan i och för sig löna sig för konkursgäldenären att överklaga om han anser sig kunna styrka sin solvens, exempelvis om tredje man skjuter till ett betydande belopp.

⁵³ Andersson och Månsson, s. 94.

4 Rätten till domstolsprövning

Rätten att få sin sak prövad finns stadgad i grundlagen, RF 2:9. I detta grundlagstadgande handlar det dock om brottmålsprocessen, att det finns en rätt att få sin sak prövad i domstol om man anklagats för brott eller misstanke om brott. När det kommer till rätten att få ett civilrättsligt anspråk prövat finns denna rättighet medtagen i Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter, art 6.1, vilken gäller som lag här i Sverige.⁵⁴ Denna artikel ger inte bara rätt till prövning⁵⁵ utan uppställer även vissa minimikrav på hur denna prövning får gå till. Vidare uppställs vissa krav för att en tvist ska vara av sådant slag att den ingår i art 6.1. Även utan stöd i lag är rätten till prövning en erkänd rättsprincip.

Rätten till domstolsprövning enligt artikel 6.1 är ingen absolut rättighet och inskränkningar får under vissa förutsättningar förekomma. Det viktigaste är att inte grundrättigheten, att få sin sak prövad, helt begränsas. Det ska finnas ett legitimt ändamål och proportionalitet mellan de medel som används och de mål som avses uppnås. Exempel på när inskränkningar kan förekomma är i fall av immunitet av olika slag och när skiljedoms klausuler används, vilket diskuteras mer nedan. Europadomstolen har låtit det vara delvis upp till de individuella staterna att bestämma när inskränkningar får förekomma.⁵⁶ Det man då framförallt tar sikte på är möjligheten att låta stater ha alternativa förfaranden för vissa prövningar, till exempel att tillåta att vissa saker prövas av myndigheter och nämnder (processer vilka som regel alltid innefattar en möjlighet till överprövning i allmän domstol) Vad man då ska komma ihåg är att det blir statens regler som blir de avgörande om de går utöver de inskränkningar som konventionen medger. Eftersom konventionen sätter minimiregler kan en stat alltid gå in och uppställa högre krav, dvs. förhindra inskränkningar trots att konventionen godtagit dem. Även om vi i den här uppsatsen är ute efter möjligheterna att avstå från rätten till prövning så får man generellt anse att lagar som hindrar inskränkningar av rätten medför ett starkare skydd för individen än om inskränkningar tillåts. I Sverige framgår av RF 2:23 att staten inte får stifta lagar eller meddela föreskrifter som står i strid med Europakonventionen, vilket egentligen inte är mer än ett förtydligande av att vi ska följa konventionen. Vad gäller möjligheterna att frivilligt avstå från rätten till prövning har det varit betydligt svårare att finna underlag. Detta ligger lite i sakens natur, det är sällan som någon självmant vill inskränka en rättighet. Detta utesluter dock inte att det kan finnas situationer då det kan medföra positiva effekter att gå med på en inskränkning och frågan är till vilken gräns staten i det här sammanhanget ska gå in och bestämma vad som är

⁵⁴ Lag (1994:1219) om europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁵⁵ Att artikeln innefattar en rätt att få sin sak prövad blev helt klart i och med Golder-fallet från 1975. Se även Mårsäters bok *Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning*.

⁵⁶ Mårsäter, s. 208.

bäst för individen. Europeiska konventionen är på många sätt öppen för tolkning och det är svårt att få ledning om hur pass man skulle kunna vända på argumenten och få det till att bli en inskränkning i en individs rättigheter genom att man inte får lov att inskränka sin rätt till prövning. Det går ju faktiskt att se det som att det är en nackdel om en obligationsinnehavare inte kan dra nytta av det skydd som en no-petition klausul på sätt och vis ger.

4.1 Skiljedomsförfarande

Det finns ett uppenbart exempel där man har avtalat bort rätten till prövning, nämligen skiljedomsförfarandet. Dispositiva förmögenhetsrättsliga tvister kan avgöras antingen av allmän domstol eller av skiljedomstol. Skiljedomsklausuler är vanliga i kommersiella avtal och innebär att parterna frivilligt avstår från sin rätt att väcka talan i allmän domstol för att istället lösa eventuella tvister i skiljedomstol. Part blir bunden av skiljedomsklausulen om avtalsbundenhet uppstått enligt avtalslagens regler. Att avgöra tvister med hjälp av skiljemän är alltså något parterna kommit överens om på avtalsrättsligt väg. Part som har gått med på att skriva in skiljedomsklausul har därmed gått med på att avstå den rätt till domstolsprövning som art 6.1 Europakonventionen medger, vilket är helt tillåtet att göra avtalsvägen. Däremot får inte lagar stiftas som säger att vissa tvister ska lösas uteslutande av skiljedomstol. I de fall där det finns en lag som säger att något ska avgöras av skiljedomstol⁵⁷, som är fallet t.ex. i ABL när det är tal om eventuell tvångsförsäljning av aktier⁵⁸, finns möjligheten kvar att vända sig till domstol för överklagande av skiljedomstolens avgörande. Tidigare fanns inte denna möjlighet att överklaga skiljedomstolens beslut men efter att frågan varit uppe i Europadomstolen i fallet *Bramelid och Malmström mot Sverige* blev man tvungen att införa möjligheten till överprövning av allmän domstol eftersom skiljedomstolen inte ansågs opartisk i den utsträckning som krävs för att uppfylla artikel 6.1 i Europakonventionen. Det görs alltså skillnad på skiljeklausuler som är frivilliga och på dem som är obligatoriska, föreskrivna i lag. De frivilliga klausulerna är normalt förenliga med Europakonventionen medan de obligatoriska kräver att det finns möjlighet till överprövning.⁵⁹

Skiljedomsförfarande är dyra processer där parterna själva får betala de tre skiljemän som utses att döma. För att inte belasta en konsument med dessa kostnader säger 6 § 1 st i LSF att skiljeklausuler normalt sett inte kan göras gällande gentemot konsumenter. Det är inte bara med tanke på kostnaderna som skiljeklausuler inte kan göras gällande mot konsumenter utan det har framförallt att göra med det faktum att en konsument inte ska kunna fråntas sin rätt till prövning hur som helst.

⁵⁷ Dvs. ett obligatoriskt skiljedomsförfarande.

⁵⁸ 22 kap 5 § ABL.

⁵⁹ Heuman, s. 23-27, 48, Danelius, s. 149 samt Mårsäter s. 210.

Det är inte ovanligt att en part väcker talan i domstol trots att det förekommer en skiljedoms klausul i det tvistiga avtalet. Varför parten gör detta kan bero på dels att den missat att klausulen finns i avtalet, dels att parten ansett klausulen ogiltig eller att den inte avser den aktuella tvisten. Om en stämningsansökan avser ett avtal där det finns med en skiljedoms klausul ska emellertid domstolen avvisa talan. Detta görs dock först efter att svaranden invänt att skiljedoms klausul finns. Om en part anser att det inte finns någon skiljedoms klausul kan denne, om han inte lyckas få talan avvisad direkt av skiljedomstolen, vända sig till allmän domstol efter att skiljedom meddelats och försöka få denna skiljedom undanröjd.⁶⁰

För att en skiljedoms klausul ska bli gällande måste den avse rättsförhållanden som anges i avtalet, 1 § LSF, och en skiljedoms klausul som avser framtida rättsförhållanden blir alltså ogiltigt. Detta har att göra med klausulens verkan, eftersom en giltig skiljedoms klausul innebär ett avsägande av det processuella rättsskyddet måste den som går med på avtalet kunna förutse vilka verkningar skiljeavtalet kan tänkas få.

En av poängerna med att överhuvudtaget ha ett skiljedomsförfarande är att få till ett slutligt avgörande. Part kan gå till domstol för att pröva om skiljedomsavtal verkligen förelegat men vad gäller den materiella bedömningen finns ingen möjlighet till överklagan.⁶¹ Skiljedomsförfarandet är ett eninstansförfarande där parterna riskerar att hamna i situationer där skiljemännen gör felaktiga bedömningar av praxis, tolkar lagen fel, tolkar avtal fel, inte gör en korrekt bevisvärdering etc.. Normalt sett ska inte sådan här felaktigheter förekomma men det kan göra det och detta är något parterna måste ta hänsyn till när de ska bestämma sig för att skriva under skiljedomsavtalet. Den materiella felbedömningen är en risk och skiljedomen kommer bli bindande oavsett, en process i allmän domstol innebär högre rättssäkerhet eftersom det där finns en möjlighet att överklaga. För allvarliga fel kan part vända sig till allmän domstol med en ogiltighetstalan och försöka få domen undanröjd. Utöver de grunder som finns för att få skiljedomar ogiltiga finns det även regler för när klandertalan kan väckas. Det handlar då om diverse felaktigheter på den processuella sidan. För att en klandertalan ska kunna bifallas krävs att den uppfyller kraven i 34 § LSF och att den framställs till allmän domstol inom tre månader från skiljedomen. Både ogiltighetstalan och klandertalan utgör kassationstalan, dvs. att om talan bifalles leder det bara till att domen undanröjs. Domstolen har inte rätt att avgöra tvisten utan undanröjs domen av domstolen får tvisten gå åter till skiljedomstolen. Skiljedomar som är uppenbart oförenliga med grunderna för rättsordningen att anse som ogiltiga (ordre public). Exempelvis skiljedomar som säger att part ska fullgöra något som är förbjudet i lag är ogiltiga.⁶²

⁶⁰ Heuman, s. 31 och 35. Bestämmelsen som finns i RB 10:17 och som säger att domstolen ska avvisa ex officio när tvist ska avgöras av skiljemän gäller bara när lag föreskriver skiljeförfaranden.

⁶¹ Vi bortser här ifrån de få fall där man har avtalat om möjlighet till överklagan.

⁶² Heuman, s. 47-49.

Skiljeförfarandet visar att det finns en möjlighet att avtala bort sin rätt till domstolsprövningen. I de här fallen ges alltså avtalsfriheten större betydelse än det faktum att förfarandet begränsar rätten till domstolsprövning. Trots att utgångspunkten med systemet är att parterna inte får använda sig av allmän domstol om skiljedoms klausul finns så är detta uppenbarligen en regel med undantag. Skiljedomsavtalet ger möjligheten att lösa en tvist bindande utan medverkan av allmän domstol men det finns fortfarande en relativt omfattande möjlighet för part som känner sig felbehandlad att gå till allmän domstol och föra en ogiltighets eller klandertalan. Alltså finns det en "säkerhetsventil" som gör att part som skriver under skiljedoms klausul fortfarande kan ha möjlighet att få sin rätt prövad. Att få den materiella bedömningen avgjord i allmän domstol går inte men själva bedömningen om förfarandet har gått rätt till kan prövas, rättsäkerheten är alltså inte helt undanröjd.

4.2 Materiell och formell rätt

I Sverige har vi ett dualistiskt system som gör att vi skiljer mellan formell och materiell rätt. Detta innebär att vi delar mellan civilrätten, regleringen av rättsförhållanden innehåll, och processrätten, de regler som bestämmer formerna för meddelande av rättsskydd. Den formella rätten har formen av en handlingsregel för rätten medan den materiella har formen av en handlingsregel för rätten. För att kunna ta itu med saken, den materiella delen, måste först förutsättningarna för processen vara klara. Att det föreligger rättegångshinder (även kallat processhinder) innebär att något brister i förutsättningarna för process. Uppdelningen mellan formell rätt, processfrågor i vid bemärkelse, och materiell rätt har i viss utsträckning alltid funnits i svensk rätt. Om en talan väcks vid fel forum och det dessutom visar sig att den fordran talan avsåg redan är betald innehåller talan brister av båda slagen. Fel forum är en formell brist medan det faktum att fordran redan är betald är av materiellt slag. Gränsdragningen mellan den formella och den materiella rätten är ofta oklar och civilrätt och processrätt går många gånger in i varandra. Även om det i vissa fall klart går att säga om det är formell eller materiell karaktär på ett problem så förekommer det en hel del gråzoner.⁶³

Fel forum och redan betald fordran är exempel på en processinvändning och en sakinvändning. Fel forum är en processinvändning, det vill säga parten gör gällande att det föreligger ett processhinder och att talan därför bör avvisas. En sakinvändning däremot föreligger om part åberopar materiell fakta som grund för att talan ska ogillas.⁶⁴ Exempelvis talerätten - eller saklegitimationen kan ibland vara svår att avgöra. Att talerätten är en processförutsättning är klart och bristande talerätt innebär ett processhinder. Domstolen ska ex officio avvisa ett käromål om talerätten brister. Processhindret är alltså tvingande. Vad som menas med talerätt är

⁶³ Lindblom, *Processhinder*, s. 12, 18-19 och Ekelöf I, s. 50.

⁶⁴ Lindblom, *Processhinder*, s. 20.

behörighet att vara part i en rättegång rörande den ifrågavarande saken, därav förekommer ibland även termen processföringsrätt. Begreppet kan ställa till det en hel del och det är inte alltid klart om ett problem beror på bristande talerätt eller en materiell brist.⁶⁵

Det har diskuterats en del om man kan komma runt tvingande lagstiftning genom att göra det till materiella frågor. Låt säga att vi har en no-petition klausul med en formulering som säger att ”innehavaren av detta värdepapper får inte gå till domstol med anledning av innehavet”. Med en sådan formulering tar man sikte på att det finns ett avtal som säger att innehavaren inte har rätt att föra talan, har man inte rätt att föra talan saknas talerätt vilket innebär att talan kommer avvisas pga. processhinder. Däremot en indirekt variant av klausulen skulle rätt utformad istället kunna leda till att det blir tal om en materiell invändning, nämligen att det finns ingenting att pröva eftersom ingen fordran finns, ungefär att ” under förutsättning att situationen är den attfinns ingen fordran att yrka för innehavaren att detta värdepapper”.

När det gäller användandet av en representant kanske man till och med hade kunnat ge sig på en utformning som sa att ”vid eventuell tvist bortfaller innehavarens yrkande till förmån för företrädaren”. Om man lyckas skriva om klausulen så den får mer karaktären av en ordningsregel och inte ett förhinder av en rättsregel så skulle en sådan invändning då kunna leda till att talan ogillas. Att få det till att bli en materiell invändning skulle då innebära att man ser det som att klausulen egentligen inte hindrar prövning som sådan, det råkar bara bli så att det finns inget underlag för prövning och därför finns det ingen sak att pröva. Den direkta varianten av klausulen är med stor sannolikhet ogiltig eftersom den hindrar rätten att väcka talan. Den indirekta, materiella, varianten är dock inte lika självklar huruvida den får skrivas eller inte. Här får man istället ge sig in och göra en materiell, avtalsrättslig bedömning. Om det verkligen är möjligt att på detta sätt ändra mellan materiell och formell rätt är tveksamt men så länge saken inte är prövad finns det en hypotetisk chans att det går att göra.

4.3 Rättegångsfullmakt

Användandet av en no-petition klausul för att förmå obligationsinnehavare att inte själva gå till domstol med eventuella klagomål kan jämföras med ett försök till att avtala fram en oåterkallelig rättegångsfullmakt. När en part inte kan eller vill rättshandla själv kan man välja att låta någon annan göra det åt en genom att utfärda en rättegångsfullmakt till den man vill ska agera som företrädare. Som med alla fullmakter handlar detta bara om att man ger någon en behörighet att uppträda i ens ställe. När huvudmannen så önskar kan han återkalla fullmakten (för att vara exakt är det inte själva fullmakten som återkallas utan verkan av den). Huvudmannen kan aldrig avtala bort sin rätt att återkalla fullmakten, det finns åtminstone inte i svensk rätt någon

⁶⁵ Lindblom, *Processhinder*, s. 13, 171 och 177. Angående talerätt, se även Ekelöf II, s. 71-79.

möjlighet att göra en rättegångsfullmakt oåterkallelig.⁶⁶ Detta ligger helt enkelt i linje med vad en fullmakt är, en inrättning som gör det möjligt att låta någon annan vara verksam åt en men inte något som utesluter ens egna rättigheter.

Om vi konstaterar att det inte går att skapa en oåterkallelig rättegångsfullmakt enligt svensk rätt så har vi genast stött på ett stort problem för no-petition klausulen med detta syfte. Om det inte går att ha en oåterkallelig rättegångsfullmakt blir rimligtvis en klausul som försöker skapa en sådan ogiltig. Finns det då någon möjlighet att göra fullmakten tvingande men ändå giltig? Låt säga att man förenar en exklusiv fullmakt (fullmakt som innebär att fullmäktige är den enda som får agera så länge fullmakten är i bruk, huvudmannen måste återkalla fullmakten för att få agera själv) med en skadeståndsklausul/vitesklausul. Det skulle innebära att fullmakten går att återkalla men den innehavare som gör det blir betalningsskyldig. ”Den som vållar annan skada...”; ”den som väljer att gå till domstol i egen sak orsakar ekonomisk skada å resterande innehavare och ska därför betala ett skadestånd om XXXX kr.” På så vis skulle säkert många tänka en gång extra innan de gick till domstol.

Men samtidigt verkar det inte särskilt sunt att man skulle kunna förena någons möjlighet att få betalt för en fordran med ett skadeståndskrav. Skulle en sådan skadeståndsklausul verkligen kunna vara skälig? Normalt är utgångspunkten för ett skadestånd att någon gör något den inte borde göra, alternativt inte gör något den borde göra, och att detta skadar någon. En obligationsinnehavare som går till domstol gör visserligen något den inte ska göra, om utgångspunkten är att no-petition klausulen är giltig, men det blir på något vis en omvänd ordning på förfarandet. Det är inte så att skadeståndet skulle dömas ut för att no-petition klausulen är giltig utan skadeståndsklausulen skulle användas för att göra no-petition klausulen giltig. Och om no-petition klausulen inte kan ses som giltig, då har ju inte innehavaren gjort något fel och borde inte bli skadeståndsskyldig. Det är klart att man skulle kunna se det som att bryta mot no-petition klausulen blir till att bryta mot något som är fel enligt det specifika avtalet. Fortfarande skulle det då handla om att man bestämmer sig för att det ska vara fel att någon försöker få ut pengar som denne lagligen har rätt till vilket förefaller rätt orimligt.

Oavsett no-petition klausulens giltighet finns självklart möjligheten försöka få det till ett utomobligatoriskt skadestånd, Även ett sådant här synsätt förefaller dock långsökt. Visserligen finns det absolut en potentiell skada som kan anses åsamkats de andra om en springer till domstol, det kan ju påverka deras egna möjligheter att få ut sina pengar men att säga att det alltid orsakar en skada för de andra om en går till domstol vore nog att utvidga skadebegreppet lite väl mycket. I form av en vitesklausul, dvs. ett standardiserat skadestånd, vill jag påstå att det verkar högst oskäligt att man på det sättet skulle kunna påverka en innehavares möjligheter till prövning.

⁶⁶ Ekelöf II, s. 84-89 och Hassler, s. 105-112.

Skulle utformningen istället vara att ”den som väljer att återkalla företrädarens rätt att föra talan i domstol riskeras skadeståndsansvar gentemot resterande obligationsinnehavare...” skulle kanske klausulen i sig vara godtagbar men den skulle egentligen inte göra mer än att informera innehavaren om en potentiell risk för ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar. Att utgå ifrån att resterande innehavare blir skadedrabbade om en går till domstol är inte rimligt, samtidigt skulle en klausul som enbart säger att skadestånd riskeras som mest kunna verka i avskräckande syfte utan någon säker effekt. Kommer man inte längre än så är det tveksamt om det finns någon anledning att överhuvudtaget ta med något om skadestånd i klausulen.

5 36 § Avtalslagen – generalklausulen

En no-petition klausulen i dess ”rena” form, dvs. som ett uttalat hinder mot domstolsprövning riskerar att falla direkt genom att den utgör ett hinder mot en mänsklig rättighet och därmed är ogiltig. Likaså gör en klausul som försöker tvinga fram en oåterkallelig rättegångsfullmakt. En no-petition klausul med en mindre omfattande inskränkning, alternativt där man lyckats få det att framstå som att klausulen egentligen inte hindrar någon från att gå till domstol, det är bara det att det finns ingen fordran till grund för prövningen, (den materiella omskrivningen) gör att man istället kommer in på frågan om en sådan klausul är skälig eller inte.⁶⁷

36§ Avtl, även känd som generalklausulen, trädde ikraft 1976 och innebär en möjlighet för avtalsparter att i efterhand jämka eller ogiltigförklara hela, eller delar av ett avtal. Rekvisitet som krävs är att de omtvistade avtalsklausulerna anses *oskäliga*.

5.1 Allmän avtalsrätt

Huvudregeln inom avtalsrätten att det är parterna själva som bestämmer vad som ska ingå i ett avtal. Parterna disponerar själva över avtalet och bestämmer där vad som ska gälla för deras gemensamma förhållanden. Principen om *pacta sunt servanda* – att avtal ska hållas, är en av grundstolparna inom avtalsrätten. Det är dock inte helt sant att avtal alltid ska hållas. Civilrätt delas in i dels en dispositiv dels en indispositiv (tvingande) del. Dispositiva regler är sådana som parterna fritt kan avtala om medan de tvingande reglerna är just tvingande, dvs parterna styrs av reglerna. Även vissa allmänna avtalsrättsliga regler som exempelvis 3 kap Avtalslagen, där generalklausulen finns med, är av tvingande karaktär och det går därmed inte att avtala bort tillämpningen av denna.⁶⁸

⁶⁷ En intressant tanke skulle kunna vara om 36 § AvtL kan ”rädda” en normalt sett ogiltig klausul. Om man bortser från att den finns en rättsprincip som gör något ogiltigt och istället börjar med att göra en skälighetsbedömning, kan då resultatet bli annorlunda? Säg att det finns om ständigheter med en klausul som gör att den har ett gott syfte för alla parter och den därför anses skälig, ska den då alltid kunna bli ogiltig med hänsyn till en rättsprincip? Rent praktiskt lär ju problemet här vara att den som klagat på en klausul lär göra det för att få bort den och i den situationen kommer man troligtvis se mer till en klausuls negativa syften än de positiva.

⁶⁸ Ramberg och Hultmark, s. 20, 29-30.

5.2 Standardavtalsrätt

Som en lite speciell del av avtalsrätten finns också den del som brukar klassas som standardavtalsrätt eller formulärrätt. Vad det handlar om är standardiserade villkor upprättade antingen ensidigt eller genom samarbete (s.k. agreed documents). För att standardavtalet ska bli en del av det enskilda avtalet krävs att det införlivas med detta. Många gånger kan det handla om att man har ett formulär med förtryckta villkor där de avtalspecifika uppgifterna såsom pris, leveranstid och kvantitet bara fylls i. Fördelen med användandet av standardavtal är att dessa kan fylla ut där det finns dispositiv reglering, det preciserar rättsläget, kan fördela risker och effektiviserar avtalskrivningen. Nackdelen är bl.a. att det ökar risken med avtal som skrivs till en starkare parts förmån. Det är dock en vedertagen rättsprincip att tyngande avtalsvillkor i ensidigt upprättade standardavtal enbart blir gällande om motparten känner till det eller bort känna till det, likaså tolkas sådana villkor restriktivt och mot författaren.⁶⁹

Reglerna om standardavtalsrätt talar mot användandet av no-petition klausuler. Till en början med handlar det om avtal som utarbetas mellan andra parter än de egentliga innehavarna, det är alltså ett helt ensidigt avtal. Dessutom är frågan i vilken utsträckning innehavarna ens får reda på avtalsvillkoren. För välinformerade investerare kanske villkoren kan anses klara, eller de är åtminstone medvetna om vad standarden är på ett annat sätt, men för många konsumenter som köper obligationer kommer de troligtvis aldrig någonsin få se avtalet som ligger till grund för innehavet. De går in på sin bank och köper ett värdepapper som antagligen bara kommer synas som några tecken på en dator. Eventuellt skulle man dock tänka sig att det skulle ligga under bankens rådgivningsansvar att även meddela kunden om no-petition klausulen och på så vis hade informationen nått innehavaren.

5.3 Allmänna avtalsrättsliga principer och marknadsrättsliga åtgärder

Eftersom avtalsrätten är ett så brett område går det inte att reglera allting i lag. Som ”utfyllnad” finns det ett antal avtalsrättsliga principer som kan träda in där annan rättskälla saknas. När det kommer till möjligheter att frånträda ett avtal, helt eller delvis, finns det bl.a. principer som säger att ingen kan förpliktigas att göra något omöjligt, (*impossibilium nulla est obligatio*), domstolen stödjer inte omoraliska avtal (*pactum turpe*), avtal i strid mot lag är inte giltiga, bristande förutsättningar kan vara grund för jämkning/ogiltighetsförklaring (förutsättningsläran⁷⁰) etc.⁷¹ Även om dessa principer, eller rättsgrundsatser som de också kallas, kan användas utan stöd

⁶⁹ Mer om standardavtal, se t.ex. Bernitz bok *Standardavtalsrätt*.

⁷⁰ Mer om förutsättningsläran, se t.ex. Lehrberg, *Förutsättningsläran*.

⁷¹ Ramberg och Hultmark, s. 30-31 och 71.

i lag finns det många gånger en viss ovilja från domstolens sida att göra det. Här skulle man då kunna använda sig av 36 § AvtL för att ge lagstöd till varför man tar bort/jämkar ett visst avtalsvillkor. Även om stödet från paragrafen inte är nödvändigt blir det ”enklare” att använda sig av den. Principerna och 36 § har kanske inte helt samma utgångspunkt men resultatet av användandet borde bli detsamma oavsett tillvägagångssätt.⁷² En no-petition klausul kan kanske ogiltigförklaras redan utan 36 § men om man använder sig av de mer diffusa varianterna av klausulen kan 36 § kanske behövas för att göra en lagenlig bedömning.

Det finns även en ”marknadsrättslig metod” att komma tillrätta med otillbörliga avtalsvillkor. Genom avtalsvillkorlagarna, AVLK och AVLN, ges Marknadsdomstolen en möjlighet att förbjuda näringsidkare att använda avtalsvillkor som domstolen funnit oskäligen. Här handlar det då mer om en viss sorts avtalsvillkor än ett specifikt villkor i ett specifikt fall.⁷³ Kommer man fram till att no-petition klausulen är ogiltig oavsett sammanhang skulle det troligtvis underlätta för marknaden om man från marknadsdomstolens sida gick ut och klart sa att så är fallet, den här sortens klausuler kan aldrig vara giltiga.

5.4 Bakgrund till 36 § avtalslagen.

Bakgrunden till 36 § AvtL var ett ökat behov av en paragraf som gjorde det möjligt att komma tillrätta med vissa klandervärda paragrafer. Eftersom det inte är möjligt att skriva tvingande lagregler som täcker in alla de situationer där det kan vara befogat att invända mot ett avtalsvillkor behövdes det en paragraf som var av mer generell karaktär. I och med den generella utformning som klausulen har föreligger också en risk att klausulen undergräver principen om pacta sunt servanda och för att undvika att så sker bör klausulen tillämpas restriktivt. Även om det finns ett behov av en generell paragraf som 36 § får man inte glömma att det finns ett krav att lagstiftning ska vara förutsägbar. Paragrafen bör användas med stor försiktighet, ett fall är aldrig helt identiskt med ett annat.

Tanken bakom en ny generalklausul inom förmögenhetsrätten var framförallt att se över skyddet av konsumenter men utredningen gjordes med utgångspunkt att även göra en samlad bedömning av hur otillbörliga avtalsvillkor bör behandlas.⁷⁴ Historiskt sett har paragrafen sitt ursprung framförallt i den tidigare 8 § SkbrL som innebar att man kunde ingripa mot otillbörliga villkor i skuldebrev. 8 § SkbrL tillämpades också analogiskt i andra sammanhang.⁷⁵ Diskussionen om när avtal inte ska vara bindande går dock betydligt längre tillbaka än så, redan den romerska rätten ansåg att det kunde finnas omständigheter som gjorde att parter inte skulle vara bundna

⁷² Norlén, s. 258-259. Se särskilt not 1067.

⁷³ Bernitz, s. 21.

⁷⁴ SOU 1974:83, s. 29.

⁷⁵ SOU 1974:83, s. 26 och Norlén, s. 28.

vid vissa avtal.⁷⁶ Våra nordiska grannar har även de motsvarigheter till 36 § och även om lagreglerna inte är identiska så stämmer de överlag väl överens.

Skillnaden mellan 36 § AvtL och exempelvis 28-31 §§ och 33 § AvtL är att 36 § ger möjlighet till jämkning, inte ogiltighetsförklaring av hela avtalet. 36 § kan även den leda till ogiltighet, ”//... lämnas utan avseende.”, men det behöver inte nödvändigtvis vara så. 36 § siktar i första hand in sig på att jämka eller ta bort enskilda avtalsvillkor men även hela avtal kan i vissa fall ogiltighetsförklaras med användning av 36 § AvtL. 36 § ger dessutom möjlighet att ta hänsyn till alla omständigheter i fallet medan andra ogiltighetsparagrafer normalt bara ger möjlighet att ta hänsyn till omständigheter innan eller vid avtalet ingående.⁷⁷ ”Styrkan” med 36 § AvtL jämfört med andra sätt att ingripa på avtalsbundenheten är alltså att man kan göra relativt små ingrepp och ändå låta avtal bestå istället för att bli tvungen att förklara ett helt avtal ogiltigt. Eftersom den dessutom tillåter att man tar hänsyn till alla omständigheter och oavsett när under avtalsförhållandet som de har inträffat kan paragrafen användas i en mängd olika situationer.

Ett av senare års mest omfattande verk om 36 § AvtL är skrivet av Andreas Norlén, juris doktor vid Linköpings universitet. Boken är skriven med ett rättsfilosofiskt perspektiv och diskuterar utförligt problematiken mellan juridiken och etiken. 36 § AvtL blir ett väl valt ämne för en sådan diskussion med tanke på att klausulen exemplifierar när etiken kan komma till tals i juridiken, nämligen frågan vad är oskäligt⁷⁸?

5.5 Tillämpningen av 36 § avtalslagen

Användandet av 36 § AvtL innebär alltså att domstolen ska göra en prövning utifrån om en viss avtalsklausul kan anses skälig. Även om paragrafen möjliggör att man ska kunna göra en objektiv bedömning av en viss sorts klausul som normalt ska anses oskälig är det bedömningen i det enskilda fallet och omständigheterna i det avtalet som är avgörande. Att ett avtalsvillkor inte bedöms som oskäligt i och för sig behöver inte utesluta att villkoret är oskäligt i just det enskilda fall som är under bedömning.⁷⁹ Rimligtvis borde även den omvända situationen kunna aktualiseras, även om en klausul normalt är att anse som oskälig kan det finnas specifika förutsättningar i det enskilda fallet som kan göra den skälig. Det skulle kanske kunna vara detta som skulle kunna ”rädda” no-petition klausulen, även om den här sortens klausuler normalt anses oskäliga kan de kanske under vissa omständigheter bedömas som skäliga. Klausulen tar framförallt sikte på ojämna partsförhållande (36 § 2 st ”underlägsen ställning”) men

⁷⁶ Norlén, s. 16.

⁷⁷ Norlén, s. 29-30, 32.

⁷⁸ Att något är oskäligt enligt Svenska Akademiens Ordbok innebär att det ”...icke överensstämmer med en sund och naturlig uppfattning om vad som är rätt...”

(www.saob.se).

⁷⁹ Norlén, s. 32.

även villkor mellan jämnstarka parter kan bli föremål för jämkning. Utifrån förarbetena till 36 § AvtL kan man utläsa att en näringsidkare generellt är mindre skyddsvärd eftersom denne har en helt annan möjlighet att ta till vara på sina egna intressen än vad en konsument har. Omständigheterna i det enskilda fallet kan dock ändå vara så att även en näringsidkare får anses skyddsvärd.⁸⁰ Som nämntes i avsnittet om standardavtal så finns det en del som talar mot no-petition klausulen just vad gäller att det är ett ensidigt avtal som inte ger någon möjlighet till investeraren, den svagare parten, att påverka avtalsvillkoren. Å andra sidan ska man kanske inte fullt ut jämställa obligationsinnehavet med ett vanligt kommersiellt avtal. Ett avtal mellan affärspartners där båda sidor ska prestera något och den ena parten utnyttjar den andra är kanske inte riktigt samma sak som att någon frivilligt köper ett värdepapper. Om man ser till valmöjligheterna så är det inte direkt så att någon är tvungen att köpa en obligation, det finns gott om alternativ för kapitalplaceringar, däremot om någon är tvungen att ha en maskin vars tillverkare har patent på maskinen blir beroendeställningen en helt annan.

5.5.1 Avtalets innehåll

Skälighetsbedömningen utgår ifrån fyra rekvisit i paragrafen. Som första rekvisit skall hänsyn tas till avtalets innehåll. Villkor som ger den ena parten rätt att bestämma med tvingande verkan för den andra ska kunna tas bort med utgångspunkt att de är oskäligen. Ofta innebär sådana här klausuler att den ena parten utnyttjar att den är starkare än den andra och ser exempelvis till att därmed ensidigt få sätta ett pris eller liknande. Ibland kan det finnas andra regelsystem som ser till att hålla villkoren i schack, vad gäller prissättningar säger köplagen⁸¹ att priset måste vara skäligt men för att undvika missbruk av ställning bör man kunna komma åt dessa paragrafer även genom tvingande lagstiftning.⁸² Generellt ska man kunna använda 36 § för att jämka priset, framförallt i fall där det handlar om långsiktiga avtal. Oskäligen priser kan alltså åtgärdas med stöd av paragrafen.⁸³

Även prisklausuler utformade på så sätt att det är den ena parten som ensidigt bestämmer över eventuella pristillägg vid vissa förändringar utgör ett villkor som ska kunna anses oskäligt. Men det är inte själva närvaron av villkoret som direkt gör det oskäligt, låt säga att priset till en början satts lägre pga. att man har möjlighet till en senare justering, i ett sådant fall kan villkoret mycket väl bli skäligt.⁸⁴ I NJA 2005 s 142 handlade det om en leasegivare som infogat en ränteklausul där denne gav sig själv rätt att ändra räntan efter marknadsräntan. Klausulen ansågs skälig gentemot leasetagaren. Leasegivaren blev visserligen återbetalningsskyldig mot leasetagaren men detta var till följd av att man tagit ut en betydligt högre

⁸⁰ Prop. 1975/76:81, s. 104 samt Norlén, s. 253.

⁸¹ Köplag (1990:931).

⁸² Köplagen är dispositiv men har man inte avtalat om ett pris så kommer lagen träda in om man inte avtalat bort den.

⁸³ Von Post, s. 185-195.

⁸⁴ SOU 1974:83, s. 150, Norlén, s. 32-33.

ränta än vad som var skäligt. Att ha en klausul som medger rätt att ändra ränta efter hur marknaden svänger är inte i sig oskäligt. Skulle det vara det kan man genast börja ifråga sätta andra rörliga priser, exempelvis boräntor, kapitalplaceringar vars återbetalning beror på utvecklingen etc.

Ett annat exempel på ett ensidigt villkor där maktförhållande utnyttjas kan vara när en bank skriver in i ett lånevillkor att banken har rätt att bestämma om den tycker att gäldenärens betalningsförmåga har försämrats så till den grad att banken har rätt att säga upp krediten i förtid. Även ensidigt bestämmande om huruvida säkerheten för krediten är tillräckligt eller inte finns ofta med i kreditavtal. Det säger sig själv att den här sortens klausuler öppnar för ett visst godtycke från bankens sida och en domstol måste därmed objektivt kunna pröva om det verkligen funnits grund för att kräva in extra säkerhet alternativt uppsägning.⁸⁵

Ibland förekommer att det finns villkor som säger att det är upp till säljaren att avgöra om vad köparen påstår är ett fel verkligen är ett fel. Normalt sett kan inte sådana klausuler godkännas och marknadsdomstolen har i vissa fall infört förbud mot dem. Skulle den här sortens klausuler godtas skulle det i princip innebära att man går med på att en starkare part ensidigt bestämmer över hur eventuella konflikter ska bedömas.⁸⁶ En inte helt olik situation tas också upp som exempel på klausuler som eventuellt kan föranleda jämkning, nämligen vissa försäkringsvillkor. Det är inte ovanligt att försäkringsbolagen ensidigt bestämmer om det skett en skada och om denna skada då ska vara ersättningsgill. Dessutom är försäkringsvillkor ofta formulerade på ett sätt så gemene man kan ha svårt att förstå dem. Rimligtvis finns det i dessa fall grund för jämkning.⁸⁷

Beroende på hur man vänder på syftet med en no-petition klausul kommer man inte ifråga att även denna gentemot innehavarkollektivet är en ensidigt bestämd klausul som kraftigt begränsar innehavarens rättigheter. Därmed förefaller det också osannolikt att den skulle anses som skälig. Samtidigt ska man komma ihåg att ingen regel utan undantag, när det gäller no-petition klausulen kommer detta troligtvis bli en fråga om vad som ska väga tyngst, klausulens goda syfte i form av en säkerhetsmekanism som skyddar den totala investeringen för alla och ger alla lika rätt, eller dess negativa sideeffekt i form av inskränkningen i rätten till prövning.

Det sägs också att klausuler som innebär att en part på förhand avsäger sig sina rättigheter ska kunna bli föremål för jämkning. I vissa lägen där någon avsäger sig sin rätt innan det är rimligt att personen ifråga insett vad denna rätt kan betyda finns tvingande lagstiftning som ser till att sådana avstående inte blir giltiga. Exempelvis finns i lag (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar i 6 § 1 st en tvingande bestämmelse som innebär att villkor som säger att en arbetstagare avstår rätt till ersättning till en

⁸⁵ SOU 1974:83, s. 151.

⁸⁶ SOU 1974:83, s. 151. Se även Norlén, von Post m.fl..

⁸⁷ SOU 1974:83, s. 151-152. Se även Norlén, von Post m.fl..

uppfinring redan innan uppfinringens tillkomst inte är giltigt.⁸⁸ Enkelt förklarar, om en arbetsgivare i ett anställningskontrakt har med ett villkor där arbetstagaren avstår rätten till ersättning för eventuella uppfinningar arbetstagaren kan tänkas komma på så kommer inte detta villkor gälla och arbetstagaren kan vid ”uppfinringstillfället” trots klausulen framställa krav på ersättning. Applicerar man samma tankegångar på no-petition klausulen med utgångspunkt att klausulen är giltig om den ingås frivilligt så talar detta mot att en sådan frivillighet verkligen ges betydelse ifall innehavaren ändå vill starta en process.

Villkor som handlar om förhållandet mellan kontrakt och påföljd kan också bli föremål för jämkning, exempelvis för det fall att ett smärre kontraktsbrott leder till en oproportionerlig påföljd.⁸⁹ Ser man till resonemanget om att förena en no-petition klausul med en skadeståndsklausul vore det troligtvis ett exempel på en oproportionerlig påföljd.

5.5.2 Omständigheter vid avtalets tillkomst

Även om de finns andra regler som uttryckligen tar sikte på omständigheter vid avtalets tillkomst så kan 36 § användas även i sådana fall. De andra paragraferna i avtalslagen har generellt högre tröskelkriterier för att bli användbara. Det kan alltså vara lämpligt att kunna använda 36 § när omständigheterna är något svagare. Om ett avtalsvillkor nästan gör att avtalet är att se som ocker men ändå inte är så illa att 31 § eller 33 § kan tillämpas kan 36 § ge en möjlighet till jämkning. Jämför här tankegången att no-petition klausulen riskerar falla även utan användandet av 36 §. För att vara på den ”säkra” sidan är det kanske inte fel att göra en oskälighetsbedömning utifrån kriterierna i paragrafen. Om inte annat kanske en sådan bedömning tydligare kan visa varför klausulen borde ogiltigförklaras, alternativt anses giltig.

Också i de fall där man skulle kunna använda sig av någon av ogiltighetsparagraferna så kan 36 § vara ett bättre alternativ eftersom den gör det möjligt att bara lyfta ur delar av avtal och resterande kan fortfarande vara giltigt. Paragrafen kan även användas om avtal kommer till stånd pga. att den ena parten uppträtt aggressivt, gett missvisande uppgifter (oavsett uppsåt eller inte), utelämnat uppgifter. Även för fall där den ena parten pga. bristande språkkunskaper inte förstått innehållet i ett avtal kan paragrafen användas.⁹⁰

⁸⁸ SOU 1974:83, s. 152. Se även Norlén, von Post m.fl..

⁸⁹ SOU 1974:83, s. 153-154. Se även Norlén, von Post m.fl.

⁹⁰ SOU 1974:83, s. 132-134 och Norlén, s. 34.

5.5.3 Senare inträffade förhållanden

Möjligheten att använda 36 § vid senare inträffade förhållanden är framförallt tänkt att användas när det rör sig om långvariga avtal eftersom dessa har en tendens att påverkas av att utvecklingen inte alltid blir en annan än vad parterna kunnat förutse vid avtalets ingående. Ny lagstiftning, framförallt som parterna har haft tid att anpassa sig till men ändå inte gjort det, kan vara en grund för jämkning. Likaså kan 36 § göra det möjligt att säga upp avtal som slutits på obestämd tid.⁹¹ Observera att man tar sikte på senare inträffade omständigheter, inte sådana som skett relativt snart efter avtalsslut. 36 § är inte tänkt att träda istället för förutsättningsläran även om användningsområdet för denne troligtvis har begränsats något i och med 36 § ikraftträdande.⁹² Vad gäller senare inträffade omständigheter i samband med no-petition skulle man hypotetiskt kunna tänka sig att en innehavare som vid obligationsköpet frivilligt accepterat no-petition klausulen vid ett senare tillfälle inte vill stå fast vid denna frivillighet, exempelvis för att det visar sig att emittenten inte följer sitt åtagande. I verkligheten sköter sig de flesta obligationsemittenter, vilket kanske också är vad innehavaren utgick ifrån när obligationen köptes, men teoretiskt sett kan det självklart vara så att det finns anledning att gå till domstol, emittenten visar sig kanske vara i en helt annan ekonomisk situation än vad den utgett sig för, den har kanske varit inblandad i olagliga transaktioner eller vad det nu skulle kunna finnas för skäl.

5.5.4 Omständigheter i övrigt

Det sista rekvisitet som kan tas hänsyn till vid oskälighetsbedömningen är ”omständigheter i övrigt”. En sådan formulering öppnar onekligen för spekulationer och rent principiellt innebär det att vilken omständighet som helst kan åberopas. Avgörande blir bedömningen av vilka omständigheter som ska anses relevanta. Några generella avvägande för vilka omständigheter som bör tas med i bedömningen framgår inte av förarbetena, däremot nämns tre sorters omständigheter som inte faller in under något av de andra rekvisiten men som anses kunna påverka en skälighetsbedömning. De tre grupperna utgörs av förhållande till gott affärsskick, förhållande till andra rättsregler och förhållande mellan olika avtal.⁹³ Nedan följer ett urval av sådana omständigheter som skulle kunna vara aktuella i samband med no-petition klausuler. Som framgått redan tidigare är det flera av rekvisiten i paragrafen som går in i varandra och exakt vart man hänför ett resonemang är troligtvis inte avgörande för huruvida paragrafen är tillämplig eller inte.

⁹¹ SOU 1974:83, s. 156 – 158.

⁹² Prop. 1975/76:81, s. 128.

⁹³ Prop. 1975/76:81, s. 119-130.

5.5.4.1 Kringgående av lag

En av de omständigheter som kan spela in och som nämns särskilt i förarbetena är om ett avtalsvillkor utgör ett försök till kringgående av tvingande lagstiftning. Kringgåenden kan exempelvis vara när man försöker få en viss transaktion till att verka vara något annat än den faktiskt är bara för att undgå tvingande regler. Det kan också vara olika varianter till försök att neutralisera tvingande lagstiftning. Generalklausulutredningen anser att för att förhindra kringgående bör domstolarna alltså tolka villkor efter innehåll, oavsett rubricering. Däremot vill man inte ge sig in på att göra någon närmare analys av situationer i vilka försök till kringgående görs. I vissa fall kan man kanske titta på om avtal har ändrats före och efter viss tvingande lagstiftning införts men en sådan metod måste användas med försiktighet eftersom de flesta avtal kan ändras när ny tvingande lagstiftning införs, och då inte med anledning att försöka kringgå denna utan snarare för att anpassa sig. Efter att konstaterat att det inte går att generellt säga när kringgående föreligger säger man att det är något som får överlämnas till domstolarnas prövning.⁹⁴ Egentligen är diskussionen ganska onödig. Om en klausul är lagstridig behövs egentligen inget lagrum för att göra den ogiltig, olagliga klausuler blir ogiltiga pga. att man helt enkelt inte får göra saker som är förbjudet i lag. Och ett kringgående är lika olagligt som en rent lagstridig klausul eftersom syftet är detsamma, att undvika tvingande lag. 36 § AvtL kan trots detta ha en effekt i detta sammanhang, framförallt eftersom det ibland inte klart går att säga om något är ett kringgående eller inte och i dessa tveksamma fall kan då paragrafen användas för att komma tillrätta med om än inte olagliga så åtminstone oskäligen villkor.⁹⁵

5.5.4.2 Analogier från tvingande regler

När domstolen ska göra bedömningen av om en klausul är oskäligen eller inte ska den kunna ta hjälp av de värderingar och principer som ligger till grund för tvingande lagstiftning inom speciella områden. Framförallt gäller detta inom områden som till stor del är reglerade av tvingande lag men där vissa delar fortfarande kan vara fria att avtala om, exempelvis inom bank och försäkring.⁹⁶ Likaså borde oskälighetsbedömningen kunna ske med utgångspunkt i tvingande speciallagstiftning även om situationen inte är exakt den som lagreglerats. Om omständigheterna i ett fall överensstämmer med de kriterier som gäller för konsumentköplagens⁹⁷ tillämpning med bortseende från att det inte rör sig om en konsument så kan eventuellt reglerna påverka skälighetsbedömningen. Detta skulle exempelvis kunna vara om det inte är en konsument men väl någon i underlägsen ställning som

⁹⁴ SOU 1974:83, s. 134-135, se även von Post, s. 140-141.

⁹⁵ Se bl.a. von Post, s. 149.

⁹⁶ Exempelvis konsumentkrediter och försäkringsvillkor, se vidare SOU 1974:83, s. 135 samt von Post, s. 141.

⁹⁷ Konsumentköplag (1990:932).

köper något.⁹⁸ Det bakomliggande syftet med konsumentlagstiftning är ju trots allt att skydda en svagare part och därmed borde ett villkor som går emot skyddslagstiftning kunna ses som oskäligt även i situationer snarlika den som skyddas. Självklart måste man om man beaktar tvingande lagstiftning också ta noggrann hänsyn till skälen bakom begränsningen av den tvingande lagstiftningen. Exempelvis konsumentlagstiftning är till just för att skydda en svagare part från att bli utnyttjad, i jämnare partsförhållande finns inte samma skyddsvärd intresse. Avtal som säger att en tvist ska lösas i skiljedomstol är inte giltig mot en konsument med anledning av att man vill skydda konsumentens möjligheter att få sin talan prövad av allmän domstol. Det finns alltså en generell önskan om ett starkt skydd för en konsumentens möjlighet till domstolsprövning. Detta kommer rimligtvis att påverka möjligheten att skriva en no-petition klausul med giltig verkan gentemot en konsument.

5.5.4.3 Marknadsrättslig praxis

Marknadsrättslig praxis kan användas inte bara som ett alternativt sätt att komma tillrätt med oskäliga avtalsvillkor utan även som en ledning för vad som kan anses oskäligt. I fall där Marknadsdomstolen förbjudit vissa villkor kan detta vara en anledning för att även civilrättsligt se avtalet som oskäligt. Det är dock viktigt att komma ihåg att civilrätten och marknadsrätten har olika utgångspunkter och det är inte självklart att ett villkor som är förbjudet enligt marknadsrätten även ska ses som civilrättsligt oskäligt. Den marknadsrättsliga bedömningen om ett villkor är otillbörligt och därmed ska förbjudas utgår från en generell bedömning och inte ifrån den specifika situationen. I enskilda fall skulle alltså ett förbjudet villkor kunna anses skäligt.⁹⁹

Det fjärde stycket i 36 § AvtL som hänvisar till AVLK tillkom efter att Sverige gått med i EU och därmed implementerade EU-direktivet om oskäliga villkor i konsumentavtal (93/13/EEG). Både AVLK och AVLN är marknadsrättslig lagstiftning. I detta EU-direktiv finns uppräknat olika sorters klausuler som normalt är att anse som oskäliga mot konsumenterna. Däribland hittar man just klausuler som inskränker konsumentens möjlighet att väcka talan (punkten q i bilagan till direktivet). Ett standardavtal som gentemot en konsument innefattar en klausul som begränsar rätten till domstolsprövning får därmed troligtvis svårt att klara en oskälighetsbedömning.

⁹⁸ SOU 1974:83, s. 135. Se även Norlén, von Post m.fl..

⁹⁹ SOU 1974:83, s. 137.

5.5.4.4 Partsbruk m.m.

Vid bedömningen om ett avtalsvillkor ska anses oskäligt eller inte kan hänsyn tas till partsbruk. Om en part avviker från hur han normalt hanterar fall av ett visst slag är detta en omständighet som bör vägas in i oskälighetsbedömningen. Även affärssed, affärsskick, branschpraxis m.m. bör kunna inverka på skälighetsbedömningen. Att ett villkor överensstämmer med sådana här sedvänjor utesluter dock inte att villkoret ses som oskäligt. Partsbruk och sedvänja skulle kunna användas som argument för varför en no-petition klausul skulle få användas. Klausulerna är knappast någon nyhet i finansiella avtal och etablerade aktörer får generellt anses medvetna av användningen av dem vilket borde tala för att de ska anses giltiga.

5.5.4.5 Förhållande mellan avtal

Bedömningen av oskäligheten görs utifrån det ifrågasatta villkorets relation till övriga villkor i avtalet. Begränsning behöver inte alltid ske till ett enskilt avtal utan även förhållande mellan olika avtal kan anses som en övrig omständighet. Många avtal som skrivs är mer eller mindre beroende av att även andra avtal upprättas, både mellan samma parter och mellan den ena parten och tredje man. När avtal är sammanlänkade ska man kunna se på avtalen som en helhet vid bedömningen om oskäligen villkor förekommer. Ett villkor som inte är oskäligt i ett enskilt avtal kan alltså komma att bli det om man ser även till andra avtal. Likaså borde den omvända situationen kunna uppstå, att ett till synes oskäligt villkor blir skäligt i och med dess samband med andra avtal. Däremot ska domstolen normalt inte ta hänsyn ifall det finns en tredje man som kan tänkas fara illa pga. ett visst avtalsvillkor utan det är situationen för den som yrkar jämkning som ska bedömas.¹⁰⁰ Att skriva in en no-petition klausul i ett avtal görs med det övergripande syftet att skydda emitteringen. Följefekter kan få enorma konsekvenser och den finansiella världen har visat sig vara extra känslig för att ett bolags kollaps leder till effekter även hos andra. En emittent måste kunna genomföra en enkel och effektiv emittering om det ska vara värt att göra någon, vilket även inkluderar att det behövs ett skydd mot ”meningslösa” men kanske förödande processer. Skulle emittenten gå i stöpet finns risk att inblandade banker blir hårt drabbade vilket i sin tur kan leda till att andra aktörer också hamnar i svårigheter. Det finns alltså ett skyddsbehov, detta skyddsbehov vägt mot den enskilde innehavarens rättigheter blir dock svårbedömda.¹⁰¹

¹⁰⁰ SOU 1974:83, s. 158-161, Norlén, s. 37-38.

¹⁰¹ Att skydda den finansiella marknaden är självklart inte något som görs bara i form av olika avtalsvillkor. Aktörer på den finansiella marknaden har bl.a. höga krav på kapitaltäckning och riskspridning men detta utesluter inte att även no-petition klausuler och liknande villkor kan ha en viss skyddseffekt.

5.5.4.6 Hänsyn till internationella förhållanden

I dagens samhälle är det inte ovanligt med avtal där internationella förhållanden spelar en stor roll. De avtalsvillkor som vi exempelvis diskuterar här är ju direkt hämtad från angloamerikansk rätt. En svensk no-petition klausul vore inget mer än en inhemsk variant av en internationell företeelse. Men ska den svenska domstolen ta någon hänsyn till hur villkoret behandlas i annat land? Om Sverige är betydligt hårdare i sin bedömning av oskäligen avtalsvillkor kan detta leda till lagvalsklausuler och andra sätt att kringgå den svenska domstolens bedömning. Det verkar inte särskilt ändamålsenligt om Sverige möjliggör jämkning där andra domstolar strikt tillämpar villkoret. Å andra sidan så har många internationella avtal inslag av missbrukande av maktställning och flera av dem borde kunna jämkas. Utredningen slår fast att användandet av 36 § AvtL inte ska uteslutas bara för att ett avtal har internationell karaktär. Även om det i vissa situationer kan vara befogat att ta hänsyn till internationella förhållanden så bör svensk domstol upprätthålla de rättsprinciper som är erkända här i landet, oavsett om detta medför en annan bedömning än i annat land. Det kan i samband med internationella avtal mellan näringsidkare även finnas anledning till att ta hänsyn till om särskilt affärsskick utvecklats vid en viss typ av internationella avtal.¹⁰² Här skulle man alltså kunna trycka på att no-petition klausuler knappast är någon ny företeelse utan något som används i andra länder. Samtidigt är det ett argument vars tyngd får variera utifrån vad det egentligen är för villkor man talar om, att säga att alla villkor som används i utländska avtal är giltiga här vore omöjligt.

5.5.5 Klausuler om skiljeförfarande och annat avgörande av tvister

Generalklausulutredningen behandlar i ett särskilt avsnitt förhållandet mellan 36 § AvtL och klausuler om avgörande av tvister. Som tidigare skrivits om kan avtalsparter komma överens om att tvist ska lösas i skiljedomstol och det är framförallt hur dessa klausuler ska bedömas som utredningen diskuterar. Skiljedoms-klausuler kan liksom andra avtalsklausuler bli föremål för bedömning enligt 36 § och det finns en relativt omfattande praxis när det gäller skiljedoms-klausuler. I ett par fall har man lämnat skiljedoms-klausuler utan avseende med hjälp av 36 § avtalslagen. I NJA 1982 s. 853 åsidosattes en skiljedoms-klausul verksam gentemot ett fackförbunds medlemmar med hänvisning till rättsäkerhetssynpunkt. Även i NJA 1992 s. 143 plockade man bort en skiljedoms-klausul, den här gången verksam gentemot en bostadsrättsförenings medlemmar. NJA 1994 s 712 berör också oskäligen villkor för prövning. Där handlade det om ett försäkringsbolag som ensidigt tagit på sig rätten att pröva bevisningen avseende om en försäkringstagare stått till arbetsmarknadens förfogande. Klausulen plockades bort med

¹⁰² SOU 1974:83, s. 162, prop. 1975/76:81, s. 130 och von Post, s. 181.

hänvisning till att den förhindrade försäkringstagaren att få sin sak prövad i rättslig ordning och en så långtgående inskränkning kan inte accepteras.¹⁰³

Precis i de sista raderna i stycket som behandlar tvisteklausuler nämner utredningen också att det kan finnas villkor som försöker undandra all möjlighet till rättsligt prövning. Det allra sista som sägs är att oavsett om det finns särskilda bestämmelser eller inte så borde generalklausulen kunna användas för att åsidosätta klausuler om tvistelösning. Resonemanget utvecklas inte vidare men det lilla uttalande som finns talar mot no-petition klausulen.¹⁰⁴

5.6 Övriga synpunkter

Skillnaden mellan vad som kan tänkas ingå i de olika rekvisiten i 36 § kan inte alltid ses som helt klar, och då framförallt inte vad gäller skillnaden mellan ”avtalets innehåll” och ”omständigheter i övrigt”. Denna gråzon som kan uppstå borde emellertid inte skapa några problem. Troligtvis har man varit ute efter att täcka upp ett så stort användningsområde som möjligt och det sista rekvisitet ”omständigheter i övrigt” är sannolikt tänkt att kunna användas i de fall det finns relevanta omständigheter som kanske inte helt klart stämmer in på något av de andra rekvisiten.

Som man märker utifrån att läsa förarbeten och rättsfall kring 36 § AvtL så har paragrafen en oerhört stor räckvidd, och blir just därför i många fall svår att tolka. Istället för att räkna upp exempel efter exempel på när klausulen kan tänkas vara tillämplig skulle det kanske kunna bli mer förståeligt att utgå från ordet oskäligt. Vad är oskäligt, vilka värderingar kan vi lägga i detta ord? Oskäligt borde täcka upp det mesta som kan anses snedvrida förhållanden, ge en part överläge mot en annan, förhindra någon från en rättighet etc. Norléns bok är ett intressant inlägg eftersom den behandlar begreppet utifrån en etisk syn på begreppet och diskuterar just i vilken utsträckning man kan använda en tolkning av ordet för att göra en tolkning av lagen. En av hans synpunkter på tolkningen av begreppet är att bedömningen bör utgå ifrån de värden avtalsrätten bygger på.¹⁰⁵ Norlén uppställer dessutom en egen omständighetslista som ska kunna användas för att göra en bedömning av vad som är oskäligt, denna är dock för omfattande för att gå igenom här. Vad som är intressant att påpeka är just att det egentligen inte finns ett uttalat tillvägagångssätt för bedömningar enligt 36 § AvtL. Till viss del ligger det i paragrafens natur, den är bred för att kunna täcka upp ett så stort område som möjligt. Samtidigt blir detta i vissa fall dess nackdel, den är så oprecis att den knappt går att använda med risk för att den ska inverka alltför negativt på förutsägbarheten. Den språkliga utformningen av 36 § AvtL medför i sig att det inte finns någon som helst begränsning av paragrafens räckvidd. ”Omständigheter i övrigt” säger

¹⁰³ SOU 1974:83, s 190. Se även von Post, s. 118-124.

¹⁰⁴ SOU 1974:83, s. 190.

¹⁰⁵ Norlén, s. 96.

egentligen att det inte finns någon som helst gräns för vilka omständigheter som kan vara relevanta. Trots det måste det ju finnas vissa omständigheter som väger tyngre än andra. I och med paragrafens oprecisa utformning kan det dock i vissa lägen bli svårt att avgöra vilka argument som är relevanta och vilka som inte är det.¹⁰⁶ I doktrinen diskuteras både fördelar och nackdelar med paragrafen utan att man egentligen kommer fram till mycket mer än att någon form av generalklausul behövs men exakt hur den bör vara utformad är inte helt klart.

En sak som man ska komma ihåg är att parternas grundläggande riskfördelning bör spela in i en skälighetsbedömning. Om två avtalsparter fullt medvetna om vad de gör skriver ett avtal bör en domstol vara väldigt restriktiv med att ändra den riskfördelning man kommit överens om. Det kanske är en tveksam fördelning, som gynnar en av parterna, men fortfarande är det man kommit överens om och meningen med 36 § AvtL är inte att ändra på de strukturer som avtalsparterna valt och som de utgått ifrån.¹⁰⁷ Självklart blir här en viss skillnad när bedömningen görs gentemot en konsument då dessa ges ett helt annat skydd av lagstiftaren.

36 § AvtL som utgångspunkt för bedömningen av no-petition klausulen ger som framgått argument som talar både för och emot klausulen. Flertalet aspekter som enligt förarbete och doktrin ska spela in vid en skälighetsbedömning talar mot användandet av no-petition klausuler. Samtidigt kommer man inte ifrån syftet med klausulen, vilket på något sätt är det övergripande argumentet i en skälighetsbedömning, är positivt i övervägande del. Det är ändå svårt att säga att detta syfte är så starkt att klausulen ska godtas trots att det finns så många omständigheter som talar emot den.

¹⁰⁶ Se här bl.a. Norlén, s. 267-268.

¹⁰⁷ Prop. 1975/76, s. 88 och Grönfors, s. 30-31.

6 Analys

Den finansiella marknaden präglas av ett stort behov av stabilitet. Ser man historiskt på utvecklingen i den finansiella världen finns det en klar koppling mellan ekonomiska kriser och ny reglering.¹⁰⁸ Anledningen är att i en värld som går ut på att göra pengar av pengar är det stor risk att det uppstår en dominoeffekt om ett misstag inträffar. För att förhindra negativa effekter är det rimligt att man avtalsvägen försöker skydda sig mot vissa händelser. Normalt sett föreligger avtalsfrihet men ibland händer det att en stat går in och bestämmer vad som får och inte får avtalas om.

Rätten att få sin sak prövad i domstol är en stark rättighet, skyddad i Europakonventionen. När man i ett avtal skriver in att det inte finns någon rätt till prövning är det högst sannolikt att en sådan klausul anses ogiltig eftersom den strider mot en grundläggande rättighet. Detta utesluter ändå inte att man undersöker möjligheten till en sådan inskränkning.

6.1 No-petition klausulen mellan emittent och innehavare

Till att börja med bör återigen göras ett litet förtydligande. No-petition klausulen infogas i avtal mellan emittent och innehavare. Beroende på utformningen av klausulen kan det även bli så att innehavarna förhindras att väcka talan mot andra inblandade aktörer, som exempelvis trustee. Poängen med klausulen är inte ett absolut förhållande av möjligheten att få sin sak prövad utan klausulen finns med dels av rättviseskäl, ingen innehavare ska få en bättre rätt än en annan, dels av praktiska, ekonomiska skäl, användandet av en företrädare förhindrar att alla innehavare var för sig går till domstol.

No-petition klausulen i detta sammanhang har dock mycket som talar mot sig. För köparen av en obligation finns det normalt sätt ingen möjlighet att påverka avtalsvillkoren. Köparen köper in sig på ett redan färdigt avtal. En köpare behöver inte nödvändigtvis vara en konsument (många köpare på den finansiella marknaden är sofistikerade investerare som sysslar med de här affärerna dagligen) eller annan person i svagare ställning men det finns risk att även en och annan konsument finns som innehavare vilket ytterligare minskar möjligheterna att klausulerna blir verksamma. I direktivet som ligger bakom AVLK finns som exempel på oskäligen klausuler bl.a. klausuler som påverkar individens möjlighet att gå till domstol. Lagstiftaren ogillar alltså när man försöker begränsa en konsuments rätt att gå till domstol.

¹⁰⁸ För den som vill veta mer om denna koppling rekommenderas Rosa Lastras bok, *Central banking and banking regulation*.

Å andra sidan skulle man kunna vända på det och säga att det finns ett visst skydd gentemot konsumenter om klausulen ges verkan. Även om det kanske får ses som ett visst utnyttjande av en starkare ställning att ta med en no-petition klausul så är det fortfarande inget missbruk av starkare ställning. Klausulens syfte ligger väl så mycket i innehavarens intresse och kan som sagt till och med ses som att den skyddar en svagare part. Det finns ett klart syfte med klausulen och utformar man klausulen på så sätt så att detta syfte framgår klarare skulle det kunna vara till klausulens fördel. Eftersom en av anledningarna med klausulen är att se till att inte en innehavare (troligtvis en ”stark” sådan) hinner före och får ut sina pengar på de andras bekostnad så finns det ju ett skyddsvärde i att upprätthålla klausulen eftersom detta innebär att en liten innehavare har lika starka rättigheter som en stor innehavare. Jämför med konsumentlagstiftning i Sverige. Denne är bara tvingande om det finns villkor som är till konsumentens nackdel.

Riktigt vilka möjligheter det egentligen finns att avtala bort rätten till prövning är svårt att säga. De mänskliga rättigheterna är tänkta som ett skydd mot individen, inte ett hinder i kommersiell verksamhet. Att man skyddar en konsument mot att bli utsatt för tyngande villkor är sin sak men en juridisk person har en annan möjlighet att välja vad den avtalar om. Fortfarande kan det dock bli tal om en oskäligen klausul enligt rekvisiten i 36 § AvtL.

Att inte staten får inskränka rätten till prövning utesluter inte nödvändigtvis att individen själv kan göra det.¹⁰⁹ Svårigheten här ligger i att avgöra vad som är frivilligt. Om ett avstående från rätten innebär en ekonomisk fördel borde det rimligtvis finnas köpare som är beredda att stå risken och skulle det kunna påvisas att det verkligen skett frivilligt vore det kanske möjligt. Ofta är det en förhållandevis liten risk innehavarna tar, med tanke på upplägget för emitteringar ska det förhoppningsvis rätt mycket till innan de faktiskt behöver gå till domstol för att få ut sina pengar. Dessutom är det en i högsta grad förutsägbar risk med tanke på man normalt kan räkna ut vad man kommer få ut av obligationen redan i samband med köpet. Det är dock tveksamt om en domstol skulle hålla med om att det handlar om ett frivilligt inskränkande, framförallt om vi ser till det faktum att den som vill klaga knappast lär påstå att han/hon någonsin frivilligt avstått sin rätt. En klausul som inskränker en stark rättighet och där det dessutom handlar om mer eller mindre ett standardavtal blir nog i praktiken svår att få att framstå som frivillig även om den egentligen var det.

Sannolikhet går det inte att tvinga bort rätten till talan i det här sammanhanget. Att ha rätt att få sin sak prövad är en stark rättighet och i det här fallet handlar det dessutom om en klausul i vad som får ses som ett standardavtal. Innehavaren har själv inte haft möjlighet att påverka innehållet utan det har varit en situation där valet varit att acceptera villkoret och kunna köpa obligationen eller inte acceptera villkoret och därmed inte kunna köpa obligationen. Förhandlingsmöjligheterna får anses mer eller

¹⁰⁹ Jämför exempelvis att en individ kan samtycka till lindrig misshandel alternativt gå med på kränkning av den personliga integriteten genom att tillåta registreringar etc.

mindre obefintliga, normalt är det emittenten och syndikatet som gör upp avtalsvillkoren. Köparen träder som regel inte in förrän i det färdiga avtalet, antingen genom ett köp från syndikatet eller från tidigare innehavare. Obligationer är ofta tillgångar med hög omsättning och för en investerare som köper obligationen en bit in på löptiden finns det definitivt inte någon möjlighet att förhandla om villkoren. Rent praktiskt är dessutom så att konsumenten inte ens lär vara medveten om att det värdepapper som införskaffas är förenat med ett hinder mot prövning. När en person går in på banken och köper en obligation lär detta ske som en rent datateknisk transaktion där det inte ens kommer visas några avtalsvillkor. Är man inte ens medveten om den risk som tas är det ett skäl som starkt talar mot no-petition klausulen. Även en juridisk person som köper aktier riskerar att aldrig få reda på avtalet men det ligger ett större ansvar på en juridisk person att veta vad den ger sig in i.

Under förutsättning att köparen är medveten om no-petition klausulen och frivilligt går med på att den finns är det möjligt att man får "blandad" giltighet för klausulen. En konsument som bestämmer sig för att den egentligen inte ville bli bunden av klausulen har troligtvis starka möjligheter att slippa undan men man skulle kunna tänka sig att en juridisk person blir bunden av samma klausul. Hur skulle en sådan utgång stämma med klausulens syfte? Ur emittentens perspektiv kvarstår problemet, att få en stor mängd stämningar mot sig, ur innehavarnas perspektiv skulle det däremot kunna fungera rätt bra. Klausulen är tänkt att tillgodose innehavarnas lika rätt, vilket i praktiken lär innebära att skydda den "svagare" konsumenterna mot att ett resursstarkt företag går till domstol och ser till att få ut sina pengar före alla andra. Samtidigt som en klausul giltig enbart mot juridiska personer till på ett sätt skulle fylla klausulens syfte kan man inte bortse ifrån att det även kan vara konsumenter som går till domstol och på så vis kanske äventyrar emitteringen. En klausul som är giltig mot vissa men inte mot andra skulle dessutom kunna anses oskälig just med hänsyn till att den snedvrider förhållandet mellan innehavarna.

Tanken med klausulen är rättvisa inom innehavarkollektivet och denna rättvisa baseras på att ingen kan göra mer än någon annan utan det ska finnas en gemensam företrädare. Om det nu inte går att tvinga fram användandet av en företrädare, går det att tvinga fram ett enat kollektiv. Kan man infoga en pro-rata klausul som säger att om en innehavare går till domstol måste den göra det även som en företrädare för de andra, får den innehavaren ut pengar ska dessa delas lika med de andra? Låt säga att det är möjligt att infoga en sådan klausul, vilka effekter skulle det få? Från emittentens synvinkel uppstår återigen problemet att det kan bli flera processer. Från innehavarnas sida skulle en sådan klausul visserligen göra att de får del av eventuella pengar, men vad är det som säger att den som valde att gå till domstol är den rätta företrädaren? Representanter utsedda av en emittent, en trustee eller vem det nu kan vara, är troligtvis väletablerade institut med erfarenhet av marknaden. Det stora flertalet innehavare lär därför föredra att bli representerade av en sådan företrädare än en av innehavarna. Dessutom finns risken för rent praktiska problem i form av att

den innehavare som får pengar utbetalda vägrar att dela med sig, vilket om än de andra har rätt till sin del så blir i så fall kanske ytterligare en process och frågan är hur mycket pengar det egentligen kan handla om och om det är värt det. Samtidigt vore en likafördelningsklausul fortfarande bättre än risken att en innehavare går iväg och bara ser till sitt eget bästa. Som ett tillägg skulle man också kunna tänka sig att skriva in att alla pengar ska utbetalas via företrädaren. En sådan klausul borde kunna godtas eftersom det bara skulle handla om en praktisk detalj för att tillgodose en rättvis fördelning.

Användandet av en no-petition klausul kan också jämföras med att man försöker skapa en tvingande, oåterkallelig rättegångsfullmakt. Som redan klargjorts kan man dock inte göra en rättegångsfullmakt oåterkallelig i Sverige. Det är fullt möjligt att frivilligt låta någon annan föra ens talan men det går inte att förhindra personen ifråga från att ändra sig och byta representant. Eftersom Sverige inte tillåter oåterkalleliga fullmakter talar det för att en klausul som skapar en sådan kommer anses oskäligen vid en eventuell bedömning. Egentligen behöver man inte ens gå så långt att som till 36 § AvtL. Går det inte att ha oåterkalleliga rättegångsfullmakter så går det inte och då faller no-petition klausulen enbart av den anledningen. Härmed kan alltså uteslutas en helt tvingande variant av klausulen och det man får sikta in sig på är något sätt att få den att inte verka tvingande men ändå i praktiken vara det. Kanske skulle man kunna tänka sig att göra den tidsbegränsad på något sätt, att fullmakten får återkallas men först efter en vis tid. Även detta ställer dock till problem, när vi i Sverige väljer att låta någon annan företräda oss i domstol görs det genom fullmakt och det ligger i fullmaktens natur att huvudmannen ska kunna återkalla den. I detta avseende märks problemet med att vi i Sverige inte har någon exakt motsvarighet till trustee. Enligt hur trustee fungerar i de länder som erkänner den så behövs ingen fullmakt eftersom trustee anses som ägare, och enligt vårt system går det inte att ha dubbelt ägande.

Under förutsättning att man på något sätt kommer runt fullmaktsproblematiken och man lyckas utforma klausulen på ett sätt som bättre stämmer överens med det syfte som klausulen har och inskränkningen därmed inte blir total finns det kanske en möjlighet att ge klausulen giltig verkan. Det jag tänker mig är att man utformar det hela så att innehavarnas anspråk blir sekundära till företrädarens¹¹⁰. Exakt hur en sådan variant av klausulen skulle formuleras är jag osäker på men ett alternativ vore något i stil med ”vid eventuell tvist med anledning av innehavet av detta värdepapper har representantens anspråk (här krävs troligtvis att denne representant har mer av en äganderätt om man ska kunna anse att den har ett självständigt anspråk) företräde framför innehavarens. För det fall att företrädaren inte väcker talan förfaller dennes anspråk och innehavaren kan själv begära att få sin sak prövad. Innehavaren har alltid rätt att begära

¹¹⁰ I vårt fall om man ska applicera samma system som i angloamerikanska länder lär det inte vara tal om någon riktig trustee som företrädare eftersom vi inte har detta institut. I brist på motsvarighet och för att analysera den funktion no-petition klausulen har idag i utländska avtal fortsätter jag benämna företrädare som trustee.

prövning för det fall att den anser att den av trusteesn förda talan gått honom emot”. Eventuellt skulle man även kunna lägga in en tidsfrist inom vilken företrädaren måste ha ansökt om prövning för att ha förtur. Genom en sådan här formulering skulle man inte utesluta innehavarens rätt, den skulle finnas kvar inom rimliga tidsgränser och med en överprövningsmöjlighet¹¹¹ men man skulle ändå få de positiva effekterna av klausulen genom att man hindra ”kapplöpning” till domstolen och snedfördelning inom innehavarna. Klausulen skulle fortfarande innebära en viss inskränkning men inte en absolut sådan. Eventuellt skulle man också kunna gå steget längre och göra en materiell omskrivning i form av att innehavaren inte har något anspråk om inte trusteesn valt att inte föra talan i rätten (återigen exempelvis med en tidsgräns för att göra begränsningen rimlig).

Utländsk praxis talar mot en tvingande no-petition klausul. Även om de har en annorlunda inställning till företrädarens (trustees) äganderättsmöjligheter så verkar det ändå som att den egna rättigheten värderas väldigt högt. Om inte ett land som erkänner att en företrädare kan ha en äganderätt går med på att inskränka innehavarens rätt talar detta mot att vi skulle tillåta en sådan inskränkning i Sverige. Den praxis som framkommit är dock väldigt gammal och inte nödvändigtvis uttömmande. Formulering och avtalsspecifika villkor har troligtvis stor betydelse på vilken verkan klausulen ges. Angående det franska fallet, *Kerr*, ger det ytterligare underlag för att problemet i sammanhanget är att civil law länder inte har någon trustee. I detta fall var det inte nödvändigtvis klausulen som var problemet utan det faktum att domstolen jämförde trusteesn med den normala företrädaren för ett franskt obligationsinnehavarekollektiv vars befogenheter inte är lika omfattande som de en trustee kan ha. Pga. att domstolen inte ville ge trusteesn mer omfattande befogenheter än den normale företrädaren blev resultatet att klausulen inte kunde upprätthållas.

Oavsett om man med hjälp av diverse omskrivningar kanske kan ge klausulen någon form av tvingande karaktär så är det inget som säger att klausulen inte kan fylla en verkan som ett frivilligt alternativ. Att ha en kostnadsfri företrädare som dessutom kan sin sak lär vara till de flesta innehavares fördel. Som ett frivilligt förfarande bör man dock ändra på klausulens utformning eftersom det inte finns någon poäng att skriva ett direkt hinder då detta riskerar att ses som ogiltigt. Överhuvudtaget finns det rimligtvis ingen poäng med att få villkoret att framstå som mer inskränkande än det egentligen är. Möjligheten att föra sin talan via en trustee påminner till stor del om den möjlighet vi har fått i Sverige genom införandet av lagen om grupprättegång¹¹². Observera dock att detta är ett frivilligt förfarande skapat just för att även små anspråk ska kunna bli viktiga. Även om man inte kan få en tvingande karaktär på klausulen finns det absolut ett syfte med den, ett syfte som kan gagna alla parter.

¹¹¹ Jmf obligatoriska skiljedomsklausuler.

¹¹² Lag (2002:599) om grupprättegång. För mer om förfarandet se bl.a. Lindblom i *Sena uppsatser*, s. 335-413.

Det går inte att komma ifrån att det är en stark och skyddsvärd rättighet som den här typen av klausuler försöker komma runt. När det kommer till den här sortens klausuler är det också tveksamt om man kan komma ifrån deras ogiltighet genom omskrivningar. Ska man tolka de få kommentarer som finns i generalklausulutredningen är villkor uppställda för att kringgå lag en grund för jämkning.¹¹³ Samtidigt har konstaterats att no-petition klausulen medför fördelar för alla parter. Det handlar om att inskränka möjligheten till prövning av en begränsad förutsägbar fordran med liten risk. Bör det verkligen vara otillåtet om det sker frivilligt så pass att det medför en ekonomisk fördel om man accepterar villkoret?

6.2 No-petition klausulen i värdepapperiseringar

No-petition klausulens användning i samband med värdepapperisering är något annorlunda från syftet när den infogas mellan innehavare och emittent. Här handlar det om att skydda specialbolaget och därigenom skydda hela finansieringen. Syftet är inte detsamma som i ovanstående situation. Normalt sätt befinner sig inte en obligationsemittent i en så utsatt position som specialbolaget och partsförhållandet är ett helt annat, originator och specialbolag är båda juridiska personer med egenintresse av att upprätthålla en verksam no-petition klausul. Genom att förhindra risken att specialbolaget sätts i konkurs skyddar de ju sina egna intressen.

Angående avtalet mellan originator och specialbolag har båda parter nytta av om klausulen kan användas. Det föreligger ett betydligt jämnare partförhållande där förmodligen båda är med och påverkar villkoren. Parterna som sannolikt är någorlunda jämnstarka använder sin avtalsfrihet för att skapa ett skydd för sin investering. Jämför med skiljeavtal där parterna själva får avgöra hur de ska gå tillväga. En rimlig utgångspunkt om klausulen ska kunna tillämpas är dock att man begränsar räckvidden till att gälla just det som är betydelsefullt. Dvs. en begränsning till att avse konkurstanalen, inte process överhuvudtaget. En fullständig inskränkning av rätten till prövning lär inte godtas och detta oavsett formulering som formel eller materiell regel. Även om det föreligger avtalsfrihet vore en fullständig inskränkning av möjligheten att få sin sak prövad troligtvis att gå för långt. Med tanke på att HD varit negativ till att använda skiljedoms klausuler i allt för stor utsträckning, vilket ändå innebär en prövning om än inte alltid en tillräckligt opartisk sådan, så lär man inte se det positivare med en klausul som inte tillåter någon prövning alls. Här finns dock en möjlighet till en materiell omskrivning som skulle kunna fungera. Låt säga att man formulerar klausulen som att det inte finns någon fordran om inte saldot på ett visst konto överstiger en viss summa (satt efter vad som behövs för att bolaget inte ska kunna försättas i konkurs), alternativt till att gälla som att en

¹¹³ Om man nu ens behöver använda sig av 36 § för att ta bort en sådan klausul, rimligtvis är den ogiltig i sig själv om den kringgår lag.

talans mot bolaget inte får väckas under obligationens första löpår, eller vilken tid som nu kan antas behövas innan den största risken är över.

Per-Ulrik Andersson antar att det går att skriva en obligationsrättsligt bindande klausul där man avsäger sig rätten att göra en konkursansökan. Jag är inte fullt lika övertygad att klausulen håller om originatorn av någon anledning skulle få för sig att denne vill ha bort klausulen men är det någon variant av no-petition klausulen som ska klara en skälighetsbedömning så är det troligtvis denna. Dessutom är det som nämnts en avsevärd skillnad om klausulen utformas enbart för att förhindra konkursansökningar jämfört med en total inskränkning.

6.3 Allmänt om no-petition klausulen

För att ge ett litet praktiskt perspektiv på uppsatsen kan man inte låta bli att ställa frågan, används no-petition klausulen någonsin? Spelar det någon roll om klausulen blir tvingande eller inte? Av den lilla litteratur som finns på området får man ibland känslan av att klausulen mest skrivs för syns skull. Och för att vara en klausul med en så tvivelaktig utformning som den har i dag är det förvånansvärt att det inte finns fler fall där den aktualiserats. En anledning, och en rätt så rimlig sådan, är att klausulen får väldigt lite uppmärksamhet för att den väldigt sällan aktualiseras. Obligationer är som sagt lågriskinvesteringar och därmed är det sällan att investerare inte får betalt för sitt innehav. Och en innehavare som får betalt lär inte se någon anledning att gå till domstol och få prövat om ett litet avtalsvillkor egentligen är skäligt eller inte. Som en rent sunt förnuft del i denna analys måste man tillägga att även om klausulen må vara rättstridig så kan man också ifrågasätta om någon part egentligen har någon glädje av att den inte kan användas. Kanske är det så att parterna som är inblandade i dessa avtal inser att de har alla nytta av om klausulen upprätthålls och därför är det sällan som någon försöker få den ogiltigförklarad. Varför gå till domstol och få bort ett villkor som gynnar en? Utgår man ifrån att no-petition klausulen inte är giltig innebär detta en betydligt större risk för de inblandade parterna. Och ökade risker medför ökade kostnader. Detta kan i sin tur leda till att många av fördelarna med de bägge teknikerna går förlorade. Frågan är om detta är ett resultat som gynnar någon? Samtidigt vill förmodligen ingen part stå risken att ha en avtalsklausul som med stor sannolikhet inte är tillämplig när det väl gäller, är det så vill man troligtvis gardera sig med andra avtalsmekanismer. Att flertalet inblandade parter anser sig gynnade av klausulen utesluter inte att någon annan känner sig missgynnad och det finns alltid en risk att någon går till domstol ifall något går fel.

Utformningen av 36 § AvtL är väldigt generell och möjliggör en väldigt bred tillämpning. Detta innebär dock inte att nödvändigtvis ska ges denna breda tillämpning utan det handlar mer om att kunna täcka upp för alla speciella situationer som inte har lagreglerats särskilt. Paragrafen medför att prövningen blir en bedömningsfråga och vid denna bedömning ska alla omständigheter i fallet tas hänsyn till. När det gäller no-petition klausulen

mellan emittent och innehavare är det i dagsläget knappt nödvändigt att använda sig av 36 § AvtL för att ogiltigförklara klausulen men de övervägande som nämns i förarbetena till paragrafen kan ändå ge viss ledning om vilka övervägande det är som spelar in. Vad gäller no-petition klausulen i värdepapperiseringsfallet är det troligare att denna kan anses giltig och bedömningen om den även är skälig får därför ske utifrån kriterierna i 36 § AvtL.

En klausul som innebär en fullständig inskränkning av rätten till prövning har troligtvis inte särskilt stor chans att klara sig, oavsett om det rör sig om en direkt eller indirekt form. Med tanke på det uttalande som finns med i generalklausulutredningen om både klausuler som förhindrar prövning och klausuler som försöker kringgå lag är min mening att jag tror inte klausulen får större chans att klara sig i en omskriven form om syftet fortfarande är en fullständig begränsning. Detta ligger också i linje med vad som sagts i förarbetena om hur 36 § ska tillämpas. Ska man se till syftet med en viss klausul borde det inte spela någon roll hur jag formulerar en inskränkning, bara det faktum att den finns blir oskäligt. Däremot ser jag en viss möjlighet att formulera materiella begränsningar som fortfarande kan upprätthålla de positiva effekterna med klausulen men som inte utgör en lika stor inskränkning genom att de förbehålls för vissa specifika situationer. Då tänker jag framförallt på någon klausul som ger en företrädares anspråk företräde alternativt hindrar originator från att lämna in konkursansökningar men inte från talan i andra situationer. Genom att skriva den materiella regeln så att det positiva syftet med klausulen lättare framgår finns chansen att den klarar en oskälighetsbedömning. Som tidigare påpekats, om alla parter vinner på det och om det är en måttlig begränsning finns det goda skäl att acceptera klausulen.

För att säkert kunna använda sig av no-petition klausulen hade den troligtvis behövt stöd från lagstiftarens sida. Kanske i form av speciallagstiftning som godtar klausulen när den används i dessa specifika situationer. Det borde heller inte vara omöjligt att ge lagstöd för att låta parterna avtala om saken, åtminstone under vissa förutsättningar. Den avgörande bedömningen i dagsläget blir rätten till prövning kontra behovet av en stabil finansiell marknad.

En om än liten risk men ändå värd att uppmärksamma är risken för en godtycklig bedömning i domstol. Klausulen förekommer i avtal med väldigt komplex struktur och är knappast av det slag som våra svenska domstolar är vana att analysera. Även om förhoppningen är att det inte är så finns ändå risken att en ogiltighet/oskälighetsbedömning inte blir tillräckligt ingående för det fall att användandet av klausulen skulle ställas på sin spets. Eftersom en skälighetsbedömning ska göras utifrån den specifika situationen är det av största vikt att domstolen i så fall ser till att inhämta nödvändig kunskap.

7 Slutsats

Att skriva en uppsats som handlar om hur man eventuellt kan avtala bort en grundläggande mänsklig rättighet är inte det enklaste jag gett mig in på. Det säger sig själv att en uppsats i ett sådant ämne blir väldigt mycket hypotetiska antaganden. Rätten till prövning är av rättsäkerhetsskäl en väldigt viktig rättighet och det ska mycket till för att en domstol ska gå med på en inskränkning.

En av utgångspunkterna för en domstol när den gör en bedömning av skäligheten hos ett villkor är värderingar och principer bakom tvingande lagstiftning. För att göra bedömningen av no-petition klausulen bör alltså grundtanken om rätten till att få sin sak prövad ges stor betydelse. Men kanske bör man också ta hänsyn till kraven på säkerhet i den finansiella världen. Utan att gå in på särskilda paragrafer kan konstateras att banker och värdepappersinstitut är några av de associationsformer som är underkastade de strängaste reglerna, just för att stabil finansiell marknad är så viktig. Och som vi konstaterat utgör no-petition klausulen en av dessa mekanismer som hjälper till för den stabiliteten.

I dagsläget finns det flera aspekter som talar mot användandet av no-petition klausuler i Sverige, till stor del till följd av att vi inte har någon exakt motsvarighet till trusteeen. Den variant av klausulen som skrivs in mellan emittent och innehavare kommer troligtvis inte gå att göra gällande så länge vi inte har annorlunda regler om vilka inskränkningar som kan göras gentemot konsumenter och framförallt så länge våra regler om rättegångsfullmakter ser ut som de gör. Däremot har no-petition klausulen mellan originator och specialbolag andra förutsättningar för att eventuellt kunna vara giltig. Denna variant skulle jag åtminstone inte avfärda direkt utan här får det nog istället bli tal om en skälighetsbedömning enligt 36 § AvtL. Vad gäller möjligheterna att påverka klausulens giltighet genom att göra en omskrivning av den så att det blir en materiell fråga istället för en formell (vilket är tveksamt om man kan göra) så skulle jag vilja påstå att är det egentliga innehållet i klausulen precis detsamma så ser jag inte någon större skillnad på en sådan omskrivning och på ett rent kringgående av lag. Däremot kanske man kan använda materiella omskrivningar för att få klausulerna att bättre stämma överens med sitt syfte och utgöra en mindre inskränkning, helt enkelt en ”mildare” variant av klausulen och därmed skäligen.

Även om klausulen kanske inte har rättslig verkan fyller den ändå ett visst syfte. Den finansiella världen präglas av en oerhörd komplexitet och mångfald och eftersom en bedömning av huruvida en klausul är skäligen eller inte skall göra i varje enskilt fall efter förutsättningarna i just det fallet så kommer det alltid att finnas en viss möjlighet att få klausulen godkänd, åtminstone om man lyckas komma så långt som till en skälighetsbedömning

så man inte faller direkt på att klausulen strider mot en grundläggande rättighet. Även om jag förstår en inställning att klausulen borde falla redan av denna anledning skulle jag hellre se att man gick vidare och gjorde en bedömning utifrån syftet med klausulen. Det är detta som man eventuellt skulle kunna uppnå genom att göra en materiell omskrivning. Om man inte har en klausul som rakt ut utgör ett hinder mot domstolprövning är det troligare att man kommer förbi en första ogiltighetsbedömning och istället får göra en skälighetsbedömning ifall klausulen ska ges verkan eller inte.

Jag tänkte när jag började det här arbetet att det finns väl ingen möjlighet att man kan skriva en verksam klausul när den strider mot en rättighet som skyddas i lag. Men allteftersom har jag insett att så kanske inte är fallet. I vissa situationer skulle jag säga att klausulen är värdelös och skulle slopas direkt men med vissa omformuleringar och i samband med vissa speciella strukturer skulle jag vilja påstå att klausulen kan fylla en funktion, och då kanske även en rättsligt bindande sådan.

Ett problem i sammanhanget är att Sverige inte har någon riktig motsvarighet till den engelska trusteeen. Samtidigt som vi inte erkänner institutet så är det i angloamerikanska rättsystem väl vedertaget och används i ett flertal sammanhang. Eftersom de angloamerikanska transaktionsmetoderna är upplagda utifrån att man kan använda en trust/trustee ställer det till problem för oss när vi tar efter transaktionerna. Ska vi kunna använda angloamerikanska avtal som underlag för våra svenska transaktioner har vi nog ett väl så stort hinder i form av de associationsrättsliga problemen. Åtminstone är det nog dessa som måste lösas först.

Utan allt för stort hopp om att det är möjligt ser jag absolut en poäng med att kunna skriva en materiell regel som kan påverka möjligheterna till domstolstalan. Detta är något som många gånger är av intresse för flera av de inblandade aktörerna. Sett ur ett individuellt perspektiv riskerar no-petition klausuler att ses som oskäligen men satta i sitt samband och med hänsyn tagen till alla inblandade aktörer fyller de absolut ett syfte och det kan vara till alla parter fördel om de åtnjuter domstolarnas skydd.

Bilaga A - No-petition klausul

SECTION 6.06. Limitation on Suits. Except to enforce the right to receive payment of principal, premium (if any) or interest when due, but subject to the Intercreditor Agreement and the requirement for Majority Bond Creditors to approve actions to enforce the Subsidiary Guarantees, the Subordinated Share Pledge Agreements,

no holder or beneficial owner may pursue any remedy with respect to this Indenture or the Securities unless:

- (a) such holder has previously given the Trustee written notice that an Event of Default is continuing;
- (b) holders of at least 25% in principal amount of the outstanding Securities have requested in writing the Trustee to pursue the remedy;
- (c) such holder or holders has or have offered the Trustee reasonable security or indemnity against any loss, liability or expense;
- (d) the Trustee has not complied with such request within 60 days after the receipt thereof and the offer of security or indemnity;
- (e) holders of a majority in principal amount of the outstanding Securities have not given the Trustee a direction inconsistent with such request within such 60-day period; and
- (f) with respect to enforcement of any Subsidiary Guarantee which is subordinated to any Senior Indebtedness of such Subsidiary Guarantor, such holder executes a Guarantor Subordination Agreement.

A Securityholder may not use this Indenture to prejudice the rights of another Securityholder or to obtain a preference or priority over another Securityholder.

For the avoidance of doubt, if a Holder would be permitted to pursue any remedy with respect to this Indenture or the Securities pursuant to this Section 6.06, it shall be entitled to pursue such remedies in any other manner it deems appropriate.

Bilaga B - 36 § Avtalslagen

36 § Avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Har villkoret sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende.

Vid prövning enligt första stycket skall särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.

Första och andra styckena äga motsvarande tillämpning i fråga om villkor vid annan rättshandling än avtal.

I fråga om jämkning av vissa avtalsvillkor i konsumentförhållanden gäller dessutom 11 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Lag (1994:1513).

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Adlercreutz. A, *Lärobok i allmän avtalsrätt*, åttonde upplagan 1990, P.A. Nordstedt och Söners Förlag.

Andersson. P-U och Månsson. F (red), *Värdepapperisering – Securitisation*, första upplagan 1995, Fritzes Förlag AB.

Bernitz. U, *Standardavtalsrätt*, sjätte upplagan 1993, Marknadsrättsförlaget AB.

Cranston. R, *Principles of Banking Law*, andra upplagan 2002, Oxford University Press.

Danielius. H, *Mänskliga rättigheter I europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, första upplagan 1997, Norstedts Juridik AB.

Ekelöf. P. O, *Rättegång – första häftet*, åttonde upplagan 2002, Norstedts Juridik AB.

Ekelöf. P. O, *Rättegång – andra häftet*, åttonde upplagan 1996, Norstedts Juridik AB.

Fischer III. F. G, *Eurobonds*, första upplagan 1988, Euromoney Publications PLC.

Gallant. P, *The Eurobond Market*, första upplagan 1988, Woodhead-Faulkner Ltd.

Gardener. E, och Molyneux. P, *INVESTMENT BANKING Theory and Practice*, andra upplagan, Euromoney Publications PLC.

Gregow. T, Svensk Juristtidning 1996 s 260 - 262, Recension av Andersson och Månssons *Värdepapperisering*.

Grönfors. K, *Avtal och omförhandling*, första upplagan 1995, Nerenius & Santérus Förlag AB.

Hassler. Å, *Svensk civilprocessrätt*, första upplagan 1963, Nordiska bokhandeln.

Heuman. L, *Specialprocess – Utsökning och konkurs*, femte upplagan 2000, Norstedts Juridik AB.

Lastra. R. M, *Central Banking and Banking Regulation*, Financial Market Group London School of Economics and Political Science, 1996.

Lehrberg. B, *Förutsättningsläran*, första upplagan 1989, IUSTUS Förlag AB.

Lindblom. P. H, *Processhinder – om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt*, första upplagan 1974, P. A. Nordstedt och Söners förlag.

Lindblom. P. H, *Sena uppsatser*, första upplagan 2006, Norstedts Juridik.

Mårsäter. O, *Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning*, första upplagan 2005, Universitetsstryckeriet Uppsala universitet.

Norlén. A, *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, första upplagan 2004, Unitryck.

Petitt. P, *Equity and the Law of Trusts*, åttonde upplagan 1997, Butterworths.

Ramberg. J och Hultmark. C, *Allmän avtalsrätt*, Norstedts Juridik AB, femte upplagan 2000, ISBN 91-39-20182-1.

Von Post. C-R, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, första upplagan 1999, Jure AB.

Wood. P. R, *International Loans, Bonds and Securities Regulation*, första upplagan 1995, Sweet & Maxwell.

Oxford Dictionary of Finance and Banking, tredje upplagan, Oxford University Press 2005.

Internetbaserade källor

http://www.fi.se/upload/30_Regler/50_Kapitaltackning/10_Kreditrisk/060117/FFFS_schablon.pdf

www.saob.se

www.trustee.no

Offentligt tryck

Proposition 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m

Proposition 1975:6 om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.

SOU 1974:83 *Generalklausul i förmögenhetsrätten.*

Ds 1998:71 *Bättre förutsättningar för värdepapperisering.*

Rättsfallsförteckning

Svensk rättspraxis

NJA 1982 s. 853

NJA 1992 s. 143

NJA 1997 s. 712

NJA 1997 s. 701

NJA 2005 s. 142

RH 1997:78

Europadomstolens rättspraxis

Mål 8588/79 *Bramelid och Malmström mot Sverige*

Golder v. the United Kingdom, 21 februari 1975, serie A nr 18.

Utländsk rättspraxis

Kerr v Societe Pyrennees Minerals (Cass February 19, 1908, Clunet 1912, 243 affirming Court of Appeals, Toulouse July 18, 1905, Clunet 1906, 451) (Frankrike)

Perry v Darlington Fireproofing Co, 76 Ohio App 101, 63 NE 2d 222 (1945) (USA)

Re Imperial Steel Corp Ltd (1925) 28 OWN 242 (Ont App Div) (Kanada)

Shaughnessy v The Imperial Trust Company (1904) NB (Eq R 5) (Storbritannien)