



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Hampus Eriksson

Dokumentvillkorade garantier och borgen

- Särskilt om återkrav i samband med dokumentvillkorade garantier

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Johan Adestam

Termin för examen: HT2015

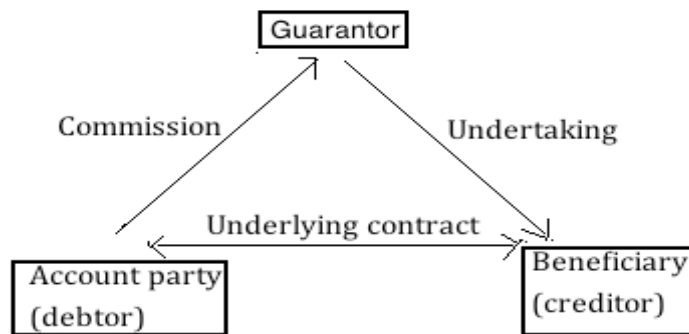
Innehållsförteckning

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Garantier – en introduktion	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Forskningsläge och material	9
1.4 Metod	11
1.5 Avgränsningar	12
1.6 Disposition	12
2 BORGEN	13
3 DEN DOKUMENTVILLKORADE GARANTIN	24
3.1 Inledning	24
3.2 Självständighetsprincipen	25
3.2.1 Invändningsrätt	26
3.2.2 Uttömmande reglering	28
3.3 Dokumentvillkor	30
3.4 Garantins syfte	34
3.5 Beneficientens frihet att begära fullgörelse	34
3.6 Garantens förpliktelse att fullgöra	36
3.7 Rättsmissbruk	37
4 ÅTERKRAV	41
4.1 Inledning	41
4.2 Återkravsrätten regleras uttryckligen i basavtalet	42

4.3	Återkravsrätten regleras inte i basavtalet	45
4.3.1	Garantens återkravs rätt gentemot beneficianten	47
4.3.2	Uppdragsgivarens återkravs rätt gentemot beneficianten	51
4.4	Regressrättens inverkan på återkravsrätten	55
4.4.1	Inledning	55
4.4.2	Garantens regress rätt	56
4.4.3	Fullgörelse av regress förpliktelsen har inte skett	58
4.5	Ränta	60
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	61
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	64

Summary

In international sales, it is often difficult to assess the solvency of the other party. In order to overbridge this problem and ensure due performance, a professional guarantor is commonly engaged. In its basic form, the legal relationships surrounding a guarantee can be described as triangular:



Depending on the guarantee's conditions for payment, a demand for payment can put the guarantor in a difficult position where it is unclear whether the guarantor is obligated to pay or not. The documentary guarantee overcomes this problem through its twofold independence; it is completely separate from the underlying contract and it is independent of the instruction relationship pursuant to which the guarantee was issued. Documentary guarantees require, as a condition for payment, the presentation of documents alone. No proof of breach is required and objections relating to the underlying contract do not affect the guarantor's payment obligation. It is therefore easier for the guarantor to assess whether an obligation to pay has arisen under a documentary guarantee than under a suretyship. As a consequence however, the beneficiary may receive an amount that exceeds the beneficiary's actual loss.

One objective of this thesis is to distinguish documentary guarantees from suretyships; what necessary conditions must be met in order for an undertaking to be classified as a documentary guarantee and a suretyship respectively. The other objective of this thesis relates to the situation that the beneficiary of a documentary guarantee pursuant to a justified demand has received an amount exceeding his actual loss. Is the beneficiary bound to repay the surplus and if so, which party is entitled to recover the surplus? The Swedish sources of law regarding documentary guarantees are very limited and the documentary guarantee is hence approached from a *de lege ferenda* perspective. International sources of law provide arguments and inspiration in this respect. Regarding suretyship, the Swedish sources of law are numerous allowing this part to be carried out in a traditional legal dogmatic method.

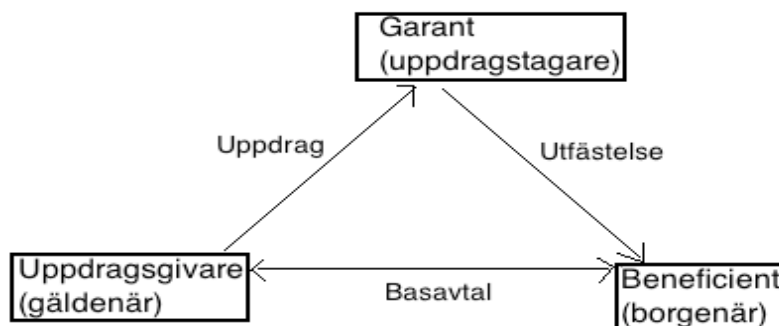
The study finds that the necessary conditions that have to be met in order for an undertaking to be classified as a suretyship comprise of a guarantee whose objective is that the guarantor shall satisfy a specified performance insofar as the debtor (other) has not. A documentary guarantee can be defined as a guarantee, which contains documentary conditions and contains neither accessory nor imponderable conditions.

A beneficiary's demand for payment is justified if the documentary conditions are fulfilled and the risk factor enclosed in the purpose of the guarantee has occurred or the demand was made in consistency with the purpose of the guarantee. The final chapter of the study analyses how a surplus in the hands of the beneficiary following a justified demand is to be dealt with.

If the beneficiary is entitled to keep the surplus he will make a windfall gain, and this cannot be tolerated. Given the fact that a guarantor is entitled to be reimbursed by the account party since the demand for payment was justified, no party will make a windfall gain if the account party is entitled to the surplus. For good reasons, the preferred view in English law is thus that the beneficiary is bound to repay the surplus to the account party rather than the guarantor. The legal route adopted by English courts is that there is a term implied into the underlying contract to this effect.

Sammanfattning

En säljare kan drabbas av förluster om köparen inte kan, eller vill, betala för varorna. För att överbrygga detta problem och möjliggöra handel kan säljaren kräva att köparen uppdrar åt en professionell garantiutställare, vars solvens och pålitlighet är enklare att bedöma, att utställa en garanti avseende köparens förpliktelser. Garantigivning på uppdrag kan i sin grundläggande form beskrivas efter ett trepartsmönster enligt nedan.



Beroende på hur villkoren för fullgörelse enligt garantin är utformade kan det vara svårt för garanten att avgöra huruvida denne är förpliktad att fullgöra till beneficianten eller inte. Mot bakgrund av detta dilemma har särskilda garantiformer, såsom den dokumentvillkorade garantin, utvecklats.

Vid en dokumentvillkorad garanti har garanten att fullgöra endast på villkor att angivna dokument presenteras för garanten och invändningar hänförliga till det underliggande förhållandet, basavtalet, saknar relevans. På så vis är det tänkt att det ska bli enklare för garanten att bedöma huruvida han är skyldig att infria eller inte i jämförelse med många andra former av säkerhetsåtaganden, exempelvis borgen. En följd av detta är emellertid att beneficianten kan komma i åtnjutande av ett garantibelopp som överstiger dennes faktiska förlust.

Framställningens syfte är dels att avgränsa borgen respektive den dokumentvillkorade garantin - vilka villkor måste minst vara uppfyllda för att ett åtagande ska vara att klassificera som det ena eller det andra. Vidare syftar framställningen till att undersöka hur en överbetalning till följd av ett berättigat ianspråkstagande av en dokumentvillkorad garanti ska hanteras. Då svenska rättskällor rörande dokumentvillkorade garantier är ytterst begränsade präglas dessa delar av ett *de lege ferenda* perspektiv, där argument i hög utsträckning har hämtats från utländska rättskällor. Beträffande borgen är läget ett annat varför en klassisk rättsdogmatisk metod har tillämpats i denna del.

Framställningen finner att de nödvändiga villkor som måste vara uppfyllda för att ett åtagande ska vara att klassificera som ett borgensåtagande är att det rör sig om en garanti vars föremål är att garanten ska uppfylla viss angiven prestation i den mån gäldenären (annan) inte fullgjort denna prestation. En dokumentvillkorad garanti föreligger definitionsmässigt om garantin innehåller dokumentvillkor och inte innehåller varken accessoriska eller svårbedömda villkor.

En beneficiaries begäran om fullgörelse var berättigad om garantivillkoren var uppfyllda och den riskfaktor som omfattas av garantisyftet har inträffat eller begäran var förenlig med garantins syfte. Det kan emellertid visa sig att mottaget garantibelopp överstiger beneficentens faktiska förlust till följd av att den riskfaktor som garantisyftet omfattar inträffade. Framställningens avslutande kapitel undersöker hur överskjutande garantibelopp ska hanteras.

Om beneficenten tillåts behålla hela garantibeloppet gör denne en obehörig vinst, vilket inte kan tolereras; beneficenten är därför återbetalningsskyldig. Mot bakgrund av att garanten är regressberättigad gentemot uppdragsgivaren då ianspråkstagandet var berättigat uppstår inte någon obehörig vinst om återkravet tillkommer uppdragsgivaren. Denna ordning har goda skäl för sig och vilar på fast engelsk rättspraxis, där detta anses följa av ett underförstått villkor i basavtalet.

Förord

Lundatiden lider mot sitt slut och en ny era tar vid. Jag har haft en fantastisk studietid både i Lund och i USA. Nu ser jag fram emot nya utmaningar; världen är mitt ostron!

Jag vill rikta ett särskilt tack till Setterwalls Advokatbyrå i Stockholm där jag hade förmånen att praktisera under innevarande termin. Det var en väldigt lärorik och rolig tid under vilken jag lärde känna många trevliga och duktiga jurister.

Jag vill även tacka min familj som alltid har ställt upp för mig och stöttat mig under studietiden - all kärlek till er.

Slutligen vill jag rikta ett stort tack till min handledare Johan Adestam, som med sin expertis inom garantirätten har varit en stor tillgång för mig under skrivandet.

Tack Lund för en underbar studietid!

Lund, den 7 januari 2016

Hampus Eriksson

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
FRekL	Lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion
HB	Handelsbalk (1736:1232)
KL	Konkurslag (1987:672)
PreskL	Preskriptionslag (1981:130)
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SkrbrL	Lag (1936:81) om skuldebrev
UB	Utsökningsbalk (1981:774)
URDG 758	ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (2010), ICC Publication no. 758

1 Inledning

1.1 Garantier – en introduktion

En säljare kan drabbas av förluster om köparen inte kan, eller vill, betala för varorna. Särskilt vid gränsöverskridande handel gör sig detta bekymmer gällande, då prestationerna i allmänhet inte kan utväxlas samtidigt. Det kan vidare tänkas vara särskilt svårt att bedöma motpartens betalningsförmåga och betalningsvilja då denne befinner sig i ett främmande land. Ett sätt att överbrygga dessa problem är att i avtalet kräva att köparen uppdrar åt en professionell garantiutställare, vars solvens och pålitlighet är enklare att bedöma, att i förhållande till säljaren garantera dennes förpliktelse att betala köpeskillingen.¹

I sin enklaste form kan garantigivning på uppdrag beskrivas efter ett trepartsmönster, där tre olika avtal på olika vis relaterar till garantin.² I kronologisk ordning kommer *basavtalet* först. Detta avtal ingås mellan gäldenären och borgenären och innehåller dels en betalningsförpliktelse för gäldenären gentemot borgenären, dels en förpliktelse för gäldenären gentemot borgenären att ombesörja att en garanti utställs till borgenären. Därefter kommer *uppdragsavtalet* mellan uppdragsgivaren (gäldenären) och uppdragstagaren (garanten). Detta avtal innehåller en förpliktelse för uppdragstagaren gentemot uppdragsgivaren att utställa en garanti. Sist kommer *garantiåtagandet*, enligt vilket garanten förbinder sig att på angivna villkor fullgöra angiven prestation till beneficenten (borgenären).³

Beroende på hur villkoren för fullgörelse enligt garantin är utformade kan garanten försättas i besvärliga situationer när beneficenten begär fullgörelse. Det kan nämligen vara oklart huruvida beneficenten har rätt till fullgörelse eller inte. Om garanten fullgör men det visar sig att beneficenten inte hade rätt till fullgörelse kan garanten gå miste om sin regressrätt gentemot uppdragsgivaren. Om garanten väljer att inte fullgöra men det visar sig att beneficenten hade rätt till fullgörelse, då har garanten gjort sig skyldig till avtalsbrott mot beneficenten.⁴

¹ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 1 samt *Lindskog* Garantier med

² Partsbeteckningarna växlar beroende på vilket avtalsförhållande som avses, exempelvis betecknas gäldenären till basavtalet som uppdragsgivaren i förhållande till uppdragsavtalet, jfr nedan.

³ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 2 samt *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 839 ff.

⁴ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 2 f.

Mot bakgrund av bland annat detta dilemma har särskilda garantier, såsom den dokumentvillkorade garantin, utvecklats. Vid en dokumentvillkorad garanti har garanten att fullgöra endast på villkor att angivna dokument presenteras för garanten och invändningar hänförliga till det underliggande förhållandet, basavtalet, saknar relevans.⁵ Garantansvaret har vid denna sorts garantier abstraherats på så sätt att ansvaret har frigjorts från de begränsningar som gäller för gäldenärens fullgörelseskyldighet och ansvaret har istället knutits till villkoret att vissa angivna dokument presenteras.⁶ På så vis är det tänkt att det ska bli enklare för garanten att bedöma huruvida han är skyldig att infria eller inte i jämförelse med många andra former av säkerhetsåtaganden, exempelvis borgen. Garanten behöver till exempel inte bedöma huruvida fel i varan föreligger eller avtalsbrott har skett inom ramen för basavtalet, vilket typiskt sett kan vara svårt för en garant att avgöra.⁷ En följd av detta är emellertid att beneficenten kan komma i åtnjutande av ett garantibelopp som överstiger dennes faktiska förlust. Får beneficenten behålla hela garantibeloppet även om detta överstiger dennes förlust? Om inte, vilken part har rätt att återkräva överskottet?

1.2 Syfte och frågeställningar

Den dokumentvillkorade garantins abstraktion från basavtalet medför att en beneficent kan vara berättigad att ta garantin i anspråk, även om mottaget garantibelopp överstiger dennes faktiska förlust. Mot bakgrund av garantiformens kommersiella användning och syfte synes denna situation till och med vara vanligt förekommande. Den dokumentvillkorade garantin är oerhört betydelsefull för den internationella handeln och frågan hur överskjutande garantibelopp ska behandlas har varit föremål för ett betydande antal internationella rättsliga avgöranden. Spörsmålet har emellertid inte behandlats utifrån ett svenskt perspektiv och det finns därför ett stort intresse av att underkasta återkravsfrågan en närmare granskning. I linje härmed har följande problemformulering bildat utgångspunkten för denna framställning:

Om beneficenten berättigat har mottagit betalning under en dokumentvillkorad garanti som visar sig överstiga dennes faktiska förlust, är beneficenten återbetalningsskyldig avseende överskjutande garantibelopp och vilken part är i förekommande fall återkravberättigad?

⁵ jfr *Ingvarsson* självständiga garantier s. 1036 samt *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 3.

⁶ *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 831.

⁷ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 3.

En utförlig analys av den dokumentvillkorade garantin i sig, vilken inte har tillägnats någon större uppmärksamhet inom svensk rätt, är givetvis av instrumentell betydelse för att besvara frågeställningen ovan.

Återkravsituationen som framställningen behandlar är nämligen en produkt av den dokumentvillkorade garantins rättsliga natur. Med hänsyn till att den dokumentvillkorade garantin ofta kontrasteras med den inom svensk rätt betydligt mer välkända garantiformen borgen framstår i sin tur en genomgång av den senare vara viktig för förståelsen av den förre.

Det vore emellertid inte rättvisande att endast tillskriva dessa delar ett instrumentellt värde. Rättsverkningarna som följer ett borgensåtagande skiljer sig i väsentliga avseenden från de som följer en dokumentvillkorad garanti. Det är därför viktigt att veta om en garanti utgör det ena eller det andra, såväl för praktikern som för rättstillämparen. För en djupare förståelse för den dokumentvillkorade garantins kommersiella användningsområde och lämpligheten av denna garantiform i olika transaktioner är det vidare nödvändigt att jämföra den med vad som kan beskrivas som den andra huvudtypen av garantier, borgen. Vad gäller avgränsningen av respektive institut synes emellertid råda en påtaglig osäkerhet och det tas nog ofta något oreflekterat för givet att det rör sig om den ena eller andra garantiformen. För rättsvetenskapen, såväl som för det praktiska rättslivet, är det av stort intresse att respektive institut avgränsas. En ytterligare frågeställning, som med ovanstående motivering inte blott är av instrumentell betydelse för framställningen, kan således formuleras:

Vilka villkor måste minst vara uppfyllda för att ett åtagande ska klassificeras som

- i) ett borgensåtagande, respektive*
- ii) en dokumentvillkorad garanti*

1.3 Forskningsläge och material

Utifrån ett svenskt perspektiv har den dokumentvillkorade garantin som nämnts inte rönt något större intresse i rättsvetenskapliga sammanhang. Med undantag från Johan Adestams doktorsavhandling "*den dokumentvillkorade garantin*", vilken flitigt har anlitats under arbetes gång, lyser mer omfattande framställningar om ämnet med sin frånvaro. Ämnet har emellertid behandlats i en rad artiklar, varav Stefan Lindskogs "*garantier med dokumentvillkor*" har varit särskilt betydelsefull för den här framställningen. Lindskogs artikel utgör nämligen en kommentar på Johan Adestams avhandling, i vilken Lindskog ingående problematiserar och kommenterar förda resonemang. Beträffande rättspraxis finns endast ett

prejudikat där HD uttryckligen behandlar dokumentvillkorade garantier.⁸ Den dokumentvillkorade garantin har däremot i utländsk rättsdoktrin varit föremål för flera omfattande framställningar. Flera utländska verk har använts under arbetets gång, i synnerhet Roeland F. Bertrams *Bank guarantees in international trade* och Nelson Enonchongs *The independence principle of letters of credit and demand guarantees*. Det förekommer även en del standardavtal avseende dokumentvillkorade garantier som tillämpas på ett globalt plan; i denna framställning görs hänvisningar till standardavtalet URDG 758. Det förekommer även en hänvisning till en konvention utarbetad inom FN som rör självständiga garantier och standby-remburser.⁹

Det kan noteras att betalningsremburs och dokumentvillkorade garantier ofta behandlas i en och samma framställning.¹⁰ Detta beror på att de två innehåller samma slags villkor och samma rättsnormer kan i hög utsträckning därför antas vara tillämpliga på både betalningsremburs och dokumentvillkorade garantier.¹¹

Idén om att undersöka återkravsfrågan kommer delvis från Lindskogs artikel, där Adestams åsikt rörande frågan vem som efter ett garantiinfrående är återkravsberättigad när syftet med garantin *inte motiverade* infrändet efterfrågas.¹² Emellertid rör denna framställnings frågeställning i den delen en annan, och förmodligen betydligt vanligare återkravsituation – nämligen den som förutsätter att syftet med garantin *motiverade* infrändet. Den specifika återkravsfrågan som den här framställningen behandlar har i princip aldrig tidigare behandlats inom den svenska rättsvetenskapen. Material har därför i hög utsträckning hämtats från utlandet, i synnerhet engelsk rättsdoktrin och rättspraxis, i vilken återkravsfrågan har behandlats. Särskilt Nelson Enonchongs *The independence principle of letters of credit and demand guarantees* förtjänar ett omnämnande i denna del.

Vad gäller borgen är forskningsläget ett annat. Åtskilliga mer omfattande framställningar om borgen enligt svensk rätt finns att tillgå och belysande rättspraxis från HD likaså. Av mer omedelbar relevans för den här framställningens syfte, dvs. avgränsning av borgensinstitutet, är det något mer tunnsått. Adestam behandlar emellertid frågan ingående i sin avhandling ”*den dokumentvillkorade garantin*”. Härutöver ska Torbjörn

⁸ Se NJA 2002 s. 244.

⁹ United Nations Convention (50/48) on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit.

¹⁰ Se t.ex. Enonchong *The independence principle*.

¹¹ Jfr Adestam *Den dokumentvillkorade garantin* s. 8 samt s. 120. Ang. gränsdragningen mellan betalningsremburs och garanti, se Adestam *Den dokumentvillkorade garantin* s. 198 ff.

¹² Lindskog *Garantier med dokumentvillkor* s. 837.

Ingvarssons doktorsavhandling ”*borgensliknande säkerhetsrätter*” särskilt framhållas.

1.4 Metod

Med hänsyn till att forskningsläget skiljer sig åt avseende borgen och den dokumentvillkorade garantin har garantiformerna behandlats utifrån något skilda metodologiska utgångspunkter.

Vad gäller borgen har, mot bakgrund av god materialtillgång avseende svensk rätt, en klassisk rättsdogmatisk metod tillämpats. Metoden avser att fastställa gällande rätt (*de lege lata*) genom studier av de traditionella, svenska rättskällorna. Lagtext, rättspraxis och rättsdoktrin har tillämpats i denna del.

Beträffande dokumentvillkorade garantier är bundna argument i form av traditionella svenska rättskällor ytterst begränsade. Detta medför att gränsen mellan *de lege lata* och *de lege ferenda* blir något otydlig, vilket lämnar ett stort utrymme för argumentation och ändamålsresonemang. Utöver viss användning av standardavtal används uteslutande traditionella rättskällor, dock inte begränsat till svenska sådana, även i denna del. Den metodologiska skillnaden jämfört med borgensavsnittet är emellertid att framställningen i denna del inte gör anspråk på att fastställa gällande svensk rätt, snarare anläggs ett *de lege ferenda* perspektiv.¹³

Utländsk rättspraxis och rättsdoktrin ger bra underlag för identifikation och analys av vad som får betraktas som *de lege ferenda* präglade argument i detta avseende. Det ska emellertid betonas att det finns goda skäl för att gällande svensk rätt avseende dokumentvillkorade garantier i hög utsträckning torde överensstämma med gällande rätt i främmande rättsordningar. Då dokumentvillkorade garantier i hög utsträckning används i den internationella handeln bör harmoniseringsaspekter så långt som möjligt tas i beaktande. Det faktum att en hel del litteratur på området, såsom Roeland F. Bertrams *Bank guarantees in international trade*, inte knyter an till någon särskild rättsordning kan tas till intäkt för att det torde förhålla sig på detta vis.

¹³ Med *de lege ferenda*-perspektiv avses fastställandet av vilka rättsregler som bör tillskapas av (den svenska) lagstiftaren, jfr *Lehrberg* Juridisk metod s. 167.

1.5 Avgränsningar

Avgränsningar framgår i allt väsentligt i anslutning till varje kapitel. Några ytterligare kommentarer ska emellertid göras. Endast den grundläggande trepartskonstellationen vid garantigivning som beskrivs i avsnitt 1.1 ovan behandlas i framställningen.

I praktiken är det emellertid vanligt med mer komplicerade avtalsstrukturer, exempelvis direkt avtalsstruktur med avisering av korrespondentpart.¹⁴ Som Lindskog anför torde emellertid de ytterligare frågor som mer komplicerade avtalsstrukturer kan föranleda vara av mer allmän fordringsrättslig karaktär.¹⁵

Vidare behandlas inte processuella rättsnormer. Inte heller internationell privat- och processrätt berörs.

1.6 Disposition

Framställningens andra kapitel behandlar borgen. Fyra kännetecken för borgen analyseras i tur och ordning i syfte att utröna vilka villkor som minst måste vara uppfyllda för att ett åtagande ska klassificeras som ett borgensåtagande.

I nästföljande kapitel går framställningen över till att behandla den dokumentvillkorade garantin. På liknande vis undersöks i denna del vilka villkor som minst måste vara uppfyllda för att en dokumentvillkorad garanti ska föreligga. Vidare undersöks under vilka förutsättningar beneficenten har rätt till fullgörelse och under vilka förutsättningar garanten är förpliktad att fullgöra. Dessa delar är nödvändiga för att förstå under vilka förutsättningar återkravs rätt kan uppkomma.

Det avslutande kapitlet behandlar återkravsfrågor avseende överbetalning vid berättigade ianspråkstagande av dokumentvillkorade garantier.

Slutsatser av mer sammanfattande karaktär anges i anslutning till relevant avsnitt. Med hänsyn till ämnets natur innehåller samtliga delar av framställningen tunga analytiska inslag. Det är varken möjligt eller önskvärt att försöka destillera dessa inslag, varför inget avsnitt betitlat ”diskussion” eller ”analys” återfinns i framställningen. Personligen känner jag vidare en motvilja mot en dylik disposition då det underminerar övriga delar av arbetet; genomsyras inte samtliga delar av analytiskt arbete och diskussion?

¹⁴ Se vidare *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 136 ff.

¹⁵ *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 841.

2 Borgen

Den dokumentvillkorade garantin kontrasteras ofta med borgen, då den förre hänförs till självständiga garantier och den senare till accessoriska garantier.¹⁶

Lindskog menar emellertid att alla infriandegarantier, vilket förstås som garantier som har till föremål att beneficenten ska få sin fordran hos annan än garanten infriad och därmed innefattar såväl borgen som dokumentvillkorade garantier, är att hänföra till samma slags avtalstyp.¹⁷ Adestam menar å sin sida att den dokumentvillkorade garantin utgör en särskild avtalstyp.¹⁸ Till synes föreligger här ett grundläggande paradigmval. Paradigmvalet medför emellertid inte nödvändigtvis olika tillämpningsresultat; snarare tycks dessa i de flesta fall överensstämma.¹⁹ Även med Lindskogs paradigmval kan nämligen de skilda villkorsregleringar som kan tänkas föreligga vara föremål för specifika rättsnormer.²⁰ Denna framställnings grundsyn är att den dokumentvillkorade garantin utgör en särskild, från borgen skild avtalstyp.²¹ Anledningen härtill är att, mot bakgrund av att frågan om paradigmval synes vila på relativt fri grund vad beträffar svensk rätt, detta paradigmval synes ha pedagogiska förtjänster och vidare tycks ett liknande paradigmval förutsättas inom engelsk rätt. Om den dokumentvillkorade garantin utgör en särskild, från borgen skild avtalstyp måste den rimligen skilja sig från borgen på ett relevant vis, vilket motiverar en analys av klassificeringen av borgen.

Som kommer att framgå skiljer sig rättsverkningarna mellan de två garantiformerna åt på flera viktiga punkter, varför det från en praktisk synvinkel är viktigt att diskutera såväl kriterierna för att ett borgensåtagande ska föreligga som för att en dokumentvillkorad garanti ska föreligga. Det gäller nämligen att navigera rätt för att uppnå önskade rättsverkningar; om parterna hade för avsikt att använda en dokumentvillkorad garanti gäller det att omsorgsfullt formulera sig på ändamålsenligt vis så att garantin inte bedöms utgöra ett borgensåtagande.

Trots att borgen får anses vara en välkänd rättsfigur inom svensk rätt tycks emellertid klassificeringen av ett åtagande såsom ett borgensåtagande vara något som i viss utsträckning ”tas för givet”. Detta yttrar sig exempelvis genom att ett åtagande utan vidare förutsätts vara ett borgensåtagande och därefter tillämpas de rättsverkningar som anses följa vid borgen.²² Det ter

¹⁶ En indelning som Adestam, med rätta, ställer sig kritisk till. Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 89 ff.

¹⁷ *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 830 ff.

¹⁸ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 120.

¹⁹ Jfr *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 846.

²⁰ Jfr *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 835.

²¹ Med avtalstyp avses i denna framställning, stipulativt, en rättslig kategori för vilken gäller särskilda rättsnormer.

²² Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 101 ff.

sig därför meningsfullt att relativt ingående diskutera klassificeringen av borgen, som utgör en flitigt använd garantiform.

Det finns en uppsjö olika varianter av borgensåtaganden omnämnda i den rättsvetenskapliga litteraturen. Exempelvis kan nämnas enkel borgen, proprieborgen, skötselborgen, fyllnadsborgen, generell borgen, efterborgen, och underborgen.²³ Det anses emellertid finnas rättsregler som är tillämpliga på alla borgensåtagande, oavsett närmare beteckning.²⁴ Vad som är av intresse för denna framställning är att i avgränsningssyfte identifiera de minsta gemensamma nämnarna, med andra ord identifiera de villkor som minst måste vara uppfyllda för att ett åtagande ska klassificeras som ett borgensåtagande. Lennander anför att avtalstypen borgen kan avgränsas med hänvisning till dess kännetecken, vilka föreställs vara fyra till antalet.²⁵ Dessa kännetecken kommer i det följande i tur och ordning att diskuteras och problematiseras, i hopp om att därigenom avgränsa borgensinstitutet.

i) **För det första** kännetecknas borgensansvaret av att borgensmannen förbinder sig i ett avtal med borgenären att prestera till denne *istället för en tredje person*, gäldenären, om denna inte fullgör sina förpliktelser mot borgenären enligt huvudförpliktelsen mellan gäldenären och borgenären.²⁶

Ett borgensåtagande kan emellertid tecknas utan att det knyter an till någon existerande huvudförbindelse, exempelvis kan åtagandet avse en persons framtida förpliktelser. Däremot bör ett borgensåtagande enligt Walin åtminstone förutsätta en tänkt framtida huvudförbindelse.²⁷ *Huvudförpliktelsen mellan gäldenären och borgenären* kan därför antas inbegripa även framtida, tilltänkta huvudförbindelser; avgörande för klassificeringsfrågan blir om förbindelsen är att betrakta som *annans*, se nedan.

Från kännetecknet ovan framgår att det krävs att borgensmannen åtager sig ansvar för *annans* förbindelse.²⁸ Om detta utgör ett nödvändigt villkor medför det att ansvar för egen förbindelse, vad som kan betecknas som medgäldenärskap i säkerhetssyfte, inte är att klassificera som ett borgensåtagande.²⁹

²³ Jfr *Walin Borgen* s. 26 ff samt *Lennander Kredit och säkerhet* s. 66 f.

²⁴ *Lennander Kredit och säkerhet* s. 41.

²⁵ *Lennander Kredit och säkerhet* s. 77.

²⁶ *Lennander Kredit och säkerhet* s. 77.

²⁷ *Walin Borgen* s. 78. Jfr även *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 113.

²⁸ Jfr ”*istället för en tredje person*”. Detta villkor inbegrips även i Ingvarssons begrepp kumulativ intercession; borgensmannen inträder, intercederar, i ett för denne *materiellt främmande* rättsförhållande, jfr *Ingvarsson Borgensliknande säkerhetsrätter* s. 46 ff. Däremot vore en närmare förklaring av vad *intercederar* mer exakt innebär önskvärd.

²⁹ Termen *medgäldenärskap i säkerhetssyfte* används av *Adestam*, jfr *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 107.

Distinktionen får betydelse i preskriptionshänseende då borgen preskriberas accessoriskt enligt 8 § 2 st. PreskL medan annat solidaransvar, inbegripet medgäldenärskap i säkerhetssyfte, preskriberas enligt 9 § PreskL. Därmed tycks lagstiftaren ha gjort en distinktion mellan de två företeelserna. Lindskog noterar denna distinktion men ställer sig frågande till om det *eljest* finns anledning att se dessa som olika rättsliga företeelser.³⁰

I NJA 1929 s. 267 I hade HD att ta ställning till om ifrågavarande åtagande utgjorde ett borgensåtagande eller en garantiförbindelse, för att därefter ta ställning till huruvida dåvarande regeln om ettårspreskription för proprieborgen var tillämplig på åtagandet. En bank hade beviljat ett kreditiv till ett aktiebolag mot säkerhet av aktier samt två borgensåtaganden. Nio personer hade gentemot borgensmännen åtagit sig att ”såsom för egen skuld, att till borgensmännen inbetala det belopp, som å kreditivskulden kunde återstå sedan aktiernas värde efter laglig realisation blivit till skuldens betalning använt [...]”. Det var det senare åtagandet som tvisten rörde och HD fann, utan närmare motivering, att åtagandet *inte* utgjorde ett borgensåtagande. Lokutionen ”såsom för egen skuld” används gängse för att markera att det rör sig om en proprieborgen.³¹ Någonting i åtagandet måste alltså ha fått HD att, detta till trots, betrakta åtagandet som någonting annat än ett borgensåtagande.

Skälet för detta kan vara, som Adestam anför, att garanterna inte gentemot beneficenterna (borgensmännen) åtog sig att fullgöra *annans* förbindelse; de åtog sig istället att betala ett, med hänvisning till relationen mellan två andra rättssubjekt, på närmare vis angivet bestämt belopp.³² En borgensmans infriande utlöser visserligen i regel ett regressanspråk gentemot gäldenären (aktiebolaget), men garanterna åtog sig inte att svara för gäldenärens (aktiebolagets) regressförbindelse gentemot borgensmännen. Om så hade varit fallet hade åtagandet kunnat beskrivas som ett åtagande att fullgöra *annans* förbindelse.³³ Istället åtog de sig att till borgensmännen fullgöra den del av gäldenärens (aktiebolagets) skuld till banken som återstod efter vad realisation av panten inbringat. Förvisso förefaller det sannolikt att beloppet som garanterna var skyldiga att utge sammanfaller med regressanspråket, men detta behöver inte nödvändigtvis vara fallet. Skälet till detta är att förpliktelsens *föremål* inte är detsamma i de två fallen. Även om resultatet skulle bli detsamma är denna omständighet väl knappast tillräckligt för att se två förpliktelser med olika föremål som samma företeelse. Det förefaller vara så att HD i det citerade rättsfallet har tagit fasta på detta och bedömt åtagandet vara en garantiförbindelse snarare

³⁰ Lindskog Garantier med dokumentvillkor s. 842 not 34.

³¹ Jfr *Walin* Borgen s. 27 samt *Lindskog* Betalning s. 337.

³² Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 106.

³³ Angående borgensmans regressrätt mot huvudgäldenär, se t.ex. *Walin* Borgen s. 196 ff. Angående resonemanget, jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 106.

än ett borgensåtagande eftersom föremålet för åtagandet inte var att fullgöra *annans* förbindelse.

Det tycks finnas stöd för att ställa upp ett nödvändigt villkor av innebörd att borgen förutsätter ansvar för *annans* förbindelse.³⁴ Även i lagtext avseende proprieborgen och enkel borgen framgår att dessa åtaganden gäller *annans* förbindelse.³⁵ Fråga huruvida det rör sig om *annans* förbindelse eller egen förbindelse får rimligen avgöras i det enskilda fallet, med hänsyn till vem som tillgodgör sig borgenärens prestation.³⁶

Från det första kännetecknet torde även följa att borgensmannens ansvar upphör om gäldenären fullgör sin prestation gentemot borgenären. Ett nödvändigt villkor av innebörd att borgensmannens ansvar att fullgöra utpekad prestation endast gäller i den mån gäldenären *inte fullgjort* denna prestation förefaller vara okontroversiellt.³⁷

Även andra sorters garantier kan emellertid innehålla villkor av innebörd att gäldenären inte fullgjort, men *föremålet* för förpliktelsen behöver inte därmed vara att uppfylla den angivna prestationen. Exempelvis kan en skadegaranti ha innebörden att garanten ska ersätta den skada som uppstår för beneficenten till följd av att gäldenären inte fullgör den angivna prestationen. Föremålet för utfästelsen ovan är att garanten ska ersätta den skada som uppstår till följd av *den omständigheten* att gäldenären inte fullgör, inte att garanten ska fullgöra angiven prestation. Även om skadan naturligtvis ofta kommer att motsvara skulden enligt huvudförbindelsen behöver detta inte nödvändigtvis vara fallet. Om föremålet för förpliktelsen däremot är att fullgöra gäldenärens skyldighet att utge viss skadeersättning är åtagandet att klassificera som en borgensutfästelse.³⁸

Därmed kan följande nödvändiga villkor för klassifikation som borgen ställas upp: ett borgensåtagande är en garanti vars föremål är att garanten ska uppfylla viss angiven prestation i den mån gäldenären (annan) inte fullgjort denna prestation.

ii) **För det andra** ska borgensmannens ansvar vara accessoriskt till gäldenärens. Detta innebär enligt Lennander att borgensmannen svarar för

³⁴ Jfr *Lindskog* Betalning s. 336 ("åtagandets särskilda natur leder till att förpliktelsen (borgensåtagandet) för med sig ett ansvar för *annans* förpliktelse").

³⁵ "Går någon i löfte för *annan* mans gäld (...)" samt "Nu haver löftesman sig åtagit *annan* mans gäld (...)", 10 kap. 8 § resp. 10 kap 9 § HB.

³⁶ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 107.

³⁷ Se t.ex. *Walin* Borgen s. 74, *Lennander* Kredit och säkerhet s. 59 samt *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 95.

³⁸ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 115 ff.

vad gäldenären vid varje given tidpunkt är skyldig att prestera till borgenären, men inte för mer. Däremot kan borgenismannen begränsa sitt ansvar till en del av gäldenärens förpliktelser.³⁹

Accessoritet, förstått på ovan angivet sätt, är försett med ett antal lagfästa undantag. En borgenär som har godkänt ett ackordsförslag förlorar inte sin rätt gentemot borgenismän och andra som förutom gäldenären svarar för fordringen.⁴⁰ På liknande vis påverkas inte borgenismännens ansvar av att gäldenären beviljas skuldsanering. Borgenismännen ansvarar med andra ord enligt sitt ursprungliga åtagande även om gäldenärens skuld sätts ned.⁴¹ Borgen är tänkt att utgöra en säkerhet för borgenären att ta i anspråk vid gäldenärens betalningsovilja eller betalningsoförmåga.⁴² Det senare fallet, betalningsoförmåga, tar just sikte på insolvenssituationer och därför är ovan nämnda regleringar principiellt självklara. Mot bakgrund av nämnda undantag, om de ens är att beteckna som sådana med hänvisning till borgens säkerhetssyfte, är det inte korrekt att kategoriskt avgränsa avtalstypen borgen med hänvisning till dess accessoritet.

Om huvudfordringen preskriberas omfattar detta även fordran på grund av borgen enligt 8 § andra stycket PreskL. Före ovan lagrums tillkomst ansågs detta enligt Lennander gälla till följd av principen om borgens accessoritet.⁴³ Detta är i linje med vad som betecknas som accessoritet ovan, d.v.s. att borgenismannen svarar för vad gäldenären vid varje given tidpunkt är skyldig att prestera till borgenären, men inte för mer. Även Ingvarsson uttalar att nämnda lagregel tycks vara formulerad från tanken att borgensåtagandet är accessoriskt till huvudfordringen.⁴⁴ Men ovan nämnda regel om borgensåtagandets preskription är väldigt naturlig och behöver inte motiveras utifrån någon princip om borgens accessoritet. Om borgen inte hade preskriberats med huvudförbindelsen hade reglerna om preskription nämligen kunnat kringgås på så vis att borgenären, vars fordring gentemot gäldenären har preskriberats, kräver infriande av borgenismannen, varpå den senare regressvis vänder sig mot gäldenären. Även om rättsverkningarna råkar vara vad som kan betecknas som accessoriska så behöver detta inte alltså nödvändigtvis vara ett utflöde av den s.k. principen om borgens accessoritet.

Det finns även situationer då borgenismannen kan tänkas vara förpliktad trots att gäldenären inte är förpliktad enligt huvudförbindelsen, av andra anledningar än att den senare har fullgjort.⁴⁵ Huvudförbindelsens ogiltighet

³⁹ Lennander Kredit och säkerhet s. 77.

⁴⁰ Se 12 kap. 22 § KL samt 3 kap. 9 § FRekL. Vid underhandsackord ses ackordavtalet däremot som en ansvarsreducerande eftergift, jfr *Lindskog* Betalning s. 645.

⁴¹ 23 § 2 st. skuldsaneringslag (2006:548).

⁴² Jfr *Lindskog* Betalning s. 336 f.

⁴³ Lennander Kredit och säkerhet s. 74.

⁴⁴ Ingvarsson Borgensliknande säkerhetsrätter s. 39.

⁴⁵ Detta kan exempelvis bero på att gäldenären var omyndig, att borgenären har eftergivit sina rättigheter gentemot gäldenären, att huvudförbindelsen är en spelskuld, vilka brukar anses vara rättsligt kraftlösa, eller att gäldenärens rättshandling var ogiltig av andra anledningar.

behöver nämligen inte nödvändigtvis medföra att även borgensåtagandet är ogiltigt. Om borgen kan ingås för en rättsligt ogiltig huvudförbindelse kan man starkt ifrågasätta lämpligheten i att beteckna borgen som accessorisk.

Om borgensmannen har meddelat borgenären att huvudförbindelsens existens inte är bestämmande för dennes åtagande torde borgensmannen alltjämt vara bunden.⁴⁶ En borgensman anses vidare kunna gå i borgen för att en annan person ska vidta en handling vartill den senare inte är förpliktad.⁴⁷ Borgensmannens ansvar vid huvudförbindelsens ogiltighet tycks sålunda komma an på vad denne kände till eller bort känna till om huvudförbindelsens ogiltighet och även vad borgenären kände till. Om exempelvis borgensmannen kände till ogiltigheten men borgenären var ovetandes om densamme kan borgensmannen knappast bedömas som skyddsvärd.⁴⁸ Om både borgensmannen och borgenären var ovetandes om huvudförbindelsens ogiltighet ligger det enligt Ingvarsson närmast till hands att låta borgenären drabbas av detta genom att borgensåtagandet inte kan göras gällande. Borgen är ju som Ingvarsson anför tänkt att utgöra en säkerhet för fordringen och inte en ersättning för denna.⁴⁹

Adestam skiljer mellan förpliktelseborgen och förbindelseborgen. Vid en förpliktelseborgen står och faller borgensåtagandet med gäldenärens förpliktelse enligt huvudförbindelsen. Vid en förbindelseborgen förhåller det sig emellertid inte nödvändigtvis på det viset. Med förbindelseborgen avses ett borgensåtagande där avtalsinnehållet föreskriver att borgensmannen är förpliktad såvida inte gäldenären har fullgjort, precis som vid en förpliktelseborgen. Men om gäldenären inte är förpliktad av andra orsaker än att denne har fullgjort, exempelvis vid huvudförbindelsens ogiltighet, kan borgensmannen ändå vara förpliktad enligt borgensåtagandet.⁵⁰

Det är emellertid inte givet att vad som ovan betecknats som borgen för en ogiltig huvudförbindelse verkligen utgör borgen. Walin anför att ett sådant åtagande har mist sin karaktär av borgen och ska betraktas som en självständig förbindelse.⁵¹ Således kan det förhålla sig på det viset att en person kan vara bunden vid en borgensliknande utfästelse för en ogiltig huvudförpliktelse, men att denna utfästelse då inte är att klassificera som ett borgensåtagande. Även Lindskog är av mening att borgen bör kräva full accessoritet. Lindskog menar att borgen typiskt sett är avsett att skydda

⁴⁶ Walin Borgen s. 79. Jfr även *Ussing Kontrakter* s. 177.

⁴⁷ Walin Borgen s. 78. Jfr även *Ussing Kontrakter* s. 176.

⁴⁸ Jfr *Ingvarsson Borgensliknande säkerhetsrätter* s. 41.

⁴⁹ *Ingvarsson Borgensliknande säkerhetsrätter* s. 42.

⁵⁰ Jfr *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 108 f.

⁵¹ Walin Borgen s. 86. Jfr även *Ingvarsson Borgensliknande säkerhetsrätter* s. 42.

borgenären mot gäldenärens betalningsoförmåga och inte mot legala eller andra risker. Därmed vore det inte orimligt att låta borgensåtagandet, om åtagandet är att beteckna som sådant, smittas av huvudförbindelsens ogiltighet.⁵² Å andra sidan finns det en fara med ett så kategorisk förhållningssätt som krav på full accessoritet. Som Ingvarsson framhåller kan ett sådant synsätt leda till ett cirkelresonemang; definierar man borgen som accessorisk och därför låter alla icke-accessoriska rättsverkningar falla utanför borgensbegreppet, då är givetvis borgensinstitutet accessoriskt.⁵³ Men något tydligt stöd för att det skulle förhålla sig på det viset finns egentligen inte. I avsaknad av en legal definition och belysande rättspraxis är det svårt att avgöra om borgen verkligen är accessorisk, i ovan bemärkelse, eller inte.⁵⁴

Det är dock inte blott en semantisk fråga om ett alltjämt giltigt åtagande för en ogiltig huvudförbindelse utgör borgen eller någon form av ”självständig” utfästelse.⁵⁵ Borgensregler blir exempelvis tillämpliga i det förra fallet men inte nödvändigtvis i det senare och i förekommande fall endast genom analog tillämpning. Adestam uttrycker att motviljan mot att definiera borgen leder till en tendens att direkt utifrån omständigheterna som kännetecknar ett visst slags fall dra slutsatser om vilka rättsverkningar som inträder, utan att detta presenteras som en följd av tillämpning av rättsnormer. Frågor om rättsliga positioner bör av legalitetshänsyn besvaras som en följd av tillämpning av generella rättsnormer och inte enbart motiveras utifrån vad som av omständigheterna i det enskilda fallet framstår som lämpligt.⁵⁶ Bland annat av den anledningen bör det anses nödvändigt att avgränsa borgensinstitutet.

Accessoritet kan även beteckna att borgensmannen har rätt att åberopa samma invändningar som gäldenären kan göra gällande mot borgenären.⁵⁷ Om borgensmannen endast är ansvarig för vad gäldenären i varje ögonblick är skyldig att prestera men inte mer, så följer enligt Lennander att borgensmannen med framgång kan åberopa samma invändningar mot borgenären som gäldenären kan framföra.⁵⁸ HD uttalar i NJA 1994 s. 474, där borgensman inte ägde åberopa gäldenärens motfordran till kvittning mot

⁵² Jfr *Lindskog* Betalning s. 337 not 1203. Vad *Lindskog* avser med full accessoritet synes närmast ta sikte på rättsverkningarna.

⁵³ *Ingvarsson* Borgensliknande säkerhetsrätter s. 45.

⁵⁴ När borgen beskrivs som accessorisk tycks detta ömsom syfta till de rättsverkningar som följer av borgen, ömsom uppställas som ett kriterium för att borgen ska föreligga. Det görs således ingen klar åtskillnad mellan å ena sidan under vilka förutsättningar borgen föreligger och å andra sidan vilka rättsverkningar som följer av att borgen föreligger. Det finns därför en påtaglig risk för cirkelresonemang i detta avseende som bör uppmärksammas.

⁵⁵ I *Walin* 2002 uttrycker författaren att det är en *praktisk terminologisk fråga* om ett åtagande som väsentligt avviker från den vanliga formen av borgen alltjämt ska betecknas som borgen, jfr *Walin* 2002 s. 28. Detta uttalande återfinns emellertid inte i den fjärde upplagan.

⁵⁶ Se *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 101 ff. Jfr även *Ingvarsson* Borgensliknande säkerhetsrätter s. 35 ff. För annan ståndpunkt, se *Walin* Borgen s. 24 f.

⁵⁷ Jfr *Walin* Borgen s. 162 samt s. 84.

⁵⁸ *Lennander* Kredit och säkerhet s. 60.

borgenärens krav på fullgörelse av huvudfordran gentemot borgensmannen, att "[e]n borgensman kan, när han krävs av borgenären, framställa de invändningar mot kravet som huvudgäldenären hade kunnat göra". Detta ger uppenbarligen stöd för uppfattningen att accessorisk invändningsrätt gäller för borgen.⁵⁹

Rättsfallet har varit föremål för kritik. Lennander verkar uppfatta fallet närmast som ett undantag från den accessoriska invändningsrätten, då HD i målet fastslår att en borgensman inte har någon allmän rätt att *invända* att gäldenären har en kvittningsskuld motfordran och inte heller åberopa densamme utan gäldenärens samtycke.⁶⁰ Tanken är att diskrepans i invändningsrätten uppstår då gäldenären kan invända att denne har en kvittningsskuld motfordran, men inte borgensmannen. Visserligen talar man om *kvittningsinvändning*, men då kvittning enligt rättsfallet alltså utgör en form av betalning bör prejudikatet inte ses som ett undantag från invändningsrätten. "Invändningen" skulle ju kunna översättas till att borgensmannen invänder att borgenären *kan få betalt* av gäldenären genom kvittning. Eftersom borgensmannen inte kan invända att borgenären kan få betalt av gäldenären, det rör sig om en proprieborgen, kan denne inte heller med framgång invända att borgenären kan få sin fordran infriad genom kvittning, då detta utgör en form av betalning. Detta är ingen invändning enligt min mening; en invändning vore att åberopa att kvittning redan har skett och att ansvaret således är nedsatt i motsvarande mån, vilket borgensmannen givetvis har rätt att göra.⁶¹ Lindskog har starkt ifrågasatt detta prejudikat.⁶² Antagligen beror detta till viss del på att Lindskog, tvärt emot vad HD uttalar i målet, inte anser kvittning vara en form av betalning.⁶³ Lindskog resonerar bl.a. att borgenären principiellt sett inte ska ha en bättre rättsställning mot borgensmannen än mot gäldenären. Då borgenären inte kan undgå kvittning mot gäldenären bör han därför inte heller kunna undgå kvittning mot borgensmannen.⁶⁴ Detta resonemang håller enligt min mening endast om kvittning *inte* är att anse som en form av betalning, i annat fall förefaller prejudikatet naturligt i linje med ovan anförda.⁶⁵

I övrigt får frågan huruvida borgensmannen kan framföra "samma" invändningar som gäldenären anses ha behandlats ovan.⁶⁶

⁵⁹ Som framhållits tidigare är det emellertid oklart om accessorisk invändningsrätt är en rättsnorm tillämplig på borgen eller om det används som ett kriterium för att borgen ska föreligga, det vill säga för att ett åtagande ska betecknas som borgen.

⁶⁰ Jfr *Lennander* Kredit och säkerhet s. 60. Ifall av konnexitet gör sig dock andra synpunkter gällande enligt rättsfallet.

⁶¹ Jfr HD:s domsresumé HD Ö 160/08.

⁶² Jfr *Lindskog* Kvittning s. 661 f.

⁶³ jfr *Lindskog* Kvittning s. 55. Jfr även Arnesdotter Moderna betalningsmetoder s. 39.

⁶⁴ Jfr *Lindskog* Kvittning s. 660.

⁶⁵ Lindskog menar emellertid att prejudikatet även torde vara avsett att gälla enkel borgen, dvs. även då borgensansvaret har utlösts av en misslyckad utmätning, som när gäldenären inte kan påträffas, jfr *Lindskog* Kvittning s. 657. Om kvittningsbegränsningen är avsedd att gälla även enkel borgen ställer jag mig starkt kritisk till prejudikatet, oavsett om kvittning ska ses som en form av betalning eller inte.

⁶⁶ Exempelvis utgör ju de legala undantagen rörande ackord och skuldsanering även undantag från vad som betecknas som den accessoriska invändningsrätten. Ang. accessorisk invändningsrätt, jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 111 f.

iii) **För det tredje** ska borgensmannen alltid ha regressrätt mot gäldenären.⁶⁷ Då borgensansvaret är sekundärt i förhållande till huvudförbindelsen ska borgensmannen, åtminstone formellt, kunna återkräva vad han har presterat till borgenären istället för gäldenären.⁶⁸

En distinktion kan göras mellan oanmodad och anmodad borgen, där den förre beteckningen avser att borgensmannen har gått i borgen utan vare sig anmodan eller godkännande från gäldenären och den senare avser situationen då borgensmannen har gått i borgen efter anmodan eller godkännande av gäldenären eller dennes ombud.⁶⁹ Vid anmodad borgen kan regressrätten betecknas som avtalsgrundad, vid oanmodad borgen sägs regressrätten istället vara subrogationsgrundad.⁷⁰ Den senare grunden har förklarats bland annat med att borgensmannen vid infriandet övertar borgenärens fordran gentemot gäldenären (*cessio legis*) eller att borgensmannen inträder i borgenärens rättsställning i anledning av huvudfordringen.⁷¹ Beträffande rättsgrunden för regressrätt har den betydelse för regressrättens omfattning, men oavsett om det rör sig om oanmodad eller anmodad borgen är den rådande uppfattningen att borgensmannen alltså har regressrätt.⁷²

Exempelvis anses borgensmannen vid avtalsgrundad regressrätt till följd av anmodad borgen, till skillnad från vad som gäller vid subrogationsgrundad regressrätt till följd av oanmodad borgen, in dubio ha rätt till ränta även på det utgivna räntebeloppet.⁷³

Ett nödvändigt villkor för att regressrätt, oavsett rättsgrund, ska föreligga anses vara att borgensmannen har presterat och därigenom fått vidkännas

⁶⁷ Termen regressrätt saknar entydig definition och användningen av termen varierar betydligt, jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 448 ff. Med regressrätt åsyftas i det följande endast anspråk på kompensation för infriandekostnader och inte anspråk på kompensation för handhavandekostnader. Jfr *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 857 f.

⁶⁸ *Lenander* Kredit och säkerhet s. 77.

⁶⁹ Jfr *Ingvarsson* Borgensliknande säkerhetsrätter s. 62 f. samt *Lindskog* Borgen s. 115. I rättsfallet NJA 1989 s 739 tycks HD grunda sitt avgörande på att det föreligger en skillnad mellan oanmodad och anmodad borgen då de uttalar att borgensmannen, i kraft av att borgen i förevarande fall måste anses som anmodad, har en självständig regressrätt.

⁷⁰ Den ena regressgrunden utesluter emellertid inte den andra. Vid oanmodad borgen finns således dubbla grunder för regressrätten; både subrogationsgrundad och avtalsgrundad sådan. Jfr *Lindskog* Betalning s. 367 samt *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 857.

⁷¹ Jfr *Ingvarsson* Borgensliknande säkerhetsrätter s. 61 ff. Jfr även *Lindskog* Betalning s. 365 f.

⁷² Jfr *Ingvarsson* Borgensliknande säkerhetsrätter s. 60 samt s. 75 f. Om inte annat har avtalats torde regressrätten oavsett rättsgrund omfatta såväl kapital som ränta på det belopp som borgensmannen har utgett till infriande. Jfr *Lindskog* Betalning s. 380 samt *Lindskog* Borgen s. 124 f.

⁷³ Jfr *Lindskog* Betalning s. 381 samt s. 513 f.

någon utgift eller annan uppoffring.⁷⁴ Vidare ska gäldenären genom prestationen helt eller delvis ha lösts från sin skuld gentemot borgensären.⁷⁵ Under förutsättning att dessa villkor är uppfyllda bör borgensmannen regressvis kunna återkräva vad denne har presterat till borgensären.⁷⁶

Antag att borgensmannen infriar sin borgen först efter att huvudgäldenären har fullgjort sin prestation enligt huvudförbindelsen; det rör sig alltså om dubbelbetalning. I denna situation lär borgensmannen i allmänhet sakna regressrätt.⁷⁷ Om däremot borgensmannen infriar sin borgen och gäldenären först därefter också presterar enligt huvudförbindelsen, bör borgensmannen i allmänhet tillerkännas regressrätt.⁷⁸ Detta kan förklaras med hjälp av villkoren ovan; om gäldenären infriar först har ju borgensmannens infriande inte löst gäldenären helt eller delvis från skuld och därför uppkommer ingen regressrätt. Om borgensmannen däremot infriar först blev gäldenären genom prestationen helt eller delvis löst från sin skuld och borgensmannen bör följaktligen tillerkännas regressrätt.

Lindskog anför emellertid att borgensman som vid oanmodad borgen har infriat först kan gå miste om sin regressrätt gentemot en senare betalande gäldenär, om gäldenären inte hade anledning att misstänka att borgensmannen redan hade infriat.⁷⁹ Ovan angivna villkor må vara nödvändiga, men i linje med Lindskogs resonemang alltså inte tillräckliga.⁸⁰ Om borgensmannen vid dubbelbetalning går miste om sin regressrätt innebär detta knappast att åtagandet inte är att betrakta som ett borgensåtagande. ”Kännetecknet” att en presterande borgensman alltid ska ha regressrätt mot gäldenären kan således inte ställas upp som ett villkor för att borgen ska föreligga, även om regressrätt enligt ovan i allmänhet följer av ett borgensåtagande.

⁷⁴ Borgensmannen har således inte regressrätt om infriandet skett genom kvittning av huvudgäldenärens motfordran, eftersom borgensmannen då inte gjort någon ekonomisk uppoffring. Jfr *Walin Borgen* s. 200.

⁷⁵ *Ingvarsson Borgensliknande säkerhetsrätter* s. 60 f. Jfr även *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 449 samt *Walin Borgen* s. 200.

⁷⁶ Regressrätt kan visserligen vara utesluten om borgensmannen i realiteten är huvudgäldenär, exempelvis om det försträckta beloppet i själva verket kommit borgensmannen ensam till godo, jfr *Ingvarsson Borgensliknande säkerhetsrätter* s. 57 f samt *Walin Borgen* s. 201. Enligt ovan anförts utgör emellertid detta inte ett borgensåtagande, det rör sig ju i förekommande fall inte om *annans* förbindelse, varför denna situation kommer att lämnas därhän.

⁷⁷ Jfr *Lindskog Borgen* s. 118 ff. Däremot lär en återkravs rätt uppkomma för borgensmannen, jfr *Walin Borgen* s. 211 not 29.

⁷⁸ Jfr *Walin Borgen* s. 211. Till viss del annorlunda *Lindskog Borgen* s. 120 f.

⁷⁹ *Lindskog Borgen* s. 120 f. Borgensmannen får då ett återkrav gentemot borgensären.

⁸⁰ I vart fall inte såvitt angår oanmodad borgen.

iv) **För det fjärde** får avtalet inte i väsentlig grad få följa andra regler än det vanliga borgensåtagandet vad gäller accessorietet och regressrätt.⁸¹

Detta kännetecken kan förklaras av att Lennander inte gör anspråk på att ge en entydig definition av borgensinstitutet och inte verkar fästa särskilt stor vikt vid om borgensreglerna blir tillämpliga direkt eller analogt.⁸² Huruvida kännetecknet kan godtas eller inte kommer an på om man anser det nödvändigt att definiera borgen eller inte. Min ståndpunkt är enligt ovan att detta är nödvändigt, och därför saknas det anledning att kommentera det fjärde kännetecknet vidare.

Både accessorietet och regressrätt är karaktäristiska för borgen i hög utsträckning, men som framgått ovan är dessa egenskaper föremål för undantag och de kan därför inte anses utgöra nödvändiga villkor som ett åtagande måste uppfylla för att klassificeras som ett borgensåtagande.

Som nödvändiga villkor kan därmed endast uppställas att det ska vara fråga om en garanti vars föremål är att garanten ska uppfylla viss angiven prestation i den mån gäldenären (annan) inte fullgjort denna prestation.

⁸¹ *Lennander Kredit och säkerhet* s. 77.

⁸² Jfr *Lennander Kredit och säkerhet* s. 76.

3 Den dokumentvillkorade garantin

3.1 Inledning

Den dokumentvillkorade garantin har utvecklats inom bankvärlden för kommersiella kunder och den är oerhört betydelsefull för den internationella handeln.⁸³ En dokumentvillkorad utfästelse är i allmänhet ensidigt förpliktande; garanten åtager sig en förpliktelse gentemot beneficenten men beneficenten åtager sig inte någon förpliktelse gentemot garanten. Ett dokument som ger uttryck för en dokumentvillkorad utfästelse, vars föremål är en penningprestation, utgör därför ett enkelt skuldebrev.⁸⁴

Enligt förarbetena till skuldebrevslagen utgör skuldebrev i stort sett ensidiga, till det yttre fristående, skriftliga utfästelser att erlagga penningbelopp.⁸⁵ Ensidighetskravet innebär att ömsesidigt förpliktande utfästelser inte är att betrakta som skuldebrev. Av detta följer emellertid att även villkorade utfästelser är att betrakta som ensidiga, under förutsättning att villkoret inte innefattar någon utkrävbar motprestation.⁸⁶ Dokumentvillkorade utfästelser är villkorade, de innehåller villkor för att garantiansvaret ska utlösas, men de ålägger inte beneficenten några utkrävbara motförpliktelser.⁸⁷ Därmed uppfyller de ensidighetskravet. Vad kravet på att det ska röra sig om en ”till det yttre fristående” utfästelse innebär är något oklart, men den dominerande uppfattningen är att det bör anses innebära att utfästelsen inte får ha kommit till uttryck i en handling som väsentligen har ett annat innehåll, exempelvis i ett ömsesidigt förpliktande kontrakt.⁸⁸ Det får antas att dokumentvillkorade utfästelser i regel inte kommer till uttryck i samma dokument som ömsesidigt förpliktande kontrakt eller dylikt, men om så är fallet utgör de eventuellt inte enkla skuldebrev.⁸⁹ Man kan nog även tänka sig att en dokumentvillkorad utfästelse kan vara muntlig, även om detta inte hör till vanligheterna. Då endast skriftliga utfästelser kan utgöra skuldebrev skulle en sådan utfästelse följaktligen inte utgöra ett enkelt skuldebrev.

Dokumentvillkorade garantier används flitigt inom den internationella handeln och har, tillsammans med remburs, beskrivits som ”the life-blood of international commerce”.⁹⁰ Till stor del kan den framskjutna roll som dokumentvillkorade garantier åtnjuter inom den internationella handeln

⁸³ Jfr *Andrews & Millet Law of Guarantees* s. 18.

⁸⁴ Jfr 1 § SkrbRL samt *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 124 f.

⁸⁵ Jfr *Walin Skuldebrev* s. 30 f.

⁸⁶ Jfr *Walin Skuldebrev* s. 32.

⁸⁷ Jfr *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 124.

⁸⁸ Jfr *Arvidsson Skuldebrevslagen* 2.1.2.3.

⁸⁹ *Walin* ifrågasätter om rekvisitet ”till det yttre fristående” bör tillmätas rättslig betydelse, jfr *Walin Skuldebrev* s. 31.

⁹⁰ *Bertrams Bank guarantees* s. 2.

tillskrivas den s.k. självständighetsprincipen. Självständighetsprincipen är nog inte nödvändig för att definiera den dokumentvillkorade garantin, den säger endast vad villkoren i en dokumentvillkorad garanti inte är och beskriver de rättsverkningar som följer på det innehåll som typiskt sett kännetecknar dokumentvillkorade garantier.⁹¹ Emellertid åskådliggör principen på ett tydligt vis skillnaden mellan den dokumentvillkorade garantin och borgen och den underlättar även förståelsen för den dokumentvillkorade garantins väsen. Inledningsvis kommer därför självständighetsprincipen att behandlas och i nästföljande avsnitt kommer en definition av den dokumentvillkorade garantin att erbjudas.

3.2 Självständighetsprincipen

Självständighetsprincipen syftar något förenklat till att freda garantin från dispyter hänförliga till basavtalet. Den dokumentvillkorade garantins kommersiella värde vilar i hög utsträckning på att beneficenten, till följd av garantins självständighet, kan räkna med att få betalt oavsett förhållanden hänförliga till basavtalet.⁹² På så vis möjliggörs handel över gränserna där säljaren har svårt att bedöma motpartens betalningsförmåga och betalningsvilja. Följande citat från *Jack* betyder självständighetsprincipens värde:

”The principal (självständighetsprincipen) is fundamental to credit transactions, and it is essential to the continuance of the documentary credit system as the primary means of payment in international trade that it should be scrupulously observed.”⁹³

För att dokumentvillkorade garantier ska bibehålla sitt kommersiella värde och kunna fortsätta möjliggöra internationell handel måste självständighetsprincipen slås vakt om. Följande citat från *Bertrams* fångar vad som typiskt sett anses följa av självständighetsprincipen:

”Pursuant to the principle of independence, the guarantor cannot invoke defences derived from the underlying transaction, and his payment obligation is solely defined by the terms of the guarantee.”⁹⁴

Från *Bertrams* citat ovan kan två kriterier urskönjas; *dels* kan garanten inte åberopa invändningar hänförliga till basavtalet, *dels* ger utfästelsens lydelse uttömmande uttryck för garantiförpliktelsens innehåll.⁹⁵

⁹¹ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 133 ff.

⁹² Jfr *Enochong* The independence principle s. 68.

⁹³ *Malek & Quest* *Jack* s. 17.

⁹⁴ *Bertrams* Bank guarantees s. 68.

⁹⁵ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 130 ff.

3.2.1 Invändningsrätt

Mot en begäran om garantiinfriande under en dokumentvillkorad garanti kan inte invändningar hänförliga till basavtalet med framgång åberopas. Sådana invändningar kommer i det följande att betecknas som accessoriska invändningar. Ett dokumentvillkor anger endast att ett dokument med angivna egenskaper ska presenteras, inte att en omständighet hänförlig till basavtalet ska visas föreligga.⁹⁶ Om angivna dokument presenteras är garanten skyldig att infria, även om gäldenären invänder att denne har fullgjort sina förpliktelser enligt basavtalet.⁹⁷ Dokumenten vars presentation utgör villkor för att garantiansvaret ska utlösas utpekar ofta en omständighet som i och för sig är hänförlig till basavtalet. Exempelvis kan ett villkor i en dokumentvillkorad garanti föreskriva att ett dokument utfärdat av en viss bank som bekräftar att gäldenären inte har fullgjort enligt basavtalet ska presenteras.⁹⁸ Avgörande för garantiansvaret är emellertid endast om det angivna dokumentet presenteras eller inte, inte huruvida den omständighet som dokumentet utpekar verkligen föreligger. Om gäldenären verkligen har fullgjort eller inte är således irrelevant beträffande garantiansvaret, presentation av angivet dokument utgör både ett nödvändigt och tillräckligt villkor för att garantiförpliktelsen ska aktualiseras.⁹⁹

På denna punkt skiljer sig den dokumentvillkorade garantin från borgen på ett avgörande vis. Om ett borgensåtagande innehåller motsvarande dokumentvillkor utgör uppvisandet av dokumentet visserligen ett nödvändigt villkor för att garantiförpliktelsen ska aktualiseras men inte ett *tillräckligt* sådant. För att garantiförpliktelsen ska aktualiseras krävs det ju dessutom att gäldenären verkligen inte har fullgjort. Även om borgenären kan uppvisa angivet dokument kan gäldenären sålunda försöka övertyga borgensmannen att det inte förhåller sig på det sätt som dokumentet gör gällande och därigenom förhindra att garantiförpliktelsen aktualiseras.¹⁰⁰

Ett annat exempel är att en dokumentvillkorad garanti föreskriver att ett intyg, som bekräftar att en byggnation inte har utförts i enlighet med specifikationerna i underliggande entreprenadavtal, utfärdat av ansvarig ingenjör ska presenteras. Dyligt intyg betyder inte nödvändigtvis att gäldenären har brutit mot basavtalet och är förpliktad gentemot beneficierten; gäldenären hade kanske rätt att avbryta sin prestation enligt

⁹⁶ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 132.

⁹⁷ *Enochong* The independence principle s. 67.

⁹⁸ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 129.

⁹⁹ Med undantag för rättsmissbruk, se avsnitt 3.6 och 3.7 nedan.

¹⁰⁰ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 85.

basavtalet eftersom beneficenten inte fullgjorde sina förpliktelser under avtalet. Enligt ovan anført har beneficenten, förutsatt att angivet intyg presenteras, emellertid ändå rätt till betalning enligt garantin. Detta är en konsekvens av den dokumentvillkorade garantins självständighet; beneficenten kan ha rätt till garantiinfrående samtidigt som denne inte har rätt till ersättning av gäldenären under basavtalet.

Det omvända kan också vara fallet, dvs. om beneficenten inte lyckas presentera angivna dokument har denne inte rätt till fullgörelse enligt garantin, trots att gäldenären faktiskt har begått avtalsbrott enligt basavtalet och därmed är förpliktad gentemot beneficenten.¹⁰¹ Poängen med dokumentvillkor, såsom de används i dokumentvillkorade garantier, är sålunda att det *endast* är presentation av angivna dokument som är av relevans; varje motbevisning saknar betydelse.

Hur stor skillnaden i praktiken blir mellan dokumentvillkorade garantier och borgensåtaganden beror på hur villkoren närmare bestämt är utformade.¹⁰² Vad gäller en ren on demand-garanti skiljer den sig i praktiken markant från ett borgensåtagande. I det förra fallet krävs det endast att en skriftlig begäran om fullgörelse framförs för att garantiansvaret ska utlösas, i det senare kan allehanda invändningar hänförliga till basavtalet tänkas åberopas mot en begäran om fullgörelse.¹⁰³ Om man däremot tänker sig en dokumentvillkorad garanti med villkor att dom som fastslår att gäldenären är förpliktad ska presenteras och ett borgensåtagande med motsvarande dokumentvillkor så skiljer sig de två garantierna inte nämnvärt åt.¹⁰⁴ Skillnaden består i att motbevisning i det senare fallet men inte det förra teoretiskt sett är av relevans, men till följd av domens rättskraft så är denna invändningsrätt endast teoretisk och saknar i praktiken betydelse. Mellan dessa två ytterlighetssituationer återfinns mängder av olika tänkbara dokumentvillkor och deras närmare utformning avgör hur mycket garantiformerna i praktiken kommer att skilja sig åt, men på ett abstrakt plan består skillnaden alltså i att motbevisning saknar relevans beträffande dokumentvillkorade garantier men inte beträffande borgen.

¹⁰¹ Jfr *Bertrams Bank guarantees* s. 54.

¹⁰² Jfr *Bertrams Bank guarantees* s. 68.

¹⁰³ En annan sak är att det kan vara svårt att avgöra om en garanti är att klassificera som en demand-garanti eller en accessorisk garanti, se nedan.

¹⁰⁴ Jfr *Bertrams Bank guarantees* s. 68 samt *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 130. Som *Adestam* påpekar får villkoret, för att utfästelsen ska vara att bedöma som en dokumentvillkorad garanti, inte tolkas som det ämnar visa att ett annat villkor, att gäldenären inte har fullgjort, är satisfierat. Se *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 122.

Följande nödvändiga, negativt bestämda villkor för att en garanti ska utgöra en dokumentvillkorad garanti kan således uppställas: Garantin får inte innehålla villkor som är föremål för accessoriska invändningar.¹⁰⁵

3.2.2 Uttömmande reglering

En sida av självständighetsprincipen föreslås av Bertrams ovan vara att garantins villkor uttömmande reglerar garantiförpliktelsens innehåll. För att inte bli intetsägande får detta tolkas innebära att samtliga villkor måste ha stöd i garantitexten.¹⁰⁶

Artikel 12 i URDG 758 ger uttryck för en liknande ordning. Enligt artikeln bestäms garantens förpliktelser i första hand enligt garantins villkor och i andra hand av URDGs regler, *under förutsättning* att dessa kan återföras på garantitexten. Som Goode påpekar är detta en naturlig konsekvens av garantins självständighet.¹⁰⁷ Det faktum att utfästelsens innehåll fastställs endast utifrån sina egna villkor får nämligen betraktas som det tydligaste kännetecknet för dess självständighet.¹⁰⁸ Vidare kan det ses som en nödvändig förutsättning för att självständighet enligt 3.2.1 ovan ska föreligga, då uttömmande reglering givetvis utesluter accessoriska invändningar som inte har stöd i lydelsen. Artikel 3 i UNCITRAL-konventionen uttrycker liknande att ett åtagande är självständigt om garantens förpliktelse mot beneficenten inte är föremål för några andra villkor än de som framgår av utfästelsen.¹⁰⁹

Detta innebär att förpliktelser som tillkommer genom tillämpning av utfyllande, dispositiva rättsnormer och som inte kan återföras på garantitexten inte blir tillämpliga.¹¹⁰

Nämnda begränsning gällande avtalsutfyllnad genom dispositiva rättsnormer kan ses på olika vis. Det kan betraktas så att dispositiva rättsnormer avtalas bort in blanco. En sådan ordning vänder sig Lindskog emot och det vore onekligen främmande för svensk rätt.¹¹¹ Begränsningen kan emellertid också ses som en följd av att dokumentvillkorade garantier utgör en egen avtalstyp och dispositiva rättsnormer som är tillämpliga på *andra*

¹⁰⁵ Adestam låter dokumentvillkorade garantier definieras av i) förekomst av dokumentvillkor samt ii) avsaknad av otillåtna villkor, jfr *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 132. Ovan angivet villkor täcks emellertid av Adestams definition, då villkor som är föremål för accessoriska invändningar faller under det som Adestam betecknar som otillåtna villkor, jfr *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 121 f.

¹⁰⁶ Jfr *Bertrams Bank guarantees* s. 241.

¹⁰⁷ *Goode Guide to URDG* s. 276. Jfr artikel 5 URDG 758.

¹⁰⁸ *Goode Guide to URDG* s. 276.

¹⁰⁹ Art. 3 (b) United Nations Convention (50/48) on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit (UNCITRAL-konventionen).

¹¹⁰ Däremot kan dokumentvillkorade garantier givetvis bli föremål för utfyllning genom *tvångande* rättsnormer, även om stöd i lydelsen saknas.

¹¹¹ *Lindskog Garantier med dokumentvillkor* s. 848.

garantiformer saknar därför direkt tillämplighet.¹¹² Dispositiva rättsregler som gäller för andra garantiformer avtalas då inte bort utan ersätts istället av ett dispositivt regelsystem för dokumentvillkorade garantier.¹¹³ Uttömmande reglering kan därför ses som en särskild tolkningsprincip tillämplig på dokumentvillkorade garantier.¹¹⁴

Utfyllning av avtal genom dispositiva rättsnormer behöver emellertid inte resultera i att nya förpliktelser införs. Genom utfyllning kan även befintliga villkor preciseras eller modifieras. Huruvida en utfyllande rättsnorm som endast preciserar ett befintligt villkor är tillämplig beror i första hand på om det genom utfyllning preciserade villkoret har stöd i lydelsen som tolkningsdatum eller inte.¹¹⁵

Utfyllning av avtal genom dispositiva rättsnormer sker i princip endast om inte annat framgår av avtalet och vad som framgår av avtalet fastslås genom tolkning.¹¹⁶ Kronologiskt, men även normhierarkiskt sett, måste därför avtalstolkning ske före avtalsutfyllnad.¹¹⁷ Garantivillkoren kan till sin lydelse vara oklara, såväl dokumentvillkor som andra villkor.¹¹⁸ I förekommande fall behöver garantitexten tolkas. Först om villkoret efter avtalstolkning alltjämt framstår som oklart kan det bli aktuellt att med hjälp av utfyllning genom dispositiva rättsnormer precisera innehållet.¹¹⁹

Dokumentvillkor kan exempelvis vara oklara såtillvida att det kan vara en tolkningsfråga huruvida ett dokumentvillkor av innebörd att det dokument som ska presenteras ska vara utfärdat av viss person kräver att dokumentet verkligen ska vara utfärdat av denne person eller att innehållet ska *ange* att det är utfärdat av denne person.¹²⁰

Avtalstolkning kan leda till ett resultat som går utöver eller vid sidan av lydelsen.¹²¹ Om samtliga villkor måste ha stöd i garantitexten innebär det givetvis att villkoren, så de har bestämts efter avtalstolkning, alltjämt fortfarande måste kunna återföras på garantitexten. Vad beträffar dokumentvillkorade garantier får därmed inte avtalstolkning leda till ett resultat som går utöver eller vid sidan av lydelsen.

¹¹² Vad gäller borgen innehåller rättspraxis flera exempel på hur utfyllande rättsnormer på olika vis modifierar eller preciserar innehållet i borgensåtagandet och därigenom borgensmannens förpliktelser gentemot borgenären. Se *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 359.

¹¹³ *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 848.

¹¹⁴ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 362.

¹¹⁵ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 359 ff.

¹¹⁶ Jfr *Adlercreutz* Avtalsrätt II s. 21 f.

¹¹⁷ Jfr *Adlercreutz* Avtalsrätt II s. 25.

¹¹⁸ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 82 f.

¹¹⁹ I rättspraxis tycks emellertid ingen strikt åtskillnad mellan avtalstolkning och avtalsutfyllning upprätthållas, jfr *Adlercreutz* Avtalsrätt II s. 21.

¹²⁰ Jfr *Adestam* Den dokumentvillkorade garantin s. 82 med hänvisningar.

¹²¹ Jfr *Adlercreutz* Avtalsrätt II s. 47 med hänvisningar.

Obenägenheten att gå utöver eller vid sidan av lydelsen kan exemplifieras av det amerikanska rättsfallet *Exxon v. Banque de Paris et des Pays-Bas*.¹²² I fallet hade en garanti utfärdats med villkor att den skulle infrias om beneficenten presenterade en förklaring av innebörd att varorna inte hade levererats mellan september och december 1981. Garantins giltighetstid löpte enligt lydelsen emellertid ut den 31 oktober samma år. Beneficenten kunde alltså omöjligt lämna angiven förklaring före giltighetstiden löpte ut. Trots detta underkände domstolen beneficentens argument att lydelsen var oklar och upprätthöll giltighetsklausulen strikt enligt dess lydelse.¹²³

Hur avtalstolkning av till lydelsen oklara villkor i dokumentvillkorade garantier däremot ska gå till ger självständighetsprincipen inga besked om.

I detta avseende talas det ofta om ”strict compliance” eller strikt överensstämmelse. Med detta brukar avses att presenterade dokument strikt måste överensstämma med de som anges i garantivillkoren.¹²⁴ Som Adestam påpekar kan detta inte endast anses innebära att villkoren strikt måste vara uppfyllda för att förpliktelsen ska aktualiseras; överensstämmelse är ingen gradfråga och att förpliktelser aktualiseras först när villkoren är uppfyllda är ju en självklarhet.¹²⁵ Särskilt då garantivillkoren är vagt formulerade och oklara blir detta tydligt; hur strikt överensstämmelsen behöver vara antas ju då närmast ankomma på hur precist villkoren är formulerade.¹²⁶ Istället torde principen om strikt överensstämmelse något förenklat ses som en tolkningsprincip enligt vilken endast kommersiellt språkbruk kan åberopas som tolkningsdata. Omständigheter hänförliga till basavtalet, att villkor som angivits i lydelsen framstår som onödiga eller branschspecifika språkliga konventioner kan således inte åberopas som tolkningsdata.¹²⁷ Bertrams utesluter emellertid inte att villkor i basavtalet och vad som förekommit under förhandlingarna mellan basavtalets parter kan åberopas som tolkningsdata.¹²⁸ En sådan ordning strider inte mot självständighetsprincipen, under förutsättning att de uttolkade villkoren alltså har stöd i lydelsen.¹²⁹ Det bör dock framhållas att principen om strikt överensstämmelse inte är en följd av självständighetsprincipen. Någon konsensus kring principen om strikt överensstämmelses innebörd tycks vidare inte föreligga.

3.3 Dokumentvillkor

Ett dokumentvillkor är ett villkor som anger att ett dokument med särskilt angivna egenskaper ska presenteras för garanten.¹³⁰ Ett nödvändigt villkor för att en dokumentvillkorad utfästelse ska föreligga är att den innehåller

¹²² *Exxon Company, U.S.A. v. Banque de Paris et des Pays-Bas* 828 F. 2d 329.

¹²³ Jfr *Bertrams Bank guarantees* s. 242 samt s. 315.

¹²⁴ Jfr *Bertrams Bank guarantees* s. 139 samt *Goode Guide to URDG* s. 319.

¹²⁵ Jfr *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 337 f.

¹²⁶ Jfr *Bertrams Bank guarantees* s. 140.

¹²⁷ Jfr *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 338 ff.

¹²⁸ *Bertrams Bank guarantees* s. 239.

¹²⁹ Jfr *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 340 f. samt *Bertrams Bank guarantees* s. 239.

¹³⁰ Jfr *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 80 ff.

dokumentvillkor.¹³¹ Presentation av ett angivet dokument ska alltså utgöra en förutsättning för att garantiansvaret ska utlösas.

I detta avseende menar Adestam att ett krav på skriftlig begäran om fullgörelse är tillräckligt för att en utfästelse ska klassificeras som dokumentvillkorad.¹³² Adestam anför vidare att det i allmänhet är rimligt att s.k. demand-garantier tolkas på så vis att infriandebegäran ska vara skriftlig, även om detta inte uttryckligen framgår av utfästelsen.¹³³ Därmed vore även demand-garantier som saknar ett uttryckligt krav på skriftlig begäran att betrakta som dokumentvillkorade utfästelse. Lindskog anser emellertid att resonemanget är krystat och motsätter sig att demand-garantier ska tolkas innefatta ett krav på att infriandebegäran ska vara skriftlig, bland annat med hänvisning till svensk rätts skeptiska förhållningssätt till legala skriftkrav och avtalad skriftform.¹³⁴ Adestam uttrycker sig emellertid inte så kategoriskt som Lindskog ger sken av och anför vidare att parterna naturligtvis kan avtala att muntlig begäran om fullgörelse är tillräcklig.¹³⁵ Om så skett, alternativt om något skriftkrav inte tolkningsvis kan anses föreligga enligt Lindskogs resonemang, är utfästelsen inte att klassificera som dokumentvillkorad. I regel innehåller emellertid demand-garantier ett krav på skriftlig begäran om fullgörelse och är därför i allmänhet att klassificera som dokumentvillkorade utfästelser.¹³⁶

Ett dokumentvillkor, oavsett innebörd, kan aldrig medföra att garantin ifråga är att klassificera som annat än en dokumentvillkorad garanti. Ett dokumentvillkor kräver ju endast att angivet dokument ska presenteras, inte att den omständighet som dokumentet må referera till ska visas föreligga. För klassificeringsfrågan vållar alltså dokumentvillkor inte några bekymmer.

Det krävs emellertid inte att en dokumentvillkorad garanti endast innehåller dokumentvillkor, men för att klassificeras som dokumentvillkorad får utfästelsen heller inte innehålla vilka andra slags villkor som helst. En kategori av villkor, som inte utgör dokumentvillkor, kan betecknas som oproblematiska då det enkelt kan avgöras att de inte påverkar klassificeringsfrågan. Under denna kategori faller bland annat villkor som endast anger inom vilka tidsramar och var presentation av angivna dokument ska ske.¹³⁷ En garanti som utöver dokumentvillkor även innehåller oproblematiska villkor är alltså att klassificera som en dokumentvillkorad garanti. Ytterligare en kategori av villkor, som inte utgör dokumentvillkor, kan betecknas som problematiska då de kan göra klassificeringsfrågan mer svårbedömd.

¹³¹ Adestam Den dokumentvillkorade garantin s. 120.

¹³² Adestam Den dokumentvillkorade garantin s. 120. Liknande *Bertrams Bank guarantees* s. 52.

¹³³ Adestam Den dokumentvillkorade garantin s. 127 f.

¹³⁴ Lindskog Garantier med dokumentvillkor s. 844.

¹³⁵ Jfr Adestam Den dokumentvillkorade garantin s. 128.

¹³⁶ Jfr Adestam Den dokumentvillkorade garantin s. 127 f.

¹³⁷ Jfr Adestam Den dokumentvillkorade garantin s. 122. Jfr även *Goode Guide to URDG* s. 251.

Artikel 7 i standardavtalet URDG 758 anger att en dokumentvillkorad garanti endast bör innehålla dokumentvillkor, undantaget villkor som motsvarar vad som ovan har betecknats som oproblematiske villkor.¹³⁸ Om garantin alltså innehåller andra villkor ska garanten bortse från dessa.¹³⁹ Vad som inte framgår av artikelns lydelse är att ett villkor emellertid kan förändra garantins natur och medföra att URDG inte är tillämplig på garantin ifråga. I linje med detta anför Goode att artikelns tillämpningsområde endast omfattar villkor som inte förtar garantins karaktär som dokumentvillkorad.¹⁴⁰ Ett villkor, som inte utgör dokumentvillkor, av innebörd att avtalsbrott enligt basavtalet krävs för att garantiförpliktelsen ska aktualiseras medför exempelvis att garantin är att klassificera som accessorisk snarare än dokumentvillkorad.¹⁴¹

Goodes resonemang ovan kan tillämpas på vad som ovan betecknats som problematiske villkor; villkor som inte förändrar garantins karaktär som dokumentvillkorad kan beträffande klassificeringsfrågan bortses från, medan villkor som ger utfästelsen en annan karaktär rimligen även påverkar utfästelsens klassificering. En garanti är nämligen antingen accessorisk eller självständig, de två måste anses vara logiskt oförenliga. Ett borgensåtagande kan givetvis innehålla dokumentvillkor som materiellt bevisvillkor, men en dokumentvillkorad garanti kan inte innehålla villkor typiska för borgen, dvs. accessoriska villkor.¹⁴²

Svårigheter uppkommer emellertid i klassificeringshänseende när en garanti innehåller dels villkor med accessoriska förtecken och dels dokumentvillkor. Garantier med ett sådant innehåll har kommit upp för bedömning i flera utländska rättsfall och tvisten rör oftast huruvida beneficenten måste anföra bevisning till stöd för att gäldenären inte fullgjort och huruvida garanten kan åberopa invändningar hänförliga till basavtalet.¹⁴³ Om garantin ska bedömas som en dokumentvillkorad garanti måste dessa frågor besvaras nekande. Bertrams diskuterar två franska rättsfall där frågan gällde klassificeringen av garantier med lydelse att betalning skulle ske ”on first justified demand”.¹⁴⁴ Svårigheten är hur ”justified” ska tolkas. Om det tolkas innebära att beneficenten måste *bevisa* för garanten att dennes krav är berättigat är garantin att klassificera som accessorisk. Om ”justified” däremot tolkas innebära att beneficenten endast har att presentera en ensidig förklaring av på vilket sätt gäldenären har brutit mot sina förpliktelser för att aktualisera garantiförpliktelsen utgör garantin en dokumentvillkorad garanti. I båda fallen valde domstolen den senare tolkningen.¹⁴⁵ Vid tolkningen bör ett enskilt villkor inte bedömas isolerat utan med hänsyn till garantin och dess övriga villkor i sin helhet.¹⁴⁶ Därmed kan en dokumentvillkorad garanti innehålla villkor som kan tyckas vara accessoriska, men som tolkningsvis s.a.s.

¹³⁸ Jfr art. 7 URDG 758 (“[...] other than a date or the lapse of a period”).

¹³⁹ Ett undantag från denna huvudregel framgår dock av artikelns sista mening.

¹⁴⁰ *Goode Guide to URDG* s. 250.

¹⁴¹ Jfr *Goode Guide to URDG* s. 247 samt 250.

¹⁴² En dokumentvillkorad garanti får ju inte innehålla villkor som är föremål för accessoriska invändningar, jfr avsnitt 3.2.1 ovan. Ingenting hindrar däremot att ett borgensåtagande innehåller dokumentvillkor, jfr *Adestam Den dokumentvillkorade garantin* s. 84 ff.

¹⁴³ Jfr *Bertrams Bank guarantees* s. 218 f.

¹⁴⁴ *Bertrams Bank guarantees* s. 235 f.

¹⁴⁵ *Bertrams Bank guarantees* s. 235 f.

¹⁴⁶ Jfr *Bertrams Bank guarantees* s. 220.

frånkänns accessoriska verkningar då garantin i sin helhet är att bedöma som en dokumentvillkorad garanti. Det är alltså korrekt att en dokumentvillkorad garanti inte kan innehålla accessoriska villkor, men huruvida ett villkor är att bedöma som accessoriskt eller inte kan vara ett nog så delikat tolkningsproblem. Det kan även nämnas att hänvisningar till basavtalet regelmässigt förekommer i ingressen till dokumentvillkorade utfästelser för att markera vilket avtal som garantin är tänkt att utgöra säkerhet för och i förhållande till vilket avtal som garantin kan påkallas.¹⁴⁷ Avgörande för klassificeringen är huruvida dessa hänvisningar bedöms utgöra villkor som refererar till att den utpekade omständigheten har inträffat eller inte.¹⁴⁸

Ett accessoriskt villkor medför alltså att garantin inte är att klassificera som en dokumentvillkorad garanti.¹⁴⁹ Vad gäller villkor som varken är accessoriska eller oproblematiske uppstår en svår gränsdragning. Exempelvis utgör ett villkor som, utan att ange vilka dokument som ska presenteras, föreskriver att en remburs ska ha utställts varken ett oproblematiske eller accessoriskt villkor. Adestam föreslår att gränsen vid dylika villkor bör dras med hänvisning till om det är svårt för garanten att bedöma om villkoret ifråga är uppfyllt eller inte.¹⁵⁰ Om det är svårbedömt skulle detta medföra att garantin inte är att klassificera som en dokumentvillkorad garanti.

Syftet med dokumentvillkorade garantier är bland annat att underlätta för garanten; det ska vara enkelt för denne att avgöra huruvida skyldighet att infria föreligger. Garanten ska inte behöva företa kostsamma och vansklige undersökningar om parterna till basavtalets inbördes förpliktelser. Utgångspunkten är att garanten endast ska behöva undersöka så att presenterade dokument stämmer överens med de som enligt garantin efterfrågas.¹⁵¹ För att detta syfte ska tillgodoses bör villkor som framstår som svårbedömda medföra att garantin inte ska klassificeras som dokumentvillkorad.

Vad som utgör ett svårbedömt villkor är knappast möjligt att uttala sig generellt om. Bertrams nämner att villkor om att förskotts betalning ska ha skett eller att en remburs ska ha utställts *typiskt sett* borde vara lättbedömda för garanten.¹⁵² Beneficienten torde i regel inte ha några svårigheter att presentera dokument som på ett tillfredställande vis visar för garanten att villkoret är uppfyllt. Om ett villkor om förskotts betalning kräver att betalningen gjorts till ett konto hos garanten själv, som då föreställs vara en bank, är det

¹⁴⁷ Bertrams Bank guarantees s. 92 f. Jfr avsnitt 3.4 nedan.

¹⁴⁸ Se vidare se vidare Adestam Den dokumentvillkorade garantin s. 283 ff. En sådan hänvisning underrättar garanten om garantins syfte och detta är av betydelse om gäldenären vill förmå garanten att inte fullgöra då beneficients begäran utgör rättsmissbruk, jfr avsnitt 3.7 nedan.

¹⁴⁹ Jfr Adestam Den dokumentvillkorade garantin s. 121.

¹⁵⁰ Adestam Den dokumentvillkorade garantin s. 123.

¹⁵¹ Jfr Bertrams Bank guarantees s. 83. Se vidare avsnitt 3.6 nedan.

¹⁵² Bertrams Bank guarantees s. 151.

givetvis ännu enklare för garanten att kontrollera om villkoret är uppfyllt.¹⁵³ Det förefaller rimligt att bedöma huruvida ett villkor är svårbedömt eller inte mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet.

En dokumentvillkorad garanti är således definitionsmässigt en garanti som innehåller dokumentvillkor och som inte innehåller varken accessoriska eller svårbedömda villkor.

3.4 Garantins syfte

Garantier kan sägas ha till syfte att minska betydelsen av att vissa riskfaktorer inträffar.¹⁵⁴ Vilka riskfaktorer som omfattas av garantins syfte varierar emellertid. Vanligt förekommande är att riskfaktorn som omfattas av garantins syfte är bristande uppfyllelse av uppdragsgivarens förpliktelser under basavtalet. Det kan emellertid även vara så att garantin endast avser att minska betydelsen av bristande uppfyllelse av endast vissa förpliktelser enligt basavtalet. Riskfaktorn som omfattas behöver vidare inte nödvändigtvis relatera till en kostnad som uppdragsgivaren är förpliktigad att ersätta. Vid en anbudsgaranti är syftet i regel att minska betydelsen av att vissa kostnader uppstår för beneficenten till följd av att avtal inte träffas, en kostnad som uppdragsgivaren i regel inte är förpliktigad att ersätta.¹⁵⁵ Vilka riskfaktorer som omfattas av garantins syfte får avgöras utifrån vad parterna till basavtalet har förutsatt, vilket som utgångspunkt torde vara att bedöma enligt lydelsen i basavtalet och garantin. I allmänhet torde formuleringen av den klausul i basavtalet som föreskriver att en garanti ska utställas vara till god ledning när det kommer till att bestämma vilka riskfaktorer som omfattas av garantins syfte.¹⁵⁶

3.5 Beneficients frihet att begära fullgörelse

Principen om uttömmande reglering innebär att garantins innehåll uttömmande utgörs av dess villkors lydelse. Om de dokument som anges i garantin presenteras för garanten saknar det betydelse för dennes skyldighet att fullgöra huruvida de riskfaktorer som omfattas av garantins syfte har inträffat eller inte.¹⁵⁷ Den dokumentvillkorade garantins villkor refererar ju

¹⁵³ *Bertrams Bank guarantees* s. 151. Ett sådant villkor borde även tillerkännas verkan enligt tillämpliga standardavtal på området, jfr art. 7 URDG 758 samt art. 4.11 (b) ISP98.

¹⁵⁴ Jfr Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 202.

¹⁵⁵ Jfr *Andrews & Millet Law of Guarantees* s. 630.

¹⁵⁶ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 202 f.

¹⁵⁷ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 205.

endast till presentation av dokument, inte huruvida de omständigheter som dokumenten hänför sig till verkligen föreligger.

Förutsatt att beneficenten kan uppfylla garantins villkor har denne alltså *kompetens* att begära fullgörelse av garantin. Då parterna till basavtalet varit medvetna härom torde utgångspunkten vara att beneficenten också har *frihet* att begära fullgörelse om denne kan uppfylla garantins villkor, oavsett om den riskfaktor som omfattas av garantins syfte har inträffat eller inte.¹⁵⁸

Oaktat utgångspunkten ovan kan basavtalet givetvis föreskriva begränsningar i beneficentens rätt att begära fullgörelse, exempelvis att beneficenten inte får begära fullgörelse av garantin under tiden parterna förhandlar om ett nytt basavtal. Om beneficenten i strid med denna föreskrift begär fullgörelse gör sig denne skyldig till avtalsbrott under basavtalet, vilket föranleder ett korresponderande skadeståndsanspråk för uppdragsgivaren.¹⁵⁹

Som Adestam anför torde begränsningar i beneficentens frihet att begära fullgörelse emellertid föreligga även om detta inte uttryckligen har reglerats.¹⁶⁰ Det är nämligen inte rimligt att tolka partsavsikten på så vis att beneficenten alltid har frihet att begära fullgörelse om villkoren är uppfyllda. Om en on demand-garanti ska utställas vars villkor innebär att garantiförpliktelsen ska aktualiseras vid ett påstående om avtalsbrott, då ter det sig inte rimligt att parterna till basavtalet avsett att beneficenten ska ha frihet att begära fullgörelse även om denne *vet* att uppdragsgivaren inte har brutit mot avtalet.¹⁶¹ Mot bakgrund av detta menar Adestam att beneficenten är fri att begära fullgörelse om den riskfaktor som omfattas av garantins syfte har inträffat *eller* begäran är förenlig med garantins syfte.¹⁶²

Detta innebär till exempel att beneficenten inte får begära fullgörelse för att kompensera för uppdragsgivarens bristande uppfyllelse av en förpliktelse som inte omfattas av garantins syfte. Det innebär vidare att beneficentens frihet att begära fullgörelse inte är villkorad av att den riskfaktorn som omfattas av garantins syfte faktiskt har inträffat, detta skulle strida mot den dokumentvillkorade garantins kommersiella syfte som slagordsmässigt brukar beskrivas ”pay now, argue later”.¹⁶³ Snarare gäller att begäran måste

¹⁵⁸ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 205.

¹⁵⁹ Jfr Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 204.

¹⁶⁰ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 204.

¹⁶¹ Jfr Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 208.

¹⁶² Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 210.

¹⁶³ Jfr t.ex. *Lindstrand Bankgarantin* enligt svensk rätt s. 69. Det kommersiella syftet som uttrycket fångar är den riskallokering som garantin medför till beneficentens fördel; denne behöver inte starta ett rättsligt förfarande om uppdragsgivaren inte fullgör sina åtaganden

ske ”in good faith”, det vill säga beneficenten ska tro att den riskfaktor som omfattas av garantins syfte, exempelvis avtalsbrott, har inträffat för att ha frihet att begära fullgörelse. Om den riskfaktor som omfattas av garantins syfte har inträffat spelar emellertid inte beneficentens motiv för att begära fullgörelse någon roll.¹⁶⁴

3.6 Garantens förpliktelse att fullgöra

Artikel 6 i standardavtalet URDG 758 lyder:

”Guarantors deal with documents and not with goods, services or performance to which the documents may relate”.¹⁶⁵

Bestämmelsen är ett utflöde av självständighetsprincipen som kommer till uttryck i föregående artikel. Garanten har endast att undersöka huruvida presenterade dokument överensstämmer med garantivillkoren, inte huruvida omständigheterna de hänvisar till verkligen föreligger.¹⁶⁶ Fråga är emellertid om garanten är förpliktad att fullgöra om presenterade dokument vid påseende överensstämmer med villkoren i garantin men innehåller någon osann eller falsk uppgift, som dock inte utgör rättsmissbruk därför att beneficenten var ovetandes om oriktigheten. Artikel 19 (a) URDG 758 ger ledning i den frågan:

”The guarantor shall determine, on the basis of a presentation alone, whether it appears *on its face* to be a complying presentation”.¹⁶⁷

Ovanstående artiklar ska ses i ljuset av varandra och indikerar att garanten endast ska avgöra huruvida de presenterade dokumenten *vid påseende* överensstämmer med garantivillkoren, vilket Adestam betecknar som formell överensstämmelse.¹⁶⁸ Garanten får naturligtvis efterforska om de omständigheter som dokumenten refererar till verkligen föreligger bäst denne vill, men om de presenterade dokumenten överensstämmer med garantivillkoren är garanten förpliktad att fullgöra trots att garanten har fått kännedom om någon oriktighet i dokumenten, såvida detta inte kan anses utgöra rättsmissbruk.¹⁶⁹

enligt basavtalet, istället är det uppdragsgivaren som blir tvungen att starta ett rättsligt förfarande för det fall garantibeloppet utgör överbetalning eller har blivit felaktigt utbetalat.

¹⁶⁴ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 210 ff.

¹⁶⁵ Jfr *Goode Guide to URDG* s. 459.

¹⁶⁶ Jfr *Goode Guide to URDG* s. 246.

¹⁶⁷ Jfr *Goode Guide to URDG* s. 465 (min kursivering).

¹⁶⁸ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 173.

¹⁶⁹ Jfr dock *Phillips The modern contract of gurantee* s. 899 f.

Antag att ett dokumentvillkor föreskriver att ett konossement ska presenteras som anger att varorna skickats den 12 februari. Varorna skickas emellertid den 13 februari. Om ett konossement presenteras med den osanna uppgiften att varorna skickades den 12 februari, och detta inte utgör rättsmissbruk, är garanten förpliktad att fullgöra. Om ett konossement presenteras som sanningsenligt anger att varorna skickades den 13 februari ska däremot garanten inte fullgöra med hänvisning till att garantivillkoren inte är uppfyllda.¹⁷⁰

Om dokumentet däremot är falskt torde beneficenten inte ha rätt till garantiinfrående och garanten inte vara förpliktad att fullgöra. Som Adestam framhåller är det i den situationen viktigt att hålla isär beneficentens garantirätt och garantens regressrätt. Då garanten i allmänhet är regressberättigad om formell överensstämmelse föreligger kommer garanten i praktiken att fullgöra även om dokumentet är falskt och beneficenten därmed saknar garantirätt eftersom garanten då medges regressrätt och inte riskerar att begå avtalsbrott gentemot beneficenten för det fall dokumentet visar sig vara äkta.¹⁷¹

Som en följd av principen om strikt överensstämmelse utgör vidare formell överensstämmelse ett nödvändigt villkor för att garanten ska vara förpliktad att fullgöra. Garantiförpliktelsen aktualiseras ju inte om presenterade dokument inte strikt överensstämmer med garantivillkoren, och detta i princip även om presenterade dokument faktiskt är de dokument som efterfrågades men strikt överensstämmelse inte föreligger.¹⁷²

3.7 Rättsmissbruk

Utgångspunkten är att garanten är förpliktad att fullgöra till beneficenten om formell överensstämmelse föreligger. Från denna huvudregel finns ett undantag av innebörd att även om presenterade dokument synes överensstämma med garantivillkoren anses garanten inte vara förpliktad att fullgöra till beneficenten om den senares begäran utgör rättsmissbruk ("fraud"). Rättsmissbruk anses i common law jurisdiktioner utgöra en tvingande rättsnorm. Följande citat av Parker L.J. i *GKN Contractors v.*

¹⁷⁰ Avseende beneficentens garantirätt vid osanna uppgifter, se Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 405 ff. särskilt s. 410.

¹⁷¹ Jfr Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 325 f. Har garanten *vetskap* om att presenterade dokument är falska kan denne emellertid gå miste om sin regressrätt.

¹⁷² Jfr Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 328 f.

*Lloyds Bank Plc*¹⁷³ belyser vad ”fraud” i samband med dokumentvillkorade garantier i allmänhet brukar bestå i:

”[...] common law fraud, that is to say, a case where the named beneficiary presents a claim which he knows at the time to be an invalid claim.”¹⁷⁴

De flesta engelska rättsfall som rör rättsmissbruk grundar sig i att uppdragsgivaren försöker förmå garanten att inte fullgöra med hänvisning till att rättsmissbruk föreligger och begär att domstolen beviljar ”injunction”, det vill säga utverkar ett domstolsföreläggande av innebörd att fullgörelse inte får ske alternativt att beneficenten inte får begära fullgörelse.¹⁷⁵

I sammanhanget kan nämnas att det i Singapore, vars rättssystem grundar sig i common law, har utvecklats en självständig grund vid sidan av ”fraud” för att förhindra fullgörelse som går under beteckningen ”unconscionability”.¹⁷⁶ Rättsfiguren ”unconscionability” är inte helt tydlig i konturerna men i huvudsak synes den tillämplig vid orättvisa som inte utgör ”fraud” eller där begäran inte görs ”in good faith”.¹⁷⁷

I NJA 2002 s. 244, där garanten något förenklat vägrade att fullgöra under demand garantierna denne utställt med hänvisning till att beneficentens begäran var hänförlig till avtal som inte omfattades av garantins syfte, pekade HD på att 36 § AvtL kan tillämpas vid uppenbart rättsmissbruk. Även svensk rätt synes alltså innehålla en gräns för då garantiutövandet utgör missbruk, i vart fall vad beträffar demand garantier.¹⁷⁸

Adestam är kritisk mot att tillämpa 36 § AvtL vid rättsmissbruk, med hänvisning till att uppdragsgivaren i aktuellt hänseende är tredje man och dennes intressen därför inte nödvändigtvis tas i beaktande vid oskälighetsprövningen. Garanten, som inte utgör tredje man, har såvida regressrätt föreligger inget intresse av huruvida fullgörelse sker eller ej och därför kan 36 § AvtL endast i undantagsfall tillämpas med hänvisning till garantens intressen.¹⁷⁹ Lindskog anser att uppdragsgivarens intressen möjligtvis torde kunna beaktas vid en tillämpning av 36 § AvtL, oaktat att denne inte utgör part till garantiutfästelsen, då uppdragsgivaren om regressrätt föreligger alljämt står den ekonomiska risken. Dock anför Lindskog att det ligger närmre till hands att hänföra missbruksinvändningen till en generalklausul av innebörd att rättsordningen reagerar om en part försöker utnyttja en rättsregel eller en rättslig position på ett kvalificerat otillbörligt sätt.¹⁸⁰

¹⁷³ *GKN Contractors Ltd. v. Lloyds Bank Plc and Another* [1985] B.L.R. 48.

¹⁷⁴ *GKN Contractors v. Lloyds Bank Plc*, punkt 63.

¹⁷⁵ Jfr *Andrews & Millet Law of Guarantees* s. 656 ff.

¹⁷⁶ *Andrews & Millet Law of Guarantees* s. 667 ff.

¹⁷⁷ Jfr *Andrews & Millet Law of Guarantees* s. 669.

¹⁷⁸ Möjligtvis har HD antytt att det finns ett motsvarande undantag vad gäller betalningsremburs, se NJA 1978 s. 728 samt Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 381.

¹⁷⁹ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 382 f.

¹⁸⁰ *Lindskog Garantier med dokumentvillkor* s. 853. Jfr även *Lindskog Betalning* s. 334 f.

Förekomsten av rättsmissbruk har samband med beneficentens frihet att begära fullgörelse, såtillvida att ett nödvändigt villkor för att rättsmissbruk ska föreligga är att beneficenten i det enskilda fallet var förpliktigad gentemot uppdragsgivaren att inte begära fullgörelse.¹⁸¹ Av detta följer att en begäran om fullgörelse där någon riskfaktor som omfattas av garantins syfte inte har inträffat och begäran vidare inte var förenlig med garantins syfte kan utgöra rättsmissbruk, eftersom beneficenten i den situationen inte är fri att begära fullgörelse. Huruvida en begäran i förevarande fall per automatik utgör rättsmissbruk beror på om ovanstående nödvändiga villkor även ska anses utgöra ett tillräckligt villkor.¹⁸²

Adestam behandlar ingående förutsättningarna för rättsmissbruk och finner att rättsmissbruk föreligger om beneficenten begär fullgörelse trots att beneficenten *vet* att denne var förpliktad gentemot uppdragsgivaren att inte begära fullgörelse.¹⁸³ Viss avsikt fordras alltså i förening med att beneficenten inte var garantiberättigad. Lindskog anför att det förutom insikt om sakförhållandena torde fordras att det rör sig om *kvalificerat* avtalsbrott.¹⁸⁴ Det skärpta insiktskravet medför att det nödvändiga villkoret ovan inte kan betraktas som ett tillräckligt villkor.¹⁸⁵

Om presenterade dokument innehåller materiellt oriktiga uppgifter kan vidare rättsmissbruk föreligga och givetvis också om dokumenten ifråga är förfalskade.¹⁸⁶

En annan sak är vad som gäller beträffande garantens regressrätt om denne har fullgjort då beneficentens begäran utgör rättsmissbruk. I regresshänseende står garantens insikt i fokus; om garanten haft vetskap om att denne inte varit förpliktigad att fullgöra saknar garanten regressrätt gentemot uppdragsgivaren. Den relevanta tidpunkten för bedömningen av garantens vetskap är tidpunkten för fullgörelse.¹⁸⁷ Garanten är inte

¹⁸¹ Jfr Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 385.

¹⁸² Jfr Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 386.

¹⁸³ Jfr Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 414 ff. Denna uppfattning finner stöd även i engelsk rätt, jfr *Enonchong* The independence principle s. 106 ff.

¹⁸⁴ Jfr *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 854. Avtalsbrottet i fråga grundar sig i att beneficenten, till följd av en utfyllnad av basavtalet, är förpliktigad gentemot uppdragsgivaren att inte begära fullgörelse om den riskfaktor som omfattas av garantins syfte inte har inträffat eller begäran inte är förenlig med garantins syfte. Att avtalsbrottet är kvalificerat innebär att begäran utgör en väsentlig avvikelse från vad beneficenten var berättigad till.

¹⁸⁵ Exempelvis kan tänkas att beneficenten visserligen inte tror att begäran är förenlig med garantins syfte men *vet* samtidigt inte att den inte är det; beneficenten är oaktsam och bryr sig helt enkelt inte om huruvida begäran är förenlig med garantins syfte eller inte.

¹⁸⁶ Jfr *Enonchong* The independence principle s. 100 ff. samt *Mugasha* Letters of credit and bank guarantees s. 141 ff. Lindskog anför härtill att det torde vara självklart att denna ordning gäller enligt svensk rätt, se *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 854 not 59.

¹⁸⁷ Se vidare Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 486 ff. samt s. 499 ff.

förpliktad att fullgöra om rättsmissbruk föreligger, men först om vetskap om omständigheten som utgör rättsmissbruk kan tillskrivas garanten går denne miste om sin regressrätt gentemot uppdragsgivaren.

4 Återkrav

4.1 Inledning

Under en dokumentvillkorad garanti har beneficenten rätt att utfå garantibeloppet under förutsättning att denne presenterar angivna dokument för garanten, någon bevisföring om att omständigheter verkligen föreligger erfordras inte. Mot bakgrund av garantins självständighet visavi basavtalet kan beneficenten ofta ha rätt att kräva och garanten en korresponderande förpliktelse att infria garantibeloppet, även om den förlust som åsamkats beneficenten till följd av att den riskfaktor som garantisyftet omfattar inträffade senare visar sig vara mindre än utgivet garantibelopp.¹⁸⁸ En sådan begäran är berättigad då syftet med dokumentvillkorade garantier som nämnt kan beskrivas som ”pay now, argue later”, vilket innebär att garantin ämnar omkasta riskfördelningen på så vis att beneficenten får tvista med pengarna i hand. Det kan också förhålla sig på det viset att beneficenten ansåg att den riskfaktor som omfattas av garantins syfte hade inträffat, men vid en senare prövning konstateras motsatsen. Exempelvis anser beneficenten vid påkallandet av garantin att uppdragsgivaren har gjort sig skyldig till avtalsbrott gentemot beneficenten, vilket antas ha omfattats av garantins syfte, men vid en senare prövning finner rätten att så inte var fallet.

Beneficenten begäran om fullgörelse har i de ovan beskrivna situationerna varit berättigad; garantivillkoren antas ha varit uppfyllda och den riskfaktor som omfattas av garantisyftet har inträffat eller begäran var förenlig med garantins syfte. Däremot har beneficenten mottagit ett belopp som överstiger dennes faktiska förlust. Den fortsatta framställningen behandlar frågan vad som gäller om beneficenten, vars begäran om fullgörelse var berättigad, senare visar sig ha mottagit en överbetalning. Är beneficenten återbetalningsskyldig till den del garantibeloppet överstiger den faktiska förlusten som denne orsakats och i förekommande fall vilken part är återkravsberättigad?

Återkrav kan även aktualiseras i andra situationer. Om beneficentens begäran var oberättigad, exempelvis på grund av att rättsmissbruk förelåg, men fullgörelse likväl har ägt rum trots att skyldighet därtill inte har förelegat är beneficenten återbetalningsskyldig. I denna situation skedde betalningen enligt Lindskog utan rättsgrund och mottagna medel är därför

¹⁸⁸ Jfr *Enonchong* The independence principle s. 272 f.

av redovisningskaraktär i beneficentens hand.¹⁸⁹ En annan återkravssituation uppstår om garanten av misstag har betalat ut ett belopp överstigande maximalt/begärt garantibelopp. Det rör sig då om betalning utan rättsgrund och reglerna om *condictio indebiti* torde vara tillämpliga.¹⁹⁰

Den följande framställningen behandlar som nämnts återkravsrätten vid berättigade ianspråkstaganden. Denna avgränsning beror främst på att detta torde vara den i praktiken vanligast förekommande situationen; beneficenten antas i allmänhet begära fullgörelse först om denne anser sig berättigad därtill och i linje med den dokumentvillkorade garantins kommersiella syfte kommer det mottagna garantibeloppet ofta visa sig överstiga beneficentens faktiska förlust. En indikation på att det förhåller sig på detta vis är den rika rättspraxis som har utvecklats inom *common law* avseende den praktiskt mycket viktiga fråga om vilken part som har rätt till överbetalningen.¹⁹¹

4.2 Återkravsrätten regleras uttryckligen i basavtalet

Frågan huruvida beneficenten är skyldig att återbetala överskjutande garantibelopp och i förekommande fall till vilken part måste som utgångspunkt avgöras utifrån villkoren i basavtalet, med hänvisning till att garantin utställdes i enlighet med villkor i basavtalet.¹⁹² Om basavtalet uttryckligen reglerar vilken part som ska ha rätt till överskjutande garantibelopp torde frågan vara oproblematisk. *Enonchong* anser emellertid att det är nödvändigt att skilja mellan situationen att basavtalet stadgar att uppdragsgivaren respektive beneficenten har rätt till överskottet.¹⁹³

Om det uttryckligen stadgas i basavtalet att eventuellt överskott ska tillfalla uppdragsgivaren kommer detta givetvis att erkännas av rättsordningen. Även om återkravsrätten inte uttryckligen regleras kan övriga villkor i basavtalet alltjämt vara att tolka som en indikation på att partsviljan har varit att ett eventuellt överskott ska tillfalla uppdragsgivaren.¹⁹⁴ I *Australasian Conference Association v. Mainline Constructions Proprietary*

¹⁸⁹ *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 869. Jfr *Enonchong* The independence principle s. 257 ff.

¹⁹⁰ Jfr *Enonchong* The independence principle s. 272.

¹⁹¹ Jfr *Enonchong* The independence principle s. 277.

¹⁹² Jfr *Enonchong* The independence principle s. 272 f.

¹⁹³ *Enonchong* The independence principle s. 273.

¹⁹⁴ *Enonchong* The independence principle s. 273.

*Ltd.*¹⁹⁵ resonerade the High Court of Australia på detta vis. Enligt entreprenadavtalet (basavtalet) skulle byggaren antingen skapa en s.k. retention fund eller ombesörja att en bankgaranti utställdes. Vad som närmast är att beskriva som en demand-garanti utställdes sedermera till förmån för ägaren. En av rättsfrågorna i målet rörde huruvida överskottet av garantibeloppet skulle återbäras till uppdragsgivaren (byggaren) eller garanten (banken). Frågan var inte uttryckligen reglerad i basavtalet. Två klausuler i basavtalet föreskrev emellertid att garantin under vissa omständigheter, som inte var för handen i det förevarande målet, skulle frisläppas till uppdragsgivaren. Domstolen ansåg mot bakgrund av dessa bestämmelser att en rimlig tolkning av avtalet innebar att överskottet även i den uppkomna situationen skulle tillfalla uppdragsgivaren och inte garanten.¹⁹⁶ Rättsfallet illustrerar hur villkoren i basavtalet kan påverka utfallet i återkravsfrågan även där denna fråga inte uttryckligen är reglerad. En benägenhet att tillmäta villkor som talar för att överskott ska tillfalla uppdragsgivaren särskild vikt framstår som rimlig mot bakgrund av att denne i avsaknad av uttrycklig reglering i princip tillerkänns återkravs rätt enligt nedan.¹⁹⁷

Om basavtalet föreskriver att eventuellt överskott ska tillfalla beneficenten finns det emellertid i common law jurisdiktioner en risk för att denna klausul inte kommer att tillerkännas verkan.¹⁹⁸ I *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corp*¹⁹⁹ uttalade Morison J. obiter dictum att för det fall det hade ansetts finnas en bestämmelse i basavtalet av innebörd att beneficenten hade rätt att begära att garantin infriades och rätt att behålla garantibeloppet även om denne inte hade drabbats av någon förlust skulle han ansett den bestämmelsen vara ”penal”.²⁰⁰ Om dylika klausuler bedöms vara ”penal”, i vilket fall de närmast kan liknas vid straffande vitesklausuler, tillerkänns de inte verkan enligt common law.²⁰¹ Enonchong argumenterar dock på ett övertygande vis för att en bestämmelse i basavtalet som utsläcker rätten till återkrav avseende överskott inte torde vara att anse som ”penal”.²⁰² Denna uppfattning vinner också stöd i rättsfallet *Sepoong Engineering Construction Co Ltd v. Formula One*

¹⁹⁵ *Australasian Conference Association v. Mainline Constructions Proprietary PTY Ltd (in liq.)* [1978] 141 CLR 335.

¹⁹⁶ Jfr *Australasian Conference Association v. Mainline Constructions Proprietary PTY Ltd*, s. 353.

¹⁹⁷ Det ska noteras att det vid tidpunkten för det refererade målet inte var givet att det förhöll sig på det viset.

¹⁹⁸ *Enonchong* The independence principle s. 274 ff.

¹⁹⁹ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation* [1996] 2 Lloyd's Rep. 524 (Queen's Bench).

²⁰⁰ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation* (Queen's Bench), s. 573.

²⁰¹ Jfr *Samuelsson* Kontraktuella viten s. 86.

²⁰² *Enonchong* The independence principle s. 274 ff.

*Administration Ltd.*²⁰³ I basavtalet stadgades med all önskad tydlighet att beneficenten till betalningsrembursen hade rätt att behålla hela det utbetalade beloppet. Commercial Court erkände klausulen verkan och tillät beneficenten behålla beloppet, utan att ens överväga om klausulen skulle anses vara ”penal”.²⁰⁴

I svensk rätt saknas motsvarighet till common law doktrinen om klausuler som anses vara ”penal”. Däremot torde en bestämmelse som innebär att beneficenten har rätt att behålla eventuellt överskott förändra garantins karaktär till något som påminner om ett normerat skadestånd eller vite. I förekommande fall uppkommer följdfrågan om beneficenten ska ha rätt att kräva skadestånd av uppdragsgivaren för det fall garantibeloppet inte förslår att täcka uppkommen förlust.

I *Cargill* uttalade domstolen att påkallandet av en garanti inte utsläcker beneficentens rätt till skadestånd för det fall dennes förlust överstiger garantibeloppet.²⁰⁵ Basavtalet i det målet innehöll dock ingen uttrycklig bestämmelse av innebörd att beneficenten har rätt att behålla eventuellt överskott, varför *Cargill* inte ger någon ledning i den här frågan.

Av NJA 2010 s. 629 framgår att det i svensk rätt inte finns någon presumtion för att ett avtalat vite ska anses innebära en exklusiv reglering av ersättningsfrågan. I målet fann emellertid HD att den i målet aktuella vitesklausulen innebar en ansvarsbegränsning som utsläckte rätten till ytterligare skadestånd. I allmänhet torde vitets förhållande till skadestånd komma an på avtalstolkning. För det fall garantibeloppet är högt i förhållande till värdet på den underliggande transaktionen torde det exempelvis ligga närmre till hands att tolka partsavsikten på så vis att garantin avsågs exklusivt reglera ersättningsfrågan.²⁰⁶ Oaktat att en bestämmelse av innebörd att beneficenten har rätt att behålla överskjutande del av garantibeloppet har karaktären av ett normerat skadestånd och oaktat att den må anses vara ”penal” så finns det i svensk rätt ingen doktrin som medför att den inte skulle tillerkännas verkan. För svenskt vidkommande torde emellertid en sådan bestämmelse under vissa förutsättningar kunna utsläcka beneficentens rätt till skadestånd.

²⁰³ *Sepoong Engineering Construction Co Ltd v. Formula One Administration Ltd.* [2000] 1 Lloyd's Rep. 602.

²⁰⁴ Jfr *Enochong* The independence principle s. 275 f.

²⁰⁵ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corp* (Queen's Bench), s. 528.

²⁰⁶ Jfr *Samuelsson* Kontraktuella viten s. 105.

4.3 Återkravsrätten regleras inte i basavtalet

I avsaknad av uttrycklig reglering i basavtalet är utgångspunkten att beneficenten är återbetalningsskyldig för eventuellt överskott. Det ledande rättsfallet på området är det ovan nämnda engelska rättsfallet *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation*.²⁰⁷ Det underliggande avtalet avsåg försäljning av socker. Säljaren (uppdragsgivaren) ombesörjde att en fullgörelsegaranti (performance bond) ställdes ut till förmån för köparen (beneficenten). Basavtalet innehöll bland annat följande bestämmelser²⁰⁸:

Cl. 13: "The Performance Bond is liable to be forfeited by the BUYER if the SELLER fails to fulfil any of the terms and conditions of this contract ... and also if any loss/damage occurs to the BUYER due to any fault of the SELLER."

Cl. 16: "The arrival period/time is the essence of this contract. Therefore the SELLER shall strictly adhere to the arrival period/time stipulated in this contract. If the SELLER fails to do so the BUYER shall be entitled to recover from the SELLER liquidated damages @ 2% of the contract value as agreed, of the undelivered goods for each month or part of the month during which delivery of the goods will be in arrear, or to terminate the contract and call back the LETTER OF CREDIT and also to forfeit the Performance Bond."

Dispyt uppstod sedan fartyget som skulle leverera socker var dels i dröjsmål och dels av äldre datum än vad basavtalet stadgade (avtalet stadgade att fartyget som levererade sockret inte fick vara mer än 20 år gammalt). Huruvida dessa två omständigheter var hänförliga till köparen eller säljaren rådde det emellertid oenighet om mellan parterna. Vidare hävdade säljaren att köparen, även om avtalsbrott förelåg, inte hade lidit någon förlust till följd av detta. Priset på socker hade nämligen fallit sedan köparen nekade att motta leveransen och denne kunde därför ersätta leveransen med billigare socker från en annan säljare. Vidare hade köparen bekostat extra försäkring med anledning av fartygets ålder.²⁰⁹

Domstolen fastslog något förenklat att beneficenten hade rätt att påkalla hela garantibeloppet även om avtalsbrottet, om detta antas föreligga, inte åsamkat denne någon förlust alls.²¹⁰ Vidare hade domstolen att ta ställning till huruvida beneficenten hade rätt att behålla hela garantibeloppet, endast

²⁰⁷ Jfr *Enochong* The independence principle s. 277.

²⁰⁸ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corp* (Queen's Bench), s. 524.

²⁰⁹ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corp* (Queen's Bench), s. 524.

²¹⁰ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corp* (Queen's Bench), s. 532.

den del av garantibeloppet som motsvarar den faktiska förlust som beneficenten åsamkats eller en annan del av garantibeloppet och i så fall vilken.

Domstolen konstaterade att påkallandet av en garanti inte utsläcker beneficentens rätt till skadestånd för det fall dennes förlust överstiger garantibeloppet.²¹¹ Mot bakgrund av detta resonerade domstolen att om beneficenten genom att föra en skadeståndstalan kan få ersättning för överstigande förlust, då bör även uppdragsgivaren ha rätt att återfå eventuell överbetalning. Om garantin inte utsläcker den ena partens rättigheter borde den heller inte utsläcka den andra partens rättigheter.²¹² Ordet ”forfeited” i klausul 13 och 16 ansågs vidare inte ge stöd för parterna hade avsett en annan ordning.²¹³

Domstolen fastslog således att en ”final accounting” (efterräkning) ska ske och om denne ger för handen att beneficenten har fått för mycket betalt ska överstigande del återbetalas.

Domen bekräftades av Court of Appeal i *Comdel Commodities Ltd. v Siporex Trade SA*²¹⁴ där Potter L.J., efter att ha hänvisat till *Cargill* domen, uttalade att ” [I]t does not appear that there is anything in the words of the contracts of sale in this case to exclude the implication that there would at some stage be an “accounting” between the parties in the sense that their rights and obligations would be finally determined at some future date”.²¹⁵ Domen bekräftades även av Court of Appeal i det överklagade *Cargill* målet.²¹⁶

²¹¹ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corp* (Queen’s Bench), s. 528.

²¹² *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corp* (Queen’s Bench), s. 529. Adestam kritiserar emellertid domstolens resonemang i denna del, då det synes utgå ifrån att det skulle vara en märklig ordning om garantibeloppet skulle utgöra det lägsta belopp som beneficenten har rätt till vid uppdragsgivarens avtalsbrott, utan att samtidigt innebära en ansvarsbegränsning för uppdragsgivaren. Med hänsyn till att vite fungerar på angivet vis om rätt till skadestånd för överskjutande förlust föreligger, kan ju emellertid inte en sådan ordning i sig anses främmande. Jfr Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 238 f.

²¹³ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corp* (Queen’s Bench), s. 530 f. Se härtill Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 239 f.

²¹⁴ *Comdel Commodities Ltd. v Siporex Trade SA* [1997] 1 Lloyd’s Rep. 424, 431.

²¹⁵ *Comdel Commodities Ltd. v Siporex Trade SA*, s. 432.

²¹⁶ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation* [1998] 1 WLR 461 (Court of Appeal).

4.3.1 Garantens återkravs rätt gentemot beneficenten

I rättsfallet *IIG v. Van Der Merwe*²¹⁷, ett fall som inte primärt rör återkravsfrågan, uttryckte Lewison J. att en passage i boken *the Modern Contract of Guarantee* ger stöd för uppfattningen att garanten är återkravsberättigad gentemot en överbetald beneficent.²¹⁸ Målet överklagades emellertid till Court of Appeal där Waller L.J. kommenterade utlåtandet:

“The judge [Lewison J.] seemed to be of the view that that paragraph supported an argument for the person liable under the bond or guarantee (ie in this case the Van Der Merwes [garanten]) having a remedy directly against the overpaid payee [beneficenten]. I cannot spell that out from those paragraphs and Mr McGrath did not seek to support that view.”²¹⁹

Garantens återkravs rätt gentemot beneficenten synes alltså inte ha vunnit gehör hos Court of Appeal. Frågan om garanten bör tillerkännas återkravs rätt avseende överbetalning har emellertid varit föremål för diskussion i engelsk doktrin och åtminstone fyra grunder för en sådan återkravs rätt har föreslagits.²²⁰

4.3.1.1 Uttrycklig bestämmelse i garantiutfästelsen

Då det enda avtalet mellan garanten och beneficenten är garantiutfästelsen, torde den naturliga utgångspunkten vara villkoren däri. Om det uttryckligen framgår av garantiutfästelsen att garanten ska ha rätt att återkräva eventuellt överskott kommer garanten givetvis tillerkännas denna rätt. Ett sådant villkor vållar emellertid processuella svårigheter; huruvida en överbetalning har skett måste avgöras mot bakgrund av basavtalet, till vilket garanten inte är part. Det är därför sällsynt att garantiutfästelsen innehåller en sådan bestämmelse.²²¹

I avsaknad av en sådan bestämmelse är det svårt för garanten att grunda en återkravs rätt avseende överskott gentemot beneficenten. Som ovan nämnts måste frågan huruvida utbetalt garantibelopp överskrider den faktiska förlusten avgöras utifrån basavtalet. Huruvida beneficenten har gjort sig skyldig till avtalsbrott beror ju på hur villkoren i basavtalet är utformade.

²¹⁷ *IIG Capital LLC v. Van Der Merwe and another* [2007] EWHC 2631.

²¹⁸ Avsnittet som Lewison J. refererar till är para 13-54 i den första upplagan av *Phillips The modern contract of guarantee*.

²¹⁹ *IIG Capital LLC v. Van Der Merwe and another*, s. 194.

²²⁰ Jfr *Enochong* The independence principle s. 278 ff.

²²¹ Jfr *Enochong* The independence principle s. 278.

Om garanten in dubio skulle tillerkännas rätt till överskott menar Enonchong att detta skulle gå stick i stäv med självständighetsprincipen; garantens förpliktelse gentemot beneficenten ska vara fredad från invändningar hänförliga till basavtalet.²²²

Återkravsätten skulle emellertid kunna utformas på så vis att garantens infriandeförpliktelse alljämt är fredad från invändningar hänförliga till basavtalet, medan självständighetsprincipen luckras upp vid efterräkningen, det vill säga efter infriandet har skett. I detta skede har uppdragsgivaren, som visserligen är part till basavtalet men vid tidpunkten för garantiinfriandet alljämt saknar invändningsrätt, rätt att invända att garantibeloppet överstiger beneficentens faktiska förlust.²²³ Det vore därför inte ett alltför stort ingrepp i den dokumentvillkorade garantins självständighet att även garanten skulle tillerkännas en motsvarande rätt.

En intressant aspekt som Enonchong belyser är att garanten, för det fall denne tillerkänns återkravs rätt, eventuellt också skulle tillerkännas kvittningsrätt gentemot beneficenten. I linje med detta skulle garanten eventuellt kunna invända mot beneficentens begäran om garantiinfriande med hänvisning till garantens kvittningsrätt.²²⁴

Vad gäller garantens kvittningsrätt i största allmänhet får det svenska rättsläget anses vara oklart. Det får anses stå klart att garanten inte äger åberopa uppdragsgivarens motfordran till kvittning mot beneficentens begäran om fullgörelse.²²⁵ Men får garanten åberopa egen motfordring till kvittning? Avseende remburs anför Gorton att en begränsning av kvittningsrätten kan hävdas vara nödvändig mot bakgrund av att remburs framför allt används inom den internationella handeln och kvittningsinstitutet används på något varierande sätt inom olika rättsordningar. Om garanten tillerkänns kvittningsrätt mot egen motfordran skulle vidare uppdragsgivaren genom att överlåta fordringar till denne bakvägen kunna upphäva ett av ändamålen bakom rembursen.²²⁶ Dessa skäl gör sig gällande även beträffande dokumentvillkorade garantier. Lindskog tycks mena att avgörande för kvittningsfrågan bör vara om garantins skyddssyfte skulle undermineras om kvittning tilläts.²²⁷ Om kvittning avseende en motfordran vars existens inte är klarlagd tilläts skulle syftet onekligen förfelas. Antag emellertid att garanten vägrar infriande och beneficenten med anledning därav väcker talan mot denne. Om garanten då framför en kvittningsinvändning ska rätten enligt 17 kap. 4 § 2 men. RB, vilken är indispositiv, döma över de båda fordringarna i ett sammanhang.²²⁸ På så vis torde motfordrans existens alltid kunna klarläggas och verkställighet skulle då kunna hindras i enlighet med 3 kap. 21 § 1 st. 2 men. UB. Frågan blir då närmast om syftet med garantin kan anses förfelas om kvittning med en egen motfordran, vars existens är klarlagd, skulle tillåtas. Det ligger utanför ramen för denna framställning att närmare analysera den frågan. Gällande återkrav rör det sig emellertid närmast om en kvittningsinvändning avseende en ännu icke uppkommen

²²² *Enonchong* The independence principle s. 278.

²²³ Jfr t.ex. *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation*.

²²⁴ *Enonchong* The independence principle s. 278.

²²⁵ *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 837. Denna kvittningsbegränsning gäller redan i borgensfallet, jfr *Lindskog* Kvittning s. 658 ff.

²²⁶ *Gorton* Rembursrätt s. 310.

²²⁷ *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 837 not 26.

²²⁸ Jfr *Lindskog* Betalning s. 146 not 458.

motfordran; återkravsfordran uppkommer ju först då garanten har infriat. Det förefaller mig osannolikt att kvittning avseende en ännu icke uppkommen motfordran skulle godtas av rättsordningen, då det skulle underminera garantins självständighet.

4.3.1.2 Underförstått villkor i garantin

En föreslagen grund för garantens återkravs rätt är att *garantiutfästelsen innefattar ett underförstått villkor* av innebörd att för det fall beneficenten mottager betalning under garantin som överstiger dennes faktiska förlust har garanten rätt att återkräva den överskjutande delen av garantibeloppet.²²⁹

Enonchong är kritisk till detta synsätt och anför att garanten endast ska tillämpa villkoren som uttryckligen framgår av garantiutfästelsen ("as they appear on the face of the document").²³⁰ Till stöd härför framhåller Enonchong följande citat från Moore-Bick L.J. i *Uxinterimpex JSC v. Standard Bank Plc*²³¹:

"It is essential to the maintenance of international commerce, much of which is supported by undertakings of this kind given by banks and other financial institutions, that the documents by which those undertakings are given should operate in accordance with the terms which appear on their face. Banks can be expected to examine the documents and demands made under them (together with any supporting documents) to satisfy themselves of their obligations... However, they cannot be expected to be aware of, or to implement, terms that do not appear on the face of the document."²³²

Detta är givetvis helt korrekt, såtillvida att den dokumentvillkorade garantins syfte bland annat är att det ska vara enkelt för garanten att bedöma när en förpliktelse att *infra* föreligger. I allmänhet bör därför väldigt stor restriktivitet råda beträffande underförstådda villkor i garantiutfästelsen. Käranden i rättsfallet föreslog emellertid att garantin innehöll ett underförstått villkor enligt följande:

"In the event that any demand [on the guarantee] should ultimately be found to have exceeded the loss sustained by AMJ and/or the defendant [beneficenten] or was otherwise found to have been excessive, the defendant should repay to NBU [garanten] the amount exceeding such loss or the amount by which such demand was excessive."²³³

Ett villkor av denna innebörd tar inte sikte på infriandeskyldigheten, det tar snarare sikte på återkravs rätten. Garantens förpliktelse att fullgöra inträder enligt de uttryckliga villkoren, men om det under *efterräkningen* framkommer att garantibeloppet överstiger beneficentens faktiska förlust så har garanten rätt till återkrav, en rätt som annars tillfaller uppdragsgivaren.

²²⁹ *Enonchong* The independence principle s. 278.

²³⁰ *Enonchong* The independence principle s. 279.

²³¹ *Uxinterimpex JSC v. Standard Bank Plc* [2008] EWCA Civ 819.

²³² *Uxinterimpex JSC v. Standard Bank Plc*, punkt 23.

²³³ *Uxinterimpex JSC v. Standard Bank Plc*, punkt 19.

Det skulle därmed inte nödvändigtvis strida mot den dokumentvillkorade garantins syfte att intolka ett sådant villkor. Citatet från rättsfallet kan därför inte, på det vis Enonchong anför, anses ge stöd för uppfattningen att garanten inte ska tillerkännas återkravs rätt med hänvisning till ett underförstått garantivillkor av den innebörden.

Rättsfallet belyser dock andra aspekter av relevans för frågan. Käranden anförde att för det fall garanten inte tillerkänns återkravs rätt enligt ett underförstått villkor kommer beneficenten att tillåtas göra en obehörig vinst ("windfall").²³⁴ Moore-Bick L.J. lät sig, med rätta, inte övertygas av detta resonemang. Mellan parterna till basavtalet kommer en efterräkning att ske. Om beneficentens förlust överstiger ianspråktaget garantibelopp har denne rätt att kräva skadestånd avseende överskjutande del. Om beneficentens förlust understiger ianspråktaget garantibelopp har uppdragsgivaren rätt till återkrav avseende överskottet.²³⁵ Beneficenten kommer därmed inte nödvändigtvis att göra någon obehörig vinst på grund av att *garanten* inte tillerkänns återkravs rätt avseende överskottet.

Om däremot infriandeskyldigheten skulle påverkas av ett underförstått villkor av innebörd att garanten kan vägra *fullgörande* med hänvisning till att begärt garantibelopp överstiger beneficentens faktiska förlust vore det naturligtvis ett oacceptabelt brott mot självständighetsprincipen; beneficentens förlust måste ju ses mot bakgrund av basavtalet. Men att som ovan nämnt låta även garanten beakta beneficentens faktiska förlust vid *efterräkningen* går inte nödvändigtvis på tvären med självständighetsprincipen, även om detta bereder praktiska svårigheter. Det ska emellertid hållas i minne att det inte finns något stöd för att garanten ska tillerkännas någon återkravs rätt avseende överskott gentemot beneficenten, ovan anført syftar endast till att belysa brister i de argument som anförts mot idén om ett underförstått villkor om garants återkravs rätt.

4.3.1.3 Subrogation

I det ovan berörda rättsfallet *Australasian Conference Association v. Mainline Constructions Proprietary PTY Ltd.*²³⁶ anförde garanten till stöd för sin återkravs rätt avseende överskott att denne genom subrogation hade inträtt i beneficentens ställe. Tanken är att garanten, i likhet med en borgensman, efter fullgörande genom subrogation inträder i borgenärens (beneficentens) ställning sådan denne var före borgensmannens (garantens)

²³⁴ *Uxinterimpex JSC v. Standard Bank Plc*, punkt 19.

²³⁵ *Uxinterimpex JSC v. Standard Bank Plc*, punkt 20.

²³⁶ *Australasian Conference Association v Mainline Constructions Proprietary PTY.Ltd.*

betalning och övertar dennes rättigheter.²³⁷ Gibbs A.C.J. framhöll att garantens subrogationsrätt inte var till någon nytta för garanten i återkravsfrågan, då parterna var överens om att beneficenten inte hade rätt till överskottet. Om garanten skulle subrogera i dennes ställe skulle detta således inte medföra någon återkravsrätt för garanten, då någon rätt till överskottet inte tillkommer beneficenten.²³⁸ Då det genom *Cargill*²³⁹ får anses klarlagt att beneficenten, i avsaknad av uttrycklig reglering om motsatsen, är förpliktigad att återbetala överskjutande del av garantibeloppet saknar subrogationsargumentet relevans för frågan om garantens återkravsrätt.

Sammanfattningsvis finns det inte något stöd för att garanten, i avsaknad av uttrycklig bestämmelse i garantiutfästelsen därom, skulle ha rätt till återkrav avseende av beneficenten mottagen överbetalning.²⁴⁰

4.3.2 Uppdragsgivarens återkravsrätt gentemot beneficenten

Under förutsättning att basavtalet inte föreskriver en annan ordning är utgångspunkten att beneficenten är skyldig att återbetala mottaget överskott till uppdragsgivaren snarare än till garanten.²⁴¹ Som grund härför framhåller Potter L.J. i *Cargill* att det är nödvändigt att återkravsrätten tillkommer uppdragsgivaren för att uppnå ”a balance of commercial fairness”.²⁴² Vid tidpunkten då beneficenten begär fullgörelse är den kommersiella rättvisan tydligt förskjuten till dennes fördel, eftersom självständighetsprincipen skyddar beneficenten från uppdragsgivarens invändningar. Det finns därför en risk att beneficenten ”missbrukar” sin rätt till fullgörelse, då garanten är skyldig att infria mot överensstämmande dokument och inte ta hänsyn till uppdragsgivarens invändningar. Denna risk accepteras av rättsordningen då det efter garantiinfriande har skett kommer att ske en efterräkning, vilket innebär att eventuella orättvisor kan rättas till. Den kommersiella fördel som beneficenten uppnår genom den dokumentvillkorade garantin rättfärdigas med andra ord med hänvisning till att en efterräkning kommer att ske vid vilken rättigheterna och skyldigheterna mellan parterna till basavtalet

²³⁷ Jfr *Lennander Kredit* och säkerhet s. 62.

²³⁸ *Australasian Conference Association v Mainline Constructions Proprietary PTY.Ltd*, punkt 17.

²³⁹ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation*.

²⁴⁰ Saknar garanten regressrätt kommer saken emellertid i ett annat ljus, se avsnitt 4.4 nedan.

²⁴¹ Jfr *Enochong* The independence principle s. 281, *Andrews & Millet Law of Guarantees* s. 680, *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation*.

²⁴² *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation* (Court of Appeal), s. 469.

slutgiltigt kommer att bestämmas.²⁴³ Detta rättviseargument erbjuder ett principiellt rättfärdigande av uppdragsgivarens återkravs rätt. Nedan undersöks den *juridiska* grunden för uppdragsgivarens återkravs rätt.

4.3.2.1 Begäran utgör avtalsbrott

Uppdragsgivarens återkravs rätt har förklarats som ett skadeståndsanspråk.²⁴⁴ Detta synsätt vilar på premissen att en beneficiaries begäran om fullgörelse av ett garantibelopp som överstiger dennes faktiska förlust utgör ett avtalsbrott i förhållande till basavtalet. Uppdragsgivaren har därför rätt att kräva överskottet som skadestånd för detta avtalsbrott.²⁴⁵ Premissen vilar emellertid på ostadig grund. Det förhållandet att garantibeloppet överstiger beneficiaryens faktiska förlust kan inte ensamt innebära ett avtalsbrott i förhållande till basavtalet; huruvida det utgör avtalsbrott beror på hur villkoren i basavtalet är utformade. I praktiken stadgar både basavtalet och garantin ett högsta garantibelopp; en begäran om infriande av detta belopp kan naturligtvis inte utan vidare innebära avtalsbrott. Om basavtalet uttryckligen stadgar att beneficiaryen endast har rätt att kräva fullgörelse av ett garantibelopp som motsvarar dennes faktiska förlust sker en begäran om fullgörelse av ett överstigande belopp i strid med basavtalet. Däremot innehåller basavtalet i praktiken sällan en sådan bestämmelse.²⁴⁶ I avsaknad av en sådan bestämmelse, vilket gänsse torde vara fallet, är det svårt att argumentera för att en begäran av det garantibelopp som stadgas i både basavtalet och garantin skulle strida mot basavtalet. Vid tidpunkten för begäran om fullgörelse är ju vidare omfattningen av beneficiaryens faktiska förlust ofta inte klarlagd, varför den dokumentvillkorade garantins kommersiella nytta skulle urholkas om detta argument godtogs.

Till stöd för argumentet framhålls de australienska rättsfallen *Australasian Conference Association v. Mainline Constructions Proprietary PTY Ltd*²⁴⁷ och *Wood Hall Ltd v. The Pipeline Authority*²⁴⁸. Som Enonchong anför erbjuder emellertid dessa rättsfall inte något stöd för en sådan ordning.²⁴⁹ I det förstnämnda fallet grundades som ovan nämnt uppdragsgivarens återkravs rätt på att basavtalets villkor indikerade att detta var parternas vilja. Det förekommer inte något resonemang om att begäran skulle utgöra avtalsbrott, tvärtom uttalar Gibbs A.C.J. att beneficiaryen hade rätt att

²⁴³ Jfr *Enonchong* The independence principle s. 281 samt *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation* (Queen's Bench), s. 528.

²⁴⁴ Jfr *Enonchong* The independence principle s. 283 med hänvisningar.

²⁴⁵ Jfr *Enonchong* The independence principle s. 283.

²⁴⁶ Jfr *Enonchong* The independence principle s. 283.

²⁴⁷ *Australasian Conference Association v. Mainline Constructions Proprietary PTY Ltd*.

²⁴⁸ *Wood Hall Ltd v. The Pipeline Authority* [1979] 141 CLR 443.

²⁴⁹ Jfr *Enonchong* The independence principle s. 283 f.

begära fullgörelse.²⁵⁰ I det senare rättsfallet argumenterade uppdragsgivaren för att beneficenten enligt basavtalet inte hade rätt att begära fullgörelse av garantin. The High Court of Australia fastslog emellertid att beneficenten alltså hade rätt att begära fullgörelse och att en sådan begäran inte stred mot basavtalet, men när väl utbetalning skett skulle beneficenten hålla mottagna medel som säkerhet för uppdragsgivarens fullgörelse enligt basavtalet.²⁵¹ Inte heller detta rättsfall erbjuder till synes stöd för uppfattningen att uppdragsgivaren har rätt till återkrav avseende överskott på den grund att beneficentens begäran ska anses utgöra avtalsbrott i förhållande till basavtalet.

4.3.2.2 Underförstått villkor i basavtalet

Engelska domstolar grundar uppdragsgivarens återkravs rätt på ett underförstått villkor i basavtalet. I avsaknad av en uttrycklig bestämmelse som föreskriver annorlunda ska basavtalet anses innehålla ett underförstått villkor av innebörd att eventuellt överskott som beneficenten mottager under garantin ska återbetalas till uppdragsgivaren.²⁵² Detta synsätt tillämpades ursprungligen av Morison J. i *Cargill*²⁵³:

”The basis upon which recovery may be made in respect of an overpayment is, I think, contractual rather than quasi, contractual. It seem to me that it is necessary to imply into the contract that moneys paid under the bond which exceeded the buyer’s [beneficentens] actual loss would be recoverable by the seller [uppdragsgivaren] [...] In principle, I take the view that the account party [uppdragsgivaren] is always entitled to receive the overpayment since his entitlement is founded upon the contract between himself and the beneficiary.”²⁵⁴

The Court of Appeal bekräftade sedermera Morison J.:s överklagade dom.²⁵⁵ I *Tradigrain SA v. State Trading Corporation of India*²⁵⁶ bekräftade Christopher Clarke J. *Cargill*-domens doktrin om ett underförstått villkor:

”In my judgment *Cargill International SA v Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation* [1996] 2 Lloyd’s Rep. 524 (and the citations in it) are authority for the proposition that there is an implied term in the contract of sale [basavtalet] that the buyers [beneficenterna] will account to the sellers [uppdragsgivarna] for any amount that has

²⁵⁰ *Australasian Conference Association v. Mainline Constructions Proprietary PTY Ltd*, s. 351.

²⁵¹ *Wood Hall Ltd v. The Pipeline Authority* [1979] 141 CLR 443, s. 454.

²⁵² *Enochong* The independence principle s. 286.

²⁵³ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corp.* (Queen’s Bench). Jfr även *Enochong* The independence principle s. 286.

²⁵⁴ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation* (Queen’s Bench), s. 530.

²⁵⁵ *Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation* (Court of Appeal).

²⁵⁶ *Tradigrain SA v. State Trading Corporation of India* [2005] EWHC 2206 (Comm).

been paid under the bond to the extent that the amount paid exceeds the true amount of the buyers' loss. The amount is due to the sellers as a debt, whether or not the sellers have indemnified either the paying bank [garanten] or the indemnifier of the paying bank.²⁵⁷

Uppdragsgivarens återkravs rätt avseende överbetalning vilar således enligt fast engelsk rättspraxis på ett underförstått villkor i basavtalet. Denna ordning har vunnit sådan acceptans att det underförstådda villkoret numera anses följa av lag.²⁵⁸ Ett underförstått villkor i basavtalet av denna innebörd är förenligt med självständighetsprincipen och förtar inte den dokumentvillkorade garantins kommersiella syfte. Då beneficenten är berättigad till garantin i enlighet med villkoren i basavtalet är det vidare rimligt att frågan huruvida beneficenten har rätt att behålla överbetalning eller till vilken part denna överbetalning ska återbetalas också ska bestämmas enligt basavtalet. Om basavtalet uttryckligen stadgar vilken part som har rätt till överskottet erkänns detta villkor. I avsaknad därav regleras frågan av ett underförstått villkor i basavtalet.²⁵⁹

Om inget kontraktuellt förhållande mellan uppdragsgivaren och beneficenten föreligger kan uppdragsgivarens återkravs rätt emellertid inte förklaras med hänvisning till ett underförstått villkor i basavtalet. Den situationen kan uppstå om det exempelvis föreskrivs i basavtalet att en dokumentvillkorad garanti ska utställas till förmån för en i förhållande till basavtalet tredje man, som säkerhet för att denne har finansierat borgenären till basavtalets förskotts betalning. I förekommande fall anses inte ett underförstått villkor avseende återkravs rätt kunna intolkas i basavtalet, eftersom beneficenten inte är part till detta avtal.²⁶⁰ Av samma skäl som då beneficenten är part till basavtalet ska uppdragsgivaren emellertid även i denna situation tillerkännas återkravs rätt, men den juridiska grunden härför måste vara en annan. Enonchong diskuterar om ”restitution” kan användas som grund, men ställer sig tveksam härtill.²⁶¹ I svensk rätt motsvaras restitution närmast av *condictio indebiti*. Denna grund faller emellertid på att betalningen inte kan ha ansetts skett utan rättsgrund; ianspråkstagandet var ju berättigat.²⁶² Hur återkravs rätten ska förklaras i en sådan situation framstår alltså som en fråga som inte har besvarats i varken svensk eller engelsk rätt.

²⁵⁷ *Tradigrain SA v. State Trading Corporation of India*, s. 221.

²⁵⁸ *Enonchong* The independence principle s. 286.

²⁵⁹ Jfr *Enonchong* The independence principle s. 286 f.

²⁶⁰ *Enonchong* The independence principle s. 287.

²⁶¹ *Enonchong* The independence principle s. 290 ff.

²⁶² Jfr *Lennander* *Condictio indebiti* s. 435 ff.

4.4 Regressrättens inverkan på återkravsrätten

4.4.1 Inledning

Beneficients återbetalningsskyldighet motiveras med hänvisning till att denne annars skulle tillåtas göra en obehörig vinst (windfall). Om uppdragsgivaren emellertid tillerkänns återkravs rätt även om denne inte är regressförpliktad gentemot garanten tillåts istället uppdragsgivaren göra en obehörig vinst.

Adestam nämner i anslutning här till att obehörig vinst ibland tolereras i svensk rätt, bland annat vid interventionsbetalning.²⁶³ Lindskog är emellertid av en annan uppfattning och anser att utgångspunkten torde vara att interventionsbetalaren saknar subrogationsgrundad regressrätt endast om särskilda skäl talar för det.²⁶⁴ Varken Adestam eller Lindskog anser emellertid att den obehöriga vinst som uppdragsgivaren skulle göra om denne skulle medges återkravs rätt utan att samtidigt vara regressförpliktad kan tolereras av rättsordningen.²⁶⁵

Lindskog utesluter att rättsordningen godtar en förmögenhetsförskjutning såvida inte gåvoavsikt föreligger hos betalaren.²⁶⁶ I garantifallet får det anses föreligga en oacceptabel förmögenhetsförskjutning om återkravet tillfaller uppdragsgivaren även om denne inte är regressförpliktad.²⁶⁷ En förutsättning för uppdragsgivarens återkravs rätt gentemot beneficiensen är i linje med detta att den förre är regressförpliktad gentemot garanten.²⁶⁸

Om uppdragsgivaren saknar återkravs rätt enligt ovan måste överbetalningen i beneficiens hand hanteras på annat sätt. Godsk Pedersen är av uppfattningen att om infriande skett under sådana omständigheter att garanten saknar regressrätt mot uppdragsgivaren bör återkravet tillkomma garanten.²⁶⁹ Genom en sådan ordning förhindras att någon av parterna tillåts göra en obehörig vinst och synes därmed ha fog för sig.

Återkravs rätt tillerkänns garanten i *IIG Capital LLC v. Van Der Merwe*, där Waller L.J. uttalade att "[...] if the company [uppdragsgivaren] refused to seek return of the

²⁶³ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 241 samt 453.

²⁶⁴ Jfr *Lindskog* Betalning s. 311 ff.

²⁶⁵ Jfr Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 242 samt *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 870.

²⁶⁶ *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 868 not 95.

²⁶⁷ Om uppdragstagaren däremot efterkommer garantens regressanspråk utan att vara förpliktad därtill torde emellertid återkravs rätten genom subrogation övergå till uppdragstagaren, jfr *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 870 f.

²⁶⁸ Jfr Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 242 samt *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 870.

²⁶⁹ *Pedersen* Bankgarantier s. 81.

overpayment, the guarantors would have a right of subrogation by which they could force IIG [beneficienten] to pay back sums found to have been overpaid".²⁷⁰ Det handlar här om det fall att uppdragsgivaren, som är återkravsberättigad, inte gör sin återkravs rätt gällande. Enligt domaren övergår i förekommande fall återkravs rätten genom subrogation till garanten. Till skillnad från den möjlighet till subrogation som diskuterades ovan skulle garanten i förevarande situation subrogera i uppdragsgivarens, vilken faktiskt har återkravs rätt, och inte beneficentens ställe.²⁷¹ För det fall återkravs rätten tillfaller garanten på grund av att uppdragsgivaren *inte* är regressförpliktigad gentemot denne enligt ovan tillkommer emellertid inte återkravs rätten garanten genom subrogation, då uppdragsgivaren i förevarande fall aldrig hade någon återkravs rätt och det därför inte finns någon återkravs rätt för garanten att subrogera till. Subrogation kan därför inte utgöra den juridiska grunden för en icke-regressberättigad garants återkravs rätt.

4.4.2 Garantens regressrätt

Professionella garantiutställare, såsom banker, kräver nästan alltid att uppdragsgivaren ställer ut någon form av motförbindelse (counter-guarantee, indemnity, deposit).²⁷² I förekommande fall har garanten inte något intresse av att rikta återkrav mot beneficentens avseende överbetalning; garanten kommer bli ersatt av uppdragsgivaren under motgarantin för infriat garantibelopp. Garanten kommer i förekommande fall heller inte att ha något intresse av att utöva sin regressrätt. Andra aktörer än professionella garantiutställare, exempelvis ett moderbolag som ställer ut en advance payment guarantee för sitt dotterbolags räkning, begagnar sig däremot sällan av någon form av motgaranti.²⁷³ I förekommande fall ankommer garantens rätt till ersättning för infriandekostnader från uppdragsgivaren på dennes regressrätt.²⁷⁴ För det fall garanten har regressrätt gentemot uppdragsgivaren kommer garanten typiskt sett inte ha något intresse av en återkravs rätt mot beneficentens.²⁷⁵ Frågan är närmast vilken regressrätt som tillkommer garanten då någon regressrätt inte uttryckligen har avtalats.

I *IIG Capital LLC v. Van Der Merwe and another*²⁷⁶ förelåg ingen uttryckligen avtalad regressrätt mellan garanten och uppdragsgivaren.

²⁷⁰ *IIG Capital LLC v. Van Der Merwe and another* [2007] EWHC 2631 s. 193.

²⁷¹ Jfr *Enochong* The independence principle s. 295.

²⁷² Jfr *Andrews & Millet* Law of Guarantees s. 681 samt *Enochong* The independence principle s. 293.

²⁷³ Jfr *Andrews & Millet* Law of Guarantees s. 681.

²⁷⁴ Med regressrätt avses garantens rätt till kompensation för infriandekostnader. Angående distinktionen mellan regressfrågor och kostnadstäckningsfrågor (anspråk på kompensation för handhavandekostnader), se *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 856 ff.

²⁷⁵ Jfr *Enochong* The independence principle s. 293 f. Om garanten har infriat och uppdragsgivaren befinns vara på obestånd har emellertid garanten ett intresse av återkrav då denne kan få svårt att få sitt regressanspråk infriat.

²⁷⁶ *IIG Capital LLC v. Van Der Merwe and another* [2007] EWHC 2631.

Waller L.J., vars dom biträdades av övriga domare i Court of Appeal, anförde något förenklat att garanten även i avsaknad av uttryckligen avtalad regressrätt torde tillerkännas regressrätt gentemot uppdragsgivaren.²⁷⁷ Basavtalet i målet var en låneavtal under vilket uppdragsgivaren uppburit lånet, men som Enonchong påpekar finns det ingen anledning till att inte även i andra fall förutsätta att garanten har regressrätt även om detta inte uttryckligen har avtalats.²⁷⁸

Adestam behandlar ingående frågan om garantens regressrätt utifrån ett svenskt perspektiv.²⁷⁹ Mellan garanten och uppdragsgivaren föreligger i regel ett uppdragsförhållande.²⁸⁰

Adestam diskuterar i anslutning härtill vad som krävs för att ett uppdragsförhållande ska anses ha uppstått. Mellan garanten och uppdragsgivaren föreligger inte nödvändigtvis ett uttryckligen avtalat uppdragsförhållande, exempelvis kan tänkas att ett moderbolag ställer ut en garanti för sitt dotterbolag utan att detta har avtalats mellan parterna. Frågan är närmast om ett uppdragsförhållande kan anses ha uppkommit utan att detta uttryckligen avtalats mellan parterna. Om garantin ingås på uppmaning av uppdragsgivaren råder det ingen tvekan om att ett uppdragsförhållande är för handen.²⁸¹ Det är mer oklart vad som gäller om någon uttrycklig uppmaning från uppdragsgivaren inte har förekommit, men denne inte invänder då garanten utställer en garanti efter beneficentens begäran. Enligt Lindskog torde ett sådant uttalande samförstånd vara nog för att ett uppdragsförhållande mellan uppdragsgivaren och garanten ska anses ha uppstått.²⁸²

Av 18 kap. 5 § HB följer att en syssloman (garanten) till följd av anmodan har rätt till ersättning av uppdragsgivaren för sina kostnader i den mån de har uppstått som en adekvat följd av utförandet av uppdraget och under förutsättning att kostnaderna inte varit avsedda att omfattas av sysslomannens arvode och inte uppkommit som en följd av en obefogad handling av sysslomannen.²⁸³ Tillämpat på garantens regressrätt vid dokumentvillkorade garantier kan det konstateras att infriandekostnaden utgör en adekvat följd av uppdraget samt att denna kostnad inte varit avsedd

²⁷⁷ *IIG Capital LLC v. Van Der Merwe and another* s. 193.

²⁷⁸ *Enonchong* The independence principle s. 294.

²⁷⁹ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 448 ff.

²⁸⁰ Enligt Lindskog föreligger till följd av dispositiv rätt en subrogationsgrundad regressrätt, oaktat att något avtalsförhållande (uppdragsförhållande) mellan garanten och uppdragsgivaren inte föreligger. Om ett avtalsförhållande föreligger vilar därmed regressrätten på dubbla grunder. Se *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 857 samt *Lindskog* Betalning s. 367. Annorlunda *Ingvarsson* självständiga garantier s. 159.

²⁸¹ Jfr Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 455 ff.

²⁸² *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 858 f.

²⁸³ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 454. Lindskog anför emellertid att garanten inte är att se som en syssloman och att uppdragsavtalet snarare är att se som ett köp av en immateriell tjänst, se *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 840. Regressrätt för kostnader som uppstått till följd av befogade handlingar, vilket beror på om formell överensstämmelse förelåg, torde dock tillerkännas garanten vare sig man betraktar uppdragsavtalet som ett sysslomannaskap eller ett köp av en immateriell tjänst, jfr *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor s. 864.

att omfattas av sysslomannens (garantens) arvode.²⁸⁴ Frågan är därför om kostnaden uppkommit till följd av en befogad eller obefogad handling.

Adestam hänvisar till principen om formell överensstämmelse, vilken förenklat innebär att garanten endast har att avgöra om en angiven dokumentegenskap föreligger eller inte utifrån dokumentets innebörd vid påseende.²⁸⁵ Om formell överensstämmelse föreligger innebär detta att bristande uppfyllelse av ett dokumentvillkor inte medför att fullgörelse var obefogad.²⁸⁶ Med andra ord är garanten regressberättigad om formell överensstämmelse mellan dokumentvillkoren och presenterade dokument föreligger.²⁸⁷ I detta avsnitt behandlas endast situationen att dokumentvillkoren var uppfyllda eftersom ianspråkstagandet var berättigat, därav följer att garanten i de återkravssituationer som här behandlas alltid kommer att ha regressrätt gentemot uppdragsgivaren då infriandet var befogat.²⁸⁸

4.4.3 Fullgörelse av regressförpliktelsen har inte skett

Det har ovan konstaterats att garanten har regressrätt gentemot uppdragsgivaren i de återkravssituationer som är föremål för denna framställning. En fråga som återstår att undersöka är emellertid om en regressförpliktad uppdragsgivare har återkravs rätt även om denne inte har fullgjort sin regressförpliktelse gentemot garanten. Godsk Pedersen tycks mena att så inte är fallet:

”Er beløbet derimod udbetalt under sådanne omstændigheder, at pengeinstituttet har regres mod principalen, og er regreskravet fyldestgjort, må kravet utvivlsomt tilkomme principalen.”²⁸⁹

Vid en första anblick tycks det rimligt att återkravs rätten uppkommer först då en utgift har uppstått för uppdragsgivaren. Det vore emellertid problematiskt att tillerkänna uppdragsgivaren återkravs rätt först sedan denne

²⁸⁴ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 481. Lindskog anser emellertid att det vid regressfrågor, till skillnad från vid kostnadstäckningsfrågor, inte går att hämta ledning ur uppdragsrättsliga principer utan att det här rör sig om en särskild rättslig disciplin, se *Lindskog Garantier med dokumentvillkor* s. 858.

²⁸⁵ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 190.

²⁸⁶ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 493.

²⁸⁷ Jfr *Lindskog Garantier med dokumentvillkor* s. 864 f., som tycks dela Adestams uppfattning om att garanten i detta fall torde ha regressrätt. Se dock avsnitt 3.7 ovan beträffande garantens regressrätt för det fall beneficentens begäran utgör rättsmissbruk.

²⁸⁸ Regressrätten är emellertid mer komplicerad än vad denna förenklade framställning ger sken av, se vidare Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 448 ff.

²⁸⁹ *Pedersen Bankgarantier* s. 81 (min kursivering).

har ersatt garanten. Som Adestam påpekar öppnar detta för situationen att uppdragsgivaren saknar medel till att fullgöra sin regressförpliktelse gentemot garanten och på grund härav är förhindrad att utöva sin återkravs rätt, utövandet av vilken hade resulterat i medel till att fullgöra regressförpliktelsen.²⁹⁰ Det synes därför inte vara en bra lösning att villkora uppdragsgivarens återkravs rätt med att denne ersatt garanten.

I *Tradigrain SA v. State Trading Corporation of India*²⁹¹ hade garanten ännu inte blivit ersatt av varken regressparten eller uppdragsgivaren och fråga uppkom huruvida uppdragsgivaren skulle medges återkravs rätt trots att någon utgift ännu inte uppstått för denne. Christopher Clarke J. besvarade denna fråga jakande:

”It seems to me that the account party may hold the amount recovered in trust for the bank [garanten], (where, for example, the bank had not been paid by him) but that does not affect his right to bring the claim in his own name.”²⁹²

” [...]there is no windfall benefit if sellers [uppdragsgivarna] hold the amount due back in trust for, or are *otherwise* liable to make payment of that amount to, either UBS [regressparten] or SBI [garanten].”²⁹³

Mot bakgrund av dessa utlåtanden anför Enonchong vidare att uppdragsgivaren, för det fall denne har utövat sin återkravs rätt men ännu inte regressvis ersatt garanten, är förpliktad att utge det återburna överskottet till garanten.²⁹⁴ Denna förpliktelses natur är emellertid oklar. Möjligen ska pengarna placeras i en ”trust”, men detta är behäftat med problem, särskilt då flera banker är inblandade på garantsidan. Från garantens perspektiv är lösningen med en ”trust” fördelaktig då den medför att garanten får separationsrätt till de återburna medlen.²⁹⁵ För de jurisdiktioner som inte har något ”trust”-institut, exempelvis Sverige, får frågan lösas på annat vis.²⁹⁶

²⁹⁰ Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin* s. 242.

²⁹¹ *Tradigrain SA v. State Trading Corporation of India* [2005] EWHC 2206 (Comm).

²⁹² *Tradigrain SA v. State Trading Corporation of India* s. 219.

²⁹³ *Tradigrain SA v. State Trading Corporation of India* s. 223 (min kursivering).

²⁹⁴ *Enonchong* The independence principle s. 295.

²⁹⁵ *Enonchong* The independence principle s. 296.

²⁹⁶ För svenskt vidkommande vore en tänkbar ordning att redovisningsskyldighet föreligger för uppdragsgivaren avseende det återburna överskottet. Något stöd härför finns emellertid inte och det är därför tveksamt om någon redovisningsskyldighet ska anses föreligga; troligtvis får garanten konkurrera om de återburna medlen med övriga borgenärer vid uppdragsgivarens insolvens.

4.5 Ränta

Då beneficenten mottog betalning som det visar sig att denne inte har rätt att behålla, det vill säga överbetalningen, ska ränta utgå.²⁹⁷ Tidpunkten från vilka ränta ska beräknas är däremot inte given; ska det utgå från dagen då infriande skedde eller från en senare tidpunkt. Frågan torde ankomma på när beneficentens återbetalningsförpliktelsen ska anses ha uppkommit.²⁹⁸ Med hänsyn till att ianspråkstagandet av garantin var berättigat hade beneficenten rätt att disponera över de mottagna medlen från dagen för infriande. Därför torde inte återbetalningsförpliktelsen ha uppkommit redan vid infriandet och följaktligen ska inte heller ränta utgå från dagen för infriande. Det har med fog anförts att ränta istället bör utgå från dag då storleken på överskottet har fastställts.²⁹⁹ I *Tradigrain SA v. State Trading Corporation of India*³⁰⁰ uttryckte Christopher Clarke J. obiter dictum att återbetalningsförpliktelsen uppstår först då det har konstaterats att en överbetalning har skett.³⁰¹ Då ränta utgår från dagen då förpliktelsen uppstod innebär uttalandet att ränta bör utgå från dagen då överskottets omfattning har fastställts.

²⁹⁷ Se *Enochong* The independence principle s. 296 f. samt *Andrews & Millet* Law of Guarantees s. 683.

²⁹⁸ Jfr *Enochong* The independence principle s. 296.

²⁹⁹ Jfr *Enochong* The independence principle s. 297 samt *Andrews & Millet* Law of Guarantees s. 683.

³⁰⁰ *Tradigrain SA v. State Trading Corporation of India* [2005] EWHC 2206 (Comm).

³⁰¹ *Tradigrain SA v. State Trading Corporation of India* s. 221.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Adestam, Johan, *Den dokumentvillkorade garantin*, Karnov Group Sweden AB, Danmark 2014 [Cit.: *Adestam Den dokumentvillkorade garantin*].

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt II*, sjätte upplagan, Juristförlaget i Lund, Polen 2010 [Cit.: *Adlercreutz Avtalsrätt II*].

Andrews, Geraldine & Millet, Richard, *Law of Guarantees*, sjätte upplagan, Sweet & Maxwell, London 2011 [Cit.: *Andrews & Millet Law of Guarantees*].

Arnesdotter, Ingrid, *Moderna betalningsmetoder – betalning och girering*, Nerenius & Santéus Förlag AB, Göteborg 1996 [Cit.: *Arnesdotter Moderna betalningsmetoder*].

Arvidsson, Niklas, *Lag (1936:81) om skuldebrev 1 §*, Lexino 2014-01-04 [Cit.: *Arvidsson Skuldebrevslagen*].

Bertrams, Roeland F., *Bank guarantees in international trade*, fjärde upplagan, Kluwer Law International, Haag 2013 [Cit.: *Bertrams Bank guarantees*].

Enonchong, Nelson, *The independence principle of letters of credit and demand guarantees*, Oxford university press, Chippenham 2011 [Cit.: *Enonchong The independence principle*].

Goode, Roy & Affaki, Georges, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758*, ICC Services Publications, Paris 2011 [Cit.: *Goode Guide to URDG*].

Gorton, Lars, *Rembursrätt*, Norstedts, Stockholm 1980 [Cit.: *Gorton Rembursrätt*].

Ingvarsson, Torbjörn, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, Norstedts Juridik, Stockholm 2000 [Cit.: *Ingvarsson Borgensliknande säkerhetsrätter*].

Ingvarsson, Torbjörn (2012), *Borgen och självständiga garantier*, SvJT 2012 s. 1034-1061 [Cit.: *Ingvarsson självständiga garantier*].

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, sjätte upplagan, Institutet för bank- och affärsjuridik, Uppsala 2010 [Cit.: *Lehrberg* Juridisk metod].

Lehrberg, Bert, m.fl., *Borgen: Förutsättningsfrågor. Regressfrågor. Konsumentfrågor*, Fritzes Förlag AB, Stockholm 1995 [Cit.: *Lindskog Borgen*].

Lennander, Gertrud, *Kredit och säkerhet – Lärobok i krediträtt*, elfte upplagan, Iustus Förlag AB, Polen 2015 [Cit.: *Lennander* Kredit och säkerhet].

Lennander, Gertrud, *Condictio Indebiti: Festskrift till Torgny Håstad (red.: Göran Lambertz m.fl.)*, Iustus Förlag AB, Uppsala 2010 [Cit.: *Lennander* Condictio indebiti].

Lindskog, Stefan, *Kvittning – Om avräkning av privaträttsliga fordringar*, tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, Vanda, Finland 2014 [Cit.: *Lindskog* Kvittning].

Lindskog, Stefan, *Betalning – Om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor*, Norstedts Juridik AB, Vanda, Finland 2014 [Cit.: *Lindskog* Betalning].

Lindskog, Stefan (2014-15), *Garantier med dokumentvillkor – kommentarer med anledning av en avhandling*, JT 2014-15 s. 829-872 [Cit.: *Lindskog* Garantier med dokumentvillkor].

Lindstrand, Henrik (2011-12), *Bankgarantin enligt svensk rätt – särskilt om Adjudation Bond*, JT 2011-12 s. 65-87 [Cit.: *Lindstrand* Bankgarantin enligt svensk rätt].

Malek, Ali & Quest, Davis, *Jack: Documentary Credits*, fjärde upplagan, Tottel Publishing, West Sussex 2009 [Cit.: *Malek & Quest* Jack].

Mugasha, Agasha, *The law of letters of credit and bank guarantees*, Federation Press, Sydney 2003 [Cit.: *Mugasha* Letters of credit and bank guarantees].

Pedersen, Godsk & Viggo, Hans, *Bankgarantier*, andra upplagan, Jurist- og økonomforbundets forlag, Köpenhamn 2003 [Cit.: *Pedersen* Bankgarantier].

Phillips, John & O'Donovan, James, *The modern contract of guarantee*, andra upplagan, Sweet & Maxwell, London 2010 [Cit.: *Phillips* The modern contract of gurantee].

Samuelsson, Per & Gorton, Lars, *Kontraktuella viten ur Studier i rättsekonomi: Festskrift till Ingemar Ståhl (red.: Christian Dahlman)*, Studentlitteratur, Lund 2005 [Cit.: *Samuelsson* Kontraktuella viten].

Ussing, Henry, *Dansk obligationsret - Speciel del, 2, Enkelte kontrakter*, andra upplagan, G.E.C Gads Forlag, 1956 [Cit.: *Ussing* Kontrakter].

Walin, Gösta & Ingvarsson, Torbjörn, *Borgen och tredjemanspant*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik AB, Vanda, Finland 2013 [Cit.: *Walin* Borgen].

Walin, Gösta, *Borgen och tredjemanspant*, tredje upplagan, Författaren och Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002 [Cit.: *Walin* 2002].

Walin, Gösta & Herre, Johnny, *Lagen om skuldebrev m.m. – En kommentar*, tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, Vällingby 2011 [Cit.: *Walin* Skuldebrev].

Standardavtal

ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (2010), ICC Publication no. 758.

Konventioner

United Nations Convention (50/48) on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit.

Rättsfallsförteckning

Svenska rättsfall

NJA 1929 s. 267 I

NJA 1978 s. 728

NJA 1989 s 739

NJA 1994 s. 474

NJA 2002 s. 244

Svenska domsresuméer

HD Ö 160/08

Engelska rättsfall

GKN Contractors Ltd. v. Lloyds Bank Plc and Another [1985] B.L.R. 48.

Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation [1996] 2 Lloyd's Rep. 524 (Queen's Bench).

Comdel Commodities Ltd. v Siporex Trade SA [1997] 1 Lloyd's Rep. 424, 431.

Cargill International SA v. Bangladesh Sugar & Food Industries Corporation [1998] 1 WLR 461 (Court of Appeal).

Sepoong Engineering Construction Co Ltd v. Formula One Administration Ltd. [2000] 1 Lloyd's Rep. 602.

Tradigrain SA v. State Trading Corporation of India [2005] EWHC 2206 (Comm).

IIG Capital LLC v. Van Der Merwe and another [2007] EWHC 2631.

Uxinterimpex JSC v. Standard Bank Plc [2008] EWCA Civ 819.

Australienska rättsfall

Australasian Conference Association v. Mainline Constructions Proprietary PTY Ltd (in liq.) [1978] 141 CLR 335.

Wood Hall Ltd v. The Pipeline Authority [1979] 141 CLR 443.

Amerikanska rättsfall

Exxon Company, U.S.A v. Banque de Paris et des Pays-Bas 828 F. 2d 329.