



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Erik Gustafsson

# I gränslandet mellan avtalstyper

En uppsats om garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Ola Svensson

Termin för examen: Period 1 VT2018

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 Introduktion till ämnet	7
1.2 Avtalsgrupper och avtalstolkning – Några klargöranden	10
1.2.1 Avtalstyper och avtalsformer	10
1.2.2 Att skriva om avtalstolkning	11
1.3 Syfte och frågeställningar	13
1.4 Metod och material	14
1.5 Avgränsningar och begreppsanvändning	17
1.6 Forskningsläge	18
1.7 Den fortsatta framställningen	19
<b>2 FÖRSÄKRINGAR</b>	<b>21</b>
2.1 Allmänt om försäkringsavtalet och några av dess rättsverkningar	21
2.2 Fastställande av försäkringsavtals innehåll	23
<b>3 BORGEN</b>	<b>26</b>
3.1 Allmänt om borgensavtalet och några av dess rättsverkningar	26
3.2 Fastställande av borgensavtals innehåll	32
<b>4 FÖRSÄKRING ELLER BORGEN?</b>	<b>34</b>
4.1 Inledning och problematisering	34
4.2 Något om gränsdragningen	35
<b>5 FÖRETAGSÖVERLÅTELSE</b>	<b>38</b>
5.1 Inledning och rättslig kontext	38

<b>5.2</b>	<b>Fördelning av transaktionens risker</b>	<b>39</b>
5.2.1	Några inledande ord	39
5.2.2	Köplagens regler om fel i varan	40
5.2.3	Garantikatalogens betydelse	42
<b>6</b>	<b>GARANTIFÖRSÄKRINGAR I FÖRETAGSÖVERLÅTELSE</b>	<b>44</b>
6.1	Allmänt om säkerhetslösningen	44
6.2	Syften med säkerhetslösningen	47
6.3	Undantag från skydd	48
<b>7</b>	<b>TOLKNING OCH UTFYLLNING</b>	<b>50</b>
7.1	Teoretiska utgångspunkter	50
7.2	Betydelsen av individuella förhållanden vid tolkning av avtal	52
7.3	Betydelsen av objektiva faktorer vid tolkning av avtal	53
7.3.1	Allmänt	53
7.3.2	Särskilt om betydelsen av dispositiv rätt	55
7.4	Utfyllning	57
<b>8</b>	<b>AVSLUTANDE DISKUSSION</b>	<b>59</b>
8.1	Borgen, försäkring, bägge två eller ingetdera?	59
8.2	Fastställande av innehåll och rättsverkningar	64
8.2.1	Inledning	64
8.2.2	Fastställande av innehåll	64
8.2.3	Fastställande av rättsverkningar	66
8.3	Sammanfattande slutsats	69
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>70</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>77</b>

# Summary

Contracts can be sorted into different contract types. The question whether a specific contract belongs to a certain contract type depends on if the contract matches the essential characteristics of the contract type. Two contract types that, at least in some parts, are difficult to distinguish from one another are insurance contracts and guarantees. Insurance companies has increasingly issued different types of guarantees, although they are classified as insurance contracts by the insurance companies. In the same way banks are doing business in a manner that is similar to insurance business by concluding guarantees for consideration. The amount of the consideration is decided based upon statistical calculations of the expected cost of all guarantees in the business.

The thesis examines warranty and indemnity insurances. Warranty and indemnity insurances are concluded by one of the parties in a business transfer and an insurance company. In many respects, for example the triangular relationship and the purpose of the contracts, these contracts are similar to guarantees. They are, nevertheless, classified as insurance contracts and concluded by insurance companies. The first question of the thesis addresses which contract type warranty and indemnity insurances belongs to. Contrary to what is distinctive for insurance contracts and guarantees, a warranty and indemnity insurance is an instantaneous contract. This implies that several rules governing insurance contracts and guarantees will not be applicable for a warranty and indemnity insurance.

The second question of the thesis addresses the importance of the answer to the first question for determining the content and legal effects of a specific warranty and indemnity insurance. The underlying law to the business transfer consists primarily of the provisions of the Sale of Goods Act, which may therefore be considered to be of importance in determining both the content of a warranty and indemnity insurance and its legal effects. Furthermore, in legal doctrine, the extent to which the principles of contractual interpretation diverge between different types of contracts have been discussed. The conclusion drawn in the thesis is that the contractual interpretation as such does not differ between different types of contracts. However, differences arise between the circumstances that can be considered to be relevant in the context of the contractual interpretation because of the differences in purpose with and party configurations of different contract types. Guidance on the interpretation of a specific warranty and indemnity insurance will need to be obtained from both the legal rules governing

guarantees and legal rules governing insurance as well as the Sale of Goods Act.

The question regarding which legal rules that are applicable for a warranty and indemnity insurance cannot be given an unambiguous answer. Also in this manner there are legal rules governing insurance contracts, guarantees and the Sale of Goods Act that can be applied. In at least two situations, the rules governing insurance contracts differ from those governing guarantees. First of all, the regulations differ in the case of insurance company's or guarantor's bankruptcy and, secondly, the regulations differ as to how short limitation periods the parties can agree upon and how limitation periods can be interrupted.

# Sammanfattning

Avtal kan sorteras genom att delas in i avtalstyper. Frågan om ett specifikt avtal hör till en viss avtalstyp beror på om avtalets egenskaper stämmer överens med de medlemskapskriterier som ställs upp för avtalstypen. Två avtalstyper som åtminstone i vissa delar är svåra att avgränsa från varandra är borgensavtal och försäkringsavtal. I allt högre grad ställer försäkringsbolag ut säkerhetsrätter, vilka rubriceras som försäkringar trots att deras innehåll i hög grad stämmer överens med medlemskapskriterierna för borgensavtal. På motsvarande sätt bedriver banker verksamhet som i vissa delar påminner om försäkringsverksamhet genom att flertalet avtal om säkerhetsrätter ingås mot vederlag. Vederlaget bestäms genom att statistiska beräkningar företas, varigenom den förväntade kostnaden för det stora antalet avtal kalkyleras.

I förevarande framställning behandlas garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser. Avtal om garantiförsäkring ingås mellan någon av parterna i en företagsöverlåtelse och ett försäkringsbolag. I många avseenden påminner partsstrukturen samt avtalens syften och funktion om borgensavtal. Avtalen rubriceras dock som försäkringar och ingås av försäkringsbolag. Framställningens första frågeställning tar sikte på vilken, om ens någon, av avtalstyperna borgen respektive försäkring garantiförsäkringarna tillhör. Bland annat uppmärksammas att garantiförsäkringarna är momentana avtal, till skillnad från vad som är vanligt förekommande för borgensavtal och försäkringsavtal. Det innebär att flertalet regler i FAL rörande försäkringstagarens biförpliktelser inte aktualiseras för garantiförsäkringarnas vidkommande. För borgensavtal förekommer regler som stadgar att huvudförbindelsens parter är skyldiga att iakttä borgensmannens intresse. På samma sätt som gäller för reglerna i FAL kommer dessa regler för borgensavtal många gånger inte att kunna tillämpas.

Framställningens andra frågeställning tar sikte på vilken betydelse svaret på uppsatsens första frågeställning får för fastställande av innehållet i och rättsverkningarna av en specifik garantiförsäkring. Den till företagsöverlåtelserna bakomliggande rätten utgörs framförallt av bestämmelserna i KöpL, som därför kan antas vara av betydelse både vid fastställande av en garantiförsäkrings innehåll och rättsverkningar. Vidare har det i doktrin diskuterats i vilken mån principerna för avtalstolkning skiljer sig åt mellan olika avtalstyper. Den slutsats som dras i förevarande framställning är att avtalstolkningen som sådan inte sker på något annorlunda sätt beroende på vilken avtalstyp det specifika avtalet tillhör. Skillnader förekommer emellertid mellan vilka omständigheter som typiskt sett kan antas vara relevanta att beakta vid avtalstolkningen, vilket bland annat kan antas bero på

att avtal tillhörandes olika avtalstyper förekommer för olika ändamål och inom ramen för olika partskonstellationer. För garantiförsäkringarnas vidkommande kommer vägledning vid tolkning av ett specifikt avtal behöva hämtas från såväl rättsregler rörande borgen och försäkring som KöpL.

Frågan om vilka utfyllande regler som kan tillämpas på garantiförsäkringarna kan inte ges ett entydigt svar. Även här finns framförallt regler för borgensavtal, regler i FAL samt regler i KöpL att tillgå. I åtminstone två situationer skiljer sig reglerna i FAL från de som gäller för borgensavtal. För det första skiljer sig reglerna åt vid försäkringsbolags respektive borgensmans konkurs och för det andra skiljer sig reglerna åt i fråga om hur kort preskriptionstid parterna kan avtala om samt vad som krävs för att åstadkomma preskriptionsavbrott.

# Förord

Nio terminer. Det har varit kul, men ibland också tufft. Många gånger har jag hämtat min energi i allt roligt som hänt utanför Juridicum's snurrdörrar. Därför vill jag inleda detta förord med att tacka alla mina fantastiska vänner för dessa år, med ett särskilt stort tack till Adrian och Erik. Utan er hade inte tiden i Lund blivit hälften så bra som den blev!

Jag har även jobbat en del sedan min fjärde termin här på juristprogrammet. Det är svårt att sätta ord på hur mycket tiden på nätkurserna har präglat min tid på juristprogrammet. Tack till alla – nuvarande och före detta – nätkursare för den här tiden! Och tack till Magnus, för att du varit den bästa chef jag haft!

Under våren har jag brottats med mitt examensarbete och härmed förtjänar ytterligare några personer att tackas. Jag vill tacka min handledare Ola Svensson för intressanta diskussioner och goda råd under terminens gång. Dessutom vill jag tacka Joel, Martin och Martin för noggranna genomläsningar och värdefulla kommentarer.

Jag vill även tacka mamma, pappa och Sofia för att ni alltid finns med mig och stöttar mig i det jag gör! Jag ser fram emot att höra mamma berätta om hur glad jag blev när jag kom in på programmet nästa gång vi ses.

Ett varmt tack vill jag även rikta till älskade Dina, du är bäst!

Lund, en solig dag i maj 2018

*Erik Gustafsson*



# Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
FAL	Försäkringsavtalslag (2005:104)
FRL	Försäkringsrörelselag (2010:2043)
GFAL	Den numera upphävda lag (1927:77) om försäkringsavtal
HB	Handelsbalk (1736:0123 2)
HD	Högsta domstolen
KöpL	Köplag (1990:931)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PreskL	Preskriptionslag (1981:130)
SkL	Skadeståndslag (1972:207)

# 1 Inledning

## 1.1 Introduktion till ämnet

Avtal utgör en grundläggande företeelse i förhållanden enskilda emellan. Bland annat fungerar avtal som instrument i den ekonomiska omsättningens intresse. De kan vara av skiftande slag och förekomma i olika situationer. Gemensamt är att parterna i ett avtal vill åstadkomma en förändring eller säkerställa något bestående. Någon söker och får anställning. En annan köper bostad och en tredje hyr ut lokal.<sup>1</sup> I och med att till exempel avtalsföremålet, formerna för träffande och fullgörande av avtal samt partsstrukturerna varierar är det möjligt att dela in avtal i olika grupper.<sup>2</sup>

En grupp av avtal som behandlats i doktrin är företagsöverlåtelser. Det har uttalats att på grund av företagsöverlåtelsernas karaktäristik kan de föranleda särskilda och generella beaktanden vid fastställande av deras innehåll. Företagsöverlåtelser är nämligen speciella bland annat eftersom de inte rör överlåtelse av en vara i form av en sak utan istället utgör överlåtelseobjektet i sig en juridisk person. Vidare är transaktionerna ofta förknippade med hög komplexitet, stora ekonomiska värden och därmed betydande risker.<sup>3</sup> En central aspekt av fördelningen av nyssnämnda risker förknippade med en företagsöverlåtelse är de garantier som föreskrivs.

Köparen i en företagsöverlåtelse vill vanligtvis att säljaren åtar sig ansvar i enlighet med extensivt formulerade garantier, så många som möjligt till antalet. Samtidigt vill köparen förvissa sig om att ekonomiska skador med anledning av garantibrist kommer bli ersatta. Säljaren däremot vill att omfattningen av garantikatalogen avgränsas så snävt som möjligt. Säljaren vill även ha tillgång till försäljningsvinsten så tidigt som möjligt. Garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser har vuxit fram i denna kontext som en lösning för hur både köpare och säljare i en företagsöverlåtelse i högre grad kan få sina preferenser tillfredsställda.<sup>4</sup>

Garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser har förekommit sedan 1980-talet men det är framförallt under 2000-talet som användandet tagit fart. Genom en garantiförsäkring åtar sig en tredje part, i förhållande till företagsöverlåtelsernas parter, att ersätta de ekonomiska skador som kan uppstå

---

<sup>1</sup> Se Adlercreutz m.fl. 2016, s. 18 f; Ramberg & Ramberg 2016, s. 17.

<sup>2</sup> Se Arvidsson 2010, s. 211 ff; Adlercreutz m.fl. 2016, s. 19.

<sup>3</sup> Se Lindskog 1991, s. 310 f.

<sup>4</sup> Se exempelvis Watchorn & Winborn 2008, s. 43 f; Whitney m.fl. 2018, s. 2.

vid garantibrist. Garantiförsäkringen används bland annat som – ett ekonomiskt effektivare – alternativ till att köparen deponerar en viss del av köpeskillingen hos en bank. Om det visar sig att de verkliga förhållandena vid köparens tillträde till aktierna inte motsvarar vad som utfästs i säljarens garantier kan nämligen köparen rikta krav om ersättning mot den tredje parten.<sup>5</sup>

Det intresse som skyddas genom avtal om garantiförsäkring är ekonomisk skada till följd av att den överlåtna varan, det så kallade målbolaget, inte motsvarar vad som föreskrivs i säljarens garantier. Till skillnad från vad som vanligtvis gäller vid försäkring tar garantiförsäkringen således inte sikte på framtida ovissa händelser utan istället på förhållanden som förelegat vid ingående av försäkringsavtalet (och tillträdet till aktierna) men av någon anledning inte upptäckts. Utöver sådana garantier som är framåtblickande görs vanligen ett antal undantag från garantiförsäkringarnas skydd i jämförelse med garantikatalogen. Det kan exempelvis röra sådana garantibrister som köparen känt till eller ekonomiska skador med anledning av brott mot offentligrättsliga eller straffrättsliga regler.<sup>6</sup>

Det har på olika håll i doktrin beskrivits att banker i allt högre grad har börjat konkurrera med försäkringsbolag genom att bedriva verksamhet som går ut på att mot vederlag ingå olika slags avtal om betalningsåtaganden till säkerhet för penningprestationer. Försäkringsbolag ställer i sin tur i allt högre grad ut olika säkerhetsrätter i form av borgens- eller garantiåtaganden, vilka rubriceras som försäkringar. I takt med att nya säkerhetsrätter introduceras på den finansiella marknaden blir gränsen mellan försäkringsavtal å ena sidan och borgensavtal å andra sidan allt mer flytande. Ett åtagande, mot vederlag, av ett försäkringsbolag om att ersätta en butiksägare för uppkomna skador i händelse av en brand ska otvivelaktigt betecknas som en försäkring. Det går heller inte att ifrågasätta att en privatpersons åtagande gentemot en bank om att träda in och betala i en närstående persons ställe vid dennes oförmåga att exempelvis betala av ett lån utgör ett borgensåtagande. Däremellan återfinns emellertid en rad olika avtal som alla utgör olika slags säkerhetsrätter. Bankgarantier (självständiga och accessoriska), leverans- och entreprenadgarantier, stödbrev, kreditgarantier samt kundkreditförsäkringar är några exempel på sådana avtal.<sup>7</sup>

I förevarande framställning ska garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser behandlas. Denna grupp av avtal betecknas som en slags försäkring och den tredje parten, som träder in i säljarens ställe, är vanligtvis ett försäkringsbolag.

---

<sup>5</sup> Se Forssman 2016, s. 163 ff; Watchorn & Winborn 2008, s. 43 ff.

<sup>6</sup> Se Whitney m.fl. 2018, s. 5 f.

<sup>7</sup> Se SOU 1992:30, s. 31 ff.

Det ska dock poängteras att den juridiska karaktären hos ett betalningsåtagande inte nödvändigtvis bestäms av dess rubrik utan även innehållet kan vara av betydelse för klassificeringen.<sup>8</sup> Vidare kan det påpekas att Ingvarsson uttalar att i den mån en säkerhetsrätt har samma grundläggande konstruktion som en borgen finns det anledning att utreda i vilken mån säkerheten bör underkastas reglerna för borgensåtaganden.<sup>9</sup> Vad ankommer garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser tyder avtalets syfte, funktion och partskonstellation på att likheter finns även med andra säkerhetsrätter än försäkringar, till exempel borgensåtaganden, vilket kommer behandlas mer ingående i den fortsatta framställningen.

Vid en situation då parterna i ett garantiförsäkringsavtal har olika uppfattningar om hur en viss uppkommen situation förhåller sig till regleringen i avtalet behöver den som har att avgöra tvisten fastställa avtalets innehåll. Om parterna har olika uppfattningar om hur en regel i avtalet ska förstås behöver regeln tolkas. För det fall den uppkomna situationen över huvud taget inte reglerats i avtalet kan det behöva fyllas ut med någon eller några regler. Det har i doktrin uttalats att för varje avtalstyp finns det mer eller mindre egenartade förhållanden som behöver beaktas vid avtalstolkningen. Dessa förhållanden kan inte förväntas vara permanenta över tid utan förändras successivt. I linje härmed har det även uttalats att det inte finns någon av tid och avtalstyper oberoende tolkningslära.<sup>10</sup>

I förevarande framställning kommer en diskussion föras kring huruvida garantiförsäkringar tillhör någon av avtalstyperna försäkring eller borgen. Därutöver kommer det diskuteras vilken betydelse svaret på den nyssnämnda frågan bör ha vid fastställande av innehållet i och rättsverkningarna av en garantiförsäkring i en företagsöverlåtelse.

I det närmast följande ska några klagöranden avseende vad som i denna framställning menas med avtalsgrupper, avtalsformer och avtalstyper göras. I anslutning därtill ska även några svårigheter, som enligt min mening är behäftade med författandet av en framställning om avtalstolkning, belysas.

---

<sup>8</sup> Se Gorton 1994, s. 85 f.

<sup>9</sup> Se Ingvarsson 2000, s. 17 ff.

<sup>10</sup> Se Lindskog 1991, s. 305 ff.

## 1.2 Avtalsgrupper och avtalstolkning – Några klagöranden

### 1.2.1 Avtalstyper och avtalsformer

I framställningen kommer olika grupper av avtal att diskuteras och därmed är det motiverat att redan i detta inledande avsnitt klargöra vilken terminologi som används i det hänseendet. Arvidsson diskuterar förekomsten *avtalsgrupper*. Han använder det som ett samlingsbegrepp för både *avtalstyper* och *avtalsformer*. En avtalsgrupp är således antingen en avtalstyp eller avtalsform.<sup>11</sup>

Vid bestämmande av vilken avtalsgrupp ett visst avtal ska sorteras under behöver ställning tas till vilka *medlemskapskriterier* den aktuella avtalsgruppen ställer upp. När nyssnämnda fråga besvarats behöver avtalet tolkas. Frågan om ett visst avtal exempelvis är ett försäkringsavtal beror nämligen på om avtalet uppfyller de kriterier som definierar försäkringsavtal. Medlemskapskriterierna pekar ut tolkningstemat och avtalstolkningsverksamheten syftar till att besvara frågan om det specifika avtalet är ett försäkringsavtal. Det ska emellertid påpekas att kriterierna alltid är mer eller mindre vaga och därmed kan det vara oklart vilken grupp ett avtal ska sorteras under.<sup>12</sup> Även Adlercreutz och Gorton diskuterar hur avtal bör sorteras i olika grupper. De uttalar att "[a]vtalets innehåll, som fastställs genom avtalstolkning, jämförs med vad som är typiskt för avtal hänförliga till den berörda avtalstypen och eventuellt med i lagstiftning om avtalstypen uppställda rekvisit."<sup>13</sup> Notera att avtalstolkningsverksamheten således tjänar ett visst syfte när den används för att sortera ett specifikt avtal under en viss avtalsgrupp. Detta syfte med tolkningsverksamheten bör inte förväxlas med ett annat syfte som avtalstolkningen kan tjäna, nämligen att besvara frågan om hur ett specifikt avtal (exempelvis ett visst begrepp i en klausul) ska förstås.<sup>14</sup>

Vidare kan en och samma avtalsgrupp kan innefatta flera mer specificerade grupper. Arvidsson lyfter fram exemplet att avtal som sorteras in under den allmänna rubriken *överlåtelseavtal* kan delas in i ett antal olika undergrupper beroende bland annat på karaktären hos den egendom som avtalen syftar till att överlåta, karaktären hos överlåtelseformen eller beroende på bägge dessa parametrar. Karaktären hos egendomen ligger exempelvis till grund för

---

<sup>11</sup> Arvidsson 2010, s. 211 ff.

<sup>12</sup> Ibid. s. 214 ff.

<sup>13</sup> Adlercreutz & Gorton 2009, s. 21.

<sup>14</sup> Se Samuelsson, Joel 2008, s. 606 ff.

gränsdragningen mellan lös och fast egendom medan karaktären hos överlåtelseformen ligger till grund för urskiljandet av köp, byte och gåva.<sup>15</sup>

Avtalstyper, men inte avtalsformer, bildas av speciella avtalsrättsliga normer. Att ett visst avtal hör till en viss avtalsform innebär enbart att det är ett avtal av ett visst slag. Begreppet avtalsform fyller ingen ytterligare funktion. Avtalstyper däremot definieras i termer av regelkomplex som består av speciella avtalsrättsliga normer i allmänhet. Sådana normer kan följa direkt av lag eller prejudikat. Därutöver kan de vara grundade på handelsbruk eller annan sedvänja samt på analogier från närliggande lagstiftning. Ett påstående om att, exempelvis, garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser utgör en avtalstyp implicerar att det finns speciella avtalsrättsliga normer för garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser samt att dessa normer inte tillhör någon annan av rättsordningen erkänd avtalstyp. Avtalstyper utgör således rättsfigurer, men detsamma kan inte sägas om avtalsformer. För det fall ett visst avtal faller under flera avtalstyper som alla innehåller samtidigt, för den aktuella tvistefrågan, tillämpliga normer kan svåra frågor uppkomma kring valet av tillämpliga utfyllande regler.<sup>16</sup>

## 1.2.2 Att skriva om avtalstolkning

Det har i doktrin framhållits att tolkning av avtal inte är något som går att konkretisera genom ett antal regler eller principer som ska tillämpas i varje situation med beaktande av en viss inbördes ordning.<sup>17</sup> I samband med att Adlercreutz och Gorton kommenterar ett antal principframställningar på avtalsrättens område beskriver de "[...] hur svårt det är att med någon grad av precision formulera en tolkningsregel. Den kan vila på en rimlig fast grund men för att vara praktiskt användbar måste den kompletteras så att den kan fånga in olika situationer."<sup>18</sup> Enligt Vahlén kan det hävdas att "[...] det ligger en viss fara i alla försök till systematisering av tolkningsförfarandet."<sup>19</sup> Grönfors har benämnt avtalstolkningen "[...] en gåtfull juristverksamhet."<sup>20</sup>

Joel Samuelsson beskriver att genom avtal ställer parterna upp ett antal regler och de behöver tolkas för att avtalets innehåll ska kunna fastställas. Problemet ligger enligt Joel Samuelsson i att texter – och regler är texter – lika litet kan svara på frågan hur de själva ska tolkas, som på frågan hur andra texter ska tolkas. Föreskrivs en regel utanför avtalet, exempelvis i form av en lag eller i ett prejudikat, avseende hur reglerna i ett avtal ska tolkas menar Joel

---

<sup>15</sup> Arvidsson 2010, s. 211 ff.

<sup>16</sup> Ibid. s. 214 ff.

<sup>17</sup> Se Samuelsson, Joel 2011, s. 20–39 och 154–163; Ramberg & Ramberg 2016, s. 160 f.

<sup>18</sup> Adlercreutz & Gorton 2009, s. 14.

<sup>19</sup> Vahlén 1960, s. 249.

<sup>20</sup> Grönfors 1989, s. 8.

Samuelsson att frågan endast skjuts ett steg framåt. Varje ny regel måste nämligen också tolkas – ”[...] och det ytterst med avseende på det konkreta fall som är uppe för bedömning”<sup>21</sup>. Härigenom, menar Joel Samuelsson, närmar man sig inte svaret på hur avtalets regel ska förstås utan man avlägsnar sig från det.<sup>22</sup>

Istället för att diskutera regler för hur avtalstolkningen ska gå till kan blickfånget riktas mot vilka omständigheter som kan vara relevanta att beakta vid tolkningen av ett avtal. I motiven till 32 § första stycket AvtL uttalas att vad som ska anses utgöra innehållet av en avgiven viljeförklaring måste fastställas genom tolkning av förklaringen, varvid hänsyn naturligtvis bör tagas icke blott till dennas ordalydelse utan till samtliga omständigheter, som kunna vara av betydelse för ett riktigt bedömande av dess innebörd.<sup>23</sup> Joel Samuelsson uttrycker att: ”[v]ad som helst får beaktas, eller, rättare sagt, vilka omständigheter som helst. Kan man övertygande göra en omständighet **relevant** för förståelsen av det villkor som tolkas så är den **relevant**.”<sup>24</sup>.

En ytterligare aspekt av läran om avtalstolkning som bidrar till att göra ämnet svårt att skriva om är den till viss del inkonsekventa begreppsbyggnad som vuxit fram i rättspraxis och doktrin. Adlercreutz och Gorton har kommenterat det på följande vis:

”En svårighet är att det inte finns någon allmänt accepterad begreppsbyggnad, terminologi eller systematik på detta [det vill säga avtalstolkningens, min anm.] område. I jämförelse med lagtolkning har avtalstolkning varit mindre diskuterat, men under senare årtionden har en sådan diskussion ökat i omfattning. När den första upplagan av denna bok utkom [1967, min anm.], var det nödvändigt att bygga upp en egen systematik och delvis en ny terminologi. Användningen av vissa termer överensstämmer inte på alla punkter med vad som förekommer hos andra författare. Sålunda råder det inte enighet om vad som innefattas i begreppet tolkning resp. utfyllning.”<sup>25</sup>

Ramberg och Ramberg anför att det inte är meningsfullt att göra en strikt skillnad mellan det som de definierar som egentlig tolkning (tydning av text) och utfyllning (hur luckor i avtalet ska fyllas). De konstaterar istället att vid fastställande av avtals innehåll ska en helhetsbedömning företas vilket innebär att många olika faktorer behöver beaktas, såsom: vad parterna uttryckligen sagt och skrivit, vad parterna underförstått antagit, avtalets syfte och ändamål, hur parterna betett sig i samband med avtalsförhandlingarna och

---

<sup>21</sup> Samuelsson, Joel 2011, s. 156.

<sup>22</sup> Ibid. s. 156 f.

<sup>23</sup> Förslag till avtalslag 1914, s. 140.

<sup>24</sup> Samuelsson, Joel 2014, s. 715 f.

<sup>25</sup> Adlercreutz & Gorton 2009, s. 17.

i samband med att de börjat fullgöra avtalet, dispositiv rätt samt handelsbruk.<sup>26</sup> Adlercreutz och Gorton menar att åtskillnaden mellan tolkning och utfyllning i och för sig är etablerad, men de påpekar även att det kan diskuteras hur klagörande den gränsdragningen egentligen är. När de diskuterar gränsdragningen är det (för att använda deras ordval) *tolkning i inskränkt bemärkelse* som jämförs med utfyllning. *Tolkning i vidsträckt bemärkelse* innefattar nämligen bägge de nyssnämnda förfarandena.<sup>27</sup> När Joel Samuelsson diskuterar förhållningssätten till avtalstolkning som kommit till uttryck i doktrin anmärker han att distinktionen mellan tolkning och utfyllning "[...] ger den svenska juridiken kring tolkningsfrågorna en tendens till personlighetsklyvning."<sup>28</sup> Han menar att å ena sidan eftersöks längst möjligt det regelmässiga i tolkningsförfarandet. Å andra sidan används många gånger en definition av tolkningsbegreppet som inte innefattar utfyllning och därmed saknar regelmässighet.<sup>29</sup>

Avsikten med förevarande framställning har inte varit att uttömmande redogöra för den diskussion som förekommit på avtalstolkningslärans område utan snarare att göra några nedslag för att belysa vissa svårigheter som skrivandet om avtalstolkning är behäftat med. Det som nyss presenterats påverkar nämligen det syfte som formuleras för framställningen.

### 1.3 Syfte och frågeställningar

Den för framställningen grundläggande frågan som ska utredas är till vilken, om ens någon, avtalstyp garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser bör sorteras. De avtalstyper som kommer diskuteras är försäkringsavtal och borgensavtal. Den därpå följande frågan tar sikte på vilken, om ens någon, betydelse det har för fastställandet av ett visst avtals innehåll respektive rättsverkningar att det sorterats in under en viss avtalstyp. Den ovan företagna redogörelsen för vissa av avtalstolkningens svårigheter får betydelse för vilken ambition jag har för besvarandet av frågan. Redogörelsen sätter nämligen en slags ram för vad jag menar att en framställning om avtalstolkning överhuvudtaget kan generera för slutsatser. Det är naturligtvis möjligt att studera vilka ställningstaganden som domstolar har gjort när tolkningstvister avgjorts. Det är även nyttigt att sammanställa och analysera vad som skrivits i doktrin kring olika tolkningstvister som avgjorts. Den nyssnämnda ramen medför emellertid att det inte kommer göras någon ansats för att föreslå ett tydligt schema eller konkreta regler för hur den aktuella gruppen av avtal bör tolkas. Istället är ambitionen något försiktigare; det som

---

<sup>26</sup> Ramberg & Ramberg 2016, s. 160 f.

<sup>27</sup> Adlercreutz & Gorton 2009, s. 15.

<sup>28</sup> Samuelsson, Joel 2011, s. 25.

<sup>29</sup> Ibid. s. 25 f.



kommer diskuteras är avtalsgruppens utmärkande egenskaper, funktion och syften. Mot den bakgrunden kommer en diskussion föras kring hur tolkningen av en garantiförsäkring i en företagsöverlåtelse bör påverkas av svaret på den första frågan. Låt vara att den yttersta förståelsen för en avtalstext alltid kommer kräva en noggrann läsning av det konkreta avtal som ska tolkas i en viss given situation.

När diskussionen rör utfyllning däremot, är det möjligt att åtminstone försöka vara mer konkret. Följande fråga kommer infinna sig: När avtalet tolkats och slutsatsen dragits att den uppkomna situationen inte regleras i avtalet, vilka regler ska då gälla för avtalsförhållandet? Avtalstolkningen tjänar således åtminstone tre syften. För det första behöver det specifika avtalet tolkas för att en slutsats ska kunna dras kring vilken avtalstyp det tillhör. För det andra behöver avtalet tolkas för att en viss tvistig situation mellan parterna rörande avtalets innehåll ska kunna lösas. För det tredje behöver avtalet tolkas för att det ska vara möjligt att konstatera att den uppkomna situationen inte täcks av avtalsinnehållet och att det därmed är nödvändigt att gå vidare till att fastställa avtalets rättsverkningsområde. Valet av utfyllande regler beror framförallt på vilken avtalstyp det specifika avtalet tillhör.

Den diskussion som företagits ovan har mynnat ut i att de frågeställningar som ämnas besvaras i förevarande framställning formuleras på följande vis:

- Tillhör avtalsgruppen garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser någon av avtalstyperna försäkring eller borgen?
- Vilken betydelse bör svaret på den förstnämnda frågeställningen ges vid fastställande av innehållet i och rättsverkningsområde av ett avtal som tillhör den aktuella avtalsgruppen?

## 1.4 Metod och material

I förevarande framställning har en *rättsdogmatisk metod* använts. Den rättsdogmatiska metoden syftar till att fastställa gällande rätt. Sandgren förklarar att det finns två sidor av rättsdogmatikens uppgift. Den ena är att beskriva gällande rätt och den andra är att systematisera dito. De båda sidorna bygger i viss mån på varandra och därför är det inte alltid möjligt att skilja dem åt. En rättsdogmatisk studie tar sin utgångspunkt i lag, förarbeten, prejudikat och doktrin.<sup>30</sup>

När ett beslut ska tas i enlighet med gällande rätt rörande ett faktiskt förhållande används den rättsdogmatiska metoden som ett led i den *juridiska*

---

<sup>30</sup> Sandgren 2015, s. 43. Se även Jareborg 2004, s. 8.

*metoden*. Den juridiska metoden betecknar vanligen den praktiserande juristens sätt att arbeta och i princip alla instanser som löser ett konkret rättsligt problem ska använda en och samma juridiska metod. Rättsvetenskaparens uppgift skiljer sig i detta hänseende från praktikerns i den meningen att den förre rör sig på ett mer abstrakt plan. Till skillnad från att söka lösa ett konkret problem är rättsvetenskaparens uppgift att nå resultat som har en generell räckvidd och som därför kan vara av stor vikt för rättstillämpningen.<sup>31</sup>

Framställningens första frågeställning rör vilken avtalstyp garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser tillhör. Varken vad gäller försäkringsavtal eller borgensavtal förekommer någon legaldefinition för respektive avtalstyp. Vilka medlemskapskriterier som ställs upp för respektive avtalstyp har därmed stått att finna framförallt i förarbeten, praxis och doktrin. Av dessa rättskällor är det framförallt i doktrin det har diskuterats vilka egenskaper det är som definierar respektive avtalstyp, låt vara att begreppet *medlemskapskriterier* inte används av alla författare. Det kan påpekas att Ingvarsson framhäver att doktrin är den rättskälla (inom ämnet ”borgensliknande säkerhetsrätter”) som kanske bäst speglar gällande rätt.<sup>32</sup>

Som har beskrivits ovan i avsnitt 1.2.1 består avtalstyper av speciella avtalsrättsliga normer. De avtalstyper som behandlas i denna framställning är borgensavtal och försäkringsavtal. Det redogörs bland annat för vilka rättsregler som är tillämpliga för dessa avtalstyper. Vad beträffar försäkringsavtal finns det ett flertal lagregler, framförallt i FAL, rörande förhållandet mellan försäkringsavtalets parter. Borgensavtalet regleras i betydligt mindre omfattning av lagregler. Bland annat återfinns ett fåtal regler i HB och några regler i PreskL rörande denna avtalstyp. På försäkringsrättens område har förarbeten bidragit till en ökad förståelse för gällande rätt. Detsamma gäller inte för borgensavtalen, framförallt på grund av att lagreglerna är få till antalet och mycket gamla. Gällande rätt avseende både försäkringsavtal och borgensavtal består även av ett flertal prejudikat från HD.<sup>33</sup>

Den rättsdogmatiska metoden når inte hela vägen fram vid besvarandet av någon av framställningens två frågeställningar. Det jag menar är att det inte räcker med att enbart söka fastställa gällande rätt. Vid besvarandet av bägge frågeställningarna har därför en *rättsanalytisk metod* använts. Sandgren förklarar att med en rättsanalytisk syn uppfattas argumentationen inom rättsvetenskapen som fri och rättssystemet som öppet och i avsaknad av ”rätt

---

<sup>31</sup> Sandgren 2015, s. 41 ff.

<sup>32</sup> Ingvarsson 2000, s. 26 f.

<sup>33</sup> Sandgren 2015, s. 44.

svar” eller ”bäst svar” på rättsliga problem. Utöver att fastställa gällande rätt syftar ett rättsanalytiskt arbete till att analysera rätten.<sup>34</sup> Gällande rätt erbjuder inget entydigt svar på framställningens första frågeställning. Därmed kommer det i förevarande framställning att föras en diskussion hur den aktuella gruppen av avtal som behandlas förhåller sig till befintliga avtalstyper.

Utgångspunkten för framställningens andra frågeställning är den tänkta situationen att en dömande instans – antagligen skiljenämnd eller allmän domstol – har att avgöra en tvist där innehållet i eller rättsverkningarna av en garantiförsäkring i en företagsöverlåtelse behöver bestämmas. Denna frågeställning kan inte besvaras oberoende av den första frågeställningen. Det som ska diskuteras är vilken betydelse svaret på den förra har för den senare frågeställningen.

I den svenska rättsordningen tillåts inte en domstol att vägra att döma på grund av att gällande rätt inte har något svar. Därav följer, förklarar Arvidsson, att en *diskretionär beslutskompetens* är knuten till rättstillämpningen. Den diskretionära beslutskompetensen begränsas på så vis att rättstillämparen inte får besluta i strid mot någon tillämplig rättsnorm. Härutöver bör rättstillämparen sträva efter att klart ange skälen för sitt beslutsfattande. De högsta dömande instanserna i den svenska rättsordningen har även utrustats med en *rättsbildningskompetens*. Det innebär en frihet och kompetens för dessa instanser att skapa rättsnormer. Om HD exempelvis konstaterar i ett visst fall att det inte finns någon utfyllande rätt att tillämpa så innebär det att frågan faller inom den diskretionära beslutskompetensen. Arvidsson förklarar att eftersom nyssnämnda kompetens är förbunden med en rättsbildningskompetens kan HD i ett sådant fall som nyss beskrevs formulera sin uppgift som en fråga om hur den utfyllande rätten på den aktuella punkten ska konstrueras. Arvidsson använder NJA 2009 s. 672 som exempel på hur HD använt bägge nyssnämnda kompetenser i ett konkret fall.<sup>35</sup> Rättsfallet kommer behandlas nedan i avsnitt 2.4.

Svaret på framställningens första frågeställning har bland annat betydelse för valet av utfyllande regler för ett specifikt avtal. Beskrivningen i stycket ovan av den diskretionära samt den rättsbildande kompetensen ämnar ge läsaren en förståelse för de ramar HD har att förhålla sig till vid avgörande av ett konkret fall och vid skapande av gällande rätt. Om svaret på den första frågeställningen blir att avtalsgruppen garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser antingen inte tillhör någon avtalstyp eller tillhör två

---

<sup>34</sup> Sandgren 2015, s. 45 ff.

<sup>35</sup> Arvidsson 2010, s. 40 f.

avtalstyper samtidigt kan den diskretionära beslutskompetensen behöva tas i anspråk och utfyllande rätt kan behöva konstrueras.

Utöver den aspekten att valet av utfyllande rättsregler beror på vilken avtalstyp ett specifikt avtal tillhör förekommer det även diskussioner i doktrin rörande avtalstypens betydelse för tolkningen av ett avtal. Det finns i princip inga lagregler, och därmed knappt heller några förarbeten, som föreskriver hur avtal ska tolkas utan relevanta rättskällor i detta hänseende är prejudikat och doktrin. Ett stort antal författare har genom åren deltagit i diskussionen och antalet rättsfall som på något vis berör tolkning av avtal är oöverskådligt. För att kunna skriva om avtalstolkning har det varit nödvändigt att jag skapat mig en uppfattning om vad avtalstolkning innebär och bland annat hur denna verksamhet skiljer sig från utfyllning.

I syfte att kunna förklara vilken rättslig kontext garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser förekommer i har en utredning gjorts, i kapitel 5, av några centrala juridiska aspekter förknippade med en företagsöverlåtelse. För denna utredning har lagtext, prejudikat och doktrin använts. Jag har skapat mig en förståelse för garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser genom studier av artiklar rörande produkten. Dessa artiklar har författats framförallt av yrkesverksamma jurister inom branschen, såväl sådana som arbetar med rådgivning på advokatbyråer som sådana som representerar försäkringsbolag. Eftersom en inte obetydlig del av materialet till förevarande framställning har producerats av aktörer på den aktuella marknaden har en källkritisk hållning varit särskilt viktig vid genomgången av materialet.

## 1.5 Avgränsningar och begreppsanvändning

Framställningen behandlar, som redan nämnts, garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser. Framförallt två benämningar på engelska brukar användas för denna grupp av avtal; antingen *Warranty and Indemnity Insurance* eller *Representation and Warranty Insurance*. När denna grupp av avtal behandlas i framställningen kommer de benämnas *säkerhetslösning*, istället för exempelvis försäkringslösning. Vidare kommer begreppet *garantiförsäkringar* användas när garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser avses. Det förekommer andra slag av garantiförsäkringar i samhället men de behandlas inte i förevarande framställning. Nämda begreppsanvändning syftar till att göra framställningen mer läsvänlig. Genomgående i framställningen kommer begreppen *köpare* och *säljare* att användas som beteckningar för parterna i en hypotetisk företagsöverlåtelse. Med *företagsöverlåtelse* avses avtal om överlåtelse av samtliga eller majoriteten

av aktierna i ett onoterat aktiebolag. När det i framställningen skrivs om *överlåtelseavtalet* eller *köpeavtalet* är det ett avtal om företagsöverlåtelse som avses. Aktiebolaget som överläts betecknas *målbolaget*.

Den, i förhållande till företagsöverlåtelsen, tredje parten är vanligtvis ett försäkringsbolag. Därmed kommer denna part att betecknas *försäkringsgivare* eller *försäkringsbolag*. Framställningen är avgränsad på så vis att endast sådana garantiförsäkringar som tecknats av köparen i en företagsöverlåtelse behandlas. Avgränsningen föranleds av att garantiförsäkringar tecknade av köparen är betydligt mer vanligt förekommande på marknaden för företagsöverlåtelser än garantiförsäkringar tecknade av säljaren.<sup>36</sup> Därmed bör läsaren notera att den part som betecknas köpare i företagsöverlåtelsen även betecknas *försäkringstagare*, i avtalsförhållandet med försäkringsgivaren.

Det ska avslutningsvis framhållas att det inte är ovanligt att försäkringsbolagen som tillhandahåller garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser är utländska bolag, vilket kan innebära juridisk problematik avseende till exempel lagval och forumregler. Sådan problematik faller emellertid utanför framställningens syfte och behandlas därmed inte vidare.

## 1.6 Forskningsläge

Borgensavtal och försäkringsavtal har behandlats på flera håll i doktrin. För att nämna några exempel har Ingvarsson skrivit om det som han benämner ”borgensliknande säkerhetsrätter” i sin avhandling från år 2000. Adestam skriver om olika slags garantiåtaganden i sin avhandling från år 2015. Bägge dessa avhandlingar behandlar bland annat frågor om gränsdragningar mellan olika slags avtal avseende betalningsåtaganden. Vidare har Gorton bland annat diskuterat gränsdragningen mellan försäkring och borgen. I övriga Norden har exempelvis norske Smith och dansken Godsk Pedersen diskuterat ämnet. Med anledning av att regleringarna rörande försäkringsavtal och borgensavtal samt den allmänna avtalsrätten i flera hänseenden är likartade i de nordiska länderna förekommer det ett fåtal hänvisningar till nordisk doktrin.<sup>37</sup>

Vad beträffar avtalstolkning har flera olika författare bidragit till den vetenskapliga diskussionen. Här finns en stor mängd artiklar, avhandlingar och läroböcker. Det som behandlas är bland annat vad avtalstolkning innebär,

---

<sup>36</sup> Se Crozier m.fl. 2013, s. 28; Hyatt 2017, s. 130.

<sup>37</sup> Se Ramberg & Ramberg 2016, s. 22 ff; Ingvarsson 2000, s. 183 ff.

hur avtal ska tolkas och vilka faktorer som ska beaktas. Även frågor rörande gränsdragningen mellan tolkning och utfyllning samt vilka regler som kan användas vid utfyllning har varit föremål för omfattande diskussion. Några författare som behandlat dessa frågor är Adlercreutz, Gorton, Ramberg och Ramberg, Joel Samuelsson samt Bernitz. Flertalet av de författare som nämndes i föregående stycke har även behandlat frågor om avtalstolkning och utfyllning kopplade till försäkringsavtal respektive borgensavtal.

De juridiska frågorna som kommer att behandlas i framställningen är således inte nya. Den grupp av avtal som består av garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser har emellertid knappt behandlats i doktrin. I Sverige har den behandlats i Forssmans juridiska lärobok avseende företagsöverlåtelser, ett antal examensarbeten samt artiklar av yrkesverksamma jurister. I nyssnämnda artiklar är vanligen syftet att beskriva vad det är för slags produkt och hur den fungerar, snarare än att analysera vilka juridiska problem den kan föranleda. Därtill ska det sägas att någon tvist hänförlig till garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser mig veterligen inte har avgjorts i svensk allmän domstol eller i någon publicerad skiljedom.

Mot bakgrund av det som beskrivits i förevarande avsnitt är avsikten att förevarande framställning ska bidra till forskningsläget på så vis att gränsdragningsproblematiken mellan försäkring och borgen knyts an till garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser, varpå frågans betydelse för fastställande av innehållet i och rättsverkningarna av garantiförsäkringarna diskuteras.

## **1.7 Den fortsatta framställningen**

I kapitel 2 och 3 behandlas försäkringsavtal respektive borgensavtal. Det som läggs mest vikt vid är vilka egenskaper som framförallt definierar respektive avtalstyp; det vill säga avtalstypernas medlemskapskriterier. Vidare redogörs för några uttalanden i doktrin rörande avtalstolkning beträffande respektive avtalstyp. Även några avgöranden från HD behandlas.

I kapitel 4 hamnar fokus främst vid gränsdragningen mellan å ena sidan borgensavtal och å andra sidan försäkringsavtal. Vidare utreds vilka rättsregler som ska tillämpas på kreditförsäkringar, som kan beskrivas befinna sig i ett slags gränsland mellan försäkringsavtal och borgensavtal. Kapitlet avslutas med att jag redogör för min uppfattning avseende FAL:s tillämplighet beträffande kreditförsäkringar.

Kapitel 5 och 6 rör företagsöverlåtelser respektive garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser. För att möjliggöra en god förståelse för

garantiförsäkringar behöver den rättsliga kontext de förekommer i beskrivas, vilket är syftet med kapitel 5. I kapitel 6 redogörs bland annat för hur garantiförsäkringarna vanligen struktureras samt vilka syften de kan tjäna.

I kapitel 7 kommer en redogörelse för tolkning och utfyllning att företas. Där behandlas bland annat några teoretiska utgångspunkter, hur olika individuella förhållanden kan påverka avtalstolkningen samt objektiva faktorer som kan vara av relevans vid tolkning av avtal. Vidare beskrivs vad utfyllning innebär och i vilka situationer utfyllning behöver företas.

I kapitel 8 företas en diskussion där avsikten är att besvara de frågeställningar som ställts upp. De medlemskapskriterier som ställts upp för respektive avtalstyp jämförs med det som redogjorts för avseende garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser, i syfte att besvara frågan om vilken avtalstyp garantiförsäkringarna tillhör. Därefter diskuteras vilken betydelse svaret på framställningens första frågeställning får för fastställande av en enskild garantiförsäkrings innehåll och rättsverkningar.

## 2 Försäkringar

### 2.1 Allmänt om försäkringsavtalet och några av dess rättsverkningar

Det finns ingen legaldefinition av vad som utgör ett försäkringsavtal. Förslag på definitioner har diskuterats, både i doktrin och i statliga utredningar, men det har ansetts vara svårt att bestämma hur en sådan definition ska lyda.<sup>38</sup> Likt många andra avtalstyper kan försäkringsavtalet anses ha ett kärnområde inom vilket vissa avtal faller. Att sådana avtal utgör försäkringsavtal är sällan tvistigt. När en avtalstyp inte låter sig bestämt definieras kan det emellertid antas att det förekommer avtal som uppvisar en del likheter, men också olikheter, med de avtal som är kännetecknande för avtalstypen. Bergström och Lennander uttalar att gränsdragningarna mellan olika avtalstyper inte är givna av naturen utan gjorda av lämplighetsskäl.<sup>39</sup> För att bedöma under vilken avtalstyp ett specifikt avtal ska sorteras behöver avtalstypens mest kännetecknande egenskaper, eller medlemskapskriterier enligt framställningens terminologi, studeras och jämföras med det specifika avtalet som är för handen. I förevarande avsnitt ska medlemskapskriterierna för försäkringsavtal samt några bestämmelser i FAL beskrivas.

Genom ingående av ett försäkringsavtal åtar sig en försäkringsgivare ett visst ansvar mot vederlag, vanligtvis i form av en *försäkringspremie*. Det ansvar försäkringsgivaren åtar sig består i att om en viss ofördelaktig händelse för försäkringstagaren inträffar ska försäkringsgivaren ersätta inträffad skada eller betala ett visst belopp till försäkringstagaren. Genom avtalet avser försäkringstagaren skaffa sig *trygghet*. Tryggheten består i att försäkringstagaren blir ersatt i de fall vissa ofördelaktiga händelser, *försäkringsfall*, inträffar.<sup>40</sup> Syftet för försäkringsgivaren att ingå försäkringsavtalet är att skapa ekonomisk vinning. För att göra det använder sig försäkringsbolaget av *försäkringsteknik*.<sup>41</sup>

Ekström uttalade år 1916 att det var långt ifrån utrett vilka avtal som bör betraktas som försäkringar. När Ekström beskriver det typiska försäkringsavtalet lyfter han emellertid fram att avtalet präglas av att försäkringsteknik används. Det beskriver Ekström på så vis att

---

<sup>38</sup> Se SOU 1983:5, s. 37; Bengtsson 2015, s. 15 f; Hellner 1965, s. 6; Ingvarsson 2000, s. 144 ff.

<sup>39</sup> Bergström & Lennander 1978, s. 43 ff.

<sup>40</sup> Se Prop. 2003/04:150, s. 123; Bengtsson 2015, s. 15; Hellner 1965, s. 15.

<sup>41</sup> Se Bengtsson 2015, s. 28–34.



försäkringsbolaget bedriver storskalig försäkringsrörelse mot erhållande av premiebetalningar av försäkringstagaren. Premiens storlek fastställs med ledning av sannolikhetsbedömningar av de risker försäkringsbolaget åtar sig.<sup>42</sup>

Med hjälp av statistiskt material och speciell sakkunskap kan försäkringsbolag räkna ut hur stor risken är att ett försäkringsfall inträffar. Riskens storlek spelar i sin tur roll för storleken på försäkringspremien. För att beräkna riskens storlek i det enskilda fallet behöver försäkringsgivaren vissa uppgifter från försäkringstagaren, framförallt vid försäkringsavtalets ingående och vid ändringar i risken för försäkringsfall under avtalstiden.<sup>43</sup> Van der Sluijs beskriver att försäkringsväsendet präglas av en tanke om att försäkringstagaren ska agera lojalt mot försäkringsgivaren.<sup>44</sup> Det finns även lagregler som påbjuder och förbjuder visst handlande av försäkringstagaren. Exempelvis återfinns regler om försäkringstagares upplysningsplikt beträffande företagsförsäkringar i 8 kap. 8 – 9 §§ FAL. Härutöver åvilar det försäkringstagaren en rad ytterligare skyldigheter med anledning av försäkringsavtalet. En försäkringstagare är exempelvis skyldig att inte öka faran för att försäkringsfall inträffar, enligt 8 kap. 10 § FAL, efterleva säkerhetsföreskrifter, enligt 8 kap. 12 § FAL, hindra en skada som är på väg att inträffa, enligt 8 kap. 13 § FAL och lämna korrekta uppgifter vid skaderegleringen, vilket föreskrivs i 8 kap. 19 § FAL. Det brukar beskrivas på så vis att försäkringstagaren är skyldig att iaktta *biförpliktelser*. Försäkringstagarens ansvar är således inte begränsat till att endast betala försäkringspremien.<sup>45</sup>

Ett försäkringsavtal är vanligtvis varaktigt och försäkringsgivarens ansvar består framförallt i att betala ut försäkringsersättning i händelse av ett försäkringsfall. Vid borgen och vissa garantiåtaganden förekommer förpliktelser av liknande slag, men åtagandet som följer av ett försäkringsavtal har ansetts ha en speciell prägel. För dessa andra avtalstypers vidkommande har det nämligen anförts att det saknas motsvarigheter till de invecklade beräkningar som försäkringstekniken är förknippad med.<sup>46</sup>

En försäkringsgivare kan inte veta säkert vad dess åtagande kommer att innebära. Det kan beskrivas på så vis att försäkringsgivaren åtar sig ansvaret för att en viss *risk* realiserar. I begreppet risk ligger att något är ovisst; till exempel huruvida en viss händelse kommer inträffa eller inte. Vissa personer

---

<sup>42</sup> Ekström 1916, s. 3 ff.

<sup>43</sup> Se Bengtsson 2015, s. 16 f.

<sup>44</sup> Van der Sluijs 2011, s. 202.

<sup>45</sup> Se Bengtsson 2015, s. 16 ff.

<sup>46</sup> Se Prop. 2003/04:150, s. 123; Bengtsson 2015, s. 15 f.

kommer drabbas av en ofördelaktig händelse, till exempel brand. Andra kommer inte att drabbas. De som är utsatta för likartade risker kan jämna ut de ekonomiska riskerna genom att sluta sig samman. En sådan sammanslutning kan uppnås genom tecknande av försäkring. Van der Sluijs beskriver det på så vis att försäkringsväsendet bland annat vilar på en solidaritetstanke. Med det avser hon att tecknande av en försäkring kan betraktas som en moralisk handling i och med att den enskilde bidrar till ett kollektiv som tillsammans bär uppkomna förluster.<sup>47</sup> Två av försäkringens huvuddrag är således *riskgemenskap* och *ovisshet* om en framtida händelse.<sup>48</sup>

I FAL regleras vad som ska gälla mellan försäkringsavtalets parter i olika situationer. Till exempel föreskrivs det i 8 kap. 20 § första stycket FAL, som hänvisar till 7 kap. 4 § FAL, att vid företagsförsäkringar gäller en preskriptionstid om tio år under förutsättning att inget annat avtalats. Preskriptionstiden börjar löpa vid tidpunkten när det förhållande som enligt försäkringsavtalet berättigar till försäkringsersättning inträdde. Lagrummets tredje stycke anger att det i försäkringsavtalet får föreskrivas att den som gör gällande anspråk på ersättning måste anmäla det inom viss tid. Den avtalade tiden får dock inte understiga ett år, räknat från den nyss angivna tidpunkten. För att åstadkomma preskriptionsavbrott behöver försäkringstagaren väcka talan mot försäkringsbolaget, vilket följer av 7 kap. 4 § 1 st FAL.

Bestämmelsen i 8 kap. 7 § FAL, som hänvisar till 3 kap. 9 – 11 §§ FAL, reglerar vad som ska gälla vid försäkringsbolags konkurs. Det som särskilt ska uppmärksammas är att i 3 kap. 11 § FAL föreskrivs att försäkring upphör att gälla ett år efter det att likvidationen har börjat. Denna bestämmelses tidigare motsvarighet, 26 § 1 mom. GFAL, aktualiserades i NJA 1999 s. 544. Rättsfallet behandlas nedan i kapitel 4.

## 2.2 Fastställande av försäkringsavtals innehåll

Radetzki har studerat HD:s praxis rörande tolkning av försäkringsavtal från och med tillkomsten av GFAL. Han gör en tydlig uppdelning mellan HD:s praxis före respektive från och med NJA 2001 s. 750. Rättsfallet har uppmärksammas på flera håll i doktrin och det utgör ett slags brytpunkt i Radetzki's framställning av HD:s praxis. Rättsfallet markerar nämligen avslutet för det som Radetzki benämner ”Högsta domstolens kasuistiska praxis”<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Van der Sluijs 2011, s. 202.

<sup>48</sup> Se Prop. 2003/04:150, s. 123 f; SOU 1983:5, s. 39 f; Bengtsson 2015, s. 29.

<sup>49</sup> Radetzki 2013, s. 36.

Rättsfallet NJA 2001 s. 750 rörde tolkning av ett villkor i ett försäkringsavtal som innefattade rättsskydd. Villkoret löd som följer: ”Vid varje tvist är självrisk 20 % av basbeloppet jämte 20 % av överskjutande kostnader.” De tvistande parterna var å ena sidan försäkringsbolaget och å andra sidan den försäkrades rättegångsombud (”ombudet”). De sammanlagda ombudskostnaderna uppgick till 30 000 kr. Försäkringsbolaget menade att villkoret skulle tolkas på så vis att självrisk 100 % upp till ett belopp om 7 200 kr (20 % av basbeloppet som var 36 000 kr) och därefter 20 % upp till försäkringens takbelopp. En sådan tolkning innebar att 7 200 föll bort från försäkringsersättningen som självrisk. Därutöver föll 20 % av 22 800 (30 000 – 7 200) kr bort som självrisk. Det var alltså den delen försäkringsbolaget ansåg utgöra ”överskjutande kostnader” enligt villkoret. Ombudet höll med om att 7 200 kr skulle falla bort som självrisk. Ombudet ansåg dock att ”överskjutande kostnader” hänvisade till att kostnaderna skulle överskjuta basbeloppet, inte överskjuta 20 % av basbeloppet. Ombudet ansåg därmed att endast 7 200 kr skulle falla bort som självrisk, eftersom den sammanlagda ombudskostnaden inte översteg basbeloppet om 36 000 kr.

Vid avgörande av målet konstaterade HD att ordalagen i och för sig medgav att uttrycket tolkades i enlighet med såväl vad försäkringsbolaget som ombudet hävdade. Därefter skrev HD nästan av det Hellner uttalar i sin lärobok från 1965.<sup>50</sup> HD anförde att vid tolkning av försäkringsvillkor ska ”[...] hänsyn tas till, utöver ordalydelsen, klausulens syfte, försäkringens och kundkretsens art, traditioner i fråga om formulering, anslutning till lagens uttryckssätt, gängse praxis osv.”. HD uttalade vidare att det därutöver behöver prövas vad som sakligt sett är en rimlig och förnuftig reglering. Först om något resultat inte uppnås vid en sådan prövning kan mera generella tolkningsprinciper, såsom oklarhetsregeln, tillgripas. När det uttalandet gjorts konstaterade HD kort och gott att resultatet av ombudets föreslagna tolkning var mindre rimlig än det tolkningsresultat som föreslogs av försäkringsbolaget. I brist på andra utslagsgivande faktorer för tolkning av villkoret gavs den av försäkringsbolaget föreslagna tolkningen företräde.

Uttalandet HD gjorde i NJA 2001 s. 750 har upprepats åtminstone tre gånger. I de rättsfallen har olika frågor varit föremål för prövning. Till exempel tog HD i NJA 2006 s. 53 ställning till vad som utgör en ofrivillig plötslig händelse och i NJA 2013 s. 253 prövades huruvida rätten till försäkringsersättning i ett specifikt fall hade preskriberats. Vidare har HD, i målet NJA 2017 s. 237, prövat när en ren förmögenhetsskada ska anses ha inträffat.

---

<sup>50</sup> Hellner 1965, s. 72 f.

En fråga Radetzki tar ställning till är huruvida principerna för tolkning av försäkringsvillkor avviker från den allmänna avtalsrättens tolkningslära. Den slutsats han drar är att samma tolkningsfaktorer nyttjas vid tolkning av försäkringsvillkor som vid avtalstolkning i allmänhet. Även det inbördes förhållandet mellan dessa faktorer menar Radetzki är detsamma, oavsett om det handlar om försäkringsavtal eller andra avtalstyper. Radetzki påpekar emellertid att ”[...] försäkringsavtalets olika särdrag på ett mera detaljerat plan präglar tolkningsförfarandet.”<sup>51</sup>. Till exempel beaktas försäkringstekniska aspekter vid avtalsslutet och därmed är det naturligt att de även beaktas vid avtalstolkningen. Det kan även tänkas att försäkringsavtalets grundläggande riskdelningsfunktion beaktas vid avtalstolkningen.<sup>52</sup>

Radetzki diskuterar även huruvida principerna för tolkning av försäkringsvillkor divergerar beroende på vilken typ av försäkring som är föremål för prövning. Han uttalar att det på grund av att samma grundläggande principer äger tillämpning vid tolkning av försäkringsavtal som vid tolkning av andra avtalstyper är det svårt att argumentera för att en viss typ av försäkringsavtal skulle kunna anses vara så pass särpräglad att avvikande tolkningsprinciper skulle kunna anses motiverade. Särdragen hos olika typer av försäkringar kan emellertid på ett detaljerat plan prägla tolkningsförfarandet. Exempelvis kan det faktum att en försäkring är tecknad av en konsument innebära att skyddsaspekter för en underlägsen part beaktas vid tolkningen. Vidare kan det faktum att det handlar om en obligatorisk ansvarsförsäkring som avser att ge skydd för tredje man beaktas vid avtalstolkningen. Avslutningsvis anför Radetzki att de objektiva tolkningsfaktorerna syftar till att den ifrågavarande försäkringens särdrag ska sätta sin prägel på avtalstolkningen.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Radetzki 2013, s. 127.

<sup>52</sup> Ibid. s. 126 ff.

<sup>53</sup> Ibid. s. 129 f.

## 3 Borgen

### 3.1 Allmänt om borgensavtalet och några av dess rättsverkningar

I förevarande kapitel ska borgensavtalet behandlas. När en person vill låna pengar kan den potentielle kreditgivaren (exempelvis en bank) kräva att kredittagaren skaffar säkerhet för krediten. Det förekommer olika slags säkerheter på kreditmarknaden, exempelvis panträtt i fast egendom eller företagshypotek. Därutöver finns bland annat borgen att tillgå. Den som lovar att träda in och prestera om kredittagaren inte fullgör sina förpliktelser mot kreditgivaren har gått i borgen för kredittagaren. De grundläggande reglerna rörande borgen återfinns i 10 kap. HB. Enligt lagens terminologi benämns den som gått i borgen för *borgensmannen*. De två parterna i huvudförbindelsen (exempelvis banklånet, för att följa exemplet ovan) benämns *gäldenären* respektive *borgenären*.<sup>54</sup> Det finns dock ingen legaldefinition av vad som utgör borgensavtal.

I 10 kap. 8 och 9 §§ HB återfinns regler om de två olika slagen av borgensåtaganden: enkel och proprieborgen. I 10 kap. 8 § första meningen HB föreskrivs att om någon går ”[...] i löfte för annan mans gäld; betale han det gäldenär själv ej gälda gitter.”. Vid en enkel borgen saknar borgenären rätt att kräva borgensmannen förrän det visat sig att huvudgäldenären inte kan fullgöra sin förpliktelse. Ansvaret är *subsidiärt*. I de fall borgensmannen åtagit sig ett ansvar såsom för egen skuld föreligger, enligt 10 kap. 9 § HB, en proprieborgen. Borgenären kan vid en proprieborgen vända sig omedelbart mot borgensmannen.<sup>55</sup>

Terminologin i förevarande framställning ansluter till den Lennander samt Mellqvist och Persson använder i den bemärkelsen att med borgensavtal avses även det som går under benämningen *garanti*, som bland annat används för bankborgen (bankgaranti).<sup>56</sup> Det ska även noteras att Smith använder uttrycket ”Garantirett” för att sammanfatta alla sådana avtal som har till syfte att skapa säkerhet för att tredjeman uppfyller sina förpliktelser.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Se Lennander 2015, s. 15 ff och 40 f.

<sup>55</sup> Se Walin & Ingvarsson 2013, s. 26 f.

<sup>56</sup> Lennander 2015, s. 18; Mellqvist & Persson 2015, s. 31 f.

<sup>57</sup> Se Smith 1963, s. 9; Jfr Godsk Pedersen 2016, s. 15 f.

Ekström har behandlat frågan om hur borgensavtal ska avgränsas mot garantiavtal respektive försäkringsavtal. Vad gäller gränsdragningen mellan borgen och garantiavtal uttalar han att den är ännu osäkrare än den mellan borgen och försäkringsavtal. Vidare lyfter han fram att "[m]an har gått så långt som att förneka nödvändigheten af att alls söka uppdraga en dylik gräns; man har alldeles förnekat behovet af att behandla garantiaftalet såsom ett från borgen särskildt aftal."<sup>58</sup>

Några grupper av avtal som är närliggande till såväl borgen som försäkring är olika slags kreditförsäkringar samt bankgarantier. Trots den nyss beskrivna terminologin som används i framställningen bör dessa avtal beskrivas särskilt eftersom de, likt garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser, befinner sig i ett slags gränsland mellan det som typiskt sett avses med borgen respektive försäkring. Den grundläggande uppdelningen som i denna framställning görs mellan avtalstyper är alltså den mellan borgen och försäkring.

I 1 kap. 7 § FAL föreskrivs att tvingande regler i lagen ska vara dispositiva bland annat vad gäller kreditförsäkringar. I propositionen uttalas att med kreditförsäkring avses borgensförsäkring, hypoteksförsäkring och kundkreditförsäkring samt försäkring för tryggnad av pensionsutfästelser. En kreditförsäkring kan sålunda utgöra en garanti för till exempel ett åtagande eller ett lån eller innebära ett skydd mot kundförluster. Vidare uttalas det i propositionen att det är kreditförsäkringarnas speciella utformning som motiverar att de inte bör omfattas av en tvingande reglering såvitt gäller förhållandet mellan avtalets parter.<sup>59</sup>

Bankgaranti är exempel på en säkerhetsrätt som i många delar liknar olika kreditförsäkringar. En bankgaranti är en förbindelse som utfärdas av en bank på uppdrag av en kund. Syftet med förbindelsen är att verka som säkerhet för en prestation kunden har att fullgöra gentemot tredje man. Av denna beskrivning följer att det är tredje man som är förmånstagare enligt en bankgaranti. Bankgarantin är i huvudsak identisk med de avtal som betecknas entreprenad- och leveransgaranti samt kreditgaranti. Entreprenad- och leveransgarantier utgör säkerheter för förpliktelser som entreprenör eller leverantör har åtagit sig inom ramen för ett entreprenadavtal eller något slags leveransavtal. De avser vanligtvis det rätta fullgörandet av en entreprenad eller en leverans. Entreprenad- och leveransgarantier benämndes tidigare borgensförsäkringar och det kan påpekas att beteckningen har såväl materiella som historiska skäl för sig.<sup>60</sup> Kreditgarantin, som även benämns hypoteksförsäkring, är en garanti för ett lån och tecknas av låntagaren för att

---

<sup>58</sup> Ekström 1916, s. 4.

<sup>59</sup> Prop. 2003/04:150, s. 375.

<sup>60</sup> Se SOU 1992:30, s. 31 ff; Ingvarsson 2000, s. 155.

skydda långgivaren. I den avtalsstrukturen utgör ett låneavtal huvudförbindelsen. Dessa avtal ingås dock av försäkringsbolag.<sup>61</sup>

Genom en kundkreditförsäkring åtnjuter försäkringstagaren själv skydd av försäkringsgivaren mot kundförluster i samband med kreditförsäljning. En kundkreditförsäkring har, i jämförelse med andra kreditförsäkringar, en högre riskutjämnande effekt på grund av att det till en kundkreditförsäkring vanligtvis knyts flera kunder.<sup>62</sup> Alla dessa avtalsgrupper kan sägas utgöra olika slags kreditförsäkringar. Vissa av dem tecknas dock, som nyss beskrivits, av försäkringsbolag och andra av banker.<sup>63</sup>

Läsaren bör uppmärksamma det faktum att säkerhetsåtagandets löptid beror på karaktären och strukturen på huvudförbindelsen. Med det menar jag att om det är återbetalning av lån som säkras kommer huvudförbindelsen och säkerhetsåtagandet löpa parallellt tills lånet återbetalats, med mindre någon tidsbegränsning avtalats i det enskilda fallet. Om det är det korrekta fullgörandet av en entreprenad som säkras är det en naturlig utgångspunkt att åtagandet löper fram till entreprenaden fullgjorts. Under nämnda tidsperioder kan olika händelser inträffa, såsom att en låntagare hamnar på obestånd eller att en entreprenör begår ett misstag som medför att entreprenaden utförs felaktigt.

I SOU 1992:30 beskrivs att ursprungligen var kreditförsäkringens ändamål att skydda en kreditgivare mot de förluster som kunde tänkas inträffa till följd av kredittagarens insolvens.<sup>64</sup> Gorton beskriver att kreditförsäkringar utgör undantag från huvudregeln att försäkring i princip inte omfattar skydd mot kommersiella risker. Med kommersiella risker syftar Gorton på risken att en motpart inte kan eller vill fullgöra sina skyldigheter.<sup>65</sup> Det faktum att en tredje part, i form av ett försäkringsbolag, åtar sig att skydda en avtalspart i huvudförbindelsen mot kommersiella risker är den gemensamma nämnaren för avtalen som faller under samlingsbeteckningen kreditförsäkringar. Av de avtalsgrupper som utgör kreditförsäkringar visar en del upp större likheter med borgen och andra större likheter med försäkringar, vilket möjligen kan ge upphov till skillnader i hur de olika grupperna av avtal bör behandlas rättsligt. Tillämpningen av kreditförsäkringar behandlas vidare i kapitel 4.

---

<sup>61</sup> SOU 1992:30, s. 31 ff.

<sup>62</sup> Se SOU 1992:30, s. 32 f och 43; Ingvarsson 2000, s. 154 ff.

<sup>63</sup> Se SOU 1992:30, s. 31 ff.

<sup>64</sup> Ibid. s. 31.

<sup>65</sup> Gorton 1994, s. 85.

Lennander menar att avtalstypen borgen ställer upp i vart fall fyra medlemskapskriterier<sup>66</sup>, vilka lyder som följer.

- 1) Borgensmannen förbinder sig i ett avtal med borgenären att prestera till borgenären för det fall gäldenären inte fullgör sina förpliktelser mot borgenären enligt en huvudförbindelse mellan gäldenären och borgenären. Det ska således vara fråga om ett *trepartsförhållande*.<sup>67</sup>
- 2) Borgensmannens ansvar ska vara *accessoriskt* till gäldenärens ansvar. Borgensmannen svarar för vad gäldenären till varje tidpunkt är skyldig att prestera till borgenären, men inte för mer. Det är emellertid möjligt för borgensmannen att begränsa sitt ansvar till en del av gäldenärens förpliktelse.<sup>68</sup> Att avtalet är accessoriskt innebär dessutom att om gäldenärens ansvar bortfaller så bortfaller även ansvaret enligt borgensavtalet.<sup>69</sup> Även icke-accessoriska avtal har dock på vissa håll betecknats som borgensavtal.<sup>70</sup> Vad gäller detta kännetecken uttalar Adestam att det kan föranleda ett cirkelresonemang, eftersom det tar sikte på rättsverkningarna som följer av rättnormer tillämpliga på avtalet.<sup>71</sup> Ståndpunkten bygger på samma resonemang som det Ingvarsson anför i det följande punkt, angående regressrätt. Även Ingvarsson reflekterar, vad gäller accessoriteten som medlemskapskriterium, kring huruvida det ger upphov till ett cirkelresonemang. Han konstaterar att en sådan risk finns, men uttalar dock att de fördelar det innebär att använda accessoriteten som medlemskapskriterium är av större vikt.<sup>72</sup>
- 3) Borgensmannen ska ha *regressrätt* mot gäldenären och därmed kunna återkräva, i vart fall formellt, det som borgensmannen presterat i stället för gäldenären. Kravet om regressrätt knyter an till kravet om accessoritet. För att understryka att borgensansvaret är sekundärt i förhållande till gäldenärens ansvar enligt huvudförbindelsen bör det, enligt Lennander, ändå anges som ett

---

<sup>66</sup> Läsaren bör uppmärksamma att Lennander använder lokutionen ”grundläggande kännetecken”. Ingvarsson använder begreppet ”avgränsningskriterium”. I andra framställningar används ytterligare variationer på det som, enligt min uppfattning, avser i stort sett samma sak. I förevarande framställning använder jag begreppet medlemskapskriterium för att nå en konsekvent begreppsanvändning.

<sup>67</sup> Lennander 2015, s. 77.

<sup>68</sup> Ibid. s. 77.

<sup>69</sup> Se Gorton 1994, s. 96 f.

<sup>70</sup> Se Ekström 1947, s. 1 f; Smith 1963, s. 405–416.

<sup>71</sup> Adestam 2014, s. 72.

<sup>72</sup> Ingvarsson 2000, s. 45 f.



särskilt kännetecken. Det är gäldenären och inte borgensmannen som har haft nytta av huvudförbindelsen och därför bör gäldenären ytterst svara för vad borgensmannen presterat till borgenären.<sup>73</sup> Det ska dock framhållas att det i doktrin har påpekats att det kan förekomma borgensavtal där borgensmannen inte har regressrätt.<sup>74</sup> Vidare bör det anmärkas att Ingvarsson uttalar att regressrätten bör avfärdas som medlemskapskriterium för borgen. Motiven därtill är att Ingvarsson menar att användandet av regressrätten som medlemskapskriterium ger upphov till ett cirkelresonemang, likt det som sades ovan angående borgensavtalets accessoritet, eftersom det tar sikte på rättsföljden av avtalet. Han förklarar att om rättsförhållandet är en borgen har borgensmannen regressrätt och regressrätten i sig är även beviset för att rättsförhållandet är en borgen.<sup>75</sup>

- 4) Det fjärde kännetecknet definieras negativt och innebär att även om avtalet innefattar accessoritet och regressrätt får det inte i väsentlig grad följa andra regler än det vanliga borgensavtalet.<sup>76</sup> Även det medlemskapskriteriet har ifrågasatts i doktrin. Ingvarsson uttalar att genom uppställandet av detta medlemskapskriterium byts ett problem ut mot två. För att veta vilka rättsregler som ska tillämpas på ett avtal behöver rättstillämparen nämligen bestämma vilken avtalstyp det aktuella avtalet tillhör. I en sådan situation räcker det inte med att konstatera att ett borgensavtal är ett avtal som inte underkastas andra rättsregler än det vanliga borgensavtalet.<sup>77</sup>

Ingvarsson definierar borgen som ”[...] ett löfte varigenom en person gentemot en annan åtar sig en personlig förpliktelse till säkerhet för tredje mans förpliktelse.”<sup>78</sup> De medlemskapskriterier som skiljer borgensavtal från andra avtalstyper anser Ingvarsson vara att borgensavtalet är accessoriskt till en huvudfordran och att den utgör en *kumulativ intercession*. För att den eftersträvade säkerheten ska uppkomma måste gäldenärens förmögenhetsmassa vara skild från borgensmannens. Genom borgensavtalet åtar sig borgensmannen att inträda, *intercedera*, i ett materiellt främmande rättsförhållande. Genom att tillägga att säkerheten är kumulativ, det vill säga ger borgenären en ökad säkerhet, menar Ingvarsson att relationen mellan

---

<sup>73</sup> Lennander 2015, s. 77.

<sup>74</sup> Se Godsk Pedersen 2016, s. 14 f.

<sup>75</sup> Ingvarsson 2000, s. 29 f.

<sup>76</sup> Lennander 2015, s. 77.

<sup>77</sup> Ingvarsson 2000, s. 36.

<sup>78</sup> *Ibid.* s. 35.

borgensmannen och gäldenären tydliggörs.<sup>79</sup> Även Gorton uttalar att borgensåtagandets huvudfunktion är att tjäna som ekonomisk säkerhet.<sup>80</sup>

Inom ramen för ett upplägg som inkluderar ett borgensåtagande till säkerhet för en prestation förekommer åtminstone två fordringar: dels den borgenären har gentemot gäldenären enligt huvudförbindelsen och dels den någon av huvudförbindelsens parter har gentemot borgensmannen enligt borgensavtalet. Som utgångspunkt är PreskL tillämplig på dessa fordringar.<sup>81</sup> Preskription innebär, vilket föreskrivs i 8 § första stycket PreskL, att borgenären förlorar rätten att kräva ut sin fordran. I 2 § första stycket PreskL anges att preskription inträder efter tio år från en fordrings tillkomst, om inte preskriptionen avbryts dessförinnan. Regeln gäller för såväl fordran enligt huvudförbindelsen som för fordran enligt borgensavtalet. I 8 § andra stycket PreskL föreskrivs att om fordran enligt huvudförbindelsen preskriberas så preskriberas även fordran på grund av borgen. Preskriptionsavbrott kan, enligt 5 § PreskL, åstadkommas på tre vis. Om gäldenären på något sätt erkänner borgenärens fordran, exempelvis genom betalning, avbryts preskription. Preskription avbryts även om gäldenären får ett skriftligt krav eller skriftlig erinran från borgenären. Vidare avbryts preskription om borgenären väcker talan mot gäldenären. I 6 § PreskL föreskrivs att om preskription avbryts börjar en ny preskriptionstid att löpa.

I och med att det förekommer mer än ett avtalsförhållande vid upplägg med borgensavtal föreligger det olika relationer där det kan vara önskvärt att ena eller andra sidan mer eller mindre fortlöpande beaktar den andra sidans ekonomiska intresse. Walin och Ingvarsson förklarar att borgensmannen har intresse av att hållas underrättad av gäldenären rörande betalningar, kvittningsmöjligheter och andra invändningsgrunder som kan tänkas förändra borgensmannens ansvar. Borgensmannen har även intresse av att borgenären inte försummar att ta till vara sin rätt mot huvudgäldenären eller mot andra borgensmän. Gäldenären har intresse av att borgensmannen hör sig för om huvudförhållandet förändrats på något sätt innan borgensmannen fullgör i enlighet med sitt åtagande till borgenären. Walin och Ingvarsson beskriver också att det i doktrin har utarbetats mönster för handlande med skiftande resultat. De framhåller att det är en vanskelig sak att fastställa sådana strikta regler, när varken lagstiftning ger stöd för ett kanske i och för sig önskvärt regelsystem eller föreliggande avtal ger ledning. Vid utfyllnad av regelsystemen rörande borgen måste därför stor försiktighet iakttas.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> Ingvarsson 2000, s. 38–46.

<sup>80</sup> Gorton 2001, s. 30.

<sup>81</sup> Se Walin & Ingvarsson 2013, s. 280–287.

<sup>82</sup> Ibid. s. 122 f.

På grund av borgensavtalets accessoritet till huvudförbindelsen är tvister mellan parterna i det senare avtalet i de flesta fall av intresse även för borgensmannen. Rättsförhållandet mellan borgenär och gäldenär kan nämligen vara komplicerat exempelvis vid entreprenader, eller företagsöverlåtelser för den delen. I sådana fall kan det vara omständligt att fastställa huruvida förpliktelse enligt huvudförbindelsen har uppfyllts eller om ansvar för brister föreligger. Tvister kan uppstå mellan borgensman och borgenär bland annat rörande innebörden av borgensförbindelsen, preskription av borgensmannens eller gäldenärens förpliktelse eller huruvida borgensansvaret har aktualiserats genom bristande fullgörande från gäldenärens sida.<sup>83</sup>

En borgensman får i viss utsträckning finna sig i att huvudförbindelsens parter handhar sina befogenheter på ett normalt sätt. Det kan exempelvis förekomma att part i huvudförbindelsen inte tar i anspråk alla de befogenheter den har enligt avtalet, vilket i sig inte föranleder tvist mellan borgenären och gäldenären. När krav sedan riktas mot borgensmannen kan emellertid tvist uppkomma kring huruvida huvudförbindelsens parter åsidosatt borgensmannens intresse på sådant vis att denne inte är skyldig att svara för konsekvenserna därav. Det kan exempelvis vara fallet då gäldenären godkänt en anmärkning från borgenären trots att reklamationen inte skett i behörig ordning.<sup>84</sup>

Det nyss beskrivna ger vid handen att det är nödvändigt att så långt möjligt söka fastställa vad som får anses utgöra innehållet i ett borgensavtal. I det följande avsnittet ska några huvudpunkter på det temat belysas.

## **3.2 Fastställande av borgensavtals innehåll**

Gorton uttalar att vid fastställande av ett borgensavtals innehåll bör det å ena sidan beaktas att borgensavtalet är ett, från huvudförbindelsen, separat avtalsförhållande mellan borgensavtalets parter. Vidare framhåller han å andra sidan att borgensåtagandet också, inom vissa ramar, måste ses i sitt sammanhang med det bakomliggande avtalet. Ytterligare en viktig omständighet är att borgensavtalet kan utformas på olika sätt och att traditionell avtalstolkning måste tillämpas även för borgensavtal. Därmed är det också viktigt att undersöka den bakomliggande prestationens innehåll och räckvidd.<sup>85</sup> Walin och Ingvarsson anför att vid fastställande av vad ett

---

<sup>83</sup> Jfr Walin & Ingvarsson 2013, s. 333.

<sup>84</sup> Ibid. s. 333.

<sup>85</sup> Gorton 2001, s. 28.

borgensåtagande innebär bör metoderna för avtalstolkning tillgripas, även om viss typisering kan vara lämplig. Vidare uttalar de att vid tolkningen av ett borgensåtagande får ledning sökas från allmänna synpunkter avseende den funktion som olika slag av borgen är avsedda att ha. Det ska i detta sammanhang påpekas att ju större hänsyn som tas till det enskilda avtalets funktion desto mindre blir behovet av en presumtionsregel för om ett visst borgensåtagande är enkel borgen eller proprieborgen.<sup>86</sup> Även Adlercreutz uttalar sig i samma riktning. Han beskriver att vid fastställande av en bankgarantis innehåll får avtalstypen en *styrande effekt*.<sup>87</sup> Ett exempel från rättspraxis där syfte och funktion hos en bankgaranti tilläts vara vägledande vid bestämmande av en bankgarantis innehåll är NJA 1972 s. 1. HD lade stor vikt vid att institutet bankgaranti ”skall fungera väl”.

En fråga rörande tolkning av borgensavtal som diskuterats i doktrin är huruvida någon särskilt restriktiv tolkningsmetod, till förmån för borgensmannen, bör tillämpas. Eftersom borgensmannen i många fall inte får något särskilt vederlag kan nämligen särskild försiktighet vara påkallad vid prövning av frågan om ett borgensavtal föreligger eller vad avtalet ska anses innebära. I affärsmässiga förhållanden, där avtalsparterna i många fall är ganska likställda i fråga om sin kompetens, framstår en tolkning till förmån för den som gått i borgen inte som motiverad. I kommersiella sammanhang kan det vid tolkning av borgensavtal behöva tas hänsyn till borgensåtagandets funktion som del av en helhetslösning där flera säkerheter och lån är beroende av varandra för att ett affärsupplägg ska fungera.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Walin & Ingvarsson 2013, s. 25 och 117. Jfr Ingvarsson 2000, s. 56.

<sup>87</sup> Adlercreutz 1991, s. 7.

<sup>88</sup> Se Walin & Ingvarsson 2013, s. 114 ff.

# 4 Försäkring eller borgen?

## 4.1 Inledning och problematisering

Smith uttalar att alla försäkringar, åtminstone i viss mening, utgör garantier.<sup>89</sup> Genom avtal om försäkring avser nämligen försäkringstagaren skaffa sig ett skydd mot ekonomisk förlust om vissa i försäkringsavtalet angivna händelser inträffar. Det är emellertid möjligt att avgränsa dessa grupper av avtal från varandra mer utförligt än så.<sup>90</sup> I det närmast följande ska dock något ytterligare nämnas som kan bidra till att göra distinktionen mindre skarp, innan gränsdragningen mellan avtalstyperna försäkring och borgen diskuteras vidare.

Användningen av lokutionen ”billigaste försäkringsgivaren” i avtalsrelationer används när riskfördelningen i ett avtal diskuteras. En viss risk i ett avtal bör placeras på den som enklast kan förutse och bedöma dess storlek och samt enklast kan förebygga dess förverkligande. Den personen kan genom att kräva någonting i gengäld (till exempel mer betalt eller mer förmånliga leveransvillkor) bli kompenserad för den förväntade kostnaden<sup>91</sup> som risken innebär. I de fall då parten frekvent ingår liknande avtal kan parten använda sig av *de stora talens lag*. Med det menas att parten kalkylerar på vad risken ”kostar” för varje enskilt avtal och ser till att bli kompenserad i enlighet därmed. Även om det i vissa fall kommer innebära att vissa avtal inte visar sig lönsamma kommer det stora antalet ingångna avtal innebära att parten över tid gör ett gott resultat. Det brukar sägas att avtalsparten agerar försäkringsgivare i de aktuella avtalsrelationerna. Genom att risken placeras på nyss beskrivet vis hålls de sammanlagda *transaktionskostnaderna*<sup>92</sup> så låga som möjligt. En metod för att åstadkomma nyss beskrivna fördelning av risker är genom utställande av garantier.<sup>93</sup>

Det som beskrivits ovan i avsnittet är avsett att illustrera att i vissa sammanhang kan alla försäkringar, i vid mening, sägas utgöra garantier. Vidare kan en part i ett avtal, genom att göra garantiutfästelser, sägas agera som en slags försäkringsgivare. Det ska sägas att illustrationen som gjordes kan beskyllas för att vara något förenklad och exemplen tagna ur sina

---

<sup>89</sup> Smith 1963, s. 146.

<sup>90</sup> Se Ingvarsson 2000, s. 140.

<sup>91</sup> Se Kötz 1987, s. 476 ff. Jfr Dahlman m.fl. 2004, s. 32 ff.

<sup>92</sup> Transaktionskostnader är en samlingsbeteckning för de kostnader som är förknippade med utbyte av varor och tjänster. För vidare läsning hänvisas till exempelvis Dahlman m.fl. 2004, s. 83–112.

<sup>93</sup> Se Kötz 1987, s. 477 ff.

sammanhang. Poängen som är avsedd att förmedlas är emellertid endast den att terminologin inte är enhetlig och konsekvent i alla sammanhang, mellan alla olika parter beträffande olika ekonomiska åtaganden. I följande avsnitt ska en redogörelse göras för den diskussion som förekommit beträffande gränsdragningen mellan borgensavtal å ena sidan och försäkringsavtal å andra sidan.

## 4.2 Något om gränsdragningen

Ekström diskuterar gränsdragningen mellan borgen och försäkring. Han gör bland annat anmärkningen att det sannolikt inte rör sig om ett försäkringsavtal om ett ansvar åtagits utan vederlag. Därmed är det dock inte sagt att det inte rör sig om ett borgensavtal när vederlag har utgått till den som åtagit sig ansvar.<sup>94</sup> Ingvarsson lyfter exempelvis fram att garantigivning är en del bankers allmänna vinstdrivande verksamhet, vilket kan tänkas påverka tolkningen av avtalet på så vis att det skapar en presumtion för att proprieborgen föreligger.<sup>95</sup> Det ska även sägas att vid ett borgensavtal kan vederlaget utgå från såväl borgenären som gäldenären i huvudförbindelsen.<sup>96</sup>

Vidare uttalar Ekström att en bestämd avgränsning mellan avtal om borgen respektive försäkring knappast låter sig göras. Till exempel kan ett försäkringsavtal föreligga trots att det förekommer i en försäkringsrörelse som inte är storskalig och där premiens storlek inte bestäms efter en sannolikhetsberäkning av mer allmänt slag utan mot bakgrund av en riskbedömning i det enskilda fallet.<sup>97</sup>

I NJA 1999 s. 544 behandlades frågan om FAL:s tillämplighet på ett avtal, betecknat borgen, där borgensmannen var ett försäkringsbolag. På ett låneavtal mellan en långivare och en låntagare hade följande förklaring undertecknats av försäkringsbolaget: ”För låntagarens förpliktelse enligt detta avtal går härmed Försäkrings AB Njord i Borgen såsom för egen skuld intill dess full betalning sker.”. Detta åtagande av försäkringsbolaget skulle gälla över en period om två år. Det rörde sig således om en kreditgaranti. Drygt sex månader innan försäkringsbolagets åtagande enligt den citerade förklaringen skulle upphöra försattes försäkringsbolaget i konkurs. Enligt 26 § 1 stycket i GFAL skulle ett försäkringsavtal förfalla tre månader från det att försäkringsbolaget försatts i konkurs. Cirka fem månader efter att försäkringsbolaget försatts i konkurs, men fortfarande inom den tidsfrist på två år som försäkringsbolagets åtagande från början var avsett att gälla,

---

<sup>94</sup> Ekström 1916, s. 3 ff.

<sup>95</sup> Ingvarsson 2000, s. 140 ff.

<sup>96</sup> Se Ekström 1916, s. 3 ff.

<sup>97</sup> Ibid. s. 3 ff.

meddelade låntagaren att den inte skulle kunna betala sin skuld och långgivaren sa med anledning därav upp krediten till omedelbar betalning. Långgivaren riktade krav mot försäkringsbolagets konkursbo med anledning av försäkringsbolagets åtagande. Om åtagandet vore att betrakta som borgen fick den göras gällande som en fordran i konkursboet. Om det däremot vore att betrakta som en försäkring skulle möjligheten att rikta krav om ersättning ha fallit bort i enlighet med den nyss nämnda lagregeln.

Målet prövades i alla tre instanser och samtliga domstolar ansåg att det var fråga om försäkring, vilket i sin tur medförde att banken inte kunde rikta krav mot konkursboet. Domstolarna förklarade inte närmare vad som legat till grund för bedömningen att det rörde sig om en försäkring. HD uttalade dock att när ett försäkringsbolag har gått i borgen för en låntagares betalningsförpliktelser får avtalet anses utgöra ett kreditförsäkringsavtal, om inte särskilda omständigheter ger anledning till en annan bedömning. Några sådana omständigheter ansågs inte föreligga.

Ingvarsson påpekar att "[d]en som hyser tvivel huruvida entreprenad- och leveransgarantier verkligen är försäkring har än större anledning att betvivla att försäkringsrättsliga regler bör tillämpas på kreditgarantier."<sup>98</sup> Han anser nämligen att, bortsett från att garantigivaren är ett försäkringsbolag, talar alla yttre tecken för att behandla kreditgarantierna som borgen.<sup>99</sup> Uttalandet gjordes i en akademisk avhandling en kort tid efter att HD i NJA 1999 s. 544, nästan helt utan motivering, behandlat en kreditgaranti som ett försäkringsavtal. Även Hellner uttalar sig rörande klassificeringen av kreditförsäkringar. Han menar att kreditförsäkringen mer liknar borgen än försäkring i allmänhet.<sup>100</sup>

Redan det faktum att det vid kreditförsäkringar rör sig om ett trepartsförhållande innebär, enligt Ingvarsson, att delar av FAL helt saknar tillämpning på dessa avtal. Vidare anför han att borgensreglerna, i jämförelse med FAL, erbjuder en i många stycken bättre och mer fullständig reglering av olika slags kreditförsäkringar. Därmed menar Ingvarsson att FAL endast i viss omfattning kan tillämpas på kreditförsäkringar och att i övrigt allmänna regler för obligationsrätter bör tillämpas. Bland sistnämnda kategori av regler har borgensreglerna en självskriven plats i och med att borgen utgör urtypen av obligationsrättsliga säkerhetsrätter. Ingvarsson kommer slutligen fram till att det synes oundvikligt att kreditförsäkringsavtalet bör underkastas rättsreglerna i FAL till den del de är möjliga att tillämpliga och att de i sin tur

---

<sup>98</sup> Ingvarsson 2000, s. 158.

<sup>99</sup> Ibid. s. 158 f.

<sup>100</sup> Hellner 1965, s. 446. Se även Gorton 1994, s. 97 f.

bör kompletteras av borgensreglerna.<sup>101</sup> Gorton diskuterar ämnet och konstaterar att kreditförsäkringar i och för sig täcks av FAL:s reglering, men att villkoren i ett sådant avtal endast sällan kan antas bli föremål för rättslig prövning jämlikt reglerna i FAL.<sup>102</sup>

Min uppfattning är att det inte kan anses stå helt klart hur vissa olika grupper av avtal, som utgör olika slags kreditförsäkringar, bör behandlas rättsligt. Det ter sig enligt min mening inte ändamålsenligt att så långt möjligt söka hitta regler i FAL att tillämpa på en avtalsrelation som inte ”passar in” i det regelsystem som FAL ställer upp. Det är resonemang av detta slag som legat till grund för att annars tvingande regler i FAL inte ska vara tvingande för kreditförsäkringar.<sup>103</sup> Att FAL i och för sig är tillämplig på en kreditförsäkring står klart i och med HD:s uttalande i NJA 1999 s. 544 i kombination med det som föreskrivs i 1 kap. 7 § FAL tillsammans med dess förarbeten. Det kan dock inte uteslutas att sådana frågor rörande kreditförsäkringar dyker upp där det specifika avtalet inte reglerat en viss fråga och det heller inte finns någon lämplig regel i FAL att tillämpa. Frågan är i ett sådant fall om rättstillämparen ändå ska försöka tillämpa FAL eller om rättsregler för borgensavtal ska äga tillämpning, eller om någon lämplig rättsregel för det enskilda fallet får skapas av rättstillämparen. I sistnämnda fall behöver rättstillämparens diskretionära beslutskompetens och den därmed, för HD:s vidkommande, förknippade rättsbildningskompetensen tas i anspråk.

---

<sup>101</sup> Ingvarsson 2000, s. 158.

<sup>102</sup> Gorton 1994, s. 98.

<sup>103</sup> Se ovan angående kreditförsäkringar i avsnitt 4.1.



# 5 Företagsöverlåtelser

## 5.1 Inledning och rättslig kontext

Motiven bakom en företagsöverlåtelse varierar för olika säljare respektive köpare. Några exempel på anledningar till att köpa ett aktiebolag är att köparen vill komma åt en viss produkt, kundsegment, geografisk marknad, uppnå synergieffekter eller helt enkelt ”bara” öka sin omsättning.<sup>104</sup> Ytterligare ett sätt att uppnå sådana syften är genom organisk tillväxt. Härmed avses att ett företags omsättning, lönsamhet och organisation expanderar. Det kan exempelvis ske genom att företaget vinner nya kunder, marknadsför sina produkter, rekryterar nya medarbetare, investerar i ny produktionskapacitet eller utvecklar sina produkter och affärsmodeller. Några fördelar med företagsförvärv jämfört med organisk tillväxt är bland annat att det vanligtvis går snabbare och det kan i högre grad ge synergieffekter med den befintliga verksamheten. Dessutom blir organisk tillväxt svårare i takt med att ett företag blir större.<sup>105</sup>

Under transaktionsprocessen ställs parterna inför en rad juridiska moment. Såväl förmögenhetsrättsliga som offentlighetsrättsliga regleringar kan aktualiseras. När den rättsliga kontexten till företagsförvärv beskrivs i denna framställning är det framförallt det som av Sevenius har sammanfattats som *transaktionsjuridik* som behandlas. Begreppet transaktionsjuridik omfattar framförallt avtalsrätt, köprätt och bolagsrätt. En gemensam nämnare för dessa juridiska ämnen är att de påverkar avtalets utformning och transaktionens struktur.<sup>106</sup> Reglerna i AvtL är tillämpliga för denna grupp av avtal, exempelvis rörande frågor om avtals ingående eller ogiltigförklarande av avtal. I och med att aktier är lös egendom och det rör sig om ett köpeavtal är även KöpL tillämplig, enligt dess portalparagraf.<sup>107</sup> Reglerna i dessa lagar är dispositiva, enligt 1 § 2 st AvtL respektive 3 § KöpL. Det kan antas att en vanligt förekommande lösning i praktiken är att ”avtala bort” flertalet av

---

<sup>104</sup> Se Forssman 2016, s. 12 f; Sevenius 2015, s. 83–90.

<sup>105</sup> Det ska även påpekas att organisk tillväxt visar upp vissa fördelar i jämförelse med förvärvsalternativet. Till exempel innebär organisk tillväxt förhållandevis låg risk och många gånger är det ett billigare alternativ än att förvärva ett företag. Se Sevenius 2015, s. 200.

<sup>106</sup> Se Sevenius 2015, s. 341 f.

<sup>107</sup> Frågan om tillämplig lag vid företagsöverlåtelser har stötts och blötts i doktrin. Se Forssman 2016, s. 15f; Hultmark 1992; Johansson 1990; Lindskog 1991; Lindskog 1993; Sacklén 1993; Sevenius 2015, s. 347ff; Åhman 1990. Det får anses vara utrett att KöpL (låt vara att den kanske inte är ensamt tillämplig) ska tillämpas vid överlåtelse av samtliga eller majoriteten av aktierna i ett onoterat aktiebolag. Frågan behandlas inte vidare i förevarande framställning.

bestämmelserna i lagarna till förmån för regler som parterna själva ställt upp i avtalet.<sup>108</sup>

Lindskog menar att det vid överlåtelse av aktiebolag ska beaktas att köpeobjektet i sig är en juridisk person och att överlåtelsen kan vara förenad med en hög grad av komplexitet. Därmed menar Lindskog att det vid tolkningen av överlåtelseavtalet kan vara motiverat att göra särskilda och generella beaktanden mot bakgrund av avtalsgruppens egenheter.<sup>109</sup>

Reglerna i KöpL om fel i varan är, som nämnts i det föregående, tillämpliga på avtalsförhållandet och kan i vart fall sägas fungera som en utgångspunkt för riskfördelningen i en företagsöverlåtelse, varför dessa regler ska behandlas i det följande.

## 5.2 Fördelning av transaktionens risker

### 5.2.1 Några inledande ord

Likt många andra slags köp består företagsöverlåtelser av spekulativa moment. Att ett köp är spekulativt betyder att köparen är osäker om ett visst förhållande, men bär en förhoppning om att förhållandet ska visa sig vara förmånligt. Det förekommer åtminstone två typer av spekulation. Dels spekulation beträffande osäkra framtida händelser, dels spekulation beträffande omständigheter om vilka parterna kunnat – men avstått ifrån att – skaffa sig kännedom om. Det sistnämnda kan exempelvis bero på att införskaffandet av relevant och fullständig information är både svårt och dyrt för köparen.<sup>110</sup> När ett förvärv genomförs trots att parterna är osäkra om vissa förhållanden rörande förvärvet brukas det beskrivas som att de åtar sig en eller flera risker.<sup>111</sup>

En garantiutfästelse är avsedd att fördela risker förknippade med ett avtal. Genom en garanti utfäster en avtalspart att vissa omständigheter eller egenskaper är för handen. Om en utfäst egenskap hos den överlåtna varan inte är för handen så är varan behäftad med fel. Kan köparen visa att varans värde i det felaktiga skicket är lägre än det vore i avtalsenligt skick finns bland annat

---

<sup>108</sup> Se Sevenius 2015, s. 349.

<sup>109</sup> Lindskog 1991, s. 310 f.

<sup>110</sup> Se Hultmark 1992, s. 29 f.

<sup>111</sup> Ibid. s. 29 f. Notera att den beskrivna användningen av vad som utgör en risk kan anses vara något förenklad. Den andra typen av spekulation som redogörs för i stycket utgör nämligen inget risktagande, enligt terminologin som används i SOU 1983:5, eftersom osäkerheten inte rör framtida ovissa händelser.

regler om prisavdrag och skadestånd att tillgå.<sup>112</sup> Samtliga garantier i en företagsöverlåtelse brukar tillsammans benämnas *garantikatalogen*.<sup>113</sup> Garantikatalogen kan liknas vid en typ av varudeklaration avseende målbolaget och den fyller således en central funktion för avtalets parter. Sevenius beskriver säljarens garantier rörande eventuella brister i målbolaget som det näst viktigaste riskfördelningsverktyget i en företagsöverlåtelse, efter prismekanismerna. Garantierna som föreskrivs i överlåtelseavtalet kan vara av olika slag och tjäna varierande syften.<sup>114</sup> I det närmast följande ska reglerna i KöpL rörande fel i varan beskrivas. Därefter behandlas garantikatalogens betydelse i sammanhanget.

## 5.2.2 Köplagens regler om fel i varan

Reglerna om fel i varan utgör en aspekt av riskfördelningen som görs i KöpL. En utgångspunkt för den köprättsliga felbedömningen är köparens befogade förväntningar på varan, vilket följer av skrivelsen i 17 § 3 stycket KöpL. Något som i hög grad kan påverka vilka av köparens förväntningar på varan som är befogade är vad köparen vid avtalets ingående vetat, eller åtminstone borde ha vetat, om varans egenskaper. Regler avseende hur köparens vetskap om varan ska påverka felbedömningen återfinns i 20 § KöpL. En ytterligare omständighet som kan påverka vilka förväntningar en köpare med fog kan ha avseende varan är vad säljaren vetat rörande varan men inte upplyst köparen om. Reglerna i 17 § 2 st 2 p och 19 § 1 st 2 p KöpL behandlar situationer där säljarens vetskap om varan ges betydelse för felbedömningen. Det som nyss redogjorts för i stycket sätter en slags ram för det som fortsatt ska behandlas något mer ingående i förevarande avsnitt.

När det gäller förvärv av företag är det svårt att definiera vilka befogade förväntningar en köpare typiskt sett kan ha. Ett företag och dess rörelse är nämligen unikt, även i jämförelse med företag inom samma bransch eller med samma affärsmodell. I doktrin återkommer emellertid vissa egenskaper som exempel på grundläggande egenskaper hos företag. För att knyta an till den köprättsliga terminologin kan det beskrivas på så vis att en köpare av ett företag i regel har fog för att förvänta sig att de föreligger hos målbolaget.<sup>115</sup>

En köpares förväntan om att målbolaget innehar erforderliga tillstånd eller andra myndighetsbeslut för att bedriva rörelsen det sysslar med är i regel befogad. Här kan nämnas rättsfallet NJA 1961 s. 330. En affärsrörelse hade

---

<sup>112</sup> Även möjligheter till avhjälpande, hävning, omleverans och innehållande av betalning föreskrivs i 30 § KöpL. Dessa regler behandlas dock inte i förevarande framställning.

<sup>113</sup> Se Forssman 2016, s. 163 ff; Sevenius 2015, s. 303 ff.

<sup>114</sup> Se Forssman 2016, s. 163 ff; Sevenius 2015, s. 303 ff.

<sup>115</sup> Se Sevenius 2015, s. 350 ff.

överlåtits. Det visade sig emellertid efter köpets genomförande att tillstånd saknades för att hålla butiken öppen utöver ”vanlig affärstid”. Vidare saknades nödvändigt myndighetsgodkännande för att bedriva kaffeservering. Enligt utredningen i målet hade parterna utgått från att aktuella tillstånd och godkännanden var för handen. Den överlåtna affärsrörelsen ansågs vara behäftad med fel.

I 20 § 1 st KöpL föreskrivs att köparen såsom fel inte kan åberopa vad köparen måste ha känt till vid köpet. En köpare som till exempel måste ha känt till att målbolaget på ett olagligt sätt undvikit att betala skatt kan inte samtidigt ha en befogad förväntan om att målbolaget följt tillämpliga skatterättsliga regler. Andra stycket i paragrafen föreskriver en undersökningsplikt för köparen. Om köparen före köpet undersökt varan eller utan godtagbar anledning underlåtit att undersöka den, trots säljarens uppmaning därom, får köparen inte såsom fel åberopa vad han eller hon borde ha märkt vid undersökningen. Undantag gäller ifall säljaren har agerat i strid mot tro och heder. Den undersökning som görs av målbolaget betecknas *due diligence*. Gorton definierar *due diligence* som ”[...] en procedur som köparen av ett företag genomför för att ett företags (målbolagets) ekonomiska ställning och andra förhållanden ska penetreras som förutsättning för ett förvärv.”<sup>116</sup>. En vanligt förekommande arbetsordning är att säljaren ger köparen tillgång till information om målbolaget i det så kallade *datarummet*, varvid köparen uppmanas att undersöka målbolaget.<sup>117</sup>

I doktrin har det diskuterats huruvida det är möjligt att ur KöpL härleda en generell upplysningsplikt för säljaren.<sup>118</sup> Det finns ingen uttrycklig bestämmelse som stadgar en sådan upplysningsplikt, utöver det som föreskrivs för varor som säljs i befintligt skick. Håstad uttalar att det enligt hans uppfattning är möjligt att hitta exempel där säljaren bort lämnat köparen upplysningar om att varan var sämre än köparen trodde, fastän köparen inte haft fog för att förvänta sig att varan skulle vara bättre än den faktiskt var. Håstad påpekar emellertid att en sådan ”äkta” upplysningsplikt i KöpL bör vara mycket begränsad.<sup>119</sup>

Sacklén menar att säljarens tystnad i en del fall kan tänkas stärka köparen i dennes förväntningar om bolaget och dess verksamhet. Särskilt när ett av köparen antaget förhållande avseende målbolaget på ett tydligt sätt meddelats säljaren och denne har en sådan insynsställning i bolaget som typiskt sett

---

<sup>116</sup> Gorton 2002, s. 3 f.

<sup>117</sup> Se Forssman 2016, s. 137 f.

<sup>118</sup> Se exempelvis Ramberg & Herre 2013, s. 222 f; Kihlman 2016, s. 66; Martinsson 1992/93; Håstad 2009, s. 86; Sacklén 1993, s. 826.

<sup>119</sup> Håstad 1992/1993, s. 615 f.

medför kännedom om det aktuella förhållandet.<sup>120</sup> Vidare anför Sacklén att säljarens incitament att samla in och bearbeta information endast bör påverkas i liten omfattning av en upplysningsplikt. Information som säljaren samlar in genom egen due diligence bör säljaren således kunna hålla för sig själv utan att försämma sin rättsliga ställning. Sådan information som säljaren får kännedom om huvudsakligen i makt av sin ställning i eller sitt särskilda förhållande till bolaget bör däremot omfattas av en upplysningsplikt.<sup>121</sup> Som berörts ovan i framställningen använder parterna i en företagsöverlåtelse många gånger möjligheten att reglera deras inbördes förhållande genom regler i avtalet istället för att låta reglerna i KöpL äga tillämplighet fullt ut.<sup>122</sup> Därmed uppkommer frågor om hur parternas avtal förhåller sig till den riskfördelning som ställs upp i KöpL, vilket ska behandlas i följande avsnitt.

### 5.2.3 Garantikatalogens betydelse

Det som redogjorts för strax ovan avseende riskfördelningen i KöpL, bestående i reglerna om fel i varan, kommer i hög grad påverkas av hur avtalet mellan parterna utformas. 3 § KöpL medger nämligen uttryckligen att parterna åsidosätter lagens regler till förmån för vad parterna kommer överens om. Även om olika överlåtelseavtal utformas på olika vis är det sannolikt att parterna i vart fall inte kommer låta deras inbördes riskfördelning styras helt och hållet av reglerna i KöpL.

Säljaren utfäster genom garantikatalogen i överlåtelseavtalet att målbolaget har vissa egenskaper. Garantierna kan exempelvis ta sikte på:

- att målbolagets redovisning skötts på ett visst sätt som ger en rättvisande bild av bolagets ställning och resultat;
- att aktierna faktiskt ägs av säljaren och att de inte har pantsatts;
- att verksamheten i målbolaget bedrivits i enlighet med regler som återfinns i lagar och förordningar;
- att målbolaget innehar nödvändiga tillstånd för verksamheten;
- att bolaget inte är inblandat i eller att det, såvitt säljaren känner till, inte kan befaras att målbolaget ska bli inblandat i någon tvist;
- att skatter betalats i enlighet med tillämpliga rättsregler och
- att målbolaget innehar vissa immateriella tillgångar.<sup>123</sup>

En naturlig följd av att en viss egenskap hos målbolaget preciseras av säljaren genom en garanti är att köparen får en befogad förväntan om att egenskapen

---

<sup>120</sup> Sacklén 1993, s. 827 f.

<sup>121</sup> Ibid. s. 828 f.

<sup>122</sup> Se Sevenius 2013, s. 318.

<sup>123</sup> Se Forssman 2016, s. 69–100; Sevenius 2015, s. 303 ff; Watchorn & Winborn 2008, s. 44.

är för handen. Säljarens garantier kan i enlighet härmed sägas minska omfattningen av köparens undersökningsplikt. En sådan ordning kan antas vara ekonomiskt effektiv eftersom säljaren många gånger är den som till lägst kostnad kan verifiera de förhållanden som omfattas av lämnade garantier.<sup>124</sup> Frågan blir emellertid mer komplicerad i de fall säljaren uppmanat köparen att undersöka målbolaget. För det fall en preciserad garanti rörande en viss egenskap hos målbolaget utfästs av säljaren samtidigt som säljaren uppmanat köparen att undersöka målbolaget menar Johansson att köparen kan göra gällande att målbolaget är behäftat med fel ifall den aktuella garantin brister. Vid en allmänt hållen garanti menar Johansson dock att möjligheten att göra gällande fel borde falla bort ifall köparen inte följt en uppmaning från säljaren om att undersöka målbolaget.<sup>125</sup> Ramberg och Herre uttrycker att en garanti i förening med en opreciserad uppmaning av säljaren om att köparen ska undersöka varan begränsar den senares undersökningsskyldighet till sådant som inte omfattas av garantin.<sup>126</sup>

Utformningen av garantikatalogen är av stor betydelse för både köpare och säljare i en företagsöverlåtelse. För säljarens del syftar den till att begränsa ansvar. Vanligen kan nämligen säljarens ansvar för fel i målbolaget endast härledas ur garantikatalogen eftersom ansvar enligt KöpL avtalas bort. Det är även vanligt förekommande att säljarens ansvar för garantibrister begränsas. Det kan exempelvis ske genom att det föreskrivs ett tröskelvärde för samtliga garantibrister, ett minimibelopp för varje garantianspråk samt takbelopp för säljarens totala ersättningsskyldighet för garantibrister.<sup>127</sup> Garantikatalogen kan dock i en del fall medföra ett utökat ansvar för säljaren jämfört med vad som skulle ha gällt enligt KöpL. Det beror på att parterna genom avtalet kommer överens om att målbolaget ska vara i ett visst specificerat skick. En intresse motsättning uppstår således mellan köpare och säljare. Säljaren vill nämligen ställa få och avgränsade garantier som endast möjliggör för snäva tolkningar medan köparen vill att garantikatalogen ska innehålla många garantier som är brett formulerade och därmed kan tolkas extensivt.<sup>128</sup> Det ska avslutningsvis påpekas att i 40 § KöpL föreskrivs att om varan inte stämmer överens med vad säljaren utfäst har köparen rätt till ersättning för såväl direkt som indirekt skada. En garanti kan anses utgöra en sådan särskild utfästelse enligt KöpL, i vart fall om den är central för köparen.<sup>129</sup>

---

<sup>124</sup> Se Sacklén 1993, s. 833. Jfr det som behandlas ovan i avsnitt 4.1 angående billigaste försäkringsgivare.

<sup>125</sup> Johansson 1990, s. 81.

<sup>126</sup> Ramberg & Herre 2013, s. 221.

<sup>127</sup> Sevenius 2011, s. 305 f.

<sup>128</sup> Se Forssman 2016, s. 69 ff; Sevenius 2015, s. 304 ff.

<sup>129</sup> Se Ramberg & Herre 2013, s. 359.

# 6 Garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser

## 6.1 Allmänt om säkerhetslösningen

Genom att teckna ett avtal om garantiförsäkring åtar sig en försäkringsgivare att ersätta de ekonomiska skador som uppstår med anledning av att målbolaget inte motsvarar det säljaren utfäst i garantikatalogen. Försäkringsbolaget övertar hela, eller i vart fall delar av, det ansvar som annars hade åvilat säljaren i enlighet med överlåtelseavtalets garantikatalog och den dispositiva rätten. Både köpare och säljare i en företagsöverlåtelse kan teckna en garantiförsäkring.<sup>130</sup> Det ska dock framhållas att det idag är vanligast att försäkringen tecknas av köparen.<sup>131</sup> När garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser först började användas var det vanligen i sådana överlåtelseavtal där säljaren var ett riskkapitalbolag. Säkerhetslösningen var, och är visserligen fortfarande, särskilt attraktiv för denna typ av bolag med anledning av att den möjliggör för snabbare tillgång till försäljningsvinsten och därmed nya investeringar.<sup>132</sup> En anledning till att köpartecknade försäkringar vuxit i popularitet i förhållande till säljartecknade sådana är att vid säljartecknade försäkringar dröjer säljarens ansvar kvar under längre tid efter överlåtelsens genomförande. Säljaren tar emot ersättningsanspråk från köparen och kopplar sedan in försäkringsbolaget för att reda ut om den kan få ersättning för det den behöver betala till köparen. I en köpartecknad garantiförsäkring däremot är det enklare för säljaren att få ett rent och snabbt avslut på affären, en *clean exit*, då köparen och säljaren kommer överens om att köparens ersättningskrav ska riktas mot försäkringsbolaget direkt. Säljaren behöver då inte vara lika aktiv i förhandlingarna och utredningarna som kan bli nödvändiga för att reda ut om köparen är berättigad till ersättning.<sup>133</sup>

Under 2000-talet har användandet av garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser ökat markant, såväl internationellt som i Sverige.<sup>134</sup> Det har delvis antagits bero på att produkten har utvecklats. Som en följd av produktens utveckling och ökad konkurrens mellan försäkringsgivare har premiekostnaderna blivit lägre och skyddet har generellt blivit mer

---

<sup>130</sup> Notera dock den avgränsning som beskrivits ovan i avsnitt 1.3; endast köpartecknade garantiförsäkringar behandlas i denna framställning.

<sup>131</sup> Se Crozier m.fl. 2013, s. 28; Hyatt 2017, s. 130.

<sup>132</sup> Se Forssman 2016, s. 163 ff.

<sup>133</sup> Se Watchorn & Winborn 2008, s. 44 ff.

<sup>134</sup> Se Crozier m.fl. 2013, s. 27 ff; Marsh Insights 2015, s. 1 ff; Whitney m.fl. 2018, s. 2; AIG 2017, s. 1 ff.

omfattande. Idag anses säkerhetslösningen utgöra ett reellt alternativ i flera företagsöverlåtelser, med olika slags parter och med varierande syften.<sup>135</sup> I och med att försäkringsbolaget blir en ytterligare part i överlåtelsen som ska få betalt i form av en premie och därmed tar del av mervärdet som överlåtelsen är avsedd att skapa är garantiförsäkringar inte lika vanliga i företagsöverlåtelser som omfattar lägre belopp.<sup>136</sup>

Inför tecknande av garantiförsäkring företar försäkringsbolaget i regel en egen genomgång av den planerade transaktionen. Syftet med genomgången är inte att göra om den due diligence-process som redan företagits utan försäkringsgivaren vill främst skapa sig en överblick över transaktionen och i förekommande fall undersöka vissa specifika områden särskilt. Bland annat brukar överlåtelseavtalet, och då särskilt garantikatalogen, samt köparens due diligence-rapporter granskas.<sup>137</sup>

Vederlaget som försäkringsbolaget kräver för att ingå garantiförsäkringsavtalet benämns försäkringspremie. Premien betalas som en engångssumma vid ingående av försäkringsavtalet och storleken på beloppet beror på flera olika faktorer, varav några framträdande ska nämnas. Som utgångspunkt kan nämnas att premien brukar bestämmas som en viss procentsats av det totala beloppet som försäkringsbolaget åtagit sig att som högst svara för.<sup>138</sup> Storleken på självriskens påverkar värdet av försäkringsbolagets åtagande; ekonomiska skador som understiger självriskens står nämligen försäkringstagaren risken för. Således är försäkringspremiens storlek avhängig självriskens storlek, och vice versa. Även arvoden till försäkringsmäklare och kostnader för, av försäkringsgivaren företagen due diligence, tillkommer vanligtvis vid tecknande av garantiförsäkringar. Givetvis påverkas priset för garantiförsäkringen även av omfattningen av försäkringsbolagets åtagande och vilka undantag som görs från dito. Även parternas finansiella ställning och deras nationaliteter samt typen av verksamhet som överlåts kan påverka premiens storlek. Om parternas rådgivare är ansedda för att vara duktiga kan detta bidra till lägre premiekostnader eftersom det i sådana fall kan antas att due diligence-processen ombesörjts på ett noggrant vis.<sup>139</sup>

Det är vanligt förekommande att ett tak sätts för hur stort belopp säljaren kan bli skyldig att ersätta köparen i händelse av konstaterad garantibrist. En anpassning som kan göras av säljarens ersättningsansvar och

---

<sup>135</sup> Se Birkett 2001, s. 26; Forssman 2015, s. 163 ff; Crozier m.fl. 2013, s. 28; Whitney m.fl. 2018, s. 2.

<sup>136</sup> Se Whitney m.fl. 2018, s. 2.

<sup>137</sup> Se Crozier m.fl. 2013, s. 6 f.

<sup>138</sup> Se Birkett 2001, s. 27 f; Crozier m.fl. 2013, s. 29; Watchorn & Winborn 2013, s. 48.

<sup>139</sup> Se Birkett 2001, s. 27 f; Crozier m.fl. 2013, s. 29; Whitney m.fl. 2018, s. 7.



försäkringsbolagets åtagande är följande: Säljaren åtar sig ett ansvar för garantibrister upp till ett visst belopp. I garantiförsäkringen föreskrivs en självrisk om samma belopp. Därigenom åstadkoms en lösning som innebär att vid det belopp säljarens ansvar slutar tar försäkringsgivarens ansvar vid. Det är viktigt att garantiförsäkringen formuleras på så vis att den motsvarar det som föreskrivs i garantikatalogen. Om garantiförsäkringsavtalet inte täcker det som föreskrivs i garantikatalogen kan nämligen situationen uppstå att vid garantibrist kan köparen endast få sina ekonomiska skador ersatta av säljaren upp till det tak som föreskrivits i överlåtelseavtalet. Belopp överstigande taket kan ”falla mellan stolarna” på så vis att säljarens tak begränsar dennes ersättningsskyldighet och försäkringsgivaren undgår ansvar eftersom den aktuella bristen inte täcks av garantiförsäkringen.<sup>140</sup>

I de fall köparen anser att en garantibrist föreligger och att bristen givit upphov till ekonomisk skada krävs det enligt garantiförsäkringsavtalet i regel att köparen själv reder ut och sedan specificerar vari bristen ligger samt hur stor skadan är. Försäkringsbolaget tar sedan ställning till den utredning köparen kan redovisa.<sup>141</sup>

Tokio Marine HCC är ett stort försäkringsbolag som bland annat ingår avtal om garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser. På dess hemsida finns ett utkast till köpartecknad garantiförsäkring. Garantiförsäkringsavtalet inleds med att försäkringsbolagets åtagande (eng. *Insuring Agreement*) föreskrivs. Därefter följer bland annat specifikationer av de fetstilta begreppen i försäkringsbolagets åtagande samt föreskrifter om premiens storlek och information rörande överlåtelseavtalet. Dessa delar av garantiförsäkringsavtalet har beskrivits ovan i förevarande avsnitt. Försäkringsbolagets åtagande föreskrivs på följande vis.

“Subject to the maximum **Limit of Liability**, the **Insurer** shall pay to or on behalf of the **Insured** any **Qualifying Loss** where an **Insured Event** or the **Circumstances** giving rise to an **Insured Event** are first **Discovered** by the **Insured** during the **Policy Period** and reported in accordance with the notification provisions.”<sup>142</sup>

Med *Qualifying Losses* avses varje ekonomisk förlust som överstiger ett visst lägsta belopp. Med *Insured Event* avses brist i någon av de garantier säljaren ställt.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> Se Watchorn & Winborn 2008, s. 45 ff.

<sup>141</sup> Se Watchorn & Winborn 2008, s. 51; Whitney m.fl. 2018, s. 4.

<sup>142</sup> Policy Document, Tokio Marine, s. 6.

<sup>143</sup> Ibid. s. 6 ff.

## 6.2 Syften med säkerhetslösningen

Genom tecknande av en garantiförsäkring i en företagsöverlåtelse kan köparen skapa sig ökad trygghet i att ekonomiska förluster med anledning av garantibrist kommer bli ersatta. Det kan till exempel förhålla sig på så vis att köparen misstänker att säljaren inte är vidare betalningsduglig och att det därmed är osäkert ifall säljaren kan betala i enlighet med ett skadeståndskrav från köparen. En lösning på det problemet är att köparen deponerar en del av köpeskillingen hos en bank eller advokatbyrå fram till en viss tid efter förvärvets genomförande.<sup>144</sup> En sådan lösning är inte alltid vidare önskvärd för säljaren på grund av de höga *alternativkostnaderna*<sup>145</sup> den medför. Kapital som deponerats kan nämligen inte användas för fortsatt verksamhet eller nya investeringar. För en säljare som är ett riskkapitalbolag är det särskilt relevant att frigöra försäljningsvinsten så snart som möjligt, då dess verksamhet går ut på att kontinuerligt göra investeringar i bolag.<sup>146</sup> Det nyss beskrivna ger vid handen att garantiförsäkringar kan skapa fördelar för bägge parter i en företagsöverlåtelse och därmed kan utsikterna att nå fram hela vägen i förhandlingarna förbättras.

Ett framträdande motiv för köparen att teckna en garantiförsäkring är även att den vill åstadkomma ett konkurrenskraftigt erbjudande till säljaren. En köpare som tecknar en garantiförsäkring kan nämligen i högre grad gå med på säljarens önskemål om diverse beloppsbegränsningar för ersättningsskyldighet vid garantibrist och därmed blir erbjudandet mer attraktivt. Det är möjligt för försäkringsbolaget och köparen att komma överens om att takbeloppet för ersättning som föreskrivs i försäkringsavtalet sätts högre än takbeloppet i överlåtelseavtalet. De kan även komma överens om att försäkringsskyddet ska sträcka sig över en längre tid än garantitiden i överlåtelseavtalet. Överenskommelserna i sådana frågor kan tänkas variera i hög grad mellan olika överlåtelser, beroende på de risker som är behäftade med den enskilda överlåtelserna i fråga.<sup>147</sup>

Vidare kan det förekomma flera personer på säljarsidan, vilket kan medföra praktiska problem när köparen vill rikta ersättningskrav mot en eller flera av dem. I sådana fall kan en garantiförsäkring bidra till att förenkla möjligheten

---

<sup>144</sup> Se Forssman 2016, s. 57 f och 163 ff; Sevenius 2015, s. 280 f; Whitney m.fl. 2018, s. 3.

<sup>145</sup> Alla val för med sig en viss slags kostnad, nämligen en alternativkostnad. Kostnaden utgörs av alla de möjligheter som går om intet när valet görs att tillfredsställa en viss preferens. Begreppet förklaras mer utförligt i Dahlman m.fl. 2004, s. 30 f. Se även Cooter & Ulen 2000, s. 228 f; Ippolito 2005, s. 120 f.

<sup>146</sup> Se Whitney m.fl. 2018, s. 3.

<sup>147</sup> Se AIG 2016, s. 2; Forssman 2016, s. 163 ff; Watchorn & Winborn 2008, s. 45 ff; Whitney m.fl. 2018, s. 3.

att få ersättning för uppkomna skador genom att kraven riktas mot en och samma aktör, nämligen försäkringsbolaget.<sup>148</sup>

Utöver det som nyss beskrivits bidrar säkerhetslösningen till att öka förutsebarheten för vilket resultat som kommer uppnås genom överlåtelsen. I och med att vissa risker vältras över på en tredje part mot ett bestämt vederlag minskar köparens risk för oväntade finansiella förluster. Det kan liknas vid att en ”prissättning” görs av riskerna i en överlåtelse. Många gånger kan ett försäkringsbolag vara mer lämpat än parterna för att bedöma riskerna i en överlåtelseprocess på grund av att den tidigare har försäkrat ett stort antal transaktioner och därmed har statistik att förlita sig på vid ingående av avtalets ingående. Risknivån kommer i sin tur speglas i storleken på premien som försäkringsbolaget kräver för att ingå avtalet. En positiv följd av att garantiförsäkring tecknas kan följaktligen bli att oenigheterna i förhandlingarna främst rör hur premien ska påverka nivån på köpeskillingen istället för att parterna ska diskutera sinsemellan hur olika risker ska påverka köpeskillingen. Sådana oenigheter kan nämligen antas vara enklare för parterna att förhandla och till slut komma överens om.<sup>149</sup>

Avslutningsvis ska det nämnas att det inte är ovanligt att köpare och säljare vill bibehålla goda affärsrelationer även efter transaktionens genomförande. Om det råder stor oenighet under förhandlingsstadiet eller om köparen efter transaktionen blir tvungen att rikta krav om ersättning mot säljaren kan chanserna för att affärsrelationerna hålls goda försämrats. En lösning kan i det sammanhanget vara att teckna en garantiförsäkring. Därigenom får köparen en ny motpart att rikta krav om ersättning mot och överlåtelseavtalets parter behöver inte slita någon tvistig fråga i skiljenämnd eller allmän domstol.<sup>150</sup>

### 6.3 Undantag från skydd

Genom en garantiförsäkring försäkras ekonomisk skada som uppkommer med anledning av sådana förhållanden som föreligger redan vid ingående av försäkringsavtalet. Garantiförsäkringarna utesluter nämligen i regel sådana garantier som är framåtblickande och exempelvis tar sikte på bolagets framtida resultat. Även garantibrister som köparen, eller någon i ledningen i köparföretaget, kände till eller borde ha känt till undantas från försäkringsskydd. Vidare undantas vanligtvis ekonomiska skador till följd av brott mot offentligrättsliga eller straffrättsliga regler. Vissa typer av risker skyddas sig köparen mot genom andra slags försäkringar som normalt sett tar

---

<sup>148</sup> Se AIG 2016, s. 2; Whitney m.fl. 2018, s. 3.

<sup>149</sup> Se Forssman 2016, s. 164; Hyatt 2017, s. 133; Lagerström & Roos 1991, s. 12.

<sup>150</sup> Se AIG 2016, s. 2; Forssman 2016, s. 164; Hyatt 2017, s. 134; Whitney m.fl. 2018, s. 4.

sikte på specifika risker. Det kan exempelvis handla om skattemässiga risker eller miljörisker.<sup>151</sup>

Viktiga begrepp brukar definieras i avtal om garantiförsäkring. Syftet med att definiera dessa begrepp är att de ska stämma överens med det som föreskrivs i överlåtelseavtalet. Exempel på sådana begrepp är ”Garantibrist” (eng. *Breach*) och ”Förlust” eller ”Skada” (eng. *Loss*). I definitionen av vad som ska anses utgöra förluster brukar indirekta förluster (eng. *Indirect or Consequential Losses*) uttryckligen undantas.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> Se Whitney m.fl.2018, s. 6.

<sup>152</sup> Se Policy Document, Tokio Marine, s. 6 ff; Whitney m.fl. 2018, s. 5.

# 7 Tolkning och utfyllning

## 7.1 Teoretiska utgångspunkter

I svensk rätt råder avtalsfrihet. Begreppet har beskrivits som ett slags samlingsbegrepp för de tre följande friheterna:

- (a) individens frihet att ingå avtal eller att låta bli att göra det,
- (b) individens frihet att välja avtalspart, och
- (c) individens frihet att (tillsammans med avtalsparten) bestämma avtalets innehåll.<sup>153</sup>

Vidare har det anförts i doktrin att principen om att avtal ska hållas – *pacta sunt servanda* – utgör en hörnsten i marknadsekonomin. Ett av de skäl som ligger till grund för principen är att den skapar ordning och reda i relationerna mellan avtalsparter. Förutsebarheten och effektiviteten i avtal antas öka när avtalsparter kan lita på att motparten infriar sina förpliktelser och därmed antas det att transaktionskostnaderna i samhället minskar.<sup>154</sup>

För den praktiskt orienterade läsaren infinner sig möjligen frågan om *vad* avtalsbundenheten hänför sig till. Närmare bestämt, vad är respektive part – med anledning av avtalet – skyldig att prestera? Det kan exempelvis föreligga bevissvårigheter kring vad parterna avtalat om, vilket är fallet när ena parten (mot den andres bestridande) hävdar att motparten muntligen lovat att leverera inom viss tid och till en viss plats. Vidare kan det i och för sig stå klart vad som skriftligen har avtalats, men att avtalstexten är tvetydig. Det som avses därmed är att en viss text kan förstås på två olika sätt som är sinsemellan oförenliga. Även när avtalstexten är vagt formulerad kan problemet uppstå att parterna hävdar att avtalets innebörd ska förstås på två olika sätt, exempelvis när avtalet föreskriver att leverans ska ske ”inom skälig tid”.<sup>155</sup>

Det kan även förekomma att avtalet inte reglerar vad som ska gälla för en viss situation som uppkommit. Avtalet kan sägas lämna en ”lucka” oreglerad. Domstolen kommer i ett sådant fall att fylla ut avtalets innehåll. Lagregler kan många gånger användas för att fylla ut den lucka som parterna lämnat i avtalet. Om parterna i ett köpeavtal till exempel inte reglerat frågan om

---

<sup>153</sup> Se Adlercreutz m.fl. 2016, s. 28; Lehrberg 2016, s. 11 ff; Ramberg & Ramberg 2016, s. 29.

<sup>154</sup> Se Adlercreutz m.fl. 2016, s. 28.

<sup>155</sup> Lehrberg 2016, s. 11 ff.

köparens rätt att häva vid säljarens dröjsmål ligger det nära till hands för en domstol att fylla ut avtalet med 25 § KöpL.<sup>156</sup>

I doktrin har det anförts att avtalsrätten genomsyras av åtminstone tre olika principer<sup>157</sup>. Uppfattningarna rörande hur lämplig respektive princip är i varje given situation samt vilken genomslagskraft de har fått eller bör få har växlat genom åren. Den princip som ska nämnas först är *viljeprincipen*. Under senare delen av 1800-talet anslöt sig flertalet framstående tyska rättsvetenskapsmän till denna princip. Kort beskrivet är dess innebörd att viljeförklaringar ska tolkas i enlighet med vad som kommit till uttryck genom förklaringen endast när det stämmer överens med den faktiska viljan hos avgivaren. Det kan beskrivas som att viljan har en ”rättsskapande kraft”.<sup>158</sup> Viljebrist blev därmed en viktig grund för ogiltigförklarande av avtal. Adlercreutz och Gorton uttalar att på tolkningslärans område motsvaras viljeprincipen av den subjektiva tolkningsprincipen. I enlighet härmed ska det som viljeförklaringens avgivare avsett verka bestämmande för rättshandlingens innehåll. I teorin förklarades detta med att sådant som faller utanför vad viljeförklaringens avgivare avsett per definition även faller utanför den rättsskapande viljan.<sup>159</sup>

Den så kallade *tillitsprincipen* ger uttryck för en reaktion mot viljeprincipen. I nordisk doktrin är det framförallt Lassen som utvecklat tillitsprincipen. Syftet med att ge betydelse åt parts tillit är främst att i fråga om verkan av misstag bryta med viljeprincipen och tillgodose godtroende medkontrahents intresse av att kunna förlita sig på rättshandlingar. Utgångspunkten för denna princip är mottagaren – viljeförklaringens adressat – och hans eller hennes tillit. I och med att adressatens tillit behöver vara *befogad* (och alltså inte enbart individuellt betingad) ger tillitsprincipen uttryck för en objektiv tolkningsmetod. Genom bestämmelsen om förklaringsmisstag, i 32 § AvtL, anses tillitsprincipen ha blivit befäst i svensk avtalsrätt.<sup>160</sup>

Även *förklaringsprincipen* förtjänar att diskuteras i detta sammanhang. Denna princip har framförallt utvecklats av norrmannen Stang och, på senare tid, Grönfors. Enligt denna princip ska en objektiv tolkning av viljeförklaringen, den yttre manifestationen, vara avgörande. I doktrin har det

---

<sup>156</sup> Strukturen och exemplen i stycket är hämtade från Lehrberg 2016, s. 11 ff.

<sup>157</sup> I vissa framställningar används begreppet ”teorier”. Adlercreutz m.fl. 2016, s. 46 f diskuterar denna avvägning och landar i att ”principer” är en mer adekvat term i sammanhanget. Jag ansluter mig till den begreppsanvändningen.

<sup>158</sup> Se Lehrberg 2016, s. 22; Ramberg & Ramberg 2016, s. 41.

<sup>159</sup> Adlercreutz & Gorton 2009, s. 40. Notera att det som i detta sammanhang avses med den subjektiva tolkningsprincipen åtminstone i stort motsvarar det som behandlas under 7.2.

<sup>160</sup> Adlercreutz m.fl. 2016, s. 46.

ifrågasatts huruvida förklaringsprincipen och tillitsprincipen leder till olika utgångar vid tolkning av avtal.<sup>161</sup> Adlercreutz och Gorton uttalar att "[v]are sig man vill anse tillits- eller förklaringsprincipen vara förhärskande, står det fast att en *objektiv tolkningsprincip* av ganska vag och komplicerad struktur är accepterad i svensk förmögenhetsrätt."<sup>162</sup> Lehrberg problematiserar kring de olika principernas teoretiska och praktiska svårigheter och drar slutsatsen att det inte går att entydigt beskriva när respektive princip ska vara avgörande för tolkningen av ett specifikt avtal.<sup>163</sup>

De tre principer som nyss diskuterats har i varierande grad kommit till uttryck genom de tolkningsfaktorer som HD har fäst avseende vid när domstolen haft att avgöra olika tolkningsfrågor. Betydelsen av dessa tolkningsfaktorer har naturligtvis även diskuterats i doktrin. I det följande redogörs för ett antal rättsfall från HD, i syfte att illustrera hur tolkningstvister har löst i några olika fall. Även några ståndpunkter i doktrin lyfts fram.

## 7.2 Betydelsen av individuella förhållanden vid tolkning av avtal

Avtalsfrihet är, som nämntes i föregående avsnitt, en utgångspunkt i svensk rätt. Med det sagt är det naturligt vid en tvist rörande avtals innehåll att söka utröna vilka parternas viljor var när avtalet slöts. Om det går att konstatera att parterna avsåg eller ville att avtalet skulle ha ett visst innehåll så ska avtalet tolkas i enlighet därmed.<sup>164</sup> Den *gemensamma partsavsikten* (eller partsviljan) anses i svensk rätt ha en särställning vid tolkning av avtal.<sup>165</sup> Avtalets innehåll utgörs nämligen av det som parterna kommit överens om. Den så kallade viljeprincipen, som beskrevs i föregående avsnitt, får således genomslag.

Gemensam partsvilja utgör ett särskilt rättsligt begrepp, vars innebörd inte nödvändigtvis stämmer överens med de föreställningar som enligt allmänt språkbruk är förenade med en sådan formulering. Adestam förklarar att tolkningen går ut på att fastställa vad parterna får anses ha kommit överens om. Han vidareutvecklar det genom att förtydliga att tolkningen därmed inte går ut på "[...] efterforskande av ett psykologiskt faktum som på något sätt skulle förena parterna."<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> Se Lehrberg 2016, s. 23 ff; Adlercreutz & Gorton 2009, s. 41.

<sup>162</sup> Adlercreutz & Gorton 2009, s. 41.

<sup>163</sup> Lehrberg 2016, s. 23 ff.

<sup>164</sup> Se Lehrberg 2016, s. 39–49; Samuelsson, Joel 2014, s. 716.

<sup>165</sup> Se Adlercreutz & Gorton 2009, s. 57 ff.

<sup>166</sup> Adestam 2014, s. 53.

Avtalsslutet kan ha skett en lång tid innan det att en tvist aktualiserar sig och det kan inte tas för givet att parterna minns vad de ansåg om avtalets innehåll vid den tidpunkten. Dessutom kan det inte uteslutas att en avtalspart i efterhand kommer ge uttryck för att den haft de avsikter rörande avtalets innehåll som i efterhand visat sig mest gynnsamma för parten själv.<sup>167</sup> Det kan därmed antas att frågan om vad som får anses utgöra parternas överenskommelse många gånger kommer avgöras av vilken bevisning som förekommit i målet.<sup>168</sup> Det ska poängteras att en rad olika omständigheter kan tala för att parterna haft en viss avsikt rörande avtalets innehåll. Bland annat kan parternas handlande före eller efter avtalstidpunkten, parternas syfte med avtalet samt partsbruk, handelsbruk eller annan sedvänja ge vägledning.<sup>169</sup>

För det fall ingen gemensam partsvilja kan visas och de individuella förhållandena i övrigt inte kan säga något bestämt om vad parterna kommit överens om behöver tolkningsfaktorer av objektiv karaktär tillgripas. Det momentet i tolkningsverksamheten ska behandlas i följande avsnitt.

## **7.3 Betydelsen av objektiva faktorer vid tolkning av avtal**

### **7.3.1 Allmänt**

Tvister hänförliga till ett avtal uppkommer på grund av att det är någon eller några frågor rörande avtalet parterna inte kan enas om. Oaktat den betydelse av gemensam partsvilja som beskrevs i avsnittet strax ovan kan det antas att en gemensam partsvilja av olika skäl kan vara svår att med tillräcklig tydlighet visa i efterhand. Därmed behöver den som har att avgöra en tvist se till andra omständigheter som kan vara avgörande när det ska fastställas vad parterna får anses ha avtalat om. Bland de tolkningsfaktorer som diskuterats i doktrin brukar *ordalydelsen* sägas ha en särskild betydelse. Inte sällan är ordalydelsen det underlag som ger uttryck för parternas överenskommelse. Avtalets text är således det som behöver tolkas.

Adestam belyser skillnaden mellan det faktiska avtalsinnehållet och ett avtals ordalydelse. Ordalydelsen är, som nämnts, en viktig tolkningsfaktor men stämmer inte nödvändigtvis överens med det parterna kommit överens om. Ordalydelsen kan nämligen vara logiskt motsägelsefull, men detsamma kan

---

<sup>167</sup> Se Lehrberg 2016, s. 40 f.

<sup>168</sup> Det har i doktrin diskuterats huruvida avtalstolkning endast är en rättslig verksamhet eller om den även kräver bevisbedömningar. Se exempelvis Adlercreutz & Gorton 2009, s. 33 ff; Heuman 2015. Frågan kommer inte att behandlas vidare i denna framställning.

<sup>169</sup> Se Lehrberg 2016, s. 39–49.



inte sägas om avtalsinnehållet.<sup>170</sup> Vidare menar Adlercreutz och Gorton att om en viss tvistig fråga ska lösas och parterna anför varsitt tolkningsalternativ, vilka är sinsemellan oförenliga, men båda har stöd i den motsägelsefulla ordalydelsen kan åtminstone två prioriteringsregler användas. Den första innebär att individuella bestämmelser går före standardvillkor, eftersom de i allmänhet kan förmodas ha varit föremål för överväganden och beslut. Den andra innebär att mera preciserade bestämmelser ges företräde framför vaga klausuler.<sup>171</sup>

Det är enligt min mening inte möjligt att på ett rättvisande sätt redogöra för alla möjliga principer eller lösningsmodeller för tolkningstvister. Några ytterligare exempel ska dock belysas. En god förståelse av en text förutsätter många gånger att inte endast ett avgränsat avsnitt eller utdrag ur texten läses utan istället kan texten i sin helhet behöva läsas för att en god förståelse för textens innebörd ska uppnås. I NJA 1990 s. 24 yttrade HD att ett avtal bör ses som en sammanhängande helhet och att vid tolkningen av en klausul kan ledning ofta hämtas i andra klausuler.<sup>172</sup> Avtalets systematik är en aspekt av det Lehrberg benämner den *språkliga kontexten*. Ytterligare aspekter som kan vara relevanta att beakta inom ramen för den språkliga kontexten är möjligheterna att utifrån avtalets formuleringar göra antingen analogier eller motsatsslut.<sup>173</sup> I NJA 1987 s. 553 diskuterade HD möjligheten till analogislut. Vid en läsning av HD:s domskäl framgår det att domstolen bland annat beaktade till avtalsförhållandet bakomliggande rättsregler för att undersöka ifall stöd förelåg för en analogi utifrån formuleringen av en viss avtalsbestämmelse.

Vidare är ett avtal i de flesta fall avsett att tjäna något *syfte*. För att åstadkomma en god tolkning av ett avtal är det naturligt att undersöka vilket syfte avtalet har eller har haft.<sup>174</sup> I NJA 2012 s. 597 tog HD hänsyn bland annat till att det ena tolkningsalternativet låg i linje med dispositiv rätt samt att det inte var oförenligt med ”ett förseningsvites typiska syften”. I NJA 2010 s. 559 yttrade HD att hänsyn måste tas ”till avtalets syfte och praktiska funktion”.

---

<sup>170</sup> Adestam 2014, s. 52 f.

<sup>171</sup> Adlercreutz & Gorton 2009, s. 61 f.

<sup>172</sup> Motsvarande yttrande gjordes även i NJA 1992 s. 403.

<sup>173</sup> Lehrberg 2016, s. 108 ff.

<sup>174</sup> Se Adlercreutz & Gorton 2009, s. 63 ff; Lehrberg 2009, s. 112–118; Ramberg & Ramberg 2016, s. 169 ff.

### 7.3.2 Särskilt om betydelsen av dispositiv rätt

Grönfors uttalar att avtalsfriheten reducerats till ”en övervakad och rudimentär avtalsfrihet”<sup>175</sup>. Han beskriver att den partsorienterade lösningen, där partsviljan utgör det styrande momentet, till stora delar har övergetts. Istället menar han att den av lagstiftaren väl genomtänkta och rekommenderade lösningen på ett givet problem ska fungera som utgångspunkt. Avsteg därifrån ska enligt Grönfors göras endast om parternas viljeförklaringar ger tydligt uttryck för att den dispositiva regeln ska frångås till förmån för en avvikande individuell lösning och samtidigt inga samhällshänsyn talar mot att den dispositiva regeln undanträngs.<sup>176</sup> Som ett utflöde härav anför Grönfors även att olika typer av avtal måste tolkas enligt skilda principer med hänsyn tagen till uppbyggnaden av respektive avtalstyp.<sup>177</sup>

Lindskog diskuterar Grönfors’ uttalanden gällande den dispositiva rättens betydelse vid avtalstolkning. Å ena sidan menar Lindskog att det inte är svårt att förstå och känna sympati för den bakomliggande rättspolitiska värderingen som Grönfors tolkningslära ger uttryck för. Å andra sidan menar Lindskog att det inte alltid finns en dispositiv rättsregel att ”ta till” när en viss regel i ett avtal visar sig vara oklar.<sup>178</sup> En grupp av avtal som Lindskog skrivit om är företagsöverlåtelser. När det gäller just företagsöverlåtelser menar Lindskog att bristen på dispositiva regler att ta till beror på att det kan sägas föreligga en *bristande rättslig komputabilitet* mellan kontraktsmönstret som utbildats mellan aktörerna på marknaden och den dispositiva rättens regelmönster. Vid bristande rättslig komputabilitet menar Lindskog att det i och för sig är möjligt att gå direkt in på den individuella tolkningen. Han poängterar dock att det rättspolitiska elementet då försvinner från tolkningsoperationen. Frågan han sedan ställer sig är hur det rättspolitiska elementet kan behållas vid tolkning av ett oklart avtal som faller inom ett område där det råder bristande rättslig komputabilitet. Som svar på frågan föreslår Lindskog att en sådan situation som nyss beskrivits bör lösas genom tillämpning av en sund och riktig normalregel, baserad på det kontraktsmönster som etablerats för avtalstypen.<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> Grönfors 1989, s. 18.

<sup>176</sup> Ibid. s. 18 ff och 37.

<sup>177</sup> Ibid. s. 36.

<sup>178</sup> Se Lindskog 1991, s. 308.

<sup>179</sup> Lindskog s. 308 ff. Läsaren bör notera att Lindskog använder begreppet avtalstyp i en bemärkelse som jag antar skiljer sig något från den som föreslagits ovan i avsnitt 1.2.1. Enligt terminologin i förevarande framställning menar jag snarare att företagsöverlåtelser utgör en avtalsform som faller inom avtalstypen köp av lös egendom än en egen avtalstyp. En intressant fråga, som dock inte behandlas i förevarande framställning, är ifall avtalsformen är *självständig*. För vidare läsning på temat hänvisas till Samuelsson, Per 2011, s. 45 ff.

I frågan om hur avvägningen mellan tillämpning av dispositiva regler och användande av individuella tolkningsdata ska gå till när en oklarhet i ett avtal ska ges en lösning skiljer sig Lindskogs uttalanden från det Grönfors föreslår. Den skillnad som föreligger mellan deras respektive uppfattningar blir tydligast när Lindskog diskuterar hur mycket som ska krävas av individuella tolkningsfaktorer för att ställa åt sidan en normalregel av ovan nämnt slag. Lindskog är tydlig med att frågan inte är lätt att svara på, och häri menar jag att hans uppfattning skiljer sig från vad Grönfors uttalar. Den något försiktiga slutsats som dras av Lindskog är att det finns skäl för att följa en uppställd allmän normalregel för en viss grupp av avtal. Det finns dock även skäl för att följa sådana regler som kan extraheras ur individuella tolkningsdata.<sup>180</sup>

Joel Samuelsson menar att det vore en kontradiktion att säga att tolkningen *skall* ge samma resultat som de materiellrättsliga reglerna. Han förtydligar att varje strävan efter att inrätta tolkningen efter någonting annat än den text som tolkas är problematisk. Så länge det är fråga om tolkning är det nämligen innebörden i texten som eftersöks – och den som tolkar texten förfogar inte över dess innebörd. Enligt Joel Samuelsson måste dock *tolkningsobjekt* och *kontext* hållas isär. Genom att ingå avtal avser parterna att åstadkomma en rättslig effekt och därmed är kontexten alltid i någon mån rättslig. Genom den insikten ges omständigheterna i ett visst fall mening. Omständigheterna har inte i sig någon redan färdig inskriven innebörd. Genom tolkningsverksamheten tillskrivs omständigheterna innebörd och förståelse för en avtalstext uppstår när det konkreta fallet läses mot de generella rättsregler som kommer i spel med anledning av det specifika fallet. Rättsreglerna fungerar således som betydelsebärande normer.<sup>181</sup>

I syfte att illustrera vilken betydelse reglerna i dispositiv rätt givits som betydelsebärande normer i tolkningstvister ska två nedslag göras i praxis från HD. INJA 1981 s. 323 var frågan huruvida ett avtal om parkering ingåtts, och svaret var direkt beroende av hur villkoren på en skylt som fanns uppsatt vid infarten till parkeringsområdet skulle förstås. Det kom i slutändan ned till huruvida uppställningen av bilen i det specifika fallet utgjorde ”parkering”. HD definierade innebörden av parkeringsbegreppet i ljuset av den då gällande vägtrafiklagstiftningen med hänvisning till att det kunde ligga nära till hands för en bilförare att uppfatta den som allmängiltig, trots att definitionen inte var tillämplig på fallet ifråga.

---

<sup>180</sup> Lindskog 1991, s. 325 f.

<sup>181</sup> Samuelsson, Joel 2011, s. 178–186.

I NJA 2015 s. 110 prövade HD frågan om huruvida en entreprenad skulle anses vara behäftad med fel. Beställaren var en privatperson, men konsumenttjänstlagen (1985:716) var inte tillämplig på avtalsförhållandet. HD uttalade emellertid att det ändå var naturligt att bestämmelserna i det aktuella entreprenadavtalet hade samma innebörd som motsvarande bestämmelser i konsumenttjänstlagen. I konsumenttjänstlagen föreskrivs en miniminivå bestående i att arbetet ska utföras fackmässigt. HD påpekade även att konsumenten, därutöver, har rätt till ett resultat av tjänsten som motsvarar vad som avtalats i det enskilda fallet. I avtalet föreskrevs att fel skulle anses föreligga om arbetena avvek från vad som avtalats i fråga om konstruktion, utförande, mängd eller på annat sätt. I frågan om vad som skulle anses avtalat i nyssnämnda hänseende hänvisade HD till konsumenttjänstlagens 16 § och den likalydande 17 § i KöpL. I dessa bestämmelser föreskrivs att varan ska stämma överens med vad köparen har fog att förutsätta. Mot den rättsliga bakgrunden kom HD till slutsatsen att den aktuella bestämmelsen i avtalet som var föremål för prövning skulle förstås på så vis att beställaren hade rätt till det resultat som denne hade fog att förutsätta.

## 7.4 Utfyllning

Adlercreutz och Gorton beskriver att valet av utfyllande rättsregler beror på vilken avtalstyp det specifika avtalet tillhör.<sup>182</sup> Utfyllande rättsregler definieras av Adestam som sådana materiella rättsregler vars tillämpningsområde är begränsat till de situationer då ett giltigt avtal föreligger mellan två rättssubjekt och som inte föreskriver hur avtal ska tolkas. Adestam nämner också 2 kap. 1 § SkL som ett exempel på en rättsregel som kan tillämpas i avtalsförhållanden även fast den inte är en utfyllande rättsregel. Både utfyllande rättsregler och andra mellan två avtalsparter tillämpliga rättsregler kan vara antingen dispositiva eller tvingande.<sup>183</sup>

Lehrberg beskriver att vid utfyllning tillämpas i första hand tvingande rättsregler, när sådana finns. En tvingande regel blir nämligen normerande oavsett om en specifik fråga, som omfattas av den tvingande regelns tillämpningsområde, har reglerats genom avtal. När tvingande rättsregler saknas finns ibland dispositiva lagregler att tillämpa.<sup>184</sup> Det är möjligt att tillämpa såväl tvingande som dispositiva rättsregler analogt vid utfyllning av avtal. De tvingande reglerna är emellertid dispositiva utanför deras direkta tillämpningsområde.<sup>185</sup> Härutöver kan utfyllande rättsregler också ha utbildats i rättspraxis eller ha föreslagits i doktrin. Även *allmänna*

---

<sup>182</sup> Adlercreutz & Gorton 2010, s. 21 f.

<sup>183</sup> Adestam 2014, s. 66 f.

<sup>184</sup> Lehrberg 2016, s. 209 f.

<sup>185</sup> Se Bernitz 2013, s. 36; Lehrberg 2016, s. 210.

*rättsgrundsatser* utgör en kategori av dispositiva rättsregler. Denna kategori av regler omfattar sådana principer som återkommer i flera olika rättsregler på olika områden, vilka tillsammans läggs till grund för en så kallad *rättsanalogi*.<sup>186</sup>

Det har ovan, i avsnitt 1.2.1, redogjorts för den terminologi Arvidsson och Per Samuelsson föreslår rörande avtalsgrupper, avtalsformer och avtalstyper. Här ska återigen knytas an till dessa författares uttalanden på ämnet. Arvidsson och Per Samuelsson beskriver två slag av utfyllning: *bunden utfyllning* och *fri utfyllning*. Bunden utfyllning kan endast komma ifråga om det finns en etablerad utfyllande rättsnorm att falla tillbaka på. Sådana normer saknas vanligen för grupper av avtal som inte konstaterats utgöra eller tillhöra någon särskild avtalstyp. I sådana fall behöver fri utfyllning användas, vilket innebär att de allmänna domstolarnas diskretionära beslutskompetens tas i anspråk.<sup>187</sup>

Ett rättsfall som Arvidsson använder för att belysa hur fri utfyllning kan gå till är NJA 2009 s. 672. Frågan i målet rörde uppsägningstid för återförsäljaravtal mellan två näringsidkare. HD konstaterade i domskälen att ingen av parterna visat att det ifrågavarande avtalet reglerade frågan om uppsägningstid. Därmed gick HD vidare med att undersöka vad den utfyllande rätten innehöll för regler avseende uppsägningstid för den aktuella avtalstypen. Domstolen anförde att svensk rätt saknar lagstiftning om återförsäljning. Mot den bakgrunden framhöll HD att den utfyllande rätten därför får *konstrueras* med stöd av lagbestämmelser rörande jämförbara avtalsförhållanden och praxis. Arvidsson påpekar att för HD, som högsta instans, är den diskretionära beslutskompetensen förbunden med en rättsbildningskompetens.<sup>188</sup> Därmed kunde HD formulera sin uppgift som en fråga om att konstruera den utfyllande rätten.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> Se Lehrberg 2016, s. 212 f.

<sup>187</sup> Arvidsson 2010, s. 209 f.

<sup>188</sup> Angående den diskretionära beslutskompetensen och rättsbildningskompetensen, se avsnitt 1.4 i förevarande framställning.

<sup>189</sup> Arvidsson 2010, s. 40 f.

## 8 Avslutande diskussion

### 8.1 Borgen, försäkring, bägge två eller ingetdera?

I förevarande avsnitt behandlas frågan om vilken avtalstyp garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser tillhör. Med en formalistisk betraktelse är det enkelt att komma fram till ett svar; i och med att det är ett avtal som uttryckligen betecknas som försäkring och avtalet ingås med ett försäkringsbolag är det ett försäkringsavtal. Om betraktelsen istället görs på ett något djupare plan, utifrån medlemskriterierna för å ena sidan försäkringsavtal och å andra sidan borgensavtal, låter sig inte frågan besvaras lika enkelt. Det ska emellertid påpekas att det faktum att ett avtal ingåtts av ett försäkringsbolag och dessutom rubricerats som en försäkring bör anses tala för att det rör sig om ett försäkringsavtal. Det faktum att det rör sig om ett trepartsförhållande talar dock mer för att det är fråga om ett slags borgensavtal än ett försäkringsavtal. Försäkringsbolaget intercederar nämligen, för att använda Ingvarssons terminologi, i rättsförhållandet mellan köpare och säljare i en företagsöverlåtelse.

I överlåtelseavtalet ställer säljaren ut garantier som denne svarar för mot bakgrund av gällande avtals- och köprättsliga regler. Köpare och säljare kommer avtalsvägen överens om att köparen inte ska kunna rikta ersättningskrav med anledning av att säljaren inte uppfyllt sin del av avtalet (det vill säga garantibrist i detta sammanhang) mot säljaren utan istället mot försäkringsbolaget. Den utomstående parten åtar sig, mot vederlag, att ta över säljarens ansvar. Det ansvar som åligger den utomstående parten är detsamma som det ansvar säljaren tidigare hade enligt överlåtelseavtalet. Med det menar jag att det är samma objekt åtagandet avser, nämligen garantikatalogen. Det är samma ”händelse”, i form av uppdagandet av en garantibrist, som avses med respektive åtagande. Säljarens åtagande betecknas som ett garantiåtagande och den utomstående partens åtagande som en försäkring.

En viktig fråga att söka svaret på är vad för slags avtal parterna haft för avsikt att ingå. Det förhåller sig otvetydigt på det viset att termen ”försäkring” förekommer i alla olika, såväl svenska som engelska, benämningar för denna grupp av avtal. Det kan emellertid bero på att någon (förslagsvis ett stort försäkringsbolag eller stor försäkringsmäklare) börjat beteckna avtalet som försäkring och att aktörerna i branschen anslutit till den föreslagna terminologin utan att ifrågasätta vad för slags avtal det *egentligen* rör sig om.

De flesta lagregler som rör företagsförsäkringsavtal respektive borgensavtal är nämligen dispositiva. För kreditförsäkringars vidkommande är över huvud taget inte några regler i FAL tvingande. Därmed är de mellan parterna tillämpliga reglerna framförallt de som föreskrivits i det avtal som gäller dem emellan. Det finns ingen legaldefinition av vare sig försäkring eller borgen och mig veterligen har ingen tvist rörande tillämpningen av garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser prövats i någon svensk allmän domstol, eller publicerad skiljedom. Bruket av termen ”försäkring” härrör alltså sannolikt från aktörerna på marknaden och har inte, för svensk rätts vidkommande, bekräftats eller kommenterats i lagstiftningssammanhang, praxis eller i doktrin. Det ger anledning till att titta närmare på vad parterna vill uppnå (vad är deras respektive syften) med avtalet.

Parterna vill inte alltid ingå ett avtal av den anledningen att avtalet har en viss beteckning. Till exempel kan nämnas kreditgaranti samt entreprenad- och leveransgaranti. Dessa grupper av avtal har behandlats av Ingvarsson och det han kommer fram till är att de är hybrider mellan borgen och försäkring. Jag antar att parterna inte är lika intresserade av vilken beteckning deras avtal ges som de är av den rättsliga effekt de kan uppnå med avtalet. För garantiförsäkringens vidkommande har parternas respektive syften med avtalet beskrivits i allmänna ordalag ovan i avsnitt 6.2. Det kan exempelvis förekomma att köparen har incitament att ingå avtal om garantiförsäkring på grund av att den misstänker att säljaren kommer sakna betalningsförmåga för att ersätta köparen i enlighet med eventuella ersättningskrav som kan uppkomma med anledning garantibrist. Vidare kan det av praktiska skäl vara svårt för en köpare att rikta krav om ersättning mot säljarsidan på grund av att det förekommer flera säljare, som i värsta fall kan befinna sig i olika länder. Säljaren kan ha ett intresse av att köparen tecknar en garantiförsäkring eftersom säljaren därigenom undviker den ekonomiskt ineffektiva lösningen med deponering av en del av köpeskillingen. Garantiförsäkringen syftar i sådana fall till att försäkra köparen om att eventuella krav om ersättning kommer bli tillgodosedda samt att säljaren ska få snabb åtkomst till försäljningsvinsten.

Den typ av risker köparen skapar sig trygghet mot genom en garantiförsäkring liknar i viss mån kommersiella risker. Det handlar om den typen av spekulation som beskrevs ovan i avsnitt 5.2.1. Spekulationen tar sikte på omständigheter om vilka parterna kunnat – men avstått ifrån att – skaffa sig kännedom om. Häri skiljer sig garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser från i vart fall de flesta olika slagen av kreditförsäkringar. Kreditförsäkringar tar nämligen sikte på något i framtiden som är ovisst, exempelvis en entreprenörs korrekta genomförande av en entreprenad eller en låntagares förmåga att betala tillbaka ett lån. Som beskrivits ovan i avsnitt 3.1 utförs en entreprenad

under en viss tid och under denna tid kan det inträffa olika händelser som medföra att entreprenaden blir felaktigt utförd. När ett lån beviljas föreskrivs vanligen en tidpunkt, inom vilken lånet ska vara reglerat. Under den tiden kan det inträffa händelser som medför att låntagaren av någon anledning inte har möjlighet att betala tillbaka lånet. Dessa risker utgör kommersiella risker. Det är inte lika självklart att det spekulativa momentet i en företagsöverlåtelse, vilket är det som säkras genom garantiförsäkringen, utgör en kommersiell risk i och med att det tar sikte på huruvida ett målbolags egenskaper vid tidpunkten för avtalsslutet motsvarar det som föreskrivits i garantikatalogen.

En ytterligare skillnad mellan garantiförsäkringarna och både entreprenad- och leveransgarantier samt kreditgarantier är att vid tecknande av garantiförsäkringen är utgångspunkten att säljaren i överlåtelseavtalet har utfört sin prestation, det vill säga överlåtit aktierna, och att det därmed inte finns något ytterligare att prestera. Garantiförsäkringen är nämligen ett momentant avtal som tar sikte på förhållandena vid köparens tillträde till aktierna. Vid tillträdet till aktierna sker utbytet av prestationer mellan överlåtelseavtalets parter. Åtagandet enligt garantiförsäkringen består följaktligen i att försäkringsbolaget, för det fall det visar sig att målbolaget var behäftat med fel vid köparens tillträde, ska inträda i avtalsförhållandet och ta över en del av säljarens ersättningskyldighet. Vid entreprenad- och leveransgarantier har entreprenören, vid avtalets ingående, fortfarande kvar att prestera i enlighet med huvudförbindelsen. Det som garanteras är entreprenadens eller leveransens riktiga genomförande. En kreditgaranti tecknas i samband med att ett lån medges. Det som garanteras genom ett sådant avtal är låntagarens återbetalning av lånet. Oavsett hur begreppet kommersiell risk definieras menar jag att det finns en skillnad i den tredje partens åtagande enligt exempelvis en kreditgaranti eller entreprenadgaranti jämfört med en garantiförsäkring i företagsöverlåtelse.

Som medlemskapskriterium för borgensavtal uttalar Ingvarsson att åtagandet av borgensmannen ska utgöra en kumulativ intercession. Det ska nu diskuteras i förhållande till garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser. Ansvar för försäkringsbolaget åtar sig brukar vanligen, i försäkringsavtalet, anpassas på så vis att det aktualiseras först efter att beloppet som ska ersättas överstiger det takbelopp för säljarens ansvar som föreskrivits i överlåtelseavtalet. Upp till det beloppet svarar vanligen säljaren för att ersätta köparens skador på grund av garantibrister. Det är således inte ett kumulativt åtagande av försäkringsbolaget i den bemärkelsen att köparen har att välja mellan att rikta krav om ersättning mot antingen säljaren eller försäkringsbolaget. Respektive avtalsparts ersättningsansvar är noggrant föreskrivet i överlåtelseavtalet respektive garantiförsäkringsavtalet och syftet är att försäkringsbolagets ansvar tar vid först där säljarens ansvar tar slut. Jag



menar att det närmast bör betecknas som ett *delat ansvar* mellan säljaren och försäkringsbolaget. Enligt Ingvarssons terminologi ligger det i begreppet *kumulativ* att åtagandet ska ge borgenären en ökad säkerhet. En ökad säkerhet uppnås i och med tecknande av en garantiförsäkring genom att försäkringsbolaget, vars förmögenhetsmassa är skild från säljarens, intercederar i överlåtelseavtalet. Säkerheten för att köparen får garantibrister ersätta ökas i och med att säljaren inte ensam behöver ersätta köparen vid en garantibrist. Eventuella problem som kan vara relaterade till säljarens betalningsförmåga kan därmed antas inte göra sig gällande i lika hög grad.

Det andra medlemskapskriteriet som Ingvarsson ställer upp för avtalstypen borgensavtal är att avtalet är accessoriskt till en huvudförbindelse. Denna egenskap hos borgensavtalet bör emellertid inte utan eftertanke användas som ett medlemskapskriterium för avtalstypen på grund av det cirkelresonemang som kan uppstå, vilket behandlats ovan i avsnitt 3.1. Kriteriet bör användas med eftertanke. I det följande ska kriteriet diskuteras i förhållande till garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser.

Å ena sidan vill parterna åstadkomma en rättsverkning som, åtminstone i princip, innebär accessoritet till huvudförbindelsen. Det brukar beskrivas på så vis att garantiförsäkringen ska stämma överens med överlåtelseavtalet. Det som utgör en garantibrist i överlåtelseavtalet ska omfattas av garantiförsäkringsavtalet. Å andra sidan föreskriver parterna undantag från försäkringsbolagets ersättningsskyldighet av innebörd att åtagandet inte ska vara helt och hållet accessoriskt till huvudförbindelsen. Exempelvis föreskrivs ett visst självriskbelopp samt vissa undantag i försäkringsbolagets åtagande. Parterna vill heller inte utforma garantiförsäkringen som en enkel borgen, eftersom köparen i sådana fall behöver vända sig till säljaren först för att konstatera dennes oförmåga att betala innan köparen kan vända sig till försäkringsbolaget.

Förekomsten av försäkringsteknik vid ingående av flertalet avtal har på vissa håll beskrivits som ett medlemskapskriterium som skiljer försäkringsavtal från andra typer av avtal. När det handlar om att, genom avtal, skapa trygghet för kommersiella risker tjänar emellertid detta medlemskapskriterium knappt något syfte. De aktörer som ingår dessa avtal är antingen banker eller försäkringsbolag. Det kan antas att båda dessa aktörer så långt det går kalkylerar med de risker som är förknippade med såväl det enskilda avtalet som den stora gruppen av avtal som ingås. Försäkringsteknik är ett begrepp som används på försäkringsrättens område, när flertalet avtal ingås av ett försäkringsbolag och där försäkringsbolaget utifrån en rad olika faktorer bestämmer vilken premie den behöver betinga sig för att täcka de risker det åtar sig att ansvara för. Jag ser dock ingen anledning till att skilja mellan den

försäkringsteknik försäkringsbolag använder och den kalkylering banker kan göra av riskerna vid utställande av flertalet borgensavtal mot vederlag. De skiljer sig knappast åt i sådan utsträckning att de i sig kan ligga till grund för en slutsats om att de avtal bankerna ingår tillhör en viss avtalstyp och de som ingås av försäkringsbolag en annan.

För såväl borgensavtal som försäkringsavtal finns regler som avser att främja lojalt handlande för parterna. Dessa regler motiveras av att avtalen många gånger löper under en viss tidsperiod, där parterna i någon mån är beroende av att de iakttar varandras intressen. Vid garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser gör sig inte samma krav om lojalt handlande från respektive avtalsparts sida lika starkt gällande. Vad beträffar garantiförsäkringar är det i princip endast parternas ageranden inför avtalsslutet och vilken kunskap de besitter innan avtalsslutet rörande målbolaget som är av relevans. Efter garantiförsäkringsavtalets ingående finns det inget försäkringstagaren kan göra för att exempelvis öka risken för eller framkalla ett försäkringsfall. Det finns således regler i FAL som inte behövs för garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser. Möjligen talar detta för att garantiförsäkringarna inte tillhör avtalstypen försäkring. Vidare kan det påpekas att regler om vid vilken tidpunkt en skada ska ha inträffat inte fyller någon funktion för garantiförsäkringar. Alla garantibrister som täcks av garantiförsäkringen har redan ”inträffat” vid avtalets ingående. Förelåg de inte vid avtalets ingående utgör de inte garantibrister. Istället för regler som tar sikte på att avgöra när en skada ska anses ha inträffat (vilket HD diskuterade i NJA 2017 s. 237) är det nödvändigt och relevant att diskutera när köparen behöver reklamera en garantibrist till försäkringsbolaget. Reglerna i KöpL angående reklamation är av den anledningen möjligen mer lämpade, i detta hänseende, för att reglera denna grupp av avtal än vad de försäkringsrättsliga reglerna är.

För att sammanfatta den diskussion som företagits ovan vill jag lyfta fram att garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser otvivelaktigt utgör en slags säkerhetsrätt för ett spekulativt moment, som åtminstone liknar en kommersiell risk, i en företagsöverlåtelse. Denna grupp av avtal fyller i stora drag samma funktion som borgensavtal och deposition. Garantiförsäkringarna visar emellertid upp en rad fördelar jämfört med nämnda säkerhetslösningar. I jämförelse med depositionsavtalet är garantiförsäkringen mer ekonomiskt effektiv. I jämförelse med en typisk proprieborgen kan garantiförsäkringen anpassas på olika vis, bland annat genom att en självrisk föreskrivs och att vissa typer av garantibrister inte omfattas av försäkringsbolagets åtagande. Avtalsgruppen visar även upp egenskaper som talar för att det utgör en slags försäkringsavtal. Här kan exempelvis rubriken på avtalet, dess terminologi (till exempel självrisk,

försäkringsfall samt försäkringsgivare och försäkringstagare) och det faktum att det ingås av ett försäkringsbolag nämnas. Avtalsgruppen visar upp likheter både med borgensavtal och med försäkringsavtal, även om den inte fullt ut stämmer överens med medlemskapskriterierna för någon av avtalstyperna. I och med sistnämnda konstaterande kan även den slutsatsen dras att varken rättsreglerna som finns rörande försäkringsavtal eller borgensavtal helt och hållet är anpassade för denna grupp av avtal.

Mot bakgrund av den studie som företagits och den diskussion som nyss redogjorts för är min slutsats att garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser i vart fall inte uteslutande tillhör någon av avtalstyperna försäkring eller borgen. Jag kan dock inte med säkerhet säga ifall den aktuella avtalsgruppen tillhör bägge avtalstyperna försäkring och borgen eller ifall det är mer korrekt att säga att den inte tillhör någon av dem.

## **8.2 Fastställande av innehåll och rättsverkningar**

### **8.2.1 Inledning**

Svaret på framställningens första frågeställning är att garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser antingen tillhör både avtalstypen borgen och avtalstypen försäkring eller ingen utav dem. I förevarande avsnitt ska framställningens andra frågeställning besvaras och den tar sikte på vilken betydelse det nyss återgivna svaret har för fastställande av innehållet i och rättsverkningarna av ett avtal tillhörandes den aktuella avtalsgruppen. Först ska jag i diskussionen uppehålla mig vid avtalstolkning, därefter går jag vidare till att diskutera utfyllning.

### **8.2.2 Fastställande av innehåll**

En diskussion rörande vilken avtalstyp ett visst avtal ska anses tillhöra är i många fall nödvändig för att en god förståelse för parternas överenskommelse ska kunna nås. Parterna är för visso i många fall inte inlästa kring vilka avtalstyper som finns och vad som kännetecknar varje avtalstyp. De vill dock, som Joel Samuelsson förklarar, åstadkomma en rättslig effekt genom att sinsemellan ställa upp regler.<sup>190</sup> Kontexten är juridisk. Genom att analysera det enskilda avtalet och se till vilken funktion det fyller samt vilket syfte parterna har med det kan en förståelse nås, exempelvis för hur ett visst begrepp som förekommer i avtalet ska tolkas. Förekomsten av olika avtalstyper hjälper den tolkande juristen genom att det ställs upp hållpunkter

---

<sup>190</sup> Se avsnitt 7.3.2 ovan.

för vilka olika slags avtal som förekommer och vad som typiskt sett är syftet med och funktionen hos en viss avtalstyp. Rättsreglerna för respektive avtalstyp kan fungera som betydelsebärande normer.

I förevarande framställning har beståndsdelarna för garantiförsäkringarna brutits ned i syfte att förmedla en förståelse för vad det är parterna vill åstadkomma genom att ingå avtal om garantiförsäkring. Det parterna kommer överens om utgör avtal som visar upp likheter med såväl borgensavtal som försäkringsavtal. Enligt min mening innebär det att vid en tvist rörande hur en garantiförsäkring ska tolkas är det nödvändigt att hämta vägledning bland de rättsregler som finns för bägge dessa avtalstyper. Avtalet får tolkas i ljuset av nyssnämnda rättsregler. Härutöver bör även KöpL kunna vara vägledande vid tolkning av garantiförsäkringsavtal. Det garantiförsäkringen omfattar är nämligen garantier i ett företagsförvärv. KöpL är tillämplig på överlåtelseavtalet, inklusive säljarens åtagande genom garantikatalogen. För att ta några exempel kan det nämnas att bestämmelsen i KöpL som definierar indirekt skada är antagligen relevant för bedömningen av vad som ska anses utgöra indirekt skada såväl i överlåtelseavtalet som i garantiförsäkringsavtalet. Vidare föreskrivs det i KöpL ett ansvar för särskilda utfästelser från säljaren samt regler om reklamation. Även dessa regler kan vara vägledande vid tolkning av garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser.

Den uppfattning jag skapat mig genom studier av rättspraxis och doktrin är att det inte är möjligt att finna någon skillnad mellan principerna för hur olika typer av avtal ska tolkas. Det är i och för sig i viss mån olika omständigheter som vanligtvis beaktas vid tolkning av avtal tillhörande respektive avtalstyp, men det följer av det faktum att det rör sig om avtal med olika struktur, olika parter och som tjänar olika syften. De omständigheter som är relevanta att beakta för att skapa sig en förståelse för borgensavtal kan i vissa fall antas vara irrelevanta vid tolkning av ett försäkringsavtal, och vice versa. Om ett specifikt rättsfall läses där en viss omständighet, till exempel avtalsvillkorets ordalydelse i kombination med avtalets systematik, beskrivs som utslagsgivande innebär det inte med nödvändighet att ordalydelse och systematik är av större relevans för förståelsen av avtal tillhörande just den avtalstypen i jämförelse med avtal tillhörande andra avtalstyper. En slutsats som är möjlig att dra är istället att vid tolkningen av det specifika avtalet kunde avtalsvillkorets ordalydelse, läst mot bakgrund av avtalets systematik, säga något om vad parterna fick anses ha kommit överens om. I något annat fall har parterna använt sig av ett begrepp som motsvarar vad som föreskrivs i dispositiv rätt. Då ligger det istället nära till hands att studera vilken innebörd begreppet ges i dispositiv rätt. Beroende på omständigheterna i det enskilda fallet kommer olika tolkningsfaktorer vara relevanta att beakta.

Uppfattningen att olika typer av avtal tolkas på olika vis måste, som jag förstår det hela, botten i att de är avsedda att användas i olika sammanhang och för att åstadkomma olika slags rättsliga effekter. Därmed ger de typiskt sett upphov till olika slags tolkningsproblematik. Avsikten med att i förevarande framställning söka bryta ned garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser har varit att belysa vilka likheter och skillnader den gruppen av avtal har med de mest närliggande avtalstyperna. Mot bakgrund av en sådan jämförelse har slutsatser kunnat dras rörande vilken tolkningsproblematik som kan antas göra sig gällande för garantiförsäkringarnas vidkommande.

### **8.2.3 Fastställande av rättsverkningar**

Både försäkringsavtal och borgensavtal förutsätter en lojal samverkan mellan avtalets parter. Bägge typerna av avtal löper vanligen under en längre tid och endera partens agerande kan på olika sätt skada den andra parten. Därmed föreligger behov av att reglera vissa kritiska moment i respektive avtalstyp för att stävja illojalt handlande. Som nämnts ovan i avsnitt 2.1 innehåller FAL regler om fareökning och om försäkringstagarens biförpliktelser. Tillsammans med upplysningsplikten föreskriver dessa regler informationsskyldighet för försäkringstagaren gentemot försäkringsgivaren. För borgensavtalens vidkommande är situationen på några vis olik den som gäller för försäkringsavtal. En borgenär har exempelvis en viss undersökningsplikt rörande gäldenärens finansiella förhållanden. En annan skillnad mellan regleringen avseende borgen respektive försäkring är att för borgensavtal förekommer rättsregler som ålägger såväl borgensmän inbördes (vid förekomsten av flera borgensmän) som borgenären och gäldenären informationsskyldighet. Inom företagsförsäkringsavtal är det framförallt försäkringstagaren som är skyldig att ge försäkringsgivaren viss information. Även vad gäller borgensavtal är det emellertid nödvändigt med rättsregler som reglerar fareökning och informationsskyldighet under avtalstiden. Parterna i huvudförbindelsen är nämligen i viss mån skyldiga att iaktta borgensmannens intresse.

I och med att garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser är momentana avtal där parterna i princip inte efter avtalsslutet kan påverka varandras ställning på något vis gör sig inte något tydligt behov av handlingsnormer under avtalets löptid gällande. Det finns över huvud taget ingen löptid för avtalet att tala om utan enbart en reklamations tid för köparen. Det finns dock ett behov av regler som föreskriver informationsplikt för parterna innan avtalsslutet. I partsstrukturen vid en garantiförsäkring är köparen försäkringstagare, i försäkringsrättsliga termer. Samtidigt är köparen borgenär, i borgensrättsliga termer. Vid köpartecknade garantiförsäkringar är det köparen som står i

avtalsförhållande med den tredje parten. Det finns starka skäl för att köparen i en köpartecknad garantiförsäkring ska åläggas informationsskyldighet i förhållande till försäkringsbolaget, om inte en sådan redan reglerats i det enskilda avtalet. I avtalsförhållandet mellan säljaren och köparen är det framförallt säljaren som är skyldig att tillhandahålla köparen information rörande målbolaget. Anledningen till att garantierna finns är ju för att köparen ska kunna känna sig trygg i att vissa förhållanden hos målbolaget är för handen. Säljaren står dock inte i något avtalsförhållande med försäkringsbolaget och därmed kan inte säljaren i förhållande till försäkringsbolaget anses vara skyldig att tillhandahålla information om målbolaget. För att avsluta detta stycke ska det påpekas att det som nyss diskuterats möjligen inte innebär några praktiska problem, eftersom det vanligtvis görs undantag i garantiförsäkringen från sådana garantibrister vilka köparen haft, eller åtminstone borde haft, kunskap om. Även i förhållandet mellan köpare och försäkringsbolag antar jag att 20 § KöpL om köparens undersökningsplikt kommer vara vägledande vid bedömning av frågan om vad köparen ska anses ha haft för kunskap om målbolaget.

I avsnitt 8.1 diskuterades på vilka sätt garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser skiljer sig mot några olika typer av kreditförsäkringar. Det kunde inte dras någon säker slutsats kring huruvida garantiförsäkringarna utgör en slags kreditförsäkring. För kreditförsäkringarnas vidkommande är i och för sig FAL formellt tillämplig, vilket följer av NJA 1999 s. 544 och 1 kap. 7 § FAL. Det har dock lyfts fram i doktrin att det förekommer regler i FAL som helt enkelt inte är möjliga att tillämpa på kreditförsäkringar på grund av försäkringsformens många olikheter i jämförelse med andra typer av försäkringar. Exempel på sådana regler som svårligen kan tillämpas på garantiförsäkringar har lyfts fram i förevarande kapitel. För det fall att det inte finns någon utfyllande rättsregel som är direkt tillämplig på ett avtalsförhållande som rättstillämparen har att avgöra kan den diskretionära beslutskompetensen behöva tas i anspråk, vilket exempelvis skedde i NJA 2009 s. 672. I rättsfallet konstaterade HD även att det var dess uppgift att skapa den utfyllande rätten för den uppkomna frågan. Situationen kan även uppstå, ifall ett avtal anses tillhöra mer än en avtalstyp, att flera rättsregler är tillämpliga. I sådant fall behöver domstolen välja vilken regel som ska tillämpas. Situationen blir särskilt intressant för det fall reglerna domstolen har att välja mellan ger olika utfall i det specifika målet. I det följande ska några exempel lyftas fram på företeelser som regleras på olika vis för försäkringsavtal respektive borgensavtal.

Enligt 8 kap. 20 § FAL, som hänvisar till 7 kap. 4 § FAL, behöver den som vill ha försäkringsersättning väcka talan inom tio år från tidpunkten för försäkringsfall. Enligt 2 § första stycket PreskL preskriberas en fordran tio år

efter dess tillkomst, om inte preskriptionen avbryts dessförinnan. Dessa bestämmelser bör inte innebära några skillnader för köparens möjligheter att kräva ersättning av försäkringsbolaget. Försäkringsfallet föreligger vid garantiförsäkringsavtalets ingående, vilket beskrivits på flera håll ovan. Fordran köparen har mot försäkringsbolaget uppkommer således i samband med avtalsslutet. Tidsfristen, tio år, är detsamma enligt bägge reglerna. En skillnad mellan reglerna består emellertid i att det i FAL föreskrivs att tidsfristen för att väcka talan om att utfå försäkringsersättning inte genom avtal får bestämmas till en kortare tid än ett år. Motsvarande reglering saknas i PreskL och därmed är det möjligt att genom avtal föreskriva en preskriptionstid understigande ett år för borgensavtal. En ytterligare skillnad mellan regleringarna är att det för försäkringsavtalens vidkommande krävs att försäkringstagaren väcker talan mot försäkringsbolaget för att åstadkomma preskriptionsavbrott. I 5 § PreskL föreskrivs att utöver att borgenären väcker talan mot borgenären kan preskriptionsavbrott åstadkommas genom att gäldenären på något sätt erkänner fordran eller genom att gäldenären får ett skriftligt krav från borgenären.

I 32 § KöpL regleras frågan om reklamation. Om varan är behäftad med fel behöver köparen reklamera inom skälig tid från det att felet upptäcktes eller borde ha upptäckts. I lagrummets andra stycke stadgas en reklamationstid om två år från det att köparen tog emot varan, med mindre något annat följer av en garanti. Jag anser att bestämmelsen i KöpL är bättre anpassad för att reglera garantiförsäkringsavtalet i det aktuella hänseendet än reglerna för försäkringar respektive borgen är. Framförallt motiveras det med att reglerna om försäkring och borgen tar sikte på att en händelse ska inträffa för att en fordran ska uppkomma. Bestämmelsen i KöpL tar sikte på att reklamation ska ske en viss tid efter att köpet genomfördes eller felet upptäcktes.

I FAL förekommer bestämmelser rörande försäkringsbolagets konkurs. I NJA 1999 s. 544 belystes vilka konsekvenser det kan få för försäkringstagaren, som i det fallet var borgenär i huvudförbindelsen, om ett specifikt avtal anses vara antingen försäkring eller borgen. Rättsfallet har behandlats ovan i kapitel 4. Motsvarande reglering återfinns idag i 8 kap. 7 § FAL, som hänvisar till 3 kap. 9 – 11 §§ i samma lag. I 3 kap. 11 § föreskrivs att försäkringsavtalet, vid försäkringsbolagets konkurs, förfaller ett år efter likvidationens början. Vid tiden för NJA 1999 s. 544 var tidsfristen tre månader. Den skillnad som belystes i rättsfallet rörande tillämpning av försäkringsavtal respektive borgensavtal kvarstår, låt vara att tidsfristen innan försäkringsavtalet förfaller nu är ett år istället för tre månader.

## 8.3 Sammanfattande slutsats

Svaret på framställningens första frågeställning är att avtalsgruppen garantiförsäkringar i företagsöverlåtelser inte uteslutande tillhör någon av avtalstyperna försäkring eller borgen. Den tillhör således antingen bägge dessa avtalstyper eller ingendera. Svaret på framställningens första frågeställning innebär att det inte finns regler föreskrivna i lag som är direkt avsedda att reglera denna avtalsgrupp. Om en garantiförsäkring i en företagsöverlåtelse, i händelse av en tvist, behöver tolkas finns det framförallt tre lagar som kan ge vägledning kring hur ett specifikt sådant avtal ska förstås. Reglerna i dessa lagar fungerar i sådana fall som betydelsebärande normer. Om en garantiförsäkring i en företagsöverlåtelse har tolkats av rättstillämparen och slutsatsen dragits att den uppkomna situationen är oreglerad i avtalet kommer avtalet behöva fyllas ut. I och med att det inte konstaterades att garantiförsäkringarna uteslutande tillhör en viss avtalstyp kan situationen uppstå att flera rättsregler reglerar samma situation, men på olika vis. Vidare kan situationen uppstå att det inte finns någon utfyllande rätt att tillgå. I sådant fall kan rättstillämparen behöva använda sin diskretionära beslutskompetens och den därmed förenade rättsbildningskompetensen.

Vissa företeelser regleras på olika vis beroende på om det rör sig om ett försäkringsavtal eller borgensavtal. Till exempel regleras det fallet att försäkringsbolaget går i konkurs på ett visst sätt i FAL, som inte motsvarar vad som gäller för det fall borgensmannen går i konkurs. Vidare regleras frågan om preskription både i PreskL och i FAL. Till vissa delar ger regleringarna samma utfall. Två skillnader mellan lagarna är dock att FAL föreskriver att preskriptionstiden för att få försäkringsersättning inte får bestämmas till en tid som understiger ett år samt att det krävs att försäkringstagaren väcker talan mot försäkringsbolaget för att åstadkomma preskriptionsavbrott avseende fordran om försäkringsersättning. Avslutningsvis ska det påpekas att garantiförsäkringarna ger upphov till annan slags problematik än vad som är vanligt vid försäkringsavtal och borgensavtal, när det gäller vilka konsekvenser som kan följa av illojalt handlande. Det innebär att ett antal regler som är relevanta för såväl försäkringar som borgen inte tjänar något syfte för garantiförsäkringar.



# Käll- och litteraturförteckning

## Källor

### Offentligt tryck

#### *Propositioner*

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m. 1914.

[Citeras: Förslag till avtalslag 1914]

Prop. 2003/04:150 Ny försäkringsavtalslag.

[Citeras: Prop. 2003/04:150]

#### *Statens offentliga utredningar*

SOU 1983:5 Koncession för försäkringsrörelse.

[Citeras: SOU 1983:5]

SOU 1992:30 Kreditförsäkringar, några aktuella problem.

[Citeras: SOU 1992:30]

### Elektroniska källor

*Midyear Transactional Risk Report*, Marsh Insights, 2015.

<https://www.marsh.com/content/dam/marsh/Documents/PDF/US-en/Midyear%20Transactional%20Risk%20Report%20Global-09-2015.pdf>

(senast besökt 2018-05-22)

[Citeras: Marsh Insights 2015]

*M&A insurance comes of age*, AIG, 2017.

<https://www.aig.com/content/dam/aig/america-canada/us/documents/insights/aig-manda-claims-intelligence-w-and-i.pdf> (senast besökt 2018-05-22).

[Citeras: AIG 2017]

*Policy Document: Buyer's Warranty and Indemnity Insurance*. Tokio Marine HCC.

<https://www.tmhcc.com/-/media/RoW/Documents/Financial-Lines/TMHCC--International-Warrenty--Indemnity-BUYER-UK.ashx>

(senast besökt 2018-05-22)

[Citeras: Policy Document, Tokio Marine]

*What's Inside – Warranty and Indemnity Insurance*, AIG, 2016.  
<https://www.aig.co.uk/content/dam/aig/emea/regional-assets/documents/whats-inside-randw.pdf> (senast besökt 2018-05-22)  
[Citeras: AIG 2016]

Whitney, Ronald E. m.fl.: *Representation and Warranty Insurance for M&A Transactions*, Thomson Reuters, Westlaw, besökt 2018-05-22.  
[Citeras: Whitney m.fl. 2018]

## Litteratur

Adestam, Johan: *Den dokumentvillkorade garantin*. Stockholm 2014.  
[Citeras: Adestam 2014]

Adlercreutz, Axel; Gorton, Lars och Lindell-Frantz, Eva: *Avtalsrätt I*, 14:e upplagan. Lund 2016.  
[Citeras: Adlercreutz m.fl. 2016]

Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars: *Avtalsrätt II*, 6:e upplagan. Lund 2009.  
[Citeras: Adlercreutz & Gorton 2009]

Adlercreutz, Axel: "Något om tolkning av bankgarantier". I: Gorton, Lars m.fl. (red.), *Festskrift till Kurt Grönfors*. Stockholm 1991 s. 1–7.  
[Citeras: Adlercreutz 1991]

Arvidsson, Niklas: *Aktieägaravtal*. Stockholm 2010.  
[Citeras: Arvidsson 2010]

Bengtsson, Bertil: *Försäkringsavtalsrätt*, 3:e upplagan. Stockholm 2015.  
[Citeras: Bengtsson 2015]

Bergström, Svante och Lennander, Gertrud: *Särskilda avtalstyper II: Försträckning och borgen*, 4:e upplagan. Uppsala 1978.  
[Citeras: Bergström & Lennander 1978]

Bernitz, Ulf: *Standardavtalsrätt*, 8:e upplagan. Stockholm 2013.  
[Citeras: Bernitz 2013]

Birkett, Kirsten: "Warranty and Indemnity Insurance: Keeping a Lid on Risk". I: *PLC Magazine* juli 2001 s. 25–32.  
[Citeras: Birkett 2001]

Cooter, Robert och Ulen Thomas: *Law and Economics*. Boston, Massachusetts 2000.

[Citeras: Cooter & Ulen 2000]

Crozier, Jannan; Allen, David; Hendry, Brian: "Warranty and Indemnity Insurance. A Global Reach. I: *PLC Magazine* augusti 2013 s. 27–35.

[Citeras: Crozier m.fl. 2013]

Dahlman, Christian; Glader, Marcus och Reidhav, David: *Rättsekonomi: En introduktion*, 2:a upplagan. Lund 2004.

[Citeras: Dahlman m.fl. 2004]

Ekström, Fritz Walter: *Om borgen*. Helsingfors 1916.

[Citeras: Ekström 1916]

Forssman, Magnus: *Företagsöverlåtelser: En introduktion till den legala processen*, 2:a upplagan. Stockholm 2016.

[Citeras: Forssman 2016]

Godsk Pedersen, Hans Viggo: *Kaution*, 11:e upplagan. Köpenhamn 2016.

[Godsk Pedersen 2016]

Gorton, Lars: "Borgen – säkerhet för vad?". I: *Svensk Juristtidning* 2001 s. 27–42.

[Citeras: Gorton 2001]

Gorton, Lars: *Due Diligence – Garantier och undersökning vid olika avtalstyper*. Lund 2002.

[Citeras: Gorton 2002]

Gorton, Lars: "Något om gränsdragningen mellan borgen och kreditförsäkring". I: Lyngé Andersen & Møgelvang-Hansen (red.), *Jura på mange måder: Festskrift till Børge Dahl*. Köpenhamn 1994 s. 85–112.

[Citeras: Gorton 1994]

Grönfors, Kurt: *Tolkning av fraktavtal*. Stockholm 1989.

[Citeras: Grönfors 1989]

Hellner, Jan: *Försäkringsrätt*, 2:a upplagan. Stockholm 1965.

[Citeras: Hellner 1965]

Heuman, Lars: ”Är avtalstolkning endast en rättslig verksamhet eller kräver den också bevisbedömningar?”. I: *Svensk Juristtidning* 2015 s. 793–825.  
[Citeras: Heuman 2015]

Hultmark (numera Ramberg), Christina: *Kontraktsbrott vid köp av aktie: särskilt om fel*. Stockholm 1992.  
[Citeras: Hultmark 1992]

Hyatt, Max: ”Warranty and Indemnity Insurance: Profileration of Moral Hazard or Legitimate Risk Mitigation Tool”. I: *University of San Fransisco Law Review* 2017, vol. 51 s. 127–145.  
[Citeras: Hyatt 2017]

Håstad, Torgny: ”Säljarens upplysningsplikt”. I: *Juridisk Tidskrift* 1992/93 Nr 4 s. 607–619.  
[Citeras: Håstad 1992/93]

Håstad, Torgny: *Köprätt: och annan kontraktsrätt*, 6:e upplagan. Uppsala 2009.  
[Citeras: Håstad 2009]

Ingvarsson, Torbjörn: *Borgensliknande säkerhetsrätter*. Stockholm 2000.  
[Citeras: Ingvarsson 2000]

Ippolito, Richard: *Economics for lawyers*. Princeton, New Jersey 2005.  
[Citeras: Ippolito 2005]

Jareborg, Nils: ”Rättsdogmatik som vetenskap”. I: *Svensk Juristtidning* 2004 s. 1–10.  
[Citeras: Jareborg 2004]

Johansson, Anders: ”Undersökningsplikt vid aktiebolagsförvärv – Frågor beträffande köplagens tillämplighet vid förvärv av aktiebolag”. I: *Svensk Juristtidning* 1990 s. 81–110.  
[Citeras: Johansson 1990]

Kihlman, Jon: *Köprätten: en introduktion*, 8:e upplagan. Stockholm 2016.  
[Citeras: Kihlman 2016]

Kötz, Hein: ”Unfair Exemption Clauses An Economic Analysis”. I: *Svensk Juristtidning* 1987 s. 473–480.  
[Citeras: Kötz 1987]

Lagerström, Peter och Roos, Carl Martin: *Företagsförsäkring: En försäkringsrättslig introduktion*, 2:a upplagan. Stockholm 1991.  
[Citeras: Lagerström & Roos 1991]

Lehrberg, Bert: *Avtalstolkning*, 5:e upplagan. Uppsala 2016.  
[Citeras: Lehrberg 2016]

Lennander, Gertrud: *Kredit och säkerhet*, 11:e upplagan. Uppsala 2015.  
[Citeras: Lennander 2015]

Lindskog, Stefan: ”En avhandling om aktieöverlåtelser”. I: *Svensk Juristtidning* 1993, s. 97–133.  
[Citeras: Lindskog 1993]

Lindskog, Stefan: ”Om tolkning av balansräkningsgaranti vid aktiebolagsöverlåtelse”. I: Gorton, Lars m.fl. (red.), *Festskrift till Kurt Grönfors*. Stockholm 1991, s. 305–326.  
[Citeras: Lindskog 1991]

Martinsson, Claes: ”Säljarens upplysningsplikt – en fråga om att gå över ån efter vatten?”. I: *Juridisk tidskrift* 1992/93 Nr 4 s. 436–455.  
[Citeras: Martinsson 1992/93]

Mellqvist, Mikael och Persson, Ingemar: *Fordran och skuld*, 10:e upplagan. Uppsala 2015.  
[Citeras: Mellqvist & Persson 2015]

Radetzki, Marcus: *Tolkning av försäkringsvillkor*. Stockholm 2013.  
[Citeras: Radetzki 2013]

Ramberg, Jan och Herre, Johnny: *Köplagen: En kommentar*, 2:a upplagan. Stockholm 2013.  
[Citeras: Ramberg & Herre 2013]

Ramberg, Jan och Ramberg, Christina: *Allmän avtalsrätt*, 10:e upplagan. Stockholm 2016.  
[Citeras: Ramberg & Ramberg 2016]

Sacklén, Mats: ”Om felansvaret vid aktieköp”. I: *Svensk Juristtidning* 1993 s. 812–853.  
[Citeras: Sacklén 1993]

Samuelsson, Joel: ”Något om tolkning av försäkringsvillkor”. I: *Svensk Juristtidning* 2015 s. 695–720.

[Citeras: Samuelsson, Joel 2014]

Samuelsson, Joel: *Tolkningslärans gåta: En studie i avtalsrätt*. Uppsala 2011.

[Citeras: Samuelsson, Joel 2011]

Samuelsson, Joel: *Tolkning och utfyllning: undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*. Uppsala 2008.

[Citeras: Samuelsson, Joel 2008]

Samuelsson, Per: *Entreprenadavtal – särskilt om ändrade förhållanden*. Stockholm 2011.

[Citeras: Samuelsson, Per 2011]

Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3:e upplagan. Stockholm 2015.

[Citeras: Sandgren 2015]

Sevenius, Robert: *Due Diligence - besiktning av företag*. Stockholm 2013.

[Citeras: Sevenius 2013]

Sevenius, Robert: *Företagsförvärv*, 2:a upplagan. Lund 2015.

[Citeras: Sevenius 2015]

Smith, Carsten: *Garantirett II*. Oslo 1963.

[Citeras: Smith 1963]

Vahlén, Lennart: *Avtal och tolkning*. Stockholm 1960.

[Citeras: Vahlén 1960]

Van der Sluijs, Jessika: *Studier i försäkringsrätt*, Stockholm 2011.

[Citeras: Van der Sluijs 2011]

Walin, Gösta och Ingvarsson, Torbjörn: *Borgen och tredjemanspant*, 4:e upplagan. Stockholm 2013.

[Citeras: Walin & Ingvarsson 2013]

Watchorn, Alena och Winborn, Richard: *Covering the Risks – Warranty and Indemnity Insurance*. I: PLC Magazine juli 2008 s. 43–51.  
[Citeras: Watchorn & Winborn 2008]

Åhman, Ola: ”Betydelseprövningen vid företagsöverlåtelser”. I: *Svensk Juristtidning* 1990 s. 479–491.  
[Citeras: Åhman 1990]

# Rättsfallsförteckning

NJA 1961 s. 330  
NJÄ 1972 s. 1  
NJÄ 1981 s. 323  
NJÄ 1987 s. 553  
NJÄ 1990 s. 24  
NJÄ 1992 s. 403  
NJÄ 1999 s. 544  
NJÄ 2001 s. 750  
NJÄ 2006 s. 53  
NJÄ 2009 s. 672  
NJÄ 2010 s. 559  
NJÄ 2012 s. 597  
NJÄ 2013 s. 237  
NJÄ 2015 s. 110  
NJÄ 2017 s. 253