

Rättslig kontroll av borgensåtagande genom avtalstolkning

Av docent GÖRAN MILLQVIST

1. Inledning

Våren 1989 avgjorde HD ett fall angående borgen för aktiebolags förpliktelser gentemot kreditgivande bank, NJA 1989 s. 269.¹ Fallet är ett exempel på hur domstolarna via tolkning av avtalsvillkor kan styra en viss rättshandlings verkningar genom så kallad dold kontroll. Det är också exempel på en utvecklingstendens inom civilrätten i stort angående förhållandet mellan dispositiva rättsregler och enskilda avtalsregleringar, där de senare i allt större utsträckning får stå tillbaka för de förra. Här skall några synpunkter ges på fallet och vad det kan betyda ur ett mera allmänt avtalsrättsligt perspektiv.

Ett aktiebolags samtliga styrelseledamöter, från början fem stycken, hade lämnat generell proprieborgen för bolagets samtliga förpliktelser till banken. Därtill hade två utomstående personer tecknat proprieborgen för bolagets checkkredit och för ett lån. Senare friställde dock banken, utan att höra övriga borgensmän, två av bolagsmännen från deras åtagande i samband med att de avgick ur bolagets styrelse. Fråga var vilken betydelse detta friställande hade för övriga borgensmäns betalningsansvar sedan bolaget försatts i konkurs och banken blivit nödlidande i konkursen.

De kvarvarande borgensmännen menade att banken begått ett avtalsbrott genom friställandet av de två andra borgensmännen, varför de förstnämndas ansvar helt bortfallit. I vart fall medförde friskrivandet att det solidariska ansvaret upphörde, på motsvarande sätt som sker enligt 9 § preskriptionslagen då fordran mot någon av flera solidariskt ansvariga gäldenärer preskriberas. Respektive bolagsmans ansvar kunde därför avse högst en femtedel av skulden. Banken åberopade häremot borgensavtalet för bolagsmännens generella borgen. Detta föreskrev bland annat — ”Om säkerhet i annan form, såsom i form av borgen, har ställts eller skulle komma att ställas för förpliktelse av nyss nämnt slag, medger jag att banken — utan minskning av mitt borgensansvar — får utan mitt hörande medge ändringar beträffande säkerheten och således även säkerhetens friställande.” Någon skyldighet att underrätta övriga borgensmän hade således inte förelegat enligt banken. Dock accepterade banken redan i sitt yrkande att de två fristående borgensmännens ansvar nedsattes proportionellt med två sjundedelar eftersom deras borgensavtal saknade motsvarande villkor. Samtliga borgensmän påstods dock vara solidariskt ansvariga, bolagsmännen för hela skulden, de fristående för fem sjundedelar.

¹ Rättsfallet har även kommenterats av Lennander i JT 1989–90 s. 516–22. Hennes synpunkter har dock ej kunnat beaktas p. g. a. tidsskäl.

Borgensmännen menade att det av banken åberopade villkoret måste tolkas så att den säkerhet som kunde ändras eller friställas, var en annan säkerhet än bolagsmännens generella borgen och i vart fall var villkoret oskäligt enligt 36 § AvtL och skulle lämnas utan avseende. Angående de två fristående borgensmännens ansvar påstods det bestå i efterborgen till det generella borgensåtagandet, vilket banken känt till eller borde ha känt till. Enligt avtal mellan borgensmännen skulle regressrätt endast kunna göras gällande av de fristående borgensmännen mot bolagsmännen, inte tvärtom. Genom att det solidariska ansvaret upphört i och med friskrivandet av de två bolagsmännen, kunde därmed inget ansvar utkrävas av de två fristående borgensmännen.

I sitt domslut ålade HD:s majoritet (tre JustR) samtliga kvarvarande borgensmän betalningsskyldighet för en sjundedel vardera av bankens fordran. Borgensansvaret hade således inte upphört enligt HD och borgensmännen fick inte medhåll i att de två fristående borgensmännen endast skulle ha iklätt sig efterborgen i förhållande till banken. Däremot hade det solidariska ansvaret bortfallit i analogi med 9 § PreskrL. De två skiljaktiga JustR:n ansåg båda, med något olika motivering, att de fristående borgensmännens åtaganden utgjorde efterborgen i vad avsåg regressrätten de olika borgensmännen emellan. I övrigt anslöt de sig till majoritetens mening. Domen föregicks av rättsutredning av Gösta Walin, åberopad av borgensmännen, och av yttranden, på HD:s begäran, av Bankinspektionen, Svenska Bankförbundet, Svenska sparbanksföreningen och Sveriges Föreningsbankers Förbund. I underinstanserna hade bankens talan helt bifallits.

Personlig borgen av bolagsmän och andra enskilda personer är en av institutionella kreditgivare flitigt använd kreditsäkerhetsmetod vid sidan om realsäkerheter av olika slag såsom fastighets- och företagsinteckning, lösöre pant och äganderätt till leasingobjekt. Borgensinstitutet är ett exempel i svensk rätt på en i stora delar icke lagreglerad rättsfigur,² vilket kan göra den svåradministrerad i den meningen att rättsverkningarna av en borgensförbindelse många gånger kan vara osäkra då tvist uppstår angående borgensmannens betalningsansvar. Men även om det borgensrättsliga regelsystemet till stor del är oskrivet saknar det för den skull inte konkretion och detaljrikedom. En genomgång av senare års rättspraxis på området³ ger exempel härpå, liksom även bankernas och andra kreditgivares standardformulär för olika borgensförbindelser. Formulärpraxis har inneburit att behovet av klara dispositiva regler förmodligen inte varit så påträngande. Eventuella luckor och andra otydligheter i rättsreglerna har kunnat

² Vissa aspekter av borgen finns reglerade i HB 10:8–12, KF 1851:55 s. 4 ang sättet för uppsägning av förbindelser, för vilka flera äro ansvariga, KF 1855:82 s. 1 ang löftesmans rätt att uppsäga och betala gäld m. m., PreskrL 4 § ang preskription av regressfordran, 8 § ang innebörden av preskription, 9 § ang preskriptions inverkan på solidariskt ansvar, VxL 30–32 §§ och ChL 26, 27 §§ ang aval, FB 15:14 ang förmyndares ställande av borgen å den omyndiges vägnar, VL 22:3 ang borgen som säkerhet för förpliktelse enl lagen samt i UB 2:25–27 ang borgen som säkerhet för förpliktelse enl balken (jfr RB 15:6).

³ Se NJA 1986 s. 198, 419 och 454, 1989 s. 52 och 57, RH 1986:40, 120 och 125, 1987:41 samt fallen nedan i texten. För tidigare praxis se Walin, Borgen och tredjemans pant (1984).

åtgärdas genom uttrycklig avtalsreglering och då detta skett i form av standardregleringar med stor spridning mellan banker och andra finansieringsinstitut, har en tämligen stabil regelbildning kunnat ske. Till detta kommer bankinspektionens och branschorganens arbete med övervakning och harmonisering av regelbildningen och tillämpningen.⁴

Rangordningen mellan dispositiv rätt och avtalsregleringar, med dominans för avtalets lösningar framför de dispositiva rättsreglerna, har länge uppfattats som en självklar följd av avtalsfrihetens princip och har väl allmänt även uppfattats som önskvärd genom att vara samhällsekonomiskt mera effektiv och flexibel än detaljreglering lagstiftningsvägen. Rättsutvecklingen inom civilrätten har dock under en längre tid inneburit en stadigt ökande betydelse för den dispositiva rätten på avtalsfrihetens bekostnad. Exempel på detta kan hämtas från bland annat avtalstolkningens område.

Under senare tid har särskilt Kurt Grönfors dragit konsekvenserna av att avtalsfriheten på många områden successivt har beskurits till förmån för bland annat dispositiv rätt och uppställt en delvis ny tolkningslära.⁵ Denna utgår från att det numera föreligger en endast "rudimentär och övervakad avtalsfrihet". Partsviljan som avgörande faktor för avtalsinnehållet har ersatts av mera samhällsorienterade lösningar och av regler med räckvidd utanför det enskilda avtalet. Vid konstaterad oklarhet i ett avtal bör, enligt Grönfors, primärt den dispositiva rättsregel tillämpas som reglerar frågan och endast om sådan saknas eller är av underordnad betydelse (utgör endast en reservlösning), skall en individuell tolkning ske.⁶ Grönfors har primärt fraktavtalet i åtanke för denna i förhållande till traditionell uppfattning förskjutning i tolkningens inriktning och syfte. Han påpekar också nödvändigheten av tolkningens anpassning till den avtalstyp och rättsliga miljö som är föremål för bedömning. I sina allmänna drag är dock läran avsedd att kunna tillämpas generellt. Och det som gör den intressant i borgenssammanhang är att HD i det aktuella målet synes ha resonerat på ett sätt som starkt påminner om Grönfors' beskrivning av modern avtalstolkning. I vart fall kan HD:s domskäl med lätthet analyseras utifrån Grönfors' modell.

⁴ Se t. ex. Bankinspektionens och Försäkringsinspektionens Författningssamling (BFFS) 1988:20, med "Allmänna råd angående generella borgensförbindelser beslutade 1988-09-15", vari bl. a. framhålls att generell borgen utan beloppsbegränsning bör användas mycket restriktivt och huvudsakligen endast då nära samband finns mellan borgensman och gäldenär.

⁵ Grönfors, Tolkning av fraktavtal (1989), och dens. Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler, JFT 1988 s. 317 ff.

⁶ Grönfors, Tolkning av fraktavtal, särskilt s. 46.

Ett annat exempel på denna rättsutveckling är regleringen av så kallade "befintligt skick"- klausuler i 19 § förslaget till ny köplag.⁷ En försäljning av en vara "i befintlig skick" eller med liknande allmänt förbehåll skall inte innebära att köparen övertar varan sådan den är, utan möjlighet att gentemot säljaren åberopa eventuella fel i varan. Felansvar skall enligt 19 § kunna göras gällande trots friskrivningen om varan inte motsvarar säljarens uppgifter om den eller denne inte lämnat upplysning om väsentliga förhållanden rörande varans egenskaper eller användning eller varan är i väsentligt sämre skick än köparen med fog kunnat förutsätta. Trots att hela köplagen föreslås bli dispositiv, se 3 § förslaget, införs här en tolkningsregel som står över det enskilda avtalet och begränsar giltigheten av vissa friskrivningsklausuler. Dessa klausuler är enligt propositionen visserligen "i princip" giltiga mellan parterna men det anses att den uppfattningen bör motverkas att säljaren därmed undgår allt ansvar; 19 § är här avsedd att "ange vilken ansvarsfriskrivning som ett sådant allmänt förbehåll av säljare medför".⁸ Principen är som bekant inte ny men om det tidigare var fråga om att domstol i vissa fall genom tolkning eller skälighetsprövning, kunde inskränka verkningarna av "befintligt skick"- klausuler, är det nu fråga om att en dispositiv lagregel på ett tvingande sätt (!) begränsar giltigheten av dessa klausuler. Denna metod att begränsa avtalsfriheten är tämligen vanlig i tvingande lagstiftning, exempelvis konsumentköplagen, men har inte förekommit så ofta i dispositiva lagar, av, kan man tycka, naturliga skäl då innebörden av dispositiviteten beaktas.⁹

Ett tredje exempel är den renässans 36 § AvtL inneburit för den dispositiva rätten. En dispositiv regel kan bilda både utgångspunkt och resultat vid jämkning enligt 36 §, genom att den aktuella rättsregeln både får utgöra jämförelsestandard för en ifrågasatt avtalsreglering och jämkningsresultat då avtalsregleringen befunnits oskälig.¹⁰ Bernitz menar till och med att den främsta måttstocken för vad som normalt är skäligt, är just dispositiv rätt.¹¹ Rättsläget torde kunna sammanfattas med ett citat av Huser angående synen på så kallad "avtalesensur". "Vi trenger ikke i dag noen spesiell begrunnelse for ved rettsregler å gi adgang til å sensurere avtaler. Vi kan godt si det slik at når partene finner det hensiktsmessig å benytte seg av samfunnets domstolsapparat for å få gjennomført de avtaler de er part i, må de finne seg i at samfunnet på sin side tar de hensyn man finner det riktig å ta i den anledning. Et virkemiddel i denne forbindelse er da å utøve en avtalesensur i samsvar med de til enhver tid gjeldende normer og målsettinger i samfunnet."¹²

Borgensavtalen är knappast isolerade från denna utveckling. Det föreligger inga generella skäl för undantag av denna kategori från de strömningar som gör sig gällande inom civilrätten i stort. Tvärtom kan det hävdas att borgensinstitutet uppvisar vissa drag som gör det

⁷ Prop. 1988/89:76.

⁸ Prop. 1988/89:76 s. 91.

⁹ Jfr Hellner/Ramberg, Köprätt (1989) s. 72 ff.

¹⁰ Jfr prop. 1975/76:81 s. 121 ff. och prop. 1988/89:76 s. 66. Se även Westberg, Domstols officialprövning (1988) s. 796 ff., om processuella aspekter på jämförelsestandarder och domstols frihet att välja rättsföljd.

¹¹ Bernitz, Standardavtalsrätt (4 uppl. 1987) s. 71.

¹² Huser, Avtalesensur (1984) s. 10 f.

särskilt mottagligt för en kontroll och styrning från domstolarnas sida. Borgen som ställs till banker, finansbolag och andra institutionella kreditgivare utgör regelmässigt en ensidig förpliktelse för borgensmannen utan någon rätt till särskild kompensation av gäldenären eller annan för det risktagande det kan innebära. Borgensmannen är därtill ofta en fysisk person, vilket kanske inte omedelbart påkallar konsumenträttsliga hänsynstaganden men kan innebära att styrkeförhållandena får en betänklighetsida till borgenärens fördel. Det är lätt att föreställa sig att domstolarna väger in omständigheter av detta slag vid sina ställningstaganden i olika borgensrättsliga spörsmål.¹³ I NJA 1983 s. 332 åsidosatte HD enligt 36 § AvtL villkor i borgensförbindelse till bank tecknat för oåterkallelig remburs från banken, som gav banken rätt att utan borgensmannens hörande medge ändring i rembursvillkoren och fullgöra uppdragsgivarens instruktioner avseende rembursen och vad därmed kunde sammanhänga. HD konstaterade att banken utformat villkoret och att banken fick anses ha intagit en överlägsen ställning i förhållande till borgensmannen. I RH 1987:1 kom förutsättningsläran till användning för att ogiltigförklara borgensåtagande för ett leasingkontrakt. Det låg enligt hovrätten i leasinginstitutets konstruktion att leasingbolaget skulle ha en skyddad äganderätt till leasingobjektet, så att detta därigenom utgjorde realsäkerhet för leasingbolaget och, i andra hand, för borgensmannen. Därigenom framstod det enligt domstolen som uppenbart att det inte bara för borgensmannen utan också för borgenären (leasingbolaget) varit en för avtalets ingående avgörande förutsättning att bolaget skulle ha en mot tredje man skyddad äganderätt till objektet. Då så inte blev fallet på grund av brister i bolagets förvärv (traditionskravet hade ej uppfyllts när objektet köptes från leasingkunden), måste det ankomma på borgenären att bära risken för förutsättningens felslående.¹⁴

2. Betydelsen av dispositiv rätt vid avtalstolkning

I takt med att lagstiftaren och domstolarna signalerat en ökad beredskap och villighet att lösa enskilda tvistefrågor i överensstämmelse med den dispositiva rättens direktiv, har denna också fått ökat utrymme i litteraturens diskussion av avtalstolkningen. Hänvisningarna till den dispositiva rätten och till samhälleliga intressen av välbalanserade kontraktsförhållanden som övergripande normer eller riktmärken för tolkningen av enskilda avtal och villkor, har med åren blivit

¹³ Jfr Walin, Borgen och tredjemanspant s. 113 ff.

¹⁴ Jfr RH 1984:10, där förutsättningsresonemang likaledes grundade begränsningar i borgensåtagandets omfång.

allt tydligare. Kontrollaspekten av avtalstolkningen, där tolkaren aktivt griper in i avtalsförhållandet och korrigerar innehållet i enskilda villkor genom tolkningsoperationer, får en mera framträdande roll delvis på bekostnad av metoderna för fastställandet av partsviljan. Vid mitten av förra århundradet var det möjligt att sammanfatta den tidigare rättsutvecklingen med att civilrätten gått "från status till kontrakt".¹⁵ I dag, drygt hundra år senare, är det kanske dags att konstatera att utvecklingen gått *från status via kontrakt till kontroll*.¹⁶

Grönfors är den som i Sverige gått längst i att dra ut konsekvenserna av den rättsutveckling som sker för närvarande. Han uppfattar, som nämnts inledningsvis, avtalsfriheten idag som reducerad till "en övervakad och rudimentär avtalsfrihet".¹⁷ Ett tredje utvecklingssteg har uppnåtts efter det tillitsteoretiska synsättet, som föregicks av det viljeteoretiska. Enligt viljeteoretisk och tillitsteoretisk lära utgör partsviljan (avtalet) det styrande momentet och tolkningen är hela tiden inriktad på att underbygga avtalet, så att avtalsregeln så långt som möjligt förblir grunden för den konkreta lösningen. Denna modell är dock inte längre tillräcklig för att beskriva det nutida tolkningsförfarandet enligt Grönfors. Överger man den partsorienterade lösningen, vilket Grönfors menar till stora delar redan har skett, till förmån för en samhällsorienterad tolkning och genomslag för tillgängliga dispositiva rättsregler, måste tillvägagångssättet bli ett annat.

Utgångspunkten blir då istället, "att *den av lagstiftaren väl genomtänkta och rekommenderade normallösningen kan frångås, bara om förklaringen sådan den föreligger ger tydligt uttryck för att den dispositiva regeln skall frångås till förmån för en avvikande individuell och inga samhällshänsyn talar mot att den dispositiva regeln undanträngs*. Tydlighetskravet stöds då på en uppfattning att den dispositiva rättsregeln i och för sig förtjänar företräde i händelse av oklarhet."¹⁸ Endast i de fall den dispositiva regeln framstår som likgiltig ur samhällelig synpunkt, utgör en reservlösning utan rättspolitiska implikationer, bör den på ett enkelt sätt kunna frångås av parterna.

¹⁵ Sir Henry S. Maine, *Ancient Law*, 1861, reprint *The World's Classics*, Oxford Univ. Press, London 1959, s. 140 f. "The movement of the progressive societies has been uniform in one respect. Through all its course it has been distinguished by the gradual dissolution of family dependency and the growth of individual obligation in its place. The individual is steadily substituted for the Family, as the unit of which civil laws take account. [W]e may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from Status to Contract*." Kurs. i orig.

¹⁶ Vissa ser dock 1980-talets nykonservatism som tecken på att pendeln är på väg att svänga tillbaka mot ökad avtalsfrihet igen. Se Atiyah, *Freedom of Contract and the New Right*. 1988 års Casselföreläsning, Jur. fak., Sthlm, Skriftserien nr 20 (1989) s. 6 ff.

¹⁷ Grönfors, *Tolkning av fraktavtal* s. 19.

¹⁸ Grönfors, a. a. s. 30 f., kurs. i orig.

Grönfors konkretiserar även dessa tankegångar i ett "tolknings-schema för en nutida svensk lära om avtalstolkning":¹⁹

(1) Det fastställs att en *oklarhet* föreligger. Detta förutsätter på rent rätts-ekonomiska grunder att parterna är oense. [Härmed förstås att något behov av tolkning endast föreligger om dels avtalsparterna verkligen är oense om avtalets innebörd, dels en genuin oklarhet föreligger i avtalet; ett konstaterande på rent språkliga grunder att avtalet bara kan förstås på ett sätt innebär inte tolkning i denna mening.]

(2) Eftersökning av en *dispositiv regel* härledd ur (a) lagstiftning, (b) lag-analogi, (c) rättsanalogi, (d) avtalstypen, (e) konsekvens av för rättsordningen grundläggande principer eller (f) domarens fria skön.

(3) Besvarande av frågan om den funna regeln uppbärs av så starka rätts-politiska skäl att den inte skall frångås i detta fall. Om frågan besvaras jakande och den dispositiva regeln kan anses ge uttryck för en *rekommenderad normallösning* som parterna i det individuella fallet inte tillräckligt tydligt satt åt sidan, skall regeln tillämpas och tolkningen är därmed avslutad. Om frågan besvaras nekande och den dispositiva regeln bara framstår som en *reservlösning* eller om parterna bedöms ha tillräckligt tydligt upphävt den dispositiva regeln, måste tolkningsproceduren gå vidare genom en individuell tolkning.

(4) En *individuell tolkning* påbörjas genom (a) avgränsning av *avtalsinne-hållet*, (b) urvalet av relevanta *tolkningsdata* samt (c) den tolkandes *positione-ring* i förhållande till arbetsmaterialet. [Med det senare förstås att tolkaren måste välja utsiktspunkt, abstraktionsnivå och riktning, i förhållande till avtalsunderlag och tolkningsdata.]

(5) *Tolkningsarbetet avslutas genom en sammanvägning och ett ställningsta-gande* på grundval av det sålunda strukturerade arbetsmaterialet.²⁰

Andra svenska och nordiska författare går inte lika långt som Grön-fors i att fränkänna det enskilda avtalet dess försteg framför dispositiv rätt eller samhällsorienterade lösningar vid tolkningstvister, vare sig i beskrivningarna av domstolarnas tolkningsoperationer eller i de egna ställningstagandena till vilka syften tolkningen kan och bör främja. Tydliga referenser till dispositiv rätt görs dock av de flesta, inte bara när det gäller utfyllnad av avtalsinnehållet och korrigerande tolkning i mera traditionell mening, exempelvis av långtgående ansvarsfri-skrivningar, utan även när det gäller tolkning i inskränkt mening (fastställande av innebörden i ett visst avtalsvillkor). Tendensen är här tämligen enhetlig inom hela Norden även om olika författare trycker olika mycket på de förändringar som kan spåras i domstolspraxis. Det vanliga mönstret i nyare avtalsrättsliga framställ-ningar är, att man fortfarande framhåller avtalsfriheten och partsautonomin som grundläggande principer men att då de partsgivna normerna är oklara och kommer i kollision med rättsnor-merna, dessa har företräde om de har en sådan styrka att de bör ta

¹⁹ A. a. s. 46.

²⁰ A. st., kurs. i orig.

över, såsom uttryck för mera övergripande intressen.²¹ Säkerligen kan de åsikter Hellner gett uttryck för i recension av Grönfors' arbete ses som representativa.²² Hellner ställer sig där tvekande till om Grönfors' tankar är applicerbara inom andra delar av kontraktsrätten än vissa speciella avtalsområden såsom inom transporträtten. Någon allmän tolkningslära med tillämplighet inom ett större område anses Grönfors' modell knappast kunna upphöjas till. Däremot är Hellner positiv till metoden som sådan. "Om jag såtillvida är något skeptisk till möjligheten att tillämpa Grönfors' metod inom andra områden än frakträtten, hyser jag desto mer sympati för tanken att vid rättsregler med ett bestämt rättspolitiskt syfte regeln skall utgöra utgångspunkten för tolkningen. Finns ingen regel får en rättspolitisk bedömning av vad som lämpligen kan infogas i systemet utgöra utgångspunkten."

Med en viss förenkling torde diskussionen i litteraturen kunna sammanfattas med att Grönfors i sin tolkningslära lyfter fram till avgörande riktmärke för tolkningens inriktning det moment av hänsynstagande till väsentliga dispositiva regler som övriga författare pekar på men inte låter helt dominera. Det är säkerligen en allmän uppfattning idag, att särskilt vid tolkning av standardvillkor där parterna inte medvetet tagit ställning till villkorens närmare innebörd vid avtalstillfället, stor hänsyn kan tas till dispositiv rätt även vid tolkning i inskränkt mening. I vart fall torde detta gälla då (1) villkoret i någon mening är oklart, (2) det avviker på ett tydligt sätt från motsvarande dispositiva rättsregel och (3) rättsregeln kan sägas ge uttryck för ett rättspolitiskt ställningstagande angående fördelningen av risker och fördelar i avtalsförhållandet. Detta är dock *ett* fall bland flera andra och utgör hos de flesta författare inte någon primär tolkningsprincip. Vad Grönfors nu för fram är ett synsätt som just innebär att utgångspunkten och rättesnöret för tolkningen skall vara den dispositiva rättens väsentliga och centrala regler. Endast om det omtvistade avtalsvillkoret avser en mera perifer eller oväsentlig fråga bör tolkningen styras av för avtalsförhållandet individuella omständigheter (är villkoret klart och otvetydigt spelar det dock

²¹ Jfr Vahlén, *Avtal och tolkning* (1960), s. 227, "Det brukar således framhållas att vissa utfyllande regler ha särskilt stark förankring i den allmänna rättsuppfattningen och att de därför äro 'svårare' för parterna att frångå än andra dispositiva regler." (Not utelämnad.) Jfr s. 260. Jfr även Adlercreutz, *Avtalsrätt II* (2 uppl. 1978) bl. a. s. 44, Bernitz, *Standardavtalsrätt* s. 39, 41 och 44, Lindskog, *Förhandlingsspelet* (1989) s. 125, 141 och 153 ff., Ramberg, *Allmän avtalsrätt* (2 uppl. 1989) s. 77 och 101, Walin, *Borgen och tredjemanspant* s. 109 ff., Gomard, *Almindelig kontraktsret* (1988) s. 193 f., Huser, *Avtaletolking* (1983) s. 331 f., 343 (ang svensk rätt) och 539 samt Taxell, *Avtalsrättens normer* (1987) s. 23, 30, 33, 65 m. fl. ställen. Jfr dock H. J. Bull i *Festskrift till Braekhus* (1988) s. 108 f., med annan åsikt för s. k. "agreed documents".

²² Hellner, *Recension av Grönfors, Tolkning av fraktavtal*, JT 1989–90 s. 148 f.

ingen roll vad det avser, det är då inte längre fråga om tolkning utan möjligen fråga om prövning enligt 36 § AvtL).

Bortsett från frågan i vilken utsträckning Grönfors' tankar kan sägas återspegla nutida tolkningsförfaranden i domstolarna, finns det både för- och nackdelar med en tolkningslära av denna modell. Den är förhållandevis enkel och ger en fastare struktur, större förutsebarhet, inom tolkningsområdet, vilket bör tilltala alla som konfronterats med besvärliga tolkningsfrågor. Den ökar domstolarnas (samhällets) styrningsmöjligheter genom att legitimera korrigeringar till förmån för mera balanserade resultat. Domstolsprejudikaten kan också få ett ökat prejudikatsvärde genom att det tydligare framgår vilka villkorslösningar som kan accepteras trots att de står i strid med "gällande rätt". Vet läsaren att HD utgått från denna tolkningsprincip och ett givet villkor inte ifrågasatts i domen trots att det angripits av part, måste slutsatsen därav i de flesta fall bli att villkoret har en acceptabel formulering. Vidare bör ett konsekvent genomförande även kunna medföra tydligare och mera preciserade avtalsvillkor. Villkorsförfattarna måste anstränga sig för att åstadkomma otvetydiga villkor angående de frågor de vill reglera på annat sätt än vad dispositiv rätt föreskriver.²³

Emot modellen talar att den för en mera generell tillämpning kräver väsentliga förstärkningar och klargöranden av de dispositiva rättsreglerna för många kontraktstyper. Ett modernt, välbalanserat och mera heltäckande system av kontraktsregler, är en nödvändig förutsättning för att modellens positiva sidor skall slå igenom.²⁴ I detta ingår också att det i många fall kan behöva klargöras vilka regler som är av sådan dignitet att de bör prioriteras i tolkningsfallen. En okritisk tillämpning av dispositiv rätt kan också innebära en fara i form av stelhet i rättstillämpningen och hämmande inverkan på företags- och samhällsekonomiskt önskvärda kontraktsförhållanden.²⁵ Likaså kan utvecklandet av nya kontraktstyper och avtalsmönster påverkas nega-

²³ Jfr allmänt Lindskog, a. a. s. 126 f. Jfr även för exempel Millqvist, *Finansiell leasing* (1986) s. 238, där det föreslås en dispositiv regel angående leasingkundens rätt till del i leasingobjektets restvärde i de fall leasingbolaget fått full täckning för den lämnade krediten via kundens avgiftsbetalningar. En sådan regel parad med Grönfors' tolkningsprinciper skulle innebära att leasingkontraktet måste innehålla ett uttryckligt villkor om att sådan rätt *inte* föreligger om leasingbolaget önskar tillgodogöra sig restvärdet för egen räkning. Det skulle inte räcka med att hänvisa till "leasinginstitutets konstruktion" eller allmänna villkor om äganderätten till leasingobjektet eller liknande.

²⁴ Grönfors, *Tolkning av fraktavtal* s. 36, framhåller också behovet av en differentierad syn på tolkningsfrågorna. "Ty olika typer av avtal måste tolkas enligt skilda principer med hänsyn tagen till själva uppbyggnaden."

²⁵ Jfr Taxell, a. a. s. 43. "Parternas samverkan kan inte i alla stycken och detaljer bestämmas av rättsnormer. Särskilt i mera komplicerade avtal framträder reglerande faktorer av annat slag: ekonomiska kalkyler och annat bakgrundsmaterial, tekniskt kunnande, etiska värderingar etc. Den rättsliga regleringen får inte utsträckas så långt eller djupt att den hämmar parternas på realiteter grundade bedömningar och åtgärder när de har att fullgöra avtal och förverkliga deras syften."

tivt. Trots allt är det ju många gånger så att kommersiell praxis utvecklas utan att den till en början kan inpassas i det gängse mönstret av kontraktstyper och rättsregler. Avbetalningsköpet, leasingavtalet och värdepappersmarknadens nytilkomna instrument är exempel härpå. Det är svårt att föreställa sig att den dispositiva rätten hinner utvecklas i samma takt och att då tvinga in nya avtalstyper under näraliggande typers regelsystem, av den anledningen att rättstillämparen annars saknar tolkningsunderlag, synes inte vara en utveckling i rätt riktning. Frågan kan också ställas om den på samhällseliga överväganden baserade rättsregeln *a priori* är bättre i det enskilda fallet än ett tolkningsresultat baserat på avtalet och de särskilda omständigheter som omger detta. Även en central och allmänt sett "god" regel eller rättsprincip kan leda till oönskade resultat i enskilda fall. Att sådana fall förekommer och förmodligen är oundvikliga, utgör sällan skäl för att helt överge regeln men de kan däremot utgöra varnings signaler för en alltför stelbent rättstillämpning. Detta gäller särskilt om tvistefrågan *har* reglerats i avtalet, låt vara på ett oklart eller mindre stringent sätt. Modellen är slutligen också ett inkonsekvent inslag i civilrätten om man önskar upprätthålla en reell avtalsfrihet som grundprincip. Det traditionella synsättet på förhållandet mellan tolkning och utfyllning stämmer bättre med reell avtalsfrihet eftersom tolkningen då i stort sett begränsas till partsplanet och eventuella korrigeringar får ske öppet i form av jämkningar av villkoren enligt 36 § AvtL. Jämkningsmöjligheten innebär också att parter och rättstillämpare inte behöver böja sig för otillfredsställande avtalsvillkor. Likaväl som oklarheter kan undanröjas tolkningsvägen, kan de korrigeras genom jämkning. Ett oklart villkor, kombinerat med parts yrkande om att det skall ges viss innebörd till hans förmån, kan i sig i många fall konstituera oskälighet och därmed öppna för jämkning.

Som antytts tidigare vill det dock synas som om HD, även utanför det transporträttsliga området, slagit in på tankegångar som ligger väl i linje med dem Grönfors framför.

3. Högsta domstolens tolkning av borgensåtagande

I det aktuella borgensfallet, NJA 1989 s. 269, för HD ett resonemang av innebörd, att eftersom en viss dispositiv rättsprincip på det borgensrättsliga området ser ut på ett bestämt sätt och det avtalsvillkor som prövas utgör en avvikelse därifrån till fördel för den part som åberopar villkoret, detta *på grund därav* bör tolkas restriktivt.²⁶

²⁶ Jfr också NJA 1988 s. 512 ang tolkning av uttrycket "hyra" i bankgaranti för lokalhyra. I en bankgaranti för "hyresgästens skyldighet att erlagga hyra enligt kontraktet", ansågs termen "hyra" inte omfatta skadestånd enligt JB 12:31 st. 4 p. g. a. utebliven hyra, utan endast förfallna ej

I sin tolkning av det omtvistade villkoret²⁷ utgick HD från dettas karaktär av standardvillkor. Det frågades inte efter någon partsvilja eller enskild partsavsikt bakom de formuleringar som var föremål för prövning. Tolkningsoperationen inleddes istället med att villkorets allmänna funktion och användningsområde fastställdes, dess "verkningsmiljö" klarlades. Det konstaterades därvid att det var ett villkor som användes av bankerna i samband med generell borgen av bolagsmän, att behov av den typ av friskrivningsmöjlighet villkoret gav i stort sett var begränsad till generella borgensåtaganden samt att villkoret var betingat av praktiska skäl, nämligen att underlätta bankens hantering av olika säkerheter. Därefter gjordes en preliminär bedömning av ordalydelsens innebörd utifrån den premissen att ordalagen inte var otvetydiga i förhållande till bankens påstående om villkorets "rätta" innebörd. Resultatet blev att friskrivningsrätten snarast syftade på annan säkerhet än borgensmännens generella borgensåtagande. Med andra ord konstaterade domstolen att en genuin oklarhet förelåg i borgensavtalet.

Nästa steg var att fastlägga den dispositiva rättsregel som skulle varit tillämplig om villkoret inte funnits med i avtalet. "Enligt allmänna borgensrättsliga principer får en borgenär inte utan särskilt förbehåll friskriva någon solidariskt ansvarig borgensman, om inte de övriga borgensmännen godkänner åtgärden"; varpå följde — "Villkoret bör därför tolkas restriktivt".

Domstolen underbyggde sedan detta ställningstagande genom referens till oklarhetsregeln (alternativt minimiregeln) samt med ett visst klander av banken på grund av att denna inte klargjort sin tolkning av villkoret för borgensmännen. "Med hänsyn till att villkoret upptagits i ett av banken använt formulär bör oklarhet i bestämmelsens formulering inte gå ut över borgensmännen. Och att villkoret hade den av banken hävdade innebörden har, såvitt framgår av utredningen i målet, inte av banken klargjorts för dem som tecknat generell borgen." Slutligen tillades som extra underbyggnad att både

betalda hyror för tiden före uppsägning enligt JB 12:31 st. 1. HD menade att denna tolkning stod i överensstämmelse med hur termen används i JB 12 kap. och i vanligt språkbruk. Den stämde även med branschorganisationernas uppfattning och deras villkorspraxis (Svenska Bankföreningen, Sveriges Fastighetsägarförbund och Sveriges Köpmannaförbund).

²⁷ Ref. s. 286 f. Villkoret löd i sin helhet, "Jag har inte i förhållande till banken på grund av min borgen någon rätt till pant som ställts eller kan komma att ställas för en eller flera förpliktelser, vilka omfattas av denna borgensförbindelse, såvida jag inte genom särskilt avtal med gäldenären eller annan pantsättare försäkrats sådan rätt och detta avtal delgivits banken. Med pant jämställs annan realsäkerhet.

Om säkerhet i annan form, såsom i form av borgen, har ställts eller skulle komma att ställas för förpliktelse av nyss nämnt slag, medger jag att banken — utan minskning av mitt borgensansvar — får utan mitt hörande medge ändringar beträffande säkerheten och således även säkerhetens friställande." Cit. från Bankinspektionens yttrande återgivet i ref. s. 280.

bankföreningarna och föreningsbankernas förbund tagit avstånd från bankens tolkning och istället uttalat att villkor av den aktuella typen inte gav rätt att friskriva borgensman som tecknat generell borgen solidariskt med andra. Tillsammantaget ledde detta HD till slutsatsen att "banken inte haft rätt att så som skett friskriva de två borgensmännen".

Sex moment, varav fyra tolkningsfakta och två tolkningsregler, framhölls således av HD för att fastställa villkorets innebörd. Tolkningsfakta bestod av 1) villkorets allmänna syfte inom dess avtalsmiljö, 2) dess efter ordalagen närmast till hands liggande innebörd, 3) dess motsvarighet inom den dispositiva rätten samt 4) branschens uppfattning om hur villkoret skulle tolkas. Till detta fogades de två tolkningsreglerna 5) restriktiv tolkning vid avvikelse från dispositiv rätt och 6) oklarhetsregeln/minimiregeln.

Att märka är att HD inte söker undanröja oklarheten genom införande av enskilda för fallet specifika tolkningsfakta. Banken har inte klargjort att den uppfattade villkoret på ett sätt som avvek från dispositiv rätt och från hur HD uppfattade det, varför detta drabbar banken genom att den dispositiva regeln istället tillämpas. Här kan jämföras med HD:s sätt att resonera i NJA 1972 s. 1, som gällde tolkning av uppdrag till bank att ställa bankgaranti i USA. Banken och uppdragsgivaren var oense om hur långt uppdragsgivarens ersättningsskyldighet för vissa extraordinära kostnader banken åsamkats på grund av uppdraget sträckte sig. HD utnyttjade här till övervägande del individuella tolkningsfakta, även om det inledningsvis konstaterades att det för institutet bankgaranti "krävs att banken kan räkna med att den som beställt en bankgaranti i regel är skyldig att hålla banken helt skadeslös för kostnader med anledning av uppdraget". Avtalet tolkades till förmån för banken. Uppdragsgivaren och dennes borgensmän ålades betalningsskyldighet i anslutning till den uppställda principen. Men detta skedde, inte genom uttrycklig hänvisning till rättsreglerna, utan genom att det påvisades att avtalsinnehållet inte stod i konflikt med reglerna, varför avtalet kompletterades (utfylldes) med regeln.²⁸

I det aktuella fallet lyfter således HD fram den dispositiva rätten — och märk väl, inte en uttrycklig lagregel utan "en allmän borgensrättslig princip" — till tolkningsfaktum av första rangen. Frågan kan dock ställas vad "därför" i satsen "Villkoret bör därför tolkas restriktivt" egentligen syftar på. Menar HD att enbart det faktum att villkoret avviker från dispositiv rätt, låt vara i detta fallet en viktig och etablerad (men trots allt oskriven) borgensrättslig princip, motiverar

²⁸ Jfr om fallet Adlercreutz, Avtalsrätt II s. 41 och 118.

en restriktiv tolkning? Eller åsyftas därtill den aktuella rättsprincipens karaktär av skyddsregel för borgensmännen? Är det senare avsett, begränsas innebörden av uttalandet till en tolkningsregel av samma typ som flera gånger tillämpats på olika ansvarsfriskrivningsklausler — tyngande avtalsklausuler av typen ansvarsfriskrivning skall tolkas restriktivt.²⁹ Är däremot den vidare innebörden avsedd kan uttalandet ses som ett generellt ställningstagande till förmån för en större genomslagskraft för den dispositiva rätten i förhållande till oklara standardvillkor. Eftersom domstolen inte kvalificerar sitt uttalande i någon riktning, och en läsare av rättsfallsreferatet inte bör göra det i domstolens ställe, kan uttalandet inte gärna förstås på annat sätt än enligt det senare alternativet. Detta ligger även väl i linje med de utvecklingstendenser inom avtalsrätten som redogjorts för ovan.

Det kan invändas att tolkningsresultatet endast är ett utslag av, och bekräftelse på, dels en etablerad princip om restriktiv tolkning av betungande villkor i ensidiga borgensåtaganden, dels tillämpning av oklarhetsregeln eller möjligen minimiregeln.³⁰ Det är en vanlig uppfattning att försiktighet är påkallad när det gäller villkor i borgensåtaganden som utsträcker borgensmannens betalningsansvar eller förpliktelser i övrigt utöver den centrala skyldigheten att svara för gäldenärens ursprungliga åtagande.³¹ Likaså har det påpekats att särskilt minimiregeln men även oklarhetsregeln har särskild betydelse vid den typ av ensidiga åtaganden som borgen utgör.³² Domen skulle således endast utgöra en bekräftelse på att HD inte ändrat ståndpunkt i dessa frågor och på att doktrinen uttalanden återspeglar det rådande rättsläget så långt domens prejudikatverkan sträcker sig. Åberopandet av oklarhetsregeln eller möjligen minimiregeln skulle då tyda på att avvikelser från den allmänna borgensrättsliga principen inte ensam ansetts tillräcklig för en snäv tolkning av villkoret. Men om detta varit HD:s avsikt har domskälen fått en olycklig redigering. Så som resonemanget disponerats i domen framstår slutsatsen om restriktiv tolkning som en följd enbart av villkorets avvikelse från dispositiv rätt, inte som varande därtill betingad av att någon av de nämnda tolkningsreglerna varit tillämplig. Särskilt referensen till oklarhetsregeln/minimiregeln framstår mera som endast förstärkande argument som pekar i samma

²⁹ Se ex.vis NJA 1946 s. 666, 1954 s. 573, 1957 s. 426, 1971 s. 36 och 1975 s. 620, jfr Adlercreutz, Avtalsrätt II s. 81 ff. och Bernitz, Standardavtalsrätt s. 44 f.

³⁰ HD har inte behövt klargöra vilkendera av dessa tolkningsregler som tillämpats eftersom de leder till samma resultat i detta fall — tolkning mot banken. Se om minimiregeln Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 113 m. hänv.

³¹ Jfr Walin, Borgen och tredjemanspant s. 113.

³² Jfr Bernitz, a. a. s. 43 och Walin, a. st.

riktning som det redan gjorda ställningstagandet till restriktiv tolkning. Att de åberopats av domstolen kan möjligen vara en markering av att de uppfattats som reella tolkningsregler med tanke på den kritik som riktats mot dem i litteraturen.³³

Sammanfattningsvis innebär HD:s tolkningsförfarande att dörren öppnas ytterligare för tillämpning av dispositiv rätt för korrigering av avtalsvillkor. Även om en viss villkorsreglering kan ha fog för sig på grund av praktiska eller andra skäl, är domstolsingripanden inte uteslutna om villkoret strider mot dispositiv rätt och i någon mening är oklart eller otydligt, vilket skulle kunna gynna den som åberopar det, om det tolkades välvilligt.

Intressant att notera är att frågan om eventuell oskälighet enligt 36 § AvtL inte ens omnämns av HD. Uppenbarligen har domstolen ansett, att då tolkningsutfallet varit till borgensmännens fördel i den meningen att villkoret inte gav banken den vida friskrivningsrätt som hävdats, det inte längre fanns utrymme eller anledning att pröva om villkoret därtill var oskäligt enligt 36 § AvtL. Genom att först fastställa ett avtalsvillkors innebörd tolkningsvägen avgörs även i vad mån en oskälighetsprövning är påkallad.³⁴

I den andra rättsfrågan — efterborgen eller ej för de två fristående borgensmännen — förelåg tre tänkbara lösningar utifrån hur parterna utformat sin talan. 1) En för banken bindande regelrätt efterborgen, innebärande att de fristående borgensmännen endast svarade för vad bolagsmännen inte orkade infria på grund av deras generella borgen och med regressrätt för de fristående mot bolagsmännen men inte tvärtom. 2) Solidarisk proprieborgen för samtliga borgensmän gentemot banken men med regressfrågan reglerad enligt 1). 3) Solidarisk proprieborgen för samtliga utan reglering av regressfrågan. HD fann inte anledning betvivla att avtal ingåtts mellan borgensmännen i regressfrågan men ansåg det inte styrkt att banken känt till detta förhållande. Frågan var därför om banken bort känna till det eller med andra ord om det ålegat banken att undersöka hur det förhöll sig med borgensmännens inbördes ansvarsfördelning. I den intresseavvägning som domstolen därvid företog konstaterades att det saknades stöd för "en presumtion att när generell borgen tecknades för ett bolags åtaganden av styrelseledamöterna andra borgensåtaganden ingångna samtidigt eller senare skulle vara efterborgen. Med hänsyn till det nu sagda bör det inte läggas banken till last att banken underlätit att undersöka om [de fristående borgensmännen] var efterborgensmän." Båda kate-

³³ Se bl. a. Bernitz, a. a. s. 43, Ramberg, a. a. s. 113 ff., Grönfors, Tolkning av fraktavtal s. 27 och H. J. Bull i Festskrift till Braekhus (1988) s. 108.

³⁴ Jfr Bernitz, a. a. s. 45 och NJA 1989 s. 346, tolkning av försäkringsvillkor, där denna tågordning tydligt framgår av HD:s domskäl, rf s. 354. Jfr även NJA 1983 s. 332 (rembursfallet), där Bankföreningen i sitt yttrande till HD ansåg att det aktuella villkoret skulle tolkas till borgensmannens fördel, inte jämkas enligt 36 § AvtL. HD utgick dock uppenbarligen från att det inte fanns utrymme för en tolkning som räddade borgensmannen, utan gick uteslutande på 36 §. Villkoret har m. a. o. ansetts så klart att en tolkning till borgensmannens fördel har tett sig konstlad och sämre än en direkt oskälighetsprövning. Se även Ramberg, a. a. s. 109 och 110 f.

gorierna borgensmän ansågs därmed svara på samma plan (*proprie*; men, som nämnts ovan, endast för var sin femtedel, inte solidariskt).

Intresseavvägningen till bankens förmån förestavades av

att institutionella kreditgivare oftast inte kände till varför en person gått i borgen för annan eller vilka avtal och andra förhållanden som kunde föreligga mellan de berörda,

att det normalt, bortsett från undantagsfall som det förevarande, inte spelade någon roll för en bank om efterborgen avtalats mellan borgensmännen eftersom borgensförbindelserna i regel var *proprie*,

att det skulle vara föga ändamålsenligt — ett betydande merarbete utan motsvarande nytta — med rutiner som innebar att banken måste undersöka om någon borgensman svarade endast med efterborgen,

att det däremot var enkelt för borgensmännen att underrätta banken om de träffat avtal om regressrätten på ett sätt som inte framgick av borgenshandlingarna.

4. Några slutsatser och utvecklingstendenser

Ett enstaka rättsfall kan naturligen inte tas till intäkt för att HD generellt ändrat inställning till tolkningens funktion och plats inom avtalsrätten. Däremot kan den aktuella domen passas in som *en* byggsten i en större struktur och ses som en bekräftelse på ett visst mönster inom civilrätten vad gäller den normerande verkan dispositiv rätt och allmänna rättsprinciper kan ha. Här är inte platsen att söka utveckla de bakomliggande samhälleliga faktorer som kan vara orsak till denna rättsutveckling eller snarare ändrade syn på samspelet mellan individen och rätten. Uppenbart är dock att den åtminstone delvisa samsyn som kan spåras mellan lagstiftare, domstolar och doktrin angående var rättvisa lösningar på många tolkningstvister står att finna inte är begränsad till endast de klara fallen av obalans i avtalsförhållanden (konsumentförhållanden och liknande). Tendensen att framhålla den dispositiva rättens normallösningar är snarare generell och av övergripande karaktär. Främst kommer den till ett klarare uttryck då ett tydligt skyddsbehov föreligger på grund av avtalsparternas olika förhandlingsstyrka, kunskapsnivå eller faktiska möjligheter att tillvarata sina intressen såsom avtalsfriheten och marknadsekonomi förutsätter för att fungera tillfredsställande. Det hindrar dock inte att samma tankemönster och prioriteringar tillämpas även i andra mindre uttalade fall av obalans.

Det finns inga tecken som tyder på att denna successiva förändring av synen på rättvisa idag skulle vara på väg att stabiliseras eller avstanna av någon anledning. Tvärtom står vi mitt uppe i en genomgripande omdaning av den centrala förmögenhetsrätten, med förslag till ny köplag för lös egendom och ändringar i reglerna om köp av fast egendom, ny lagstiftning för handelsagentur och kommission, ny produktansvarslag samt, vid horisonten, en revidering av avtalslagen.

Förändringar som påverkar både förmögenhetsrättens materiella innehåll och dess genomslagskraft i samhällslivet. Det är rimligt att tänka sig att de allmänna trender angående synen på enskilda partsförhållanden som denna och annan ny civillagstiftning ger uttryck för kommer att påverka även ett sådant område som borgensrätten. En ökad ambition att skapa rättvisa genom styrning av enskilda partsförhållanden till balanserade resultat är trolig också för borgensåtagandenas del.

För kreditgivare och andra som kommer i kontakt med borgensrättsliga frågor kan därmed två väsentliga framtidsfrågor uppställas. Dels gäller det att söka utröna vilka regler och principer inom borgensrätten som har en sådan dignitet som uttryck för rättspolitiska ställningstaganden angående partsbalansen, att extra försiktighet är påkallad vid utformandet av standardvillkor. Dels gäller det att fundera på det mått av klarhet som krävs för att en avtalsklausul i ett borgensåtagande skall ges avsedd rättsverkan i en tvistesituation.