

Blendow Lexnova Expertkommentar - Affärsjuridik, mars 2009

I mars månads expertkommentar i affärsjuridik skriver Robert Sevenius, specialist på företagsförvärv och bolagsstyrning, om kreditgivaransvar. Ett aktuellt ämne med tanke på den finansiella instabilitet som råder.

I finanskrisen skugga väntar kreditgivaransvar för oaktsam bolagsstyrning

I samband med Sveriges förra finanskris väckte prof. Jan Kleineman en frågeställning som normalt inte ligger överst på agendan inom finansjuridiken genom sin artikel "Lender Liability" (Lender liability - ett skadeståndsrättsligt perspektiv på 1990-talets finansiella kris, Juridisk tidskrift, 1992). Så här i början av en ny period av finansiell instabilitet kan det vara dags att åter stifta bekantskap med denna frågeställning.

Svenska banker har efter internationellt mönster under 2000-talet blivit alltmer orienterade mot riskkapital, både som kundgrupp och som affärsmetodik. Bankernas avdelningar för finansiering av företagsförvärv har vuxit och blivit en viktig del i verksamheten och den totala riskexponeringen inom kreditgivningen. Kunderna är tidigare upphaussade riskkapitalbolag, bland andra Nordic Capital, Industri Kapital och EQT. Enligt affärspresen har bankerna sammanlagt lånat ut mer än 100 miljarder kronor till riskkapitalbolagen. För den halvstatliga banken Nordeas del handlar det om 2,5% av den totala kreditgivningen. I finansorn och recessionen tappar många av riskkapitalföretagens portföljföretag förmågan att återbetala räntor och amorteringar vilket medför att bankerna tvingas omformulera sina engagemang genom att skriva ner skulderna, ta kontroll över bolagen eller sätta bolagen i konkurs. I dagarna har den första större konkursen inträffat i Plastal ägt av Nordic Capital, finansierat genom en kredit från Svenska Handelsbanken. En fundamental kursändring fordras av bankerna när de tvingas att arbeta med rekonstruktion, refinansiering och bolagsstyrning. I detta arbete kommer bankerna tvingas till svåra avvägningar mellan att hålla företag levande med fortsatta krediter, förändra lånevillkoren eller att avveckla sina engagemang i olika obeståndsförfaranden; samhället och näringslivet kommer härvidlag att ställa höga krav på bankernas bedömningar och ageranden. Bankerna slits nu mellan att vara kommersiell aktör och samhällsbärare. I detta finansiella slaskväder kommer tankarna om kreditgivaransvar i Kleinemans artikel åter att aktualiseras.

Kreditgivaransvar kan definieras som det ansvar en kreditgivare kan komma att åläggas gentemot olika tredje personer utifrån dess relationer till och agerande gentemot ett gäldenärsföretag när kreditgivaren i praktiken styrt företaget som på grund av sin skuldbörda varit fullständigt beroende av kreditgivaren. Kreditgivaren kan då utöva inflytande över affärsplaner, investeringar, avtalsförhandlingar och andra affärsaktiviteter i företaget. Kreditgivaren framstår som en skuggstyrelse, en "shadow director". Gäldenärsföretagets avtalsparter i sin affärsverksamhet kan bli förfördelade utifrån direktiv från kreditgivaren som tvingar företaget att agera ur ett kortsiktigt finansiellt perspektiv istället för att uppträda lojalt i sina affärsrelationer. Bankerna kan tillfoga skada genom att verkställa lånevillkor eller hålla inne med finansiering som de bedömt vara för riskfylld även om risken är rimlig ur gäldenärsföretagets affärsmässiga perspektiv. Kreditgivaren borde inte utan reservation tillerkännas oinskränkta rätten att undandra företaget möjlighet till finansiering eller sätta företaget i konkurs alternativt rekonstruktion om detta sker på ett otillbörligt sätt.

Kreditgivarnas sätt att gardera sig mot gäldenärsrisker har förändrats under de senaste decennierna. Tidigare var säkerheter och borgen tillsammans med konkurs de centrala instituten för att garantera att kreditgivaren återfick de utlånade medlen. Bankerna har dock gått mot en mer marknadsanpassad modell av kreditgivning, särskilt i högt belånade företagsförvärv, där reala tillgångar inte har lika stor betydelse som tidigare; en modell där framtida betalningsflöden analyseras för att visa att gäldenären kan göra räntebetalningar och amorteringar under lånets löptid. Man följer i mångt och mycket samma logik, process, verktyg och bedömningsgrunder som vilken riskkapitalist som helst. Kreditgivarna har också börjat använda avtalsvillkor som innebär att de får insyn och medbestämmande i företagen på ett sätt som liknar aktieägarnas. I stor utsträckning används sådana s.k. negativa avtalsvillkor (covenants) för att erhålla information från och finansiell kontroll över företagen. Detta innebär att bankernas inflytande över företagens affärsverksamhet, kreditinflytandet, fått nya och starkare former jämfört med tidigare perioder av finansiell oro. Kreditinflytandet kan därvid i många avseenden påminna om det aktieägarinflytande som utövas ifrån moderbolag gentemot dotterbolag som i aktiebolagslagen benämns "bestämmande inflytande" (ABL 1:11). Bestämmande inflytande har inte definierats i annat än i redovisningsrätten, t.ex. en äldre rekommendation där bestämmande inflytande definierades som "en rätt att utforma ett företags strategier i syfte att erhålla ekonomiska fördelar".

Kreditgivarnas inflytande i aktiebolag är inte något obekant utan har sedan länge diskuterats inom den akademiska forskningen. Oliver Williamson (Corporate finance and corporate governance, Journal of finance, 1988) ser "kreditgivarstyrning" (debt governance) som en särskild form av bolagsstyrning, med särskilda likheter och skillnader i jämförelse aktieägarstyrning (equity governance). Lånestyningen är en "hård" form av bolagsstyrning som fokuserar på att kontrollen över företaget skiftar från aktieägarna till kreditgivarna, ytterst genom konkurs, medan aktieägarstyrningen kan ske i mindre dramatiska former genom rösträttsinstitutet. Med hotet om kontrollskifte kan kreditgivaren få en avgörande roll för företagens; en form av grå eminens bakom styrelsens och verkställande direktörens förvaltning.

Kreditgivarna ses normalt som skyddade från eventuella skadeståndsanspråk från företaget och dess intressenter. På samma sätt som ansvarsgenombrott för aktieägare i extrema situationer kan dock ett ansvarsgenombrott för kreditgivare diskuteras. Om kreditgivaren använder sin lånestyning och negativa avtalsvillkor till att utöva inflytande över företagens verksamhet och detta agerande är oaktsamt bör kreditgivaren bli skadeståndsskyldig. Kleineman talar om en lojalitets- och upplysningsplikt som kan vara tämligen långtgående. I rättsfallet [NJA 1985 s 178](#) fick en leverantör rätt att återta sin leverans av fartygsplåtar till ett rederi som gått i konkurs eftersom de vilseletts rörande rekonstruktionsplaner och statliga stödåtgärder.

Banken kan påverka företagen direkt genom att utöva inflytande gentemot styrelse och verkställande direktören under de låneavtal som slutits, men påverkan kan även ske indirekt genom att sätta press på aktieägarna med hot om kontrollskifte. Inte i någondera fallen tar aktiebolagslagen höjd för sådan kreditinflytande. Det finns inte några lagfästa grunder för ett kreditgivaransvar i dessa situationer. Kleineman diskuterar ett analogislut utifrån ABL 29:3 där aktieägare genom grov oaktsamhet tillfogar annan skada samt diskuterar grunderna i rättspraxis kring ansvarsgenombrott. Kreditgivaransvaret utgår istället från allmänna skadeståndsrättsliga principer. Kausaliteten är dock svår att utreda och fastställa ifråga om kreditgivaransvar. Det måste finnas ett orsakssamband mellan kreditgivarens agerande gentemot gäldenärsföretaget och den skada som tredje person lider. Sambandet har fastställts ifråga om informationsgivning i förhållande till borgensmän. Grunderna för kreditgivaransvar vid bolagsstyrning är svaga men Kleineman skriver att det vore synnerligen anmärkningsvärt om den som genom att utöva sitt kreditinflytande inte skulle ha någon form av skadeståndsansvar om vederbörande utövar detta inflytande på ett

oaktsamt sätt och förorsakar skada hos t.ex. leverantörer.

Ett tungt vägande skäl till varför ett kreditgivaransvar bör föreligga är att banken har en mycket speciell status i det finansiella systemet, något som knappast undgått någon under den senaste tidens turbulens. Banken är till en del en normal professionell aktör på en marknad. Men den är också en viktig del av det nätverk av förtroendeskapande mellanhänder som är nödvändiga i näringslivet, ungefär som advokater, revisorer och andra konsulter. Utöver detta professionsansvar inom denna särskilda roll är banken också verksam inom ramar och skydd utformade av staten för att trygga betalningssystemet. Bankkroten innebär både rättigheter och skyldigheter. Den privilegierade roll som bankerna åtnjuter i samhället innebär även att de bör underkastas långtgående ansvar för sitt agerande inom sin verksamhet. Denna särskilda position inom näringslivet är en faktor som utgör basen i det skadeståndsansvar som åligger bankerna. Samtidigt kan detta vara en komplicerande faktor. Staten och myndigheter har på olika sätt godkänt affärsmetoder och risknivå hos banker och kreditgivare. Genom Finansinspektionen tillståndsgivning och övervakning gör myndigheten bedömningen och signalerar att enskilda aktörer är vederhäftiga. Men Kleinman konstaterar att kreditgivaren måste vara medveten om att dennes agerande i trängda situationer väcker avgörande förväntningar även hos andra än gäldenären, och att när dessa förväntningar grusas kan detta föranleda kreditgivarens ansvar.



Robert Sevenius

Robert Sevenius Ekon. lic., jur.kand., verksam som rådgivare inom Transaction Services samt lärare vid Stockholms universitet, Företagsekonomiska Institutet m fl.