

Associationsrättsliga och sakrättsliga frågeställningar i anslutning till syn-dikerade lån – några reflektioner

LARS GORTON*

1. Bakgrund

När Gertrud Lennander lämnade universitetet för att bli justitieråd hade hon bakom sig flera sakrättsliga studier inte minst avseende panträtt. Hon har även under flera år varit medförfattare till *Bergström & Lennander, Kredit och säkerhet. Lärobok i krediträtt*.¹ I den festskrift som nu utges till henne i samband med hennes avgång från Högsta domstolen vill jag i mitt bidrag anknyta till några frågeställningar av krediträttslig karaktär.

De senaste årens finansiella och ekonomiska kris har lett till och kommer med all säkerhet att under ytterligare en period medföra olika rättsliga spörsmål när det gäller kredit och kreditgivning. En fråga, som hittills inte uppmärksamrats i någon högre grad, men som blivit gradvis alltmer aktuell, rör exempelvis betydelsen av en banks insolvens i anslutning till kreditgivning.² Det bör inskjutas, att detta är en frågeställning som i första hand aktualiserats i förhållande till hur staten ska förhålla sig till banker som hamnat i illikviditet och insolvens, där särskilt frågan om utformningen av de regler som bör finnas med avseende på bankers obestånd resp. i vad mån allmänna konkursrättsliga regler kan användas i samband med bankers obestånd. Vidare aktualiseras vissa kontraktsrättsliga frågor, som rör bankens förhållande till låntagare resp. till annan bank (som f.ö. också kan vara bank).

Frågan om varför det skulle vara särskilt viktigt att reglera banker och hantera dem ur risksynpunkt har diskuterats i olika sammanhang och det förefaller numera råda konsensus beträffande ett sådant behov, däremot inte beträffande utformningen och omfattningen av regleringen resp. över-

* Professor em., f.n. adj. prof. vid Center for kreditret og kapitalmarkedsret (CKK) vid Copenhagen Business School, också knuten till Stockholm Centre for Commercial Law.

¹ Den senaste upplagan från 2001.

² Nämnas kan, att LMA-dokumentationen (se nedan i 3.3) i ökande omfattning uppmärksammar frågan om finansiella problem på långivarsidan.

vakningen. Den centrala frågan rör vad rättsordningen avser att skydda, när det gäller bank- och finanssektorn, och därtill kommer frågor rörande hanteringen av uppkommande problem.³

Jag har som utgångspunkt för detta bidrag valt att diskutera vissa spörsmål, som kan aktualiseras i anslutning till syndikerade lån, dvs. kreditgivning där flera banker är inblandade i långivningen till en (eller flera) låntagare.⁴ De frågeställningar, som då kan aktualiseras, innefattar olika rättsliga element såväl av näringsrättslig som av civilrättslig natur. I vissa avseenden avviker berörda problem i anslutning till syndikerade lån inte från dem som förekommer vid annan kreditgivning, men den omständigheten, att flera långivare är inblandade medför, att problemställningarna delvis får en annan dimension.⁵ Oenighet mellan långivarna kan också leda till särskilda frågeställningar i förhållande till låntagaren. Inom ramen för uppsatsen har jag då valt att peka på några frågeställningar av speciell karaktär.

2. Aktualiserade problemställningar

Utgångspunkten för en av frågeställningarna här utgörs av frågan om banks vägran att utbetala avtalat lånebelopp inte minst i samband med syndikerings.⁶ I grunden är det här frågan om ett avtalsrättsligt spörsmål där dock

³ Beträffande en allmän bakgrund till bankrörelselagstiftning och överväganden se SOU 1998:160. När det gäller vissa av de hithörande frågorna i ett senare skede t.ex. Finansiella kriser – betalningssystem och skuldförhållanden (red. Lars Gorton och Göran Millqvist), Stockholm 2009 s. 11, där lagförslaget SOU 2000:66 och lag (2008:814) om statligt stöd till kreditinstitut omnäms.

⁴ Syndikerade lån kan användas vid olika slags, i allmänhet större, lån i samband med olika slags projekt, företagsöverlåtelser, lån till stater osv.

⁵ Det är inte bara banker som förekommer som syndikatsmedlemmar utan även andra finansiärer kan delta i långivningen, exempelvis hedgefonder. Hedgefonderna har i allmänhet bara ett rent investeringsintresse i sitt deltagande och kan därför ha en annan syn än bankerna när det gäller engagemanget i projektet. Det förekommer också syndikerade lån, där förbud mot att överlåta lånet till en hedgefond intagits. Frågan har också förekommit om rätten att överlåta lån till annat finansiellt institut även innefattar hedgefonder. Man kan också i vissa lån finna bestämmelser ang. tidpunkt för svar, där långivare som inte inom den utsatta tiden svarat på en förfrågan från agentbanken avseende ett beslut ska anses bunden av det beslut som fattas av andra syndikatmedlemmar. Sådana skrivningar i avtalen kan just ha syftet att förmå fr.a. hedgefonder att lämna besked.

⁶ Det sagda innebär också att jag här uteslutande diskuterar B2B-relationer och således inte berör konsumentkreditfrågor. En fråga som under den finansiella krisen tycks ha förekommit är den att någon av syndikatbankerna sagt upp sitt lån i förhållande till gäldenären trots att lånelöfte har lämnats, även om inget avtalsenligt skäl finns för den uteblivna utbetalningen av lånebeloppet inte heller någon avtalsenlig grund att säga upp lånelöftet i detta skede.

sakrättsliga inslag kan utgöra en bakgrund. Det är knappast förvånande, att kreditavtal i grunden är sammanlänkade med sakrättsliga (och för den delen konkursrättsliga) regler. När det gäller syndikerade lån tillkommer dessutom frågor av associationsrättslig resp. mellanmansrättslig (inte minst fullmaktsrättslig) karaktär. Det kan inskjutas, att svensk såväl som annan nordisk rättspraxis när det gäller syndikerade lån i stort sett är obefintlig och att den nordiska juridiska doktrinen på området minst sagt är sparsam. Det rör sig emellertid om ett antal olika frågeställningar i anslutning till kreditgivning, där det sammanhållande kittet mellan spörsmålen utgörs av att flera banker och andra finansiärer är inblandade som kreditgivare.

Frågor, som kan aktualiseras, rör kreditlöfte och utbetalning av kreditbelopp men motsvarande spörsmål kan uppkomma när det gäller uppsägning av en kredit, i första hand där långivarna eller någon av dem av olika skäl önskar säga upp lånet. Spörsmålen kan uppkomma såväl i förhållandet mellan bankerna och låntagaren som i relationen mellan de olika inblandade bankerna.

Situationerna kan variera beroende på hur lånevillkoren är utformade. Har kredit beviljats utan att kreditlöftet är betingat av ett antal förbehåll beträffande utbetalningen av lånebeloppet blir problemställningarna andra, än i de fall där i låneavtalet intagits ett antal förbehåll (s.k. "conditions precedent"⁷) med avseende på kreditlöftet resp. utbetalningen av lånebeloppet. Om banken lämnat ett kreditlöfte utan att ha tagit några förbehåll beträffande utbetalningen behövs med stor sannolikhet, att speciella omständigheter har inträffat för att banken utan konsekvenser ska kunna rygga sitt åtagande. Det är som nämnts också regel, att banker i egenskap av kreditgivare i låneavtalet försöker gardera sig mot konsekvenserna av sådana förhållanden. Det kan röra sig om olika omständigheter, exempelvis att låntagarens ekonomiska situation har förändrats, men det kan också röra sig om att de allmänna ekonomiska förhållandena i samhället genomgått sådana förändringar att banken inte längre anser sig vilja göra utbetalningen till följd av sådana allmänna, ändrade riskförhållanden (allmänt ökad risk). I kommersiella krediter är det i regel så, att låneavtalet innehåller ett flertal bestämmelser angående risker och riskförändringar. En annan aspekt, som kanske inte aktualiserats så ofta i ett civilrättsligt perspektiv, rör den att banken på grund av sina egna ekonomiska förhållanden inte *kan* betala ut lånebeloppet.⁸

⁷ I engelsk terminologi möter man i samband med utbetalningen av lånemedel (draw-down) kravet att vissa "conditions precedent" ska ha uppfyllts före utbetalningen. Som sådana "conditions precedent" (avtalade förutsättningar) förekommer ofta kravet på att viss dokumentation ska ha presenterats till långivaren, viss finansiell säkerhet ska ha ställts till dennes förfogande (pant, borgen etc). Se nedan i 3.1.

⁸ Vid sidan av dessa avtalade förutsättningar (förbehåll) förekommer ofta klausuler som av-

Liknande frågor kan uppkomma under återbetalningsfasen. Om ett skuldebrev utfärdats av låntagaren till bank utan att särskilda villkor knutits till skuldebrevet (vilket i praktiken är minst sagt ovanligt) kan banken knappast ställa ökade krav på låntagaren under låneperioden med mindre speciella förhållanden skulle inträda. I sådana fall lär långivaren få hålla sig till den snäva ram som sådana förhållanden, som kan ge upphov till anteciperat kontraktsbrott, kan föranleda, exempelvis med avseende på risk för utebliven räntebetalning eller amortering.⁹ Frågan kan då också bli vilka åtgärder långivaren kan vidta i en sådan situation. Vanligen innehåller också låneavtalet ett flertal bestämmelser av olika slag, varigenom banken ges vissa kontraktuella styrmedel för att inskrida om vissa förutsättningar ändrats. Sådana kontraktuella styrmedel avser då att komplettera bankens finansiella skydd utöver de finansiella säkerheter som banken betingat sig. Inskjutas bör dock, att så snart problemen blivit akuta är sådana, kontraktuella styrmedel inte särskilt effektiva för att avvärja en uppkommande problematisk situation, men de kan ge banken en möjlighet att vidta åtgärder i ett något tidigare skede än som annars skulle ha varit möjligt. Sett över tid förefaller kreditgivarna/bankerna endast i ganska få fall utnyttja de (kontraktsrättsliga och sakrättsliga) möjligheter som följer av avtalet.

Vid syndikerade krediter kompliceras förhållande också av att flera olika banker är inblandade. En fråga som kan aktualiseras är vad som då gäller mellan bankerna om de inte skulle ha avtalat särskilt beträffande förutsättningarna för utbetalningen av lånet (vilket inte verkar vara särskilt vanligt). De spörsmål som kan uppkomma är fr.a. en följd av, att de olika bankerna kan göra olika bedömningar och kan ha olika intressen i kreditförhållandet. Om en av syndikatbankerna inte vill fullfölja lånelöftet genom att delta vid utbetalningen av lånebeloppet får detta olika konsekvenser. Om lånemedel, som inbetalats till arrangörsbanken för utbetalning till låntagaren, men arrangörsbanken får ekonomiska problem, innan utbetalningen till låntagaren skett kan frågan uppkomma vem medlen tillhör.¹⁰ På motsvarande sätt kan frågan aktualiseras hur, under återbetalningsfasen, den situationen ska bedömas, att låntagare/na till agentbanken betalat amortering och/eller ränta att fördelas till syndikatbankerna, men

talsvägen ger banken rätt att underlåta att betala ut kreditbeloppet. Det kan exempelvis röra sig om Material adverse change-klausuler (MAC) eller särskilda Market disruption-klausuler. Sådana klausuler kan utformas på lite olika sätt och de kan beroende på utformningen få lite olika konsekvenser.

⁹ Man skulle kunna tänka sig att det finns en övergripande sedvanerättslig princip eller ett underförstått villkor som ger banken en rätt utöver den som kan följa av "anteciperat kontraktsbrott", men gränsen härför är svårbedömd.

¹⁰ Ofta går emellertid inte betalningen via arrangörsbanken eller "lead bank" utan direkt från de i syndikatet ingående bankerna till låntagaren.

där agentbanken innan vidarebetalning skett får ekonomiska problem, och den avsedda fördelningen inte sker. Dessa frågor hanteras ofta, men inte alltid, på ett eller annat sätt i avtalet. I vilket fall som helst uppkommer då frågor vilken effekt avtalslösningen har.

Normalt är låneavtalen inriktade på att särskilt ta tillvara och skydda långgivarens intressen. Detta är inte förvånande med tanke på de bakomliggande näringsrättsliga kraven på bankerna, men också m.h.t. bankens egenintresse. De problem som kan uppkomma beroende på bankens egen finansiella situation har däremot normalt inte varit så vanliga och har därmed nog ofta inte setts som särskilt praktiskt viktiga i sammanhanget. Denna sida av saken är antagligen också en följd av att det traditionellt är banken/bankerna som gör upp låneavtalet. Här förefaller en något ökad lyhörddhet nu förekomma, när det gäller låntagarens intressen.

Inskjutas bör emellertid att också i krediträttsliga sammanhang marknadsförhållandena har betydelse för låneavtalets utformning. Såväl ränta och olika avgifter som lånevillkoren påverkas generellt av, om det råder en låntagarens marknad eller inte. F.ö. är det som bekant så, att även banker kan göra mindre goda affärer. En fråga som då kan ställas är om de skyddsregler som lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse skulle kunna innebära, att bankens kontraktuella åtaganden i förhållande till en låntagare inte längre är bindande, om bankens finansiella stabilitet därigenom skulle äventyras.¹¹

Låneavtal är som nämnts traditionellt inriktade på att skydda långgivarens intressen. Det finns en rational bakom detta. När väl lånebeloppet har utbetalats har kreditgivaren bara en förhoppning om att lånet blir återbetalt, inte någon absolut säkerhet för att detta kommer att ske. Det är detta förhållande som låneavtalet normalt är baserat på. Detta gäller såväl de finansiella säkerheterna och dokumentationen avseende lånelöftet som

¹¹ Om banken utan reservation har åtagit sig att ställa en kredit till låntagarens förfogande, kan den inte utan vidare vägra att betala ut lånebeloppet. Det finns ju då ett bindande avtal som kreditgivaren är bunden av, och det måste då finnas särskilda skäl som medger att kreditgivaren inte längre behöver stå fast vid åtagandet att ställa kreditbeloppet till gäldenärens förfogande. Den frågan skulle då kunna ställas, om en bank med hänvisning till de näringsrättsliga reglerna (ökad risk) kan hävda att den inte är skyldig att betala ut ett lånebelopp. Även utan särskilda förbehåll i låneavtalet finns säkerligen en gräns för bankens utbetalningsskyldighet, om den på goda grunder kan hävda, att låntagarens återbetalningsförmåga numera har försämrats i betydande grad, men såvitt jag kan förstå krävs i så fall en betydande grad av riskökning för att banken ska anses vara berättigad att inte fullfölja sitt åtagande enligt låneavtalet.

Om bank utan skäl vägrar att betala ut lånebeloppet skulle ev. i vissa rättsordningar kunna finnas en möjlighet att domstolsvägen framtvinga en utbetalning av beloppet eller att banken blir ersättningskyldig för den skada som orsakas av den uteblivna utbetalningen. I perioder där det är svårt att erhålla kredit skulle krav på naturaprestation kunna brukas i sådana jurisdiktioner där detta över huvud taget är möjligt. Om banken då saknar medel torde den i varje fall anses illikvid och eventuellt konkursmässig.

själva låneavtalet. Syftet är m.a.o. att se till att banken får tillbaka de utlånade medlen.

Avtalsbestämmelserna är i huvudsak inriktade på att ta tillvara långivarens intressen. I bakgrunden för detta synsätt finns också samhällets intresse av att skydda betalsystemet och därmed även bankerna.¹² Idén är att en kreditprövning ska vidtas innan en kredit beviljas. Banken har ett egenintresse att skydda sig själv, men därutöver har samhället ett intresse av att detta verkligen sker så att finansiella kollapsar kan undvikas så långt möjligt. Detta är också omständigheter som påverkar strukturen på och utformningen av låneavtalet. Dock har vissa förbättringar skett till låntagarens fördel i senare utgåvor av LMA-dokumentationen.¹³

Vänder man perspektivet och ser problemet ur låntagarens synvinkel ser dock frågeställningen lite annorlunda ut. Från kredittagarens sida kan det finnas goda skäl att även kontraktuellt ta tillvara sina intressen av att kreditbeloppet verkligen betalas ut och att en kredit inte sägs upp utan bärande skäl (dvs. främst skäl som beror på låntagaren). Skuldebrevslagen (1936:8) saknar i stort sett regler av avtalsrättslig karaktär. Skuldebrevet tar ju också sikte på situationen efter det att lånebeloppet betalats ut och återbetalningen av lånet jämte betalning av ränta följer de betalningsterminer som finns i skuldebrevet. Finns i detta inte därutöver några särskilda villkor är möjligheten för långivaren att i förväg säga upp krediten, som nämnts, begränsad. Praktiskt viktigt är, att skuldebrevet i allmänhet kompletteras med ett avtal som innehåller de villkor som förknippas med lånet.¹⁴ Det låneavtal som parterna i B2B-relationer normalt påtecknar innehåller villkor som gäller för lånet. Lånedokumentationen syftar, som nämnts, traditionellt till att så långt det är möjligt skydda långivarens/bankens intressen och saknar normalt skydd för låntagaren. Främst beror detta på att det är långivarens risker som står i förgrunden, så snart låntagaren erhållit kreditbeloppet. Det är banken som bär hela risken för utebliven återbetalning. Låntagaren förefaller i detta skede inte ha mera omfattande, skyddsvärda intressen utöver att få behålla kreditbeloppet i enlighet med lånevillkoren.

Det kan dock mot ovan angivna bakgrund finnas skäl att fundera något över låntagarens risker i förhållande till banken som långivare och därmed också över hur svårigheter för banker att tillhandahålla krediter kan påverka inte bara det ekonomiska systemet generellt utan även den individu-

¹² Härvid kan hänvisas till utformningen av lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse (BFRL) och inte minst de bestämmelser som finns där med avseende på kraven på bankens sätt att bedriva sin verksamhet, exempelvis i kap. 8.

¹³ OM LMA-villkoren se nedan i 3.3.

¹⁴ De skuldebrevsformulär som svenska banker ofta använder sig av innehåller normalt ett antal bestämmelser på baksidan av formuläret. I större krediter används dock oftast bestämmelser som baserar sig på internationella lånevillkor.

ella situationen för en låntagare. Den förra frågan har varit föremål för omfattande diskussioner i anslutning till den nu pågående såväl som tidigare inträffade finansiella kriser, men här ska i första hand partsperspektivet något skärskådas.

3. Sekvenserna i ett låneavtal

3.1 Allmänt – förhandlingar och utbetalning av lånebeloppet

Som bakgrund till de speciella förhållanden, som gäller vid syndikerade lån bör något nämnas om proceduren vid kreditgivning i allmänhet, eftersom likartade överväganden ligger bakom all kreditgivning, oavsett om det rör sig om *en* bank som kreditgivare eller ett konsortium av banker. Där emot medför syndikeringen, att vissa rättsliga spörsmål får en annan dimension och kräver särskild behandling.

Om en bank efter en kreditförfrågan gör en kreditprövning av den potentiella låntagaren och finner att denne inte är kreditvärdig, så har banken/långivaren både rätt och enligt den näringsrättsliga regleringen skyldighet att inte bevilja en kreditansökan.¹⁵ I detta skede uppkommer sällan rättsliga problem, eftersom det är bankens ensak att bedöma kreditvärdigheten hos den lånesökande. En annan aspekt med avseende på detta problem är, som vi sett till följd av finansiella kriser, att en bank av flera olika skäl vägrar att bevilja krediter till följd av brist på likviditet eller beroende på bristande tillit i banksystemet (exempelvis till följd av att den inte kan erhålla krediter som är nödvändiga för att den själv ska kunna lämna kredit). En aspekt av de frågor som också kan aktualiseras i detta sammanhang är att en finansiell kris kan ha lett till nergång i den reala ekonomin, vilket medför att banken av ekonomiska skäl avstår från att bevilja en kredit. Som blivit påtagligt under de senare årens finansiella kris har det skett ett sammanbrott på interbankmarknaden, där den finansiella oron har gjort att banker inte lånar ut medel till varandra vilket innebär att systemet inte längre fungerar. På olika sätt har nya pengar pumpats in i banksystemet för att långivningen mellan bankerna ska komma igång igen och därigenom utlåningen från bankerna till företag och enskilda öka.

En sådan utveckling förefaller vara vanlig som en effekt av en finansiell kris. När det finns gott om likviditet ökar kreditbenägenheten hos banker,

¹⁵ Se den diskussion som kommer till uttryck på olika sätt i exempelvis *Cranston*, Principles of banking law, 2 uppl. London 2002 bl.a. s. 145 ff., *Gorton*, Företagskrediter, i Videregående kreditret, Center for kreditret og kapitalmarkedsret, København 2008 s. 98 ff., *Tamasauskas*, Erhvervslivets lånoptagelse. (Center for kreditret og kapitalmarkedsret, kreditretsprojektet nr. 11) København 2006 s. 312 ff.

även om kreditvärdigheten hos potentiella låntagare inte är den bästa. Detta är en av dessa vanskliga punkter där bankens "rätt" att göra en dålig affär kan komma i konflikt med tillsynsreglerna (sund bankverksamhet etc.). Affärsmässigt är det också så att en bank kan hamna i ett läge, där behovet av att göra affärer tillåts ta överhanden över den försiktighet som åtminstone under vissa perioder bör präglade och ofta präglar kreditgivning.

Ett annat förhållande är, att låntagaren söker och får en kredit beviljad men att banken därefter inte uppfyller sitt kreditlöfte.¹⁶ En juridisk utgångspunkt är naturligtvis, att den som lämnar ett löfte är skyldig att uppfylla detta. Men löftet kan vara omgärdat med flera olika reservationer, ibland till den grad, att frågan kan ställas ifall det verkligen var frågan om ett bindande löfte.

Kreditlöften (i synnerhet där de lämnas av en bank) innehåller ofta ett stort antal förbehåll, som innebär undantag för bankens skyldighet att utbetala lånebeloppet. Sådana förbehåll benämns ofta med en term inhämtad från anglo-amerikansk rättstradition "conditions precedent", som kan liknas vid sådana villkor som förekommer i skandinavisk rätt, under benämningen resolutiva resp. suspensiva villkor.¹⁷

Avsikten med reservationerna är att banken ska ha en möjlighet att överblicka situationen vid utbetalningen av lånebeloppet och då kunna konstatera, att de förhållanden som rådde vid kreditlöftet fortfarande är för handen. I kommersiella låneförhållanden förefaller det vara vanskligt att med hjälp av låneavtalet kunna angripa banken på den grunden att banken inte betalat ut ett överenskommet belopp. I allmänhet är låneavtalen formulerade på ett sådant sätt, att det är svårt för låntagaren att kunna hävda, att banken i den givna situationen är skyldig att betala ut beloppet vid äventyr att den annars gör sig skyldig till kontraktsbrott.

När låntagaren begär, att utbetalning ska ske ska banken ta ställning till om förutsättningar för utbetalningen finns. Normalt innehåller lånedokumentationen ett antal bestämmelser med olika krav för att lånebeloppet

¹⁶ Ofta baserar sig ett låneavtal på olika sekvenser, där efter en undersökningsfas den inledande fasen utgörs av att banken lämnar ett principiellt löfte (med förbehåll bl.a. av att ett slutligt bindande avtal ska förhandlas och undertecknas av parterna. Även detta låneavtal innehåller dock flera olika förbehåll som gör att banken kan vägra betala ut lånebeloppet ifall de uppställda kraven inte mötts. När lånebeloppet har betalats ut kan banken sedan förlita sig på ett antal bestämmelser som ger banken rätt att säga upp krediten under vissa omständigheter (s.k. "events of default"). Se bl.a. Gorton, Letters of commitment and loan agreements, i Commercial law challenges in the 21st century, Jan Hellner in memoriam, Stockholm 2007 s. 87 ff. Vid syndikerade lån brukar arrangörnsbanken (lead bank) ofta tillsammans med låntagaren sammanställa ett *informationsmemorandum* med uppgifter om låntagaren, låntagarens verksamhet, storlek på krediten, ändamålet med krediten osv. Detta tillställs så syndikatbankerna som beslutsunderlag.

¹⁷ Se exempelvis i bankrättslig litteratur Cranston s. 312 f., Gorton, Företagskrediter s. 125 f., Tamasauskas s. 323 ff. Se också Wood s. 37.

ska betalas ut. Utgångspunkten är i svensk rätt och flera andra rättsordningar att löftet är bindande men att det kan vara villkorat. I engelsk rätt är situationen lite annorlunda, och beroende på hur löftet är utformat, kan det vara bindande eller inte. Löften om att i framtiden ingå avtal anses i engelsk rätt inte vara bindande. Hursomhelst innebär de krav som kan vara uppställda ("conditions precedent") att löftet i allmänhet kringgärdats med villkor för att lånebeloppet skall bli utbetalat. Det kan vara frågan om krav av olika slag, men här kan också finnas bestämmelser av typ "MAC" (material adverse change), som kan innebära, att förhållandena ändrats så fundamentalt (antingen på makro- eller mikroplanet), att banken inte har någon skyldighet att betala ut lånebeloppet.¹⁸ I allmänhet innehåller låneavtalet så många inskränkande bestämmelser, att det är vanskligt att bedöma MAC-klausulens betydelse. MAC-klausulen syftar fr.a. till förhållanden på låntagarens sida, och kanske då knappast kan användas vid vilka förändringar som helst. Det är sannolikt en skillnad mellan de förhållanden som MAC-klausuler tar sikte på och de Market Disruption Clauses som numera förekommer i ökande grad i viss lånedokumentation. Skulle förbehåll saknas kvarstår bankens skyldighet att göra utbetalningen med mindre förhållandena skulle ha ändrats så fundamentalt, att det rör sig om en force majeure-situation.

3.2 Återbetalningen av lånet

Under återbetalningsperioden har låntagaren skyldighet att följa lånevillkoren beträffande amortering, räntebetalningar, erläggande av särskilda avgifter men också beträffande skyldigheten att uppfylla andra villkor beträffande krediten. Det kan röra sig om skyldigheten att hålla säkerheter försäkrade, att se till att rörelsen uppvisar resultat som låneavtalet utgår från, att säkerheter inte lämnas till nya kreditgivare, att viss egendom inte säljs utan långivarens godkännande osv. Dessa villkor utgör enligt engelsk terminologi s.k. covenants – olika åtaganden – (positive covenants, negative covenants, financial covenants). Vid brott mot ett av dessa åtaganden kan det vara frågan om en "event of default", som då kan ge banken rätt att omedelbart säga upp krediten.¹⁹

Även i detta avtalsskede förekommer normalt en MAC-klausul, som kompletterar andra bestämmelser.

¹⁸ Frågan om MAC-klausuler har diskuterats bl.a. av *Gorton* i "Material adverse change"-klausuler, i Vänbok till Axel Adlercreutz, Lund 2007 s. 117 ff.

¹⁹ Beträffande "events of default" se *Cranston* s. 312 ff., *Wood* s. 99 ff. och *Tamasasuskas* s. 482 ff.

Principiellt kan motsvarande frågeställningar aktualiseras i samband med syndikerade lån, även om den rättsliga omgivningen då tenderar att kompliceras av de praktiska förhållandena.

3.3 LMA-villkoren

I sammanhanget ska några ord nämnas om de LMA-villkor, som numera normalt används som utgångspunkt vid internationell kreditgivning. Loan Market Association (LMA) är en organisation som har sin bas i London, och som har som uppgift att utarbeta standarder för låneavtal.²⁰ Det finns ett stort antal dokument och klausuler som *successivt* uppdateras och kompletteras och då kan användas av parterna i enlighet med deras önskemål. Svårigheten med en sådan successiv uppdatering är att parterna måste vara observanta när de väljer ett dokument som utgångspunkt för förhandlingarna. LMA tillhandahåller till sina medlemmar olika standardformulär som kan ligga till grund för kreditförhandlingar och låneavtal. Vid syndikerade lån är det då det särskilda låneformulär som tagits fram för detta ändamål som kommer till användning.

Jag har i denna uppsats i huvudsak utgått från och gjort hänvisningar till LMA Facilities agreement "Senior multicurrency term and revolving facilities agreement for leveraged acquisition" från juni 2009.²¹ I mycket omfattande lån finner man ofta långivare på olika nivåer där en åtskillnad görs mellan "senior", "mezzanine" och "junior lenders". Ofta är de senare mera högavkastande men också mer riskfyllda. Mellan dessa olika långivare återfinns normalt ett "intercreditor agreement", vars senaste LMA-version tillkommit i november 2009. Jag berör här endast i undantagsfall villkor i anslutning till detta "Intercreditor agreement".²²

Vidare kommer i något fall hänvisning att göras till den "Users' guide to LMA finance party default and market disruption clauses in conjunction with the recommended form of primary documents", som utkom i juni 2009.

²⁰ I LMA-villkoren sägs på titelsidan av villkoren: "For the avoidance of doubt, this document is in a non-binding, recommended form. Its intention is to be used as a starting point for negotiations only. Individual parties are free to depart from its terms and should and should always satisfy themselves of the regulatory implications of its use." De utgör m.a.o. en slags modell för förhandlingar snarare än ett traditionellt standardavtal, där formuläret närslutes som en del av det avtal som parterna träffat.

²¹ Inskjutas kan, att det är vanskligt att kryssa rätt mellan alla formulär och texter som tillhandahålls av LMA för den som inte har stor praktisk erfarenhet av att hantera dessa dokument och frågeställningar.

²² "Intercreditor agreement" likaså för "leveraged acquisition finance transactions" från november 2009.

4. Allmänt om syndikerade lån

4.1 Vad är ett syndikerat lån?

Om en bank av olika skäl inte ensam kan eller vill bevilja ett lån²³ kan banken i stället med den potentiella låntagaren komma överens om, att banken ska försöka arrangera ett konsortium (syndikat) av banker som tillsammans är beredda att lämna krediten.²⁴ Den inledningsvis tillfrågade banken kan då som arrangörsbank ("lead bank") ta på sig att på "best effort"-basis försöka skapa ett bankkonsortium, där bankerna tillsammans ställer en kredit till förfogande för låntagaren.²⁵ Det kan emellertid också vara frågan om att arrangörsbanken också helt eller till viss del fungerar som "underwriter" med avseende på krediten. Detta innebär att arrangörsbanken själv åtar sig att åtminstone till någon del ställa upp med kreditbeloppet. Bland olika LMA-formulär återfinns bl.a. ett uppdragsbrev på "best efforts"-basis och ett baserat på "underwriting". Det förra har följande lydelse i condition 2.1:

"This offer to use our best efforts to arrange and manage the primary syndication of the Facility/ies is made on the terms of the Mandate Documents and is subject to the satisfaction of the following conditions:

(f) each of the Mandated Lead Arrangers obtaining credit committee and all other relevant internal approvals with respect with respect to the Company, the Group and the Facility/ies;

²³ Detta kan beror på att den långivande banken gör den bedömningen att krediten är stor för banken ensam, att den inte önskar ta risken ensam med hänsyn till låntagaren, till låntagarens verksamhet eller till den geografiska marknaden.

²⁴ Det förekommer olika benämningar på denna typ av samverkan mellan bankerna. Den internationellt allmänt accepterade termen är syndikerat lån (Syndicated loan), men det förekommer också Konsortialdarlehen resp. pools. I svensk rätt tycks "syndikerat" lån vara den vanligen använda termen. Beträffande syndikeringsprocessen generellt se t.ex. *Tamasauskas* s. 271 ff. och *Wood* s. 143 ff.

I LMA-facility 32.3 bestäms arrangörsbankens roll enligt följande: "Except as specifically provided in the Finance Documents, the Arranger has no obligation of any kind to any other Party under or in connection with any Finance Document."

²⁵ Uttrycket "best efforts" är ett av dessa uttryck som kommer till användning i olika sammanhang men som inte ger uttryck för ett exakt mått utan anger ett krav på en yttersta ansträngning utan någon garanti för ett särskilt resultat. I *Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)* 2 uppl. Rom 2004 sägs i art. 5.1.4: "To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances", words which are of limited help, when it comes to determine the exact limits of such duty."

(h) /completion of ...due diligence in respect of the Company and the Group, the results being in all respects satisfactory to each of the Mandated Lead Arrangers,/

 (i) /Moody's.....indicating on terms and assumptions satisfactory to each of the Mandated Lead Arrangers that the Company /'s.../will have a rating of at least ...// and // respectively;/
 ---"

I 2.2. tilläggs följande:

"Subject to the conditions set out in this letter and without any commitment to underwrite any part of the Facility/ies, each Mandated Lead Arranger (whether itself or through and Affiliate) intends to hold the following amount of the Facility/ies specified opposite its name below:

Mandated Lead Arranger		Intended Hold Amount	
/	/	/	/
/	/	/	/'

En av praktiska skäl viktig klausul i sammanhanget är "market flex"-klausuler, som enligt art. 5 ger "the Majority Bookrunners" rätten att:

"after consultation with the Mandated Lead Arrangers /and the Company/ /for a maximum period of // days/, to change the pricing, terms and/or structure /(but not the total amount)/of the Facility/ies if the Majority Bookrunners determine that such changes are advisable in order to enhance the prospects of a successful Syndication."

Uppläggningsen kan också vara den, att arrangörnsbanken åtar sig att ställa hela krediten till låntagarens förfogande men med den avsikten att delar av lånet skall övertas av andra långgivare (något som ibland kallas oäkta syndikering och i engelsk terminologi beroende på uppläggningsen för "sub-participation"). I de flesta fall innehåller låneavtal f.ö. en "assignment-klausul", där långgivaren förbehåller sig rätten att till andra långgivare överlåta hela eller en del av lånebeloppet.²⁶

Om arrangörnsbanken är framgångsrik i sina ansträngningar att skapa ett syndikat av banker, som är beredda att delta i kreditgivningen kan låneavtalet träffas mellan syndikatbankerna och låntagaren. Proceduren för att syndikatet ska komma till stånd är naturligt nog omständligare ju fler banker som ingår i konsortiet och ju större kreditbeloppet är.

²⁶ Beträffande novation resp. överlåtelse av rättigheter och skyldigheter i svensk rätt se t.ex. *Rodhe*, Obligationsrätt, Lund 1956 s. 134 ff. och *Mellqvist & Persson*, Fordran och skuld 8 uppl. Uppsala 2007 s. 64 resp. s. 71. LMA-facility innehåller i art. 29 bestämmelser om changes to the parties och i 29.1 sägs, att långgivaren (na) får "(a) assign any of its rights"; or (b) transfer by novation any of its rights and obligations...". *Wood* behandlar hithörande frågor på s. 128 ff. I fallet *The Argo Fund v. Essar Steel Ltd /2004/ EWHC 128* ansågs en "hedge fund" vara en "financial institution" jämlikt en överlåtelseklausul i ett avtal.

En av arrangörsbankens funktioner är att i inledningsskedet tillsammans med låntagaren ta fram den dokumentation som skall ligga till grund för syndikatbankernas bedömning av låntagarens verksamhet och kreditvärdighet och affärsmässigheten i det berörda projektet, innan de tar ställning till långivningen.²⁷

Kreditprövningen kan även i relationen mellan *en* bank och *en* låntagare vara tämligen omfattande, men i anslutning till syndikerade lån blir denna procedur naturligt nog än mer komplex. Här finns behov av ett underlag som inledningsvis också har bedömts av arrangörsbanken, eftersom denna har ett visst ansvar i förhållande till syndikatbankerna (även om arrangörsbanken normalt är friskriven från ett sådant ansvar).²⁸ Tidigare har den dokumentation som används för låneavtalet ofta grundats på av arrangörsbanken framtagna villkor (eller snarare av dess advokat), men numera baseras ofta lånedokumentationen på LMA-villkoren, på så sätt att det individuella låneavtalet skräddarsys med utgångspunkt från dessa.²⁹ När väl banksyndikatet har tillskapats och låneavtalet är påskrivet är denna fas i kreditgivningens avslutad och därmed är arrangörsbankens uppgifter avslutade utom såvitt avser påkallande av utbetalning av lånet.

I samband med utbetalningen av lånebeloppet utser syndikatbankerna sinsemellan en bank, vanligen benämnd *agentbanken*, som gentemot låntagaren har vissa begränsade uppgifter, exempelvis att handha utbetalningen av krediten för syndikatbankernas räkning, att kräva in betalningar från låntagaren, att fördela inkommande medel (dvs. amorteringar, räntebetalningar, avgifter m.m.) mellan syndikatbankerna, att skicka notiser och att utföra en del andra praktiska uppgifter. Agentbankens roll är vanligen tämligen inskränkt (och mekanisk) och de befogenheter som den erhåller från syndikatbankerna är normalt inte särskilt vidsträckta.³⁰ Den

²⁷ Här kan då konstateras, att om det är frågan om att en bank ska lämna krediten är det denna bank som vid kreditärendet gör sin kreditbedömning baserad på det material som låntagaren enligt långivarens krav tillhandahållit, behövs vid syndikering (liksom f.ö. vid obligationslån och aktieemissioner, där denna del i processen är väsentligt mer formaliserad) en dokumentation som ligger till grund för syndikatbankernas bedömning så att de kan avgöra om de har intresse av att medverka vid finansieringen. Beträffande information memo se ovan i not 16.

²⁸ Utöver beskrivningen av agentens skyldigheter och rättigheter i LMA-facility 32.2 och 32.6 sägs i 32.4 (a): "Nothing in this Agreement constitutes the Agent, the Arranger and/or the Issuing Bank as a trustee or fiduciary of any other person." Jfr vad som sägs nedan i anslutning till fotnot 33 och om "security agent" i avsnitt 4.5 samt i fotnot 48.

²⁹ Jämlikt LMA-facility kl. 32.8 är varken agent- eller arrangörsbanken ansvarig för innehållet i eller utformningen av "finance documents".

³⁰ Se LMA-facility section 10 art. 32 avseende "role of the agent and the arranger". Art. 32.1 föreskriver beträffande appointment of the agent: "(a) Each of the Arranger, the Lenders and the Issuing Bank appoints the agent to act as its agent under and in connection with the Finance Documents." I art. 32.2 anges vissa av agentens skyldigheter i

har endast sällan någon mera omfattande (och nästan aldrig någon generell) fullmakt att agera för syndikatbankernas räkning. Agentbanken kan vara och är ofta samma bank som arrangörsbanken, men det behöver inte vara så. Även om agentbanken har samordnande funktioner på samma sätt som arrangörsbanken är dessa som synes distinkt annorlunda än arrangörsbankens. Detta beror på att detta skede av kreditgivningen avser återbetalningen av lånet och agentbankens uppdragsgivare är syndikatbankerna inte låntagaren.

Det är uppenbart, att det behövs samordning mellan de olika bankerna med avseende på deras resp. rättigheter och skyldigheter, och denna samordning sker genom arrangörsbanken resp. agentbanken så att låntagaren (i första skedet) och syndikatbankernas olika intressen tillvaratas. Därigenom kan emellertid också uppkomma ett antal intressekollisioner mellan syndikatbankerna men också mellan dem och arrangörsbanken resp. agentbanken.³¹ Om arrangörsbanken resp. agentbanken då endast är mellanman i förhållande till syndikatbankerna kan en kollision uppstå, som då är av ett annat slag än den intressekonflikt som kan aktualiseras i de situationer där arrangörsbanken eller agentbanken samtidigt är långivare.

Denna fråga illustreras i någon mån i ett speciellt danskt avgörande.³² Avgörandet är dock av processrättslig snarare än av materiellrättslig karaktär:

Här hade ett antal kommanditister i fyra kommanditbolag i slutet av 1980-talet låtit bygga ett fartyg som man bedrev sjöfart med. Kommanditisterna hade av olika skäl krävt, att teckningsavtalen skulle ogiltighetsförklaras och att inbetalda belopp skulle återbetalas.

Dessa krav hade ställts mot Dansk Investeringsfond som komplementär samt mot två danska filialer till utländska banker. Dessa var agenter för de syndikatbanker som lämnat kredit till kommanditibolaget och som säkerhet härför mottagit transport av dess restfordran på kommanditisterna. En fråga blev härvid föremål för särskild prövning, nämligen huruvida de saksökta filialerna som agentbanker för syndikatbankerna hade saksökts på korrekt sätt. Filialerna hade i förhållande till lånen endast haft fullmäktigställning för de långivande bankerna. De hade i fallet endast handlat i denna egenskap, "og at de som fuldmægtige ikke hæfter for det ansvar, der måtte udspringe af låneaftalen." Domstolen klargjorde också, att om de båda bankerna kunde saksökas på annan grund borde inte avgöras i det nu aktuella fallet.

(a)–(f) och (g) avslutas med orden: "The Agent's Duties under the Finance Documents are solely mechanical and administrative in nature."

³¹ Beträffande arrangörsbankens och agentbankens resp. funktioner se bl.a. *Gorton & Jørgensen*, Roles and functions of the lead bank and the agent bank in a syndicated loan agreement, *Euredia* 2009 s. 51, 55 ff. och 64 ff.

³² U 1999.630 (H), vilket f.ö. är ett av de få nordiska avgöranden beträffande syndikerade lån som finns i nordisk rätt.

Ibland utses vid sidan av arrangörsbanken resp. agentbanken en särskild bank som ska hålla lämnade säkerheter för de i konsortiet ingående bankernas räkning, en s.k. *security agent*.³³ En diskussion som i engelsk rätt brukar förekomma rör huruvida arrangörsbankens resp. agentbankens funktioner och ansvar även innefattar s.k. *fiduciary duties*.³⁴

4.2 Syndikatets rättsliga ställning

Syndikeringen utgör givetvis en form av avtalat samarbete. I juridisk mening kan man se banksyndikatet som en slags association.³⁵ I svensk rätt är den närmast liggande associationsformen "enkelt bolag".³⁶ Dock utgår man vid syndikerade lån nästan alltid från en dokumentation där det associationsrättsliga elementet är helt nerotonat vad avser solidariska åtgärder och ansvar.

Den svenska regleringen om handelsbolag och enkla bolag kan utgöra en bakgrund beträffande syndikerade lån i den mån svensk rätt skulle vara tillämplig (1980:112). Denna lagstiftning är i stora delar, inte minst när det gäller enkla bolag, av dispositiv karaktär. Som bekant är bolagsmännen i ett handelsbolag solidariskt ansvariga och inom handelsbolaget till skillnad från det enkla bolaget kan var och en av bolagsmännen jämlikt lagstiftningen fatta beslut för bolaget och binda övriga bolagsmän. Handelsbolaget utgör en juridisk person när det registrerats. I praktiken avtalar bolags-

³³ Se exempelvis *Wood* s. 121.

³⁴ En fråga som därvid brukar aktualiseras är huruvida agentbanken kan anses vara "trustee" enligt engelsk rätt. Som nämnts ovan i fotnot 26 uttalar LMA-villkoren, att agentbanken inte ska anses vara "trustee" eller ha några "fiduciary duties". Härom skiftar dock uppfattningarna i engelsk rätt, se exempelvis *Mugasha* s. 243 och *Cranston* s. 59 ff. När det gäller "security agent" uttrycker dock LMA-villkoren att den är trustee, se not 47.

³⁵ Se härom i engelsk rätt exempelvis *Mugasha*, *The law of multi-bank financing, Syndicated loans and the secondary loan market*. Oxford m.fl. 2007 s. 210 ff. och *Wood* s. 126 f. *Mugasha* hänvisar på s. 287 till modellavtalet art. 16 (g) som Loan Syndication and Trading Association (LSTA) framtog 2002: "This agreement shall not be construed to create a partnership or joint venture between the parties." Denna typ av skrivning återfinns som bekant i olika slags samarbetsavtal underkastade svensk rätt, där parterna vill undvika att samarbetet ska anses vara ett handelsbolag.

I tysk rätt diskuteras frågan fr.a. i *Wenzel*, *Rechtsfragen internationaler Konsortialkreditverträge*. Deutsches und englisches Recht. Köln 2006 s. 242 ff. och i fransk rätt t.ex. *Zein*, *Les pools bancaires. Aspects juridiques*. Paris 1998, bl.a. s. 211 ff. I synnerhet i den sistnämnda studien diskuteras med avseende på förhållandena i fransk rätt ingående syndikatets ställning i förhållande till associationsrättsliga bestämmelser.

³⁶ Se bl.a. *Dotevall*, *Samarbete i bolag*, 2 uppl. Stockholm 2009, där han på s. 110 ff. behandlar enkla bolag resp. *Hemström & Nial*, *Om handelsbolag och enkla bolag*, 4 uppl. Stockholm 2008 och *Lindskog*, *Lagen om handelsbolag och enkla bolag*. En kommentar, Stockholm 2001 s. 1040 ff.

männen ofta om att en person ska utses att utöva vissa samordningsfunktioner och inom en sådan ram binda övriga bolagsmän. När det gäller enkelt bolag utgör detta inte någon juridisk person och något solidariskt ansvar föreligger inte mellan bolagsmännen, utan var och en av dem svarar endast för sina egna beslut och åtgärder i verksamheten.

Beroende på hur avtalet utformats skulle ett banksyndikat kunna svara mot någon av dessa bolagsformer, där en arrangörsbank resp. en agentbank utses att utöva vissa funktioner i relation till syndikatbankerna. Såvitt jag vet uppträder bankerna vid syndikering aldrig under samma firma utan agerar var för sig vid utlåningen, men med agentbanken som en slags mellanfunktionär med vissa vanligen preciserade och avgränsade uppgifter.

Ur praktisk synpunkt kan man ifrågasätta huruvida lagstiftningen om enkla bolag överhuvudtaget är tillämplig i sammanhanget, resp. om den kan anses lämplig med avseende på syndikering. Skulle ett särskilt avtal saknas beträffande förhållandet mellan syndikatbankerna, finns en struktur i lagstiftningen, som gör att den även med avseende på syndikerade lån skulle kunna användas.³⁷ Sannolikt kan lagens regler vid behov anses användbara som utfyllande regler. Det finns emellertid också ett behov av kompletterande regler om företrädare, och i den delen får ledning sökas i avtalslagens regler om fullmakt resp. reglerna om syssloman i handelsbalken 18 kap. Även i detta sammanhang tar i allmänhet de specifika avtalsbestämmelserna över. Huruvida ledning skulle kunna hämtas även från aktiebolagslagen får sannolikt ses som uteslutet, om det inte skulle vara frågan om s.k. allmänna associationsrättsliga rättsgrundsatser, som exempelvis likabehandlingsprincipen. Likabehandlingen av syndikatbankerna är i allmänhet en viktig parameter, som regelmässigt finns särskilt reglerad i avtal om syndikerade lån.

Möjligen skulle arrangörsbanken i någon mån kunna anses ha en position liknande den som en firmatecknare, en prokurist eller en fullmäktig har men i så fall med ytterst begränsad makt.³⁸

³⁷ Bolagsförhållanden bygger i allmänhet på att verksamheten på sikt skall ge ett överskott (detta är särskilt påtagligt när det gäller aktiebolag), men i samband med syndikerade lån är ersättningen bestämd på förhand genom de räntor och avgifter som ska betalas av låntagaren och vidare upphör samarbetet då lånet återbetalats. Det finns dock andra typer av samarbeten, som i princip faller under lagstiftningen, och där parterna från början enats om ersättning samt om att avtalet upphör när projektet färdigställts. *Lindskog* nämner i kommentaren flera olika slags konsortier på s. 1048 ff. dock utan att nämna syndikerade lån, vilket möjligen ska ses som ett uttryck för att han inte anser, att reglerna om enkelt bolag skulle kunna vara tillämpliga.

³⁸ Den fullmakt som en arrangörsbank eller en agentbank har är mycket inskränkt normalt redan genom uppdragets utformning. Inskjutas kan också, att olika problem kan uppkomma, där agentbankens roll som syndikatbankernas "företrädare" kolliderar med dess roll att iakttä banksekretess beträffande låntagarens uteblivna betalningar. Detta har lett till användningen av s.k. *oystrieh-klausuler* (strutsklausuler), som syftar till att avskära agent-

Ändamålet med ett syndikat är inte att skapa en långsiktig, egen fristående enhet utan att i enskilda fall under en begränsad period (lånetiden) kunna samarbeta för att kunden ska kunna erbjudas en kredit.³⁹ Ett bankyndikat registreras, vad jag vet, aldrig (eller möjligen i enstaka fall) och det förhåller sig snarare så att det av låneavtalet uttryckligen framgår att de olika syndikatbankerna själva var för sig fattar de beslut och vidtar de åtgärder som de önskar, medan agentbanken endast har vissa begränsade eller mycket begränsade funktioner. Vanligen framgår också av lånedokumentationen att syndikatbankerna endast svarar var och en för sin andel i kreditbeloppet och inte är solidariskt ansvariga för detta. Det är emellertid inte ovanligt, att syndikeringen är baserad på att, åtminstone beträffande visst beslutsfattande, detta sker med majoritetsbeslut.⁴⁰ Utgår man från LMA-villkoren så återfinns där ett antal bestämmelser som reglerar förhållandet mellan syndikatbankerna och beslutsfattande och utformningen av kreditavtalet är i detta avseende sådan att den har vissa drag gemensamma med dem som gäller för enkla bolag.⁴¹

Lagstiftningen om enkla bolag gör också en distinktion mellan det inre och det yttre förhållandet, och några grundläggande principer kan beskrivas enligt följande. Bolagsman har rätt till täckning ur bolagets tillgångar, när han ingår ett avtal i och för bolaget; om giltigt bolagsbeslut saknas får den rättshandlande bolagsmannen själv svara för detta och bolagsborgenären har att hålla sig till den berörda bolagsmannen.⁴²

4.3 Det inre resp. det yttre förhållandet

Ofta brukar relationen mellan syndikatbankerna betecknas som den *inre* relationen, medan förhållandet mellan bankkonsortiet och låntagaren be-

bankens ansvar för denna sin kunskap. Dessa klausuler har diskuterats av flera förf. exempelvis *Tenneekoon*, *The law and regulation of international finance*, s. 63 f. och *Wood* s. 324 f.

³⁹ Liknande typer av samarbeten förekommer i olika sammanhang, exempelvis inom byggbranschen, men så långt jag kan bedöma saken tillkommer syndikerade lån knappast under omständigheter som gör att de kommer i konflikt med konkurrensrättslig lagstiftning.

⁴⁰ Bolagsavtalet kan vid enkla bolag föreskriva beslutsfattande på majoritetsbasis, men lagstiftningen utgår inte från en sådan upplägning.

⁴¹ Se exempelvis LMA-facility kl. 2.3 (a) och (b) samt kl. 33 och 34, varav framgår, att syndikatbankerna agerar var för sig. När det gäller den dokumentation om "intercreditor agreement", som utarbetats av LMA, har denna i mitten av november reviderats för att spegla effekten av vissa nya frågor.

⁴² Se *Lindskog* s. 1094 ff.

tecknas som det *yttre* förhållandet.⁴³ Ur låntagarens synvinkel är det yttre förhållandet det väsentliga och för låntagaren kan det ur vissa synvinklar vara en fördel att inte vara i någon direkt avtalsrelation i förhållande till det inre förhållandet. LMA-dokumentationen innehåller bestämmelser med avseende på båda relationerna, men det är inte helt ovanligt att det inre förhållandet mellan bankerna regleras i ett dokument, medan själva låneavtalet återfinns i ett annat dokument.

Då endast *en* bank är långgivare, är det denna bank som själv tar olika beslut i anslutning till kreditgivningen. Vid syndikerade lån är det inte minst i detta avseende som förhållandena kompliceras, eftersom olika beslut på ett eller annat sätt måste fattas av de olika inblandade bankerna, vilket kräver någon slags beslutsordning.⁴⁴ Även agentbanken kan i viss omfattning ha givits en viss beslutsfunktion. Det finns m.a.o. en betydelsefull länk, där det inre förhållandet också har betydelse för det yttre förhållandet.

Beroende på hur omfattande bankkonsortiet är, strukturen på syndikatet och graden av komplexitet när det gäller låneavtalet, kan detta basera sig på olika varianter av beslutsfattande. Som nämnts har agentbanken normalt inte någon egen fullmakt att företräda syndikatbankerna, men i avtalet kan den ha fått viss rätt att under viss omständigheter fatta vissa beslut. I någon mån, främst för att minska risken för tidsförlust, kan det också uppstå situationer där agentbanken måste agera för syndikatbankernas räkning, även om den inte har fått särskild instruktion. I vissa fall krävs enighet mellan syndikatbankerna, men i de flesta fall (åtminstone där det rör sig om mer än 4–5 långgivare) är kreditavtalet baserat på majoritetsbeslut, där beslut (eller åtminstone vissa beslut) kan fattas av en majoritet på exempelvis 51 %, 2/3 eller 75 % av rösterna. Detta kan innebära, att vissa av långgivarna kan komma att befinna sig i en minoritetsposition, där majoriteten fattar beslut i motsättning till minoritetens önskemål. I traditionella bolagsförhållanden kan en sådan ordning vara en utgångspunkt för att inte företaget ska "gå i stå".

Liksom i annan samverkan kan kollisioner uppstå, där vissa i syndikatet deltagande banker drabbas av beslut som en majoritet av bankerna fattar. Även om det enskilda avtalet baserar sig på LMA-dokumentationen kan syndikatbankerna ha enats om olika lösningar för beslutsfattande och i avtalet kan även ha intagits speciella bestämmelser om hur vissa typer av oenighet och kollisioner ska lösas. De i syndikatet ingående bankerna kan ju ha olika relationer till låntagaren, där en av dem kan ha intresse av att inte utnyttja avtalsbestämmelserna fullt ut, medan en annan bank i syndi-

⁴³ Se exempelvis *Wenzel* s. 56 f. och 237 ff. På s. 56 nämns "intercreditor agreement", dvs. avtalet mellan de långgivare som befinner sig på olika nivåer.

⁴⁴ Detta kan utläsas ur art. 32.7 a i LMA-facility ang. instruktioner som lämnas av "majority lenders".

katet har ett motsatt intresse och i stället vill säga upp krediten, så snart avtalet ger möjlighet till detta. Det kan alltså uppstå situationer, där avsaknaden av en beslutsordning i avtalet kan leda till oklarhet och problem. Att falla tillbaka på lagstiftningen om enkla bolag är kanske inte det mest effektiva, men denna lagstiftning tillhandahåller i bl.a. 4:3 vissa bestämmelser om hur en sådan situation ska kunna hanteras.⁴⁵

4.4 Arrangörsbanken resp. agentbanken

Några ord bör i sammanhanget också nämnas om arrangörsbanken och agentbanken och deras resp. funktioner. Ovan har nämnts, att arrangörsbankens roll är en följd av ett uppdrag från låntagaren.⁴⁶ Hänvisning har också gjorts till vissa av de berörda bestämmelserna i LMA-villkoren. Arrangörsbanken kan gentemot den potentielle låntagaren åta sig att på "best effort basis" försöka skapa ett banksyndikat eller också att därutöver lämna ett åtagande om "underwriting" (för del av lånebeloppet). En annan typ av syndikering utgörs av s.k. oäkta eller oegentlig syndikering, som innebär, att den ursprungliga banken lämnar⁴⁷ krediten och i ett senare skede överlåter delar av denna på andra banker (subparticipation). De flesta låneavtal innehåller en klausul varigenom den långivande banken har rätt att företa en sådan överlåtelse av krediten jämte motsvarande andelar i de finansiella säkerheterna.⁴⁸

Sedan utbetalning av lånebeloppet skett uppstår som nämnts en ny situation där arrangörsbankens roll upphör, och den bank som därefter har hand om samordningen av återbetalning m.m. framstår då närmast som uppdragstagare i förhållande till syndikatbankerna. Dessa har ofta behov av att en administratör åtar sig att ombesörja vissa uppgifter i förhållande till låntagaren, och normalt utses agentbanken att fullgöra dessa uppgifter.⁴⁹ Ofta får arrangörsbanken uppdraget att även vara agentbank, men det kan även förhålla sig så, att en annan bank (ev. även en bank som inte deltar i långivningen) utses att fullgöra den funktionen.

⁴⁵ Se *Dotevall* s. 110 ff.

⁴⁶ Detta framgår i LMA-facility i första hand i kl. 32.2. Se bl.a. *Wenzel* s. 99 ff. och *Gorton & Jørgensen* s. 33 ff. och *Wood* s. 120 ff. I fotnot 23 görs en hänvisning till den lösning som valts i LMA-facility art. 32.3.

⁴⁷ De har ju redan tidigare gjort en värdering av projektet som sådant ur kreditsynpunkt och gör oftast inte någon egen enskild prövning beträffande låntagaren med mindre de önskar komma ur sitt åtagande.

⁴⁸ Se exempelvis *Wood* s. 122.

⁴⁹ Se LMA-facility kl. 32.2, 32.4 och 32.6. Frågan har bl.a. diskuterats hos *Gorton & Jørgensen* s. 64 ff. och *Wenzel*, s. 276 ff.

4.5 Security agent

I en del syndikeringar förekommer att en särskild bank utses att handha lämnade säkerheter för syndikatbankernas räkning, en s.k. *security trustee* eller "security agent". Vanligen upprättas då ett särskilt "security trust agreement" med avseende på detta särskilda förhållande.

Det är m.a.o. frågan om en speciell och avgränsad funktion, som dock har stor praktisk betydelse. I svensk rätt saknas en god terminologi med avseende på denna speciella figur. Det är frågan om ett förtroendeförhållande och ett sysslomannaskap, där sysslomannen har till uppgift att för sina uppdragsgivare ha hand om ställda finansiella säkerheter och följa uppdragsgivarnas instruktioner i detta avseende. I olika finansiella transaktioner förekommer bank som förvaringsinstitut. Förvaringsinstitut har dock en något annan "connotation". Det finns också drag av deposition. Det finns alltså vissa möjligheter även enligt svensk rätt att uppnå en funktion som påminner om den som finns i engelsk rätt.

"Security agent" har då till uppgift att inneha lämnade säkerheter för samtliga syndikatbanker⁵⁰ och har då också bl.a. till uppgift att se till att säkerheterna används enligt villkoren i lånedokumentationen eller det särskilda säkerhetsavtal som utarbetats. Detta innebär bl.a. att den inte utan vidare kan lämna tillbaka säkerheten till låntagaren eller lämna ut den till någon av syndikatbankerna utan att de andra är eniga därom. Normalt upprättas ett särskilt avtal med de villkor som ska gälla mellan mellanmannen och syndikatbankerna med avseende på hanteringen av säkerheterna.

Security agent har som synes en speciell funktion med avgränsade uppgifter, och inom den ramen bär den ett ansvar, som dock ofta är begränsat jämligt villkoren. I svensk rätt brukar den engelska terminologin användas, men i exempelvis tysk rätt talas om Sicherheitstreuhand, och här finns också särskild lagreglering med avseende på Treuhand.⁵¹ Vissa rättsliga problem kan uppstå i det fallet, att mellanmannen skulle försättas i konkurs och då stå som innehavare av säkerheterna. Denna fråga ska dock inte belysas här.

⁵⁰ Beträffande "security agent" se *Wood* s. 121, där han nämner "trustee of the security" och *Mugasha* som på s. 228 hänvisar till "custodian". LMA-dokumentationen innehåller beträffande Intercreditor agreement bestämmelser om "security agent" i kl. 16, varav i 16.1. framgår:

- (a) The Security Agent declares that it shall hold the Security Property on trust for the Secured Parties on the terms contained in this Agreement.
- (b) Each of the parties to this Agreement agrees that the Security Agent shall have only those duties, obligations and responsibilities expressly specified in this Agreement or in the Security Documents to which the Security Agent is expressed to be a party (and no others shall be implied)."

⁵¹ Se exempelvis *Wenzel* s. 367 ff. och 396 ff.

5. Några olika rättsliga spørsmål

5.1 Allmänt

Som ytterligare belysning till vad som sagts ovan ska här något diskuteras vissa rättsliga problem som kan uppkomma i sammanhanget, när det gäller det inre förhållandet mellan syndikatbankerna, där bl.a. intressekollisioner kan uppkomma liksom mellan agentbanken och övriga syndikatbanker. Spörsmålen blir något olika, beroende på om det rör sig om utbetalningsfasen eller återbetalningsfasen, även om dessa båda skeden kan ses som spegelvända i förhållande till varandra. Det kan röra sig om avvikelser i förhållande till kontraktsvillkoren på såväl långivarens som låntagarens sida. Här berörs inte närmare de avvikelser som sker på låntagarens sida.

Jag vill gärna understryka, att den diskussion som kommer att föras nedan under normala förhållanden måste anses vara tämligen udda, och ett av skälen till att de banker som faktiskt utses att vara agentbanker är, att de antagligen har finansiell stabilitet. Men om så inte skulle vara fallet kan resonemanget nedan ha relevans.⁵²

5.2 Utbetalning av lånebeloppet

Som berörts ovan kan utbetalningen av lånebeloppet ske på olika sätt. Det förekommer, att arrangörsbanken när syndikatet är etablerat, samlar in de olika delbeloppen från de i syndikatet ingående bankerna på ett konto varifrån lånebeloppet sedan utbetalas till låntagaren när de avtalade förutsättningarna ("conditions precedent") uppfyllts. Det är emellertid inte ovanligt, att arrangörsbanken meddelar de kreditgivande bankerna, när lånekraven enligt avtalet har uppfyllts, så att lånebeloppen utbetalas direkt till låntagaren från de i syndikatet ingående bankerna. De problem som då kan uppkomma är av olika slag.

Är i det första fallet arrangörsbanken/agentbanken att anse som fullmäktig för låntagaren med avseende på de inbetalade medlen? Tas medlen emot av banken i någon annan kapacitet? Vilken betydelse har det att betalningarna inbetalas till ett särskilt nominerat konto?⁵³ Vilken betydelse skulle då ekonomiska problem hos arrangörsbanken få ifall låne-

⁵² Detta är ju f.ö. också vad som skett i en del situationer under den nu pågående finansiella krisen, även när det gäller banker som antogs vara finansiellt stabila.

⁵³ I svensk rätt är utgångspunkten att medel som kommer in till en bank blir bankens egendom, medan banken har en obligationsrättslig skyldighet att betala ut dem till kontohavaren.

beloppen inkommit till agentbanken på ett konto som öppnats särskilt för långivarna.

En fråga rör vilken funktion agentbanken har i denna situation. "Lead bank" är, som nämnts, att se som företrädare för låntagaren fram till det ögonblick då lånet är etablerat, och därefter inträder agentbanken i sin funktion och är då att se som företrädare för syndikatbankerna. Om syndikatbankerna betalar in lånebeloppet till agentbanken för att denna därefter ska vidarebefordra beloppet till låntagaren då alla "conditions precedent" uppfyllts uppkommer normalt inga problem i det nu diskuterade avseendet. De olika delbeloppen kan gå in på på ett särskilt konto som öppnats hos agentbanken för transaktionen. Även om ett särskilt konto öppnats för projektet (för de olika syndikatbankerna) tillhör de inbetalade medlen agentbanken med en obligationsrättslig skyldighet för denna att betala ut medlen till låntagaren så snart alla förutsättningar är uppfyllda eller en skyldighet att återbetala medlen till syndikatbankerna, om låntagaren inte uppfyller villkoren.

Detta förhållande kan då leda till ett problem, ifall agentbanken skulle råka ut för sådana ekonomiska problem att den inte kan företa utbetalningen eftersom andra borgenärer gör anspråk på dem. Vems är då de inbetalade medlen? Utgångspunkten är i svensk rätt liksom i många andra rättssystem att medlen tillhör agentbanken, även om agentbanken inte är slutlig destinatar. Det har förmodligen ingen självständig sakrättslig betydelse att medlen inbetalats på ett särskilt nominerat konto. I engelsk rätt skulle medlen kunna vara skyddade till fördel för syndikatbankerna (ev. låntagaren) mot att ingå i agentbankens konkurs ifall denna fungerar som "trustee". Som nämnts brukar dock lånedokumentationen innehålla bestämmelser, varigenom agentbanken inte ska anses vara "trustee".⁵⁴

I engelsk rättspraxis har i något fall, *Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investments Ltd.*,⁵⁵ House of Lords ansett, att medel som överförts till agentbanken för ett särskilt ändamål ledde till att en "resulting or constructive trust" uppstod till förmån för syndikatbankerna under förutsättning att medlen hålls på ett separat konto och inte sammanblandas med agentbankens medel. Sannolikt skulle motsvarande resonemang kunna användas när det gäller medel som inbetalats av syndikatbankerna till agentbanken f.v.b. till låntagaren. I engelsk rätt tycks situationen vara den, att parterna kan överenskomma om att agentbanken ska vara "trustee", i vilket fall medlen är skyddade mot att ingå i agentbankernas konkursbo, men det är alltså möjligt att domstol genom tillskapande av en "constructive trust" kan tillskapa en liknande ordning. Kravet är dock att medlen

⁵⁴ Se diskussionen hos *Rawlings*, The changing role of the trustee in international bond issues, *Journal of Business Law* 2007 s. 43 ff.

⁵⁵ /1970/ AC 567 (HL).

hålls separata så att de inte sammanblandas. Om avtalet föreskriver, att agentbanken inte ska anses vara "trustee" eller ha motsvarande funktion blir följderna att medlen tillhör agentbanken, som dock har en obligationsrättslig skyldighet att betala ut medlen och redovisa.

I svensk rätt saknas "trustbegreppet" såväl som "trustee's" funktioner. Det finns i svensk rätt olika förtroendepositioner men vad jag förstår kan inte, åtminstone inte utan vissa praktiska svårigheter, en situation tillskapas, där medel som kommer in till agentbanken, även om de placeras på ett avskilt konto, i agentbankens konkurs separeras från bankens konkursbo. Huruvida lagen om redovisningsmedel skulle kunna användas för att skapa ett särskilt konto med avskilda medel i den bank dit medlen influtit, är föremål för diskussion.⁵⁶ En lösning där medlen inflyter till en annan bank som håller medlen för agentbankens räkning som redovisningsmedel är säkerligen möjlig, men en sådan lösning är antagligen så opraktisk, att den inte är användbar. Vidare tillkommer, att LMA-villkoren utgår från en lösning där medlen tillfaller agentbanken.

I den andra situationen förlitar sig syndikatbankerna på de uppgifter som lämnats av arrangörsbanken och utbetalar då direkt till låntagaren sina resp. andelar av lånebeloppet. Skulle uppgiften från agentbanken visa sig vara felaktig kan syndikatbankerna ha ett ersättningskrav mot agentbanken. Denna banks ansvar är dock i allmänhet begränsat.

Låt oss då vända på problemet, som indikerats ovan. När bankerna enats om villkoren för lånet och sina resp. andelar i lånet har arrangörsbanken uppnått, att syndikatbankerna förpliktat sig ("committed themselves") till de belopp som sammantaget innebär, att hela lånebeloppet har

⁵⁶ I exempelvis svensk rätt är utgångspunkten att medel som inbetalas till ett bankkonto blir del av bankens aktiva med en obligationsrättslig skyldighet för banken att vid begäran återbetala medlen. Om inbetalaren meddelar, att medlen jämlikt lag (1944:181) om redovisningsmedel skall vara medel som banken håller för insättarens eller mottagarens räkning är de under vissa förutsättningar att betrakta som redovisningsmedel:

"Vad den som mottagit medel för annan, med skyldighet att redovisa för dem, för sådant ändamål har inestående på räkning i bank eller annorledes håller avskilt skall vara förbehållet huvudmannen, såvitt beloppet avskilts utan dröjsmål. Samma lag vare i fråga om belopp som avskilts senare, om den redovisningsskyldige ej var på obestånd, när beloppet avskildes.

Vad den redovisningsskyldige har omedelbart tillgängligt för att avskiljas vare också förbehållet huvudmannen, såvitt dröjsmål med avskiljandet ej föreligger.

Är bankräkning eller kassa avsedd för flera huvudmäns medel, njute de inbördes lika rätt, envar i förhållande till sin redovisningsfordran."

Se vidare i *Håstad*, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. Stockholm 2000, s. 159 f. Vidare kan måhända rättsfallen NJA 1994 s. 506 och NJA 1995 s. 367 II tjäna som viss vägledning.

fått täckning.⁵⁷ Detta är en viktig fas i syndikeringsprocessen och den brukar ofta sammankopplas med låneavtalets påtecknande. Härigenom finns ett för de inblandade parterna inom ramen för avtalsvillkoren bindande avtal.

Om en eller flera av bankerna därefter vid utbetalningen av lånebeloppet beslutar sig för att inte vidare medverka i kreditgivningen kan frågan uppkomma huruvida den enligt låneavtalet kan ha fog för att inte uppfylla sitt löfte. En sådan rätt kan, som nämnts följa om låntagaren inte uppfyllt någon av förutsättningarna för utbetalningen (de krav som följer av "conditions precedent" har inte uppfyllts). Om detta är fallet är utgångspunkten, att banken är avtalsrättsligt skyddad beträffande sitt beslut, även om det kan framstå som något förvånande om övriga banker inte utnyttjar motsvarande bestämmelse i låneavtalet. Bankerna kan dock av olika skäl göra olika bedömningar i det här avseendet och kan också ha skiftande intressen för sina resp. beslut. En utgångspunkt är dock normalt att varje enskild bank enligt avtalet har en kontraktuell skyldighet att underkasta sig majoritetsbankernas beslut. Av LMA-facility kl. 32.7(a) framgår:

"Unless a contrary indication appears in a Finance Document, the Agent shall (a) exercise any right, power, authority or discretion vested in it as Agent in accordance with any instructions given to it by the Majority Lenders ...and (ii) not be liable for any act (or omission) if it acts ... (...) in accordance with an instruction of the Majority Lenders.

(b) Unless a contrary indication appears in a Finance Document, any instructions given by the Majority Lenders will be binding on all the Finance Parties other than the Security Agent.

(d) In the absence of instructions from the Majority Lenders, ...until it has received such security as it may require for any cost, loss or liability...which it may incur in complying with the instructions.

Eftersom agentbanken genom syndikatbankernas förordnande kommer att företräda dessa får den därmed sina funktioner. Här kan man möjligen se saken på olika sätt. Situationen skulle kunna vara den, att "lead manager" i detta skede inte är utsedd som agentbank av syndikatbankerna. I så fall skulle situationen kunna vara den, att det ännu inte finns ett avtal med exempelvis bestämmelser om beslutsfattande, och då är utgångspunkten att varje bank själv svarar för sitt avtal och de skyldigheter som följer av det.

En följd av att en bank då inte kan eller vill medverka i utbetalningen av lånebeloppet är att hela krediten inte finns tillgänglig för låntagaren. Eftersom uppläggningsen av syndikeringsen är den, att varje bank förfogar

⁵⁷ Här finns en viss likhet med teckningen av aktiekapital vid en aktieemission, men med den väsentliga skillnaden att särskilt lagstiftning saknas motsvarande den som gäller för aktiebolag med avseende på emissioner resp. kapitalmarknadsrättsliga regler beträffande erbjudanden.

över sitt eget beslut är konsekvensen också att låntagaren får framställa krav mot den bank som beslutat sig för att inte fullgöra utbetalningen.⁵⁸ Låntagaren har enligt bestämmelserna rätt att under vissa omständigheter ersätta en bank med en annan, men då krävs att det finns en annan bank som är villig att träda in i förhållandet. Idén bakom avtalets bestämmelser är att art. 11.6 i LMA-avtalet har en rätt att säga upp lånet med en enskild bank och återbetala dennes andel av lånebeloppet under vissa förhållanden, t.ex. ökade kostnader för långivaren, som denne har rätt att få ersatta av låntagaren. Denna rätt är numera utökad med en rätt för låntagaren att ersätta en långivare med en annan, som är beredd att träda in i låneavtalet.

Här framgår återigen hur viktigt det är att se samspelet mellan lånet och det underliggande avtalet. Skulle inte lånebeloppet finnas tillgängligt kan detta medföra, att låntagaren inte kan fullgöra den bastransaktion för vars genomförande lånet var avsett. Med mindre låntagaren i det underliggande avtalet klargjort, att hans bundenhet är beroende av möjligheten att finansiera transaktionen ("subject financing"), är han skyldig att fullgöra sina skyldigheter under detta avtal.⁵⁹ En brist kan medföra att låntagaren blir ersättningsskyldig i det underliggande avtalet. En sådan ersättningsskyldighet bör kunna övervältras på en trilskande bank under förutsättning att banken inte kan åberopa, att låntagaren inte fullgjort sina skyldigheter.

Här finns dock, som nämnts, även en relation till de övriga syndikatbankerna, eftersom även deras långivning påverkas av att en av dem inte fullgör sina skyldigheter. Detta är återigen frågor som inte aktualiseras i goda tider och hittillsvarande låneavtal har sällan innehållit några bestämmelser i detta avseende.

I sammanhanget bör därför uppmärksammas, att den ovan i 3.3. omnämnda LMA-guiden om "defaulting parties" i art. 3 innehåller bestämmelser om långivare som inte uppfyller sina skyldigheter. Här sägs bl.a.:

"3.1 Explanatory notes. These Relevant Provisions provide for the concept of a "Defaulting Lender" and resulting consequences.

A Lender:

(a) which fails to make its participation in a Loan available or fails to provide cash collateral to any Issuing Bank when required to do so (subject to a grace period for pay-

⁵⁸ Beträffande situationer där frågan huruvida en bank har skyldighet att betala ut ett lånebelopp enligt ett "letter of commitment" se de exempel som nämns i *Gorton*, Letter of commitment, där det dock inte varit frågan om syndikerade lån.

⁵⁹ Det är inte ovanligt, att det i olika avtal finns ett förbehåll vars uppfyllande är ett krav för att avtalet skall vara bindande eller genomförandeskyldigt. Om olika "subjects" se exempelvis *Adlercreutz*, Avtalsrätt I, Lund 12 uppl. s. 109 f. och 322, *Gomard m.fl.*, Almindelig kontraktsret, 3 uppl. København 2009 s. 78 ff., *Grönfors*, Avtalsgrundade rättsfakta, Stockholm 1993 s. 36 ff., *Hellner*, Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl. Stockholm 1993, *Lynge Andersen & Bo Madsen*, Aftaler og mellemmand, 5 uppl. København 2006 s. 89 ff. och *Ramberg & Ramberg*, Allmän avtalsrätt, 8 uppl. Stockholm 2010 s. 95 ff.

- ment failures caused by administrative/Technical errors and to an exception for a good faith dispute of the obligation to make that payment);
- (b) which otherwise rescinds or repudiates a Finance Document; or
 - (c) (optionally) with respect to which an Insolvency Event has occurred and is continuing will be a 'defaulting Lender.'

The consequences of a Lender being a Defaulting Lender are that:

- (a) The Company can cancel its undrawn Commitment and those Commitments can subsequently be reinstated by another willing Lender (or other entity) selected by the Company;
- (b) (if the appropriate optional language is included) its participation in existing Loans under any revolving credit facility will be automatically termed out;
- (c) ---
- (d) ---
- (e) it shall cease to have a vote to the extent of its undrawn Commitments;
- (f) it can be forced to transfer its participation in the Facilities..."

I art. 3.2. definieras "Defaulting Lender" som bl.a. den långgivare som inte fullgör sina skyldigheter att betala ut lånebelopp etc.

Här finns dock inte någon lösning på alla de frågor som kan aktualiseras. Ett underskott i kreditbeloppet innebär inte, att övriga banker skulle ha skyldighet att öka på sina resp. belopp, med mindre det finns ett särskilt åtagande härom. Detta är en risk som låntagaren bär. Sett ur låntagarens synvinkel skulle det kunna vara så, att i en sådan situation låntagaren skulle vilja slippa kreditengagemanget med de andra bankerna, eftersom den tilltänkta affären i det nya läget framstår som omöjlig att genomföra. Om låntagaren behöver hela krediten för att kunna genomföra en affär kan med andra ord en banks avhopp leda till, att det nödvändiga beloppet inte finns tillgängligt för genomförande av det bakomliggande avtalet (t.ex. ett köp). Låntagaren kan inte heller utan vidare säga upp krediten med de övriga syndikatbankerna med mindre det i låneavtalet finns en sådan rätt.

Situationerna kan variera. En avtalslösning skulle, som nämnts, kunna vara, att det i båda avtalen finns återkopplingar med olika förbehåll. Å ena sidan skulle ett sådant förbehåll i låneavtalet kunna vara, att låntagaren, ifall någon av bankerna "hoppas av" har rätt att avstå från krediten i sin helhet. Det är sannolikt olika situationer beroende på om det är frågan om ett garanterat lån eller en syndikering på "best efforts"-basis. Å andra sidan bör i det underliggande avtalet finnas en bestämmelse "subject financing", varigenom den tänkte låntagaren kan göra sig fri från det underliggande avtalet. Därmed är dock inte alla problem lösta. Låntagaren kan ju härigenom ha gått miste om möjligheten att göra en god affär, som nu inte kommer att kunna genomföras. Även om det finns förbehåll i båda avtalsleden kan med andra ord problem uppkomma.

Om särskilda förbehåll saknas även till låntagarens (resp. köparens) fördel kan spörsmålen öka väsentligt. Ofta saknas också i låneavtalet resp. det

underliggande avtalet en klar koppling som gör att resp. avtal är en förutsättning för det andra avtalet. Samtidigt saknas också ofta en rätt för låntagaren att gentemot bankerna komma ur krediten.

På motsvarande sätt kvarstår övriga långivares lånelöften vanligen, trots att en av syndikatbankerna inte längre är med i låneprojektet. I praktiken blir det då sannolikt ofta frågan om omförhandling mellan parterna, men det kan i finansiella kristider visa sig vara vanskligt att finna fram till en ömsesidigt acceptabel lösning.

5.3 Kreditperioden – återbetalning av krediten jämte räntor

Som nämnts är agentbankens uppgifter i allmänhet av begränsad administrativ natur, t.ex. att skicka notiser till låntagaren, att lämna meddelanden till syndikatbankerna ang. inkommande betalningar att fördelas mellan dem, resp. avseende uteblivna betalningar osv. Det förekommer att agentbank på ett konto samlar ihop de amorteringar, räntebetalningar och andra betalningar som görs av låntagaren för utbetalning till långivarna. En fråga som kan uppkomma rör agentbankens obestånd, dvs motsvarande fråga som berörts ovan i 5.2., och det resonemang som därvid förts i anslutning till rättsfallet *Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investments Ltd.*⁶⁰ torde ha motsvarande eller större relevans här, eftersom fallet rörde agentbankens förhållande till syndikatbankerna, när låntagaren betalat in medel enligt bestämmelserna i låneavtalet.

Några andra frågor ska dock också nämnas. Agentbankens fullmakt att agera för syndikatbankerna är, som nämnts, begränsad och problem kan uppkomma fr.a. när 1) agentbanken måste agera med skyndsamhet i situationer där den tid som står till buds för ett avgörande är knapp och när 2) agentbanken får olika instruktioner från syndikatbankerna.⁶¹ I allmänhet föreskriver låneavtalet att syndikatbankerna kan fatta beslut med viss majoritet.

Som utgångspunkt gäller, att alla syndikatbanker ska behandlas lika i förhållande till sina resp. andelar i lånebeloppet. Om det skulle visa sig, att agentbanken härvid förfördelat någon av syndikatbankerna kan agentbanken tänkas bli ersättningsskyldig för uppkommande förlust.⁶² Av tidsskäl kan agentbanken under vissa omständigheter tvingas vidta åtgärder i förhållande till låntagaren utan att beslut inhämtas från de olika bankerna. Ett problem som då kan uppkomma är, att de olika bankerna har olika

⁶⁰ /1970/ AC 567 (HL).

⁶¹ I LMA-facility kl. 32.7 är instruktionerna baserade på att det är majoritetslångivarna.

⁶² LMA-villkoren innebär dock stark inskränkning i agentbankens ansvar och bestämmelserna i LMA-facility innehåller i art. 32 olika bestämmelser med avseende på dess funktioner, rättigheter och ansvar.

synpunkter på de vidtagna åtgärderna. Några ord ska sägas, om i anslutning till dessa frågor.

Under kreditperioden har låntagaren skyldighet att till långivarna enligt låneavtalet amortera lånebeloppet samt erlägga räntor m.m. Beroende på hur avtalet utformats ska låntagaren göra alla betalningar antingen proportionellt till de olika syndikatbankerna eller till agentbanken för vidarebefordran till syndikatbankerna. Det vanliga förfarandet är, som nämnts, att betalningen sker till agentbanken för vidarebefordran till syndikatbankerna. Detta följer i LMA-facility av section 11 om "Administration" art. 35, där 35.1 rör "payments to the Agent", art. 35.2 "distributions by the Agent", 35.3 "distributions to an Obligor" och 35.4 "clawback".⁶³ Med svensk rätt för ögonen innebär en sådan uppläggning av låneavtalet att låntagaren med befriande verkan kan betala till agentbanken. Har låntagaren i en sådan situation fullgjort sin betalning till agentbanken har betalningsskyldigheten uppfyllts och ifall agentbanken inte skulle betala de olika syndikatbankerna kan dessa inte på nytt kräva låntagaren utan de får hålla sig till agentbanken.

Olika situationer kan aktualiseras i detta sammanhang. Om låntagaren betalat in amortering och ränta till agentbanken som innan den hinner överföra medlen till resp. syndikatbanker hamnar i en obeståndssituation, kan den frågan uppkomma vem som är berättigad till de influtna medlen.⁶⁴ Om låntagaren betalat i enlighet med bestämmelserna ligger jämlikt det ovan sagda den risken på syndikatbankerna. Frågan kan emellertid också ställas huruvida det skulle kunna vara möjligt att skapa en rätt till separation av de till agentbanken inbetalda medlen för syndikat bankernas räkning. Sannolikt gäller då samma resonemang som förts ovan i 5.2 i anslutning till fotnot 51.

Ett annat speciellt problem som kan aktualiseras rör effekten av om låntagaren betalar in för lite medel för att täcka ränta, amortering etc. Vad händer då ifall låntagaren betalar ett belopp direkt till en av syndikatbankerna och sedan inte har ytterligare medel tillgängliga? Vilka är då agentbankens eller övriga syndikatbankers skyldigheter? Clawback-klausulen har redan nämnts, men härtill kommer de skyldigheter som åvilar agentbanken ifall ett för litet belopp inkommer för att täcka alla syndikatbankernas krav.

⁶³ En clawback-klausul innebär, att agentbanken kan vänta med att vidarebetala medel tills det är helt klart att medlen kommit in på dess konto resp. kräva tillbaka medel som vidarebetalts till syndikatbank där det senare visar sig att betalning faktiskt inte inkommit.

⁶⁴ Denna frågeställning är inte särskilt vanlig, men det har under den senaste finansiella krisen visat sig att den inte är utesluten. Oftast saknar traditionella låneavtal bestämmelser där denna fråga fått sin lösning. Det kan då ur låntagarens synpunkt vara en fördel om denna fråga aktualiserades i samband med förhandlingar om låneavtal.

LMA Intercreditor agreement innehåller i kl. 2 en bestämmelse om "ranking and priorities" mellan kreditgivarna med avseende på nivån i deras engagemang. Kl. 14 "Application of proceeds" föreskriver i 14.1. att medel som kommit in till "security agent" ska behandlas i enlighet med bestämmelserna i avtalet. I LMA-facility innehåller kl. 35 en bestämmelse om betalningsmekanismen i avtalet, medan kl. 34 behandlar "sharing among the parties". Tanken bakom lösningen i avtalet är, att alla långgivare ska ha sina proportionella andelar i betalningarna och att det ankommer på agenten att se till, att långgivarna behandlas på samma sätt men i enlighet med föreskrifterna i avtalet.

Några speciella fall rörande intressekonflikter ska i sammanhanget också beröras. Syndikeringsdemokratin kan i vissa fall utsättas för påfrestningar (liksom motsvarande förhållanden kan inträffa i andra associationsformer), och det finns exempel i rättspraxis på tvister mellan majoriteten och minoriteten bland syndikatbankerna. Vad händer om en majoritet av långgivarna bestämmer sig för att inte säga upp krediten eller vidta andra åtgärder i motsättning till önskemål från en av minoritetslånggivarna? Här kan hänvisas till ett par rättsfall *Redwood Master Funds Ltd. v. TD Bank Europe Ltd*⁶⁵ resp. *Re Holder Investment Trust Ltd.*,⁶⁶ där frågan förekom till bedömning huruvida det förekommit förtryck eller otillbörlighet från majoritetens sida.

I det förra fallet var det frågan om en liten grupp som tillsammans med RMF representerade en liten del av lånebeloppet (2 %) och stämde de större och något fler långgivarna (TDB). De ansåg, att TDB missbrukat sin ställning som majoritet och brutit mot sin skyldighet att verka lojalt ("duty to act bona fide") i hela konsortiets intresse.

Bakgrunden var, att en kreditfacilitet lämnats till ett par låntagare. Enligt kl. 2 i kreditfaciliteten (det var frågan om 3 faciliteter av lite olika slag men med ett sammanlagt lånebelopp om 4 mio Euro). Alla låntagare deltog inte i alla lånen. Ett av dessa var dessutom mycket större än de andra, men andelarna var proportionellt lika stora. Majoriteten beslutade att medge en ändring i låneavtalet, som minoriteten inte ansåg sig ha gått med på.

I domen gjordes en genomgång av förhållandena och domstolen kom fram till att TDB och majoriteten i den aktuella situationen inte gjort sig skyldiga till ett brott mot någon lojalitetsförpliktelse.

5.4 Kreditperioden – events of default (uppsägningsgrundande anledningar)

Kreditperioden är, som nämnts, det skede då lånet ska återbetalas. Detta är givetvis låntagarens huvudåtagande under krediten. Vid sidan härav har

⁶⁵ /2002/ EWHC2703 (Ch).

⁶⁶ /1971/ 2 All ER 289.

låntagaren flera biförpliktelser som syftar till att skydda långivarna. Utöver de finansiella säkerheter som lämnats har låntagaren i låneavtalet vanligen åtagit sig att uppfylla vissa avtalsvillkor som också tjänar till att så långt det är möjligt skydda långivarnas intressen, de olika åtagandena (positiva och negativa covenants av olika slag).⁶⁷

En av de frågor som kan uppkomma under kreditperioden är hur agentbanken skall hantera frågan om "events of default". Om grund i och för sig finns för uppsägning enligt låneavtalet har då agentbanken skyldighet att besluta om att åberopa uppsägningsgrunden eller måste beslut härom först inhämtas hos syndikatbankerna? Utgångspunkten är att agentbanken inte har befogenhet att själv besluta om uppsägning utan denna beslutsrätt ligger principiellt hos de olika syndikatbankerna.⁶⁸ Dock kan behov finnas att agera snabbt för att inte rättsförluster skall uppstå. I en sådan situation kan det visa sig att olika intressekonflikter uppkommer.

Spörsmål som då kan uppkomma rör frågan hur agentbanken ska handla ifall syndikatbankerna är oeniga om hur man ska förfara i en sådan situation. De olika bankerna kan ju ha olika intressen i frågan. En bank som representerar ett mindre kreditbelopp och endast något enstaka engagemang med låntagaren, kan ha större anledning att följa låneavtalet strikt än en bank som kanske har flera engagemang med låntagaren. Om en uppsägningsgrund utnyttjas i låneavtalet kan detta medföra att *cross default covenants* i andra låneavtal utlöses, och då kan låntagarens hela finansiella bas raseras.

Det är alltså fråga om en dramatisk situation där de olika bankerna kan ha helt olika intressen. Om frågan ska beslutas enligt majoritetsomröstning ska agentbanken agera i enlighet härmed. Om därmed minoritetsbankernas intressen kommer i kläm så får de leva med det så länge bestämmelserna i avtalet följs. Ett majoritetsbeslut skulle kunna anses utgöra ett missbruk till nackdel för minoritetsbankerna, och frågan är då om minoriteten kan göra gällande något krav i förhållande till majoriteten. I allmänhet är denna fråga löst i låneavtalet åtminstone till viss del.

En annan situation i detta sammanhang är den som kan uppkomma, ifall det är nödvändigt för agentbanken att agera för att inte tid ska gå förlorad. Agentbankens handlande kan då medföra, att majoriteten eller minoriteten anser sig förfördelad av agentbankens åtgärd, varvid frågan kan aktualiseras om agentens ansvar i en sådan situation.

⁶⁷ Se ovan i avsnitt 2.

⁶⁸ Se LMA-facility art. 32.6 och 32.7.

6. Avslutande anmärkningar

Som framgår av ovanstående är de rättsliga problem som kan uppkomma i samband med syndikerade lån inte i sig unika, även om de inte varit föremål för behandling i svensk (och i stort sett inte heller i annan nordisk) rättspraxis. Inte heller har de diskuterats i någon större grad i nordisk juridisk doktrin.

Till en del hänger detta samman med att de flesta större syndikerade lån är av internationell karaktär, där engelsk rätt ofta genom hänvisning görs tillämplig på det berörda avtalet. Vidare har de standardvillkor som utvecklats i hög grad påverkats av engelsk och amerikansk rättsutveckling.

Syndikerade lån ger upphov till skiftande spörsmål, som både kan ha samband med rättsförhållandet mellan syndikatbankerna och mellan syndikatbankerna och låntagaren. Vidare framstår arrangörsbankens resp. agentbankens roll som tämligen speciell. De frågor som kan aktualiseras har såväl avtalsrättslig, mellanmansrättslig, associationsrättslig som sakrättslig karaktär.

Med tanke på den betydelse som engelsk rätt spelar i sammanhanget kommer sannolikt vid bestämmande av en lösning där svensk rätt är tillämplig rimligtvis visst avseende fästas vid hur liknande problem lösts i andra rättsordningar.

Även om svensk rättspraxis saknas på området förekommer syndikerade lån i olika former dels där svenska banker är inblandade som syndikatbanker i större internationella lån, dels på den svenska marknaden, där parterna ev. genom en prorogationsklausul enas om att svensk rätt ska vara tillämplig på avtalet. I en sådan situation måste, om en tvist uppkommer vid svensk domstol och där svensk rätt är tillämplig, problemet ses i ett svenskt rättsligt perspektiv, men det är då sannolikt också nödvändigt att hänsyn tas till hur en liknande fråga kan tänkas bli bedömd i en annan rättsordning.

I synnerhet gäller detta sådana frågor som har samband med det s.k. yttre förhållandet mellan långivarna och låntagaren, men även vad angår det inre förhållandet kan sådana överväganden behöva göras.

