

JURIDISKA INSTITUTIONEN
Stockholms universitet

Hyresgarantier i Triple Net-avtal

Eddie Wallkvist

Examensarbete i förmögenhetsrätt 30 hp
Examinator:
Stockholm, Hötterminen 2014.



Stockholms
universitet

1. Inledning, syfte och avgränsningar, metod, terminologi	s. 3
1.1 Inledning	s. 3
1.2 Syfte och avgränsningar	s. 4
1.3 Metod och material	s. 4
1.4 Terminologi	s. 6
1.5 Dispositon	s. 7
2. Triple Net-avtal och hyreslagens tvingande regler	s. 8
2.1 Kort om sale and lease back av fast egendom	s. 8
2.1.1 Triple Net-avtal	s. 10
2.1.2 Partsförhållandet och avtalsklassificering i Triple Net-avtal	s. 10
2.2 Avtalsvillkor i Triple Net-avtal som påverkar hyresgarantin	s. 14
2.2.1 Hyresberäkningens påverkan på garantins omfattning	s. 15
2.2.2 Möjlighet till hyresnedsättning och dess inverkan på garantin	s. 19
2.2.3 Hyrestidens inverkan på garantin	s. 21
2.2.4 Hyresrättens förverkande och dess inverkan på garantin	s. 22
2.2.5 Byte av hyresgäst och inverkan på garantin	s. 23
2.2.6 Sammanfattning och avslutande reflektioner	s. 24
3. Hyresgarantier	s. 26
3.1 Hyresgarantier enligt hyreslagen	s. 26
3.2 Come hell or high water-klausuler	s. 27
3.3 Hyresgästens konkurs	s. 31
3.4 Jämförelse med leasing av lös egendom	s. 33
3.5 Sammanfattning och avslutande synpunkter	s. 37
4. Fristående och accessoriska garantier	s. 38
4.1 Förutsättningar för analog tillämpning av borgensreglerna	s. 39

4.2 Accessoriska hyresgarantier i Triple Net-avtal	s. 43
4.2.1 Effekter av en accessorisk garanti	s. 44
4.2.2 Invändningar pga. det underliggande avtalet	s. 44
4.2.3 Regressrätt mellan borgensman och gäldenär	s. 47
4.2.4 Sammanfattning	s. 49
5. Fristående garantier	s. 50
5.1 Former av fristående garantier - first demand-garantier	s. 52
5.2 Effekter av en fristående garanti	s. 57
5.3 Möjligheter att framställa invändningar	s. 57
5.4 Regressrätt mellan garant och gäldenär	s. 59
5.5 Sammanfattning	s. 60
6. Slutsats	s. 61
7. Källförteckning	s. 63

1. Inledning, syfte och avgränsningar, metod, terminologi, disposition

1.1 Inledning

Fastigheter utgör en central tillgångstyp i en marknadsekonomi, och betingar därmed ofta stora och bestående värden. För att realisera värdet av fastigheter används ett antal olika finansieringsformer med fastigheter som säkerhet. En sådan finansieringsform är sale and lease back (SLB). Ett sådant avtal är en form av lån, men inordnat under avtalsformerna köp och hyra istället för ett vanligt låneavtal.

Den civilrättsliga regleringen av fastigheter finns bland annat i Jordabalken (SFS 1970:994, JB), som i jämförelse med den övriga civilrätten innehåller ett stort antal tvingande regler. Hyra av fast egendom regleras i jordabalkens tolfte kapitel (hyreslagen). Hyreslagen är präglad av sociala skyddshänsyn och det ofta ojämna styrkeförhållandet som existerar mellan hyresvärd och hyresgäst. Hyreslagen innehåller därför ett antal tvingande regler till hyresgästens förmån. Eftersom avtalsfriheten är begränsad vid hyresavtal kan problem uppstå när avtalsformen hyra används för att uppnå ett annat syfte, som exempelvis kreditgivning.

För att bättre uppnå den fördelning av risker och ansvar som typiskt finns vid ett låneavtal används därför ofta särskilda hyresavtal vid SLB, s.k. Triple Net-avtal, där en stor del av fastighetsägarens ansvar överflyttas till hyresgästen. Dessa hyresavtal kan i många fall befaras strida mot hyreslagens tvingande regler, och hyresgästen kan därför ha möjlighet att använda dessa tvingande regler för att undgå betalningsansvar. Triple Net-avtal kan därför innehålla en s.k. come hell or high water-klausul, där hyresgästen förbinder sig att betala hyran oavsett ändrade förhållanden så som exempelvis hinder eller men i nyttjanderätten.

För att åstadkomma en mer betryggande säkerhet för kreditgivaren kan även hyresgarantier från tredje man användas i Triple Net-avtal. Det är sådana garantier som denna uppsats kommer att behandla. Frågan blir om, och i så fall hur, tredje man kan göras betalningsskyldig för en förpliktelse som i många fall kan befaras vara ogiltig mot gäldenären i det underliggande avtalet.

1.2 Syfte och avgränsning

Syftet med denna uppsats är att utreda giltigheten och omfattningen av en hyresgaranti i ett Triple Net-avtal. Som ett led i detta syfte kommer att utredas dels huruvida vissa vanligt förekommande avtalsvillkor i Triple Net-avtal är förenliga med hyreslagen, och dels, om dessa avtalsvillkor är ogiltiga, vilken inverkan ett ogiltigt avtalsvillkor får på en utfärdad hyresgaranti.

När hyresavtal behandlas kommer villkor gällande besittningsskydd, hyresvärdens överlåtelse av fastigheten, hyresgästens möjligheter till ändring av ändamålet med hyresrätten samt uppsägning av avtalet inte att beröras, dels av utrymmesskäl men även då dessa villkor bedöms ha en mer begränsad effekt på frågan om hyresgarantin.

När garantier behandlas kommer frågor relaterade till bokföring, associationsrätt, skadestånd och försäkringar endast beröras översiktligt. Frågor som berör behörighet, insolvens, skatterätt och processuella eller exekutiva aspekter kommer inte att beröras.

1.3 Metod och material

Den metod som kommer att användas i uppsatsen är en traditionell rättsdogmatisk metod. Med rättsdogmatisk metod avses strävan efter att finna ett auktoritativt svar på vad som utgör gällande rätt inom ett visst område.¹ I Sverige intas traditionellt ett rättstillämparperspektiv när gällande rätt utforskas, i de allra flesta fall domarens.² Svar söks i auktoritativa rättskällor, med vilket menas lag, förarbeten, praxis och i vissa fall doktrin.³

Typiska avtalsvillkor i Triple Net-avtal och hyresgarantier kommer att analyseras mot bakgrund av en traditionell sammanvägande metod vid tolkningen av rätten,

¹ Olsen, L, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004 s. 111 f..

² Olsen, SvJT 2004 s. 113 f.f.

³ Hellner, J, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, 2001, s. 118 f.

där rättskällorna analyseras ur både ett formellt och materiellt perspektiv.⁴ Med ett formellt perspektiv menas främst språkliga faktorer som vägs in vid tolkningen av ett stadgande. Formulering, kontext och lagstiftningsteknik är exempel på sådana språkliga faktorer.⁵

Med ett materiellt perspektiv avses i denna uppsats sådana faktorer som inte går att utläsa direkt ur lagtext. Exempel på sådana faktorer kan vara logisk-systematiska och ändamålsbaserade överväganden.⁶ Systematiska hänsyn har i denna uppsats exempelvis tagits när en jämförelse skett mellan leasing av fast och lös egendom, där jämförelsen används i syfte att visa på hur frågan lösts inom ett angränsande rättsområde. Även tillämpningen av analogier med borgensreglerna vid en tolkning av garantiförpliktelser kan sägas ha sin grund i en systematisk tolkning av rätten.⁷ En systematisk tolkning har även använts vid tolkningen och analysen av vissa rättsfall.

De avtal och villkor som kommer att undersökas i uppsatsen har många gånger inte tagits upp i förarbeten, praxis eller doktrin, och ett auktoritativt rättsligt svar saknas därmed ofta. Eftersom avtalen ofta omfattas av sekretess, har ledning i stor omfattning hämtats i litteraturen. Vad gäller denna litteratur har i synnerhet ledning hämtats i Elisabeth Ahlinders avhandling *Finansiering med fastigheter som säkerhetsunderlag* från 2013.

Utöver de traditionella rättskällorna kommer viss ledning även att sökas i ett antal offentliga utredningar. Dessa utredningar har inte alltid lett till lagstiftningsåtgärder, men bör ändå tillmätas en viss tyngd vid utredningen av principiella frågor och innehållet i gällande rätt.⁸

⁴ Se Hellner 2001, s. 183 f.

⁵ Hellner, 2001, s. 195 f.

⁶ Se Hellner, 2001, s. 201 f.

⁷ Se Hellner, 2001, s. 204 vad gäller användningen av analogier.

⁸ Bengtsson, B, *SOU som rättskälla*, SvJT 2011 s. 777 f.f.

Eftersom det till stor del saknas såväl avgöranden från Högsta domstolen som uttryckliga lagregler inom vissa behandlade områden kommer underrättspraxis att användas, i syfte att visa på bedömningar i enskilda fall. Dessa avgörandens prejudikatvärde är visserligen lägre, men bör ändå tillmätas viss vikt i brist på avgöranden från högre instans.

Två källor utgörs av utländsk doktrin. Dessa källor har använts för att komplettera delar av den svenska doktrin som använts. Detta beror på att det, i det ena fallet, rör sig om en avtalstyp som har sin grund i anglosaxiska förhållanden men som även används i Sverige. Viss ledning har därför sökts i en brittisk källa. I det andra fallet rör det sig om ett danskt verk, som med hänsyn till att det ingår i den nordiska rättstraditionen och är överensstämmande med svensk rätt på området samt utgör ett standardverk på området kommer att behandlas som gällande rätt.

Slutligen kommer även Draft Common Frame of References (DCFR) användas som källa vad gäller fristående garantier. DCFR är ett forskningsprojekt, delvis med grund i EU, som syftar till att genom komparativa studier formulera gemensamma europeiska avtalsrättsliga principer.⁹ Användningen av DCFR i denna uppsats är en följd av den avsaknad av svensk lagtext som finns, och syftar snarare till att utgöra jämförelsematerial än en auktoritativ rättskälla. En jämförelse med den svenska rätt som utformats på området sker vidare, i syfte att visa på de likheter som finns med DCFR.

1.4 Terminologi

I det avsnitt som behandlar hyra används termerna hyresvärd - hyresgäst, medan terminologin borgenär - gäldenär används i det avsnitt som behandlar garantier och borgensliknande säkerhetsrätter. Vidare kommer begreppet lägenhet, lokal och hyresobjekt användas omväxlande med samma innebörd, vilket följer den terminologi som används i hyreslagen. Eftersom en SLB ofta kan omfatta en hel

⁹ Se vidare Herre, J, *DCFR och svensk rätt*, SvJT 2012 s. 933 f.

fastighet, kommer även termen “fastigheten” att användas, med samma innebörd som termen hyresobjekt.

1.5 Disposition

Uppsatsens disposition ser ut som följer. Vanliga villkor i Triple Net-avtal och dessas giltighet kommer att behandlas ur ett hyresrättsligt perspektiv. Frågan om garantiers utformning, omfattning, effekter och giltighet kommer att behandlas ur ett obligationsrättsligt perspektiv.

Inledningsvis kommer en kort beskrivning av SLB att ges samt Triple Net-avtal definieras och avtalsklassificeras. Detta syftar till att ge en bakgrund till problemställningen och visa på de generella utgångspunkter som blir aktuella.

Därefter kommer vissa avtalsvillkor i Triple Net-avtal som bedömts särskilt påverka garantins omfattning att utforskas. Efter detta kommer hyresgarantin och dess tillämpning att diskuteras, särskilt i samband med tillämpningen av come hell or high-klausuler. En jämförelse med leasing av lös egendom kommer även att göras, avsedd att illustrera de skillnader och särskilda frågor som uppstår vid leasing av fast egendom. Syftet är att visa på Triple Net-avtalens särprägel och särskilt diskutera vissa avtalsvilkors förenlighet med hyreslagen. Det underliggande avtalets förenlighet med tvingande regler kan påverka omfattningen av hyresgarantin och bör därmed diskuteras separat innan olika typer av garantier redogörs för.

Slutligen kommer två olika former av garantier att behandlas. Först kommer accessoriska garantier att behandlas, och därefter fristående garantier. Garantins effekter vid tillämpning i ett Triple Net-avtal kommer att behandlas löpande i anslutning till de två garantityperna. De två garantiformerna diskuteras var för sig för att tydligt illustrera de skilda effekter som uppkommer beroende på vilken garantiform som används.

2. Triple Net-avtal och hyreslagens tvingande regler

I uppsatsen behandlas hyresgarantier för vissa hyresförhållanden, s.k. Triple Net-avtal. Sådana avtal används framförallt i samband med sale and lease back-transaktioner (SLB) av fastigheter. En finansiell SLB-transaktion är i grunden en form av finansiering med en fastighet som säkerhet. Såväl SLB som Triple Net-avtal har sin grund i anglosaxisk rätt, men har tillämpats i Sverige sedan åtminstone 1970-talet.¹⁰ Genom att inordna vad som i grunden är ett finansiellt avtal under avtalsformerna köp och hyra kan andra regler bli tillämpliga på avtalen än vad som gäller vid mer traditionella finansieringsformer. Parternas syften med de förpliktelser och den ansvarsfördelning som återfinns i Triple Net-avtal kan påverkas av tvingande lagstiftning i hyreslagen. För att säkerställa den fördelning av risker och kostnader som parterna avsett används bland annat hyresgarantier. I detta avsnitt kommer först en kort bakgrund till en SLB att ges, för att ge en bakgrund till Triple Net-avtals bakomliggande syfte. Därefter kommer avtalsklassificeringen av Triple Net-avtal att diskuteras, för att klargöra om hyreslagen är tillämplig även vid ett finansiellt åsyftat hyresavtal.

2.1 Kort om sale and lease back av fast egendom

När begreppet "SLB" används i denna uppsats syftar det på en transaktionsstruktur som genomförs i tre steg. Först överlåter leasetagaren/säljaren den aktuella fastigheten till ett bolag som har fastigheten som enda tillgång, ett s.k. Special Purpose Vehicle (SPV). Därefter överlåts aktierna i SPV-bolaget till en leasegivare/köpare. Samtidigt tecknas ett hyresavtal, vanligen av Triple Net-typ, genom vilket leasetagaren/säljaren hyr tillbaka fastigheten under en längre tid. Om syftet är att leasetagaren ska återfå äganderätten till fastigheten i slutet av leasingperioden utfärdas slutligen en option i SPV-bolaget. Vanligen innebär en sådan option att leasetagaren får möjlighet att åter bli ägare till fastigheten vid en

¹⁰ SOU 1991:81 s. 19 f.

viss tidpunkt. Ofta är en förutsättning för detta att hyra erlagts enligt avtal under hela optionens löptid.¹¹

Det finns ofta tre huvudsakliga skäl som ligger bakom valet att genomföra en SLB. Det första och mest grundläggande skälet är att leasetagaren önskar frigöra eller tillföra kapital. Detta ska i regel användas till utveckling av verksamheten eller fastigheten. Det andra skälet är att leasetagaren önskar anskaffa detta kapital på ett sätt som inte belastar balansräkningen. Ett traditionellt lån påverkar balansräkningen negativt, medan en försäljning av en tillgång påverkar balansräkningen positivt. Vidare kan leasetagaren ha problem att erhålla finansiering genom traditionell upplåning, t.ex. för att vissa finansiella nyckeltal är för låga eller på grund av konjunkturrelaterade svårigheter med upplåning. En finansiell SLB kan därmed ha positiva effekter för leasetagarens bokföring. Det tredje och sista skälet är att leasetagaren, samtidigt som man önskar anskaffa kapital och förbättra balansräkningen, behöver behålla rådigheten över den aktuella fastigheten. Det kan t.ex. röra sig om en industrifastighet av central betydelse för leasetagaren. Detta innebär att en möjlighet att använda fastigheten måste säkras under en längre tid, till en förutsägbar kostnad, på samma sätt som om äganderätten skulle bestå.¹² SLB löser alla de tre angivna problemen för leasetagaren, samtidigt som det genererar en säker avkastning med förhållandevis låg risk till leasegivaren. Upplägget innebär dessutom att leasetagaren, genom att ha en option på fastigheten, åtnjuter eventuell värdestegring samtidigt som leasegivaren står risken för en värdeminskning.¹³ Det rör sig alltså om en form av finansiering men uttryckt genom köp, hyra och option snarare än det traditionella sättet som föreskrivs i 6 kap. JB, med in-teckning av fastigheten som säkerhet för lån. Som en följd av avtalets särprägel och finansiella syfte måste en särskild form av hyresavtal utformas, vanligen kallat Triple Net-avtal.

¹¹ SOU 1991:81 s. 59 ff. Se även Victorin, *Kommersiell hyresrätt*, 2003, s. 196 f.f. och Ahlinder, 2013 s. 79 f.

¹² SOU 1991:81 s. 230 f.

¹³ SOU 1991:81, s. 232.

2.1.1 Triple Net-avtal

För att uppnå den riskfördelning och säkra de ändamål som önskas vid en SLB används en särskild sorts hyresavtal, s.k. Triple Net-avtal. Sådana avtal avviker ofta från traditionella hyresavtal, framförallt vad gäller fördelningen av ansvar och kostnader. Termen Triple Net innebär vanligen att hyresvärden inte ansvarar för tre nettokostnader som vanligen bekostas av fastighetsägaren, nämligen fastighets-skatt, försäkring och underhåll. Någon enhetlig definition finns dock inte, och variationer förekommer sannolikt. Ibland används termen "True Triple Net-avtal", vilket avser att hyresgästen ansvarar för underhåll, skatt och försäkring.¹⁴ Fortsättningsvis är det sådana avtal som avses när termen Triple Net används. Det utmärkande för avtalstypen är dock att det på något sätt förskjuter fastighetsägaransvaret på hyresgästen. En sådan förskjutning av parternas prestationer väcker frågan om ett Triple Net-avtal, sett mot avtalets bakomliggande finansiella syfte, ska bedömas enligt hyreslagen eller inte.

2.1.2 Partsförhållandet och avtalsklassificering i Triple Net-avtal

Leasegivarens ställning vid en SLB blir, även om den formellt benämns som hyresvärd, snarare att jämföra med en borgenär som har säkerhet i fastigheten. En skillnad för leasegivaren (i jämförelse med en ställning som borgenär) är emellertid att en ställning som hyresvärd ger denne möjlighet att ingripa mot vissa av hyresgästens dispositioner av fastigheten, som t.ex. omfattande renoveringar eller överlåtelse av hyresrätten. Leasegivaren har även en större möjlighet till insyn i den faktiska skötseln av fastigheten. Detta innebär att avtalet inte heller går att jämföra direkt med förhållandet fastighetsägare-borgenär utan snarare kan jämföras med ett samarbetsavtal i vissa avseenden.¹⁵ En helt tydlig avtalsklassificering blir därmed svår. Hur avtalet klassificeras får dock stor betydelse för vilka rättsliga regler som blir tillämpliga, i synnerhet om avtalet faller under tvingande regler i hyreslagen.

¹⁴ Ahlinder, 2013, s. 249.

¹⁵ Ahlinder, 2013, s. 250 f.

Ett Triple Net-avtal avser som utgångspunkt hyra av fast egendom. Avtalstypen hyra regleras i 12 kap. Jordabalken (hyreslagen). Hyra definieras som ett avtal, varigenom hus eller delar av hus upplåts till nyttjande mot ersättning, 12:1, 1 st. JB. Avtalsvillkor som strider mot hyreslagen är ogiltiga, om de är till hyresgästens nackdel, 12:1, 5 st. JB. Detta beror på att hyresvärden typiskt sett anses ha ett övertag gentemot hyresgästen, såväl ekonomiskt som kunskapsmässigt.¹⁶ Hyreslagens uppbyggnad är på vissa sätt jämförlig med en konsumentlagstiftning vad gäller de indispositiva inslagen, och hyreslagen kan därmed sägas ha ett socialt skyddssyfte.¹⁷ Detta behöver emellertid inte gälla i alla avtalsförhållanden, i synnerhet inte vid kommersiella hyresavtal. Styrkeförhållandena kan vara jämlika, på så sätt att ett stort företag är hyresgäst, och en stor fastighetsägare hyresvärd. Det kan även vara ett omvänt förhållande, på så sätt att hyresgästen är den starkare aktören. Vad gäller Triple Net-avtal sluts dessa vanligen mellan två relativt jämställda kommersiella aktörer. Skillnaden mot ett traditionellt hyresavtal är dock i många fall avsevärd. Triple Net-avtal präglas av det bakomliggande finansieringssyftet. Frågan blir då om avtalen ändå ska bedömas som hyra eller om de ligger utanför tillämpningsområdet för avtalsformen hyra.

I svensk rätt har gränserna för avtalstypen hyra prövats i två rättsfall, NJA 1971 s. 129 (Solvallafallet) och NJA 1978 s. 389 (Skolmatsalsmålet). I Solvallafallet behandlades ett avtal där ett travsällskap upplät samtliga restauranglokaler på en travbana till en person som skulle bedriva verksamhet där. I avtalet förekom ett antal villkor som inte var typiska för lokalhyra, och parterna stod i ett ömsesidigt beroendeförhållande till varandra. Avtalet innehöll därför element som snarare var karaktäristiska för ett samarbetsavtal. Frågan i målet var om avtalet trots vissa avvikande villkor skulle betraktas som ett hyresavtal. HD formulerade i målet en huvudregel med innebörd att avtalsförhållandet i sin helhet är att bedöma som

¹⁶ Prop. 1978/79:89, s. 9 f.

¹⁷ Prop. 1983/84:137, s. 111.

hyra om inte hyresmomentet är av underordnad betydelse eller omständigheterna i övrigt avviker från vad som förekommer vid hyra att avtalet rimligen inte kan vara att hänföra till hyreslagstiftningen. Denna tolkningsregel, i doktrinen kallad enhetslinjen, upprepades i skolmatsalsmålet. Målet gällde en skolmatsal, som en näringsidkare hyrde från kommunen. Någon ersättning utgick inte för nyttjandet, utan istället förpliktades näringsidkaren att tillhandahålla mat till ett visst högsta pris. Detta ansågs i sig utgöra motprestation för nyttjandet av lokalerna, och rekvisiten för hyra i 12:1, 1 st. JB ansågs därmed uppfyllda.

Frågan är dock om tillämpningen av enhetslinjen har luckrats upp på senare år. HD har i ett senare avgörande, NJA 2007 s. 1018 (Shellmålet) möjligen anlagt en annan infallsvinkel. Bakgrunden i målet var kortfattat följande. Oljebolaget Shell hade tecknat ett franchiseavtalspaket med Dalbo Bensin AB. Inom avtalspaketet hade fyra separata avtal tecknats, ett hyresavtal, ett samarbetsavtal, ett avtal om samverkan i en butikskedja samt ett avtal om en biltvätt. Parterna var överens om att hyresavtalet tecknats som ett tillägg till det övergripande samarbetsavtalet. Vidare framgick att om ett av avtalen sades upp skulle samtliga avtal upphöra att gälla vid samma tidpunkt. Shell sade upp avtalet för att bedriva verksamheten i egen regi och i samband därmed uppstod en förlust för Dalbo Bensin AB. Frågan i målet var om hela den ersättning som skulle utgå skulle beräknas utifrån de ersättningsregler som finns i 12:57 och 12:58b JB (dvs. om hela rörelsen skulle omfattas av det indirekta besittningsskyddet) eller om enbart ersättning för hyresavtalet skulle ersättas enligt hyreslagens regler. HD jämförde i domskälen med Solvällamålet och Skolmatsalsmålet och konstaterade att frågan om befogad anledning till uppsägning eller ersättning inte behandlats i dessa mål. HDs majoritet gick därefter in på frågan huruvida Shell haft befogad anledning att säga upp hyresavtalet, vilket ansågs vara fallet. HDs majoritet konstaterade att vid en intresseavvägning måste även Shells möjlighet att frigöra sig från hela avtalspaketet beaktas. HD skrev att "ett så långtgående skydd vid uppsägning av ett hyresavtal

som ingår i ett avtalskomplex synes inte motiverat i belysning av de gottgörelse regler som gäller vid upphörandet av liknande uppdragsförhållanden [...]”.¹⁸

Formuleringen skulle kunna tolkas på så sätt att majoriteten ansåg att det fanns utrymme för att de övriga avtalen inte skulle bedömas enligt hyreslagen utan i ljuset av andra rättsregler. HD formulerade sig även på ett sätt som kan antyda att ersättning skulle kunna utgå till Dalbo på annan grund än enligt hyresavtalet, och att de andra avtalen skulle kunna bedömas som fristående från hyresavtalet. Huruvida avgörandet ska förstås som ett brott mot enhetslinjen, eller om de säregna omständigheterna frångår fallet dess prejudikatvärde, råder delade meningar. Ahlinder menar att det är för långtgående att utifrån rättsfallet dra slutsatsen att det generellt är möjligt att tolka hyreslagen med beaktande av särskilda partsförhållanden och avtal som ger uttryck för andra syften än rent hyresrättsliga.¹⁹ Björkdahl å andra sidan anser att HD tillämpade en alternativ tvistelösningsmetod, där fokus låg på den aktuella tvistefrågan snarare än hur avtalet skulle klassificeras.²⁰ I målet var frågan om Shell hade befogad anledning att säga upp Dalbo Bensin från hyresavtalet, och därmed tillämpades hyresrättsliga regler. Hade istället tvistefrågan gällt uppsägning av butiksavtalet hade kanske sysslomansrättsliga regler tillämpats, enligt detta resonemang. Björkdahl varnar dock för en viss disharmoni när olika lösningar väljs för enskilda fall. Å andra sidan ska lösningarna väljas utifrån befintliga värderingar i hyreslagen. Detta led i resonemanget kan anses motsägelsefullt, då vissa frågor ska lösas utifrån andra rättsregler, men avgöras utifrån befintliga värderingar i hyreslagen. I exempelvis ett Triple Net-avtal har avtalet ett tydligt finansieringssyfte, men även klara inslag av lokalhyra. En fråga om exempelvis betalningsskyldighet även om avtalet förfaller skulle i linje med den tvistelösningsmetod Björkdahl förespråkar kunna få direkt motsatta följder

¹⁸ NJA 2007 s.1018, HDs domskäl referatet s. 1029.

¹⁹ Ahlinder, 2013, s. 237.

²⁰ Björkdahl E.P., Tvistelösning vid samarbeten där det ingår ett lokalhyresavtal, i *Skrifter till Anders Victorins minne*, 2009, s. 88 ff.

beroende på om fordringsrättsliga eller hyresrättsliga regler skulle tillämpas. Det framstår å andra sidan som något konstlat att tillämpa en fordringsrättslig lösning utifrån hyresrättsliga värderingar.

I brist på ett klart avgörande från HD om enhetslinjens fortsatta tillämpningsutrymme får det därför anses att Triple Net-avtal i grund och botten bör bedömas som hyresavtal. En skillnad mellan omständigheterna i de ovan redovisade rättsfallen och ett Triple Net-avtal är att de verksamheter som prövades i rättsfallen alla hade tydligare inslag av samarbetsavtal. I alla tre avgörandena bedrev hyresgästen en verksamhet som i någon mening kompletterade verksamhet som hyresvärdens bedrev. I ett Triple Net-avtal har däremot hyresvärdens som utgångspunkt ingen verksamhet som samverkar med hyresvärdens verksamhet. Triple Net-avtalet skulle därmed i någon mening kunna ses som ett mer renodlat avtal om nyttjande av en fastighet än de ovan prövade avtalen. Avtalet överrensstämmer med den legala definitionen av hyra som återfinns i 12:1, 1 st. JB. Även om hyresavtalet är ett led i en finansieringslösning bör inte detta, i brist på domstolsavgöranden, leda till en annan bedömning än att avtalet är ett hyresavtal. Triple Net-avtal kommer därmed i det följande bedömas utifrån utgångspunkten att hyreslagen är tillämplig. Frågan blir då hur hyreslagens tvingande regler påverkar vissa hyresvillkors giltighet, och hur dessa villkors giltighet i sig påverkar en hyresgarantis omfattning.

2.2 Avtalsvillkor i Triple Net-avtal som påverkar hyresgarantin

När det används vid SLB syftar ett Triple Net-avtal bland annat till att parternas skyldigheter och ansvar ska fördelas på ett sätt som liknar ett lån. Vid ett lån har gäldenären en långtgående skyldighet att betala den summa som borgenären lånat ut. En hyresgäst har däremot inte alltid en lika långtgående skyldighet att betala hyran enligt hyreslagen. En hyresgaranti används därmed som ett led i att säkerställa hyresvärdens möjlighet till betalning. För att garantin ska uppnå sitt

syfte krävs att den omfattar hela det belopp som hyresgästen kan tänkas bli skyldig att betala. En garanti kan antingen vara knuten direkt till avtalet (s.k. accessorisk garanti) eller fristående från avtalet, med vilket menas att garantin ska bedömas som ett åtagande i sig. Om garantin är accessorisk avgörs omfattningen av dels garantins ordalydelse, men även av det underliggande avtalet. Är garantin däremot fristående omfattar den endast vad som följer av garantins ordalydelse. Dessa begrepp kommer att behandlas utförligare i avsnitt 4.

Vad garantin har som syfte att omfatta blir ytterst beroende av vilka skyldigheter hyresgästen har enligt det underliggande hyresavtalet. Ett antal avtalsvillkor som kan påverka omfattningen av garanti, och dessa villkors giltighet enligt hyreslagen, kommer därför behandlas nedan.

2.2.1 Hyresberäkningens påverkan på garantins omfattning

En avgörande fråga för omfattningen på en hyresgaranti är vilka kostnader som garantin avser. I synnerhet blir frågan om hyrans storlek, och beräkningen av denna, centrala för garantins omfattning. Om garantin är knuten till hyresavtalet, och därmed beroende av den beräkning som anges där, är det vidare av vikt att utreda huruvida den beräkning som baseras på hyresavtalet är giltig.

Utgångspunkten vid ett hyresavtal är att hyresgästen erlägger en summa pengar som ersättning mot nyttjande av en lägenhet samt att denna summa är i proportion till hyresvärdens motprestation.²¹ Denna beräkningsgrund avviker i viss mån från vad som gäller i ett Triple Net-avtal. I ett Triple Net-avtal som används vid fastighetsleasing beräknas hyran istället på ett sätt som, med vissa avvikelser, motsvarar ränta och amorteringar vid ett traditionellt fastighetslån.

Utöver detta är hyresgästen skyldig att stå för kostnader hänförliga till underhåll, skatt och försäkring. Att hyrans storlek beräknas på ovan angivet sätt, eller att avtala om att hyresgästen ska stå för vissa kostnader hänförliga till hyresobjektet, är inte i sig i strid mot hyreslagen. Storleken på och beräkningen av hyran, samt

²¹ Victorin, 2003, s. 147.

vilket skick lägenheten ska vara i, är i stora delar dispositivt vad gäller lokaler (se 12:9, 2 st.²² och 12:19 JB).²³

Utgångspunkten för hyran är att den ska vara till beloppet bestämd i avtalet eller följa en annan godtagbar beräkningsgrund enligt 12:19 JB. Den grundläggande tanken bakom detta är att hyresgästen ska kunna förutse sina kostnader.²⁴ Ett generellt undantag gäller ersättning för uppvärmning, vatten, elkostnader och avgifter för vatten och avlopp. Ett annat undantag är s.k. omsättningshyra, där hyran sätts i relation till hyresgästens rörelseomsättning, ofta inom vissa angivna beloppsgränser. Slutligen kan avtalas om att hyran ska utgå enligt annan grund, under förutsättning att avtalet är träffat på bestämd tid som är längre än tre år. Detta avser främst, men inte enbart, indexklausuler, dvs. att hyran sätts i relation till ett i förväg angivet index så som konsumentprisindex eller den indexklausul som förekommer i Fastighetsägareförbundets standardavtal.²⁵

Det är denna bestämmelse som möjliggör den beräkning som används vid nu aktuella Triple Net-avtal. Hyran beräknas vanligen med utgångspunkt i leasegivarens anskaffningskostnad för fastigheten. Det är även vanligt att hyran kopplas till en referensränta, t.ex. STIBOR (3 mån). På detta kan läggas en finansieringskostnad, motsvarande leasegivarens refinansieringskostnad (refinansieringskostnaden består av den ränta som leasegivaren eventuellt betalar på lån som denne tagit för att kunna finansiera köpet av fastigheten). Vidare kan hyran inflationssäkras genom att räknas upp med en viss procentsats varje år. Detta upplägg leder till att hyran vanligtvis betalas i efterskott, eftersom den gällande räntan inte kan bestämmas på förhand. Möjligheter att på olika sätt ändra beräkningsgrund kan intas i avtalet.²⁶ Till detta kommer som nämnts ovan att hyresgästen har en skyldighet att stå för kostnader relaterade till underhåll, skatt och försäkring. Dessa poster, där i vart fall kostnaderna för skatt och försäkring

²² Prop. 1967:141 s. 212.

²³ Prop. 1983/84:137 s. 121 f.

²⁴ Prop. 1973:23 s. 160.

²⁵ Victorin, 2003, s. 141 f.

²⁶ Ahlinder, 2013, s. 270 ff.

torde vara förutsebara och enkla att beloppsbestämma, torde ofta också vara införda som en del av hyran.

Övriga kostnader, så som underhåll, torde däremot ofta vara svårare att specificera, eftersom de i många fall kan vara svåra att förutse. Vidare torde denna kostnad i vissa fall inte drabba hyresvärden direkt, ofta kan det vara hyresgästen själv som betalar direkt till den som utför underhållsarbetet. Det borde därmed vara svårt att klassa detta som en del av ”hyran” i sig, dvs. hyresgästen borde i regel inte få betala för samma åtgärd två gånger.

Om det istället är hyresvärden som ombesörjer underhållsåtgärden men hyresgästen som ska bära kostnaden för detta kan det rimligen anses som en del av hyran. I så fall borde det emellertid kunna uppstå problem med huruvida dessa kostnader är tillräckligt preciserade för att nå upp till kravet på att hyran ska vara “till beloppet bestämd”. Ett sådant villkor behöver dock i sig inte stå i strid med 12:19 JB, om beräkningsgrunden bara är tillräckligt bestämd.²⁷ En formulering som lyder “alla kostnader hänförliga till fastigheten” borde dock inte vara tillräckligt preciserat ur ett hyresrättsligt perspektiv.²⁸ En anknytande fråga blir då om en hyresgaranti tecknad av tredje man även omfattar kostnader för reparationer och återställande av fastigheten till godtagbart skick. Det borde rimligen ligga i hyresvärdens intresse att garantin även omfattar reparationer som hyresgästen ska svara för enligt hyresavtalet. Om garantin enbart är formulerad som en garanti för tredje man att betala hyran enligt vissa angivna beräkningsgrunder, kan det dock bli svårt att tolka in en skyldighet att stå för nödvändiga reparationer i ett sådant avtal. En lösning på ett sådant problem skulle kunna vara att garantin innehåller en hänvisning till alla hyresgästens skyldigheter enligt avtalet. En formulering i stil med “Bolaget C garanterar att som för egen skyldighet fullgöra alla bolaget As förpliktelser enligt hyresavtalet med bolaget B” skulle därmed kunna täcka även underhållsskyldigheter, men den skulle sannolikt anses tyda på att det rör sig om en accessorisk garanti (se om detta begrepp avsnitt 4). Det säkraste sättet att tillse

²⁷ SOU 1991:81, s. 134.

²⁸ Ahlinder, 2013, s. 276 f.

att tredje man bindande garanterar att stå för hyresgästens underhållsskyldighet torde alltså vara att införa det som en egen, detaljerad punkt i garantiavtalet, med en tydlig definition av vad som är att anse som godtagbart skick.

Det kan dock ifrågasättas om en allt för vid definition av begreppet hyra, där det avtalade beloppet inte är kopplat till nyttjandet av lokalen utan snarare till finansierings- och förvaltningskostnader för ett lån, verkligen är att anse som hyra.

²⁹ Om detta resonemang godtas, skulle t.ex. en garanti från tredje man att betala hyra oavsett möjligheten att nyttja lägenheten kunna anses vara fristående från hyresgästens förpliktelse att betala hyran. Om hyresberäkningen har sin grund i en ersättning för hyresvärdens avsaknad av kapital, snarare än värdet på den lägenhet som nyttjas, och detta godtas som en giltig beräkningsgrund, kan det argumenteras för att ersättning för denna avsaknad av kapital rimligen bör kunna fullgöras även av tredje man, och detta oavsett om hyresgästen har möjlighet att nyttja hyresobjektet. Ersättningen ska ju enligt detta resonemang inte utgå för nyttjande, utan för hyresvärdens avsaknad av kapital.

Detta anknyter i sig till den ovan diskuterade frågan om hur avtalet ska klassificeras. Anses hyran enbart utgöra ersättning för hyresvärdens avsaknad av kapital, går det att diskutera om alla rekvisit för avtalstypen hyra verkligen är uppfyllda. Å andra sidan torde det vara tydligt att hyresgästens nyttjande av fastigheten ändå är kopplat till att någon form av ersättning erläggs, om inte hyran betalas bör ju hyresvärden kunna avskära hyresgästens möjligheter att nyttja fastigheten. Frågan om utväxling av prestationer kan dock kompliceras av existensen av en hyresgaranti. Om hyran egentligen utgörs av ersättning för avsaknad av kapital, och denna ersättning antingen ska fullgöras av hyresgästen eller genom t.ex. ett moderbolag som utfärdat en garanti, samt att ersättningen är helt fränkopplad från nyttjanderätten till fastigheten, kan det åter bli problematiskt att tala om likvärdiga prestationer. Hyresgästen eller garanten ska ju prestera

²⁹ Ahlinder, 2013, s. 272.

oavsett om någon utav dem kan nyttja fastigheten eller inte, medan hyresvärden enbart är skyldig att prestera om ersättning erläggs.

I ljuset av avtalets övergripande syften torde det ändå vara orimligt att söka omdefiniera avtalet enbart på grund av att hyresgästens skyldigheter även kan fullgöras av tredje man. Det grundläggande problemet för avtalsklassificeringen bör snarare ligga i den ojämna fördelningen av prestationsskyldighet mellan hyresvärden och hyresgästen, snarare än att tredje man kan ingripa till hyresgästens förmån. Den ojämna fördelningen av prestationsskyldigheten skulle i sig kunna balanseras av andra avtalsvillkor, vilket kommer att utvecklas nedan.

2.2.2 Möjlighet till hyresnedsättning och dess inverkan på garantin

En anknytande fråga till hyrans beräkning blir om hyresgästen har möjligheter att göra invändningar mot hyrans storlek på grund av hinder eller men i nyttjanderätten. En sådan möjlighet är exempelvis inte möjlig vid ett vanligt lån med fastighetspant som säkerhet, men kan bli aktuellt vid SLB eftersom finansieringen getts formen av ett hyresavtal. Syftet med avtalet är som angetts ovan att fastighetsägaren i princip inte ska åläggas de skyldigheter eller kostnader som traditionellt åligger en hyresvärd. Fastighetsägarens ansvar är istället vanligen tänkt att vila på hyresgästen. Som en konsekvens av denna ansvarsfördelning fräntas hyresgästen i avtalet vanligen möjlighet att göra gällande påföljder till följd av hinder eller men i nyttjanderätten enligt 12:10-16 JB. Reglerna är tvingande till hyresgästens förmån enligt 12:1, 5 st. JB, men möjligheten finns ändå att i stor utsträckning indirekt fränta hyresgästen denna möjlighet genom avtalet. Enligt 12:10-16 JB kan nämligen inte påföljder göras gällande om bristen är hänförlig till hyresgästen.³⁰ I och med att hyresgästen ansvarar för allt underhåll blir även brister i nyttjanderätten i många fall att hänföra till hyresgästens eget vållande eller underlåtenhet.³¹ Om hinder eller men däremot uppstår utan någon parts vållande, t.ex. genom att en viss typ av verksamhet förbjuds genom ändring

³⁰ SOU 1932:22 s. 50 ff.

³¹ Se Holmqvist, Thomson, *Hyreslagen - en kommentar*, (Zeteo, 2 juli 2014) under 16 §, 1 st. för liknande resonemang.

av detaljplan, bör hyresgästen kunna använda påföljdsreglerna i 12:10-12 JB. eftersom bristen inte är hänförlig till hyresgästens eget vållande.³² Hyresgästen borde alltså i ett sådant fall kunna kräva ersättning av hyresvärden, trots villkor som säger motsatsen.

En sådan möjlighet äventyrar i viss utsträckning avtalets grundläggande syfte med att förskjuta fastighetsägaransvaret på hyresgästen, nämligen att hyresvärden i praktiken ska fungera som en borgenär, och framförallt att hyresvärden inte ska riskera att stå för oförutsedda kostnader eller ansvara för förvaltningen av en fastighet. Jämförelsevis kan en fastighetsägare som har erhållit ett lån mot inteckning i fastigheten inte begära att dennes skuld ska skrivas ned till följd av någon oförutsedd händelse, s.k. force majeure (med vilket vanligen menas en händelse som ligger bortom avtalsparternas kontroll, såsom naturkatastrofer, krig eller offentlighetsrättsliga förbud).³³ Om hyresgästens möjligheter att begära hyresnedsättning vid force majeure inskränks genom avtal är det dock svårt att se att dessa skulle vara giltiga. I de rättsfall som finns på området, NJA 1941 s. 385 och NJA 1942 s. 601, som avgjordes enligt den tidigare gällande nyttjanderättslagen, har HD inte godtagit force majeure-klausuler vid vare sig bostads- eller lokalhyra (båda målen gällde uppvärmning av lokal under krigsåren, och kan trots sin ålder äga viss relevans i brist på senare avgöranden inom hyresrättens område). Sedan hyreslagen trätt i kraft har en force majeure-klausul även underkänts i Västerås tingsrätts dom DF 80 den 8 maj 1989.

En något annat fråga blir dock om denna möjlighet till hyresnedsättning även ska träffa en utställd hyresgaranti. Är garantin accessorisk till hyresavtalet och avsedd att ersätta utebliven hyra, bör garanten inte vara skyldig att betala mer än den hyra som hyresgästen bör vara skyldig att betala. Kan hyresgästen göra invändningar mot storleken på hyreskravet, bör denna rätt därmed även tillkomma garanten (se nedan 4.2.2 om garantens möjligheter till invändningar). Är garantin däremot fristående, och avser garantin snarare att kompensera hyresvärden för

³² Ahlinder, 2013, s. 257 f.

³³ Ramberg, J, Ramberg C, *Allmän Avtalsrätt*, 9 uppl. 2014, s. 184 f.

avsaknad av kapital, bör någon sådan möjlighet till invändningar inte föreligga. Enligt en sådan garanti ska ju ersättningens storlek bedömas helt fristående från möjligheten att nyttja fastigheten, oavsett vem eller vad som är anledningen till att detta nyttjande inte är möjligt.

2.2.3 Hyrestidens inverkan på garantin

Vid en SLB är som ovan angetts syftet med hyresbetalningarna att återbetala ett lån som hyresvärden utgett till hyresgästen. I och med att hyran motsvarar ränta och amorteringar på detta belopp, och att storleken på det erhållna lånet ofta kan vara mycket stort, kan återbetalningstiden vara relativt lång, på samma sätt som vid traditionella lån med fastigheter som säkerhetsunderlag. Triple Net-avtal kan därför ofta vara tecknade på en bestämd och relativt lång tidsperiod. Detta kan i sig komma i konflikt med den i 7:5 JB uppställda längsta tillåtna upplåtelseperioden om 25 år inom detaljplanelagt område. I övrigt finns få hinder vad gäller hyrestidens längd. Även uppsägningstiden kan exempelvis ofta vara 24 månader, vilket inte avviker nämnvärt från traditionella hyresavtal, men den kan även vara betydligt längre. Möjlighet till förlängning av avtalet kan vara mellan 3 och 10 år. Vad gäller förlängningen brukar denna ofta enbart vara möjligt på oförändrade villkor, vilket avviker från traditionell hyra. Ändrade villkor kan dock vara möjligt enligt avtalet, men då endast enligt en på förhand bestämd plan. Att avtalet löper på en längre tid avspeglar ofta båda parternas intresse att binda varandra till avtalet. För hyresgästen kan det vara nödvändigt att trygga nyttjanderätten till fastigheten under en längre tid, och för hyresvärden kan det vara nödvändigt att trygga avkastning från en investering under en längre tidsperiod.³⁴

³⁴ Ahlinder, 2013, s. 266 f. Se även Hager, *Jordägandets frihet och Jordabalken* i SvJT 2013 s. 708.

2.2.4 Hyresrättens förverkande och dess inverkan på garantin

Eftersom Triple Net-avtal är tänkta att löpa under en längre tidsperiod, och båda parterna har ett intresse av att försäkra sig mot oförutsedda händelser, blir det aktuellt att utreda frågan om avtalets upphörande.

Hyresrättens förverkande regleras i Triple Net-avtal på ett sätt som i huvudsak överrensstämmer med förverkandegrunderna i 12:42 JB. En typisk grund är t.ex. att hyresgästen inte betalat hyran i tid, använder fastigheten i strid med ändamålet eller bryter mot annan avtalsförpliktelse som är av synnerlig vikt för hyresvärden (frågan om synnerlig vikt kommer inte att diskuteras utförligare här).³⁵ Vanligen avtalas att förverkande av hyresrätten inträffar när hyresgästen varit i dröjsmål med hyresbetalningen i mer än fem dagar, och inte vidtar rättelse inom 14 dagar efter det att hyresgästen blivit delgiven underrättelse om förverkande.³⁶ Vid förverkande enligt 12:42 p. 2 JB och meddelandefristen enligt 12:44, 1 st. p.2 JB, gäller två dagars dröjsmål och två veckors rättelsefrist.

Triple Net-avtalet har alltså oftare fördelaktigare regler för hyresgästen än vad hyreslagen har vad gäller förverkande, vilket kan antas spegla parternas grundläggande intresse av att motverka oförutsedda händelser. Skulle avtalet dock förverkas, riskerar hyresvärden att i vissa fall göra en förlust. Förverkas avtalet exempelvis redan efter fyra år, men är tänkt att löpa under 25 år, går hyresvärden miste om återbetalningen av lånet. Hyresvärden har visserligen rätt till skadestånd vid förverkande, 12:42, 6 st. JB. Tvist kan dock uppstå vad gäller skadeståndets storlek. Exempelvis kan beräkningsgrunden för hyran, och därmed den förlust hyresvärden gör, vara föremål för invändningar. Skulle beräkningen av hyran anses ogiltig, riskerar därmed hyresvärden en förlust. Det finns därmed starka incitament för hyresvärden att inte säga upp avtalet till förverkande. Har en hyresgaranti utfärdats är det dock möjligt att hyresvärden kan få ersättning för mellanskillnaden ur denna. Huruvida det är möjligt kan dock bero på om garantin är kopplad till hyresavtalet eller om den ska anses vara helt fristående.

³⁵ Se dock Ahlinder, 2013, s. 269 f. för en utförligare diskussion.

³⁶ Ahlinder, 2013, s. 269.

2.2.5 Byte av hyresgäst och inverkan på garantin

Utgångspunkten vid hyresavtal är att hyresgästen endast får överlåta hyresrätten med hyresvärdens samtycke. En otillåten överlåtelse är grund för förverkande. Dock krävs, enligt 12:43 JB, att hyresvärden inom två månader från det att denne fick kännedom om överlåtelsen uppmanar hyresgästen att vidta rättelse, annars faller förverkandet. Detta till trots kan hyresvärden vägra förlängning av hyresavtalet på den grund att överlåtelse av lokalen varit otillåten, enligt 12:46 JB. Ett undantag från denna huvudregel finns i 12:36 JB, där det anges att hyresrätten till en lokal får överlåtas, om det sker tillsammans med en överlåtelse av rörelsen i sin helhet, samt om hyresnämnden ger sitt tillstånd. Har hyresavtalet löpt kortare tid än tre år krävs synnerliga skäl för att hyresnämnden ska godkänna överlåtelsen.

I Triple Net-avtal är möjligheten att överlåta hyresrätten ofta begränsad och förenad med villkor. Exempelvis kan överlåtelse villkoras av skriftligt godkännande av hyresvärden samt att hyresavtalet i sin helhet överlåts, inklusive eventuella optioner. Ett annat villkor kan vara att hyresgästen enbart får överlåta avtalet om denne garanterar den nye hyresgästens förpliktelser under den kvarstående hyrestiden.³⁷ En sådan garanti bör för övrigt ha mycket gemensamt med de garantier som ofta krävs för den ursprungliga hyresgästens förpliktelser. Om en sådan garanti utställs av överlåtaren av hyresavtalet till förvärvaren, kan det diskuteras om den garanti som gäller för överlåtarens förpliktelser även ska gälla för den garanti som överlåtaren utställer för förvärvaren, på så sätt att det ytterst är exempelvis överlåtarens moderbolag som garanterar förvärvarens förpliktelser. Skulle en sådan garanti dessutom vara accessorisk, får hyresvärden två olika garantier, med eventuellt två olika lydelse, att förhålla sig till om garantin ska tas i anspråk. Moderbolaget bör i ett sådant fall kunna göra gällande samma invändningar som dels överlåtaren kunnat göra gentemot förvärvarens betalningsansvar, men även samma invändningar som förvärvaren hade kunnat

³⁷ Ahlinder, 2013, s. 262.

göra enligt det ursprungliga hyresavtalet. Möjligheten för hyresvärden att få betalt av moderbolaget torde därmed under vissa omständigheter vara mer osäker än om någon överlåtelse inte skett.

Om avtalet inte innefattar ett villkor för överlåtaren att garantera förvärvarens förpliktelser, återstår fortfarande frågan hur en garanti från exempelvis ett moderbolag ska hanteras vid överlåtandet. Syftet med en inskränkning i hyresgästens rätt att överlåta hyresavtalet är ytterst att säkerställa att riskfördelningen i avtalet inte förändras. Hyresgästens betalningsförmåga, med medföljande garantier, är typiskt av stor vikt för hyresvärden, i synnerhet med hänsyn till hyresavtalets särprägel.

³⁸ Har förvärvaren av hyresrätten möjlighet att visa på en liknande garanti från exempelvis ett eget moderbolag, och denna kan godtas av hyresvärden, bör något problem inte uppstå. Problem kan dock uppstå om hyresgästen utnyttjar sin rätt att överlåta hyresrätten med hyresnämndens godkännande. Regeln i 12:36 JB är nämligen inte dispositiv. Hyresnämnden ska dock endast godkänna överlåtelsen om inte hyresvärden har befogad anledning att motsätta sig överlåtelsen. Avsaknaden av betalningsförmåga, eller tillräcklig säkerhet för denna betalningsförmåga, borde kunna utgöra en befogad anledning.

2.2.6 Sammanfattning och avslutande reflektioner

Som har framgått ovan avviker alltså Triple Net-avtal från traditionella hyresavtal på ett antal punkter. Om dessa avtalsvillkor står i konflikt med tvingande regler i hyreslagen är de utan verkan mot hyresgästen enligt 12:1, 5 st JB. Denna ogiltighet får i sin tur effekter, dels för avtalet i sin helhet, och dels för avtal som kopplats till hyresavtalet. Ovan har diskuterats vissa vanliga villkor vars potentiella ogiltighet kan få effekter på frågan om hyresgarantier. Det framgår att vissa problem kan uppstå vad gäller hyrans beräkning, om denna inte är tillräckligt specificerad. Detta får i sin tur konsekvenser för tredje mans garanti att betala en

³⁸ Ahlinder, 2013, s. 262 f.

sådan hyra. I anslutning till detta uppstår frågor kring hyresgästens rätt till hyresnedsättning. Det torde vara möjligt att utöka hyresgästens ansvar för underhåll och att i anslutning till detta beröva hyresgästen möjlighet till hyresnedsättning vid eget vållande. Däremot förefaller det inte möjligt att på hyresrättslig grund ge hyresgästen en strikt skyldighet att betala hyran vid hinder eller men i nyttjanderätten som inte uppstått till följd av hyresgästens eget vållande. Denna möjlighet kan då också få effekter på en garanti ställd av tredje man. Om garantin exempelvis är formulerad som att garanten ska "så som för egen skuld svara för alla hyresgästens förpliktelser gentemot hyresvärden" eller liknande, blir omfattningen av förpliktelserna direkt beroende av vilka giltiga krav hyresvärden har mot hyresgästen. Detta är en tydlig skillnad mot när tredje man garanterar betalningen av t.ex. ett vanligt lån med säkerhet i fast egendom, där invändningar mot betalningsansvaret torde vara svårare att göra. Även avtalens långa löptid påverkar hyresgarantin, eftersom denna kan komma att tas i anspråk först en lång tid efter att den utställts. En garanti som omfattar ett stort belopp, alternativt inte har någon beloppsbegränsning, och som dessutom kan aktualiseras först en lång tid efter ingåendet, kan vara ett osäkerhetsmoment för den som ställt garantin.

En anknytande fråga som påverkas av avtalens långa löptid är frågan om partsbyte. Hyresgarantin borde i sig inte vara ett större problem vid partsbyte, eftersom denna antingen torde vara kopplad till hyresavtalet eller innehålla villkor rörande under vilka förutsättningar garantin upphör att gälla, varav hyresavtalets uppsägning skulle kunna vara ett av dem. Överlag kan alltså sägas att den typ av Triple Net-avtal som används vid en SLB är komplexa, inte alltid i enlighet med hyreslagen, och kan få effekter på andra delar av avtalet, vilket i sig påverkar den riskfördelning parterna önskat. Det förefaller svårt att genom avtalsformen hyra uppnå den fördelning av risk och ansvar parterna eftersträvar. Fördelningen kan dock påverkas genom en hyresgaranti, vilket utvecklas i det följande.

3. Hyresgarantier

Som framgått ovan har hyresgästen i Triple Net-avtal genom hyreslagen ett antal potentiella invändningsmöjligheter gentemot hyresvärdens krav på betalning. För att öka hyresvärdens säkerhet kan därför en hyresgaranti användas. Garantin brukar vanligen föreskriva att hyresgästen eller tredje man garanterar att hyran skall betalas. Hyresgästens primära skyldighet är att betala hyran.³⁹ Denna skyldighet bör dock även kunna fullgöras av tredje man. Skyldigheter som hyresgästen åläggs bör rimligen även kunna uppfyllas av tredje man.⁴⁰ Detta förutsätter dock att hyresskulden i sig är giltig. Tredje man har som huvudregel endast en skyldighet att fullgöra förpliktelser som är giltiga gentemot den förpliktade.

3.1 Hyresgarantier enligt hyreslagen

Som jämförelse kan nämnas att det är fullt tillåtet för tredje man att ställa borgen eller säkerhet för hyra enligt 12:28 JB. Enligt detta lagrum har hyresvärden möjlighet att kräva borgen eller annan säkerhet för hyresavtal. Regeln gäller enbart lokaler. Skulle säkerheten försämrans av någon anledning (borgensmannen går i konkurs, lämnad pant blir värdelös, etc) är hyresgästen skyldig att ställa ny säkerhet inom en månad. Sker inte detta har hyresvärden rätt att säga upp avtalet, antingen till upphörande i förtid eller till hyrestidens utgång.⁴¹ I propositionens specialmotivering angav de hyressakkunniga att bestämmelsen har störst praktisk betydelse för lokalhyra, där hyresvärden ofta lagt ner kostnader på att ställa lokalen i ett för hyresändamålet lämpligt skick. Det ansågs därmed rimligt att hyresvärden bör ha rätt att säga upp avtalet om säkerheten försämrans.⁴²

Borgen eller pant kan även användas vid bostadshyra. Vid bostadshyra är huvudregeln dock att hyresgästen inte kan skiljas från sin bostad enbart på grund av att den ställda säkerheten försämrans. Hyresvärden har vidare ingen rätt till

³⁹ Bengtsson Hager Victorin, 2012, s. 195.

⁴⁰ Rodhe, *Obligationsrätt*, 1984, s. 158 ff.

⁴¹ Holmqvist, Thomson, *Hyreslagen - en kommentar*, (Zeteo) under 28 §.

⁴² Prop. 1967:141 s. 215.

skadestånd vid uppsägning till upphörande i förtid vid bostadshyra, vilket annars kan vara fallet vid t.ex. förverkande av hyresavtal. Hyreslagens sociala skyddssyfte ansågs i förarbetena väga över hyresvärdens behov av säkerhet.⁴³

För bostadshyresrätter gäller vidare enligt 12: 28 a JB att den som ställt säkerhet får säga upp sitt åtagande med nio månaders uppsägningstid, dock tidigast två år efter avtalets ingående. Denna regel är tvingande till säkerhetsställarens fördel.⁴⁴ För lokaler gäller ingen sådan begränsning. Istället löper säkerhetsåtagandet parallellt med huvudskulden.

Vad gäller borgen kan tilläggas att om borgen tecknats för ett kontrakt som förlängs om inte uppsägning sker så fortsätter även borgensansvaret att gälla, om inte annat avtalats. Borgensmannen kan dock anses ha en rätt att säga upp sitt åtagande, om det sker i så god tid att borgenären kan ges möjlighet att själv säga upp sitt åtagande, vilket vid hyresavtal innebär nio månader innan uppsägningen.⁴⁵ I förarbetena har dock angetts att rättsläget vad gäller borgensmans möjlighet att säga upp sitt åtagande får anses oklart.⁴⁶ I och med att hyra är ett långvarigt avtal, kan alltså ett borgensåtagande för hyresskulder få konsekvenser lång tid efter dess ingående. I synnerhet kan detta vara fallet vid Triple Net-avtal, som ofta sträcker sig över ett stort antal år och med begränsade uppsägningsmöjligheter.

3.2 Come hell or high water-klausuler

Hyresgarantier i Triple Net-avtal kan kombineras med en s.k. come hell or high water-klausul. En sådan klausul innebär att hyresgästen förbinder sig att betala hyran även om denne av någon oförutsedd anledning inte kan använda hyresobjektet. Exempel på sådana scenarion skulle kunna vara t.ex. att fastigheten beläggs med användningsförbud enligt miljörättsliga regler, att fastigheten får ett ändrat användningsområde enligt en detaljplan, eller att byggnader på fastigheten förstörs genom t.ex. brand eller vattenskada. Som nämnts ovan är utrymmet för

⁴³ Prop. 1967:141 s. 215.

⁴⁴ Prop. 1997/98:46 s. 22 ff. Se även SOU 1996:148 s.155 ff.

⁴⁵ Walin Ingvarsson *Borgen och tredjemanspant*, s.76, 4 uppl. 2013.

⁴⁶ Prop. 1997/98:46 s. 22.

tillämpning av force majeure-klausuler vid hyresnedsättning begränsat eller obefintligt, under förutsättning att hyresgästen inte varit vållande. Detsamma gäller rimligen vid en total förstörelse av hyresobjektet. Ett partiellt eller fullständigt hinder i nyttjanderätten leder inte till olika rättsföljder, utan hyresgästen har vid en full förstörelse av hyresobjektet möjlighet att erhålla full nedsättning av hyran.⁴⁷ Motsatsvis bör det vara möjligt att genom avtal frånta hyresgästen påföljdmöjligheten vid eget vållande. Om hyresgästen t.ex. har ansvar för underhåll för elektriska ledningar, och försummar detta underhåll vilket leder till brandskador, bör det finnas en möjlighet att neka hyresgästen möjlighet till hyresnedsättning. Om hyresgästen inte varit vållande torde däremot inte hell or high water-klausulen vara giltig enligt 12:16 JB, eftersom balansen mellan parternas prestationer rubbas.⁴⁸ Hyresbeloppet ska som nämnts ovan utgå som ersättning för nyttjandet av fastigheten. Tanken är att hyresvärdens naturaprestation, rätten att nyttja hyresobjektet, ska motsvara hyresgästens penningprestation, hyran. Om hyresobjektet skadas av hyresgästen, och denne har ålagts ansvar för detta, bör rimligen detta inte försätta hyresvärden i en sämre situation, hyresgästen skulle då ha ett incitament att vara vårdslös med hyresvärdens egendom. Om det däremot inte är hyresgästen som är vållande är det rimligt att hyresvärden står faran för fastigheten. Det är ju hyresvärden som, genom sin äganderätt, har möjlighet att tillgodogöra sig värdet på fastigheten. Rimligen borde då även denne stå risken om fastigheten skadas, om inte hyresgästen är ansvarig.

En annan fråga är att i det fall lägenheten blir helt förstörd under nyttjandetiden förfaller istället hyresavtalet enligt huvudregeln i 12:10 jämte 12:16 JB. Detta synes gälla oavsett vem som varit vållande till skadan. En relevant fråga i sammanhanget blir därför vad som avses med rekvisitet "förstörd". Denna fråga kan ge upphov till tvist, där den part som vill att hyresförhållandet ska bestå kan

⁴⁷ Victorin, 2003, s. 171 ff.

⁴⁸ Walin, *Allmänna hyreslagen*, 5 u. 1969, s. 63. Se även Holmqvist, Thomson, *Hyreslagen - en kommentar*, (Zeteo) under 16 §, 1 st. för liknande resonemang.

hävda att förstörelsen inte är så pass omfattande att hyresavtalet ska förfalla. Bedömningen av vad som menas med "förstörd" kan ha sin grund i en rent fysisk bedömning. Victorin anser att en ekonomisk bedömning kan vara rimlig, på så sätt att fall där det inte kan anses ekonomiskt försvarbart att återställa byggnaden får anses att hyresobjektet är helt förstört. Victorin tillägger dock att en sådan definition kan bli intetsägande, då även en fullständigt förstörd byggnad kan återuppbyggas.⁴⁹

Rättspraxis lämnar begränsad ledning. I ett rättsfall redogjort i SvJT 1946 ref s. 47, som avsåg ett hovrättsavgörande, ansågs en lägenhet som varit utsatt för brand, men där det främst rörde sig om omfattande rökskador, inte vara förstörd. I RBD 92:10 ansågs att lägenheten (en bostadslägenhet) i vart fall genom saneringsåtgärderna blivit så förstörd att hyresavtalet förfallit. I RH 2009:28 har det vidare angetts att hyresvärdens avsikt att återuppföra byggnaden inte ska inverka på frågan huruvida hyresavtalet förfallit. Även förarbeten har behandlat de problem som finns med att ange tydliga kriterier för när en lägenhet ska anses vara förstörd i hyreslagens mening, och ansett att någon tydlig definition varken varit möjlig eller ändamålsenlig. Kraven bör dock vara relativt höga i syfte att skydda hyresgästen.⁵⁰

Detta gäller, genom 12:12 JB, även för offentligrättsliga förbud meddelade under nyttjandetiden, om beslutet innebär en väsentlig inskränkning i nyttjanderätten. Denna regel är dock dispositiv till hyresgästens förmån, dvs. hyresgästen kan välja om avtalet ska sägas upp. Vidare följer av 12:16 p.4 JB att 10-12 §§ enbart ska tillämpas om inte hyresgästen själv givit upphov till förbudet. Det krävs alltså inget särskilt villkor i hyresavtalet för att hyresgästen ska svara för eget vållande i det här fallet.

Tillämpat i ett Triple Net-avtal utgör det ovan anförda en markant skillnad mot det panträttsliga systemet, där gäldenärens skuld ju inte nedsätts för att den

⁴⁹ Victorin, 2003, s. 172.

⁵⁰ SOU 2008:47 s. 61 ff.

pantsatta egendomen förstörs.⁵¹ En sådan lösning förefaller inte möjlig att uppnå genom avtalsformen hyra, i vart fall inte mellan parterna i hyresavtalet. Detta påverkar klart den riskfördelning parterna avsett vid Triple Net-förhållanden, framförallt för hyresvärden som riskerar en potentiell förlust. Det är ju denne som riskerar att stå utan säkerhet för ränta och amorteringar på den köpesumma som erlagts för fastigheten, vilket ju de facto är avsett att vara ett lån. Visserligen kan detta lindras av hyresgästens skyldighet att hålla fastigheten försäkrad, där ersättningen ju utgår till fastighetsägaren. Hyresvärden har ju dock räknat med en viss ränta på sin investering, vilket sannolikt inte täcks av försäkringen. Att avtalet förverkas vid lägenhetens förstörelse kan givetvis även slå hårt även mot hyresgästen, som kanske gjort avsevärda investeringar i fastigheten, och som sannolikt räknat med att utnyttja denna under en lång period. I synnerhet om det kapital som frigjorts genom SLB-transaktionen återinvesterats i fastigheten eller om viktiga miljörättsliga tillstånd är knutna till fastigheten, blir det betungande att hyresrätten upphör vid hyresobjektets förstörelse. Regeln är inte heller dispositiv, vilket hindrar möjligheten för parterna att i förväg avtala om hyresrättens fortsatta giltighet. Så länge en gemensam partsvilja finns blir detta dock inget problem.

Skulle däremot någon av parterna vilja frigöra sig från avtalet kan problem uppstå. Någon lösning på frågan om hyrans erläggande, eller vems ansvar det blir att återställa fastigheten till godtagbart skick, ges inte heller. Om avtalet är utformat på så sätt att hyresgästen saknar möjlighet att få hyresnedsättning vid eget vållande samtidigt som hyresgästen ålagts att hålla fastigheten i ett visst skick, kan det tänkas att hyresgästen i många fall blir skyldig att betala dels hyran och dels för ett återställande av fastigheten till avtalat skick. En sådan skyldighet skulle många gånger kunna bli mycket kostsamt för hyresgästen, vilket ger denne incitament att försöka få avtalet att upphöra. Hyresgästens möjlighet till framgång skulle i så fall vara beroende av hur pass förstörd lokalen är.

⁵¹ Det panträttsliga systemet ska inte behandlas utförligare i denna uppsats. Se dock lag (2005:105) om säkerhetsrätt i försäkringsersättning.

3.3 Hyresgästens konkurs

Ett annat fall som kan aktualisera hyresgarantin är om hyresgästen går i konkurs. Konkursboet har i så fall rätt att säga upp avtalet enligt 12:31, 1 st. JB. Vad gäller lokaler gäller vidare enligt 12:31, 3 st. att om konkursen utbryter efter att lägenheten har tillträtts har hyresvärden rätt att säga upp avtalet om inte sådan säkerhet ställs att denne kan skäligen nöja sig. Detta förutsätter dock att säkerhet inte ställts inom en månad efter anfordran, att konkursboet träder i hyresgästens ställe eller att hyreskontraktet överläts. Sägs avtalet upp av hyresvärden har denne enligt 12:31, 4 st. rätt till skadestånd. I Triple Net-avtal har ju typiskt sett hyresvärden just en sådan säkerhet att denne bör kunna nöja sig, i och med hyresgarantin. Formuleringen av garantin kan dock få stor inverkan på dess omfattning.

I NJA 1988 s. 512 fastslog HD att en ställd bankgaranti inte omfattade rätten till skadestånd för förlust av hyra efter hyrestidens utgång. Omständigheterna i målet var i korthet följande: Parterna hade tecknat ett hyresavtal från 1/1 1982 till 30/9 1984. Som säkerhet hade en bank utfärdat en garanti med följande lydelse: "Undertecknad bank går härmed i borgen, som för egen skuld, tills betalning sker, intill ett belopp av 525 000 kr för rätta fullgörandet av hyresgästens skyldighet att erlagga hyra enligt kontraktet.". Den 28/3 1983 försattes hyresgästen i konkurs. Konkursförvaltaren sade upp avtalet till upphörande den 30/6 1983. Hyresgästen hade vid tillfället en hyresskuld på 135 000 kr avseende det första kvartalet 1983, samt en skuld på 735 000 kr avseende det andra kvartalet 1983. Banken utbetalade 135 000 kronor till hyresvärden enligt garantin. Hyresvärden väckte talan mot banken och yrkade betalning av det återstående beloppet enligt garantin, 390 000 kr jämte ränta. Hyresvärden hävdade att garantin inte enbart omfattade hyra för den tid hyresförhållandet bestod, utan även omfattade hyra efter hyresavtalets upphörande. Banken anförde att garantin enbart omfattade hyra och inte skadestånd. HD konstaterade inledningsvis att utebliven framtida hyra kunde

omfattas av skadeståndsskyldigheten enligt 12:31, 4 st. JB. HD ansåg dock att en skillnad måste göras mellan den hyra som utgår så länge hyresavtalet löper, och den framtida hyra som omfattas av skadeståndet, även om beloppen är desamma. Detta ansågs vara mest överensstämmande med såväl hyreslagens terminologi i t.ex. 12:19-21 JB, som med vardagligt språkbruk.

Som en följd av detta kunde den ställda garantin endast anses omfatta redan förfallen hyra och inte skadestånd. I domskälen intogs även yttranden från Svenska Bankföreningen, som klargjorde att bankerna gjorde skillnad på "hyresavtalsgaranti" som omfattade alla en hyresgästs skyldigheter enligt ett hyresavtal, och en "hyresgaranti" som endast omfattade hyresgästens betalning av hyra. Sveriges Fastighetsägareförbund lämnade också ett yttrande i målet, där man angav att det standardavtal som tagits fram på området innehöll en borgensformulering som tydligt omfattade alla förpliktelser enligt hyreslagen, till skillnad från den i målet aktuella garantin.

Av rättsfallet följer att garantier omfattande även övriga skyldigheter enligt hyreslagen förekommer, eller har förekommit, på marknaden, men att garantins utformning blir avgörande för garantins omfattning. Skulle en hyresgaranti utformas korrekt innebär det ett visst skydd för hyresvärden vid hyresgästens konkurs. Det bör dock understrykas att en sådan "hyresavtalsgaranti" som nämns i rättsfallet kan komma att omfatta enbart de skyldigheter som står i överensstämmelse med hyreslagen. Är garantin accessorisk till hyresavtalet kan nämligen garanten göra samma invändningar som hyresgästen. Är garantin däremot fristående är möjligheterna till invändningar mer begränsade. En garanti som omfattar "alla hyresgästens skyldigheter enligt hyresavtalet" torde ofta kunna bedömas som accessorisk till hyresavtalet, och därmed omfattas av hyreslagens tvingande regler. Detsamma gäller vid en borgen. Avvikande avtalsvillkor kan därför inte täckas enbart genom en sådan garanti, exempelvis en hyresberäkning i strid med hyreslagen. Det blir alltså åter tydligt att hyreslagens tvingande regler

begränsar möjligheterna för parterna att åstadkomma den riskfördelning som de önskar. Det kan som jämförelse vara relevant att se på hur läget skulle vara om det istället skulle vara fråga om leasing av lös egendom, där tvingande regler i stor utsträckning saknas.

3.4 Jämförelse med leasing av lös egendom

Leasing av lös egendom omfattar ofta objekt av lägre värden än fast egendom. Svensk rätt saknar utförliga lagregler gällande hyra av lös egendom, till skillnad från vad gäller fast egendom. Utgångspunkten är därmed avtalsfrihet, och att i princip alla villkor som huvudregel är bindande mellan parterna.⁵² Vid skador på leasingobjektet är det alltså avtalet som reglerar frågan som utgångspunkt. Är leasingobjektet försäkrat löses frågan antingen genom att avtalet upphör genom slutreglering via försäkringsersättningen eller fortlöper efter att egendomen reparerats bekostad av försäkringen.⁵³ Är leasingobjektet däremot oförsäkrat drabbas leasingtagaren av denna förlust, enligt ett vanligt villkor. Detta följer av att betalningsskyldigheten, precis som vid leasing av fast egendom, gjorts ovillkorlig. Några problem med giltigheten uppstår således inte. Millqvist anser dock att det finns argument som talar både för och emot denna lösning.

Anses leasingavgifterna utgöra avbetalningar på objektet utgör dessa inte i första hand ersättning för nyttjanderätten till objektet, utan återbetalningar av den kredit leasegivaren gett leasetagaren. Med ett sådant perspektiv är det fullt rimligt att betalningsskyldigheten är strikt, eller att leasetagaren står risken för objektet. Anser man däremot att leasingavgifterna utgör hyresersättningar, med vilket menas ersättning för rätten att nyttja objektet, är det däremot rimligt att leasegivaren står risken för objektet. Storleken på hyran bestäms nämligen typiskt sett efter andra kriterier än egendomens inköpsvärde. Ur ett ekonomiskt perspektiv är det tydligt att leasingavgifterna finansiellt utgör avbetalning på en erhållen kredit. Ur ett juridiskt perspektiv är det dock tveksammare, eftersom

⁵² Möller, *Civilrätten vid finansiell leasing*, 1996, s. 47 f. Se även Millqvist, *Finansiell leasing*, ak.avh. 1986, s. 51.

⁵³ Millqvist, 1986, s. 201.

leasetagaren inte erhåller ens ett villkorat ägarintresse av den leasade egendomen. Avtalet ska juridiskt inte bedömas som ett avbetalningsköp utan som hyra.

Att förlägga risken på leasetagaren kan stödjas på analogier med kreditköp och pant, men i de fallen har ju köparen en full eller villkorad äganderätt till objektet, vilket inte är fallet vid leasing. Däremot har kunden en möjlighet att utnyttja en option eller förlänga leasingavtalet.

Millqvist anser att fördelningen av risk och framtida nytta inte är tillräckligt balanserad under avtalstiden. Istället förespråkas en fördelning där parterna bär risken för sina reella åtaganden, på så sätt att leasetagaren står faran för objektet som huvudregel. Om objektet däremot förstörs bör avtalet förfalla och avräkning ske på så sätt att leasegivaren står faran för objektets brukningsvärde medan leasegivaren står faran för restvärdet.⁵⁴

Möller anser däremot att det sammantaget får anses rimligt att leasetagaren har ett strikt betalningsansvar i näringsidkarrelationer. Anledningen till detta är bland annat att leasetagaren har möjlighet att tillgodogöra sig avkastningen av objektet samt att betalningen inte avser ersättning för nyttjandet utan amortering och ränta på det belopp leasegivaren utgett. Leasetagaren kan vidare försäkra objektet. Möllers argument mot denna ståndpunkt är bland annat att äganderätten inte övergår successivt till leasetagaren genom betalningarna. Det kan därmed anses oskäligt att leasetagaren ska stå hela risken för objektet, trots att något ägarintresse inte finns för leasetagaren på samma sätt som vid t.ex. ett köp. Vidare anförs att leasegivaren inte har möjlighet att förfoga över objektet genom t.ex. pantsättning. Om det däremot finns möjlighet att överlåta avtalet till en ny leasetagare, eller om det finns en option på objektet minskar vikten av detta argument, då leasetagaren ju ändå kan omsätta objektet indirekt.⁵⁵

Leasingavtalets konstruktion och syften talar alltså för att det finns starka skäl att placera risken för objektets förstörelse på leasetagaren, och därmed ålägga denne en strikt betalningsskyldighet. De förpliktelser som leasetagaren åläggs

⁵⁴ Millqvist, 1986, s. 203 ff.

⁵⁵ Möller, 1996, s. 93 f.

torde enligt allmänna principer även kunna åläggas tredje man på samma villkor.⁵⁶ En hyresgaranti kombinerat med en come hell or high water-klausul torde därmed vara giltig vid leasing av lös egendom. Det strikta betalningsansvaret, oavsett eventuella fel i varan, kan ses som en form av friskrivning för leasegivaren.

Skäligheten av villkoren vid leasing av lös egendom har prövats i NJA 1988 s. 230, Hersby Leasing-målet. Bakgrunden till målet var i korthet följande. Hersby Leasing hade slutit ett avtal med Elbeco, ett försäljningsföretag, gällande leasing av ett datoriserat bokföringssystem. Systemet skulle levereras av COX datasystem, som alltså formellt var leverantör till Hersby Leasing. Enligt avtalet överlät Hersby Leasing sina eventuella anspråk gentemot COX till Elbeco. Avtalet var formulerat på följande sätt (min kursivering): *"Uthyraren överlåter på kunden att utöva den rätt uthyraren har eller får gentemot leverantören på grund av avtalet med denne. Uthyraren har icke något ansvar för försenad leverans av hyresobjektet eller andra brister i leverantörens fullföljande av sina åtaganden och ej heller för några i samband med leveransen uppstående kostnader. Uthyraren garanterar icke hyresobjektets kvalitet, prestanda och skick, ej heller dess lämplighet för kunden."*

Hersby Leasing avsåg sig därmed även allt ansvar för fel och brister i objektet. Elbeco väckte talan och anförde att företaget enligt avtalet endast kunde göra gällande sådana anspråk som Hersby Leasing kunde anföra mot COX. Detta fick enligt Elbeco till följd att vid en eventuell tvist mellan COX och Elbeco skulle COX med framgång kunna anföra att Hersby Leasing inte hade några ersättningsbara anspråk, varken direkt eller reversvis. Leasingbolaget anförde att Elbeco hade samma möjlighet till invändningar som om företaget hade varit köpare. HD:s majoritet anförde att det visserligen var osäkert vilken möjlighet Elbeco hade att få vissa anspråk täckta av COX genom avtalet. I synnerhet gällde detta skadeståndsanspråk, där Elbeco utifrån avtalets lydelse endast kunde åberopa Hersby Leasings skada och inte sin egen. Denna fråga var dock inte föremål för prövning.

⁵⁶ Rodhe, *Obligationsrätt*, 1984, s. 158 ff.

Vid en samlad bedömning ansåg HD att avtalet, mot bakgrund av att båda parterna var näringsidkare och fick anses jämställda. Avtalet var därmed inte att betrakta som oskäligt.⁵⁷ Justitierådet Höglund var av skiljaktig mening beträffande motiveringen, och anförde bland annat att Elbecco hade möjlighet att bland annat påkalla avhjälpande, prisavdrag eller hävning, om en sådan rätt tillkom Hersby Leasing. Mot denna bakgrund, parternas jämställda styrkeförhållanden och den fördel finansieringsformen ändå innebar för Elbecco ansåg inte Höglund att avtalsvillkoret var oskäligt.⁵⁸

HD:s domskäl visar alltså att det är svårt att få ett leasingavtal mellan näringsidkare förklarat oskäligt. Avtalets särskilda funktion som finansiering, mot bakgrund av de sanktionsmöjligheter som avtalen ändå ger och den riskfördelning som följer av avtalets konstruktion, får som huvudregel anses balanserat.

Det kan diskuteras om en liknande bedömning av skäligheten vore möjlig vid leasing av fast egendom. Rättsfallet illustrerar att bedömningen vad gäller invändningar vid leasing av lös egendom är relativt strängt. I jämförelse ger hyreslagens tvingande regler ett stort antal möjligheter till invändningar från hyresgästens sida, där villkor i strid med hyreslagen drabbas av ogiltighet. Ett avtalsvillkor vid leasing av fast egendom måste därmed först vara förenligt med hyreslagen för att en prövning av skäligheten enligt allmänna avtalsrättsliga regler ska kunna ske. Å andra sidan kan det möjligen anses att hyreslagens tvingande regler utgör en form av inbyggd skälighetsbedömning i många fall. En hyresberäkning som inte strider mot hyreslagen borde därmed kunna anses skälig, i vart fall för den tid avtalet löper.

Mot bakgrund av det som sagts ovan framstår det som att avtalets form och syfte vad gäller leasing av lös egendom har mycket gemensamt med vad parterna avser vid leasing av fast egendom. HD:s överväganden i NJA 1988 s. 230 torde därmed kunna vara relevant även i sådana förhållanden, under förutsättning att det

⁵⁷ NJA 1988 s. 230, s. 235 f.

⁵⁸ NJA 1988, s. 230, s. 236 f.

prövade avtalsvillkoret inte strider mot hyreslagen. Har två kommersiella aktörer ingått ett avtal som inte står i strid med tvingande regler torde det krävas starka skäl för att detta ska kunna bedömas som oskäligt, även om ett leasingavtal vid första anblicken kan framstå som oskäligt i många delar. Parterna vid leasing av fast egendom förefaller dock inte göra någon skillnad på huruvida det är fast eller lös egendom som omfattas av leasingen utan avtalets riskfördelning och ekonomiska förutsättningar är i allt väsentligt detsamma.

3.5 Sammanfattning och avslutande synpunkter

Hyresgarantier är i sig inte något som står i strid med hyreslagen, utan en reglering av frågan finns i 12:28 JB. Det är dock mer osäkert om en hyresgaranti kombinerat med en come hell or high water-klausul är giltig. Att ålägga hyresgästen att betala hyra i princip oavsett möjlighet att nyttja den hyrda fastigheten torde inte vara möjligt, till följd av hyreslagens tvingande regler. På samma sätt torde det inte vara möjligt att avtala bort det faktum att hyresavtalet förfaller om lägenheten förstörs. Detta är dock möjligt vid leasing av lös egendom.

Vid hyra av fast egendom torde därmed formuleringen av garantin vara av större vikt än vid leasing av lös egendom. Vid en otydlig formulering riskerar den ursprungliga ogiltigheten annars att "smitta" tredje mans åtagande genom att denne får möjlighet att göra samma invändningar som hyresgästen. Det kan därmed vara lämpligt att se närmare på garantin ur ett obligationsrättsligt perspektiv, och undersöka om det finns andra lösningar på problemet.

4. Fristående och accessoriska garantier

En garanti kan allmänt definieras som en utfästelse av garantigivaren att svara för att ett visst förhållande ska föreligga vid en viss tidpunkt.⁵⁹ Detta kan vara vissa egenskaper hos en såld vara, leverans av en vara vid en viss tidpunkt, eller betalning av en viss fordran. En garanti kan träffas direkt mellan två avtalsparter, eller mellan en borgenär, en gäldenär och en tredje man. Syftet är då generellt att garantin utgör säkerhet för en viss prestation. Fortsättningsvis kommer den som utställer en garanti att kallas garant, den som ska motta prestationen kommer att kallas för borgenär och den vars prestation garanteras av garanten kommer att kallas gäldenär. Framställningen kommer att fokusera på tredjemansgarantier, där en garant utfäster sig att svara för en gäldenärs prestation gentemot en borgenär.

En sådan garanti kan antingen vara accessorisk eller fristående. En accessorisk garanti innebär att garantens betalningsskyldighet är beroende av det underliggande rättsförhållandet. I den kontext som här blir aktuell innebär alltså detta att garantin grundas på hyresgästens skyldighet att betala hyran. Betalningsskyldigheten står och faller således med hyresgästens betalningsskyldighet, och saknas en sådan skyldighet för hyresgästen kan inte heller garantin tas i anspråk.⁶⁰

En fristående garanti karaktäriseras istället av att garanten inte kan göra gällande invändningar som är baserade på det underliggande rättsförhållandet. Garantin fyller alltså på många sätt samma funktion som en borgen, men ger ett starkare skydd för mottagaren av garantin, eftersom den är oberoende av det underliggande rättsförhållande som garantin utgör säkerhet för.⁶¹ Någon lagreglering för denna typ av garantier finns inte, men det finns starkt stöd i doktrinen för att en

⁵⁹ Rodhe, *Obligationsrätt*, 2 tr. uppl. 1984, § 21, s. 214.

⁶⁰ Walin Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 4 uppl 2013 s. 33 f.

⁶¹ Ingvarsson, *Borgen och självständiga garantier*, SvJT 2012 s. 1036.

fristående garanti uppvisar vissa likheter med en borgen och analogier anses generellt kunna göras med de regler som gäller för sådana.⁶²

4.1 Förutsättningar för analog tillämpning av borgensreglerna

Klassificeringen av huruvida garantin är fristående eller accessorisk är ytterst en fråga om avtalstolkning. I de nordiska länderna har det länge ansetts att en garanti så gott som alltid är accessorisk till huvudförpliktelsen.⁶³ Genom inflytande från framförallt anglosaxisk rätt har dock även helt fristående garantier kommit att användas, bland annat vid internationell handel.⁶⁴ Tröskeln för att en garanti ska anses vara fristående är hög, och får ytterst utläsas genom avtalstolkning i det enskilda fallet. Gränsdragningen mellan en fristående och en accessorisk garanti kan dock många gånger vara svår. Klart är dock att både en fristående och en accessorisk garanti har likheter med borgensinstitutet.⁶⁵ Borgen definieras som “ett löfte varigenom en person gentemot en annan åtar sig en personlig förpliktelse till säkerhet för tredje mans förpliktelse”.⁶⁶ De grundläggande kriterierna för att borgensreglerna ska kunna tillämpas analogt på garantier är att åtagandet är accessoriskt till huvudfordran och utgör en kumulativ intercession.⁶⁷ Både en accessorisk och en fristående garanti får sägas utgöra en kumulativ intercession, med vilket menas att garantin utgör en säkerhet för en underliggande förpliktelse. Däremot behöver inte garantiförpliktelsen vara accessorisk till den underliggande förpliktelsen på så sätt att den är beroende av det avtal som den är tänkt att utgöra säkerhet för, det utmärkande för en fristående garanti är ju just att den inte är accessorisk. Den kumulativa intercessionen kan sägas sätta relationerna mellan parterna i fokus, medan accessoriteten snarare avser förhållandet mellan garantin och huvudavtalet.

⁶² Ingvarsson, 2012. s. 1037. Se även Dalman, L, *Några problem rörande first demand-garantier*, SvJT 1985 s. 181.

⁶³ Ingvarsson, *Borgen och självständiga garantier*, SvJT 2012. s. 1056.

⁶⁴ Gorton, L, *On demand-garanti i svensk rätt - ett rättsfall*, JT 2000/01, nr. 3. s. 530. Se även Dalman, L, *Några problem rörande first demand-garantier*, SvJT 1985 s. 179.

⁶⁵ Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, 2000, s. 49 f.

⁶⁶ Ussing, *Kaution*, 1928, s.2.

⁶⁷ Walin, Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspart*, 2013, s. 31 f.

För avgränsningen om en förpliktelse är borgensliknande eller inte anser Ingvarsson att det är den kumulativa intercessionen som har störst vikt.⁶⁸ En fristående garanti bär dock ändå spår av en uttunnad accessoritet, eftersom den måste förstås mot bakgrund av det avtal garantin är tänkt att utgöra säkerhet för.

Eftersom borgensreglerna kan vara analogt tillämpliga på såväl fristående som accessoriska garantier kan det vara lämpligt att först kort redogöra för de olika slags borgensåtaganden som kan utgöra grunden för sådana analogier. Borgen regleras i lagtext i 10 kap. handelsbalken (HB). Till en början skiljer man mellan en enkel borgen och en proprieborgen (Se HB 10:8 respektive HB 10:9). En enkel borgen innebär att borgenären kan kräva betalning av borgensmannen först när det visat sig att gäldenären inte kan betala sin skuld. Det är alltså en subsidiär förpliktelse, där borgensmannens ansvar uppträder först i andra hand. Enkel borgen är, vid tolkningssvårigheter eller brist på förtydligande, utgångspunkten i svensk rätt. I jämförelse är en proprieborgen, ofta uttryckt som att borgensmannen svarar "som för egen skuld", inte en subsidiär förpliktelse. Istället kan borgenären vid en proprieborgen vända sig direkt till antingen borgensmannen eller gäldenären och kräva betalning. Om borgensmannen betalar den aktuella skulden får denne ett regresskrav gentemot gäldenären. Någon princip om att borgensansvaret även vid proprieborgen skulle kunna göras gällande först när det på något sätt klarlagts att gäldenären inte kan betala sin skuld förekommer inte i svensk rätt.⁶⁹

Om flera borgensmän gått i borgen för samma skuld kan borgensansvaret vara antingen delat eller solidariskt. Vid ett delat borgensansvar svarar varje borgensman för sin andel av skulden, exempelvis hälften var, medan vid ett solidariskt borgensansvar svarar borgensmännen solidariskt för hela skulden. Borgensmännen får sedan en reversfordran sinsemellan och gentemot gäldenären enligt devisen "en för alla, alla för en".⁷⁰

⁶⁸ Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, 2000, s. 49 f.

⁶⁹ Walin Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 2013 s. 26 f.f.

⁷⁰ Walin Ingvarsson, 2013, s. 28 f.

Vad gäller det belopp borgensmannen ska svara för finns olika varianter. En bristborgen innebär att borgensmannen skall svara för den fordran som kvarstår först när andra medel för betalning har uttömts. En sådan borgen förutsätter att det rör sig om en enkel borgen, där borgensmannen s.a.s. står sist på tur. Det går alltså inte att tänka sig en proprieborgen som är en bristborgen. Det är vidare inte möjligt att en fristående garanti har denna utformning.⁷¹ Om borgen kombinerats med en säkerhet, t.ex. pant, går det att teckna en fyllnadsborgen, vilket innebär att borgensmannen svarar för den del av en fordran som inte täcks av den ställda säkerheten. En sådan borgen anses av Walin och Ingvarsson typiskt få verkan som en proprieborgen, såtillvida det gäller den del av fordran som inte täcks av säkerheten.⁷²

Vad gäller begränsningar av beloppets omfattning torde det i vissa fall kunna motverka den kostnadsfördelning som finns i ett Triple Net-avtal ifall garanten begränsar sitt ansvar till ett visst belopp. Syftet med avtalet är ju att hyresvärden inte ska stå för några kostnader hänförliga till fastigheten utan dessa ska så långt möjligt bäras av hyresgästen eller, om denne inte kan betala, garanten.

Syftet med en hyresgaranti i ett Triple Net-avtal är bland annat att utgöra säkerhet för fordringar som kan komma att uppstå vid en tidpunkt många år efter att garantin utfärdades. Vad dessa kostnader avser, och kostnadernas storlek, kan därmed vara svårt att förutse. En garanti som avser alla kostnader hänförliga till fastigheten, utan beloppbegränsning, kan därmed vara fördelaktigt för hyresvärden.

Av bokföringsskäl kan det dock tänkas att ett bestämt belopp ändå efterfrågas. Vid ställande av en garanti ska nämligen en reservation i bokföringen göras för det belopp garantin avser. Ett mer betungande åtagande, så som en generell proprieborgen för tredje mans nuvarande och framtida skulder, torde enligt Walin och Ingvarsson vara mycket svårt att värdera, om inte åtagandet är begränsat i

⁷¹ Ingvarsson, *Borgen och självständiga garantier*, SvJT 2012 s. 1042.

⁷² Walin Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 2013, s. 30.

tiden och borgensmannen har mycket god insyn i gäldenärens ekonomi och det åtagande borgensåtagandet avser.⁷³ Detsamma torde gälla vid en garanti i Triple Net-avtal, om garantin exempelvis avser alla kostnader hänförliga till en viss fastighet under en längre tidsperiod. I synnerhet om hyresbeloppet ska anpassas efter vid var tid gällande ränta och inflation, torde det vara mycket svårt att göra en korrekt uppskattning. Ett liknande fall torde vara om åtagandet avser en förpliktelse att återställa fastigheten till avtalat skick efter en brand eller liknande. Rör det sig om en garanti från ett moderbolag till ett dotterbolag torde det dock inte vara omöjligt att göra en ungefärlig uppskattning, med hänsyn till den goda insyn i dotterbolagets ekonomi som garanten får förutsättas ha och det ungefärliga värdet på den aktuella fastigheten. Ett visst mått av osäkerhet kan dock inte undvikas, vilket är något parterna bör ta i beaktande när garantin utformas. Denna osäkerhet talar för att ett bestämt belopp kan vara att föredra, för såväl garanten som borgenären.

Är det ett aktiebolag som är garant kan hinder även uppstå på grund av associationsrättsliga regler. Är det utfästa beloppet större än det utdelningsbara kapitalet i moderbolaget eller inom koncernen kan det nämligen röra sig om en otillåten värdeöverföring enligt 17 kap. Aktiebolagslagen (2005:551, ABL).⁷⁴ Reglerna om otillåten värdeöverföring syftar till att skydda ett bolags borgenärer. Är en affärshändelse att betrakta som en otillåten värdeöverföring är följden som huvudregel ogiltighet och prestationernas återbärande enligt 17:6 ABL. En hyresgaranti skulle alltså som huvudregel bli ogiltig.

Bedömningen av huruvida en garanti utgör en otillåten värdeöverföring blir beroende av bokföringen i det enskilda bolaget eller koncernen. Det bör därmed krävas åtminstone en uppskattning av det belopp som kan bli aktuellt. Det finns dock inga principiella hinder i ABL för ställandet av även en mycket omfattande

⁷³ Walin Ingvarsson, 2013, s. 108 ff.

⁷⁴ Se närmare Andersson, Johansson, Skoog, *Aktiebolagslagen, en kommentar*, under 17 kap. hämtad via Zeteo 17/10 2014. Se även Prop. 2004/05:85, s. 369 ff.

garanti. Bolagsrättsliga aspekter av garantiåtagandet kommer därmed inte att behandlas utförligare i denna uppsats. Vad gäller tidpunkten för värderingen har HD i NJA 1995 s. 418 uttalat att bedömningen i borgensfall ska göras utifrån förhållandena när borgen ingicks. En liknande bedömning bör kunna göras analogt vid garantier.

För att visa på skillnaderna i tillämpning och omfattning som kan uppstå beroende på om en hyresgarantin är accessorisk eller fristående och vilka konsekvenser denna skillnad kan få kommer de behandlas separat nedan. Först kommer accessoriska garantier behandlas.

4.2 Accessoriska hyresgarantier i Triple Net-avtal

Accessoriska garantier innebär som nämnts ovan att det rör sig om en garanti som är beroende av huvudförpliktelsen. Därmed har garanten möjlighet att göra samma invändningar som den avtalspart garantin gäller för. Som nämnts ovan tillämpas reglerna om borgen analogt på denna typ av garantier. Beroende på hur garantin är utformad blir olika typer av borgensregler analogt tillämpliga. Vad gäller hyresgarantier torde dessa, om de är att anse som accessoriska, ofta vara formulerade som en enkel borgen, innebärande att gäldenären är den som primärt ska svara för hyrans betalning och att borgensmannen svarar först när detta inte kan ske. Detta är i vart fall utgångspunkten i 12:28 JB.

Det kan dock tänkas att en hyresgaranti är formulerad som en proprieborgen, men att borgensnären till följd av handelsbruk aldrig eller sällan vänder sig till garanten först. Vilken rättslig betydelse ett sådant handelsbruk skulle kunna få är oklart. Gorton anser dock att den praktiska betydelsen av ett sådant handelsbruk skulle vara begränsad.⁷⁵

⁷⁵ Gorton, *Borgen - säkerhet för vad?* SvJT 2001 s. 35 f.

4.2.1 Effekter av en accessorisk garanti

En accessorisk garanti innebär alltså i stort detsamma som ifall garanten hade tecknat en borgen för vissa förpliktelser, om inte annat är avtalat. Garanten har som huvudregel alltså samma skyldigheter gentemot borgenären som gäldenären. Effekterna av detta kommer att utvecklas nedan.

4.2.2 Invändningar pga. det underliggande avtalet

Som konstaterats ovan är en *come hell or high water*-klausul som innebär att garanten ska betala hyran oavsett om hyresobjektet går att nyttja enligt avtalet i strid oförenlig med grundläggande principer för det hyresrättsliga systemet. En ogiltig huvudförpliktelse innebär i sin tur att åtagandet inte omfattas av en accessorisk garanti. Ussing anser att detta är huvudregeln, men att undantag *kan* tänkas, när åtagandet avser en förpliktelse som inte är ogiltig i sig men som ändå inte erkänns av rättsordningen. Om borgensåtagandet istället står i stid med tolkningen av en lagregel, anser Ussing att tolkningen av lagen bör ske i borgenärens intresse.⁷⁶ Vad gäller hyresgarantin torde resultatet då bli att garanten inte blir betalningsskyldig. I svensk doktrin har istället intagits en mer konsekvent linje. Ekström anser exempelvis att en ogiltig huvudförpliktelse alltid innebär ett ogiltigt borgensåtagande.⁷⁷

Huvudregeln torde därmed vara att en ogiltig huvudförpliktelse medför att garantiåtagandet blir ogiltigt.⁷⁸ Om garantiåtagandet är accessoriskt till huvudförbindelsen innebär detta att garantin "står och faller" med huvudåtagandet. Gäldenären kan därmed invända att borgenärens/krav är ogiltigt, eftersom det inte är grundat på ett rättsligt giltigt anspråk. Som konstaterats ovan blir även garantens betalningsansvar beroende av det underliggande avtalet vid en accessorisk garanti. Borgenären kan därmed inte heller kräva betalt av garanten om t.ex. hyresobjektet skulle förstöras. Förutsatt att garantin är accessorisk

⁷⁶ Ussing, *Kaution*, 1928, s.179 f.

⁷⁷ Ekström, *Om borgen*, 3 uppl. 1927, s. 42 f. Se även Walin Ingvarsson, 2013, s. 81 för en utförligare redogörelse av uppfattningar i svensk doktrin.

⁷⁸ Walin Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 2013, s. 85 f.

förlorar den därmed sin verkan, och den riskfördelning parterna önskat går inte att uppnå. Detta förutsätter dock givetvis att en ogiltighetsinvändning faktiskt görs.

Beroende på utformningen av den option på det fastighetsägande bolaget som utfärdas vid en SLB kan det finnas incitament för garanten att betala hyran, trots att invändningar kan göras. Optionen kan t.ex. vara villkorad av att hyra erläggs för alla perioder under hyresavtalets löptid. Om hyran inte betalas, och optionen i så fall inte går att utnyttja, så äger fortfarande borgenären fastigheten, vilket utgör en säkerhet i sig. Om gäldenären inte kan betala hyran till följd av exempelvis betalningssvårigheter, så kan fortfarande garanten ha ett intresse av att kunna använda optionen. Optionen kan ju exempelvis överlåts till garanten, som då kan tillgodogöra sig värdet på fastigheten när hyresperioden gått ut.

En fortsatt tillgång till fastigheten kan ju även tänkas vara viktig för gäldenärens eller garantens verksamhet av andra skäl, t.ex. för att kunna hålla produktionen igång. Detta bör särskilt vara fallet när garanten är ett moderbolag till gäldenären. Vidare kan det tänkas att parterna har andra avtalsförhållanden, och därmed vill upprätthålla en fortsatt god relation. Borgenärens intressen torde därmed i många fall kunna tillgodoses även utan en giltig garanti, även om ogiltigheten ökar risken för borgenären.

Det kan å andra sidan givetvis uppstå ett antal scenarion där garanten inte har något intresse av att infria sitt åtagande. Den verksamhet som gäldenären bedriver kanske ska läggas ned, vilket gör att något intresse för att behålla fastigheten inom koncernen saknas. Vidare kan fastigheten ha tappat i värde vilket gör optionen mindre förmånlig, eller garanten kan ha egna finansiella problem vilket gör att hyresgarantin inte prioriteras. Slutligen kan det tänkas att fastigheten inte längre går att använda, t.ex. som en följd av expropriation, ändring av detaljplan eller miljörättsliga inskränkningar.

Den primära konsekvensen av hyresgarantins ogiltighet är att den riskfördelning som parterna kommit överens om ändras. Effekten av ogiltigheten blir därmed att garanten får möjlighet att välja huruvida denne vill infria åtagandet eller inte. Denna valmöjlighet kan sägas vara raka motsatsen till garantins ursprungliga syfte, nämligen att frånta gäldenären och garanten valmöjligheter vad gäller betalningsskyldigheten. Valmöjligheten utgör även ett problem sett till den grundläggande funktionen för borgensinstitutet, vilket är att åstadkomma en säkerhet för borgenären oberoende av garantens godtycke.

Det skulle dock kunna ifrågasättas om inte garanten ändå kan bli bunden, antingen genom att skriftligt försäkra att det underliggande avtalet inte ska ha någon inverkan på förhållandet med borgenären, eller genom att ingå avtalet i en form av ond tro.

I det första fallet avstår ju garanten det skydd som presumtionsregeln uppställer för denne, vilket det i sig inte finns någon princip som talar emot. Partsviljan bör tillräknas stor vikt vid tolkningen av garantin, och om denna klart manifesteras på detta sätt bör det inte finnas några hinder för att betrakta ett sådant åtagande som bindande. Å andra sidan torde en sådan formulering kunna leda till bedömningen att det inte rör sig om en accessorisk garanti, om en sådan försäkran finns inskriven i villkoret. Det kan dock ifrågasättas om en sådan skrivning är tillräckligt tydlig för att det ska bedömas röra sig om en fristående garanti.

Vad gäller det andra fallet, där garanten ingått avtalet trots att denne varit i ond tro angående avtalets giltighet, blir bedömningen svårare. I kommersiella avtal, där båda parter rimligen får anses ha möjlighet att undersöka rättsläget, kan olika resonemang föras kring vem som ska stå risken för garantins ogiltighet. Om både garanten och borgenären är i ond tro om giltigheten, anser Walin och Ingvarsson att garantin bör vara giltig. Om enbart garanten var medveten om huvudförpliktelsens ogiltighet torde ännu starkare skäl tala för giltighet.⁷⁹

⁷⁹ Walin Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 2013, s. 85.

Tilläggas kan väl att det vid dubbel ond tro torde vara möjligt att genom avtalstolkning fastställa den gemensamma partsviljan till att parterna avsett att garantin ska vara fristående, om en av parterna hävdar att så var fallet. Mycket talar ju för att om båda parterna är medvetna om att det underliggande avtalsvillkoret är ogiltigt, men ändå utformar en garanti vars syfte är att trygga borgenärens betalning, bör det med stöd av det ovan anförda kunna göras sannolikt att garantin är avsedd att vara fristående utan att en fiktiv partsvilja skapas. Bevisbördan för detta torde dock ligga på garantins förmånstagare (se nedan avsnitt 5.4).

Om istället ingen av parterna var i ond tro är det svårt att motivera varför risken för detta ska läggas på garanten. Rimligen borde det, i enlighet med huvudregeln, vara den som kräver säkerhet som får stå risken för eventuell ogiltighet. Detta gäller för ogiltighet vid andra säkerheter, t.ex. fastighetspant, och bör rimligen gälla även vid ett garantiåtagande av nu aktuellt slag.⁸⁰ Om det istället är garanten som ska stå risken kan märkliga resultat uppstå. Om garanten har en regressrätt gentemot gäldenären, innebär ju detta att gäldenären indirekt ändå får betala för ett ogiltigt villkor.⁸¹ En sådan möjlighet skulle, vad gäller hyresgarantier, kunna anses vara ett kringgående av hyreslagens grundläggande syften. Regressrätten kommer därför att behandlas särskilt nedan.

4.2.3 Regressrätt mellan borgensman och gäldenär

Huvudregeln vid ett borgensåtagande är att borgensmannen erhåller en regressrätt gentemot gäldenären om borgensmannens åtagande tas i anspråk. Någon lagstadgad rätt till detta finns visserligen inte, men det får anses vara en allmänt accepterad princip, om än med vissa undantag.⁸² Eftersom borgensreglerna ska tillämpas analogt vid garantier torde det vara klart att även regressreglerna kan tillämpas analogt. Grunden för regressrätten kan visserligen även vara avtalad

⁸⁰ Ussing, *Kaution*, 1928, s. 180 ff.

⁸¹ Walin Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 2013, s. 84.

⁸² Walin Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, 2013, s. 96 ff. Se även Ussing, *Kaution*, s. 111 ff.

mellan gäldenären och garanten. Ett sådant avtal kan dock inte utgöra den egentliga grunden för regressrätten, utan får ses som ett fristående avtal. En annan lösning skulle nämligen innebära att regressrätt saknades om den inte var särskilt avtalad, vilket Ingvarsson anser vore orimligt.⁸³ För att ett regresskrav ska uppstå krävs istället dels att garanten haft en faktiskt kostnad, och dels att denna kostnad utsläckt borgenärens krav mot gäldenären⁸⁴. I doktrinen har främst två anledningar till regressansvarets uppkomst diskuterats, dels att regressansvaret *kan anses avtalat*, och dels att borgensmannen *träder i borgenärens ställe*.⁸⁵ Denna diskussion kommer inte att behandlas djupare i det följande.⁸⁶

Effekterna av ett regresskrav vid en accessorisk hyresgaranti blir att garanten kan kräva betalt av gäldenären. Detta är i sig inget anmärkningsvärt ur ett obligationsrättsligt perspektiv, men kan vålla vissa bekymmer i en hyresrättslig kontext.

Ett problem som kan uppstå är att det rör sig om en ogiltig huvudförpliktelse, som garanten ändå betalar, trots att någon giltig förpliktelse inte föreligger. Som framgått ovan kan en accessorisk garanti drabbas av ogiltighet eftersom det underliggande rättsförhållandet kan vara ogiltigt, t.ex. på hyresrättslig grund. Frågan blir då om garanten har en regressrätt gentemot gäldenären, när garanten betalat en skuld som gäldenären inte behövt betala. Om garanten är en fristående tredje man, som t.ex. en bank eller ett försäkringsbolag, blir detta en central fråga. Att ett sådant scenario skulle uppkomma i ett förhållande där garanten är moderbolag till gäldenären är mer osannolikt, men kan inträda om t.ex. gäldenären går i konkurs. Regressrätt torde, enligt min mening, inte kunna uppstå i ett sådant fall, enligt de krav som uppställts ovan. Garanten har visserligen haft en kostnad, men gäldenären har inte blivit fri från sin skuld, eftersom någon giltig skuld inte

⁸³ Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 58.

⁸⁴ Walin Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, s. 200.

⁸⁵ Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 61.

⁸⁶ Se dock Walin Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspant*, s. 196 f.f. och Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 49 f. för en sammanfattning av diskussionen.

förelåg till att börja med. Detta ligger i linje med vad Walin anför om att gäldenären inte kan förändra borgensmannens ställning till det sämre genom att vitsorda en ogiltig förpliktelse.⁸⁷ Analogt med detta torde inte heller garanten kunna sätta gäldenären i en sämre situation än vad denne var innan, dvs. en skuld kan inte uppstå för gäldenären genom garantens agerande. Om detta resonemang godkänns av en domstol kan garanten finna sig berövad på sin regressrätt.

Ett annat problem som kan uppstå är av mer principiell karaktär. Om garanten har en giltig regressrätt mot gäldenären för en skuld hänförlig till hyresobjektet, och denna skuld i sig vore ogiltig gentemot gäldenären till följd av hyresrättsliga tvingande regler, kan ett godkännande av garantens regressrätt i praktiken innebära en möjlighet att kringgå tvingande regler i JB vad gäller hyresgästens skyldighet att betala hyra. Gäldenären skulle alltså genom regressrätten kunna åläggas att betala hyra enligt en ogiltig grund, men inte till borgenären utan till garanten, som i sin tur betalar borgenären.⁸⁸ En sådan rätt skulle kunna anses stå i strid med grundläggande hyresrättsliga syften, så som förutsägbarheten i avtalet och grundprincipen om nyttjande mot ersättning.

4.2.4 Sammanfattning

En accessorisk garanti förflyttar betalningsansvaret från hyresgästen till garanten på ett sätt som i allt väsentligt påminner om en borgensförpliktelse. I ett Triple Net-avtal blir den största praktiska effekten av detta att garanten får samma möjligheter till invändningar som hyresgästen har. Garantin innebär därmed en fördel för hyresvärden på så sätt att garanten kan ha bättre betalningsförmåga än hyresgästen, men betalningsinvändningar kan fortfarande göras av garanten om det underliggande avtalsvillkoret är ogiltigt.

⁸⁷ Walin, Ingvarsson, *Borgen och tredjemanspart*, s. 162.

⁸⁸ Ahlinder, 2013, s.277 f.f.

5. Fristående garantier

Som framgått ovan fyller en fristående garanti samma syfte som en borgen, men med en starkare position för garantins förmånstagare, eftersom några invändningar mot det underliggande rättsförhållandet inte kan göras. Frågan blir då hur en fristående garanti avgränsas från en accessorisk, och vilka konsekvenser en sådan garanti får när reglerna tillämpas på hyresgarantier.

En fristående garanti är ofta tecknad på en separat handling, och utformad snarare som ett skuldebrev än en typisk borgen⁸⁹. Garantens prestation är inte kopplad till gäldenärens oförmåga att prestera i ett underliggande avtalsförhållande utan är ofta, men inte alltid, kopplat till innehavet av garantihandlingen.⁹⁰

I nordisk rätt finns inga lagregler gällande fristående garantier. Även vad gäller praxis saknas någon större mängd avgöranden, och de som finns är främst på underrättsnivå. Internationellt ska dock dessa garantier vara förhållandevis vanligt förekommande. Som en följd av detta regleras garantiformen i Draft Common Frame of References (DCFR).⁹¹ Frågan om DCFRs status som rättskälla är omdebatterad, och kommer inte att behandlas vidare i denna uppsats. Dock kan en jämförelse vara intressant med hänsyn till det begränsade material som finns i svensk rätt.

I DCFR definieras en fristående garanti som “an obligation by a security provider which is assumed in favour of a creditor for the purposes of security and which is expressly or impliedly declared not to depend upon another person’s obligation owed to the creditor”.⁹² Exakt vad som gör en garanti fristående nämns alltså inte i definitionen, mer än att garantins karaktär av fristående kan vara antingen implicit eller uttrycklig. Det anges vidare att en hänvisning till ett

⁸⁹ Ingvarsson, *Borgen och självständiga garantier*, SvJT 2012 s.1041.

⁹⁰ Goode, *On commercial law*, 4 uppl. s. 881 f.

⁹¹ Garantiformen behandlas även i UNCITRAL, men dessa reglers tillämpning faller något utanför denna uppsats.

⁹² DCFR, bok IV, avsnitt G, om personliga säkerhetsrätter, artikel 1:101, b), hämtad via http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf den 6 oktober 2014.

underliggande rättsförhållande inte i sig gör garantin accessorisk.⁹³ Denna regel är ett förtydligande av och en yttre gräns för den presumtionsregel som finns i DCFR med innebörd att en personsäkerhet ska anses vara accessorisk om inte borgenären visar annat.⁹⁴

Någon ytterligare ledning ges egentligen inte i DCFR, utan en bedömning av garantins karaktär får ytterst göras i det enskilda fallet. En hänvisning till ett underliggande avtal kan, men måste inte, tyda på att garantin är accessorisk. Som exempel bör en skrivelse i stil med “betalning enligt posterna X-Y i hyresavtalet garanteras av moderbolaget, oavsett invändningar som kan göras av hyresgästen enligt det underliggande hyresavtalet” kunna vara tydlig nog trots hänvisningen till det underliggande avtalet, om det även i övrigt kan visas att den gemensamma partsviljan avsåg en oberoende garanti.

Rättsläget i den svenska rätten förefaller stämma relativt väl överens med den reglering som finns i DCFR. Det saknas visserligen auktoritativa avgöranden från HD, endast ett hovrättsavgörande och ett yttrande av HD *obiter dictum* finns som behandlar området. Inte heller i doktrinen har frågan behandlats utförligare, men i de artiklar som finns klargörs att DCFR i stort kodifierar vad som redan gäller i svensk rätt.⁹⁵ Någon övergripande rättslig definition finns emellertid inte, utan analogier får, där det är möjligt, göras med borgen.

En fristående garanti i ett Triple Net-avtal möjliggör borgenärens önskan att uppnå tillräcklig säkerhet för sin investering, i jämförelse med det säkerligen ofta invecklade arbetet med att sälja fastigheten eller försöka hitta en ny hyresgäst. En fristående garanti kan dock bli betungande för garanten Beroende på hur garantin är utformad kan garanten exempelvis finna sig förpliktigad att betala oförutsedda kostnader, t.ex. för sanering, återuppbyggnad eller underhåll av fastigheten. Om garantin är utformad som ett generellt borgensåtagande, där samtliga hyresgästens åtaganden ska fullgöras av garanten, kan t.ex. kostnader för

⁹³ DCFR, bok IV, avsnitt G, artikel 3:101, a.)

⁹⁴ DCFR bok IV, avsnitt G artikel 2:101.

⁹⁵ Ingvarsson, *Borgen och självständiga säkerhetsrätter*, SvJT 2012 s. 1060 f.

underhåll överflyttas till garanten enligt hyresavtalet. En sådan hänvisning torde dock tala för att det rör sig om en accessorisk garanti, vilket innebär att come hell or high water-klausulen förlorar sin verkan. Om det istället är en helt oberoende garanti, torde det krävas en tydlig upprädnings av de poster som en sådan garanti ersätter. Utrymmet för oförutsedda kostnader eller opåkallade betalningskrav borde då kunna minskas. Utformningen av garantin blir därmed mycket viktig.

5.1 Former av fristående garantier - first demand-garantier

Fristående garantier kan utformas på ett antal sätt. För att exemplifiera en möjlig utformning, och vilka effekter detta kan få, kan det vara lämpligt att titta närmare på s.k. on demand/first demand-garantier. En sådan garanti, vilket används främst vid internationell handel, innebär i korthet att en fristående part, i regel en bank eller ett försäkringsbolag, genom ett särskilt avtal förbinder sig att svara för den prestation bankens kund åtagit sig gentemot förmånstagaren. On demand-garantier kan vara antingen ställda direkt till den som ska motta prestationen eller indirekta, dvs. ställda till en annan bank som utbetalar garantibeloppet till den part som ska motta prestationen. En on demand-garanti kan bland annat användas som säkerhet för förmånstagarens motpart medan acceptfristen löper, för att säkerställa en viss prestation, eller som säkerhet för ett förskottsbelopp. Uttrycket "on demand/first demand" tydliggör att förmånstagaren kan vända sig direkt till banken, som sedan får ett regresskrav gentemot den bankkund vars prestation garantin utgjort säkerhet för. Garantin är alltså lik en vanlig proprieborgen, med den skillnaden att den typiskt sett är helt fristående från det underliggande avtalet. Banken har alltså ett vidsträckt ansvar att betala skulden, med vissa undantag för uppenbart grundlösa krav.⁹⁶

För att illustrera det sagda kommer två svenska rättsfall att redogöras för. Rättsfallen får båda anses ha begränsat prejudikatvärde. De är dock illustrativa för

⁹⁶ Dalman, L, *Några problem rörande first demand-garantier*, SvJT 1985 s. 177.

hur fristående garantier i allmänhet och on demand-garantier i synnerhet kan bedömas.

Det första fallet, Ö 1298-99 avgjort 22 oktober 1999, Hovrätten över Skåne och Blekinge (Corona Line-fallet), rörde ett fartyg som hyrdes som ett s.k. bareboat certeparti, ett hyresupplägg som har vissa likheter med leasing i och med att hyrestagaren ges långtgående rättigheter och skyldigheter över det hyrda fartyget. Ett spanskt bolag (uthyraren) hyrde ut fartyget till bolaget Corona Line S.A. (Corona) för att bedriva färjetrafik. Avtalet löpte på 24 månader med sluttid i december 1995. Corona erlade inte hyra för mars månad 1995, varpå uthyraren återtog fartyget den 20 mars 1995. Som säkerhet för Coronas åtagande hade en bankgaranti med följande lydelse utfärdats:

“[...] NOW THEREFORE, we, the undersigned Svenska Handelsbanken, at the request of – Corona Line S.A., do hereby guarantee as for a debt of our own the due fulfilment of Corona Line's S.A. obligation to pay charter hire under the said charter party. Our undertaking under this guarantee is absolute and unconditional and payable on demand, but, however, limited to a total maximum amount of USD 700.000:- -. [...] However, we shall under no circumstances be liable by reason of this undertaking to pay any amount in excess of USD 700.000 -. [...]”

Garanten betalade ut 140 000 dollar avseende perioden 1-20 mars 1995, men ansåg sig inte ha skyldighet att betala något utöver detta. Uthyraren stämde garanten på det återstående beloppet om 560 000 dollar. Uthyraren anförde att garantin var fristående från det underliggande avtalet, och att hyra vidare kunde utgå även efter den 20 mars, eftersom avtalet inte hävts utan fartyget endast återtagits som en säkerhetsåtgärd.

Garanten hävdade i tingsrätten att garantin utgjorde en sorts mellanting mellan en proprieborgen och en on demand-garanti, och att det därmed krävdes en giltig hyresfordran för att denne skulle vara betalningsskyldig, men att några invändningar baserade på hyresavtalet i sig inte kunde anföras. Gorton har tolkat denna

invändning som inspirerat av utfallet i NJA 1988 s. 512, som redovisats ovan i avsnitt 3.3.⁹⁷ Tingsrätten utdömde det återstående beloppet om 560 000 dollar i enlighet med garantin. I hovrätten hävdade garanten att det visserligen rörde sig om en on demand-garanti, men att betalningsansvaret enligt en sådan garanti grundar sig på det underliggande rättsförhållandet.⁹⁸ En sådan argumentation förefaller ologisk, eftersom syftet med en on demand garanti är att den ska vara just oavhängig det underliggande rättsförhållandet. Gorton har förtydligat att det visserligen kan finnas möjligheter för parterna i det underliggande avtalet att göra gällande påföljder enligt avtalet, men att detta måste hållas särskiljas från frågan om betalningsskyldighet enligt garantin.⁹⁹

Hovrättens majoritet fann således att det var ostridigt att det rörde sig om en on demand-garanti, och att banken därmed var skyldig att utbetala det begärda beloppet. Ingvarsson har i en jämförelse med reglerna i DCFR kommit fram till att någon avgörande skillnad inte hade inträffat om fallet hade avgjorts enligt reglerna i DCFR.¹⁰⁰ Även om garantin vid oklarheter ska presumeras vara en accessorisk garanti, ska inte varje otydlighet tolkas till borgenärens nackdel. Den tydliga skrivelsen om “absolute and unconditional and payable on demand” ansågs tillräckligt tydligt visa på att det rörde sig om en fristående garanti. Intressant i sammanhanget är även att ersättning utdömdes enligt garantiåtagandet, trots att någon egentlig grund för detta inte fanns i det underliggande hyresavtalet.

Det andra målet, refererat som NJA 2002 s. 244, gällde en bankgaranti i samband med ett företagsförvärv. Garantin hade lydelsen: “Mot bakgrund av att köpeavtal träffats om förvärv av aktier i IBIS A/S mellan Er såsom säljare och DC Management AB såsom köpare, förbinder vi oss att tidigast 1988-09-22 på Er första skriftliga anmodan erlägga SEK 32 000 000.”

⁹⁷Gorton, L, *On demand-garanti i svensk rätt - ett rättsfall*, JT 2000/01, nr. 3, s. 533 ff.

⁹⁸Gorton, L, *On demand-garanti i svensk rätt - ett rättsfall*, JT 2000/01, nr. 3, s. 531 f.

⁹⁹Gorton, L, *On demand-garanti i svensk rätt - ett rättsfall*, JT 2000/01, s. 534 f.

¹⁰⁰Ingvarsson, *Borgen och självständiga garantier*, SvJT 2012 s. 1052.

Garantin var införd i ett avtal, det s.k. augusti-avtalet, som sedan kom att ersättas med ett nytt avtal, det s.k. november-avtalet. Hovrätten ansåg att garantin var accessorisk till augusti-avtalet, och att någon betalningsskyldighet därmed inte kunna göras gällande eftersom det avtalet ersatts med november-avtalet. Prövningsfrågan i HD gällde behörigheten för den tjänsteman som tecknat avtalet, varpå det referat som finns i NJA saknar hovrättens domskäl vad gäller garantin. Hovrätten anförde där bland annat att: “[...] De i målet aktuella garantierna har såtillvida karaktär av on first demandgarantier som banken på första skriftliga anfordran förbinder sig att erlægga vissa belopp. Av garantierna kan emellertid utläsas att de utfärdats mot bakgrund av att köpeavtal om förvärv av aktier träffats mellan vissa angivna parter. Att det var augustiavtalen som åsyftades, när garantierna skrevs, råder det inte tvist om mellan parterna. Med hänsyn härtill finner hovrätten att garantierna är knutna till augustiavtalen och att Nordbanken således är befriad från sina åtaganden om augustiavtalen, som banken påstått, har upphört att gälla.[...]”¹⁰¹

Hovrätten ansåg alltså att enbart hänvisning till det underliggande avtalet räckte för att göra garantin accessorisk, trots att det uttryckligen rörde sig om en anfordringsgaranti.

HD uttalade dock *obiter dictum* i sina skäl att (min kursivering): “[...] Förbindelserna kan emellertid även tolkas på ett annat sätt. I kommersiella sammanhang har användningen av uttrycken on demand och on first demand, särskilt i samband med garantier av olika slag, fått den speciella innebörden att förbindelsen är självständig till det bakomliggande rättsförhållandet. *Utfärdaren (garanten) skall således i princip inte ha rätt att vägra betalning med hänvisning till att den som är berättigad enligt garantin (beneficienten) saknar motsvarande rätt till betalning hos gäldenären i det bakomliggande förhållandet.* Det anförda anses inom affärlivet gälla oavsett om förbindelsen – vilket är det vanliga – innehåller en allmän hänvisning till det bakomliggande rättsförhållandet [...]”.

¹⁰¹ Domskälen är citerade i Ingvarsson, *Borgen och självständiga garantier*, SvJT 2012 s. 1053.

Att HD uttalade sig om bedömningen av en on demand-garanti, trots att detta egentligen var överflödigt för att avgöra den rättsfråga som HD hade att pröva, har sagts bero på en vilja att markera att on demand-garantier erkänns i svensk rätt, och att möjligen hade garantin i det aktuella målet kunnat vara giltig, om den var behörigen undertecknad.¹⁰² HDs tolkning av garantin ligger mer i linje med vad som ovan angetts gälla enligt DCFR, nämligen att enbart hänvisningen till ett underliggande avtal inte berövar garantin dess karaktär som fristående.¹⁰³

De rättsfall som redogjorts för ovan leder alltså till slutsatsen att det ställs relativt höga krav för att en garanti ska bedömas som fristående, vilket överensstämmer med den presumptionsregel som finns i DCFR. Om garantin ändå bedöms nå upp till de krav som ställs och är tillräckligt tydlig för att kunna tolkas som en klart fristående garanti är den dock verkställbar i enlighet med de villkor som avtalats.

Frågan blir då huruvida en fristående garanti skulle godtas även vid lokalhyra. Som framkommit i de ovan redovisade rättsfallen ska det vid en on demand-garanti inte fästas någon vikt vid det underliggande avtalet. I Corona Line-målet krävde ju uthyraren ersättning trots att något nyttjande av hyresobjektet, ett fartyg, inte skett under den period som ersättningen avsåg.

Med hänsyn till garantins funktion torde det finnas en möjlighet att använda en liknande garanti även vid lokalhyra, även om ersättning inte skulle utgå enligt det underliggande avtalet. Även om hyresavtal regleras av tvingande regler ska det underliggande avtalsförhållandet helt bortses ifrån enligt garantin. Ur ett systematiskt perspektiv torde inte en garanti avseende en viss sorts avtal behandlas annorlunda än en identisk garanti avseende en annan sorts avtal, om det underliggande avtalet inte ska tillmätas någon vikt vid tolkningen av garantin. Mot bakgrund av de jämnbördiga styrkeförhållanden som ofta torde förekomma vid SLB av fastighet, och HDs bedömning av oskälighet i leasingförhållanden vid lös egendom i Hersby leasing-målet, torde det finnas ett begränsat utrymme att anse

¹⁰² Ingvarsson, *Borgen och självständiga garantier*, SvJT 2012 s.1054.

¹⁰³ Ingvarsson, *Borgen och självständiga garantier*, SvJT 2012 s.1055.

en sådan garanti oskäligen. Vidare torde Triple Net-avtalets finansiella syften kunna ha en viss inverkan vid en tolkning av garantins skälighet, det garantin åstadkommer är ju i viss mån att parternas skyldigheter blir desamma som vid ett vanligt lån, om än genom en omväg via tredje man.

5.2 Effekter av en fristående garanti

Den första frågan som uppstår vid tillämpningen av en fristående garanti är om borgensreglerna ska tillämpas analogt även vid en fristående garanti. Med hänsyn till att vissa för borgen centrala rättsföljder inte är möjliga vid en fristående garanti (det är ju detta som är ett av syftena med den fristående garantin) förefaller det svårt att hävda att borgensreglerna ändå skulle gälla i ett sådant förhållande. Däremot kan möjligen borgensreglerna i viss mån ge ledning vid tolkningen av den fristående garantins övriga rättsföljder.¹⁰⁴ Detta kommer att framgå tydligare när de specifika rättsföljderna analyseras.

5.3 Möjligheter att framställa invändningar

Som framgått ovan är en av huvudpoängerna med en fristående garanti att garanten inte ska ha möjlighet att göra invändningar hänförliga till huvudförpliktelser. Detta torde också vara huvudregeln, med vissa undantag för uppenbart ogrundade krav.

I DCFR anges att garanten inte har någon skyldighet att prestera vid “manifestly abusive or fraudulent demands”,¹⁰⁵ fritt översatt till chikanösa, uppenbart ogrundade eller ohederliga krav. Vidare anges att garanten har möjlighet att söka återvinning, om förutsättningarna för garantins uppfyllelse antingen inte förelåg eller strax därefter upphörde att föreligga (“the conditions for the creditor’s demand were not or subsequently ceased to be fulfilled”). Möjligheten att söka återvinning föreligger även vid uppenbart ogrundade eller ohederliga krav.¹⁰⁶ Vidare torde 36

¹⁰⁴ Walin Ingvansson, *Borgen och tredjemanspart*, 2013, s. 86. Se även Ingarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, 2000, s. 49 f.

¹⁰⁵ DCFR, bok IV, avsnitt G, 3:105.

¹⁰⁶ DCFR, bok IV, avsnitt G, 3:106.

§ Avtalslagen (SFS 1905:218, AvtL) vara tillämplig på fristående garantier, även om tillämpningen i kommersiella sammanhang är återhållsam.¹⁰⁷

Ett belysande rättsfall, som visserligen rörde en oåterkallelig remburs men som ändå kan ge viss ledning för bedömningen av en fristående garanti, är NJA 1978 s. 728. HD uttalade där att parterna måste ha varit införstådda med att en sådan remburs “i princip är fristående från det avtal som ligger till grund för rembursen och att köparen följaktligen inte kan genom att framställa betalningsinvändningar, som grundas på köpeavtalet, hindra banken att gentemot beneficenten fullgöra sin betalningsskyldighet enligt rembursen”.¹⁰⁸ Om skrivelsen “i princip” lämnar utrymme för invändningar, torde detta utrymme i så fall vara mycket begränsat.¹⁰⁹

Det kan diskuteras om HD skulle göra samma bedömning av en liknande garanti i ett hyresförhållande, tillsammans med en come hell or high water-klausul. Även om parterna är väl införstådda med följderna av en oberoende garanti kan hyreslagens grundläggande skyddsyfte möjligen vägas in i det begränsade utrymmet för invändningar. Det förefaller dock mindre troligt vid en tillräckligt tydlig formulering av garantiåtagandet, invändningsmöjligheterna torde snarare röra mer kvalificerade fall, som förfalskning, svek eller andra fall där betalningsskyldighet skulle vara uppenbart orimlig.

Ett särskilt problem med invändningsrätten som skulle kunna uppstå i Triple Net-avtal är om garantin omfattar en skyldighet att återställa fastigheten i godtagbart skick efter exempelvis en brand. Hyresgästen i ett Triple Net-avtal har som nämnts ovan vanligen en skyldighet att hålla fastigheten försäkrad. Beroende på villkoren i försäkringsavtalet skulle ersättning för återställande av byggnader och andra fastighetstillbehör kunna utgå till fastighetsägaren. Om borgenären i ett

¹⁰⁷ 36 § AvtL kommer inte beröras utförligare i denna uppsats. Se dock Dalman, L, *Några problem rörande first demand-garantier*, SvJT 1985 s.196 ff. för en utförligare redogörelse för tillämpningsmöjligheterna.

¹⁰⁸ NJA 1978 s. 728, HDs domskäl referatet s. 735.

¹⁰⁹ Dalman, L, *Några problem rörande first demand-garantier*, SvJT 1985 s. 183 ff. Se även Ingvarsson, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, s. 130.

sådant fall även kräver ersättning enligt en fristående garanti, trots att denne fått full ersättning genom försäkringen, uppstår frågan huruvida garanten kan invända mot detta. Borgenären kan ju annars få betalt för samma skada två gånger. Enligt de regler i DCFR som nämnts ovan torde så vara fallet. Huruvida en domstol skulle ta ledning i dessa regler, eller möjligen använda ett resonemang med grund i principerna om obehörig vinst eller 36 § AvtL, är emellertid osäkert.

En möjlig lösning är att reglera invändningsmöjligheterna i garantin, exempelvis genom att villkora ersättningsrätten på så sätt att en reell förlust för borgenären ska ha inträffat. Det är dock möjligt att en sådan formulering skulle förta garantin dess karaktär av att vara fristående. Detta eftersom det är svårt att tänka sig en garanti som är betalbar "on first demand" men ändå är villkorad av att ersättning inte kan erhållas på annat håll. Det kan även tänkas att en sådan formulering skulle behöva hänvisa till ett underliggande avtal. Garantin skulle ju behöva vara villkorad av att skadan uppstår till följd av eller inom ett visst rättsförhållande och inte vilken skada som helst som borgenären kan tänkas lida. En annan möjlighet skulle i så fall kunna vara att i garantin ange att garantens invändningsrättigheter ska bedömas efter de regler som finns i DCFR.

5.4 Regressrätt mellan garant och gäldenär

Ytterligare en skillnad gentemot en accessorisk garanti är att något regresskrav inte uppkommer utan att detta är särskilt avtalat. Detta skulle kunna ses som en konsekvens av att borgensreglerna inte är helt analogt tillämpliga på fristående garantier, men även som ett utflöde ur garantins särskilda karaktär. Vid en accessorisk garanti har ju garanten möjlighet att göra samma invändningar som gäldenären baserat på det underliggande avtalet. Vid en fristående garanti finns ingen sådan möjlighet, och därmed kan inte heller någon regressrätt föreligga per automatik. Detta skulle ju innebära att garantin i sig var kopplad till gäldenärens prestation i ett annat avtal, vilket strider mot hela tanken med en fristående garanti. En regressrätt som följer av garantiavtalet skulle därmed kunna leda till

att garantin tolkas som en accessorisk garanti. Istället får garanten och gäldenären teckna ett separat avtal om regressrätt, vanligen kallat motförbindelse eller motgaranti.¹¹⁰ Detta innebär att regresskravet separeras från garantikravet. Som diskuterats ovan kan regresskravet vid en accessorisk garanti i vissa fall befaras bli ogiltigt, om garantens betalning i sig grundas på ett krav som inte vore giltigt gentemot gäldenären. Detta problem torde inte uppstå vid en fristående garanti, eftersom även motförbindelsen torde bedömas som ett fristående avtal.

Frågan uppstår då om även ett fristående regresskrav kan anses strida mot hyresrättsliga grundprinciper. Eftersom det rör sig om två separata avtal, där även motförbindelsen rimligen ska tolkas som ett fristående avtal, torde även garantens regresskrav bedömas enligt ur ett obligationsrättsligt perspektiv. Om garanten betalar i enlighet med sitt garantiåtagande, och en separat motförbindelse utfärdats av gäldenären, borde frågan om kringgåendet av hyresrättsliga principer inte bli aktuell. Betalningen avser ju i detta fall ett fordringsrättsligt krav, och inte ett krav på betalning för nyttjandet av ett visst hyresobjekt. Ett sådant perspektiv kan i sig anses mer förenligt med SLB och Triple Net-avtalets ändamål som kreditgivning.

5.5 Sammanfattning

En fristående garanti ska bedömas som ett självständigt betalningsåtagande, och drabbas därmed inte av eventuell ogiltighet i ett underliggande avtal. Det fåtal avgöranden som finns gällande sådana garantier klargör att kraven är höga för att en garanti ska anses vara fristående, men om dessa krav uppnås är utrymmet för invändningar mycket begränsat. Även en motförbindelse från gäldenären ska bedömas separat. Genom användandet av en fristående garanti uppnår därmed parterna en ansvarsfördelning som är mer i linje med vad som typiskt gäller vid kreditgivning. En korrekt utformad fristående garanti kan därmed åstadkomma, eller i vart fall underlätta, den riskfördelning parterna önskar vid Triple Net-avtal.

¹¹⁰ Ingvarsson, *Borgen och självständiga garantier*, SvJT 2012 s. 1042.

6. Slutsats

Triple Net-avtal innehåller ett antal avvikelser från traditionella hyresavtal. Avtalen präglas av att hyresvärdens grundläggande prestation är att denne köpt den uthyrda fastigheten som ett led i en sale and leaseback-transaktion, snarare än att hyresvärden tillhandahåller en lokal till uthyrning i traditionell mening. Transaktionen används som en finansieringslösning. Triple Net-avtal syftar därmed till att överflytta en stor del av fastighetsägaransvaret och de risker som är förenade med detta till hyresgästen. Fördelningen av risker och kostnader i avtalen har därmed mer gemensamt med ett låneavtal än med traditionell lokalhyra. Beroende på avtalens utformning kan detta leda till en konflikt med hyreslagens tvingande regler. Även om ett antal av de villkor som är vanliga i Triple Net-avtal kan utformas så att de överensstämmer med hyreslagen, finns ett antal scenarion där hyreslagens tvingande regler uppställer hinder för det resultat parterna avser uppnå.

Ett exempel på ett sådant villkor är en come hell or high water-klausul. En sådan klausul föreskriver att hyresgästen är skyldig att betala hyran oavsett om hyresobjektet helt eller delvis förstörs eller blir oanvändbart. En sådan klausul kan vara giltig om hyresobjektet blir delvis förstört, och detta beror på hyresgästens eget vållande. Hyresgästen kan då fråntas sin möjlighet att begära hyresnedsättning på grund av hinder eller men i nyttjanderätten. Om hyresgästen däremot inte är vållande, eller om hyresobjektet blir helt oanvändbart, finns ingen möjlighet enligt hyreslagen att ålägga hyresgästen betalningsskyldighet. Blir lokalen enbart delvis förstörd utan hyresgästens vållande, har denne rätt till hyresnedsättning. Blir lokalen helt förstörd förfaller istället hyresavtalet.

Till säkerhet för hyresgästens prestationsskyldighet kan dock tredje man, exempelvis ett moderbolag, utfärda en hyresgaranti. En sådan garanti kan antingen vara kopplad till hyresavtalet (accessorisk garanti) eller fristående från det

underliggande hyresavtalet (fristående). Vid bedömningen av båda garantiformerna tillämpas borgensreglerna analogt. Rättsföljden av att en garanti anses accessorisk är att garanten får möjlighet att göra samma invändningar som gäldenären i det underliggande avtalsförhållandet. Vid tillämpningen av en come hell or high water-klausul leder detta till att inte heller garanten blir betalningsskyldig om de tvingande reglerna i jordabalken är tillämpliga. Det kan diskuteras om garanten blir bunden genom att vara i ond tro om det underliggande avtalsvillkorets ogiltighet, men rättsläget får anses oklart på denna punkt. En accessorisk garanti uppnår därmed inte de mål som parterna efterfrågar i ett Triple Net-avtal.

Är garantin istället fristående från det underliggande hyresavtalet har garanten mer begränsade möjligheter att göra invändningar. Garanten kan i princip endast invända mot chikanösa betalningskrav men är i övrigt skyldig att betala det belopp som garantin omfattar.

Kraven för att en garanti ska anses vara fristående är höga och bevisbördan ligger på garantins förmånstagare, i detta fall hyresvärden. Bakgrunden till de höga kraven är att en fristående garanti är mer betungande för garanten, samtidigt som den är mer förmånlig för förmånstagaren. Ytterst blir bedömningen beroende av hur garantin är formulerad. Fristående garantier har prövats i endast ett fåtal fall, och endast indirekt berörts av HD. Vägledande kriterier får därmed hämtas främst i doktrinen.

Betalningsskyldigheten enligt en fristående garanti grundas enbart på garantin, och inte på något underliggande rättsförhållande. Förenligheten av en come hell or high water-klausul med hyreslagen blir därmed av underordnad betydelse. Skulle en fristående garanti uppnå de krav som ställs för att den ska anses vara fristående, skulle den därmed uppfylla de syften parterna i ett Triple Net-avtal eftersträvar.

7. Källförteckning

7.1 Offentligt tryck

7.1.1 Propositioner

Prop. 1967:141, Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag angående ändring i vissa delar av lagen den 14 juni 1907 (nr 36 s. 1) om nyttjanderätt till fast egendom, m. m.

Prop. 1973:23 Med förslag till lag om ändring i jordabalken m.m.

Prop. 1978/79:89 Om lokalhyra.

Prop. 1983/84:137 Med förslag till ändringar i hyreslagstiftningen.

Prop. 1997/98:46 Ändringar i hyreslagen m.m.

Prop. 2004/05:85 - Ny aktiebolagslag.

7.1.2 Statens offentliga utredningar

SOU 1932:22 Betänkande med förslag till reformerad hyreslagstiftning

SOU 1991:81 Fastighetsleasing.

SOU 1996:148 Översyn av förvärvslagen och hyreslagen : borgen och pant : slutbetänkande av 1995 års hyreslagstiftningsutredning.

SOU 2008:47 Frågor om hyra och bostadsrätt - delbetänkande av hyreslagsutredningen.

7.2 Rättsfall

7.2.1 Högsta domstolen

NJA 1941 s. 385

NJA 1942 s. 601

NJA 1971 s. 129

NJA 1978 s. 389

NJA 1978 s. 728

NJA 1988 s. 230

NJA 1988 s. 512

NJA 1995 s. 418

NJA 2002 s. 244

NJA 2007 s. 1018

7.2.2 Hovrättsavgöranden

SvJT 1946 ref s. 47

Ö 1298-99 avgjort 22 oktober 1999, Hovrätten över Skåne och Blekinge,

RH 2009:28

7.2.3 Bostadsdomstolen

RBD 92:10

7.2.4 Tingsrättsavgöranden

Västerås tingsrätts dom DF 80 den 8 maj 1989

7.3 Litteratur

Ahlinder, E, *Finansiering med fastigheter som säkerhet*, akademisk avhandling, Stockholm, Jure Förlag, 2013.

Andersson, S, Johansson, S, Skoog, R, *Aktiebolagslagen, en kommentar*, Norstedts Juridik, 2014 (hämtad via Zeteo).

Bengtsson, B, Hager, R, Victorin, A *Hyra och annan nyttjanderätt*, åttonde upplagan, Norstedts Juridik, 2012.

Björkdahl E.P., *Twistelösning vid samarbeten där det ingår ett lokalhyresavtal*, i *Skrifter till Anders Victorins minne*, Iustus, 2009.

Dalman, L, *Några problem rörande First Demand-garantier*, Svensk Juristtidning 1985, s. 177 - 219.

Ekström, F.W., *Om borgen*, tredje upplagan, Söderström & Co, 1927.

Goode, R, *Goode on commercial law*, fjärde upplagan, Lexis Nexis, 2009.

Gorton, L, *Borgen - säkerhet för vad?* Svensk Juristtidning 2001, s. 27 - 42.

Gorton, L, *On demand-garantier i svensk rätt - ett rättsfall*, Juridisk tidskrift vid Stockholms Universitet, 2000/01 nr 3, s. 526 - 536.

Hager, R, *Jordägandets frihet och Jordabalken*, Svensk Juristtidning, 2013 s. 686 - 708.

Herre, J, *DCFR och svensk rätt*, Svensk Juristtidning, 2012, s. 933 - 940.

Holmqvist, L, Thomson, R, *Hyreslagen - en kommentar*, tionde upplagan, Norstedts Juridik, 2013 (hämtad via Zeteo)

Ingvarsson, T, *Borgensliknande säkerhetsrätter*, akademisk avhandling, Stockholm, Norstedts Juridik, 2000.

Ingvarsson, T, *Juridiska personers borgensåtaganden*, första upplagan, Norstedts Juridik, 2003

Ingvarsson, T, *Borgen och självständiga garantier*, Svensk Juristtidning, 2012, s. 1034 - 1061.

Lejman, F, *Om begreppet nyttjanderätt till lös egendom*, första upplagan, 1944, Uppsala.

Millqvist, G, *Finansiell leasing*, akademisk avhandling, Lund, Juridiska Föreningen i Lund, 1986.

Möller, M, *Civilrätten vid finansiell leasing*, första upplagan, Iustus förlag, 1996.

Ramberg, J, Ramberg, C, *Allmän avtalsrätt*, nionde upplagan, Norstedts Juridik, 2014.

Rodhe, K, *Obligationsrätt*, 2 tr. upplaga, Norstedts Juridik, 1984.

Ussing, H, *Kaution*, första upplagan, G.E.C. Gads förlag, 1928.

Victorin, A, *Kommersiell hyresrätt*, tredje upplagan, Norstedts Juridik, 2003.

Walin, G, *Allmänna hyreslagen*, femte upplagan, Norstedts, 1969.

Walin, G, Ingvarsson, T, *Borgen och tredjemanspant*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik, 2013.

7.3.1 Övrigt

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of References, Outline Edition. hämtad via http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf