

## LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2004-05-17

**Närvarande:** f.d. regeringsrådet Karl-Ingvar Rundqvist, justitierådet Torgny Håstad och regeringsrådet Göran Schäder.

### **Finansiella säkerheter**

Enligt en lagrådsremiss den 15 april 2004 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i konkurslagen (1987:672) och
2. lag om ändring i lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av kanslirådet Katarina Back.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

### **Inledning**

I remissen görs en bedömning av i vad mån svensk rätt överensstämmer med Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet (säkerhetsdirektivet) och föreslås de anpassningar i svensk lagstiftning som anses nödvändiga.

Vissa av säkerhetsdirektivets bestämmelser, nämligen de om effektiv realisation, slutavräkning och återvinning av tilläggs säkerheter, a n-

sluter till direktivet 98/26/EG om slutgiltig avveckling, som redan blivit föremål för svenska anpassningar i 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument samt i 4 kap. 12 § och 8 kap. 10 § konkurslagen. Bestämmelsen i 5 kap. lagen om handel med finansiella instrument gäller bara avtal vid handel med finansiella instrument, med andra liknande rättigheter och åtaganden eller med valuta (se härom prop. 1994/95:130 s. 21 f. och Ds 2003:38 s. 115). Säkerhetsdirektivet gäller däremot enligt artikel 1.1 avtal om finansiellt säkerställande. Det betyder att den bakomliggande affären (den relevanta ekonomiska förpliktelsen) inte behöver avse finansiella instrument utan kan avse exempelvis kreditförsäljning av en maskin. Om bara den ställda säkerheten är finansiell (jfr artiklarna 1.1 och 2.1.a), så blir direktivet tillämpligt.

Genom att säkerhetsdirektivet har detta breda tillämpningsområde aktualiseras bl.a. problemet, om eventuella anpassningar i svensk rätt skall göras genom en vidgning av tillämpningsområdet för lagen om handel med finansiella instrument eller genom ändringar i andra relevanta och generellt tillämpliga lagar som konkurslagen. Bestämmelsen om att en slutavräkningsklausul är giltig också mot parternas borgenärer står f.n. i lagen om handel med finansiella instrument, medan reglerna om annan effektiv verkställighet och om att säkerheter ställda med dröjsmål från skuldens tillkomst (tilläggsäkerheter) inte kan återvinnas om ställandet av dem var ordinärt återfinns i konkurslagen.

Regeringen föreslår i lagrådsremissen att anpassningar görs i konkurslagen rörande förutsättningarna för kvittning eller slutavräkning och rörande förutsättningarna för försäljning av panter vid konkurs. Dessutom föreslås att de särskilda formkraven i lagen om handel med finansiella instrument för giltigheten av avtal om rätt att förfoga över annans finansiella instrument upphävs utom när ägaren är en

fysisk person och att bestämmelsen i samma lag om återpartsättning justeras. På en rad andra punkter bedömer regeringen att svensk rätt överensstämmer med säkerhetsdirektivet, varav följer att direktivet ej föranleder lagstiftning.

### **Säkerhetshavarens rätt vid säkerhetsöverlåtelse**

Säkerhetsdirektivet omfattar avtal om finansiellt säkerställande vare sig detta sker i form av finansiell äganderättsöverföring, dvs. avtal där den fulla äganderätten överförs för att säkerställa underliggande förpliktelser, eller finansiell säkerhet, dvs. avtal där den fulla (eller snarare: viss del av) äganderätten kvarstår hos säkerhetsställaren (artikel 2.1).

Enligt ingressmening 13 syftar säkerhetsdirektivet till att skydda giltigheten av säkerställanden där den fulla äganderätten till den finansiella säkerheten överförs (säkerhetsöverlåtelser), t.ex. genom att sådana avtal inte omklassificeras som säkerställande ("security interests"). I artikel 6 stadgas att medlemsstaterna skall säkerställa att avtal om finansiell äganderättsöverföring kan få verkan i enlighet med villkoren i detsamma.

I svensk rätt får en säkerhetsköpare inte mer än ett säkerhetsintresse såtillvida att 37 § avtalslagen angående säkerhetsställarens rätt till överhypotek gäller också för säkerhetsöverlåtelser. Vidare behandlas säkerhetsöverlåtelser åtminstone i vissa sammanhang som pantsättningar, exempelvis i 4 kap. 12 § konkurslagen rörande återvinning. Det kan också påpekas att en säkerhetsköpare enligt svensk rätt inte har en generell rätt att förfoga över säkerheten för andra syften än att täcka den underliggande förpliktelsen, men sedvanerätten kan tänkas vara annorlunda inom vissa branscher.

Regeringen bedömer att de nämnda avsnitten i säkerhetsdirektivet inte påkallar någon lagstiftning i Sverige. Lagrådet godtar den bedömningen under beaktande av dels att rubriken till artikel 4 om verkställighet inkluderar säkerhetsöverlåtelser samtidigt som artikeln ger medlemsstaterna möjlighet att föreskriva en skyldighet att redovisa överhypotek (jfr artikel 4.6), dels att bestämmelserna om återvinning i artikel 8 inte hindrar svensk rätt från att tillämpa 4 kap. 12 § konkurslagen på de transaktioner som behandlas i direktivet.

### **Säkerhetsställarens rådighet över säkerheten**

Enligt ingressmening 9 till direktivet får medlemsstaterna som (enda) giltighetskrav för finansiella säkerheter stipulera att säkerheten skall överlämnas, överföras, hållas, registreras eller på annat sätt betecknas, så att säkerhetstagaren, eller annan person som handlar på säkerhetstagarens vägnar, innehar eller kontrollerar den. I artiklarna 1.5 och 2.2 förutsätts att det är fråga om säkerheter som lämnas, överförs, hålls, registreras etc. Dessa bestämmelser medger eller t.o.m. kräver att säkerhetsställaren i enlighet med svensk rätt avskurits från rådigheten över säkerheten.

I ingressen p. 9 uttalas emellertid dessutom att direktivet inte utesluter sådana säkerhetstekniker som ger säkerhetsställaren möjlighet att ersätta säkerheten eller dra tillbaka överskjutande säkerhet. I artikel 2.2 tilläggs att en rätt för säkerhetsställaren att byta ut den finansiella säkerheten eller att dra tillbaka överskjutande finansiell säkerhet inte skall påverka det faktum att den finansiella säkerheten anses ha ställts till säkerhetstagaren enligt direktivet. Säkerhetstagaren skall m.a.o. ha en sakrättsligt skyddad ställning, även om han medgett säkerhetsställaren att byta ut säkerheten (mot annan säkerhet av samma värde) eller att dra tillbaka överhypotek.

I praxis inom den finansiella sektorn är det ytterst vanligt att säkerhetsställaren medges en uttrycklig eller, oftare, implicit rätt att dra tillbaka så mycket av säkerheten (värderad till sitt belåningsvärde) som överstiger den skuld som säkras. Säkerheten kan därmed, även under säkerhetstiden, sägas vara värdebestämd (vid realisationen får säkerhetstagaren naturligtvis aldrig tillgodogöra sig mer än vad som behövs för att täcka skulden).

I Ds 2003:38 sägs (s. 54) att det är oklart om en sådan värdebestämd panträtt godtas i svensk rätt. I remissen uttalas (avsnitt 5.6) att det inte ryms inom detta lagstiftningsärende att, såsom Stockholmsbörsen AB efterfrågar, reglera värdebegränsad pantsättning.

Lagrådet konstaterar att direktivet kräver ett ställningstagande – men inte obetingat en lagreglering – beträffande frågan huruvida en bytesrätt eller en rätt att disponera över överhypotek enligt svensk rätt äventyrar säkerhetstagarens rätt till säkerheten. Lagrådet noterar att de författare som inte bara allmänt har behandlat den s.k. specialitetsprincipen utan som konkret har diskuterat värdebestämd panträtt i värdepappersdepåer dragit slutsatsen att en säkerhetshavare bör anses ha giltig säkerhet i den egendom som han har kontroll över, även om hans rätt och därmed kontroll redan under säkerhetstiden är bestämd till ett visst värde av helheten. (Se Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. 1996, s. 334 ff. och Walin, Panträtt, 2 uppl. 1998, s. 116; det bör observeras att 4 kap. 12 § konkurslagen ändrats sedan Håstad gjorde sina uttalanden, vilket minimerar risken för återvinning vid underlåtet, möjligt uttag.) Svensk rätt torde därför vara förenlig med de nämnda bestämmelserna i säkerhetsdirektivet.

### **Säkerhetstagarens förfoganderätt; 3 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument**

Enligt artikel 5.1 i direktivet skall villkoren i ett avtal om finansiell säkerhet om att säkerhetstagaren har rätt att förfoga över ställda finansiella säkerheter respekteras. Det är underförstått att förfogandet skall ske för egen räkning och att det är fråga om ett förfogande innan en realisation av säkerheten blir aktuell (jfr artikel 4). Denna bestämmelse utgör i huvudsak inget problem enligt svensk rätt, eftersom avtalsfrihet råder mellan parterna. Problemen är dels huruvida svensk rätt måste modifiera det formkrav som enligt 3 kap. 1 och 3 §§ lagen om handel med finansiella instrument gäller för sådana avtal, dels huruvida sådana avtal enligt svensk rätt har vissa andra rättsverkningar som eventuellt förutsätts i direktivet (artikel 5.2-5).

Det är lämpligt att först beröra ett förfogandemedgivandes *rättsverkningar*, eftersom dessa kan tillmätas betydelse för uppställandet av särskilda formkrav för att sådana medgivanden skall bli giltiga eller näringsrättsligt tillåtna.

Enligt direktivets artikel 5.2 skall en säkerhetstagare, som utnyttjat en förfoganderätt, vara skyldig att överföra likvärdig säkerhet för att ersätta den ursprungliga senast på förfallodagen för de ekonomiska förpliktelser som säkras. Alternativt skall säkerhetstagaren i enlighet med parternas avtal kvitta värdet av den likvärdiga säkerheten mot sin fordran eller använda den likvärdiga säkerheten till uppfyllelse av motpartens förpliktelse. Enligt artikel 5.3 skall en likvärdig säkerhet, som överförts enligt punkt 2, omfattas av samma avtal som den ursprungliga säkerheten och behandlas som om den likvärdiga säkerheten ställts enligt detta avtal vid samma tidpunkt som den ursprungliga. Medlemsstaterna skall enligt artikel 5.4 säkerställa att säkerhetstagarens utnyttjande av säkerheten enligt denna artikel inte in-

nebär att säkerhetstagarens rättigheter blir ogiltiga eller omöjliga att göra gällande enligt avtalet i förhållande till den säkerhet som säkerhetstagaren överfört till uppfyllandet av sin skyldighet att ställa likvärdig säkerhet. Slutligen anges i artikel 5.5 att, om en utlösande händelse inträffar innan förpliktelsen att överföra likvärdig säkerhet uppfyllts, denna förpliktelse kan bli föremål för en slutavräkningsklausul.

Syftet med direktivet är antagligen att säkerhetstagaren skall behålla sin separationsrätt till den ursprungliga säkerheten trots förfogandemedgivandet (jfr artikel 5.3), men detta uttalas inte uttryckligt i någon artikel. Särskilt med hänsyn härtill bör ingressmening 19 få genomslag. Där i anföras att säkerhetstagarens förfoganderätt över den finansiella säkerheten inte skall påverka tillämpningen av nationell lagstiftning som rör separation av tillgångar och orättvis behandling av borgenärer. Svensk rätt lämnas således i orubbat bo vad gäller säkerhetsställarens rätt till säkerheten i säkerhetstagarens konkurs.

Med hänsyn till att förfogandemedgivandets rättsverkningar har relevans för frågan i vad mån formkravet i 3 kap. 3 § lagen om handel med finansiella instrument bör behållas, skall några ord ändå sägas om dessa rättsverkningar.

I remissen anföras att rättsläget i Sverige är osäkert när det gäller *säkerhetsställarens* separationsrätt. Lagrådet har svårt att förstå denna bedömning. Om säkerhetstagaren har fått rätt att förfoga över säkerheten för egen räkning utan att säkerhetstagaren är förskingringsansvarig vid oförmåga att återlämna motsvarande egendom (och något sådant straffansvar torde inte anses föreligga enligt branschuppfattningen), är det klart att säkerheten inte mottas och förvaras för säkerhetsställarens räkning med s.k. redovisningsskyldighet i den mening som avses i lagen (1944:181) om redovisningsmedel, vilken är direkt tillämplig på pengar och analogt tillämplig på annan fungibel

egendom. Därmed föreligger en försträckning, s.k. pignus irregulare (med kvittningsrätt för parterna), och säkerhetsställaren saknar separationsrätt till överhypoteket även om säkerheten är orubbad och därmed avskild från säkerhetstagarens övriga förmögenhet. Det uttalande som Undén gjorde på 1920-talet, och som sedan utan någon diskussion upprepats av ett antal författare, gjordes således före tillkomsten av lagen om redovisningsmedel och på en tidpunkt då det avgörande för separationsrätten var obrutet avskiljande (se Håstad, a.a. s. 155 ff. med hänvisningar i not 15; jfr Walin, a.a. s. 116 f. Hänvisning kan även göras till den nordiska principen att äganderättsförbehåll är från början ogiltiga, om köparen fått fri förfoganderätt.). En följd av att avtalet ses som en försträckning är att säkerhetsställaren inte kan få sakrättsligt skydd till det substitut som säkerhetstagaren skaffat förrän sådant skydd uppträder enligt överlåtelseregler. Ett avskiljande är således inte tillräckligt, inte ens om det sker medan säkerhetstagaren fortfarande är solvent, när någon redovisningsskyldighet inte föreligger. Redan ett medgivande till fri förfoganderätt är äventyrligt för ägaren av säkerheten.

Det är uppenbart att enligt svensk rätt *säkerhetstagarens* förfoganderätt inte medför att hans ställning blir sämre i förhållande till säkerhetsgivarens borgenärer än om förfoganderätt saknats. Rätten byter emellertid karaktär. "Säkerheten" ingår i säkerhetstagarens förmögenhet med skyldighet för honom att återleverera ett överhypotek. Vid bristande fullgörelse av säkerhetsställaren behöver säkerhetstagaren inte tillämpa regler om pantrealisation utan han kan föfoga över säkerheten, om det inte redan skett, och vid fullgörandet av sin egen skyldighet till återleverans räkna av sin fordran. Kravet i artikel 5.4 är således uppfyllt.

När säkerhetstagaren har överfört en likvärdig säkerhet till säkerhetsställaren (i allmänhet genom att denne registrerats som ägare av

tillgången), kan fråga uppkomma om överförandet kan återvinnas till säkerhetstagarens konkursbo. Förutsatt att säkerheten inte mottagits med redovisningsskyldighet och substitutet avskilts utan dröjsmål eller medan säkerhetstagaren fortfarande var solvent, bör frågan om återvinning bedömas enligt de regler som gäller för fullgörelse ur den egna förmögenheten. Om säkerhetstagaren lånat pengar (ev. i främmande valuta), blir 4 kap. 10 § konkurslagen tillämplig. Däremot är det ovisst om fullgörelse av en naturaförpliktelse (leverans av ett finansiellt instrument) kan återvinnas enligt annan regel än 4 kap. 5 § konkurslagen (se NJA 1950 s. 417); olämpligheten av en sådan distinktion illustreras tydligt på det finansiella området. Att det i direktivets artikel 5.3 föreskrivs att säkerheten efter överförandet skall behandlas som om den var den ursprungligen ställda säkerheten medför i detta sammanhang emellertid inget problem, eftersom en återleverans av den ursprungligen ställda säkerheten (när den på grund av förfogandemedgivandet ägdes av säkerhetstagaren) också skulle bedömas som en fullgörelse ur den egna förmögenheten.

Det kan tilläggas att, eftersom ett avtal med fri förfoganderätt för säkerhetstagaren i sig utgör handel med finansiella instrument, en slutavräkningsklausul blir giltig redan enligt 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument.

Vad härefter gäller *formkravet* i 3 kap. 1 och 3 §§ lagen om handel med finansiella instrument finns en bestämmelse i direktivets artikel 3.1 om att medlemsstaterna inte skall kräva att skapandet, giltigheten, fullbordandet, verkställigheten eller tillåtligheten som bevisning av ett avtal om finansiellt säkerhetsställande eller ställandet av en finansiell säkerhet i enlighet med ett sådant avtal är beroende av någon formell handling. Detta skulle kunna uppfattas så att, exempelvis vid återpantsättning, avtalet mellan återpantsättaren och återpanthavaren inte fick vara beroende av form; däremot skulle den nationella

rätten kunna kräva att pantägarens samtycke till återpansättningen är formbundet. Denna tolkning är dock knappast avsedd, utan artikel 3.1 torde vara att förstå så att villkoren i ett säkerhetsavtal skall gälla oberoende av en formell handling (låt vara att själva ställandet skall kunna styrkas skriftligen eller på ett rättsligt likvärdigt sätt, se artikel 3.2). Därmed måste det kvalificerade formkravet i 3 kap. 1 och 3 §§ lagen om handel med finansiella instrument modifieras såvitt gäller avtal mellan aktörer omnämnda i artikel 1.2 a-d, där direktivet är obligatoriskt tillämpligt. Inget hindrar att modifikationen också omfattar avtal mellan andra parter.

Enligt remissförslaget skall det kvalificerade formkravet i 3 kap. 1 § gälla endast när ägaren av de finansiella instrumenten är en fysisk person och när företag under Finansinspektionens tillsyn medverkar till ett avtal om fri förfoganderätt mellan andra parter och någon av dessa är en fysisk person. I Ds 2003:38 hade undantaget från det kvalificerade formkravet begränsats till de fall som är obligatoriska enligt direktivet, dvs. i stort sett när båda inblandade parter är aktörer med särskild inriktning på det finansiella området.

I remissen (avsnitt 6.2.2) motiveras det omfattande undantaget – inkluderande också mindre aktieföretag som i huvudsak verkar inom annan bransch men som investerat överlikviditet i finansiella instrument – med att skyddet för sådana aktörer kan tillgodoses genom annan lagstiftning. Det skulle t.ex. finnas en möjlighet för Finansinspektionen och Marknadsdomstolen att ingripa mot företeelser som inte kan anses förenliga med sund verksamhet, och slutligen skulle också avtalslagens bestämmelser om ogiltighet och jämkning kunna bli aktuella (vid allmän domstol).

Lagrådet har svårt att förstå poängen i att tillåta formlösa avtal om fri förfoganderätt i den bestämmelse som just reglerar denna fråga och

som förbjuder sådana avtal i relation till vissa personer för att sedan eventuellt förbjuda eller ogiltigförklara dem med stöd av andra regler, som 36 § avtalslagen eller föreskrifter från Finansinspektionen. Det leder varken till överskådlighet eller till angelägen visshet om rättsläget, och det kan dessutom betvivlas att ingripanden enligt andra regler kan ske annat än i speciella fall, om bestämmelsen i lagen om handel med finansiella instrument lämnar ett reservationslöst godkännande. Frågan är emellertid om ifrågavarande avtal om fri förfoganderätt, med hänsyn till den radikala och svårinsedda försvagningen av ägarens rättsställning, bör generellt omgärdas med en tydlig varning och om rättsföljden av ett åsidosättande bör vara ogiltighet (som i lagen 1919:242 med vissa bestämmelser om rätt att förfoga över annan tillhöriga fondpapper, med utförlig beskrivning i förarbetena av den praxis som utbrett sig innan ogiltighetsregeln infördes) eller blott näringsrättsliga påföljder (som enligt 1979 års förfogandelag och enligt 1991 års lag om handel med finansiella instrument, vilkas förarbeten helt saknar motivering för uppluckringen). Ett särskilt skäl till att vara försiktig med att urholka ägarnas skydd är att bestämmelserna i 3 kap. lagen om handel med finansiella instrument gäller inte bara avtal där de finansiella instrumenten är föremålet för handeln (som i 5 kap. denna lag) utan alla avtal om förfoganderätt över sådana instrument, exempelvis i samband med depositioner där ägaren inte mottagit någon kredit från det finansiella institutet.

Lagrådet ifrågasätter sammanfattningsvis att det är lämpligt och att det finns tillräckligt beredningsunderlag för att i 3 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument slopa det kvalificerade formkravet för andra än de särskilt kvalificerade aktörer som tagits upp i Ds 2003:38.

### **Särskilt om återpantsettning; 3 kap. 3 § lagen om handel med finansiella instrument**

När det i artikel 5.1 i direktivet föreskrivs att medlemsstaterna skall se till att säkerhetstagaren med stöd av ett formlöst samtycke får förfoga över säkerheten enligt avtalet, betyder förfoga enligt artikel 2.1 m att säkerhetstagaren skall ha rätt att förfoga över säkerheten som ägare. Frågan uppkommer vad detta medför såvitt gäller återpantsettning. Har artikel 5.1 bäring på annat än återpantsettning av själva panten? Om panthavaren pantsätter sin panträtt, förfogar han ju inte över säkerheten som ägare.

Återpantsettning av *själva panten*, dock inte på strängare villkor än som gäller mellan pantsättaren och panthavaren/återpantsettaren, kan ske utan pantsättarens samtycke enligt 10 kap. 6 § handelsbalken. Denna bestämmelse gäller dock inte till förmån för företag under Finansinspektionens tillsyn. Dessa får enligt 3 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument förfoga över *panten* för egen räkning endast med ägarens i särskild ordning givna samtycke. Enligt 3 kap. 3 § samma lag får de dessutom – utan ägarens samtycke – pantsätta eller överlåta *panträkten* (dvs. sin egen egendom) tillsammans med den fordran som panten utgör pant för. För ”återpantsettning eller överlåtelse på annat sätt” fordras avtal i sådan form som föreskrivs i 3 kap. 1 § nämnda lag. Återpantsettning eller överlåtelse får enligt 3 § inte ske för högre belopp eller på strängare villkor än vad som gäller hos panthavaren.

Bestämmelserna i 3 kap. 3 § lagen om handel med finansiella instrument är i flera avseenden dunkla. Inledningsvis kan anmärkas att det i 1919 års lag talades om återpantsettning av fondpapperen, dvs. själva panten, såsom i 10 kap. 6 § handelsbalken. År 1979 fick paragrafen nuvarande innebörd, dvs. den avser förfogande över panträt-

ten. Någon förklaring till ändringen gavs inte i motiven. I litteraturen har ifrågasatts om det över huvud taget är meningsfullt att förfoga över panträkten skild från den pantsäkrade fordringen ("på annat sätt"). För att återpanthavaren (en term som är något oegentlig vid förvärv av panträtt) skall kunna ta panträkten i anspråk (dvs. sälja panten) för sin egen fordran, måste han kunna erbjuda pantsättaren (ägaren) en nedskrivning av den pantsäkrade fordringen. Denna måste således åtminstone reserveras för återpanthavaren, vilket i praktiken blir likvärdigt med en pantsättning/överlåtelse även av fordringen. Om panthavaren skulle ha förfogat över den säkrade fordringen till förmån för någon annan, uppkommer en tvesaluliknande situation. Också bestämmelsen om att en återpantsättning inte får ske på strängare villkor blir meningslös i relation till en pantsättning av panträkten. Oavsett denna bestämmelse är det klart att panträkten kan utnyttjas bara om förutsättningar för realisation inträtt enligt avtalet mellan pantsättaren (ägaren) och panthavaren och bara för betalning av den säkrade fordringen eller i vart fall mot nedskrivning av denna fordran. Möjligen bör därför andra och tredje meningarna i 3 kap. 3 § lagen om handel med finansiella instrument förstås så att där åsyftas panthavarens återpantsättning av själva panten och säkerhetsöverlåtelse av densamma. Men då blir å andra sidan hänvisningen till formkravet i 3 kap. 1 § överflödig, eftersom förfoganden över själva panten redan reglerats i 1 §.

Nu föreslås i remissen att andra meningen i 3 kap. 3 § lagen om handel med finansiella instrument ändras. Fortfarande skall ett företag under Finansinspektionens tillsyn enligt första meningen – utan krav på samtycke från pantsättaren – få pantsätta eller överlåta *panträkten* bara tillsammans med den fordran som panten utgör pant för, men tillämpningsområdet inskränks till panter ställda av fysiska personer. Därefter stadgas: "För återpantsättning eller överlåtelse på annat sätt *av panten* fordras sådant avtal som anges i 1 §. Återpart-

sättning eller överlåtelse får *då* inte ske för högre belopp eller på strängare villkor än vad som gäller hos pantavaren.”

Införandet av orden ”av panten” och ”då” har ingen motsvarighet i Ds 2003:38 och saknar motivering i remissen. Enligt vad som uppgavs vid föredragningen har ändringen gjorts av språkliga skäl.

En effekt av ändringen i andra meningen blir att första meningen i paragrafen är ägnad att läsas motsättningsvis, så att pantsättning av *panträtten* över huvud taget inte får ske utan samband med fordringen. Men är en sådan regel lämplig, om en pantsättning av *panträtten* implicit får anses innebära också en pantsättning eller åtminstone en reservation av den pantsäkrade fordringen för återpantavarens utnyttjande? Borde inte i stället detta uttalas?

Angivandet i 3 § andra meningen av att återpantsättning på annat sätt av *panten*, dvs. utan samband med återpantsättarens fordran, får ske endast med pantägarens kvalificerade samtycke enligt 1 § är som ovan nämnts överflödigt. Detta står ju redan i 1 §. Däremot fyller den tredje meningen om att återpantsättningen av *panten* inte får ske till högre belopp eller strängare villkor en viktig funktion som tvingande regel; i 10 kap. 6 § handelsbalken är den dispositiv. Inskränkningen är dock inte tillåten inom säkerhetsdirektivets obligatoriska område.

Att en *överlåtelse* av själva säkerheten utan samband med återpantsättarens fordran får ske med iakttagande av formkravet i 3 kap. 1 § står som nämnts redan i 1 §. Efter tillägget av orden ”av panten” i andra meningen kommer tredje meningen att bli obegriplig såvitt gäller överlåtelser, om det är fråga om är en omsättningsöverlåtelse. En omsättningsöverlåtelse av panten med ägarens samtycke enligt

1 § blir slutlig och sker mot en köpeskilling. I detta sammanhang kan man inte tala om "för högre belopp eller strängare villkor". Om däremot en säkerhetsöverlåtelse avses, blir tillägget meningsfullt, såsom vid återpantsättning av panten. I 1919 års fondpapperslag markerades att bestämmelsen om förbud mot strängare villkor avsåg återpantsättning och säkerhetsöverlåtelse (men inte omsättningsöverlåtelse) genom användandet av ordet "Utsättande" i 3 § andra mening- en.

Det finns knappast något tvingande behov av att omnämna att en panthavare – utan ägarens/pantsättarens samtycke – får pantsätta sin *panträtt* (dvs. sin egen egendom) bland bestämmelser som handlar om förfogande över annan tillhörig egendom. Det skulle dock behövas klargöranden i lag av att en amortering av pantsättarens skuld till panthavaren inte gärna kan gälla mot den som förvärvat panträ- ten från panthavaren, om pantsättaren kände till (eller borde ha känt till) att panträ- ten övergått till annan (jfr 29 § skuldebrevslagen och 16 § konsumentkreditlagen). Annars skapar panträ- ten ingen tillförlitlig säkerhet för återpanthavaren, och det kan på denna grund sättas i fråga om återpanthavarens rätt alls kan anses skyddad mot återpantsättarens borgenärer (se Håstad, a.a. s. 299 f. not 43). Det skulle också vara fördelaktigt att det klargörs vad som gäller ifall panthavaren förfogar över både panträ- ten och sin säkrade fordran men till olika personer samt under vilka förutsättningar förvärvaren av panträ- ten får skydd mot borgenärerna till den som förfogat över panträ- ten. I sistnämnt hänseende talar mycket för att panträ- ten skall ses som ett accessorium till det uttryckliga eller implicita förfogandet över den underliggande fordringen (jfr 3 § förmånsrättslagen), men även andra åsikter förekommer. Såvitt gäller återpantsättning av själ- va *panten* kan det synas lämpligt att det, när pantens ägare är en fysisk person eller en i sammanhanget okvalificerad juridisk person, finns en tvingande regel om att återpantsättningen – trots kravet på

kvalificerat samtycke – inte får ske på strängare villkor. Emellertid är denna regel inkonsistent med möjligheten enligt 1 § att panthavaren med pantägarens kvalificerade samtycke får helt fritt förfoga över panten; varför skall den som bara deponerat finansiella instrument bli bunden av ett obegränsat förfogandemedgivande, medan den som upplåtit panträtt eller som (av och till) är bunden av en legal panträtt inte kan avkrävas ett obegränsat förfogandemedgivande. Också beträffande återpansättning av själva panten vore det fördelaktigt med klargöranden av vilken verkan en amortering i ond tro till återpansättaren har och vad som krävs för att återpantavaren skall få skydd mot återpansättarens borgenärer.

Fastän införandet av ordet ”panten” i det remitterade förslaget medför vissa fördelar jämfört med den gällande lydelsen, är det uppenbart att det saknas underlag för att i detta lagstiftningsärende bringa ordning i 3 kap. 3 § lagen om handel med finansiella instrument och anslutande återpansättningsfrågor. Saken borde snarast bli föremål för en särskild utredning (varvid nyttigt underlag kan inhämtas från en i juni 2004 utkommande avhandling av Staffan Myrdal). Nu bör endast åtgärder vidtas som provisoriskt bringar paragrafen i samklang med säkerhetsdirektivet. Lämpligen görs det genom att de ändringar som föreslagits i Ds 2003:38 genomförs.

### **Verkställighet; 5 kap. 15 § och 8 kap. 10 § konkurslagen**

Enligt artikel 4 i direktivet som enligt rubriken omfattar verkställighet av avtal om finansiellt säkerhetsställande – vilket enligt definitionen i artikel 2.1 a inkluderar säkerhetsöverlåtelser – skall medlemsstaterna enligt artikel 4.1 se till att säkerhetstagaren, när en utlösande händelse inträffat, kan realisera ställda finansiella säkerheter – enligt definitionen i art. 2.1 c således säkerheter där den fulla äganderätten kvarstår hos säkerhetsställaren – enligt villkoren i avtalet genom för-

säljning, tillägnelse eller kvittning. Enligt artikel 4.2 kan tillägnelse ske endast om parterna i avtalet kommit överens om hur de finansiella instrumenten skall värderas. Medlemsstaterna får enligt artikel 4.6 föreskriva att realisationen och värderingen skall genomföras på ett affärsmässigt rimligt sätt (jfr även ingressen p. 17). Staterna får enligt artikel 4.4 (se även artikel 7.2) inte uppställa krav på att realisationen skall föregås av meddelande till säkerhetsställaren eller godkännande av domstol e.d. eller att realisation skall ske på auktion eller något annat föreskrivet sätt eller att någon ytterligare tidsfrist skall ha löpt ut. Staterna skall vidare enligt artikel 4.5 se till att avtalet får verkan utan hinder av insolvensförfarande. (Jfr även artikel 7.2 om slutavräkningsklausuler.)

I konkurslagen finns ett par bestämmelser som står i strid mot direktivet, nämligen dels 5 kap. 15 § om att kvittning inte får ske ifall kvittning är utesluten på grund av fordringarnas beskaffenhet, dels 8 kap. 10 § rörande försäljning av pant i konkurs. Bestämmelsen i 5 kap. 15 § är visserligen inskränkt genom 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument, men den inskränkningen gäller bara vid handel med finansiella instrument m.m., inte om ett finansiellt instrument utgör säkerhet vid annan handel.

Av bestämmelsen om fordringarnas beskaffenhet i 5 kap. 15 § konkurslagen anses följa att fordringar får – oavsett vad parterna avtalat – avräknas mot varandra i konkurs bara om de är av samma art. Således kan penningfordringar inte avräknas mot aktiefordringar. I begreppet fordringarnas beskaffenhet ligger emellertid mer än sådan s.k. komputabilitet. Om konkursgäldenären t.ex. har en fordran på underhållsbidrag, anses borgenären inte kunna kvitta med annan fordran. Inte heller kan borgenären använda en efterställd fordran för kvittning i konkurs. (Se NJA II 1976 s. 221 f.) Att borgenärens skuld utgör en redovisningsskuld hindrar dock inte kvittning (NJA 1971

s.122).

I förslaget till ändring av *5 kap. 15 § konkurslagen* föreskrivs i tredje stycket att bestämmelsen om att kvittning inte får vara utesluten på grund av fordringarnas beskaffenhet inte skall gälla, om borgenären till kvittning använder finansiella instrument eller valuta som han innehåller som säkerhet och det framgår av avtalet mellan borgenären och gäldenären att förpliktelserna dem emellan skall slutavräknas om en av parterna försätts i konkurs eller att borgenären får realisera säkerheten genom kvittning.

Därmed kommer en säkerhet i ett finansiellt instrument eller valuta med stöd av ett villkor i avtalet att kunna användas till kvittning, även om kvittning skulle ha varit utesluten på annan grund än bristande komputabilitet. Visserligen torde det vara ovanligt att t.ex. en fordran på underhållsbidrag kommer att stå mot en fordran säkrad med ett finansiellt instrument eller valuta, men Lagrådet får intrycket att bakom remissförslaget ligger uppfattningen att termen "fordringarnas beskaffenhet" syftar uteslutande på komputabilitet och att andra konsekvenser av förslaget inte är övervägda. Sålunda finns ingen värderande diskussion av huruvida det är lämpligt att kvittning i konkurs med stöd av ett generellt avtalsvillkor får ske med finansiella instrument, som säkrar en fordran på leverans av en maskin, mot leverantörens fordran på betalning eller skadestånd hänförlig till samma eller en annan affär. Det skulle betyda att en köpare, som ångrade sitt köp, vid konkurs skulle kunna frigöra sig från detta i de fall han råkar ha en konnex eller inkonnex skuld till leverantören, varigenom konkursboets rätt enligt 63 § första stycket köplagen att inträda i avtalet sätts ur spel.

Det kan dessutom anmärkas att, om enligt parternas avtal även inkomputabla fordringar får kvittas mot varandra utom konkurs, det inte

finns något behov av att införa det föreslagna undantaget. Kvittning är ju då tillåten även i konkurs enligt huvudregeln. Vad som åstadkoms genom förslaget är att ett avtal som innebär att kvittning får ske vid endera partens konkurs, men inte annars, blir bindande för konkursboet. Ett sådant avtalsvillkor bör emellertid inte respekteras, och det har knappast heller varit syftet med direktivet.

Samtidigt som förslaget således skulle få långtgående verkningar, är det i ett annat avseende för inskränkt för att åstadkomma vad som åsyftas. Undantaget omfattar endast situationen när borgenären innehar finansiella instrument eller valuta som säkerhet. Om han mottagit ett "aktielån" med fri förfoganderätt över aktierna på kredit, innehar han inte aktierna som säkerhet för en annan förpliktelse utan med äganderätt. Hans skuld att leverera likadana aktier till "långivaren" faller utom den föreslagna lagbestämmelsen. Ibland kan emellertid "aktielånet" eller repän ingå som ett moment i en större helhet, där skyldigheten att leverera likadana aktier utgör säkerhet i den egna skulden för en fordran på den som "lånat" ut aktierna. Huruvida en skyldighet till leverans enligt repän utgör säkerhet för ett annat åtagande borde rimligen bedömas med hänsyn till andra regler än den kvittningsrätt som enligt lagförslaget blir följden om repän utgör en säkerhet; i annat fall skulle det bli fråga om ett rent cirkelresonemang. Lagrådet förmodar att ifrågasättande bedömningar kan bli intrikata. Samtidigt noteras att leveransskyldighet enligt repor med stöd av en kvittnings- eller slutavräkningsklausul kan avräknas enligt 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument.

Slutligen vill Lagrådet ifrågasätta huruvida en ändring i 5 kap. 15 § konkurslagen över huvud taget behövs. När det föreslås att en borgenär i enlighet med parternas avtal skall få använda finansiella instrument eller valuta till kvittning, innebär det i realiteten att borgenären utan realisation skall få tillgodogöra sig säkerheten mot att han

redovisar överhypoteket till gäldenärens konkursbo. En sådan regel har sitt naturliga hemvist i 8 kap. 10 § konkurslagen. Att det i säkerhetsdirektivet anges att borgenären skall ha rätt att tillgodogöra sig säkerheten under beteckningen kvittning bör rimligen inte kräva att en ändring görs i konkurslagens kvittningsparagraf.

Sammanfattningsvis anser Lagrådet att en ändring inte alls behöver göras i 5 kap. 15 § konkurslagen; sakligt sett passar den föreslagna ändringen bättre i 8 kap. 10 § samma lag (se strax nedan). Dessutom anser Lagrådet att underlaget sviktar vad gäller en så generell ändring som den föreslagna. Lagrådet ifrågasätter därför om det inte vore lämpligare att tills vidare begränsa ändringen till avtal mellan parter som faller under säkerhetsdirektivets obligatoriska område, dvs. sådana som nämns i artikel 1.2 a-d. En sådan ändring utförs lämpligen genom att 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument får ett vidgat tillämpningsområde, så att paragrafen inte bara gäller vid handel med finansiella instrument m.m. utan också när finansiella instrument eller valuta lämnats som säkerhet mellan sådana parter.

Enligt artikel 4 i säkerhetsdirektivet räcker det inte att medlemsstaterna ser till att en finansiell säkerhet kan användas till omedelbar "kvittning". Staterna skall också se till att en borgenär, som innehar finansiella säkerheter eller valuta, utan hinder av insolvensförfarande kan realisera säkerheterna i enlighet med villkoren i parternas avtal. Därför föreslås i remissen att *8 kap. 10 § andra stycket första meningen konkurslagen* får ett tillägg av denna innebörd. Även mot denna bestämmelse kan anmärkningen riktas att den kan leda till att ett konkursbos rätt att inträda i gäldenärens avtal enligt 63 § köplagen och liknande regler sätts ur spel. Om det anges i avtalet att en parts konkurs ger motparten rätt att omedelbart sälja eller tillgodogöra sig en säkerhet i finansiella instrument eller valuta, kommer den

som har sådan säkerhet för motpartens rätta fullgörelse av en leveransförpliktelse att kunna häva och ta säkerheten i anspråk trots att konkursboet enligt 63 § köplagen har en tvingande rätt att inom skälig tid efter förfrågan avvärja hävning genom inträde i avtalet. Vid tillkomsten av 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument ansågs det visserligen lämpligt att ett konkursbo inte skulle ha rätt att inträda i gäldenärens där aktuella avtal, men är den bedömningen berättigad när det underliggande avtalet kan gälla vad som helst? Den nuvarande bestämmelsen i 8 kap. 10 § andra stycket konkurslagen kan läsas med förbehållet att innehavaren av de pantsatta, noterade finansiella instrumenten enligt såväl parternas avtal som tvingande rättsregler vid sidan av konkurslagen är berättigad att ta säkerheten i anspråk. En sådan tolkning blir inte möjlig av den föreslagna nya första meningen i andra stycket, eftersom tolkningen skall vara konform med artikel 4 i säkerhetsdirektivet. Också på denna punkt borde det därför övervägas om en begränsning av den nya regelns tillämpningsområde borde göras till direktivets obligatoriska område, där det i praktiken alltid torde vara fråga om handel med finansiella instrument. I så fall kunde den nya bestämmelsen placeras i 5 kap. lagen om handel med finansiella instrument.

Enligt föreslagen ändring i 8 kap. 10 § skall endast ett villkor om att borgenären har rätt att själv sälja säkerheten gälla mot konkursboet. I säkerhetsdirektivet anges dessutom att ett villkor som ger borgenären rätt att utan försäljning tillgodogöra sig säkerheten enligt värderingsprinciper som framgår av avtalet också skall gälla mot konkursboet. Som nyss anförts bör det övervägas att införa även en sådan bestämmelse i 8 kap. 10 § i stället för den föreslagna ändringen i 5 kap. 15 §, såvida inte ändringarna görs i 5 kap. lagen om handel med finansiella instrument. Oavsett om den nya bestämmelsen införs

i 8 kap. 10 § konkurslagen eller i 5 kap. lagen om handel med finansiella instrument bör det betonas att det enda som borgenären enligt tillägget får göra är att "själv sälja" i enlighet med avtalet. Där anges inte hur stor del av likviden som borgenären kan kreditera sig. Enligt 37 § avtalslagen är förbehåll – om att pant eller annan säkerhet är förverkad, om den förpliktelse för vars fullgörande säkerheten ställts icke rätteligen fullgörs – utan verkan. Härav får anses följa att ett överhypotek alltid skall utges till säkerhetsställaren och att realiseringen skall ske på ett affärsmässigt rimligt sätt (jfr artikel 4.6 i säkerhetsdirektivet).

Sedan ett undantag gjorts för dotterbolagsaktier i den följande meningen, föreskrivs att noterade finansiella instrument samt valuta "även i annat fall" får säljas omedelbart till gällande börs- eller marknadspris. Orden "även i annat fall" kan uppfattas som syftande på den närmast föregående meningen men syftar i själva verket på andra fall än då parterna avtalat om att borgenären skall ha en rätt att sälja själv. Paragrafen skulle bli lättare att tillägna sig om det i den andra meningen stadgades: "*Även om det inte avtalats* får finansiella instrument etc." (med borttagande av orden "även i annat fall"). Därefter kunde den föreslagna andra meningen komma som en tredje mening, lydande: "Borgenären skall dock *alltid* först ge etc.". Även denna bestämmelse måste anses försedd med det tysta undantaget att försäljningen (t.ex. av en kontrollpost) måste ske på ett affärsmässigt rimligt sätt, eftersom överhypotek tillkommer säkerhetsställaren.

## Fordringar överlåtna till tredje man

Enligt artikel 7.1 i direktivet skall medlemsstaterna säkerställa att en slutavräkningsklausul kan genomföras i enlighet med dess villkor a) utan hinder av konkurs etc. och b) utan hinder av varje påstådd överlåtelse, rättsligt eller annat beslagtagande eller disposition över eller avseende sådana rättigheter. Enligt ingressmening 15 bör direktivet dock inte påverka ”tillämpningen av restriktioner eller krav i den nationella lagstiftningen som innebär att krav och förpliktelser skall beaktas vid kvittning eller avräkning, till exempel eftersom de är ömsesidiga eller har uppstått innan säkerhetstagaren kände till eller borde ha känt till inledandet av (insolvensförfarandet)”. Denna svenska version är mindre lyckad. Ingressmeningens rätta innebörd är att – trots direktivet – alla nationella krav för kvittning respekteras, till exempel krav på att fordringarna skall vara ömsesidiga eller ha uppstått innan etc. Detta framgår av den engelska texten.

”This Directive should be without prejudice to any restrictions or requirements under national law on bringing into account claims, on obligations to set-off, or on netting, for example relating to their reciprocity or the fact that they have been concluded prior to when the collateral taker knew or ought to have known of the commencement --- of winding-up proceedings ---.”

Man kan åter förvåna sig över en lagstiftningsteknik som innebär att en artikel i direktivet motsägs genom satser i ingressen, men Lagrådet utgår från att reservationerna i ingressen kan tas ad notam.

Detta innebär till att börja med att kravet i 5 kap. 15 § konkurslagen – att fordringarna skall ha uppkommit före konkursen eller den utsträckta tid som framgår av 3 kap. 2 § konkurslagen – är tillåtet. Det följer av att det i ingressmening 15 står ”any restrictions” och ”for example”.

Frågan blir härnäst hur bestämmelsen i artikel 7.1, om att "varje påstådd överlåtelse" inte skall hindra kvittning eller avräkning, förhåller sig till svensk rätt. Är också den bestämmelsen utan betydelse på grund av ingressmening 15 rörande tillåtligheten av krav på ömsesidighet?

För regeringen uppkommer inte den frågan, eftersom regeringen i remissen antar att den svenska regleringen av slutavräkning vid partsbyten överensstämmer med säkerhetsdirektivets bestämmelser (avsnitt 8.5). I remissen kommer regeringen fram till denna slutsats genom ett konstaterande av att avsikten med artikel 7.1 torde ha varit att "träffa nettningsbara förpliktelser som härrör från samma avtal och där ena förpliktelsen därför inte kan överlåtas utan vidare. Det är främst fråga om olika former av repor (återköpsavtal), men även avtal som innehåller en rätt för 'panthavaren' att förfoga över panten som ägare, och likaledes en skyldighet att lämna tillbaka likvärdig säkerhet. --- Den ena förpliktelsen kan i så fall inte skiljas från den andra, vilket i sin tur innebär att penningfordringen inte är avsedd att överlåtas." Vidare anförs att formuleringen "påstådd" ("purported") framför "överlåtelse" tyder på att en slutavräkningsklausul bara skall kunna göras gällande så länge överlåtelsen inte fullbordats sakrättsligt. Eftersom den överlåtna fordringens gäldenär i stort sett får kvitta med en motfordran hos överlåtarens innan han blivit underrättad om överlåtelsen, varvid sakrättsligt skydd uppkommer för förvärvaren, skulle svensk rätt uppfylla kravet på kvittningsmöjlighet trots förekommande överlåtelser.

Lagrådet har till att börja med svårt att förstå hänvisningen till repor och pantsättningar där panthavaren har fri förfoganderätt. Den omständigheten att "låntagaren" respektive "panthavaren" är skyldig att återlämna likadana finansiella instrument och inte kan befria sig från denna skyldighet utan motpartens samtycke hindrar inte att han

kan överlåta en fordran som han har på motparten. Denna överlåtna fordran behöver inte ingå i återköpsavtalet respektive pantavtalet eller ens vara konnex med detta.

Vidare finns inget stöd för att i ordet "påstådd" ("purported") skall inläsas betydelsen att det bara rör sig om överlåtelser som inte fått sakrättsligt skydd. Bristande sakrättsligt skydd brukar uttryckas på annat sätt ("not perfected" eller "not provided", se ingressen p. 8 och 9 samt artikel 9.2 b).

Det kunde emellertid tänkas, vilket delvis framhålls i remissen, att reglerna i skuldebrevslagen medför att en part har rätt att i enlighet med parternas avtal kvitta sin motfordran hos överlåtare (den insolventa parten) även om denne överlåtit huvudfordringen till en tredje man. I remissen framhålls att en förvärvare enligt 27 § skuldebrevslagen inte äger bättre rätt än överlåtare. Härav skulle följa att förvärvaren blir bunden av avtalet om kvittning/slutavräkning. Emellertid torde 27 § såvitt gäller kvittning ha modifierats av 28 § i syfte att bereda en förvärvare ett visst kvittningsskydd. Enligt 28 § skuldebrevslagen är kvittning med motfordran hos överlåtare utesluten inte bara om gäldenären förvärvat sin motfordran sedan han fått kännedom om överlåtelserna utan också – utom vid konkurs – om han förvärvat den dessförinnan men motfordringen förföll senare än huvudfordringen. Det betyder exempelvis att en motfordran som förfaller den 1 april inte kan kvittas mot en huvudfordran som förfaller den 1 mars samma år, sedan huvudfordringen överlåtit till en tredje man, även om gäldenären (konkursborgenären) förvärvat motfordringen innan han hade skälig anledning att förmoda att huvudfordringen överlåtit. Skulle huvudfordringen ha manifesterats i ett löpande skuldebrev, är gäldenärens kvittningsrätt än mer inskränkt (se 18 § skuldebrevslagen).

Hindret enligt skuldebrevslagen mot kvittning när den insolventa motparten överlåtit sin fordran (huvudfordringen) läkes inte i 5 kap. 15 § konkurslagen, där ömsesidighet eller rätt till kvittning enligt skuldebrevslagen förutsätts, och inte heller i 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument, där det bara sägs att slutavräkningsklausulen gäller mot parternas borgenärer (men ej mot dem som förvärvat deras fordringar, s.k. singularsuccessorer).

Det anförda leder sammanfattningsvis till slutsatsen att svensk rätt inte uppfyller kravet i artikel 7.1 att en part i ett slutavräkningsavtal kan genomföra slutavräkning utan hinder av varje (påstådd) överlåtelse eller, i analogi härmed, varje rättsligt beslagtagande (utmätning). Det är i hög grad diskutabelt att en part med stöd av ett avtal generellt får kvitta utan hinder av att motparten överlåtit sin fordran. Valet står därför mellan att med stöd av ingressmening 15 helt bortse från artikel 7.1 såvitt gäller överlåtelse och att göra en lagändring som begränsar sig till den finansiella sektorn. I sistnämnt fall skulle det i 5 kap. lagen om handel med finansiella instrument kunna infogas en bestämmelse om att, ifall två parter som omnämns i säkerhetsdirektivet artikel 1.2 a-d avtalat om slutavräkning, denna skall omfatta också fordringar som endera parten haft på motparten men överlåtit till tredje man eller som blivit utmäta. Det torde ligga i öppen dag vilken osäkerhet en sådan bestämmelse skulle föra med sig för tredje man. Lagrådet förordar därför att Sverige – med stöd av ingressmening 15 – ej vidtar någon åtgärd i anledning av artikel 7.1.

### **Fordringar förvärvade från tredje man; 5 kap. 16 § konkurslagen**

Enligt 5 kap. 16 § konkurslagen får en fordran mot gäldenären som har förvärvats genom en överlåtelse från tredje man senare än tre månader före den i 4 kap. 2 § angivna fristdagen inte användas till

kvittning mot en fordran som gäldenären hade när borgenären förvärvade sin fordran. Detsamma gäller om en fordran mot gäldenären har förvärvats tidigare genom sådan överlåtelse och borgenären då hade skälig anledning att anta att gäldenären var insolvent. Syftet med dessa kvittningsinskränkningar är att en borgenär, som har en värdelös fordran mot en insolvent gäldenär, inte skall kunna skaffa sig viss betalning för fordringen genom att överlåta den till en person som häftar i skuld till gäldenären och därför kan använda fordringens hela nominella belopp till kvittning mot sin skuld.

I remissen anføres (avsnitt 7.2.3) att 5 kap. 16 § konkurslagen inte är förenlig med säkerhetsdirektivet, eftersom direktivet inte gör någon skillnad mellan fordringar som uppkommit mellan parterna och fordringar som förvärvats från tredje man, bara de är säkerställda enligt avtalet. Därtill sägs tremånadersregeln inte stå i samklang med förbudet mot rent objektiva återvinningsregler (dvs. återvinningsregler som uteslutande beaktar tid) i artikel 8 i direktivet (jfr även ingressen p. 16).

I anledning av det anförda föreslås att den strikta regeln – om att fordringar förvärvade inom tre månader före fristdagen ej får kvittas – kompletteras med ett undantag. Kvittning skall ändå få ske, om förvärvet med hänsyn till omständigheterna kan anses som ordinärt.

Det kan inledningsvis noteras att en förutsättning enligt säkerhetsdirektivet för att en förvärvad fordran skall kunna användas till kvittning är att fordringen enligt parternas avtal är säkerställd med finansiella instrument etc. Det innebär att parternas avtal måste innebära att varje säkerhet som ställts mellan dem skall utgöra säkerhet också för fordringar som förvärvats från tredje man. Enligt NJA 1923 s. 258 kan en generellt förskriven pant emellertid inte användas för täckande av fordringar förvärvade från tredje man. Det rör sig här om en

avtalsrättslig ogiltighetsregel (se även SOU 1974:83 s. 184 ff.). Sådana nationella ogiltighetsregler synes vara respekterade i direktivet. Härtill kommer att det i den nämnda ingressmeningen 15 står att varje nationellt förbehåll rörande avräkningsbarhet, t.ex. avseende ömsesidighet, skall respekteras. Behovet av att alls göra någon ändring i 5 kap. 16 § på grund av direktivet kan därför sättas i fråga.

En annan sak är att 5 kap. 16 § konkurslagen ändå kan behöva inskränkas avseende fall då förvärvet var ordinärt. Lagrådet har därför ingen invändning mot förslaget men vill betona att friheten från återvinning skall inskränkas till sådana förvärv som gjorts utan hänsyn till att gäldenären var eller kunde tänkas bli insolvent, t.ex. i samband med omstrukturering i en koncern.

På grund av det nu berörda förslaget görs i 5 kap. 16 § första stycket en ny sammanknytning av andra meningen med den första. Inget i remissen tyder på att det reflekterats över den sakliga konsekvensen av den nya sammanknytningen. Det kan emellertid diskuteras vilken regeln bör vara. Eftersom ett förvärv inom tremånadersfristen tidigare alltid uteslöt kvittning, hade lagstiftaren då att ta ställning till vad som skulle gälla avseende förvärv som skett "tidigare". Om nu förvärv inom tremånadersfristen kan medföra kvittningsrätt när förvärvet är ordinärt, uppkommer frågan om kvittning i sådana fall ändå skall vara utesluten ifall borgenären vid förvärvet hade skälig anledning att anta att gäldenären var insolvent. Man kunde tycka att kvittning i sådana fall borde vara utesluten a fortiori: om ond tro alltid utesluter kvittning när förvärvet skett exempelvis ett år före fristdagen, även om förvärvet var ordinärt, borde den onda tron i än högre grad utesluta kvittning om förvärvet skett senare än tre månader före fristdagen. Det kan inte tas för givet att ett förvärv alltid kan anses extraordinärt, när förvärvaren är i ond tro, och att något undantag för ond tro därför inte behövs inom tremånadersfristen. Lagrådet förordar därför att ordet

”tidigare” stryks i andra meningen. Alternativt kunde första meningen ges den utformningen, att en fordran som förvärvats från tredje man när borgenären hade skälig anledning att anta att gäldenären var insolvent inte får användas till kvittning mot en fordran som gäldenären hade hos borgenären när denne förvärvade sin fordran, utom om förvärvet med hänsyn till omständigheterna kan anses som ordinärt.

### **Företagsrekonstruktion och slutavräkning m.m.**

I avsnitt 7.2.5 gör regeringen bedömningen att bestämmelserna i lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion är förenliga med säkerhetsdirektivet. Skälet synes vara dels att lagen om företagsrekonstruktion enligt dess 1 kap. 3 § inte tillämpas på finansiella företag, dvs. sådana finansiella aktörer som omfattas av säkerhetsdirektivet, dels att lagen om företagsrekonstruktion inte hindrar slutavräkning när motparten till ett finansiellt företag (ett vanligt aktiebolag eller en fysisk person) undergår företagsrekonstruktion.

I remissen anförs bl.a. att 2 kap. 20 § företagsrekonstruktionslagen – enligt vilken rekonstruktionsgäldenären kan hindra hävning med anledning av betalningsförsummelse före rekonstruktionens inledning – inte borde medföra något hinder för borgenären att realisera sin säkerhet, eftersom en realisation av säkerheten inte hindrar gäldenären från att fortsätta sin verksamhet och eftersom överhypoteket tillkommer gäldenären. Det tilläggs att en sådan tolkning understöds av 2 kap. 17 § samma lag, där det står att en panthavare kan få verkställighet i panten även under företagsrekonstruktion; det skulle vara inkonsekvent, sägs det, att låta panthavaren vidta exekutiva åtgärder enligt utsökningsbalken men inte låta honom realisera panten enligt avtalet.

Lagrådet tvivlar på att det förda resonemanget håller. Rätten till verkställighet enligt 2 kap. 17 § förutsätter att relevant betalningsförsummelse föreligger. Om borgenären hävt avtalet före inledandet av företagsrekonstruktionen eller gäldenären förklarat att han inte vill fullfölja avtalet (fullgöra betalningen) eller dröjsmålet med betalningen inträffat först sedan rekonstruktionen inletts, får borgenären säga upp krediten och realisera sin säkerhet, och borgenären kan även begära utmätning av denna. Men det skulle strida mot ändamålet med 2 kap. 20 § om gäldenären, när varken hävningsförklaring (uppsägning av krediten) skett eller panten realiserats före inledandet av rekonstruktionen, skulle sakna rätt att undanröja hävningsgrunden (uppsägningsskylten) genom en omedelbar betalning. (Se även prop. 1995/96:5 s. 239 och prop. 1999/2000:18 s. 75, där det förutsatts att 2 kap. 20 § företagsrekonstruktionslagen behövde modifieras i lagen om handel med finansiella instrument.)

Borgenären har emellertid rätt att – i den mån det är fråga om handel med finansiella instrument, dvs. dessa utgör inte bara säkerhet för annan handel – kräva slutavräkning trots företagsrekonstruktionen med stöd av 5 kap. 1 § andra stycket lagen om handel med finansiella instrument. Härmed uppfylls dock inte kraven i artikel 4.1 och 4.5 på att borgenären, oavsett förekomsten av en slutavräkningsklausul, skall ha rätt att enligt ingånget avtal sälja eller tillägna sig säkerheten trots inledd företagsrekonstruktion. Dessutom faller som nämnts avtal som inte rör handel med finansiella instrument utom 5 kap. 1 § nämnda lag, även om ena parten lämnat finansiella instrument som säkerhet.

Därmed synes säkerhetsdirektivet kräva en komplettering av lagen om företagsrekonstruktion, innebärande att 2 kap. 20 § inte skall tillämpas om borgenären enligt avtalet har rätt att sälja en finansiell säkerhet i säkerhetsdirektivets mening. Dessutom måste 5 kap. 1 §

lagen om handel med finansiella instrument utvidgas så att den omfattar alla situationer som obligatoriskt faller inom säkerhetsdirektivet. Dessa modifieringar skulle kunna avse alla fall, där ena parten har säkerhet i finansiella instrument eller valuta. Som tidigare anförts rörande förslagen till 5 kap. 15 § och 8 kap. 10 § konkurslagen kan det emellertid befaras att en sådan reglering skulle gå alltför långt med hänsyn till att den underliggande förpliktelsen kan avse vad som helst. En annan möjlighet är att begränsa lagändringarna till säkerhetsdirektivets obligatoriska område, dvs. där båda parter hör till någon av de kategorier som nämns i direktivets artikel 1.2 a–d och den underliggande affären i praktiken kommer att avse handel med finansiella instrument.

I detta sammanhang vill Lagrådet fästa uppmärksamheten på den nuvarande lydelsen av *andra stycket av 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument*. Där stadgas att ett villkor om att sluta värkning skall ske av samtliga utestående förpliktelser vid företagsrekonstruktion gäller mot gäldenären och de borgenärer vars fordringar omfattas av ett offentligt ackord. Bestämmelsen ger intrycket att villkoret inte gäller mot borgenärer med förmånsrätt (t.ex. företagsinteckningshavare och anställda), vilka inte omfattas av ett offentligt ackord. Men också dessa borde vara bundna av villkoret (jfr deras bundenhet vid alternativet konkurs). Formuleringen i andra stycket kunde därför ges lydelsen att villkoret gäller mot gäldenären och dennes borgenärer.

Slutligen bör kvittningsbestämmelsen i 2 kap. 21 § lagen om företagsrekonstruktion anpassas till de ändringar som görs i 5 kap. 15 och 16 §§ konkurslagen (såvida inte ändringarna i stället görs i 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument) för att se till att ett finansiellt institut kan kvitta enligt säkerhetsdirektivet när mot-

parten till ett finansiellt institut undergår företagsrekonstruktion men det inte är fråga om handel med finansiella instrument.

### **Rättshandlingar efter konkursbeslutet**

I säkerhetsdirektivets artikel 8.2 föreskrivs att ett avtal om finansiellt säkerställande eller en relevant finansiell förpliktelse som har trätt i kraft eller en finansiell säkerhet som har ställts på dagen för, men efter tidpunkten för, inledandet av insolvensförfaranden skall ha rättslig verkan och vara bindande för tredje man, om säkerhetstagaren kan bevisa att han varken kände till eller borde ha känt till att insolvensförfarandet inletts.

I remissen anförs att svensk rätt står i överensstämmelse med säkerhetsdirektivets artikel 8.2. Regeringen hänför sig här till 3 kap. 2 § konkurslagen. Enligt denna bestämmelses första mening skall en rättshandling mellan gäldenären och någon annan som vidtas senast dagen efter den då kungörelsen om konkursen var införd i Post & Inrikes Tidningar gälla, om det inte visas att den andre var i ond tro om konkursbeslutet. Eftersom direktivet är ett minimidirektiv (se ingressmening 22) tillgodoser konkurslagens bestämmelse så långt direktivet. Enligt den nämnda bestämmelsens andra mening skall en överlåtelse eller ett annat förfogande över egendom som på grund av det sagda skall gälla likväl gå åter, om konkursboet utan oskäligt uppehåll yrkar det och boet ersätter den andre vad han har utgett jämte nödvändig eller nyttig kostnad.

De nu nämnda bestämmelserna, särskilt återgångsregeln, är emellertid inte tillämpliga när de särskilda bestämmelserna i 14 § skuldebrevslagen, 3 kap. 6 § aktiebolagslagen (1975:1385) eller 6 kap. 4 och 7 §§ lagen (1998:1479) om kontoföring av finansiella instrument är tillämpliga. Enligt dessa bestämmelser kan en medkontrahent i

god tro åberopa en överlåtelse eller pantsättning, även om överlåtarens av det löpande papperet eller finansiella instrumentet var försatt i konkurs utan att konkursboet har någon rätt att begära återgång. Om enkla fordringar, t.ex. bankfordringar, överläts eller pantsätts av en som försatts i konkurs, gäller dock 3 kap. 2 § konkurslagen utan inskränkning.

I remissen antas avseende det sistnämnda fallet att, om ett förfogande skall återgå enligt den andra meningen i 3 kap. 2 §, direktivet ändå får anses tillgodosett genom att borgenären har rätt att få tillbaka vad han utgett (dvs. krediten). Enligt gällande rätt får det emellertid anses högst tvivelaktigt att ett konkursbo, som kräver återgång enligt 3 kap. 2 § konkurslagen, behöver ge ut vederlaget när detta mottagits av gäldenären vid en tidigare tidpunkt än då gäldenärens förfogande ägde rum (se Håstad, a.a. s. 99, och Lennander i Karnov vid 3 kap. 2 § konkurslagen not 47; jfr NJA II 1976 s. 155, där det anförs att betalning efter konkursbeslutet skall återgå, utan att det samtidigt anförs att tidigare utgett vederlag måste återlämnas). Även regeringen synes hysa uppfattningen att vederlaget, för att det skall behöva återställas, måste ha utgetts av medkontrahenten samtidigt med gäldenärens förfogande, eftersom det i remissen därefter anförs att säkerhetshavaren inte har rätt till återbäring av krediten enligt 3 kap. 2 § konkurslagen, om en tilläggssäkerhet utgetts efter konkursbeslutet för en tidigare uppkommen fordran. I remissen tilläggs att artikel 8.2 emellertid inte träffar tilläggssäkerheter. Svensk rätt skulle därmed inte stå i strid mot direktivet, även om säkerställandet inte får full rättslig verkan i enlighet med artikel 8.2.

Lagrådet tror dock att artikel 8.2 får anses omfatta även tilläggssäkerheter. Att det finns en särskild bestämmelse rörande återvinning av tilläggssäkerheter i artikel 8.3 förklaras av att den bestämmelsen

inte gäller en säkerhet som ställs samtidigt med utgivandet av krediten.

Säkerhetsdirektivet får således anses kräva att 3 kap. 2 § konkurslagen ändras. En möjlighet är att förfoganden ovillkorligen blir bestående om förvärvaren därvid var i god tro om konkursbeslutet. Beredningsunderlaget för en sådan generell ändring är emellertid bristfälligt. Lämpligen införs därför en regel som bara omfattar förfoganden mellan sådana parter som omnämns i artikel 1.2 a-d i direktivet. En sådan specialregel placeras antingen i 3 kap. 2 § konkurslagen eller kanske hellre – jfr hänvisningen till andra regler i paragrafens tredje stycke – i 5 kap. lagen om handel med finansiella instrument. Den redan befintliga hänvisningen i tredje stycket skulle kunna anses täcka även ett undantag rörande finansiella instrument och valuta.

### **Sammanfattning**

Lagrådet får här sammanfatta sin inställning till de framlagda lagförslagen och till behovet av lagbestämmelser som komplettering av remissförslagen. I flera fall grundar sig Lagrådets rekommendation på att det remitterade förslaget inte innehåller en närmare diskussion av om det är lämpligt att de nya reglerna blir tillämpliga på underliggande förpliktelser som avser annat än handel med finansiella instrument eller liknande.

#### *Konkurslagen*

##### 5 kap. 15 §

Förslagen avstyrks. Den åsyftade ändringen kan bättre åstadkommas genom ett tillägg i 8 kap. 10 § konkurslagen eller genom en vidgning av 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument.

### 5 kap. 16 §

En jämkning bör göras av andra meningen, så att ondtrosregeln blir tillämplig även på rättshandlingar som företagits högst tre månader före fristdagen. Därjämte bör övervägas huruvida ett förvärv som skett i ond tro skall vara fredat från återvinning, ifall förvärvet var ordinärt.

### 8 kap 10 §

Det bör övervägas om förslaget till andra stycket första meningen skall inskränkas till säkerhetsdirektivets obligatoriska område och i så fall flyttas till 5 kap. lagen om handel med finansiella instrument.

Vidare bör en redaktionell ändring göras i andra stycket tredje meningen.

### *Lagen om handel med finansiella instrument*

### 3 kap. 1 §

Inskränkningen av det kvalificerade formkravet bör göras i enlighet med förslaget i Ds 2003:38.

### 3 kap. 3 §

Paragrafen bör temporärt ändras i enlighet med förslaget i Ds 2003:38. En översyn av paragrafen och andra regler om återpansättning bör företas.

## 5 kap. 1 §

Paragrafens tillämpningsområde bör vidgas så att den omfattar inte bara handel med finansiella instrument utan alla avtal mellan aktörer nämnda i säkerhetsdirektivets artikel 1.2 a-d och så att den avser inte bara rätt till slutavräkning utan också rätt att omedelbart sälja eller tillgodogöra sig ställd säkerhet. (Jfr Lagrådets anmärkningar rörande 5 kap. 15 § och 8 kap. 10 § konkurslagen samt 2 kap. 20 § lagen om företagsrekonstruktion.)

Den nuvarande andra stycket bör jämkas så att där anges att villkoret gäller mot gäldenären och dennes borgenärer.

Ett nytt stycke bör tillfogas, innebärande att ett konkursbo ej har rätt att begära återgång enligt 3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen, ifall säkerhet i finansiellt instrument eller valuta har överlämnats och båda parter finns omnämnda i säkerhetsdirektivets artikel 1.2 a-d.

### *Lagen om företagsrekonstruktion*

## 2 kap. 20 §

Om Lagrådets rekommendationer i övrigt följs, bör det i denna paragraf införas en hänvisning till 5 kap. lagen om handel med finansiella instrument.

## 2 kap. 21 §

I den mån ändringar görs i 5 kap. 15 och 16 §§ konkurslagen bör en

anpassning göras i företagsrekonstruktionslagens kvittningsregel.