

Förord

Europaparlamentet och rådet antog den 6 maj 2009 direktiv 2009/44/EG om ändring av det s.k. finalitydirektivet (98/26/EG) och det s.k. säkerhetsdirektivet (2002/47/EG), vad gäller sammanlänkade system och kreditfordringar.

Finansdepartementet gav den 14 juli 2009 lagmannen Mikael Mellqvist i uppdrag att i en promemoria redovisa behovet av särskilda införlivandeåtgärder i svensk rätt i anledning av ändringsdirektivet. Genom denna promemoria redovisas uppdraget. Uppdraget är därmed avslutat.

Visby i april 2010

Mikael Mellqvist

Innehållsförteckning

1	Promemorians huvudsakliga innehåll.....	5
2	Promemorians lagförslag	7
2.1	Förslag till lag om ändring i konkurslagen (1987:672).....	7
2.2	Förslag till lag om ändring i lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument.....	9
2.3	Förslag till lag om ändring i lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion	12
2.4	Förslag till lag om ändring i lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden	14
3	Uppdraget	16
4	Bakgrund	16
4.1	Finansmarknadens rättsliga reglering av systemrisker	16
4.1.1	Olika risker.....	16
4.1.2	Ändamålen med finality- och säkerhetsdirektiven.....	18
4.2	Den svenska insolvensrättsliga regleringen	21
4.2.1	Allmänt.....	21
4.2.2	Rådighetsförlust och uppkomsten av en tredje man.....	21
4.2.3	Kvittning i konkurs	22
4.2.4	Återvinning	23
4.2.5	Svensk internationell insolvensreglering.....	25
5	Finality- och säkerhetsdirektiven.....	29
5.1	Allmänt	29
5.2	Finalitydirektivets innehåll.....	29
5.2.1	Tillämpningsområdet	29
5.2.2	Direktivets insolvensskydd för överföringsuppdrag och nettning	32
5.2.3	Säkerhetsregleringen i artikel 9.....	35
5.3	Finalitydirektivets införlivande med svensk rätt	36
5.3.1	Allmänt.....	36
5.3.2	Lagval – artikel 8	37
5.3.3	Överföringsuppdrag och nettning – artikel 3 och 5.....	37
5.3.4	Reglering av säkerheter – artikel 9.1.....	40
5.3.5	Tillämplig lag för säkerheter – artikel 9.2.....	41
5.4	Säkerhetsdirektivets innehåll	43
5.4.1	Syften och tillämpningsområde.....	43
5.4.2	Förfoganderätten – artikel 5	44
5.4.3	Verkställighet – artikel 4.....	47
5.4.4	Slutavräkningsklausuler – artikel 7.....	49

5.4.5	Undantag från vissa insolvensbestämmelser – artikel 8	50
5.4.6	Lagval – artikel 9	52
5.5	Säkerhetsdirektivets införlivande med svensk rätt	53
5.5.1	Allmänt om bedömningarna av behovet av införlivandeåtgärder	53
5.5.2	Undantag för finansiella aktörer – artikel 5	55
5.5.3	Realisation i konkurs – artikel 4	55
5.5.4	Företagsrekonstruktion – artikel 4	57
5.5.5	Slutavräkning vid obestånd – artikel 7	57
5.5.6	Undantag från vissa insolvensbestämmelser – artikel 8	58
6	Ändringsdirektivet	61
6.1	Bakgrund och syften	61
6.2	Övergripande om aktuella införlivandeåtgärder	62
6.3	Ändringar i finalitydirektivet och behovet av införlivandeåtgärder	63
6.3.1	Bedömning artikel för artikel	63
6.3.2	Förekomsten av en systemoperatör (administratör) och samverkande system	65
6.4	Ändringar i säkerhetsdirektivet och behovet av införlivandeåtgärder	68
6.4.1	Bedömning artikel för artikel	68
6.4.2	Tillkomsten av vissa penningfordringar som säkerhetsobjekt	69
7	Övergångsbestämmelser m.m.	77
8	Konsekvenser av förslagen	78
8.1	Problem och lösning	78
8.2	Vilka berörs?	78
8.3	Effekter för företag och företagande	78
8.4	Övrigt	79
9	Författningskommentar	79
9.1	Förslaget till lag om ändring i konkurslagen (1987:672)	79
9.2	Förslaget till lag om ändring i lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument	80
9.3	Förslaget till lag om ändring i lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion	80
9.4	Förslaget till lag om ändring i lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden	80
Bilaga 1	Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/44/EG av den 6 maj 2009 om ändring av direktiv 98/26/EG om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper och direktiv 2002/47/EG om ställande av finansiell säkerhet, vad gäller sammanlänkade system och kreditfordringar	81

Bilaga 2	Europarlamentets och rådets direktiv 98/26/EG av den 19 maj 1998 om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper	89
Bilaga 3	Europarlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet	101
Bilaga 4	Parallelluppställning – förteckning över bestämmelser som genomför direktivet i svensk rätt.....	117

1 Promemorians huvudsakliga innehåll

Det s.k. finalitydirektivet¹ och det s.k. säkerhetsdirektivet² antogs av Europaparlamentet och rådet i maj 1998 respektive juni 2002.

Finalitydirektivet har införlivats med svensk rätt genom lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden (AL) samt vissa ändringar i konkurslagen (1987:672) och lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument. Säkerhetsdirektivet har införlivats med svensk rätt genom vissa ändringar i konkurslagen, lagen om handel med finansiella instrument och lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion.

Europaparlamentet och rådet antog den 6 maj 2009 ett direktiv³ om ändring av finalitydirektivet och säkerhetsdirektivet (i det följande benämnt ”ändringsdirektivet”). I denna promemoria görs bedömningar och lämnas förslag rörande behovet av ändringar i svensk rätt i syfte att införliva ändringsdirektivet.

Den övergripande bedömningen är att ändringsdirektivet – i och med att det såväl strukturellt som innehållsmässigt håller sig helt inom ramarna för finality- respektive säkerhetsdirektivet – inte kräver några omfattande ändringar av svensk rätt. De huvudsakliga ändringarna i sak är, vad gäller finalitydirektivet, förekomsten av en systemoperatör (administratör) och samverkande system och, vad gäller säkerhetsdirektivet, tillkomsten av ”kreditfordringar” (dvs. vissa penningfordringar) som säkerhetsobjekt. Detta har föranlett följande bedömningar och förslag.

- I 9 § AL krävs ett tillägg i anledning av att det till Europeiska kommissionen ska anmälas vem som är systemoperatör (administratör).
- I 2 och 13 §§ AL samt i 1 kap. 1 § och 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument krävs tillägg på grund av den nytillkomna regleringen av ”samverkande system”.
- I 8 kap. 10 § andra stycket konkurslagen och 2 kap. 20 § tredje stycket lagen om företagsrekonstruktion bör ändringar göras så att ”kreditfordringar” läggs till jämte finansiella instrument och valuta. I de båda lagrummen bör beteckningen ”penningfordran” användas i stället för ”kreditfordran”. Tillämpningsområdet bör dock avgränsas så att det svarar mot direktivets definition av kreditfordran.
- Det är för svenskt vidkommande inte nödvändigt eller önskvärt att utnyttja möjligheten till att göra undantag för

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 98/26/EG av den 19 maj 1998 om slutgiltigt avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper (EGT L 166, 11.6.1998, s. 45, Celex 31998L0026).

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet (EGT L 168, 27.6.2002, s. 43, Celex 32002L0047).

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/44/EG av den 6 maj 2009 om ändring av direktiv 98/26/EG om slutgiltigt avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper och direktiv 2002/47/EG om ställande av finansiell säkerhet, vad gäller sammanlänkade system och kreditfordringar (EUT L 146, 10.6.2009, s. 37, Celex 32009L0044).

konsumentkreditfordringar eller fordringar där ett småföretag är gäldenär. Det förhållandet att kreditfordringar har tillkommit kräver inte några ändringar i svensk rätt vad avser sakrättsliga moment, konsumentskydd eller banksekretess.

Lagändringarna föreslås träda i kraft den 30 juni 2011.

2 Promemorians lagförslag

2.1 Förslag till lag om ändring i konkurslagen (1987:672)

Härigenom föreskrivs¹ att 8 kap. 10 § konkurslagen (1987:672) ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

8 kap.

10 §²

En borgenär som innehar lös egendom med handpanträtt får själv ombesörja att egendomen säljs på auktion. En sådan försäljning får dock inte utan förvaltarens samtycke äga rum tidigare än fyra veckor efter edgångssammanträdet. Borgenären *skall* minst en vecka innan han vidtar åtgärd för egendomens försäljning ge förvaltaren tillfälle att lösa in egendomen. Om det är fråga om ett fartyg eller gods i fartyg eller i luftfartyg eller intecknade reservdelar till luftfartyg, *skall* egendomen säljas exekutivt.

Finansiella instrument och valuta får omedelbart säljas eller realiseras genom avräkning av en borgenär som har egendomen som säkerhet, om det sker på ett affärsmässigt rimligt sätt. Består säkerheten av onoterade aktier i konkursgäldenärens dotterbolag, *skall* borgenären dock först fråga förvaltaren om konkursboet vill lösa in aktierna.

En borgenär som innehar lös egendom med handpanträtt får själv ombesörja att egendomen säljs på auktion. En sådan försäljning får dock inte utan förvaltarens samtycke äga rum tidigare än fyra veckor efter edgångssammanträdet. Borgenären *ska* minst en vecka innan han vidtar åtgärd för egendomens försäljning ge förvaltaren tillfälle att lösa in egendomen. Om det är fråga om ett fartyg eller gods i fartyg eller i luftfartyg eller intecknade reservdelar till luftfartyg, *ska* egendomen säljas exekutivt.

Finansiella instrument och valuta får omedelbart säljas eller realiseras genom avräkning av en borgenär som har egendomen som säkerhet, om det sker på ett affärsmässigt rimligt sätt. *Detsamma gäller penningfordringar som uppkommit på grund av att ett kreditinstitut, eller ett motsvarande utländskt institut, har beviljat någon ett lån.* Består säkerheten av onoterade aktier i konkursgäldenärens dotterbolag, *ska* borgenären dock först fråga förvaltaren om konkursboet vill

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 98/26/EG av den 19 maj 1998 om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper (EGT L 166, 11.6.1998, s. 45, Celex 31998L0026) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet (EGT L 168, 27.6.2002, s. 43, Celex 32002L0047), ändrade genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/44/EG (EUT L 146, 10.6.2009, s. 37, Celex 32009L0044).

² Senaste lydelse 2005:196.

Borgenären *skall* minst tre veckor i förväg underrätta förvaltaren om tid och plats för en auktion som inte hålls i exekutiv ordning.

Har egendomen sålts på annat sätt än exekutivt, *skall* borgenären för förvaltaren redovisa vad som har flutit in.

Vill inte borgenären själv sälja egendomen, får förvaltaren ombesörja försäljningen. En inteckning i luftfartyg eller i reservdelar till luftfartyg som har lämnats som pant av den intecknade egendomens ägare får dock inte säljas av förvaltaren. Han får bara låta sälja den rätt till andel i inteckningen som enligt vad som är särskilt föreskrivet kan tillkomma gäldenären.

lösa in aktierna.

Borgenären *ska* minst tre veckor i förväg underrätta förvaltaren om tid och plats för en auktion som inte hålls i exekutiv ordning.

Har egendomen sålts på annat sätt än exekutivt, *ska* borgenären för förvaltaren redovisa vad som har flutit in.

-
1. Denna lag träder i kraft den 30 juni 2011.
 2. Vid konkurs som beslutats före ikraftträdandet gäller äldre bestämmelser.

2.2 Förslag till lag om ändring i lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument

Härigenom föreskrivs¹ att 1 kap. 1 § och 5 kap. 1 § lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument² ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap.

1 §³

I denna lag betyder

finansiellt instrument: det som anges i 1 kap. 4 § första stycket 1 lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden,

överlåtbart värdepapper: det som anges i 1 kap. 4 § första stycket 2 lagen om värdepappersmarknaden,

penningmarknadsinstrument: det som anges i 1 kap. 4 § första stycket 3 lagen om värdepappersmarknaden,

börs: det som anges i 1 kap. 5 § 3 lagen om värdepappersmarknaden och sådant utländskt företag som har tillstånd att driva en reglerad marknad från filial i Sverige,

reglerad marknad: det som anges i 1 kap. 5 § 20 lagen om värdepappersmarknaden,

EES: Europeiska ekonomiska samarbetsområdet,

anmält avvecklingsystem: det som anges i 2 § lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden,

samverkande system: det som anges i 2 § lagen om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden,

prospektdirektivet: Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/71/EG av den 4 november 2003 om de prospekt som skall offentliggöras när värdepapper erbjuds till allmänheten eller tas upp till handel och om ändring av direktiv 2001/34/EG⁴, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/11/EG⁵,

prospektförordningen: kommissionens förordning (EG) nr 809/2004 av den 29 april 2004 om genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/71/EG i fråga om informationen i prospekt, utformningen av dessa, införlivande genom hänvisning samt offentliggörande av prospekt och spridning av annonser⁶,

emittent: i fråga om aktier aktiebolaget och i fråga om annat finansiellt instrument utgivaren eller utfärdaren av instrumentet,

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 98/26/EG av den 19 maj 1998 om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper (EGT L 166, 11.6.1998, s. 45, Celex 31998L0026), ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/44/EG (EUT L 146, 10.6.2009, s. 37, Celex 32009L0044).

² Lagen omtryckt 1992:558.

³ Senaste lydelse 2007:535.

⁴ EUT L 345, 31.12.2003, s. 64 (Celex 32003L0071).

⁵ EUT L 76, 19.3.2008, s. 37 (Celex 32008L0011).

⁶ EUT L 186, 18.7.2005, s. 3 (Celex 32004R0809).

aktierelaterat överlåtbar värdepapper:

1. aktie och överlåtbar värdepapper som kan jämföras med aktie, såsom interimbevis, fondaktierätt och teckningsrätt, samt

2. överlåtbar värdepapper, såsom konvertibel där rätten att begära konvertering tillkommer emittenten och teckningsoption, som ger rätt att förvärva sådant värdepapper som avses i 1 genom konvertering eller utövande av annan rättighet som värdepapperet är bärare av, om värdepapperet utfärdats av emittenten av den aktie som rättigheten hänförs till eller av ett bolag som ingår i samma koncern som den emittenten,

kvalificerade investerare:

1. juridiska personer med tillstånd att verka på finansmarknaderna,

2. juridiska personer vars verksamhet uteslutande avser investeringar i överlåtbara värdepapper,

3. stater, delstater, statliga och delstatliga myndigheter, centralbanker och Europeiska centralbanken samt Europeiska investeringsbanken, Internationella valutafonden och andra liknande mellanstatliga eller överstatliga organisationer,

4. juridiska personer som för vart och ett av de två senaste räkenskapsåren uppfyllt minst två av följande tre förutsättningar:

a) medeltalet anställda i företaget har uppgått till minst 250,

b) nettovärdet av tillgångarna enligt balansräkningen har överstigit motsvarande 43 miljoner euro, och

c) nettoomsättningen enligt resultaträkningen har överstigit motsvarande 50 miljoner euro, samt

5. andra juridiska personer än de som omfattas av 1–4 och fysiska personer, om de av någon annan stat inom EES betraktas som kvalificerade investerare,

emissionsprogram: ett program för utgivning av icke aktierelaterade överlåtbara värdepapper av likartad sort eller kategori, fortlöpande eller vid upprepade tillfällen under en särskilt angiven emissionsperiod,

offentligt uppköpserbjudande: ett offentligt erbjudande till innehavare av aktier som har getts ut av ett svenskt eller utländskt bolag att överlåta samtliga eller en del av dessa aktier till budgivaren,

budgivare: den som lämnar ett offentligt uppköpserbjudande,

målbolag: bolag till vars aktieägare ett offentligt uppköpserbjudande lämnas, och

öppenhetsdirektivet: Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/109/EG av den 15 december 2004 om harmonisering av insynskraven angående upplysningar om emittenter vars värdepapper är upptagna till handel på en reglerad marknad och om ändring av direktiv 2001/34/EG⁷, senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/1/EG⁸.

⁷ EUT L 390, 31.12.2004, s. 38 (Celex 32004L0109).

⁸ EUT L 79, 24.3.2005, s. 9 (Celex 32005L0001).

5 kap.

1 §⁹

Ett avtal mellan två parter vid handel med finansiella instrument, med andra liknande rättigheter och åtaganden eller med valuta, om att förpliktelser dem emellan *skall* slutavräknas om en av parterna försätts i konkurs, gäller mot konkursboet och mot borgenärerna i konkursen. Detsamma gäller en avräkning av förpliktelser mellan två eller flera deltagare i ett anmält avvecklingssystem, om avräkningen har skett i enlighet med systemets regler.

Innehåller ett avtal enligt första stycket ett villkor som innebär att en slutavräkning *skall* ske av samtliga utestående förpliktelser för det fall företagsrekonstruktion enligt lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion beslutas för en av parterna gäller villkoret mot gäldenären och de borgenärer vars fordringar omfattas av ett offentligt ackord.

Ett avtal mellan två parter vid handel med finansiella instrument, med andra liknande rättigheter och åtaganden eller med valuta, om att förpliktelser dem emellan *ska* slutavräknas om en av parterna försätts i konkurs, gäller mot konkursboet och mot borgenärerna i konkursen. Detsamma gäller en avräkning av förpliktelser mellan två eller flera deltagare i ett anmält avvecklingssystem *eller ett samverkande system* om avräkningen har skett i enlighet med systemets *eller det samverkande systemets* regler.

Innehåller ett avtal enligt första stycket ett villkor som innebär att en slutavräkning *ska* ske av samtliga utestående förpliktelser för det fall företagsrekonstruktion enligt lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion beslutas för en av parterna gäller villkoret mot gäldenären och de borgenärer vars fordringar omfattas av ett offentligt ackord.

Denna lag träder i kraft den 30 juni 2011.

⁹ Senaste lydelse 1999:1311.

2.3 Förslag till lag om ändring i lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion

Häri genom föreskrivs¹ att 2 kap. 20 § lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 kap. 20 §²

Har gäldenärens motpart före beslutet om företagsrekonstruktion fått rätt att häva ett avtal på grund av inträffat eller befarat dröjsmål med betalning eller annan prestation, får motparten efter beslutet inte häva avtalet på grund av dröjsmålet, om gäldenären med rekonstruktörens samtycke inom skälig tid begär att det *skall* fullföljas. Gäldenären *skall* på motpartens begäran inom skälig tid ge besked om avtalet *skall* fullföljas.

Skall ett avtal fullföljas enligt första stycket gäller följande.

1. Är tiden för motpartens fullgörelse inne, *skall* gäldenären på motpartens begäran fullgöra sina motsvarande prestationer eller, om anstånd har medgetts beträffande vissa prestationer, ställa säkerhet för dem.

2. Är tiden för motpartens fullgörelse inte inne, har motparten rätt att erhålla säkerhet för gäldenärens framtida prestationer i den mån det av särskild anledning är nödvändigt för att skydda honom mot förlust.

Om gäldenären inte lämnar besked enligt första stycket andra meningen eller inte fullgör sina skyldigheter enligt andra stycket, får motparten häva avtalet.

Har gäldenärens motpart före beslutet om företagsrekonstruktion fått rätt att häva ett avtal på grund av inträffat eller befarat dröjsmål med betalning eller annan prestation, får motparten efter beslutet inte häva avtalet på grund av dröjsmålet, om gäldenären med rekonstruktörens samtycke inom skälig tid begär att det *ska* fullföljas. Gäldenären *ska* på motpartens begäran inom skälig tid ge besked om avtalet *ska* fullföljas.

Ska ett avtal fullföljas enligt första stycket gäller följande.

1. Är tiden för motpartens fullgörelse inne, *ska* gäldenären på motpartens begäran fullgöra sina motsvarande prestationer eller, om anstånd har medgetts beträffande vissa prestationer, ställa säkerhet för dem.

2. Är tiden för motpartens fullgörelse inte inne, har motparten rätt att erhålla säkerhet för gäldenärens framtida prestationer i den mån det av särskild anledning är nödvändigt för att skydda honom mot förlust.

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet (EGT L 168, 27.6.2002, s. 43, Celex 32002L0047), ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/44/EG (EUT L 146, 10.6.2009, s. 37, Celex 32009L0044).

² Senaste lydelse 2005:198.

Ett avtalsvillkor som inskränker gäldenärens rätt enligt första och andra styckena är ogiltigt.

Om återtagande av vara som överlämnats till gäldenären sedan ansökan gjorts om företagsrekonstruktion finns föreskrifter i 63 § fjärde stycket köplagen (1990:931).

Vad som sägs i denna paragraf gäller inte för anställningsavtal eller för en borgenär som innehar finansiella instrument eller valuta som säkerhet.

Denna paragraf gäller inte för anställningsavtal eller för en borgenär som innehar finansiella instrument, valuta eller sådana penningfordringar som avses i 8 kap. 10 § andra stycket konkurslagen (1987:672) som säkerhet.

Denna lag träder i kraft den 30 juni 2011.

2.4 Förslag till lag om ändring i lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden

Härigenom föreskrivs¹ att 2, 9 och 13 §§ lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 §²

I denna lag avses med

administratör: ett företag som är ansvarigt för verksamheten i ett avvecklingssystem; företaget anses som deltagare i systemet,

anmält avvecklingssystem: ett avvecklingssystem som en stat inom EES har anmält till Europeiska kommissionen eller till Eftas övervakningsmyndighet,

central värdepappersförvarare: ett företag som har auktorisation att kontoföra finansiella instrument i avstämningsregister enligt lagen (1998:1479) om kontoföring av finansiella instrument,

clearingorganisation: ett företag som har tillstånd att driva clearingverksamhet enligt lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden,

EES: Europeiska ekonomiska samarbetsområdet,

kollektivt obeståndsförfarande: konkurs, företagsrekonstruktion eller annat därmed jämförbart förfarande.

kollektivt obeståndsförfarande: konkurs, företagsrekonstruktion eller annat därmed jämförbart förfarande,

samverkande system: två eller flera anmälda avvecklingssystem vilkas administratörer har ingått ett ömsesidigt arrangemang som innebär verkställande av överföringsuppdrag mellan systemen.

9 §

Finansinspektionen *skall* anmäla godkända avvecklingssystem och på begäran av Riksbanken avvecklingssystem som drivs av banken till Europeiska kommissionen.

Finansinspektionen *ska* anmäla godkända avvecklingssystem och *dess administratör samt*, på begäran av Riksbanken, avvecklingssystem som drivs av banken till Europeiska kommissionen.

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 98/26/EG av den 19 maj 1998 om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper (EGT L 166, 11.6.1998, s. 45, Celex 398L0026), ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/44/EG (EUT L 146, 10.6.2009, s. 37, Celex 32009L0044).

² Senaste lydelse 2007:553.

13 §

Även om ett kollektivt obeståndsförfarande har inletts mot en deltagare i ett anmält avvecklingssystem gäller ett överföringsuppdrag mot tredje man, om det har införts i systemet innan beslutet om förfarandet meddelades.

Ett överföringsuppdrag får inte återkallas av en deltagare i ett anmält avvecklingssystem eller av en tredje man efter den tidpunkt som anges i de regler som gäller för systemet.

Även om ett kollektivt obeståndsförfarande har inletts mot en deltagare i ett anmält avvecklingssystem gäller ett överföringsuppdrag mot tredje man, om det har införts i systemet *eller i ett samverkande system* innan beslutet om förfarandet meddelades.

Ett överföringsuppdrag får inte återkallas av en deltagare i ett anmält avvecklingssystem eller av en tredje man efter den tidpunkt som anges i de regler som gäller för systemet *eller för ett samverkande system.*

Denna lag träder i kraft den 30 juni 2011.

3 Uppdraget

Europaparlamentet och rådet antog den 6 maj 2009 direktiv 2009/44/EG (i det följande benämnt ”ändringsdirektivet”) om ändring av det s.k. finalitydirektivet (98/26/EG) och det s.k. säkerhetsdirektivet (2002/47/EG), vad gäller sammanlänkade system och kreditfordringar.

Finalitydirektivet har tidigare införlivats med svensk rätt genom lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden (AL) samt vissa ändringar i konkurslagen (1987:672) och lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument (se prop. 1999/2000:18 och promemorian ”Promemoria om Finalitydirektivets införlivande med svensk rätt”, juli 1999, se dnr Fi1999/2510).

Säkerhetsdirektivet har tidigare införlivats med svensk rätt genom vissa ändringar i konkurslagen, lagen om handel med finansiella instrument och lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion (se prop. 2004/05:30 och Ds 2003:38).

Finansdepartementet gav den 14 juli 2009 lagmannen Mikael Mellqvist i uppdrag att i en promemoria redovisa behovet av särskilda införlivandeåtgärder i svensk rätt i anledning av ändringsdirektivet.

I denna promemoria redovisas uppdraget. För att ge den nödvändiga bakgrunden och sätta in direktivet i sitt rätta sammanhang lämnas inledningsvis en kortare redogörelse för relevanta svenska och europeiska regleringar av finansmarknaden liksom aktuella insolvensrättsliga regleringar. För att mer specifikt kunna tillgodogöra sig ändringsdirektivet lämnas också en något utförligare presentation av finality- och säkerhetsdirektiven och de bedömningar och överväganden som gjordes när dessa införlivades i svensk rätt.

Ändringsdirektivet samt finality- och säkerhetsdirektiven i konsoliderad version (dvs. med ändringarna inarbetade i texten) bifogas denna promemoria som *bilaga 1–3*.

4 Bakgrund

4.1 Finansmarknadens rättsliga reglering av systemrisk

4.1.1 Olika risker

Regleringen av handeln med finansiella instrument och valutor är en viktig beståndsdel av den reglering som finns på finansmarknadsområdet. De tilltagande handelsvolymerna, snabbheten i transaktionsprocesserna och den alltmer tilltagande gränsöverskridande dimensionen samt utvecklingen av finansiella produkter har vid upprepade tillfällen aktualiserat behov av regleringar som bidrar till säkerhet och stabilitet i det finansiella systemet. I sammanhanget har olika kategorier av risker identifierats. Grovt kan dessa kategorier beskrivas som rättsliga risker, finansiella risker och operativa risker. Dessa ska utvecklas i det följande.

Det är nästan överflödigt att nämna att skilda risker kan behöva hanteras på olika sätt. Det kan handla om personkontroll, åtkomstkontroll och teknisk backup när det gäller de operativa riskerna. När det gäller de

finansiella riskerna hamnar instrument för kreditbedömningar, omvärldsanalyser m.m. i fokus.

Rättsliga risker, finansiella risker och operativa risker som samlingsbeteckningar kan i sin tur inordnas under den gemensamma samlingsbeteckningen *systemrisk*. Med det avses plötsliga och oförutsedda händelser som skadar det finansiella systemet i sådan omfattning att hela ekonomin hotas. För att en risk ska kunna kvalificeras som en systemrisk har det ställts upp krav på att effekterna av en störning ska kunna sprida sig (dominoeffekt) och hota hela det finansiella systemet (se prop. 1997/98:71 s. 75 f. och prop. 1999/2000:18 s. 20 samt jfr prop. 2008/09:61 s. 33).

Det ska också nämnas att det givetvis går att kategorisera och indela risker efter andra grunder beroende på syfte och sammanhang. Till exempel brukar det talas om kapitalrisk kontra marknadsrisk. Med *kapitalrisk* (*full kreditrisk*) avses då en part riskerar att förlora hela värdet av en viss transaktion. Parten får t.ex. betala för värdepapper som han eller hon inte får levererade, eller tvingas leverera värdepapper utan att få betalt. Mot detta brukar *marknadsrisk* (*ersättningskostnadsrisk*) ställas och med detta menas att parten går miste om utbytet av en viss transaktion. Han eller hon behöver inte fullgöra sin del av ett avtal, men får inte heller motprestationen. Och för att få en motsvarande ersättningsprestation måste parten betala mer till någon annan alternativt få sämre betalt för sin egen prestation.

Rättsliga risker

Rättsliga risker kan delas in i följande kategorier.

a) *Insolvensrisk*

Med det avses risker inbyggda i regelsystemet vid en marknadsaktörs oförmåga att fullgöra sina förpliktelser. Insolvensrisken kan också betecknas som en *motpartsrisk*, dvs. en risk innebärande att det på ett visst sätt brister hos motparten. Hit hör även återgångs- och säkerhetsrisken (se nedan).

b) *Återgångsrisk (backningsrisk)*

Med det avses risken att ett avtal mellan två eller flera marknadsaktörer inte går att fullfölja. Det kan bero på endera regelsystemets (rättsordningens) sätt att hantera frågor om ogiltighet av avtal eller annars sättet att hantera frågor om återvinning (eller motsvarande) i insolvenssituationer. Dessa risker tar alltså sikte på osäkerheten huruvida en genomförd transaktion (ingånget avtal) verkligen kommer att bli bestående. Just återvinningsrisken kan naturligtvis också kategoriseras som en insolvensrisk.

c) *Säkerhetsrisk*

Med det avses risken att en utlovad säkerhet inte kan ställas eller att en ställd säkerhet inte kan tas i anspråk. Säkerhetsrisken är ofta också en insolvensrisk. Säkerhetsrisken är dock inte någon kreditrisk.

d) Lagvalsrisiker (kollisionsnormrisiker)

Med det avses den risk som är förbunden med att man inte med säkerhet vet vilket regelsystem (vilket lands rättsordning) som är tillämpligt på en viss transaktion av internationell karaktär.

e) Regelrisiker

Med det avses risker som sammanhänger med att reglerna på ett visst område inte är tillräckligt väl anpassade till finansmarknadernas funktion.

f) Tidsskillnadsrisiker

Med det avses att det finns vissa risker förknippade med det faktum att världen är indelad i olika tidszoner. Det kan medföra att det uppstår tidsmässiga ”glapp” som för med sig osäkerheter i en viss transaktion.

Finansiella risker

Finansiella risker kan delas in i följande kategorier.

a) Kreditrisiker

Med kreditrisk avses risken att en betalningsskyldig (gäldenär) inte förmår att fullgöra sitt betalningsåtagande när förfallotiden inträder. Motparterna har felbedömt gäldenärens betalningsförmåga. Felbedömningen kan vara ursprunglig eller annars kan någon mellankommande händelse ha kullkastat förutsättningarna för en redan gjord bedömning.

b) Likviditetsrisiker

En likviditetsrisk beror på att den som ska fullgöra något, t.ex. betalning, vid tidpunkten för fullgörandet saknar likvida medel att fullgöra sitt åtagande med.

Operativa risker

Under beteckningen operativa risker kan risker av inbördes skilda slag hänföras. Hit hör bl.a. den s.k. ”mänskliga faktorn”, dvs. att någon person som opererar inom systemet gör fel eller medvetet manipulerar systemet på något sätt. Även hot från personer utanför systemet kan betecknas som operativa risker. Tekniska fallissemang, t.ex. inom datoriserade nätverk m.m. kan också hänföras till de operativa riskerna.

4.1.2 Ändamålen med finality- och säkerhetsdirektiven

Finalitydirektivet kommer in i bilden vad de rättsliga riskerna beträffar. Men finalitydirektivet är inte avsett att bemästra alla tänkbara rättsliga risker. Direktivet kan sägas huvudsakligen vara inriktat på att förhindra eller minimera de risker som är förenade med inträffad insolvens hos någon deltagare i ett avvecklingsystem. Det nu sagda kräver att några definitioner kort utvecklas i det följande.

Finalitydirektivet är inriktat på *överföringsuppdrag* avseende betalningar och värdepapper och s.k. *nettningar* inom finansiella *avvecklingssystem*. Transaktioner avseende finansiella instrument (värdepapper), valutor och betalningar består ofta på ett tämligen intrikat sätt av ett större antal ”deltransaktioner” eller annorlunda uttryckt kan en transaktion bestå av ett större antal avtal slutna mellan ett större antal aktörer inom ramen för ett avvecklingssystem. Det innebär också att en transaktion kan vara utdragen i tiden. Det innebär också att överföringar sker i ”två ben”. I det ena levereras t.ex. värdepapper och i det andra överförs en betalning avseende de levererade värdepappren. Finalitydirektivet är tillämpligt på överföringar i båda dessa ”ben” och till dessa hörande nettningar. Från det att avtal träffats till dess att prestationer slutligen kan utväxlas kan alltså såväl många aktörer ha varit inblandade som icke obetydlig tid ha förlöpt. Det slutliga ledet i en sådan transaktion brukar benämnas avveckling. Och det är det avslutande ledet finalitydirektivet huvudsakligen är inriktat på. Avvecklingar kan ske brutto eller netto. Vid en bruttoavveckling ska vardera parten fullt ut utge sin prestation och fullt ut erhålla motprestationen. Om många parter är inblandade kan detta vara omständligt och innebära en onödig omgång. Av det skälet är det vanligt med nettoavvecklingar, s.k. nettning. Nettning är en form av kvittningsförfarande som innebär att den faktiska utväxlingen av prestationer – leverans av finansiella instrument eller valuta – kan minimeras. Förutom att det innebär en administrativ förenkling höjer det också säkerheten i systemet i det att utväxlingarna av prestationer blir färre och mindre värdefulla. I sammanhanget talas om dels bilateral nettning, dels multilateral nettning. Som framgår av beteckningarna rör den första formen förhållandet mellan två parter och den senare förhållandena mellan tre eller fler parter. Den multilaterala nettningen kan dock rent juridiskt många gånger vara enbart en nettning mellan två parter, även om flera parter förekommer i bakgrunden. Det beror på att en clearingorganisation kan gå in som central motpart i varje enskild affär. Alla medlemmar i clearingsamarbetet träffar alltså sina avtal med clearingorganisationen och nettningen sker – bilateralt – mellan den och var och en av de deltagande medlemmarna. Nettningen innebär att en deltagares förpliktelser reduceras till ett fåtal eller kanske t.o.m. till endast en enda (angående nettning, se vidare SOU 1993:114 särskilt s. 55 f., s. 157 f. och 257 f. samt prop. 1994/95:130).

Det har ansetts vara av intresse för det finansiella systemets funktion och stabilitet att ovan beskrivna överföringar och nettningar verkligen blir bestående. Exempelvis ska en nettning inte kunna angripas i efterhand på något sätt. Allra helst ska givetvis de ”delavtal” som omfattas av nettningen inte heller kunna angripas. Men om så ändå kan ske ska det inte få påverka nettningen. Syftet med finalitydirektivet är kortfattat att förhindra eller i vart fall minimera risken för att det finns regler som tillåter att en genomförd överföring och nettning i efterhand på något sätt kan angripas. I fokus hamnar då sakrättsliga regler eller annorlunda uttryckt tredjemansregler. På det obligationsrättsliga området, dvs. rättsförhållandet mellan deltagande parter i ett avvecklingssystem kan man inom ramen för avtalsfriheten bestämma att en genomförd överföring och nettning inte får angripas parterna emellan. Det är däremot normalt inte möjligt för de avtalslutande parterna att

bestämma vad som ska gälla för tredje man, dvs. en part som står utanför deltagarkretsen. En sådan utomstående part uppkommer ofta i samband med att någon deltagare blir insolvent och föremål för ett insolvensförfarande. Om någon försätts i konkurs i Sverige bildas ett konkursbo med en förvaltare som företrädare för boet. Boet utgör en självständig juridisk person. Den juridiska personen kan tillgodogöra sig de rättigheter konkursgäldenären har enligt t.ex. ingångna avtal. Men konkursboet är inte skyldigt att fullgöra de förpliktelser som åvilar konkursgäldenären. Konkursboet skulle t.ex. inte nödvändigtvis vara skyldigt att infria en betalningsförpliktelse som åvilar konkursgäldenären enligt en genomförd netting. Det kan dessutom förhålla sig så att konkursboet (med stöd av reglerna om återvinning i 4 kap. konkurslagen [1987:672]) kan föranstalta om återgång av vissa transaktioner som konkursgäldenären har genomfört viss tid före konkursbeslutet. Nämnas kan att den nu beskrivna insolvensregleringen har sin motsvarighet i andra rättsordningar än den svenska. Det huvudsakliga ändamålet med finalitydirektivet är alltså att förhindra att medlemsstaternas insolvensrättsliga regelsystem får genomslag vad gäller de finansiella transaktioner som här har berörts, dvs. *inom systemet*.

Säkerhetsdirektivet tar sikte på ställandet av säkerhet mellan två parter på finansmarknaden inom EU. Syftet med direktivet är att tillse att medlemsstaternas regelverk ökar säkerheten och förutsebarheten vid hantering av säkerheter på ifrågavarande marknad. Ett annat syfte kan sägas vara att reglerna ska vara sådana att parterna så effektivt som möjligt kan utnyttja sina tillgångar som säkerhet och att kostnaderna för ställande av säkerhet kan minimeras. Även rutinerna kring ställandet av säkerheter ska vara så enkla som möjligt. En annan aspekt som säkerhetsdirektivet syftar till att tillgodose är att säkerhetshavarens rätt till säkerheten ska vara hållbar oavsett var säkerheten är lokaliserad och att säkerhetshavaren snabbt och utan onödiga formaliteter ska kunna ta säkerheten i anspråk när förutsättningarna för det är uppfyllda. Vidare ska regelverket också göra det möjligt att byta ut en ställd säkerhet mot en annan. Sådana förfaranden, liksom förfarandet med att ställa tilläggsäkerheter, eller göra en slutavräkning innefattande den ställda säkerheten ska vara skyddade mot vissa insolvensrättsliga regler, t.ex. insolvensrelaterade regler om återvinning.

Som har framgått finns det vissa kopplingar mellan finality- och säkerhetsdirektiven. Den övergripande kopplingen är uppenbar; båda direktiven reglerar förhållanden på finansmarknaden. De övergripande syftena bakom de bägge direktiven sammanfaller också, nämligen att de ska bidra till säkerhet och stabilitet på finansmarknaden samt förenkla inte minst den gränsöverskridande handeln med finansiella instrument och valuta samt underlätta betalningar i samband med sådan handel. Det nu sagda innebär bl.a. att de bägge direktiven i några avseende kan sägas – i vart fall delvis – överlappa varandra. I vissa andra avseenden kan man i stället säga att de kompletterar varandra.

4.2 Den svenska insolvensrättsliga regleringen

4.2.1 Allmänt

Det marknadsekonomiska systemet bygger på vissa hörnstenar. Dit hör den fria rörligheten av varor, kapital, arbetskraft m.m. Dit hör också förekomsten av en effektiv konkurrens. Det är också mycket viktigt att det civilrättsliga systemet kan tillhandahålla hållbara regler för avtal, ställandet av säkerhet m.m. Men lika viktigt är det att bristande uppfyllelse av förpliktelser kan sanktioneras och att avveckling av insolventa verksamheter kan ske i ordnade och rättssäkra former. Marknaden som sådan och ett företags affärsparter kräver att verksamheten avvecklas så snabbt och billigt som möjligt samtidigt som överskottet på ett smidigt sätt kan distribueras till berörda borgenärer. Denna fördelning har också i förlängningen stor betydelse för finansiering av och kreditgivning till företag. En väl fungerande nationell insolvensrättslig reglering anses vara ett mycket viktigt inslag i ett marknadsekonomiskt system. Utformningen av insolvenslagstiftningen är alltså av betydelse för företagandets och företagarens villkor. Samhället i stort har ett berättigat krav på att olönsamma verksamheter avvecklas på ett förutsebart sätt och att olika intressen därvid kan beaktas.

Det svenska insolvensrättsliga systemet består av konkurslagen, lagen om företagsrekonstruktion (1996:764) och skuldsaneringslagen (2006:548). I nu aktuellt sammanhang kan man helt bortse från regleringen i skuldsaneringslagen. Den lagen omfattar enbart fysiska personer som i praktiken inte driver någon näringsverksamhet. Konkurslagen och lagen om företagsrekonstruktion är däremot intressanta i sammanhanget.

I ett finansmarknadsrättsligt perspektiv kan konstateras att konkurslagen utan särskilda begränsningar är tillämplig även på ett kreditinstitut och andra finansmarknadsaktörer. En sådan kan alltså bli föremål för konkurs. Lagen om företagsrekonstruktion är däremot inte tillämplig på vissa professionella finansmarknadsaktörer, så som banker. Indirekt kan dock lagen om företagsrekonstruktion aktualiseras i sammanhanget genom att en motpart till en professionell finansmarknadsaktör kan bli föremål för företagsrekonstruktion. I praktiken är det emellertid i allt väsentligt konkurslagen och dess reglering som är av intresse i detta sammanhang.

4.2.2 Rådighetsförlust och uppkomsten av en tredje man

Om en gäldenär har försatts i konkurs inträder omedelbart ett nära nog totalt rådighetsförbud, dvs. gäldenären får inte längre råda över sin egendom eller åta sig förbindelser som kan göras gällande i konkursen (se 3 kap. 1 § konkurslagen). Rådigheten utövas i stället av förvaltaren och den egendomsmassa som ingår i konkursboet utgör en särskild enhet, ett konkursbo. Begreppet konkursbo används i skiftande betydelser. Förutom att det betecknar den avträdde egendomsmassan är det också termen för det särskilda rättssubjekt som bildas i och med ett

konkursbeslut. Konkursboet utgör en juridisk person (vars ställföreträdare är förvaltaren) som kan ikläda sig rättigheter och skyldigheter som vilken annan juridisk person som helst. Konkursförvaltaren företräder alltså formellt sett inte konkursgäldenären. I realiteten tar dock boet (genom förvaltaren) över merparten av konkursgäldenärens befogenheter.

I praktiken innebär gäldenärens rådighetsförlust och bildandet av ett konkursbo att gäldenären till förvaltarens förfogande genast ska ställa bokföring, andra affärshandlingar, kassamedel, bankkonton och fordon m.m. samt bereda förvaltaren tillträde till kontors- och fabrikslokaler och andra utrymmen (7 kap. 12 § konkurslagen). Så länge gäldenären är försatt i konkurs får han eller hon inte heller bedriva näringsverksamhet (6 kap. 1 § konkurslagen).

Gäldenärens rådighetsförlust är i viss mån modifierad av det godtrosskydd tredje man har enligt 3 kap. 2 § konkurslagen. Utrymmet för detta godtrosskydd är dock tidsmässigt mycket begränsat (se vidare avsnitt 5.3.3 och 5.5.6).

Vilken egendom ingår då i den egendoms massa som utgör konkursboet? Enligt 3 kap. 3 § konkurslagen kan tre slag av egendom ingå i konkursboet; 1) utmättningsbar egendom som tillhörde gäldenären när konkursbeslutet meddelades, 2) utmättningsbar egendom som tillfaller gäldenären under konkursen samt 3) egendom som kan tillföras boet genom återvinning.

Vad som gäller beträffande gäldenärens avtal i samband med en inträffad konkurs är inte föremål för någon samlad lagreglering. Spridda bestämmelser finns dock, se t.ex. 5 kap. 18 § konkurslagen, 12 kap. 31 § jordabalken (1970:994), 36 § kommissionslagen (2009:865) och 3 kap. 9 och 10 §§ försäkringsavtalslagen (2005:104). Det innebär med nödvändighet inte att rättsläget är oklart. Det som däremot kan vara en olägenhet med avsaknaden av mer utmejslade regler är att det menligt kan påverka möjligheterna till en effektiv konkurshantering, inte minst om det i denna förekommer inslag av rekonstruktion. Förmånsrättskommittén gav i sitt slutbetänkande Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden (SOU 2001:80) en grundläggande analys av dessa frågor och lämnade i vissa avseende förslag till reglering av dessa. 2007 års Insolvensutredning kan förväntas i sitt kommande slutbetänkande SOU 2010:2 bygga vidare på den analysen.

4.2.3 Kvittning i konkurs

Kvittning innebär att en gäldenär frigör sig från sin egen förpliktelse genom att avstå en fordran (motfordran) han eller hon har mot borgenären. För att kvittning ska få ske ställs ett antal allmänna förutsättningar upp. För *det första* ska motfordran vara gällande, dvs. den ska inte vara t.ex. preskriberad. I 10 § preskriptionslagen (1981:130) föreskrivs dock ett undantag från denna huvudregel. För *det andra* ska huvudfordran och motfordran vara mätbara mot varandra (komputabla). Man ska inte kunna kvitta ”äpplen mot päron”. I de fall det är frågan om två penningfordringar som står mot varandra är det kravet utan vidare uppfyllt. Vidare krävs för *det tredje* att motfordran är förfallen till

prestation (betalning). För det fjärde krävs personell ömsesidighet, dvs. enbart de bägge fordringshavarna ska vara inblandade. Ingenting hindrar däremot att den ena fordringen (eller bägge) är förvärvat från någon annan tidigare innehavare. Slutligen, för det femte, kan huvudfordringens karaktär hindra kvittning. Sålunda kan t.ex. fordringar på lön eller underhållsbidrag inte kvittas bort.

De nu redovisade allmänna fordringsrättsliga förutsättningarna för kvittning modifieras i en konkurs genom bestämmelserna i 5 kap. 15 och 16 §§ konkurslagen och vid en företagsrekonstruktion enligt 2 kap. 21 § lagen om företagsrekonstruktion. I dessa fall har konkursborgenären respektive rekonstruktionsborgenären utvidgade möjligheter att använda en motfordran mot konkurs- eller rekonstruktionsgäldenären till kvittning.

4.2.4 Återvinning

En grundläggande princip bakom huvudsyftet att tillgodose samtliga borgenärer är den s.k. likabehandlingsprincipen, vilken innebär att borgenärerna ska tillgodoses proportionellt i förhållande till storleken på sina fordringar. Reglerna om återvinning i 4 kap. konkurslagen brukar betraktas som ett utflöde av likabehandlingsprincipen. Återvinningsreglerna ska bidra till att konkursgäldenären inte ska kunna gynna en enskild borgenär på övrigas bekostnad inför en förestående konkurs.

Bestämmelser om återvinning innebär att vissa rättshandlingar som konkursgäldenären har gjort viss kortare tid före konkursbeslutet kan bringas att återgå. Det är normalt frågan om rättshandlingar som i och för sig är såväl obligationsrättsligt som sakrättsligt giltiga. I ett konkursperspektiv – där samtliga borgenärers intressen ska tillgodoses – är rättshandlingarna i fråga emellertid att anse som otillbörliga i det att de gynnar någon eller några borgenärer på andras bekostnad. Ett av återvinningsinstitutets syften är alltså att beivra mot borgenärskollektivet otillbörliga rättshandlingar vidtagna viss kortare tid före en konkurs. Återvinningsreglerna kan också sägas skydda gäldenären. Han eller hon kan lättare, med hänvisning till återvinningsreglerna, motstå påtryckningar från enskilda borgenärer. Alla slags civilrättsliga rättshandlingar kan i princip bli föremål för återvinning. De enda undantagen är betalning av vissa skatter och avgifter samt betalning av familjerättsliga underhållsbidrag (4 kap. 1 § konkurslagen).

Processhandlingar kan inte bli föremål för återvinning. Har gäldenären t.ex. kort tid före konkursen fått en dom på betalningsskyldighet emot sig på grund av att han medgett motpartens talan, kan domen i sig inte återvinnas.

När återvinningsreglerna studeras är det två begrepp som återkommer gång efter annan. Det ena är begreppet närstående, vilket definieras i 4 kap. 3 § konkurslagen. Rättshandlingar som gäldenären har vidtagit gentemot någon närstående behandlas generellt på ett annorlunda sätt än rättshandlingar som har vidtagits gentemot en utomstående. Regelmässigt är återvinningsfristerna längre i närståendefallen. Med återvinningsfrist – som är det andra begreppet – avses den tid inom vilken rättshandlingen, räknat från fristdagen, ska vara vidtagen för att

återvinning ska kunna ske. Med fristdag avses normalt den dag ansökan om gäldenärens försättning i konkurs kom in till tingsrätten (4 kap. 2 § konkurslagen). Som exempel på skilda återvinningsfrister för närstående och andra kan nämnas betalning av skuld enligt 4 kap. 10 § konkurslagen. Återvinningsfristen är där tre månader om betalningen har gjorts till en utomstående men två år i förhållande till en närstående.

De enskilda återvinningsbestämmelserna uppvisar vad gäller uppbyggnaden inbördes såväl likheter som skillnader. I en särställning står bestämmelsen i 4 kap. 5 § konkurslagen (*actio paulina*). Förutsättningarna för återvinning enligt denna generellt och med subjektiva rekvisit avfattade bestämmelse är att en rättshandling har inneburit att en viss borgenär gynnats på ett otillbörligt sätt, om gäldenären var eller genom rättshandlingen blev på obestånd (insolvent) och motparten kände till eller borde ha känt till obeståndet och de omständigheter som gjorde rättshandlingen otillbörlig. Detsamma gäller – förutom otillbörligt gynnande av viss borgenär – om gäldenärens egendom genom rättshandlingen har undandragits borgenärerna eller hans skulder har ökats. Närstående till gäldenären ska anses vara i ond tro, om inte vederbörande kan göra motsatsen sannolik. Enligt bestämmelsen gäller en återvinningsfrist om fem år om motparten inte är närstående. Om motparten är närstående är återvinningsfristen obegränsad. I praktiken är denna bestämmelse förenad med avsevärda bevisvärigheter för återvinningskäranden, dvs. den part (t.ex. konkursförvaltaren) som väcker talan mot gäldenärens motpart.

De övriga materiella återvinningsbestämmelserna i 4 kap. 6–13 §§ konkurslagen skiljer sig från bestämmelsen i 4 kap. 5 § konkurslagen i det att de är uppbyggda med mer konkreta rekvisit och tar sikte på särskilda rättshandlingar, t.ex. gåva (4 kap. 6 §), betalning (4 kap. 10 §), ställande av säkerhet (4 kap. 12 §) etc. I vissa fall kan återvinnings-svaranden freda sig med sufficiensbevisning (se 4 kap. 6 och 7 §§ konkurslagen), dvs. visa att konkursgäldenären efter rättshandlingen hade egendom kvar som motsvarade hans skulder. I stället för de subjektiva rekvisiten som finns i 4 kap. 5 § konkurslagen har de övriga återvinningsbestämmelserna byggts upp med ett objektivt nackdelsrekvisit. Nackdelsrekvisitet är ”tyst”, dvs. det krävs nackdel för gäldenären trots att det inte uttryckligen anges i lagtexten. Rättshandlingen ska i dessa fall ha inneburit nackdel för gäldenären och i förlängningen för konkursborgenärerna i det att rättshandlingen medfört att dessa skulle få en utdelning som är mindre jämfört med vad de hade fått om rättshandlingen inte hade vidtagits. Likheten mellan bestämmelsen i 4 kap. 5 § konkurslagen och övriga återvinningsbestämmelser är konstruktionen med särskilda återvinningsfrister för närstående och andra samt fristdagens betydelse.

Två återvinningsbestämmelser ska beröras ytterligare. Det gäller bestämmelserna om återvinning av betalning i 4 kap. 10 § och av säkerheter i 4 kap. 12 § konkurslagen. Betalning av en skuld som har skett senare än tre månader före fristdagen kan återvinnas om betalningen har gjorts med annat än sedvanliga betalningsmedel, i förtid eller med belopp som avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Återvinnings-svaranden kan emellertid i samtliga fall freda sig mot återvinning genom att visa att betalningen ändå är att anse som ordinär.

Betalning till närstående kan alltid återvinnas inom två år, om återvinningsvaranden inte visar att gäldenären varken var eller genom betalningen blev på obestånd.

Ett exempel på betalning med ett osedvanligt betalningsmedel kan vara att en gäldenär betalar med varor i stället för med kontanter. Betalning i förtid innebär att betalningen görs före förfallodagen. Slutligen kan alltså återvinning av betalning ske när betalningen har gjorts med belopp som avsevärt har försämrat gäldenärens ställning. I det fallet får man bedöma betalningens storlek i förhållande till gäldenärens ekonomiska förhållanden. I alla de fall som nu har angetts kan återvinningsvaranden hindra återvinning genom att visa att betalningen ändå är ordinär. En betalning kort tid före förfallodagen kan t.ex. under vissa omständigheter anses vara ordinär och därmed befriad från återvinning.

Enligt 4 kap. 12 § konkurslagen kan en säkerhet som gäldenären har överlämnat till en borgenär senare än tre månader före fristdagen och som inte var avtalad (betingad) vid skuldens tillkomst eller som inte har överlämnats utan dröjsmål efter skuldens tillkomst, återvinnas. För överlämnande av en säkerhet till en närstående är återvinningsfristen två år, dock med möjlighet för mottagaren att visa att gäldenären vid överlämnandet varken var eller därigenom blev på obestånd. Innebörden av denna bestämmelse är att den ska hindra en borgenär som inte har säkerhet för sin fordran att kort tid före ett konkursutbrott skaffa sig säkerhet till men för övriga borgenärer. Genom en lagändring år 2002 ändrades bestämmelsen så att återvinning inte kan ske av säkerställanden som är att anse som ordinära. Ändringen var direkt föranledd av förhållandena på den finansiella marknaden och samtidigt upphävdes en specialreglering i lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument (se prop. 2001/02:57 och Ds 1998:40). ”Sena” säkerställanden inom det finansiella området som nu är aktuella kan regelmässigt antas vara ordinära och därmed fredade från återvinning.

Verkan av en framgångsrik återvinningstalan är att den prestation gäldenären har lämnat till motparten (återvinningsvaranden) ska lämnas tillbaka till konkursboet mot att konkursboet till motparten lämnar tillbaka dennes prestation (4 kap. 14 § första stycket och andra stycket första meningen konkurslagen).

4.2.5 Svensk internationell insolvensreglering

I Sverige gäller för hanteringen av insolvenssituationer konkurslagen, lagen om företagsrekonstruktion och skuldsaneringslagen. Skuldsaneringslagen, som enbart gäller fysiska personer med hemvist i Sverige, är som nämnts inte av intresse i detta sammanhang. Konkurslagen gäller generellt alla slags gäldenärer med anknytning till Sverige på vissa sätt. Detsamma gäller lagen om företagsrekonstruktion, med undantag för att banker m.fl. inte omfattas av lagen.

Av intresse för frågor rörande domsrätt m.m. när det gäller insolvenshantering är rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den

29 maj 2000 om insolvensförfaranden¹⁹ (den s.k. insolvensförordningen) och lagen (2005:1046) med kompletterande bestämmelser till insolvensförordningen liksom lagen (2005:1047) om internationella förhållanden rörande försäkringsföretags och kreditinstituts insolvens. Den senare lagen utgör ett införlivande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/17/EG av den 19 mars 2001 om rekonstruktion och likvidation av försäkringsföretag²⁰ (i det följande benämnt försäkringsinsolvensdirektivet) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG av den 4 april 2001 om rekonstruktion och likvidation av kreditinstitut²¹ (i det följande benämnt bankinsolvensdirektivet). Av visst, men mindre intresse är också lagarna på det nordiska området, t.ex. lagen (1981:6) om konkurs som omfattar egendom i annat nordiskt land och lagen (1981:7) om verkan av konkurs som inträffat i annat nordiskt land.

Svensk insolvensrättslig domsrätt har traditionellt grundats på analogier från bestämmelserna om svensk domstols nationella behörighet i 10 kap. rättegångsbalken (1942:740) jämte viss sparsam praxis. En svensk s.k. domicilkonkurs har med stöd av detta kunnat inledas beträffande en gäldenär med hemvist i Sverige. Med domicilkonkurs avses en konkurs som har anspråk på att omfatta all gäldenärens egendom. Om gäldenären saknar hemvist i Sverige, men har någon annan (svagare) anknytning har en s.k. särkonkurs kunnat inledas. En sådan konkurs omfattar enbart gäldenärens i Sverige befintliga egendom. Exempel på anknytningsfakta som stöd för inledandet av en särkonkurs är att gäldenären har egendom i Sverige eller har ingått avtal här.

Det nu sagda gäller i och för sig alltjämt, men har modifierats rejält genom tillkomsten av EU:s insolvensförordning (se prop. 2005/06:37 samt Ds 2002:59 och även Ds 2007:6) som är tillämplig på kollektiva insolvensförfaranden som innebär att gäldenären helt eller delvis berövas rådigheten över sina tillgångar och att en förvaltare utses (artikel 1.1). Det innebär bl.a. att EU:s insolvensförordning är tillämplig på den insolvenshantering som regleras såväl i konkurslagen som lagen om företagsrekonstruktion. För att förenkla framställningen talas dock i det följande endast om konkurs.

Ett s.k. huvudinsolvensförfarande kan inledas i den stat där gäldenären har sina huvudsakliga intressen (artikel 3.1). Fler än ett sådant förfarande kan inte äga rum samtidigt. Ett insolvensförfarande ska som huvudregel vara universellt, dvs. äga rum där gäldenären har sin fasta punkt och omfatta gäldenärens samtliga tillgångar. I artikel 3.1 uttrycks det så att en domstol i den stat där gäldenären har sina huvudsakliga intressen, har behörighet att inleda ett insolvensförfarande beträffande gäldenären. För företag och andra juridiska personer ställs det upp en presumptionsregel som anger att platsen för de huvudsakliga intressena ska anses vara den plats där företaget har sitt säte. För svenskt vidkommande torde det innebära att svensk domstol är behörig om företagets styrelse i fråga,

¹⁹ EGT L 160, 30.6.2000, s. 1 (Celex 32000R1346).

²⁰ EGT L 110, 20.4.2001, s. 28 (Celex 32001L0017), upphävt genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/138/EG (EUT L 335, 17.12.2009, s. 1, Celex 32009L0138), som ännu inte är genomfört i svensk rätt.

²¹ EGT L 125, 5.5.2001, s. 15 (Celex 32001L0024).

enligt t.ex. ett registreringsbevis, har sitt säte i Sverige. Detta är dock endast en presumtionsregel, som kan motbevisas. För fysiska personer finns ingen motsvarighet till nämnda presumtionsregel. Högsta domstolen har dock slagit fast att en fysisk person ska anses ha sina huvudsakliga intressen i Sverige när han är folkbokförd här i landet (NJA 2009 s. 383).

Ett huvudinsolvensförfarande omfattar alltid gäldenärens samtliga tillgångar oavsett var i världen dessa befinner sig. Alla borgenärer deltar i förfarandet. Förfarandet har automatiskt verkan i samtliga medlemsstater (utom Danmark). Det krävs alltså inte någon särskild procedur i de övriga medlemsstater för att få t.ex. ett svenskt konkursbeslut erkänt. Den utsedde konkursförvaltaren har också automatiskt behörighet att agera i övriga medlemsstater. Konkursbeslutet i en stat hindrar också individuell verkställighet mot gäldenären i samtliga medlemsstater.

Ett territoriellt begränsat insolvensförfarande kan inledas i en stat där gäldenären har ett driftställe. Ett territoriellt insolvensförfarande kan vara antingen ett självständigt territoriellt (nationellt) insolvensförfarande eller ett sekundärt territoriellt (nationellt) insolvensförfarande (artikel 3.2 och artikel 27–38). Begreppet driftställe är definierat i förordningen. I artikel 2 h sägs att det därmed avses ”varje verksamhetsplats där gäldenären annat än tillfälligt idkar ekonomisk verksamhet med personella och materiella resurser”. Förekomsten av tillgångar, t.ex. en fastighet, ett bankkonto eller dylikt är i sig inte tillräckligt för att ett insolvensförfarande ska kunna inledas mot gäldenären i den staten. Ett insolvensförfarande som är territoriellt begränsat omfattar enbart de tillgångar som finns i den stat där förfarandet har inletts. Det har däremot inte föreskrivits några begränsningar i fråga om vilka borgenärer som kan delta i det nationella förfarandet. Tvärtom garanterar förordningen samtliga borgenärer (inom EU) rätt att delta med sina fordringar i vilket förfarande som helst.

Ett självständigt nationellt begränsat insolvensförfarande kan enligt artikel 3.4 inledas endast om det inte pågår något huvudinsolvensförfarande. Ytterligare förutsättningar för ett självständigt nationellt begränsat förfarande är *endera* att ett huvudinsolvensförfarande inte kan inledas där det borde inledas enligt artikel 3.1, på grund av de rättsliga förhållandena i den staten *eller annars* att en borgenär med hemvist i den stat där gäldenären har sitt driftställe eller har en fordran som härrör från det driftstället, begär att ett nationellt insolvensförfarande inleds.

Ett sekundärt nationellt begränsat insolvensförfarande är enligt artikel 3.3 ett insolvensförfarande som inleds (eller fortsätts) när det redan pågår ett huvudinsolvensförfarande beträffande gäldenären. Till skillnad mot huvudinsolvensförfaranden och självständiga nationella insolvensförfaranden, måste det sekundära förfarandet vara ett likvidationsförfarande (alltså inte ett rekonstruktionsförfarande) (se artikel 3.3 och artikel 27). För svenskt vidkommande betyder det att ett sekundärt förfarande i Sverige måste vara ett konkursförfarande. Ett huvudförfarande kan vara antingen ett likvidations- eller rekonstruktionsförfarande, dvs. i Sverige ett konkursförfarande enligt konkurslagen eller ett förfarande enligt lagen om företagsrekonstruktion. Däremot har Sverige valt att inte låta ett förfarande enligt

skuldsaneringslagen omfattas av insolvensförordningen (se artikel 2 a och bilaga A).

De förutsättningar som ovan angetts för att ett självständigt nationellt förfarande ska kunna inledas gäller även för inledandet av ett sekundärt nationellt förfarande. Enligt artikel 29 kan ett sekundärt nationellt förfarande inledas på begäran av förvaltaren i huvudinsolvensförfarandet eller någon annan som har rätt till det enligt lagen i den stat där förfarandet begärs bli inlett. Om någon begär att ett sekundärt nationellt insolvensförfarande ska inledas behöver domstolen inte (och får inte heller) pröva om gäldenären i fråga är insolvent. Den bedömning som redan gjorts när huvudinsolvensförfarandet inleddes utsträcks till att gälla även vid prövningen av om ett sekundärförfarande ska inledas (se artikel 27). De förutsättningar i övrigt som den nationella rättsordningen kan uppställa måste däremot den nationella instansen pröva.

För förfarandet föreskrivs som huvudregel i artikel 4 att lagen i den stat där förfarandet pågår (inledningsstaten) är tillämplig. Detta gäller generellt, så snart inget annat föreskrivs i förordningen. Det betyder bl.a. att inledningsstatens rättsordning är tillämplig på alla frågor – vilket är ett mycket stort antal frågor – som inte regleras i förordningen. I artikel 4.2 föreskrivs vidare att inledningsstatens lag ”särskilt” ska vara bestämmande i ett antal utpekade frågor. Detta kan ses som en sorts ”förstärkning” av den generella bestämmelsen i artikel 4.1. Uppräkningen är alltså på intet sätt någon uttömmande uppräkning av frågor som ska bestämmas av inledningsstatens rättsordning. I artikel 5–14 finns sedan ett antal bestämmelser som reglerar lagvalet beträffande särskilda frågor, huvudsakligen av sakrättslig karaktär. I artikel 15 finns slutligen en lagvalsregel för det fall rättegång pågår med gäldenären som part.

Själva kvintessensen med en insolvensförordning är att den ger förutsättningar för erkännande av utländska beslut. I artikel 16.1 föreskrivs att ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande fattat av domstol i någon av medlemsstaterna ska erkännas i alla de övriga medlemsstaterna. Detta erkännande är ”automatiskt”, dvs. det krävs inte någon form av exekvatur. Övriga stater behöver inte – och får inte – pröva om inledningsstatens beslut ska ha någon verkan i den egna staten.

I lagen med kompletterande bestämmelser till insolvensförordningen finns vissa nationellt kompletterande bestämmelser. Innebörden av denna reglering är bl.a. (se 2 §) att sökanden i sin ansökan om konkurs måste styrka att gäldenären endera har sina huvudsakliga intressen i Sverige eller annars ett fast driftställe här. Det är inte säkert att det är tillräckligt att gäldenären har sitt hemvist i Sverige.

Försäkringsföretag och kreditinstitut omfattas som nämnts inte av EU:s insolvensförordning. I stället gäller alltså lagen om internationella förhållanden rörande försäkringsföretags och kreditinstituts insolvens. Lagen är baserad på två EU-direktiv. Regleringen bygger på hemlandsprincipen, dvs. ett försäkringsföretag eller ett kreditinstitut ska bli föremål för ett insolvensförfarande i den stat det är hemmahörande. Om det är hemmahörande utanför EES kan det bli föremål för ett insolvensförfarande i den medlemsstat där det har tillstånd att bedriva verksamhet genom filial (3 §). Enligt denna reglering finns det alltså inte möjlighet till några territoriellt begränsade förfaranden. Om t.ex. en bank

är hemmahörande i Sverige kan den försättas i konkurs enligt konkurslagen och den konkursen omfattar all bankens egendom, oavsett var i världen den befinner sig. Och den svenska konkurslagen och den svenska rättsordningen i övrigt tillämpas på de allra flesta frågor som kan komma upp inom ramen för konkursen (5–15 §§).

5 Finality- och säkerhetsdirektiven

5.1 Allmänt

Som redan nämnts (avsnitt 4.1) finns en nära koppling mellan finality- och säkerhetsdirektiven. Båda direktiven har till ändamål att förhindra eller minimera rättsliga risker på den finansiella marknaden.

Finalitydirektivet är inriktat på överföringsuppdrag avseende betalningar och värdepapper och s.k. nettningar inom finansiella avvecklingssystem. Dessa överföringsuppdrag och nettningar ska inte kunna angripas ”i efterhand” i anledning av insolvens hos någon inblandad. Det finansiella systemets funktion och stabilitet kräver att överföringsuppdragen och nettningarna verkligen blir bestående. Det huvudsakliga ändamålet med finalitydirektivet kan alltså sägas vara att förhindra att medlemsstaternas insolvensrättsliga regelsystem får genomslag inom det område direktivet reglerar.

Huvudsyftet med säkerhetsdirektivet är att tillse att medlemsstaternas regelverk ökar säkerheten och förutsebarheten vid hantering av säkerheter på finansmarknaden. Det innebär bl.a. att säkerhetshavarens rätt till säkerheten ska vara hållbar oavsett var säkerheten är lokaliserad och att säkerhetshavaren snabbt och utan onödiga formaliteter ska kunna ta säkerheten i anspråk när förutsättningarna för det är uppfyllda. Åtgärder avseende en ställd säkerhet ska vara skyddade mot vissa insolvensrättsliga regler, t.ex. insolvensrelaterade regler om återvinning.

Här ska i allmänna ordalag beskrivas och kommenteras innehållet i dessa direktiv och på vilka sätt de har införlivats med svensk rätt. För att undvika missförstånd ska här påpekas att när det fortsättningsvis i avsnitt 5 citeras och/eller hänvisas till de olika artiklarna i de båda direktiven är det ursprungslöydelsen som avses. De nu aktuella ändringarna i artiklarna behandlas sedan i avsnitt 6.

5.2 Finalitydirektivets innehåll

5.2.1 Tillämpningsområdet

Överföringar och nettningar ska enligt finalitydirektivet ske inom ramen för ett avvecklingssystem – eller enbart *system* som är det begrepp som används i direktivet. Finalitydirektivet är tillämpligt för alla avvecklingssystem som faller under en medlemsstats rättsordning och för varje deltagare i ett sådant system. Huruvida avvecklingssystemet är nationellt begränsat eller är gränsöverskridande saknar betydelse; direktivet gäller i båda fallen. Begreppet *system* är givetvis centralt i finalitydirektivet. Vad

som avses därmed anges i artikel 2 a (se också skäl 1–9 samt prop. 1999/2000:18 s. 27 f.). Kretsen av deltagare i ett system anges i artikel 2 b–2 g (se a. prop. s. 29 f.).

Definitionen i artikel 2 a lyder som följer.

”*system*: ett formellt arrangemang

- mellan tre eller flera deltagare, en eventuell avvecklingsagent, en eventuell central motpart, en eventuell clearingorganisation eller en eventuell indirekt deltagare oräknade, med gemensamma regler och standardiserade arrangemang för att utföra överföringsuppdrag mellan deltagarna,
- som faller under en medlemsstats lag som deltagarna har valt; deltagarna får emellertid välja lagen endast i en medlemsstat där åtminstone en av dem har sitt huvudkontor, och
- som är betecknat som ett system och anmält till kommissionen av den medlemsstat vars lag är tillämplig, utan att detta påverkar tillämpningen av andra strängare regler, som föreskrivs i nationell lag, sedan den medlemsstaten har förvässat sig om att systemets regler är tillfredsställande.

Enligt villkoren i första stycket får en medlemsstat beteckna ett sådant formellt arrangemang, vars verksamhet består i att utföra överföringsuppdrag enligt definitionen i i) andra strecksatsen, och som i begränsad utsträckning utför uppdrag som hänför sig till andra finansiella instrument, som ett system när medlemsstaten anser att systemrisken motiverar detta.

En medlemsstat kan också från fall till fall beteckna ett sådant formellt arrangemang mellan två deltagare, en eventuell avvecklingsagent, en eventuell central motpart, en eventuell clearingorganisation eller en eventuell indirekt deltagare oräknade, som ett system när medlemsstaten anser att systemrisken motiverar detta.”

Annorlunda uppdelat kan man säga att kraven för att ett visst arrangemang ska anses vara ett system enligt direktivet (”specialregleringarna” i andra och tredje styckena bortsedda ifrån) är följande.

- det ska finnas minst tre deltagare,
- det ska finnas gemensamma regler,
- syftet ska vara att utföra överföringsuppdrag,
- systemet ska lyda under en medlemsstats rättsordning, vilken som helst; dock krävs att i vart fall en av deltagarna har sitt huvudkontor i den medlemsstaten,
- det ska betecknas om ett system,
- det ska vara anmält till kommissionen av den medlemsstat under vars rättsordning det lyder,
- medlemsstaten som avses i föregående punkt ska ha förvässat sig om att systemets regler är tillfredsställande.

Finalitydirektivet tar sikte på *dels* sådana avvecklingssystem som typiskt sett utgör en viktig del av den nationella finansiella infrastrukturen, *dels* sådana avvecklingssystem som har gränsöverskridande karaktär. Exempel på den första typen av system är en centralbanks betalningssystem och den avveckling av värdepappersaffärer som sker hos centrala värdepappersförvarare. I Sverige används begreppen clearingorganisation respektive central värdepappersförvarare

för den som bedriver nu avsedd verksamhet (se lagen [2007:528] om värdepappersmarknaden respektive lagen [1998:1479] om kontoföring av finansiella instrument).

Direktivets definition av *system* har avgörande betydelse i det att det skydd, främst av insolvensrättslig karaktär, som direktivet ger är begränsat till överföringsuppdrag och nettningar *inom* ett system. Om transaktioner innefattande överföringsuppdrag och nettningar sker inom ramen för ett arrangemang som inte faller in under definitionen åtnjuter dessa överföringar och nettningar inte det skydd som direktivet ger. Ett av problemen med finalitydirektivet, som också kommenteras i prop. 1999/2000:18 s. 51 f., är att det saknar regler rörande det viktigaste elementet i ett system, nämligen administratören av systemet. I artikel 2 b–2 g finns visserligen definitioner av olika slags aktörer inom ramen för ett system, men det framgår inte vem som är ansvarig administratör av systemet. Det råder därför oklarhet i den viktiga frågan om vem som är behörig att företräda systemet gentemot t.ex. myndigheter. Andra brister består i att direktivet inte heller anger om ett system ska kräva tillstånd eller liknande eller om det ska stå under någon form av tillsyn och vem eller vilka myndigheter som i så fall ska bära ett sådant tillsynsansvar. Visserligen anges i definitionen att den medlemsstat under vars rättsordning systemet lyder ska ha ”förvissat sig om att systemets regler är tillfredsställande”. För att kunna göra det krävs att medlemsstaten i fråga, i vart fall initialt, prövar om systemets regler vad avser hanteringen av systemrisker är acceptabla. Men det kan också sägas innefatta ett krav på att systemets regler står under kontinuerlig tillsyn med fortlöpande kontroller av olika slag (jfr prop. 1999/2000:18 s. 49 och s. 28). Men hur som helst finns här en betydande osäkerhet i det att det är överlämnat till de enskilda medlemsstaterna att närmare bestämma om initial prövning av system och fortlöpande tillsyn över dessa.

Direktivets reglering beträffande lagval kan i förstone synas enkel och lättförståelig. Deltagarna kan fritt välja vilken medlemsstats rättsordning som helst. Det enda som krävs är att någon systemdeltagare har sitt huvudkontor i den medlemsstaten. I prop. 1999/2000:18 (s. 27 f. och s. 56 f.) uppmärksammas emellertid vissa problem med den valda lösningen. I huvudsak utgörs problemet av att två tolkningsalternativ står mot varandra. Endera skulle det lagval deltagarna ha gjort omfatta samtliga aktiviteter inom systemet eller annars skulle lagvalet avse enbart de regler som omfattas av direktivets bestämmelser. Det första tolkningsalternativet innebär att de valda nationella bestämmelserna rörande prövning av system och tillsyn av dessa samt krav på organisation, ledningsfunktioner, kapitalkrav m.m. skulle gälla. Det andra tolkningsalternativet däremot skulle innebära att många för systemets funktion och säkerhet viktiga regler skulle kunna falla under en annan medlemsstats lag. Nu uppmärksammas oklarhet vad gäller tolkningen skulle också kunna inbjuda till s.k. *forumshopping*, dvs. ett system skulle söka sig till den rättsordning där lägsta krav ställs för att anmälan till kommissionen ska kunna ske.

Som redan har nämnts omfattar finalitydirektivet överföringsuppdrag rörande såväl betalningar som värdepapper och valutor. Någon legaldefinition av vad som menas med ”betalning” finns inte i direktivet. Möjligen anses det vara självklart. Annars kan man i definitionen i

artikel 2 första strecksatsen indirekt läsa ut att det med betalning avses ”att ställa ett penningbelopp till en mottagares förfogande”. Inte heller begreppet valuta definieras i direktivet. I artikel 1 a anges inte mer än att ”vilken valuta som helst” avses inklusive ”ecu”. Däremot definieras begreppet värdepapper i artikel 2 h genom en direkt hänvisning till ”avsnitt B i bilagan till direktiv 93/22/EEG” (det s.k. investerings-tjänstdirektivet). Definitionen av värdepapper är där vidare än vad som annars är gängse i svensk rätt (se a. prop. s. 31).

Finalitydirektivet innehåller också bestämmelser om säkerheter som ställs i samband med deltagande i ett avvecklingssystem eller operationer som utförs av centralbankerna i deras funktion som centralbank (se artikel 1 c och 2 m samt skäl 9). Säkerhetsregleringen i finalitydirektivet är dock tämligen rudimentär och kompletteras i väsentliga avseenden av säkerhetsdirektivet.

5.2.2 Direktivets insolvensskydd för överföringsuppdrag och nettning

Huvudingrediensen i finalitydirektivet är alltså insolvensskyddet. Först måste man då fråga sig vad det närmare bestämt är man ska skydda sig mot. Jo, det är verkningarna av att ett insolvensförfarande har inletts beträffande någon deltagare i systemet. Och vad som avses med ett insolvensförfarande definieras i artikel 2 j. Med *insolvensförfarande* avses

”varje kollektiv åtgärd som föreskrivs i lagen i en medlemsstat eller i tredje land antingen för att likvidera eller för att rekonstruera deltagaren, när en sådan åtgärd innebär inställelse av eller införande av begränsningar för överföringar eller betalningar.”

Först som sist kan konstateras att denna definition lider av en inte obetydlig vaghet. Den är inte heller avstämd med de definitioner som används i insolvensförordningen eller i bankinsolvens- och försäkrings-insolvensdirektiven (jfr artikel 2 respektive 2 c och 2 d).

Nu nämnda oklarheter torde dock sakna praktisk betydelse. Fram för allt saknar det i sak helt betydelse för det skydd mot en systemdeltagares insolvens som finalitydirektivet innehåller. Det hänger samman med just vagheten i direktivets definition av insolvensförfarande. Den medför nämligen att det är svårt, för att inte säga omöjligt, att tänka sig att det i någon medlemsstat skulle finnas ett insolvensförfarande som inte skulle falla in under definitionen av insolvensförfarande i finalitydirektivet. Att det i andra rättsakter finns mer preciserade definitioner ruckar inte på det insolvensskydd som finalitydirektivet innefattar.

I artikel 6.1 anges att tidpunkten för ett insolvensförfarandes inledande vid tillämpningen av direktivet är den tidpunkt då beslutet om att inleda ett förfarande fattades av den nationellt behöriga instansen (rättsliga eller administrativa myndigheten). Den relevanta tidpunkten är alltså beslutstidpunkten, inte tidpunkten för ansökans ingivande eller någon annan tidigare eller senare tidpunkt. Den nationella instans som beslutar att ett insolvensförfarande ska inledas ska enligt artikel 6.2 omedelbart

underrätta en viss nationellt bestämd myndighet (i Sverige är det Finansinspektionen). Finansinspektionen (eller motsvarande myndighet i en annan medlemsstat; se artikel 10) ska i sin tur enligt artikel 6.3 omedelbart underrätta andra medlemsstater om insolvensbeslutet.

I anledning av vad som uttalas i prop. 1999/2000:18 s. 36 ska anmärkas att artikel 6.1 inte säger något om verkningarna av ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande. Bestämmelsen i artikel 6.1. utgör alltså *inte* något hinder mot att ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande har retroaktiva verkningar av olika slag. Det vore dessutom svårt att tänka sig att finalitydirektivet med hänsyn till dess tillämpningsområde skulle innehålla bestämmelser av sådan *generell* räckvidd. Ett hinder mot retroaktiva verkningar inom ramen för det skydd som dras upp av finalitydirektivet ställs dock upp i artikel 7. Där anges att ett insolvensförfarande inte ska ha retroaktiv verkan på en deltagares rättigheter och förpliktelser, som uppstår genom eller i samband med deltagande i ett system, före tidpunkten för inledning av ett insolvensförfarande. Detta innebär bl.a. ett förbud mot s.k. ”zero-hour-rules”. Med det avses regler som innebär att ett beslut om att inleda ett insolvensförfarande ska anses vara fattat kl. 00.00 oavsett när det senare under dagen de facto är fattat. Men artikeln sträcker sig längre än till att enbart utgöra ett förbud mot sådana regler. Varje retroaktiv verkan som skulle kunna påverka en systemdeltagares rättigheter och förpliktelser, t.ex. rörande överföringsuppdrag och nettningar, är förbjuden genom bestämmelsen i artikel 7. Det är emellertid viktigt att göra ett förtydligande. Förbudet mot retroaktivitet gäller enbart verkningar *inom systemet*. Till exempel kan nationella ogiltighets- eller återvinningsregler tillämpas utan hinder av artikel 7 så länge de inte påverkar deltagarens förpliktelser inom ramen för systemet. Utanför systemet kan sådana regler göras gällande mot deltagaren. En sådan ordning är också logisk i det att finalitydirektivet är avsett att utgöra ett systemskydd, inte ett deltagarskydd.

En rättslig risk är bl.a. den risk som kan vara förenad med osäkerhet kring vilket lands rättsordning som är tillämplig i en viss situation. I artikel 2 a andra och tredje strecksatserna föreskrivs att rättsordningen i den medlemsstat som har anmält systemet till kommissionen är tillämplig på den rättsliga regleringen av systemet. I artikel 8 följs detta upp med föreskriften om att de rättigheter och förpliktelser som uppstår genom eller i samband med deltagande i systemet bestäms av den lag som systemet faller under även i de fall deltagaren blir föremål för ett insolvensförfarande.

Själva direktivet avser ju att reglera överföringsuppdrag inom ramen för systemen. Och som en väsentlig komponent med nära anknytning till själva överföringsuppdragen finns nettningarna. Vad som avses med ett överföringsuppdrag definieras i artikel 2 i och nettning definieras i artikel 2 k. Med *överföringsuppdrag* avses således

- varje instruktion från en deltagare om att ställa ett penningbelopp till en mottagares förfogande genom registrering på ett konto hos ett kreditinstitut, en centralbank eller en avvecklingsagent, eller varje instruktion som leder till övertagande eller uppfyllelse av en betalningsförpliktelse enligt definitionen i systemets regler, eller

- en instruktion från en deltagare om att föra över äganderätten eller annan rätt till ett eller flera värdepapper genom registrering i ett register, eller på annat sätt.

Med *nettning* avses

”omvandling till en nettofordran eller en nettoförpliktelse av fordringar och förpliktelser som följer av överföringsuppdrag en eller flera deltagare antingen ställer ut till eller mottar från en eller flera andra deltagare, vilket har till följd att endast en nettofordran eller en nettoförpliktelse återstår.”

Med överföringsuppdrag avses alltså bara en instruktion från en deltagare i ett avvecklingssystem att till en mottagare överföra ett penningbelopp eller äganderätt eller annan rätt till värdepapper. Den underliggande transaktionen, t.ex. en betalning för levererade varor eller en överlåtelse av finansiella instrument omfattas däremot inte av definitionen av överföringsuppdrag. Det kan också vara värt att observera att definitionen av överföringsuppdrag innebär att betalningar och leverans av värdepapper som inte äger rum genom registrering i ett system inte omfattas av definitionen och därmed inte av direktivets reglering.

Nu nämnda överföringsuppdrag och de därtill knutna nettningarna kan alltså sägas vara själva skyddsobjekten i finalitydirektivet. Man ska kunna lita på att uppdragen och nettningarna blir bestående och skyddas mot systemriskerna av olika slag, främst rättsliga risker. Och de rättsliga riskerna som närmast torde vara aktuella är sådana som har anknytning till någon deltagares insolvens.

I artikel 3.1 första stycket föreskrivs att överföringsuppdrag och nettning ska *gälla* enligt rättsordningen och vara *bindande* även i förhållande till tredje man i händelse av en deltagares (parts) insolvens. Att dessa överföringsuppdrag och nettningar gäller mellan parterna och för övriga deltagare i systemet (som inte är att anse som ”tredje man”) anges inte; det följer i stället av avtalet för deltagande i systemet (jfr också artikel 3.2; se nedan). En förutsättning för tredje mans bundenhet är som huvudregel att överföringsuppdragen har införts i systemet före det att insolvensförfarandet inleddes (jfr artikel 6 första stycket). I artikel 3.1 andra stycket finns en kompletterande bestämmelse om att överföringsuppdrag som har införts efter det att ett insolvensförfarande inleddes men samma dag också är bindande för tredje man om avvecklingsagenten, den centrala motparten eller clearingorganisationen kan visa att den var i god tro, dvs. inte hade eller borde ha haft kännedom om att insolvensförfarandet hade inletts. Denna bestämmelse är omdiskuterad, inte minst för att den innehåller två främmande element. För det första ska en part alltså bevisa att han eller hon *saknar* kännedom om en viss omständighet (att ett insolvensförfarande har inletts). Detta är normalt mycket svårt att bevisa. För det andra är bevisbördan placerad på någon som inte behöver vara part i transaktionen och som vanligen inte heller är det.

Det kan alltså ibland vara viktigt att kunna fastställa vid vilken tidpunkt någon särskild omständighet har inträffat. I artikel 6.1 anges, som nämnts, att tidpunkten för ett insolvensförfarandes inledande är

tidpunkten då beslutet om att inleda ett förfarande fattades. I artikel 3.3 anges att systemet ska innehålla regler om vid vilken tidpunkt ett överföringsuppdrag ska anses vara infört i systemet. Ingen av de nämnda artiklarna ställer upp något krav på med vilken exakthet (vecka, dag, klockslag eller något annat) ifrågavarande tidpunkter ska anges.

I bestämmelsen i artikel 3.2 anges att det inte får finnas några bestämmelser om ”ogiltigförklaring” av kontrakt och transaktioner som har ingåtts före inledandet av ett insolvensförfarande som innebär att en genomförd nettning ska återgå. Denna regel tar endast sikte på insolvensrättslig återvinning och avser inte t.ex. avtalsrättslig ogiltighet. Om t.ex. en deltagare i systemet har blivit hotad eller lurad att lämna ett överföringsuppdrag så kan givetvis rättshandlingen angripas. Skyddet enligt både artikel 3.1 och 3.2 följs upp i artikel 5 i det att det där föreskrivs att en systemdeltagare eller en tredje man inte får återkalla ett lämnat överföringsuppdrag efter en viss enligt systemreglerna angiven tidpunkt. Det kan dock anmärkas att direktivet inte hindrar att nettningsunderlaget (dvs. de införda överföringsuppdragen) testkörs och att en s.k. täckningskontroll därvid utförs innan nettningen blir definitiv (jfr skäl 12).

I artikel 4 finns en dispositiv bestämmelse om att medlemsstaterna får föreskriva att ett insolvensförfarandes inledande inte ska förhindra att medel eller värdepapper som på den insolvente deltagarens avvecklingskonto (ang. avvecklingskonto, se artikel 2 l) används för att uppfylla deltagarens förpliktelser i systemet den dag insolvensförfarandet inleds. Enligt artikeln får medlemsstaterna vidare föreskriva att en insolvent deltagares kredit i systemet ska användas för att uppfylla deltagarens förpliktelser i systemet mot tillgänglig och befintlig säkerhet. Att artikel 4 är dispositiv innebär att varje medlemsstat fritt får bestämma om den ska införlivas i nationell rätt eller inte.

5.2.3 Säkerhetsregleringen i artikel 9

Som redan har nämnts åligger det regelmässigt aktörerna på finansmarknaden att ställa säkerhet för de förpliktelser de kan ådra sig genom deltagandet på marknaden. Av intresse är givetvis då att en deltagares ställande av säkerheter inte kan angripas, t.ex. i händelse av deltagarens insolvens, men även att ställda säkerheter utan onödig omgång kan tas i anspråk av säkerhetshavaren. Det är i korthet detta som är bakgrunden till artikel 9 i finalitydirektivet.

I artikel 9 föreskrivs följande.

1. De rättigheter
 - som en deltagare har till en säkerhet som ställs i samband med ett system, och
 - som medlemsstaternas centralbanker eller den framtida Europeiska centralbanken har till en säkerhet som ställs till dem,skall inte påverkas av insolvensförfaranden mot den deltagare eller den motpart till medlemsstaternas centralbanker eller den framtida Europeiska centralbanken som ställde säkerheten. Sådan säkerhet får realiseras för att tillgodose dessa rättigheter.

2. Då värdepapper (inklusive rättigheter till värdepapper) ställs som säkerhet till deltagare och/eller medlemsstaternas centralbanker eller den framtida Europeiska centralbanken som beskrivs i punkt 1 och deras rätt (eller den rätt något ombud, någon agent eller tredje man som handlar för deras räkning har) med avseende på värdepappren är enligt lag registrerade i ett register, på ett konto eller i ett system för centraliserad förvaring i en medlemsstat, skall sådana enheters rättigheter som säkerhetsinnehavare i förhållande till dessa värdepapper falla under lagen i den medlemsstaten.

Vad som avses med säkerheter definieras i artikel 2 m (jfr skäl 9). Denna definition är mycket vid och täcker all tänkbar egendom som säkerhetsobjekt och olika arrangemang kring säkerhetsställandet. Även säkerheter ställda av tredje man omfattas.

I prop. 1999/2000:18 s. 40 sägs att bestämmelsen i artikel 9.1 *kan* tolkas som en regel som innebär ett absolut hinder mot återvinning. I nästa andetag sägs dock att stöd för en sådan tolkning saknas. Innebörden är i stället att otillbörliga transaktioner kan återvinnas, men endast *utanför* systemet. I sammanhanget är det värt att nämna att det numera enligt 4 kap. 12 § konkurslagen (1987:672) kan anses ordinärt att en säkerhet ställs och överlämnas även i de fall den inte var betingad vid skuldens tillkomst eller överlämnas med dröjsmål (se prop. 2001/02:57).

5.3 Finalitydirektivets införlivande med svensk rätt

5.3.1 Allmänt

Finalitydirektivet har alltså införlivats med svensk rätt genom införandet av lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden (AL), ändringar i 8 kap. 7 och 10 §§ konkurslagen samt ändringar i 1 kap. 1 § och ändring respektive tillägg i 5 kap. 1 och 3 §§ lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument. Lagen och lagändringarna trädde i kraft den 1 januari 2000. AL har sedan varit föremål för ändringar genom SFS 2004:325, 2007:553 och 2009:831. Relevanta svenska förarbeten finns i prop. 1999/2000:18 och i en av Finansdepartementet i juli 1999 upprättad och remissbehandlad promemoria (dnr Fi1999/2510). En nordisk arbetsgrupp har också redovisat sitt arbete i rapporten TemaNord 1999:576. Införlivandemöten har också hållits på EU-nivå (se dnr Fi1999/2510).

Finalitydirektivets bestämmelser kan, om man så vill, delas in i två grupper.

Den första gruppen utgörs av företrädesvis näringsrättsliga bestämmelser. Hit hör reglerna rörande själva funktionen hos ett avvecklingssystem och vissa i huvudsak administrativt betonade regler. Dessa regler – som finns i artikel 1, delar av 6, och 10 – har införlivats med svensk rätt genom AL. Karaktären av dessa direktivbestämmelser är sådana att ett införlivande har krävts för att introducera själva företeelsen avvecklingssystem. Det har därvid inte varit nödvändigt att skärskåda varje enskild bestämmelse för sig, utan bedömningen har kunnat göras övergripande och i det stora hela varit av enklare slag (se prop. 1999/2000:18 s. 47–56). Artiklarna 12, 13 och 14 som rör ikraftträdande

och uppföljning av direktivet som sådant har inte krävt några särskilda införlivandeåtgärder.

Den andra gruppen utgörs av civil- och insolvensrättsliga bestämmelser samt bestämmelser om lagval. Dessa bestämmelser har införlivats med svensk rätt genom AL och genom ändringar/tillägg av vissa bestämmelser i konkurslagen och i lagen om handel med finansiella instrument. En viktig övergripande princip för införlivandet av bestämmelserna i den andra gruppen har varit att överväganden måste göras av varje direktivbestämmelse för sig samt att nödvändiga införlivanden i möjligaste mån bör göras generellt (prop. 1999/2000:18 s. 45). Vid dessa överväganden konstaterades att några särskilda åtgärder för införlivande inte var nödvändiga vad gäller direktivets bestämmelser i artikel 4, 6 och 7. Däremot bedömdes det som att artiklarna 3, 5, 8 och 9 helt eller delvis krävde åtgärder för införlivande. I vissa fall ansågs mer detaljerade överväganden vara nödvändiga. Det kan finnas anledning att här kortfattat återge och kommentera dessa överväganden.

5.3.2 Lagval – artikel 8

Vad gäller införlivandet av artikel 8 ansågs inga mer ingående överväganden krävas. Artikel 8 föreskriver att den lag som systemet faller under ska bestämma de rättigheter och skyldigheter som uppstår genom eller i samband med deltagandet i systemet i händelse av att ett insolvensförfarande inleds mot någon deltagare. Bestämmelsen har viss anknytning till bestämmelsen i artikel 2 a första stycket andra strecksatsen om vilken rättsordning som deltagarna kan välja. Genom föreskriften i artikel 8 utsträcks det lagvalet till att gälla även vid en deltagares insolvens. Bestämmelsen har införlivats med svensk rätt genom 12 § AL (se prop. 1999/2000:18 s. 56 f. och s. 103).

5.3.3 Överföringsuppdrag och nettning – artikel 3 och 5

Övervägandena rörande införlivandet av artikel 3 och 5 finns i prop. 1999/2000:18 på s. 59–78 (jfr promemorian, juli 1999, s. 58 f.).

Vid införlivandet av artikel 3 väcktes frågan om hur artikel 3.1. andra stycket egentligen bör tolkas. Eftersom tolkningsfrågan är avgörande för hur införlivandet kom att göras finns det här anledning att något uppehålla sig vid detta. I propositionen (s. 61 f.) uttalas följande.

”I promemorian diskuteras tänkbara tolkningar av artikeln. En är att bestämmelsen utgör en minimireglering, dvs. den anger endast under vilka förutsättningar medlemsländerna är skyldiga att införa regler till skydd för överföringsuppdrag. Med den sistnämnda tolkningen skulle det stå varje land fritt att ha regler som innebär att systemen får avveckla överföringsuppdrag även efter den tidpunkt som anges i artikeln. Argumenten för denna tolkning är att huvudsyftet med Finalitydirektivet är att minska de risker som är förenade med deltagande i avvecklingssystem (jfr ingressmening 1 och 2). Eftersom det inte finns något som hindrar medlemsländerna från att utanför Finalitydirektivets tillämpningsområde ha regler som innebär att effekterna av insolvensförfaranden inträder vid en senare tidpunkt eller att godtrosregeln är utformad på annat sätt än

vad som är fallet i artikel 3.1 andra stycket (jfr 3 kap. 2 § konkurslagen), skulle artikeln om den inte utgör en minimireglning medföra att de mest skyddsvärda systemen riskerar att få ett sämre skydd än vad som gäller för avvecklingssystem som inte omfattas av direktivet och även i förhållande till vad som gäller för transaktioner i allmänhet. Om bestämmelsen inte anses utgöra en minimireglning riskerar den således att motverka syftet med direktivet och i stället öka riskerna vid deltagande i avvecklingssystem. Detta skulle också med hänsyn till godtrosregeln i 3 kap. 2 § konkurslagen bli följden för svenskt vidkommande. Advokatsamfundet och VPC anser att det är av stor vikt för svensk finansmarknad att bestämmelsen tolkas som en minimiregel. En annan tolkning skulle enligt dem medföra allvarliga konsekvenser för de väl etablerade rutiner som tillämpas av VPC och flertalet europeiska värdepappersavvecklingssystem.”

I propositionen konkluderas sedan (s. 63) följande.

”Enligt regeringens mening har de skäl som talar för att artikel 3.1 andra stycket skall anses utgöra en minimireglning sådan tyngd att denna tolkning bör ges företräde framför en strikt tolkning enligt ordalydelsen. Regeringen lägger vid denna bedömning särskild vikt vid att huvudsyftet med Finalitydirektivet är att minska de risker som är förenade med deltagande i avvecklingssystem särskilt de s.k. systemriskerna och de effekter en annan tolkning skulle kunna få för system som avvecklar värdepappersaffärer inte bara i Sverige utan även inom resten av EU.”

När finalitydirektivet införlivades ansågs svensk rätt stå i överensstämmelse med artikel 3.1 andra stycket. Någon särskild lagstiftningsåtgärd ansågs då inte behövlig. Det saknas anledning att nu göra en annan bedömning. Det innebär att den generellt gällande bestämmelsen i 3 kap. 2 § konkurslagen oberoende av finalitydirektivet är tillämplig även i nu aktuella sammanhang. Innebörden av detta kan fordra ett vidare resonemang.

Artikel 3.1 första stycket har införlivats i 13 § första stycket AL. I bestämmelsen anges att ett i systemet infört överföringsuppdrag gäller mot tredje man även om ett insolvensförfarande (t.ex. konkurs) har inletts mot en deltagare i systemet, t.ex. den deltagare som infört uppdraget. En avgörande förutsättning är emellertid att uppdraget har införts *innan* beslutet om att inleda insolvensförfarandet meddelades. Denna reglering stämmer överens med vad som gäller enligt den generella regleringen i 3 kap. 1 § konkurslagen e contrario. Regleringen i 13 § AL tar dock över reglerna om återvinning i 4 kap. konkurslagen såtillvida att själva överföringsuppdraget inte får påverkas av en eventuell återvinning. Återvinning kan dock ske utanför systemet. Av bestämmelsen i 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument följer också att en inom systemet vidtagen nettning (bi- eller multilateral) också gäller mot tredje man, t.ex. ett konkursbo.

Vad gäller då i de fall ett överföringsuppdrag har införts i systemet *efter* det att beslutet om att inleda ett insolvensförfarande beträffande deltagaren meddelades? För detta fall har finalitydirektivet en bestämmelse i artikel 3.1 andra stycket som lyder.

”Överföringsuppdrag som undantagsvis införs i ett system efter den tidpunkt då insolvensförfaranden inleds och som utförs samma dag som dessa förfaranden

inleds, skall endast gälla enligt rättsordningen och vara bindande i förhållande till tredje man om avvecklingsagenten, den centrala motparten eller clearingorganisationen efter avvecklingen kan bevisa att de inte hade eller borde ha haft kännedom om att sådana förfaranden hade inletts.”

Den bestämmelsen är som sagt förenlig med svensk rätt. I svensk rätt gäller generellt i stället bestämmelsen i 3 kap. 2 § första stycket konkurslagen som lyder.

”En rättshandling mellan gäldenären och någon annan som företas senast dagen efter den då kungörelsen om konkursbeslutet var införd i Post- och Inrikes Tidningar skall utan hinder av vad som sägs i 1 § gälla, om det inte visas att den andre kände till beslutet eller att det förekom omständigheter som gav honom skälig anledning att anta att gäldenären var försatt i konkurs. Överlåtelse av eller annat förfogande över egendom som på grund av detta skall gälla, skall likväl, om konkursboet utan oskäligt uppehåll yrkar det, gå åter mot att boet ersätter den andre vad han har utgett jämte nödvändig eller nyttig kostnad.”

För fullständighetens skull ska också anges vad som föreskrivs i 6 kap. 4 § lagen om kontoföring av finansiella instrument (jfr 1 kap. 6 § konkurslagen), nämligen följande.

”Har ett finansiellt instrument i annat fall än som avses i 3 § överlåtits av någon som inte ägde det, blir överlåtelsen giltig om överlåtaren vid tidpunkten för överlåtelsen var antecknad på ett avstämningskonto som ägare till instrumentet samt anmälan om överlåtelsen har registrerats och förvärvaren då varken kände till eller borde ha känt till att överlåtaren inte ägde det finansiella instrumentet. Vad nu sagts tillämpas även vid överlåtelse från den som ägde det finansiella instrumentet men som saknade rätt att förfoga över instrumentet genom överlåtelse.”

Innebörden av den nu beskrivna regleringen är att bestämmelsen i lagen om kontoföring av finansiella instrument gäller för överföringsuppdrag avseende sådana finansiella instrument som är kontoförda enligt den lagen. I övrigt gäller konkurslagens bestämmelse. Huruvida ett överföringsuppdrag omfattas av AL saknar därvid betydelse. Samtliga tre nu berörda bestämmelser tillåter – om än med varierade rekvisit – att ett överföringsuppdrag som har införts i systemet efter det att ett konkursbeslut har meddelats angrips av tredje man i skepnad av en konkursförvaltare. Om 6 kap. 4 § lagen om kontoföring av finansiella instrument eller 3 kap. 2 § första stycket första meningen konkurslagen tillämpas blir konsekvensen i ondrosfallen att överföringsuppdraget blir ogiltigt. Om 6 kap. 4 § lagen om kontoföring av finansiella instrument inte är tillämplig och det inte föreligger ond tro finns det enligt 3 kap. 2 § första stycket andra meningen ändå en återbäringsskyldighet gentemot konkursboet. Enligt artikel 3.1 andra stycket inträder ogiltighet i ondrosfallen.

Bestämmelsen i artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet enligt sin ordalydelse skulle inte ge något ytterligare eller annat insolvensskydd än vad som ändå gäller. Det är också den bedömning som gjordes i prop. 1999/2000:18.

I sammanhanget ska det dock läggas till att bestämmelsen i 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument om hållbarheten av nettningar inte innefattar motsvarande frågeställning. En nettning som faller inom den bestämmelsen kan inte angripas med stöd av 3 kap. 2 § första stycket konkurslagen eller 6 kap. 4 § lagen om kontoföring av finansiella instrument.

5.3.4 Reglering av säkerheter – artikel 9.1

Övervägandena rörande införlivandet av artikel 9.1 finns i prop. 1999/2000:18 på s. 79–87 (jfr promemorian, juli 1999, s. 73 f.).

Den huvudsakliga innebörden av artikel 9.1 är att en systemdeltagares rätt till en säkerhet ställd för en förpliktelse i samband med deltagande i systemet inte ska påverkas av ett insolvensförfarande som inletts mot den säkerställande deltagaren. En sådan säkerhet ska också få realiseras för att tillgodose säkerhetshavarens rättigheter. Vem som har ställt säkerheten – gäldenären själv eller en tredje man – saknar betydelse enligt ordalydelsen av artikel 9.1. Det krävs dock att den som ställer säkerhet är deltagare i systemet. För att säkerhet ställd av tredje man inte skulle ha omfattats av bestämmelsen hade det, med den ordalydelse bestämmelsen har, krävts att ett uttryckligt undantag gjorts för en sådan säkerhet. Så är emellertid inte fallet. Med säkerhet avses i artikeln vilken egendom som helst och även vilka sätt för säkerställande som helst (jfr artikel 2 m och skäl 9). En annan sak är att olika avvecklingssystem har satt upp regler rörande detta, som på avtalsmässig grund givetvis måste följas. Även om det inte framgår av ordalydelsen av artikel 9.1 kan man möjligen lägga till att det också krävs att de säkerheter som ställs inom ramen för ett system är effektiva (jfr prop. 1999/2000:18 s. 84). Det sistnämnda kravet ska dock tillgodoses av de regler som ställs upp för ett system och har inte direkt med frågan om införlivande av artikel 9.1 att göra. Den frågan har dock den svenska lagstiftaren beaktat vid införlivandet av finalitydirektivet (se vidare nedan).

I enlighet med huvudsyftet med hela finalitydirektivet är syftet även med denna artikel att tillgodose intresset av systemskydd. Centralt i det sammanhanget är *dels* att en avveckling är slutgiltig, *dels* att bl.a. säkerheter kan göras gällande vid insolvens hos en deltagare (se skäl 9 och jfr även skäl 1, 2 och 4). Detta skydd är konstruerat så att en inträffad insolvens hos någon deltagare inte ska tillåtas påverka den rätt en säkerhetshavare har, bortsett från den inträffade insolvensen, till säkerheten. Säkerheten och de rättigheter som säkerhetshavaren har till den ska med andra ord isoleras från insolvensens verkningar. Om bestämmelser rörande insolvensförfarandet – t.ex. det svenska konkursförfarandet – är sådana att möjligheterna för säkerhetshavaren att omedelbart tillgodogöra sig värdet av säkerheten är begränsade på något sätt är sådana insolvensbestämmelser inte förenliga med artikel 9.1. Efter att ha konstaterat just detta slog man vid införlivandet fast att den lösenrätt för förvaltaren och den hembudsskyldighet för säkerhetshavaren som föreskrivs i 8 kap. 10 § första stycket konkurslagen strider mot artikel 9.1. Artikel 9.1 införlivades därför genom ett nytt andra stycke i 8 kap. 10 § konkurslagen av följande lydelse.

”Finansiella instrument som är noterade vid en svensk eller utländsk börs, en auktoriserad marknadsplats eller någon annan reglerad marknad samt valuta får säljas omedelbart till gällande börs- eller marknadspris av den som har egendomen som säkerhet.”

Dessutom ändrades bestämmelsen i 8 kap. 7 § tredje stycket konkurslagen om att finansiella instrument i vilka en borgenär har panträtt i vissa fall kan säljas utan dennes samtycke så att den omfattar även valuta. I samma lagrum togs kravet om att försäljning skulle ske genom ett värdepappersinstitut bort.

I undantaget i 8 kap. 10 § andra stycket konkurslagen avses alltså endast säkerheter i form av finansiella instrument som är noterade på visst sätt samt valuta. I Sverige har därmed artikel 9.1 införlivats på ett tämligen snävt sätt i det att artikeln inte innehåller de nämnda – eller några andra – begränsningar av vilka slag av egendom som kan användas som säkerhet. Såvitt kan utrönas har detta snäva införlivande motiverats med kravet på att säkerheter som ställs inom ramen för ett system ska uppfylla högt ställda krav på att vara effektiva (likvida). Det är svårt att se att detta snäva införlivande skulle kunna orsaka problem av något slag.

5.3.5 Tillämplig lag för säkerheter – artikel 9.2

Övervägandena rörande införlivandet av artikel 9.2 finns i prop. 1999/2000:18 på s. 79–87 (jfr promemorian, juli 1999, s. 84 f.). Artikeln har återgivits under avsnitt 5.2.3 ovan.

Innebörden av bestämmelsen är i korthet att registerlandets lag ska gälla för en säkerhetshavares rätt till säkerheten. Här avses för övrigt enbart värdepapper (se artikel 2 h), dvs. inte allt som kan utgöra säkerhet enligt direktivet (se artikel 2 m). Det krävs också att värdepappren i fråga är dematerialiserade eller immobiliserade. Det innebär med andra ord endera att värdepappren över huvud taget inte existerar i fysisk form (som ett ”papper”) eller vid en eventuell förekomst av värdepappren i fysisk form att de är tryggt inlåsta och inte kan komma i omlopp. I stället är i båda fallen alla rättsverkningar, inklusive de en säkerhetshavare kan ha rätt att göra gällande, knutna till en registrering av värdepappret på ett konto eller motsvarande. En säkerhetshavares rätt i dessa fall ska alltså bestämmas av lagen i den medlemsstat där registreringen sker. I prop. 1999/2000:18 s. 89 uttalas att med lagen i det land där registreringen sker avses landets materiella rättsregler i motsats till landets internationella privaträtt. Artikel 9.2. får således, sägs det vidare, anses utgå ifrån att återförvisning (*renvoi*) inte ska vara möjlig.

Enligt den svenska lagen om kontoföring av finansiella instrument regleras rättsverkningarna av registreringar av finansiella instrument som *inte* är *förvaltarregistrerade* i 6 kap. Äganderätt, panträtt eller annan särskild rätt till finansiella instrument som är registrerad i ett av central värdepappersförvarare fört avstämningsregister kommer alltså att vara registrerat i ett i Sverige fört register. Svensk rätt ska då enligt artikel 9.2 tillämpas. Den enda osäkerhet beträffande detta som lyfts fram i

förarbetena (prop. 1999/2000:18 s. 90 f.) är när ett finansiellt instrument (t.ex. ett värdepapper) med en utländsk emittent har registrerats i Sverige. I så fall har det finansiella instrumentet anknytning (också) till en främmande rättsordning. Det förutsätts dock i förarbetena att registerföraren i dessa fall noggrant kontrollerar att den främmande rättsordningen tillåter registerföring i Sverige och då också accepterar att svensk rätt gäller för registreringen och rättsverkningarna av olika registreringsåtgärder.

Vad gäller finansiella instrument som är förvaltarregistrerade är 3 kap. 10 § lagen om kontoföring av finansiella instrument tillämplig som i sin tur hänvisar till regleringen i 6 kap. med det tillägget att underrättelse (denuntiation) till förvaltaren ger samma rättsverkningar som om pantsättningen hade registrerats i ett avstämningsregister. En tämligen fullständig redogörelse i prop. 1999/2000:18 s. 91 f. mynnar ut i slutsatsen att finansiella instrument som är kontoförda enligt lagen om kontoföring av finansiella instrument och förvaltarregistrerade på en förvaltare vars verksamhet bedrivs utomlands ska vid bedömningen av rättsverkningarna av en överlåtelse eller pantsättning anses befinna sig hos förvaltaren. Enligt grundläggande internationellt privaträttsliga principer är de sakrättsliga verkningarna av en överlåtelse eller pantsättning därmed att bedöma enligt lagen i det land där egendomen finns (*lex rei sitae*), dvs. i de aktuella fallen där förvaltaren finns. I propositionen konstateras alltså att svensk rätt även i dessa fall står i överensstämmelse med artikel 9.2.

Vid införlivandet av finalitydirektivet valdes ändå att uttrycka det sagda i lag. Det ansågs viktigt med hänsyn till betydelsen av att med säkerhet kunna undanröja en eventuell rättslig risk. Införlivandet kom att ske genom en ny 3 § i 5 kap. lagen om handel med finansiella instrument. Bestämmelsen lyder som följer.

”Vid överlåtelse, pantsättning eller annat förfogande över finansiella instrument för vilka aktiebrev, skuldebrev eller annan motsvarande skriftlig handling inte har utfärdats eller, där en sådan handling har utfärdats, det genom förvaring eller på liknande sätt har säkerställts att handlingen inte kommer i omlopp skall, när förvärvarens rätt till de finansiella instrumenten har registrerats enligt lag, lagen i det land där registret förs tillämpas beträffande rättsverkningarna i förhållande till andra än parterna.”

Genom det införlivandet åstadkoms inte enbart att man kodifierade vad som ändå ansågs gälla. Så som framgår av bestämmelsens ordalydelse gäller den inte enbart vad som omfattas av finalitydirektivets tillämpningsområde. Bestämmelsen är generellt tillämplig på dematerialiserade eller immobiliserade finansiella instrument där de sakrättsliga verkningarna är knutna till registerföringen. Registerlandets lag gäller i alla dessa fall. Bestämmelsen omfattar dessutom såväl överlåtelse som pantsättning (och annat säkerställande), medan finalitydirektivets artikel 9.2 är begränsad till att gälla enbart säkerställande. Slutligen bör observeras att bestämmelsen enligt sin ordalydelse enbart gäller de sakrättsliga verkningarna. Obligationsrättsliga frågor med anledning av ett förfogade över finansiella instrument omfattas däremot inte av bestämmelsen.

5.4 Säkerhetsdirektivets innehåll

5.4.1 Syften och tillämpningsområde

Säkerhetsdirektivet tar, som redan har nämnts, sikte på ställandet av säkerhet i relation mellan två parter på finansmarknaden. Syftet med direktivet är att tillse att medlemsstaternas regelverk ökar säkerheten, förutsebarheten och effektiviteten vid hantering av säkerheter på ifrågakvarande marknad. I likhet med finalitydirektivet kan det skydd som säkerhetsdirektivet ska tillgodose sägas vara inriktat mot insolvensrelaterade regler, t.ex. rörande återvinning.

Säkerhetsdirektivet är avsett att garantera flexibiliteten och effektiviteten vid ställandet av säkerheter. För att tillgodose detta syfte avser direktivet säkerställande i form av såväl panträtt som äganderättsöverföring (säkerhetsöverlåtelse och s.k. repor). Dessutom förenklas förfarande vid ställandet av säkerhet, t.ex. genom att begränsa användandet av olika formkrav. I prop. 2004/05:30 s. 17 uttrycks detta på följande sätt.

”Regelverket för säkerheter skall vara sådant att ett ställande av säkerhet kan ske på ett enkelt och snabbt sätt utan onödiga formaliteter och kostnader. Säkerhetstagaren skall vidare få en rätt till säkerheten som är hållbar oavsett var säkerheten är lokaliserad. För att kunna utnyttja säkerheten på bästa sätt skall säkerhetstagaren med säkerhetsställarens tillstånd kunna förfoga över säkerheten. Vidare skall säkerhetstagaren ha en möjlighet att snabbt och utan onödiga formaliteter kunna realisera säkerheten. Regelverket skall också tillåta ett utbyte av säkerheten om parterna i en säkerhetstransaktion kommer överens om det. Dessa förfaranden liksom förfarandet att ställa tilläggsäkerheter eller göra en slutavräkning innefattande den ställda säkerheten skall vara skyddade mot vissa insolvensrättsliga regler, i första hand regler som innebär att vissa åtgärder kan ogiltigförklaras eller återvinnas om de vidtagits viss tid före inledandet av ett insolvensförfarande.”

Säkerhetsdirektivet är ett minimidirektiv (se skäl 22) inriktat på följande:

- transaktioner som äger rum på finansmarknaden,
- säkerhetsavtal (pantavtal och säkerhetsöverlåtelse inklusive s.k. repor) som avser finansiella tillgångar av visst slag,
- avtal där ena eller båda parterna är en myndighet eller ett företag på finansmarknaden (se prop. 2004/05:30 s. 37 f.),
- skriftliga avtal, vilket även omfattar lagring på elektronisk väg (se artikel 2.3 och prop. 2004/05:30 s. 39 f.).

Pantavtal och säkerhetsöverlåtelse, som är vedertagna svenska termer, benämns i direktivet medvetet på ett vagare sätt, nämligen som ”avtal om finansiell säkerhet” (artikel 2.1 c) respektive ”avtal om finansiell äganderättsöverföring” (artikel 2.1 b). Samlingsbeteckningen för de båda avtalstyperna är i direktivet ”avtal om finansiellt säkerställande” (artikel 2.1 a). Skillnaden mellan de två avtalstyperna har viss betydelse i sak (se i det följande). Det innebär bl.a. att s.k. *recharacterization* enligt artikel 6 inte tillåts. Med det avses att det inte är tillåtet att omklassificera ett av

parterna upprättat säkerhetsöverlåtelseavtal till ett pantavtal. Att s.k. repor (återköpsavtal) innefattas i ”avtal om finansiell äganderättsöverföring” framgår av skäl 3 och 13. Syftet med ett säkerhetsöverlåtelseavtal är att säkerhet ställs för att säkerställa eller på annat sätt fullgöra de *relevanta ekonomiska förpliktelserna* vilka definieras i artikel 2.1 f på följande sätt;

”förpliktelser som är säkrade genom ett avtal om finansiellt säkerhetsställande och som ger rätt till kontantavveckling och/eller överlämnande av finansiella instrument.

Relevanta ekonomiska förpliktelser kan helt eller delvis utgöras av

- i) aktuella eller framtida, faktiska eller villkorade eller framtida förpliktelser (även sådana som uppstår enligt ramavtal eller liknande avtal),
- ii) förpliktelser som någon annan person än säkerhetsställaren har gentemot säkerhetstagaren, eller
- iii) förpliktelser av särskilt angivet slag eller av en typ som tidvis kan uppstå”

Säkerheter ska enligt säkerhetsdirektivet bestå av betalningsmedel eller finansiella instrument. Med betalningsmedel avses pengar krediterade på ett konto, dvs. en fordran på den som upprättar och tillhandahåller ett konto och andra liknande enkla fordringar. Finansiella instrument definieras allmänt hållet i artikel 2.1 e. Den definitionen rymmer vad som avses med finansiella instrument enligt 1 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument. Nämnas kan att säkerhetsdirektivet ska tillämpas på finansiella instrument oavsett om dessa består av fysiska värdepapper eller ”värdepapper” som är dematerialiserade eller immobiliserade. Lagvalsregeln i artikel 9 i säkerhetsdirektivet avser emellertid enbart dematerialiserade eller immobiliserade finansiella instrument.

5.4.2 Förfoganderätten – artikel 5

Allmänt

Artikel 5 i säkerhetsdirektivet är av central betydelse. Artikeln lyder.

”Förfoganderätt över finansiella säkerheter som omfattas av ett avtal om finansiell säkerhet

1. Om och i den utsträckning som villkoren i ett avtal om finansiell säkerhet så föreskriver, skall medlemsstaterna se till att säkerhetstagaren ges rätt att förfoga över ställda finansiella säkerheter enligt avtalet om finansiell säkerhet.
2. Om en säkerhetstagare utnyttjar en förfoganderätt, inträder en skyldighet för honom att överföra likvärdig säkerhet för att ersätta den ursprungliga finansiella säkerheten senast på förfalldagen för de relevanta ekonomiska förpliktelser som omfattas av avtalet om finansiell säkerhet.

Alternativt skall säkerhetstagaren på förfalldagen för de relevanta ekonomiska förpliktelserna antingen överföra likvärdiga säkerheter eller, om och i den utsträckning som villkoren i ett avtal om finansiell säkerhet föreskriver detta, kvitta värdet på den likvärdiga finansiella säkerheten mot

eller använda det vid uppfyllandet av de relevanta ekonomiska förpliktelseerna.

3. Den likvärdiga säkerhet som överförs för att uppfylla ett sådant krav som beskrivs i punkt 2, första stycket, skall omfattas av samma avtal om finansiell säkerhet som den ursprungligen ställda säkerheten och skall behandlas som om säkerheten ställts enligt detta avtal vid samma tidpunkt som den ursprungliga ställda finansiella säkerheten.
4. Medlemsstaterna skall säkerställa att säkerhetstagarens utnyttjande av finansiell säkerhet enligt denna artikel inte innebär att säkerhetstagarens rättigheter blir ogiltiga eller omöjliga att göra gällande enligt avtalet om finansiell säkerhet i förhållande till den finansiella säkerhet som säkerhetstagaren överfört för uppfyllande av ett sådant krav som beskrivs i punkt 2, första stycket.
5. Om en utlösande händelse inträffar när en sådan förpliktelse som anges i punkt 2 första stycket ännu inte har uppfyllts, kan denna förpliktelse bli föremål för en slutavräkningsklausul.”

I artikeln förekommer ett flertal begrepp som är definierade i artikel 2.1 och 2.2. Hit hör:

- ”avtal om finansiell säkerhet (2.1 c),
- ”likvärdig säkerhet” (2.1 i),
- ”relevanta ekonomiska förpliktelser” (2.1 f),
- ”utlösande händelse (2.1 l),
- ”förfoganderätt” (2.1 m),
- ”ställande” (2.2),
- ”slutavräkningsklausul (2.1 n).

Av detta framgår att det inte är helt lätt att få grepp om artikelns innebörd enbart vid en läsning ”rakt upp och ned”. Som så ofta är fallet i dessa sammanhang är artikeln och de definitioner som används vaga och flertydiga. Förklaringen är givetvis att direktivet ska kunna läsas, förstås och göras tillämpligt inom ett flertal jurisdiktioner. Nämnda svårigheter kan också i någon mån sägas spegla sig i behandlingen vid säkerhetsdirektivets införlivande. I prop. 2004/05:30 s. 42 sägs följande.

”Innebörden av artikel 5 är således inte helt klar och det saknas säkra hållpunkter för att avgöra vilken tolkning som är avsedd. Det finns alltså skäl att inte kategorisera de avtal som omfattas av artikel 5 som ”pantavtal”. Prövningen om svensk rätt överensstämmer med direktivet bör i stället vara förutsättningslös och ske med beaktande av de olika tolkningsalternativ som direktivet medger.”

Det nu sagda ska i det följande utvecklas något.

Vilka avtal omfattas av artikel 5?

Den rubricerade frågan behandlas i prop. 2004/05:30 s. 41 f. Svaret är i grund och botten väldigt enkelt. Det anges uttryckligen i artikeln att den är tillämplig på *avtal om finansiell säkerhet*, dvs. avtal enligt vilka säkerhetsställaren ställer finansiell säkerhet till säkerhetstagaren eller till dennes förmån, varvid den fulla äganderätten till den finansiella säkerheten kvarstår hos säkerhetsställaren när säkerhetsrätten är fastställd

(artikel 2.1 c). Av de två typerna av ”avtal om finansiellt säkerställande” (artikel 2.1 a), nämligen ”avtal om finansiell säkerhet” (artikel 2.1 c) respektive ”avtal om finansiell äganderättsöverföring” (artikel 2.1 b) är artikel 5 alltså endast tillämplig på den förra. Svårigheterna uppstår när man ska försöka kategorisera avtalstypen *avtal om finansiell säkerhet* i en svensk kontext. I nyss angivna proposition sägs också att det finns skäl att *inte* hänföra avtalstypen till den *svenska avtalstypen* pantavtal. Det kan möjligen anses vara ett väl försiktigt uttalande. Att hänföra avtal om finansiell säkerhet till *typen* pantavtal förefaller nämligen ofarligt och dessutom naturligt. Att det sedan inom ramen för denna *typ* av avtal finns anledning att, t.ex. vid frågor rörande införlivande, behandla avtal om finansiell säkerhet utifrån sina egna särdrag insatta i sitt eget sammanhang är lika naturligt. Det väsentliga i nu aktuellt sammanhang är att konstatera att den andra typen av avtal om finansiellt säkerställande, nämligen *avtal om finansiell äganderättsöverföring* inte avses med regleringen i artikel 5.

En av svårigheterna, kanske den avgörande, med att kunna kategorisera *avtal om finansiell säkerhet* som ett pantavtal hänger samman med definitionen av ”*förfoganderätt*” i artikel 2.1 m. Där sägs att en säkerhetstagare ska kunna förfoga över en finansiell säkerhet ”som ägare”. Det nämns i prop. 2004/05:30 s. 44 att det under arbetet med att ta fram direktivet i stället användes lokutionen ”såsom ägare”. Bland annat det talar för att det synes vara fullt möjligt att tolka definitionen som att säkerhetstagaren ska kunna förfoga över säkerheten som om han vore ägare eller i enlighet med vad en ägare normalt kan göra. Det är också värt att nämna att förfoganderätten enligt definitionen inte är någon annat än ”i enlighet med villkoren i avtalet”. Vid tolkningen av artikeln är det också viktigt – vilket också sägs i nämnda proposition (s. 44) – att beakta ändamålet, dvs. att göra det möjligt för aktörerna att kunna utnyttja ställda säkerheter på det mest effektiva sättet och att därvid fästa stort avseende vid parternas avtal. Det senare innebär bl.a. att det inte är svårt att anse att det i säkerhetstagarens förfoganderätt avseende en finansiell säkerhet enligt artikel 5 även innefattas rätten att återpanta sätta säkerheten (om parternas avtal inte hindrar det).

Om säkerhetstagaren förfogar över en ställd säkerhet ska säkerhetstagaren lämna tillbaka en likvärdig säkerhet till säkerhetsställaren (artikel 5.2–5.4). Detta ”återförande” kan ske på olika sätt (se prop. 2004/05:30 s. 44 f.).

Vid införlivandet av säkerhetsdirektivet ansågs det dock att artikel 5 inte borde ges generell tillämplighet. I stället borde artikelns bestämmelser fullt ut gälla endast för vissa kvalificerade finansmarknadsaktörer. Bakgrunden till detta ställningstagande är att finna i kraven i artikel 5 på avtalsfrihet mellan parterna och regleringen i 3 kap. 1 och 3 §§ lagen om handel med finansiella instrument rörande vissa formella krav på avtal rörande förfoganderätt. Denna fråga behandlas i avsnitt 5.5.2.

Sakrättsligt skydd

I förhållandet mellan parterna ges alltså avtalsfriheten stort utrymme vid ställande av en finansiell säkerhet. Av naturliga skäl kan parterna inte avtala om tredje mans ställning. I artikel 5.4 anges emellertid att medlemsstaterna ska säkerställa att säkerhetstagarens rättigheter enligt artikel 5 inte blir ”ogiltiga eller omöjliga att göra gällande” i de fall den ursprungligen ställda säkerheten bytts ut mot en likvärdig säkerhet. Om denna bestämmelse har någon sakrättslig innebörd är också oklart. I artikel 5.1 föreskrivs att medlemsstaterna ska se till att säkerhetstagaren ges rätt att förfoga över säkerheten i enlighet med avtalet. Huruvida det därmed avses en skyldighet att tillse att förfoganderätten inte bara ska tillförsäkras obligationsrättsligt utan även sakrättsligt är oklart. Det är mycket möjligt att tolka artikel 5 så att den inte ställer upp något krav på att ställandet av finansiell säkerhet ska vara sakrättsligt skyddat. Mot bakgrund bl.a. av vad som anges i skäl 5 och de skäl som direktivet i övrigt vilar på ligger det dock närmast till hands att anse att artikel 5.1 påbjuder även ett sakrättsligt skydd för avtal om finansiell säkerhet. Det är också den tolkning som görs i prop. 2004/05:30 s. 50 f. och Ds 2003:38 s. 75 f. Under alla förhållande ställer artikel 8 krav på sakrättsligt skydd i vissa praktiskt sett viktiga fall vid insolvens. Även artikel 4.5 och 7.1 a kan sägas uppställa krav på sakrättsligt skydd vid insolvens.

5.4.3 Verkställighet – artikel 4

Artikel 4 i säkerhetsdirektivet reglerar frågor om verkställighet av avtal om finansiellt säkerställande. Artikeln är alltså tillämplig på såväl ”avtal om finansiell säkerhet” (artikel 2.1 c) som ”avtal om finansiell äganderättsöverföring” (artikel 2.1 b). Artikel 4.1–4.4 talar dock enbart om avtal om finansiell säkerhet. Artikel 4 lyder.

”Verkställighet av avtal om finansiellt säkerhetsställande

1. Medlemsstaterna skall se till att säkerhetstagaren, när en utlösande händelse inträffat, kan realisera ställda finansiella säkerheter enligt villkoren i ett avtal om finansiell säkerhet på något av följande sätt:
 - a) När det gäller finansiella instrument genom försäljning eller tillägnelse samt genom att värdet av desamma kvittas mot eller används vid uppfyllandet av de relevanta ekonomiska förpliktelserna.
 - b) När det gäller betalningsmedel genom att beloppet kvittas mot eller används vid uppfyllandet av de relevanta ekonomiska förpliktelserna.
2. Tillägnelse kan endast ske, om
 - a) detta har avtalats mellan parterna i avtalet om finansiell säkerhet, och
 - b) parterna i avtalet om finansiell säkerhet kommit överens om hur de finansiella instrumenten skall värderas.
3. Medlemsstater som inte tillåter tillägnelse den 27 juni 2002 är inte tvungna att erkänna det.

Om medlemsstaterna utnyttjar denna möjlighet, skall de underrätta kommissionen, vilken i sin tur skall informera övriga medlemsstater.

4. De former för realisering av finansiella säkerheter som nämns i punkt 1 skall, med förbehåll för de överenskomna villkoren i avtalet om finansiell säkerhet, inte innebära krav på att
 - a) ett meddelande om realisering av säkerheten först måste lämnas,
 - b) realiseringsvillkoren skall godkännas av domstol, offentlig tjänsteman eller annan person,
 - c) realiseringen skall genomföras som offentlig auktion eller på något annat föreskrivet sätt, eller
 - d) någon ytterligare tidsfrist skall ha löpt ut.
5. Medlemsstaterna skall säkerställa att ett avtal om finansiellt säkerhetsställande kan få verkan i enlighet med dess villkor utan hinder av inledda eller pågående likvidations- eller rekonstruktionsförfaranden avseende säkerhetsställaren eller säkerhetstagaren.
6. Denna artikel samt artiklarna 5, 6 och 7 skall inte ha någon inverkan på krav i nationell lagstiftning om att realisering eller värdering av finansiella säkerheter och beräkningen av gällande ekonomiska förpliktelser måste genomföras på ett affärsmässigt rimligt sätt.”

I artikeln förekommer följande begrepp definierade i artikel 2:

- avtal om finansiellt säkerställande (artikel 2.1 a),
- avtal om finansiell säkerhet (artikel 2.1 c),
- finansiella instrument (artikel 2.1 e),
- relevanta ekonomiska förpliktelser (artikel 2.1 f),
- likvidationsförfaranden (artikel 2.1 j),
- betalningsmedel (artikel 2.1 d),
- utlösande händelse (artikel 2.1 l).

Dessutom används i artikel 4.5 begreppet ”rekonstruktionsförfarande” som inte finns definierat i artikel 2. Man kan anta att vad som egentligen avses är ”rekonstruktionsåtgärder” enligt artikel 2.1 k (jfr prop. 2004/05:30 s. 60).

Artikel 4 i säkerhetsdirektivet utgår från att det råder avtalsfrihet för parterna vad gäller att bestämma hur en finansiell säkerhet ska realiseras. Det ska kunna göra det möjligt för parterna att se till att säkerheten snabbt och enkelt ska kunna realiseras när en utlösande händelse inträffar. Direktivet anger tre olika sätt för realisering av säkerheten:

- försäljning av finansiella instrument,
- tillägnelse av finansiella instrument,
- kvittning av betalningsmedel eller finansiella instrument.

Beträffande tillägnelse gäller att medlemsstater som inte tillåter det den 27 juni 2002 inte är tvungna att godta denna realisationsform. Sverige berörs inte särskilt av det undantaget. Rent allmänt diskuterades det dock vid införlivandet hur väl förenlig gällande svensk rätt var med direktivets krav på tillägnelse som realisationsform (se prop. 2004/05:30 s. 58 f.). Därvid uppmärksammades regleringen i 10 kap. 2 § handelsbalken (1736:1232) samt 36 och 37 §§ avtalslagen (1915:218). Slutsatsen blev dock att svensk obligationsrätt överensstämmer med direktivets bestämmelser angående avtal om verkställighet, inklusive avtal innehållande klausuler om tillägnelse.

Oavsett på vilket sätt en ställd finansiell säkerhet realiseras får det krävas att värdering och realisering av den genomförs på ett *affärsmässigt rimligt sätt* (artikel 4.6 och skäl 17). Detta krav kan sägas utgöra ett grundkrav och brister i detta hänseende kan alltså, såvitt avser svensk rätt, leda till att ett avtal jämkas med stöd av generalklausulen i 36 § avtalslagen. Det finns annars anledning att påpeka att avtalsfriheten uttryckligen (artikel 4.4) inte får inskränkas så att det krävs särskilda meddelanden, godkännanden eller viss försäljningsform.

I artikel 4.5, som gäller inte bara avtal om finansiell säkerhet utan också avtal om finansiell äganderättsöverföring, föreskrivs att avtalen ska få verkan utan hinder av inledda eller pågående likvidations- eller rekonstruktionsförfaranden. På detta aningen märkliga sätt uttrycks att avtalen inte ska få angripas i en insolvenssituation (se prop. 2004/05:30 s. 60). Se vidare nedan avsnitt 5.5.3.

5.4.4 Slutavräkningsklausuler – artikel 7

Artikel 7 i direktivet har följande lydelse.

”Erkännande av slutavräkningsklausuler

1. Medlemsstaterna skall säkerställa att en slutavräkningsklausul kan genomföras i enlighet med dess villkor
 - a) utan hinder av inledda eller pågående likvidationsförfaranden eller rekonstruktionsåtgärder avseende säkerhetsställaren och/eller säkerhetstagaren, och/eller
 - b) utan hinder av varje påstådd överlåtelse, rättsligt eller annat beslagtagande eller disposition över eller avseende sådana rättigheter.
2. Medlemsstaterna skall säkerställa att användningen av en slutavräkningsklausul inte får underkastas de villkor som uppställs i artikel 4.4, såvida inte parterna kommit överens om något annat.”

I artikeln förekommer följande begrepp definierade i artikel 2:

- slutavräkningsklausul (artikel 2.1 n),
- likvidationsförfarande (artikel 2.1 j),
- rekonstruktionsåtgärder (artikel 2.1 k).

Ett av syftena med säkerhetsdirektivet är att säkerställa slutavräkningsklausulers rättsliga verkan såväl i obligations- som sakrättsligt hänseende. En slutavräkningsklausul innefattar alltså en nettning (s.k. *close out netting*). I förevarande fall berörs endast s.k. bilateral nettning (tvåpartsavräkning), eftersom säkerhetsdirektivet inte alls omfattar s.k. multilateral nettning (flerpartsavräkning). Tillämpningen av en slutavräkningsklausul aktualiseras vid en utlösande händelse (se artikel 2.1 l). Det innebär att det vid en försummelse att betala eller likartad händelse som enligt parternas avtal ger rätt att realisera säkerheten kan bli aktuellt med en slutavräkning. Utgångspunkten i direktivet är alltså att parternas avtal ska få fullt genomslag i nu beskrivna hänseenden. Det ska dock noteras att

bestämmelsen i artikel 4.6, som uttryckligen hänvisar bl.a. till artikel 7, innebär att avtalsfriheten kan sägas balanseras av krav på att slutavräkningen ska genomföras på ett affärsmässigt rimligt sätt. Det innebär i sin tur att en slutavräkning som inte genomförs på detta sätt kan angripas med stöd av nationella bestämmelser om jämkning m.m. av avtal.

5.4.5 Undantag från vissa insolvensbestämmelser – artikel 8

Artikel 8 i säkerhetsdirektivet har följande lydelse.

”Tillfällen då vissa insolvensbestämmelser inte skall tillämpas

1. Medlemsstaterna skall se till att ett avtal om finansiellt säkerhetsställande samt ställandet av finansiell säkerhet enligt ett sådant avtal inte kan komma att förklaras ogiltiga eller återvinnas enbart på den grunden att avtalet om finansiellt säkerhetsställande träffats eller att den finansiella säkerheten har ställts
 - a) på dagen för inledandet av likvidations- eller rekonstruktionsförfaranden men innan det beslut som fastställer inledandet antas, eller
 - b) inom en fastställd tidsperiod före inledandet av sådana förfaranden som är fastställd i förhållande till denna eller i förhållande till utfärdandet av ett beslut, eller i förhållande till en annan åtgärd som vidtagits eller en annan händelse som inträffat under loppet av sådana förfaranden.
2. Medlemsstaterna skall säkerställa att ett avtal om finansiellt säkerhetsställande 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 likvidationsförfaranden eller rekonstruktionsåtgärder, 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 sådana förfaranden eller åtgärder inletts.
3. I de fall ett avtal om finansiellt säkerhetsställande omfattar
 - a) en skyldighet att ställa finansiell säkerhet eller kompletterande finansiell säkerhet för att ta hänsyn till förändringar av värdet av den finansiella säkerheten eller de relevanta ekonomiska förpliktelserna, eller
 - b) rätt att dra tillbaka en finansiell säkerhet genom att som ersättning eller utbyte ställa finansiell säkerhet av väsentligen samma värde,skall medlemsstaterna säkerställa att ställandet av finansiell säkerhet, kompletterande finansiell säkerhet eller finansiell ersättnings- eller utbytessäkerhet i enlighet med en sådan förpliktelse eller rättighet inte skall kunna ogiltigförklaras eller återvinnas enbart på den grunden att
 - i) ett sådant ställande av säkerhet gjordes på dagen för inledandet av likvidations- eller rekonstruktionsförfaranden men före utfärdandet av det beslut eller förordnande genom vilket inledandet fastställs eller före utgången av en fastställd tidsperiod, som beräknas i förhållande till inledandet av likvidations- eller rekonstruktionsförfaranden eller utfärdandet av ett beslut eller förordnande, eller i förhållande till en annan åtgärd som vidtagits eller en annan händelse som inträffat under loppet av sådana förfaranden eller åtgärder, och/eller
 - ii) de relevanta ekonomiska förpliktelserna har uppkommit innan den finansiella säkerheten, den kompletterande

finansiella säkerheten eller den finansiella ersättnings- eller utbytessäkerheten ställdes.

4. Med undantag för punkterna 1–3, skall detta direktiv inte påverka tillämpningen av allmänna bestämmelser i den nationella insolvenslagstiftningen om ogiltigförklaring av transaktioner som genomförts under den fastställda tidsperiod som avses i punkterna 1 b och 3 i.”

Bestämmelserna i artikeln tar alltså sikte på situationer när någon av parterna i ett avtal om finansiellt säkerställande (dvs. såväl avtal om finansiell säkerhet som avtal om finansiell äganderättsöverföring) är föremål för insolvens.

Artikel 8.1 föreskriver att avtal om finansiellt säkerställande inte ska kunna ”förklaras ogiltiga” eller återvinnas *enbart* på vissa i punkterna 1 a och 1 b angivna omständigheter. När det här talas om att avtalen inte får ”förklaras ogiltiga”, avses inte avtalsmässig ogiltighet på grund av tvång, svek eller liknande. Det som avses är enbart insolvensrelaterad ogiltighet, vilket följer av kopplingen till punkterna 1 a och 1 b i artikeln. Lokutionen ”enbart” innebär också att artikeln exklusivt reglerar situationer som är insolvensrelaterade. Detta understryks i bestämmelsen i artikel 8.4 som uttryckligen föreskriver att skyddsbestämmelserna i artikel 8.1 b och 8.3 i inte omfattar skydd mot t.ex. ogiltighet på avtalsmässig grund. Det som inte får angripas enligt artikel 8.1 är avtal om finansiellt säkerställande och ställandet av säkerhet.

Härigenom skiljer sig artikel 8.1 från artikel 8.2 i det att den senare bestämmelsen skyddar även ikraftträdandet av en relevant ekonomisk förpliktelse, t.ex. en avräkning (netting) (se artikel 2 f).

I artikel 8.1 a anges alltså att ett avtal inte får angripas på insolvensrättsliga grunder om avtalet har träffats innan beslutet om att inleda ett insolvensförfarande antogs. I artikel 8.1 b anges att ett avtal inte heller får angripas på insolvensrättsliga grunder enbart av det skälet att avtalet har träffats inom viss tid före insolvensbeslutet. Såväl artikel 8.1 a som 8.1 b beskriver situationer där avtalet om finansiellt säkerställande är träffat *innan* ett insolvensförfarande inleds. Artikel 8.2 reglerar däremot situationen när motsvarande avtal har träffats *efter* det att ett insolvensförfarande har inletts. Om ett avtal om finansiellt säkerställande har träffats samma dag – men efter – tidpunkten för inledandet av ett insolvensförfarande ska ett sådant avtal vara bindande för tredje man (t.ex. ett konkursbo), om säkerhetstagaren kan bevisa att han eller hon varken kände till eller borde ha känt till att förfarandet har inletts.

I artikel 8.2 finns således en godtrosregel med innebörd att vissa åtgärder ska vara bindande mot tredje man även i de fall åtgärderna har vidtagits samma dag som ett insolvensförfarande har inletts, men *efter* inledandet. För bundenhet krävs då att säkerhetstagaren kan visa att han eller hon inte kände till inledandet och inte heller borde ha känt till det, dvs. var i god tro beträffande inledandet. Det krävs alltså såväl subjektiv (faktisk vetskap) som objektiv (borde veta) god tro för att åtgärden i form av avtal om säkerställande, avräkning eller överlämnande av säkerhet ska stå sig. Detta ska alltså visas av säkerhetstagaren.

I artikel 8.3 står kompletterande säkerhetsställande och utbytessäkerhet i fokus. I de fall ett avtal om finansiellt säkerställande omfattar

skyldighet att under vissa förutsättningar ställa sådana säkerheter ska ställandet av sådan säkerhet inte kunna förklaras ogiltigt eller återvinnas enbart på grund av att ett insolvensförfarande inletts. Enligt artikel 8.3 i gäller detta när en kompletterande säkerhet eller en utbytessäkerhet har ställts samma dag som insolvensförfarandet inleddes eller ännu tidigare. Det saknar också betydelse om den ekonomiska förpliktelsen har uppstått före ställandet av säkerheten (artikel 8.3 ii).

I samband med införlivandet bedömdes artikelns förenlighet med gällande svensk rätt i följande tre situationer:

- rättshandlingar samma dag som – men före – konkursbeslutet (prop. 2004/05:30 s. 81 f. och Ds 2003:38 s. 124 f.),
- rättshandlingar samma dag som – men efter konkursbeslutet (prop. 2004/05:30 s. 82 f. och Ds 2003:38 s. 126 f.),
- återvinning (prop. 2004/05:30 s. 85 f. och Ds 2003:38 s. 131 f.).

I såväl propositionen som den underliggande promemorian ansågs gällande svensk rätt i alla delar vara i överstämmelse med direktivet. Nedan i avsnitt 5.5.6 följer en analys av de ställningstaganden och bedömningar som då gjordes.

5.4.6 Lagval – artikel 9

I artikel 9 i säkerhetsdirektivet finns en lagvalsregel som anger vilket lands lag som ska tillämpas för det fall det uppstår en tvist avseende ett avtal om finansiellt säkerställande (dvs. såväl avtal om finansiell säkerhet som avtal om finansiell äganderättsöverföring). Lagvalsregeln har ett mer begränsat tillämpningsområde än vad säkerhetsdirektivet i övrigt har, inte minst genom att regeln enbart omfattar fall där säkerheten består av *kotoförda finansiella instrument* (se artikel 2.1 g). Direktivet i övrigt omfattar säkerhetsavtal oavsett karaktären av ställd säkerhet. Artikeln omfattar vidare endast sådana finansiella instrument där rättsverkningarna är knutna till en registrering ("där äganderätten framgår av registrering i ett register eller på ett konto som förs av en mellanhand eller för dennes räkning"). Finansiella instrument som inte är dematerialiserade eller immobiliserade, t.ex. skuldebrev i form av papper, omfattas inte av artikeln. Betalningsmedel omfattas inte heller av artikeln.

Lagvalsbestämmelsen i artikel 9 omfattar de flesta rättsliga frågor som kan uppkomma med anledning av en ställd säkerhet (artikel 9.2). Hit hör uttryckligen den rättsliga naturen hos säkerheter, kraven på fullbordande av avtal, fullföljandet av åtgärder som är nödvändiga, äganderätt till eller anspråk på säkerheten och åtgärder som krävs för att realisera säkerheten. Av denna uppräkningslista kan bl.a. utläsas att lagvalsregeln inte är begränsad till enbart sakrättsliga frågor, även om syftet med artikeln med all säkerhet är att den ska täcka just sakrättsliga frågor.

Lagvalsregeln uttrycker i artikel 9.1 *lex rei sitae* i för sammanhanget anpassad form (jfr också skäl 8). Tillämplig lag är alltså *lagen i det land där det relevanta kontot förs*. Med relevant konto avses enligt artikel 2.1 h "det register eller det konto, vilket kan föras av säkerhetstagaren,

som innehåller uppgifter om de säkerheter i form av kontoförda finansiella instrument som ställts till säkerhetstagaren”. Med kontoföringen avses kontoföring som har såväl konstitutionell verkan som enbart bevisverkan (se prop. 2004/05:30 s. 89 och Ds 2003:38 s. 137).

5.5 Säkerhetsdirektivets införlivande med svensk rätt

5.5.1 Allmänt om bedömningarna av behovet av införlivandeåtgärder

En utgångspunkt vid införlivandet av säkerhetsdirektivet i Sverige var att regelverket ska tillämpas generellt, om det inte finns starka konkurrerande intressen som bör beaktas (prop. 2004/05:30 s. 26). Vidare angavs att den civilrättsliga lagstiftningen bör vara neutral i förhållande till olika aktörer. En särlösning för vissa aktörer, t.ex. finansiella sådana, kan riskera att snedvrider konkurrensen mellan olika borgenärer. Lagstiftningen bör också vara funktionsinriktad och en generell reglering bör väljas framför en specialreglering (a. prop. s. 38). Det är samma utgångspunkter som gjordes gällande vid införlivandet av finalitydirektivet. Ett flertal av säkerhetsdirektivets bestämmelser har också nära koppling till bestämmelser i finalitydirektivet. Det gäller bestämmelserna om effektiv realisation, slutavräkning och återvinning av tilläggssäkerheter, som i samband med finalitydirektivets införlivande blev föremål för anpassningar i konkurslagen och lagen om handel med finansiella instrument. En avgörande principiellt betonad skillnad mellan de båda direktiven är att finalitydirektivet är tillämpligt vid handel med finansiella instrument, medan säkerhetsdirektivet är tillämpligt vid avtal om finansiellt säkerställande, dvs. bl.a. när finansiella instrument används som säkerhet, oavsett vilket slags transaktion det är frågan om. På så vis kan säkerhetsdirektivet sägas ha ett avsevärt bredare tillämpningsområde (jfr Lagrådets yttrande, prop. 2004/05:30 s. 118).

Ett stort antal av säkerhetsdirektivets bestämmelser bedömdes inte föranleda något behov av särskilda införlivandeåtgärder. Till denna kategori hörde följande.

- Direktivets bestämmelser om avtal om finansiell äganderättsöverföring (artikel 2.1 b) ansågs vara förenliga med gällande svensk rätt avseende säkerhetsöverlåtelse. Se vidare prop. 2004/05:30 s. 28 f. och Ds 2003:38 s. 40 f.
- Definitionen och användningen av begreppen finansiella instrument (artikel 2.1 e) och betalningsmedel (artikel 2.1 d) ansåg inte innebära något krav på förändringar av svensk lag. Se vidare prop. 2004/05:30 s. 32 f. och Ds 2003:38 s. 46 f.
- Artikel 2.2 (jfr skäl 9) ansågs förenlig med kravet på sakrättsligt moment i svensk rätt. Se vidare prop. 2004/05:30 s. 35 f. och Ds 2003:38 s. 75 f.
- Direktivets krav på säkerhetstagarens och säkerhetsställarens sakrättsliga skydd vid avtal om full förfoganderätt ansågs förenliga

med gällande svensk rätt. Se vidare prop. 2004/05:30 s. 50 f. och Ds 2003:38 s. 75 f.

- Säkerhetsdirektivets bestämmelser rörande sakrättsligt skydd vid återpantställning ansågs stämma överens med gällande svensk rätt. Se vidare prop. 2004/05:30 s. 54 och Ds 2003:38 s. 81 f.
- Den avtalsfrihet som säkerhetsdirektivet föreskriver rörande hur en pant ska kunna realiserats bedömdes ha sin motsvarighet i svensk rätt. Se prop. 2004/05:30 s. 55 f. och Ds 2003:38 s. 69 f.
- Bestämmelser om likvidation i direktivet ansågs stämma överens med gällande svensk rätt. Se vidare prop. 2004/05:30 s. 68 f. och Ds 2003:38 s. 91 f.
- Direktivets bestämmelser om slutavräkning (artikel 7.2) såvitt avser formkrav och vid partsbyten (artikel 7.1 b) ansågs stämma överens med gällande svensk rätt. Se vidare prop. 2004/05:30 s. 73 ff. och Ds 2003:38 s. 107 f.
- Artikel 8 i säkerhetsdirektivet om att vissa insolvensbestämmelser i vissa fall inte ska tillämpas bedömdes vara förenlig med gällande svensk rätt. Se vidare prop. 2004/05:30 s. 81 f. och Ds 2003:38 s. 123 f. och nedan.
- Lagvalsbestämmelsen i artikel 9 ansågs förenlig med gällande svensk rätt. Se vidare prop. 2004/05:30 s. 91 ff. och Ds 2003:38 s. 144 ff.
- Bestämmelserna om form- och beviskrav i artikel 3 ansågs inte vara i behov av någon särskild införlivandeåtgärd (jfr prop. 2004/05:30 s. 39).

Vissa av säkerhetsdirektivets artiklar ansågs dock kräva särskilda införlivandeåtgärder. Det rörde följande.

- I 3 kap. 1 och 3 §§ lagen om handel med finansiella instrument uppställs vissa formkrav som i vissa fall inte ansågs vara förenliga med bestämmelser i artikel 5 i säkerhetsdirektivet. Ändringar infördes därför i 3 kap. 1 och 3 §§ lagen om handel med finansiella instrument (se vidare avsnitt 5.5.2 nedan).
- Bestämmelserna i artikel 4 om verkställighet (realisation) av finansiella säkerheter ansågs kräva en ändring beträffande vad som föreskrevs om realisation av pant i 8 kap. 10 § konkurslagen (se vidare avsnitt 5.5.3 nedan).
- Direktivets bestämmelser i artikel 4 om kvittning och tillägnelse i konkurs ansågs kräva ändringar i 5 kap. 16 § och 8 kap. 10 § konkurslagen samt i 2 kap. 20 och 21 §§ lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion (se vidare avsnitt 5.5.3 nedan).
- I artikel 4.5 föreskrivs att avtal om finansiellt säkerställande inte ska få påverkas av inledda obeståndsförfaranden. Detta ansågs kräva ändringar i 2 kap. 20 § lagen om företagsrekonstruktion (se vidare avsnitt 5.5.4 nedan).
- Direktivets bestämmelser i artikel 7.1 om slutavräkning vid obestånd ansågs kräva ändringar i 8 kap. 10 § konkurslagen samt i 2 kap. 20 och 21 §§ lagen om företagsrekonstruktion (se vidare avsnitt 5.5.5 nedan).

Dessa fem punkter samt slutsatsen att artikel 8 i säkerhetsdirektivet inte krävde några särskilda införlivandeåtgärder (se vidare avsnitt 5.5.6 nedan) ska i det följande utvecklas något.

5.5.2 Undantag för finansiella aktörer – artikel 5

Så som har nämnts i avsnitt 5.4.2 ansågs det vid införlivandet av säkerhetsdirektivet att artikel 5 inte borde ges generell tillämplighet (se prop. 2004/05:30 s. 47 f. och Ds 2003:38 s. 71 f.). I stället borde artikelns bestämmelser fullt ut gälla endast för vissa kvalificerade finansmarknadsaktörer. Bakgrunden till detta ställningstagande är att finna i kraven i artikel 5 på avtalsfrihet mellan parterna och regleringen i 3 kap. 1 och 3 §§ lagen om handel med finansiella instrument rörande vissa formella krav på avtal rörande förfoganderätt.

Artikel 5 i säkerhetsdirektivet utgår alltså från att parterna ska ha full frihet att i avtal reglera frågor rörande förfoganderätt över en ställd säkerhet. I avsaknad av avtal parterna emellan får varken panthavare eller pantsättare föfoga över en ställd pant hur som helst. Det finns däremot inga särskilda begränsningar av parternas möjligheter att avtala i frågan om förfoganderätten. Om panthavaren i ett avtal ges oinskränkt förfoganderätt kan det innebära att panthavaren får s.k. *pignus irregulare* ("icke reguljär pant"). Denna avtalstyp är inte särskilt reglerad i lag. I 10 kap. 6 § handelsbalken finns det en dispositiv bestämmelse rörande återpantsettning. I och med att den är dispositiv och inte begränsar parternas avtalsfrihet är den inte oförenlig med artikel 5 i säkerhetsdirektivet. I 3 kap. 1 och 3 §§ lagen om handel med finansiella instrument finns det dock bestämmelser som begränsar parternas avtalsfrihet. I 3 kap. 1 § första stycket föreskrivs sålunda att ett avtal rörande förfogande över ett finansiellt instrument ska ingås i *skriftlig form* och att det förfogande som avses ska *anges noggrant*. Och i 3 kap. 3 § första stycket hänvisas till nämnda reglering i 1 § första stycket. Denna reglering ansågs inte förenlig med kravet på avtalsfrihet i artikel 5 i säkerhetsdirektivet. Lösningen blev då att lägga till ett andra stycke i de båda lagrummen där undantag görs för de finansmarknadsaktörer som omfattas av säkerhetsdirektivet.

5.5.3 Realisation i konkurs – artikel 4

Innebörden av artikel 4 har beskrivits ovan i avsnitt 5.4.3 Som där angavs anger artikeln tre olika sätt för realisation av säkerheten:

- försäljning av finansiella instrument,
- tillägnelse av finansiella instrument,
- kvittning av betalningsmedel eller finansiella instrument.

Det finns anledning att här upprepa att avtalsfriheten (artikel 4.4) inte får inskränkas så att det krävs särskilda meddelanden, godkännanden eller viss försäljningsform. I prop. 2004/05:30 ansågs det krävas vissa ändringar i gällande svensk rätt. Så skedde också i form av ändringar i

5 kap. 16 § första stycket och 8 kap. 10 § andra stycket konkurslagen (se prop. 2004/05:30 s. 61 f. och Ds 2003:38 s. 93 f.).

I 8 kap. konkurslagen finns det bestämmelser om realisation av egendom i konkurs. I 8 kap. 10 § första stycket föreskrivs att en borgenär med handpanträtt själv får ombesörja försäljning av pantegendomen på auktion. Utan konkursförvaltarens samtycke får en sådan försäljning dock inte ske tidigare än fyra veckor efter edgångssammanträdet. Det åligger också borgenären att ge förvaltaren tillfälle att först lösa in egendomen. Bestämmelsen är inte dispositiv, dvs. parterna kan inte träffa avtal som med bindande verkan åsidosätter bestämmelsen. I 8 kap. 10 § andra stycket föreskrevs före införlivandet av säkerhetsdirektivet att finansiella instrument noterade vid svensk eller utländsk börs dock fick säljas direkt av säkerhetshavaren till gällande börs- eller marknadspris. Denna undantagsbestämmelse, som kom till i samband med införlivandet av finalitydirektivet (se avsnitt 5.3.3), ansågs dock vid säkerhetsdirektivets införlivande ha ett för inskränkt tillämpningsområde för att vara förenlig med säkerhetsdirektivet i det att den hänvisade till finansiella instrument *noterade på visst sätt* (och valuta). Bestämmelsen ändrades därför så att den gjordes tillämplig på finansiella instrument med endast en mycket konkret begränsning. Begränsningen avser onoterade aktier i en konkursgäldenärs dotterbolag. Om sådana ställts som säkerhet måste säkerhetshavaren första erbjuda konkursförvaltaren att lösa in dem. Först efter det att förvaltaren har avböjt ett sådant erbjudande får säkerhetshavaren själv realisera säkerheten. De bakomliggande skälen för undantaget är att aktier i ett dotterbolag kan representera ett särskilt värde för säkerhetsställaren genom att denne inte kan fortsätta sin verksamhet utan aktierna. I de fall sådana aktier inte handlas på en noterad marknad – inte annars – ansågs det vara befogat att ge konkursförvaltaren en lösenrätt (prop. 2004/05:30 s. 64).

Det ska också anmärkas att man vid införlivandet av säkerhetsdirektivet valde att ge bestämmelsen i 8 kap. 10 § andra stycket konkurslagen generell tillämplighet och inte avse enbart finansiella aktörer, dvs. en vidare tillämplighet än vad direktivet kräver (se prop. 2004/05:30 s. 65 och jfr Lagrådet s. 138).

8 kap. 10 § konkurslagen är alltså numera utformad i enlighet med säkerhetsdirektivets krav på avtalsfrihet bl.a. vad gäller rätten att realisera säkerheter och formerna för en sådan realisation. Det finns dock anledning att påminna om att parternas avtalsfrihet inte är alldeles obegränsad. Säkerhetsdirektivet kräver att värdering och realisation av en säkerhet genomförs på ett *affärsmässigt rimligt sätt* (artikel 4.6 och skäl 17). Detta krav kan sägas utgöra ett grundkrav som inte omnämns i konkurslagens nu diskuterade bestämmelse. I stället kan ett avtalsvillkor som innebär att en realisation av en säkerhet inte sker på ett affärsmässigt rimligt sätt sättas åt sidan med stöd av t.ex. generalklausulen i 36 § avtalslagen.

Säkerhetsdirektivet uppställer inte bara krav på avtalsfrihet vad gäller försäljning av en säkerhet utan också på att säkerhetshavaren ska kunna realisera säkerheten genom kvittning eller tillägnelse i konkurs. Kravet på avtalsfrihet gällande säkerhetshavarens rätt att tillägna sig säkerheten ansågs inte kräva några särskilda införlivandeåtgärder vid införlivandet av säkerhetsdirektivet. Kravet på avtalsfrihet vad gäller avräkning

(kvittning) föranledde emellertid vissa särskilda överväganden där direktivets bestämmelse ställdes mot konkurslagens bestämmelser rörande kvittning i konkurs i 5 kap. 15 och 16 §§ konkurslagen.

I Ds 2003:38 (s. 100 f. och s. 149 f.) föreslogs bl.a. en ändring i 5 kap. 15 § konkurslagen innebärande att den kvittningsmöjlighet som anges där utvidgades till att gälla även icke-komputabala fordringar. Lagrådet ifrågasatte behovet av denna ändring och regeringen anslöt sig till Lagrådets bedömning och förordade i stället en ändring i 8 kap. 10 § konkurslagen för att tillgodose samma syfte, nämligen att utvidga möjligheterna till kvittning (avräkning) i konkurslagen så att den regleringen står i samklang med säkerhetsdirektivets reglering (se prop. 2004/05:30 s. 67 och s. 129).

Dessutom ansågs det nödvändigt med en ändring av bestämmelsen i 5 kap. 16 § konkurslagen så att även förvärvade fordringar kan användas till kvittning mot konkursgäldenären under förutsättning att förvärvet kan anses som ordinärt (prop. 2004/05:30 s. 67 f., 96 och 131 f. samt Ds 2003:38 s. 102 f.).

5.5.4 Företagsrekonstruktion – artikel 4

I artikel 4.1 och 4.4 i säkerhetsdirektivet anges att bl.a. kvittning inte ska kunna hindras. Vidare anges i artikel 4.5 att ett avtal om finansiellt säkerställande ska få verkan utan hinder av inledda eller pågående likvidations- eller rekonstruktionsförfaranden. Dessa direktivkrav föranledde två ändringar i lagen om företagsrekonstruktion. För det första föreskrivs numera i 2 kap. 20 § att en borgenär som har finansiella instrument eller valuta som säkerhet undantas från bestämmelsens tillämpningsområde. Bestämmelsen föreskriver annars vissa inskränkningar i hävningsrätten för en rekonstruktionsgäldenärs motpart. För det andra föreskrivs numera i 2 kap. 21 § en kvittningsregel som motsvarar bestämmelsen i 5 kap. 16 § konkurslagen (se avsnitt 5.5.3 ovan). Det innebär att även förvärvade fordringar kan användas till kvittning mot konkursgäldenären under förutsättning att förvärvet kan anses som ordinärt (prop. 2004/05:30 s. 69 och jfr Ds 2003:38 s. 104 f.).

5.5.5 Slutavräkning vid obestånd – artikel 7

I artikel 7 i säkerhetsdirektivet förskrivs alltså att slutavräkningsklausuler ska ”erkännas” (se avsnitt 5.4.4 ovan). En slutavräkningsklausul innefattar alltså en nettning (s.k. *close out netting*). I förevarande fall berörs endast s.k. bilateral nettning (tvåpartsavräkning), eftersom säkerhetsdirektivet inte alls omfattar s.k. multilateral nettning (flerpartsavräkning). Utgångspunkten i direktivet är som nämnts att parternas avtal ska få fullt genomslag i nu beskrivna hänseenden.

Enligt bestämmelsen i 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument föreskrivs följande.

”Ett avtal mellan två parter vid handel med finansiella instrument, med andra liknande rättigheter och åtaganden eller med valuta, om att förpliktelser dem emellan skall slutavräknas om en av parterna försätts i konkurs, gäller mot

konkursboet och mot borgenärerna i konkursen. Detsamma gäller en avräkning av förpliktelser mellan två eller flera deltagare i ett anmält avvecklingssystem, om avräkningen har skett i enlighet med systemets regler.

Innehåller ett avtal enligt första stycket ett villkor som innebär att en slutavräkning skall ske av samtliga utestående förpliktelser för det fall företagsrekonstruktion enligt lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion beslutas för en av parterna gäller villkoret mot gäldenären och de borgenärer vars fordringar omfattas av ett offentligt ackord.”

Bestämmelsen avser alltså handel med finansiella instrument och liknande eller valuta. Det torde täcka alla de avtal som normalt förekommer på finansmarknaden. Ett säkerhetsavtal kan enligt säkerhetsdirektivet dock avse annat än handel med finansiella instrument. Direktivet avser alla typer av ekonomiska förpliktelser. Ett rent penninglån (försträckning) kan t.ex. säkerställas med finansiella instrument. Ett sådant säkerställande omfattas av säkerhetsdirektivet, men inte av bestämmelsen i 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument. Vid införlivandet av säkerhetsdirektivet ansågs därför bestämmelsen i 5 kap. 1 § inte tillräcklig för att möta direktivets krav (prop. 2004/05:30 s. 76). Det ansågs emellertid inte krävas någon ändring av 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument. I stället bedömdes ändringen av 8 kap. 10 § konkurslagen och ändringarna i 2 kap. 20 och 21 §§ lagen om företagsrekonstruktion (se avsnitt 5.5.3 och 5.5.4 ovan) möta direktivets krav i nu nämnt hänseende.

5.5.6 Undantag från vissa insolvensbestämmelser – artikel 8

Inledning

En av de mer omdiskuterade frågorna kring säkerhetsdirektivet är hur artikel 8 ska bedömas i ljuset av gällande svensk rätt. Som redan har nämnts ansågs artikeln inte kräva några införlivandeåtgärder i Sverige. Det ska också påpekas att artikel 8 i säkerhetsdirektivet har uppenbara likheter med artikel 3 i finalitydirektivet (jfr avsnitt 5.3.3).

Rättshandlingar före konkursbeslut

I såväl artikel 8.1 a som 8.1 b anges alltså att ett avtal inte får angripas (ogiltigförklaras eller återvinnas) på insolvensrättsliga grunder om avtalet har träffats *innan* beslutet om att inleda ett insolvensförfarande fattades. Det gäller såväl när beslutet att inleda ett insolvensförfarande har fattats samma dag som rättshandlingen som när det fattats ännu tidigare. Detsamma gäller enligt artikel 8.3 för tilläggssäkerheter och utbytssäkerheter. Insolvensskyddet är här alltså uttryckt som att rättshandlingen (dvs. ett avtal om finansiellt säkerställande eller själva säkerställandet) inte får ”ogiltigförklaras” eller ”återvinnas”. Med det förstnämnda uttrycket avses enbart ogiltighet hänförlig till insolvensen. Ett avtal om finansiellt säkerställande kan utan hinder av bestämmelserna i artikel 8.1 och 8.3 förklaras ogiltigt på annan grund, t.ex. avtalsmässig sådan såsom tvång, svek m.m. Inte heller hindrar direktivet

användningen av subjektiva återvinningsregler som tar sikte på otillbörliga rättshandlingar (se prop. 2004/05:30 s. 86).

Dessa direktivbestämmelser ska jämföras med regleringen i konkurslagen där det i 3 kap. 1 § föreskrivs att gäldenären förlorar rådigheten, dvs. inte kan rättshandla med bindande verkan, i och med konkursbeslutet. Ett sådant beslut har inte någon retroaktiv verkan. Sätillvida överensstämmer svensk rätt med direktivbestämmelserna i artikel 8.1 och 8.3. Det är också den bedömning som görs såväl i prop. 2004/05:30 (s. 81 f.) som i den underliggande promemorian Ds 2003:38 (s. 124 f.). Det kan läggas till att den svenska lagen om företagsrekonstruktion principiellt inte innefattar någon rådighetsförlust för gäldenären motsvarande vad som föreskrivs i 3 kap. 1 § konkurslagen. I förhållande till lagen om företagsrekonstruktion uppkommer därför över huvud taget inte den problemställning som artikel 8 reglerar.

Rättshandlingar efter konkursbeslut

Artikel 8.2 reglerar situationen när motsvarande avtal har träffats *efter* det att ett insolvensförfarande har inletts. Om ett avtal om finansiellt säkerställande har träffats *samma dag – men efter* – tidpunkten för inledandet av ett insolvensförfarande ska ett sådant avtal vara bindande för tredje man (t.ex. ett konkursbo), om säkerhetstagaren kan bevisa att han eller hon varken kände till eller borde ha känt till att förfarandet har inletts. Om avtalet har träffats dagen efter beslutet om att inleda ett insolvensförfarande eller ännu senare är artikel 8.2 inte tillämplig. Det innebär att sådana sena avtal inte skyddas av artikel 8.2. Det innebär i sin tur att det skydd artikel 8.2 ger, jämfört med artikel 8.1, är ett mycket smalt ”tillägsskydd”. Det ska också konstateras att artikel 8.2 inte ger något skydd åt tilläggsäkerheter eller utbytessäkerheter, dvs. sådana säkerheter som omfattas av artikel 8.3 (se prop. 2004/05:30 s. 83 och Ds 2003:38 s. 126).

Denna direktivbestämmelse ska jämföras med regleringen i konkurslagen där det i 3 kap. 2 § föreskrivs att vissa rättshandlingar gäldenären har företagit efter konkursbeslutet ändå ska vara bindande (även) för konkursboet. Följande gäller:

1. En rättshandling mellan gäldenären och någon annan är gällande om den har företagits senast dagen efter den då konkursbeslutet var infört i Post- och Inrikes Tidningar och om det inte visas att den andre kände till konkursbeslutet eller det förekom omständigheter som gav denne skälig anledning att anta att gäldenären var försatt i konkurs.
2. Om en rättshandling i form av överlåtelse eller annat förfogande över egendom blir gällande enligt punkten 1 ovan ska den gå åter om konkursboet utan oskäligt uppehåll yrkar det. Boet ska därvid återbära mottagen prestation samt ersätta den andre för nödvändig eller nyttig kostnad.
3. Infriar någon en förpliktelse mot gäldenären efter tidpunkten i punkten 1 ska det tillgodoräknas honom, om han var i god tro. En uppsägning som företas mot eller av gäldenären efter sagda tidpunkt

ska gälla, om det av omständigheterna framgår att den andre var i god tro och det är uppenbart oskäligt att rättshandlingen blir ogiltig mot konkursboet.

4. I 3 kap. 2 § tredje stycket konkurslagen anges också att det finns särskilda bestämmelser om verkan av gäldenärens överlåtelse eller pantsättning av löpande skuldebrev, aktiebrev eller vissa andra jämförbara värdehandlingar.

Konkurslagens bestämmelse ger en godtroende motpart skydd till och med dagen efter kungörandet, dvs. inte – som direktivbestämmelsen – enbart under beslutsdagen. Enligt konkurslagens bestämmelse måste också konkursboet visa ond tro för att motparten ska gå miste om skyddet. Enligt direktivbestämmelsen ankommer det på säkerhetstagaren att visa att han eller hon inte var i ond tro. Konkurslagens bestämmelse är alltså i dessa två hänseenden förmånligare för konkursgäldenärens motpart än direktivbestämmelsen. Med hänvisning till detta och till skäl 22 samt diskussionen när artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet införlivades i svensk rätt ansågs konkurslagens bestämmelse, som alltså tolkades som en minimibestämmelse, vara förenlig med artikel 8 i säkerhetsdirektivet (prop. 2004/05:30 s. 83 f. och Ds 2003:38 s. 126 f.).

En annan skillnad mellan konkurslagens bestämmelse och direktivbestämmelsen är vad som angetts under punkten 2 ovan om konkursboets rätt att begära återgång. Med hänvisning till vad som har angetts under punkten 4 ovan bedömdes det som att finansiella instrument genom regleringen i 6 kap. 4 och 7 §§ lagen om kontoföring av finansiella instrument omfattades av undantaget i 3 kap. 2 § tredje stycket konkurslagen. Även bortsett från detta undantag ansågs den svenska regleringen vara i harmoni med artikel 8 i direktivet. Den bedömningen hängde samman med återgångsregelns konstruktion som ju innebär att utgivna prestationer ömsesidigt ska återbäras. Den svenska regleringen ansågs därför vara förenligt med artikel 8 i säkerhetsdirektivet även i nu nämnt avseende (prop. 2004/05:30 s. 84 f. och Ds 2003:38 s. 128 f.). I sammanhanget ska konstateras att Lagrådet hyste en annan uppfattning som vilade på att Lagrådet, tvärtemot regeringen, ansåg att artikel 8.2 träffade även s.k. tilläggssäkerheter (se a. prop. s. 137 f.).

Återvinning

I artikel 8.1 b och 8.3 (jfr skäl 16) anges att ingångna säkerhetsavtal och ställda säkerheter, inklusive tilläggs- och utbytessäkerheter, inte får återvinnas enbart på den grunden att åtgärden har vidtagits under en viss tidsperiod före beslutet att inleda ett insolvensförfarande, t.ex. ett konkursbeslut. I prop. 2004/05:30 anges (s. 86 och jfr Ds 2003:38 s. 132) att bestämmelserna endast torde ta sikte på objektiva återvinningsregler. Säkerhetsdirektivet skulle alltså inte hindra återvinning på subjektiva grunder.

I 4 kap. 12 § konkurslagen regleras förutsättningarna för återvinning av ställda säkerheter. En säkerhet som har överlämnats viss kortare tid före fristdagen (den dag ansökan om konkurs kom in till tingsrätten) kan under vissa ytterligare förutsättningar bli föremål för återvinning, om inte

säkerställandet med hänsyn till omständigheterna ändå kan anses som ordinärt. Bestämmelsen ändrades så sent som den 1 juli 2002 (se prop. 2001/02:57 och Ds 1998:40) varvid just ordinära fall undantogs från möjligheten till återvinning. Samtidigt upphävdes en specialreglering i lagen om handel med finansiella instrument som i vissa fall hindrade återvinning av s.k. tilläggssäkerheter. Den nuvarande generella regleringen i 4 kap. 12 § konkurslagen har alltså fått sin utformning just med hänsyn till förhållandena på den finansiella marknaden och den praxis som där rått en längre tid med ställandet av tilläggssäkerheter. Det innebär att de säkerheter som ställs enligt avtal som faller inom ramen för säkerhetsdirektivets tillämpningsområde regelmässigt kan anses vara ordinära åtgärder, varför de är fredade mot återvinning. Med hänsyn till det ansågs konkurslagens bestämmelse vara utformad så att den är förenlig med säkerhetsdirektivet (se prop. 2004/05:30 s. 87).

6 Ändringsdirektivet

6.1 Bakgrund och syften

Finality- respektive säkerhetsdirektivet var under 2006 föremål för var sin utvärderingsrapport från kommissionen till Europaparlamentet och rådet.²² Enligt rapporterna har de båda direktiven i det stora hela fungerat väl. Samtidigt har det konstaterats behov av vissa kompletterande åtgärder i form av förtydliganden, förenklingar och tillägg.

Vad gäller finalitydirektivet var det främst det ökande antalet sammanlänknings mellan system som ansågs påkalla behov av förändringar. Begreppet *samverkande system* ansågs därför behöva förtydligas. I samband med det ansågs det också finnas ett behov av att förtydliga *systemoperatörens ansvar* (se skäl 2 och 3 i ändringsdirektivet och nya skäl 14a och 22a i finalitydirektivet).

Vad gäller säkerhetsdirektivet ansågs det främst finnas ett behov av att reglera *kreditfordringar* som en godtagbar typ av säkerhet (se skäl 5 i ändringsdirektivet). I det senare ingår också att se över regler rörande kvittning och banksekretess (se skäl 6 i ändringsdirektivet).

²² Utvärderingsrapport om direktiv 98/26/EG om slutgiltig avveckling (KOM [2005] 657 slutlig) samt Utvärderingsrapport om direktivet om ställande av finansiell säkerhet (2002/47/EG) (KOM [2006] 833 slutlig).

6.2 Övergripande om aktuella införlivandeåtgärder

Den övergripande bedömningen är att ändringsdirektivet kräver ett fåtal tillägg i svensk rätt. Det rör sig huvudsakligen om följande.

- I 9 § lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden (AL) krävs ett tillägg i anledning av att det till Europeiska kommissionen ska anmälas vem som är systemoperatör (administratör).
- I 2 och 13 §§ AL samt i 1 kap. 1 § och 5 kap. 1 § lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument krävs tillägg på grund av den nytillkomna regleringen av ”samverkande system”.
- I 8 kap. 10 § andra stycket konkurslagen (1987:672) och 2 kap. 20 § sjätte stycket lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion bör ändringar göras så att ”kreditfordringar” läggs till jämte finansiella instrument och valuta.

I svensk lag bör beteckningen ”penningfordran” användas i stället för ”kreditfordran”. Tillämpningsområdet bör dock avgränsas så att det svarar mot direktivets definition.

Det är för svenskt vidkommande inte nödvändigt eller önskvärt att utnyttja möjligheten till att göra undantag för konsumentkreditfordringar. Det förhållandet att kreditfordringar har tillkommit kräver inte några ändringar i svensk rätt vad avser sakrättsliga moment, konsumentskydd eller banksekretess.

I det följande kommer ändringsdirektivet att gås igenom artikel för artikel, först med avseende på finalitydirektivet därefter med avseende på säkerhetsdirektivet. De rubricerade artiklarna avser därvid artiklarna i de båda ursprungsdirektiven (*inte* ändringsdirektivet). I samband med genomgången kommer också en första bedömning göras av behovet av särskilda åtgärder för införlivande i Sverige (avsnitten 6.3.1 respektive 6.4.1).

I vissa fall står det helt klart att en ändring inte medför något behov av någon särskild införlivandeåtgärd. I andra fall behöver frågan om införlivande övervägas särskilt. Dessa mer ingående bedömningar görs i avsnitten i 6.3.2 (”Förekomsten av en systemoperatör (administratör) och samverkande system”) och 6.4.2 (”Tillkomsten av vissa penningfordringar som säkerhetsobjekt”). I dessa två avsnitt görs alla de bedömningar som föranleds av de sakliga ändringarna i direktiven. Rent allmänt kan framhållas att bedömningarna där vilar på de bedömningar som gjordes när finality- respektive säkerhetsdirektivet införlivades och som här har redogjorts för i avsnitt 5.

6.3 Ändringar i finalitydirektivet och behovet av införlivandeåtgärder

6.3.1 Bedömning artikel för artikel

Artikel 1

Artikel 1 anger tillämpningsområdet för direktivet. I *punkten a* har ordet ”ecu” bytts ut mot ordet ”euro” och i *punkten c* har i andra strecksatsen lagts till ”eller Europeiska centralbanken”.

Den första justeringen föranleder inte några behov av ändringar i svensk lag. 1 § AL anger ju att lagen är tillämplig på ”förpliktelser att betala” utan begränsningar till betalning i viss angiven valuta. Inte heller det förhållandet att Europeiska centralbanken sällas till de nationella centralbankerna föranleder behov av någon svensk lagändring. Möjligen skulle man kunna anse att det borde anges att Europeiska centralbanken, i likhet med Riksbanken, inte skulle behöva Finansinspektionens tillstånd för att driva ett avvecklingssystem (se 3 §). Men att så är fallet behöver knappast uttryckas i en svensk lag, eftersom det torde gälla ändå på europarättslig grund.

Artikel 2

I artikel 2 anges ett antal definitioner. Genom ändringsdirektivet har ändringar gjorts i punkterna a, b, f, g, h, i, l och m. Dessutom har punkterna n, o och p kommit till.

I *punkten a* har förekomsten av en *systemoperatör* lagts till. Systemoperatör definieras i en ny *punkt p*. Vid sidan av ”överföringsuppdrag” har också i *punkten a* ”clearing” lagts till för att definiera vad ett arrangemang med avvecklingssystem ska avse. Det senare kan sägas vara ett sådant förtydligande som i sak egentligen inte innebär något nytt. Det tillägget kräver därför inte heller nu någon särskild införlivandeåtgärd. Det förhållandet att direktivet numera genom ändringarna uppmärksammat behovet av regler rörande en systemoperatör är en välkommen förbättring. Vid det svenska införlivandet av finalitydirektivet togs i 2 och 4 §§ AL in en reglering av en administratör, dvs. en systemoperatör, för systemet. Administratörens roll regleras i ett flertal av lagens bestämmelser (se 3, 7, 14, 15 och 16 §§) Frågan om vilken betydelse det har med bäring på vilka införlivandeåtgärder som nu kan krävas diskuteras i det följande (avsnitt 6.3.2).

I *punkten a* har dessutom ett nytt stycke lagts till i vilket det anges att ”arrangemang mellan samverkande system ska inte betecknas som system.” I en ny *punkt o* definieras sedan ”samverkande system”. I AL definieras vad som avses med system och detta är omgärdat av en grundläggande reglering. Det är givet att det inte krävs något införlivande av direktivändringen om att just arrangemang mellan samverkande system *inte* ska betecknas som system. Dock behöver begreppet ”samverkande system” ges en definition i svensk rätt. Frågor rörande tillkomsten av begreppet samverkande system kommer att beröras ytterligare i avsnitt 6.3.2.

I *punkten b* har definitionerna av ”kreditinstitut” och ”värdepappersföretag” knutits till nyttillkommen EU-lagstiftning. Varken kreditinstitut eller värdepappersföretag är definierade i AL. Vid införlivandet av finalitydirektivet ansågs det inte nödvändigt. Något behov av att nu införa dessa definitioner föreligger inte heller.

I *punkten f* och *g* har definitionerna av ”deltagare” och ”indirekt deltagare” justerats utan att det nu kräver någon särskild åtgärd för införlivande i Sverige. Vid införlivandet av finalitydirektivet genomfördes inte någon reglering av indirekta deltagare (se prop. 1999/2000:18 s. 54 f.).

I *punkten h* har en justering gjorts med hänsyn till tillkomsten av direktivet 2004/39/EG som ersatte det tidigare gällande direktivet 92/22/EEG. Ändringen innebär ingen ändring i sak och föranleder inte nu någon införlivandeåtgärd.

I definitionen i *första strecksatsen i punkten i* och i *punkten l* har ”en central motpart” lagts till uppräknningen av registerförare respektive kontoförare. Förekomsten av en central motpart är inte någon nyhet i ändringsdirektivet och definitionen av ”central motpart” i artikel 2 c är oförändrad. Tilläggen i första strecksatsen i punkten i och i punkten l kräver inte nu några svenska införlivandeåtgärder.

I *punkten n* har ”bankdag” definierats i en nyttillkommen definition. Definitionen kan sägas innebära att en bankdag består av dygnets samtliga 24 timmar. Något behov av införlivandeåtgärd i Sverige på grund av denna definition är inte för handen.

I *punkten m* har i definitionen av ”säkerhet” en inskjuten sats av följande lydelse lagts till: ”inbegripet utan begränsningar finansiell säkerhet enligt artikel 1.4 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet”. Det är alltså frågan om en hänvisning till säkerhetsdirektivet där det sägs att en finansiell säkerhet som ställs måste bestå av betalningsmedel eller finansiella instrument och numera genom ändringsdirektivet även kreditfordringar (se nedan avsnitt 6.3). Detta är inte att se som någon ändring i sak att det i en inskjuten sats närmast som en exemplifiering anges att ”säkerhet” enligt finalitydirektivet innefattar finansiella säkerheter enligt säkerhetsdirektivet. Definitionen av säkerhet i artikel 2 m är mycket vid (jfr skäl 9 i finalitydirektivet och prop. 1999/2000:18 s. 80) och omfattar med all säkerhet – den inskjutna satsen förutom – även finansiella säkerheter.

Artikel 3

I *artikel 3.1 första stycket*, har förutom en redaktionell ändring, en ny andra mening införts som anger att överföringsuppdrag och nettning även ska gälla ”vid insolvensförfaranden mot en deltagare (i det berörda systemet eller i ett samverkande system) eller mot systemoperatören för ett samverkande system som inte är deltagare”. Nyheten här är att inledda insolvensförfaranden även för deltagare i samverkande system gör artikeln tillämplig.

Vidare har i artikel 3 tillkommit en ny *punkt 4* som avhandlar frågan om samordning mellan samverkande system. I det följande (avsnitt 6.3.2) kommer närmare beröras frågan om behovet av införlivandeåtgärder i anledning av utvidgningen av artikel 3.

Artikel 4

Den dispositiva artikel 4 har fått ett tillägg genom att en systemoperatör för ett samverkande system har fogats till den krets som kan omfattas av artikeln. Artikel 4 har inte införlivats i Sverige (se prop. 1999/2000:18 s. 34 f. och s. 45 f.). Denna utvidgning föranleder inte heller nu någon införlivandeåtgärd.

Artikel 5

I artikel 5, som handlar om oåterkalleligheten av överföringsuppdrag, har ett *nytt andra stycke* lagts till. Det nya stycket har att göra med införandet av begreppet ”samverkande system” i direktivet (jfr den nytillkomna artikel 2 o. Vissa frågor rörande samverkande system kommer att tas upp nedan (avsnitt 6.3.2).

Artikel 7

Även i artikel 7 har ett *ny andra mening* lagts till som har att göra med tillkomsten av begreppet ”samverkande system”, se vidare nedan (avsnitt 6.3.2).

Artikel 9

Artikel 9 är föremål för främst redaktionella ändringar förutom att systemoperatören har fogats till den krets som avses med artikeln. Några andra direkta ändringar i sak har inte gjorts. Behovet av införlivandeåtgärder i anledning av att systemoperatören har tillkommit behandlas nedan (avsnitt 6.3.2).

Artikel 10

Artikel 10 har justerats i anledning av att begreppet ”systemoperatör” har införts. I övrigt innehåller artikeln övergångsbestämmelser. Införlivandebehovet av artikeländringen i svensk rätt kommer att behandlas i det följande.

6.3.2 Förekomsten av en systemoperatör (administratör) och samverkande system

<p>Promemorians förslag: I 9 § lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden (AL) görs ett tillägg i anledning av att det till Europeiska kommissionen ska anmälas vem</p>
--

som är systemoperatör (administratör) för ett godkänt avvecklingssystem. I 2 och 13 §§ AL samt i 1 kap. 1 § och 5 kap. 1 § lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument görs tillägg på grund av den nytillkomna regleringen av ”samverkande system”.

Skälen för förslaget: Enligt 4 § AL ska ett avvecklingssystem ha en administratör. Härigenom uppfyller gällande svensk rätt de krav som ändringsdirektivet ställer på att det ska finnas en systemoperatör. I artikel 2 p definieras systemoperatör som den som har ”rättsligt ansvar för driften av ett system”. I 2 § AL definieras administratör på just det sättet. Svensk rätt uppfyller alltså ändringsdirektivets krav i detta hänseende. Det saknas anledning att ändra den i AL valda benämningen ”administratör” enbart av det skälet att direktivets benämning är en annan.

I ett flertal bestämmelser i direktivet och motsvarande svenska lagar, dvs. AL och lagen om handel med finansiella instrument, hänvisas till ”deltagare”. Av betydelse är det då att systemoperatören (administratören) alltså anses som deltagare i systemet. Det anges i den nya definitionen i artikel 2 f i finalitydirektivet, men också i nu gällande 2 § AL. Det innebär att administratören ”per automatik” omfattas av alla de bestämmelser som gäller för deltagare. Några justeringar i de svenska bestämmelser som gäller för deltagare krävs alltså inte.

I artikel 10 har genom ändringsdirektivet tillkommit ett krav på att medlemsstaterna till kommissionen ska anmäla vem som är administratör (systemoperatör). Det kräver ett tillägg i 9 § AL. Nämnas kan – även om just detta inte berörs i ändringsdirektivet – att det i 14 § AL föreskrivs en skyldighet för administratören att till Finansinspektionen lämna vissa underrättelser.

Artikel 4 har som sagt inte införlivats med svensk rätt. Den ändring som nu har gjorts i artikeln – som är dispositiv – ger inte anledning till några andra bedömningar än de som gjordes när finalitydirektivet ursprungligen införlivades (se prop. 1999/2000:18 s. 34 f. och s. 46).

I artikel 3.1, 3.4, 5, 7 och 9 har alltså begreppet ”samverkande system” lagts till. Dessa direktivbestämmelser är inbördes av olika karaktär och reglerar olika frågor.

I artikel 3.1 som reglerar skyddet för överföringsuppdrag och genomförda nettningar anges numera genom ändringsdirektivet att skyddet ska gälla vid insolvensförfaranden mot en deltagare (eller systemoperatör) i det berörda systemet eller i ett samverkande system. I artikel 9 föreskrivs att de rättigheter en deltagare har till en säkerhet som ställs i samband med ett system och – numera genom ändringsdirektivet – även i samband med ett samverkande system inte ska påverkas av ett inlett insolvensförfarande mot säkerhetsställaren (hörande till vissa kategorier). Detta kräver ändringar i 13 § AL och i 5 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument. Även i 12 § AL – som reglerar frågor om lagval – hänvisas det till reglerna i ett system. Den sakliga innebörden av detta är att en systemdeltagares rättigheter och skyldigheter i systemet ska bestämmas av den lag som gäller för systemet. Här kan man inte hänvisa även till reglerna i ett samverkande system. Det skulle ju innebära en uppenbar risk för att två eller flera länders

rättsordningar skulle kunna anses tillämpliga vid sidan av varandra, vilket skulle strida mot själva syftet med bestämmelsen. Syftet är ju just att säkerställa att normkonflikter undviks. Här är det alltså av största vikt att endast ett bestämt lands lag pekats ut. Och det ska självklart vara det lands lag vilket systemet lyder under. Någon ändring ska alltså inte göras i 12 § AL.

I artikel 3.4 och i artikel 5 regleras tidpunkten för införande av ett överföringsuppdrag i ett system respektive tidpunkten för oåterkallelighet. Genom ändringsdirektivet ställs krav på att reglerna för ett system ska utformas så att samordning kan ske av samverkande system. Samtidigt betonar de båda artiklarna att varje enskilt system har att utforma sina egna regler. Finalitydirektivet är i dessa delar huvudsakligen införlivat genom bestämmelsen i 13 § AL. Eftersom avtalsfrihet i stor utsträckning gäller vid utformningen av ett systems regler, kan nu nämnda direktivbestämmelser i första hand sägas rikta sig till de som utformar systemets regler med en begäran om största möjliga samordning i nu nämnda hänseenden. Det väsentliga i detta sammanhang är att det i svensk rätt inte finns några hinder mot strävanden mot samordning (jfr 5 § AL). Någon särskild åtgärd för införlivande av dessa bestämmelser krävs alltså inte. Nämnas kan att direktivregleringen kan få betydelse vid prövning av godkännande av system och för tillsynen över systemen (jfr 3–7 §§ och 14–16 §§ AL). Den reglering som redan finns i 5 § AL om att ett avvecklingssystem ska ha tillfredställande regler kan t.ex. innebära att det för godkännande krävs att systemet också har regler om samordning när sådan förekommer (se nya skäl 14a och 22a i finalitydirektivet).

I artikel 7 anges att insolvensförfaranden inte ska ha retroaktiv verkan. Genom ändringsdirektivet gäller det även för rättigheter och förpliktelser för en deltagare i ett samverkande system. Artikel 7 ansågs vid det ursprungliga införlivandet av finalitydirektivet inte kräva någon särskild införlivandeåtgärd (se prop. 1999/2000:18 s. 36 f. och s. 45). Den ändring som har skett utgör inte anledning till någon annan bedömning än som då gjordes.

I artikel 2 o definieras numera genom ändringsdirektivet samverkande system som ”två eller flera system vilkas systemoperatörer har ingått ett ömsesidigt arrangemang som innebär verkställande av överföringsuppdrag mellan systemen”. I finalitydirektivet och i de svenska lagar som har införlivat direktivet, främst AL, är ”avvecklingssystem” ett centralt begrepp. Och det hänvisas till de ”regler som gäller för systemet” i flera fall eller ”systemets regler” (se t.ex. 12 och 13 §§ AL), vilket har behandlats ovan. När två eller flera system träffar en överenskommelse innebärande samverkan dem mellan integreras alltså systemens regler i viss utsträckning med varandra. Överenskommelsen om samverkan som sådan är emellertid inte att betrakta som ett system (se det nya fjärde stycket artikel 2 a). Och samverkan mellan system kan aldrig komma till stånd utan att överenskommelse har träffats mellan systemen. Det kräver i sin tur att systemets regler inte bara tillåter utan även reglerar innebörden av samverkan. Exakt vilka system som samverkar med varandra framgår med andra ord av de samverkande systemens regler. Icke desto mindre är det nödvändigt att i lag ge en definition av ”samverkande system”. Detta föreslås åstadkommas genom ändringar i

2 § AL och 1 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument. Den föreslagna definitionen motsvarar den som införs genom ändringsdirektivet.

6.4 Ändringar i säkerhetsdirektivet och behovet av införlivandeåtgärder

6.4.1 Bedömning artikel för artikel

Artikel 1

Uppräkningen i *artikel 1.2 b* av vilka kategorier säkerhetsställare och säkerhetshavare måste tillhöra har genom ändringsdirektivet justerats mot bakgrund av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/48/EG av den 14 juni 2006 om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut (omarbetning).²³ Även *artikel 1.2 c* har justerats i anledning av nytilkommen EU-lagstiftning. Ändringarna saknar betydelse i sak.

I *artikel 1.4 a* har kreditfordringar lagts till, jämte betalningsmedel och finansiella instrument, när det anges vad en finansiell säkerhet ska bestå av. Tillkomsten av kreditfordringar som säkerhetsobjekt behandlas vidare i avsnitt 6.4.2. I *artikel 1.4 c* har tillkommit en hänvisning till det s.k. konsumentkreditdirektivet²⁴ med innebörd att medlemsstaterna ges möjlighet att från säkerhetsdirektivets tillämpningsområde undanta konsumentkreditfordringar m.m..

I *artikel 1.5* har tillägg gjorts som har att göra med att även kreditfordringar som säkerhet ska omfattas av direktivet. Här anges i en ny mening i andra stycket och ett nytt tredje stycke vad som ska krävas för att styrka att en kreditfordring har ställts som säkerhet mellan parterna.

Artikel 2

I definitionerna av ”avtal om finansiell äganderättsöverföring” (säkerhetsöverlåtelse) och ”avtal om finansiell säkerhet” i *artikel 2.1 b* och *2.1 c* har ändringar gjorts så att det med ett *avtal om finansiell äganderättsöverföring* avses inte enbart att säkerhetsställaren överför *full äganderätt* till säkerhetshavaren utan dessutom att han eller hon enbart överför *full rätt att utnyttja säkerheten*. Frågan om vad som avses med förfoganderätten vid avtal om finansiell äganderättsöverföring har behandlats i avsnitt 5.4.2 (jfr avsnitt 5.5.2). Det är parternas avtal som bestämmer den närmare innebörden av ett finansiellt säkerhetsställande. Något hinder mot avtalsfriheten finns inte i svensk rätt. Det förhållandet att man i ändringsdirektivet nu breddar området för de båda aktuella definitionerna så att de avser även fall där det enbart är ett fullt

²³ EUT L 177, 30.6.2006, s. 1 (Celex 32006L0048), senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/111/EG (EUT L 302, 17.11.2009, s. 97, Celex 32009L0111).

²⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/48/EG av den 23 april 2008 om konsumentkreditavtal och om upphävande av rådets direktiv 87/102/EEG (EUT L 133, 22.5.2008, s. 66, Celex 32008L0048).

utnyttjande av säkerheten som överförs (inte ”full äganderätt”) påverkar inte analysen av att svensk rätt tillgodoser direktivets krav i nämnda hänseenden.

Kreditfordringar definieras i en ny definition i *artikel 2.1 o. Artikel 2.2* har justerats med anledning av att kreditfordringar har tillkommit som säkerhetsobjekt.

Artikel 3

I *artikel 3.1* har två nya stycken tillkommit. Det första nya stycket har att göra med att kreditfordringar har tillkommit som säkerhetsobjekt. Det andra nya stycket innehåller en bestämmelse om att kommissionen en viss sista dag ska rapportera till Europaparlamentet och rådet om huruvida bestämmelsen i artikel 3.1 är lämplig även i fortsättningen.

En ny punkt har lagts till i artikel 3; *artikel 3.3*. Den har att göra med att kreditfordringar har tillkommit som säkerhetsobjekt och hur detta förhåller sig till bl.a. rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal (jfr lagen [1994:1512] om avtalsvillkor i konsumentförhållanden).

Artikel 4

Artikel 4.3 har utgått. I övrigt har i *artikel 4.1* en mening lagts till och *artikel 4.2 b* har ändrats. Båda dessa nyheter har att göra med att kreditfordringar har tillkommit som säkerhetsobjekt.

Artikel 5

En ny punkt, *artikel 5.6*, har kommit till där det föreskrivs att artikel 5 är tillämplig på kreditfordringar.

Artikel 9a

I en ny *artikel 9a* föreskrivs att direktivet inte ska påverka tillämpningen av direktiv 2008/48/EG, dvs. det s.k. konsumentkreditdirektivet (jfr Ds 2009:67).

6.4.2 Tillkomsten av vissa penningfordringar som säkerhetsobjekt

Promemorians förslag: I 8 kap. 10 § andra stycket konkurslagen (1987:672) och 2 kap. 20 § tredje stycket lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion där säkerhetsobjekt anges görs tillägg för sådana penningfordringar som uppkommit på grund av att ett kreditinstitut, eller ett motsvarande utländskt institut, har beviljat någon ett lån.

Promemorians bedömning: Det är för svenskt vidkommande inte nödvändigt eller önskvärt att utnyttja möjligheten till att göra undantag

för konsumentkreditfordringar. Det förhållandet att kreditfordringar har tillkommit som säkerhetsobjekt kräver inte några ändringar i svensk rätt vad avser sakrättsliga moment, konsumentskydd eller banksekretess.

Skälen för förslaget och bedömningen

Inledning

Den viktigaste nyheten i ändringsdirektivet är att kreditfordringar har tillkommit som säkerhetsobjekt vid sidan av finansiella instrument och betalningsmedel. En finansiell säkerhet ska med andra ord bestå av betalningsmedel, finansiella instrument eller kreditfordringar enligt den nya definitionen i artikel 1.4 a. Denna nyhet har medfört justeringar och tillägg i ett flertal av direktivets artiklar.

Vid införlivandet av säkerhetsdirektivet diskuterades hur begreppen ”finansiella instrument” och ”betalningsmedel” i direktivet skulle hanteras i en svensk kontext (prop. 2004/05:30 s. 32 f.). Vad gäller ”finansiella instrument” kom man fram till att den definition som redan fanns i 1 kap. 1 § lagen om handel med finansiella instrument utan vidare kunde användas. Med ”betalningsmedel” skulle förstås ”pengar krediterade på konto och andra liknande enkla fordringar”. En sådan definition utesluter det som i ändringsdirektivet benämns ”kreditfordringar”. Den behållning en kontohavare i bank kan ha jämföras med en enkel fordran, men det handlar då om kontohavarens fordran mot banken, och inte bankens fordran mot kontohavaren. Kontohavarens behållning på kontot är därför definitionsmässigt att anse som *betalningsmedel*, medan bankens fordran på grund av ett lån till en kund är att anse som en *kreditfordran* enligt direktivet. Det uttalades i propositionen (a. prop. s. 35) att uttrycket ”pengar krediterade på konto och andra liknande enkla fordringar” bör när *det behövs* användas. I de relevanta bestämmelser som ändrades i samband med införlivandet (8 kap. 10 § konkurslagen och 2 kap. 20 § lagen om företagsrekonstruktion) används dock uttrycket ”valuta” när direktivets uttryck ”betalningsmedel” avses. Denna diskrepans mellan vad som har kommit till uttryck i lagtext och i motiven har inte närmare kommenterats i samband med införlivandet. I sak spelar detta knappast någon roll. ”Valuta” torde i allt väsentligt bättre svara mot ”betalningsmedel” än ”pengar krediterade på konto och andra liknande enkla fordringar”.

Begreppet kreditfordringar

När nu ”kreditfordringar” läggs till bland de finansiella säkerheterna krävs ändringar i ovan angivna lagrum i konkurslagen och lagen om företagsrekonstruktion. Frågan är därvid om det krävs att ”kreditfordringar” definieras på något särskilt sätt i svensk lagtext. Kreditfordringar definieras i artikel 2.1 o där det anges att det med kreditfordringar avses ”penningfordringar som uppstår till följd av ett avtal där ett kreditinstitut, enligt definitionen i artikel 4.1 i direktiv 2006/48/EG inklusive instituten i förteckningen i artikel 2 i det

direktivet, beviljar kredit i form av ett lån”. Det är alltså, med viss förenkling, fråga om lånekrediter som beviljats av banker eller motsvarande. Låntagare kan i dessa fall vara vem som helst; företag såväl som privatpersoner inklusive konsumenter. Kreditgivaren ska vara ett kreditinstitut eller motsvarande. Slutligen ska det vara frågan om en försträckning i pengar. Det sistnämnda kravet innebär att krediter i samband med försäljning av varor och tjänster inte omfattas av begreppet ”kreditfordran”. Det är ett avsteg från vad som allmänt anses gälla i svenskt juridiskt språkbruk där begreppet kreditfordran ges en mycket vid innebörd. Med kreditfordran förstås här snart sagt varje fordran. Prefixet ”kredit” har alltså inte någon särskiljande betydelse. Begreppet ”kreditfordran” för inte heller tankarna till någon särskild krets av kreditgivare. Här föreslås i stället användning av begreppet ”penningfordran” som har en avgränsande betydelse som helt utesluter fordringar avseende andra prestationer än betalningar i pengar. Dock bör tillämpningsområdet avgränsas så att det – i enlighet med den nyttillkomna definitionen av ”kreditfordringar” i artikel 2.1 o i säkerhetsdirektivet – endast täcker sådana penningfordringar som uppkommit på grund av att ett kreditinstitut, eller ett motsvarande utländskt institut, har beviljat någon ett lån. I detta sammanhang har beaktats att uttrycket ”lån” egentligen är ett direkt felaktigt uttryck. Det som avses är nämligen en ”försträckning”. Begreppet ”lån” har dock i vardagligt språkbruk en betydelse som täcker såväl ”lån” (saklån) som försträckning. Exempelvis i 21 kap. aktiebolagslagen (2005:551) används ordet ”lån” i kapitelrubriken i betydelsen försträckning (penninglån).

I 8 kap. 10 § andra stycket konkurslagen föreskrivs som huvudregel att finansiella instrument och valuta omedelbart får säljas eller realiseras genom avräkning av en borgenär som har egendomen som säkerhet, under förutsättning att det sker på ett affärsmässigt rimligt sätt. När nu kreditfordringar enligt ändringsdirektivet ska kunna användas som finansiell säkerhet krävs att denna realisationsform görs tillgänglig även för kreditfordringar.

I 2 kap. 20 § sjätte stycket lagen om företagsrekonstruktion föreskrivs att bestämmelsen i övrigt inte gäller bl.a. för en borgenär som innehar finansiella instrument eller valuta som säkerhet. Ändringsdirektivet kräver att även borgenärer som innehar kreditfordringar som säkerhet faller under undantaget.

Konsument- och småföretagsskydd

Ändringsdirektivet kan sägas hänvisa till konsumentintressena på tre olika sätt. För det första tillåter ändringsdirektivet (artikel 1.4 c) att undantag görs för kreditfordringar där gäldenären är en konsument eller ett mikroföretag eller mindre företag (se artikel 3 a i det s.k. konsumentkreditdirektivet). Möjligheten att göra undantag är dock begränsad till de fall när såväl säkerhetstagaren som säkerhetsställaren *inte* är en centralbank, Europeiska centralbanken, Banken för internationell betalningsutjämnning eller en multilateral utvecklingsbank (se artikel 1.2 b). För det andra anges i artikel 3.3 att medlemsstaterna ska säkerställa att gäldenärer (inklusive konsumenter) med bindande verkan får avstå i)

sina kvittningsrättigheter och ii) sina rättigheter till följd av regler om banksekretess. Sådana avstående får emellertid inte innebära att en konsument går miste om de rättigheter han eller hon har på grund av direktivet 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäligen villkor i konsumentavtal. Det direktivet har i Sverige införlivats genom lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (se prop. 1994/95:17). För det tredje anges i nyttillkomna artikel 9a att bestämmelserna i säkerhetsdirektivet inte ska påverka tillämpningen av konsumentkreditdirektivet. Bestämmelsen i artikel 1.4 c om undantagsmöjligheten och bestämmelsen i artikel 9a om att konsumentkreditdirektivet har "företräde" innebär en viss, inte obetydlig, överlappning. Utan att något särskilt undantag görs med stöd av artikel 1.4 c krävs ändå att ändringarna i säkerhetsdirektivet införlivas på ett sådant sätt att konsumentkreditdirektivet inte träds för när. Däremot har bestämmelsen i artikel 1.4 c självständig betydelse vad avser undantagsmöjligheten för mikroföretag eller mindre företag.

Frågan är om det finns några konsumentskyddsaspekter att beakta som motiverar att man från svensk sida utnyttjar möjligheten att enligt artikel 1.4 c göra undantag för konsumentfordringar. Av särskilt intresse vid besvarandet av den frågan är att konsumenten som fordringsgäldenär enligt såväl gällande svensk rätt som enligt konsumentskyddsdirektivet i princip inte ska bli sämre ställd genom ett borgenärsskifte. De invändningar gäldenären kan rikta mot den ursprungliga borgenären kan han eller hon rikta även mot en förvärvare av fordringen. Det gäller alltså att undersöka huruvida en säkerhetstagare enligt säkerhetsdirektivet i någon bemärkelse får bättre rätt än överlåtare av fordringen. Om så skulle vara fallet blir det aktuellt att utnyttja möjligheten att göra undantag för konsumentfordringar. Allra först kan konstateras att artikel 5 inte alls är tillämplig på kreditfordringar. Däremot är artikel 4 tillämplig på kreditfordringar. Enligt artikel 4 kan säkerhetshavaren tillgodogöra sig säkerheten på vissa sätt. Enligt nyttillkomna artikel 4.1 c kan det ske genom försäljning, tillägnelse eller kvittning.

Det är alltså detsamma som redan gäller för finansiella instrument (jfr avsnitt 5.5.3). Att säkerhetshavaren överlåter (försäljning) kreditfordringen påverkar som sagt inte fordringsgäldenärens ställning negativt. Detsamma gäller om säkerhetshavaren använder kreditfordringen till kvittning vid uppfyllandet av de ekonomiska förpliktelserna. Vad som avses med tillägnelse är att säkerhetshavaren "tar över" kreditfordringen från säkerhetsställaren. Inte heller det påverkar fordringsgäldenären negativt. Det bör därvid uppmärksammas att tillägnelse inte innebär att säkerhetshavaren ges rätt att i förtid driva in kreditfordringen, något som skulle kunna strida mot inte bara intresset av ett effektivt konsumentskydd utan även generella fordringsrättsliga principer. Det bör även observeras att bestämmelsen i artikel 2.2 andra meningen tar sikte på *säkerhetsställarens* rätt att driva in fordringen (inkassera behållningen); i och för sig dock inte i förtid.

Den sammanfattande bedömningen blir att det för svenskt vidkommande inte är nödvändigt eller önskvärt att av konsumentskyddsskäl utnyttja möjligheten i artikel 1.4 c till att generellt göra undantag för konsumentkreditfordringar. Bedömningen måste bli densamma vad gäller undantagsmöjligheten för mikroföretag eller

mindre företag. Att sådana företag skulle tillförsäkras ett längre gående skydd än konsumenter förefaller nämligen inte rimligt. Såväl för konsumenter som för småföretag är dessutom behovet av en särreglering ytterst marginellt med tanke på de speciella förhållanden regleringen avser och risken för att en särreglering skulle kunna minska effektiviteten i det finansiella systemet.

I den nyttillkomna artikel 3.3 (jfr skäl 6 i ändringsdirektivet) föreskrivs alltså att medlemsstaterna ska säkerställa att en fordringsgäldenär med giltig verkan får avstå från i) sin kvittningsrätt mot kreditfordringens borgenärer och personer till vilka borgenärerna har överlåtit, pantsatt eller på annat sätt överfört kreditfordran som säkerhet och ii) sina rättigheter till följd av banksekretess (ang. banksekretess, se nedan).

För det första ska gäldenären alltså kunna avstå från sin kvittningsrätt. Vad som avses med ”kreditfordringens borgenärer och personer till vilka borgenärerna har överlåtit, pantsatt eller på annat sätt överfört kreditfordran som säkerhet” är inte alldeles lätt att genomskåda. Det kan av allt att döma avse fordringsgäldenärens kvittningsrätt avseende en motfordran mot den som är borgenär vid betalningstillfället liksom *också* fordringsgäldenärens rätt att använda en fordran mot en överlåtare av kreditfordringen mot den som har förvärvat fordringen och kräver betalt. Det första fallet innebär alltså att fordringsgäldenären med rättslig verkan ska kunna avtala om att han eller hon skulle sakna kvittningsrätt mot en eventuell framtida förvärvare som är att anse som en säkerhetshavare enligt säkerhetsdirektivet. Den avtalsfriheten finns redan i svensk rätt och såtillvida krävs inte nu någon särskild införlivandeåtgärd. I det andra fallet berörs 18 och 28 §§ skuldebrevslagen (1936:81) som reglerar just fordringsgäldenärens rätt att använda en fordran mot en överlåtare av kreditfordringen mot den som har förvärvat fordringen och kräver betalt. I och med att dessa bestämmelser i skuldebrevslagen är dispositiva kan de inte anses strida mot direktivet. I 16 § första stycket konsumentkreditlagen (1992:830) finns emellertid en tvingande bestämmelse som ger gäldenären rätt att framställa samma invändningar mot varje förvärvare av fordringen som han eller hon hade kunnat framställa mot överlåtaren. Fordringsgäldenären har med andra ord en tvingande rätt att kvitta mot en förvärvare med en motfordran mot överlåtaren *om* gäldenären hade en sådan rätt mot överlåtaren. I konsumentkreditlagen finns det emellertid inte någon bestämmelse om en tvingande rätt för gäldenären till kvittning mot den ursprunglige borgenären. Det innebär att gäldenären även när han eller hon är en konsument kan avtala bort sin kvittningsrätt. I och med det kan han eller hon också avtala bort sin kvittningsrätt mot varje tänkbar innehavare av fordringen i en kedja av överlåtelser eller pantsättningar. Gällande svensk rätt är således förenlig med bestämmelsen i artikel 3.3 (jfr prop. 1991/92:83 s. 74 f. och s. 123 f.). Det kan anmärkas att bestämmelsen i 16 § *andra* stycket konsumentkreditlagen – som reglerar en något annorlunda situation även om viss överlappning råder i förhållande till första stycket – inte är av intresse i sammanhanget (jfr ang. innebörden av 16 § konsumentkreditlagen, Högsta domstolens dom den 16 december 2009 i mål nr T 2804-07, särskilt justitierådets Håstads tillägg). Detta förklaras av att det andra stycket inte är tillämpligt på vad som i direktivet benämns ”kreditfordringar”. Avslutningsvis ska nämnas att det i Ds 2009:67

föreligger ett förslag till en ny konsumentkreditlag. Förslaget, som bygger på det ovan nämnda s.k. konsumentkreditdirektivet, har remissbehandlats och bereds för närvarande i Regeringskansliet. I nu aktuella hänseende innebär förslaget inga förändringar i sak (se 28 § i förslaget och Ds 2009:67 s. 116 f, och s. 173 f.). Säkerhetsdirektivet i nu ändrat skick innehåller, som nämnts, i artikel 9a en klausul som innebär att detta direktiv inte sätter konsumentkreditdirektivet ur spel. Det spelar dock enligt resonemanget här mindre roll, eftersom konsumentkreditdirektivet inte ger konsumenten något särskilt skydd i nu diskuterade kvittningsfall. Det beror i grund och botten på att konsumentkreditdirektivet och det därpå byggande svenska lagförslaget (liksom gällande svensk rätt) inte ger en konsument någon tvingande rätt till kvittning mot en borgenär. Inom parentes sagt måste detta anses märkligt och som en brist i den konsumentskyddande regleringen. Den ”direkta” kvittningsrätten, alltså rätten att kvitta med en motfordran mot den borgenär som kräver betalt måste anses vara en grundmurad fordringsrättslig princip när de allmänna fordringsrättsliga kvittningsförutsättningarna är uppfyllda (jfr avsnitt 4.2.3). Det saknas dock anledning att vid de överväganden som ska göras i denna promemoria ägna frågan vidare uppmärksamhet.

För fullständighetens skull bör nämnas att generalklausulen i 36 § avtalslagen (1915:218) (jfr 11 § lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden) tillåter att avtal som är oskäligen jämkas. Det kan inte uteslutas att en avtalsklausul som förbjuder en gäldenär att använda en motfordran till kvittning skulle kunna bli föremål för jämkning; i vart fall om hindret avser kvittning med en motfordran mot den borgenär som kräver betalt. Det måste emellertid hållas för visst att ändringsdirektivet inte syftar till att skydda oskäligen avtalsklausuler. I sammanhanget bör det också observeras att det direktiv (artikel 3.3) som lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden bygger på innehåller en ”lista” med klausuler som typiskt sett bör betraktas som oskäligen i konsumentförhållanden (se prop. 1994/95:17 s. 92 f.). I den listan upptas i punkten 1 b konsumentens rätt till kvittning. Den kvittningsrätten är dock begränsad till konnexa fordringsförhållanden, dvs. fall där två fordringar som är sprungna ur ett och samma rättsförhållande står mot varandra.

Banksekretess

I artikel 3.3 ii anges alltså för det första att medlemsstaterna ska säkerställa att gäldenärer (inklusive konsumenter) med bindande verkan får avstå sina rättigheter till följd av regler om banksekretess.

Frågor om banksekretess i det allmänna verksamhets regleras i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). I 31 kap. 3 § föreskrivs att sekretess gäller i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds affärs- eller driftförhållanden, om det kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. I 10 kap. 1 § anges att den enskilde kan samtycka till att en uppgift rörande henne eller honom

lämnas till en annan enskild eller myndighet (jfr också 12 kap. 2 §). Gällande svensk rätt tillåter alltså att den enskilde avstår från sitt sekretesskydd. Svensk rätt uppfyller alltså direktivets krav i detta hänseende utan att det nu är nödvändigt med någon särskild införlivandeåtgärd vad gäller den enskildes förhållande till det allmänna.

Förutom nyss nämnda bestämmelser i offentlighets- och sekretesslagen finns det i 1 kap. 10 § lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse och i 1 kap. 11 § lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden bestämmelser om tystnadsplikt. De nu nämnda lagarna reglerar verksamhet i form av bank- och finansieringsrörelse respektive värdepappersrörelse. Deltagare i avvecklingssystem tillhör dessa kategorier. Gälldenären (konsumenten) kan dock avstå från det skydd som ges av de angivna bestämmelserna om tystnadsplikt (jfr SOU 1999:82 s. 126). Noterbart är vidare att det i de båda nämnda bestämmelserna hänvisas till att det i 5 a § kreditupplysningslagen (1973:1173) finns bestämmelser som innebär att vad som gäller om tystnadsplikt inte hindrar att uppgifter i vissa fall utväxlas för kreditupplysningsändamål. I nämnda 5 a § föreskrivs att tystnadsplikt inte hindrar att det inom kretsen av företag som omfattas av regleringen i lagen om bank- och finansieringsrörelse respektive värdepappersrörelse utväxlas uppgifter om lämnade krediter, kreditförsummelse och kreditmissbruk. I den nu aktuella direktivbestämmelsen (artikel 3.3 ii) anges att medlemsstaterna ska se till att gälldenärer får avstå från sina rättigheter som följer av regler om banksekretess som i annat fall skulle förhindra eller inskränka möjligheten för borgenären till kreditfordran att lämna information om kreditfordran eller om gälldenären i syfte att använda kreditfordran som säkerhet. Vad som sålunda anges i 5 a § kreditupplysningslagen är detsamma som anges i direktivbestämmelsen. Sverige uppfyller alltså i detta hänseende ändringsdirektivet och några särskilda införlivandeåtgärder krävs inte nu.

Sakrättsmoment

Säkerhetsdirektivet har genom ändringsdirektivet fått ett tillägg avseende kreditfordringar i artikel 1.5 och 3.1. I artikel 1.5 har en ny mening i andra stycket och ett nytt tredje stycke tillkommit.

I andra stycket anges sedan tidigare i den första meningen att ”styrkandet av ställd finansiell säkerhet måste göra det möjligt att identifiera den avsedda finansiella säkerheten”. I den andra meningen preciseras betydelsen av detta vad gäller finansiella instrument. Den nya meningen avser alltså kreditfordringar och lyder enligt följande.

”När det gäller kreditfordringar är det tillräckligt att uppta dem i en förteckning över fordringar som lämnas skriftligen, eller på ett rättsligt likvärdigt sätt, till säkerhetstagaren för att identifiera kreditfordringen och styrka tillhandahållandet av fordringen som finansiell säkerhet mellan parterna.”

I det nya tredje stycket sägs följande.

”Utan att det påverkar tillämpningen av andra stycket får medlemsstaterna föreskriva att upptagandet i en förteckning över fordringar som lämnas

skriftligen, eller på ett rättsligt likvärdigt sätt, till säkerhetstagaren också ska vara tillräckligt för att identifiera kreditfordringen och styrka tillhandahållandet av fordringen som finansiell säkerhet mot gäldenären eller tredje man.”

Ett nytt andra stycke har tillkommit i artikel 3.1 med följande lydelse.

”Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 1.5 ska medlemsstaterna, när kreditfordringar ställs som finansiell säkerhet, inte kräva att deras skapande, giltighet, fullbordande, prioritet, verkställighet eller tillåtlighet som bevisning ska vara beroende av någon formell handling såsom registrering eller anmälan till gäldenären till den kreditfordran som har ställts som säkerhet. Medlemsstaterna kan dock kräva en formell handling, såsom registrering eller anmälan, för fullbordande, prioritet, verkställighet eller tillåtlighet som bevisning mot gäldenären eller tredje man.”

För ett ”fullbordat” säkerställande krävs enligt svensk rätt, förutom själva säkerhetsavtalet, endera tradition, dvs. ett fysiskt överlämnade av den fordringsbärande handlingen (löpande skuldebrev) eller denuntiation, dvs. en underrättelse till fordringsgäldenären (enkla skuldebrev). Utöver avtalet krävs med andra ord att ett särskilt sakrättsmoment är uppfyllt. I prop. 2004/05:30 s. 35 diskuteras huruvida säkerhetsdirektivet tillåter att kravet på ett sakrättsligt moment behålls i svensk rätt. Frågan besvaras där jakande. Genom att vissa penningfordringar nu sällas till skaran av säkerhetsobjekt är förutsättningarna för analysen till vissa delar en annan.

I ovan citerade tillkomna direktivbestämmelser anges alltså att överlämnandet av en skriftlig förteckning över fordringarna ska vara tillräckligt för att *styrka tillhandahållandet av fordringen som finansiell säkerhet*. I den nya lydelsen av skäl 20 i säkerhetsdirektivet anges bl.a. att direktivet inte påverkar *skyldigheter eller villkor mellan gäldenären och borgenären till kreditfordringar*. Det kan därför slås fast att svensk rätt inte på något sätt strider mot direktivet vad gäller obligationsrättsliga verkningar. De krav som ställs härvidlag i svensk rätt, dvs. att ett avtal har träffats, är fullt ut förenligt med nu berörda direktivbestämmelser. Direktivet bygger för övrigt just på att avtal träffas om säkerställande och att avtalsfrihet därvid råder. Och i svensk rätt finns det inga särskilda form- eller beviskrav för att ett avtal om en överlåtelse eller pantsättning av en fordran ska anses ha skett. Kan det då i nu berörda direktivbestämmelser läsas in ett krav på att det inte får finnas sådana sakrättsliga moment som det finns i svensk rätt?

Först kan konstateras att de aktuella direktivbestämmelserna i artikel 1.5 och 3.1 är tillämpliga på avtal om finansiellt säkerhetsställande, dvs. på både avtal om finansiell säkerhet och avtal om finansiell äganderättsöverföring. Vid ett avtal om finansiell säkerhet kvarstår äganderätten till säkerheten hos säkerhetsställaren (se artikel 2.1 c). Det ger en antydning om att säkerhetshavarens rätt till säkerheten kan vara begränsad på olika sätt. Innebörden av säkerhetsdirektivet är att det inte får finnas några begränsningar när det gäller säkerhetshavarens möjligheter att på skilda sätt tillgodogöra sig säkerheten (se artikel 4 och 5).

Men enligt ordalydelsen i den nya lydelsen av artikel 1.5 är det inte frågan om annat än att den skriftliga förteckningen ska ”styrka tillhandahållandet av fordringen som finansiell säkerhet mellan parterna”. I detta ska inte läsas in ett hinder mot kraven på sakrättsligt moment i

svensk rätt. I linje med detta är tredje stycket i artikel 1.5 dispositivt – det sägs där att medlemsstaterna *får* föreskriva att åtgärder enligt andra stycket *också* ska vara tillräckliga för att identifiera kreditfordringen och styrka tillhandahållandet av fordringen som finansiell säkerhet mot gäldenären eller tredje man. Det nytillkomna stycket i artikel 3.1 kan sägas uttrycka detsamma, dvs. det är i sin ordning med krav på något utöver själva avtalet för fullbordande vid ställande av en kreditfordran som finansiell säkerhet. Dessa krav får gälla t.ex. ”registrering” eller ”anmälan”, dvs. någon som funktionellt motsvarar t.ex. tradition eller denuntiation. Däremot får sådana krav inte ställas för skapande av säkerställandet. Av visst intresse kan också nytillkomna skäl 23 i säkerhetsdirektivet vara. Där sägs att ”detta direktiv påverkar inte medlemsstaternas rätt att föreskriva regler för att säkerställa effektiva avtal om finansiellt säkerhetsställande gentemot tredje man vad avser kreditfordringar”. Vad som avses med detta är inte helt lätt att genomskåda. Men det är alltså tillåtet att ha regler för att säkerställa effektiva avtal *gentemot tredje man*. Och det är just det som sakrättsmomenten i svensk rätt syftar att tillgodose. Iakttagandet av dessa moment gör säkerställandet effektivt mot tredje man. Angivna skäl ger alltså stöd för att sakrättsmomenten i svensk rätt är förenliga med direktivet. Och även bortsett från detta stöd finns det alltså inget i ordalydelsen av de aktuella direktivbestämmelserna som ger stöd åt motsatsen. Tvärtom ligger det närmast till hands att anse att ifrågakvarande bestämmelser enbart har bevisrättslig betydelse. Såväl obligations- som sakrättsliga krav för ett säkerställande skulle i så fall falla utanför de aktuella bestämmelserna. Den sammanfattande slutsatsen kan inte bli någon annan än att sakrättsmomenten i svensk rätt är förenliga med direktivet.

7 Övergångsbestämmelser m.m.

Promemorians förslag: Lagändringarna ska träda i kraft den 30 juni 2011. Vid konkurs som beslutats före ikraftträdandet gäller äldre bestämmelser.

Skälen för förslaget: De föreslagna lagändringarna bör få verkan fr.o.m. det datum som anges i artikel 3 andra stycket i ändringsdirektivet. De bör därför träda i kraft den 30 juni 2011.

En särskild övergångsbestämmelse bör införas för ändringarna i konkurslagen. Syftet är att skapa klarhet vid konkurs som beslutats före – men inte avslutats vid – ikraftträdandet av ändringarna.

8 Konsekvenser av förslagen

8.1 Problem och lösning

Det grundläggande problemet – som förslagen i denna promemoria rör – är de risker av olika slag som är förbundna med verksamheten på den finansiella marknaden. Det är risker som kan hota systemen för överföring av betalningar och värdepapper. I förlängningen kan det innebära ett hot mot nationell och internationell ekonomisk säkerhet och stabilitet. Med det uttalade syftet att eliminera eller i vart fall minska dessa risker har de två EU-direktiv (finalitydirektivet och säkerhetsdirektivet) som behandlas i denna promemoria kommit till. De bidrar på europeisk nivå verkningsfullt till att kunna hantera främst rättsliga risker på den aktuella marknaden. De båda direktiven, som har varit i kraft cirka tio respektive fem år, har nu varit föremål för uppföljning på europeisk nivå, vilket har utmynnat i det s.k. ändringsdirektivet, dvs. ett direktiv som innebär att regleringen i finality- och säkerhetsdirektiven har förfinats och kompletterats i syfte att ytterligare sörja för en effektiv och säker finansmarknad.

I denna promemoria analyseras i vilken utsträckning och på vilka sätt ändringsdirektivet behöver införlivas i svensk rätt. Ändringsdirektivet innebär en vidareutveckling av en befintlig reglering och måste givetvis införlivas. Uppgiften att införliva ändringsdirektivet kan dock sägas vara mest av juridisk-teknisk natur, dvs. att se till att införlivandeåtgärderna begränsas till vad som är nödvändigt och att lösningarna blir väl förenliga med såväl den existerande europeiska rättsordningen som den svenska.

8.2 Vilka berörs?

I det stora perspektivet berörs alla medborgare såtillvida att säkerhet och effektivitet på den finansiella marknaden bedöms som en ekonomipolitisk hörnsten nationellt såväl som internationellt. De som direkt berörs är emellertid en mycket begränsad krets av aktörer på den finansiella marknaden. Det innebär bl.a. att det inte krävs några särskilda informationsinsatser eller motsvarande eftersom de direkt berörda aktörerna utan vidare håller sig informerade.

8.3 Effekter för företag och företagande

Som redan nämnts utgör det som regleras i de aktuella direktiven en hörnsten i det ekonomiska systemet på makronivå. Regleringen bidrar till effektivitet, stabilitet och säkerhet vad gäller såväl nationell som internationell ekonomi. Det innebär att regleringen är av stor betydelse för ett väl fungerande näringsliv. Det är dock enbart ett mindre antal specialiserade företag inom finansbranschen som direkt berörs av regleringen. För dessa fåtal företag innebär ändringarna initialt rimligen vissa kostnader om än marginella. För det stora antalet företag innebär ändringarna dock inga som helst kostnader av något slag eller krav på

förändringar av verksamheten. Förslagen påverkar inte heller företagets konkurrensförhållanden. Det bör framhållas att ändringsdirektivet innehåller en möjlighet till särreglering för mindre företag, som föreslås inte bli utnyttjad (se avsnitt 6.4.2). Bedömningen där är att behovet av en särreglering är ytterst marginellt med tanke på de speciella förhållanden regleringen avser och risken för att en särreglering skulle kunna minska effektiviteten i det finansiella systemet.

8.4 Övrigt

Förslagen i denna promemoria saknar relevans för sysselsättningen, offentlig service i olika delar av landet, sociala eller miljömässiga konsekvenser, effekter för jämställdheten mellan kvinnor och män och för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

9 Författningskommentar

9.1 Förslaget till lag om ändring i konkurslagen (1987:672)

8 kap. 10 §

I paragrafens andra stycke sägs att det som gäller för säkerheter i form av finansiella instrument och valuta även ska gälla för vissa penningfordringar. Ändringen har behandlats i avsnitt 6.4.2.

I artikel 2.1 o i säkerhetsdirektivet i ändrat skick definieras kreditfordringar som ”penningfordringar som uppstår till följd av ett avtal där ett kreditinstitut, enligt definitionen i artikel 4.1 i direktiv 2006/48/EG inklusive instituten i förteckningen i artikel 2 i det direktivet, beviljar kredit i form av ett lån”. I lagtexten avgränsas därför tillämpningsområdet till sådana penningfordringar som uppkommit på grund av att ett kreditinstitut, eller ett motsvarande utländskt institut, har beviljat någon ett lån. Avsikten är att denna definition ska motsvara ändringsdirektivets definition. Kretsen av långivare ska således omfatta banker och kreditmarknadsföretag samt deras utländska motsvarigheter. Även sådana institut som finns upptagna bland undantagen i artikel 2 i kreditinstitutsdirektivet ska ingå.

Övergångsbestämmelser

Vid konkurs som beslutats före ikraftträdandet gäller äldre bestämmelser. Frågan har behandlats i avsnitt 7.

9.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument

1 kap. 1 §

I paragrafen definieras ”samverkande system” genom en hänvisning till 2 § lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden. Ändringen har behandlats i avsnitt 6.3.

5 kap. 1 §

I första stycket har den nytillkomna regleringen i finalitydirektivet av ”samverkande system” medfört ett par tillägg. Ändringarna har behandlats i avsnitt 6.3.

9.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion

2 kap. 20 §

I paragrafens sjätte stycke har sådana penningfordringar som avses i 8 kap. 10 § konkurslagen lagts till jämte finansiella instrument och valuta. Ändringen har behandlats i avsnitt 6.4.2.

Se vidare kommentaren till 8 kap. 10 § konkurslagen.

9.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden

2 §

I paragrafen definieras ”samverkande system”. Definitionen motsvarar den som införs genom ändringsdirektivet. Ändringen har behandlats i avsnitt 6.3.

9 §

I artikel 10 i finalitydirektivet har tillkommit ett krav på att medlemsstaterna till kommissionen ska anmäla vem som är administratör (systemoperatör) av ett godkänt avvecklingssystem. Det kräver att det i 9 § AL anges att även administratören ska anmälas till kommissionen. Ändringen har behandlats i avsnitt 6.3.

13 §

I bestämmelsen har ett tillägg gjorts i såväl första som andra stycket i anledning av den nytillkomna regleringen i finalitydirektivet av ”samverkande system”. Ändringen har behandlats i avsnitt 6.3.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/44/EG av den 6 maj 2009 om ändring av direktiv 98/26/EG om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper och direktiv 2002/47/EG om ställande av finansiell säkerhet, vad gäller sammanlänkade system och kreditfordringar

Europarlamentets och rådets direktiv 98/26/EG av den
19 maj 1998 om slutgiltig avveckling i system för
överföring av betalningar och värdepapper

Europarlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av
den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet

Parallelluppställning – förteckning över bestämmelser som genomför direktivet i svensk rätt

Ändringsdirektivets bestämmelser genomförs i svensk rätt på följande sätt.

Förkortningar

AL	lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden
KonkL	konkurslagen (1987:672)
LFR	lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion
LHF	lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument

Dir. 2009/44/EG	Ändringar i	Svenska bestämmelser
Artikel 1	Direktiv 98/26/EG	
Artikel 1.4 a	Artikel 1 a	1 § AL
Artikel 1.4 b	Artikel 1 c andra strecksatsen	-
Artikel 1.5 a i)	Artikel 2 a första strecksatsen	9 § AL
Artikel 1.5 a ii)	Artikel 2 a första strecksatsen	13 § AL och 5 kap. 1 § LHF
Artikel 1.5 b	Artikel 2 b första strecksatsen	-
Artikel 1.5 b	Artikel 2 b andra strecksatsen	-
Artikel 1.5 c i)	Artikel 2 f första stycket	9 § AL
Artikel 1.5 c ii)	Artikel 2 f tredje stycket	-
Artikel 1.5 d	Artikel 2 g	-
Artikel 1.5 e	Artikel 2 h	-
Artikel 1.5 f	Artikel 2 i första strecksatsen	-

Artikel 1.5 g	Artikel 2 l	-
Artikel 1.5 h	Artikel 2 m	-
Artikel 1.5 i	Artikel 2 n	-
Artikel 1.5 i	Artikel 2 o	13 § AL och 5 kap. 1 § LHF
Artikel 1.5 i	Artikel 2 p	9 § AL
Artikel 1.6 a	Artikel 3.1	9 och 13 §§ AL samt 5 kap. 1 § LHF
Artikel 1.6 b	Artikel 3.4	13 § AL och 5 kap. 1 § LHF
Artikel 1.7	Artikel 4	9 och 13 §§ AL samt 5 kap. 1 § LHF
Artikel 1.8	Artikel 5	13 § AL och 5 kap. 1 § LHF
Artikel 1.9	Artikel 7	9 och 13 §§ AL samt 5 kap. 1 § LHF
Artikel 1.10	Artikel 9.1	9 och 13 §§ AL samt 5 kap. 1 § LHF
Artikel 1.10	Artikel 9.2	9 § AL
Artikel 1.11	Artikel 10	9 § AL
Artikel 2	Direktiv 2002/47/EG	
Artikel 2.4 a	Artikel 1.2 b	-
Artikel 2.4 b	Artikel 1.2 c i-iv	-
Artikel 2.4 c	Artikel 1.4 a	8 kap. 10 § KonkL och 2 kap. 20 § LFR
Artikel 2.4.d	Artikel 1.4 c	-
Artikel 2.4 e i)	Artikel 1.5 andra stycket	-
Artikel 2.4 e ii)	Artikel 1.5 tredje stycket	-

Artikel 2.5 a i)	Artikel 2.1 b och c	-
Artikel 2.5 a ii)	Artikel 2.1 o	8 kap. 10 § KonkL och 2 kap. 20 § LFR 8 kap. 5 § andra stycket SekrL
Artikel 2.5 b	Artikel 2.2	8 kap. 10 § KonkL och 2 kap. 20 § LFR
Artikel 2.6 a	Artikel 3.1	8 kap. 10 § KonkL och 2 kap. 20 § LFR
Artikel 2.6 b	Artikel 3.3	-
Artikel 2.7 a	Artikel 4.1 c	8 kap. 10 § KonkL och 2 kap. 20 § LFR
Artikel 2.7 b	Artikel 4.2 b	8 kap. 10 § KonkL och 2 kap. 20 § LFR
Artikel 2.7 c	Artikel 4.3	-
Artikel 2.8	Artikel 5.6	-
Artikel 2.9	Artikel 9a	-
Artikel 3	-	Ikraftträdandebestämmelser till respektive lagändring
Artikel 4	-	-
Artikel 5	-	-