

Ds 2013:71

Säkerheter och avräkningar

– ett alternativt genomförande av två direktiv



REGERINGSKANSLIET

Finansdepartementet

SOU och Ds kan köpas från Fritzes kundtjänst. För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Fritzes Offentliga Publikationer på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Beställningsadress:
Fritzes kundtjänst
106 47 Stockholm
Orderfax: 08-598 191 91
Ordertel: 08-598 191 90
E-post: order.fritzes@nj.se
Internet: www.fritzes.se

Svara på remiss – hur och varför. Statsrådsberedningen (SB PM 2003:2, reviderad 2009-05-02)

– En liten broschyr som underlättar arbetet för den som ska svara på remiss.
Broschyren är gratis och kan laddas ner eller beställas på
<http://www.regeringen.se/>

Tryckt av Elanders Sverige AB
Stockholm 2013

ISBN 978-91-38-24043-4
ISSN 0284-6012

Innehåll

1	Promemorians huvudsakliga innehåll	5
2	Lagförslag	7
2.1	Förslag till lag om ändring i konkurslagen (1987:672)	7
3	Uppdraget	11
4	Bakgrund	13
4.1	Inledning	13
4.2	Finalitydirektivet	13
4.3	Säkerhetsdirektivet	16
4.4	Det svenska införlivandet av direktiven	16
5	Konkurslagens reglering i aktuellt hänseende	19
6	Närmare om införlivandet av artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet	27
7	Närmare om införlivandet av artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet	31

8	Införlivandet av ändringsdirektivet.....	39	
9	Ett förslag till ett alternativt genomförande	51	
10	Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser	63	
11	Förslagets konsekvenser	65	
11.1	Allmänt om problemet och lösningen	65	
11.2	Konsekvenser för enskilda och myndigheter	66	
11.3	Övrigt.....	67	
12	Författningskommentar	69	
12.1	Förslaget till lag om ändring i konkurslagen (1987:672).....	69	
EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV			
98/26/EG av den 19 maj 1998 om slutgiltig			
avveckling i system för ”överföring av betalningar			
och värdepapper.....			71
EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV			
2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av			
finansiell säkerhet			77
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			85

1 Promemorians huvudsakliga innehåll

I promemorian föreslås att den s.k. återgångsregeln i 3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen (1987:672), som gör det möjligt för ett konkursbo att kräva återgång av en bindande rättshandling som företagits efter att ett beslut om konkurs har fattats och senast dagen efter konkursbeslutet kungjorts i Post- och Inrikes Tidningar, upphävs.

I och med det åstadkoms ett tydligt och effektivt införlivande av Europaparlamentets och rådets direktiv 1998/26/EG (finalitydirektivet), 2002/47/EG (säkerhetsdirektivet) och 2009/44/EG (ändringsdirektivet) såvitt gäller direktivbestämmelserna rörande slutgiltig bundenhet för vissa överföringsuppdrag. Förslaget bedöms inte medföra några oönskade bieffekter.

Bedömningen i denna promemoria är att tidigare svenska införlivandeåtgärder och bedömningar innebär att svensk rätt till fullo uppfyller de krav de aktuella direktiven ställer. Genom förslaget undanröjs emellertid den tveksamhet som kan ha funnits om huruvida den svenska regleringen effektivt säkerställer att ifrågavarande transaktioner på de finansiella marknaderna har rättslig verkan och är definitivt bindande för tredje man.

2 Lagförslag

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

Härigenom föreskrivs¹ att 3 kap. 2 § konkurslagen (1987:672) ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 kap. 2 §

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

En rättshandling mellan gäldenären och någon annan som företas senast dagen efter den då kungörelsen om konkursbeslutet var införd i Post- och Inrikes Tidningar *ska* utan hinder av vad som

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), 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) och 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 (EUT L 146, 10.6.2009, s. 37, Celex 32009L0044).

sågs 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.

Infriar någon en förpliktelse mot gäldenären efter den tidpunkt som anges i första stycket, *skall* det tillgodoräknas honom, om det av omständigheterna framgår att han var i god tro. En uppsägning eller annan liknande rättshandling som företas mot eller av gäldenären efter sagda tidpunkt *skall* gälla, om det av omständigheterna framgår att den andre var i god tro och det är uppenbart oskäligt att rättshandlingen blir ogiltig mot konkursboet.

sågs 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.

Infriar någon en förpliktelse mot gäldenären efter den tidpunkt som anges i första stycket, *ska* det tillgodoräknas honom, om det av omständigheterna framgår att han var i god tro. En uppsägning eller annan liknande rättshandling 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.

Det finns särskilda bestämmelser om verkan av gäldenärens överlåtelse eller pantsättning av löpande skuldebrev, aktiebrev eller vissa andra jämförbara värdehandlingar.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2014.
 2. Vid konkurs som beslutats före ikraftträdandet gäller äldre bestämmelser.

3 Uppdraget

Finansdepartementet gav den 1 december 2011 lagmannen Mikael Mellqvist i uppdrag att utreda och upprätta en promemoria med förslag till ett alternativt genomförande av artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet² och av artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet³. Vad gäller frågeställningar hänvisas till avsnitt 6 i prop. 2010/11:95 s. 43 f.

I denna promemoria redovisas uppdraget. För att ge den nödvändiga bakgrunden till uppdraget redogörs inledningsvis för finality- och säkerhetsdirektiven samt den nuvarande regleringen i konkurslagen i aktuellt hänseende. Därefter följer en redogörelse för hur finality-, säkerhets- och ändringsdirektiven har införlivats med svensk rätt och de bedömningar som gjordes i samband med införlivandena.

Ändringsdirektivet⁴ samt finality- och säkerhetsdirektiven i konsoliderade versioner (dvs. med ändringarna inarbetade i texten) finns i *bilagorna 1–3*.

² 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).

³ 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).

⁴ 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 (EUT L 146, 10.6.2009, s. 37, Celex 32009L0044).

4 Bakgrund

4.1 Inledning

Finalitydirektivet och säkerhetsdirektivet antogs av Europaparlamentet och rådet i maj 1998 respektive i juni 2002.

Det finns vissa tydliga kopplingar mellan direktiven. 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. I ett flertal detaljer finns det dock skillnader mellan de båda direktiven.

4.2 Finalitydirektivet

Finalitydirektivet kan sägas huvudsakligen vara inriktat på att förhindra eller minimera de risker som är förenade med inträffad insolvens hos någon deltagare i ett avvecklingssystem.

Finalitydirektivet är inriktat på *överföringsuppdrag* avseende betalningar och finansiella instrument och s.k. *nettningar* inom

finansiella *avvecklingssystem*. Transaktioner avseende finansiella instrument, 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. finansiella instrument och i det andra överförs en betalning avseende de levererade finansiella instrument. 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. 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 av lägre värde. 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).

Av intresse för det finansiella systemets funktion och stabilitet har det ansetts vara att ovan beskrivna överföringar och nettningar verkligen blir bestående. En nettning ska i sig alltså 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 alltså kortfattat att förhindra eller i vart fall minimera risken för att det i någon rättsordning som kan vara berörd 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 t.ex. 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 nettning. Det kan dessutom förhålla sig så att konkursboet kan föranstalta om återgång av vissa transaktioner som konkursgäldenären har genomfört viss tid

före konkursbeslutet. Det kan ske med stöd av reglerna om återvinning i 4 kap. konkurslagen (1987:672). 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.

4.3 Säkerhetsdirektivet

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.

4.4 Det svenska införlivandet av direktiven

Finalitydirektivet har införlivats med svensk rätt genom lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på

finansmarknaden (avvecklingslagen) samt vissa ändringar i konkurslagen och lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument (se prop. 1999/2000:18). Säkerhetsdirektivet har införlivats med svensk rätt genom vissa ändringar i konkurslagen, lagen om handel med finansiella instrument och lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion (se Ds 2003:38 och prop. 2004/05:30).

Europaparlamentet och rådet antog den 6 maj 2009 ett direktiv om ändring av finalitydirektivet och säkerhetsdirektivet (ändringsdirektivet). Ändringsdirektivet införlivades i svensk rätt genom vissa ändringar i konkurslagen, lagen om handel med finansiella instrument, lagen om företagsrekonstruktion samt avvecklingslagen (se Ds 2010:12 och prop. 2010/11:95).

De nu nämnda direktiven har alltså införlivats genom tillägg eller justeringar, eller bådadera, i de lagar som ovan nämnts. I flera fall har i de olika lagstiftningsärendena bedömningar gjorts som har föranlett slutsatserna att svensk rätt i flera avseenden redan uppfyllde vad som föreskrivs i de olika direktiven och att några lagändringar därför inte varit nödvändiga. Dit hör bestämmelserna i artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet och artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet.

Den närmare innebörden och tolkningen av dessa två artiklar har emellertid varit föremål för omfattande diskussion inte bara i samband med införlivandet av respektive direktiv. Diskussionen tog fart på nytt i samband med att ändringsdirektivet införlivades, trots att det direktivet inte i sig direkt berörde någon av de bestämmelserna. I promemorian Ds 2010:12 berördes frågan utan att något förslag lämnades. I ett kompletterande remissförfarande, presenterades ett förslag om införande av en ny bestämmelse i 5 kap. 2 § lagen om handel med finansiella instrument och ett tillägg i 3 kap. 2 § konkurslagen (se prop. 2010/11:95 s. 100 f.). Förslaget presenterades som ett "alternativt införlivande" av de båda aktuella artiklarna. Ds 2010:12 ledde senare fram till prop. 2010/11:95 men lagförslaget i propositionen kom inte att omfatta en ny bestämmelse i 5 kap.

2 § lagen om handel med finansiella instrument och ett tillägg i 3 kap. 2 § konkurslagen, dvs. det alternativa införlivandet.

5 Konkurslagens reglering i aktuellt hänseende

Det kan finnas anledning att först kort redogöra för konkurslagens reglering vad gäller verkningarna av konkursbeslutet och konkursgäldenärens rådighetsförlust. Den reglering som avses är 3 kap. 1 och 2 §§ konkurslagen.

Bestämmelsen i 3 kap. 1 § konkurslagen lyder.

”Sedan ett beslut om konkurs har meddelats, får gäldenären inte råda över egendom som hör till konkursboet. Han får inte heller åta sig sådana förbindelser som kan göras gällande i konkursen.”

Bestämmelsen i 3 kap. 2 § konkurslagen 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.

Infriar någon en förpliktelse mot gäldenären efter den tidpunkt som anges i första stycket, skall det tillgodoräknas honom, om det av omständigheterna framgår att han var i god tro. En uppsägning eller annan liknande rättshandling som företas mot eller av gäldenären efter sagda tidpunkt skall gälla, om det av omständigheterna framgår att den andre var i god tro och det är uppenbar oskäligt att rättshandlingen blir ogiltig mot konkursboet.

Det finns särskilda bestämmelser om verkan av gäldenärens överlåtelse eller pantsättning av löpande skuldebrev, aktiebrev eller vissa andra jämförbara värdehandlingar.”

Konkurslagens reglering innebär att en gäldenär som försätts i konkurs i och med konkursbeslutet omedelbart förlorar sin rådighet över egendom som tillhör konkursboet (3 kap. 1 §). Ett annat sätt att uttrycka detta är att konkursgäldenären förlorar sin rättsliga förmåga att förfoga över egendom som hör till konkursboet. Han eller hon är inte längre är legitimerad att ”företräda sig själv”. Skulle konkursgäldenären ändå rättshandla är rättshandlingen ogiltig. Rådighetsförlusten inträder omedelbart när konkursbeslutet meddelas; det klockslag beslutet meddelas är avgörande (prop. 1975:6 s. 187). I flera länder anges detta klockslag i beslutet om att inleda ett insolvensförfarande. I Sverige görs det inte regelmässigt. Det kan alltså tänkas att det kan behöva föras annan bevisning om exakt när ett konkursbeslut har meddelats. Även om det inte ligger inom ramen för detta uppdrag kan det ändå framföras att det inte är en tillfredsställande ordning.

Gäldenärens rådighetsförlust och verkningarna i övrigt av ett konkursbeslut som har meddelats av en tingsrätt består även om beslutet skulle överklagas (16 kap. 4 § första stycket konkurslagen).

I 3 kap. 2 § första stycket första meningen konkurslagen görs dock undantag från denna huvudregel. Undantaget avser rättshandlingar mellan gäldenären och någon annan som företas senast dagen efter den då kungörelsen om konkursbeslutet var

införd i Post- och Inrikes Tidningar (PoIT). Det är alltså frågan om rättshandlingar som vidtas inom en tidrymd om några dagar. Från det att konkursbeslutet meddelades fram till och med dagen efter det att beslutet har annonserats i PoIT. Anta att en tingsrätt meddelar ett konkursbeslut kl. 14.00 den 14 mars och att annonsen om detta införs den 16 mars. Alla rättshandlingar som gäldenären företar från kl. 14.00 den 14 mars till 24.00 den 17 mars faller in under undantaget. Om gäldenären under denna tidrymd vidtar en rättshandling (vilket han eller hon alltså rätteligen inte får göra) är en sådan rättshandling bindande mot tredje man (t.ex. konkursboet och konkursborgenärerna) *om det inte visas* att den andre (dvs. gäldenärens medkontrahent i rättshandlingen) kände till beslutet eller att det förekom omständigheter som gav henne eller honom skälig anledning att anta att gäldenären var försatt i konkurs. Bestämmelsen gäller alla slags rättshandlingar. Om det visas att medkontrahenten var i ond tro är rättshandlingen inte bindande mot tredje man. Den som ska visa detta är den som gör gällande att rättshandlingen inte ska vara bindande. Normalt torde det vara konkursboet. Kan ond tro inte visas är rättshandlingen alltså bindande mot konkursboet (och andra). För fullständighetens skull ska läggas till att en rättshandling som med stöd av 3 kap. 2 § första stycket första meningen konkurslagen blir bindande mot konkursboet mycket väl kan komma att bli föremål för återvinning med stöd av 4 kap. konkurslagen. Medkontrahenten som har ett godtrosskydd har alltså inte något återvinningskydd.

I 3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen finns en bestämmelse som innebär att en rättshandling som innefattar överlåtelse av eller annat förfogande över egendom och som enligt första meningen är bindande ändå med framgång kan angripas av konkursboet. En sådan rättshandling ska nämligen på konkursförvaltarens begäran – som ska framställas utan oskäligt uppehåll – återgå mot att boet ersätter medkontrahenten vad han eller hon har utgett jämte nödvändig eller nyttig kostnad. Det är alltså frågan om en *återgångsregel* eller en regel om lösningsrätt som är begränsad till vissa slag av rättshandlingar, dvs. sådana

som innebär att gäldenären förfogar över henne eller honom tillhörig egendom. Denna lösningsrätt tillkommer konkursförvaltaren även om medkontrahenten var i god tro när rättshandlingen i fråga företogs. Att konkursförvaltaren måste reagera utan oskäligt uppehåll innebär att han eller hon från det att han eller hon fick kännedom om rättshandlingen måste agera, inte genast, men inom relativt kort tid. Lösningsrätten innebär att de utväxlade prestationerna ömsesidigt ska återbäras. Dessutom ska konkursboet ersätta medkontrahenten för ”nödvändig eller nyttig kostnad” (medkontrahentens s.k. negativa kontraktsintresse skyddas alltså). Men har gäldenären t.ex. betalat en skuld (vilket är en rättshandling som innebär att gäldenären förfogar över egendom) finns det inget för gäldenären att återbära. Återbäringen blir då ensidig från medkontrahenten till gäldenärens konkursbo (se Lagrådet med hänvisningar i prop. 2004/05:30 s. 137).

I 3 kap. 2 § andra stycket första meningen finns en bestämmelse som innebär att den som t.ex. betalar en skuld till konkursgäldenären kan göra det med befriande verkan, även om betalning sker efter det att konkursbeslutet har meddelats. Rent teoretiskt kan en sådan betalning ske hur långt efter konkursbeslutet som helst; någon slutlig tidsgräns finns inte. Generellt gäller dock att betalaren måste vara i god tro – och i förekommande fall också visa det – beträffande konkursen. I praktiken torde det bli svårare att med framgång hävda god tro ju längre tid som förflutit sedan konkursbeslutet meddelades.

I 3 kap. 2 § andra stycket andra meningen finns ett godtrosskydd avseende uppsägningar och motsvarande rättshandlingar. Här tillkommer det kravet att det också ska vara uppenbart oskäligt att uppsägningen blir ogiltig mot konkursboet. En hyrestagare som riktar en uppsägning mot konkursgäldenären ska alltså kunna tillgodoräkna sig denna uppsägning om hyrestagaren var i god tro om konkursen och det skulle vara uppenbart oskäligt att han eller hon inte fick göra det.

I 3 kap. 2 § tredje stycket finns slutligen en bestämmelse som hänvisar till särskilda bestämmelser avseende löpande skuldebrev,

aktiebrev och vissa andra jämförbara värdehandlingar. Till den senare kategorin hänförs t.ex. finansiella instrument som särregleras bl.a. i lagen (1998:1479) om kontoföring av finansiella instrument (kontoföringslagen). För löpande skuldebrev och aktiebrev finns särregler i skuldebrevslagen (1936:81) respektive aktiebolagslagen (2005:551).

Det kan vara av visst intresse att notera att den beskrivna regleringen i konkurslagen infördes först genom en ändring i 21 § dåvarande konkurslagen⁵, som trädde i kraft den 1 juli 1975.⁶ Då kom således bestämmelsen i (nuvarande) 3 kap. 2 § konkurslagen till. Dessförinnan var gäldenärens rådighetsförlust absolut i så måtto att alla hans eller hennes rättshandlingar vidtagna efter konkursbeslutet alltid saknade rättsverkan. Godtrosskydd för en medkontrahent saknades alltså helt och någon särskild återgångsregel fanns inte (och en sådan var ju med hänsyn till huvudregeln inte heller behövlig). I 1911 års förslag till 1921 års konkurslag (s. 195 f.) kommenterades avsaknaden av ett godtrosskydd för konkursgäldenärens medkontrahent i tiden efter konkursbeslutets meddelande med att ”Denna princip torde stå i överensstämmelse med de grundsatser, som svensk rätt i allmänhet omfattar beträffande spörsmål af samma innebörd som det förevarande, och det saknas giltiga skäl att här föreslå undantag”. Det ansågs då uppenbarligen vara tämligen självklart att inte ge medkontrahenten något godtrosskydd. Innebörden av detta var att alla gäldenärens rättshandlingar vidtagna efter konkursbeslutets meddelande var ogiltiga och därmed skulle återgå. Denna återgång var dock inte lika förmånlig för den godtroende medkontrahenten som den återgångsregel som nu gäller enligt 3 kap. 2 § konkurslagen. Medkontrahenten hade t.ex. inte rätt till ersättning täckande negativa kontraktsintresset.

Det var för övrigt först genom 1921 års konkurslag som det uttryckligen föreskrevs (i 22 §) att gäldenären i samband med

⁵ Konkurslagen (1921:225).

⁶ SFS 1975:244 och prop. 1975:6.

konkursbeslutet förlorade rådigheten över sin egendom (som omfattas av konkursen). 1862 års konkurslag innehöll inte någon motsvarande bestämmelse.

Bestämmelserna i nuvarande 3 kap. 2 § konkurslagen grundas på Lagberedningens förslag i Utsökningsrätt X (SOU 1970:75) om införandet av ett godtrosskydd i dåvarande 21 § i 1921 års konkurslag. Förslaget motiverades bl.a. med önskemålet om rättslikhet med andra länder. Förslaget innebar ett godtrosskydd från konkursbeslutet till utgången av den dag annonsen om beslutet införts i PoIT (se SOU 1970:75 s. 65 f. och 103 f.). Under den fortsatta beredningen av förslaget utökades detta skydd tidsmässigt med ytterligare en dag, dvs. även dagen efter det att annonsen införts omfattades (prop. 1975:6 s. 83 f., 124 f., 187 f. och 406). I samband med tillkomsten av den nuvarande konkurslagen infördes den regeln i den nya lagen utan särskilda kommentarer (se SOU 1983:24 s. 269 och prop. 1986/87:90 s. 208). Det är alltså den reglering som alltjämt gäller i konkurslagen.

Det kan jämförelsevis nämnas att i t.ex. dansk rätt (30 § konkursloven) finns ett godtrosskydd som gäller enbart t.o.m. utgången av kungörelsedagen, dvs. en kortare tid än vad som gäller enligt svensk rätt. Dessutom saknas här helt någon motsvarighet till återgångsregeln i 3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen. I dansk rätt finns dock en motsvarighet till 3 kap. 2 § tredje stycket – dvs. hänvisningen till att särskilda regler gäller för skuldebrev m.m. (se vidare Lindencrone Petersen och Örgaard, Konkursloven med kommentarer, 10 uppl., s. 267 f.).

Finländsk rätt stämmer däremot överens med svensk rätt i nu aktuellt avseende. I 2004 års finländska konkurslag (20.2.2004/120) finns i 3 kap. 2 § bestämmelser om godtrosskydd som nära påminner om den svenska regleringen. Godtrosskyddet i den finländska bestämmelsen gäller dock enbart i tiden fram till konkursbeslutets kungörande, inte som i Sverige även viss tid därefter. Det motiveras i de finländska förarbetena med att ett längre gående godtrosskydd (som t.ex.

det svenska) skulle kunna ”äventyra konkursens syfte i alltför hög grad”. Även i Finland finns i anslutning till godtrosregeln en återgångsregel (se vidare RP 26/2003 rd s. 49 f.). I detta sammanhang är det också viktigt att notera att Finland med hänsyn till de direktivbestämmelser som behandlas här har en särreglering i lagen (26.11.1999/1084) om vissa villkor vid värdepappers- och valutahandel samt avvecklingssystem. I den lagen föreskrivs i 3, 10 och 11 §§ bl.a. att avräkningar och säkerställanden är skyddade mot krav från ett konkursbo.

I den norska konkursloven (LOV-1984-06-08-58) finns i 100 § en bestämmelse om godtrosskydd som liknar den svenska regleringen i 3 kap. 2 §. Däremot finns det i Norge inte någon motsvarighet till den svenska återgångsregeln.

Sammanfattningsvis kan man alltså konstatera följande.

- Historiskt sett är ett godtrosskydd en tämligen ny företeelse.
- Möjligheten till återgång av rättshandlingar vidtagna efter ett konkursbeslut har funnits under lång tid i svensk konkurslagstiftning. Regleringen har dock varit utformad på lite olika sätt.
- Det är vid en jämförelse med närliggande länder inte givet med en rätt till återgång för konkursboet i godtrosfallen.
- Det är fullt möjligt att förena ett godtrosskydd med att inte ha en återgångsregel (jfr Danmark och Norge).

6 Närmare om införlivandet av artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet

Artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet har följande lydelse.

”Överföringsuppdrag som införs i ett system efter den tidpunkt då insolvensförfaranden inleds och som utförs under den bankdag, enligt definition i reglerna för systemet, under vilken dessa förfaranden inleds ska endast gälla enligt rättsordningen och vara bindande i förhållande till tredje man, om systemoperatören kan bevisa att den vid den tidpunkt då överföringsordern blev oåterkallelig varken hade eller borde ha haft kännedom om att sådana förfaranden hade inletts.”

Övervägandena rörande införlivandet av bl.a. artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet finns i en av Finansdepartementet upprättad promemoria⁷ och prop. 1999/2000:18 s. 59–78. I nämnda proposition uttalas (s. 61 f.) 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

⁷ Promemorian med utdrag ur utkast till lagrådsremiss finns tillgänglig i Finansdepartementet (dnr Fi2010/799).

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 minimireglering medföra att de mest skyddsvärda systemen riskerar att få ett sämre skydd än vad som gäller för transaktioner i allmänhet. Om bestämmelsen inte anses utgöra en minimireglering 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.”

På s. 63 uttalas vidare.

”Enligt regeringens mening har de skäl som talar för att artikel 3.1 andra stycket skall anses utgöra en minimireglering 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.”

Artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet ansågs alltså med hänvisning till vad ovan redogjorts för förenligt med svensk rätt och någon särskild införlivandeåtgärd ansågs då inte nödvändig. Innebörden av det är i korthet att den generellt gällande bestämmelsen i 3 kap. 2 § första stycket konkurslagen oberoende av finalitydirektivet är tillämplig även i nu aktuella sammanhang. Här bortses från den – i och för sig sannolika – möjligheten att man i en europeisk kontext tillämpar direktivbestämmelserna direkt. Direktivbestämmelserna ges annorlunda s.k. direkt effekt. En sådan tillämpning är dock endast av principiellt intresse och saknar i praktiken betydelse om det inte är frågan om att en svensk domstol i ett enskilt fall ger direktivbestämmelserna en sådan effekt. Att EU-domstolen skulle tillämpa direktiven direkt – vilket må vara högst sannolikt – är dock i praktiken av mycket begränsad betydelse, om ens någon. För att direktivbestämmelserna ska få ett direkt genomslag i svensk rätt krävs således att en *svensk domstol* anser att de kan tillämpas fullt ut utan hinder av bestämmelserna i 3 kap. 2 § konkurslagen.

Den bestämmelsen gäller alltså i de fall ett överföringsuppdrag har införts i systemet *efter* det att beslutet om att inleda ett insolvensförfarande beträffande deltagaren har meddelats. Den bestämmelsen har alltså ansetts tillgodose kraven i artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet.

För fullständighetens skull ska också anges vad som föreskrivs i 6 kap. 4 § kontoföringslagen (jfr 1 kap. 6 § konkurslagen), nämligen följande.

”Har ett finansiellt instrument i annat fall än som avses i 3 § överlåtit 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 senast beskrivna regleringen i kontoföringslagen är att bestämmelsen gäller för överföringsuppdrag avseende sådana finansiella instrument som är kontoförda enligt den lagen. Det är naturligtvis viktigt att notera i detta sammanhang. I övrigt gäller konkurslagens bestämmelse. Huruvida ett överföringsuppdrag omfattas av avvecklingslagen 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 § kontoföringslagen eller 3 kap. 2 § första stycket första meningen konkurslagen tillämpas blir konsekvensen i ondrosfallen att överföringsuppdraget blir ogiltigt. Så långt innebär regleringarna inte några problem.

Om 6 kap. 4 § kontoföringslagen inte är tillämplig i ett godtrosfall är den godtroende medkontrahenten ändå inte skyddad fullt ut eftersom det enligt 3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen finns en återbäringsskyldighet gentemot konkursboet.

Enligt bestämmelsen i *de båda artiklarna* är det inget som hindrar att ogiltighet inträder i ondrosfallen och något behov av skydd i dessa fall torde inte heller finnas.

7 Närmare om införlivandet av artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet

Artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet har följande lydelse.

”Medlemsstaterna skall säkerställa att ett avtal om finansiellt säkerställande eller en relevant finansiell förpliktelse som har trätt i kraft eller en finansiell säkerhet som har ställts på dagen för, men efter tidpunkten för, inledandet av 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.”

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

I artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet finns alltså 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 är något som säkerhetstagaren ska kunna visa.

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 det är omdiskuterat huruvida artikel 8.2 ger något skydd åt tilläggsäkerheter eller utbyttsäkerheter, dvs. sådana säkerheter som omfattas av artikel 8.3 (se prop. 2004/05:30 s. 83 och Ds 2003:38 s. 126 f.).

Det kan vara av intresse att återge vad som uttalades i propositionen i samband med införlivandet. Efter att det konstaterats att bestämmelsen i 3 kap. 2 § konkurslagen såvitt avser såväl tidsaspekten som bevisbördan var förenlig med säkerhetsdirektivets reglering (artikel 8.2) uttalades i prop. 2004/05:30 s. 84 f. följande.

"Det finns en tredje skillnad mellan den svenska bestämmelsen i 3 kap. 2 § konkurslagen och säkerhetsdirektivets bestämmelser. Enligt 3 kap. 2 § kan konkursboet begära att prestationerna går åter. I sådana fall måste konkursboet ersätta säkerhetstagaren vad denne har utgett jämte nödvändig eller nyttig kostnad (ersättning för det s.k. negativa kontraktsintresset). Möjligheten att låta prestationerna gå åter torde visserligen med hänsyn till återvinningsreglerna i 4 kap. konkurslagen ha begränsad betydelse.⁸ Bestämmelsen innebär dock att en säkerhetstagaren kan tvingas att lämna tillbaka en ställd säkerhet, vilket precis som *Nyköpings tingsrätt* anför, skulle kunna anses strida mot säkerhetsdirektivet.

I 3 kap. 2 § tredje stycket hänvisas emellertid till att det finns särskilda bestämmelser om verkan av gäldenärens överlåtelse eller pantsättning av aktier, löpande skuldebrev eller "vissa andra jämförbara värdehandlingar". Innebörden av denna hänvisning

⁸ Jfr prop. 1975:6 s. 188.

kan diskuteras. Enligt förarbetsuttalanden tillkom hänvisningen på grund av att dessa typer av värdepapper är omsättningsbara.⁹ Godtroende förvärvare ges här ett mer långtgående skydd och tredje mans skyddsintresse borde ges företräde framför konkursborgenärernas intresse. Omsättningsintresset borde, enligt förarbetsuttalandena, tillmätas stor betydelse särskilt när det gällde transaktioner med obligationer och andra handlingar som omsätts inom värdepappershandeln.

Överlåtelse och pantsättning av löpande skuldebrev i en situation när överlåtaren/pantsättaren är försatt i konkurs regleras i 14 § skuldebrevslagen (1936:81). Av denna bestämmelse framgår att en godtroende motpart kan göra gällande överlåtelsen/pantsättningen även om överlåtaren/pantsättaren på grund av konkursbeslutet saknade rätt att förfoga över skuldebrevet. Någon möjlighet för konkursboet att prestationerna skall gå åter finns inte.

För aktiebrev, emissionsbevis eller optionsbevis (aktier i materiell form) finns särskilda bestämmelser i 3 kap. 6 § aktiebolagslagen (1975:1385)¹⁰. Lagrummet hänvisar till 14 § skuldebrevslagen och en godtroende motpart behöver således inte heller i dessa fall oroa sig för att konkursboet begär att prestationerna skall gå åter.

I lagen om kontoföring av finansiella instrument finns särskilda bestämmelser för sådana värdepapper som har dematerialiserats enligt den lagen, dvs. aktier och andra finansiella instrument för vilka inte har utfärdats aktiebrev, skuldebrev eller annan motsvarande skriftlig handling eller där dessa skriftliga handlingar inte är i omlopp. Sådana finansiella instrument är registrerade i ett avstämningsregister. Ägaren till ett finansiellt instrument får instrumentet registrerat på ett avstämningskonto och rättigheterna till instrumenten följer i princip registreringen. Av 6 kap. 4 och 7 §§ framgår att en överlåtelse eller pantsättning av ett finansiellt instrument blir

⁹ Prop. 1975:6 s. 127 f. Nuvarande 3 kap. 2 § konkurslagen motsvarar äldre 21 § konkurslagen (1921:225) enligt dess lydelse enligt SFS 1975:244.

¹⁰ Motsvaras av 6 kap. 8 § aktiebolagslagen (2005:551).

giltig även om överlåtare respektive pantsättaren är försatt i konkurs, om denne stod registrerad som ägare och motparten var i god tro om konkursen. Inte heller i dessa fall behöver således en godtroende motpart oroa sig för att konkursboet begär att prestationerna ska gå åter. Den svenska regleringen avseende dessa finansiella instrument synes således stå i överensstämmelse med säkerhetsdirektivets bestämmelser.

Bestämmelsen i 3 kap. 2 § konkurslagen har däremot betydelse för andra finansiella instrument, t.ex. sådana dematerialiserade finansiella instrument som inte omfattas av lagen om kontoföring av finansiella instrument, t.ex. derivatinstrument som är kontoförda enligt avtal med utgivaren eller fondandelar som är registrerade i ett register fört av fondbolaget. Detsamma gäller om säkerheten består av pengar krediterade ett konto. Kontobehållningen är som nämnts i avsnitt 5.5.2, en enkel fordran på motsvarande belopp mot den som håller kontot. Enkla fordringar kan överlåtas eller pantsättas. Någon särreglering i det fall kontoinnehavaren är försatt i konkurs och därför inte är behörig att förfoga över kontot, finns dock inte i skuldebrevslagen.

Möjligheten för konkursboet att få prestationerna att gå åter torde dock inte medföra några praktiska problem. Säkerhetstagaren måste visserligen lämna tillbaka den ställda säkerheten, men får ju i gengäld tillbaka vad han utgett till säkerhetsställaren. Har en borgenär således t.ex. lånat ut värdepapper till konkursgäldenären och i gengäld fått dennes kontobehållning som säkerhet, skall pengarna på kontot återlämnas till konkursboet mot att borgenären får tillbaka sina värdepapper. Därtill får säkerhetstagaren ersättning för sina kostnader. En panthavare förlorar således ingenting på ett återlämnande. Om panthavaren kräver och får tilläggssäkerhet för en tidigare fordran på konkursgäldenären, blir emellertid resultatet att denna tilläggssäkerhet måste lämnas tillbaka utan att panthavaren får kompensation (annat än för eventuella kostnader). Såsom angetts tidigare görs dock bedömningen att artikel 8.2 i direktivet inte träffar tilläggssäkerheter. Regeringens

bedömning blir därför att den svenska regeln inte får anses stå i strid med säkerhetsdirektivet, även om pantavtalet eller säkerhetsöverlåtelsen inte får full "rättslig verkan" i enlighet med artikel 8.2."

I bedömningen förlitar man sig först och främst på hänvisningen i 3 kap. 2 § tredje stycket konkurslagen när det gäller löpande skuldebrev, aktier m.m. och finansiella instrument som omfattas av regleringen i kontoföringslagen. För andra finansiella instrument görs bedömningen att återgångsregelns krav på ömsesidigt återbärande innebär att den inte strider mot artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet. I den bedömningen innefattas då ställningstagande att bestämmelsen i artikel 8.2 inte träffar s.k. tilläggssäkerheter. Vad gäller den senare bedömningen redovisade Lagrådet en annan uppfattning.

Det kan här finnas anledning att återge vad Lagrådet uttalade (prop. 2004/05:30 s. 136 f.).

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

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

skall gälla likväl gå åter, om konkursboet utan oskäligt uppehåll yrkar det och boet ersätter den andre vad han har utgett jämte nödvändig eller nyttig kostnad.

De nu nämnda bestämmelserna, särskilt återgångsregeln, är emellertid inte tillämpliga när de särskilda bestämmelserna i 14 kap. skuldebrevslagen, 3 kap. 6 § aktiebolagslagen (1975:1385) eller 6 kap. 4 och 7 §§ lagen (1998:1479) om kontoföring av finansiella instrument är tillämpliga. Enligt dessa bestämmelser kan en medkontrahent i god tro åberopa en överlåtelse eller pantsättning, även om överlåtaren av det löpande pappret eller finansiella instrumentet var försatt i konkurs utan att konkursboet har någon rätt att begära återgång. Om enkla fordringar, t.ex. bankfordringar, överläts eller pantsätts av en som försatts i konkurs, gäller dock 3 kap. 2 § konkurslagen utan inskränkning.

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

säkerställandet inte får full rättslig verkan i enlighet med artikel 8.2.”

Lagrådet tror dock att artikel 8.2 får anses omfatta även tilläggsäkerheter. Att det finns en särskild bestämmelse rörande återvinning av tilläggsäkerheter i artikel 8.3 förklaras av att den bestämmelsen inte gäller en säkerhet som ställs samtidigt med utgivandet av krediten.

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

Regeringen följde alltså inte Lagrådets rekommendation i det här fallet.

8 Införlivandet av ändringsdirektivet

Det lagstiftningsärende som berörde införlivandet av ändringsdirektivet finns alltså redovisat i Ds 2010:12 och prop. 2010/11:95. Så som redan nämnts väcktes i det ärendet frågan om artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet och artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet borde bli föremål för ett alternativt införlivande. Vad som avsågs var om svensk rätt på ett tydligare sätt borde återspegla kraven i de båda artiklarna och hur det i så fall skulle kunna ske.

Vissa remissinstanser ansåg således att överföringsuppdrag i anmälda avvecklingssystem uttryckligen bör undantas från tillämpningsområdet för 3 kap. 2 § första stycket konkurslagen i kombination med att det införs en ny bestämmelse i avvecklingslagen eller konkurslagen som genomför artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet så nära dess ordalydelse som möjligt. Bakgrunden till detta var att avvecklingslagen endast definierar ett skydd såvitt avser överföringsuppdrag som införs i ett system före meddelandet av ett kollektivt obeståndsförfarande. Skyddet för överföringsuppdrag som införs i ett system efter denna tidpunkt bestäms av regleringen i konkurslagen respektive kontoföringslagen, där den senare har företräde.

Det påpekades vidare att ett konkursbos rätt att begära återgång av rättshandlingar enligt 3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen skapar en osäkerhet när det gäller giltigheten av ett överföringsuppdrag som införs i ett anmält

avvecklingssystem samma dag som, men efter, meddelande av konkursbeslutet. Det anges att regleringen innebär att återgång kan ske trots att systemoperatören (administratören) är i god tro om att insolvensförfaranden inletts. Regleringen medför, menade man, att återgång exempelvis kan begäras såvitt avser transaktioner med finansiella instrument som inte omfattas av kontoföringslagen. Möjligheten sägs kunna utnyttjas på så sätt att en konkursförvaltare begär återgång av ett förvärv av ett finansiellt instrument som sjunkit i värde under den medgivna tidsfristen. Vidare nämndes att en betalning av en skuld, i fall där det saknas motprestation från borgenärens sida, skulle kunna bringas att återgå utan att konkursboet behöver utge någon ersättning. Det noterades beträffande det senare exemplet att även en betalningsförmedlande bank i sådant fall kan komma att drabbas av förlust (om nu inte slutkunden kan tillgodose ett motsvarande återgångskrav), vilket i sin tur kan skapa påfrestningar i systemet. Enligt ett annat praktiskt exempel försvåras internationell valutaclearing avseende svenska kronor av att det råder en osäkerhet om rättsläget till följd av det svenska genomförandet, som saknar en bestämmelse som ordagrant motsvarar artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet. Denna osäkerhet hanteras enligt uppgift genom rättsutlåtanden som förlitar sig på finalitydirektivets s.k. direkta effekt. Sådana utlåtande kan fördröja och fördyra transaktioner på den finansiella marknaden, vilket bl.a. kan vara en konkurrensnackdel för den svenska finansmarknaden.

Bland de remissinstanser som uttalade sig kan särskilt nämnas *Sveriges advokatsamfund* som vid flera tillfällen har riktat kritik mot de bedömningar rörande svensk rätts förenlighet med artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet (och artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet) som här ovan har redovisats. I sitt remissvar över Ds 2010:12 uttalade Advokatsamfundet bl.a. att

”de problem som uppkommit i och med att artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet inte har införlivats enligt sin ordalydelse inte har tillräckligt beaktats. Det enklaste sättet att

komma till rätta med problemet är, enligt samfundet, att undanta anmälda avvecklingssystem från tillämpningsområdet för 3 kap. 2 § första stycket konkurslagen samt att i en ny bestämmelse i lagen (1999:1309) om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden (avvecklingslagen) eller konkurslagen genomföra artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet så nära dess ordalydelse som möjligt.”

Advokatsamfundets uppfattning är i klartext att ifrågavarande direktivbestämmelse inte har införlivats med svensk rätt.

Finansinspektionen uttalade i sitt remissvar över Ds 2010:12 bl.a. följande.

”Konkurslagens 3 kap. 2 § andra mening medför att återgång kan ske trots att systemoperatören är i god tro om att insolvensförfaranden har inletts. Detta kan medföra att betalningar av en skuld (där motprestation inte finns från borgenärens sida) kan bli föremål för återgång. Vidare kan transaktioner av finansiella instrument som inte omfattas av lag (1998:1479) om kontoföring av finansiella instrument komma att återgå. Det innebär att konkursförvaltaren skulle kunna kräva återgång av ett förvärv av ett finansiellt instrument som har sjunkit i värde under den tidsfrist som medges i 3 kap. 2 § konkurslagen. Finansinspektionen kan inte dra någon annan slutsats än att bestämmelsen kan komma att ge ett sämre skydd än det minimikrav som vi bedömer följer av artikel 3.1. Finansinspektionen delar därför Riksbankens och Sveriges advokatsamfunds uppfattning att överföringsuppdrag i anmälda avvecklingssystem uttryckligen ska undantas från tillämpningsområdet för 3 kap. 2 § första stycket konkurslagen, i kombination med att det införs en ny bestämmelse i avvecklingslagen eller konkurslagen som genomför artikel 3.1 andra stycket finalitydirektivet så nära dess ordalydelse som möjligt.”

Riksbanken uttalade i sitt remissvar bl.a. följande.

”Enligt artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet ska överföringsuppdrag som införs i ett system *efter* den tidpunkt som insolvensförfaranden inleds och som utförs under den bankdag, enligt definition i reglerna för systemet, under vilka dessa förfaranden inleds endast gälla enligt rättsordningen och vara bindande i förhållande till tredje man, om systemoperatören kan bevisa att den vid den tidpunkt då överföringsordern blev oåterkallelig varken hade eller borde ha haft kännedom om att sådana förfaranden inletts.

När finalitydirektivet införlivades ansågs artikel 3.1 andra stycket utgöra en minimireglering. Vidare ansågs svensk rätt stå i överensstämmelse med artikel 3.1 andra stycket. Någon särskild lagstiftningsåtgärd ansågs därför inte behövlig. Enligt den remitterade departementspromemorian (s. 38) saknas det anledning att nu göra en annan bedömning. Det innebär enligt departementspromemorian (s. 39) att bestämmelsen i 6 kap. 4 § kontoföringslagen är tillämplig för överföringsuppdrag avseende sådana finansiella instrument som är kontoförda enligt den lagen och att i övrigt tillämpas 3 kap. 2 § konkurslagen. Av insolvensrätten följer att den svenska konkurslagen inte gäller om en utländsk aktör, t.ex. en bank som driver verksamhet i Sverige via filial, går i konkurs. Till detta kommer att den svenska kontoföringslagen inte är tillämplig på finansiella instrument som kontoförs i utlandet och att det av promemorian inte framgår vad som gäller för samverkande system. Kontoföringslagen är inte heller tillämplig på alla instrument. Konkurslagen ger vidare bara ett visst skydd för överföringsuppdrag som införs i systemet efter konkursbeslutet. Betalningar eller vissa typer av värdepappersöverföringar som en konkursgäldenär företar efter konkursutbrottet kan t.ex. komma att återgå på konkursförvaltarens begäran om motparten var i ond tro. Dessutom gäller att konkursförvaltaren trots motpartens goda tro alltid kan begära återgång av en rättshandling om han gör sin framställning *utan oskäligt uppehåll*

och att rättshandlingar som är giltiga enligt 3 kap. 2 § konkurslagen är återvinningsbara.

Mot bakgrund av vad som anförts i det föregående menar Riksbanken att en bestämmelse motsvarande artikel 3.1 andra stycket finalitydirektivet bör införas i svensk rätt. Riksbanken anser därför att överföringsuppdrag i anmälda avvecklingssystem uttryckligen undantas från tillämpningsområdet för 3 kap. 2 § första stycket konkurslagen i kombination med att det införs en ny bestämmelse i avvecklingslagen eller konkurslagen som genomför artikel 3.1 andra stycket finalitydirektivet så nära dess ordalydelse som möjligt.”

Svenska Fondhandlareföreningen, med instämmande av *Svenska Bankföreningen*, uttalade i sitt remissvar över Ds 2010:12 bl.a. följande.

”Enligt föreningens mening är det av stor vikt för den svenska finansmarknadens konkurrenskraft att reglerna i såväl direktivet 98/26/EG om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper (nedan SFD) som direktivet 2002/47/EG om ställande av finansiell säkerhet (FCD) har införlivats på ett sådant klart och tydligt sätt att något ifrågasättande inte kan ske. Den inre marknaden för finansiella tjänster inom EU har medfört en betydande ökning av konkurrens på den europeiska finansmarknaden. Detta är helt i enlighet med syftet med den inre marknaden men konkurrensen för även med sig att särskilda krav på bl.a. tydlighet och förutsebarhet ställs på det nationella införlivandet av rättsreglerna från EU. I synnerhet är det viktigt för mindre marknader såsom den svenska att dessa krav uppfylls. Ett genomförande av rättsakter från EU avseende finansmarknaden bör därför enligt föreningens mening uppfylla följande krav.

För det första bör rättsakterna (direktiven) införlivas på ett sätt som nära anknyter till syftet med direktivet och även till texten i direktivet. På så sätt kan många tveksamheter och osäkerheter undvikas och bedömningen av om en viss regel har

införlivats i Sverige på ett korrekt sätt förenklas. Ett sådant införlivande underlättar också bedömningen av svensk rätt för både inhemska och utländska aktörer. Enligt föreningens uppfattning är detta en naturlig och nödvändig utveckling med hänsyn till att EU-rätten på finansmarknaderna numera spelar en helt avgörande roll och att det i sista hand är EU-domstolen som med direktivet som grund har att avgöra huruvida svensk rätt överensstämmer med EU-rätten. Genom förordningar och fullharmoniseringsdirektiv har också EU reducerat utrymmet för flexibilitet i lagstiftningen. Sammanfattningsvis innebär utvecklingen inom EU att möjligheterna att anpassa införlivande av direktiv till den nationella rättsordningens särdrag får bedömas som begränsade. Föreningen är medveten om att ett direktivnära införlivande kan innebära vissa problem och visst merarbete med hänsyn till svensk lagstiftningsstil och teknik men anser att fördelarna för den svenska marknaden med ett sådant införlivande klart överväger nackdelarna.

Utöver ett direktivnära införlivande bör införlivandet uppfylla högt ställda krav på klarhet och tydlighet. En gränsöverskridande marknad såsom finansmarknaden ställer stora krav på rättssäkerhet som varje medlemsstat måste uppfylla för att behålla sin konkurrenskraft. Inte minst har den finansiella krisen visat betydelsen av ett klart och tydligt rättssystem som dessutom motsvarar högt ställda krav på förutsebarhet. I perioder av turbulens ökar kraven på rättssäkerhet och varje aktör granskar noggrant de legala förutsättningarna för en transaktion. I förgrunden kommer då givetvis de nationella reglerna om bl.a. säkerheter, kvittningen (nettning), insolvens och tillämplig lag.

Föreningen är dessutom av uppfattningen att reglering bör ske direkt i lag för att öka transparens av det svenska rättssystemet och för att undvika onödig osäkerhet om innehållet i svensk rätt och dess förenlighet med rättsakterna från EU. Att argumentera för att svensk rätt överensstämmer med en europeisk rättsregel genom att hänvisa till doktrin och rättsfall må väl vara korrekt men är inte problemfritt.

Införlivandet blir definitivt mindre transparent och det är svårare för till exempel utländska aktörer att bedöma rättsläget. Vidare kan ändringar ske över tiden i doktrin eller praxis som skapar helt eller delvis nya förutsättningar och rättslägen. För att i sådana fall försäkra sig om att den rättsliga grunden för ett visst förfarande i Sverige är stabil behöver ofta utländska och inhemska aktörer införskaffa rättsutlåtande. Merarbetet och kostnaderna för dessa rättsutlåtanden utgör en väsentlig nackdel för den svenska marknaden. Reglerna bör således införlivas på ett klart och tydligt sätt så att så långt som möjligt största möjliga rättsliga säkerhet uppnås.”

Med anledning av bl.a. dessa remissynpunkter togs inom Regeringskansliet därför fram en promemoria (som tidigare nämnts i avsnitt 6) innefattande en ny bestämmelse i 5 kap. 2 § lagen om handel med finansiella instrument (och en hänvisning i ett tillägg i 3 kap. 2 § tredje stycket konkurslagen).¹¹

Enligt förslaget skulle 5 kap. 2 § lagen om handel med finansiella instrument ha följande lydelse.

”Ett konkursbo ska inte ha rätt att begära återgång enligt 3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen (1987:672) såvitt avser rättshandlingar som företas samma dag som, men efter, meddelande av konkursbeslutet, om rättshandlingen avser ställande av säkerhet i sådana tillgångar som avses i 8 kap. 10 § andra stycket samma lag, då var och en av parterna antingen står under tillsyn av Finansinspektionen eller är sådan person som anges i 3 kap. 1 § andra stycket denna lag.”

Lagförslaget i promemorian var alltså mindre ingripande än vad remissinstanserna föreslog, i och med att 3 kap. 2 § första stycket konkurslagen gavs fortsatt giltighet, dock att rätten för ett konkursbo att begära återgång begränsades när det gäller

¹¹ Promemorian med utdrag ur utkast till lagrådsremiss finns tillgänglig i Finansdepartementet (dnr Fi2010/799).

vissa rättshandlingar som företas samma dag som, men efter, meddelande av konkursbeslutet. I promemorian påpekades att ett undantag från hela första stycket skulle innebära ett sämre skydd totalt sett, eftersom skyddet alltid vore begränsat till överföringsuppdrag som införs och utförs i ett avvecklingsystem under dagen för meddelandet av konkursbeslutet. Förslaget var i visst avseende mer långtgående än remissinstansernas då det även innebar en anpassning av genomförandet av artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet. Också i den artikeln finns nämligen en minimireglering rörande återgång av rättshandlingar, som är genomförd i svensk rätt. Skälen för den nuvarande regleringen, som bl.a. baseras på direktivens karaktär av minimireglering, ansågs fortsatt giltiga.

Remissvaren förmedlade inte någon entydigt positiv inställning till det kompletterande lagförslaget.

Riksbanken, Euroclear Sweden AB, Svenska Fondhandlareföreningen och Svenska Bankföreningen anförde till att börja med att den korta remisstiden inte varit tillräcklig för att överväga de aktuella ändringarna. Enligt Euroclear Sweden AB och nämnda föreningar fanns en risk för att ändringarna inte blivit adekvat utredda och skulle få oönskade konsekvenser. *Riksgäldskontoret* hade inga synpunkter på förslagen och *Finansinspektionen* hade inget att erinra.

Rekonstruktör- och konkursförvaltarkollegiet (REKON) i Sverige tillstyrkte förslagen. Även *Nasdaq OMX Stockholm AB* tillstyrkte och såg positivt på att det skapades en tydlig lagstiftning kring återgång och att detta även omfattade ställande av säkerheter.

Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet tillstyrkte materiellt, men hade vissa synpunkter på den lagtekniska utformningen. Man ansåg sålunda att "preciseringarna" var svåra att få grepp om med den lagstiftningsteknik med korsvisa hänvisningar som hade valts. Det föreslogs att reglerna i stället samlades i en ny paragraf i konkurslagen. Dessutom menade man att hänvisningen i 3 kap. 2 § tredje stycket konkurslagen var alltför snäv för att täcka in

den föreslagna nya 5 kap. 2 § lagen om handel med finansiella instrument (jfr dock Lagrådet i prop. 2004/05:30 s. 137 f.).

Sveriges advokatsamfund hade inget att erinra mot de föreslagna lagändringarna, men hade synpunkter på undantagets tillämpningsområde såvitt avser säkerheter. Advokatsamfundet anförde att gällande lagstiftning inte motsvarar finalitydirektivets krav. Man välkomnade förslaget om åtgärder avseende de problem för den svenska kronan och centrala delar av det svenska betalningssystemet som kan uppkomma på grund av detta. Advokatsamfundet ansåg vidare att undantaget i 5 kap. 2 § lagen om handel med finansiella instrument även borde omfatta tilläggssäkerheter och utbytessäkerheter.

Riksbanken välkomnade förslaget till ändringar i avvecklingslagen. Man ansåg samtidigt att lagvalseffekterna borde utvecklas och att det fanns behov av att hänvisa till "bankdag" för att få med dygnsöverskridande avveckling i skyddet. Riksbanken angav dock, av tidsskäl, inte några synpunkter på det lagförslag som berörde genomförandet av artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet.

Euroclear Sweden AB avstyrkte förslagen, främst med hänsyn till behovet av ytterligare beredning. Man ställde sig även frågande till vilka finansiella instrument som i praktiken skulle omfattas av reglerna om avvecklingssystem, men däremot inte av kontoföringslagen. Dessutom var man tveksam till resonemanget om "god tro" hos systemoperatören, särskilt mot bakgrund av att artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet har ansetts utgöra en minimireglering.

Svenska Fondhandlareföreningen och *Svenska Bankföreningen* var inte helt övertygade om behovet av ändring. Man ansåg vidare att den lagtekniska lösningen var märklig och svårtillgänglig. En eventuell ny lagstiftning borde i stället införas i konkurslagen eftersom regleringen är specifikt inriktad på konkurs. Med hänsyn till finansmarknadens krav på rättssäkerhet förordade föreningarna också allmänt ett direktivnära genomförande, och man menade att de föreslagna ändringarna inte uppfyllde detta krav. Samtidigt konstaterades

att den nuvarande svenska lösningen bygger på tanken att det svenska skyddet skulle vara mer omfattande än finalitydirektivet och att Sverige inte skulle införa de för svensk rätt mycket märkliga bestämmelserna i finalitydirektivet och säkerhetsdirektivet. De aktuella bestämmelserna ansågs innehålla två för svensk rätt främmande element, nämligen att någon ska visa att han eller hon inte kände till en viss omständighet och att denne, någon, inte behöver vara part i transaktionen. Föreningarna gav inte någon vägledning om hur ett ”direktivnära genomförande” borde ske i det aktuella fallet. I sak ifrågasatte man också varför det nya undantaget endast skulle gälla under konkursdagen (och inte t.o.m. dagen efter kungörelsen). Vidare ansåg föreningarna att effekterna av en avgränsning till säkerhetsställanden mellan vissa aktörer fordrade ytterligare analys (särskilt eftersom detta riskerar att missgynna icke-finansiella företag).

Regeringen konstaterade inledningsvis att den frågeställning som *Riksbanken*, *Finansinspektionen* och *Sveriges advokatsamfund* tog upp i sina remissvar rörande Ds 2010:12 i princip var känd sedan tidigare och den inte hade någon direkt koppling till det då aktuella ändringsdirektivet (prop. 2010/11:95 s. 46 f.).

Regeringens överväganden rörande detta berördes tämligen utförligt i samband med det ursprungliga genomförandet (se prop. 1999/2000:18 s. 59–78). Den nuvarande lösningen måste, enligt regeringen, anses uppfylla kraven enligt den minimireglering som finns i finalitydirektivet.

Regeringen ansåg dock vidare att remissinstanserna pekat på en del praktiska problem, vars omfattning dock ansågs vara svåra att överblicka. Det kunde dock, enligt regeringen, inte anses tillfredsställande om det råder en osäkerhet på finansmarknaderna rörande genomförandet av artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet i svensk rätt.

Samtidigt noterade regeringen att en liknande problematik i så fall skulle kunna anses föreligga när det gäller genomförandet av artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet. Resonemanget vid

genomförandet av den bestämmelsen föll tillbaka på vad som uppgetts i förarbetena till genomförandet av finalitydirektivet (se prop. 2004/05:30 s. 82 ff., jfr Lagrådets yttrande i a. prop. s. 136 f.). Ett likartat angreppssätt i de båda fallen var enligt regeringen önskvärt även fortsättningsvis. Enligt regeringen krävdes ytterligare överväganden i frågan om att införa begränsningar av rätten för ett konkursbo att begära återgång av vissa rättshandlingar.

9 Ett förslag till ett alternativt genomförande

Promemorians förslag: Möjligheten tas bort för ett konkursbo att kräva återgång av en bindande rättshandling som företagits efter att ett beslut om konkurs har fattats och senast dagen efter konkursbeslutet kungjorts i Post- och Inrikes Tidningar enligt konkurslagen.

Skälen för promemorians förslag: Det finns i 3 kap. 1 och 2 §§ konkurslagen en generell svensk konkursrättslig reglering av vad som gäller beträffande en konkursgäldenärs rådighetsförlust. Den regleringen innefattar i 3 kap. 2 § *dels* ett *godstrosskydd* till förmån för en godtroende medkontrahent till konkursgäldenären, *dels* en kompletterande *återgångsregel* till förmån för konkursboet i vissa fall. Båda reglerna gäller rättshandlingar gäldenären vidtagit efter konkursbeslut men före kl. 24.00 dagen efter det att annonsen om konkursbeslutet varit införd i PoIT. Den som ska visa ond tro i det förra fallet är den (normalt konkursboet) som gör gällande att rättshandlingen inte ska vara bindande.

Samtidigt finns i finalitydirektivet och säkerhetsdirektivet bestämmelser som – inom ramen för de båda direktivens tillämpningsområden – innebär att avtal som har ingåtts efter tidpunkten för konkursbeslutet (men ändå samma dag som beslutet meddelats) ska vara bindande för tredje man (konkursboet) om medkontrahenten kan visa att han eller hon

var i god tro om konkursbeslutet (varken kände till eller borde ha känt till att sådana förfaranden eller åtgärder inletts).

Konkurslagens bestämmelser och direktivbestämmelserna kan sägas skilja sig åt i följande avseenden.

1. Konkurslagens bestämmelser gäller generellt, medan direktivbestämmelserna gäller endast vissa, snävt formulerade, rättshandlingar, dvs. överföringsuppdrag avseende betalningar och värdepapper inom vissa avvecklingssystem på finansmarknaden (finalitydirektivet) respektive avtal om finansiellt säkerställande på finansmarknaden (säkerhetsdirektivet).

2. Konkurslagen innehåller en återgångsregel som gäller trots att medkontrahenten var i god tro. Direktivbestämmelserna saknar motsvarighet till en sådan regel.

3. Den tidrymd under vilken godtrosskyddet gäller är längre enligt konkurslagens bestämmelse jämfört med direktivbestämmelserna. Skyddet inträder vid samma tidpunkt enligt konkurslagens bestämmelse och direktivbestämmelserna (det klockslag konkursbeslutet meddelas), men enligt de senare bestämmelserna upphör skyddet kl. 24.00 beslutdagen, medan konkurslagens bestämmelse innebär att skyddet kan gälla ytterligare några dagar.

4. Enligt konkurslagens bestämmelse ska (normalt) konkursboet visa att ond tro förelegat hos gäldenärens medkontrahent för att rättshandlingen inte ska vara bindande. Enligt direktivbestämmelserna ska däremot medkontrahenten visa att han eller hon var i god tro.

Om utgångspunkten är att det övergripande intresset är att tillförsäkra de finansiella systemen ett skydd kan regleringen enligt punkten 2 ovan (konkurslagens återgångsregel) sägas vara otillfredsställande. Det är också den regeln som kritikerna i första hand har riktat in sig på när man har ifrågasatt om svensk rätt verkligen står i överensstämmelse med de båda direktivbestämmelserna. I övrigt innebär konkurslagens reglering (punkterna 3 och 4 ovan) ett längre gående systemskydd än direktivens regleringar. Om man gör gällande

att direktiven infattar en s.k. minimireglering är det i sin ordning att svensk rätt innefattar ett längre gående skydd än vad direktivens bestämmelser kräver. I de analyser som har gjorts i de lagstiftningsärenden som föranletts av de båda direktiven har från svensk sida hävdats att direktiven utgör en minimireglering, varvid bl.a. hänvisats till skäl 22 till säkerhetsdirektivet och ett uttalande av kommissionen (se prop. 1999/2000:18 s. 61 f. samt prop. 2004/05:30 s. 25 f. och 83 f.). Goda skäl synes ligga bakom den ståndpunkten.

Det hittills sagda skulle innebära att det är återgångsregeln i 3 kap. 2 § konkurslagen som med fog kan ifrågasättas ur ett EU-rättsligt perspektiv. Vad gäller de transaktioner som omfattas av finalitydirektivet, dvs. överföringsuppdrag innebär regleringen i 6 kap. 4 § kontoföringslagen att avvecklingssystemet är skyddat mot ett konkursbos återgångskrav. Bestämmelsen i 3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen får med andra ord vika för kontoföringslagens reglering (se 3 kap. 2 § tredje stycket konkurslagen).

Problemet i denna del skulle vara att kontoföringslagen inte gäller för alla avvecklingssystem.

Vad gäller då för säkerställanden som omfattas av regleringen i säkerhetsdirektivet? Enligt de förarbetsuttalanden som ovan redogjorts för (prop. 2004/05:30 s. 82 f.) drar regeringen vissa slutsatser till stöd för att svensk rätt uppfyller direktivets krav i nu aktuellt avseende.

För det *första* konstaterar regeringen att godtrosregeln i 3 kap. 2 § konkurslagen sträcker sig ända till utgången av dagen efter det att konkursbeslutet har annonserats i PoIT, dvs. längre än direktivregeln som gäller enbart den dag konkursbeslutet meddelas.

För det *andra* konstaterar regeringen att bevisbördan för god/ond tro enligt konkurslagens bestämmelse ligger på konkursboet, medan bevisbördan enligt direktivregeln ligger på säkerhetstagaren.

I dessa två avseenden är alltså konkurslagens reglering förmånligare för säkerhetshavaren än direktivbestämmelsen.

Med det fortsatta konstaterandet för det *tredje* att direktivet är ett minimidirektiv innebär det enligt regeringen att svensk rätt i dessa avseenden är förenlig med direktivet.

För det *ffjärde* förlitar sig regeringen först och främst på hänvisningen i 3 kap. 2 § tredje stycket konkurslagen när det gäller löpande skuldebrev och aktier m.m. och finansiella instrument som omfattas av regleringen i kontoföringslagen.

För andra finansiella instrument görs för det *femte* bedömningen att återgångsregelns krav på ömsesidigt återbärande innebär att den inte strider mot artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet. I den bedömningen innefattas då för det *sjätte* ställningstagandet att bestämmelsen i artikel 8.2 inte träffar s.k. tilläggsäkerheter. Vad gäller den senare bedömningen redovisade, som nämnts, Lagrådet en annan uppfattning.¹²

Problemet i denna del skulle, liksom beträffande motsvarande reglering i finalitydirektivet, vara att kontoföringslagen inte gäller för alla avvecklingssystem. Här tillkommer dessutom problemet med att det är ifrågasatt om det är en korrekt bedömning att tilläggs- och utbytessäkerheter inte omfattas av artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet.

Det ingår inte i mitt uppdrag att bedöma om gällande svensk rätt tillgodoser de krav som ställs av artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet och artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet. Det är tillräckligt att här konstatera *dels* att den svenska lagstiftaren vid upprepade tillfällen har ansett att så är fallet, *dels* att detta har ifrågasatts från olika håll.

Alldeles oavsett vad som är riktigt vad gäller detta, kan man konstatera att den osäkerhet som följer med att det råder en diskussion i frågan i sig är skäl nog för att överväga ett alternativt införlivande. Det är uppenbarligen också regeringens ståndpunkt i det att det i prop. 2010/11:95 (s. 46) uttalas att ”Det kan dock inte anses tillfredsställande om det råder en osäkerhet på finansmarknaderna rörande genomförandet [av de båda artiklarna] i svensk rätt”. Det är också det som ligger bakom det

¹² Prop. 2004/05:30 s. 136 f.

uppdrag som jag här har fått och som alltså går ut på att lämna förslag till ett alternativt genomförande av de båda artiklarna (artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet och artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet).

Det ska för tydlighetens skull också anmärkas att ett förslag till ett alternativt genomförande inte kan begränsas till att lyfta fram nya och andra argument för att gällande svensk rätt redan är förenlig med de båda direktivbestämmelserna.

Utgångspunkten för ett förslag till ett alternativt genomförande måste alltså innefatta ett förslag till lagreglering. Då måste givetvis först och främst uppgiften vara att lämna förslag till en lagreglering som uppfyller direktivens krav. Vidare bör, mot bakgrund av rådande omständigheter, krävas att ett sådant förslag uppfyller särskilt högt ställda krav på tydlighet och klarhet så att svensk rätts förenlighet med de båda direktivbestämmelserna inte med fog kan ifrågasättas. Samtidigt måste emellertid beaktas att ett alternativt genomförande inte får ett sådant omfång och en sådan räckvidd att gällande svensk rätt – och då naturligtvis särskilt svensk konkursrätt – i övrigt rubbas i onödan.

Med dessa utgångspunkter är uppgiften dels att lägga fram förslag till en bestämmelse (eller flera bestämmelser) som tveklöst i sak står i överensstämmelse med de båda direktivbestämmelserna, *dels* att lämna förslag till placering av en sådan bestämmelse (eller sådana bestämmelser). Det övergripande syftet är alltså att lämna förslag till ett alternativt genomförande av de båda direktivbestämmelserna som ger en klar och tydlig bild av hur svensk rätt förhåller sig till kraven i direktiven.

I anledning av vad som från några håll har framförts om ett ”direktivnära” genomförande kan följande anföras. För det första är uttrycket ”direktivnära” aningen bedrägligt att använda i sammanhanget. Det kan ju tydas som att man ”nästan” ska införliva direktivens bestämmelser. Och det är givetvis inte tillräckligt för att uppfylla den förpliktelse som åvilar den svenske lagstiftaren. Direktivet ska införlivas *till fullo*, inte

enbart ”nästan”. Det problem som nu föreligger kan för övrigt beskrivas som att det svenska genomförandet, enligt vissa röster, har gjorts just enbart ”direktivnära”, medan andra anser att genomförandet är att beteckna som mer än så, dvs. svensk rätt överensstämmer till fullo, dvs. utan tvekan, med direktivbestämmelserna. När uppgiften nu är att föreslå ett alternativt genomförande måste det självfallet innebära att detta alternativ förslag inte bara är ”direktivnära” utan bättre än så; och helst också vad gäller tydlighet och klarhet bättre än det genomförande som lagstiftaren anser redan har gjorts.

Intresset måste rimligen vara att genomförandet i *sak* till fullo svarar mot de krav som direktivbestämmelserna ställer. Om man med ”direktivnära” efterlyser en formell överensstämmelse och/eller en ordagrann överensstämmelse med direktivtexterna har man fjärrat sig långt från hur man i Sverige – och huvudsakligen i övriga Europa – har sett på frågor om införlivande av EU-direktiv med nationell rätt. Det spräcker ramarna för detta uppdrag att föreslå att man just i detta sammanhang slår in på en sådan väg.

Det förefaller naturligt att inledningsvis fokusera på vad de båda direktivbestämmelserna ställer för krav och vad dessa krav kan behöva balanseras mot.

För det *första* måste identifieras vilka rättshandlingar som direktivbestämmelserna tar sikte på. Båda direktiven avser transaktioner på finansmarknaden. Finalitydirektivet omfattar överföringsuppdrag inom ramen för ett anmält avvecklingssystem eller ett samverkande system. Det kan vara frågan om överföring av betalning, valuta eller säkerheter. Säkerhetsdirektivet omfattar avtal om finansiellt säkerställande (vilket inkluderar såväl avtal om finansiell äganderättsöverföring som avtal om finansiell säkerhet). En reglering måste till fullo täcka alla de rättshandlingar som kan ingå i nu beskrivna transaktioner. En viktig fråga är då om en reglering också måste begränsas till att avse enbart dessa transaktioner och inga andra.

För det *andra* måste innebörden av skyddet bestämmas. Det är tämligen givet att utgångspunkten är att direktiven innefattar

en minimireglering (och inte en fullharmonireglering). Argumenten för ett sådant synsätt är så pass övertygande att det kan ligga till grund för utformningen. Innebörden av skyddet är att rättshandlingar vidtagna samma dag som konkursbeslutet, men vid ett senare klockslag, inte under några omständigheter ska kunna återgå om medkontrahenten när rättshandlingen vidtogs var i god tro. Det kan då genast konstateras att svensk rätt (3 kap. 2 § konkurslagen) med råge uppfyller det kravet; tidrymden för skyddet är längre och bevisbördan är mer fördelaktigt placerad. Men ändå återstår frågan på vilket sätt man i ett perspektiv av införlivande bör utnyttja att det förehåller sig på det sättet.

För det *tredje* måste det avgöras hur ett alternativt genomförande rent lagtekniskt bör utformas. Det gäller såväl lydelsen av en bestämmelse som en sådan bestämmelses placering (inklusive eventuella hänvisningar m.m.).

Ett naturligt sätt att angripa dessa frågor är att börja med att fokusera på vad som nu egentligen är svårigheten med den hittills intagna ståndpunkten att svensk rätt redan uppfyller direktivens krav. Det är då enkelt att konstatera att det är innehållet i bestämmelsen i 3 kap. 2 § första stycket *andra meningen* konkurslagen som ställer till bekymmer. Den bestämmelsen handlar, som bekant, om att en medkontrahent som infriar en förpliktelse (förfogar över egendom) till konkursgäldenären vid en senare tidpunkt åtnjuter ett visst skydd om han eller hon är i god tro. Men konkursboet har en lösningsrätt, dvs. kan kräva att rättshandlingen återgår. På så sätt kan skyddet genombrytas. Skyddet kan t.o.m. bli illusoriskt om medkontrahenten har infriat en förpliktelse vars vederlag han eller hon erhållit vid en tidigare tidpunkt, t.ex. betalat en skuld. I sådana fall ska betalningen återgå utan att vederlaget ska återbäras. Att det är gällande rätts ståndpunkt kan knappast med fog ifrågasättas. När bestämmelserna som nu finns i 3 kap. 2 § konkurslagen infördes i 1921 års konkurslag diskuterades inte bestämmelsen närmare (se SOU 1970:75 s. 68 samt prop. 1975:6 s. 83 f., 124 f. och 187 f.). Departementschefen uttalade i

propositionen inte annat än att förslaget var en ”välmotiverad förstärkning av skyddet för tredje man” och en ”anpassning av våra bestämmelser till vad som gäller i andra länder”. Det är dock i detta sammanhang av särskilt intresse att notera att departementschefen – när han kommenterar undantaget som nu finns i 3 kap. 2 § tredje stycket konkurslagen – framhåller att ”[d]et synes mig helt klart att tredje mans skyddsintresse bör ges företräde framför konkursborgenärernas intresse av att en av gäldenären företagen transaktion inte blir gällande mot konkursboet”. Med hänsyn till omsättningsintresset ansågs därför lösningsrätt inte motiverad när det gäller löpande handlingar som omfattas av särreglerna. Det är det som numera kommer till uttryck i 3 kap. 2 § tredje stycket konkurslagen. Applicerat på nutida förhållanden och med beaktande av de här aktuella direktivbestämmelserna kan man med fog påstå att återgångsregeln inte bör träffa sådana transaktioner som omfattas av de båda direktivbestämmelserna. Ett sådant ställningstagande kan den svenska lagstiftaren i princip sägas ha gjort långt innan de nu aktuella direktiven såg dagens ljus.

Om det nu ändå är eftersträvansvärt med ett tydligare genomförande av de båda direktivbestämmelserna bör sökandet vara inriktat på att just förtydliga och klargöra det svenska genomförandet av de aktuella direktivbestämmelserna.

En lösning inom ramen för en mer övergripande reform vore givetvis annars att reglera den nu aktuella frågan i en ny samlad finansiell lagstiftning. En sådan reform efterlystes bl.a. av Sveriges advokatsamfund i samfundets remissvar till Ds 2010:12.

Så som Sveriges advokatsamfund påpekade torde det finnas många fördelar att vinna med en mer samlad finansiell lagstiftning efter mönster av vad som redan gjorts i lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse och lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden. De nuvarande regleringarna i lagen om handel med finansiella instrument, lagen om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden och i kontoföringslagen kan uppfattas som disparata och svåröverskådliga. Det är på intet vis otänkbart att en reform av

det slag som Advokatsamfundet efterfrågat på sikt är önskvärd, kanske till och med nödvändig. Ett nu antytt angreppsätt faller emellertid utanför det här aktuella uppdraget.

I sak är det dessutom så att det som, i vart fall av vissa, upplevs som otillfredsställande med den gällande regleringen är en bestämmelse i konkurslagen vars verkningar det kan finnas ett behov av att neutralisera för vissa särskilda rättshandlingar. Även i en mer samlad finansiell lagreglering måste man därför på något sätt förhålla sig till konkurslagens reglering. Det gör att det i sak förfaller lämpligare att finna en lösning av den just nu aktuella och i sak avgränsade frågan i konkurslagen.

Den lösning som föreslogs i det ovan nämnda kompletterande remissförfarandet och då inte vann remissinstansernas oreserverade gillande var att införa en ny paragraf i 5 kap. lagen om handel med finansiella instrument. Å andra sidan kan kritiken inte sägas ha varit särskilt påfallande. Förutom att remissinstanserna – bl.a. med hänsyn till den korta remisstiden – var aningen reserverade var kritiken mest av detaljkaraktär och inriktad på utformningen, medan sakinnehållet i det stora hela mottogs positivt. Förslaget enligt det kompletterande remissförfarandet var dock enbart inriktat på att tillgodose de krav artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet kan ställa, inte artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet. En ny fristående paragraf måste beakta båda artiklarna. Det är därför inte möjligt att utan modifieringar ta upp det tidigare förslaget. En nackdel med en lösning som innebär en reglering i lagen om handel med finansiella instrument är att man i en lag föreskriver undantag från vad som gäller enligt en annan lag. Det är något som inte bidrar till överskådligheten. Det är därför att föredra om man kan finna en lösning i konkurslagen.

En lösning som tillgodoser det senast sagda vore att i 3 kap. 2 § konkurslagen ta in ett nytt fjärde stycke som – för de i direktiven angivna rättshandlingarna – neutraliserar verkningar av återgångsregeln (3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen). Det är en lösning som påminner om den som föreslogs i det kompletterande remissförfarandet (se prop.

2010/11:95 s. 100 f.) och som i sin tur synes ha inspirerats av vad Lagrådet anförde – som ”andrahandsförslag” (se ovan) – i prop. 2004/05:30 s. 138.

Till skillnad mot vad Lagrådet anförde och vad som föreslogs i det kompletterande remissförfarandet borde det var möjligt att göra en enklare lösning såtillvida att man tar in den önskade bestämmelsen i ett nytt fjärde stycket i 3 kap. 2 § konkurslagen och inte i t.ex. 5 kap. lagen om handel med finansiella instrument. Man slipper då också en hänvisning till den lagen i 3 kap. 2 § konkurslagen. En fördel torde vara att neutraliserandet av återgångsregeln görs i samma lagrum som den lagregeln är placerad. Man får alltså direkt besked om vad som gäller i ett och samma lagrum.

Om man är inne på att föreslå ett nytt fjärde stycke i 3 kap. 2 § konkurslagen med en bestämmelse som neutraliseras vad som föreskrivs i ett tidigare stycke i samma paragraf är det naturligt att ställa sig frågan om det är möjligt att helt enkelt upphäva den befintliga bestämmelsen som det anses finnas skäl att begränsa verkningarna av. Utgångspunkten måste då vara att man kan identifiera vilken bestämmelse som är upphovet till det problem som ska lösas. Den bestämmelsen är här klart identifierad, nämligen bestämmelsen om återgång i 3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen.

Ett upphävande av den bestämmelsen skulle utan tvekan uppfylla kraven på ett säkert och tydligt genomförande av de aktuella direktivbestämmelserna. Bestämmelsen i 3 kap. 2 § första stycket första meningen konkurslagen uppfyller med råge minimikraven i direktiven. Från denna bestämmelse kan, om bestämmelsen i 3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen upphävs, inget avsteg göras. Förutom upphävandet av andra meningen krävs ingen ytterligare författningsändring. Det är i sig en fördel i det att man därigenom undviker att behöva ta ställning till olika frågor som kan följa på dessa andra författningsändringar.

Ett upphävande av den nu nämnda meningen innebär samtidigt att konkurslagens generella reglering ändras. Frågan är

om det kan accepteras. Förarbetsuttalande för återgångsregeln är inte särskilt starka. Det finns ingen redovisad praxis av att den har använts. Nämnas kan att Lagrådet i prop. 2004/05:30 s. 137 pekade på möjligheten av här framfört förslag till reglering, dvs. att generellt upphäva återgångsregeln. Lagrådet ansåg dock då att beredningsunderlaget för en sådan ändring var bristfälligt. Det är också intressant att notera att t.ex. dansk rätt inte har någon återgångsregel (och dessutom ett i tiden snävare godstrosskydd). Detsamma gäller i Norge, medan däremot finländsk rätt innehåller en återgångsregel av svensk modell. Som nämnts har man dock i Finland en särreglering som omfattar de båda nu aktuella direktivbestämmelserna, vilket innebär att den finländska återgångsregeln inte är tillämplig på sådana rättshandlingar som de båda direktivbestämmelserna tar sikte på.

Under alla förhållanden kan återvinningsregleringen i 4 kap. konkurslagen fånga upp de antagligen få icke önskvärda fall som skulle kunna uppstå med en slopad återgångsregel i 3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen. Det innebär att ett slopande av den bestämmelsen inte skulle behöva få några praktiska konsekvenser.

Samtidigt åstadkoms ett tydligt och effektivt införlivande av de aktuella direktivbestämmelserna. Ett sådant införlivande riskerar inte heller att det kan uppstå tveksamheter på andra områden och därmed inte heller något behov av analyser av eventuella andra konsekvenser än de avsedda.

10 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Promemorians förslag: Den föreslagna ändringen i konkurslagen ska träda i kraft den 1 juli 2014. Vid konkurs som beslutats före ikraftträdandet gäller äldre bestämmelser.

Skälen för promemorians förslag: Både finalitydirektivet och säkerhetsdirektivet har trätt i kraft. Lagändringar till följd av direktiven skulle ha trätt i kraft senast den 11 december 1999 (artikel 11 i finality-direktivet) respektive 27 december 2003 (artikel 11 i säkerhetsdirektivet).

På grund av skäl som redogörs för i denna promemoria har förslaget till lagändring inte lagts fram förrän i detta skede. Den i promemorian föreslagna ändringen bör därför få verkan så snart som möjligt och bör träda i kraft den 1 juli 2014.

En särskild övergångsbestämmelse bör införas för ändringen i konkurslagen med innebörd att vid konkurs som beslutats före lagändringens ikraftträdande ska nuvarande bestämmelser tillämpas.

11 Förslagets konsekvenser

11.1 Allmänt om problemet och lösningen

Finalitydirektivet och säkerhetsdirektivet har införlivats med svensk rätt. Detta har fått positiva effekter för den svenska finansmarknaden genom bättre förutsägbarhet, rättssäkerhet och kostnadseffektivitet vid utförandet av de rättshandlingar som omfattas av de båda direktiven. På så sätt kan man säga att det övergripande syftet med direktiven har uppfyllts, att regleringen ska bidra till finansmarknadens integration och stabilitet på EU-nivå.

Införlivandet av artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet och artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet har dock väckt kritik från bl.a. Lagrådet och flera remissinstanser i tidigare lagstiftningsärenden (se bl.a. prop. 2004/05:30 s. 136 f. och prop. 2010/11:95 s. 43 f.). Det har ifrågasatts om återgångsregeln i 3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen är förenlig med artiklarnas syfte, nämligen att rättshandlingar vidtagna samma dag som ett insolvensförfarande inletts, t.ex. genom ett konkursbeslutet, men vid ett senare klockslag, inte under några omständigheter ska kunna återgå om medkontrahenten var i god tro när rättshandlingen vidtogs.

Ifrågasättandet har, oaktat om det varit befogat eller inte, lett till en osäkerhet som regeringen har bedömt som icke tillfredsställande. En eventuell begränsning av återgångsregeln

har emellertid inte ansetts som genomförbar utan ytterligare överväganden (prop. 2010/11:95 s. 46 f.).

Saken har nu övervägts i denna promemoria. Förslaget är att 3 kap. 2 § första stycket andra meningen konkurslagen upphävs. Bedömningen är visserligen att tidigare svenska införlivandeåtgärder till fullo uppfyller de krav direktiven ställer men förslaget bör undanröja den tveksamhet som kan ha funnits om huruvida svensk rätt effektivt säkerställer att transaktionerna har rättslig verkan och är definitivt bindande för tredje man. Förslaget är ett tydligt och effektivt genomförande av artikel 3.1 andra stycket i finalitydirektivet och artikel 8.2 i säkerhetsdirektivet.

I förhållande till andra lagstiftningsalternativ är bedömningen att promemorians förslag är att föredra. Skälen för återgångsregeln har inte ansetts vara särskilt starka och någon redovisad praxis på att den använts finns inte. Om det skulle uppkomma icke önskvärda fall med anledning av att återgångsregeln tas bort kan de sannolikt hanteras av återvinningsbestämmelserna i 4 kap. konkurslagen.

11.2 Konsekvenser för enskilda och myndigheter

Förslaget berör alla medborgare såtillvida att konkurslagen föreslås ändras. I praktiken berörs dock en mycket begränsad krets av aktörer på den finansiella marknaden som deltar i eller driver avvecklingssystem eller som ställer finansiella säkerheter. Förslaget stärker dessa aktörers rättigheter och minskar deras kostnader genom att undanröja tveksamheter om nu aktuella rättshandlingars verkan och giltighet. Detta bedöms leda till en förbättrad kostnadseffektivitet och ökad stabilitet i det finansiella systemet, vilket i sin tur bör kunna leda till positiva samhällsekonomiska effekter. Förslaget bör inte medföra några ökade kostnader för berörda aktörer.

Några särskilda informationsinsatser bedöms inte vara nödvändiga eftersom berörda aktörer huvudsakligen är

finansiella institutioner och företag samt advokater i egenskap av konkursförvaltare. Inte heller bör förslaget innebära ökad arbetsbörda för berörda myndigheter i form av t.ex. ökad mål- eller ärendetillströmning då återgångsregeln synes ha haft mycket ringa tillämpning. Det kan därför antas att det allmänna inte kommer att belastas med kostnader i dessa avseenden.

11.3 Övrigt

Som tidigare nämnts bedöms promemorians förslag inte innebära några oönskade bieffekter. Förslaget bedöms inte heller ge några omedelbara effekter på samhällsekonomin men kan förväntas bidra positivt på längre sikt genom ökad finansiell stabilitet och kostnadseffektivitet.

I nuläget kan det inte förutses att det förslag som lämnats i promemorian medför några ytterligare konsekvenser eller effekter för stat, kommuner, landsting, företag eller enskilda.

12 Författningskommentar

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

3 kap. 2 §

Förslaget behandlas i avsnitt 9.

I *första stycket* har andra meningen upphävts. Därigenom säkerställs att överlåtelser eller annat förfogande över egendom som företas av gäldenären senast dagen efter den då konkursbeslutet var infört i Post- och Inrikes Tidningar har rättslig verkan och är definitivt bindande för tredje man om det inte visas att medkontrahenten kände till konkursbeslutet eller att det förekom omständigheter som gav honom skälig anledning att anta att gäldenären var försatt i konkurs. Ett konkursbo har således inte möjlighet att angripa en rättshandling som innefattar överlåtelse av eller annat förfogande över egendom som enligt första stycket första meningen är bindande.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Förslaget behandlas i avsnitt 10.

Vid konkurs som beslutats före ikraftträdandet gäller äldre bestämmelser.

EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 98/26/EG

av den 19 maj 1998

om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper

EUROPAPARLAMENTET OCH EUROPEISKA UNIONENS RÅD HAR ANTAGIT DETTA DIREKTIV

att förverkliga den ekonomiska och monetära unionen.

med beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, särskilt artikel 100a i detta,

- (4) Det är önskvärt att lagarna i medlemsstaterna strävar efter att minimera störningar i systemet, som orsakas av insolvensförfaranden mot en deltagare i det systemet.

med beaktande av kommissionens förslag ⁽¹⁾,

med beaktande av Ekonomiska och monetära institutets yttrande ⁽²⁾,

- (5) Ett förslag till direktiv om rekonstruktion och likvidation av kreditinstitut, som lades fram år 1985 och ändrades den 8 februari 1988, är fortfarande under behandling i rådet. I konventionen om insolvensförfaranden som utarbetades av medlemsstaterna, församlade i rådet, den 23 november 1995 undantas uttryckligen försäkringsföretag, kreditinstitut och värdepappersföretag.

med beaktande av Ekonomiska och sociala kommitténs yttrande ⁽³⁾,

i enlighet med det i artikel 189b i fördraget angivna förfarandet ⁽⁴⁾, och

med beaktande av följande:

- (1) Lamfalussy-rapporten år 1990 till centralbankscheferna i G 10-gruppen visade den betydande systemrisk som är inbyggd i betalningssystem som arbetar på grundval av flera rättsliga slag av betalningsnettning, särskilt multilateral nettning. Det är av största vikt att minska de rättsliga risker som är förenade med deltagande i system för bruttoavvecklingar i realtid, med tanke på den ökande utvecklingen för dessa system.

- (6) Detta direktiv avses omfatta såväl inhemska som gränsöverskridande avvecklingssystem för betalningar och värdepapper. Direktivet är tillämpligt på system inom gemenskapen och på säkerhet som deltagarna i systemen, oberoende av om de är från gemenskapen eller tredje land, ställer i samband med deltagande i dessa system.

- (2) Det är av yttersta vikt att minska den risk som är knuten till deltagande i system för värdepappersavvecklingssystem, i synnerhet när det finns ett nära samband mellan sådana system och betalningssystem.

- (7) Medlemsstaterna får tillämpa bestämmelserna i detta direktiv på sina inhemska institut, som direkt deltar i system i tredje land och på säkerhet som ställs i samband med deltagande i sådana system.

- (3) Detta direktiv syftar till att bidra till att gränsöverskridande avvecklingsarrangemang för betalningar och värdepapper inom Europeiska gemenskapen kan genomföras på ett ändamålsenligt och kostnadseffektivt sätt, vilket stärker kapitalets fria rörlighet inom den inre marknaden. Direktivet följer således upp de framsteg som görs mot att fullständigt genomföra den inre marknaden, framför allt mot friheten att tillhandahålla tjänster och mot liberaliseringen av kapitalrörelser i syfte

- (8) Medlemsstaterna bör tillåtas att som ett system som omfattas av detta direktiv beteckna ett system vars huvudsakliga verksamhet utgörs av värdepappersavveckling, även om systemet i begränsad omfattning också hanterar råvaruderivat.

- (9) Minskningen av systemrisken kräver framför allt att avvecklingen är slutgiltig och att säkerheten kan göras gällande. Med säkerhet förstås alla de medel som en deltagare ställer till de andra deltagarna i syfte att trygga rättigheter och förpliktelser i avvecklingssystem för betalningar och värdepapper, inklusive repor (återköpsavtal, panträtter som följer av lag och fiduciariska överföringar. Bestämmelser i nationell lag om vilken slags säkerhet som kan användas skall inte påverkas av definitionen av "säkerhet" i detta direktiv.

⁽¹⁾ EGT C 207, 18. 7. 1996, s. 13 och EGT C 259, 26. 8. 1997, s. 6.

⁽²⁾ Yttrandet avgivet den 21 november 1996.

⁽³⁾ EGT C 56, 24.2.1997, s. 1.

⁽⁴⁾ Europaparlamentets yttrande av den 9 april 1997 (EGT C 132, 28. 4. 1997, s. 74), rådets gemensamma ståndpunkt av den 13 oktober 1997 (EGT C 375, 10.12.1997, s. 34) och Europaparlamentets beslut av den 29 januari 1998 (EGT C 56, 23.2.1998). Rådets beslut av den 27 april 1998.

- (10) Genom att omfatta säkerhet som ställs i samband med medlemsstaternas centralbankers transaktioner i deras funktion som centralbanker, inklusive penningpolitiska transaktioner, bistår detta direktiv Europeiska monetära institutet i dess uppgift att öka effektiviteten vid gränsöverskridande betalningar i syfte att förbereda den tredje etappen av den ekonomiska och monetära unionen och därigenom bidra till att utveckla den nödvändiga rättsliga ram inom vilken den framtida europeiska centralbanken kan utveckla sin politik.
- (11) Överföringsuppdrag och nettning av dessa bör gälla enligt rättsordningen i samtliga medlemsstaters jurisdiktion och vara bindande för tredje man.
- (12) Reglerna om slutlig nettning bör inte hindra system från att, innan nettningen äger rum, undersöka huruvida uppdrag som har förts in i systemet överensstämmer med reglerna för systemet och tillåter att avveckling sker i systemet.
- (13) Ingenting i detta direktiv hindrar en deltagare eller tredje man från att göra gällande någon rätt eller något krav, som följer av den underliggande transaktionen, som de kan ha beträffande återvinning eller återgång enligt lag, med avseende på ett överföringsuppdrag som förts in i ett system, t.ex. på grund av rättshandlingar till skada för borgenären eller tekniskt misstag, så länge detta inte leder till återgång av nettning eller återkallelse av överföringsuppdraget i systemet.
- (14) Det är nödvändigt att säkerställa att överföringsuppdrag inte kan återkallas efter en tidpunkt som anges i systemets regler.
- (15) Det är nödvändigt att en medlemsstat omedelbart underrättar andra medlemsstater om att insolvensförfaranden har inletts mot en deltagare i systemet.
- (16) Insolvensförfaranden bör inte ha retroaktiv verkan på deltagarnas i ett system rättigheter och förpliktelser.
- (17) Om insolvensförfaranden inleds mot en deltagare i ett system är syftet med detta direktiv att bestämma vilken insolvenslag som gäller för den deltagarens rättigheter och förpliktelser i samband med hans deltagande i systemet.
- (18) Säkerhet bör skyddas från verkningarna av den insolvenslag som gäller för den insolvente deltagaren.
- (19) Bestämmelserna i artikel 9.2 bör bara gälla ett register, konto eller system för centraliserad förvaring som utvisar äganderätt eller rätt till leverans eller överföring av de värdepapper som avses.
- (20) Bestämmelserna i artikel 9.2 är avsedda att säkerställa att om deltagaren, en medlemsstats centralbank eller den framtida europeiska centralbanken har en giltig och effektiv säkerhet i enlighet med vad som bestäms i lagen i den medlemsstat där det aktuella registret, kontot eller centraliserade förvaringssystemet finns, bör giltigheten och frågan om den säkerheten kan göras gällande gentemot systemet (och dess operatör) och mot varje annan person som direkt eller indirekt ställer krav genom det, bestämmas enbart enligt lagen i den staten.
- (21) Bestämmelserna i artikel 9.2 är inte avsedda att inverka på tillämpningen och verkningarna av lagen i den medlemsstat enligt vilken värdepappren är utfärdade eller lagen i den medlemsstat i vilken värdepapper på annat sätt kan vara belägna (inklusive utan begränsning den lag som rör utfärdande av, äganderätt till och överföring av sådana värdepapper eller annan rätt till sådana värdepapper) och bör inte tolkas så att varje sådan säkerhet kommer att kunna göras direkt gällande eller kunna erkännas i varje sådan medlemsstat annat än i överensstämmelse med lagen i den medlemsstaten.
- (22) Det är önskvärt att medlemsstaterna strävar efter att i tillräcklig omfattning länka samman alla värdepappersavvecklingssystem som omfattas av detta direktiv, i syfte att främja största möjliga insyn och rättssäkerhet vid transaktioner med avseende på värdepapper.
- (23) Antagandet av detta direktiv utgör det lämpligaste sättet att uppnå målen ovan och går inte utöver vad som är nödvändigt för att nå dem.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

AVSNITT I

RÄCKVIDD OCH DEFINITIONER

Artikel 1

Bestämmelserna i detta direktiv skall gälla

- a) varje system enligt definitionen i artikel 2 a, som faller under lagen i en medlemsstat och som hanterar vilken valuta som helst, ecu eller olika valutor som systemet räknar om i förhållande till varandra,

- b) varje deltagare i ett sådant system,
- c) säkerheter som ställs i samband med
- deltagande i ett system, eller
 - operationer som utförs av centralbankerna i medlemsstaterna i deras funktion som centralbanker.

Artikel 2

I detta direktiv avses med

- a) *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.

- b) *institut*:
- ett kreditinstitut enligt definitionen i artikel 1 första strecksatsen i direktiv 77/780/EEG⁽¹⁾ inklusive de institut som återfinns i förteckningen i artikel 2.2 i det direktivet, eller

⁽¹⁾ Rådets första direktiv 77/780/EEG av den 12 december 1977 om samordning av lagar och andra författningar om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut (EGT L 322, 17.12.1977, s. 30). Direktivet senast ändrat genom direktiv 96/13/EG (EGT L 66, 16.3.1996, s. 15).

- ett värdepappersföretag enligt definitionen i artikel 1.2 i direktiv 93/22/EEG⁽²⁾ exklusive de institut som återfinns i förteckningen i artikel 2.2 a-2.2 k i det direktivet, eller
- offentliga myndigheter och offentligt garanterade företag, eller
- varje företag som har sitt huvudkontor utanför gemenskapen och vars verksamhet motsvarar den som bedrivs av kreditinstitut eller värdepappersföretag inom gemenskapen enligt definitionen i första och andra strecksatsen

som deltar i ett system och som har ansvar för att uppfylla de finansiella åtaganden som härrör från överföringsuppdrag inom det systemet.

Om ett system står under tillsyn i enlighet med nationell lagstiftning och endast utför överföringsuppdrag enligt definitionen i i) andra strecksatsen samt betalningar som härrör från sådana uppdrag, får en medlemsstat besluta att företag som deltar i ett sådant system och som ansvarar för att uppfylla de finansiella åtaganden som uppstår genom överföringsuppdrag inom detta system, kan anses som institut under förutsättning att åtminstone tre deltagare i systemet omfattas av någon av de kategorier som avses i första stycket och att systemrisken motiverar ett sådant beslut.

- c) *central motpart*: en enhet som inträder mellan instituten i ett system och som handlar som exklusiv motpart till dessa institut i fråga om deras överföringsuppdrag.
- d) *avvecklingsagent*: en enhet som till institut och/eller en central motpart som deltar i system tillhandahåller avvecklingskonton, genom vilka överföringsuppdrag inom sådana system avvecklas och, i förekommande fall, beviljar krediter till dessa institut och/eller centrala motparter i avvecklingssyfte.
- e) *clearingorganisation*: en enhet med ansvar för att beräkna nettoställningen för institut, en eventuell central motpart och/eller en eventuell avvecklingsagent.
- f) *deltagare*: ett institut, en central motpart, en avvecklingsagent eller en clearingorganisation.

Enligt systemets regler kan samma deltagare handla som central motpart, avvecklingsagent eller clearingorganisation eller utföra en del av eller alla dessa uppgifter.

⁽²⁾ Rådets direktiv 93/22/EEG av den 10 maj 1993, om investeringstjänster inom värdepappersområdet (EGT L 141, 11.6.1993, s. 27). Direktivet senast ändrat genom direktiv 97/9/EG (EGT L 84, 26.3.1997, s. 22).

En medlemsstat får när den tillämpar detta direktiv besluta att en indirekt deltagare får betraktas som deltagare, om systemrisken motiverar detta och på villkor att den indirekte deltagaren är känd av systemet.

g) *indirekt deltagare*: ett kreditinstitut enligt definitionen i b första strecksatsen med ett avtalsförhållande till ett institut, som deltar i ett system, som utför överföringsuppdrag enligt definitionen i i), varigenom ovan nämnda kreditinstitut ges möjlighet att utföra överföringsuppdrag genom systemet.

h) *värdepapper*: alla instrument som avses i avsnitt B i bilagan till direktiv 93/22/EEG,

i) *överföringsuppdrag*:

— 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.

j) *insolvensförfaranden*: 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.

k) *nettning*: omvandling till en nettofordran eller en nettoförpliktelse av fordringar och förpliktelse 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.

l) *avvecklingskonto*: ett konto i en centralbank, hos en avvecklingsagent eller en central motpart, vilket används såväl för att hålla penningmedel och värdepapper som för att avveckla transaktioner mellan deltagare i ett system.

m) *säkerhet*: alla realiserbara tillgångar som tillhandahålls genom pantsättning (inklusive pengar som tillhandahålls genom pantsättning), ett återköpsavtal eller liknande avtal eller på annat sätt för att säkra rättigheter och förpliktelse som kan uppstå i samband med ett system, eller som tillhandahålls medlemssta-

ternas centralbanker eller den framtida Europeiska centralbanken.

AVSNITT II

NETTNING OCH ÖVERFÖRINGSUPPDRAG

Artikel 3

1. Överföringsuppdrag och nettning skall gälla enligt rättsordningen och, även i händelse av insolvensförfaranden mot en deltagare, vara bindande i förhållande till tredje man, under förutsättning att överföringsuppdragen infördes i ett system före den tidpunkt då sådana insolvensförfaranden inleddes enligt definitionen i artikel 6.1.

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.

2. Ingen lag, bestämmelse, regel eller praxis beträffande ogiltigförklaring av kontrakt och transaktioner, som har ingåtts före tidpunkten för inledning av insolvensförfaranden enligt definitionen i artikel 6.1, skall medföra återgång av en nettning.

3. Tidpunkten för införande av ett överföringsuppdrag i ett system skall bestämmas enligt de regler som gäller för systemet. Om det i den nationella lag som systemet faller under föreskrivs villkor med avseende på tidpunkten för införande, skall systemets regler överensstämma med sådana villkor.

Artikel 4

Medlemsstaterna får föreskriva att inledning av insolvensförfaranden mot en deltagare inte skall förhindra att medel eller värdepapper, som finns tillgängliga på den deltagarens avvecklingskonto, används för att uppfylla den deltagarens förpliktelse i systemet den dag insolvensförfarandena inleds. Medlemsstaterna får också föreskriva att en sådan deltagares kreditfacilitet, som är förbunden med systemet, skall användas för att uppfylla den deltagarens förpliktelse i systemet mot tillgänglig och befintlig säkerhet.

Artikel 5

Ett överföringsuppdrag får inte återkallas av en deltagare i ett system eller av tredje man från den tidpunkt som anges i reglerna i det systemet.

AVSNITT III

BESTÄMMELSER OM INSOLVENSFÖRFARANDE*Artikel 6*

1. I detta direktiv skall tidpunkten för inledning av insolvensförfaranden vara den tidpunkt då den behöriga rättsliga eller administrativa myndigheten meddelade sitt beslut.

2. När beslut har fattats i enlighet med punkt 1, skall den behöriga rättsliga eller administrativa myndigheten omedelbart underrätta den behöriga myndighet som utsetts av medlemsstaten om beslutet.

3. Den medlemsstat som avses i punkt 2 skall omedelbart underrätta övriga medlemsstater om detta.

Artikel 7

Insolvensförfaranden skall inte 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 sådana förfaranden enligt definitionen i artikel 6.1.

Artikel 8

Om insolvensförfaranden inleds mot en deltagare i ett system, skall de rättigheter och förpliktelser som uppstår genom eller i samband med vederbörande deltagares deltagande, bestämmas av den lag som systemet faller under.

AVSNITT IV

**SKYDD FÖR SÄKERHETSINNEHAVARENS RÄTTIGHETER MOT VERKNINGARNA AV SÄKERHETSSTÄL-
LARENS INSOLVENS***Artikel 9*

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.

AVSNITT V

SLUTBESTÄMMELSER*Artikel 10*

Medlemsstaterna skall ange vilka system som skall innefattas i detta direktivs räckvidd och anmäla dem till kommissionen och underrätta kommissionen om vilka myndigheter de har utsett enligt artikel 6.2.

Systemet skall till den medlemsstat vars lag är tillämplig ange deltagarna i systemet inklusive varje eventuell indirekt deltagare och varje förändring med avseende på deltagarna.

Medlemsstaterna får, förutom den angivelse som föreskrivs i andra stycket, underkasta system som faller under medlemsstatens jurisdiktion tillsyns- eller tillståndskrav.

Var och en som har ett berättigat intresse får begära att ett institut skall lämna upplysningar om i vilka system institutet deltar och om de huvudsakliga bestämmelserna för dessa systems verksamhet.

Artikel 11

1. Medlemsstaterna skall sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv före 11 december 1999. De skall genast underrätta kommissionen om detta.

När en medlemsstat antar dessa bestämmelser, skall de tillämpliga bestämmelserna innehålla en hänvisning till detta direktiv eller åtföljas av en sådan hänvisning när det offentliggörs. Närmare föreskrifter om hur hänvisningen skall göras skall varje medlemsstat själv utfärda.

2. Medlemsstaterna skall till kommissionen överlämna texterna till de bestämmelser i inhemsk lag som de antar inom det område som omfattas av detta direktiv. Medlemsstaterna skall samtidigt tillhandahålla en jämförelsetabell som anger de nationella bestämmelser som är i kraft eller som införs för varje artikel i detta direktiv.

Artikel 12

Senast tre år efter den dag som anges i artikel 11.1 skall kommissionen inge en rapport till Europaparlamentet och rådet om tillämpningen av detta direktiv, åtföljd av förslag till revidering av det om så är lämpligt.

Artikel 13

Detta direktiv skall träda i kraft samma dag som det offentliggörs i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

Artikel 14

Detta direktiv riktar sig till medlemsstaterna.

Utfärdat i Bryssel den 19 maj 1998.

*På Europaparlamentets
vägnar*

J.M. GIL-ROBLES

Ordförande

På rådets vägnar

G. BROWN

Ordförande

EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2002/47/EG

av den 6 juni 2002

om ställande av finansiell säkerhet

EUROPAPARLAMENTET OCH EUROPEISKA UNIONENS RÅD HAR ANTAGIT DETTA DIREKTIV

med beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, särskilt artikel 95 i detta,

med beaktande av kommissionens förslag ⁽¹⁾,

med beaktande av Europeiska centralbankens yttrande ⁽²⁾,

med beaktande av Ekonomiska och sociala kommitténs yttrande ⁽³⁾,

i enlighet med förfarandet i artikel 251 i fördraget ⁽⁴⁾, och

av följande skäl:

- (1) Europaparlamentets och rådets direktiv 98/26/EG av den 19 maj 1998 om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper ⁽⁵⁾ innebar ett betydande framsteg i upprättandet av sunda rättsliga ramar för systemen för avveckling av betalningar och värdepapper. Under genomförandet av det direktivet framstod det klart att det var av vikt att begränsa de implicita risker inom dessa system som kan uppkomma till följd av att de har sitt ursprung i flera olika rättsordningar samt att gemensamma bestämmelser för säkerheter som ställs inom sådana system skulle vara till fördel.
- (2) I sitt meddelande av den 11 maj 1999 till Europaparlamentet och rådet om finansiella tjänster med titeln "Införandet av rättsliga ramar för finansmarknaderna. En handlingsplan" åtog sig kommissionen att, efter samråd med marknadsexperter och nationella myndigheter, utarbeta ytterligare förslag till ny lagstiftning om avtal om finansiellt säkerhetsställande och uppmanade till snabba framsteg på detta område utöver dem som uppnåtts genom direktiv 98/26/EG.
- (3) En gemenskapsordning bör skapas för tillhandahållandet av värdepapper och betalningsmedel som säkerhet, både genom olika former av ställande av säkerhet och äganderättsöverföring (säkerhetsöverlåtelse), inbegripet återköpsavtal (repot). Detta kommer att bidra till den finansiella marknadens integration, till kostnadseffektivitet och till stabiliteten i EU:s finansiella system och därigenom främja friheten att tillhandahålla tjänster och den fria rörligheten för kapital på den inre marknaden för finansiella tjänster. Detta direktiv är inriktat på bilaterala avtal om finansiellt säkerhetsställande.

- (4) Detta direktiv antas i ett europeiskt rättsligt sammanhang bestående av framför allt det ovannämnda direktivet 98/26/EG, Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/24/EG av den 4 april 2001 om rekonstruktion och likvidation av kreditinstitut ⁽⁶⁾, Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/17/EG av den 19 mars 2001 om rekonstruktion och likvidation av försäkringsföretag ⁽⁷⁾ samt rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden ⁽⁸⁾. Detta direktiv följer det allmänna mönstret i dessa tidigare rättsakter och bryter inte mot det. Direktivet kompletterar i själva verket dessa befintliga rättsakter genom att det tar upp ytterligare frågor och går utöver dem i samband med särskilda frågor som redan tas upp i dessa rättsakter.

- (5) För att förbättra rättssäkerheten i samband med avtal om finansiellt säkerhetsställande bör medlemsstaterna säkerställa att vissa bestämmelser i insolvenslagstiftningen inte tillämpas på sådana avtal, vilket särskilt gäller sådana som kan förhindra att finansiella säkerheter realiserar på ett effektivt sätt eller medföra att giltigheten hos allmänt använda tekniker, t.ex. bilateral slutavräkning, ställande av kompletterande säkerheter och utbyte av säkerheter, sätts i fråga.

- (6) Detta direktiv avser inte rättigheter som en person kan ha beträffande tillgångar som ställs som finansiell säkerhet, när dessa rättigheter uppstår på annat sätt än enligt avtalet om finansiellt säkerhetsställande och på annat sätt än på grundval av en rättslig bestämmelse eller rättsregel som följd av inledda eller fortsatta likvidationsförfaranden eller rekonstruktionsåtgärder, till exempel återställande på grund av misstag, felaktigheter eller brist på kapacitet.

- (7) Den princip som fastställs i direktiv 98/26/EG, nämligen att tillämplig lag för säkerheten i form av kontoförda finansiella instrument skall vara lagen i den medlemsstat där det gällande registret, kontot eller systemet för centraliserad förvaring är beläget, bör ges en vidare tillämpning i syfte att skapa rättssäkerhet för användningen av sådana instrument, när de används över nationsgränser som finansiell säkerhet i den mening som avses i detta direktiv.

- (8) Den så kallade *lex rei sitae*-regeln, enligt vilken tillämplig lag vid bedömningen av om ett avtal om finansiellt säkerhetsställande är giltigt och kan hävdas mot tredje

⁽¹⁾ EGT C 180 E, 26.6.2001, s. 312.

⁽²⁾ EGT C 196, 12.7.2001, s. 10.

⁽³⁾ EGT C 48, 21.2.2002, s. 1.

⁽⁴⁾ Europaparlamentets yttrande av den 13 december 2001 (ännu ej offentliggjort i EGT), rådets gemensamma ståndpunkt av den 5 mars 2002 (ännu ej offentliggjord i EGT) och Europaparlamentets beslut av den 15 maj 2002.

⁽⁵⁾ EGT L 166, 11.6.1998, s. 45.

⁽⁶⁾ EGT L 125, 5.5.2001, s. 15.

⁽⁷⁾ EGT L 110, 20.4.2001, s. 28.

⁽⁸⁾ EGT L 160, 30.6.2000, s. 1.

- man skall vara lagen i det land där den finansiella säkerheten är belägen, erkänns numera av alla medlemsstater. Utan att det påverkar tillämpningen av detta direktiv på direktinnehav av värdepapper bör det fastställas var säkerheten i form av kontoförda finansiella instrument som tillhandahålls som finansiella säkerheter och innehas av en eller flera mellanhänder är belägna. Om säkerhetstagaren omfattas av ett giltigt och fungerande avtal om säkerhetsställande enligt den tillämpliga lagstiftningen i det land där det relevanta kontot är beläget, bör säkerhetens giltighet och verkställighet kunna hävdas mot varje annan konkurrerande rättighet eller intresse uteslutande med stöd av det landets lag, så att det förhindras att det uppstår rättslig osäkerhet till följd av annan oförutsedd lagstiftning.
- (9) För att minska de administrativa kraven på parter som använder finansiell säkerhet som omfattas av detta direktiv, bör det enda giltighetskrav som kan uppställas i nationell lagstiftning för finansiell säkerhet vara att den finansiella säkerheten överlämnas, överförs, hålls, registreras eller på annat sätt betecknas, så att säkerhetstagaren eller en annan person som handlar på säkerhetstagarens vägnar innehar eller kontrollerar den, samtidigt som sådana säkerhetstekniker inte utesluts som ger säkerhetsställaren möjlighet att ersätta säkerheten eller dra tillbaka överskjutande säkerhet.
- (10) Skapandet, giltigheten, fullbordandet, verkställigheten eller tillåtligheten som bevisning av ett avtal om finansiellt säkerhetsställande eller ställandet av finansiell säkerhet enligt ett avtal om finansiellt säkerhetsställande bör av samma skäl inte omfattas av några speciella formkrav, till exempel skyldighet att upprätta ett dokument i en viss form eller på ett visst sätt, att arkivera hos ett officiellt eller offentligt organ, att registrera i ett offentligt register, att annonsera i tidningar, tidskrifter, officiella register eller officiella publikationer eller på något annat sätt, att inkomma med en anmälan till en offentlig tjänsteman, eller att på särskilt föreskrivet sätt överlämna handlingar som styrker tidpunkten vid vilken ett dokument eller instrument skall verkställas, beloppet för de relevanta ekonomiska förpliktelserna eller någon annan uppgift. I detta direktiv måste det dock finnas bestämmelser som skapar balans mellan å ena sidan marknadseffektiviteten och å andra sidan säkerheten för avtalsparterna och tredje man, för att bland annat undvika risken för bedrägeri. Denna balans bör uppnås genom att detta direktivs tillämpningsområde endast omfattar sådana avtal om finansiellt säkerhetsställande där rådighetsavskärande föreligger, nämligen ställande av den finansiella säkerheten, och där det skriftligen eller på ett varaktigt medium kan fastställas att en finansiell säkerhet har ställts, så att säkerheten därigenom kan spåras. För att uppnå ändamålet med detta direktiv bör sådana handlingar som enligt en medlemsstats lagstiftning utgör villkor för att överföra eller skapa en säkerhet i andra finansiella instrument än kontoförda finansiella instrument, till exempel påskrift för inlösbara instrument eller införande i emittentens register när det gäller registrerade instrument, inte betraktas som formella handlingar.
- (11) Detta direktiv bör dessutom skydda endast sådana avtal om finansiellt säkerhetsställande som kan dokumenteras. Sådan dokumentation kan lämnas skriftligen eller på något annat sätt som är rättsligt tvingande enligt den lagstiftning som gäller för avtal om finansiellt säkerhetsställande.
- (12) Att det blir enklare att använda finansiella säkerheter genom att de administrativa kraven minskas kommer att bidra till ökad effektivitet i de gränsöverskridande transaktioner mellan Europeiska centralbanken och de nationella centralbankerna i de medlemsstater som deltar i Ekonomiska och monetära unionen, som är nödvändiga för genomförandet av den gemensamma monetära politiken. Att avtalen om finansiellt säkerhetsställande till viss del inte omfattas av vissa bestämmelser i insolvenslagstiftningen kommer dessutom att innebära ett mer generellt stöd för den gemensamma monetära politiken, när operatörerna på penningmarknaden balanserar den samlade likviditeten på marknaden inbördes genom transaktioner över nationsgränserna med stöd av säkerhet.
- (13) Syftet med detta direktiv är att skydda giltigheten av avtal om finansiellt säkerhetsställande som grundar sig på att den fulla äganderätten till den finansiella säkerheten överförs, till exempel genom att sådana avtal om finansiellt säkerhetsställande (inbegripet återköpsavtal) inte omklassificeras till säkerhetsställande.
- (14) Möjligheten att verkställa en bilateral slutavräkning bör skyddas, inte endast som en verkställningsmekanism inom avtal om finansiell äganderättsöverföring, inbegripet återköpsavtal, utan också i ett vidare sammanhang, när slutavräkning ingår i ett avtal om finansiellt säkerhetsställande. Sunda riskhanteringsmetoder som används allmänt på den finansiella marknaden bör skyddas genom att man säkerställer möjligheten för operatörerna att hantera och minska den kreditexponering som härrör från olika slags finansiella transaktioner på nettobasis, där kreditexponeringen beräknas genom att man lägger samman den uppskattade löpande exponeringen inom samtliga utestående transaktioner med en motpart och efter inbördes kvittning får fram ett enda sammanlagt belopp, som jämförs med säkerhetens aktuella värde.
- (15) Detta direktiv bör inte påverka tillämpningen av restriktioner eller krav enligt nationell lagstiftning som innebär att krav och förpliktelser skall beaktas vid kvittning eller avräkning, till exempel eftersom de är ömsesidiga eller har uppstått innan säkerhetstagaren kände till eller borde ha känt till inledandet av likvidations- eller rekonstruktionsförfaranden (eller en bindande rättsakt som leder till att de inleds).

(16) Den sunda marknadspraxis som godtas av tillsynsmyndigheterna och som består i att operatörerna på finansmarknaden tillämpar avtal med kompletterande finansiella säkerheter för att hantera och begränsa sina inbördes kreditrisker genom löpande beräkningar av det aktuella marknadsvärdet för kreditexponeringen och värdet av den finansiella säkerheten och därefter antingen kräver att den finansiella säkerheten skall kompletteras eller återlämnar överskjutande finansiell säkerhet, måste skyddas mot vissa automatiska återvinningsregler. Detsamma gäller möjligheten att ersätta tillgångar som ställs som finansiell säkerhet med andra tillgångar med samma värde. Syftet är endast att ställandet av kompletterande eller ersättande finansiella säkerheter inte får ifrågasättas endast på grund av att de relevanta ekonomiska förpliktelserna existerade innan den finansiella säkerheten ställdes, eller på grund av att den finansiella säkerheten ställdes under en fastställd tidsperiod. Detta påverkar dock inte möjligheten att i nationell lagstiftning föreskriva annat beträffande avtalet om finansiellt säkerhetsställande och beträffande det förhållandet att ställandet av en finansiell säkerhet skall utgöra en del av den ursprungligen ställda, kompletterade eller ersatta finansiella säkerheten, till exempel om detta har gjorts med avsikt att det skall vara till nackdel för de andra borgenärerna (detta omfattar bland annat handlande som grundar sig på bedrägeri eller liknande återvinningsregler som kan tillämpas under en fastställd tidsperiod).

(17) I detta direktiv föreskrivs snabba, icke-formalistiska verkställighetsförfaranden för att säkra den finansiella stabiliteten och begränsa smittoeffekterna, om en part i ett avtal om finansiellt säkerhetsställande inte fullgör sina förpliktelser. I detta direktiv görs dock en avvägning mellan det senare målet och skyddet av säkerhetsställaren och tredje man genom att det uttryckligen bekräftas att medlemsstaterna i sin nationella lagstiftning kan behålla eller införa en efterhandskontroll, som domstolarna kan utföra såvitt avser realisering eller värdering av finansiell säkerhet och beräkning av de relevanta ekonomiska förpliktelserna. En sådan kontroll bör göra det möjligt för de rättsliga myndigheterna att bedöma huruvida realiseringen eller värderingen har genomförts med tillgodoseende av affärsmässigt rimliga krav.

(18) Betalningsmedel bör kunna lämnas som säkerhet både vid äganderättsöverföring och säkerhetsställande och skyddas genom erkännande av avräkning eller säkerhetsställande. Med betalningsmedel avses endast pengar som krediterats på ett konto eller liknande fordringar avseende återbetalning av pengar (till exempel inlåning på penningmarknaden), vilket alltså uttryckligen utesluter sedlar.

(19) I detta direktiv föreskrivs om förfoganderätt över avtal om finansiell säkerhet, vilken kommer att öka likviditeten på finansmarknaderna på grund av förfoganderätt över "pantsatta" värdepapper. Denna förfoganderätt skall

dock inte påverka tillämpningen av den nationella lagstiftning som rör separation av tillgångar och orättvis behandling av borgenärer.

(20) Detta direktiv påverkar inte tillämpningen och verkningarna av de avtalsenliga villkoren i finansiella instrument som ställs som finansiell säkerhet, till exempel rättigheter, skyldigheter och andra villkor för emitteringar eller andra rättigheter, skyldigheter och villkor som gäller mellan emittenterna och innehavarna av sådana instrument.

(21) Denna rättsakt respekterar de grundläggande rättigheter och iakttar de principer som erkänns bland annat i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

(22) Eftersom målen för den föreslagna åtgärden, dvs. att skapa miniminormer för användningen av finansiella säkerheter inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och de därför på grund av åtgärdens omfattning och verkningar bättre kan uppnås på gemenskapsnivå, kan gemenskapen vidta åtgärder i enlighet med subsidiaritetsprincipen i artikel 5 i fördraget. I enlighet med proportionalitetsprincipen i samma artikel går detta direktiv inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Syfte och tillämpningsområde

1. Genom detta direktiv fastställs en gemenskapsordning som skall tillämpas på avtal om finansiellt säkerhetsställande som uppfyller kraven i punkterna 2 och 5 samt finansiella säkerheter i enlighet med villkoren i punkterna 4 och 5.

2. Såväl säkerhetstagaren som säkerhetsställaren måste tillhöra någon av följande kategorier:

a) En offentlig myndighet (med undantag för offentligt garanterade företag såvida de inte omfattas av led b–e), som är

- i) organ inom den offentliga sektorn i medlemsstaterna, vilka är ansvariga för eller deltar i förvaltningen av statskulden, och
- ii) organ inom den offentliga sektorn i medlemsstaterna, vilka är behöriga att föra konton för kunders räkning.

b) En centralbank, Europeiska centralbanken, Banken för internationell betalningsutjämnning, en multilateral utvecklingsbank enligt definitionen i artikel 1.19 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG av den 20 mars 2000 om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut⁽¹⁾, Internationella valutafonden och Europeiska investeringsbanken.

⁽¹⁾ EGT L 126, 26.5.2000, s. 1. Direktivet ändrat genom direktiv 2000/28/EG (EGT L 275, 27.10.2000, s. 37).

- c) Ett finansinstitut som omfattas av tillsyn, inklusive
- i) ett kreditinstitut enligt definitionen i artikel 1.1 i direktiv 2000/12/EG, inklusive instituten i förteckningen i artikel 2.3 i det direktivet,
 - ii) ett investeringsföretag enligt definitionen i artikel 1.2 i rådets direktiv 93/22/EEG av den 10 maj 1993 om investeringstjänster inom värdepappersområdet ⁽¹⁾,
 - iii) ett finansiellt institut enligt definitionen i artikel 1.5 i direktiv 2000/12/EG,
 - iv) ett försäkringsföretag enligt definitionen i artikel 1 a i rådets direktiv 92/49/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av lagar och andra författningar som avser annan direkt försäkring än livförsäkring ⁽²⁾ och ett livförsäkringsföretag enligt definitionen i artikel 1 a i rådets direktiv 92/96/EEG av den 10 november 1992 om samordning av lagar och andra författningar som avser direkt livförsäkring ⁽³⁾,
 - v) ett företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag) enligt definitionen i artikel 1.2 i rådets direktiv 85/611/EEG av den 20 december 1985 om samordning av lagar och andra författningar som avser företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag) ⁽⁴⁾,
 - vi) ett förvaltningsföretag enligt definitionen i artikel 1a.2 i direktiv 85/611/EEG.
- d) En central motpart, en avvecklingsagent eller en clearingorganisation enligt respektive definitioner i artikel 2 c–2 e i direktiv 98/26/EG, inklusive liknande institut som är reglerade i nationell lagstiftning och som agerar på termins-, options- och derivatmarknader i den utsträckning de inte omfattas av det direktivet, samt en person, dock inte en fysisk person, som handlar i egenskap av förvaltare eller företrädare för en eller flera andra personer, häribland innehavare av obligationer eller andra former av skuldförbindelser eller varje annat institut enligt definitionen i leden a–d.
- e) En person, dock inte en fysisk person, inklusive enskilda firmor och partnerskap, på villkor att den andra parten är ett institut enligt definitionen i leden a–d.

3. Medlemsstaterna får från direktivets tillämpningsområde utesluta avtal om finansiellt säkerhetsställande där någon av parterna är en sådan person som nämns i punkt 2 e.

⁽¹⁾ EGT L 141, 11.6.1993, s. 27. Direktivet senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/64/EG (EGT L 290, 17.11.2000, s. 27).

⁽²⁾ EGT L 228, 11.8.1992, s. 1. Direktivet senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/64/EG.

⁽³⁾ EGT L 360, 9.12.1992, s. 1. Direktivet senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/64/EG.

⁽⁴⁾ EGT L 375, 31.12.1985, s. 3. Direktivet senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/108/EG (EGT L 41, 13.2.2002, s. 35).

Om medlemsstaterna utnyttjar detta alternativ, skall de underrätta kommissionen, som skall underrätta de andra medlemsstaterna om detta.

- 4. a) Den finansiella säkerhet som skall ställas måste bestå av betalningsmedel eller finansiella instrument.
 - b) Medlemsstaterna får från direktivets tillämpningsområde utesluta finansiella säkerheter som består av säkerhetsställarens egna aktier, aktier i anknutna företag i den mening som avses i direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983 om sammanställd redovisning ⁽⁵⁾ samt aktier i bolag vars verksamhet uteslutande syftar till att äga sådana produktionsmedel som är väsentliga för säkerhetsställarens verksamhet eller till att äga fast egendom.
5. Detta direktiv skall tillämpas på finansiella säkerheter när de väl har ställts och detta kan styrkas skriftligen.

Styrkandet av ställd finansiell säkerhet måste göra det möjligt att identifiera den avsedda finansiella säkerheten. För detta ändamål räcker det att visa att säkerheter i form av kontoförda finansiella instrument har krediterats eller utgör ett tillgodohavande på det relevanta kontot och att en säkerhet i form av betalningsmedel har krediterats eller utgör ett tillgodohavande på det därför avsedda kontot.

Detta direktiv skall omfatta avtal om finansiellt säkerhetsställande, om avtalet kan styrkas skriftligen eller på ett rättsligt likvärdigt sätt.

Artikel 2

Definitioner

1. I detta direktiv avses med

- a) *avtal om finansiellt säkerhetsställande*: avtal om finansiell äganderättsöverföring eller finansiell säkerhet, oavsett om dessa täcks av ramavtal eller allmänna villkor.
- b) *avtal om finansiell äganderättsöverföring*: avtal (inklusive återköpsavtal) enligt vilka en säkerhetsställare överför full äganderätt till en finansiell säkerhet till en säkerhetstagare för att säkerställa eller på annat sätt täcka fullgörandet av de relevanta ekonomiska förpliktelserna (säkerhetsöverlåtelse).
- c) *avtal om finansiell säkerhet*: 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.

⁽⁵⁾ EGT L 193, 18.7.1983, s. 1. Direktivet senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/65/EG (EGT L 283, 27.10.2001, s. 28).

- d) *betalningsmedel*: pengar som har krediterats ett konto, oavsett valutslag, eller liknande fordringar som avser återbetalning av pengar (t.ex. inlåning på penningmarknaden).
- e) *finansiella instrument*: aktier i företag och likvärdiga värdepapper, obligationer och andra skuldförbindelser som kan omsättas på kapitalmarknaden, samt andra värdepapper som normalt omsätts och ger rätt att förvärva varje sådan typ av aktier, obligationer eller andra värdepapper genom teckning, köp eller byte eller som föranleder kontantavveckling (med undantag av betalningsinstrument), inklusive andelar i fondföretag, penningmarknadsinstrument samt fordringar på och rättigheter till eller avseende någon av de föregående instrumenten.

- f) *relevanta ekonomiska förpliktelser*: 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 säkerhetsstäl-laren har gentemot säkerhetstagaren, eller
 - iii) förpliktelser av särskilt angivet slag eller av en typ som tidvis kan uppstå,
- g) *säkerheter i form av kontoförda finansiella instrument*: finansiella säkerheter, som ställts enligt ett avtal om finansiellt säkerhetsställande och utgörs av finansiella instrument, varvid äganderätten framgår av registrering i ett register eller på ett konto som förs av en mellanhand eller för dennes räkning.
- h) *relevant konto*: avser i fråga om sådana säkerheter i form av kontoförda finansiella instrument som omfattas av ett avtal om finansiellt säkerhetsställande, 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.
- i) *likvärdig säkerhet*:
- i) när det gäller betalningsmedel, en betalning med samma belopp och i samma valuta,
 - ii) när det gäller finansiella instrument, finansiella instrument med samma emittent eller gäldenär, från samma emission eller kategori och med samma nominella belopp, valuta och beteckning, eller andra tillgångar, om det i avtalet om finansiellt säkerhetsställande föreskrivs att andra tillgångar skall överföras, om någon händelse inträffar som avser eller påverkar något finansiellt instrument som lämnats som finansiell säkerhet.
- j) *likvidationsförfarande*: kollektivt förfarande som innebär att tillgångar realiserar och att intäkterna av detta på lämpligt sätt fördelas mellan fordringsägare, aktieägare eller medlemmar, och som innebär någon form av ingripande

från de administrativa eller rättsliga myndigheterna, inbegripet fall då det kollektiva förfarandet avslutas med ackord eller annan motsvarande åtgärd, och oberoende av om förfarandet grundas på insolvens eller ej eller om det är frivilligt eller tvingande.

- k) *rekonstruktionsåtgärder*: åtgärder som kräver någon form av ingripande från de administrativa eller rättsliga myndigheterna och som vidtas i syfte att bevara eller återställa en ekonomisk ställning och som påverkar tredje mans befintliga rättigheter, inklusive, men inte begränsat till, åtgärder som innebär inställelse av betalningar, inhibitionsåtgärder eller nedskrivning av fordringar.

- l) *utlösande händelse*: en försummelse att betala eller varje likartad händelse, som enligt överenskommelse mellan parterna ger säkerhetstagaren rätt att på de villkor som följer av avtalet om finansiellt säkerhetsställande eller av lag realisera eller tillägna sig en finansiell säkerhet eller vilken medför att en slutavräkningsklausul tillämpas.

- m) *förfoganderätt*: säkerhetstagares rätt att nyttja och föfoga över en ställd finansiell säkerhet enligt ett avtal om finansiell säkerhet som ägare i enlighet med villkoren i avtalet.

- n) *slutavräkningsklausul*: en klausul i ett avtal om finansiellt säkerhetsställande, eller i ett avtal, där ett avtal om finansiellt säkerhetsställande utgör en del, eller, om det inte finns någon sådan klausul, varje lagbestämmelse i vilken det föreskrivs följande i de fall en utlösande händelse inträffar (antingen genom ett avräknings- eller kvittningsförfarande eller på annat sätt),

- i) den tidpunkt vid vilken parterna skall uppfylla sina förpliktelser tidigareläggs, så att de antingen omedelbart skall infrias och uttrycks som en förpliktelse att betala ett belopp som motsvarar deras beräknade aktuella värde, eller upphävs och ersätts med en förpliktelse att betala samma belopp, och/eller

- ii) en beräkning görs av vad varje part är skyldig den andre med avseende på dessa förpliktelser och en nettosumma motsvarande saldot på kontot skall betalas av den part som har den största skulden till den andra parten.

2. I detta direktiv avses med "att ställa" eller "ställande" av finansiell säkerhet, den finansiella säkerhet som lämnas, överförs, hålls, registreras eller på annat sätt anges, så att den innehas eller kontrolleras av säkerhetstagaren eller en person som handlar för dennes räkning. En rätt för säkerhetsstäl-laren att byta ut den finansiella säkerheten eller att dra tillbaka överskjutande finansiell säkerhet skall inte påverka det faktum att den finansiella säkerheten anses ha ställts till säkerhetstagaren enligt detta direktiv.

3. I detta direktiv innefattar ordet "skriftligen" lagring på elektronisk väg eller på något annat varaktigt medium.

Artikel 3

Formella krav

1. Medlemsstaterna skall inte kräva att skapandet, giltigheten, fullbordandet, verkställigheten eller tillåtligheten som bevisning av ett avtal om finansiellt säkerhetsställande eller ställandet av en finansiell säkerhet i enlighet med ett sådant avtal är beroende av någon formell handling.

2. Punkt 1 skall inte hindra att detta direktiv tillämpas först när finansiella säkerheter har ställts, om ställandet av säkerhet kan styrkas skriftligen och avtalet om finansiellt säkerhetsställande kan styrkas skriftligen eller på ett rättsligt likvärdigt sätt.

Artikel 4

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 underätta 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.

Artikel 5

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 föfoga 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 förfallodagen för de relevanta ekonomiska förpliktelser som omfattas av avtalet om finansiell säkerhet.

Alternativt skall säkerhetstagaren på förfallodagen 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 förpliktelserna.

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.

Artikel 6

Erkännande av avtal om finansiell äganderättsöverföring

1. Medlemsstaterna skall säkerställa att ett avtal om finansiell äganderättsöverföring kan få verkan i enlighet med villkoren i detsamma.
2. Om en utlösande händelse inträffar när säkerhetstagaren har en kvarstående förpliktelse att överföra likvärdig säkerhet inom ramen för ett avtal om finansiell äganderättsöverföring, kan denna förpliktelse bli föremål för ett slutavräkningsförfarande.

Artikel 7

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 säkerhetsstäl-laren 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.

Artikel 8

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.

Artikel 9

Lagval

1. Varje ärende som avser någon av de frågor som anges i punkt 2 och som uppstår i samband med säkerheter i form av kontoförda finansiella instrument, skall omfattas av lagen i det land där det relevanta kontot förs. Med lagstiftning i ett land avses den inhemska lagstiftningen, med undantag för varje regel enligt vilken ett beslut i det aktuella ärendet bör fattas med beaktande av ett annat lands lagstiftning.

2. De frågor som avses i punkt 1 är följande:

- a) Den rättsliga naturen hos säkerheter i form av kontoförda finansiella instrument och de egendomsrättsliga verkningar som dessa har.

- b) Kraven på fullbordandet av ett avtal om finansiellt säkerhetsställande med avseende på sådana kontoförda finansiella instrument och sådant ställande av kontoförda finansiella instrument som omfattas av ett sådant avtal om finansiellt säkerhetsställande och i mer allmänna ordalag fullföljandet av de åtgärder som är nödvändiga för att göra ett sådant avtal och ett sådant ställande av säkerhet gällande gentemot tredje man.
- c) Frågan om en persons äganderätt till eller anspråk på sådana säkerheter i form av kontoförda finansiella instrument skall sättas åt sidan av eller underordnas ett konkurrerande äganderättskrav eller anspråk, eller om ett förvärv i god tro har gjorts.
- d) Vilka åtgärder som krävs för att realisera säkerheter i form av kontoförda finansiella instrument efter det att en utlösande händelse inträffat.

Artikel 10

Rapport från kommissionen

Senast den 27 december 2006 skall kommissionen lägga fram en rapport för Europaparlamentet och rådet om tillämpningen av detta direktiv, särskilt om tillämpningen av artiklarna 1.3 och 4.3 samt artikel 5, om lämpligt åtföljt av förslag om översyn.

Artikel 11

Genomförande

Medlemsstaterna skall senast den 27 december 2003 sätta i kraft de lagar och andra författningar som krävs för att följa detta direktiv. De skall genast underrätta kommissionen om detta.

När en medlemsstat antar dessa bestämmelser skall de innehålla en hänvisning till detta direktiv eller åtföljas av en sådan hänvisning när de offentliggörs. Närmare föreskrifter om hur hänvisningen skall göras skall varje medlemsstat själv utfärda.

Artikel 12

Ikraftträdande

Detta direktiv träder i kraft samma dag som det offentliggörs i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*.

Artikel 13

Adressater

Detta direktiv riktar sig till medlemsstaterna.

Utfärdat i Bryssel den 6 juni 2002.

På Europaparlamentets vägnar

På rådets vägnar

P. COX

A. M. BIRULÉS Y BERTRÁN

Ordförande

Ordförande

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

(Text av betydelse för EES)

EUROPAPARLAMENTET OCH EUROPEISKA UNIONENS RÅD HAR ANTAGIT DETTA DIREKTIV

denna utveckling bör begreppet samverkande system och systemoperatörens ansvar förtydligas.

med beaktande av fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, särskilt artikel 95,

- (4) Genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG⁽⁶⁾ skapades en enhetlig gemenskapsrättslig ram för gränsöverskridande användning av finansiella säkerheter och därigenom avskaffades de flesta av de formella krav som tidigare gällt för avtal om finansiellt säkerhetsställande.

med beaktande av kommissionens förslag,

med beaktande av Europeiska centralbankens yttrande⁽¹⁾,

- (5) Europeiska centralbanken beslutade att införa kreditfordringar som en godtagbar typ av säkerhet för kredittransaktioner i Eurosystemet från och med den 1 januari 2007. För att maximera den ekonomiska effekten av användningen av kreditfordringar, rekommenderade Europeiska centralbanken att tillämpningsområdet för direktiv 2002/47/EG skulle utvidgas. Kommissionens utvärderingsrapport av den 20 december 2006 om direktiv 2002/47/EG om ställande av finansiell säkerhet tog upp denna fråga och tillstyrkte Europeiska centralbankens uppfattning. Användningen av kreditfordringar kommer att öka förekomsten av tillgängliga säkerheter. Vidare harmonisering på området för avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper skulle också ytterligare bidra till att skapa likvärdiga konkurrensvillkor mellan kreditinstitut i alla medlemsstater. Om användningen av kreditfordringar som säkerhet underlättas ytterligare kommer konsumenter och gäldenärer också att tjäna på detta, eftersom användningen av kreditfordringar som säkerheter i slutändan skulle kunna leda till ökad konkurrens och förbättrad tillgång till krediter.

med beaktande av Europeiska ekonomiska och sociala kommitténs yttrande⁽²⁾,

i enlighet med förfarandet i artikel 251 i fördraget⁽³⁾,

- (6) I syfte att underlätta användningen av kreditfordringar är det viktigt att avskaffa eller förbjuda alla administrativa regler, som exempelvis anmälnings- och registreringskrav, som skulle göra överlåtelser av kreditfordringar ogenomförbara. För att inte äventyra säkerhetstagares ställning bör gäldenärer med rättslig verkan även kunna avstå från sina kvittningsrättigheter gentemot borgenärer. Samma motiv bör också gälla för behovet av att införa en möjlighet för gäldenären att avstå från skydd av banksekretessregler, eftersom säkerhetstagaren i annat fall kan ha otillräcklig information för att korrekt bedöma värdet av de underliggande kreditfordringarna. Dessa bestämmelser bör inte påverka Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/48/EG av den 23 april 2008 om konsumentkreditavtal⁽⁷⁾.

och av följande skäl:

- (1) Genom Europaparlamentets och rådets direktiv 98/26/EG⁽⁴⁾ infördes en ordning där slutlig avveckling av överföringsuppdrag och nettning samt säkerhetsverkställighet säkerställs i fråga om såväl inhemska som utländska deltagare i systemen för överföring av betalningar och värdepapper.
- (2) I utvärderingsrapporten från kommissionen av den 7 april 2006 om direktiv 98/26/EG om slutgiltig avveckling drogs slutsatsen att direktiv 98/26/EG allmänt sett fungerar väl. I rapporten framhölls att en del betydande förändringar kan vara förestående på området för avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper och slutsatsen var att det finns ett visst behov av att förtydliga och förenkla direktiv 98/26/EG.
- (3) Den huvudsakliga förändringen är emellertid det ökande antalet sammanlänkningar mellan system som då direktiv 98/26/EG utarbetades nästan uteslutande drevs på nationell och oberoende grund. Denna förändring är ett av resultaten av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument⁽⁵⁾, och den europeiska uppförandekoden för clearing och avveckling. Som en anpassning till

(1) EUT C 216, 23.8.2008, s. 1.

(2) Yttrande av den 3 december 2008 (ännu ej offentliggjort i EUT).

(3) Europaparlamentets yttrande av den 18 december 2008 (ännu ej offentliggjort i EUT) och rådets beslut av den 27 april 2009.

(4) EGT L 166, 11.6.1998, s. 45.

(5) EUT L 145, 30.4.2004, s. 1.

(6) EGT L 168, 27.6.2002, s. 43.

(7) EUT L 133, 22.5.2008, s. 66.

- (7) Medlemsstaterna har inte använt sig av möjligheten i artikel 4.3 i direktiv 2002/47/EG att inte tillåta säkerhetstagarens rätt till tillägnelse. Den bestämmelsen bör därför utgå.
- (8) Direktiven 98/26/EG och 2002/47/EG bör därför ändras i enlighet med detta.
- (9) I enlighet med punkt 34 i det interinstitutionella avtalet om bättre lagstiftning ⁽¹⁾ uppmuntras medlemsstaterna att för egen del och i gemenskapens intresse upprätta egna tabeller som så långt det är möjligt visar överensstämmelsen mellan detta direktiv och införlivandeåtgärderna samt att offentliggöra dessa tabeller.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Ändringar av direktiv 98/26/EG

Direktiv 98/26/EG ska ändras på följande sätt:

1. Skäl 8 ska utgå.
2. Följande skäl ska införas:

"(14a) De behöriga nationella myndigheterna eller tillsynsorganen bör se till att systemoperatörerna för de system som tillsammans bildar de samverkande systemen i möjligaste mån har kommit överens om gemensamma regler om tidpunkten för införande i de samverkande systemen. De behöriga nationella myndigheterna eller tillsynsorganen bör se till att reglerna om tidpunkten för införandet i samverkande system samordnas så långt som möjligt och i den mån som behövs, så att man undviker osäkerhet om rättsläget vid eventuellt fallissemang i ett deltagande system."

3. Följande skäl ska införas:

"(22a) När det gäller samverkande system, kan en brist på samordning i fråga om vilka regler som är tillämpliga för tidpunkten för införande och oåterkallelighet utsätta deltagarna i ett system, eller till och med systemoperatören, för externa effekter av ett fallissemang i ett annat system. För att begränsa systemrisken är det önskvärt att föreskriva att systemoperatörer för samverkande system samordnar reglerna för tidpunkten för införande och oåterkallelighet i de system som de driver."

4. Artikel 1 ska ändras på följande sätt:
 - a) I led a ska ordet "ecu" ersättas med ordet "euro".
 - b) I led c ska andra strecksatsen ersättas med följande:

— operationer som utförs av centralbankerna i medlemsstaterna eller Europeiska centralbanken inom ramen för deras funktion som centralbanker."
5. Artikel 2 ska ändras på följande sätt:
 - a) Led a ska ändras på följande sätt:
 - i) Första strecksatsen ska ersättas med följande:

— mellan tre eller flera deltagare, exklusive systemoperatören för systemet, en eventuell avvecklingsagent, en eventuell central motpart, en eventuell clearingorganisation eller en eventuell indirekt deltagare, med gemensamma regler och standardiserade arrangemang för clearing (oberoende av om det sker genom en central motpart) eller för att utföra överföringsuppdrag mellan deltagarna,"
 - ii) Följande stycke ska läggas till:

"Arrangemang mellan samverkande system ska inte betecknas som system."
 - b) I led b ska första och andra strecksatsen ersättas med följande:

— ett kreditinstitut enligt definitionen i artikel 4.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/48/EG av den 14 juni 2006 om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut (omarbetning) (*), inklusive instituten som förtecknas i artikel 2 i det direktivet,

— ett värdepappersföretag enligt definitionen i led 1 i artikel 4.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument (**) exklusive de institut som återfinns i artikel 2.1 i det direktivet,
- c) Led f ska ändras på följande sätt:
 - i) Första stycket ska ersättas med följande:

"f) *deltagare*: ett institut, en central motpart, en avvecklingsagent, en clearingorganisation eller en systemoperatör."

⁽¹⁾ EUT C 321, 31.12.2003, s. 1.

(*) EUT L 177, 30.6.2006, s. 1.

(**) EUT L 145, 30.4.2004, s. 1."

ii) Tredje stycket ska ersättas med följande:

”En medlemsstat får när den tillämpar detta direktiv besluta att en indirekt deltagare får betraktas som deltagare, om systemrisken motiverar detta. Om en indirekt deltagare betraktas som deltagare på grund av systemrisker begränsar inte detta den deltagares ansvar genom vilken den indirekta deltagaren utför överföringsuppdrag till systemet.”

d) Led g ska ersättas med följande:

”g) *indirekt deltagare*: ett institut, en central motpart, en avvecklingsagent, en clearingorganisation eller en systemoperatör med ett avtalsförhållande till en deltagare i ett system som utför överföringsuppdrag, varigenom den indirekta deltagaren ges möjlighet att utföra överföringsuppdrag genom systemet, under förutsättning att den indirekta deltagaren är känd hos systemoperatören.”

e) Led h ska ersättas med följande:

”h) *värdepapper*: alla instrument som avses i avsnitt C i bilaga I till direktiv 2004/39/EG.”

f) I led i ska första strecksatsen ersättas med följande:

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

g) Led l ska ersättas med följande:

”l) *avvecklingskonto*: ett konto i en centralbank, hos en avvecklingsagent eller en central motpart, vilket används såväl för att hålla penningmedel eller värdepapper som för att avveckla transaktioner mellan deltagare i ett system.”

h) Led m ska ersättas med följande:

”m) *säkerhet*: alla realiserbara tillgångar – 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 (*) – som tillhandahålls genom pantsättning (inklusive pengar som tillhandahålls genom pantsättning), ett återköpsavtal eller liknande avtal eller på annat sätt för att säkra

rättigheter och förpliktelser som kan uppstå i samband med ett system, eller som tillhandahålls medlemsstaternas centralbanker eller Europeiska centralbanken.

(*) EGT L 168, 27.6.2002, s. 43.”

i) Följande led ska läggas till:

”n) *bankdag*: omfattar avvecklingstjänster under såväl dag som natt samt alla händelser under ett systems ekonomiska cykel.

o) *samverkande system*: två eller flera system vilkas systemoperatörer har ingått ett ömsesidigt arrangemang som innebär verkställande av överföringsuppdrag mellan systemen.

p) *systemoperatör*: en eller flera enheter med rättsligt ansvar för driften av ett system. En systemoperatör får också agera som en avvecklingsagent, central motpart eller clearingorganisation.”

6. Artikel 3 ska ändras på följande sätt:

a) Punkt 1 ska ersättas med följande:

”1. Överföringsuppdrag och nettning ska gälla enligt rättsordningen och vara bindande i förhållande till tredje man, även i händelse av insolvensförfaranden mot en deltagare, under förutsättning att överföringsuppdragen infördes i systemet före den tidpunkt då sådana insolvensförfaranden inleddes enligt definitionen i artikel 6.1. Detta ska även 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.

Överföringsuppdrag som införs i ett system efter den tidpunkt då insolvensförfaranden inleddes och som utförs under den bankdag, enligt definition i reglerna för systemet, under vilken dessa förfaranden inleddes ska endast gälla enligt rättsordningen och vara bindande i förhållande till tredje man, om systemoperatören kan bevisa att den vid den tidpunkt då överföringsordern blev oåterkallelig varken hade eller borde ha haft kännedom om att sådana förfaranden hade inletts.”

b) Följande punkt ska läggas till:

”4. I fråga om samverkande system fastställer varje system i sina egna regler tidpunkten för införande i sitt system, på ett sätt som i största möjliga utsträckning säkerställer att reglerna för alla berörda samverkande system samordnas i detta avseende. Om inget annat uttryckligen föreskrivs i reglerna för alla de system som ingår i de samverkande systemen, ska ett systems regler om tidpunkten för införande inte påverkas av regler i andra system som det samverkar med.”

7. Artikel 4 ska ersättas med följande:

"Artikel 4

Medlemsstaterna får föreskriva att inledning av insolvensförfaranden mot en deltagare eller en systemoperatör för ett samverkande system inte ska förhindra att medel eller värdepapper, som finns tillgängliga på den deltagarens avvecklingskonto, används för att uppfylla den deltagarens förpliktelser i systemet, eller i ett samverkande system, den bankdag insolvensförfarandena inleds. Medlemsstaterna får också föreskriva att en sådan deltagares kreditfacilitet, som är förbunden med systemet, används för att uppfylla den deltagarens förpliktelser i systemet, eller i ett samverkande system, mot tillgänglig och befintlig säkerhet."

8. I artikel 5 ska följande stycke läggas till:

"I fråga om samverkande system ska varje system i sina egna regler fastställa tidpunkten för oåterkallelighet på ett sätt som i största möjliga utsträckning säkerställer att reglerna för alla berörda samverkande systems regler samordnas i detta avseende. Om inget annat uttryckligen föreskrivs i reglerna för alla de system som ingår i de samverkande systemen, ska ett systems regler om tidpunkten för oåterkallelighet inte påverkas av regler i andra system som det samverkar med."

9. Artikel 7 ska ersättas med följande:

"Artikel 7

Insolvensförfaranden ska inte ha retroaktiv verkan på de av en deltagares rättigheter och förpliktelser som uppstår genom eller i samband med deltagande i ett system, före tidpunkten för inledning av sådana förfaranden som definieras i artikel 6.1. Detta ska bland annat gälla vad avser rättigheter och förpliktelser för en deltagare i ett samverkande system eller för en systemoperatör för ett samverkande system som inte är deltagare."

10. Artikel 9 ska ersättas med följande:

"Artikel 9

1. De rättigheter som en systemoperatör eller en deltagare har till en säkerhet som ställs till dem i samband med ett system eller ett samverkande system och de rättigheter som medlemsstaternas centralbanker eller Europeiska centralbanken har till en säkerhet som ställs till dem ska inte påverkas av insolvensförfaranden mot någon av följande:

- a) Deltagaren (i det berörda systemet eller i ett samverkande system).
- b) Systemoperatören för ett samverkande system, som inte är deltagare.

c) Motpart till medlemsstaternas centralbanker eller Europeiska centralbanken.

d) Tredje man som ställt säkerheten.

Sådan säkerhet får realiseras för att tillgodose dessa rättigheter.

2. Då värdepapper, inklusive rättigheter till värdepapper, ställs som säkerhet till deltagare, systemoperatörer eller till medlemsstaternas centralbanker eller Europeiska centralbanken enligt beskrivning i punkt 1 och deras rätt, eller den rätt något ombud, någon agent eller någon 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, ska sådana enheters rättigheter som säkerhetsinnehavare i förhållande till dessa värdepapper regleras av lagen i den medlemsstaten."

11. Artikel 10 ska ersättas med följande:

"Artikel 10

1. Medlemsstaterna ska ange vilka system, och vilka respektive systemoperatörer, som kommer att innefattas i detta direktivs räckvidd och ska anmäla dem till kommissionen och underrätta kommissionen om vilka myndigheter de har utsett enligt artikel 6.2.

Systemoperatören ska till den medlemsstat vars lag är tillämplig ange deltagarna i systemet, inklusive varje eventuell indirekt deltagare, och varje förändring med avseende på deltagarna.

Medlemsstaterna får, utöver den angivelse som föreskrivs i andra stycket, underkasta system som faller under deras jurisdiktion tillsyns- eller tillståndskrav.

Ett institut ska på begäran till var och en som har ett berättigat intresse lämna upplysningar om i vilka system institutet deltar och om de huvudsakliga bestämmelserna för dessa systems verksamhet.

2. Ett system som har betecknats som system innan nationella bestämmelser har trätt i kraft för genomförande av 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 (*) ska fortsätta att vara betecknat som system enligt detta direktiv.

Ett överföringsuppdrag som införs i ett system före den tidpunkt då nationella genomförandebestämmelser för direktiv 2009/44/EG + träder i kraft, men som avvecklas efter det, ska anses utgöra ett överföringsuppdrag enligt detta direktiv.

(*) EUT L 146, 10.6.2009, s. 37.”

Artikel 2

Ändring av direktiv 2002/47/EG

Direktiv 2002/47/EG ska ändras på följande sätt:

1. Skäl 9 ska ersättas med följande:

”(9) För att minska de administrativa bördorna för parter som använder finansiell säkerhet som omfattas av detta direktiv, bör det enda giltighetskrav när det gäller parterna som kan uppställas i nationell lagstiftning för finansiell säkerhet vara att den finansiella säkerheten står under kontroll av säkerhetstagaren eller en annan person som handlar på säkerhetstagarens vägnar, samtidigt som sådana säkerhetstekniker inte utesluts som ger säkerhetsställaren möjlighet att ersätta säkerheten eller dra tillbaka överskjutande säkerhet. Detta direktiv bör inte hindra medlemsstaterna från att kräva att en kreditfordran överlämnas genom att upptas i en förteckning över fordringar.”

2. Skäl 20 ska ersättas med följande:

”(20) Detta direktiv påverkar inte tillämpningen eller verkningarna av de avtalsenliga villkoren i finansiella instrument eller kreditfordringar som ställs som finansiell säkerhet, till exempel rättigheter, skyldigheter eller andra villkor vid emission av sådana instrument, eller alla andra rättigheter, skyldigheter eller villkor som gäller mellan emittenterna och innehavarna av sådana instrument eller mellan gäldenären och borgenären till sådana kreditfordringar.”

3. Följande skäl ska läggas till:

”(23) Detta direktiv påverkar inte medlemsstaternas rätt att föreskriva regler för att säkerställa effektiva avtal om finansiellt säkerhetsställande gentemot tredje man vad avser kreditfordringar.”

4. Artikel 1 ska ändras på följande sätt:

a) Punkt 2 b ska ersättas med följande:

”b) En centralbank, Europeiska centralbanken, Banken för internationell betalningsutjämning, en multilateral utvecklingsbank enligt vad som avses i bilaga VI, del 1, avsnitt 4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/48/EG av den 14 juni 2006 om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut (omarbetning) (*), Internationella valutafonden och Europeiska investeringsbanken.

(*) EUT L 177, 30.6.2006, s. 1.”

b) I punkt 2 c ska leden i–iv ersättas med följande:

”i) ett kreditinstitut enligt definitionen i artikel 4.1 i direktiv 2006/48/EG, inklusive instituten i förteckningen i artikel 2 i det direktivet,

ii) ett värdepappersföretag enligt definitionen i led 1 i artikel 4.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument (*),

iii) ett finansiellt institut enligt definitionen i artikel 4.5 i direktiv 2006/48/EG,

iv) ett försäkringsföretag enligt definitionen i artikel 1 a i rådets direktiv 92/49/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av lagar och andra författningar som avser annan direkt försäkring än livförsäkring (tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring) (**) och ett livförsäkringsföretag enligt definitionen i artikel 1.1 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/83/EG av den 5 november 2002 om livförsäkring (**).

(*) EUT L 145, 30.4.2004, s. 1.

(**) EGT L 228, 11.8.1992, s. 1.

(***) EGT L 345, 19.12.2002, s. 1.”

c) Punkt 4 a ska ersättas med följande:

”a) Den finansiella säkerhet som ska ställas ska bestå av betalningsmedel, finansiella instrument eller kreditfordringar.”

d) I punkt 4 ska följande led läggas till:

”c) Medlemsstaterna får från tillämpningsområdet för detta direktiv undanta kreditfordringar där gäldenären är en konsument enligt definitionen i artikel 3 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/48/EG av den 23 april 2008 om konsumentkreditavtal (*) eller ett mikroföretag eller mindre företag enligt definitionen i artikel 1 och artikel 2.2 och 2.3 i bilagan till kommissionens rekommendation 2003/361/EG av den 6 maj 2003 om definitionen av mikroföretag samt små och medelstora företag (**), såvida inte säkerhetstagaren eller säkerhetsställaren av sådana kreditfordringar är ett av de institut som anges i artikel 1.2 b i detta direktiv.

(*) EUT L 133, 22.5.2008, s. 66.

(**) EUT L 124, 20.5.2003, s. 36.”

e) Punkt 5 ska ändras på följande sätt:

i) I andra stycket ska följande mening läggas till:

”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.”

ii) Följande stycke ska införas efter andra stycket:

”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.”

5. Artikel 2 ska ändras på följande sätt:

a) Punkt 1 ska ändras på följande sätt:

i) Led b och c ska ersättas med följande:

”b) *avtal om finansiell äganderättsöverföring*: avtal (inklusive återköpsavtal) enligt vilka en säkerhetsställare överför full äganderätt till, eller full rätt att utnyttja, en finansiell säkerhet till en säkerhetstagare för att säkerställa eller på annat sätt täcka fullgörandet av de relevanta ekonomiska förpliktelserna.

c) *avtal om finansiell säkerhet*: avtal enligt vilka säkerhetsställaren ställer finansiell säkerhet till säkerhetstagaren eller till dennes förmån, varvid den fulla eller kvalificerade äganderätten till den finansiella säkerheten, eller den fulla rätten att utnyttja denna kvarstår hos säkerhetsställaren när säkerhetsrätten är fastställd.”

ii) Följande led ska läggas till:

”o) *kreditfordringar*: 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.”

b) I punkt 2 ska andra meningen ersättas med följande:

”En rätt för säkerhetsställaren att byta ut den finansiella säkerheten eller att dra tillbaka överskjutande finansiell säkerhet, eller i fråga om kreditfordringar, en rätt att tills vidare inkassera behållningen därav, ska inte påverka det faktum att den finansiella säkerheten anses ha ställts till säkerhetstagaren enligt detta direktiv.”

6. Artikel 3 ska ändras på följande sätt:

a) I punkt 1 ska följande stycken läggas till:

”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.

Senast den 30 juni 2014 ska kommissionen rapportera till Europaparlamentet och rådet om huruvida bestämmelsen i denna punkt är lämplig även i fortsättningen.”

b) Följande punkt ska läggas till:

”3. Utan att det påverkar tillämpningen av rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal (*) och nationella bestämmelser om oskäliga avtalsvillkor ska medlemsstaterna säkerställa att gäldenärer till kreditfordringarna, skriftligen eller på ett rättsligt likvärdigt sätt, med giltig verkan, får avstå från

i) sina kvittningsrättigheter gentemot kreditfordringens borgenärer och gentemot personer till vilka borgenärerna har överlätit, pantsatt eller på annat sätt överfört kreditfordran som säkerhet, och

ii) 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 gäldenären i syfte att använda kreditfordran som säkerhet.

(*) EGT L 95, 21.4.1993, s. 29.”

7. Artikel 4 ska ändras på följande sätt:

a) I punkt 1 ska följande led läggas till:

”c) När det gäller kreditfordringar genom försäljning eller tillägnelse eller genom att deras värde kvittas mot eller används vid uppfyllandet av de relevanta ekonomiska förpliktelserna.”

b) I punkt 2 ska led b ersättas med följande:

”b) parterna i avtalet om finansiell säkerhet har kommit överens om hur de finansiella instrumenten och kreditfordringarna ska värderas.”

c) Punkt 3 ska utgå.

8. I artikel 5 ska följande punkt läggas till:

”6. Denna artikel ska inte tillämpas på kreditfordringar.”

9. Följande artikel ska införas efter artikel 9:

”Artikel 9a

Direktiv 2008/48/EG

Bestämmelserna i detta direktiv ska inte påverka tillämpningen av direktiv 2008/48/EG.”

Artikel 3

Införlivande

1. Medlemsstaterna ska före den 30 december 2010 anta och offentliggöra de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv. De ska genast underrätta kommissionen om detta.

De ska tillämpa dessa bestämmelser från och med den 30 juni 2011.

När medlemsstaterna antar dessa bestämmelser ska de innehålla en hänvisning till detta direktiv eller åtföljas av en sådan hänvisning när de offentliggörs. Närmare föreskrifter om hur hänvisningen ska göras ska varje medlemsstat själv utfärda.

2. Medlemsstaterna ska till kommissionen överlämna texten till de centrala bestämmelser i nationell lagstiftning som de antar inom det område som omfattas av detta direktiv.

Artikel 4

Ikraftträdande

Detta direktiv träder i kraft den tjugonde dagen efter det att det har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*.

Artikel 5

Adressater

Detta direktiv riktar sig till medlemsstaterna.

Utfärdat i Strasbourg den 6 maj 2009.

På Europaparlamentets vägnar

H.-G. PÖTTERING

Ordförande

På rådets vägnar

J. KOHOUT

Ordförande