

JESPER LOQUIST

Kvarstad på bankmedel utifrån ett nationellt och EU-rättsligt perspektiv – ett säkert medel för att säkra medel?

Artikeln är ett kortare sammandrag av ett examensarbete genomfört vårterminen 2016 inom ramen för juristutbildningen vid Örebro universitet.

Jesper Loquist

Biträdande jurist på Advokathuset Öster, Strelowgatan 11, 62145 Visby,
jesper@advokathusetoster.se

1 NÅGOT OM KVARSTADSINSTITUTET

Kvarstad är en åtgärd som används av borgenärer för att interimistiskt säkra rättsliga anspråk i väntan på domstolens avgörande i saken.¹ Kvarstad är den vanligast förekommande åtgärden för provisoriskt rättsskydd. Det hänger samman med den expansiva kredit- och penningmarknaden. Eftersom allt fler lånar allt mer, är kvarstadsinstitutet en viktig del av borgenärsskyddet.² Syftet med kvarstadsåtgärden är att garantera att en gäldenär har utmättningsbar egendom vid en förestående utmätning, dvs. den framtida domsverkställigheten.³ Kvarstad begränsar gäldenärens förfoganderätt över den kvarstadsbelagda egendomen och ska förhindra gäldenären att på olika sätt sabotera för borgenären och påverka dennes möjligheter att tillvarata sin rätt.⁴ Säkerhetsåtgärden ska säkra en meningsfull dom, däremot inte ersätta den.⁵ Säkerhetsåtgärdsprocessen är summarisk.⁶ Om civilprocessens ändamål är att i görligaste mån tillse materiellt riktigt resultat, är

¹ Jfr. 15 kap. 1 § RB och Westberg, P, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål: Bok 3*, Lund, 2004 [cit. Westberg III], s. 32.

² Gregow, T, *Kvarstad och andra säkerhetsåtgärder: enligt 15 kap. rättegångsbalken*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2014 [cit. Gregow, Kvarstad], s. 118 och s. 125; Westberg, P, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål: Bok 2*, Lund, 2004 [cit. Westberg II], s. 31 f.

³ Gregow, *Kvarstad*, s. 32; Westberg, P, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål: Bok 1*, Lund, 2004 [cit. Westberg I], s. 94 f.

⁴ Gregow, *Kvarstad*, s. 34; Westberg II, s. 31 f.

⁵ Westberg I, s. 77 f. och s. 82 f.

⁶ Gregow, *Kvarstad*, s. 47 ff. Jfr. Westberg IV, s. 33 och s. 112 f.

ändamålet med en process om kvarstadsåtgärd att garantera ett snabbt resultat. Det som kan anses lämpligt i det förra fallet, kan vara ”döden” för det senare.⁷

Som regel utstår gäldenären det rättsliga intrånget som kvarstad innebär fram till dess att domstolen avkunnar sin dom. Indirekt kan åtgärden fungera som ett påtryckningsmedel som frammanar gäldenärens omedelbara betalning eller förmår honom eller henne till andra eftergifter.⁸ Den gäldenär som saknar ekonomiska förutsättningar att invänta en dom, kan välja att betala borgenären omedelbart istället för att denne ska initiera en rättegångsprocess som kan riskera att dra ut på tiden. Ytterst skulle en användning av kvarstad i syfte att åstadkomma omedelbara betalningar innebära att kvarstadsåtgärdsprocessen ersätter den ordinarie civilprocessen som konfliktlösningsmetod. Åtgärden skulle ersätta domen och fungera som ett tvistemålssubstitut istället för att vara tvistemålsunderstödjande.⁹ Utifrån processekonomiska hänsyn skulle en sådan ordning kanske vara bra, men betänkligt utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv.¹⁰

För att begränsa obefogad tillämpning av kvarstadsinstitutet har lagen konstruerats på ett sådant sätt, att risken för felaktigheter och skador ska fördelas rättvis mellan borgenärer och gäldenärer. Presumptiva sökandeparter ska iakttä försiktighet och eftertänksamhet innan ansökan om kvarstad inlämnas.¹¹ Det provisoriska rättsskyddet utgår från idén om att parternas inbördes skyddsintressen ska vägas mot varandra; borgenären vill säkra sitt anspråk, samtidigt som gäldenären vill ha en rättvis rättegång utan att oförskyllt eller i förtid utsättas för ingripande tvångsåtgärder.¹² Det kan dock ifrågasättas om kvarstadsinstitutets rättsliga utveckling ändå inte kommer innebära att parterna behandlas olika och att säkerhetsåtgärden i större utsträckning kommer att ersätta domen.

Den 18 januari 2017 kommer Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 655/2014 av den 15 maj 2014 (kvarstadsförordningen) att träda i kraft. Genom denna förordning skapas ett enhetligt europeiskt förfarande som ska göra det enklare för borgenärer att belägga gäldenärens bankmedel med kvarstad. Domstolen i ett land ska kunna besluta om kvarstad och detta beslut ska vara verkställbart i alla medlemsländer. Förfarandet är parallellt tillämpligt med nationella kvarstadsförfaranden.¹³ Samtidigt som förfarandet enligt förordningen företer vissa likheter med det svenska kvarstadsförfarandet finns det också väsentliga skillnader. Det finns skäl att uppmärksamma och diskutera skillnaderna.

⁷ Jfr. Trygger, E, *Kommentar till utsökningsbalken*, Uppsala, 1904, s. 432.

⁸ Gregow, *Kvarstad*, s. 32 f. Se också Olivecrona, K, *Utsökning*, 9 u., Liber Läromedel, Lund, 1978 [cit. Olivecrona, *Utsökning*], s. 190 f. I praktiken kan antas att säkerhetsåtgärden tillgodoser konfliktlösningsbehov av snabbhet. Jfr. Westberg I, s. 83.

⁹ Westberg I, s. 23 f.; Westberg, P, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål: Bok 4*, Lund, 2004 [cit. Westberg IV], s. 345 f.

¹⁰ Jfr. Westberg, P, *Civilrättskipning*, 2 u., Norstedts juridik, Stockholm, 2013 [cit. Westberg, *Civilrättskipning*], s. 32.

¹¹ Westberg IV, s. 226 ff.

¹² Jfr. NJA 2005 s. 29; Gregow, *Kvarstad*, s. 92 f. Se också Westberg III, s. 29 f.

¹³ Kvarstadsförordningen, art. 1 och art. 16.

2 KVARSTADSFÖRORDNINGEN; ETT SÖKANDEVÄNLIGT FÖRFARANDE?

Inledningsvis kan konstateras att förfarandet enligt kvarstadsförordningen utslutande sker ex parte, dvs. att svarandeparten inte ska höras innan förordnandet om kvarstad. Detta förklaras av att förordnandet ska medföra en överraskningseffekt. Överraskningseffekten förhindrar den eventuella svarandeobstruktionen från att tidigareläggas. Det kan annars vara följden av att svarandeparten uppmärksammas om att en förestående kvarstadsåtgärd kan komma att riktas mot honom eller henne.¹⁴ Detta överraskningsmoment kan förklaras som förordnandets främsta roll. Däremot kan det vara betänkligt ur ett svarandeperspektiv, eftersom detta kraftigt begränsar svarandens möjligheter till erforderlig processföring. Det kan också vara betänkligt med hänsyn till principen mot förtida verkställighet; svaranden bör inte utsättas för tvångsverkställighet utan att sökandens civilrättsliga anspråk har prövats av domstol.¹⁵

Enligt Westberg är det gäldenärens intressen som ska skyddas och vara vägledande för domstolen när den ska förordna om kvarstad. Säkerhetsåtgärder ska tillämpas undantagsvis endast i det defensiva syftet att freda borgenärens rätt. Förordnanden ex parte ska vara förbehållna sådana situationer där det föreligger extraordinära omständigheter.¹⁶ Kvarstadsåtgärden ska förhindra en sabotagebenägen svarandepart att skaffa sig ett rättsligt överläge gentemot sökanden, som sedan kan exploateras på sökandens bekostnad. Att borgenären använder säkerhetsåtgärderna i ett offensivt syfte för att tillskansa sig ett motsvarande rättsligt överläge på svarandens bekostnad torde inte vara äsyftat.¹⁷ Av kvarstadsförordningen framgår inget krav på extraordinära omständigheter för att förordna om kvarstad ex parte. På andra håll inom EU-rätten kan emellertid en restriktiv syn på förordnanden ex parte utläsas.

Den eftersträvarsvärda utgångspunkten i alla rättsordningar bör rimligen vara att det råder en processuell jämvikt mellan parterna. Enligt artikel 6 i EKMR har alla rätt till en rättvis rättegång. I detta ligger rättsgrundsatsen att ingen bör dömas ohörd.¹⁸ Det kontradiktoriska inslaget bortfaller emellertid i processen när svarandeparten hindras från att yttra sig innan beslut om kvarstad meddelas. I allmänhet medför detta att domstolens bedömning av säkerhetsåtgärdens bifallsförutsättningar försvåras. Risken för att domstolen gör misstag ökar när det sker avvikelser från kontradiktionsprincipen. Till skydd för gäldenären, har av denna anledning interimistiska beslut om säkerhetsåtgärder som sker ex parte exkluderats vid tolkning och tillämpning av andra verkställighetskonventioner.¹⁹ Den fria rörligheten av domar och avgöranden har ansetts få stå tillbaka i sådana fall där

¹⁴ Kvarstadsförordningen, art. 11, ingresspunkt 15 och 19.

¹⁵ Gregow, *Kvarstad*, s. 35 f.; Westberg I, s. 84 f. Jfr. RH 2014:52.

¹⁶ Kvarstadsförordningen, art. 11 och ingresspunkt 15.

¹⁷ Westberg I, s. 90.

¹⁸ Westberg III, s. 57.

¹⁹ Se ingresspunkt 33 i Bryssel förordningen; EUT C 319, 23.12.2009, s. 35 f., se särskilt st. 128 och st. 130.

svarandens rätt att bli hörd inte har iakttagits eftersom den ensidiga prövningen ökar risken för att domstolarna fattar felaktiga beslut.²⁰

Som ett led i att fördela risken för felaktiga beslut mellan parterna avkrävs borgenären på en säkerhet. Säkerheten ska täcka den eventuella skada som svarandeparten orsakas med anledning av säkerhetsåtgärden.²¹ Beträffande denna säkerhet tillämpar förordningen förmånliga undantagsregler. För svensk rätts vidkommande är undantagskraven högt ställda.²² Enligt förordningen får domstolen göra undantag från kravet på säkerhet om det är sannolikt att storleken på kvarstadsbeloppet inte kommer att orsaka gäldenären någon skada. Som exempel nämns i förordningen små företagsskulder.²³ Det är inte osannolikt att det kommer att uppstå gränsdragningsproblem när fordringar ska bedömas vara små eller stora. Nominella värden är till sin natur sådana, att de kan uppfattas olika beroende på vem som beslutet riktas mot. Här om ger förordningen föga vägledning.

I svensk rätt har sökandeparten ett strikt skadeståndsansvar för den skada som drabbar svaranden med anledning av kvarstadsåtgärden.²⁴ Det strikta ansvaret är upprättat som ett skydd för gäldenären. Skadeståndsansvaret ska hämma borgenärer från att utverka ett förordnande om kvarstad om han eller hon är osäker på sin sak. Antalet skadeståndsgrundande situationer ska minimeras.²⁵ Kvarstadsförordningen ger emellertid medlemsländerna ett fakultativt utrymme att lätta på borgenärens ansvar. Enligt förordningen är borgenären som regel ansvarig om denne varit oaktsam eller agerat felaktigt.²⁶ Ansvaret enligt svensk rätt har inte gjorts beroende av oaktsamhet eller annan försumlighet från borgenärens sida. Borgenärens minskade ansvar innebär rimligen att borgenärernas incitament att iaktta försiktighet och eftertänksamhet minskar. Bevisbördan för påståenden om att sökandeparten agerat felaktigt åläggs svarandeparten. Borgenärer som är medvetna om gäldenärens svåra bevisläge kan få ett incitament att ansöka om europeisk kvarstad även i osäkra fall. Risken för att gäldenären ska kunna bevisa borgenärens oaktsamma eller felaktiga agerande torde vara förhållandevis liten. Hur ska svaranden kunna visa att borgenären vid ansökningstillfället kände till sådana omständigheter som föranledde honom eller henne till en misstanke om att utfärdandet av kvarstad var ett felaktigt agerande? Att bevisbördan på detta sätt är omvänd är särskilt anmärkningsvärt med tanke på att förfarandet inte ger svaranden tillfälle att yttra sig innan beslutet.

²⁰ Jfr. Westberg III, s. 78.

²¹ Kvarstadsförordningen art. 12 och ingresspunkt 18. Jfr. 15 kap. 6 § RB.

²² Se 15 kap. 6 § 1 st. sista meningen. Se också Gregow, *Kvarstad*, s. 96 f. och Westberg IV, s. 224. Jfr. Ekelöf, P O, Bylund, T & Edelstam, H, *Rättegång: tredje häftet*, 7 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2008 [cit. Ekelöf m.fl.], s. 27; Hassler, Å, *Utsökningsrätt*, 2 u., A.B. Nordiska bokhandeln, Stockholm, 1960, s. 375; Trygger, s. 464.

²³ Kvarstadsförordningen ingresspunkt 18.

²⁴ Gregow, *Kvarstad*, s. 115 f.; Westberg IV, s. 226.

²⁵ Westberg IV, s. 226 ff.

²⁶ Kvarstadsförordningen, art. 13.

Säkerhetsåtgärder tillämpas ofta i kommersiella mål. Den rättsliga utvecklingen av det provisoriska rättsskyddet påverkas i stor utsträckning härav.²⁷ En fråga som uppstår i detta sammanhang är till vem förfarandet enligt kvarstadsförordningen primärt riktar sig till. Andelen kvarstadsansökningar med kommersiell anknytning kommer förmodligen inte att vara lägre vid förfarandet enligt förordningen än vad som gäller för motsvarande förfarande i svensk rätt. Som skäl för detta torde kunna anföras, att det oftast är kreditinstitut och andra penninginrättningar som har intressen som sträcker sig över nationsgränserna och därför kommer att vara sökandeparter i fråga om europeisk kvarstad. Privatpersoner som lånar ut pengar till varandra, har förmodligen inte intressen utomlands i samma utsträckning som företag. För fordringar mellan privatpersoner kommer fortsättningsvis det nationella kvarstadsförfarandet att tillämpas.

I detta sammanhang kan nämnas att kvarstadsförordningen är tillämplig för enskilda och företag som försatts i konkurs.²⁸ Som bekant innebär kvarstadsåtgärden ett besvärligt rättsligt intrång för gäldenären, som kan välja att omedelbart betala borgenären för att försöka undvika eller begränsa skadan av detta intrång. Eftersom förordningen är tillämplig för enskilda och företag som befinner sig i konkurstillstånd, kan förfarandet komma att användas som ett verktyg för att snabbt driva in skulder från gäldenärskollektivet vid likviditetskris. Om Europaparlamentets och rådets avsikt med kvarstadsförordningen är att borgenärer ska kunna frammana sådana omedelbara betalningar, skiljer sig förfarandet från vad som gäller för svensk rätts del. Borgenärer som befinner sig i ekonomiskt utsatta lägen, med ett omedelbart behov av betalningar från gäldenärerna, har enligt svensk rätt inte ansetts utgöra en del av institutets skyddsobjekt.²⁹ Vid betraktande av kvarstadsförordningen synes det närmast vara tvärt om. Ett minskat ansvar för sökandeparten och en tyngre bevisbörda för svarandeparten inbjuder fler borgenärer till chanstagningar. Det är emellertid inte orimligt att förordningen kan vara ett led i Europaparlamentets och rådets utveckling av en slags ”andra chans”-kultur inom EU. I detta ligger ett intresse att rädda företag och entreprenörer som av någon anledning försatt sig i ett ekonomisk utsatt läge, trots att de annars är ekonomisk bärkraftiga. En sådan syn har uppmärksamats i andra lagstiftningssammanhang.³⁰ I nu aktuellt avseende skulle en andra chans bestå av att borgenärer med hjälp av kvarstad, snabbt kan påverka gäldenärskollektivets betalningsbenägenhet i syftet att få betalt och återställa likviditeten hos sig själva. Förutom att sökandens risk att drabbas av gäldenärens konkurs minskar, kan en snabb återbetalning från gäldenären innebära att sökandeparten inte behöver försättas i likvidation eller konkurs.

²⁷ Westberg II, s. 32.

²⁸ Kvarstadsförordningen, art. 2.2.c.

²⁹ Westberg II, s. 32. Borgenärer som agerar klandervärt eller på ett affärsmässigt ogenomtänkt sätt torde dock vara en del av institutets skyddsobjekt. Jfr. Westberg I, s. 121.

³⁰ Se Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/848 av den 20 maj 2015 om insolvensförfaranden (den reviderade insolvensförordningen). Jfr. SOU 2016:17 s. 72 och s. 282. Se även ingresspunkt 10 i den reviderade insolvensförordningen.

Kan förordningens syfte vara att stärka bankernas position på en marknad som kännetecknas av en alltför expansiv kreditgivningspolitik? Det förekommer lobbyverksamhet inom EU, i vart fall på arbetsrättens område.³¹ Det är inte orimligt att denna typ av lobbyverksamhet också förekommer på bank- och finansrättens område.³² Kan kvarstadsförfarandets rättsliga utveckling åt ett mera borgenärsvänligt alternativ förklaras av bankernas intressen av institutets utformning? Förmodligen finns resurserna till sådan påverkan.

3 EN FRAMÅTBlick

Ett problem med det fakultativa utrymmet i förordningen är risken för vad som i lagstiftningssammanhang uppmärksammas som ”forum shopping”.³³ Forum shopping synes inte ha uppmärksammats i kvarstadsförordningen. Det är emellertid tänkbart att länder kommer att tillämpa olika regler beträffande borgenärens ansvar i fråga om kvarstad, där gäldenärens rättsliga ställning varierar. Ett medlemsland kan komma att tillämpa regler som är mera förmånliga för en borgenär än ett annat land, vilket ger borgenärerna ett incitament att uppsöka detta mera förmånliga förfarande. Om en borgenär kan utverka beslut om kvarstad genom ett förfarande med ett för denne förmånligare skadeståndsansvar, kommer han eller hon förmodligen att göra det framför ett annat som inte ger samma villkor. Det kan ifrågasättas om uppkomsten av sådana situationer är förenliga med strävan att harmonisera den inre marknaden.

Det är möjligt att kvarstadsförordningen initialt inte medför några större förändringar av kvarstadsinstitutet i svensk rätt. Det är emellertid inte otänkbart att det med tiden kommer att innebära en successiv uppluckring av borgenärens ansvar och gäldenärens rättsliga ställning. Det fakultativa utrymmet i förordningen tillåter förfarandet att bli sökandevänligt. Ett sökandevänligt kvarstadsförfarande kan på sikt vara en kostnadseffektiv metod för att förmå flera parter att förlikas. Detta kan innebära en ökad genomströmning av tvistemål vid domstol. Men vad ska pengar egentligen få kosta?

Ett förfarande som blir sökandevänligt kan inbjuda borgenärer till en offensiv. Det är inte åtgärdens egentliga syfte. Borgenären kan försöka hindra gäldenären från att ta tillvara sina intressen eller övrigt påverka gäldenärens möjligheter att utnyttja sina rättigheter. Eftersom borgenärernas ansvar och skyldigheter kan komma att luckras upp genom kvarstadsförordningen – och gäldenärens skyddsställning därigenom försvagas – är sannolikheten för att sådant missbruk ökar i och med kvarstadsförfarandet stor. Antalet skadeståndsgrundande situationer kommer förmodligen öka.

³¹ Nyström, B, *EU och arbetsrätten*, 4 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011, s. 20.

³² Jfr. forskningsrapport av Mulcahy, S, *Lobbying in Europe – Hidden Influence, Privileged Access*, Transparency International, 2015, s. 14 ff.

³³ Se rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden. Se också den reviderade insolvensförordningen.

Det kan förmodas att fordringsanspråk som kommer att säkerställas genom förfarandet enligt kvarstadsförordningen är betydande. Såväl för sökandeparten som svarandeparten kan fordringen uppgå till ett sådant belopp, att fordringen är helt avgörande för respektive part och dennes ekonomi. Fastän en intresseavvägning sker – eller rimligen bör ske – är det alltid en part som i slutändan bedöms vara mer nödsakad än den andra och därmed får rätten på sin sida. Här står borgenären alltjämt som den vinnande parten, och det på bekostnad av gäldenärernas rättssäkerhet. Men nog är det så; den enes död, den andres bröd.