

GÖRAN MILLQVIST

Nya förmånsrätter på grund av internationell rättsutveckling*

GÖRAN MILLQVIST är professor i civilrätt vid Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

1. INLEDNING

Förmånsrätt är en term som syftar på dels rangordningen av fordringar i konkurs och vid utmätning, 1 § förmånsrättslagen (1970:979) (FRL) och 7 kap. 13–19 §§ utsökningsbalken (1981:774) (UB), dels sakrättsligt borgenärsskydd för vissa rättsinstitut och transaktioner, främst panträtter av olika slag.¹ I FRL ges en uppräknig av de särskilda förmånsrätter som finns i svensk rätt, 3 a–8 §§ FRL, och de fordringar som kan ha allmän förmånsrätt, 10–13 b §§ FRL. Totalt rör det sig om 22 olika förmånsrätter rangordnade i lagen efter inplaceringen i respektive paragraf. Det kan nämnas att detta är samma antal förmånsrätter, om än inte med samma innehåll, som uppräknas av David Nehrman i Inledning til Then Swenska Iurisprudentiam Civilem 1729.² Ett viktigt syfte för 1970 års FRL var att nedbringa

* Denna artikel är tidigare publicerad i Festskrift till Jan Kleineman, Jure Förlag AB 2021, s. 559–569. Såväl författaren som förlaget har godkänt denna publicering.

¹ Jan har forskat och skrivit om många ämnen inom civilrätten men jag tror inte han varit inne på frågor om förmånsrättsordningen så mycket. Därför tycker jag det kan vara ett lämpligt tema för en artikel i detta sammanhang.

² David Nehrman, Inledning til Then Swenska Iurisprudentiam Civilem (Tryckt hos Ludwig Decreaux, Kongl. Carolinska Academiens Boktryckare, Lund, Åhr 1729.) Jfr Henrik Hessler, Fordran och förmånsrätt, Juridiska Föreningens Förlag, Stockholm 1972, s. 17.

antalet förmånsrätter genom en moderniserad lagstiftning, något som inte kan sägas ha upprätthållits under åren därefter.³

Trots det stora antalet förmånsrätter i FRL är det ändå bara en del av den totala rangordning av fordringar som kan ställas upp. I en komplett rangordning, eller ekonomisk förmånsrättsordning, måste också beaktas fordran på separationsrätt till viss egendom, kvittningsrätt, förmånsrätter i annan lagstiftning som inte framgår av FRL, bland annat i konkurslagen (1987:672) (KonkL), avtalsvis efterställda fordringar genom borgenärsavtal ("inter-creditor agreements"), fordran på fullbordan av gåva och associationsrättsliga riskkapitalfordringar. Listan är lång och ganska disparat men det är nog aldrig på det sättet att samtliga slags fordringar aktualiseras på samma gång i ett enskilt konkursförfarande eller liknande.

Det finns mycket att säga om alla dessa förmånsrätter men här vill jag nöja mig med några få iakttagelser avseende nytillkomna förmånsrätter, särskilt innebörden av 4 § andra punkten FRL.⁴

2. DEN NÄRMARE INNEBÖRDEN AV BEGREPPET FÖRMÅNSRÄTT

Begreppet förmånsrätt syftar enligt 1 § FRL på rangordningen inbördes av borgenärs rätt till betalning vid utmätning eller konkurs. Det är således fordringarna mot en viss gäldenär som rangordnas och lagen anger i vilken ordning de ska betalas då gäldenären blir föremål för exekution. De särskilda förmånsrätterna utgör dock en

³ SOU 1969:5 Utsökningsrätt IX, s. 39. Här kan också återges ett uttalande i SOU 1999:1 s. 88, om varför förmånsrätternas antal ökar. "Som antytts går det ofta att åberopa goda skäl för införandet av än den ena och än den andra förmånsrätten. Eftersom den som får en förmånsrätt, t.ex. revisorer, staten och arbetstagare, till fullo uppskattar värdet av förmånsrätten, medan dess nackdel pulvreras hos många andra borgenärer, är det frestande för lagstiftaren att införa förmånsrätter. Historiskt kan man se hur förmånsrätterna gärna ökar genom enskilda beslut, varefter de skärs ner vid en samlad översyn av förmånsrättsordningen (i Sverige senast 1970 genom FRL)."

⁴ Även 18 § FRL har kompletterats under senare år. I 18 § första stycket FRL har genom komplettering 2018:1956, skjutits in en ny andra mening som medför att vissa utpekade skuldinstrument är efterställda de oprioriterade fordringarna men går före avtalsvis efterställda fordringar. Denna rangordning är kopplad till lagen (2015:1016) om resolution genom hänvisning till denna lag för definitionen av de instrument som avses, vilket gör att den är relevant endast i samband med en krishantering av en systemviktig bank. Se härom prop. 2017/18:292.

kombination mellan den förmånsberättigade fordringen och den egendom som värdemässigt ska täcka fordringen, se 2 § FRL, där det framgår att den särskilda förmånsrätten ”avser viss egendom” medan den allmänna förmånsrätten ”avser all egendom som ingår i gäldenärens konkursbo”, och, kan det tilläggas, inte är belastad med särskild förmånsrätt. Den särskilda förmånsrättens värde motsvarar egendomens värde och skulle fordran vara större än egendomsvärdet är överskjutande del oprioriterad, 18 § andra st. FRL.

Att det är fordran som har förmånsrätt även avseende de särskilda förmånsrätterna framgår också av regleringen av tvångsackord enligt 3 kap. lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion (FrekL) och 12 kap. KonkL. Enligt dessa regler deltar inte borgenär ”vars fordran är förenad med förmånsrätt”.⁵

Fordringar som inte kan inordnas under någon förmånsrätt står utan sådan rätt och är oprioriterade, jfr 18 § första st. FRL. Eftersom kreditsäkerheter baserade på separationsrätt tidigare inte funnits med i FRL saknar de fordringar som är förknippade med sådan säkerhet förmånsrätt. I dessa fall består borgenärens säkerhet uteslutande i en rätt att få viss utpekad egendom undantagen från exekutiva åtgärder hos gäldenären, på grund av kommissionsförhållande, återtagandeförbehåll eller någon form av leasing. Sådan separationsrätt framgår indirekt av 4 kap. 17–19 §§ UB och 3 kap. 3 § KonkL. Här har dock skett en förskjutning i systematiken i FRL genom införandet av internationella säkerhetsrätter i 4 § andra punkten FRL, mera härom strax nedan.

3. INTERNATIONELLA SÄKERHETS RÄTTER MED FÖRMÅNSRÄTT ENLIGT 4 § ANDRA PUNKTEN FRL

3.1 Bakgrund

Enligt 4 § andra punkten FRL, i lydelse enligt SFS 2018:474, följer förmånsrätt med ”internationell säkerhetsrätt i luftfartyg, flygmo-

⁵ FrekL 3 kap. 3 § och KonkL 12 kap. 11 §, som också undantar kvittningsbara fordringar och fordringar som säkras av återtagandeförbehåll (men inte leasingfordringar).

torer och rullande järnvägsmateriel som registrerats enligt lagen (2015:860) om internationell säkerhetsrätt i lösa saker”.⁶ Enligt den senare lagen, i fortsättningen ISL, sker dock ingen registrering i sig utan den hänvisar endast till den så kallade Kapstadskonventionen (Cape Town Convention, CTC) och dess protokoll.⁷ ISL är en blankettlag som inför de materiella delarna av Kapstadskonventionen med åtföljande protokoll som lag här i riket. Sveriges tillträde till detta kreditsäkerhetssystem har således inneburit en ny punkt i 4 § FRL, omedelbart efter legala sjö- och luftpanträtter men före traditionell handpanträtt, retentionsrätt och olika registerpanträtter i lös egendom.⁸

Bakom termen internationell säkerhetsrätt står en uppräkningslista i CTC av kreditsäkerhetsinstitut som, om de omfattar de nämnda egendomslagen – luftfartyg, flygmotorer, helikoptrar, lok, vagnar och annan rullande järnvägsmateriel – och har registrerats i ett internationellt register, medför den nämnda förmånsrätten i ett svenskt insolvensförfarande eller utmättningsförfarande. Av intresse är här att de institut som avses är panträtt, säkerhetsöverlåtelse, leasingrätt och ägarförbehåll. Med andra ord, som påpekats ovan, utöver panträtt, kreditsäkerheter som i svensk systematik hänförs till separationsrätter och som tidigare inte förekommit i FRL. Det råder dock viss tvekan om hur säkerhetsöverlåtelse ska klassificeras i detta sammanhang – som separationsrätt eller förmånsrätt, vilket diskuteras nedan.

⁶ Denna lydelse av andra punkten har dock ännu inte trätt i kraft p.g.a. att det saknas en fjärde ratificering av det s.k. järnvägsprotokollet för att detta ska träda i kraft. I fortsättningen utgår jag från att ikraftträdande har skett.

⁷ *UNIDROIT/ICAO Convention on International interests in Mobile Equipment*, Cape Town 16 November 2001; *Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Cape Town 16 November 2001; *Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Railway Rolling Stock*, Luxembourg 23 February 2007; och *Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Assets*, Berlin 9 March 2012.

⁸ Utöver att denna reglering påverkar förmånsrättsordningen vid konkurs och utmätning ska påpekas att lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion i 1 kap. 4 § föreskriver ”Om det i lagen (2015:860) om internationella säkerhetsrätter i lösa saker finns någon bestämmelse som avviker från denna lag, gäller den bestämmelsen. Lag (2015:867).” Som kommer framgå nedan medför detta att registrerad säkerhetsrätt inte berörs av ett svenskt rekonstruktionsförfarande. I KonkL 1 kap. 6 § föreskrivs motsvarande, ”Om det i någon annan lag har meddelats någon bestämmelse som avviker från denna lag, gäller den bestämmelsen.” Och i UB 1 kap. 2 §, ”Har i annan lag meddelats bestämmelse som avviker från denna balk, gäller den bestämmelsen.”

Det ska också noteras att även om regelverket i CTC är internationellt och baserat på en internationell konvention behöver de transaktioner som avses inte vara internationella eller gränsöverskridande i sig. Det räcker att gäldenären är knuten till (hemmahörande i) en konventionsstat och att transaktionen i sig platsar under reglernas definitioner av registreringsbara transaktioner och att registrering också skett, för att förmånsrätt enligt 4 § andra punkten ska åtnjutas av borgenären i ett svenskt konkursförfarande, vid företagsrekonstruktion eller vid utmätning enligt UB.

Registrering av internationell säkerhetsrätt bygger på två faktorer – typen av transaktion eller säkerhetsställande och typen av egendom som ingår. Det ska, som just nämnts, röra sig om pantsättning/säkerhetsöverlåtelse ("security agreement"), ägarförbehåll ("title reservation agreement") eller leasingavtal ("leasing agreement"), Art. 2.1 och 2 CTC. Det lämnas dock till nationell rätt att avgöra innebörden i dessa kreditsäkerhetsmetoder och särskilt var gränserna går mellan dem, Art. 2.4 CTC. I tillägg till dessa transaktionstyper kan också efterställningsavtal (subordineringsavtal, intercreditor agreements) mellan borgenärer registreras och är i och med det bindande dels för gäldenären (dess konkursbo), dels för senare förvärvare av den efterställda säkerheten, Art. 29.5 CTC.

Egendomen som kan komma ifråga som säkerhetsobjekt är flygplan, flygplansmotorer, helikoptrar, rullande järnvägsmateriel och rymdobjekt, Art. 2.3 CTC. Det finns också långt gångna planer på att inkludera gruv-, jordbruks- och entreprenadmaskiner.⁹ I formellt hänseende krävs att säkerhetsavtalet är skriftligt, att säkerhetsstäl-laren har behörighet att förfoga över den aktuella egendomen, att egendomen kan identifieras i enlighet med kraven i respektive protokoll samt att, vid pantsättning/säkerhetsöverlåtelse, de säkrade förpliktelserna kan identifieras, Art. 7 CTC.

⁹ Med rymdobjekt avses satelliter och annan utrustning avsedd att användas utanför atmosfären enligt rymdprotokollet. Detta protokoll omfattas dock inte av ISL. I november 2019 antogs det s.k. MAC-protokollet och är nu öppet för undertecknande/ratificering, se <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/mac-protocol-2019>. MAC står för Mining, Agriculture and Construction och avser således utrustning för gruvarbete, jordbruk och entreprenad.

3.2 Separationsrätter som förmånsrätter

Det finns anledning att något fundera över vad det innebär att de i kreditsäkerhetssammanhang centrala separationsrätterna säkerhetsöverlåtelse, ägarförbehåll och leasing har förmånsrätt enligt 4 § andra punkten FRL, såvida de utgör registrerade internationella säkerhetsrätter, eftersom en väsentlig utvidgning av lagen skett genom denna komplettering.

Först kan uppmärksammas att svensk rätt tillhandahåller ett tolkningsproblem när det gäller innebörden av det engelska uttrycket "security agreement". Uttrycket definieras i Art. 1(ii) CTC till att avse en överenskommelse "by which a chargor grants or agrees to grant to a chargee an interest (including an ownership interest) in or over an object to secure the performance of any existing or future obligation of the chargor or a third person". Ordalagen omfattar utan tvekan ordinär lösörepantsättning (handpantsättning) enligt svensk rätt, inklusive tredjemanspantsättning, (om nu "ordinär" är rätt uttryck i detta sammanhang där det väl knappast förekommer regelrätt lösörepantsättning av flygplan, motorer, tåg mm). Men därutöver, och viktigare, är frågan hur säkerhetsöverlåtelsen förhåller sig till denna definition.

En säkerhetsöverlåtelse i form av en lösöreköpstransaktion i enlighet med lagen (1845:50 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva (LkL), är sakrättsligt väletablerad och förekommer i praktiken bland annat när det gäller tåg och järnvägsagnar. Meningen är att förvärvaren erhåller säkerhet i det förvärvade objektet genom äganderätten till detta och därmed separationsrätt men det råder viss osäkerhet om vad detta egentligen innebär. I säljarens konkurs kan frågan ställas hur mycket köparen har rätt till, utöver att få täckning för sin fordran. I en situation där objektet har ett väsentligt högre värde än denna fordran blir frågan om köparen kan tillgodogöra sig detta värde (överhypotek) i sin egenskap av ägare ("verklig" ägare) eller om äganderätten helt ska jämföras med en panträtt och att därmed säljarens konkursbo kan tillgodogöra sig överhypoteket på motsvarande sätt som vid ordinär lösöre-

pant. I detta ligger också en fråga om gränserna för 37 § avtalslagen (1915:218, AvtL), eftersom den omfattar ”pant eller annan säkerhet” och i den mån en transaktion bedöms inte vara en omsättningsöverlåtelse utan säkerhetsöverlåtelse, blir bestämmelsens ogiltighetsverkan tillämplig. Med andra ord kan köparen i sådant fall inte räkna med att kunna faktiskt separera objektet ur säljarens konkursbo och tillgodogöra sig hela värdet oberoende av hur relationen fordran/objektsvärde ser ut. Objektet ska realiseras motsvarande en pantrealisation och eventuellt överhypotek redovisas till konkursboet. Rör det sig om utmätning hos säljaren blir frågan om Kronofogdemyndigheten (KFM) kan utmäta överhypoteket och dra in hela objektet i en exekutiv försäljning. Är det fråga om en säkerhetsöverlåtelse lär det innebära att överhypoteket är tillgängligt för säljarens borgenärer.

Denna kategorisering kan spela roll på grund av skillnaden i syn på den underliggande fordran i förmånsrättshänseende. Är säkerhetsförvärvaren enbart separationsberättigad lär det innebära att ingen del av fordran är prioriterad. Förvärvaren är helt hänvisad till att söka täckning ur egen realisation av säkerhetsobjektet. Kan däremot bevakning ske av fordran såsom täckt av panträtt har fordran förmånsrätt enligt 4 § FRL för belopp upp till pantens värde. Det blir således en fråga hur denna värdering sker istället för en faktisk realisation av separationsobjektet. Säkerhetshavaren kan lämna till konkursförvaltaren att ombesörja pantrealisationen vilket knappast är fallet vid säkerhetsöverlåtelse. Vid tvångsackord blir frågan om säkerhetsförvärvaren deltar med hela fordran i ackordet eller endast med det eventuella överhypoteket. Här skiljer det sig mellan leasing och ägarförbehåll genom att leasingfordran deltar fullt ut i ackordet men däremot säljare med ägarförbehåll inte deltar med mer än med överhypoteket, se 3 kap. 3 och 8 §§ FrekL.

Frågan om hur säkerhetsöverlåtelse ska hanteras i förmånsrättshänseende har inte prövats av högsta instans. Inom litteraturen har särskilt Helander förespråkade att det inte bör spela någon roll om borgenären väljer att åberopa separationsrätt eller förmånsrätt för panträtt eftersom det i båda fallen handlar om att borgenären måste

realisera säkerheten och redovisa resultatet till konkursboet.¹⁰ Effekten blir densamma enligt Helander – borgenären får täckning för sin fordran upp till värdet av realisationen. Denna ståndpunkt kan dock ifrågasättas i de fall det rör sig om en sale and lease-back-transaktion. Ett leasingbolag som har separationsrätt baserad på ett ordinärt leasingavtal behöver knappast realisera objektet efter återtagande och redovisa resultatet för konkursförvaltaren. Men om ursprunget till leasingavtalet är en säkerhetsöverlåtelse (en sale and lease-back) blir frågan om 37 § AvtL medför att leasingbolaget är tvingat att realisera objektet och redovisa resultatet. Det skulle i så fall innebära en väsentlig skillnad gentemot ordinära leasingavtal där ursprunget har bestått i leasingbolagets förvärv av objektet från extern leverantör och där bolagets fulla separationsrätt är odiskutabel. En ryckighet i rättsverkningar som framstår som svårförklarad men förklaras av säkerhetsöverlåtelsens osäkra position i systemet.

Mot denna bild av rättsläget står numera således CTC-systemets reglering av vår säkerhetsöverlåtelse i form av registrerat "security agreement". Enligt detta regelverk behöver säkerhetshavaren inte bekymra sig om de begränsningar svensk rätt kan innebära. En säkerhetshavare som verkställt registrering har genom Art. 30.1 CTC och 4 § andra punkten FRL en särskild förmånsrätt till den aktuella egendomen vilket vid företagsrekonstruktion eller konkurs innebär en rätt att få fysisk tillgång till egendomen senast inom 60 dagar efter beslutet, såvida inte rekonstruktören/konkursförvaltaren ser till att samtliga skulder till säkerhetshavaren betalas och att framtida åtaganden garanteras, Art. XI alternativ A luftfartsprotokollet och Art. IX alternativ A järnvägsprotokollet. Rör det sig om luftfartyg, motorer till dessa eller helikoptrar tillkommer också en rätt att inom fem dagar få relevant myndighetshjälp med exporten av egendomen ur gäldenärens land.¹¹

¹⁰ Helander, *Kreditsäkerhet i lös egendom*, P A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1983, s. 580 ff.

¹¹ Art. XI A och Art. IX.5 luftfartsprotokollet, varav framgår att en förutsättning är att säkerhetsställaren tidigare låtit utfärda en oåterkallelig fullmakt för säkerhetshavaren att föra ut egendomen ur landet, en s.k. IDERA (Irrevocable Deregistration and Export Authorisation). Motsvarande exportbehörighet föreskrivs för järnvägsmateriel inom sju dagar men utan krav på särskild fullmakt, Art. IX A och Art. VII.1 järnvägsprotokollet.

Frågan är dock om denna särskilda förmånsrätt även omfattar den säkrade fordringen såsom fallet är för de "inhemska" fordringarna. Här kan det bli fråga om att göra skillnad mellan fordringarna efter hur de säkrats. Rör det sig om ordinär panträtt, registrerad enligt CTC-systemet, bör frågan om förmånsrätt rimligen behandlas som lika med annan handpanträtt – fordringen har förmånsrätt upp till pantens beräknade eller realiserade värde. Men om det rör sig om en separationsrätt, såsom ägarförbehåll eller leasing, är det inte lika självklart hur vi ska se på förmånsrätten. Ett inhemskt ägarförbehåll eller leasingavtal ger ingen förmånsrätt alls enligt FRL utan (endast) separationsrätt till egendomen ifråga, vilket kan innebära att en internationell säkerhetsrätt av denna karaktär ska hållas isär från den säkrade fordringen och ge förmånsrätt i objektet i form av separationsrätt men inte mer. Vilket därmed endast bekräftar vad som redan gäller. Fordringen står i så fall helt utan förmånsrätt. Spelar detta någon roll? Ja, till skillnad mot en panthavare är i sådant fall ägarförbehållssäljaren respektive leasingbolaget helt hänvisad till sin separationsrätt och kan inte åberopa någon särskild rätt i gäldenärens konkurs. Hela fordringen är oprioriterad men separationsrätten är säkrad genom förmånsrätt. Det bör också betyda att vid ackord deltar leasingfordringen fullt ut men ägarförbehållssäljaren endast med fordran som inte täcks av objektets värde, jfr 3 kap. 3 § andra och femte styckena FrekL. Alternativt ska denna förmånsrätt behandlas på samma sätt som panträtt och medföra förmånsrätt i den säkrade fordringen men realiseras genom separationsrätten till objektet. Härtill kommer för ägarförbehållens del att, om svensk rätt är tillämplig på avtalet, avbetalningsköplagen mellan näringsidkare m.fl. (1978:599), kommer styra hur återtagande och avräkning ska ske.

3.3 Traditionsprincipens avskaffande

I samband med införlivandet av CTC-systemet i svensk rätt uppmärksammades en liten men för svenskt vidkommande viktig skillnad mellan luftfartsprotokollet och järnvägsprotokollet. Järnvägsprotokollet innehåller en begränsning avseende registrering av

överlåtelse, som inte återfinns i luftfartsprotokollet och som innebär att försäljning av järnvägsmateriel visserligen kan antecknas i registret men medför ingen materiell rättsverkan. En registrering av försäljning ”shall be for the purposes of information only and shall not affect the rights of any person, or have any other effect, under the Convention or this Protocol.” Art. XVII järnvägsprotokollet. Detta innebär att försäljning av järnvägsmateriel bedöms helt enligt nationell rätt när det gäller rättsverkningarna och om svensk rätt är tillämplig blir det ur sakrättslig synpunkt en fråga om rättsverkningarna av försäljning av lösöre. Som bekant innebär det bland annat att äganderättsövergången är beroende av tradition eller LkL-förfarande för att fullbordas och medföra borgenärsskydd för köparen gentemot säljarsidan.¹²

Detta riskerar skapa problem i samband med finansiering av förvärv av rullande järnvägsmateriel eftersom en vanlig metod i detta sammanhang är sale and lease-back. Ett typiskt exempel är att en transportör förvärvar lämplig transportkapacitet i form av järnvägsvagnar och lok och för finansieringen överlåter dessa till ett leasingbolag, som sedan leasar ut dem till transportören. Om denna modell helt hanteras enligt svensk rätt, inklusive CTC, innebär det att leasingbolagets förvärv av utrustningen måste hanteras som en inhemsk överlåtelse och åtföljas av antingen tradition till leasingbolaget eller registrering enligt LkL, trots att leasingupplåtelsen i sig registreras i CTC-registret i Luxembourg. Därmed förtas mycket av effekten för finansiären av CTC-registreringen och den säkerhet/trygghet denna registrering är avsedd att åstadkomma. En utländsk finansiär skulle knappast känna sig lugn i sitt förvärv av att vara beroende av ett tämligen komplicerat förfarande enligt en nationell lagstiftning från 1845, med de risker för förluster detta kan medföra.

Denna problematik uppmärksammades vid implementeringen av järnvägsprotokollet och resulterade i ett avskaffande av traditionskravet för försäljning av järnvägsmateriel som ingår i en finansiering

¹² Innebörden av traditionskravet har varit föremål för förändring genom nya prejudikat från HD och diskussion inom doktrinen, från ett tidigare krav på fysiskt överlämnande till numera rättsligt rådighetsavskärande. Denna rättsutveckling ska dock inte behandlas här, se Millqvist, Sakrättens grunder, 9 uppl., Norstedts Juridik, 2021, s. 149 ff.

som registreras i CTC-registret, 9 § ISL. En försäljning av rullande järnvägsmateriel som ingår som led i en leasingfinansiering och som registreras i CTC-systemet, gäller mot säljarens borgenärer i och med registreringen (med lagtextens ord ”när säkerhetsrätten registreras i det internationella registret.” 9 § ISL). Det har också införts en hänvisning till denna bestämmelse i en ny 5 § LkL. Regeln är begränsad till sale and lease-back såsom dessa är definierade i Art 2.2c CTC och knyter borgenärsskyddet till registreringen, inte till avtal-singäendet. Regeln innebär ingen inskränkning i möjligheterna till registrering enligt LkL, samma förvärv kan registreras i båda registren om så önskas, utan utgör en utvidgad möjlighet till registrering med materiell sakrättslig verkan i de fall det rör sig om sådan sale and lease-back som omfattas av CTC-systemet. Lagtextens hänvisning till Art. 2.2c CTC innebär också att ägarförbehåll, pantavtal och sådana säkerhetsöverlåtelser som inte ingår i en relevant sale and lease-back inte omfattas av bestämmelsen. För dessa gäller således den begränsning som ligger i att järnvägsprotokollet inte omfattar försäljning.

Det sista konstaterandet är dock inte självklart i förhållande till vad som ovan sagts om säkerhetsöverlåtelse enligt svensk rätt. I den mån säkerhetsöverlåtelser ses som en pantsättning måste den kunna omfattas av järnvägsprotokollets materiella rättsverkningar efter registrering. Men eftersom Art. 2.4 CTC överlämnar till nationell rätt att avgöra gränsdragningen mellan ”security agreement”, ”title reservation agreement” och ”leasing agreement” ankommer det på svensk rätt att ange hur denna gränsdragning ska gå till. Därmed är man tillbaka i den osäkerhet som råder i denna gränsdragningsfråga i svensk rätt. Det är lätt att föreställa sig att det kan bli en tvistefråga i fall där rullande järnvägsmateriel antingen är helt skyddat för borgenär med registrerad internationell säkerhetsrätt (panträtt/säkerhetsöverlåtelse) eller inte alls på grund av att borgenärens säkerhet grundas på ett förvärv av egendomen som inte uppnår sakrättsligt borgenärsskydd enligt svensk rätt och inte heller utgör en sale and lease-back. Situationen kan undvikas genom att förvärvet klassifice-

ras som en pantsättning enligt svensk rätt men så länge tvekan råder om gränsdragningen mellan pantsättning och säkerhetsöverlåtelse kvarstår en risk för oväntade resultat i domstol. Den tidigare ståndpunkten av bland andra Helander att det inte spelar någon roll hur man väljer att klassificera en transaktion håller således inte längre.

Avgörande för denna gränsdragning bör vara syftet för transaktionen. Om partsavsikten varit att åstadkomma ett säkerhetsställande i samband med en finansiering/kreditgivning och inte en omsättningsöverlåtelse, även om en överlåtelse som ingår i transaktionen givetvis är avsedd att vara ”verklig” och ”seriös”, bör detta partssyfte vara styrande och därmed föra in överlåtelsen under panträttsbegreppet. Partssyfte i detta sammanhang måste främst avgöras utifrån vad borgenären kan påvisa avseende varför transaktionen kom till stånd och vilka skäl som låg bakom upplägget. Galdenärens uppfattning kan spela roll men eftersom frågan blir akut främst då galdenären försatts i konkurs kan dennes lojaliteter ha svängt på grund av omständigheterna. Det faktum att transaktionen registrerats i CTC-registret bör också ha betydelse och kunna indikera att även en ingående försäljning utgjort ett led i säkerhetsställandet och därför närmast motsvarar en pantsättning.

4. INTERNATIONELLA SÄKERHETS RÄTTER OCH FÖRETAGSREKONSTRUKTION

Det nämndes ovan i not 8 att ISL har företrädare framför FrekL så att borgenär med fullgod säkerhet enligt CTC inte behöver bekymra sig över ett svenskt rekonstruktionsförfarande. Ett praktiskt exempel är att ett flygbolag med väsentliga delar av flygplansflottan leasade och föremål för CTC-registreringar, ansöker om rekonstruktion för att därmed skapa ett moratorium och kanske kunna rädda verksamheten undan konkurs. Som redan framskymtat ovan är detta inte en genomförbar strategi såvida inte CTC-borgenärerna frivilligt går med på att inte genomdriva sina rättigheter som ägare och lease-givare till flygplanen. Regleringen i 1 kap. 4 § FrekL, innebär att CTC-systemet träder istället för rekonstruktionsförfarandet och

det senare får stå tillbaka i de fall kollision uppstår. Detta innebär att rekonstruktionen inte medför något moratorium för gäldenären eftersom leasegivare kan kräva antingen full betalning enligt avtal eller utlämnande av flygplan. Betalningsinställelse enligt 2 kap. 15 § FrekL och hävningsförbudet i 2 kap. 20 § FrekL hindrar inte sådana säranktioner av CTC-borgenär.

Med andra ord är rekonstruktionen helt beroende av att CTC-borgenärerna frivilligt går med på att stå tillbaka och delta i rekonstruktionen. Om så skulle bli fallet kan en effekt vara att leasingborgenär deltar fullt ut i ett eventuellt ackord enligt 3 kap. FrekL. Ackordet omfattar oprioriterade fordringar enligt FRL och i den mån det anses att CTC-borgenärens leasingfordran är oprioriterad, såsom fallet är med inhemsk svensk leasingfordran, deltar fordran fullt ut i vanlig ordning.

5. SLUTORD

En generell iakttagelse är att ovanstående genomgång av införlivandet av CTC i svensk rätt visar på problemen som uppstår när ny lagstiftning med nya lösningar ska passas ihop med äldre, ibland mycket gammal, befintlig lagstiftning. Svensk förmögenhetsrätt i allmänhet och creditsäkerhetsrätt i synnerhet har inte varit föremål för någon översyn av lagstiftaren på länge och det är inte förvånande att friktioner uppstår då nya konstruktioner – såsom modern creditsäkerhetsregistrering – ska sammanjämkas med befintliga, äldre regelkonstruktioner. CTC-systemet representerar en nyare modell för hanteringen av kommersiell creditsäkerhet och borde kunna utgöra en god förlaga för hur ett regelverk kan utformas som är anpassat efter dagens kommersiella verklighet.