

Företagsinteckningen och EU:s insolvensförordning

Av hovrättsrådet MIKAEL MELLQVIST

Runt om i Europa dyker det med allt tätare mellanrum upp tillämpningsfrågor kring EU:s insolvensförordning som trädde i kraft den 31 maj 2002. Europeiska domstolar och andra som hanterar insolvensfrågor har att tillämpa en förordning som i flera avseenden är komplicerad, inte minst därför att förordningen inte fullt ut gör en klar skiljelinje mellan å ena sidan internationellt processrättsliga frågor och å den andra materiella insolvensfrågor. En sådan fråga är innebörden av artikel 5 i förordningen. För svenskt vidkommande berör den frågan den svenska företagsinteckningens ställning i ett europeiskt perspektiv. I artikel behandlas detta. Slutsatsen är att den svenska företagsinteckningen kanske inte har det värde som man kan tro att den har om man är alltför fast rotad i den svenska juridiska myllan.

Inledning

Lagvalsregleringen i EU:s insolvensförordning (rådets förordning [EG] nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden) innebär att förfarandelandets lag (lex fori concursus) har en mycket stark ställning. Det är det landets lag som reglerar alla i en konkurs eller annat insolvensförfarande uppkommande frågor som inte uttryckligen undantas i insolvensförordningen (se artikel 4). Ett av undantagen från denna dominerande huvudregel är regleringen i artikel 5.

Artikel 5.1 i insolvensförordningen lyder som följer.

Borgenärs eller tredje mans sakrättsliga skydd beträffande materiell eller immateriell, fast eller lös egendom — både särskilda tillgångar och en samling obestämda tillgångar som en helhet och som ändras vid olika tidpunkter — som tillhör gäldenären och som vid den tidpunkt när ett insolvensförfarande inleds finns i en annan medlemsstat, skall inte påverkas av att ett insolvensförfarande inleds i en annan medlemsstat.

I min kommentar till EU:s insolvensförordning konstaterar jag kort och gott att det svenska företagshypoteket inte omfattas av artikel 5 i insolvensförordningen, eftersom företagshypoteket enligt lagen (1984:649) om företagshypotek enligt svensk rätt inte är förenat med något sakrättsligt skydd för säkerhetshavaren.¹ Det abrupta påståendet

¹ Mikael Mellqvist, EU:s insolvensförordning. m.m. — En kommentar, Stockholm 2002, s. 227 (fortsättningsvis: Mellqvist). Jfr också Ds 2002:59, s. 124 f. I det följande hänvisas också till den Förklarande rapport som finns i anslutning till insolvensförordningen. Rapporten benämns FR följd av en siffra som anger till vilket ställe i rapporten en viss hänvisning avser. Vidare anges inom parentes ett sid-

kräver för att det skall vara övertygande en argumentationsmässig underbyggnad som saknas i kommentaren. Ett försök till en sådan underbyggnad — om än inte särskilt djuplodande — kommer här. Den direkta anledningen härtill är att det har visat sig att det i det praktiska rättslivet har uppkommit frågor där just den svenska företagsinteckningens ställning i ett europaperspektiv har ställts på sin spets.

Jag kommer här att först kort redogöra för hur man enligt svensk rätt kan karaktärisera företagsinteckningen som säkerhet. Därefter kommer jag att analysera innehållet i artikel 5 i insolvensförordningen. Slutligen presenterar jag mina slutsatser i frågan hur värdet av företagsinteckning som säkerhet påverkas av insolvensförordningen.

Vad för slags säkerhet är företagsinteckningen enligt svensk rätt?

Sedan den 1 januari 2004 gäller lagen (2003:528) om företagsinteckning, som då ersatte lagen (1984:649) om företagshypotek. Denna förändring berör emellertid inte — såvitt nu är av intresse — själva karaktären hos säkerheten.² Men vad är då egentligen företagsinteckningen för slag av säkerhet? Det har — när det gäller det tidigare företagshypoteket — sagts att det bör betraktas som en särskild säkerhetsrätt (en säkerhetsrätt *sui generis*) i gränslandet mellan förmånsrätt och panträtt.³ Och Gösta Walin slår fast — vilket i sammanhanget är av särskilt intresse — att företagshypotek (numera företagsinteckning) *inte* räknas som en panträtt. Han tillägger dock att pantregler i viss utsträckning kan bli analogiskt tillämpliga beträffande handhavandet av hypoteksbrevet (inteckningsbrevet), vilket dock är av mindre intresse i nu aktuellt sammanhang.⁴

En företagsinteckning gäller enligt 1 kap. 1 § lagen om företagsinteckning i *all* gäldenärens egendom.⁵ Det innebär alltså att såväl fast som lös egendom omfattas av företagsinteckningen. Vidare omfattas såväl fysiskt gripbara ting (saker) som immateriella tillgångar (patent, varumärken m.m.). Även fordringar, oavsett om de är uttryckta i ett skuldebrev eller inte, omfattas av företagsinteckningen. Av generell betydelse — och av särskild betydelse i detta sammanhang — är emellertid att det av 11 § förmånsrättslagen framgår att inteckningshava-

nummer, som anger på vilken sida i här angivna kommentar ifrågavarande ställe i rapporten återfinns; t.ex. FR103 (s. 346), vilket betyder punkt 103 i den förklarande rapporten som finns på s. 346 i angivna kommentar.

² I andra hänseenden, t.ex. i det att företagsinteckningen är en allmän förmånsrätt medan företagshypoteket var en särskild förmånsrätt, finns dock karaktäristiska skillnader.

³ Rolf Dahlgren/Christer Rune, Företagshypotek m.m., 2 uppl. Stockholm 1995, s. 20. Jfr Gösta Walin, Om företagshypotek, Stockholm 1995, s. 38 och Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., Stockholm 1996 (med supplement 2000), s. 27 f. (fortsättningsvis Håstad).

⁴ Gösta Walin, Panträtt, 2 uppl., Stockholm 1997, s. 23.

⁵ Enligt tidigare gällande lag om företagshypotek undantogs viss egendom. Numera omfattas dock all egendom av företagsinteckningen, se prop. 2002/03:49, s. 90 f. och s. 115 f. samt SOU 1999:1, s. 276 f. och s. 338 f. Jfr också Michael Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, 6 uppl., Stockholm 2004, s. 295 f.

ren får vika sig för borgenärer med vissa andra förmånsrätter avseende samma egendom (t.ex. panträtt).

I den nu gällande lagen om företagsinteckning anges att en borgenär som får ett företagsinteckningsbrev överlämnat till sig av gäldenären får förmånsrätt enligt förmånsrättslagen (1970:979) till betalning för fordringen intill inteckningsbrevets belopp (1 kap. 2 § första stycket lagen om företagsinteckning). I 11 § förmånsrättslagen föreskrivs att allmän förmånsrätt följer med företagsinteckning. Det nu sagda är alltså den reella innebörden, dvs. företagsinteckningen ger säkerhetshavaren en *allmän förmånsrätt*. Och egentligen är detta i en avgörande bemärkelse uttömmande. Företagsinteckning ger kort och gott förmånsrätt och befinner sig alltså inte i något ”gränsland mellan förmånsrätt och panträtt”. Det är dock givetvis frågan om en ”särskild” säkerhetsrätt. Och som sådan är den naturligtvis förenad med ett flertal kännetecken (förutom att den ger förmånsrätt). Man kan hävda att själva finessen med företagsinteckningen är att gäldenären fritt kan förfoga över den egendom som utgör säkerhetsunderlaget. Och denna egendom behöver inte heller hållas samman på något sätt. Egendomen kan alltså användas och göra produktiv nytta och samtidigt tjäna som säkerhetsunderlag. Det är inte minst detta som gör företagsinteckningen speciell.

Vad är innebörden av artikel 5 i EU:s insolvensförordning?

Artikel 5 är alltså en av få undantagsregler från huvudregeln i artikel 4 om att förfarandelandets lag reglerar i insolvensförfarandet förekommande frågor. Det förhållandet att ett insolvensförfarande inleds i en medlemsstat skall enligt artikel 5 som sagt inte påverka det sakrättsliga skydd säkerhetshavaren åtnjuter avseende viss egendom i de fall ifrågasatt egendom när insolvensförfarandet inleds finns i en annan medlemsstat än inledningsstaten.⁶

Artikel 5 är enligt ordalydelsen egentligen inte en lagvalsregel, även om den funktionellt, och även systematiskt, är att betrakta som en sådan.⁷ Så som bestämmelsen är utformad har den i stället direkt materiell betydelse i det att det sägs att det sakrättsliga skyddet någon kan ha beträffande viss egendom inte skall påverkas av att ett insolvensförfarande inleds i en annan medlemsstat än där egendomen finns. Man kan uttrycka det som att ingenting händer avseende rätten

⁶ Med ”inleds” avses när vederbörande instans fattar *beslut* om att inleda ett förfarande. t.ex. när en svensk tingsrätt beslutar om att försätta någon i konkurs. Ett eventuellt överklagande av det beslutet saknar betydelse. Med ”insolvensförfarande” avses alla de förfaranden som omfattas av insolvensförordningen; för svensk del konkurs och företagsrekonstruktion, se härom Mellqvist, s. 55 f. Vid insolvensförordningens tillkomst omfattades 50 olika insolvensförfaranden i 15 länder. Nu är båda siffrorna högre.

⁷ Miguel Virgós/Francisco Garcimartin, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Haag 2004, s. 104 (fortsättningsvis Virgós/Garcimartin) betecknar regeln som en *negativ* lagvalsregel. Jfr Mellqvist, s. 224 f., som kallar regeln för en *oäkta* lagvalsregel.

till egendomen, trots att ett insolvensförfarande inleds. Vad som gäller dessförinnan gäller alljämt. Detta är ett långtgående insolvensskydd. Inte nog med att regler i *lex fori concursus* inte kan rubba säkerhetshavarens ställning. Även regler av insolvensrättslig natur i den rättsordning som är tillämplig på säkerhetshavarens ställning bortsett från insolvensförfarandet hindras av artikel 5 att "slå till". Innebörden är att säkerhetshavaren härigenom får ett alldeles särskilt starkt skydd i de fall artikel 5 är tillämplig.⁸ Antag att ett bolag försätts i konkurs i Tyskland, att av gäldenären pantsatt egendom finns i Sverige och att svensk rätt är tillämplig på panthavarens ställning. Regler om omhändertagande, realisation och fördelning av tillgångar m.m. i den tyska konkursen berör inte den "svenske" panthavarens ställning. Men inte heller svenska regler, om sådana skulle finnas, rörande en panthavarens ställning när gäldenären är försatt i konkurs är tillämpliga, trots att den tyska konkursen och dess verkningar enligt insolvensförordningen erkänns fullt ut även i Sverige.

Om egendomen däremot finns i inledningsstaten vid den kritiska tidpunkten är artikel 5 inte tillämplig.⁹ Det innebär att *lex fori concursus* (artikel 4) i stället gäller. Bestämmelsen är enligt ordalydelsen inte heller tillämplig om egendomen finns utanför EU, vilket hänger samman med att artikeln uttryckligen enbart är tillämplig på egendom som finns i en (annan) *medlemsstat*.¹⁰ Vad som då gäller får avgöras av respektive lands allmänna internationella insolvensrätt. Finns egendomen vid tidpunkten för inledandet av ett insolvensförfarande i något annat EU-land skall emellertid den sakrätt någon kan ha avseende egendomen alltså inte påverkas av att ett insolvensförfarande inleds.

Eftersom artikel 5 för sin tillämplighet kräver att egendomen i fråga kan lokaliseras till ett visst bestämt territorium, dvs. finns i en annan medlemsstat än den där insolvensförfarandet har inletts, är det i sammanhanget givetvis av intresse att kunna lokalisera egendomen, dvs. fastställa var (i vilken medlemsstat) viss egendom (vid den kritiska tidpunkten) befinner sig. I artikel 2 g anges var "materiell egendom", dvs. såväl fast egendom som lös egendom i form av lösa saker (lösöre) och egendom som är föremål för registrering, skall anses befinna sig. Där sägs beträffande "materiell egendom" att sådan egendom befinner sig i den medlemsstat inom vars territorium egendomen finns. Och beträffande "egendom och rättigheter som ägaren eller innehavaren måste låta registrera i ett offentligt register" befin-

⁸ Se Virgós/Garimartin, s. 104. Se också Michael Veder, *Cross-Border Insolvency Proceedings and Security Rights*, Utrecht 2004, (fortsättningsvis Veder), s. 340 f. som betonar att innebörden av artikel 5 är att säkerhetshavaren oförtjänt får en förstärkt säkerhetsrätt ("unjustifiable bonus"). Se också ingresspunkten 25 och FR94–95 (s. 344).

⁹ Se FR94 (s. 344) och Virgós/Garimartin, s. 100 f.

¹⁰ Jfr också FR19 (s. 320). Det sagda har alltså direkt inget att göra med att insolvensförordningen är tillämplig enbart när gäldenärens huvudsakliga intressen finns i EU, jfr ingresspunkten 14.

ner sig sådan egendom i den medlemsstat under vars överinseende registret förs.

Så länge den ifrågakvarande egendomen utgörs av fast egendom är det aldrig några problem att avgöra inom vilken stats territorium egendomen befinner sig.¹¹ Frågan om viss egendom är att betrakta som fast eller lös kan dock i vissa fall vara svår att avgöra, särskilt när det gäller olika slag av tillhör till mark, byggnader m.m. Även utan att det uttryckligen anges i insolvensförordningen kan man utgå från att den stats lag där egendomen befinner sig får avgöra även denna fråga.¹²

Är det däremot frågan om lös egendom kan det emellertid vara svårare att fastställa var den befinner sig, beroende på vilket slag av egendom det är frågan om. Viss lös egendom såsom maskiner, varor i lager m.m. är ofta enkelt att lokalisera till ett visst territorium.

Svårare kan det vara med annan egendom, t.ex. fordringar. I artikel 2 g finns en definition som är behjälplig vad gäller frågan var fordringar finns.¹³ Där anges att fordringar skall anses befinna sig i den medlemsstat där fordringsgäldenären har sina huvudsakliga intressen. Konventionen (den 19 juni 1980) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Romkonventionen) innehåller bestämmelser om vad som gäller *mellan parterna* i ett fordringsförhållande. Om parterna inte har avtalat om tillämplig lag är normalt borgenärslandets lag enligt artikel 4 i Romkonventionen tillämplig i det obligationsrättsliga förhållandet. Detta ger dock föga vägledning vid en sakrättsligt betoad konflikt, t.ex. när ett konkursbo och en tredje man konkurrerar om rätten till en fordran. I dessa fall blir insolvensförordningens nu nämnda definition avgörande. Men inte nog med det, insolvensförordningens reglering tar i en insolvenssituation över Romkonventionens reglering även vad gäller rättsförhållandet mellan parterna. Artikel 2 g innehåller nämligen inte någon begränsning till vissa rättsförhållanden.¹⁴ Det innebär alltså att lagen i det land där fordringsgäldenären finns gäller. Det bör också nämnas att artikel 2 g talar om "fordringar" utan någon närmare precisering. Det betyder att den är tillämplig på fordringar i allmänhet.¹⁵ Däremot torde den inte vara tillämplig på fordringar som uttrycks i skuldebrev (eller motsvarande) av löpande karaktär. Sådana fordringar anses enligt allmänna rättsgrundsatser inom den internationella privat- och processrätten

¹¹ Här bortses från de oklarheter som kan följa av statsombildningar. En fråga som även i ett europeiskt perspektiv måhända inte är enbart teoretisk.

¹² Se Michael Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, s. 64, 124 och 289 f.

¹³ Se Virgós/Garcimartin, s. 163 f. och 101 f. samt Mellqvist, s. 123 f.

¹⁴ Se Lennart Pålsson, Romkonventionen. Tillämplig lag för avtalsförpliktelser, Stockholm 1998, s. 41.

¹⁵ Ang. skillnaden mellan "fordringar i allmänhet" och fordringar av "löpande" beskaffenhet, se Mikael Mellqvist/Ingemar Persson, Fordran & Skuld, 7 uppl., Uppsala 2004, s. 103 f.

befinna sig där ifrågavarande skuldebrev finns.¹⁶ Var gäldenären har sitt hemvist eller sina huvudsakliga intressen är i sammanhanget inte av något avgörande intresse. Det finns inte någon anledning att anta att regleringen i artikel 2 g skulle ändra på detta. Man kan tvärtom mycket väl hävda att regleringen i artikeln bekräftar det sagda. Det innebär alltså att när det inte finns något fysiskt gripbart "skuldebrev" eller om ett eventuellt sådant är immobiliserat gäller det som gäller för fordringar i allmänhet och för skuldebrev (eller motsvarande) gäller vad som gäller för lös egendom.

Hur skall man då se på egendom som ingår i underlaget för en företagsinteckning? Kan man säga att de tillgångar i underlaget som finns i inledandestaten faller utanför tillämpningen av artikel 5? Finns däremot vissa tillgångar ingående i underlaget i andra medlemsstater är artikel 5 tillämplig på dessa? Eller är säkerhetsrätten som sådan odelbar, dvs. endera omfattas all egendom som ingår i underlaget eller annars ingen alls av den egendomen av artikel 5?

Utgångspunkten i artikel 5 är — som redan har nämnts — att det är en rätt till egendomen som skyddas. Denna rätt måste vara en sakrätt, dvs. relatera till ett visst bestämt objekt. Utmärkande för företagsinteckningen är att den rätt som följer av den är en rätt avseende en viss egendoms massa som, dels kan växla över tiden, dels kan bestå av egendom utspridd över i princip hela världen. Den rätt som följer med en företagsinteckning riktar sig alltså mot en egendoms massa. Den har som objekt inte enstaka föremål. En företagsinteckningshavare kan inte göra gällande sakrättsligt skydd vare sig avseende egendoms massan i dess helhet eller något enstaka föremål ingående i denna massa. När ett insolvensförfarande inleds får man "frysa" läget och fastställa var i världen egendom ingående i underlaget finns. Rätten till den egendom som då finns i det egna landet bestäms av *lex fori concursus* (artikel 4), rätten till den egendom som finns i andra medlemsstater bestäms av artikel 5 och den som finns utanför EU bestäms över huvud taget inte av insolvensförordningen. Det är alltså oundvikligt — och kanske t.o.m. självklart — att rätten till varje enskilt objekt ingående i säkerhetsunderlaget måste kunna hävdas. Det är alltså inte möjligt att behandla egendomen ingående i inteckningsunderlaget som en odelbar enhet. Och som redan har nämnts är det helt i linje med vad som karakteriserar en hypotekarisk säkerhet och vad som gör en sådan säkerhet så användbar. Det nu sagda kan i praktiken innebära att en företagsinteckning inte kan göras gällande i *all* gäldenärens egendom, vilket för övrigt gäller redan enligt inhemsk svensk rätt (se 11 § förmånsrättslagen).

Det bör för fullständighetens skull påpekas att tillämpningen av regeln om *lex fori concursus* i artikel 4 i nu aktuellt hänseende inte är beroende av var egendom i fråga finns. All gäldenärens egendom

¹⁶ Se Virgós/Garcimartion, s. 168. Se också Michael Bogdan, Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt, Stockholm 1997, s. 61 f.

oavsett var inom EU den finns omfattas av insolvensförfarandet, om inte någon undantagsregel (t.ex. artikel 5) uttrycker något annat. Det betyder t.ex. att förmånsrättslagen gäller i ett svenskt insolvensförfarande och att borgenärer med företagsinteckning som säkerhet i och för sig kan tillgodogöra sig betalning ur all gäldenärens egendom. Enligt bestämmelsen i artikel 5.1 är att den skall omfatta sakrättsligt skydd oavsett vilken form av sakrättsligt skydd (om det nu finns olika former av sådant skydd) som aktualiseras och oavsett vilken egendom som utgör objekt för skyddet. I förordningstexten anges uttryckligen — vilket är av särskilt intresse här — att man kan ha sakrättsligt skydd i “en samling obestämda tillgångar som en helhet och som ändras vid olika tidpunkter”.¹⁸ Objekt för en sakrätt kan alltså i och för sig vara just en egendomsmassa, dvs. en odelbar enhet. Jag återkommer till just detta.

I den förklarande rapporten anges att artikel 5 bygger på antagandet att en sakrätt består av två huvudkriterier; 1) en sakrätt är direkt och omedelbart knuten till en viss bestämd tillgång och 2) en sakrätt är absolut i det att den gäller mot envar.¹⁹ Denna karaktäristik svarar principiellt väl mot vad som anses gälla i Sverige.²⁰ Det finns dock anledning att betona att artikeln i sig inte skapar någon rättighet. Rättigheten måste ha uppkommit enligt nationell rätt före inledandet av insolvensförfarandet. Och det måste vara frågan om en sakrätt (right in rem).

I artikel 5 sägs inget om hur sakrättsligt skydd uppkommer. Antag t.ex. att konkursboet A och konkursborgenären B båda gör anspråk på en och samma fastighet belägen i Spanien och som tillhör insolvensgäldenären. A hävdar att fastigheten “obelastad” ingår i boet och B hävdar att han har panträtt i fastigheten. Oavsett i vilken medlemsstat insolvensförfarandet pågår skall frågan om B:s anspråk avgöras av spansk rätt (om man i det land prövningen sker tillämpar *lex rei sitae* på frågan). Det torde för det första innebära att *lex rei sitae* bestämmer om en panträtt har uppkommit. För det andra är det också den lagen som primärt bestämmer innebörden av denna panträtt, t.ex. om den är förenad med sakrättsligt skydd eller inte. Men har man kom-

¹⁷ En helt annan sak som saknar betydelse för resonemangen här är att förmånsrättslagen inte medger inteckningshavarna betalning ur mer än 55 procent av värdet av det samlade underlaget.

¹⁸ Se FR104 (s. 346), Virgós/Garcimartin, s. 101 och Paul J Omar, *European Insolvency Law*, Aldershot 2004. Den sistnämnde hänvisar utan egen kommentar till FR104.

¹⁹ Se FR 103 (s. 346), vari också hänvisas till punkt 166 i Schlosser-rapporten om 1968 års Brysselkonvention där det bl.a. sägs att kännetecknande för en sakrätt (right in rem) är att den gäller mot “the whole world”. Virgós/Garcimartin, s. 96, talar om att endast nationella (sak)rätter som typiskt sett svarar mot (“typological characterisation”) vad som anges i artikel 5.2 skyddas av artikel 5. De tillägger att artikel 5 skyddar alla normala typer av sakrätter som finns i medlemsstaternas nationella rätt. Se också Veder, s. 333, där det anges att insolvensförordningen på denna punkt framhåller nationell rätts betydelse på bekostnad av en autonom tillämpning av insolvensförordningen.

²⁰ Se Håstad, s. 15 f.

mit så här långt så bestämmer *insolvensförordningen* att vad man sålunda har kunnat fastställa inte skall påverkas av att det pågår ett insolvensförfarande i någon annan medlemsstat (än Spanien i detta fall).²¹

Utgångspunkten i artikel 5.1 är alltså att det sakrättsliga skyddet, skall vara intakt trots att ett insolvensförfarande inleds i någon annan medlemsstat.²² Insolvensförordningen saknar dock en definition av vad som avses med sakrättsligt skydd. I artikel 5.2 räknas det dock i fyra punkter upp vad det sakrättsliga skyddet bl.a. omfattar. Det är inte frågan om någon fullständig definition av begreppet sakrättsligt skydd. Men vad som anges kan sägas vara kärnan av vad som skall anses ingå i det sakrättsliga skyddet eller kanske mer korrekt uttryckt vilka rättsverkningar som skall vara knutna till det sakrättsliga skyddet skapat av nationell rätt för att det också skall omfattas av skyddet enligt artikel 5. Det är a) rätten att förfoga över tillgången eller tillgodogöra sig betalning ur den. Här nämns särskilt pant- och retentionsrätt. Det kan sägas vara något som är typiskt för en stark säkerhetsrätt som just panträtt. Här förtydligas också att den pantsatta tillgångens avkastning omfattas av säkerhetshavarens sakrättsliga skydd. I punkten b) anges att den som har en fordran som pantegendom har rätt att driva in fordringen, t.ex. i stället för att förfoga över den genom att överlåta den. I punkten c) anges att säkerhetshavaren har rätt att hävda bättre rätt till den egendom som han har panträtt i gentemot den som olovligen besitter egendomen. Och i punkten d) anges att även nyttjanderättshavarens rätt kan vara sakrättsligt skyddad. De fyra punkterna utgör som sagt inte någon fullständig beskrivning av innebörden av sakrättsligt skydd, men kan sägas vara mer än enbart en exemplifiering. Regleringen i artikel 5.2 kan t.o.m. sägas innebära en viss, inte obetydlig, harmonisering. Här anges med verkan inom hela EU vad ett visst anspråk som minimum skall innebära för att det skall anses vara frågan om en sakrätt som skyddas enligt artikel 5.

Det nu sagda innebär att artikel 5 är tillämplig i de fall säkerhetshavaren har sakrättsligt skydd enligt nationell rätt *och* ifrågavarande nationella sakrättsliga skydd uppfyller minimikraven i artikel 5.2.²³ Ett annat sätt att uttrycka detta är att säga att det är nödvändigt, men inte tillräckligt, att säkerhetshavaren enligt nationell rätt kan hävda sakrättsligt skydd avseende egendomen i fråga. Artikel 5 ställer upp vissa minimikrav avseende innebörden av det nationella sakrättsliga skyddet. Även i detta hänseende är artikel 5 mycket mer än enbart en lagvalsregel.²⁴

²¹ Exemplet "Spanien" är inte intressant. Artikel 5 är ju då inte tillämplig eftersom fastigheten inte finns i någon *annan* medlemsstat. En annan sak är att utgången regelmässigt torde bli densamma när man i stället med stöd av artikel 4 tillämpar *lex fori concursus* "hela vägen".

²² Virgós/Garcimartin, s. 93, talar om att panträtten (den aktuella sakrätten) är "immunised or shielded" mot insolvensförfarandet.

²³ Se Veder, s. 334 f.

²⁴ Om ett visst anspråk skulle uppfylla kraven enligt artikel 5.2, men *inte* vara ett sakrättsligt skyddat anspråk enligt nationell rätt kan rättighetshavaren inte till sin

Artikel 5 skyddar alltså inte vilka säkerhetsrätter som helst, utan det krävs att det är frågan om en sakrätt enligt nationell rätt som dessutom är kvalificerad i enlighet med vad som anges i artikel 5.2. Det innebär bl.a. att olika slag av förmånsrätter inte omfattas av artikel 5. För dessa är alltså i stället artikel 4.2 (jfr ingresspunkten 11) tillämplig.²⁵ Det är alltså bestämmelser i *lex fori concursus* som avgör frågor om vissa anspråk är förenade med förmånsrätt och i vilken ordning olika förmånsrätter har företräde. Det gäller för såväl särskilda som allmänna förmånsrätter. En — kanske självklar — innebörd av detta är att man i ett europeiskt insolvensförfarande alltid har att tillämpa *en enda* förmånsrättsordning, dvs. förmånsrättsordningen i det land där insolvensförfarandet äger rum. Det blir aldrig aktuellt att behöva beakta förmånsrätter som kan finnas enligt andra länders rättsordningar. Handläggs en konkurs t.ex. i Sverige är det förmånsrättslagen (1970:979) som gäller med uteslutande av alla andra länders förmånsrättsordningar. En konsekvens av det sagda är att en svensk företagsinteckning aldrig ger förmånsrätt när ett insolvensförfarande handläggs i något annat europeiskt land än Sverige.²⁶ Mer om detta strax.

Den svenska företagsinteckningen och insolvensförordningen — slutsatser

Så som har framgått i det föregående förutsätter artikel 5 att en säkerhet kan utgöras av tillgångar som kan skifta över tiden och samtidigt att en sådan säkerhetsrätt kan vara förenad med sakrättsligt skydd. Den svenska företagsinteckningen är en säkerhet där säkerhetsunderlaget skiftar från tid till annan och där egendom ingående i underlaget kan befinna sig i flera olika länder vid den kritiska tidpunkten (inledandet av ett insolvensförfarande). Denna säkerhet är förenad med förmånsrätt, men det är inte enligt svensk rätt frågan om en sakrätt. Att en viss förmånsrätt är knuten till viss bestämd egendoms massa — vilket ju är fallet med t.ex. den svenska företagsinteckningen — gör inte rättigheten till en sakrätt. För att det skall vara frågan om en sakrätt krävs nämligen att man kan hävda bättre rätt än varje tänkbar opponent till vart och ett av de egendomsobjekt som ingår i inteckningsunderlaget. Detta krav är inte uppfyllt eftersom det inte kan uteslutas att egendom som ingår i underlaget för den svenska företagsinteckningen kan vara föremål för annans sakrättsligt fullgångna anspråk, t.ex. panträtt.

Enligt svensk rätt kan alltså en innehavare av en företagsinteckning inte med framgång göra gällande sakrättsligt skydd till den egendom som ingår i inteckningsunderlaget. Och att svensk rätt hyser den ståndpunkten är avgörande. Artikel 5 kan ju inte ge en nationellt fördel åberopa skydd enligt artikel 5. Denna situation är måhända av föga praktiskt intresse och kommer inte att beröras här.

²⁵ Se Virgós/Garcimartín, s. 97 f., Veder, s. 336 och Mellqvist, s. 220 f.

²⁶ Jfr Michael Bogdan, Sveriges och EU:s internationella insolvensrätt, s. 41.

etablerad rättighet en vidare innebörd än den har nationellt. Det nu sagda är också en förklaring till att t.ex. en brittisk "floating charge" kan omfattas av artikel 5. Det beror i så fall på att "floating charge" enligt *brittisk rätt* anses vara en sakrätt, och att kriterierna i artikel 5.2 är uppfyllda.²⁷ Det spelar alltså i nu anlagda perspektiv inte någon roll om en svensk företagsinteckning och en brittisk "floating charge" uppvisar långt gående likheter, så länge den nu nämnda principiella skillnaden gäller.

Vad kan man då dra för slutsatser vad gäller värdet av företagsinteckning som säkerhet i ett europeiskt perspektiv? Man kan tänka sig följande fyra typsituationer.

1 a) *Insolvensförfarandet äger rum i Sverige och egendomen ingående i underlaget finns i Sverige.* Svensk rätt gäller utan undantag. Kan någon med stöd av förmånsrättslagen (11 §) göra gällande bättre rätt till egendom ingående i underlaget (t.ex. panträtt) kan inteckningshavaren dock inte tillgodoräkna sig den egendomens värde. Men artikel 5 i insolvensförordningen blir inte tillämplig.

1 b) *Insolvensförfarandet äger rum i Sverige och egendom ingående i underlaget finns i någon annan medlemsstat.* Artikel 5 är tillämplig på egendomen. Om någon med stöd av den artikeln kan göra en sakrättsligt skyddat rätt gällande avseende egendomen kan inteckningshavaren inte få någon utdelning ur underlaget.

2 a) *Insolvensförfarandet äger rum i en annan medlemsstat och egendom ingående i underlaget finns i Sverige.* Den svenska förmånsrättslagen är inte tillämplig. Företagsinteckningen saknar helt värde. Artikel 5 är inte intressant i det perspektivet.

2 b) *Insolvensförfarandet äger rum i en annan medlemsstat och egendom ingående i underlaget finns i samma medlemsstat (eller i vart fall i en annan medlemsstat än Sverige):* Den svenska förmånsrättslagen är inte tillämplig. Företagsinteckningen saknar helt värde. Artikel 5 är inte intressant i det perspektivet.

Värdet av företagsinteckningen som säkerhet är alltså i första hand beroende av i vilken medlemsstat insolvensförfarandet äger rum. Om det äger rum i Sverige är regleringen i insolvensförordningen sådan att enbart svensk rätt påverkar företagsinteckningens ställning om egendom ingående i underlaget också finns i Sverige. Även om egendom finns i en annan medlemsstat är förmånsrättslagen utan inskränkningar tillämplig. Men i detta fall är dessutom artikel 5 tillämplig, vilket kan ha viss betydelse. I det förra fallet — när egendomen finns i Sverige — är det inget förutom vad som anges i 11 § för-

²⁷ Att så är fallet påstås utan att någon närmare analys presenteras i FR104 (s. 346) och av Virgós/Garcimartin, s. 101.

månsrättslagen som inkräktar på företagsinteckningsinnehavarens ställning. I det andra fallet — när egendomen finns i en annan medlemsstat — kan man tänka sig att en borgenär med stöd av artikel 5 kan göra anspråk på egendomen i fall där det inte hade varit möjligt enligt 11 § förmånsrättslagen. Med det avses en rätt som uppfyller kraven i artikel 5 och inte grundar sig på 4, 4 a, 6–8, 10 eller 10 a § förmånsrättslagen. Skillnaderna mellan situationerna 1 a och 1 b torde dock i praktiken vara marginella.

Om insolvensförfarandet äger rum i en annan medlemsstat än Sverige kan företagsinteckningshavaren inte hävda någon rätt till egendom ingående i underlaget oavsett var inom EU den befinner sig. Svensk rätt är, i och med att förmånsrättslagen inte gäller, inte hjälpsam och inte heller artikel 5 eftersom inteckningshavaren inte enligt svensk rätt har något sakrättsligt skyddat anspråk.

Den situation som på senare tid orsakat viss diskussion är när ett insolvensförfarande äger rum i en annan medlemsstat avseende ett svenskt aktiebolag. Som sagt är då företagsinteckningen i det bolaget värdelös. Men det har primärt inget att göra med insolvensförordningens *lagvalsreglering* i form av här diskuterade artikel 4 och 5, utan det avgörande är i stället förordningens *jurisdiktionsreglering*. Det är alltså av avgörande betydelse i vilken medlemsstat insolvensförfarandet äger rum. Insolvensförordningens reglering och begynnande praxis kring den har inneburit att detta på förhand antagligen är mer svårbedömt än det var tidigare.²⁸ Ur ett kreditgivarperspektiv måste därför företagsinteckningen anses vara en mer svårbedömd och riskfylld säkerhet än den var före insolvensförordningens ikraftträdande den 31 maj 2002.

²⁸ Se Mikael Mellqvist, Europeisk internationell insolvensjurisdiktion, SvJT 2005 s. 449 med hänvisningar.