

# Omfattas företagsinteckning av artikel 5 i EU:s insolvensförordning?

## En kommentar till Mikael Mellqvists artikel

AV ANNINA H. PERSSON och GÖRAN MILLQVIST

Rådets förordning nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden, i det följande insolvensförordningen, har varit i kraft sedan 31 maj 2002. I samband med dess tillämpning har det uppstått en fråga huruvida den nya svenska företagsinteckningen omfattas av artikel 5 i insolvensförordningen. Enligt Mikael Mellqvist omfattas företagsinteckningen inte av artikel 5 eftersom den rätt som kreditgivaren innehar med stöd av företagsinteckningen inte är en sakrätt. Om insolvensförfarandet således äger rum i en annan medlemsstat och egendom ingående i underlaget finns i Sverige skulle företagsinteckningen enligt Mellqvist "helt sakna värde".<sup>1</sup> Han anför vidare att enligt svensk rätt kan en innehavare av en företagsinteckning inte med framgång göra gällande sakrättsligt skydd till den egendom som ingår i inteckningsunderlaget.<sup>2</sup> Ur ett kreditgivarperspektiv måste företagsinteckningen enligt Mellqvist anses vara en mer svårbedömd och riskfylld säkerhet än den var före insolvensförordningens ikraftträdande.<sup>3</sup>

Med tanke på de konsekvenser som dessa påståenden för med sig i form av minskat kreditutrymme och dyrare krediter, förtjänar de en närmare analys. Är rättsläget verkligen beskaffat såsom Mellqvist beskriver det?

Först bör ett förtydligande göras i anledning av de typfall Mellqvist använder som slutsatser av hans förda resonemang. Hans typfall utgår från att endast ett förfarande är aktuellt eftersom det endast är då art. 5 får betydelse. Skulle det exempelvis pågå ett huvudförfarande i Frankrike och ett sekundärförfarande i Sverige, kanske på grund av att företagsinteckningshavare begärt det svenska driftstället i konkurs, gäller naturligtvis svensk förmånsrätt i detta sekundärförfarande, inklusive förmånsrätt för företagsinteckning enligt 11 § förmånsrättslagen (1970:979, FRL), jfr art. 28.<sup>4</sup> Problemet som diskuteras här nedan förutsätter således att det finns uttaget en svensk företagsinteckning i en näringsidkares tillgångar men att denne näringsidkare inte är fö-

<sup>1</sup> Se Mellqvist, M., Företagsinteckningen och EU:s insolvensförordning, SvJT 2006 s. 453 (artikel s. 462).

<sup>2</sup> Se Mellqvist, M., Företagsinteckningen och EU:s insolvensförordning, SvJT 2006 s. 453 (artikel s. 462).

<sup>3</sup> Se Mellqvist, M., Företagsinteckningen och EU:s insolvensförordning, SvJT 2006 s. 453 (artikel s. 463).

<sup>4</sup> Se dock art. 18, 33–34 om de åtgärder som förvaltaren i huvudförfarandet kan vidta i sekundärförfarandet.

remål för insolvensbehandling i Sverige, trots att sådan pågår i annat medlemsland. En situation som kanske inte är helt omöjlig men som dock bör vara ganska sällsynt.

Påståendet — att den svenska företagsinteckningen inte omfattas av art. 5 i insolvensförordningen, eftersom den enligt lag (2003:528) om företagsinteckning (FIL) inte är förenad med något sakrättsligt skydd för säkerhetshavaren — behöver skärskådas närmare.<sup>5</sup> I 1 kap. 1 § FIL anges att företagsinteckning beviljas med visst belopp i all sökandens egendom. Beviset om inteckningen benämns företagsinteckningsbrev. I 1 kap. 2 § FIL anges att om en näringsidkare uppläter säkerhet för en fordran genom att överlämna ett företagsinteckningsbrev beträffande sin egendom, får borgenären förmånsrätt till betalning för fordringen intill inteckningsbrevets belopp. Förmånsrätt gäller enligt 11 § FRL i 55 procent av nettovärdet av den egendom som återstår sedan borgenärer med bättre rätt har fått betalt. Genom att näringsidkaren överlämnar, traderar, företagsinteckningsbrevet får kreditgivaren en i viss mening borgenärsskyddad position i enlighet med vad som framgår av 11 § FRL. Att detta borgenärsskydd är begränsat och inte förenat med *särskild* förmånsrätt eller *separationsrätt*, är något annat än att kreditgivaren inte skulle ha något sakrättsligt skydd alls.

Vad är företagsinteckning för en rättsfigur? Det är inte en sakrätt i klassisk, fullständig mening — dessa skall ju kännetecknas av utmättnings- och konkursskydd samt omsättningsskydd och utgörs enligt klassisk lära av äganderätt, panträtt och retentionsrätt — men det är onekligen en *säkerhetsrätt* i så måtto att dess huvudsyfte är att fungera som kreditsäkerhet för bankerna.<sup>6</sup>

Enligt vår mening är företagsinteckningen närmast att uppfatta som en hybrid, en blandning mellan vad som gäller för pant och för fordringar med vilka följer allmän förmånsrätt. I vissa fall följer företagsinteckningen reglerna för pant, såsom då det gäller kravet på överlämnade av företagsinteckningsbrevet till kreditgivaren för att denna skall få fullbordad säkerhet, jfr NJA 2000 s. 88 med NJA 1996 s. 52. I andra fall följer företagsinteckningen reglerna för fordringar med allmän förmånsrätt, exempelvis vid preskription. Om en fordran som säkerställts med företagsinteckning preskriberas, kan därefter inte företagsinteckningen göras gällande eftersom det inte finns någon fordran att återropa för täckning via förmånsrätten.<sup>7</sup>

Företagsinteckningen innebär att borgenären har försteg till betalning ur gäldenärens egendom upp till det tak 11 § FRL anger, framför sämre ställda borgenärer. Eftersom det är fråga om en allmän

<sup>5</sup> Jfr Mellqvist, M., EU:s insolvensförordning m.m. — en kommentar, Stockholm 2002, s. 227 där Mellqvist visserligen beskriver rättsläget avseende företagshypotek.

<sup>6</sup> Se Undén, Ö., Svensk sakrätt I, 9 uppl., Stockholm 1976, s. 5 ff. och Hessler, H., Allmän sakrätt, Stockholm 1973, s. 1 ff. och 51 ff.

<sup>7</sup> Prop. 2002/03:49 s. 115.

förmånsrätt gäller den i all gäldenärens egendom på samma sätt som övriga allmänna förmånsrätter, vilket skiljer den från de särskilda förmånsrätterna där den specifika egendomen måste kunna pekats ut enligt FRL (obligationssäkerhetsmassan i 3 a §, panten eller retentionsgodset i 4 §, försäkringsbolagsavsättningen i 4 a §, fastigheten i 6 §, tomträtten i 7 § och utmätningsobjektet i 8 §). Det särskilda med företagsinteckningen är att den förutsätter en koppling mellan gäldenärens egendom och fordran. Till skillnad från andra allmänna förmånsrätter kräver en giltig företagsinteckning att gäldenären ställt sin egendom som säkerhet för viss fordran, vilket inte krävs för exempelvis en arvodesfordran enligt 10 § FRL eller lönefordran enligt 12 § FRL. Företagsinteckningen är trots allt avsedd att utgöra en kreditsäkerhet med det uttalade syftet att ge förmånsrätt i konkurs. Det är institutets *ratio legis*. Frågan är därmed om en kreditsäkerhet av denna konstruktion är relevant i förhållande till art. 5 insolvensförordningen. Det synes härvid något förenklat att endast hänvisa till att företagsinteckningen inte är en sakrätt — enligt en antagen fast och generell innebörd av termen sakrätt — för konstaterandet att företagsinteckningen helt faller utanför tillämpningsområdet för art. 5 insolvensförordningen.

Hur skall art. 5 insolvensförordningen tolkas? Vi citerar den förklarande rapporten<sup>8</sup>:

...begreppet sakrättsligt skydd definieras inte. Avsikten var inte att ... föreskriva en självständig definition av begreppet sakrättsligt skydd eftersom risken var att som sakrättsligt skydd beteckna sådana juridiska förhållanden som inte anses vara av den arten enligt lagen i den stat där egendomen finns eller att utesluta sådant sakrättsligt skydd som inte uppfyller villkoren i en sådan definition. I [förordningen] erkänns varje stats intresse av att skydda omsättningen på sin marknad vilket kommer till uttryck genom att sådant sakrättsligt skydd som uppkommit gentemot gäldenärens tillgångar i den staten, respekteras enligt den lag som skall tillämpas innan ett insolvensförfarande inleds. Därför är det den nationella lagen som, i enlighet med normala lagvalsregler för tiden före en insolvens, styr det sakrättsliga skyddet (i allmänhet *lex rei sitae* vid den relevanta tidpunkten).

Den enda avvikelser från påståendet ovan finns i artikel 5.3 där, med avseende på artikel 5, en rättighet som upptagits i ett offentligt register och som har verkan mot tredje man och därigenom får ett sakrättsligt skydd, direkt och oberoende av nationella lagar skall anses ha ett sakrättsligt skydd.

Artikel 5 innebär dock vissa begränsningar för det nationella begreppet sakrättsligt skydd. Hänsyn måste tas till att artikel 5 utgör ett viktigt undantag från tillämpningen av inledningsstatens lag och från huvudförfarandets allmänna räckvidd. ... En orimligt vid tolkning av det nationella begreppet sakrättsligt skydd som inkluderar t.ex. förmånsrätter och liknande rättigheter skulle innebära att [förordningen] blir meningslös, och därför omfattas någon sådan vid tolkning inte av artikel 5.

För att underlätta tillämpningen ... och för att undvika alla tvivel innehåller artikel 5.2 en lista över alla rättigheter som vanligtvis betraktas som sak-

<sup>8</sup> Förklarande rapport punkterna 100–104, återgivna i Mellqvist, a.a. s. 345 f.

rättsligt skyddade i nationell rätt. Denna lista har inspirerats av två huvudsakliga överväganden. Den första är att en rättighet som enbart gäller efter det att ett insolvensförfarande inletts, men inte före, inte utgör ett sakrättsligt skydd i den mening som avses i artikel 5 (där rättigheter som fanns före insolvensen skyddas). Den andra är att ett sakrättsligt skydd huvudsakligen kännetecknas av följande två kriterier.

a) Det är direkt och omedelbart knutet till den tillgång som är föremål för skyddet, som skall vara knutet till gottgörelsen, oberoende av om tillgången tillhör en persons bo eller rättighetsinnehavarens förhållande till en annan person.

b) Det absoluta i att rätten tilldelats innehavaren. Detta innebär att denne kan hävda den mot alla som åsidosätter eller skadar dennes rättighet utan hans samtycke (dvs. att sådana rättigheter vanligen skyddas mot återvinning); att rättigheten kan hävdas gentemot en tillgångs avyttring till tredje man (den kan göras gällande erga omnes med de begränsningar som följer av godtrosväriv) och att rättigheten på så sätt kan hävdas mot individuell verkställighet från tredje mans sida och i kollektiva insolvensförfaranden (genom separation eller särskild gottgörelse).

Sakrättsligt skydd kan uppkomma inte endast beträffande bestämda tillgångar utan också för en tillgångsmassa. Säkerhetsrätter som är giltiga även om inte konkurs föreligger som t.ex. "floating charge" som erkänns i Förenade kungarikets och Irlands lagstiftning kan därför betecknas som sakrätt i [förordningens] mening.

Vad kan man dra för slutsatser av det anförda? En första viktig iakttagelse är att rapporten inte tar definitiv ställning till vad en sakrätt är. Å ena sidan anges att förordningen inte tillhandahåller en självständig definition utan tvärtom lämnar till medlemsländerna att ange vad en sakrätt är. Det innebär att det lämnas till nationell rätt att i enlighet med inhemsk rättstradition och regeltillämpning utmejsla de fenomen art. 5 omfattar. Å andra sidan förklaras att begränsningar härvidlag läggs på nationell rätt. Vad som helst kan inte få passera som en sakrätt, det skulle riskera att göra förordningen meningslös. Detta tas upp i art. 5.2 med beskrivningar av vissa typiska sakrätter och de anges som exempel på sådana rättigheter som avses i art. 5.1. Slutligen påpekar rapporten särskilt att så kallad "floating charge" enligt common law är en sakrätt eftersom den är giltig även om inte konkurs föreligger.

Bakom art. 5 och den förklarande rapporten synes ligga outtalade antaganden av grundläggande natur avseende våra europeiska rättsordningars systematik, begreppsapparat och begreppsanvändning, av ungefärlig innebörd att med "sakrätt" avses ett juridiskt begrepp med en objektiv innebörd som kan fastställas i sig, som visserligen kan uppvisa smärre variationer på olika håll inom Europa men som har en fast, given kärna som alla är ense om. Men är detta verkligen antaganden som är nödvändiga att hålla med om? Menar den svenske juristen i grunden detsamma som

sin tyske eller franske kollega då "sakrätt" diskuteras? Var finns den svenska definitionen av sakrätt upptagen? Och vilket sakrättsbegrepp har Mikael Mellqvist i åtanke då han finner att den svenska företagsinteckningen inte omfattas av art. 5 insolvensförordningen på grund av att den inte är en sakrätt? Det synes inte som en tvingande nödvändighet att endast på grund av ordalagen i art. 5 avfärda företagsinteckningen som helt utan rättsverkan i en tysk eller fransk konkurs vad gäller tillgångar i Sverige. Snarare bör skälen för att hävda en tolkning av art. 5 som inkluderar respektive inte inkluderar företagsinteckningen granskas och vägas mot varandra. Härvid bör särskilt beaktas att den nordiska moderna traditionen strävar efter att vara funktionell och resultatnriktad, inte dogmatisk i betydelsen att vara låst till historiskt givna begrepp och konstruktioner. Det relevanta bör vara vilka effekter en creditsäkerhet i form av företagsinteckning har för borgenären — ger den något försteg till betalning och vad krävs härför — inte hur den kan rubriceras. Och eftersom art. 5 insolvensförordningen kan läsas såsom innebärande undantag från tillämpning av *lex concursus* enligt art. 4, för sådana creditsäkerheter som är knutna till egendom (till skillnad från person, läs borgen), blir frågan varför Sverige inte skulle hävda att företagsinteckningen omfattas av detta stadgande.

För att företagsinteckningen skall skyddas av art. 5 talar att det är en säkerhetsrätt. Inom ramen för det pågåendet arbetet på en European Civil Code, särskilt "The Study Group on the Proprietary Security Right over Movables", närmar man sig det amerikanska sättet att se på begreppet sakrätter, jfr art. 9 UCC. I den amerikanska lagstiftningen har man upphört med att diskutera vilka rättigheter som är att anse som sakrätt och vilka som inte är det. Istället har man valt en funktionell ansats, nämligen att villkor som syftar till att skydda en kreditgivare i händelse av motpartens insolvens skall anses som en säkerhetsrätt. Denna säkerhetsrätt kan registreras och medför således att kreditgivaren kan få ett försteg till den säkerställda egendomen i förhållande till andra borgenärer. Inom ramen för det europeiska arbetet på en harmonisering av de europeiska sakrätterna/säkerhetsrätterna verkar man inte vilja gå lika långt som man gjort inom det amerikanska systemet. Istället föreslås säkerhetsrätter av två kategorier, en gemensam Europeisk säkerhetsrätt som gäller bredvid de redan existerande nationella säkerhetsrätterna.<sup>9</sup> Exakt hur lagstiftningen kommer att se ut är för tidigt att säga men helt klart är att den nya säkerhetsrätten avlägsnar sig från det sakrättsbegrepp som främst utvecklades under 1800-talet och framfördes i Sverige under främst 1900-talets början. Detta sakrättsbegrepp är kanske en aning förlegat med tanke på de strömningar som för närvarande pågår inom det europeiska harmoniseringsarbetet avseende säkerhetsrätterna.

<sup>9</sup> Se Drobnig, U. & Snijders, H. J. & Zippro, E-J., *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market*, 2006, s. 159 och 214.

För att företagsinteckningen skall skyddas av art. 5 talar också följande: Den gäller visserligen inte en bestämd tillgång men eftersom art. 5 uttryckligen även skyddar en tillgångsmassa är det första kriteriet uppfyllt, dvs. att rättigheten är direkt och omedelbart knutet till den tillgång som är föremål för skyddet. Vid tolkningen av art. 5 har man avsiktligt avstått från att definiera sakrättsligt skydd. Företagsinteckning i olika former är den vanligaste säkerhetsrätten i de flesta andra europeiska länder och där tillerkänns den i regel samma ställning som en pant och kallas också ibland för en non-possesory pledge.<sup>10</sup> Det bör i varje fall ha varit lagstiftarens avsikt att även den svenska företagsinteckningen skulle skyddas av art. 5. Att så bör vara fallet framgår vid en jämförelse med den engelska motsvarigheten till företagsinteckningen nämligen "floating charge". Vad har då denna säkerhetsrätt för ställning i Storbritannien? En s.k. "floating charge" får i en insolvenssituation stå tillbaka för en s.k. "fixed charge".<sup>11</sup> Vidare har lönefordringar *företräde* framför floating charge. Således finns det vissa likheter mellan vilken ställning en "floating charge" har med en svensk företagsinteckning.

För att företagsinteckningen inte skall skyddas av art. 5 talar det andra kriteriet i st. 2, nämligen att rättighetsinnehavaren skall kunna hävda den mot alla som åsidosätter eller skadar hans rättighet utan hans samtycke, att rättigheten kan hävdas gentemot en avyttring av tillgången till tredje man och att rättigheten på så sätt kan hävdas mot individuell verkställighet från tredje mans sida och i kollektiva insolvensförfaranden (genom separation eller särskild gottgörelse). Eftersom företagsinteckning endast gäller vid konkurs och inte vid utmätning är det rekvisitet inte uppfyllt.

Det bör samtidigt hållas i minnet att riksdagen under våren 2006 har gett regeringen i uppdrag att se över möjligheterna att återställa rättsläget så att med företagsinteckning följer 100 procent allmän förmånsrätt i gäldenärens tillgångar. Skälet är att de nya förmånsrättsreglerna som infördes 2004 har fört med sig försämrade kreditvillkor för cirka 8 procent av landets näringsidkare. Men kanske vore det bättre för kreditgivarna i landet om företagsinteckningen förklarades vara en sakrätt. Då blir inte deras säkerhetsrätt avseende ett svenskt aktiebolag där förfarandet råkar äga rum i en annan medlemsstat värdelös!

<sup>10</sup> Se t.ex. för Polen, The Act on Registered Pledges and the Register of Pledges adopted on 6 December 1996, <http://www.prawo.org.pl/commentary/pledglaw.html> och för Estland, Commercial Pledges Act, 1996–0605, reviderad 2002. Se vidare Persson, A. H., Security interest and insolvency — a comparative analysis between Swedish, Estonian, Latvian and Lithuanian Law. Stencil 2006.

<sup>11</sup> Se Insolvency Act 1986 Section 396 and Schedule 6. För närvarande pågår ett arbete i Storbritannien om att förändra säkerhetsrätterna. Det är inte tänkt att detta arbete skall resultera i en förändrad förmånsrättsordning, se final report särskilt sec. 3.167, [http://www.lawcom.gov.uk/company\\_security.htm](http://www.lawcom.gov.uk/company_security.htm)