

Stockholm den 8 februari 2021

R-2020/2152

Till Finansdepartementet

Fi2020/04379

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 9 november 2020 beretts tillfälle att avge yttrande över betänkandet Ändrade regler om säkerställda obligationer (SOU 2020:61).

Advokatsamfundet har inget att erinra mot betänkandets förslag. På några punkter anser emellertid Advokatsamfundet att betänkandets författningsförslag ger upphov till frågeställningar som samfundet vill uppmärksamma för det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Det särskilda kontot

Enligt 3 kap. 9 c § LUSO i betänkandets författningsförslag ska ett emittentinstitut ”på ett särskilt konto hålla de medel som avses i 9 a och 9 b §§ avskilda från institutets övriga medel”. I betänkandet (s. 96) anges i detta avseende (samfundets kursivering):

”För att förmånsrätten ska fungera på ett tillfredsställande sätt vid konkurs och utmätning är det av vikt att bland annat de likvida medel som härrör från tillgångarna i säkerhetsmassan och derivatavtal klart kan identifieras och särskiljas från andra medel hos institutet (prop. 2002/03:107 s. 108, jfr lagen (1944:181) om redovisningsmedel). Därför finns det bestämmelser om att dessa medel ska hållas avskilda från institutets övriga medel på ett särskilt konto (3 kap. 9 § fjärde stycket [LUSO i dess nuvarande lydelse]) och [...] registreras. Det följer av ett allmänt råd från Finansinspektionen att medlen även bör gå att särskilja i den löpande bokföringen [Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd om säkerställda obligationer, FFFS 2013:1, närmast efter 4 kap. 11 §].

Det finns utrymme för att tolka bestämmelserna om det särskilda kontot på olika sätt. Enligt vad utredningen känner till tillämpar i praktiken de flesta emittentinstitut dessa bestämmelser genom separering av dessa medel i den löpande redovisningen, dvs. att

medlen löpande bokförs på olika huvudboks-konton, och *inte genom att särskilja likvida medel till ett separat bankkonto, värdepapperskonto eller liknande konto.*

En annan tolkning av bestämmelserna om det särskilda kontot är att detta vid varje given tidpunkt ska bestå av tillgängliga, ackumulerade medel [...].”

Visserligen anges i betänkandet (s. 97) att det för att säkerhetsmassan ska kunna hållas samman och säkra avtalsenliga betalningar till obligationsinnehavarna, finns särskilda insolvensrättsliga regler i LUSO som har företräde framför de allmänna bestämmelserna i konkurslagen. Emellertid förefaller LUSO inte innehålla någon reglering av de sakrättsliga förhållandena som avviker från vad som framgår av skuldebrevslagen (direkt eller analogt). Frågan uppstår därför hur reglerna om det särskilda kontot i LUSO förhåller sig till allmänna principer om sakrättsligt skydd avseende medel innesående på bankkonto (eller motsvarande) som blir föremål för t.ex. pantsättning.

Frågan avseende innebörden av det sakrättsliga denuntiationskravet enligt (grunderna för) 21 § skuldebrevslagen behandlades av Högsta domstolen (HD) i ett par fall i NJA 1995 s. 367 (I och II). I det ena fallet (I) ansågs sakrättsligt skydd inte ha uppkommit medan sådant skydd ansågs ha uppkommit i det andra (II). HD tog viss hänsyn till äldre praxis och till doktrinuttalanden som i praktiken medför ett mer komplicerat sätt att uppnå sakrättsligt skydd än det som framgår av skuldebrevslagen (ytterligare åtgärder för avskärning av rådighet m.m. utöver lagens krav på denuntiation). Förhållandet mellan HD:s rättspraxis och viss doktrin respektive LUSO:s bestämmelser om särskilt konto har, vad Advokatsamfundet känner till, inte blivit klarlagt. Detta är kanhända anmärkningsvärt, eftersom – som betänkandet redogör för – det vanliga är att det ”särskilda” kontot inte är något ”separat bankkonto, värdepapperskonto eller liknande konto”. Det finns vad Advokatsamfundet kan se ingenting i LUSO eller dess förarbeten som pekar på att det särskilda kontot inom ramen för hanteringen av säkerhetsmassan skulle vara befriad från de krav som ställs avseende förmånsrätt i medel som har krediterats motsvarande konton i andra sammanhang (betänkandet hänvisar t.ex. till skuldebrevslagen). Det förefaller vara en något långsökt tanke att det vanliga sättet på vilket medel som flyter in i säkerhetsmassan i själva verket skulle medföra att medlen *inte* vore sakrättsligt skyddade på det sätt som avses i LUSO. En förklaring till att sakrättsligt skydd uppstår avseende det särskilda kontot även utan att de mer komplicerade åtgärderna vidtas, kunde vara att LUSO i denna del, såsom lagen har tillämpats under lång tid med Finansinspektionens goda minne, korrekt återspeglar och uttrycker gällande rätt.

Frågan är av stor praktisk betydelse. Vid företagets finansiering – både när det gäller t.ex. banklån och obligationer – är det vanligt förekommande att låntagande företag ställer säkerhet i form av pant över banktillgodohavanden. Den osäkerhet som gäller avseende det sakrättsliga säkerställandet av sådana tillgångar (som belyses bl.a. i NJA 1995 s. 367) medför ofta att konton i svenska banker inte kan accepteras som säkerhet. I stället öppnas konton i t.ex. norska banker, eftersom den lokala rätten i våra grannländer i detta avseende är tydligare och mer praktiskt ändamålsenlig. Svenska banker, och svensk rätt, lider således i detta avseende av en konkurrensnackdel.

Enligt Advokatsamfundet vore det därför välkommet om frågan blev föremål för överväganden i förevarande lagstiftningsärende och adresserades i ett tydligt förarbetsuttalande. Det föreligger annars en risk att bestämmelsen i LUSO tolkas motsatsvis som ett undantag, vilket skulle förstärka den tolkningen av det svenska denuntiationskravet som utgör konkurrensbegränsningen för svenska banker och svensk rätt.

Särskilt yttrande avseende förfallodatum för beräkningen av likviditetsbufferten

I ett särskilt yttrande diskuterar Therese Mårtensson (kanslichef vid Association of Swedish Covered Bond issuers inom Svenska Bankföreningen) bestämmelsen om en särskild likviditetsbuffert och vilket förfallodatum som ska få läggas till grund för beräkningarna av buffertens storlek. Den marknadspraxis som Mårtensson beskriver i det särskilda yttrandet – som medger att en obligationsemittent kan hantera likviditetsproblem med förlängd löptid – motsvarar enligt vad Advokatsamfundet erfar marknadspraxis också för marknaden för företagsobligationer i övrigt. Förlängd löptid har således en etablerad ställning på svensk obligationsmarknad i allmänhet som ett sätt att hantera eller förebygga likviditetsproblem och har, vad Advokatsamfundet kan förstå, visat sig fungera väl. Advokatsamfundet vill därför understryka vikten av att det som sägs i det särskilda yttrandet om behovet av att försvara den väl fungerande svenska marknaden beaktas i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander