



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Erik Alsegård

Säkerhetsklausuler och
återförsäkringscaptive i svensk
rätt

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Eva Lindell Frantz

Civilrätt

VT 2002

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och problemavgränsning	5
1.2 Disposition	6
1.3 Metod och material	6
2 CAPTIVEFÖRSÄKRINGSBOLAG	7
2.1 Terminologi och historik	7
2.2 Captivebolagets uppbyggnad	9
2.3 Praktiska förutsättningar för grundande av Captivebolag	11
2.4 För- och nackdelar med captivebolag	12
2.4.1 Fördelar	12
2.4.2 Nackdelar	13
2.5 Återförsäkringscaptivets marknadsposition	14
3 CAPTIVE SECURITYKLAUSULER	16
3.1 Inledande kommentarer	16
3.2 Captive securityklausulens syfte	16
3.3 Möjliga klausuler	17
3.3.1 Moderbolagsgaranti och borgen	17
3.3.2 Cut-throughklausuler och panträtt	18
3.3.3 Simultaneous payment – samtida betalning	19
3.3.4 Självrisikklausuler	20
3.3.5 Kvittningsregler	20
4 ANALYS OCH VAL AV KLAUSUL	23
4.1 Inledande kommentarer	23
4.2 Tillämpning av lagstiftning, praxis och allmänna juridiska principer	23
4.2.1 Konkurslagen och sakrättsliga aspekter	23

4.2.2 Försäkringsavtalslagen	28
4.2.3 Frontingbolagets sakrättsliga ställning	29
4.2.4 Koncernförhållandet	31
5 SLUTSATSER	33
BILAGA A – SCHEMA ÖVER DELTAGANDE BOLAG	36
LITTERATURFÖRTECKNING	37
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	38

Sammanfattning

På försäkringsmarknaden finns flera parter. Det försäkringsbolag som kunden möter, direktförsäkringsgivaren, brukar även kallas frontingförsäkringsbolag. När detta försäkringsbolag i sin tur vill försäkra sig återförsäkras man sina risker till återförsäkringsbolag. Hos stora industrikoncerner förekommer det att man skapar egna försäkringsbolag, som enbart försäkras de egna koncernbolagens risker. Dessa försäkringsbolag kallas för captiveförsäkringsbolag. Vanligast är att captivebolaget intar en position på marknaden mellan frontingförsäkringsbolaget och återförsäkringsbolaget. Det kallas då återförsäkringscaptive. Det förekommer också att captivebolag intar en position som direktförsäkrare. När jag i fortsättningen talar om captivebolag avses dock återförsäkringsvarianten.

Återförsäkrarna har en rate, det vill säga en värdering av deras kreditvärdighet och återförsäkringskapacitet. Captivebolag, som är helägda koncernbolag med relativt liten kapacitet har ingen sådan rate. Trots att captivet i sin tur återförsäkras bort sina risker har frontingbolagen en sämre utgångspunkt när man återförsäkras genom captive. Frontingbolagen vet inte hur captivets egen ekonomi ser ut och de har inte heller samma kontroll över hur kontakten med återförsäkringsledet sköts. Det frontingbolagen försöker göra i denna situation är att i sina försäkringsbrev avtala bort den ofrivilliga och extra riskexponering de utsätts för genom så kallade captive securityklausuler. Syftet med uppsatsen är att utreda vilken rättsverkan nämnda klausuler får enligt svensk rätt. De säkerhetslösningar som främst diskuteras i denna uppsats är:

- *Moderbolagsgarantier och borgen*, där captivets moder- eller systerbolag ställer säkerhet.
- *Cut-throughklausuler*, där frontingbolag i händelse av insolvens i captivet får tillgång till dess återförsäkrare. I samband med cut-through kan även pantsättning i fordringar mot återförsäkrarna diskuteras.
- *Självriskklausuler* går ut på att frontingbolaget behåller ett försäkringsbelopp motsvarande det captivet inte kan betala som självrisk gentemot försäkringstagaren.
- *Simultaneous paymentklausuler* bygger på att man betalar ut försäkringsersättning samtidigt som man mottar ersättning från återförsäkringscaptive.
- *Kvittningsregler*. Man kan diskutera om det är möjligt att få till stånd en kvittning av fordringar som uppkommer mellan frontande försäkringsbolag samt olika koncernbolag, inklusive captivet.

Moderbolagsgarantier och borgen är en fungerande säkerhet som inte är helt ovanlig. Så länge en sådan säkerhet stämmer överens med moderbolagets bolagsordning går det bra, men problemet är att den försäkringstagande

koncernen ofta har en god förhandlingsposition på marknaden och därför inte har någon anledning att ställa upp på en sådan lösning.

När det gäller kvittningsregler kan det konstateras att bolag ingående i samma koncern är olika juridiska personer och att det därför inte uppstår en kvittningsbar motfordran när frontingbolaget har en fordran mot ett dotterbolag (captivet) och en skuld till ett annat (skadelidande).

Cut-throughklausuler har den fördelen att man inte behöver tänka på lagarna i alla de olika länder där koncernbolag har sin verksamhet, eftersom de bara vänder sig till återförsäkringsmarknaden och captivet. Problemet med cut-through är att det krävs en inblandning från just återförsäkrarna, som ju inte är avtalspart till frontingbolaget. Dessutom är det så att om captivet på något sätt skulle förmå återförsäkrarna att ge ut ersättning till ett enskilt frontingbolag kan beloppet komma att återvinnas om utbetalningen sker i en nära anslutning till eller i en konkurs hos captivet. Om frontingbolaget istället kunde få en panträtt i framtida fordran hos återförsäkrarna skulle detta fortfarande leda till samma förmånsrätt, men det är troligare att en sådan säkerhet skulle godkännas och alltså inte återvinnas vid en konkurs. Doktrinen verkar anse att en panträtt i framtida fordran har sakrättslig verkan när inte panthavaren råder över huruvida en fordran kommer att uppkomma, som ju fallet är vid försäkring. Detta är alltså en framkomlig väg för frontingbolagen att skaffa sig en säkerhet, men den är inte lagstadgad eller prövad av domstol och får anses något osäker.

Osäkert är det även om det med automatik kan ges separationsrätt i en fordran som captive har mot återförsäkrare på grund av så kallad fakultativ återförsäkring, nämligen att man återförsäkrat varje risk för sig istället för samtliga i ett kollektiv. Om det finns fakultativ återförsäkring innebär det ju att en viss fordran härrör sig från ett avtal med ett visst frontingbolag. Detta har aldrig framkommit i praxis men nämns som en av förutsättningarna i NJA 1995 s. 197. Problemet med såväl denna separationsrätt som en cut-throughklausul är att det genom mängden fronting- och återförsäkringsbolag som är inblandade kan anses alltför opraktiskt.

Självriskklausuler och simultaneous paymentklausuler är en gångbar väg juridiskt. Om captivet och koncernbolagen ansetts ligga nära varandra juridiskt, på grund av ägarförhållandet, kanske detta inte skulle ha tolkats som en ren försäkringslösning, och därför kunde myndigheterna ha ansett att captivets roll snarare var att förvalta inkomna premier åt koncernen. Då captivet är en egen juridisk person och då frontingbolaget dessutom behåller en del av risken så anser jag att förhållandet fortfarande kan klassas som försäkring och därför finns inga juridiska hinder. En fördel för frontingbolagen med dessa klausuler är att man aldrig blandar in återförsäkringsmarknaden och att frontingbolagen aldrig betalar ut någon ersättning förrän man fått in pengar själva. Risken att dras in i en tvist i ett captives eventuella konkursbo och att stå exponerad med redan utbetald ersättning elimineras alltså.

Förord

Det är i skrivande stund ungefär ett år sedan jag för första gången hörde talas om captiveåterförsäkringsbolag, som denna uppsats i stora delar behandlar. Jag blev väldigt intresserad av återförsäkring i allmänhet och captive i synnerhet, då jag fascinerades av hur återförsäkringsmarknaden fungerar. Det dröjde dock ett tag innan jag lyckades hitta en juridisk anknytning som gjorde att jag kunde skriva examensarbete i ämnet. Det är framförallt två personer som gjort detta arbete möjligt: Birger Nydrén och Lennart Olsson på Försäkringsbolaget Zürich. Birger har hjälpt mig med juridiken och Lennart med marknaden. Utan denna hjälp hade jag förmodligen inte kunnat påbörja och än mindre slutföra denna uppsats. Samma sak gäller min handledare, Eva Lindell-Frantz, som varit väldigt hjälpsam och inte bara kommit med välbehövlig kritik men också med uppmuntran.

Under hela studietiden har min familj varit ett ovärderligt stöd på alla sätt, något jag är väldigt tacksam för. Oavsett om det gällt märkliga problem eller vilda idéer så har jag alltid kunnat vända mig till mamma, pappa och bror för stöd och de har alltid ställt upp, om än med förvånade ansiktsuttryck! Till sist måste jag tacka alla mina vänner i Lund. Visst har vi väl haft hjälp av varandra i studierna, men det är inte det viktigaste. Från djupa diskussioner och ändlösa fikapauser till middagar och fester, det är ni som gjort att man nästan önskat att lundatiden skulle stå still!

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (1975:1385)
EML	Expected Maximum Loss
FAL	Lag (1927:77) om Försäkringsavtal
FRL	Försäkringsrörelselag (1982:713)
IL	Inkomstskattelag (1999:1229)
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
KL	Konkurslag (1987:672)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SFS	Svensk Författningssamling
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Syfte och problemavgränsning

När försäkringsbolag återförsäkrar risker är det viktigt att veta att återförsäkraren har möjlighet och avsikt att betala ut ersättning enligt tecknat avtal. Om så inte är fallet vet aldrig försäkringsgivaren i första ledet hur stora risker denne egentligen utsatt sig för. Störst är problemet när man återförsäkrar till så kallade captiveförsäkringsbolag. Dessa ingår i större industrikoncerner och försäkrar där endast koncernens egna risker. För att undvika att försäkringsbolaget som återförsäkrar inte ska få ut återförsäkringsersättning försöker man skapa klausuler i kontraktet som gör att frontingbolaget står skadelöst i det fall återförsäkraren/captivet inte kan betala ut ersättning i sitt led. Klausulerna kan ha olika skepnad. Olika förslag och lösningar har varit bland annat så kallade cut-throughklausuler, moderbolagsgarantier, självriskklausuler och kvittningsregler. De bygger alla på att försäkringsbolaget ska få antingen ett sakrättsligt skydd i captivets tillgångar, eller att försäkringsbolaget ska få kvitta fordringar på olika sätt gentemot captivets koncern. Frågan är om sådana klausuler är giltiga enligt lagarna i aktuella länder, främst då det land där återförsäkraren/captivet har sin hemvist.

Denna uppsats har till syfte att utreda vilken rättsverkan nämnda klausuler får enligt svensk rätt. Om de kan användas, vilken typ är då att föredra och hur ska den utformas? Vad kan man ha för synpunkter på dem? Olika rättsområden kommer att beröras, främst försäkringsrätt, avtalsrätt och obeståndsrätt samt den i obeståndsrätten viktiga sakrätten. Även lagstiftning kring kontroll av försäkringsbolagen, det vill säga Försäkringsrörelselagen, kommer att behandlas, liksom i någon utsträckning bolagsrätten och skatterätten. Det är i första hand då captivebolag är part i avtal som säkerhetsklausuler är viktiga och det är också captivebolagets rättsliga ställning som denna uppsats tar sin utgångspunkt i. De vanliga återförsäkringsbolagen kommer bara att nämnas kort som jämförelse. Viktigt att tänka på är att en juridisk lösning måste gå att knyta an till den verklighet parterna lever i. Därför ingår det även indirekt i uppsatsens syfte se den praktiska tillämpningen på juridiskt möjliga klausuler.

Vissa andra avgränsningar måste också göras i uppsatsen. Captivebolag kan finnas i två former, som direktförsäkringsbolag eller återförsäkringsbolag. Det är återförsäkringsbolagsformen som är den vanligaste i Sverige och det är också den som är den väsentliga för uppsatsens frågeställning. Därför kommer direktförsäkringscaptive att lämnas utanför uppsatsen. Jag kommer i uppsatsen att behandla specialitetsprincipen i sakrätten. Av de undantag som finns från denna kommer bara de som är direkt relevanta för frågeställningen att behandlas. Bolagsrätt, Försäkringsrörelselagen och

skatterätten kommer att beröras flyktigt då koncernförhållanden och captivets status som försäkringsbolag behandlas. Det är inte min avsikt att närmare studera denna lagstiftning utan jag konstaterar bara vad som gäller enligt relevanta lagrum.

1.2 Disposition

I kapitel ett av denna uppsats preciseras uppsatsens syfte, dess problemavgränsning, material m.m. Efter denna introduktion kommer kapitel två att fungera som en genomgång och förklaring av vad ett captiveförsäkringsbolag är. Då nämnda försäkringsbolagsform är okänd för de flesta och då denna uppsats riktar sig inte bara till de invigda, behöver begreppen inom branschen generellt och vad avser captive speciellt redas ut. Captivets syfte, utformning och de problem som ett captive kan ha måste beskrivas för att inte läsaren ska kastas in i en total begreppsförvirring. I kapitel tre förklaras innebörden i de klausuler som används, varpå en analys av klausulerna görs i kapitel fyra. De slutsatser som kan dras av detta kapitel redovisas i det därpå följande kapitel fem.

1.3 Metod och material

Captivesecurityklausulers upplägg beror av många olika faktorer varav bara några är juridiska, andra berör affärsrelationer och positioner på marknaden. Inom de delar av avtalsrätt, konkursrätt, sakrätt, försäkringsrätt och bolagsrätt som berörs har jag använt mig av aktuella lagrum samt tillgänglig doktrin och periodica. För att förstå och kunna utreda de juridiska aspekterna kring ett captive räcker det emellertid inte med att studera de aktuella avtalen och tillämpa lagreglerna kring dessa. Man måste även förstå affärsidén bakom lösningen och kunna se problematiken utifrån de inblandade företagens horisonter. Företagen ser rent affärsmässigt på avtalen och kan inte acceptera vilka villkor som helst, vilket är den avgörande faktorn till att säkerhetsklausulerna är så svåra att applicera på avtalsförhållandet. Därför har jag i mitt urval fått använda mig till viss del av intervjuer och samtal med olika aktörer, samt fått ta del av korrespondens och interna skrivelser hos försäkringsbolag. Rörande captive i allmänhet och den svenska juridiska aspekten på dessa i synnerhet finns väldigt lite skrivet varför jag har varit tvungen att använda mig av dessa icke publicerade källor.

2 Captiveförsäkringsbolag

2.1 Terminologi och historik

De flesta företag försäkrar sig mot risker. De senaste årtiondena har det dock, av flera anledningar, vuxit fram ett nytt försäkringstänkande hos många av de större industrikoncernerna och i detta har svenska företag legat långt fram. Genom att själva driva dotterbolag som sköter försäkringarna kan bolagen åstadkomma många fördelar för sig själva. Dessa dotterbolag kallas för *captiveförsäkringsbolag*¹ och eftersom captiveförsäkringsbolag (captivebolag eller captive nedan) är ett relativt okänt begrepp för många anser jag det befogat att ägna ett kapitel åt att beskriva vad som avses med detta begrepp. I huvudsak ska captivets historik, utformning, placering och förutsättning beskrivas, tillsammans med de för- och nackdelar moderbolaget kan ha av att driva captivebolag. Kort ska också skillnaden mellan ett captivebolag och en vanlig återförsäkrare klargöras, främst vad gäller den rent försäkringsmässiga sidan.

Förutom den kund som försäkrar sin verksamhet i första steget utgörs alla led på försäkringsmarknaden av försäkringsbolag. Detta gör det befogat att skapa en terminologi där man döper försäkringsbolag i olika led till olika namn, för att inte orsaka förvirring. Det som i vardagligt tal kallas försäkringsbolag avser i detta fall alltså det bolag som kunden i första ledet sluter avtal med, alltså direktförsäkringsgivaren. Att kunder i allmänhet inte talar om olika sorters försäkringsbolag är ju inte så märkligt eftersom det bara är ett enda försäkringsbolag som kunden har ett kontraktsförhållande med. Man kan alltså säga att detta bolag står som fasad för samtliga bakomliggande bolag och avtalsmekanismer. Bolaget kallas, med engelsk förebild, för *frontingförsäkringsbolag*.

När en kund har tecknat ett avtal med försäkringsbolag brukar man säga att försäkringsbolaget ”står risken”, det vill säga tar på sig ansvaret att ersätta en skada som det finns risk för ska inträffa. När risken/riskerna blir alltför stora kan inte ett ensamt försäkringsbolag stå risken längre. Då man talar om riskens storlek, det vill säga hur mycket en maximal skada skulle kosta att återställa, brukar man tala om Expected Maximum Loss (EML nedan) eller översatt till svenska - förväntad maximal förlust. Även om ett försäkringsbolag skulle klara varje stor risk man har försäkrat så kan man inte förlita sig på att inte flera stora risker kommer att inträffa under samma period. För att ge ett exempel utan att göra ekvationen speciellt avancerad räcker det med att nämna attacken mot World Trade Center i New York den 11 september 2001. Vissa försäkringsbolag blev smärtsamt medvetna om de risker de tagit på sig. I detta sammanhang kan man också nämna något om så kallade kumulrisker, som uppstår då man försäkrar närliggande risker.

¹ Captive=fängslat, här i meningen inneslutet i en koncern

Detta innebär att ett försäkringsbolag undviker att försäkra alltför många risker inom samma område, till exempel samtliga byggnader inom ett kvarter.

Lösningen på problemet ovan med alltför stor risk hos ett bolag är att man återförsäkrar riskerna, det vill säga vänder sig till andra försäkringsbolag och erbjuder dem möjlighet att teckna en del i risken. De försäkringsbolag som på så sätt kopplas in kallas för *återförsäkringsbolag*. Hos dessa bolag, som förvisso även kan agera som frontingbolag på marknaden, återförsäkrar man dels de stora riskerna och dels de samlade mindre riskerna som kollektiv. Captiveförsäkringsbolag kan vara antingen fronting- eller återförsäkringsbolag, men vanligast är återförsäkringsformen, vilket också är den form som behandlas i denna uppsats. Frontingbolagen, eller direktförsäkringsgivarna, som de också kallas, kan välja att återförsäkra *fakultativt* eller med *obligatorisk* återförsäkring.² Att återförsäkra fakultativt innebär att man återförsäkrar utvalda risker var och en för sig. Genom en obligatorisk återförsäkring omfattas alla försäkringar av det slag återförsäkringsavtalet gäller.

Som nämndes inledningsvis i detta kapitel så ägs captivebolaget av det företag vars risker man försäkrar.³ Definitionen av ett captive är svår att göra i en mening, men ett försök till definition är att ett captive är ett i anslutning till en koncern (där moderbolaget ej är försäkringsbolag) bildat försäkringsbolag som har till uppgift att försäkra valda delar av övriga koncernbolags (moderbolagets och dess dotterbolags) risker och där verksamheten är begränsad till att avse koncernen⁴. Som visas i kapitel 2.2 är detta inte hela sanningen. Anledningen till att det framförallt är i avtal med captivebolag som direktförsäkringsgivare vill skapa de säkerhetsklausuler denna uppsats behandlar är att andra traditionella återförsäkringsbolag ofta är betydligt säkrare ur frontingbolagets synvinkel, se mer om detta i kapitel fyra.

Captiveförsäkringsbolag är en relativt ny företeelse. De första captiven bildades under 20- och 30-talen, främst i Storbritannien men även i Norge och Danmark.⁵ Det var emellertid först under 70-talet som captiveverksamhet började uppstå i någon större skala och då främst i USA.⁶ Även i Sverige påbörjades en försiktig verksamhet i slutet på 70-talet och 1983 fanns tre captivebolag registrerade i Sverige.⁷ Vid denna tidpunkt fanns ingen speciell reglering kring dessa och koncession för captiveförsäkringsbolag lämnades med viss tvekan. Det var först genom en

² Se NJA 1995 s.197. Obligatorisk återförsäkring kallas även ibland för kontraktsåterförsäkring.

³ För koncerndefinition, se 1 kap. 5§ ABL.

⁴ SOU 1983:5, Koncession för försäkringsrörelse, s. 27.

⁵ Bawcutt, P.A., *Captive Insurance Companies – Establishment, Operation and Management*, Cambridge 1987, s. 2.

⁶ Hamilton, Gustaf, *Detta är Risk Management*, Lund 1985, s. 118.

⁷ SOU 1983:5, s. 27.

lagändring 1985⁸ som det på allvar gavs möjligheter att etablera captives i Sverige. Ett antal svenska företag hade innan dess startat captiveverksamhet utomlands, till exempel i Bahamas och Luxemburg. 2001 fanns det 26 stycken captives registrerade i Sverige.⁹ Många svenska koncerner har dock captive registrerade utomlands.¹⁰

2.2 Captivebolagets uppbyggnad

För att förklara hur uppbyggnaden och utformningen av captive fungerar bör först av allt ägandeförhållandet och riskspridningen hos ett captivebolag beskrivas. För det första finns det *helägda respektive delägda captivebolag*. Det helägda captivebolaget har, som framgår av ordet, endast en ägare, nämligen dess moderbolag. Fördelen med detta är att moderbolaget kan besluta om captivets affärer och mål. Fördelen med ett captive som har flera ägare är att administrationskostnader hålls nere för varje delägare. Dessutom sprids riskerna mer liksom premievolymen blir större. Detta är ett argument att använda vid förhandling med återförsäkrarna. En direkt synlig nackdel med delägt captive är att ägarna kan hamna i intressekonflikter med varandra, särskilt om en delägare har ett sämre skadefall än övriga, och på så sätt orsakar extra kostnader för samtliga inblandade.¹¹

Ett captive som endast försäkrar ägarens eller ägarnas risker kallas för *rena captivebolag*. Man kan dock gå in och försäkra även andra icke-delägars risker (därav min tveksamhet vid definitionen av captive i kapitel 2.1). Det kallas då för ett *öppet captivebolag*. Risken ökar givetvis vid ett sådant förfarande, som i huvudsak kan gå till på två sätt. Det ena är att det öppna captivebolaget deltar i en återförsäkringspool på marknaden. Fördelen kan vara att bolaget inte behöver ha egna försäkringsexperter när poolen administreras av någon annan, men nackdelen är som sagt att risken ökar för ett dåligt resultat jämfört med om man endast återförsäkrar egna risker som man har kontroll över. En synpunkt, som bör nämnas, är att poolen ska passa in i captivebolagets målsättning. Det andra sättet för ett öppet captivebolag att samarbeta med marknaden är att ha ett ömsesidigt utbyte av försäkringar och risker med ett annat captive eller försäkringsbolag. Man byter risker med varandra förutsatt att det finns en gemensam lönsamhet i detta. Anledningen till sådana utbyten är att man kan utnyttja delar där bolaget är lönsamt men inte kan ta på sig mer av ägarens/ägarnas risker utan måste söka hjälp med dessa utifrån. För verksamhet av det här slaget krävs att captivebolaget har egen försäkringsexpertis.¹²

⁸ Prop. 1984/85:77, s. 3, 43 samt 2 kap. 3§ Försäkringsrörelselagen (ändrad sedan dess, senast genom SFS 1999:600).

⁹ Svensk Försäkrings Årsbok 2001, s.197ff.

¹⁰ Prop. 1984/85:77, s. 36 och Ohlsson, Lennart, Försäkringsbolaget Zürich, intervju.

¹¹ Bawcutt, P.A, a.a., s. 19f.

¹² Bawcutt, P.A, a.a., s. 20f.

En viktig distinktion, som också nämndes i kap 2.1, är den mellan *direkta captives* och *återförsäkringscaptives*. Ett direkt captivebolag avtalar direkt som frontingbolag gentemot sin koncern, varpå man går ut på återförsäkringsmarknaden. För denna form av captivebolag krävs resurser till en större administration. Det är dessutom svårare att få en riskspridning genom ett direkt captive och man måste hålla sig till andra regler än ett återförsäkringsbolag.¹³ Därav följer även att det blir svårare att få koncession då myndigheterna eventuellt väljer att inte betrakta direkt captive som försäkringsrörelse.¹⁴ Denna form av captivebolag kommer inte vidare att behandlas i denna uppsats och den är inte heller lika vanlig som återförsäkringscaptivet. Det sistnämnda nyttjar lokala försäkringsbolag som frontingbolag och intar sedan en position mellan dessa lokala försäkringsbolag och återförsäkrarna. Det finns en mängd fördelar med denna form och vissa av dem kommer jag att återkomma till senare. En koncern har ofta verksamhet över hela världen, men har sitt captive placerat i ett enda land. Utöver rent ekonomiska fördelar med att anlita frontingbolag kan det då också krävas av många länders lagstiftning att en lokal försäkring tecknas med ett lokalt försäkringsbolag. Dessutom står frontingbolagen i dessa fall för mycket service gentemot de försäkringstagande bolagen inom koncernen, något som captivet annars skulle få göra vilket skulle orsaka betydligt högre administrationskostnader.¹⁵

Det är framför allt två faktorer som avgör var man väljer att placera ett captivebolag. Om man väljer att ha det i moderbolagets hemland uppstår fördelen att det kan skötas från moderbolaget, med administrativa vinster och lättare samarbete som följd. En nackdel med detta är, om vi förutsätter att moderbolaget är svenskt, ett stort informationskrav till myndigheter samt att det kan vara besvärligt att få koncession. Den andra aspekten är däremot den ekonomiska. Denna måste ju ofta ses som den avgörande, vilket leder till att länder med låga skatter och helst också liten inblandning från myndigheterna ofta föredras. Här kommer nämligen en av fördelarna med captivebolagen in, som inte har direkt med försäkringen i sig att göra. Om moderbolaget väljer att avsätta medel direkt kommer dessa medel att beskattas omedelbart. Om man däremot betalar medlen som premie till ett frontingbolag, som sedan betalar delar av premien vidare till captivebolaget, beskattas inte vinsten förrän pengarna eventuellt återgår till moderbolaget, eftersom försäkringspremien till viss del är avdragsgill, då den inte kan realiseras som vinst förrän eventuella skador preskriberats.¹⁶ Härav följer att det snabbt går att bygga upp ett kapital i länder med fördelaktiga skatteregler, samt att man på pengar som går genom captivebolaget kan skjuta upp beskattning på vinstmedel. Administration och kompetensbehov i ett captivebolag beror givetvis av hur organisationen kring det är uppbyggd. Att captivebolagets verksamhet i princip kan jämföras med ett vanligt försäkringsbolags gör att det bör drivas på samma professionella vis. Om

¹³ Se bland annat 7 kap. 9§ Försäkringsrörelselagen (FRL).

¹⁴ SOU 1983:5, s. 27f. och prop. 1984/85:77 s. 43f.

¹⁵ Bawcutt, P.A., a.a., s. 20f.

¹⁶ 7 kap. FRL och Ohlsson, Lennart, Försäkringsbolaget Zürich, Intervju.

organisationen då blir alltför omfattande kan man i utomlands placerade captivebolag hyra in Captive Management bolag, som tar ut provision för att sköta om captivebolagets verksamhet.¹⁷

2.3 Praktiska förutsättningar för grundande av Captivebolag

Det krävs en noggrann analys av bolagets eller koncernens försäkringsbehov innan ett captive bildas. Det är inte alltid säkert att captive är ett passande alternativ. Det finns ett antal villkor för att verksamheten ska kunna bli lönsam. Dessa är:

- Skadekontroll
- Ledningens engagemang
- Kapacitet för självrisk
- Premievolym
- Samarbete med marknaden
- Ledningsförmåga¹⁸

Denna lista förtjänar måhända en förklaring. För att captivebolaget ska kunna göra affärer på återförsäkringsmarknaden krävs ett väldokumenterat skaderegister. Man bör också ha bra metoder för att såväl identifiera som hantera risker. Koncernorganisationen måste fungera effektivt avseende förebyggande och skadebegränsande åtgärder. Skadekontrollen måste alltså vara god. För att captivebolaget ska vara lönsamt och kunna göra affärer krävs i princip att det kan uppvisa bättre skaderesultat än den genomsnittliga återförsäkringsmarknaden. Om koncernen inte klarar detta är första åtgärden att bygga upp bättre kontroll, inte att skapa ett captivebolag.

Företagets vilja att förebygga skador och förbättra statistiken hänger i mångt och mycket ihop med ledningens engagemang i försäkrings- och riskfrågor. Om det hos ledningen och i organisationen saknas förståelse för captivets roll och funktion kan det påverka captivets finansiella ställning från dess start. Det gäller att från början frigöra resurser för att genomföra all den grundläggande förundersökning som krävs för att captivebolaget ska fungera. Detta kräver ofta ett kapital, då man måste hyra in hjälp från konsulter, mäklare och andra experter.

Förmågan och viljan att ta på sig självrisker måste fastställas. Dessa kan variera mycket inom olika företagsklimat och man måste vara på det klara med hur den egna koncernen ställer sig. Inte minst kan det hos mindre dotterbolag inom en koncern finnas en stor motvilja mot att ta stora självrisker. Det finns en mängd olika tumregler för hur stor självrisk man bör ta på sig, något jag inte närmare går in på här.

¹⁷ Ohlsson, Lennart, Försäkringsbolaget Zürich, Intervju och Bawcutt, a.a., s. 21f.

¹⁸ Bawcutt, P.A., a.a., s. 26f.

För att få lönsamhet i försäkringsrörelse krävs en premievoly. Innan captivet har börjat stå på egna ben är det därför vanligt att man tar mer hjälp av andra försäkringsbolag i början. I denna fas är det också särskilt viktigt att man väljer ut vilka risker captivet ska stå för, så att det blir de som captivet är mest lämpat för. Att generellt fastslå en lägsta premienivå låter sig nog inte göra, utan man får ta hänsyn till riskens natur, koncernens skadeutveckling och en mängd andra frågor. För att få driva ett captive krävs, liksom vid annan försäkringsrörelse, också att man får koncession, det vill säga godkänns av finansinspektionen.¹⁹ Reglerna som ska uppfyllas för att försäkringsbolaget ska få koncession finns i Försäkringsrörelselagen (FRL).²⁰

Samarbete med marknaden har redan nämnts genom det sätt varpå återförsäkringscaptives arbetar med frontingbolag. Detta arbetssätt är en nödvändighet för att kunna erbjuda en lokal service till försäkringstagarna utan alltför höga kostnader. Samtidigt är det viktigt att ha samarbete på marknaden om man av någon anledning vill lägga ner eller dra sig ur ett captive. Om captivet i en sådan situation är välkött finns det ofta många intressenter på försäkringsmarknaden som vill ta över dess försäkringsportfölj. En sak som givetvis är viktig att tänka på är att man bör behålla en god relation till marknaden, även om man är ekonomiskt stark vid en aktuell tidpunkt. Detta kan visa sig värdefullt om problem uppstår i framtiden till exempel till följd av att skadorna ökar.

2.4 För- och nackdelar med captivebolag

2.4.1 Fördelar

Vissa av de aspekter som kommer att nämnas som för- och nackdelar med captivebolag har redan nämnts ovan för att exemplifiera olika sidor hos captivet. En fördel som direkt kan mätas är den premieinbesparing som koncernen får genom att ta på sig egna risker.²¹ En stor del av försäkringsbolagens premier ska gå till omkostnader och deras egna vinster. Som redan nämnts finns det ytterligare stora fördelar att göra avseende premien. Samtidigt som reservfonder beskattas är inkomsterna i form av försäkringspremier i viss mån avdragsgilla i samma omfattning som för andra försäkringsbolag genom de avsättningar man gör till säkerhetsreserv med mera.²² Denna effekt blir ännu tydligare om captivet placeras i ett lågskatteländ. I kombination med att man undkommer en del av försäkringsbolagens tillägg gör det här det direkt attraktivt att driva ett

¹⁹ 1 kap. 1§, 2 och 3 st. FRL.

²⁰ 1 kap. 1§, 1 st. FRL.

²¹ Prop. 1984/85:77, s. 37.

²² Huvudregeln är 39 kap. 6§ IL, med definitioner i 7-9§§. Se även Hamilton, Gustaf, a.a., s. 122 och prop. 1984/85:77, s. 37.

captivebolag. Under tiden man innehar inbetalda premier finns det också en möjlighet att erhålla avkastning på medlen innan de eventuellt tas i anspråk för skadeutbetalningar. I många fall, framförallt vid ansvarsskador, kan en utredning ta flera år i anspråk vilket gör att avkastningen kan bli avsevärd och man får en positiv cashflow-effekt.

En annan stor fördel för captivet är att bolaget får direkttillträde till återförsäkringsmarknaden. Detta får till följd att återförsäkringspremien kopplas direkt till det egna skadefallet samt att det kan bli fråga om större rabatter då återförsäkrarna har lägre kostnader än direktförsäkringsbolagen i form av service till sina kunder. Upphandlingen gentemot återförsäkringsbolagen kan också förhoppningsvis ske snabbare, vilket leder till större flexibilitet och ett förbättrat kassaflöde.

Den försäkringsstordrift som ägaren till ett captive får är inte utan fördelar för koncernen. Även om lagstiftning i olika länder kan göra att man måste ha lokala försäkringar är det inget som hindrar att återförsäkringen görs till captivebolaget. Detta gör att man kan skapa en bättre kontroll på sina egna risker, samt att man kan sprida dessa och dessutom ta på sig högre självrisker, något som sänker premien gentemot övriga försäkringsgivare. Att som stor koncern driva en gemensam linje om riskmedvetenhet kan vara svårt. Om man har ett captivedotterbolag som ska återförsäkra risker i bolaget leder detta till en bättre medvetenhet och så kallat risk management blir viktigt, då skador direkt drabbar koncernen finansiellt, även om försäkring finns.

2.4.2 Nackdelar

Idag finns det en tendens från bolag att återgå till sin kärnverksamhet. Ett captivebolag kan knappast sägas tillhöra denna kärna, och eftersom det innebär vissa inledande kostnader att starta ett captive kan dessa faktorer avskräcka många. De fördelar som räknats upp ovan får vägas mot att man tar en större risk själv. Om man under ett antal år har ett ogynnsamt skadefall ökar återförsäkringskostnaderna markant och det drabbar direkt koncernen. Om man istället har sina risker placerade hos olika frontingbolag över hela världen utan egen inblandning syns inte denna negativa statistik lika tydligt och koncernens totala försäkringspremie ökar inte lika drastiskt. De captivebolag det gått dåligt för har gjort så på grund av otillräckliga reserver eller dåliga återförsäkringsaffärer. Det krävs här alltså, förutom ett utvecklat risk managementtänkande även kunskap om professionell upphandling på återförsäkringsmarknaden.²³ Direktförsäkringscaptives ingår inte i denna framställning, men kort kan nämnas att medan myndigheterna å ena sidan ser återförsäkringscaptives som vanliga försäkringsbolag, som rent av kan främja en god försäkringsmarknad, ser de å andra sidan med viss

²³ Hamilton, Gustaf, a.a., s. 122.

skepsis på direktförsäkringscaptives då dessa är svårare att behandla i fråga om koncession och beskattning.²⁴

2.5 Återförsäkringscaptivets marknadsposition

Återförsäkringscaptivets position på marknaden är viktig att förstå för att kunna tillgodogöra sig frågorna kring säkerhetsklausuler i kapitel tre och fyra. Det enklaste sättet att beskriva positionen och marknaden är att ge ett exempel.²⁵ Antag att frontingbolagens totala premieinkomst från koncernens alla bolag under ett år är 100 msek (miljoner). Samtidigt har man försäkrat risker på en miljard. Av dessa belopp återförsäkras, eller cederar²⁶, frontingbolaget 90% till captivet. Captivet har då 90%, dvs 90 msek i premie in för försäkringsperioden och en risk på 900 msek. Frontingbolaget och allmänna återförsäkringsbolag har i det läget en mer kapitalstark situation eftersom man har ett antal andra företag försäkrade och därigenom en större finansiell grund med fler premieintäkter. Av angivna siffror framgår tydligt att captivet inte klarar någon större skada utan att bli insolvent.

Lösningen för captivet är att man återförsäkras i sin tur, det vill säga retrocederar, och sätter ett tak på egen skadeutbetalning, så kallat självbehåll. För att fortsätta exemplet ovan kan captivet till exempel ha ett självbehåll på 9 msek per skada och ett stop-lossbelopp²⁷ på 27 msek, alltså maximalt tre skador per år. Resterande risk, 873 msek, återförsäkras, kanske bland annat till samma försäkringsbolag som står som frontingbolag. Skillnaden här är att premien för återförsäkring är lägre än ingångspremien som koncernen betalat till frontingbolaget och som i sin tur gått vidare till captivet. För de 873 miljonerna som återförsäkras betalar captivet alltså en lägre promille i premie per riskkrona än man fick in. Om i exemplet premien till återförsäkringsmarknaden blir 30 msek och stop-lossbeloppet är 27 msek ger detta captivet en garanterad vinst (minus egna omkostnader och kommission till frontingbolaget) på 43 msek. Denna vinst skulle annars ha tillfallit fronting- och återförsäkringsbolagen, som dock aldrig får den garanterad, eftersom de inte har någon stop-lossklausul. Förutsättningen för att captivet ska få en så bra ekvation som i exemplet är givetvis att man har en så bra marknadsposition att man kan förhandla fram bra avtal med återförsäkrarna. Det fås bland annat genom bra skadestatistik, något som man under flertalet år bör ha om man har valt captiveformen i en koncern. Det som återstår att förklara är nu varför frontingbolagen vill ha säkerhetsklausuler gentemot captivet. Som konstaterats må det vara så att ett captive självt går med vinst, men trots detta finns det ju avtal gentemot frontingbolaget om att full ersättning ska utgå. Om captivet misslyckas med

²⁴ SOU 1983:5, s. 27f.

²⁵ För en tydlig bild av flödet på marknaden, se bilaga A.

²⁶ Cedera, av engelska cede, att överlåta eller avstå.

²⁷ Stop loss innebär att man sätter ett maxtak på vilket belopp man ska betala ut för skador under en försäkringsperiod.

att få in summan från återförsäkrarna, eller om ägaren, koncernmodern, väljer att dra in kapitalet från captivet, så skulle alltså frontingbolaget ofrivilligt stå med hela exponeringen ensam, då man inte har några avtal med återförsäkrarna och alltså inte kan få in pengarna därifrån som man skulle ha gjort om inte captivet funnits. Om captivet självt har ett kapital på ett antal miljoner så räcker detta dock inte långt då en stor skada inträffar. Alltså vill frontingbolaget genom klausuler tillförsäkra sig att man kan komma åt kapitalet vid en skada. Detta kan åstadkommas på flera sätt, vilket kommer att behandlas utförligt i kapitel tre.

3 Captive securityklausuler

3.1 Inledande kommentarer

Detta kapitel bygger på redan existerande förslag till klausuler som används eller har använts av frontingförsäkringsbolag. I kapitel 3.2 ges en kort beskrivning av klausulernas syfte varpå förslag till klausuler beskrivs i kapitel 3.3. De namn jag använder på olika sorters klausuler har, om inget annat framgår, hämtats från litteratur och praxis hos försäkringsbolag.

3.2 Captive securityklausulens syfte

Eftersom återförsäkringsbolag liksom försäkringsbolag är företag med riskmedvetna ägare och stor insyn utifrån så ger det ju ofta ett incitament till att lita på att de klarar av sina åtaganden. Det finns ett system uppbyggt kring återförsäkring där bolagen får en ”rate”, alltså ett betyg som visar deras kreditvärdighet. Dessutom är det ju så generellt med försäkringar att ju större riskspridning man har och desto större premievolymer som finns, desto mer sannolikt är det att man klarar ut situationen om en stor skada inträffar. Detta är alltså anledningen till att just captivebolag kan ses som mer sårbara än vanliga återförsäkrare, vilket leder till att frontingbolagen vill få en större trygghet genom säkerhetsklausuler av olika slag. Vad det handlar om är captivets konsolideringskapital och kreditvärdighet. När ett frontingbolag går ut på återförsäkringsmarknaden har man målsättningen att få återförsäkring hos återförsäkrare med hög rate (kreditvärdighet)²⁸, det vill säga som har en god ekonomisk balans och klarar sina åtaganden. Captivet har ingen sådan rate, eftersom de uppgifter som behövs inte går att få fram då captivet inte finns på den betygsatta marknaden. Alltså vet egentligen inte frontingbolaget om captivet har en tillräckligt stark ekonomi och tillräckligt bra avtal med återförsäkrarna för att betala vid händelse av skada. De medel captivet måste inneha för att meddelas koncession, det vill säga godkännas enligt FRL, garanterar inte betalningsförmåga och vilja vid en stor skada.

Här är det värt att nämna att det i vissa former av återförsäkring, liksom vid annan försäkring, finns ett skydd genom 7 kap. 11a§ FRL. Där framgår att förmånsrätt enligt 4a§ Förmånsrättslagen följer med fordran på grund av sakförsäkring som antingen avser olycksfall²⁹ eller försäkring som meddelas för längre tid än tio år³⁰. Enligt paragrafens första stycke, punkten tre, avser bestämmelsen även återförsäkring. I captiveförhållandet kan denna bestämmelse dock sällan användas då industriförsäkring i huvudsak brukar

²⁸ Hamilton, Gustaf, a.a., s. 121.

²⁹ 7 kap. 11a§ 1 st. 1p., 1 kap. 5§ och 2 kap. 3a§ 1p. FRL.

³⁰ 7 kap. 11a§ 1 st 2p. FRL.

avse egendoms- och ansvarsskador och då inte längre perioder än ett eller ett par år.

Det finns många förslag på hur man kan komma runt problemet med captivets eventuella insolvens. De säkerhetsklausuler som krävs för detta tar sikte på att säkra captivets egna resurser, men framförallt de tillgångar som finns i form av framtida fordringar gentemot återförsäkrarna. Istället för att avtala om säkerhet gentemot captivet kan man också tänka sig säkerhetsklausuler som ser till att frontingbolaget inte behöver betala ut ersättning till captivets försäkringstagande moder- och systerbolag om inte captivet i sin tur kan betala till frontingbolaget (se schema, bilaga A). Vilket som är att föredra kommer att visas nedan, det väsentliga är dock att man avtalsvägen ser till att det finns en möjlighet att få ut ersättning från captivet trots ovilja eller oförmåga att betala från dess sida. För att säkerställa det måste avtalet och aktuell klausul korrespondera väl med såväl reglerna i utsökningsbalken och konkurslagen som allmänna sakrättsliga principer.

3.3 Möjliga klausuler

3.3.1 Moderbolagsgaranti och borgen

Som vi sett i exemplet i kapitel 2.5 kan ett välskött captive gå med nära nog garanterad vinst. Detta innebär dock inte att pengarna nödvändigtvis finns kvar i företaget över tiden, eftersom moderbolaget kan välja att ta hem medel. Därtill kommer att storskadan ändå inte kan ersättas av de medel som eventuellt finns i captivet. De försäkrade EML-beloppen³¹ som frontingbolaget vill ha täckning för kan vara över en miljard, kanske till och med flera miljarder. Att då ha en säkerhet på ett par miljoner gör, som alla kan se, ingen glad. Hur ser man då på övriga tillgångar i captivet? Kan man tänka sig panträtt i aktiekapitalet hos ägaren eller en garanti från denne, det vill säga någon slags *moderbolagsgaranti*? Förvisso är moderbolagsgarantier inte helt ovanliga men i denna situation blir det mer tveksamt än i många andra fall. Till att börja med måste man tänka över huruvida captivet verkligen kan hävda att man är ett försäkringsbolag, med allt vad det innebär, om moderbolaget tar på sig ansvaret, indirekt, för alla risker. Även om man kunde lösa den juridiska knuten så finns det ekonomiska skäl till att leta vidare efter något annat. Inte nog med att koncernens försäkringar skulle bli verkningslösa om det slutar med att de måste stå för dem själva. Att binda upp captivets ägares kapital på detta sätt skulle dessutom göra captivet helt låst och utan handlingsfrihet, vilket inte låter som någon bra lösning. Lägg därtill hur marknaden ser ut så inser man att om man föreslår en säkerhet från ägaren, det vill säga moderbolaget, så kommer man att få ett nej tillbaka. Detta tål möjligen att kortfattat förklaras ytterligare.

³¹ Expected maximum loss – på svenska förväntad maximal förlust

Det finns inga lagregler som säger att aktiebolag inte får lämna säkerheter för annans verksamhet men däremot kan bolagsordningen hindra bolaget från att lämna säkerheter. I bolagsordningen ska ”föremålet för bolagets verksamhet, angivet till sin art” anges.³² Då bolaget inte får bryta mot bolagsordningen följer att det måste ligga i bolagets eget intresse enligt bolagsordningen att lämna säkerhet. I en koncern borde detta sällan bli ett problem, eftersom dotterbolagets verksamhet är av betydelse för moderbolaget och modern därför vill och förmodligen får stötta dotterbolaget om det är nödvändigt.³³

Om man hos moderbolaget tillskriver captivet en garanti, eller en pant, så kommer detta att synas som en post i balansräkningen, något som missgynnar ägaren och som minskar dess kreditvärdighet.³⁴ Om det dessutom sedan visar sig att captivelösningen inte godkänns som försäkring då moderbolaget ställer garanti, ja då försvinner ytterligare vinst genom att försäkringspremien helt plötsligt är en avsättning av medel som måste beskattas. En lösning som den beskrivna ställer naturligtvis inget företag upp på om det inte är nödvändigt. Frågan är då: är det nödvändigt? Svaret blir nej. Om ett captive är välskött och man har en koncern som arbetar på det sätt man bör då man försäkrar genom captive, så har man generellt ett bra risk management och få och små skador. Detta innebär att man blir en attraktiv kund hos såväl frontingbolag som återförsäkringsbolag. Är man en lönsam kund med relativt stor premievolymer har man en mycket bra position på marknaden, där man inte behöver ställa upp på säkerhetsarrangemang som äventyrar koncernens status eller värde. Alltså faller i allmänhet möjligheten för frontingbolaget att få en säkerhetsklausul genom att på något sätt knyta in en pant i captivets tillgångar eller moderbolagsgaranti.

Samma resonemang gäller i fråga om moderbolagets ställande av andra säkerheter, till exempel borgen. Det är i och för sig ingenting som hindrar moderbolaget från att ställa borgensförbindelse men samma praktiska fråga uppstår som i fråga om garantier, nämligen finns behovet? Svaret är nej.

3.3.2 Cut-throughklausuler och panträtt

En mer rimlig lösning än att använda sig av en moderbolagsgaranti vore om det gick att finna en genväg till återförsäkrarna. Den tillgång ett captive har i form av framtida fordring hos sina återförsäkrare är för det första inte knuten till moderbolaget på samma sätt som de befintliga tillgångarna. För det andra är en rätt till sådana fordringar mer rimlig, eftersom en sådan fordran inte uppstår förrän frontingbolaget redan har en fordran hos captivebolaget.

³² 2 kap. 4§ 1 st 3p. ABL. Bolagsordningen kan ju ändras också. Jag går dock inte närmare in på det här.

³³ Walin, Gösta, Borgen och tredjemanspant, 2 uppl., Stockholm 1996, s. 101.

³⁴ 2 kap. 4§ 1 st. 3p. b) och 3 kap. 1§ Årsredovisningslagen (1995:1554). Moderbolaget är ju inte ett försäkringsbolag. Annars skulle Lag (1995:1560) om årsredovisning i försäkringsföretag tillämpats istället.

Återförsäkraren kan i denna situation alltså ses som sekundogäldenär. Kan man från frontingbolagets sida knyta an en säkerhet till sådana fordringar har man lyckats få vad som kallas för *cut-through*, det vill säga en klausul som ger en möjlighet att vid captivets oförmåga att betala gå direkt till återförsäkraren. Detta är en bra lösning från såväl frontingbolagets som captivets sida, men med den inte oväsentliga haken att återförsäkringsbolagen inte är avtalspart gentemot frontingbolaget. Det finns inget sätt för frontingbolaget att binda återförsäkrarna till denna klausul.

En intressant fråga i anknytning till cut-throughklausuler är ju om man istället för direkt genväg till återförsäkrarna kan åstadkomma en panträtt i captivets fordringar gentemot återförsäkrarna. Frågan blir närmast sakrättslig, då det först av allt måste klargöras om pant i framtida fordran är möjlig. Mer om detta i kapitel fyra nedan. Frågan om eventuella kvitningar mellan frontingbolaget och koncernen behandlas i kapitel 3.3.5.

3.3.3 Simultaneous payment – samtida betalning

En för frontingbolaget attraktiv modell är att samköra överföringar mellan captivet å ena sidan och försäkringstagaren å andra sidan. Det man vill uppnå med detta är en situation där man inte blir ersättningskyldig för skada förrän i just det ögonblick captivet i sin tur utbetalat ersättning till frontingbolaget. En sådan samtida betalning, eller simultaneous payment, är möjlig att åstadkomma förutsatt att en klausul med sådant innehåll finns i det frontande försäkringsbolagets avtal med både captive och försäkringstagande koncernbolag. Då det blir fråga om en villkorad ersättning till skadelidande koncernbolag så måste det tas upp även i detta bolags försäkringsbrev.

Nedan finns ett exempel på hur en simultaneous paymentklausul skulle kunna utformas.

Klausulen utgör en del av direktförsäkringsavtalen och cedentavtalet³⁵ med [Frontingförsäkringsbolaget].

Försäkringsbolaget utger inte ersättning för skada till försäkringstagaren i motsvarande utsträckning som Försäkringsbolaget inte erhållit betalning från [Captivebolaget] enligt cedentavtalet.

I den utsträckning [Captivebolaget] fullgjort sin betalningsskyldighet utger [Försäkringsbolaget] motsvarande ersättning till försäkringstagaren inom 14 dagar från betalning erlades.

Klausulen är formulerad på så sätt att utbetalning inte kommer att ske till skadelidande förrän pengarna influtit till frontingbolaget från captivet. Därtill kommer att det avser det belopp som captivet inte betalar. Det kan alltså bli fråga om delar av hela försäkringsbeloppet och simultaneous

³⁵ Med cedentavtalet avses återförsäkringsavtalet mellan captive och frontingbolag.

payment kan i viss mån jämföras med nedanstående självriskklausul, se 3.3.4. I själva verket är det samtida betalningsvillkoret bara klausulens sista mening. Övrig avtalstext påminner mer om en tilläggsjälvrisk.

3.3.4 Självriskklausuler

Självriskklausuler är ytterligare en lösning på problematiken kring säkerhetsklausuler mellan captivet och frontingbolaget. Det bygger i princip på att frontingbolaget åtar sig att vid skada betala ut ersättning till försäkringstagaren, men att man behåller den del ett captive inte kan ersätta i sin tur och kallar då denna del självrisk. Självriskklausulen, som av samma skäl som simultaneous payment måste ingå i avtalen med såväl försäkringstagare som captive, kan till exempel ha följande utseende:

Grundsjälvrisk: 1 prisbasbelopp

För skada som överstiger, eller kan förväntas överstiga, grundsjälvrisk med minst SEK 10 000 000 gäller följande Tilläggsjälvrisk, utöver grundsjälvrisk.

Tilläggsavtal ska tillämpas om och när [captive-återförsäkringsbolaget] som återförsäkrat risk omfattad av denna försäkring, inte betalar ersättning med anledning av skadan i enlighet med sina förpliktelser i återförsäkringsavtalet.

Tilläggsjälvrisk uppgår till det icke betalda beloppet. När tilläggsjälvrisk ska tillämpas är [Frontingbolaget] sålunda fritt från ersättningsskyldighet för den del av skadebeloppet som motsvarar Grundsjälvrisk jämt Tilläggsjälvrisk.

Vad man åstadkommer med denna självriskklausul ligger ganska nära simultaneous payment men det grundläggande rekvisitet för klausulen är beloppet och inte överföringen.

3.3.5 Kvittningsregler

Captivebolaget och försäkringstagande bolag ingår i samma koncern.³⁶ Vid en skada får det skadelidande koncernbolaget en fordran på skadeersättning mot frontande försäkringsbolag. Frontingbolaget får med automatik därigenom en täckningsfordran gentemot captivet. Som konstaterats ovan i kapitel 3.3.1 finns det vissa möjligheter för bolag ingående i samma koncern att ställa säkerheter för varandras fordringar. Eftersom det skadedrabbade bolaget och captivet ingår i samma koncern och har samma ägare kan det diskuteras om de är så närstående varandra att en kvittning av fordran kan komma på fråga, alltså att det skadedrabbade koncernbolagets fordran

³⁶ Se 1 kap. 5§ ABL för koncerndefinition. Att captiveförsäkringsbolaget är ett aktiebolag framgår för övrigt av 1 kap. 1§, 1 st. FRL.

gentemot frontingbolaget skulle kvittas mot frontingbolagets fordran gentemot captivet.

Dotterbolag och moderbolag ingående i samma koncern anses vara egna juridiska personer och lever ett eget ekonomiskt liv. Från detta finns dock undantag, bland annat genom så kallade koncernbidrag, en term som bland annat omfattar vinstutdelning från dotterbolag till moderbolag.³⁷ Det kan hävdas att reglerna och praxis för överföringar inom en koncern är något mer accepterade än i andra bolagsrelationer, framförallt om dotterbolaget i fråga är helägt. Rent ekonomiskt är skillnaden dock inte stor jämfört med andra ägarförhållanden, det handlar snarare om de logiska avsteg från gängse regler som kan göras då ett dotterbolag bara har en ägare, till skillnad från andra aktiebolag med flera ägare.³⁸ Att transaktioner inom en koncern i viss mån kan behandlas annorlunda än transaktioner i andra ägarformer gör inte att man kan anse koncernbolag stå varandra så nära att en borgenär (frontingbolaget) kan kvitta sin huvudfordran hos captivet mot en motfordran hos försäkringstagaren i samma koncern. En direkt kvittningsrätt föreligger alltså inte. Istället krävs för att en sådan kvittning skulle kunna ske att försäkringstagaren frivilligt överlåter sin fordran till captivet, som då kan kvitta sin fordran mot frontingbolaget. Det finns ingen anledning för försäkringstagaren att göra det.³⁹

Kvittning kan emellertid också ta sin utgångspunkt i försäkringsreglerna. I 95§ FAL finns det en reglering angående kvittning. Denna regel tar sikte på förhållandet mellan försäkringstagare och skadelidande, det vill säga främst vid ansvarsförsäkring. I vissa ansvarsförsäkringsvillkor på marknaden ges idag en direktkravsrätt för skadelidande att kräva försäkringsbolaget på ersättning utan att gå via försäkringstagaren.⁴⁰ Det finns också exempel på lagstiftning som påbjuder att så ska vara fallet, se förordning om ansvarsförsäkring för mäklare⁴¹. Även förslaget till ny försäkringsavtalslag innehåller sådana tvingande regler, bland annat om försäkringstagaren är i konkurs eller inte kan utge ersättningen. Detta är onekligen intressant ur frontingbolagets synvinkel. De sociala skäl som talar för direktkravsrätt vid en skadelidande i första ledet finns förvisso inte i leden bakom frontingbolaget, men principen som sådan skulle kunna nyttjas gentemot captivet också. Då frontingbolaget blir skadelidande och captivet inte kan ersätta detta skulle man kunna tänka sig villkor som gör att frontande bolag får gå direkt till återförsäkrarna. Ett sådant villkor skulle kunna utformas som en kvittning. Vad gäller den juridiska basen är väl frågan om det inte skulle likställas med en cut-throughklausul, oavsett vad man kallar det. Målet och syftet med klausulen är alltså att åstadkomma en genväg till

³⁷ Rodhe, Knut, Sandstöm, Jan och Skog, Rolf, Aktiebolagsrätt, 18 uppl., Stockholm 1999, s. 87f.

³⁸ Rodhe, Knut, m.fl., a.a., s. 88.

³⁹ För ett utförligare resonemang, se Lindskog, Stefan, Kvittning, 2 uppl., Göteborg 1993, s. 546f.

⁴⁰ JT 1994-95, s. 592.

⁴¹ SFS 1992:1549.

återförsäkringsledet. Det är en tveksam lösning av samma anledning som cut-throughklausulen, det vill säga att man i så fall måste knyta återförsäkrarna till avtalet. Framförallt går det inte att analogivis nyttja FAL:s regel om kvittning, eftersom det sociala syftet med regeln saknas vid återförsäkringskontraktet.

4 Analys och val av klausul

4.1 Inledande kommentarer

Innehållet i detta kapitel avser att utreda och analysera hur de i kapitel tre förklarade avtalsklausulerna kan användas för att säkerställa ersättning till frontingbolaget i händelse av captivebolagets insolvens eller betalningsovilja. En jämförelse av de olika klausulerna tillsammans med en utredning kring aktuella svenska rättsregler utvisar vilka lösningar som är möjliga. Samtidigt kan man genom att diskutera de olika alternativen se vilka som är att föredra för att undvika att frontingbolaget står med hela exponeringen om captivet går i konkurs.

4.2 Tillämpning av lagstiftning, praxis och allmänna juridiska principer

4.2.1 Konkurslagen och sakrättsliga aspekter

I 3 kap. 3§ Konkurslagen (KL) anges vilken egendom som ingår i konkursboet. När det i paragrafen talas om att all gäldenärens egendom ingår i konkursboet omfattar detta även fordringsrättigheter, liksom begränsade rättigheter såsom panträtt och retentionsrätt. Denna bestämmelse har ett nära samband med det sakrättsliga regelsystemet. Därför får en konflikt mellan konkursboet och tredje man angående rätten till viss egendom avgöras enligt dessa regler.⁴² Eftersom det till exempel vid cut-throughklausuler, men även vid andra tvister om betalning ur ett captives konkursbo, kan komma att bli en fråga om rätt till kvittning och rätt till fordringar så är det befogat att ta upp aktuella delar av sakrätten. Under cut-throughklausuler ovan diskuterades även möjligheten pantsätta framtida fordran hos återförsäkrarna. Förutsättningen för att detta ska vara en framgångsrik väg för frontingbolaget är givetvis att en sådan pantsättning vinner sakrättsligt skydd vid en utmätning hos captivebolaget.

En huvudregel inom sakrätten, som saknar lagfäst grund, är den så kallade specialitetsprincipen. Denna princip säger att sakrätter måste avse individuellt bestämda föremål. Detta kan ses ur två aspekter. För det första måste ett anspråk på en sakrätt, till exempel en panträtt, riktas mot ett *individuellt* bestämt föremål. Om gäldenären i förhållandet får prestera med vilket föremål som helst av viss art eller mängd, det vill säga ett *generiskt* bestämt anspråk (även kallat fungibelt anspråk), anses inte sakrättsligt skydd för anspråket föreligga. Detta leder till att separationsrätt eller panträtt inte kan förekomma. För det andra finns bara sådan separationsrätt eller panträtt

⁴² Gertrud Lennander i Karnov 2001/02, s. 3373.

så länge innehavaren av anspråket kan identifiera det föremål anspråket avser. Sakrätten förloras således om föremålet sammanblandas med andra eller byts ut på så vis att det inte längre kan identifieras. Den grundläggande regeln att en anspråkshavare inte kan ha sakrättsligt skydd över egendom som en gäldenär fritt förfogar över visar sig redan av det ovan sagda men kan vara värt att poängtera.⁴³

För denna uppsats vidkommande är det i detta sammanhang intressanta hur man kan binda ekonomiska medel till en sakrätt, dels i fonder och dels genom fordringar till sekundogäldenärer. Anledningen till att man försöker skapa captive securityklausuler är den osäkerhet frontingbolag känner inför om captivebolag klarar att stå för de risker de tagit på sig. Således skulle ju ett sakrättsligt bindande anspråk gentemot captivebolaget och dess avtalsparter kunna lugna frontingbolaget. De medel som kan bli aktuella för ett frontingbolag att få sakrättsligt skydd i är antingen av captivet direkt ägda medel eller i hos captivet uppkomna (framtida) fordringar gentemot återförsäkrarna. För de medel captivet har i sin kassa, som ju är generiskt bestämd, eller fungibel, egendom och som captivet är i behov av att kunna använda, kan ingen sakrätt finnas enligt specialitetsprincipen.⁴⁴

Det finns en däremot en mängd undantag från specialitetsprincipen i svensk rätt. Eftersom uppsatsen knappast har till syfte att utreda sakrättens alla komplicerade mekanismer kommer jag inte att gå närmare in på samtliga dessa faktiska eller eventuella undantag utan nöja mig med att ta upp dem som anknyter till uppsatsens frågeställning och som därigenom kanske kan bidra till att finna lösningen till captive securityklausulerna.

Att en pantsättning sker i framtida fordran innebär inte att pantsättningen blir generell, alltså avser alla framtida fordringar eller liknande. Den kan fortfarande ha sitt ursprung i ett bestämt, villkorat rättsförhållande, som till exempel en utbetalning till följd av skada.⁴⁵ Det spelar i princip ingen roll om den framtida fordran uppstår efter det att captivet försatts i konkurs, fordringen omfattas ändå av konkursen enligt 3 kap. 3§ KL.⁴⁶ Vid utmätning gäller att om det inte ligger i panthavarens, det vill säga frontingbolagets, makt att förhindra att fordran uppstår måste utmätningensborgenärerna respektera panträten.⁴⁷ Om panthavaren kan påverka att skuld uppkommer behöver denna panträtt inte respekteras. Slutsatsen blir att pant gäller med sakrättslig verkan i förhållandet mellan frontingbolag och captive, eftersom frontingbolaget inte kan påverka om skuld uppkommer genom fordring från skadelidande koncernbolag.

Ett rättsfall som ligger nära ovan förda diskussion är NJA 1973 s 635, ”Skogskörslomålet”. Gäldenären i rättsfallet utförde virkestransporter. Innan

⁴³ Håstad, Torgny, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., Stockholm 1997, s. 152f.

⁴⁴ Håstad, Torgny, a.a., s. 152.

⁴⁵ Jfr Håstad, Torgny, a.a., s. 248ff.

⁴⁶ Gertrud Lennander i Karnov 2001/02, s. 3373.

⁴⁷ Håstad, Torgny, a.a., s. 325.

samtliga transporter slutförts pantsatte åkaren till borgenären nuvarande och tillkommande fordringar genom transportavtalet. Virkesägaren som gäldenären körde transporterna för underrättades om pantsättningen. Frågan blev senare om denna pantsättning var gällande mot övriga borgenärer. HD ansåg att varken omfattningen eller beskaffenheten av pantsättningen utgjorde hinder mot dess giltighet mot borgenärerna. ”Att ägaren underrättades om upplåtelsen innan det därmed avsedda tillgodohavandet blivit till fullo intjänat medför ej, att underrättelsen skall fränkännas betydelse i fråga om någon del av tillgodohavandet. Verkan av pantsättning med giltighet mot övriga borgenärer kan emellertid ej anses ha inträtt förrän efter hand som tillgodohavandet tjänats in”.⁴⁸

Detta innebär vid en jämförelse med *captive*, som jag tolkar rättsfallet, att en pantsättning i *captivets* framtida fordran gentemot återförsäkrarna är giltig, men att det är först genom att fordran uppkommit som den faktiskt får verkan mot övriga borgenärer. Slutsatsen av det måste bli att en panträtt som enligt alla parter gällt sedan avtalet skrevs, en lång tid före ett konkursbeslut, alltså kan återvinnas i en konkurs. Det beror i så fall på att panträtten utnyttjas först vid ett tillfälle i eller i nära anslutning till en konkurs, då återvinning kan ske inom tre månader.⁴⁹ Vad som talar för detta är Högsta domstolens resonemang kring att säkerheten inte var lämnad förrän den ”intjänats”. I fallet med *captive* innebär ”intjänandet” att det genom försäkringen eventuella fordringsanspråket gentemot återförsäkrarna blivit realiserat på grund av en anmäld skada.

För att beskriva rättsfallet med andra ord kan man säga att pantsättning av ett kontraktuellt betalningsflöde blir sakrättsligt giltigt först i och med att respektive fordring intjänats och att man fortlöpande har en återvinningsrisk på den del av panten som är yngre än tre månader. En fråga jag inte lyckas få besvarad genom detta rättsfall är vad som sker med framtida fordringar som varken gäldenären, hans konkursbo eller borgenären kan hindra ”intjänandet” av. I Skogskörslomålet fick konkursboet rätt att återvinna den del av de framtida fordringarna som låg inom återvinningstiden. Det är inte säkert att domstolen skulle göra samma bedömning om varken gäldenär eller borgenär kan påverka att en pantsatt skuld uppkommer. Det kan vara så att återvinning av en fordran som uppkommit nyligen tillämpas även på denna situation, men jag anser det även möjligt att pantsättningen gäller sakrättsligt beträffande icke intjänade framtida fordringar där ingen kan reglera uppkomsten av fordringen.

En pantsättning i framtida fordran kan alltså ske men med vissa reservationer enligt ovan. Det är en fråga om återförsäkringsmarknaden skulle reagera negativt om bolagen blev underrättade om en pantsättning i *captivets* framtida fordringar, det kanske skulle leda till att återförsäkrarna blev tveksamma, något jag dock inte vågar uttala mig om. Detta ger således

⁴⁸ För vidare diskussion kring Skogskörslomålet, se Håstad, Torgny, a.a., s. 257ff

⁴⁹ 4 kap. 10, 12-13 §§ KL

viss säkerhet om än inte garanterad då fordran uppkommer. Frågan är då vid vilken tidpunkt fordran uppkommer. Det är nog så viktigt att kunna fastställa detta vid en första skada, men det kan dessutom uppstå ett flertal skador under försäkringsåret. Om captivet har begärts i konkurs redan tidigare på grund av ersättningsanspråk, vad sker då med en ny fordran från samma eller ett annat frontande försäkringsbolag? I doktrinen anses⁵⁰ att den väsentliga grunden för fordringsanspråket måste föreligga vid tidpunkten för konkursbeslutet för att fordringen ska få göras gällande. I 5 kap. 1§ 1 st. KL anges vilka fordringar som får tas upp i konkurs. Huvudregeln är att endast fordran som uppkommit före konkursbeslutet får göras gällande. Enligt förarbeten till Konkurslagen får fordringar (skadestånd) som uppkommit i anledning av konkurs men som grundar sig på förpliktelser vilka gäldenären åtagit sig innan konkurstillståndet inträdde göras gällande i konkursen. Detta omfattar ju även åtaganden att betala ut ersättning till följd av ett återförsäkringskontrakt.

Det har bildats en viss praxis kring när fordran anses ha uppkommit. I NJA 1990 s 110 var fråga om ett skadestånd som skulle utgå enligt ett skuldebrev om skulden betalades i förtid. Då så skedde ansågs skadeståndet ingå i konkursen eftersom skadeståndsfordringens uppkomst ansågs vara då skuldebrevet ingicks, det vill säga före konkursen. Likaså ansågs i NJA 1957 s 197 fordran på hyra efter konkursutbrottet grundad på hyresavtalet, som ingåtts före konkursutbrottet. Även här ingick fordringen i konkursen. NJA 1966 s 241 avsåg fordran på royalty enligt avtal om förlagsrätt. Fordran ansågs ha uppkommit redan genom förlagsavtalet och således före konkurstillfället. När förlagets konkursbo sålde böcker under konkursen som framstälts före densamma på grund av avtalet, blev royaltyfordran inte en massafordring utan en oprioriterad konkursfordran.

Enligt Lindskog⁵¹ är denna lösning rimlig så länge motparten till konkursgäldenären inte haft rätt att säga upp avtalet vid en konkurs. Om så vore fallet hade utgången blivit annorlunda. Det finns flera fall i praxis som pekar på samma utveckling.⁵² Av nämnda rättsfall kan man dra slutsatsen att en fordran på grund av försäkring kan göras gällande i konkursen även om skadan anmälts efter konkursutbrottet, då grunden för fordran uppkom i samband med avtalsslutandet. Fordran blir en vanlig konkursfordran och inte en massafordran. Enligt 5 kap. 1§ 2 st. KL får en fordran göras gällande i konkurs även om den är beroende av villkor eller inte är förfallen till betalning. De villkor som omtalas är så kallade suspensiva villkor, det vill säga fordringar med villkor som innebär att borgenären inte får uppbära fordringsbeloppet om inte viss omständighet inträffar. Även om villkor är suspensiva omfattas krav på försäkringsersättning alltså av konkursen.

⁵⁰ Prop 1986/87:90, s123 och Welamson, Lars, Konkurs, 9 uppl., Stockholm 1997, s. 132.

⁵¹ Lindskog, Stefan, a.a., s. 198.

⁵² Se bland annat NJA 1989 s 185.

Det finns som synes en viss osäkerhet kring när fordringsanspråk anses ha uppkommit. En reglering i frågan skulle vara önskvärd även om det må vara svårt att skapa en uttömmande sådan. Med anledning av NJA 1990 s 110 konstaterar Lindskog⁵³ att det ofta sägs att en fordring skall anses uppkommen när den väsentliga grunden är för handen. Man knyter då an till ett eller flera av de rättsfakta som fordringen bygger på. Detta är dock enligt Lindskog ett mycket intetsägande resonemang så länge det saknas normer som pekar ut vilket rättsfaktum eller komplex av rättsfakta som är att betrakta som fordringens väsentliga grund. Han nöjer sig alltså inte med den allmänna principen att en fordran uppkommer när den väsentliga grunden för anspråket uppkommer. Lindskog menar att det utöver detta kan krävas att det föreligger ett förpliktande faktum av något slag för gäldenären. Dessutom skall borgenären vid den kritiska tidpunkten ha gjort sin uppoffring eller ha satt sig i en sådan situation att han inte utan rättsförlust kan undvika eller dra sig undan en sådan. Oavsett vad man anser om detta så förändrar det ingenting i sak avseende ställningen mellan frontingbolag och captive. Då koncernbolagens försäkringsperiod börjar löpa med frontingbolaget som försäkringsgivare uppkommer redan den situationen att frontingbolaget, som borgenär gentemot captivet, inte kan dra sig ur affären utan rättsförlust.

Med hänsyn till den osäkerhet som råder på området kring panträtt i framtida fordran kan det inte rekommenderas att använda sig av panträtt som säkerhet gentemot captivet. Detta gäller ytterligare då så många parter är inblandade att det kan bli omöjligt att göra affärer på det viset. Cut-throughklausul är en lösning för att komma förbi problemet, men frontingbolaget har ingen möjlighet att knyta återförsäkrarna till detta avtal. I en situation då insolvens råder i captivet har inte heller detta någon befogenhet att så att säga beordra återförsäkrarna att utge ersättning direkt till frontande bolag. Om så sker föreligger en uppenbar risk för återvinning av utbetalningen vid en utmätning. En än mer olycklig situation för frontingbolaget om cut-through eller panträtt används som säkerhet är om en konkurs i captivet redan slutförts. Att dra in en fordran i konkurs är illa nog, men efter att konkursförfarande avslutats lär det inte längre finnas någon avtalspart över huvud taget att förhandla med. I den situationen skulle alltså frontande bolag vara tvunget att snabbt förhandla sig till egna återförsäkringslösningar alternativt dra sig ur frontingaffären. Det kan bli mycket kostsamt att i en nödsituation försöka skapa ett återförsäkringsskydd. Det innebär att även om man lyckas undvika en stor förlust i form av skadeersättning lider man en annan förlust på grund av återförsäkringspremier som ska betalas ut för en period man redan återförsäkrat en gång genom captivet.

Ur frontingbolagens synvinkel är det ur förda resonemang en klar fördel om man kan använda sig av klausuler som medför att man inte blandar in återförsäkrarnas agerande. De lösningar som då står till buds är självrisk-

⁵³ Lindskog, Stefan, a.a., s. 160.

och simultaneous paymentklausuler. Nya juridiska frågeställningar uppkommer då. Dessa är bland annat om captivet alltjämt kan anses vara ett försäkringsbolag, om direktförsäkringen godkänns enligt försäkringslagar med mera. Dessutom uppstår den affärsrättsliga frågan om försäkringstagande koncern kan acceptera en självriskklausul som i princip kan ta bort hela försäkringsskyddet. Mer om dessa frågor nedan.

4.2.2 Försäkringsavtalslagen

För att dra en parallell till direktförsäkringsledet, det vill säga om ett frontande direktförsäkringsbolag går i konkurs, så gäller där en specialreglering i Försäkringsavtalslagen (FAL). I 26§ 1 st. 1 mom. FAL finns en bestämmelse om direktförsäkringsgivare i konkurs. Där stadgas att om ett försäkringsavtal förfaller efter det att försäkringsgivaren är i konkurs och inträffar under denna tid försäkringsfall innan avtalet upphört att gälla, ges för denna fordran betalningsrätt i konkursen. FAL är inte tillämplig på återförsäkring enligt lagens första paragraf. Fordran i konkurs enligt FAL behöver inte nödvändigtvis komma från försäkringstagaren. Det beror nämligen på vilket försäkringslag kravet avser. Vid egendomsförsäkring är det ofta, med FAL:s terminologi, försäkringstagaren, alltså den som tecknat försäkring, som är skadelidande och kräver ersättning. Vid ansvarsförsäkring är det oftast tredje man, eller försäkringshavare, som lider skadan. Då en ansvarsskada inträffar kan alltså den situationen uppstå att tredje man kräver ersättning ur den försäkring som tecknats mellan försäkringsgivare och försäkringstagare. Detta återkommer jag till i resonemanget nedan kring 95§ FAL.

I förhållandet mellan frontingbolag och captive ser situationen alltså annorlunda ut, då FAL inte längre är tillämplig. Visserligen är kontraktet mellan frontingbolaget och captivet också en försäkring men det är inte den skadelidande direkt som kräver ersättning utan ett frontande försäkringsbolag som får en täckningsfordran gentemot återförsäkringscaptive. Därför får man vid en konkurs i ett captive utgå enbart från konkursrättsliga och sakrättsliga regler och bortse från de specialfall som gäller i direktförsäkringsledet. Det kan i och för sig diskuteras om det borde bli samma utfall, men enligt min mening är det inte troligt. Det som talar emot detta är att man i återförsäkringsledet inte finner de sociala skäl som finns i direktförsäkringsledet för att ge skadelidande möjlighet att utfå ersättning vid ett försäkringsbolags konkurs, alltså verkar det inte troligt att någon form av analogi eller vidare tillämpning av FAL skulle komma på fråga. Fordran som kan uppkomma genom ersättningskrav efter skada under konkursen blir oprioriterad och sålunda inte massafordran.⁵⁴

⁵⁴ Hult, Phillips, Föreläsningar över Försäkringsavtalslagen, Stockholm 1936, s 203ff.

4.2.3 Frontingbolagets sakrättsliga ställning

I NJA 1878 s 25 kom HD fram till att vid återförsäkring ska återförsäkrare betala ut hela täckningsfordran till direktförsäkringsgivaren oavsett om beloppet sedan vidare kommer skadelidande till godo. Detta har sin grund i att vid återförsäkringsfallet anses det att försäkringsfall uppstår då en skuld uppkommer för frontingbolaget och sålunda inte då detta bolag tvingas infria skulden i fråga. Eftersom återförsäkringsavtalet grundar rättsförhållande bara mellan återförsäkrare och direktförsäkrare uppkommer det egendomliga förhållandet att, trots att direktförsäkraren på grund av den enskilde försäkringstagarens försäkringsfall erhåller medel till fullgörande av sin ersättningsplikt mot denne, försäkringstagaren inte senare kan göra något krav på dessa medel gällande.⁵⁵ Trots att rättsfallet är gammalt togs det upp igen 1995, då Högsta domstolen hänvisade till det i NJA 1995 s. 197 (Njordfallet). Därför vågar jag påstå att den praxis som bildades 1878 alltså är gällande. För uppsatsens frågeställning har fallet ingen relevans i sig, men i samband med just Njordfallet är det värt att nämnas. Innan fallen beskrivs närmare bör dock nämnas något om de bakomliggande reglerna. En princip som framkommer i 56§ Kommissionslagen⁵⁶ och som anses gälla allmänt är att en part på grund av avtal med medkontrahent inte kan på grund av sitt avtal vända sig mot andra avtalspartens medkontrahent. Med andra ord kan man inte binda en utomstående tredje man till ett avtal. I sammanhanget innebär det alltså att frontingbolag, som konstaterats ovan, inte kan avtala med captivet om hur återförsäkrarna ska agera. I direktförsäkring finns ett undantag från denna princip genom 95§ FAL. Om den ansvarsförsäkrade har blivit ådömd att betala skadestånd har han en täckningsfordran gentemot direktförsäkringsbolaget för denna ekonomiska skada. Om då den försäkrade går i konkurs har skadelidande tredje man separationsrätt i denna täckningsfordran.

För att återgå till 1995 års fall så rörde det ett försäkringsbolag i konkurs. En försäkringstagare hade stora fordringar på försäkringsersättning och det fanns dåliga utsikter på att få ut beloppet i konkursen. Försäkringstagaren hävdade då att man hade separationsrätt till försäkringsbolagets täckningsfordran på återförsäkringsersättning. Beloppet från återförsäkraren skulle oavsett om det kom försäkringstagaren till godo betalas till försäkringsbolaget, enligt 1878 års fall. Alltså var det i Njordfallet inte fråga om inblandning av en tredje part i form av återförsäkraren. HD kom fram till att en kollektiv separationsrätt för försäkringshavare inte är utesluten. Detta mot bakgrund av FALs regler om försäkring till förmån för tredje man. Den skadelidande försäkringstagaren kunde emellertid inte ensam få separationsrätt, eftersom en sådan lösning kunde leda till att vissa försäkringstagare slumpvis gynnades framför andra. Nu är det dock ytterligare en faktor som måste tas med i beräkningarna när man studerar detta fall. Den återförsäkring som fanns var så kallad

⁵⁵ Se vidare även Hult, Phillips, Om Kommissionärsavtalet, s. 34, not 1.

⁵⁶ Lag (1914:45) om kommission

kontraktsåterförsäkring.⁵⁷ Det innebär att man inte återförsäkrat risken separat utan hade en generell återförsäkring för en större mängd försäkringar. Domslutet kan tolkas så att det var på grund av detta som försäkringstagaren inte ensam kunde få separationsrätt. Rimligtvis blir frontingbolagets återförsäkring till captivet fakultativ. Detta innebär att man återförsäkrar specifika risker och försäkringstagare enskilt. Anledningen till denna slutsats är givetvis att man i direktförsäkringen gentemot en koncern endast har ett antal angivna risker, alla ägda av samma koncern och ingående i samma försäkringsorganisation. Det är visserligen möjligt att captivet återförsäkrar i sin tur med kontraktsåterförsäkring. I så fall finns troligen ingen separationsrätt för frontingbolaget för en täckningsfordran gentemot återförsäkrarna. Om captivet har en fakultativ återförsäkring däremot kan frontingbolaget få separationsrätt om jag drar HD:s resonemang i Njordfallet ett steg längre.

Eftersom detta inte är uttalat i praxis ens vad avser direktförsäkring så kanske det är väl djärvt att påstå att frontingbolag har separationsrätt i captivets återförsäkring under förutsättning att denna är fakultativ. Det finns i själva verket inget stöd i FAL för att direktförsäkringen heller skulle ges separationsrätt, förutom för tredje man enligt 95§ FAL. Det som kan hävdas som försvar för en separationsrätt i ett captives fordran är att ett frontande bolags skyldighet gentemot försäkringstagaren kan liknas vid ansvarsförsäkringstagarens skyldighet gentemot en tredje man. Man åtar sig att stå för en skada någon annan råkar ut för. Mot detta försäkras man sig i sin tur hos ett captiveåterförsäkringsbolag. Det finns i denna situation inget försäkringstagarkollektiv som blir drabbat, möjligen andra försäkringsbolag. Försäkringstagarkollektivet som helhet skulle snarare få lida av att direktförsäkringsgivaren inte fick ersättning från återförsäkraren (captivet). Ett skäl för HD att inte ge borgenären enskild separationsrätt i Njordfallet var ju att försäkringskollektivet som grupp kunde drabbas om enskild borgenär gavs separationsrätt. Skulle det visa sig att captivets återförsäkring är fakultativ är det lättare att identifiera en fordran för separationsrätt i återförsäkringsledet. Om det i framtida praxis eller lagstiftning visar sig att det finns en separationsrätt enligt ovan skulle ett frontingbolag i princip inte längre behöva använda sig av säkerhetsklausuler. Dock bör man återigen ha i åtanke att det är frågan om flera frontande bolag och att det kan uppkomma situationer då flera har stora fordringar riktade mot captivet samtidigt. En självrisk- eller simultaneous paymentklausul innebär att man för det första undkommer risken att behöva dela på en otillräcklig ersättning mellan flera frontande bolag. För det andra innebär en klausul med den utformningen att man slipper hamna i situationen att man står med pengar utbetalda och en tvist om medel i ett konkursbo. Även om man kan räkna med att få ut ersättning för sin fordran så är det ideala givetvis att man aldrig behöver stå som fordringsägare i konkurs.

⁵⁷ Birger Nydrén i SvJT, 1997, s.1.

4.2.4 Koncernförhållandet

Genom att cut-through och pantsättning av framtida fordran bara avser förhållandet mellan fronting- och återförsäkringsbolag så kan man i de fallen bortse från FAL. Då simultaneous payment och självriskklausuler direkt berör försäkringstagaren i första ledet måste dessa följa reglerna i försäkringsavtalslagen.

En cut-through klausul eller en panträtt i framtida fordran gentemot återförsäkrarna må vara gällande, men trots allt är det ju så att dessa rättigheter kan visa sig vara mindre än anspråket till följd av skada. Det kan också visa sig svårt att få ut någonting av rättigheterna, vilket gör att affären blir en förlust för frontingbolaget. Därför skulle en simultaneous paymentklausul eller en tilläggsjälvrisk vara att föredra, eftersom frontingbolaget aldrig behöver göra en utbetalning förrän det fått in beloppet. Det är alltså ingen tvekan om att en simultaneous payment- eller självriskklausul är att föredra för frontingbolaget.

Såvitt jag kan bedöma det finns det inga juridiska hinder för att använda sig av självriskklausuler eller simultaneous paymentklausuler. Så länge varje försäkringsbrev innehåller nämnda klausuler kommer klausulernas innehåll att gälla enligt svensk rätt. De synpunkter man kan ha på detta är att det eventuellt inte skulle vara en försäkring över huvud taget, då det finns en risk för ”rundgång” av förlusten inom koncernen. Med det menar jag att om captivet inte kan ersätta en skada hamnar förlusten visserligen inte hos captivet men hos den skadelidande, som befinner sig i samma koncern. Koncernen har i den situationen alltså, trots försäkringspremie, inte lyckats försäkra bort sina risker.

I kapitel 3.3.5 konstaterades att de olika bolagen ingående i en koncern inte kan anses ingå i samma ekonomiska eller juridiska enhet så långt att de kan kvitta varandras fordringar. På motsvarande sätt borde det vara rimligt att anse dem vara olika parter i deras rättsställning även i övrigt gentemot gemensamma medkontrahenter, såsom ett frontingförsäkringsbolag. Alltså är det så att säga upp till var och en av de olika avtalsparterna att sluta vilka försäkringsavtal de vill, men oavsett med vilket frontingbolag de gör det skriver de in i avtalet att återförsäkring ska göras genom koncernens captive. Vad det i praktiken handlar om i fallet med simultaneous payment och tilläggsjälvrisker är alltså vanlig affärsförhandling. Den situation som jag kan tänka mig ofta uppstår är att koncernbolagen ”tvingar” respektive frontingbolag att återförsäkra genom captivet och frontingbolaget i sin tur förhandlar då fram avtal där till exempel en självriskklausul ingår. Det faktum att frontande försäkringsbolag behåller en del av risken innan resterande del cederas till captivet gör också att det alltjämt är en försäkring av riskerna.

Om koncernen har ett captive kan man också ifrågasätta om det är speciellt svårt att övertala koncernbolagen att skriva in en självriskklausul i avtalet.

En sådan klausul äventyrar ju nämligen bara försäkringsersättningen i en situation då captivet är insolvent eller betalningsovilligt. Det är en situation som koncernledningen knappast kan tro ska inträffa om de valt att själva skapa ett captive och de gjort det i enlighet med de förutsättningar som krävs för att nå framgång med captive, se kap 2.3.

5 Slutsatser

Vid säkerhetsklausuler som riktar sig enbart mot captive-återförsäkringsbolaget finns det en risk för att frontande bolag blir indragna i långdragna förfaranden med eventuella utmätningar i konkursbo. Dessutom är det svårt att säkerställa att de säkerheter man tecknat i form av panträtt eller cut-throughklausuler räcker för en skada av stor omfattning och att cut-through ger möjlighet att utfå betalning framför andra försäkringsbolag. Ytterligare ett problem med panträtt i framtida fordran som säkerhet är att det är flera frontande försäkringsbolag som vill ha säkerheter för hela risken. I praktiken kan jag tänka mig att det uppstår svårigheter gentemot återförsäkrarna, som också de är ett stort antal, att få till stånd så omfattande säkerheter. Panträtter i framtida fordringar måste i så fall tecknas för olika frontingbolag i olika återförsäkringskontrakt, vilket ger en mindre del av kakan till varje frontingbolag enskilt. Fördelarna med ett förfarande där man enbart inriktar sig på en klausul som omfattar captivet, jämfört med klausuler som måste ingå i varje frontingkontrakt, är att man vid avtalslutandet inte behöver ta hänsyn till mer än ett lands lagstiftning, nämligen captivets hemvistland, samt att frontingbolaget enbart behöver förhandla fram en sådan klausul med captivet och inte med varje koncernbolag för sig. Som konstaterats ovan måste nämligen självriskklausuler och simultaneous paymentklausuler ingå i varje lokalt försäkringsbrev i koncernen och det kan inte garanteras att de gäller enligt samtliga länders lagstiftning.

Det som alltså talar mest för en cut-throughklausul är också det som talar mest emot en självrisk- eller simultaneous paymentklausul. Däremot finns det en mycket viktig aspekt som talar för dessa jämfört med de klausuler som bara omfattar återförsäkring och captive. Om man gentemot försäkringstagarna i koncernen lyckas få in en självriskklausul behövs aldrig någon ytterligare säkerhet för utdelning från captivet. Det besparar frontingbolaget mycket möda och en hel del risk att veta att man aldrig hamnar i en situation där frontande försäkringsbolag ligger ute med stora belopp och med en trolig, men inte garanterad, återbetalning från en säkerhet i återförsäkrarledet. Ur risksynpunkt är det alltså att föredra om man kan välja klausuler som omfattar försäkringstagaren så att man slipper betala ut ersättning i händelse av captivets insolvens.

Såväl lag som doktrin ser det som självklart att om en försäkringsgivare försätts i konkurs och det därefter uppstår försäkringsfall, utgör fordran på ersättning en konkursfordran, det vill säga den har tillkommit före konkursutbrottet. Alltså uppkommer fordran enligt lag redan i och med försäkringsavtalet. Utan stöd i praxis verkar doktrinen enig om att pantsättning i framtida fordran har sakrättslig verkan när panthavaren inte råder över huruvida den säkrade fordringen slutligt skall komma till stånd. Jag anser att det borde vara så, även om det idag är tveksamt, att

pantsättning i framtida fordran får sakrättsligt skydd även om panträtten utnyttjas vid eller i nära anslutning till en konkurs, förutsatt att panthavaren inte råder över huruvida skuld uppkommer eller inte. Dock tillkommer vid en pantsättning en mängd praktiska problem genom mängden inblandade fronting- och återförsäkringsbolag. Kan man därför undvika denna lösning är det bra. Denna kritik kan även riktas mot cut-throughklausuler.

Att försöka åstadkomma en säkerhet genom kvittning blir svårt. Det går inte att skapa en kvittningssituation genom motfordran eftersom skadelidande koncernbolag, som får en fordran på frontingbolaget, och captivebolaget, emot vilket frontingbolaget har en täckningsfordran, inte är samma juridiska person. Nämda parter lär inte vara intresserade av att göra frontande bolag den tjänsten att överlåta fordringar för att möjliggöra kvittning heller. Kvittningsbestämmelsen i 95§ FAL är inte tillämplig på återförsäkring.

Om captivet återförsäkrar fakultativt, till exempel varje dotterbolag eller verksamheten i varje land för sig, så skulle det, om man gör en vid tolkning av NJA 1995 s. 197, kunna innebära att det inte ger någonting att ha till exempel cut-throughklausuler. Detta eftersom det finns ett utrymme att tolka rättsfallet så att ersättningen från den fakultativa återförsäkringen ges separationsrätt. Det frontingbolag som haft aktuell verksamhet försäkrad åtnjuter alltså då separationsrätt. Denna slutsats ska dock knappast ses som självklar. Även om det skulle vara en gångbar väg de lege ferenda så är det möjligt att lagstiftaren eller domstolen anser det alltför opraktiskt med hänsyn till alla de inblandade parterna (olika fronting- och återförsäkringsbolag).

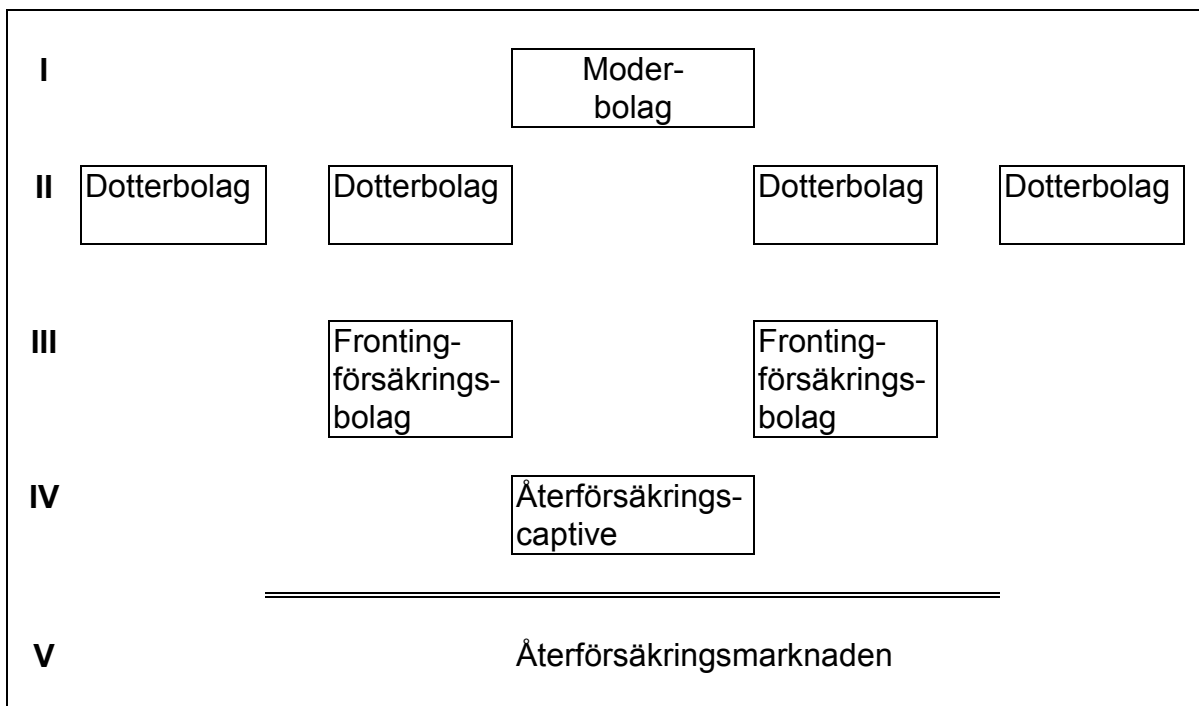
Avseende självriskklausuler och simultaneous paymentklausuler kan följande konstateras. Det förefaller inte finnas juridiska hinder mot att använda klausuler med denna utformning, eftersom de olika bolagen i koncernen är enskilda juridiska personer. Om captivet ansetts ligga närmare försäkringstagarna genom ägarförhållandet kunde det blivit ett problem att godkänna försäkringsbrev med tilläggsjälvrisk eftersom själva försäkringen och syftet med att använda sig av frontingbolag då i princip försvunnit. Risken finns därför att myndigheterna snarare skulle ansett denna lösning vara ett sätt för koncernen att vinna skattefordelar. Eftersom så inte är fallet anser jag att man kan tala om försäkring, då det är upp till vart och ett av bolagen i koncernen att förhandla till sig försäkringsavtal. Jämför här gärna även anledningen till att kvittning inte går att använda som en säkerhetsklausul, nämligen just att bolagen ingående i koncernen inte kan anses stå så nära varandra. Eftersom captivet är en egen juridisk person och ska, som vilket återförsäkringsbolag som helst, de facto sköta sina åtaganden självt så anser jag inte att det finns några hinder för att använda självrisk- eller simultaneous paymentklausuler. Om captivet är välskött och koncernledningen har förtroende för captivet ser jag inte heller hur det skulle vara ett stort problem för dotterbolagen i koncernen att godkänna en tilläggsjälvriskklausul eller simultaneous paymentklausul i sina försäkringsbrev. Enligt svensk rätt torde sådana godkännas. Det som då

kvarstår att lösa är huruvida sådana klausuler godkänns i övriga länder där koncernen har verksamhet. Den frågan hamnar utanför syftet med denna uppsats.

Avslutningsvis kan alltså sägas att självriskklausuler och simultaneous paymentklausuler är de ur såväl juridisk som praktisk synvinkel bästa lösningarna för frontande försäkringsbolag som vill skapa säkerhet vid affärer med captiveåterförsäkringsbolag.

Bilaga A – schema över deltagande bolag

Schema över deltagande bolag i försäkringslösning med försäkringstagande koncern och captiveförsäkringsbolag (i återförsäkringsledet).



Litteraturförteckning

Offentligt tryck:

Proposition 1984/85:77 om koncession för försäkringsrörelse

SOU 1983:5 Koncession för försäkringsrörelse

Litteratur:

Bawcutt, P.A, *Captive Insurance Companies – Establishment, Operation and Management*, 2 uppl. Cambridge 1987.

Hamilton, Gustaf *Detta är Risk Management*, Lund 1985.

Hult, Phillips *Föreläsningar över Försäkringsavtalslagen*. Stockholm 1936.

Hult, Phillips *Om Kommissionärsavtalet*, Stockholm 1936.

Håstad, Torgny *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl. Stockholm 1997.

Lennander, Gertrud I Karnov 2001/02.

Lindskog, Stefan *Kvittning*, 2 uppl. Göteborg 1993.

Rodhe, Knut, Sandström, Jan, Skog, Rolf *Aktiebolagsrätt*, 18 uppl. Stockholm 1999.

Walín, Gösta *Borgen och tredjemanspant*, 2 uppl. Stockholm 1996

Welamson, Lars *Konkurs*, 9 uppl. Stockholm 1997.

Periodica:

Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet 1994-95.

Svensk Försäkrings Årsbok, 2001.

Svensk Juristtidning 1997.

Intervjuer:

Ohlsson, Lennart, Försäkringsbolaget Zürich. Telefon: 040-691 42 50.

Rättsfallsförteckning

NJA 1878 s. 25
NJÄ 1957 s. 197
NJÄ 1966 s. 241
NJÄ 1973 s. 635
NJÄ 1989 s. 185
NJÄ 1990 s. 110
NJÄ 1995 s. 197