



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Mikael Lindgren

Ny företagsinteckning - nya förutsättningar vid kreditgivning

Examensarbete
20 poäng

Birgitta Nyström

Förmögenhetsrätt

Höstterminen 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Syfte	6
1.2 Problemställning	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Uppsatsens disposition	7
2 FÖRMÅNSRÄTT	8
2.1 Särskild förmånsrätt	8
2.2 Allmän förmånsrätt	9
2.3 Förmånsrätt i företagshypotek och företagsinteckning	9
3 FÖRETAGSHYPOTEK	10
3.1 Allmänt	10
3.2 Förutsättningar	10
3.3 Egendom som omfattas	12
3.4 Vid konkurs	13
3.5 Problem med företagshypoteket	14
3.5.1 Egendomsförändring	14
3.5.2 Fördelningsproblem	15
3.5.3 Seriekonkurs	15
3.6 Förföljelserätt m.m.	17
4 FÖRETAGSINTECKNING	18
4.1 Bakgrund	18
4.2 Allmänt	19
4.3 Förutsättningar	20

4.4	Egendom som omfattas	22
4.5	Egendom som inte omfattas	23
5	FRAMTIDA UTVECKLING	25
5.1	Inledning	25
5.2	Direkta konsekvenser av förmånsrättsreformen	26
5.3	Alternativ och komplement till företagsinteckningen	29
5.3.1	Ränta	29
5.3.2	Pant	30
5.3.3	Säkerhetsöverlåtelse	31
5.3.4	Leasing	32
5.3.5	Borgen	33
5.3.6	Factoring	34
5.3.7	Covenants	35
6	AVSLUTANDE ANALYS	37
	KÄLLOR	42

Sammanfattning

Den 1 januari 2004 trädde en ny lag om företagsinteckning samt en reviderad förmånsrättslag ikraft. Detta är en del av resultatet av en omfattande ansträngning att reformera förmånsrättsordningen i Sverige, ett arbete som pågått under ett stort antal år. Avsikten med den nu genomförda reformen har varit att underlätta för företag att genomföra företagsrekonstruktion istället för att gå i konkurs. Lagstiftaren har sökt öka intressegemenskapen mellan ett företags borgenärer samt önskat bidra till att kreditgivning och kredituppföljning ytterligare inriktas på ett projekts utsikter till lönsamhet. Ett uttalat mål var även att de oprioriterade borgenärerna skulle få större utdelning i konkurs.¹

Syftet med denna uppsats är att undersöka och redogöra för den nya lagstiftningen samt vad den kan tänkas få för effekter på kreditgivningen i Sverige. Inledningsvis lämnas en redogörelse för hur det gamla företagshypoteket fungerat samt vad som varit problematiskt med detsamma. Det konstateras bland annat att företagshypoteket är en mycket god säkerhet men att det dock har en baksida och det är att det kan verka hämmande för rekonstruktionsförsök. Efter det redogörs för den nya företagsinteckningen. Härvid fokuseras särskilt på företagsinteckningens försämrade värde i förhållande till dess föregångare. Företagsinteckningen beräknas ge en utdelning i konkurs som är runt 27 % lägre än motsvarande utdelning för företagshypoteket. Även om detta inte kan sägas innebära att företagsinteckningen numera är en svag och/eller dålig säkerhet är det heller inte rimligt att tro att en borgenär kommer att vara beredd att ge kredit på samma villkor som tidigare.

I uppsatsen redogörs i stora drag för de alternativa sätt som finns för borgenärskollektivet att kompensera för den försämrade företagsinteckningen. Bland de alternativ som behandlas kan nämnas möjligheten för borgenärerna att ta betalt för större risk genom en höjd ränta samt alternativet att istället försöka eliminera risk genom till exempel olika panträttskonstruktioner eller genom att avtalsvägen binda gäldenären till en "företagsekonomisk uppförandekodex".

Utifrån uppsatsen dras slutsatsen att borgenärerna, till skillnad från vad lagstiftaren avsett, kommer att söka compensation för vad som förloras genom införandet av den nya företagsinteckningen. Däremot förväntas lagstiftarens önskemål om mer aktiva borgenärer infrias. Att företagsinteckningen har försvagats är av stor vikt dem men det finns goda möjligheter för borgenärskollektivet att kompensera för detta. Kredittillgången antas därför varken förminska eller fördyras i någon större omfattning.

¹ Prop. 2002/03:49 Nya förmånsrättsregler s. 1

Förkortningar

FHL	Lag (1984:649) om företagshypotek
FIL	Lag (2003:528) om företagsinteckning
FRL	Förmånsrättslag (1970:979)
HB	Handelsbalken
JB	Jordabalken
KL	Konkurslagen
LkL	Lag (1845:50) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva
Prop.	Proposition
Rune-Dahlgren	Rune-Dahlgren <i>Företagshypotek m.m. – En lagkommentar</i> 2 uppl. 1996
SOU	Statens Offentliga Utredningar
UB	Utsökningsbalken

1 Inledning

1.1 Syfte

I och med den s.k. förmånsrättsreformen, som blev verklighet den 1 januari 2004, har förutsättningarna för företagshypoteket som säkerhet av olika anledningar förändrats. Företagshypotek heter numera företagsinteckning och skiljer sig bitvis i viktiga avseenden från hypoteket. Framför allt är företagsinteckningen en svagare säkerhet än föregångaren. Säkerheter har i alla tider varit en grundförutsättning för ett fungerande kreditliv. Att tillse att en kredit kan tryggas med en fullgod säkerhet torde många gånger vara en potentiell borgenärs främsta hänsyn. När företagshypoteket nu omvandlats till en betydligt svagare säkerhet kan man anta att den rationelle borgenären söker andra vägar att säkra sin fordran. Syftet med denna uppsats är att undersöka och redogöra för den nya lagstiftningen samt vad den kan tänkas få för effekter på kreditgivningen i Sverige.

1.2 Problemställning

För att uppnå syftet med uppsatsen krävs en grundläggande förståelse för hur företagshypoteket har fungerat respektive hur företagsinteckningen är tänkt att fungera. Även förmånsrätternas funktion kommer att behandlas. Frågor som ska besvaras är:

Varför har vi förmånsrätter?

Hur ser regler kring företagshypoteket respektive företagsinteckningen ut?

På vilket sätt skiljer sig de två säkerheterna från varandra?

Är företagsinteckningen alltjämt en bra säkerhet för gäldenär respektive borgenär att använda sig av?

Vad finns det för alternativ/komplement till företagsinteckningen?

Om väsentliga skillnader föreligger mellan hypoteket respektive inteckningen, vilken inverkan kan det tänkas få vid kreditgivning?

1.3 Avgränsningar

Fokus i denna uppsats ligger på att ta fram möjliga effekter på kreditgivningen i och med att vi fått en ny, svagare företagsinteckning. Förmånsrättsreformen innehåller stora delar som inte direkt påverkar kreditgivningen och dessa har följaktligen lämnats utanför i denna framställning. Redogörelserna för såväl företagshypoteket och företagsinteckningen som förmånsrätten (kapitel 2 till 4) är inte uttömmande. För detta hänvisas till doktrin och förarbeten. Vissa relevanta områden behandlas dock mer utförligt. Ambitionen är att ge läsaren en

överblick över det aktuella rättsområdet och på så sätt underlätta förståelsen av den efterföljande analysen. Materiella regler kring de i kapitel 5 föreslagna alternativen och komplementen till företagsinteckning behandlas enbart i den utsträckning som det kan anses vara behövt för att ta fram deras karaktärsdrag och därmed kunna peka på fördelar respektive nackdelar. Således hålls genomgången avsiktligt på en mycket översiktlig och generell nivå.

1.4 Metod och material

Föreliggande uppsats har karaktär av en kartläggning av gällande rätt samt en undersökning av möjliga följder av nyligen ikraftträd lagstiftning. Under arbetet med uppsatsen har jag använt mig av sedvanlig juridisk metod. I och med att lagstiftningen om bland annat företagsinteckningen är helt ny har kunskapen om rättsläget uppnåtts framför allt genom studier av förarbeten, företrädesvis SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* och prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler*. Inom de områden där så varit möjligt har relevant lagstiftning, praxis och doktrin beaktats. Vad gäller delen som behandlar företagshypoteket har utgångspunkt framför allt tagits i Walins *Om företagshypotek* och Rune-Dahlgrens *Företagshypotek m.m. – En lagkommentar*. Ständigt närvarande genom hela uppsatsen är även Håstads *Sakrätt avseende lös egendom*. Det femte kapitlet, som behandlar den framtida utvecklingen, bygger också till viss del på intervjuer via e-post med företrädare för det svenska bankväsendet. Urvalet har därvid skett slumpmässigt och uppkommet material har följaktligen endast använts som inspirationskälla till kapiteltexten.

1.5 Uppsatsens disposition

Uppsatsen är uppdelad i sex kapitel. I kapitel 2 redogörs översiktligt för förmånsrättslagen och skillnaden mellan allmänna och särskilda förmånsrätter. Följande två kapitel behandlar företagshypotekets respektive företagsinteckningens uppbyggnad och funktion. Detta följs av uppsatsens huvudkapitel i vilket redogörs för de förändringar vid kreditgivning som kan tänkas bli effekten av den nu genomförda förmånsrättsreformen. Det 6:e och avslutande kapitlet innehåller en sammanfattande analys av de slutsatser som författaren dragit utifrån det redovisade materialet.

2 Förmånsrätt

En grundläggande princip vid konkurs är att alla borgenärer ska ha lika rätt till konkursboets tillgångar. Detta innebär att borgenärerna ska ha betalt i förhållande till storleken på hans eller hennes fordran. Fordringar på annat än pengar omvandlas härvid till betalningskrav. Denna likabehandlingsprincip genombryts dock eftersom vissa borgenärer ges förmånsrätt, dvs. rätt att gå före andra borgenärer till betalning ur viss egendom eller all boets egendom.² De förmånsrätter som finns räknas upp i Förmånsrättslagen (1970:979) (FRL). Uppräkningen här är uttömmande, dvs. det går inte att tillskapa andra förmånsrätter. Motivet till att ha förmånsrätter är framför allt en vilja att främja tillgången till kredit till låga priser.³ Den praktiska betydelsen är också onekligen stor. De fordringar som inte har förmånsrätt kallas oprioriterade och efter de oprioriterade fordringarna och sist i hierarkin kommer slutligen efterställda fordringar.

2.1 Särskild förmånsrätt

FRL skiljer mellan särskilda och allmänna förmånsrätter. Särskilda förmånsrätter går att göra gällande såväl vid utmätning som vid konkurs. De belastar endast viss bestämd egendom. Företrädet mellan de olika förmånsrätterna bestäms i första hand genom distinktionen särskild och allmän förmånsrätt där den förra som huvudregel har prioritet över den senare. De särskilda förmånsrätternas inbördes förhållande regleras (med vissa undantag för utmätning) i princip utifrån ordningen i och numreringen av paragraferna.⁴

² Även om den mest uppenbara funktionen med förmånsrättsordningen således är att bestämma ordningen för fördelning av medel vid konkurs så synes dess viktigaste inverkan vara på hur kreditlivet som helhet organiseras, dvs. på hur villkoren för krediter för företag utom konkurs formuleras, se närmare SOU 1999:1 Nya förmånsrättsregler bil. 7 s. 12.

³ Andra motiv som nämns är 1) hänsyn till vissa borgenärer (t.ex. staten), 2) nyttan för borgenärskollektivet som helhet; genom att vissa fordringar ges förmånsrätt kan gäldenären fortsätta en rörelse trots en svag ekonomisk ställning och 3) hänsyn till gäldenären (förmånsrätt för kostnaden att bärga fartyg och gäldenärens begravningskostnader). Se närmare SOU 2000:66, *Slutbetänkande från Banklagskommittén* s. 75f. och Håstad, T. *Sakrätt avseende lös egendom* 6 uppl. 1997 s. 123ff.

⁴ Vissa andra lagar innehåller bestämmelser om det inbördes företrädet mellan fordringar med samma slags förmånsrätt, t.ex. JB i fråga om fastighetsinteckningar och Sjölagen (1994:1009) beträffande inteckningar och sjöpanträtter m.fl. Se närmare Walin m.fl. *Förmånsrättslag, lönegaranti, kvittning mot lön m.m.* 4 uppl. 1995 s. 25

2.2 Allmän förmånsrätt

Allmänna förmånsrätter är inte begränsade till viss slags egendom utan gäller i hela gäldenärens egendomsmassa. De allmänna förmånsrätterna kan – bortsett från vid ackord och andra liknande sammanhang – endast göras gällande i konkurs.⁵ För de allmänna förmånsrätterna är lagrumsordningen allenarådande vad avser det inbördes företrädet och fordringar som har allmän förmånsrätt enligt samma paragraf har inbördes lika rätt. Huvudregeln är således att fordringar som har allmän förmånsrätt enligt samma paragraf inbördes har lika rätt.⁶

2.3 Förmånsrätt i företagshypotek och företagsinteckning

Företagshypoteket gav särskild förmånsrätt enligt den före 1 januari 2004 gällande 5 § st. 1 p. 2 FRL, i all den egendom som omfattas av företagshypotek.⁷ Den nya företagsinteckningen däremot har allmän förmånsrätt enligt 11 § FRL i 55 % av värdet av all egendom som återstår sedan borgenärer med bättre förmånsrätt fått betalt. Den del av företagsinteckningshavarens fordran som inte täcks av detta blir oprioriterad.

⁵ Walin m.fl. *Förmånsrättslag, lönegaranti, kvitning mot lön m.m.* 4 uppl. 1995 s. 16

⁶ Lagstiftaren har dock valt att behålla den rangordningsmöjlighet som gavs för företagshypotek och därför infört en särskild bestämmelse i 14 § FRL som möjliggör särskiljning av företagsinteckningar, se Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 100.

⁷ Se avsnitt 3.3.

3 Företagshypotek

3.1 Allmänt

Företagshypotek innebär en rätt för borgenär att, vid en eventuell utmätning eller konkurs, med förmånsrätt erhålla betalning ur den egendom som omfattas av företagshypoteket.⁸ Denna rätt har vuxit fram genom successiva lagstiftningsåtgärder som så småningom mynnade ut i lag (1966:454) om företagsinteckning.⁹ 1966 års lag ersattes så småningom av lag (1984:649) om företagshypotek (FHL). Sedan årsskiftet 2003/2004 har företagshypoteket ersatts med en ny företagsinteckning.¹⁰ För att förstå förändringarna krävs dock kunskaper om företagshypoteket.

I företagshypotekslagstiftningens terminologi är tre begrepp centrala; företagshypotek, företagsinteckning och företagshypoteksbrev. Företagshypotek är benämningen på den säkerhet som upplåts enligt lagen medan företagsinteckning avser inskrivning i verksamheten med ett visst penningbelopp. Bevis om denna inskrivning kallas företagshypoteksbrev. Med hypotek förstås i detta sammanhang säkerhetsrätt och med säkerhetsrätt menas i sin tur en rätt som avser att ge en långivare säkerhet för att en förpliktelse fullgörs. I det följande kommer jag att redogöra för dessa begrepp samt andra centrala moment i företagshypotekslagstiftningen.

3.2 Förutsättningar

Företagshypotek får upplåtas av näringsidkare, dvs. varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art.¹¹ Upplåtelse får t.o.m. ske redan innan verksamheten har startats, dvs. av blivande näringsidkare.¹² Huruvida näringsidkaren är svensk eller inte spelar ingen roll, det väsentliga är att han har verksamhet här i landet.¹³ En kategori juridiska personer har dock undantagits från möjligheten till

⁸ Prop. 1983/84:128 *med förslag till lag om företagshypotek* s. 48

⁹ Av intresse är lagen (1883:16 s. 1) angående förlagsinteckning, lagen (1932:171) om inteckning i jordbruksinventarier, lagen (1958:54) om förlagsinteckning i vissa oljelager samt särskilda lagar om panträtt i spannmål, spånadslin och hampa. Se närmare Walin, G. *Om företagshypotek* 1995 s. 11 och Rune-Dahlgren *Företagshypotek m.m. – En lagkommentar* 2 uppl. 1996 s. 13f.

¹⁰ Se närmare lag (2003:528) om företagsinteckning.

¹¹ Se prop. 1983/84:128 *med förslag till lag om företagshypotek* s. 49. Begreppet näringsidkare har således samma innebörd här, som inom övrig civilrättslig lagstiftning.

¹² Se Rune-Dahlgren *Företagshypotek m.m. – En lagkommentar* 2 uppl. 1996 s. 22 och 31 samt prop. 1983/84:128 s. 41. Företagshypoteket anses dock vara utan substans fram till dess att näringsverksamheten startas.

¹³ Se 3 kap. 1 § st. 1 FHL, prop. 1983/84:128 *med förslag till lag om företagshypotek* s. 49 och NJA 1971 s. 417.

företagshypoteksupplåtelse. Ett konkursbo har nämligen aldrig rätt att få företagsinteckning eller att upplåta företagshypotek.¹⁴

Företagshypotek upplåts i näringsidkarens rörelseegendom, dvs. ett föränderligt egendomskollektiv. Föremålet för upplåtelse anses vara själva verksamheten och inte den egendom som hör därtill, även om det är denna som är företagshypotekets egentliga föremål.¹⁵ Till skillnad från vad som vanligtvis krävs för att en sakrättsligt giltig säkerhetsupplåtelse skall anses ha kommit till stånd, gäller alltså företagshypoteket i en obestämd egendoms massa, som inte behöver traderas. Näringsidkaren behåller rådgigheten och kan fritt förfoga över all hypoteksegendom.¹⁶ En eventuell överlåtelse av egendomen medför helt enkelt att när förvärvaren uppnått sakrättsligt skydd mot näringsidkarens borgenärer så omfattas egendomen inte längre av företagshypoteket.¹⁷ Företagshypotekets värde och vilken egendom som ingår däri kan således endast bestämmas när hypoteket de facto görs gällande, dvs. vid konkurs eller utmätning.¹⁸

I vissa avseenden uppvisar företagshypoteket likheter med andra säkerhetsrätter. Liksom jordabalkens (JB) system för panträtt i fast egendom bygger FHL på ett inskrivningsförfarande (företagsinteckning). Det förutsätts inte att något skuldebrev utfärdas eller att egendomen traderas. Inskrivningsmyndigheten utfärdar istället ett bevis om att verksamheten har intecknats i form av ett företagshypoteksbrev. Brevet utgör inte någon värdehandling men det skall ändå överlämnas till borgenären för att denne skall få säkerhet i form av företagshypotek i den intecknade verksamheten (1 kap. 3 § FHL). Det är alltså själva överlämnandet som utgör det

¹⁴ En företagsinteckning som beviljas av misstag förblir visserligen giltig men en eventuell upplåtelse av företagshypoteket blir utan verkan gentemot konkursboet, 1 kap. 4 § st. 1 FHL samt Walin, G. *Om företagshypotek* 1995 s. 27, prop. 1983/84:128 med förslag till lag om företagshypotek s. 41.

¹⁵ Se prop. 1983/84:128 med förslag till lag om företagshypotek s. 50

¹⁶ Om så inte vore fallet skulle näringsidkaren uppenbarligen få svårt att fortsätta bedriva sin verksamhet.

¹⁷ Walin, G. *Om företagshypotek* 1995 s. 125. Vid konkurs gäller KL:s återvinningsregler och försäld egendom kan i tillämpliga fall återföras till hypoteksunderlaget. Vid försäljning av en hel verksamhet omfattar dock borgenärens hypotek överlåtarens fordran på ersättning, såvitt den avser egendom som omfattades av hypoteket vid överlåtelsen (2 kap. 2 § FHL). Vidare stipuleras en särskild förföljelserätt (även kallat omsättningsskydd) i 2 kap. 3 § st. 1 FHL som gäller i 6 månader från försäljningstillfället. Förföljelserätten innebär att hypoteket kan göras gällande även hos förvärvaren. Detta förutsätter dock att det inte är hypoteksegendom utan den intecknade verksamheten som sådan som överlåtits. För en mer ingående diskussion om gränsdragningen däremellan, se Rune-Dahlgren *Företagshypotek m.m. – En lagkommentar* 2 uppl. 1996 s. 48ff. Vid konkurs gäller även KL:s återvinningsregler och försäld egendom kan i tillämpliga fall återföras till hypoteksunderlaget.

¹⁸ Prop. 1983/84:128 med förslag till lag om företagshypotek s. 53f.

sakrättsliga momentet vid upplåtelse av företagshypotek.¹⁹ Hypoteksbrevet erbjuder dock inte någon säkerhet i sig.²⁰

Enligt Christer Rune & Rolf Dahlgren kan företagshypoteket inte karaktäriseras som en panträtt då dylika regler kräver att det pantsatta preciseras.²¹ Istället bör företagshypoteket ses som en säkerhetsrätt *sui generis*, där utformningen inspirerats framför allt av panträtten.²²

FHL är uppdelad i fem kapitel. Första kapitlet innehåller grundläggande bestämmelser. Andra kapitlet reglerar vilken egendom som omfattas av företagshypotek och borgenärens rätt till betalning pga. hypoteket. Tredje kapitlet handlar om omfattningen av in-tecknad verksamhet, företagsin-teckningars företräde samt företagsin-teckningars och företagshypoteksbrevs giltighet i vissa fall. Fjärde kapitlet består av bestämmelser om inskrivningsförfarandet och femte kapitlet behandlar avslutningsvis rätten till ersättning i vissa fall.

3.3 Egendom som omfattas

Företagshypotekets närmare omfattning regleras i 2 kap. 1-2 §§ FHL. Dessa bestämmelser är tvingande för parterna.²³ Huvudregeln är att all näringsidkarens lösa egendom i den in-tecknade verksamheten omfattas, men från det görs ett antal betydelsefulla undantag. För att egendom skall anses ingå krävs enligt 2 kap. 1 § FHL att det är fråga om lös egendom, att den lösa egendomen hör till den in-tecknade verksamheten och slutligen att egendomen tillhör näringsidkaren. Lös egendom bestäms här som annars negativt genom att definieras som egendom som ej är fast (vad som är fast egendom regleras i 2 kap. JB).²⁴ Vidare måste man särskilja dels sådan egendom som näringsidkaren innehar för privat bruk, dels egendom som hör till annan eller oin-tecknad verksamhet. Dylika tillgångar ingår inte i företagshypoteket eftersom de inte hör till verksamheten. Att egendomen ska vara näringsidkarens betyder att den ska finnas tillgänglig för dennes

¹⁹ Myrdal, S. *Borgenärsskyddet* 2002 s. 34, särskilt not 80 Överlämnandet sker genom gäldenärens försorg eller, om det finns hos tredje man, genom denuntiation enligt lagen (1936:88) om pantsättning av lös egendom som innehaves av tredje man.

²⁰ Walin, G. *Om företagshypotek* 1995 s. 38

²¹ Se vidare avsnitt 5.3.2

²² Rune-Dahlgren *Företagshypotek m.m. – En lagkommentar* 2 uppl. 1996 s. 20 Man kan heller inte se det som en förmånsrätt i strikt mening eftersom omsättningsskyddet och betalningsrättens bestånd utan hinder fordringspreskription, skiljer det från vanliga förmånsrätter. Se även prop. 1983/84:128 med förslag till lag om företagshypotek s. 34

²³ Observera att näringsidkaren ändå har möjlighet att i viss mån anpassa storleken på hypoteksunderlaget. Industritillbehör kan genom inskrivning i fastighetsregistret avskiljas respektive återföras till en fastighet. Huruvida industritillbehör ska omfattas av företagshypotek eller ej blir följaktligen beroende av om näringsidkaren väljer att avskilja dom och på så sätt omvandla dom till lös egendom (se närmare 2 kap. 3 § JB).

²⁴ Se närmare Rune-Dahlgren *Företagshypotek m.m. – En lagkommentar* 2 uppl. 1996 s. 34ff. Skälen till varför fast egendom undantagits står att finna i prop. 1983/84:128 med förslag till lag om företagshypotek s. 44.

borgenärer vid utmätning *eller* konkurs. Huruvida egendom de facto tillhör näringsidkaren eller ej bestäms med iakttagande av vanliga sakrättsliga grundsatser.²⁵ Rörelseegendom som näringsidkaren köpt ingår alltså i hypoteksunderlaget och detsamma gäller överlåten egendom, om inte tradition eller registrering enligt Lösöresköpslagen (LkL)²⁶ skett.²⁷

Utöver dessa mer generella regler har även vissa egendoms kategorier undantagits. Viktigast är härvid bank- och kassamedel m.m. (2 kap. 2 § st. 2 p. 1 FHL).²⁸ Vidare har egendom som är av beskaffenhet att kunna vara föremål för panträtt på grund av inteckning (p. 2)²⁹ samt egendom som varken kan utmätas eller ingå i konkurs (p. 3),³⁰ inte ansetts bära ingå hypoteksunderlaget.³¹

3.4 Vid konkurs

Företagshypoteket ger särskild förmånsrätt enligt 5 § p. 2 FRL och gäller alltså både vid både konkurs och utmätning.³² Det har i princip företräde framför allmänna förmånsrätter.³³ Vad som anses ingå i företagshypoteket bestäms som tidigare nämnts med hänsyn till läget vid utmätningstillfället respektive efter förhållandena vid tiden för konkursbeslutet.³⁴

En konkurs medför med det gamla hypotekssystemet en del olägenheter för borgenärerna. Ett exempel på detta är de kundfordringar som finns i ett bolag och som omfattas av företagshypotek. När dessa regleras i vanlig ordning, och därmed omvandlas till kassa- eller bankmedel, minskar följaktligen hypoteksunderlaget i motsvarande utsträckning. För en borgenär med säkerhet i företagshypotek vore detta en olycklig utveckling. I

²⁵ Rune-Dahlgren *Företagshypotek m.m. – En lagkommentar* 2 uppl. 1996 s. 36ff.

²⁶ Lag (1845:50) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva

²⁷ Håstad, T. *Sakrätt avseende lös egendom* 6 uppl. 1997 s. 356 samt avsnitt 5.3.4.

²⁸ Även aktier och andra bevis om delaktighet i bolag, obligationer, förlagsbevis och liknande skuldebrev avsedda för allmän omsättning samt andelar i aktiefonder undantas enligt denna bestämmelse.

²⁹ Fast egendom utesluts redan i första stycket och det som denna bestämmelse tar sikte på är istället skepp, skepp under byggnad och luftfartyg samt inteckningsbara reservdelar till dito. Detta gäller oavsett om inskrivning resp. registrering av den ifrågavarande lösa egendomen har skett eller ej, se prop. 1983/84:128 *med förslag till lag om företagshypotek* s. 54

³⁰ Exempel på dylik egendom är immateriella rättigheter som varumärkesrätt, upphovsrätt och firmarätt samt egendom som omfattas av beneficiereglerna i 5 kap. UB, se närmare Rune-Dahlgren *Företagshypotek m.m. – En lagkommentar* 2 uppl. 1996 s. 45 m. hänv.

³¹ Syftet med undantagen var att åstadkomma en obelastad sektor ur vilken övriga borgenärer, främst staten, kunde få utdelning. I praktiken har dock detta syfte inte tillgodosetts mer än undantagsvis, se SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 290.

³² FRL ändrades vid årsskiftet 2003/2004 till följd av förändringarna av företagshypoteket och då försvann denna bestämmelse, se lag (2003:535) om ändring i förmånsrättslagen (1970:979).

³³ Se närmare avsnitt 2 ovan.

³⁴ Se ovan samt Walin m.fl. *Förmånsrättslag, lönegaranti, kvittning mot lön m.m.* 4 uppl. 1995

rättspraxis har det godtagits olika lösningar på detta problem så att de pengar som flyter in behåller sin karaktär av hypoteksegendom.³⁵ I huvudsak innebär konstruktionen att kundfordringar som regleras efter ett konkursutbrott sätts in på ett särskilt konto. Detta konto administreras exempelvis av Ackordcentralen och gäldenären har inte rådighet över dessa medel. Genom en sådan åtgärd anses borgenärerna bibehålla sin rätt till säkerhet i (de likvida) medlen.³⁶

3.5 Problem med företagshypoteket

3.5.1 Egendomsförändring

För att en företagsrekonstruktion ska bli möjlig krävs att fordringsägarnas situation inte försämras avsevärt genom förfarandet. Under en rekonstruktion är det inte ovanligt att exempelvis redan färdigställda varor avyttras. Eftersom företagshypotekshavarens säkerhet består av i princip all lös egendom som finns hos gäldenären, t.ex. just produkter som är redo att säljas, står denne en uppenbar risk. De (likvida) medel som kan tänkas flyta in vid en försäljning minskar nämligen företagshypotekets värde i motsvarande mån då dylika tillgångar inte ingår i ett företagshypotek. Eftersom i princip all verksamhet innebär att företagshypotekshavarens rätt blir inskränkt eller i vart fall riskeras finns det sällan anledning för denne att ställa sig positiv till en rekonstruktion vilket leder till att rekonstruktionen inte kan bli av.³⁷ Detta har föranlett följande konstruktion. Med gäldenärens medgivande öppnas av rekonstruktören ett s.k. administrationskonto till förmån för företagshypotekshavarna. Hit dirigeras alla betalningar till företaget. Gäldenären själv måste vara faktiskt avskuren från dispositionsrätten över kontot.³⁸ Eftersom syftet med betalningsinställelsen är att företaget skall kunna rekonstrueras och leva vidare förbehålls istället rekonstruktören rätten att använda de medel som flyter in på kontot. Rekonstruktören måste dock hela tiden pröva huruvida eventuella utbetalningar motiveras av kostnader som är nödvändiga för företagets fortsatta drift. Avsikten är att företagshypoteket, trots att lagen föreskriver annat, därmed ska omfatta egendom som omvandlas till likvida medel.

Denna konstruktion har prövats i HD och genom NJA 1987 s. 105 I och NJA 1987 s. 705 II har man slagit fast att förfarandet under vissa förutsättningar kan godtas. Betydelsefullt är att medlen är undandragna, dvs. att gäldenären inte kan fritt disponera behållning på administrationskontot. Vissa betalningar kan dock få ske för att hålla i gång ett företag utan att det oimintetgör förmånsrätten i medlen på kontot. För att uppmuntra och underlätta att hypotekshavare medverkar till ackordsförfaranden har man

³⁵ NJA 1989 s. 705 I och avsnitt 3.5.1

³⁶ En mer omfattande redogörelse för de problem som kan uppkomma med den gamla lagstiftningen följer i nästa avsnitt (3.5).

³⁷ Håstad, T. *Sakrätt avseende lös egendom* 6 uppl. 1997 s. 292

³⁸ NJA 1991 s. 550 (s. 557f.)

alltså genom praxis utvecklats en möjlighet att bibehålla dessas förmånsrätt även i likvida medel som ersatt den ursprungliga hypoteksegendomen.

Trots dessa rättsfall fanns det fortfarande en viss oklarhet om vilka krav som skulle uppfyllas för att företagshypoteket skulle omfatta medel på ett redovisningskonto. Den gode mannens möjlighet att göra uttag på redovisningskontot anses begränsade eftersom det är osäkerhet hur långt befogenheten att förfoga över medlen på kontot sträcker sig. Denna osäkerhet innebär i förlängningen att säkerhetens omfattning i det enskilda fallet är oklar.³⁹ Det fanns således flera anledningar till att förtydliga rättsläget.

3.5.2 Fördelningsproblem

När ett företag gått i konkurs är det uppenbarligen av vikt för borgenärerna att få klart för sig hur boets medel ska fördelas, särskilt om konkursförvaltaren bestämmer sig för att driva verksamheten vidare. Fortsatt drift kan nämligen leda till att boet ökar i värde när t.ex. befintliga råvaror eller halvfabrikat förädlas eller färdigställs. Under lång tid var konkursförvaltarnas praxis att låta företagshypotekshavaren få tillgodogöra sig hela försäljningssumman på ett förädlat varulager utan att någon avräkning gjordes för annat än extraordinära kostnader såsom hyra av utförsäljningslokal. Eventuella förädlingskostnader berörde alltså inte företagshypotekshavarnas rätt vilket fick till följd att värdet på säkerheten ofta ökade under konkursens gång.⁴⁰ I det s.k. Minitube-målet⁴¹ klandrade staten som borgenär ett utdelningsförslag som upprättats enligt den ovan beskrivna ordningen. HD slog fast att företagshypotekshavarnas rätt omfattar de varor som finns vid konkursbeslutet. Det är dessa som utgör underlaget för hypoteket (den s.k. frysningsprincipen). Om dessa varor på något sätt bearbetas under konkursen ska man göra en uppskattning av vad värdet varit vid konkursbeslutet. Företagshypotekshavarna får tillgodoräkna sig en viss del av värdeökningen, beräknad enligt den s.k. kostnadsproportioneringsmetoden.⁴² Denna beräkningsmetod har dock kritiserats för att den är svårtillämpad och med nödvändighet lämnar utrymme för skönmässiga bedömningar från konkursförvaltarens sida.⁴³

3.5.3 Seriekonkurs

Ytterligare ett problem med det starka företagshypoteket anses vara att det främjar eller i vart fall öppnar en möjlighet för seriekonkurser. Med

³⁹ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 265

⁴⁰ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 259

⁴¹ NJA 1982 s. 900

⁴² Kostnadsproportioneringsmetoden säger att företagshypotekshavarna får tillgodoräkna sig ett värde som motsvarar de kostnader som lagts ner på varan före konkursen multiplicerat med försäljningssumman, dividerat med summan av de kostnader som lagts ner före och efter konkursen.

⁴³ Håstad, T. *Sakrätt avseende lös egendom* 6 uppl. 1997 s. 371f.

seriekonkurs åsyftas att en verksamhet efter konkurs fortsätter i en ny juridisk person (nytt aktiebolag) men med samma fysiska intressenter bakom de juridiska personerna. Ofta motsvaras försäljningssumman värdet av en hypotekssäkrad fordran. I princip går det till på följande sätt. Vi har företaget AB 1 som ägs av X. AB 1 är i finansiellt trångmål med ett stort antal oprioriterade borgenärer och en huvudborgenär (Banken) med säkerhet i företagshypotek. Hypoteksegendomen förslår till att betala hela Bankens fordran på X. För de oprioriterade borgenärerna är läget annorlunda. I konkurs är genomsnittsutdelningen på en dylik fordran 3-4 % och således är konkurs särskilt ogynnsamt för dem. X kontaktar sin huvudborgenär och föreslår Banken att denna ska ge X:s nybildade bolag AB 2 ett nytt företagshypotekssäkrat lån. Därefter sätts AB 1 konkurs. Med hjälp av det nya lånet lägger X ett bud på hela verksamheten i AB 1 - ett bud som med största sannolikhet är mer inbringande för konkursboet än en försäljning av verksamheten i delar. Konkursförvaltaren kommer därför att godta budet. De pengar som kommer in går i första hand till att täcka Bankens fordran på AB 1 då den är säkrad med företagshypotek. Banken kommer således ur konkursen skadelös. De oprioriterade borgenärerna däremot får endast och i bästa fall en ytterst blygsam utdelning i AB 1:s konkurs. För X:s del innebär detta förfarande att han genom sitt nya bolag AB 2 äger exakt samma tillgångar som tidigare, fast nu utan de skulder gentemot de oprioriterade borgenärerna, som AB 1 haft. För bankens del innebär detta att man skjuter kreditförlusten på framtiden. Beroende på priset för inkråmet har banken dessutom bättre eller i vart fall aldrig sämre utsikter att få betalt eftersom det nya aktiebolaget inte belastas med den gamla rörelsens skulder till bland annat stat, anställda och leverantörer.⁴⁴ Eventuellt kan tänkas att det nya lånet också ger Banken en liten bonus, t.ex. i form av en högre ränta. Förlorarna är uppenbarligen företagets anställda och de oprioriterade borgenärerna samt staten genom kostnaden för den statliga lönegarantin⁴⁵ och de skattefordringar som därmed inte blir betalda.

Huruvida seriekonkurser verkligen varit ett problem kan dock ifrågasättas eftersom förfarandet inte ansetts förekomma i någon vidare utsträckning på senare tid.⁴⁶ Vidare måste man även fråga sig om det verkligen alltid är klandervärt att ägaren av ett bolag, som försatts i konkurs, köper inkråmet i konkursbolaget. Om förvärvet sker till ett marknadsmässigt pris kan det tvärtom vara till fördel även för de oprioriterade borgenärerna, just eftersom det då ofta inbringar en större summa än om företagets säljs "bit för bit". Den gamla ägaren har ofta större inblick i och kunskap om företaget och vågar därför många gånger betala ett högre pris än andra personer. Om konkurserna upprepas och aktieägaren spekulerar i bortfallet av rörelseskulder och andras ovetskap om rörelsens verkliga värde, och dessutom utnyttjar lönegaranti för den fortsatta driften framstår dock seriekonkurs som ett svåracceptabelt fenomen.⁴⁷

⁴⁴ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 290

⁴⁵ Se Lönegarantilagen (1992:497)

⁴⁶ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 291

⁴⁷ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 290f.

3.6 Förföljelserätt m.m.

2 kap. 3 § FHL ger en borgenär ett särskilt skydd för det fall att gäldenären överlåter en del av eller hela sin verksamhet.⁴⁸ Enligt denna bestämmelse har en borgenär förföljelserätt vilket innebär att han eller hon kan göra gällande sitt företagshypotek hos förvärvaren. Med andra ord får borgenären härmed förmånsrätt i en förvärvares egendom.⁴⁹ Förmånsrätten gäller dock endast i den hypoteksegenom som tillhört den överlåtna verksamheten vid överlåtelsen och alltså inte i egendom som tillhör förvärvarens verksamhet. Förföljelserätten gäller oberoende av god tro hos förvärvaren och oberoende av om förvärvaren har uppnått sakrättsligt skydd eller inte.⁵⁰ Anledningen till att en dylik bestämmelse införts motiveras med att en företagshypotekshavare saknar säkerhet i den betalning som näringsidkaren får av förvärvaren eftersom kassa- och banktillgodohavanden inte omfattas. I och med att underlaget genom de nya reglerna ändrades till att omfatta även kassa- och banktillgodohavanden och företagsinteckningshavare därmed fått förmånsrätt i dylika betalningar, ansågs det inte längre finnas ett behov av förföljelserätt.⁵¹

Ytterligare en förenkling har skett vad avser inteckningsunderlaget. I FHL finns möjligheten att begränsa inteckningen till verksamhet av viss art och i vissa fall till och med till verksamhet på en specifik fastighet.⁵² Dessa undantagsregler har med tiden kommit att spela en allt mindre roll. I kombination med lagstiftarens avsikt att förenkla regelverket medförde detta att undantagsmöjligheterna inte fick följa med in i FIL. Företagsinteckningen går således inte att begränsa på detta sätt.⁵³

⁴⁸ Bestämmelsen tar inte sikte på fall då gäldenären överlåter hypoteksegenom utan enbart när den intecknade verksamheten som sådan är föremål för överlåtelsen, se Rune-Dahlgren *Företagshypotek m.m. – En lagkommentar* 2 uppl. 1996 s. 49

⁴⁹ Walin, G. *Om företagshypotek* 1995 s. 93

⁵⁰ Rune-Dahlgren *Företagshypotek m.m. – En lagkommentar* 2 uppl. 1996 s. 49 och Walin, G. *Om företagshypotek* 1995 s. 99

⁵¹ Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 98

⁵² Se 3 kap. 1 § st. 2 FHL

⁵³ Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 99

4 Företagsinteckning

4.1 Bakgrund

Den 6 februari 2003 överlämnades proposition 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* till riksdagen. Propositionen bygger i allt väsentligt på den omfattande utredning med samma namn som hade genomförts av den s.k. Förmånsrättskommittén.⁵⁴ Förmånsrättskommittén skulle enligt direktiven bland annat ta ställning till om företagshypoteket skulle ges en annan ställning än den dåvarande.⁵⁵ Efter det att regeringen och lagutskottet⁵⁶ gjort några smärre justeringar i förmånsrättskommitténs förslag fastslogs den reform som inneburit att företagshypoteket från den 1 januari 2004 omvandlats till en ny *företagsinteckning*.⁵⁷ Företagsinteckningen ger allmän förmånsrätt och gäller i 55 % av värdet av all gäldenärens egendom som återstår sedan borgenärer med bättre förmånsrätt fått betalt.

Skälen till förändringen av företagshypoteket var flera. Utgångspunkten var att förmånsrättsordningen skulle ge så goda förutsättningar som möjligt för rekonstruktion av livskraftiga företag, givetvis utan att anpassa densamma enbart utifrån krisdrabbade företag och deras borgenärers behov. Reglerna skulle gynna företagande i allmänhet och samhällsekonomin i stort.⁵⁸ Den rådande ordningen ansågs inte medföra detta resultat. Bland annat vid kreditgivning och vid uppföljningen av lämnade krediter menade man att företagshypoteket kunde ha en negativ roll. Vidare gjordes bedömningen att rekonstruktionsförsök ofta föll framför allt på grund av företagshypotekets konstruktion.⁵⁹

⁵⁴ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler*

⁵⁵ Dir. 1995:163 *Förmånsrätt vid konkurs m.m.* Kommittén skulle även bland annat undersöka huruvida statens förmånsrätt för skatter och avgifter borde slopas och om arbetstagarernas löneskydd vid arbetsgivarens konkurs kunde förbättras utan att statens kostnader för lönegarantin ökade. Härvid är de viktigaste förändringarna som gäller från den 1 januari 2004 att förmånsrätten för skatter och allmänna avgifter avskaffats liksom förmånsrätten för hyra och arrende. Vad anbelangar löneskyddet gäller att det maximala beloppet för lönegarantin höjs till fyra prisbasbelopp och maxtiden förlängs samtidigt som förmånsrätten i viss mån begränsas. Vidare får konkursboet ansvar för hyra och uppsägningslön. I det följande behandlas endast förändringen av företagshypoteket. Angående närmare behandlingen av övriga frågor, se proposition och SOU.

⁵⁶ 2002/03:LU17 *Nya förmånsrättsregler*

⁵⁷ För äldre företagshypotek gäller dock den gamla lagstiftningen under en övergångsperiod.

⁵⁸ Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 65

⁵⁹ Idag anses svårt att förmå en företagshypotekshavare att medge att en del av hans fordran i realiteten är osäkrad och att denna del av fordringen därför bör sättas ned vid ett ackord. Företagshypotekshavaren hoppas att övriga borgenärers fordringsnedsättning ska vara tillräckligt för att gäldenären åter skall tillfriskna ekonomiskt, eller att en del (den osäkrade delen) av hans fordran i vart fall skall hinna amorteras efter ett ackord; innan det blir konkurs och säkerheten behöver tas i anspråk, se Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 179.

När ett företag kommer på obestånd är det inte självklart att företaget skall rekonstrueras. Är affärsidén dålig eller är företagsledningen inkompetent kan det vara en bättre idé att avveckla rörelsen eller i vart fall se sig om efter en ny ägare. Konkurs är då vanligtvis den enda möjliga vägen. I andra fall kan företagets insolvens istället bero på övergående svårigheter, som en konjunkturnedgång eller stora kundförluster. Det kan även tänkas att gäldenären överskattat den potentiella lönsamheten därför dragit på sig för stora skulder eller att han eller hon bedrivit verksamheten på ett felaktigt sätt men nu är beredd att göra de förändringar som kan komma att krävas för att få företaget på rätt köl igen. I sådana fall anser lagstiftaren att det i ett samlat borgenärs- och samhällsperspektiv är bättre om det går att få borgenärerna att göra vissa eftergifter så att rörelsen kan rekonstrueras utom konkurs, dvs. genom ett ackord. Genom konkurs kan förlustföretag avvecklas under ordnade former men en konkurs anses ofta innebära omfattande värdeförstöring eftersom regelverket kring förfarandet kan göra det svårt att driva verksamheten på ett affärsmässigt sätt. På grund av detta kan de värden som finns i företaget, exempelvis goodwill, gå förlorade och rörelsens tillgångar blir ofta sålda till underpris.⁶⁰ Säkerhetsborgenärerna har heller sällan några incitament att verka för att bättre bud på tillgångar införskaffas eftersom redan tillgängliga bud ofta innebär att de får full utdelning. Utöver detta kan själva konkursförvaltningen också vara mycket kostnadskrävande.⁶¹

I konkurs ansågs företagshypoteket dessutom få alltför stor del av tillgångarna, till de oprioriterade borgenärernas förfång. Man menade att kreditrisken var särskilt ojämnt fördelad. För att undvika dessa negativa effekter skulle lagstiftningen därför utformas så att kreditgivning i första hand grundas på kredittagarens återbetalningsförmåga samt på så sätt att den underlättar för rekonstruktion av företag.⁶² Dessa överväganden och intentioner utmynnade slutligen i lag (2003:528) om företagsinteckning (FIL) samt ett antal justeringar av annan, därtill anknuten lagstiftning.⁶³ Utav dessa torde de inledningsvis nämnda förändringarna i FRL vara av störst intresse vad företagsinteckningen anbelangar.

4.2 Allmänt

Företagsinteckning innebär en rätt för borgenär att, vid en eventuell konkurs, med allmän förmånsrätt erhålla betalning ur 55 % av all egendom som finns kvar hos gäldenären när borgenärer med bättre förmånsrätt fått

⁶⁰ Likaså bör konkurs undvikas om företagets väsentliga tillgångar består i en förmånlig agentur eller en licensrätt, som inte kan överlåtas på annan utan motpartens samtycke; denne kommer att kräva förändring av kontraktsvillkoren för att den som fortsätter gäldenärens verksamhet skall få överta kontraktsrättigheten, SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 289.

⁶¹ 2002/03:LU17 *Nya förmånsrättsregler*

⁶² Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 93

⁶³ För en fullständig genomgång, se prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 5

betalt. Även om inteckningsunderlaget utökats från viss till all kvarvarande egendom innebär dock omvandlingen från särskild till allmän förmånsrätt samt begränsningen till 55 % av egendomen en kraftig inskränkning av säkerhetens värde. Inspiration till denna ordning, där underlaget begränsas till en viss kvotdel⁶⁴, hämtades från Finland där dylika regler hade införts ett antal år tidigare.⁶⁵ Avsikten med kvotdelen i den finska reformen var inte att försämra företagsinteckningens ställning utan istället att förhindra att inteckningens ställning förbättrades genom reformen i övrigt.⁶⁶ Allmän förmånsrätt är vidare en följd av lagstiftarens strävan dels att förenkla, dels att tillse att inteckningshavarens intressen konvergerar med de oprioriterade borgenärernas.⁶⁷

Att ordet hypotek bytts ut mot inteckning ansågs motiverat eftersom man ville understryka att företagshypoteket, eller rättare sagt företagsinteckningen, numera ger allmän förmånsrätt och därmed blivit allt mindre likt en panträtt. Hypotek betyder nämligen panträtt i egendom som pantsättaren besitter.⁶⁸ Företagsinteckning är benämningen på den säkerhet som upplåts men det syftar även på själva inteckningen av verksamheten. Bevis om inteckningen kallas företagsinteckningsbrev.

4.3 Förutsättningar

Liksom för företagshypoteket gäller att endast näringsidkare får upplåta säkerhet på grund av företagsinteckning. En företagsinteckning kan visserligen beviljas vem som helst. För att denna ska kunna kopplas till en förmånsrätt krävs dock att upplåtaren är näringsidkare.⁶⁹ Begreppet näringsidkare har precis som tidigare i FHL samma innebörd som inom övrig civilrättslig lagstiftning.⁷⁰ Konkursbo är dock även fortsättningsvis exkluderat från användandet av företagsinteckning. Det särskilda stadgandet i 1 kap 4 § st. 2 FHL om dödsbo har däremot ingen motsvarighet i FIL. Ett

⁶⁴ I det ursprungliga förslaget låg kvotdelen på 50 %. Efter lagutskottets behandling ändrades det till 55 % för att lindra de eventuella negativa effekter som den nya företagsinteckningen befaras medföra på kreditgivningen, 2002/03:LU17 *Nya förmånsrättsregler*.

⁶⁵ Se den finska företagsinteckningslagen (634/1984) och 5 § lag om den ordning i vilken borgenärer skall få betalning (1578/1992) samt SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 282f. & s. 296f.

⁶⁶ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 283

⁶⁷ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 300. Förhoppningen var att detta ska leda till bättre och mer företagsekonomiskt riktiga överväganden och beslut vid företagsrekonstruktioner. Med utgångspunkt i faktiska förhållanden i Finland antas problemet med att borgenärer med fullgod säkerhet sällan aktivt kan förmås att verka för att man ska få tag i bättre bud på företagets tillgångar avta. Den relativt svaga position som företagsinteckningen har enligt finsk förmånsrätt (utdelningen i konkurs ligger där i medeltal på 9,5 %) har medfört att dylika problem inte uppges vara signifikanta, se närmare SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* bil. 6 s. 72.

⁶⁸ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 338

⁶⁹ Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 115f.

⁷⁰ Se ovan avsnitt 3.2 not 11. Huruvida upplåtaren bedriver eller avser att bedriva näringsverksamhet ankommer på borgenären att kontrollera.

dödsbo kan dock – förutsatt att det bedriver eller avser bedriva näringsverksamhet – även fortsättningsvis upplåta säkerhet i företagsinteckning m.m. Detta anses följa i och med att *envar* enligt 1 kap. 1 § FIL kan medge företagsinteckning och en särreglering tycktes därför överflödig.⁷¹

Själva inteckningen medför ingen förmånsrätt utan den ger endast näringsidkaren ett underlag för att upplåta förmånsrätt. För att en förmånsberättigande säkerhetsupplåtelse ska ske krävs att företagsinteckningsbrevet överlämnas till borgenären samt att det blir kvar i dennes besittning.⁷² I förekommande fall går det även bra att denuntiera en tredje man som innehar inteckningsbrevet, t.ex. en borgenär med första prioritet.⁷³ Här uppvisar FIL fortfarande upp stor likhet med panträkten. Konstruktionen kan nämligen ses mot bakgrund av vad som gäller vid upplåtelse av panträtt enligt 6 kap. 2 § JB⁷⁴ och det sakrättsliga momentet är (liksom vid pantförskrivning av *lös* egendom) överlämnande av inteckningsbrev respektive denuntiation av tredje man.⁷⁵

I stort sett ansågs FIL ändå bära motsvara vad som gällt enligt FHL. Därför överfördes FHL:s förfaranderegler och regler om rätten till ersättning över till FIL i princip oförändrade i sak.⁷⁶ FIL innehåller dock endast tre kapitel till skillnad från föregångarens fem. Utöver de rent redaktionella förändringar som genomförts kan detta bland annat förklaras av att den nya lagstiftningen helt enkelt är mindre komplicerad och innehåller färre undantag än FHL. Således har vissa partier kunnat lyftas bort ur FIL. Första kapitlet innehåller allmänna bestämmelser. Härunder finner man förutsättningarna för, och innebörden av en företagsinteckning. FHL:s reglering av detsamma hittar man i 1 kap. 2-4 §§, 2 kap. 5 § (bortsett från st. 3) och 3 kap. 4-5 §§. Andra kapitlet innehåller föreskrifter om inskrivningsregister och inskrivningsmyndighet, handläggningen av inskrivningsärenden, inteckningsansökan, inteckningsåtgärder, anteckning och rättelse i företagsinteckningsregistret samt överklagande. Dessa bestämmelser motsvarighet i FHL kan man hitta i fjärde kapitlet. FIL:s tredje kapitel innehåller bestämmelser om rätten till ersättning i vissa fall då

⁷¹ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 341 & 343

⁷² Ur NJA 1983 s. 103 kan man utläsa att det undantagsvis bör vara möjligt att göra avsteg från detta krav. I fallet slogs fast att en *panträtt* består, även om *panten* av misstag kommit i gäldenärens besittning. Dock krävs att borgenären utan oskäligt dröjsmål från det att han fått vetskap om missförhållandet vidtar erforderliga åtgärder för att rätta till situationen. Fallet torde vara analogt tillämpligt på besittning av ett företagsinteckningsbrev.

⁷³ Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 116 och lagen (1936:88) om pantsättning av lös egendom som innehaves av tredje man.

⁷⁴ 6 kap. 2 § st. 1 JB: "Panträkten upplättes genom att fastighetens ägare överlämnar pantbrevet som pant för fordringen." Se vidare Rune-Dahlgren *Företagshypotek m.m. – En lagkommentar* 2 uppl. 1996 s. 23

⁷⁵ Walin, G. *Om företagshypotek* 1995 s. 38 samt Myrdal, S. *Borgenärsskyddet* 2002 s. 34, särskilt not 80

⁷⁶ Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 99

någon lidit skada till följd av fel i företagsinteckningsregistret. FHL:s motsvarighet är dess femte kapitel.⁷⁷

4.4 Egendom som omfattas

För att egendom skulle anses ingå i ett företagshypoteksunderlag krävdes som nämnts ovan att tre rekvisit uppfyllts. Egendomen skulle vara lös, tillhöra den intecknade verksamheten och dessutom vara näringsidkarens. I 1 kap. 1 § FIL stipuleras istället helt enkelt att ”företagsinteckning beviljas [...] i all sökandens egendom”.

Till skillnad från sin föregångare gäller alltså företagsinteckningen i all egendom hos en gäldenär. Från företagshypoteksunderlaget skildes vidare viktiga tillgångar såsom exempelvis kassamedel. Detta ledde ofta till komplikationer av olika anledningar.⁷⁸ I det avseendet var förändringen av underlagets omfattning därför inte särskilt kontroversiell. Lagstiftarens avsikt härmed var dock inte att utöka värdet av säkerheten och därför begränsades företagsinteckningen i två avseenden. För det första gäller den endast i 55 % av den egendom som återstår när borgenärer med bättre förmånsrätt har fått betalt och för det andra så ger företagsinteckningen inte längre särskild, utan allmän förmånsrätt. Det som avgör inteckningens värde är alltså dels inteckningens belopp, dels värdet på vad som återstår sedan borgenärer med förmånsrätt framför företagsinteckningen har fått utdelning. Till följd av att företagsinteckningen givits allmän förmånsrätt kan den dessutom endast göras gällande i konkurs och inte som tidigare även vid utmätning.

1 kap. 1 § FIL föreskriver att företagsinteckning gäller i ”all sökandens egendom”. Ett mål med utvidgningen av underlaget var att lagen skulle bli så enkel som möjligt att tillämpa och ett sätt att uppnå detta är just att se till att förmånsrättens värde inte påverkas av om näringsidkarens tillgångar vid den kritiska tidpunkten råkar bestå av bankmedel, varor, övervärde på fastighet etc. Följaktligen gäller företagsinteckning - till skillnad från företagshypotek – även i kontanta medel, aktier och i lös egendom som kan vara föremål för pantsättning genom inteckning. Likaså fast egendom utgör företagsinteckningsunderlag. Det synes dock relativt sällan bli aktuellt med utdelning ur egendom som kan pantsättas. Pantsättning medför särskild förmånsrätt och ger således en borgenär utdelning före en företagsinteckningshavare. Det är rimligt att anta att egendom som kan pantsättas oftast lär ha utnyttjats fullt ut när en konkurs inträffar. Med andra ord lär dylik egendom sällan kunna ianspråktagas som företagsinteckningsunderlag.⁷⁹

⁷⁷ Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 115

⁷⁸ Se exempelvis prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 97 samt avsnitt 3.5.1.

⁷⁹ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 331

För en fysisk person omfattar företagsinteckningen – förutom egendom som ingår i dennes näringsverksamhet – även värdet av t.ex. privat bostad och bil samt privata bankmedel, dvs. hela dennes förmögenhet. I realiteten innebär dock detta inte att fysisk person med företagsinteckning blir mer betungad än vad som var fallet med företagshypotek. Den näringsidkare som vill slippa personligt ansvar för näringsverksamhetens skulder måste, precis som tidigare, bedriva verksamheten i en juridisk person (t.ex. ett aktiebolag), där ägaren inte har personligt ansvar för företagets skulder. Förändringen av företagshypotekets omfattning skulle med ett dylikt resonemang i princip kunna sägas vara intressant enbart för borgenärerna. Vad som har skett är nämligen att *företagsinteckningshavarens förmånsrätt* har fått ett annat omfång. Detta blir betydelsefullt för företagsinteckningshavaren i konkurrensen med andra borgenärer.⁸⁰ Enligt den gamla ordningen blev den genomsnittliga utdelningen i konkurs för företagshypoteksborgenär 45 %. I och med ikraftträdandet av FIL har denna beräknats sjunka till ca 33 %. Detta beskrivs inte som betydelselöst, men lagstiftaren menade ändå att det knappast kan anses underminera värdet av förmånsrätten.⁸¹ För de oprioriterade borgenärerna beräknas förändringen innebära att den genomsnittliga utdelningen i konkurs ökar från ca 3 % till ungefär 10 %.⁸²

4.5 Egendom som inte omfattas

I och med att 1 kap. 1 § FIL föreskriver att all sökandens egendom ingår i företagsinteckningsunderlaget så innefattas i vart fall rent principiellt även sådan egendom som inte kan ingå i konkurs. Emellertid så får detta en begränsad betydelse eftersom underlaget inskränks genom annan lagstiftning.⁸³ Frågan om vilken egendom som *ska* ingå i konkurs regleras i första hand av 3 kap. 3 § KL. Här nämns tre kategorier egendom, nämligen sådan som tillhörde gäldenären när beslutet om konkursbeslutet meddelades, egendom som tillfaller gäldenären under konkursen och sådan egendom som kan återvinnas till konkursboet.⁸⁴ Enligt 3 kap. 3 § KL är det vidare en grundförutsättning för att egendom ska kunna ingå i ett konkursbo att den är av sådant slag att den kan utmätas (se även 3 kap. 5 § KL). I 5 kap. 1-10 §§ UB räknas större delen av den egendom som undantas från utmätning upp. Här ibland märks t.ex. regler som förbjuder utmätning av gäldenärens beneficium (5 kap. 1 § UB) och regler som undantar sådan egendom från utmätning som av någon anledning inte får överlåtas (5 kap. 5 § UB).⁸⁵

⁸⁰ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 339

⁸¹ Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 95

⁸² SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 301f. Det bör poängteras att en förändring i prioriteringsordningen samtidigt kan medföra att borgenärerna och/eller gäldenären beteende förändras. Vid ett sådant scenario kan den faktiska effekten på utdelningen komma att bli annorlunda, jfr SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* bil. 5 s. 8 och avsnitt 5.3.

⁸³ Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 97

⁸⁴ Welamsson, L. *Konkurs* 9 uppl. 1997. Observera även 3 kap. 2 § KL.

⁸⁵ Reglerna om beneficium skyddar endast fysiska personer. Aktiebolag och andra juridiska personer omfattas inte av sådant skydd (5 kap. 3 § st. 2 UB).

5 kap. 10 § UB påminner om att det även finns särskilda föreskrifter om förbud mot utmätning i vissa fall. Som exempel kan nämnas 2 kap. 10 § st. 2 Aktiebolagslagen⁸⁶ som förbjuder utmätning av viss egendom. Vissa av de regler som innehåller ett särskilt utmätningförbud anses ändå inte medföra att egendomen också exkluderas från konkursboet. Trots att 2 kap. 10 § st. 2 Aktiebolagslagen förbjuder utmätning av viss egendom anser såväl Rune & Dahlgren som Gösta Walin att den utmätningsskyddade egendomen ska ingå i *konkurs* och således vara en del av ett företagsinteckningsunderlag.⁸⁷

⁸⁶ Aktiebolagslag (1975:1385)

⁸⁷ Se närmare Walin, G. *Om företagshypotek* 1995 s. 80ff. och Rune-Dahlgren *Företagshypotek m.m. – En lagkommentar* 2 uppl. 1996 s. 44ff.

5 Framtida utveckling

5.1 Inledning

Inledningsvis bör poängteras att för bankerna, som är den borgenärsgrupp där företagsinteckningen är vanligast förekommande, får lån endast beviljas om låntagaren kan förväntas fullgöra låneförbindelsen. Detta eftersom bankerna enligt lag är skyldiga att se till den enskilde gäldenärens återbetalningsförmåga. Bankrörelselagen⁸⁸ fordrar vidare att en bank kräver ”betryggande säkerhet i fast eller lös egendom eller i form av borgen”.⁸⁹ I takt med att företagsinteckningen förlorat i värde som säkerhet blir andra säkerhetsformer mer värdefulla för borgenärskollektivet. Lagstiftaren har varit medveten om detta men beskriver inte ett förändrat utlåningsbeteende som ett särskilt troligt scenario. Man hänvisar till att det gamla företagshypoteket är förenat med viss osäkerhet pga. att t.ex. kassa och finansiella instrument inte ingår i inteckningsunderlaget. Till följd av detta anser man att i de fall då användandet av alternativa säkerhetsformer är praktiskt möjligt så sker det redan.⁹⁰ Med andra ord skulle borgenärernas alternativa möjligheter att säkerställa en fordran redan vara använda fullt ut. Jag vill påstå att detta är en felaktig uppfattning.

För mig tycks det ofrånkomligt att villkoren för en kredit med säkerhet i företagsinteckning kommer att skilja sig från vad som gällde i företagshypoteksfallen. Visserligen är företagsinteckningen långt ifrån en helt urholkad säkerhetsform. Att det beräknade genomsnittliga utfallet vid konkurs numera är 33 %, istället för de 45 % som gällde för företagshypoteket, innebär dock att kreditrisken är ansenligt högre. Detta torde varje borgenär på något sätt vilja få kompensation för. För bankernas del kan man vidare fråga sig om det inte kan vara så att de till och med är tvungna - med hänsyn till Bankrörelselagens krav på ”betryggande säkerhet” – att justera sina kreditgivningsrutiner.

⁸⁸ Bankrörelselagen (1987:617)

⁸⁹ 2 kap. 13 § Bankrörelselagen. Detta torde vara en naturlig utgångspunkt för varje seriös kreditgivare och lär således tillämpas även av andra borgenärer än bankerna. Paragrafen innehåller även en undantagsmöjlighet från huvudregeln och bankerna har därigenom möjlighet att avstå från säkerhet ”om den kan anses obehövlig eller om det annars föreligger särskilda skäl att avstå [...]”.

⁹⁰ Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 96

5.2 Direkta konsekvenser av förmånsrättsreformen

Värdet av företagsinteckningen är alltså förändrat sedan den 1 januari 2004. Detta är uppenbarligen av betydelse för företagsinteckningsparterna, men det är även av vikt för de övriga borgenärer som också påverkas av förändringen. Med hänvisning till rättsäkerhetsskäl ansågs det därför tvunget att låta företagshypoteksupplåtelser genomförda före år 2004 ha fortsatt giltighet under en ettårig övergångsperiod.⁹¹ Med andra ord kommer FHL och FIL att tillämpas parallellt fram tills år 2005, då FHL definitivt fasas ut. Därefter kommer gamla företagshypotek att anses som företagsinteckningar enligt FIL.⁹²

Även om företagsinteckningen med en genomsnittlig utdelning på 33 % också fortsättningsvis kommer att vara en värdefull säkerhet kan man fråga sig om det ändå inte borde ges en möjlighet för en missnöjd borgenär att bryta ett avtal där företagsinteckningen inte längre kan anses utgöra betryggande säkerhet. Särskilt angeläget känns det när övergången är tvingande efter 2004 års utgång. Lagstiftaren har som sagt försökt att lösa detta genom att införa särskilda övergångsregler i FRL. Där sägs att för det fallet att de nya bestämmelserna, om de tillämpades den 1 januari 2004, skulle ha medfört att ett företagshypotek tillsammans med övriga säkerheter inte längre utgör betryggande säkerhet och ställer gäldenären inte inom en månad efter anmodan kompletterande säkerhet som borgenären skäligen kan nöja sig med, får borgenären säga upp den aktuella fordran till betalning inom sex månader, trots att det avtalats att längre uppsägningstid skall löpa eller att uppsägning inte får ske. Kravet är dock att detta sker före den 1 januari 2005. Om borgenären på sådant sätt väcker talan om betalning och anmäler det till inskrivningsmyndigheten, gäller äldre bestämmelser i fråga om vad som gäller för den förmånsrätt som följer med företagshypotek vid konkurs eller utmätning.⁹³ Med tanke på att frågan således har reglerats särskilt torde det inte finnas utrymme för en borgenär att förändra eventuella avtal som inte omförhandlats enligt de nu redovisade bestämmelserna. Således kommer det troligtvis inte, efter den 1 januari 2005, finnas några möjligheter för en borgenär som anser sig förfördelad, att återställa eller rättare sagt kompensera för den försämring som företagsinteckningen faktiskt innebär.

Man kan fråga sig om den tvingande omläggningen till den svagare företagsinteckningen har verkat eller kommer att verka konkursdrivande. Enär borgenärerna genom övergångsbestämmelserna har givits en sista möjlighet att kompensera för försvagningen av säkerheten kan det tyckas

⁹¹ Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 109

⁹² Se övergångsbestämmelserna i FIL och FRL. Observera att vissa undantag även efter utgången av 2004 kommer att tillämpas (se bl.a. p. 3 FIL).

⁹³ Se p. 4 övergångsbestämmelserna i lag (2003:535) om ändring i förmånsrättslagen (1970:979).

rimligt att så kommer att ske i många fall. I ett uppmärksammat fall rörande det skånska byggföretaget PNB:s dotterbolag PNB Entreprenad kunde man se vissa tendenser åt det hållet. Dotterbolaget hade stora skulder och trots vissa löften från företagshypotekshavaren om anstånd tills den 7 januari 2004, valde denne att lämna in en konkursansökan den 30 december 2003. Enligt Sydsvenska Dagbladet ska skälet härför ha varit just de förändrade förmånsrättsreglerna.⁹⁴ I och med att konkursansökan lämnades in före årsskiftet kommer den att behandlas helt enligt de gamla reglerna om företagshypotek.⁹⁵ Detta hade i och för sig gått att uppnå även efter 1 januari 2004. Som nämnts ovan krävs dock sedan årsskiftet - för att uppsägning med de förmånligare övergångsbestämmelserna ska få ske - att företagshypoteket tillsammans med övriga säkerheter inte längre utgör betryggande säkerhet *och* att gäldenären inte kan ställa kompletterande säkerhet som borgenären skäligen kan nöja sig med.

Tittar vi på tillgänglig statistik över antalet inkomna konkursansökningar de senaste åren borde med detta resonemang kunna skönjas en ökande tendens mot slutet av år 2003 jämfört med tidigare år.

Källa: Domstolsverket

Antal konkursansökningar	2003	2002	2001	2000
<i>Inkomna till tingsrätt</i>	14 300	13 718	12 526	11 898

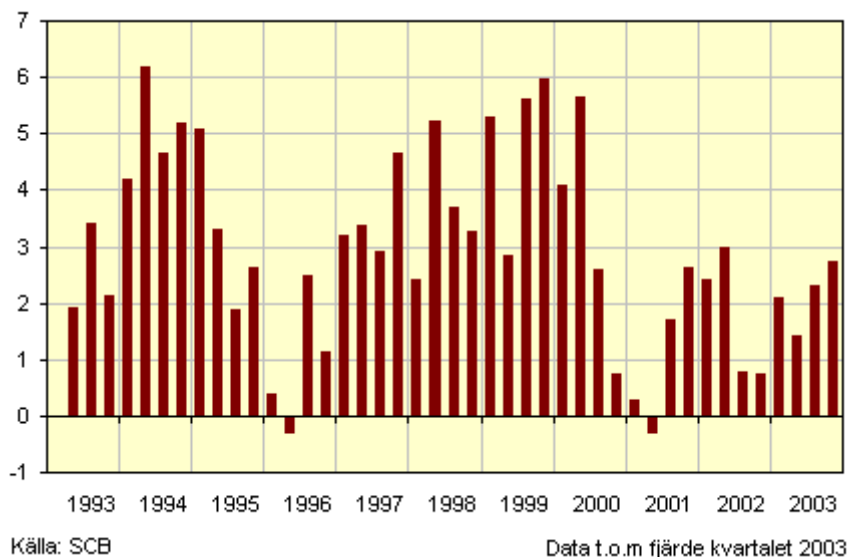
Konkursansökningar kvartalsvis	2003	2002	
<i>Inkomna till tingsrätt</i>	1 kv.	3731	3350
	2 kv.	3583	3480
	3 kv.	2984	3079
	4 kv.	4002	3809

De statistiska uppgifterna ovan ger knappast något starkt stöd för antagandet att de införda reglerna har verkat konkursdrivande. Man kan dock observera en relativt kraftig ökning av antalet inkomna konkursansökningar från tredje till fjärde kvartalet i år, jämfört med föregående år. Orsaken till detta kan mycket väl tänkas vara rent konjunkturella förändringar. Studerar man diagrammet nedan tycks man emellertid inte kunna finna klart stöd för den uppfattningen då BNP snarast tycks ha haft en bättre utveckling under 2003 än året dessförinnan.

⁹⁴ Sydsvenska Dagbladet, lördag 3 januari 2004, del A sid. 14.

⁹⁵ Se p. 3 övergångsbestämmelserna i lag (2003:535) om ändring i förmånsrättslagen (1970:979).

BNP per kvartal t.o.m. 2003



Antalet konkurser kan alltså tyckas ha ökat omotiverat mycket under sista kvartalet 2003. Det behöver därför inte vara en orimlig slutsats att införandet av de nya reglerna, åtminstone i viss utsträckning, kan ha bidragit till denna utveckling. Om detta är en riktig syntes borde vi då rimligtvis också kunna förvänta oss att se ett liknande scenario runt årsslutet 2004 då de ovan nämnda övergångsbestämmelsernas undantagsmöjligheter blir obsoleta.

Nu bör man kanske å andra sidan inte överdriva betydelsen av företagsinteckningens intåg för konkursantalet, eftersom det i många fall kan ha rört sig om konkurser som ändå varit oundvikliga. Däremot kunde det anses tydliggöra den faktiska existensen av ett av de problem som lagstiftaren sett som mest besvärande med företagshypoteket, nämligen att en företagshypotekshavare oftast har anledning att välja konkurs före rekonstruktion. Lagstiftarens avsikt har som nämnts varit att denna prioriteringsordning ska kastas om i och med företagsinteckningen. Om det är riktigt att koppla det ökade antalet konkurser under slutet av år 2003 till de nya reglernas ikraftträdande kunde det följaktligen ses som en seger för lagstiftarens intentioner.

5.3 Alternativ och komplement till företagsinteckningen

För en borgenär gäller det att antingen söka minimera risken, eller ta betalt för den.⁹⁶ Från den 1 januari 2004 beräknas företagsinteckningen ge en lägre utdelning i konkurs. Eftersträvansvärt är därför dels att hitta möjliga lösningar som på något sätt kompenserar för detta, dels att hitta alternativ som inte försämrar gäldenärens möjligheter att, i likhet med företagsinteckningen, använda den intecknade egendomen i den dagliga verksamheten. Man kan därvid tänka sig ett antal olika varianter. I det följande redogör jag för de utvägar som är rimliga för den företagsinteckningsborgenär som söker skydda sig mot eller kompensera sig för en försämrad säkerhet, samt i vilken utsträckning de kan tänkas få praktisk betydelse.

5.3.1 Ränta

En enkel lösning ur borgenärernas synvinkel torde vara en förändring av räntesatsen. Genom att höja räntan kan man på ett smidigt sätt få ersättning för en ökad kreditrisk.⁹⁷ Enligt de beräkningar som gjordes inför omläggningen kom man fram till att en företagsinteckning enligt finsk modell, dvs. liknande den som nu implementerats i Sverige, skulle medföra att bankerna rent hypotetiskt skulle behöva höja sina räntor med 1,2 % för att uppväga försämringen omfattningen av företagsinteckningsunderlaget.⁹⁸ Risk kan dock bara i begränsad utsträckning kompenseras med högre ränta. Höjs räntan alltför mycket, kan endast riskfylld verksamhet (med därtill hörande stor vinstpotential respektive risk för förlust) bli lönsam. Detta leder i sin tur till att räntan måste höjas än mer ända tills dess att även den riskfyllda verksamheten slagits ut.⁹⁹ Även om man bortser från detta så bör påpekas att en höjd ränta inte förändrar risken för borgenären som sådan. En höjd ränta medför snarare att risken ökar något då gäldenärens kostnader blir större i takt med att räntan går upp. En höjd ränta ger endast kompensation för att borgenären tar en större risk. Vill man minimera risken måste kreditgivningen - åtminstone i huvudsak - med tvång bygga på säkerheter eller riskspridning, även om det anses att exempelvis banker måste vara beredda ta vissa kreditförluster för att kunna uppnå maximal lönsamhet.¹⁰⁰ Man kan således tänka sig att kreditgivaren istället för att

⁹⁶ Utgångspunkt i denna uppsats är att risken anses minimerad när borgenärens beräknade, genomsnittliga utdelning i konkurs kan antas komma att uppgå till motsvarande de 45 % som följde med företagshypoteket.

⁹⁷ De oprioriterade borgenärerna får däremot en lägre kreditrisk i och med att utdelningen i konkurs förväntas öka från 3 till 10 %. För lån vilka i praktiken inte löper med någon ränta, som till exempel leverantörsskulder, ska man tolka det att leverantören förkortar betalningsperioden eller höjer priserna som motsvarande en kompensation genom räntehöjning och vice versa, se SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* bil. 6 s. 55.

⁹⁸ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* bil. 6 s. 66.

⁹⁹ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 284

¹⁰⁰ SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 282

kompensera sig fullt ut genom räntehöjningar snarare kräver någon ytterligare säkerhet. Finns det outnyttjat företagsinteckningsutrymme torde man i viss utsträckning kunna använda sig av det. I de flesta fall lär det dock snarare bli aktuellt med exempelvis en kompletterande, bättre prioriterad säkerhet eller mer omfattande säkerhetsöverlåtelse.

5.3.2 Pant

Pant kan upplåtas i såväl lös som fast egendom. En borgenär med panträtt i gäldenärens egendom har rätt att med förmånsrätt tillgodogöra sig värdet av gäldenärens skuld ur den pantsatta egendomen om gäldenären inte fullgör sin prestation. Ur ett förmånsrättsligt perspektiv är pant den bästa säkerheten och således mycket intressant för borgenärerna.¹⁰¹ I förhållande till företagsinteckningen så uppvisar panträtten en betydelsefull skillnad. För att en sakrättsligt giltig pantsättning av lös egendom ska anses ha kommit till stånd krävs att egendomen traderas,¹⁰² dvs. den pantsatta egendomen måste komma i borgenärens besittning och kvarbli där tills dess att skuldförhållandet reglerats.¹⁰³ Pantsättaren får inte ha möjlighet att förfoga över det pantsatta. Detta är problematiskt, framför allt för gäldenären. En av de viktigaste fördelarna med företagsinteckningen är att egendomsmassan kan intecknas utan att den behöver traderas till borgenären och utan att rådighetsavskärande behöver ske. Hade tradition krävts skulle i de flesta fall detta instrument inte kunnat användas eftersom det inteckningsunderlaget oftast innefattar just den egendom som gäldenären använder i sin löpande verksamhet. Panträtt i lös egendom innebär med andra ord att gäldenären tvingas göra en sådan uppoffring att en dylik lösning knappast kan ses som ett attraktivt alternativ eller komplement till företagsinteckningen. Även om institutet kan tänkas få användning någon enstaka gång kan det inte generellt sett uppfattas som en tänkbar lösning.

Intressantare är istället panträtt i fast egendom.¹⁰⁴ För att kunna använda sin fastighet som säkerhet för lån ansöker gäldenären om inteckning på ett visst belopp. Inskrivningsmyndigheten utfärdar då ett pantbrev som är beviset på att inteckning beviljats i fastigheten för samma belopp.¹⁰⁵ Pantbrevet överlämnas därefter till borgenären. För fast egendom är det överlämnandet av pantbrevet som är det sakrättsliga momentet. Härigenom får kreditgivaren således säkerhet i fastigheten för sin fordran. När en skuld har reglerats ska säkerheten (pantbrevet) lämnas tillbaka till gäldenären som då kan belåna det på nytt eller behålla det själv. Vad som framstår som

¹⁰¹ 4 § Förmånsrättslagen (1970:979)

¹⁰² Walin, G. *Panträtt* 2 uppl. 1998 s. 75

¹⁰³ Se 10 kap. 1 § Handelsbalken. Det häri nämnda vittnes- och formkravet har däremot ingen betydelse för pantsättningens giltighet. Finns egendomen hos tredje man ska denne istället denuntieras om pantsättningen.

¹⁰⁴ Av 1 kap. 1 § jordabalken framgår att fast egendom är jord (egentligen markyta) som indelas i olika fastigheter. Till varje fastighet hör förutom jorden/marken också vissa tillbehör, som faktiskt finns på fastigheten eller tillförs denna. Vanligast är fastighetstillbehör och byggnadstillbehör. Reglerna om dessa finns i 2 kap. jordabalken.

¹⁰⁵ Walin, G. *Panträtt* 2 uppl. 1998 s. 75

gynnsamt med pant i fast egendom är att gäldenären behåller rådigheten över egendomen. Han kan således fortsätta bedriva verksamhet på den pantsatta fastigheten och nyttja de byggnader etc. som tillhör densamma. För de fall gäldenären innehar fast egendom synes den vid en första anblick lämpad som komplement till företagsinteckningen. Att kombinera dessa två säkerhetsformer och därmed uppnå motsvarande företagshypotekets säkerhetsgrad torde vara relativt enkelt att göra. Ett problem är dock att det är långt ifrån alla gäldenärer som har någon fast egendom att pantsätta. Många företag hyr sina lokaler, exempelvis för att undvika att binda upp för mycket kapital. I dessa fall är således pantlösningen inte aktuell. Bortsett från dessa fall kunde man eventuellt även göra vissa andra invändningar. En gäldenärs eventuella fasta egendom är ofta och med nödvändighet redan intecknad. Med tanke på dess stabilitet är egendomslaget eftertraktat bland säkerhetsivrande borgenärer. Det är också så att varje inteckning däri gör det mindre attraktivt för nästkommande pantborgenär att ge kredit. Om även företagsinteckningsborgenärerna är med och slåss om den fasta egendomen kan det innebära att gäldenären får svårt att få andra, nödvändiga lån eftersom den fasta egendomen då redan är utnyttjad som säkerhet. I den mån pant i fast egendom kan användas kommer det hursomhelst endast att ske som komplement till, inte som reell ersättning för en försvagad företagsinteckning.

5.3.3 Säkerhetsöverlåtelse

Om gäldenären behöver pengar men inte vill sluta ett pantavtal av någon anledning kan han istället göra en säkerhetsöverlåtelse. Detta är i princip en form av förtäckt pantsättning och går till på så sätt att gäldenären "säljer" egendom till borgenären för en summa, som egentligen är det belopp gäldenären vill låna. Gäldenären behåller en rätt att få tillbaka egendomen om/när "lånet" betalats tillbaka. Att gäldenären behåller egendomen gör att betalningen, dvs. lånebeloppet, snarast ser ut att vara en förskottsbetalning vid köpet.¹⁰⁶ Om egendomen inte traderas krävs det, för att borgenären ska få en sakrättsligt skyddad rätt att få ut egendomen vid gäldenärens eventuella konkurs, att registrering enligt LkL har skett. Avtalet mellan gäldenär och borgenär måste vidare ha formen av ett köp och köpeskilling ska anges. Det spelar däremot ingen roll om avtalet innehåller klausuler om återköp eller andra pantliknande bestämmelser.¹⁰⁷

LkL:s betydelse har under senare tid varit mycket begränsad, framför allt pga. företagshypoteket. Företagshypoteket ger nämligen företräde framför lösöressköp, om företagshypoteket tagits ut vid lösöresköpet eller inom 30 dagar därefter.¹⁰⁸ Registrering enligt LkL blev således i och med FHL så

¹⁰⁶ Håstad, T. *Sakrätt avseende lös egendom* 6 uppl. 1997 s. 207

¹⁰⁷ Håstad, T. *Sakrätt avseende lös egendom* 6 uppl. 1997 s. 217

¹⁰⁸ Se 2 kap. 4 § st. 2 FHL och numera upphävda 3 a § lag (1845:50) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva.

gott som meningslös i de åtskilliga företag där företagshypotek fanns.¹⁰⁹ I och med den nya företagsinteckningen försvann denna ordning och lösöresköp ger numera företräde framför företagsinteckning.¹¹⁰ Även det absoluta kravet på tradition som gällde för företagshypoteksfallen har upphört. Således tycks säkerhetsöverlåtelsekonstruktionens värde ha ökat i och med att det ger borgenären panträttens stabilitet utan att egendomen för den delen behöver lämna gäldenärens besittning. I viss utsträckning kan man likna detta vid en partiell företagsinteckning, dock med ett viktigt undantag; gäldenären får inte sälja den säkerhetsöverlåtna egendomen. I och med att gäldenärens omsättningstillgångar¹¹¹ således inte kan användas som säkerhet måste säkerhetsöverlåtelsens praktiska värde alltså anses ha sina begränsningar.

5.3.4 Leasing

Nära formen för säkerhetsöverlåtelse ligger leasing. Det är ett relativt enkelt och förmånligt sätt för gäldenären att anskaffa en utrustning utan att binda kapital eller använda andra säkerheter. Leasing, som kan översättas med uthyrning, innebär i realiteten att leasetagaren (gäldenären) ges rätt att på avtalade villkor och mot en avgift, under en specifik period, använda viss egendom som införskaffas av leasingbolaget (borgenären). Vid en eventuell utmätning eller konkurs har leasingbolaget separationsrätt.¹¹² Mellanmanskonstruktionen är avgörande för att leasingbolaget ska uppnå sakrättsligt skydd. Leasetagaren kan inte själv införskaffa egendomen och få den i sin besittning, sälja den till leasingbolaget och därefter skriva ett hyresavtal med detsamma (s.k. sale and lease back). För att få skydd för sin fordran i dylika fall måste leasingbolaget iaktta reglerna i LkL.¹¹³

Det finns två huvudsakliga former av leasing; operationell leasing och finansiell leasing. *Operationell leasing* kan liknas vid en vanlig hyressituation. Vanligtvis är det ett tvåpartsförhållande mellan ett leasingbolag och en leasetagare. Leasingbolaget förvärvar utrustning som sedan hyrs ut till leasetagaren mot en avgift.¹¹⁴ Leasingbolaget står bland annat för service, underhåll och försäkringar. *Finansiell leasing* framstår snarare som ett avbetalningsköp. Leasetagaren får den eventuella vinst och bär de kostnader - exempelvis service- och försäkringskostnader - som ägandet innebär. Finansiell leasing omfattar vanligtvis tre parter: leverantör, finansiär och leasetagare. Avtalet är i de flesta fall, till skillnad från vid

¹⁰⁹ Från att på 1920-talet ha uppgått till ca 2200 per år minskade antalet lösöresköp drastiskt och 1972 uppgick de till försumbara 45 stycken per år, se Håstad, T. *Sakrätt avseende lös egendom* 6 uppl. 1997 s. 220.

¹¹⁰ Prop. 2002/03:49 *Nya förmånsrättsregler* s. 19 och SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler* s. 300f.

¹¹¹ Med omsättningstillgång avses egendom som omsätts i gäldenärens rörelse eller förbrukas vid produktion.

¹¹² Håstad, T. *Sakrätt avseende lös egendom* 6 uppl. 1997 s. 150f.

¹¹³ Håstad, T. *Sakrätt avseende lös egendom* 6 uppl. 1997 s. 151

¹¹⁴ Avgiften är tänkt att motsvara ränta och avskrivningar, dvs. finansiella kostnader, men även kostnader för exempelvis service av den leasade utrustningen kan ingå i avgiften.

operationell leasing, inte uppsägningsbart. Leasingavgiften motsvarar kostnader som leasingbolaget har för anskaffning och finansiella kostnader m.m.¹¹⁵ Leasetagarens utgifter vid finansiell leasing är alltså egentligen desamma som skulle ha följt med vanligt banklån.¹¹⁶ Är avsikten att leasetagaren ska bli ägare till egendomen vid avtalets slut krävs för sakrättsligt skydd att leasingbolaget gjort ett giltigt återtagande- eller äganderättsförbehåll.¹¹⁷

Leasing är således ett ganska flexibelt kreditinstrument som möjliggör smidiga finansieringslösningar. I förhållande till företagsinteckningen kan dock göras samma invändning som i säkerhetsöverlåtelsefallet; inte heller som leasetagare har gäldenären rätt att sälja tillgången. Förvisso är det kanske så att en stor del av en gäldenärs tillgångar ofta inte är omsättningstillgångar och således lämpar sig för leasingfinansiering. Troligen kan dock överlåtelseproblemet lika ofta vara ett reellt hinder.

5.3.5 Borgen

Borgen innebär ett löfte av en eller flera personer (borgensman/män) att betala en gäldenärs skulder, om denne inte betalar själv.¹¹⁸ Det vanligaste är att borgen ingår i samband med upptagande av lån. Exempelvis kan borgensmannen förbinda sig att betala räntor och amorteringar på ett lån om inte gäldenären själv betalar. Borgen är accessorisk med huvudförpliktelsen.¹¹⁹ Med detta menas att de invändningar som en gäldenär kan göra mot sin borgenär också kan göras av borgensmannen (åberopa delbetalning, ogiltighet, preskription eller dylikt). M.a.o. kan borgensmannens ansvar inte göras vidare än det ansvar som huvudgäldenären har. Det finns ett flertal olika borgensstyper. De vanligaste torde vara proprieborgen och enkel borgen.¹²⁰ Proprieborgen tecknas ”såsom för egen skuld” och därmed kan borgenären vända sig direkt till borgensmannen med krav, utan att först ha vänt sig mot gäldenären. För enkel borgen gäller istället att borgensmannens ansvar kan göras gällande först när gäldenären de facto inte har förmåga att betala.

I företagsförhållanden är det vanligt förekommande med sk. skötselborgen eller ägarborgen. Skötselborgen är ingen egen borgensstyp. Det är istället beteckningen på ett borgensåtagande till förmån för ett bolag, som görs av en person med ett mer omfattande ägarintresse däri. Ägaren ikläder sig

¹¹⁵ Kjellström, A. *Marknadsekonomins rättsliga reglering* 2000 s. 95ff.

¹¹⁶ Det är vanligt att man i leasingavtal infogar en klausul som möjliggör för leasingbolaget att ändra avtalet under avtalsperioden. Klausulen kopplas exempelvis till ekonomiska faktorer och då kanske i synnerhet till ränteläget.

¹¹⁷ Håstad, T. *Sakrätt avseende lös egendom* 6 uppl. 1997 s. 151

¹¹⁸ Borgensinstitutet finns reglerat i 10 kap. 8-12 §§ HB. Andra typer av borgen som är vanliga är fyllnadsborgen, efterborgen (överborgen), underborgen (kontraborgen) och generell borgen, se Ingvarsson, T. *Borgensliknande säkerhetsrätter* 2000 s. 230

¹¹⁹ För en närmare diskussion kring detta, se Ingvarsson, T. *Borgensliknande säkerhetsrätter* 2000 s. 45f.

¹²⁰ Proprieborgen regleras i 10 kap. 9 § HB och enkel borgen i 8 §.

därmed ett tydligare personligt ansvar för bolagets förehavanden. Syftet med detta är att ägaren, dvs. borgensmannen och ofta en person som jobbar i företaget, ska få ett starkt incitament att se till att verksamheten sköts på ett för borgenären betryggande sätt.¹²¹ Eftersom ansvaret för ett aktiebolags ägare är begränsat till vad ägarna investerat däri är skötselborgen särskilt intressant för borgenären i dylika fall. Skötselborgen innebär m.a.o. en garanti för att ägaren ser efter borgenärens intresse även om konkurs är för handen.

Främsta nackdelen med borgen överlag torde vara just det att den är beroende av att borgensmannen är vid god ekonomi. Har han eller hon inga pengar är borgensåtagandet inte värt mycket för borgenären.¹²² Om vi istället utgår från att gäldenären är vid sunda finanser torde framför allt skötselborgen vara mycket intressant. Härigenom får borgenären för det första en relativt god säkerhet, men kanske framför allt en gäldenär som i och med borgensanspråket med all rimlighet kommer att göra sitt yttersta för att verksamheten ska gå bra. Borgenären får således förhoppningsvis aldrig anledning att göra skötselborgen gällande. Ytterligare en fördel med borgen är att det inte innebär att gäldenären måste avstå egendom i någon utsträckning.

5.3.6 Factoring

Factoring är en speciell form av kortfristig finansiering av ett företags kundfordringar som innebär att fakturan pantsätts hos ett fristående factoring- eller finansbolag.¹²³ Factoringbolaget belånar i allmänhet fakturor på upp till 60 - 80 % och pengarna betalas ut omedelbart.¹²⁴ Kunden betalar sedermera fakturan vid kredittidens slut direkt till factoringbolaget. Factoringbolaget betalar då ut resterande del av fakturan till företaget med avdrag för bolagets kostnader samt ränta.¹²⁵

Fördelarna med factoring är flera. Det anses ofta leda till att betalningsdisciplinen hos kunderna ökar högst avsevärt. En annan fördel som ofta framhålls är den omfattande administrativa service som ingår i tjänsten t.ex. bevaknings- och kravrutiner. Att gäldenären bygger upp en egen dylik administration hos kan vara väldigt kostnadsineffektivt. Framför allt är det emellertid ett relativt enkelt och smidigt sätt för gäldenären att frigöra medel utan att behöva lämna annan säkerhet än fakturan. Till skillnad från många andra lösningar låser man alltså inte upp någon egendom. Ytterligare en

¹²¹ Walin, G. *Borgen och tredjemanspant* 2 uppl. 1996 s. 32

¹²² Jämför NJA 1999 s. 408 där en skötselborgen jämkades mer än 50 % eftersom borgensmännen redan när borgensåtagandet gjorts saknat möjlighet att uppfylla sitt åtagande, något som ansågs ha måst "framstått som uppenbart" för banken.

¹²³ Det förekommer även sk. amerikansk factoring (fakturaköp), där factoringbolaget istället för att belåna fakturan köper den.

¹²⁴ Håstad, T. *Sakrätt avseende lös egendom* 6 uppl. 1997 s. 263

¹²⁵ Martinsson, C. *Kreditsäkerhet i fakturafordringar – en förmögenhetsrättslig studie* 2002 s. 110

fördel är att man inte inkräktar på underlaget för någon annan säkerhet än företagsinteckningen. Kreditgivning med säkerhet i andra instrument såsom exempelvis fast egendom försvåras eller fördyras således inte vid nyttjande av factoring.

5.3.7 Covenants

Eftersom möjligheterna till reella säkerheter i form av exempelvis pant eller borgen är begränsade blir kreditgivarna många gånger tvungna att söka alternativa lösningar för att minimera kreditrisken. Ett önskvärt händelseförlopp ur lagstiftarens synvinkel är härvid en utveckling mot mer aktiva borgenärer eller där borgenärerna kräver större insyn i verksamheten.¹²⁶ På så sätt menar man att ett alltför vidlyftigt beteende från gäldenärens sida kan förutses bättre och i viss mån hindras genom hot om skadestånd, indragna lån eller liknande. Ett redan idag vanligt förekommande instrument för att uppnå detta och annat är s.k. covenants.¹²⁷ Covenants är ett kontraktuellt åtagande mellan en borgenär och en gäldenär med syfte att ge kreditgivaren ytterligare säkerhetsmöjligheter och därmed möjliggöra mer omfattande kredit.¹²⁸ Covenants är alltså ingen säkerhet i dess strikta mening.¹²⁹ Målet för borgenären är att kunna styra gäldenärens verksamhet i sådan utsträckning att oriktiga affärsbeslut där krediten riskeras undviks. En covenant bör med andra ord formuleras så att gäldenären tillåts fatta beslut som är i borgenärens intresse medan andra beslut ska förhindras. Det förhållande som den specifika covenanten reglerar ska föreligga vid tagandet av krediten, och fram till tidpunkten då krediten enligt avtalet upphör. De kanske vanligaste varianterna innebär att gäldenären i kreditavtalet förbinder sig att upprätthålla vissa nyckeltal, t.ex. ett positivt kassaflöde eller att vissa nyckeltillgångar ska hållas inom gäldenärens verksamhet. I viss utsträckning används även sk. negativt formulerade klausuler vilket i princip är bestämmelser om att kredittagaren inte får ge någon annan än kreditgivaren säkerhet, eller vart fall inte företräde till betalning.¹³⁰

Covenants kan delas upp i finansiella, informationsgivande, övervakande, disponeringsbegränsande samt individualiserade covenants. Finansiella covenants är uppbyggda kring gäldenärens finansiella nyckeltal och möjliggör att med god precision och tydlighet definiera de ramar som gäldenären måste hålla sig inom. De informationsgivande covenantsen stipulerar istället en utökad informationsskyldighet för gäldenären gentemot

¹²⁶ Jfr ovan avsnitt 4.1

¹²⁷ På svenska används termerna negativklausul och negativt avtal. I det följande kommer dock endast den engelska termen att användas.

¹²⁸ Covenants regleras sålunda enbart genom lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (Avtalslagen).

¹²⁹ Martinsson, C. *Kreditsäkerhet i fakturafordringar – en förmögenhetsrättslig studie* 2002 s. 129

¹³⁰ Håstad, T. *Sakrätt avseende lös egendom* 6 uppl. 1997 s. 282. En annan variant är s.k. pari passuklausuler genom vilken alla borgenärer likställs på så sätt att ingen får företräde till betalning framför någon annan.

borgenären, vilket de facto innebär att borgenären kan utöva en effektiv övervakning av gäldenärens förhållanden. Övervakande covenants påminner i viss utsträckning om de informationsgivande. De kan t.ex. innebära att gäldenären föreskrivs en skyldighet för gäldenären att följa vissa redovisningsregler eller liknande. Disponeringsbegränsande covenants syftar till att begränsa gäldenärens möjligheter att använda eller avhända sig viss egendom. De individualiserade covenantsen syftar avslutningsvis till att skydda ett visst specifikt intresse hos en kreditgivare (eller kredittagares), t.ex. ett varumärke eller någon annan immateriell rättighet.¹³¹

Givetvis är användandet av covenants inte helt oproblematiskt. Att t.ex. borgenärens insyn och information förbättras kan förvisso medföra att kreditrisken minskar, men dylika bestämmelser kan även verka hämmande för verksamheten och framför allt vara kostsamma. Att gäldenären tvingas till ständig och omfattande nyckeltalsexercis kan vidare vara tidsödande och kostnadskrävande på ett sätt som får en dylik covenant att framstå som mindre attraktiv för såväl borgenär som gäldenär. Man kan vidare ställa sig frågande till hur väl det att utökad övervakning, insyn och *kontraktuell säkerhet* i viss utsträckning ska kompensera för bristande *reell säkerhet* eller kanske till och med återbetalningsförmåga, står i samklang med Bankrörelselagens krav på just sådan återbetalningsförmåga hos gäldenären respektive kravet på betryggande säkerhet.

I och med den flexibilitet och de individualiseringsmöjligheter som covenants erbjuder anser jag trots eventuella invändningar att man kan utgå från att vi kommer att få se ett utökat användande av covenants, i samband med lån där säkerheten är företagsinteckning.

¹³¹ Larsson, J. *Disponeringsbegränsande covenants* 2001 s. 20ff.

6 Avslutande analys

Den största fördelen med ett fungerande kreditväsende kan framför allt sägas vara att det förbilligar tillgången till kredit. En borgenär, vars fordran säkerställts på något vis, tar en betydligt mindre risk i och med att sannolikheten för att krediten faktiskt kommer att bli återbetald därigenom ökar väsentligt. Sålunda minskar risken för att borgenären ska göra en kreditförlust och därmed också dennes behov av att ta betalt för befarade kommande kreditförluster. Enkelt uttryckt kan förhållandet minskad kreditrisk för borgenären i förlängningen sägas ge en minskad kreditkostnad för gäldenären.

I och med förmånsrättsreformen sjunker utdelningen för en borgenär med företagsinteckning från i genomsnitt 45 till 33 %. Tvärt emot vad lagstiftaren anser menar jag att detta kommer få en avsevärd effekt vid kreditgivning. Även om det är svårt att exakt bestämma i vilken utsträckning risken därmed har ökat är det klart att en säkerhet som är värd 27 % mindre än tidigare medför en högre risk för borgenären. Detta kan således antas innebära ökade kreditkostnader för gäldenären. Förmånsrättsreformen genomförs visserligen inte undantagslöst över en dag. Lagstiftaren har infört övergångsbestämmelser som möjliggör för borgenärskollektivet att i viss mån skydda sig från effekterna av reformen. Eftersom dessa övergångsregler i viss utsträckning medger att en borgenär säger upp kreditavtal i förtid och därigenom får sitt ärende prövat enligt det gamla regelsystemet, kan man anta att förändringen i ett inledande skede medför att vi får ett något större antal konkurser än vad som annars skulle ha varit fallet.

På vilket sätt kan man då på sikt anta att kreditgivningen i Sverige kommer att förändras? För borgenär och gäldenär finns det alternativ till att ta betalt/betala för ökad risk. Det är t.ex. möjligt att *minska* risktagandet genom att använda sig av andra säkerhetsåtgärder som komplement till företagsinteckningen. Därigenom kan man komma tillbaka till en ursprunglig risknivå och i och med det, åtminstone i teorin, även till en ursprunglig kreditkostnad. Förvisso är det så att det finns fler aspekter än själva risken som bör beaktas när man söker efter alternativ eller komplement till företagsinteckningen. Framför allt är det möjligheten att ge säkerhet i ett föränderligt egendomskollektiv som inte behöver traderas, som är intressant vad företagsinteckningen anbelangar. Just detta drag hos företagsinteckningen är särskiljande och det kan sägas ge den dess speciella värde som säkerhet. Detta företagsinteckningens karaktärsdrag måste hållas i åtanke - och därvid väga tungt - när man söker minimera risken och finna en säkerhetslösning som i stort sett kan sägas vara i paritet med företagshypoteket. Annars skulle svaret på hur risken ska minimeras uppenbarligen bli enkelt; en mycket god säkerhet kunde borgenären exempelvis skaffa sig genom pant i gäldenärens rörelseegendom.

Inledningsvis kan vi dock bortse från borgenärens möjlighet att kräva ytterligare säkerhet eller liknande och istället koncentrera oss på att *ta betalt för* den ökade risken. En räntehöjning är kanske det mest okomplicerade sättet för borgenären att få kompensation för riskökningen. Det torde vara relativt enkelt att räkna fram hur stor denna höjning skulle behöva vara. Som konstaterats i uppsatsen kan en högre ränta emellertid leda till att gäldenären måste ta större risker för att ha möjlighet att uppnå lönsamhet. Borgenären å sin sida blir då tvungen att återigen höja räntan för att skydda sig. Detta kan leda till att tillgången till kredit i det långa loppet hämmas, vilket inte kan anses vara bra för någon part. Enligt mig kommer därför lösningen, åtminstone i ett första steg, inte handla om ränteförändringar. Däremot kan det finnas andra anledningar för borgenärerna att justera räntan, exempelvis för att få ersättning för ökade övervakningskostnader eller andra liknande kostnader. I dessa fall talar vi dock om mer marginella förändringar vilka inte torde medföra några omfattande, negativa effekter på kreditgivningen.

Som nämnts skulle en klar lösning på säkerhetsfrågan kunna ges genom att borgenären såg till att skaffa sig pant i gäldenärens lösa egendom. Problemet med detta förfaringssätt är dock uppenbart när man ser till sakrättens krav på tradition i dylika fall. Utan tradition är egendomen till ingen nytta för borgenären och detsamma, fast av andra anledningar, gäller för gäldenären om egendomen traderas. Panträttsinstitutet är dock inte utan möjligheter. Eventuell fast egendom hos gäldenären kan tänkas få viss vikt i fortsättningen. Den fasta egendomen behöver av förklarliga skäl inte traderas och gäldenären får behålla rådigheten över den. En välviktad kombination av företagsinteckning och pant i fast egendom tycks inte hindras av några konstruktionstekniska problem och kan därför troligtvis vara en lämplig lösning - i vissa fall. Det största problemet med att gå tillväga på detta sätt (om vi utgår från att det finns fast egendom hos gäldenären som inte redan är intecknad fullt ut) är att gäldenären därmed naggar sin bästa säkerhet i kanten. Detta kan medföra att andra, nödvändiga krediter blir dyrare och/eller svårare att erhålla för gäldenären eftersom dennes säkerhet blivit mindre attraktiv för nästkommande borgenärer. I och med den fasta egendomens prioritet i förmånsrättsordningen torde det nu skisserade problemet ofta också vara reellt. Att lösningen i övrigt kan vara effektiv och lämplig måste således i många fall ställas mot det tyngre vägande behovet av ytterligare kredit.

Enligt min mening är det troligare att vi i flertalet fall får se en annan utveckling framöver. Vad gäller andra säkerheter tänker jag härvid framför allt på möjligheten för borgenärerna att, som komplement till företagsinteckningen, använda sig av leasing och factoring samt eventuellt även säkerhetsöverlåtelse. Vad gör då att dessa säkerhetsformer är att föredra framför andra? Förutom att de i princip garanterar full utdelning i en konkurs, så finns det vissa särskilt positiva drag som dessa tre instrument har gemensamt. För det första är underlaget vid factoring, leasing och säkerhetsöverlåtelse gäldenärens lösa egendom. Detta är intressant på så sätt att säkerheterna egentligen inte inkräktar på någon annan viktig säkerhet än

företagsinteckningen. Ser man gäldenärens tillgång till säkerheter som avgörande för dennes upplåningsmöjligheter, torde de sistnämnda således inte försämrats därmed. För det andra kan man använda sig av endera lösning utan att gäldenären blir tvungen att förlora rådighet över egendom, bortsett då från de kundfordringar som pantsätts vid factoring. Härigenom kommer man nära vad som gäller för företagsinteckningen, fast med en bättre förmånsrätt. Något som dock måste understrykas är att gäldenärens förfogandemöjligheter över egendomen trots allt kommer att vara inskränkt i viss utsträckning i och med att egendomen inte får överlåtas. Härigenom undandras stora delar av den lösa egendomen från möjligheten att fungera som säkerhetsunderlag. För borgenären innebär såväl factoring och leasing som säkerhetsöverlåtelse en tydlig och klar säkerhet vars omfattning är lätt att utvidga om ytterligare säkerhet skulle anses nödvändigt. Vidare är borgenärens behov av övervakning och således kostnaderna för detsamma i dylika fall minimala, vilket torde göra lösningen än mer attraktiv.

Ett annat upplägg som troligtvis kommer att bli allt vanligare är att gäldenären går i personlig borgen för sin rörelse genom en s.k. skötselborgen. I och med skötselborgen vinner borgenärerna två saker. Dels får man en säkerhet som principiellt sett inte påverkas av och är helt frikopplad från huruvida gäldenärens rörelse går bra eller ej. Eventuella oriktiga affärstransaktioner kommer således inte att påverka huruvida borgenärerna kan få tillbaka det som lånats ut eller ej. Dels kan man anta att det personliga ansvaret för rörelsens skulder är en effektiv morot för att gäldenären ska göra sitt yttersta i alla lägen för att verksamheten ska överleva. För borgenärerna är detta intressant såtillvida att gäldenären då har möjlighet att återbetala sina skulder. Ur gäldenärens perspektiv är det framför allt möjligheten att få kredit utan att lämna ifrån sig någon egendom som gör skötselborgen beaktansvärt. De nu nämnda fördelarna gör sammantaget att jag anser det högst troligt att vi får se fler borgensåtaganden framöver.

Att minska risken låter sig dock även göras utan att gäldenären blir tvungen att lämna ytterligare säkerhet. Härvid syftar jag på covenants. Covenant är ingen säkerhet i dess verkliga bemärkelse utan närmast ett sätt för borgenären att hantera och kontrollera gäldenärens beteende och förehavanden genom att binda denne kontraktuellt till vissa önskvärda handlingssätt. För att minska risken för en kreditförlust eller i vart fall söka förekomma ett företagsekonomiskt osunt beteende hos gäldenären, kan borgenären exempelvis genom en finansiell covenant binda kredittagaren att hålla sig inom vissa ekonomiskt riktiga ramar. Bryter gäldenären mot detta resulterar det i skadeståndsskyldighet. Covenants kan sägas vara ett smidigt sätt för en borgenär att få gäldenären att övervaka sig själv å sin kreditgivares vägnar. Med andra ord ombesörjs det ökade övervakningsbehov som kan tänkas följa av en ökad risk, av den som i grund och botten har bäst möjligheter och dessutom kan göra det till lägst kostnad, dvs. gäldenären själv.

Eftersom covenants endast regleras av Avtalslagen är möjligheten att vara kreativ vid dess konstruerande i princip oändlig. Detta innebär att borgenären har ett mycket flexibelt och därigenom knivskarpt verktyg till sitt förfogande vid ingåendet av kreditavtal. Covenants var redan före ikraftträdandet av FIL vanligt förekommande vid kreditgivning men det är min uppfattning att dess roll lär bli än mer framträdande framöver. Detta är även något som torde glädja lagstiftaren eftersom dennes intentioner med förmånsrättsreformen av olika skäl bland annat varit att få borgenärerna att vara mer aktiva. En mer omfattande användning av covenants måste många gånger anses vara ett steg i den riktningen.

Kreditavtalet innehåller dock mer än covenants. Bland annat regleras förhoppningsvis däri när en kredit förfaller och därmed antingen ska betalas eller förlängas. Detta läge är kritiskt för såväl borgenär som gäldenär eftersom det många gånger är först då som brister i kassan upptäcks. För att minska risken för obehagliga överraskningar, är det lämpligt för borgenären att tillse att tiden mellan kreditens utfärdande och den kritiska tidpunkten inte blir alltför lång. På så sätt kan en annalkande konkurs förhoppningsvis i större utsträckning förutses, med följderna att en kredit inte förlängs och därmed heller ej riskeras. Kortare prolongationer av krediter innebär indirekt en utökad övervakning av gäldenären vilket redan ovan konstaterats vara eftersträvansvärt för borgenärerna.

Gäldenärens återbetalningsförmåga är, i vart fall inom det svenska bankväsendet, avgörande för huruvida kredit ska utsträckas eller ej. Denna påverkas inte på ett direkt sätt av förmånsrättsreformen, även om eventuellt förhöjda kreditkostnader till följd av densamma indirekt skulle påverka. En kreditprövning var redan före lagändringarna 1 januari 2004 individuell och denna individualiserade prövning av gäldenärens återbetalningsförmåga kommer att fortgå. Däremot kan påstås att borgenärerna kommer att lägga än större vikt vid att gäldenärens ekonomi är god och att livskraftiga företag med god finansiell ställning och kassaflöde därmed i större utsträckning kommer att prioriteras vid kreditgivning. Samtidigt ska man hålla i åtanke att borgenärerna kommer att ha samma önskan nu som förr att göra vinst. För att uppnå detta måste verksamhet bedrivas, annars kan ingen vinst genereras. Detta talar starkt för att vi ändå inte kommer att få se en mer selektiv kreditgivning, baserad på företag med särskilt stark finansiell ställning och kassaflöde. Eftersom gäldenärernas återbetalningsförmåga generellt sett inte har försämrats är det troligare att vi istället får se en mer defensiv kreditgivning, i det avseendet att kreativiteten och ansträngningarna att hitta en lämplig säkerhetslösning i det enskilda fallet kommer att öka, snarare än att färre gäldenärer får chans att låna pengar. För bankernas del förstärks denna slutsats ytterligare i och med Bankrörelselagens krav på betryggande säkerhet vid kreditgivning. De möjligheter att uppnå en betryggande säkerhet som enligt mig framstår som lämpligast och därmed troligast att vi får se en utökad användning av har redovisats ovan. Med tanke på de stora variationsmöjligheter som därvid erbjuds måste förutsättningarna för borgenärer och gäldenärer att undvika

höjda kreditkostnader och/eller en försämrad kredittillgång i och med förmånsrättsreformen anses vara goda.

Ur lagstiftarens perspektiv för borgenärernas strävan efter betryggande säkerhet med sig en effekt som måste anses som särskilt negativ och det är den påverkan detta har på de oprioriterade borgenärernas utdelning. I takt med att företagsinteckningsborgenärerna flyttar fram sina positioner, så minskar sannolikheten för utdelning till oprioriterade borgenärerna. Lagstiftaren hade hoppats på en ökning från 3 till 10 % utdelning för dessa, men en dylik utvidgning tycks alltså dessvärre inte uppnås genom den nu genomförda reformen. Man kan ställa sig tveksam till om det över huvud taget är möjligt att komma ifrån att borgenärer som har möjlighet därtill, alltid kommer att söka finna metoder att skydda sina fordringar, på bekostnad av de svagare kreditgivarna.

På den positiva sidan kan anmärkas att rekonstruktionsförfaranden troligtvis kommer underlättas oavsett på vilket sätt företagsinteckningsborgenärernas beteende förändras. Detta eftersom inteckningen hursomhelst kommer vara en stor del av säkerhetsunderlaget. Förändringen medför, i och med den allmänna förmånsrätten och kvotdelen, att borgenärernas intresse går från att ha varit i stort sett uteslutande enskilt, till att snarare vara kollektivt. Förutsättningarna för att lyckas uppnå konsensus kring en rekonstruktionsplan torde därmed ha förbättrats.

Källor

OFFENTLIGT TRYCK

Offentliga utredningar

SOU 1999:1

SOU 2000:66

Nya förmånsrättsregler

Slutbetänkande från Banklagskommittén

Propositioner

Prop. 1983/84:128

Prop. 2002/03:49

Förslag till lag om företagshypotek

Nya förmånsrättsregler

Utskottsbetänkanden

2002/03:LU17

Nya förmånsrättsregler

Direktiv

Dir. 1995:163

Förmånsrätt vid konkurs m.m.

LITTERATUR

Gregow, Torkel

Utsökningsrätt 3 uppl. (Norstedts Juridik)

Stockholm, 1996

Håstad, Torgny

Sakrätt avseende lös egendom 6 uppl. (Norstedts

Juridik) Stockholm, 1997

Ingvarsson, Torbjörn

Borgensliknande säkerhetsrätter (Norstedts

Juridik) Stockholm, 2000

Kjellström, Anders

Marknadsekonomins rättsliga reglering

(Studentlitteratur) Lund, 2000

Larsson, Jens

Disponeringsbegränsande covenants

Examensuppsats Lund, 2001

Martinsson, Claes

Kreditsäkerhet i fakturafordringar – en

förmögenhetsrättslig studie (Iustus förlag)

Uppsala, 2002

Myrdal, Staffan

Borgenärsskyddet (Norstedts Juridik)

Stockholm, 2002

Rune, Christer

Dahlgren, Rolf

Företagshypotek m.m. – En lagkommentar

2 uppl. (Norstedts Juridik) Stockholm, 1996

- Sandgren, Helene *Underläge för företagshypoteket*
Examensuppsats Lund, 1998
- Walin, Gösta
Rydin, Bengt
Kihlgren, Tuula *Förmånsrättslag, lönegaranti, kvittning mot lön*
m.m. 4 uppl. (Norstedts Juridik) Stockholm, 1995
- Walin, Gösta *Om företagshypotek* (Norstedts Juridik)
Stockholm, 1995
- Walin, Gösta *Borgen och tredjemanspant* 2 uppl. (Norstedts
Juridik) Stockholm 1996
- Walin, Gösta *Panträtt* 2 uppl. (Norstedts Juridik)
Stockholm, 1998
- Welamsson, Lars *Konkurs* 9 uppl. (Norstedts Juridik)
Stockholm, 1997

ARTIKLAR

- Björk, Torben *Om factoring* SvJT 1983 s. 325-370

INTERVJU

Intervju 2004-01-14 med Jens Johansson, kundansvarig företag, Skånes
Provinsbank i Malmö.

Intervju 2004-01-09 med Marina Forsell, kreditavdelningen vid Svenska
Handelsbankens huvudkontor i Stockholm.

RÄTTFALLSFÖRTECKNING

- NJA 1971 s. 417
 NJA 1982 s. 900
 NJA 1983 s. 103
 NJA 1989 s. 705 I & II
 NJA 1991 s. 550
 NJA 1999 s. 408

ÖVRIGT

Åke Carlsson vid Domstolsverket, statistikuppgifter (tabell s. 27).

Statistikuppgifter från Statistiska Centralbyrån via internet 2004-04-01
(http://www.scb.se/templates/tableOrChart____36557.asp) (tabell s. 28).

Sydsvenska Dagbladet, lördag 3 januari 2004, del A sid. 14.