



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Karl Sjölander

Separationsrätt till medel avseende fondkommission

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Lars Gorton

Ämnesområde
Sakrätt/Förmögenhetsrätt

Termin
HT 05

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	4
1 INLEDNING	5
1.1 Presentation av ämnet	5
1.2 Problemformulering och syfte	8
1.3 Avgränsning och metod	9
1.4 Disposition	10
2 FONDKOMMISSION	12
2.1 Utgångspunkt	12
2.2 Kommissionslagen	13
2.3 Kommissionsavtalet	15
2.4 Lag om värdepappersrörelse	16
3 SEPARATIONSRÄTT	21
3.1 Utgångspunkt – individuellt bestämd egendom	21
3.2 Särskilt vid egendom utan individuell särprägel	27
4 INSÄTTNING HOS FONDKOMMISSIONÄR	29
4.1 Allmänt	29
4.2 Klassificeringsfrågan	29
5 REDOVISNINGSLAGEN	33
5.1 Utgångspunkt	33
5.2 Mottagna för annan	34
5.3 Redovisningsskyldighet	36
5.4 Avskiljande	37
5.5 Dröjsmål	39
5.6 Omedelbart tillgängliga medel	40

5.7	Samäganderätt till medel	42
5.8	Sammanblandning med fondkommissionärens medel	43
6	DIREKTIV OM STÄLLANDE AV FINANSIELL SÄKERHET	47
6.1	Allmänna utgångspunkter	47
6.2	Säkerhetsöverlåtelser	47
6.3	Betydelsen för kommittentens separationsrätt till medel	49
7	STATLIG INSÄTTNINGSGARANTI	51
7.1	Om garantins funktion	51
8	AVSLUTANDE KOMMENTARER	52
8.1	Kommittentens skydd	52
8.2	Något om särskilda problem	52
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	57
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	60

Sammanfattning

När en affär på kapitalmarknaden skall genomföras är det i regel inte kostnadseffektivt att köpare och säljare tar direktkontakt med varandra. Undantag finns givetvis om kontrahenterna känner varandra och sluter avtal utanför börsen, något som är vanligare i mindre icke noterade aktiebolag. Istället anlitas en eller flera mellanhänder som förmedlar kontakten och tillser att affären går korrekt till och att parternas prestationer utväxlas på ett säkert sätt. En sådan mellanhand är de svenska fondkommissionärerna. Om kommittenten önskar genomföra affärer på kapitalmarknaden måste han i regel dessförinnan överföra medel till fondkommissionären. Detta är huvudfallet även om finansiering givetvis kan ske genom att fondkommissionären lämnar kommittenten en kredit. Överföringen av medel kan även förstås som kontobaserad transferering. Numera är detta det vanligaste sättet att flytta över värden mellan två parter och följer av utvecklingen mot dematerialisering av såväl värdepapper som pengar. Som rättsordningen nu är utformad innebär det i regel ett visst risktagande att överföra egendom i annans besittning. Om fondkommissionären försätts i konkurs efter det att han mottagit medel från kommittenten gäller det för kommittenten att hans anspråk är sakrättsligt skyddat. Om detta skydd inträtt har kommittenten en rättighet att utfå egendomen före fondkommissionärens övriga borgenärer. Denna rättighet, att separera viss egendom med äganderätt, har i den juridiska doktrinen namngetts som separationsrätt. Fråga uppkommer då hur det sakrättsliga skyddet etableras och upprätthålls, finns inget sådant är sannolikheten mycket stor att kommittenten kommer att förlora de pengar som överförts till fondkommissionären. För att lindra en sådan effekt finns nu regler om ersättning genom den statliga insättningsgarantin. Skyddet gäller för insättare, både som företag och som privatpersoner, upp till maxbeloppet om 250.000 kr. Detta gäller inte för banker och värdepappersbolag som själva meddelats tillstånd att ta emot kunders medel. Sakrättsligt sett har dessa regler ingen relevans utan kan i vårt fall istället ses som en typ av

försäkring som skyddar kommittenten om insättningen går förlorad i fondkommissionärens konkurs.

Som utgångspunkt har man med stöd av sin äganderätt rättigheten att utfå egendom som annan har i besittning. I vissa fall är det dock svårt att fastställa vad äganderätten innefattar. Så är exempelvis fallet med värde -, eller mängdbestämd egendom. För sådan egendom gör sig ytterligare hänsyn gällande för hur sakrättsligt skydd etableras. Allmänt sett gynnas omsättningen i samhället av att den som besitter viss egendom också antas vara ägare till denna. Eftersom det med stigande omsättning följer välståndökning måste det ses som centralt att ge goda förutsättningar för handel. Här uppkommer även kollision mellan intresset för omsättning och intresset att skydda den enskilde. Att lösa konflikter mellan dessa båda intressen samt att öka förutsägbarheten på marknaden är en av sakrättens viktigaste uppgifter.

När det gäller den insättning kommittenten gör hos fondkommissionären kan denna klassificeras på olika sätt beroende på vad som är avsikten med denna. Det torde sällan vara fråga om betalning för utförd prestation. I stället handlar det om att kommittenten antingen lämnar fondkommissionären en försträckning eller att han deponerar pengar som redovisningsmedel hos fondkommissionären. I det förra fallet övergår äganderätten av pengarna och fondkommissionären får i princip förfara som han vill med dem. När det däremot gäller redovisningsmedel har fondkommissionären inte alls samma rättigheter och redovisningsmedel måste i princip behandlas som ett främmande värde vilket inte får sättas i fara. I de flesta fall regleras denna fråga i kommissionsavtalet men i frånvaron av en sådan överenskommelse måste andra bedömningskriterier finnas för att avgöra hur dispositionen skall förstås. Förslag på sådana kriterier är exempelvis huruvida fondkommissionären har returrätt vid genomförda affärer för kommittentens räkning och om han har ett resultatintresse i kommittentens verksamhet. Frågan är av avgörande betydelse eftersom sakrättsligt skydd inte etableras vid inlåning medan så kan vara fallet om insättningen avser

redovisningsmedel. Regler om hur sakrättsligt skydd etableras till medel och annan fungibel egendom finns i redovisningslagen (1944:181) (RedL). Lagen uppställer relativt långtgående krav för att sakrättsligt skydd skall etableras och upprätthållas varför det för vissa speciella situationer utvecklats principer i rättspraxis som gjort tillämpningen av sakrätten något mer elastisk till sin natur.

Under senare år har harmonisering av lagstiftningen pågått inom EU. I enlighet härmed utkom år 2002 ett direktiv om ställande av finansiell säkerhet. Direktivet syftar till att öka säkerheten och förutsägbarheten vid hantering av finansiella säkerheter. Fråga uppkommer om exempelvis en insättning kan ses som ett sätt att säkerställa att fondkommissionären får betalt när avtal ingåtts med tredje man för kommittentens räkning. Enligt direktivet skall säkerhetstagaren kunna förfoga över ställd säkerhet utan att sämre skydd erhålls. Men gäller detta även för säkerhetsställaren, i vårt fall kommittenten. Om exempelvis insättningen användes i fondkommissionärens rörelse var det före direktivets tillkomst klart att separationsrätt inte var aktuellt avseende sådana medel. Om denna princip förändrats är inte klart och får avgöras i framtida rättsliga prövningar. Klart är i vart fall att om kommittenten även skulle åtnjuta sakrättsligt skydd till sådana medel omkullkastats en stor del av de sakrättsliga principer som sedan länge funnits i svensk rätt.

Förord

Redan under juristlinjens tredje termin då jag för första gången bekantade mig med sakrättsliga spörsmål funderade jag på vad som skulle hända med de pengar människor ”har” hos svenska fondkommissionärer om någon av dessa skulle bli föremål för konkurs. Under min sista studietid på juridisk fakultet valde jag så att försöka bringa klarhet i frågan. Resultatet av dessa ansträngningar är denna uppsats.

Jag vill tacka min handledare professor Lars Gorton för värdefulla synpunkter under skrivandeprocessen. Även min familj, sambo och mina vänner har varit ett stort stöd under denna tid. Tack även till Er.

Mina tankar går även till min vän Magnus Collvik som för en tid sedan lämnade oss. Du har varit den bästa vän man kan tänka sig och du kommer för alltid att finnas i mitt hjärta. Någon gång ses vi igen min vän.

Uppsatsen sätter punkt för mina studier på juristlinjen. Jag ser tillbaka på en mycket givande tid vid de juridiska fakulteterna i Uppsala och Lund.

1 Inledning

1.1 Presentation av ämnet

När en affär skall genomföras på kapitalmarknaden är uteslutande någon typ av mellanhand, *intermediär*, inblandad för att underlätta transaktionen. Bankerna kan anses utgöra navet i det finansiella systemet och tillhandahåller bland annat handel med finansiella instrument för annans räkning i eget namn (kommission). En annan typ av intermediär är fondkommissionärerna som sedan länge verkat på den svenska kapitalmarknaden. Tidigare reglerades dessa bolags verksamhet främst av fondkommissionslagen (1979:748) men ersattes i början av nittioalet av lag (1991:981) om värdepappersrörelse (LVR). Regler om finansieringsrörelse finns i lag (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse (LFR). Fondkommissionärer vilka erhållit tillstånd av Finansinspektionen för att bedriva finansieringsverksamhet kallas kreditmarknadsföretag (1:5 p. 11 LFR). Undantag från tillståndsplikten finns bl.a. om bolaget klassificeras som ett värdepappersbolag (2:3 p. 3 LFR). Fondkommissionärer är i regel att uppfatta som värdepappersbolag om de erhållit tillstånd att bedriva värdepappersrörelse (1:2 p. 2 LVR). Annan central reglering på området är lag (1914:45) om kommission (KomL) samt lag (1944:181) om redovisningsmedel (RedL).

Internet har inneburit nya möjligheter för kunder¹ att handla med finansiella instrument och de senaste tio åren har vissa fondkommissionärer kommit att nischas sig alltmer på denna typ av handel. Internet innebär en ny distributionskanal för befintliga tjänster men har även bidragit till att nya tjänster utvecklats.² Det är svårt att peka ut någon entydig förklaring till varför de fondkommissionärer vilka erbjuder sina kunder värdepappershandel över Internet blivit så framgångsrika. Klart är i vart fall att sättet att handla innebär förenklingar på flera sätt jämfört med mer

¹ Fortsättningsvis används kommittent.

² Johansson, s. 131.

traditionell handel. Dessutom är provisionsavgifterna, ”courtaget”, som utgår vid genomförda transaktioner genomgående lägre än hos exempelvis banker i allmänhet. Särskilt för personer som handlar mer frekvent kan transaktionskostnadsaspekten vara avgörande då beslut fattas att ingå avtal om att öppna depå och insätta medel hos fondkommissionären. Även tillgänglighetsaspekten kan förklara varför människor i större utsträckning använder sig av fondkommissionärer vilka erbjuder handel över Internet. Att kunna logga in sig dygnet runt från vilken dator som helst och exempelvis lägga order, arbeta med olika analysprogram eller läsa bolagsrapporter är exempel på tjänster som ökar tillgängligheten till marknaden som helhet. De mer traditionella bankerna har dock under senare år utvecklat liknande tjänster och branschen kännetecknas av hård konkurrens. De sakrättsliga principer och regler som beskrivs i förevarande uppsats är allmänt sett tillämpliga även på banker vilka i egen regi eller via annat bolag erbjuder kommissionshandel över Internet.

Det torde kunna antas – med risk för att vara något överoptimistisk – att värdepappershandlare i allmänhet är relativt välinformerade om de bolag vars aktier man handlar med. Men vad gäller beträffande pengar som finns hos fondkommissionären om denne skulle försättas i konkurs? Vad har kommissionsavtalet för betydelse för frågan om hur sakrättsligt skydd uppkommer till insättningen? Hur kan kommittenten skydda sina intressen? Något tillspetsat kan allt detta förstås som: Riskeras de medel som insatts hos fondkommissionären – inte bara genom misslyckade investeringar på värdepappersmarknaden – utan även genom att fondkommissionären skulle försättas i konkurs? Sannolikheten att någon av de svenska fondkommissionärerna skulle bli föremål för exekution måste dock anses vara liten. Hittills har bara en svensk fondkommissionär försatts i konkurs.³

³ Uppgifter från Fondhandlareföreningen den 9/12-05 och konkursen avsåg Orion Fondkommissions AB. Ackordcentralen i Göteborg var förvaltare och det bör sägas i sammanhanget att Orion Fondkommission var ett relativt litet bolag och få kunder led ekonomisk skada i konkursen.

Samhällsekonomiskt har det finansiella systemet syftet att omfördela risk och sparande samt att förmedla betalningar.⁴ Eftersom fler människor fått praktisk tillgång till värdepappersmarknaden ökar likviditeten. En hög likviditet på marknaden innebär dels att skillnaden mellan köp-, och säljkurs minskar (minskad spread) och dels att handelsvolymerna ökar. Detta sammantaget torde i någon mån bidra till en minskning av den ackumulerade marknadsrisken. Med ett ökat antal kommittenter som använder sig av en eller flera fondkommissionärer ökar också allmänintresset att dessa skall hålla sig solventa.

Om konkurs skulle inträffa kommer vissa borgenärsanspråk aldrig att infrias. Varför det förhåller sig så beror på att konkursgäldenären vid en insolvenssituation inte kan betala sina skulder allteftersom de förfaller. Att inte kunna betala sina skulder innebär just att vissa anspråk inte kan uppfyllas. En borgenär kan, om vissa speciella omständigheter är för handen, ha separationsrätt till egendom som finns hos gäldenären. Innebörden av denna rätt är att egendomen inte skall ingå i exekutionsunderlaget utan istället tillfalla den sakrättsligt skyddade borgenären. Rättigheten att få ut egendom innan det att medelsfördelning sker till övriga borgenärer brukar benämnas ”separationsrätt”. Om separationsrätt skulle saknas innebär inte detta nödvändigtvis att dennes anspråk i slutändan inte blir tillgodosett. Istället kommer anspråket att bedömas enligt reglerna i förmånsrättslagen (1970:979).⁵ Motstående intressen mellan borgenärer vilka i regel inte har någon avtalsrelation med varandra, löses genom att anspråken rangordnas enligt den prioritetsordning som uppställs i förmånsrättslagen. I en sådan situation är det mycket osäkert om kommittenten överhuvudtaget får någon del av sitt anspråk tillgodosett. Risken är i denna situation stor att kommittenten förlorar de pengar han har inestående hos fondkommissionären. Separationsrätt till aktier är betydligt mindre komplicerad eftersom dessa särskiljs genom registrering hos VPC.

⁴ Prop 2002/03:139, s. 157.

⁵ Omfattande ändringar har gjorts i förmånsrättslagen genom lag (2003:535). Förändringarna innebär bland annat att förmånsrätten för skatter, allmänna avgifter, för hyra och arrende avskaffades samtidigt som företagshypotek ersattes av företagsinteckning som numera medför allmän förmånsrätt.

Dessutom uppställs i KomL regler om att förvärvat kommissionsgods direkt övergår till kommittenten (53 § KomL). I förevarande uppsats är det dock kommittentens sakrättsliga skydd till *medel* som diskuteras.

De svenska sakrättsliga reglerna har utvecklats under en relativt lång tid. Under senare år har alltfler rättsregler kommit från EU:s olika normgivande organ. Direktivet om ställande av finansiell säkerhet⁶ är numera en del av den svenska rätten. Det är dock behäftat med betydande osäkerhet att säkert fastslå detta direktivs konsekvenser för den svenska sakrätten. Något om detta kommer dock att diskuteras i förevarande uppsats.

1.2 Problemformulering och syfte

I denna uppsats avser jag att utreda vad som krävs för att en kommittent som har medel inestående hos en fondkommissionär, skall vara sakrättsligt skyddad om fondkommissionären skulle försättas i konkurs. Sakrättsligt skydd är inget entydigt begrepp men används i denna uppsats i betydelsen skydd mot konkursgäldenärens övriga borgenärer. Genom att sakrättsligt skydd etableras får rättighetshavaren undandra egendom från att ingå i konkursen. Rättigheten att separera egendom – separationsrätt – kan därför sägas ge innehavaren en starkare ställning än övriga borgenärer med varierande förmånsrätter till egendom i konkursgäldenärens besittning. För att förtydliga vad kommittentens sakrättsliga skydd mot övriga borgenärer kan innebära tänker vi oss följande exempel:

- Fondkommissionär X upptar ett blacolån av bank Y för att finansiera ett inköp av ett nytt datorsystem.
- Datorsystemet köps in på kredit från leverantör Z (utan äganderättsförbehåll eller dylikt).

⁶ 2002/47/EG – Om ställande av finansiell säkerhet.

- Utöver detta har Fondkommissionären dessutom från en kommittenten mottagit redovisningsmedel och förfarit med dessa enligt RedL.

Efter att ha genomfört dessa affärer går så fondkommissionären i konkurs. Nu finns således anspråk från tre olika borgenärer vilka sinsemellan är oförenliga. Eftersom kommittentens anspråk är sakrättsligt skyddat – då vi antog att RedL:s förutsättningar uppfyllts – tillåts han undanta (separera) redovisningsmedlen och kommer alltså att inte att lida någon ekonomisk skada trots att fondkommissionären försatts i konkurs. Detta företräde till medlen är följderna av det sakrättsliga skyddet. Som vi ser är det alltså av största vikt för kommittenten att hans insättning vid konkursutbrottet är skyddad från att dras in i konkursen.

Uppsatsens huvudsakliga syfte är inte bara att diskutera gällande rätt på området. Jag kommer också att ta upp några särskilda problem och se om några förändringar av rättsreglerna är motiverade. Vidare beskrivs också regleringen avseende statlig insättningsgaranti. Detta eftersom insättningsgarantin är central inte bara för allmänhetens förtroende för marknaden utan även därför att vissa insättningar garanteras av insättningsgarantinämnden. Trots att kommittenten inte fått separera insättningen kommer han alltså enligt dessa regler att bli ekonomiskt kompenserad från insättningsgarantinämnden. Detta endast upp till maxbeloppet 250.000 kr.

1.3 Avgränsning och metod

Uppsatsen kommer att behandla den sakrättsliga problematiken då *medel*⁷ finns inestående hos en fondkommissionär vilken blir försatt i konkurs.

⁷ I denna uppsats används genomgående separationsrätt till *medel*. Numera torde vanligtvis inte medel insättas hos fondkommissionären i fysisk form utan istället genom elektronisk transferering. När mottagarkonto krediterats uppstår således en fordran på den som disponerar över kontots behållning. Trots denna utveckling avseende former att överföra egendom är flertalet av de sakrättsliga reglerna och principerna alljämt relevanta för att

Med denna avgränsning kommer exempelvis inte frågan om separationsrätt till aktier, derivat och övriga tänkbara innehav att behandlas.

Den rättsdogmatiska metoden kommer att användas vilket innebär att uppsatsens frågeställning diskuteras utifrån lagar, förarbeten, rättspraxis och rättsvetenskaplig litteratur.

1.4 Disposition

Kapitel två ger en bakgrund till fondkommissionärernas verksamhet samt för denna verksamhet relevant lagstiftning. Särskilt riktas uppmärksamheten mot bestämmelser som på något sätt reglerar kommittentens sakrättsliga ställning beträffande överförda medel. Utöver detta beskrivs kortfattat något om kommissionsavtalet och dess betydelse i sakrättsligt avseende.

I kapitel tre förklaras begreppet separationsrätt samt särskilda problem när anspråket avser egendom där individualitetskravet svårligen kan upprätthållas. Vidare diskuteras i kapitlet vilka olika intressen som gör sig gällande för frågan om sakrättsligt skydd i förhållande till motpartens borgenärer.

Kapitel fyra tar främst upp frågan om hur de medel som transfereras till fondkommissionären skall klassificeras rättsligt sett.

I uppsatsens femte kapitel finns en relativt utförlig text om RedL:s olika förutsättningar för att sakrättsligt skydd skall etableras samt vilken betydelse exempelvis sammanblandning av kommittentens och fondkommissionärens medel får.

beskriva gällande rätt. Argumentationen kring en ”mängd” pengar kan alltså tillämpas trots att pengarna fysiskt aldrig överförs utan istället överlämnats till en tredje man för mottagarens räkning (ex. bank). Jämför Hessler, s. 477.

Sjätte kapitlet behandlar säkerhetsdirektivet samt eventuella sakrättsliga effekter detta kan medföra beträffande kommittentens sakrättsliga skydd till insättningar hos fondkommissionären.

Sjunde kapitlet beskriver den statliga insättningsgarantin vilken kan förstås som ett sorts försäkringsskydd som inträder om inte separationsrätt till medlen erhålls.

Slutligen ämnar jag i uppsatsen åttonde kapitel sammanfatta vad en kommittent generellt bör tänka på avseende sakrätt till medel som insätts hos en fondkommissionär. Vidare kommer vissa ändringar i RedL att föreslås.

2 Fondkommission

2.1 Utgångspunkt

Varför mellanhänder överhuvudtaget behövs när affärer på kapitalmarknaden skall genomföras kan förklaras utifrån klassisk transaktionskostnadslogik. Det medför helt enkelt lägre kostnader för parterna att använda sig av en eller flera mellanhänder än att genomföra affären på egen hand. Detta eftersom det – i avsaknad av finansiella mellanhänder – medför stora kostnader att hitta en medkontrahent (kontaktkostnader), upprätta avtal med denne (kostnader för kontrakt) samt kostnader för att kontrollera att medkontrahenten fullgör sina åligganden enligt avtalet (kontrollkostnader). När det gäller värdepapper som omsätts på Stockholmsbörsen måste alla handlare vara auktoriserade av OMX AB vilket i praktiken innebär en monopolistisk situation där de enskilda kunderna har att använda sig av en auktoriserad borsmedlem för att genomföra transaktionen.

Den verksamhet som fondkommissionärerna bedriver påverkas av ett flertal olika rättsliga regler. Nedan följer ett urval av bestämmelser som har betydelse för fondkommissionärernas verksamhet. Syftet med detta avsnitt är att orientera läsaren i vissa relevanta regler på området och då särskilt bestämmelser som tillmäts sakrättslig betydelse. I avsnittet om kommission används begreppet ”kommissionär” eftersom lagen är tillämplig, inte bara på fondkommissionärer, utan på alla kommissionsförhållanden. Nyligen utkom ett förslag till nya regler som särskilt tar sikte på förhållandet vid fondkommission.⁸

⁸ Se SOU 2005:120 – Fondkommission och en ny kommissionslag. Såvitt jag kan utläsa innebär inte förslaget någon förändring av rättsläget när det gäller separationsrätt till medel hos fondkommissionär utan innehåller istället i huvudsak obligationsrättsliga regler där avsikten är att förstärka konsumentens rättigheter.

2.2 Kommissionslagen

Kommissionär är enligt 4:1 Lag (1914:45) om kommission (KomL) den som åtagit sig att för annans räkning men i eget namn försälja eller inköpa varor, värdepapper eller annan lös egendom. Enligt detta stadgande görs alltså en uppdelning mellan vad som brukar benämnas som inköpskommission respektive försäljningskommission. Det som skiljer kommissionsförhållandet från ett vanligt fullmaktsförhållande är att kommissionären rättshandlar *i eget namn* men för annans räkning vilket i regel innebär att det är kommissionären själv som är motpart gentemot tredjeman. Den för vars räkning kommissionären rättshandlar kallas kommittent (4 § st. 1 p. 2 KomL). I regel behöver inte kommittenten röja sin identitet. Undantag från denna anonymitetsrätt finns då kommittenten övertar kommissionärens krav, exempelvis vid dröjsmål från tredje man eller då kommissionären brister i sin redovisningsplikt eller annars handlar oredligt.⁹ I dessa fall måste givetvis inblandade sakägare få veta vilka som ingår i affärskonstellationen för att kunna vidta erforderliga åtgärder. Eftersom kommissionärer i allmänhet är bokföringsskyldiga enligt 2:1-7 § § Bokföringslagen (1999:1078) kan förhållandet även beskrivas som handelskommission då lämnade uppdrag från kommittentens sida i regel är av sådan art att de faller inom kommissionärens rörelse (2 § KomL). Övriga fall av kommission kallas civil kommission.¹⁰ Att mellanhavandet rör kommission medför komplikationer i vissa avseenden, exempelvis när det rör sak-, och processrättsliga förhållanden.

Kommissionären har rätt att självinträda som köpare eller säljare istället för att gå vägen via marknaden (40 § KomL). Om självinträde skett skall detta enligt 41 § KomL anges i meddelandet om uppdragets utförande (vanligen i avräkningsnotan för transaktionen). Något som är viktigt att uppmärksamma är att reglerna i KomL i huvudsak (med undantag för 41, 42 och 44 § §) är dispositiva (1 § KomL). Viss tvingande reglering till förmån för

⁹ Dotevall & Tiberg, s. 96.

¹⁰ Zackariasson, s. 3.

kommissionären finns även intagna i KomL. Resultatet av att lagen i huvudsak är dispositiv är att ett med laga verkan upprättat kommissionsavtal kommer att reglera parternas mellanhavanden. Där en viss fråga inte reglerats mellan parterna träder KomL:s dispositiva regler in och kompletterar avtalet. För att de försäljningar respektive inköp sysslomannen företar skall anses vara gjorda i kommission krävs att de vidtagits ”för annans räkning”. Det räcker inte såsom exempelvis kommissionslagskommittén framfört att förhållandet kallas kommission. En prövning måste företas i varje enskilt fall för att fastställa om det handlar om kommission eller inte.¹¹

Men, kan man med rätta fråga sig, vad har det för sakrättsligt verkan att förhållandet mellan parterna klassificeras som kommission? En uppenbar konsekvens är att KomL blir direkt tillämplig och därmed inträder även ett sakrättsligt skydd för kommittenten beträffande *goods* som överlämnat till kommissionären för försäljning samt *goods* som kommissionären förvärvat (53 § KomL). Det är möjligt att detta stadgande ex analogia skulle kunna utsträckas till att även omfatta sakrättsligt skydd beträffande medel.¹² Det kan dock tyckas något märkligt att tillämpa KomL även beträffande medel när det explicit stadgas om *goods* och det dessutom finns lagstiftning i RedL som direkt avser medel (och i princip annan fungibel egendom). Lagen tar dock bara sikte på redovisningsmedel varför exempelvis inlåningsmedel inte omfattas. Genom att förhållandet utgör kommission utesluts också möjligheten att det skulle röra sig om ett köp i fast räkning. Vid ett sådant krävs som regel tradition, besittningsövergång, av det *goods* avtalet avser för att sakrättsligt skydd skall etableras. Detta i enlighet med den i svensk rätt etablerade traditionsprincipen. Ändamålet med denna princip är att parterna skall tvingas att utåt sett manifesteras köpet för att minska risken för det övriga borgenärskollektivet. Om en kommittent avtalar om ett fast pris med kommissionären – denne tar alltså över risken för vidare kursutveckling – föreligger köp i fast räkning. Detta torde vara mycket ovanligt på dagens

¹¹ SOU 1988:63, s. 49.

¹² Se diskussionen härom i Håstad, s. 158.

marknader. I dessa fall har alltså inte kommittenten sakrättsligt skydd till köpeskillingen förrän denna traderats till honom. Detta gäller förmodligen oavsett att ett kommissionsavtal finns i grunden. Om däremot egendom säljs i kommission finns separationsrätt dels till fordringen mot tredje man (57 § st. 2 KomL) och dels till medel vilka inlutit hos fondkommissionären, förutsatt att RedL:s rekvisit härför uppfyllts.

En ytterligare följd av att det är fråga om kommission är att tredje man enligt huvudregeln saknar kravrätt mot kommittenten (st. 1 56 § KomL). Diskussion har förts huruvida denna avsaknad av kravrätt endast gäller individuellt bestämt gods eller även omfattar generiskt bestämt gods.¹³ Detta synes märkligt men är ingenting jag avser att fördjupa mig inom i förevarande framställning.

Åsikterna om vilka faktorer som skall tillmätas störst betydelse för frågan om förhållandet skall anses utgöra kommission har gått isär i rättskällorna. Diskussionen handlar egentligen om distinktionen mellan kommission och köp i fast räkning. Kommissionslagskommittén ansåg att det avgörande kriteriet för frågan är huruvida kommissionären har *returrätt* till godset eller inte. En annan viktig faktor för denna fråga är huruvida kommissionären har ett *resultatintresse* i kommittentens förehavanden.¹⁴

I de fall som avses i denna uppsats måste förhållandet vara att klassificera såsom kommission eftersom – förutom att parterna namnger förhållandet såsom kommission i ingånget avtal – returrätten för kommissionären gäller och direkt resultatintresse i kommittentens verksamhet saknas.

2.3 Kommissionsavtalet

Kommissionsavtalet är det avtal som upprättas mellan kommissionären och kommittenten om att den förra skall rättshandla för den senares räkning.

¹³ Zackariasson, s. 110.

¹⁴ SOU 1988:63, s. 51.

Genom detta avtal grundläggs alltså förhållandet mellan uppdragsgivare och uppdragstagare.¹⁵ Kommissionsavtalet är att skilja från det avtal kommissionären ingår med tredje man vilket brukar benämnas kommissionärsavtalet.¹⁶ Kommissionsavtalet reglerar det inre förhållandet mellan kommissionären och kommittenten, det vill säga vad uppdraget är tänkt att omfatta. För sysslomannaavtal i allmänhet – varav kommissionsavtalet är exempel på ett sådant – gäller inga speciella formkrav vid avtalets ingående och att allmänna avtalsprinciper gäller för förhållandet.¹⁷

Avtalsinnehållet har i regel betydelse för frågan om kommittentens sakrättsliga ställning i förhållande till överförda medel. Detta eftersom kommissionsavtalet i regel reglerar frågan huruvida tillhandahållna medel är inlånings-, eller redovisningsmedel. Detta kommer att utvecklas senare i uppsatsen.

2.4 Lag om värdepappersrörelse

Rörelseregler för värdepappersbolagen finns i lag (1991:981) om värdepappersrörelse (LVR). Denna lag saknar civilrättsliga regler och syftar framförallt till offentlig kontroll av värdepappersbolagen. Ett svenskt aktiebolag som fått tillstånd av Finansinspektionen får enligt 1:3 LVR bedriva värdepappersrörelse. Tillstånd kan även lämnas för handel med finansiella instrument för annans räkning i eget namn (kommissionshandel). Som ett led i rörelsen får värdepappersbolag vilka meddelats tillstånd bland annat lämna råd i finansiella frågor, ta emot redovisningsmedel samt ta emot kundmedel på konto för att underlätta värdepappersrörelsen (3:4 LVR). Redovisningsskyldighet uppkommer i regel på grund av att parterna sinsemellan bestämt att sådan skyldighet skall finnas. I avsaknad av

¹⁵ Hult, s. 1.

¹⁶ Dotevall & Tiberg, s. 93.

¹⁷ Bengtsson, s. 151.

skyldighet att redovisa för medlen är dessa att uppfatta som inlåningsmedel. Mer om redovisningsskyldighet står att läsa om i avsnitt 5.3.

Om medel mottas med redovisningsskyldighet skall dessa enligt 3:5 LVR insättas på räkning i kreditinstitut. Detta begrepp är synonymt med bankkonto.¹⁸ Lägg märke till att det för sakrättsligt skydd inte krävs avskiljande på bankkonto, även andra typer av avskiljande kan accepteras. Mer om sakrättsligt accepterade avskiljanden finns att läsa om i avsnitt 5.4. Skulle ett värdepappersbolag avskilja på annat sätt bryter det mot en näringsrättslig lag, nämligen LVR. Detta spørsmål är dock fristående frågan om kommittentens eventuella separationsrätt till avskilda medel. Självfallet är insättning på bankkonto numera det vanligaste sättet att avskilja medel på.

När det gäller inlåningsmedel gäller istället kravet att värdepappersbolaget skall ha tillräcklig betalningsberedskap med hänsyn till rörelsens art och omfattning (3:5 st. 2 LVR). Inlåningsmedel behöver inte avskiljas och får dessutom användas i bolagets rörelse.¹⁹ Medel av denna typ är alltså sakrättsligt sett helt oskyddade. Att få använda sig av så kallade kundkonton har länge varit av stor betydelse för de svenska värdepappersbolagen.²⁰ Dock får inte kundmedel mottas i sådan utsträckning att dessa utgör en väsentlig finansiering av rörelsen.²¹

Värdepappersbolag måste även vid inlåning från kund upprätta en skriftlig överenskommelse innan medlen mottas (3:5 st. 3 LVR). I Finansinspektionens författningssamling (FFFS) 1998:21 (numera upphävd) föreskrevs att det skulle klargöras för kunden att mottagna medel kommer att ingå i bolagets egen rörelse och att kunden inte har någon förmånsrätt i det fall bolaget skulle bli försatt i konkurs.

¹⁸Afrell, Klahr & Samuelsson, s. 197.

¹⁹ Prop.1994/95:50, s. 98.

²⁰ Prop.1994/95:50, s. 99.

²¹ Prop. 1990/91:142, s. 165.

Enligt nu gällande regler i 5:2 FFFS 2002:7 skall ett värdepappersbolag istället bland annat ge kunden information om denne omfattas av insättningsgarantin och/eller investerarskyddet. Här är att anmärka följande. Att insättningsgarantin nu finns stärker visserligen kundens skydd vid fall av exekution hos fondkommissionären, dock endast upp till 250.000 kr (4 § st. 2 lag (1995:1571) om insättningsgaranti). Detta innebär alltså att kunden själv måste ta reda på att medel över beloppsgränsen med största sannolikhet kommer att gå förlorade om fondkommissionären skulle försättas i konkurs. Att kravet på lämnad information förändrades kan innebära att risken finns att kunden utgår ifrån att garantin gäller oavsett beloppets storlek. Alternativet finns ju dessutom att kunden utgår ifrån att äganderätten till medlen kvarstår och inte närmare reflekterar över att dispositionen faktiskt innebär en äganderättsövergång. Anledningen till varför det i gamla fondkommissionslagen fanns ett krav på skriftlig överenskommelse mellan kommittenten och fondkommissionären var just att göra kunden medveten om de finansiella risker som fanns då överförda lämnades i form av inlåning.²² Eftersom fondkommissionärer tillåts att avtala bort skyldigheten att insätta medel på särskild bankräkning²³ har de kunder – vilka vill ha ett mer fullständigt finansiellt skydd – att helt enkelt avstå från att ingå ett sådant avtal. Mot detta kan anföras att Finansinspektionen numera företar en verksamhetsprövning innan tillstånd meddelas. Sådant tillstånd meddelas inte om riskerna för insolvens är för stora. Som jag förstått saken är det bättre – i vart fall utifrån ett finansiellt riskperspektiv – att ha exempelvis 250.000 kr hos fyra olika fondkommissionärer än att ha 1.000.000 kr hos en eftersom insättningsgarantin gäller för varje insättning hos olika institut.

I förarbetena står det att utläsa att verksamhet som består av att erbjuda allmänheten tjänster på värdepappersmarknaden bör bedrivas så att förtroendet för marknaden inte rubbas. Vidare anses det vara av vikt att regleringen inte motverkar ett utvecklat och fungerande

²² Afrell, Klahr & Samuelsson s. 198.

²³ Prop 1990/91:142, s. 119.

mellanhandssystem.²⁴ Det är med denna utgångspunkt regleringen måste ses. Om fondkommissionärerna, både för inlånings-, och redovisningsmedel alltid skulle behöva uppfylla RedL:s bestämmelser hade det varit praktiskt svårt att upprätthålla ett fungerande mellanmanssystem. Detta eftersom det – utöver åligganden av administrativ och redovisningsmässig karaktär – även hade inneburit att en viktig finansieringskälla för fondkommissionärerna försvunnit om inte inlåningsmedel fick mottas. Utifrån detta perspektiv synes nuvarande system ändamålsenligt. Den betydligt sämre sakrättsliga ställningen för en kommittenten som överlåtit inlåningsmedel istället för redovisningsmedel är dock viktig att känna till.

Enligt art. 10 investeringstjänstedirektivet²⁵ fick ett värdepappersbolag inte använda investerares kontanta medel för egen räkning. Detta direktiv är numera ersatt av ett nytt vilket bland annat syftar till att beakta en vidare skala av finansiella tjänster.²⁶ Här i uppställs bland annat krav på minimikapital, dokumentation, ansvarsförsäkringar, sundhet, särskilda krav på ledande befattningshavare inom företaget och förbud att använda kundmedel i verksamheten om företaget inte klassificeras som kreditinstitut. För att undgå att träffas av inlåningsförbudet samt att i enlighet med EU-rätten kunna använda investerares medel i rörelsen krävs att även värdepappersbolagen är att anse som kreditinstitut. Kreditinstitut är företag vars verksamhet består i att från allmänheten ta emot insättningar eller andra återbetalbara medel och att bevilja krediter för egen räkning.²⁷ Värdepappersbolag får därför numera enligt 3:4 st. 5 LVR i samband med denna, lämna kredit mot säkerhet i fondpapper.²⁸ Denna verksamhet skall vara både formellt möjlig, exempelvis genom att verksamheten upptas i stadgar eller bolagsordning, och pågående, det vill säga att verksamhet faktiskt bedrivs.²⁹

²⁴ Prop 1990/91:142, s. 107.

²⁵ 93/22/EEG – direktiv om investeringstjänster inom värdepappersområdet.

²⁶ 04/39/EG – direktiv om marknader för finansiella instrument.

²⁷ 77/780/EEG (art. 1) – direktiv om samordning av lagar och andra författningar om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut.

²⁸ Prop 1990/91:142, s. 120.

²⁹ Falkman, s. 102.

Viktigast att förstå för uppsatsens fortsatta framställning är att fondkommissionärer tillåts ta emot insättningar i form av både inlånings- och redovisningsmedel. Huruvida dispositionen skall utgöra än det ena än det andra klagas i regel i kommissionsavtalet. Det är endast redovisningsmedel som kan bli föremål för separationsrätt. Dock är kraven relativt stora på fondkommissionärens verksamhet varför riskerna med att överlåta redovisningsmedel inte skall överdrivas. Centralt är dock att kommittentens sakrättsliga ställning skiljer sig åt när mellan medel av inlånings respektive redovisningskaraktär.

3 Separationsrätt

3.1 Utgångspunkt – individuellt bestämd egendom

Separationsrätt kan sägas vara en följd av att viss egendom är konkurskyddad. Om en fondkommissionär skulle försättas i konkurs innebär alltså separationsrätten i vårt fall att kommittenten tillåts separera medlen ur konkursboet. Grundregeln i svensk rätt är att den som är ägare har rätt att få tillbaka egendom när denna finns hos annan som går i konkurs.³⁰ Att separationsrätt tillerkänns viss pretendent kan förstås som en förmånsrätt att undanta egendom från att ingå i konkursen. När man talar om separationsrätt i bemärkelsen att kunna utverka betalning före fördelning sker till övriga borgenärer brukar man säga att pretendenten har en betalningsrätt.³¹

Walín anför att begreppet separationsrätt i sig inte är ett etablerat begrepp såsom exempelvis panträtt, utan endast medför en rättsföljd som emanerar ur äganderätten.³² Som vi sett är alltså denna rättsföljd, att utfå viss egendom med äganderätt från en konkursutsatt gäldenär. Vad äganderättsbegreppet innebär är inte helt klart men kan sägas innebära att något som innehas med äganderätt får disponeras med hur som helst, förutsatt att detta förfarande står i enlighet med juridiskt bindande regler eller avtal. Exempelvis kan man med stöd i äganderätten köpa, sälja, upplåta eller pantsätta viss egendom. Dessa förfaranden måste dock självfallet vara rättsenliga. Denna negativa bestämning av äganderätten där de rättigheter som förknippas med egendomen växlar, brukar kallas för äganderättens elasticitet.³³ Varför innebörden av begreppet växlar sammanhänger med ”samhällets utveckling” där en avvägning hela tiden sker mellan individens

³⁰ Se härom bl.a. i Millqvist, s. 60, Undén, s. 71, samt i NJA, 1971 II s. 287.

³¹ Hessler, s. 345.

³² Walín, s. 11.

³³ Håstad, s. 23.

och samhällets rättigheter.³⁴ I vissa rättssystem är dock äganderätten mer absolut än i andra. Problematiken kring vad äganderätten som begrepp innebär har varit särskilt tydlig under senare år när det gäller olika former av immateriella rättigheter.

Utgångspunkten för separationsrätt till egendom som konkursgäldenären har i besittning är att *anspråket måste avse individuellt bestämd egendom* samt att denna på något sätt *kan identifieras*. Dessa förutsättningar brukar tillsammans namnges som *specialitetsprincipen*.³⁵ Syftet med denna princip är att dra en gräns där äganderätten inte längre kan upprätthållas.³⁶ I fallet där konkursgäldenären har annans identifierbara egendom i sin besittning är den naturliga utgångspunkten därför att separationsrätt bör medges till förmån för ägaren. Detta eftersom konkursgäldenären inte har någon rättstitel till egendomen.³⁷

Konsekvensen av att separationsrätt föreligger avseende viss egendom är alltså att denna inte skall ingå i det underlag som skall tilldelas övriga konkursborgenärer utan istället tillfalla den sakrättsligt skyddade pretendenten. När egendom riskerar att tas i anspråk vid exekution kan den som anser sig vara ägare till egendomen framställa en begäran att utfå denna med bättre rätt (7:24 KL). Konkursförvaltaren har att fastställa vad som tillhör konkursgäldenären. Det är endast denna egendom som skall ingå i exekutionen (3:3 KL, 4:17 UB) och därmed utgöra underlag för den egendomsfördelning som sker strax före det att konkursen avslutas. Det finns även stöd för att konkursförvaltaren bör tillse att tredje mans egendom undantas från att ingå i konkursunderlaget. Det torde dock inte kunna uppställas alltför stora krav på utredningsarbete från förvaltarens sida.³⁸ Detta innebär att en rättighetshavare – för att tillförsäkra sig om att hans anspråk beaktas av konkursförvaltaren – tidigt bör göra sitt innehav gällande. För att kunna fastställa vilken egendom som tillhör

³⁴ Undén, s. 58.

³⁵ Håstad, s. 152 samt Undén, s. 60 ff.

³⁶ Håstad, s. 152.

³⁷ Lindskog, s. 209.

³⁸ Se NJA, 1996, s. 700.

konkursgäldenären uppställs processuella presumtionsregler i 4:18-19 Utsökningsbalken (UB). Häri stadgas att egendom som finns hos gäldenären även skall anses tillhöra honom. Samma regler gäller i princip beträffande konkurs.³⁹ För att förvärva äganderätten till en sak räcker det naturligtvis inte endast att besitta saken i fråga. Det krävs i regel någon form av fång att stödja sin äganderätt på. Innebörden av presumtionsreglerna är endast att äganderätt presumeras genom besittningsförhållandena. En pretendent som kan bevisa att han är rättmätig ägare behöver alltså inte bekymra sig för de processuella presumtionsreglerna. Hans särskilda rätt att separera egendomen kommer att beaktas av konkursförvaltaren om pretendenten framställer ett sådant yrkande. Detta dock under förutsättning att egendomen finns i behåll. Det gäller alltså för ägaren till viss egendom – i förevarande uppsats i form av medel (ofta en kontobehållning) – att kunna styrka sin äganderätt och på så sätt tillerkännas den bättre rätt som äganderätten ger honom. Om kommissionsavtalet stipulerar att insättningen avser redovisningsmedel bör alltså kommittenten spara både sitt exemplar av kommissionsavtalet och det insättningskvitto han erhållit från den bank som transfererat behållningen till fondkommissionären.

Vilka intressen finns då bakom ett institut som separationsrätt? Inledningsvis kan sägas att allmänt sett syftar sakrättsliga regler till att skapa trygghet på marknaden. Detta utgör grundvalen för omsättning av förmögenhetstillgångar.⁴⁰ Följden av separationsrätt – att utfå egendom vilken därmed undandras att ingå i konkursen – kan förstås som ett sätt att hantera konkurrerande intressen mellan borgenärer. Ur den enskilde rättighetshavarens synvinkel är däremot begreppet borgenärsskydd beskrivande för förhållandet. Separationsrätt innebär ju att rättighetshavaren tillerkänns företräde framför alla andra borgenärer avseende viss egendom. Att svensk rätt tillerkänner vissa pretendenter särbehandling i form av separationsrätt är alltså ett sätt att stimulera den ekonomiska verksamheten i allmänhet. Viktigt är dock att denna särbehandling kan förutses av övriga

³⁹ NJA, 1985, s. 209.

⁴⁰ Håstad, s. 17.

borgenärer då det ses som eftersträvansvärt att dessas förehavanden med en viss part inte hämmas av att separationsrätt till en del av egendomsunderlaget föreligger. Tanken är, enligt Håstad, att eftersom förutsägbarhet bör råda kan även borgenärer beräkna och prissätta sin risk. Ett viktigt övergripande mål för utformandet av regler rörande säkerhetsrätter i allmänhet är alltså att främja tillgången på kredit till ett lågt pris.⁴¹ Hessler anser att besittningsförhållandena (eget tillägg: vilka enligt gällande regler presumerar äganderätt) utgör en bräcklig grundval för förmögenhetsbedömning med tanke på förekomsten av objekt som innehas med äganderättsförbehåll.⁴² Innebörden av detta torde vara att eftersom så stor del av ett rättssubjekts förmögenhet är belastad med olika typer av konkurrerande rättigheter och förbehåll är det inte praktiskt möjligt för en borgenär att bedöma kreditvärdigheten hos denne med utgångspunkt i besittningsförhållandena. I konsekvens härmed skulle alltså enligt Hessler nuvarande regler inte främja tillgången på billiga krediter eftersom en potentiell kreditgivare ändå inte kan utläsa kredittagarens finansiella ställning och betalningsförmåga utifrån vad denne besitter. Fast vad är alternativet? Skall en kreditgivare utfråga en presumtiv kredittagare om äganderättsförhållandena – och eventuella inskränkningar i dessa – avseende alla de förmögenhetsobjekt som besitts av den presumtive kredittagaren och som är tänkt att utgöra säkerhet för krediten? Görs kreditbedömningen ur ett strikt ekonomisk perspektiv måste kreditgivaren inhämta sådana upplysningar. Används istället det redovisningsmässiga synsättet kontrollerar istället kreditgivaren vad som finns som redovisade tillgångar i bolaget.⁴³ Enligt nu gällande synsätt finns inget krav på att endast sådant som man innehar med äganderätt får redovisas som tillgång. Avgörande är istället huruvida bolaget har kontroll över resursen och om denna kan förväntas medföra ekonomiska fördelar i framtiden. Av praktiska skäl verkar det mest ändamålsenligt att besittning av viss egendom även fortsättningsvis är utgångspunkten för bedömning av äganderättsförhållandena. Detta innebär även mindre utredningsarbete från

⁴¹ Håstad, s. 17.

⁴² Hessler, s. 354.

⁴³ Söderlund, s. 16 ff.

kreditgivarens sida. Man bör dock inte överdriva de sakrättsliga reglernas betydelse i detta sammanhang. Regelmässigt uppställs i kreditavtalet att krediten lämnas med utgångspunkt i den senaste årsredovisningen och att kredittagaren genom avtalet intygar dess riktighet. Men, visar sig dessa uppgifter vara felaktiga, har kreditgivaren inte mycket att göra eftersom ett anspråk grundat på exempelvis svek endast torde ha oprioriterad status i borgenärskön. Dock finns givetvis straffrättsliga bestämmelser som avhåller kredittagaren från att ge kreditgivaren felaktiga uppgifter i en kreditansökan.

När väl konkursunderlaget fastställts – alltså vid en tidpunkt då alla de sakrättsligt skyddade anspråk som bevakats överlämnats till respektive pretendent – börjar konkursförvaltarens arbete med att rangordna övriga borgenärsanspråk. Utgångspunkten är att alla borgenärer har lika rätt till kvarvarande egendom. Från detta finns dock undantag varmed vissa borgenärer har *förmånsrätt* till betalning ur konkursgäldenärens egendom. De borgenärer som har starkast skydd är de med särskild förmånsrätt. Bland de säkerheter som av rättsordningen givits starkast skydd är panträtt. En borgenär med sådan rätt får tillgodogöra sig värdet av panträtten med förmånsrätt. Efter de borgenärer med särskild förmånsrätt beaktats kommer så borgenärer med allmän förmånsrätt. Exempel på anspråk med allmän förmånsrätt kostnader för gäldenärens försättande i konkurs, skatter samt upplupna löner. När så alla förmånsrätter – särskilda och allmänna – beaktats sker en fördelning av vad som finns kvar hos konkursgäldenären. Sådan fördelning sker till så kallade oprioriterade borgenärer. Det är relativt ovanligt att oprioriterade borgenärer erhåller utdelning i konkursen. Än mer sällsynt är då att aktieägare får utdelning för sitt anspråk på bolagets egna kapital.

Beroende på hur egendomen är beskaffad finns skäl att göra åtskillnad mellan hur det sakrättsliga skyddet etableras.⁴⁴ I förevarande uppsats är det egendom som saknar individuell särprägel som står i fokus. Varför görs då skillnad på hur sakrättsligt skydd etableras avseende olika former av

⁴⁴ Hessler, s. 79.

egendom? Hessler pekar på den historiska bakgrunden men tillstyrker även att rationella argument rimligen bör finnas bakom att ett åtskillnad faktiskt upprätthålls.⁴⁵ Hessler pekar på det faktum att när det gäller lös egendom har behovet av skydd inte gjort sig gällande på samma sätt som för fast egendom. Detta skulle bero på att det för lös egendom ofta varit fråga om kortvariga upplåtelser där det inte varit lika viktigt att ett tredjemansskydd etableras. Numera torde dock lös egendom upplåtas i större utsträckning än tidigare.

Det verkar alltså vara så att före insolvens är förutsägbarhet och ett fungerande kreditliv viktiga syften då sakrättsliga regler uppställs. Men hur kan man argumentera efter det att konkurs meddelats? Mer konkret handlar frågan egentligen om vilken av rättighetsinnehavarna som skall premieras i en konkurssituation. Är det den som har ett äganderättsanspråk eller den som är borgenär, med eller utan förmånsrätt? Beroende på huruvida ägaren ursprungligen krävt att hans sakrätt skall upprätthållas eller endast nöjt sig med en fordringsrätt kan det tyckas att intresset att skydda honom vid en konkurs varierar.⁴⁶ Vi kan exempelvis tänka oss en person som överväger huruvida han hos en fondkommissionär skall öppna en depå för redovisningsmedel eller om han istället skall acceptera att insättningen görs i form av inlåning. Om han väljer att ingå avtal om att insättningen skall utgöra redovisningsmedel innebär detta en del olägenheter för honom i jämförelse med inlåningssituationen. Exempel på detta är att det i regel finns ett tak på hur mycket pengar som får sättas på ett klientmedelskonto samt att dessa konton ofta betingar en mycket låg räntesats (i skrivande stund 0%).

Vi ser alltså att om specialitetsprincipen uppfyllts och rättighetshavarens anspråk kan styrkas finns goda möjligheter att få separera egendomen ur konkursboet. Det finns dock egendom utan individuell särprägel för vilken

⁴⁵ Hessler, s. 79.

⁴⁶ Millquist, s. 500.

sakrättsligt skydd etableras något annorlunda än för ”speciegods”. Sådan egendom tas upp i nästa avsnitt.

3.2 Särskilt vid egendom utan individuell särprägel

Jag avser inte att göra någon omfattande teoretisk utredning avseende den begreppsdiskussion som förts sedan länge i litteraturen avseende hur olika typer av tillgångar juridiskt skall klassificeras. Viss orientering i ämnet kan dock vara behjälplig för fortsatt läsning.

Som nämnts måste som huvudprincip anspråket dels avse individuellt bestämd egendom och dels måste denna egendom kunna identifieras. Hessler anger att det råder ett visst samband mellan ”styrkan” i det skydd som kan etableras å ena sidan och objektets egenskaper å andra sidan.⁴⁷ I 1905-års Köplag gjordes indelningen mellan å ena sidan viss individuell sak (species) och å andra sidan en viss myckenhet av gods (genus). Men, anför Almén, ett specieköp kan även avse en viss myckenhet av gods av angivet slag.⁴⁸ Bestämning är ingalunda självklar. Ett anspråk på 100kg havre är förmodligen att uppfatta som ett anspråk på en myckenhet, d.v.s. genusgods. Men om anspråket avser 100kg havre med viss kvalitet, från ett visst geografiskt område som dessutom lagrats på ett visst sätt är detta inte fullt lika klart. Det verkar alltså finnas en koppling mellan godsets beskaffenhet och vad som stipuleras i avtalet mellan parterna. Om en person lånar ut 100kr till en annan kan denna hundrakronorssedel tydligen vara antingen genus-, eller speciegods. Generellt kan nog sägas att parterna när det handlar om ett penninglån inte avsett att den som får sedeln överlämnad till sig skall återlämna exakt samma sedel till långivaren. Om anspråket avser 100kr, och inte exakt samma sedel, handlar det alltså om genusgods. Om avsikten däremot är att exakt samma sedel skall återlämnas kan vi definitivt tala om

⁴⁷ Hessler, s. 349.

⁴⁸ Almén, s. 60.

speciegods, i synnerhet när varje sedel numera försätts med en specifik numrering.

Andra begrepp som använts som synonymer är generiskt bestämd egendom och fungibel egendom.⁴⁹ Håstad menar att viss egendom alltid är fungibel, t.ex. pengar, olja och spannmål och då oavsett vad ett eventuellt köpeavtal kräver. I enlighet med detta kan ett anspråk på individuellt bestämd egendom avse fungibel egendom, exempelvis om anspråket avser ett visst parti spannmål.⁵⁰ Detta ligger även i linje med Alméns uttalanden.

I förevarande uppsats blir distinktionen liknande. Om en mängd medel (eller behållning på konto) har sammanblandats med annan likadan egendom och därigenom mist sin identitet kan det inte längre fastställas exakt vad som kommittenten har ett anspråk på. Om medlen däremot från första början förvarats på ett enskilt konto är specialitetskravet uppfyllt för dessa. Detta belopp har kommittenten rätt att separera ur konkursboet med stöd av sin äganderätt. Dessutom kan kommittentens sakrättsliga skydd räddas genom ett antal specialfall som uppställs i RedL. Denna lag och dess förutsättningar för etablerande och bibehållande av sakrättsligt skydd kommer nedan, i kapitel fem, att behandlas relativt ingående.

⁴⁹ Rodhe, s. 546.

⁵⁰ Håstad, s. 26.

4 Insättning hos Fondkommissionär

4.1 Allmänt

För att kommittenten skall kunna köpa värdepapper krävs i regel att han först sätter in pengar hos fondkommissionären. Detta sker regelmässigt i form av transferering från annan bank. Insättning sker på konto anvisat av fondkommissionären och vanligen accepteras bankkonto, bankgiro samt plusgirokonto. Så långt förefaller det vara relativt okomplicerat. Som vi kommer att se är det dock parternas avsikt avgörande för frågan om insättningen är sakrättsligt skyddad eller inte.

4.2 Klassificeringsfrågan

En första fråga att utreda är huruvida insättningen kan anses utgöra en betalning eller inte. Det centrala kriteriet för att dispositionen skall anses utgöra en betalning är huruvida fondkommissionären skall presteras någonting för kommittenten eller inte.⁵¹ Att kommittenten endast insätter pengar på depå kan knappast innebära att fondkommissionären presterar enligt prestationskravet. När väl affärer genomförs utgår inköps-, eller försäljningsprovision (courtage). Det är denna prestation – att företa inköp respektive försäljning för kommittentens räkning – som måste ses som central i förevarande sammanhang. Givetvis kan man tänka sig fall där en överföring faktiskt är en betalning. Exempelvis skulle det kunna vara så att kommittenten gjort ett flertal affärer år -01. I januari år -02 begär han av någon anledning att hela det belopp han har inestående hos fondkommissionären skall betalas ut. I april upptäcker kommittenten att han inte förmår upprätta sin självdeklaration på egen hand och beställer därmed deklarationstjänst av fondkommissionären. Eftersom inga pengar längre finns på hans depå skickar fondkommissionären ut en faktura på avgiften för

⁵¹ Falkman, s. 198.

deklarationstjänsten. När kommittenten nu transfererar över pengar från en annan bank utgör detta otvivelaktigt en betalning. Detta sammantaget innebär att kommittentens normala insättningar hos fondkommissionären inte handlar om betalning för utförd tjänst.

En insättning som inte utgör betalning för prestation kan klassificeras på olika sätt beroende på avsikten med denna. Antigen är det fråga om inlåning (kommittenten lämnar fondkommissionären en kredit) eller deposition (insättning av redovisningsmedel). Fastställande av denna fråga är för kommittenten mycket viktig eftersom det inte ges separationsrätt till försträckningar.⁵² Det som karaktäriserar förhållandet vid inlåning är att fondkommissionären äger disponera över pengarna. Äganderätten övergår således till fondkommissionären och kommer att ingå i dennes verksamhet. När det gäller redovisningsmedel övergår däremot inte äganderätten till den behållning som finns på redovisningskontot.⁵³ Vad som är avgörande för hur insättningen skall förstås är vad parterna kommit överens om i kommissionsavtalet.

Konsekvensen av att insättningen gjorts i form av inlåning är alltså att kommittentens anspråk på separationsrätt vid konkurs hos fondkommissionären inte kommer att beviljas. I denna situation är med största sannolikhet kommittentens anspråk helt oprioriterat i enlighet med reglerna i förmånsrättslagen. Detta innebär naturligtvis ett betydligt sämre konkursskydd för kommittenten jämfört med om insättning avsett redovisningsmedel. Redovisningsmedel är ju sakrättsligt skyddade förutsatt att fondkommissionären förfarit i enlighet med RedL. Denna lag kommenteras utförligt senare i uppsatsen.

Om parterna inte reglerat frågan om insättningen avser inlånings-, eller redovisningsmedel i kommissionsavtalet måste andra kriterier tillämpas för att bedöma insättningens karaktär. Med försträckning förstås i allmänhet att

⁵² Håstad, s. 153.

⁵³ Hessler, s. 306.

en person genom avtal överenskommer med en annan person att överlåta en viss summa pengar vilken senare skall återbetalas. Deposition handlar i sin mest renodlade form om förvaring av lös egendom⁵⁴ men även redovisningsmedel omfattas. Vid exempelvis en deposition av en päls för vinterförvaring övergår inte äganderätten till sysslomannen. På samma sätt blir inte fondkommissionären ägare av de redovisningsmedel som anförtros honom.

Hur skall då en insättning förstås om parterna inte reglerat denna fråga i kommissionsavtalet? Håstad menar att förhållandet måste analyseras, det går inte att klassificera insättningen endast utifrån hur parterna rubricerat förhållandet. Vad Håstad gör gällande är alltså att även om parterna bestämt att insättningen exempelvis skall utgöra redovisningsmedel kan man inte förutsättningslöst utgå från detta. Jag är nog benägen att säga att när det handlar om fondkommission skall parternas avtal accepteras, särskilt eftersom vi i enlighet med LVR, vet att fondkommissionärer får motta medel antingen som inlåning eller som redovisningsmedel. Finns inte frågan reglerad i kommissionsavtalet blir dock Håstads klassificeringsgrunder användbara. Avgörande enligt honom är i vems *intresse* insättningen gjorts.⁵⁵ Intuitivt kan ju tyckas att båda parter har ett intresse av insättningen. Kommittenten får i de flesta fall ränteersättning, kan handla i ett flertal olika värdepapper, kan belåna sin depå (exempelvis för att uppnå en hävstångseffekt på kapitalet) och utnyttja en rad andra tjänster vilka fondkommissionären tillhandahåller. Fondkommissionären å sin sida erhåller courtage då kommittenten handlar, förstärker sin balansomslutning och kan hålla sina kapitalkostnader nere eftersom finansieringsbehovet i verksamheten minskar. Det senare gäller då endast beträffande inlåningsmedel. Trots detta måste det enligt Håstad handla om deposition eftersom kommissionären inte har någon *vinstandel i kommittentens verksamhet*. Fondkommissionären har alltså inget *omedelbart* intresse av hur kommittentens affärer utvecklar sig. Det viktigaste för

⁵⁴ Falkman, s. 156.

⁵⁵ Håstad, s. 153.

fondkommissionären torde istället vara att kommittentens handel kännetecknas av en hög omsättningshastighet. Detta eftersom det är omsättningshastigheten i kombination med kontraktlikviden som är avgörande för storleken på fondkommissionärens courtage.⁵⁶ Det är dock tänkbart att om kommittentens verksamhet har en positiv utveckling ökar även kontraktlikviden vid påföljande affärer och med dessa även courtagets storlek. Detta förhållande torde dock inte förändra något i sak eftersom insättningen inte *uteslutande* behöver vara kommittentens intresse.⁵⁷ Dessutom är det – om jag tolkat Håstad korrekt – det *direkta* intresset av transaktionen som är avgörande. Att fondkommissionären erhåller courtage när kommittenten handlar bör nog ses separat och inte påverka bedömningen av överföringen. Ansluter man sig till den uppfattning Håstad företräder skulle man i vart fall kunna säga att de insättningar kommittenten företar i regel handlar om deposition. Som nämnts är pengarna i dessa fall redovisningsmedel hos fondkommissionären. Hessler pekar dock på ovanligheten att någon deponerar ett belopp hos annan för egen räkning.⁵⁸

När någon önskar öppna en depå hos en fondkommissionär måste det vara mycket ovanligt att fondkommissionären öppnar en depå utan att kunden dessförinnan accepterat depåavtalet. Efter en genomgång av vanligt förekommande depåavtal på den svenska marknaden tycker jag mig se att med depåavtal kan förstås kommissionsavtal – om än med ytterligare avtalsbestämmelser avseende frågor som panträtt i depåbehållning och värdepapper, tidsfrister för avtalets upphörande, handelsregler och dylikt. Eftersom sådant avtal regelmässigt ingås torde tvetydigheter beträffande hur insättningar skall förstås mycket sällan uppkomma. Kommittenten väljer helt enkelt vilken typ av konto han vill ha. Begreppet depå verkar användas uteslutande för inlåningsmedel medan det för redovisningsmedel kallas klientmedelskonto. Man skall dock komma ihåg att det är långt ifrån alla fondkommissionärer som erbjuder kunder att öppna ett klientmedelskonto.

⁵⁶ Prop 1990/91:142 s. 110.

⁵⁷ SOU 1988:63, s. 122.

⁵⁸ Hessler, s. 487.

5 Redovisningslagen

5.1 Utgångspunkt

I detta kapitel kommer jag, särskilt med tanke på uppsatsens inriktning, att använda begreppen ”kommittent” och ”fondkommissionär” trots att lagen anses vara generell tillämplig även för andra sysslomän.

Så länge det belopp kommittenten överfört förvaras avskilt är specialitetsprincipen uppfylld och några egentliga sakrättsliga problem finns inte.⁵⁹ Denna – ursprungligen i praxis och doktrin knäsatte princip – framgår numera även av RedLs första stycke. Lagens bestämmelser medger dock även att redovisningsmedel – vilka inte från början förvarats enskild på redovisningskonto – trots allt kan bli föremål för sakrättsligt skydd. Fondkommissionären kan alltså återskapa kommittentens skydd genom att – ur en sammanblandad egendomsmassa – avskilja ett belopp motsvarande kommittentens ursprungliga insättning. I förarbetena anges att lagen är analogt tillämplig även på annan fungibel egendom vilken mottagits för annan.⁶⁰ Lagen gör heller inte någon åtskillnad mellan rent tillfälliga mellanhavanden och mer varaktiga sådana.⁶¹ I fallet med fondkommissionär torde dock i vart fall en viss varaktighet kunna presumeras. Anledningen till varför inte all typ av egendom omfattas är förmodligen att reglering endast krävdes för fungibel egendom – annan egendom har ju som regel individuell särprägel. Att en fondkommissionär är syssloman och omfattas av lagens bestämmelser förefaller oomtvistat i litteraturen.⁶²

Inledningsvis vill jag då citera RedL i sin helhet.

”Vad den som mottagit medel för annan, med skyldighet att redovisa för dem, för sådant ändamål har innestående på räkning i bank eller

⁵⁹ Rodhe, s. 232.

⁶⁰ SOU 1943:24 s. 22.

⁶¹ Walin, s. 97.

⁶² Hessler, s. 479.

annorledes håller avskilt skall vara förbehållet huvudmannen, såvitt beloppet avskilts utan dröjsmål. Samma lag vare i fråga om belopp som avskilts senare, om den redovisningsskyldige ej var på obestånd, när beloppet avskildes.

Vad den redovisningsskyldige har omedelbart tillgängligt för att avskiljas vare ock förbehållet huvudmannen, såvitt dröjsmål med avskiljandet inte föreligger

Är bankräkning eller kassa avsedd för flera huvudmäns medel, njute de inbördes lika rätt, envar i förhållande till sin redovisningsfordran”

Som synes innehåller lagen ett flertal olika moment vilka har olika betydelse. Jag kommer nedan att redogöra för dessa i syfte att ge läsaren en bättre förståelse för lagens innebörd eftersom den brukar uppfattas som relativt komplicerad.

5.2 Mottagna för annan

En första omständighet vilken måste vara uppfylld är att medlen *mottagits för annan*. En insättning vilken utgör inlåningsmedel är inte mottagna för annans räkning. Här är det uppenbart att de istället är mottagna i fondkommissionärens intresse. Som vi konstaterat utesluter detta sakrättsligt skydd för kommittenten. Insättningar som avser redovisningsmedel brukar även benämnas som anförtrodda medel. Vid vilken tidpunkt sker då själva redovisningen? Nedan diskuteras huruvida redovisningsskyldighet innebär en skyldighet att inte sätta annans pengar i fara. Detta torde medföra att redovisning sker vid den tidpunkt då pengarna övergår från att vara utsatt för risk till att inte vara det. I de flesta fall kan jag tänka mig att denna tidpunkt sammanfaller med avskiljandet av pengarna på redovisningskonto.

Vissa gränsdragningsproblem kan uppkomma i anslutning till detta. Ett exempel är om fondkommissionären använder redovisningsmedel i sin rörelse under en viss tid. Håstad anför att eftersom det primära syftet med avtalet är att sysslomannen skall göra någonting för huvudmannen torde inte

ett längre anstånd med att redovisa äventyra separationsrätten.⁶³ Uppmärksamma att det *inte* är den frist inom vilken fondkommissionären har att avskilja innan dröjsmål inträder som diskuteras här. Istället är förhållandet sådant att fondkommissionären behåller de likvider som mottagits vid försäljning av kommittentens gods under en viss tid före det att redovisning sker till kommittenten. Innebär detta att pengarna mist sin egenskap som redovisningsmedel eftersom dessa nu används i fondkommissionärens rörelse? Vi vet sedan tidigare att sådana insättningar där syftet är att fondkommissionären skall använda dem i sin rörelse inte är sakrättsligt skyddade. Följande exempel får illustrera det sagda. Antag att fondkommissionären säljer aktier tillhörande kommittenten och mottar köpeskillingen från tredje man. I grunden finns ett depåavtal som stipulerar att kommittentens pengar skall utgöra redovisningsmedel. Fondkommissionären väntar dock tre månader med att redovisa dessa och använder under denna tid dessutom medlen i sin rörelse. Om fondkommissionären skulle försättas i konkurs under den tidsperiod medlen ingår i hans rörelse – och således inte är avskilda – är det utifrån detta synsätt ändock tänkbart att kommittenten skulle få separera medlen ur konkursboet. Detta eftersom depåavtalet stipulerar att kommittentens medel skall anses vara redovisningsmedel. Här har dock visst anstånd med redovisningen beviljats av kommittenten – uttryckligen eller konkludent. Om däremot medel redan från början är mottagna för att användas i rörelsen är det fråga om inlåningsmedel och enligt huvudregeln skulle kommittenten inte ha separationsrätt till dessa.

Med ovanstående redogörelse vill jag visa att ett av sakrättens ursprungliga ändamål – att tillhandahålla regler för förutsägbarhet och trygghet i kreditlivet – inte alltid ser ut att kunna realiseras. Resultatet är – både för insatta inlåningsmedel och för redovisningsmedel – att fondkommissionären erhåller rörelsekapital. Må vara under en mer begränsad tid när det gäller redovisningsmedel i kombination med fördröjd redovisning.

⁶³ Håstad, s. 160.

Slutsatsen i denna del måste därför bli att om avsikten från början är att insättningen avser inlåningsmedel är medlen inte sakrättsligt skyddade om fondkommissionären går i konkurs. Om det däremot är fråga om redovisningsmedel finns förutsättningar för separationsrätt till dessa. Mer tveksamt är om redovisningsmedel vilka ingår i fondkommissionärens rörelse när denne försätts i konkurs skulle medföra att kommittenten fick separera dessa.

5.3 Redovisningsskyldighet

En ytterligare förutsättning för RedL:s tillämplighet är den sakrättsliga redovisningsskyldigheten. Vad denna skyldighet egentligen innebär är inte helt klart. Klart är i vart fall att redovisningsskyldighet en förutsättning för sakrättsligt skydd. Är inte sysslomannen redovisningsskyldig medför alltså inte ett avskiljande några sakrättsliga verkningar.⁶⁴ Typiska exempel på sysslomän som är redovisningsskyldiga är advokater och gode män. Både i förarbeten och i praxis har ansetts att redovisningsskyldighet föreligger då någon anförtrots medel som ett främmande värde vilket mottagaren inte får sätta i fara.⁶⁵ Med detta för vi alltså reda på att fondkommissionärens redovisningsskyldighet bestäms av insättningens karaktär. Millqvist menar att ett krav finns att sysslomannen – i förevarande fall fondkommissionären – hela tiden skall kunna utbetala dem till huvudmannen.⁶⁶ Jämför exempelvis med situationen då en bank lånar ut pengar. Meningen med detta är ju att pengarna skall användas i låntagarens rörelse. Givetvis innebär detta att pengarna i någon mån är utsatta för risk och få kredittagare torde kunna utbetala kreditbeloppet i sin helhet vid anfordran. Observera att skyldighet att verkligen hålla medlen avskilda är en separat fråga och är fristående i förhållande till redovisningsskyldigheten. Walin anser att redovisningsskyldigheten knappast kan beskrivas annat än negativt. Denna

⁶⁴ Håstad, s. 160. Hellner, s. 245.

⁶⁵ Se härom i bl.a. SOU 1988: 63 s. 122, NJA, 1942 II s. 433, samt Hellner, Speciell avtalsrätt II - kontraktsrätt, s. 222.

⁶⁶ Millqvist, s. 78.

förpliktelse går sålunda utöver vad som följer av en vanlig betalningsförpliktelse.⁶⁷

5.4 Avskiljande

Det mest önskvärda ur kommittentens perspektiv vore om redovisningsmedel förvarades avskilt utan att alls sammanblandats med fondkommissionärens eller andra kommittenters medel.⁶⁸ Om så vore fallet hade ju den ursprungliga insättningen alltid kunnat identifieras och några egentliga problem hade då aldrig uppstått. Att ställa ett sådant krav skulle dock innebära praktiska svårigheter för fondkommissionären eftersom denne då skulle vara tvungen att hålla ett redovisningskonto för varje enskild kommittent. Dessutom hade ju insättningarna, för att inte sammanblandas med varandra, varit tvungna att gå s.a.s. direkt till respektive redovisningskonto.

När en fondkommissionär mottar redovisningsmedel är det tänkbart att en initial sammanblandning sker när olika kommittenter företar insättningar på samma konto. Från detta konto sker sedan avskiljandet genom att fondkommissionären till ett redovisningskonto transfererar över så stort belopp som varje kommittent satt in. Alternativt insätter de kommittenter vilka avtalat att insättningarna skall utgöra redovisningsmedel direkt på ett redovisningskonto. Det är först vid avskiljandet som specialitet skapas och därmed uppstår även det sakrättsliga skyddet för kommittenten.

Av 3:5 LVR framgår att medel som mottas med redovisningsskyldighet genast skall avskiljas och sättas in på räkning i kreditinstitut. Krav på avskiljande finns däremot inte för medel vilka mottas för att underlätta värdepappershandel (3:5 LVR e contrario). Visserligen stadgas i 10 § KomL att kommissionsgods skall hållas avskilt från annat gods om inte annat föränleds av omständigheterna. Eftersom LVR stadgar om två olika typer av

⁶⁷ Walin s. 98.

⁶⁸ Walin, s. 115.

insättningar, nämligen inlånings-, respektive redovisningsmedel, torde det stå klart att avskiljande inte behöver ske beträffande inlåningsmedel.

Som vi sett skall avskiljandet enligt LVR alltså ske på konto. Denna bör ges någon form av beteckning som anger att dess behållning utgörs av redovisningsmedel. Märkning av bankräkningen är inget krav för att sakrättsligt skydd skall etableras utan bara en rekommendation för att lättare kunna föra bevis om hur förhållandena är beskaffade.⁶⁹ Lagg märke till att det är fondkommissionären som skall ha dispositionsrätt till kontot, en överföring till kommittentens bankräkning är inte ett avskiljande utan en betalning. Det är ju exempelvis detta som sker när kommittenten begär att fondkommissionären skall transferera medlen till bankräkning anvisad av kommittenten. I rättspraxis har godtagits avskiljande i form av att pengar lagts i strumpor respektive kuvert.⁷⁰ Detta måste dock anses vara ovanligt i fallet med etablerade fondkommissionärer. Rättskällorna pekar på att skyldighet att avskilja kan finnas på grund av uppdragets natur, det vill säga utan uttryckligt stöd i lag.⁷¹

Förarbetena ger uttryck för att det skulle finnas ett krav på redovisningsändamål.⁷² Avskiljandet måste alltså ske i förhållande till en specifik kommittent och inte genom ett avskiljande i allmänhet. Detta uttalande indikerar att ett redovisningskonto lämpligen bör ha en märkning som utpekar förmånstagare. Det måste i vart fall vara betydligt enklare att föra bevis om redovisningsändamål i förhållande till en specifik kommittent om sådan märkning finns. Det finns dock förespråkare för en mer praktisk lösning när en fondkommissionär har flera olika redovisningsuppdrag. Denne skulle då kunna avskilja olika kommittenters medel på ett gemensamt bankkonto. Ingenting torde hindra detta förfarande eftersom det sakrättsliga skyddet kan upprätthållas trots sammanblandning av flera kommittenters medel (se nedan under avsnitt 5.7).

⁶⁹ Håstad, s. 171.

⁷⁰ Se härom i NJA, 1983 s. 109 samt NJA, 1987, s. 517.

⁷¹ SOU 1943:24, s. 9f. Walin, s. 87.

⁷² Prop, 1944:81, s. 32.

Enligt 1 § KomL gäller lagen så vitt inte annat avtalats (vissa indispositiva regler förekommer dock). Det förefaller alltså vara rättsenligt att parterna avtalar om fondkommissionärens skyldighet att avskilja. Detta gäller som tidigare anförts för medel av typen inlåning. När det gäller redovisningsmedel uppställs som ovan angivits om en lagstadgad skyldighet för fondkommissionären att avskilja.

Slutsatsen är därför att den kommittent som vill vara sakrättsligt skyddad måste tillse att kommissionsavtalet stipulerar att medlen skall utgöra redovisningsmedel. Om fondkommissionären inte avskiljer redovisningsmedel bryter denne mot en näringsrättslig lag eftersom skyldigheten att avskilja sådana medel inte kan avtalas bort. Att kommittenten – om en sådan åtgärd negligeras – med stor sannolikhet kan utverka skadestånd är högst troligt men ligger utanför denna uppsats ämne.

5.5 Dröjsmål

Vad som avses med dröjsmål enligt RedL går inte att med bestämdhet besvara. Denna fråga får avgöras beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Dröjsmålsfristen är den tid under vilken fondkommissionären kan avskilja sammanblandade medel för att kommittenten skall erhålla sakrättsligt skydd.

Ett uppmärksammat fall i förevarande sammanhang är NJA 1985 s. 836 (Saléninvest). Olje-energi (säljaren) levererade 180 kubikmeter dieselolja till fartyget Tor Scandinavia. Cirka två veckor före beställningen av oljan hade dock äganderätten till fartyget övergått från Tor Line AB till det danska företaget DFDS A/S. Tor Line var ett närstående bolag till Salénkoncernen vars ”bunkeravdelning” var den som beställt oljan från Olje-energi. Fråga uppkom vem som skulle betala för den levererade oljan. Drygt två veckor före det att Olje-energi gått i konkurs betalade DFDS A/S det erfordrade beloppet. Kort tid härefter tog dock Olje-energi på nytt

kontakt med Saléninvest och fordrade omedelbar betalning. Även Saléninvest betalade då det erfordrade beloppet ovetandes om att DFDS A/S redan fullgjort betalningen. Dubbelbetalningen hade skett tre dagar före konkursutbrottet hos Olje-energi. HD konstaterar i sitt domskäl att dröjsmål med avskiljandet inte förelåg och att konkursboet därför var skyldig att utbetala beloppet till Saléninvest.

Av detta får vi alltså veta att tre dagar inte utgör dröjsmål. Eventuellt skulle även en något längre tid vara godtagbar innan ett avskiljande måste ske för att kommittentens separationsrätt inte skall råka i fara. Även i senare rättsfall har tre dagar varit den längsta godtagbara tidsfristen innan dröjsmål inträder.⁷³ Det är möjligt att något högre krav ställs på näringsidkare än på konsumenter. Stöd för detta skulle vara att eftersom näringsidkare som mottar redovisningsmedel generellt sett har utarbetade rutiner och speciellt anställda för bland annat detta göromål.

Vad angår dröjsmålsrekvisitet är detta främst intressant eftersom ett avskiljande företaget av en insolvent fondkommissionär inom dröjsmålsfristen medför att sakrättsligt skydd etableras till förmån för kommittenten. Om däremot avskiljande sker efter det att dröjsmål inträtt finns inget sådant skydd.

5.6 Omedelbart tillgängliga medel

Trots att något avskiljande inte företagits kan kommittentens anspråk ändå vara sakrättsligt skyddat om fondkommissionären istället har medel ”omedelbart tillgängliga” samt att dröjsmål inte inträtt. Enligt förarbetena motiveras detta tillägg utifrån skälighetsaspekter.⁷⁴ Om konkursen inträffar före det att fondkommissionären hunnit avskilja men efter mottagandet vore det märkligt om en sådan tillfällighet skulle gynna övriga borgenärskollektiv genom att rättsordningen inte tillerkänner kommittenten separationsrätt.

⁷³ Se NJA, 1987 s. 18.

⁷⁴ SOU 1943:24, s. 38 samt Walin, s. 124.

Att med bestämdhet ange vad som menas med omedelbart tillgängliga medel låter sig knappast göras men det kan sägas att sådana medel kännetecknas av en hög likviditetsgrad. I den ekonomiska doktrinen brukar likvida medel anses vara – förutom pengar – kortfristiga placeringar som lätt kan omvandlas till kontanter där risken är liten för kursfluktuationer.⁷⁵ Redovisningsrådet anger i RR7 att kortfristiga placeringar som har en löptid understigande tre månader normalt bör kunna klassas som likvida.⁷⁶ Enligt förarbetena till lagen ansågs inte värdepapper som först måste realiseras tillhöra omedelbart tillgängliga medel.⁷⁷ Denna uppfattning torde vara en ”produkt av sin tid” i den bemärkelsen att försäljning av värdepapper tidigare var en betydligt mer formalistisk process än vad som är fallet idag. Även vissa värdepapper som med enkelhet kan avyttras torde därför kunna utgöra omedelbart tillgängliga medel i lagens mening.

Men vad händer med kommittentens möjligheter till separationsrätt om fondkommissionären mottar ett belopp utan att avskilja och sedan disponerar över en viss del av dessa? Håstad anför att det förmodligen krävs att saldot på kontot aldrig understeg det belopp som huvudmannen anförtrött fondkommissionären.⁷⁸ I förarbetena angavs dock att en sådan brist – när saldot underskridit det belopp kommittenten satt in – kunde ”botas” genom att nya medel inflöt på kontot.⁷⁹

Det förefaller märkligt om vi inledningsvis konstaterar att omedelbart tillgängliga medel (tillräckligt likvida) är förbehållna kommittenten före det att dröjsmål inträffar och sedan slår fast att endast det faktum – att det ursprungliga beloppet underskridits – skulle frånta kommittenten separationsrätten. Ingenting pekar ju på att omedelbart tillgängliga medel måste ha något om helst samband med de medel kommittenten anförtrött fondkommissionären. Om fondkommissionären har aktier vilka utgör

⁷⁵ Greve, s. 219.

⁷⁶ FAR samlingsvolym 2005 del 1. (RR står här för Redovisningsrådet rekommendationer)

⁷⁷ SOU 1943: 24 s. 39f.

⁷⁸ Håstad, s. 169f.

⁷⁹ SOU 1943:24, s. 38.

omedelbart tillgängliga medel och därmed kan tillförsäkra kommittenten separationsrätt borde också ett en brist på redovisningskontot kunna ”återställas” genom att nya medel inflyter på detta. Därmed skulle kommittenten ha sakrättsligt skydd trots att redovisningskontots behållning understigit den ursprungliga insättningen.

5.7 Samäganderätt till medel

Om fondkommissionären använder samma konto för flera kommittenters redovisningsmedel skall dessa enligt RedL:s tredje stycke ha lika rätt till kontots behållning. Med detta förstås att kommittenterna har samäganderätt till kontots behållning.⁸⁰ I frånvaron av en sådan regel är det inte svårt att tänka sig att vissa kommittenter skulle kunna premieras genom att fondkommissionären vidtar en bokföringsåtgärd strax för det att konkursen inträffar. Genom en sådan åtgärd skulle alltså i princip fondkommissionären kunna styra fördelningen mellan olika kommittenter – ett förhållande som inte är godtagbart.

Regeln om fördelning grundad på proportionell utdelning i förhållande till respektive kommittents redovisningsfordran är inte bara av betydelse rent fördelningsmässigt. Skulle samäganderätt inte finnas till redovisningskontots behållning hade ju det sakrättsliga skyddet utsläckts genom att flera kommittenters insättningar sammanblandats då specialitet inte längre finns i massan. Vi ser alltså att en sammanblandning av olika kommittenters medel i sig inte utsläcker det sakrättsliga skyddet samt att en brist slås ut proportionerligt.

⁸⁰ Håstad, s. 171.

5.8 Sammanblandning med fondkommissionärens medel

Som ovan framgått kan kommittentens anspråk på medel vara sakrättsligt skyddad trots att sammanblandning skett med andra kommittenters medel. Men hur förhåller det sig med det sakrättsliga skyddet när kommittentens medel sammanblandats med *fondkommissionärens* egendom? Eftersom dessa i regel ingår avtal för flera kommittenters räkning innebär detta att problem kan uppstå vid identifiering av egendom i kommissionärens besittning.⁸¹

I försträckningsfallet synes svaret självklart, kommittenten kommer inte att tillerkännas separationsrätt vid en insolvenssituation. Frågan här är istället om medel – vilka utgör redovisningsmedel och som sammanblandats med fondkommissionärens förmögenhet – trots allt kan vara sakrättsligt skyddade till förmån för kommittenten. Medlen är på något sätt avskilda men inte helt fullständigt.

En tänkbar situation skulle exempelvis vara att det på det redovisningskonto dit fondkommissionären avskiljer redan finns en viss behållning vilken tillhör fondkommissionären. Vidare skulle en felaktig debitering kunna ha skett av redovisningskontot varmed fondkommissionärens egna medel oavsiktligt beblandats med redovisningsmedlen. Det som förenar dessa båda situationer är det faktum att en sammanblandning skett med endast *en avgränsad del* av fondkommissionärens totala förmögenhetsmassa, nämligen den del som finns på redovisningskontot.

Utgångspunkten är att kommittentens medel inte är sakrättsligt skyddade då dessa sammanblandats med medel som tillhör fondkommissionären. Detta eftersom specialitet i dessa fall inte råder i egendomen.⁸² Enligt förarbetena var dock inte avsikten med lagen att varje sammanblandning med

⁸¹ Dotevall & Tiberg, s. 94.

⁸² Håstad, s. 169.

gäldenärens övriga egendom skulle utsläcka kommittentens möjligheter till separationsrätt.

Här återkommer vi till den gränsdragning som karaktäriserar många situationer med sakrättsliga frågeställningar. Å ena sidan skulle det vara praktiskt svårt att hantera redovisningsmedel om varje ”störning” av den anförtrodda egendomsmassan skulle betyda att det sakrättsliga skyddet upplöstes. Dessutom kan det tyckas oskäligt om det vore så att varje obetydlig sammanblandning mellan fondkommissionärens och kommittentens medel innebar att det sakrättsliga skyddet bortföll. Detta exemplifieras enligt följande. Antag att ränteersättningar från kontoförande institut inkommer på redovisningskontot samt att dessa enligt kontoavtalet skall tillfalla fondkommissionären. En strikt tillämpning av specialitetsprincipen skulle då innebära att det sakrättsliga skyddet för kommittenten upplöstes eftersom en del av kontots behållning snart skulle tillhöra fondkommissionären i takt med att ränteersättningarna utfaller. Detta kan ställas mot övriga borgenärens intresse av att kunna skilja mellan vilken egendom som tillhör fondkommissionären och vilken som inte gör det. Redovisningsmedel tillhör ju inte fondkommissionären.

Utifrån båda dessa intresseperspektiv har den juridiska doktrinen och rättspraxis utvecklat principer för hur dessa problem skall lösas. Utgångspunkten enligt Håstad är att det vore oskäligt om fondkommissionärens vardagliga transaktioner med kommittentens egendom skulle medföra att det sakrättsliga skyddet till medlen skulle upphöra.⁸³ Kommittenten har ju varken godkänt sammanblandningen och inte heller kunnat skydda sig mot den.

Omständigheterna i NJA 1995 s. 367 II (*investorleasing*) visar på de gränsdragningsproblem som uppkommer då kontohavaren – genom olika dispositioner – blandat redovisningsmedel med egna medel. HD anför i sina domskäl att endast det faktum att ett belopp som tillhör sysslomannen finns

⁸³ Håstad, s. 173ff.

på redovisningskontot inte förtar dess särskilda karaktär. Gränsdragningsproblematiken består i att bestämma när sysslomannens dispositioner på kontot blir så omfattande att medlen på kontot inte längre utgör redovisningsmedel. Avgörande är enligt domstolen vad för slags dispositioner det rör sig om samt hur frekvent förekommande dessa är. Bevisbördan åvilar den part som bäst kan förebringa utredning om saken. I förevarande fall var det konkursboet som bäst kunde förebringa sådan utredning. Detta kunde inte konkursboet göra varför domstolen ansåg att medlen inte förlorat sin karaktär som redovisningsmedel.

I vårt fall beträffande fondkommission är det alltså klart att redovisningsmedel inte skall sammanblandas med fondkommissionärens medel för att kommittentens sakrättsliga skydd skall upprätthållas. Om vissa dispositioner ändå skett blir det fråga om gränsdragningsproblematik där vad som kan ses som praktiskt och normalt förekommande flöden inte förtar redovisningskontot dess särskilda karaktär. Enstaka dispositioner, såsom exempelvis räntekompensationer torde i vart fall inte vara av sådan art att kommittentens sakrättsliga skydd skulle råka i fara.

En något annorlunda argumentation fördes NJA 1998 s. 275 (sambofallet). Här var det ett sammanboende par som använt mannens konto som betalningskonto för gemensamma skulder. Till kontot insatte parterna, var för sig, kontinuerligt lika stora belopp. Eftersom kontot stod i mannens namn presumerades inestående medel tillhöra honom i enlighet med 4:17 UB. HD ansåg att mannen var redovisningsskyldig gentemot kvinnan och att ett konto som används för egen del genom uttag och insättningar visserligen kunde ha karaktären av redovisningskonto men att dispositionerna varit så omfattande att medlen inte kunde anses vara behörigen avskilda. Fallet torde indikera att sakrättsligt skydd svårligen etableras avseende sådana medel privatpersoner frekvent transfererar mellan varandras konton.

En annat mycket omtalat rättsfall är det så kallade Spannmålsfallet (NJA 1994 s. 506). Förhållande rörde inte medel utan istället – vilket namnet avslöjar – spannmål. Ett bolag bedrev kvarnrörelse och mottog spannmål för förvaring. Bolaget hade dock även egna spannmål inlagrade tillsammans med mottagna spannmål. Kvarnbolaget försattes i konkurs och fråga uppkom huruvida separationsrätt kunde medges viss pretendent avseende inlagrade spannmål. De inlagrade spannmålen hade sammanblandats med inte bara andra deponenters spannmål utan även med kvarnbolagets spannmål. Att deponenternas spannmål förvarats i en silo och därmed utgjorde en avgränsad del av kvarnbolagets egendom ansågs vara tillräckligt för att uppfylla identifieringskravet. Dock hade även kvarnbolaget spannmål vilka ingick i denna inlagrade mängd. När det gällde denna fråga konstaterades rättsläget mer osäkert. HD anförde dock att samäganderätt till spannmålet uppstått mellan huvudmannen och sysslomannen eftersom spannmålen ingick i en tydligt särskiljbar egendoms massa.

Spannmålsfallet är intressant främst av två skäl. För det första ser vi att RedL kan tillämpas analogt på annan fungibel egendom än pengar. För det andra kan tydligen spannmål – och därmed förmodligen även pengar – vara sakrättsligt skyddade om de ingår i en *tydligt särskiljbar egendoms massa* hos redovisningsgäldenären. Utgången i detta rättsfall har föranlett mig att föreslå vissa förändringar i RedL. Mer om detta i kapitel 8.

6 Direktiv om ställande av finansiell säkerhet

6.1 Allmänna utgångspunkter

År 2002 utkom ett EG-direktiv⁸⁴ som bland annat syftar till att öka säkerheten och förutsägbarheten vid hantering av finansiella säkerheter. Reglerna är avsedda att användas vid olika säkerhetsarrangemang, exempelvis där en part önskar erhålla en kredit med värdepapper som säkerhet. För svenskt vidkommande är pantavtal den huvudsakliga formen för säkerställande.⁸⁵ Genom att direktivets syften uppnås ökar förutsättningarna för integration och kostnadseffektivitet på finansmarknaderna inom EU.⁸⁶ Eftersom finansmarknaderna i allmänhet och inom EU i synnerhet blir alltmer integrerade och gränsöverskridande måste det anses angeläget att också likartad reglering eftersträvas mellan länder. Direktivet föreskriver en långtgående avtalsfrihet mellan parterna både beträffande avtalets innehåll samt den egendom som skall utgöra säkerhet i förhållandet. Vidare uppställs regler om att ett sådant avtal även skall skyddas gentemot tredje man (art. 8.2). Direktivet omfattar finansiellt säkerställande (art. 1) varmed förstås även säkerhetsöverlåtelser.⁸⁷ Vad detta innebär diskuteras i nästa avsnitt. Det intressanta för denna uppsats vidkommande är att även betalningsmedel kan lämnas som säkerhet för viss förpliktelse (ingressen till direktivet pkt 18).

6.2 Säkerhetsöverlåtelser

Hittills i uppsatsen har fokus i viss mån satts på klassificeringen enligt svensk rätt – det vill säga hur den insättning kommittenten gör hos fondkommissionären skall förstås. Min utgångspunkt ha varit att

⁸⁴ 2002/47/EG – Om ställande av finansiell säkerhet.

⁸⁵ Prop 2004/05:30, s. 27.

⁸⁶ Prop 2004/05:30, s. 16.

⁸⁷ Prop 2004/05:30, s. 25.

insättningen företas för att kommittenten skall kunna handla med olika typer av värdepapper genom fondkommissionärens försorg. Genom att ”vända” på förhållandet skulle detta arrangemang även kunna förstås som ett sätt för fondkommissionären att säkerställa betalning för de avtal som ingås med tredje man för kommittentens räkning. Det centrala är att *syftet* med överlåtelsen är att *säkerställa* en fordran – nuvarande eller framtida – utan att säkerhetstagaren för den skull skall bli ägare till egendomen. Fråga uppkommer om detta innebär att endast säkerhetsavtal där medel anförtros som redovisningsmedel omfattas av direktivets bestämmelser. Visserligen omfattas säkerhetsavtal både där äganderätten till säkerheten övergår till säkerhetstagaren och sådana avtal där så inte sker.⁸⁸ När det gäller sådana dispositioner vilka jag i denna uppsats klassificerat som inlåningsmedel övergår äganderätten till fondkommissionären men syftar dessa till att säkerställa en framtida fordran? Om fondkommissionären exempelvis avtalar med tredje man om köp av aktier för kommittentens räkning önskar ju fondkommissionären – genom att kommittenten tidigare anförtrott honom redovisningsmedel – vara säker på att kommittenten faktiskt kan betala för de aktier som köpts in. Hur förhåller det sig vid inlåningsmedel? Eftersom äganderätten till behållningen i dessa fall övergår till fondkommissionären betalar ju denne s.a.s. ”ur egen ficka” när avtal ingås med tredje man. Detta skulle kunna förstås som att fondkommissionären betalar tredje man med egna medel för att sedan kvitta sin fordran på kommittenten mot den fordran kommittenten – genom avtal om insättning (kreditgivning) – har gentemot fondkommissionären. Jag nöjer mig i denna del och konstaterar att det är oklart huruvida insättningar, dels i form av redovisningsmedel och dels i form av inlåning, omfattas av direktivet.

För svenskt vidkommande är säkerhetsöverlåtelse en av de rättsfigurer som åsyftas i direktivet. I den svenska propositionen anförs att ”pengar som krediterats konto” skulle kunna utgöra säkerhet enligt direktivet. I svensk rätt talas i regel om pantavtal när äganderätten kvarstannar hos den som ställer säkerheten medan säkerhetsavtal när äganderätten övergår till den

⁸⁸ Prop 2004/05:30, s. 26.

som tar emot säkerheten.⁸⁹ Det saknas uttryckliga lagregler som reglerar säkerhetsöverlåtelse. Ofta uppfattas arrangemanget som att ligger någonstans mellan omsättningsöverlåtelse, där äganderätten övergår och pantsättning, där äganderätten kvarstannar hos säkerhetsgivaren. Arrangemangen torde kunna se lite olika ut vid säkerhetsöverlåtelse och anledningen till varför en sådan form av säkerställande väljs torde i regel bero på att svårigheter med att uppfylla de sakrättsliga momenten finns eller för att säkerhetstagaren vill förfoga över säkerheten ”som ägare”. Karaktäristiskt är att det finns en återköpsrätt för säkerhetsgivaren intaget i säkerhetsavtalet. Säkerhetsdirektivet stärker fondkommissionärens skydd gentemot kommittentens borgenärer eftersom avtalet skall accepteras och formella krav i princip inte får upprätthållas. Detta betyder att en svensk domstol inte tillåts behandla en säkerhetsöverlåtelse som ett pantavtal (s.k. recharacterization) men dithörande krav på sakrättsliga moment (ex. tradition av panten eller denuntiation till tredje man). Detta framgår explicit av direktivets tredje artikel.

6.3 Betydelsen för kommittentens separationsrätt till medel

Fråga uppkommer då om kommittentens sakrättsliga skydd avseende medel inestående hos fondkommissionären påverkas av direktivet. Enligt art. 5 i direktivet har säkerhetstagaren – i förevarande fall fondkommissionären – rätt att förfoga över ställd säkerhet utan att ett sämre skydd erhålls. Om detta gäller även för säkerhetsställaren är oklart.⁹⁰ Vi vet ju sedan tidigare att om insättningen gjorts i form av inlåning har kommittenten inte separationsrätt om fondkommissionären skulle försättas i konkurs. Om direktivet skall tolkas på ett sådant sätt att även inlåningsmedel kan utgöra säkerhet i säkerhetsavtalet blir konsekvenserna för svensk rätt onekligen intressanta. Enligt direktivets art. 5.2 skall säkerhetstagaren om dispositionsrätten utnyttjas lämna tillbaka likvärdig egendom (substitut) till säkerställaren.

⁸⁹ Prop 2004/05:30, s. 27.

⁹⁰ Prop 2004/05:30, s. 42.

Vad innebär detta för kommittenten som säkerhetsställare? Innebär det att förfogandet utsläckt möjligheterna till separationsrätt till medlen eller kan direktivet förstås på ett sådant sätt att fondkommissionärens dispositioner med dithörande skyldighet att återställa substitut trots allt inte utsläcker kommittentens separationsrätt? Om direktivet även omfattar säkerställarens rätt innebär detta att kommittenten tillerkänns separationsrätt alldeles oavsett kraven enligt RedL(!). Man skulle kunna se det som att dessa medel, på samma sätt som aktierna vilka ännu inte sålts, är sakrättsligt skyddade. Om så är fallet skulle alltså fondkommissionären inneha för annan part sakrättsligt skyddade medel – inte bara genom avskilda medel på olika redovisningskonto – utan även flytande i rörelsen.

Det problem som uppkommer om kommittenten skulle åtnjuta separationsrätt även till inlåningsmedel är uppenbart – andra borgenärer skulle med en sådan reglering ha mycket svårt att fastställa vilken egendom som kan utgöra säkerhet för förpliktelse. Detta eftersom både redovisningsmedel och substitut till detta skulle kunna vara behäftat med separationsrätt för annan part (här kommittenten). Risken att skyddet för övriga borgenärskollektiv helt urholkas torde vara stor och kreditgivningen i allmänhet skulle påverkas starkt negativt.

7 Statlig insättningsgaranti

7.1 Om garantins funktion

1994 antogs inom EU direktiv 94/19/EEG om system för garanti för insättningar. Som en följd av detta trädde lag (1995:1571) om insättningsgaranti i kraft. Huvudsyftet med införandet av garantisystemet var att stärka konsumentskyddet men slutligen kom både fysiska och juridiska personer att omfattas av insättarskyddet. De insättningar som omfattas av lagen är de som gjorts hos ett svenskt institut i Sverige eller hos en filial i ett annat EES-land till ett svenskt institut (3 §). Svenska värdepappersbolag är institut i lagens mening (2 § st. 1).

Med insättning avses nominellt bestämda tillgodohavanden som är tillgängliga för insättaren med kort varsel (2 §). Skyddet innebär att ersättning kan utgå dels till insatt belopp och dels till upplupen ränta till den dag då ersättningsgarantin inträder (4 §). Det högsta belopp en insättare har rätt till enligt garantin är 250.000 kr minskat med det belopp som eventuellt erhålls som utdelning konkursen (4 § st. 2). Att 250.000 kr valts som gräns motiveras med att hushållssektorn endast undantagsvis har bankinlåning som överstiger detta belopp.⁹¹ Detta må vara sant men variationerna torde vara stora och ett flertal kommittenter har med all säkerhet betydligt större belopp än så representerade hos svenska fondkommissionärer. Insättargarantin hanteras av Insättningsgarantinämnden och finansieras genom avgifter från de institut som omfattas av garantin.

⁹¹ Prop. 1995/96:60, s. 35.

8 Avslutande kommentarer

8.1 Kommittentens skydd

Som vi sett finns det i princip endast ett sätt på vilket kommittenten kan tillförsäkra sig att medlen som överförs är skyddade om fondkommissionären skulle försättas i konkurs. Detta genom att avtala om att medlen skall anförtros som redovisningsmedel. Givetvis måste även fondkommissionären också hantera medlen i enlighet med RedL. Fondkommissionären har inte bara sitt affärsmässiga rykte att tänka på utan överträdelse beivras dels genom avtalsmässig skadeståndsskyldighet och dels genom bestämmelser om förskingringsansvar i brottsbalken. Med stöd i rättspraxis kan även sägas separationsrätt i vissa fall kan finnas trots att RedLs förutsättningar inte uppfyllts. Exempel på detta är då medlen sammanblandats med en avgränsad del av sysslomannens förmögenhet.

Dessutom kan det trots vissa olägenheter vara ändamålsenligt att endast överföra belopp upp till 250.000 kr till varje enskild fondkommissionär. Detta eftersom skyddet omfattar varje insättning hos respektive fondkommissionär.

8.2 Något om särskilda problem

Frågan är då huruvida nuvarande principer och regler – när det gäller sakrättsligt skydd till överförda medel – representerar en väl gjord avvägning mellan den enskildes intresse till separationsrätt och intresset av att ha en rättsordning som ger goda förutsättningar för omsättning i samhället. Sakrättsliga regler bör – om avsikten är att öka förutsägbarheten på marknaden – utformas på ett sådant sätt att tvetydigheter elimineras i största möjliga mån. Nedan anför jag ett par synpunkter avseende denna fråga. En del av detta kommer att få betydelse inte bara för svenska fondkommissionärer utan även andra sysslomän.

Den uppdelning som görs mellan inlåningsmedel och redovisningsmedel är överlag ändamålsenlig. Dock anser jag att kunden på ett bättre sätt måste upplysas om att medlen faktiskt är utsatta för en betydligt större finansiell risk om fondkommissionären skulle försättas i konkurs. Som ovan framgått (sid. 17) föreskrevs i 4:1 FFFS 1998:21 att det skulle klargöras för kunden att mottagna medel kommer att ingå i bolagets egen rörelse och att kunden inte har något skydd i det fall bolaget blir föremål för exekution. Ett flertal av de ensidigt upprättade kommissionsavtalen på den svenska marknaden saknar en sådan upplysning. Visserligen finns då i regel ett avtalsvillkor där det står att kunden omfattas av den statliga insättningsgarantin, något som jag inte anser vara tillräckligt. Att vid en konkurssituation utfå hela det överförda beloppet med äganderätt är inte samma sak som att ansöka om ersättning för insättningsgarantinämnden. Dessutom finns ju en beloppsbegränsning i insättningsgarantin om 250.000 kr.

En annan synpunkt jag vill framhålla i detta avsnitt sammanhänger med den osäkerhet som finns beträffande medel som ingår i en avgränsad del av sysslomannens förmögenhet. Det kanske mest intressanta rättsfallet som rör denna fråga är NJA 1994 s. 506. Som bekant tillerkändes käranden separationsrätt i detta fall eftersom huvudmannens deponerade spannmål sammanblandats med en avgränsad del av sysslomannens förmögenhet. Varför då inte reformera RedL i enlighet med denna princip? Jag ger nedan ett förslag på hur en sådan förändring skulle kunna se ut.

När det gäller säkerhetsdirektivets eventuella påverkan på den svenska sakrätten konstaterar jag enbart att behovet av vidare utredning i denna fråga är stort.

En reviderad version av RedL skulle då kunna så ut som följer:

Tidigare lydelse

Vad den som mottagit medel för annan, med skyldighet att redovisa för dem, för sådant ändamål har inestående på räkning i bank eller annorledes håller avskilt skall vara förbehållet huvudmannen, såvitt beloppet avskilts utan dröjsmål. Samma lag vare i fråga om belopp som avskilts senare, om den redovisningsskyldige ej var på obestånd, när beloppet avskildes.”

Vad den redovisningsskyldige har omedelbart tillgängligt för att avskiljas vare ock förbehållet huvudmannen, såvitt dröjsmål med avskiljandet inte föreligger

Är bankräkning eller kassa avsedd för flera huvudmäns medel, njute de inbördes lika rätt, envar i förhållande till sin redovisningsfordran

Föreslagen lydelse

Vad den som mottagit medel för annan, med skyldighet att redovisa för dem, har inestående på räkning i bank eller annorledes håller avskilt skall vara förbehållet huvudmannen, såvitt beloppet avskilts inom en vecka från det att beloppet mottagits av den redovisningsskyldige. Samma lag vare i fråga om belopp som avskilts senare, om den redovisningsskyldige ej var på obestånd, när beloppet avskildes.

Vad den redovisningsskyldige har omedelbart tillgängligt för att avskiljas vare ock förbehållet huvudmannen såvitt dröjsmål med avskiljandet inte föreligger.

Är bankräkning eller kassa avsedd för flera huvudmäns medel, njute de inbördes lika rätt, envar i förhållande till sin redovisningsfordran

Är redovisningsmedel sammanblandade med en avgränsad del av sysslomannens förmögenhet försämrar inte detta huvudmannens rätt.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck från EU

77/780/EEG – direktiv om samordning av lagar och andra författningar om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut

93/22/EEG – direktiv om investeringstjänster inom värdepappersområdet

2002/47/EG – Om ställande av finansiell säkerhet

04/39/EG – direktiv om marknader för finansiella instrument

Offentligt tryck

Proposition 2004/05:30 – Finansiella säkerheter

Proposition 2002/03:139 – Reformerade regler för bank-, och finansieringsrörelse

Proposition 1995/96:60 – Insättningsgaranti

Proposition 1994/95:50 – Nya kapitaltäckningsregler mm

Proposition 1990/91:142 – Om handel och tjänster på värdepappersmarknaden mm

Proposition 1944: 81 – Förslag till lag om redovisningsmedel

SOU 1943:24 s. 22 – Förslag till lag om redovisningsmedel

SOU 1988:63, s. 49 – Kommission och dylikt

SOU 2005:120 – Fondkommission och en ny kommissionslag

FFFS 1998:21 – Om handel och tjänster på värdepappersmarknaden

Litteratur

Almén, Om köp och byte av lös egendom. P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1960. (cit. Almén)

Afrell, Klahr & Samuelsson. Lärobok i kapitalmarknadsrätt. Andra upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998. (cit. Afrell, Klahr & Samuelsson)

Aspling, Den svenska värdepappersmarknaden. Norstedts Juridik AB, Göteborg 1992. (cit. Aspling)

Bengtsson, Särskilda avtalstyper I. P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1971. (cit. Bengtsson)

Falkman, Bankrörelse – risker och riskhantering i banker. Norstedts juridik AB, Stockholm 2002. (cit. Falkman)

Greve, Modeller för finansiell planering och analys. Studentlitteratur, Lund 2003. (cit. Greve)

Hellner, Redovisningsskyldighet i kontraktsrätten (Festskrift till Henrik Hessler). P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1985. (cit. Hellner)

Hessler, Allmän sakrätt. P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1973. (cit. Hessler)

Hult, Kommissionärsavtalet. P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1936. (cit. Hult)

Håstad, Sakrätt avseende lös egendom. Sjätte omarbetade upplagan med supplement mars 2000, Nordstedts juridik AB, Stockholm 2000. (cit. Håstad)

Johansson (Gorton red), Bankrättsligt seminarium Lund 23-24 mars 2001. Studentlitteratur, Lund 2002. (cit. Johansson)

Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse. P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1959. (cit. Karlgren)

Rodhe, Handbok i sakrätt. P A Norstedt & Söners förlag, Lund 1985. (cit. Rodhe)

Söderlund, Att mäta ränterisker. SNS förlag, Stockholm 1996. (cit. Söderlund)

Tiberg & Dotevall, Mellanmansrätt. Nionde upplagan, Norstedts juridik AB, Stockholm 1997. (cit. Tiberg & Dotevall)

Undén, Svensk sakrätt I – Lös egendom. Nionde genomsedda upplagan, Gleerups förlag, Lund 1973. (cit. Undén)

Walín, Separationsrätt. P A Norstedt & Söners förlag, Lund 1975. (cit. Walín)

Zackariasson. Affärsjuridiska uppsatser 1993. Iustus förlag, Uppsala 1994. (cit. Zackariasson)

Artiklar

Lindskog, Om separationsrätt i samband med kommission, Juridisk tidsskrift vid Stockholms universitet 1989-90, s. 207-232. (cit. Lindskog)

Millqvist. Separationsrätt till sammanblandad fungibel egendom, Juridisk tidsskrift vid Stockholms universitet, 1994-95, s. 500-503. (cit. Millqvist i JT)

Rättsfallsförteckning

NJA 1942 s. 433 II

NJA 1971 s. 287 II

NJA 1983 s. 109

NJA 1985 s. 209

NJA 1985 s. 836

NJA 1987 s. 18

NJA 1987 s. 517

NJA 1994 s. 506

NJA 1995 s. 367 II

NJA 1996 s. 700

NJA 1998 s. 275