

# Kapstadskonventionen och svensk kreditsäkerhetsrätt

GÖRAN MILLQVIST\*

## 1. Inledning

Den 1 april 2016 trädde lagen (2015:860) om internationella säkerhetsrätter i lösa saker i kraft och under 2018 är det tänkt att vissa väsentliga kompletteringar i lagen ska ske.<sup>1</sup> I kompletterat skick innebär lagen att Sverige har tillträtt och införlivat med svensk rätt den så kallade Kapstadskonventionen och dess två protokoll avseende kreditsäkerhet i luftfartyg (luftfartsprotokollet, LP) respektive järnvägsfordon (järnvägsprotokollet, JP).<sup>2</sup> Sverige har därmed i väsentlig grad moderniserat sin kreditsäkerhetsrätt vad gäller internationellt gångbar kreditsäkerhet i dessa egendomslag. Ett tredje protokoll avseende satelliter och annan rymdutröstning har utarbetats inom UNIDROIT men har ännu inte trätt i kraft. Det ska bli nästa steg i denna utveckling.<sup>3</sup>

Luftfartyg har allt sedan flygets barndom stått under särskild reglering i svensk rätt och uppfattas nog av de flesta jurister som ganska speciella objekt som får hanteras av specialister. Bland mycket annat kan noteras att lagstiftaren inte brydde sig om att ändra det äldre systemet för inskrivning

\* Professor i civilrätt vid Stockholms universitet och verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

<sup>1</sup> Förordning (2015:869) om ikraftträdande av lagen (2015:860) om internationella säkerhetsrätter i lösa saker. Förarbetena består av prop. 2015/16:12 Bättre möjligheter till finansiering av luftfartyg, SOU 2014:79 Internationella säkerheter i flygplan m.m. – Kapstadskonventionen och luftfartygsprotokollet, Betänkande av Kapstadsutredningen – Internationella säkerheter i luftfartyg m.m., prop. 2017/18:117, Bättre möjligheter till finansiering av järnvägsfordon, och SOU 2016:43 Internationella säkerhetsrätter i järnvägsfordon m.m. – Järnvägsprotokollet, Betänkande av Kapstadsutredningen II – Internationella säkerhetsrätter i rullande järnvägsmateriel.

<sup>2</sup> UNIDROIT/ICAO *Convention on International interests in Mobile Equipment*, Cape Town 16 November 2001 (Cape Town Convention eller Kapstadskonventionen på svenska), *Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Cape Town 16 November 2001, och *Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Railway Rolling Stock*, Luxembourg 23 February 2007.

<sup>3</sup> Se <http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/space-protocol> (21 juni 2016).

av skuldebrev som kreditsäkerhet i luftfartyg då Jordabalken 1970 övergick till det nya pantbrevssystemet eller när detta infördes i Sjölagen genom lag (1973:1064) om ändring i sjölagen (1891:35 s. 1). Fortfarande sker in-teckning i luftfartyg genom registrering av skuldebrev i inskrivningsregistret för luftfartyg och säkerheten består i en panträtt i luftfartyget med förmånsrätt enligt 4 § 4 p. förmånsrättslagen, se 3, 5, 6 och 14 §§ lagen (1955:227) om in-teckning i luftfartyg.

När det gäller järnvägsfordon är däremot situationen en annan. Dessa utgör lösöre och följer allmänna civilrättsliga regler om lösöre vad gäller pantsättning och annan kreditsäkerhet i dem. Detta innebär således att svensk rätt här fått en komplettering till förmögenhetsrätten avseende internationella kreditsäkerhetsarrangemang i dessa lösören.

Nedan presenteras Kapstadskonventionens regelsystem och den samver-kansmodell som har utnyttjats mellan en uppsättning generella grundregler och särskilda tillämpningsregler i form av separata protokoll avpassade för olika egendomslag. Siktet är inställt på hur detta samlade regelverk förhåller sig till svensk kreditsäkerhetsrätt och i någon mån till om dessa internatio-nella regler skulle kunna stå modell för motsvarande svenska, interna regler.<sup>4</sup>

## 2. Översikt över konventionen och dess två protokoll

### 2.1 Inledning

Kapstadskonventionen med sina protokoll är en ambitiös modell för unifie-ring av kreditsäkerhetsrätten i samband med vissa transaktioner avseende

<sup>4</sup> Källmaterialet och litteraturen kring Kapstadssystemet är omfattande. Det har etablerats permanenta "Working Groups" för flyget och järnvägen och en särskild tidskrift är inrik-tad på konventionens tillämpningsområden. Konventions- och protokollstexter finns på <http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention>. *Aviation Working Group* finns på <http://www.awg.aero/> och *Railway Working Group* finns på [www.railworkinggroup.org](http://www.railworkinggroup.org). *Cape Town Convention Journal* började publiceras 2012 och kom-mer ut med ett nummer om året. Den finns på <http://www.tandfonline.com/loi/rcap20>. *Uniform Law Review*, utgiven av UNIDROIT, innehåller också mycket material avseende Kapstadssystemet. Regelverket har kommenterats utförligt av en av dess upphovsmän, *Sir Roy Goode*, i tre separata, av UNIDROIT sanktionerade kommentarer, *Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Official Commentary, third edition, 2013, as approved for distribu-tion by the UNIDROIT Governing Council pursuant to Resolution No. 5 adopted by the Cape Town Diplomatic Conference (cit. Goode I); *Official Commentary on the Con-vention on International Interests in Mobile Equipment and the Luxembourg Protocol thereto on Matters specific to Railway Rolling Stock*, Second edition, 2014 (cit. Goode II), och *Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Protocol thereto on Matters specific to Space Assets*, 2013.

de utpekade egendomsslagen. Reglerna i konventionen sammantagna med protokollen är materiella regler för hur internationell creditsäkerhet skapas och vilken rättsverkan sådan säkerhet har, vilket innebär att regelverket innehåller avtalsrättsliga, obligationsrättsliga, sakrättsliga och insolvensrättsliga regler som, i de fall de är tillämpliga, har företräde framför de nationella motsvarigheterna. Samtidigt är dessa internationella regler mycket specifika genom att peka ut både de transaktionstyper och egendomslag som omfattas. Det bör dock särskilt framhållas att regelverket inom de yttre ramarna så långt det går bygger på avtalsfrihet och möjlighet att anpassa detaljerna efter enskilda parterers behov.<sup>5</sup>

Konventionen och dess protokoll kretsar kring skapelsen *internationell säkerhetsrätt* ("*international interest*"), vilket är ett creditsäkerhetsintresse av visst slag i viss egendom skapat i enlighet med konventionens och det relevanta protokollets regler, på sådant sätt att det kan registreras i relevant register, Art. 1 (o), 2 och 7 Cape Town Convention. Själva registren är globala och, för flygets del, placerat i Dublin, Irland, och för järnvägen, i Luxembourg.<sup>6</sup> De intressen som omfattas och är möjliga att registrera är *panträtt* och bibehållen eller förvärvad *äganderätt i säkerhetssyfte*, med andra ord objektssäkerhet eller realsäkerhet (om man nu inte vill begränsa den senare termen till att avse fast egendom). Utöver regelrätta pantförskrivningar omfattas säkerhetsöverlåtelser, avtalade retentionsrätter, olika former av återtagande- och ägarförbehåll samt olika leasingkonstruktioner, allt under förutsättning av att de avser ett identifierbart objekt av den kategori respektive protokoll omfattar, att det underliggande avtalet är skriftligt samt att gäldenären är hemmahörande i en konventionsstat vid tidpunkten för avtalsingåendet, Art. 2 – 4 och 7 Cape Town Convention. Är dessa förutsättningar uppfyllda kan en registrering av den aktuella säkerhetsrätten göras i det internationella registret vilket medför förmånsrätt i förhållande till senare registreringar i samma egendom och till oregistrerade rättigheter i denna. För svensk rätts del innebär det särskild förmånsrätt enligt 4 § 2 p. förmånsrättslagen (1970:979), i ny lydelse, och Art. 29 Cape Town Convention, samt utesluter senare godtrosvärv av sådan egendom enligt nationell lagstiftning.<sup>7</sup> Registreringen medför således fullständigt sakrättsligt skydd genom att medge både omsättningsskydd och borgenärsskydd. Eftersom den särskilda förmånsrätten omfattar samtliga typer av säkerhetsställanden som omfattas av regelsystemet innebär det att även återtagandeförbehåll och leasingrätt numera har särskild förmånsrätt enligt 4 § 2 p. förmånsrättslagen.

<sup>5</sup> Goode I, s. 17 f.

<sup>6</sup> Se SOU 2014:79 s. 201 f., SOU 2016:43 s. 111 f.

<sup>7</sup> Goode I, s. 217 och 333, och SOU 2014:79 s. 121.

Nedan preciseras kraven för Kapstadssystemets tillämplighet avseende parter, egendomslag, transaktionstyper, tillkomst av säkerhet, rättsverkningar samt insolvensrättsliga effekter.

## 2.2 Registrerad internationell säkerhetsrätt

En central bestämmelse i det nya regelsystemet är Art. 29.1 Cape Town Convention genom att där ges huvudregeln om absolut prioritet för registrerad säkerhet, dels i förhållande till senare registreringar, dels till oregistrerade rättigheter. Strikt tidsprioritet mellan registreringarna inbördes gäller varför tidpunkterna för olika säkerheters uppkomst inte spelar någon roll eller eventuell vetskap hos säkerhetshavaren om dessa vid registreringen, Art. 29.2 Cape Town Convention. Dock gäller enligt Art. 60 Cape Town Convention att nationella rättigheter och säkerheter som fanns då konventionen trädde i kraft i den aktuella staten fortsätter att gälla i enlighet med nationell rätt. Inskrivna rättigheter och säkerheter enligt lagen (1955:227) om inskrivning av rätt till luftfartyg, som förelåg per den 1 april 2016, då lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker trädde i kraft, gäller således här i landet i enlighet med vad som föreskrivs i 1955 års lag. Det ska dock noteras att *förmånsrättsligt* har en internationell säkerhetsrätt alltid företräde genom placeringen i 4 § 2 p. förmånsrättslagen, framför panträtt på grund av inteckning i luftfartyg och reservdelar i 4 § 4 p. förmånsrättslagen. Motsvarande gäller för oregistrerad, inhemsk *panträtt* i järnvägsfordon eftersom den har förmånsrätt enligt 4 § 3 p. förmånsrättslagen. Men när det gäller befintlig *separationsrätt* (kreditsäljare och leasegivare) till järnvägsfordon går denna före senare tillkomna konventionsbaserade registreringar.

Avtal om efterställning och andra omkastningar i prioritetsordningen är möjliga och bindande, Art. 29.5 Cape Town Convention. Den registrerade säkerheten följer också egendomen med bibehållen prioritet om denna överlåts eller blir föremål för andra säkerhetsarrangemang såsom kreditförsäljning mot ägarförbehåll eller leasing, Art. 29.3 och 4 Cape Town Convention. Här ges också föreskrifter som utesluter godtrosvärv av säkerhetsobjekt som skulle kullkasta säkerhetsrätten. Genom att Art. 29 Cape Town Convention ingår bland de bestämmelser som implementerats som lag här i landet, 2 § lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker, blir de egendomslag som omfattas undantagna från godtrosvärvslagen (1986:796), jfr 1 § 2 st. godtrosvärvslagen. Slutligen påpekas särskilt i Art. 29.7 Cape Town Convention att prioritetsreglerna endast omfattar sådan egendom som konventionen pekar ut i Art. 2.3 Cape Town Convention, se vidare om egendomslagen nedan avsnitt 2.4.

Det ska också påpekas att det finns undantag från den prioritetsordning konventionen föreskriver, som avser legala säkerheter såvida särskilda förklaringar avgivits av den anslutande staten, Art. 39 och 40 Cape Town Convention. För Sveriges del har förklaringar lämnats avseende luftpanträtt och i vissa avseenden retentionsrätt, som kvarstår i 4 § 1 p. förmånsrättslagen, jfr 9 § förmånsrättslagen, och har prioritet även framför vid tillträdet befintliga registreringar samt interimistiska säkerhetsåtgärder enligt 11 kap. 2 § luftfartslagen (2010:500) för betalning av offentliga flygplatstjänster. Därtill har förklaring lämnats om att registrering som internationell säkerhetsrätt kan ske av säkerhetsrätt som uppkommer till följd av ett avgörande om kvarstad, betalningssäkring eller utmätning av domstol eller Kronofogdemyndigheten.<sup>8</sup>

### 2.3 Vilka parter omfattas?

Regelverket är av uteslutande kommersiellrättslig karaktär vilket medför att de parter som är aktuella för att omfattas företrädesvis utgörs av juridiska personer. Varken konventionen eller protokollen innehåller dock några preciseringar av sådant slag. Det görs inte heller någon uttrycklig avgränsning gentemot konsumenträtten. "Borgenär" och "gäldenär" definieras särskilt i Art. 1 (i) och (j) Cape Town Convention till att avse parterna i de creditsäkerhetsavtal som omfattas, således panthavare – pantsättare, säkerhetsförvärvare – säkerhetsöverlåtare, creditsäljare – kreditköpare och leasegivare – leasetagare. Med "gäldenär" kan också avses en tredje man vars egendom är belastad med en registrerbar legal säkerhetsrätt och "borgenär" omfattar även successorer till den ursprungliga avtalsparten. Inget hindrar att flera borgenärer har internationella säkerheter i samma objekt enligt samma registrering, exempelvis genom ett syndikerat lån eller som gemensamma leasegivare eller att det finns flera gäldenärer till samma förpliktelse.<sup>9</sup>

Det är en grundläggande förutsättning för regelverkets tillämplighet att *gäldenären* vid tidpunkten för det avtal som konstituerar den internationella säkerhetsrätten har en tillräcklig koppling till en konventionsstat, att gäldenären "befinner sig" ("is situated") i en sådan stat, Art. 3 Cape Town Convention. Lokaliseringen av gäldenären preciseras i Art. 4 Cape Town Convention till det land där gäldenären (a) är bildad ("incorporated or formed"), (b) där gäldenären är registrerad eller har legalt säte ("registered office or statutory seat"), (c) sitt huvudkontor ("centre of administra-

<sup>8</sup> Prop. 2015/16:12 s. 44 f.

<sup>9</sup> Goode I, s. 47. Det kan även tänkas att en "trustee", "lead bank" eller annan representant utrustas med behörighet att registrera internationell säkerhetsrätt för borgenärs räkning, Art. VI LP och Art. IV JP. Det kan noteras att artiklarna i konventionen skrivs med arabiska siffror men i protokollen med romerska.

tion”) eller (d) bedriver verksamhet (”place of business”), eventuellt den huvudsakliga verksamhetsorten om det finns flera. Saknas verksamhetsort gäller slutligen gäldenärens normala hemvist (”habitual residence”), Art. 4.2 Cape Town Convention. Dessa anknytningsfaktorer är alternativa och det räcker således att en är uppfylld för att konventionssystemet ska vara tillämpligt. Tanken är att tillämpningsområdet ska vara så omfattande som möjligt.<sup>10</sup> Skulle gäldenären flytta till en icke fördragsslutande stat efter avtalsingåendet är konventionen fortsatt gällande och registrering av en internationell säkerhetsrätt kan ske. I det omvända fallet, att gäldenären flyttar från icke fördragsslutande stat till en konventionsstat, måste dock därefter ett relevant avtal ingås (eventuellt ett befintligt avtal förnyas) och registrering ske.

Var *borgenären* finns eller är hemmahörande spelar däremot ingen roll. Denne kan således vara av samma nationalitet som gäldenären eller hemmahörande i en icke fördragsslutande stat.

## 2.4 Vilka egenskapskategorier omfattas?

Som redan framgått tar Kapstadssystemet sikte på flyget, järnvägen och rymden via en kombination mellan konventionens grundbestämmelser och respektive protokoll. Det rör sig om luftfartygsskrov, flygmotorer, helikoptrar, rullande järnvägsmateriel och rymdobjekt, Art. 3.3 Cape Town Convention.<sup>11</sup> Respektive objektstyp definieras närmare i protokollen i utförliga definitionsartiklar inledningsvis, Art. I.2 (a)–(e) LP och Art. I.2 (e) JP. För luftfartygens del innebär definitionerna att endast lite större flygplan omfattas, som tar minst åtta passagerare eller 2 750 kg fraktgods. Därutöver omfattas separata flygplansskrov och flygmotorer av viss minsta storlek och helikoptrar.<sup>12</sup> För järnvägsfordon gäller att de ska vara bundna till spår eller styrbana och förflyttas tillsammans med eget framdrivningssystem. Typiskt sett lok och vagnar på räls eller annan styrbana men även spårvagnar, tunnelbanetåg, bergbanor och linbanor.<sup>13</sup>

Det är ett formkrav för giltig säkerhet att egendomen kan identifieras såsom utgörande unika objekt, Art. 7 (c) Cape Town Convention, Art. VII

<sup>10</sup> Goode I, s. 27.

<sup>11</sup> Ang. rymdobjekten se not 2 ovan, förhandlingar pågår. Det finns också planer på att utvidga regelsystemet till jordbrukets och gruvindustrins fordon och maskiner, inledande förhandlingar pågår för ett sådant protokoll, ”*Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Agricultural, Construction and Mining Equipment (the “MAC Protocol”)*”, se <https://www.unidroit.org/89-news-and-events/2287-mac-protocol-second-session-of-the-committee-of-governmental-experts>.

<sup>12</sup> Prop. 2015/16:12 s. 37 f. och SOU 2014:79 s. 140 f.

<sup>13</sup> SOU 2016:43 s. 66 f., se även prop. 2017/18:117 s. 15 f., med beskrivning av vilka kategorier som omfattas.

LP och, med viss modifikation, Art. V JP. Liksom enligt nationell svensk rätt måste objektet för en säkerhetsrätt kunna preciseras och identifieras i enlighet med specialitetsprincipens krav på bibehållen identitet, för säkerhetsrättens sakrättsliga giltighet. För flygets del utgör detta inte ett så stort problem. Luftfartyg och deras beståndsdelar, särskilt motorer, har sedan länge varit utrustade med egen identitet genom nationalitetsregistrering. Det råder sällan någon tvekan om vilket objekt det är fråga om då till exempel ett luftfartyg eller en flygmotor är föremål för säkerhetsöverlåtelse eller sale and lease-back och dessa objekt bibehåller också sin identitet över tiden även om ingripande service genomförs kontinuerligt.

Från svensk utgångspunkt bör dock särskilt uppmärksammas att Kapstadssystemet innefattar en precisering av reglerna för *accession* (sammanfoganden) på det sättet att separat registrering kan ske av en flygmotor med full rättsverkan oberoende av var motorn befinner sig, således oberoende av om den finns monterad på det ena eller andra flygplanet eller står avmonterad.<sup>14</sup> Flygmotorer ses som separata enheter för säkerhetsändamål. Detta kan inte åstadkommas enligt svensk nationell rätt annat än med stora svårigheter och osäkerhet avseende effekten.<sup>15</sup> Flygmotorer kan inte registreras separat i det svenska luftfartygsregistret och inte heller i inskrivningsregistret.<sup>16</sup> Separata nationella in-teckningar kan därför inte tas ut i flygmotorer och det sakrättsliga skyddet vid en försäljning uppstår först vid övergång av besittningen till motorn.<sup>17</sup> Det går inte heller att göra en lösöre köpsregistrering enligt 1845 års lösöre köpslag av en del av ett lösöre, i detta fall motorn som en del av ett flygplan.<sup>18</sup>

Kapstadssystemet innebär också en precisering av att det relevanta luftfartsobjektet för registrerad säkerhet omfattar komponenter (tillbehör) såvida dessa inte omfattades av särskilda, enligt nationell rätt bestående rättigheter vid inmontering, Art. 29.7 Cape Town Convention och Art. XIV.4 LP. Några sådana finns som sagt inte enligt svensk rätt.

Annorlunda är det för järnvägen. Det har aldrig funnits något enhetligt registreringssystem för järnvägsfordon, varken nationellt eller internationellt, utan det skapas först nu genom Kapstadssystemet. Särskilt besvärande är att det inte heller finns något allmänt accepterat system för identifiering på objektsnivå. Hur ska man kunna koppla ihop en befintlig registrering med ett visst lok eller tågsätt så att det inte kan ifrågasättas att borgenären faktiskt har en privilegierad säkerhetsrätt i objektet eller objekten? Iden-

<sup>14</sup> Goode I, s. 29.

<sup>15</sup> Se Peter Strömgren, Tillbehör och accession, Iustus, Uppsala 2012, s. 50 ff.

<sup>16</sup> Se 2 kap. luftfartslagen (2010:500), 10 kap. 7 § handelsbalken och 4 och 14 §§ lagen (1955:227) om inskrivning av rätt till luftfartyg.

<sup>17</sup> Prop. 2015/16:12 s. 19.

<sup>18</sup> Se härom Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, Norstedts, Stockholm 1996, s. 251 f. och Strömgren, a.st.

tifieringsfrågan har föranlett en hel del diskussion i samband med JP:s tillkomst och problemet är ännu inte löst.<sup>19</sup> JP preciserar i Art. V att kravet på identifiering i Art. 7 (c) Cape Town Convention ska anses uppfyllt genom en beskrivning av den rullande järnvägsmateriel som omfattar de ingående beståndsdelarna eller angivande av en typbeteckning eller en förklaring om att avtalet omfattar all befintlig eller framtida järnvägsmateriel, eventuellt med undantag för viss angiven materiel. I Art. V.2 JP anges särskilt att en internationell säkerhet kan föreligga i framtida järnvägsmateriel om det preciserats enligt det just sagda och säkerhetshavaren (panthavaren, ägarförbehållssäljaren eller leasegivaren) förvärvar rätten att förfoga över egendomen utan att det behövs någon ny överlåtelsehandling. När det gäller järnvägsmateriel ska således kraven i Art. 2.2 ("en viss identifierbar tillgång") och 7 (c) (att avtalet "identifierar objektet") Cape Town Convention, förstås som även omfattande framtida materiel. Den tämligen öppna och flexibla skrivning som ges i Art. V JP preciseras dock i Art XIV JP vad gäller kraven för registrering av säkerhetsrätt i visst järnvägsmateriel. Här krävs en tydlig och fast metod för identifiering genom (a) preciserad beskrivning på objektsnivå eller (b) typnivå, eller (c) ett uttalande om att all nutida och framtida järnvägsmateriel omfattas, eller slutligen (d) all nutida och framtida järnvägsmateriel med angivna undantag.

Tillbehör av alla slag omfattas av definitionen av rullande järnvägsmateriel, Art. I.2 (e) JP. Häri ingår framdrivningssystem, motorer, bromsar, axlar, boogier, strömvtagare och andra tillbehör som är installerade på eller integrerade i fordonen. Även dokumentation i form av tillhörandedata, manualer och register omfattas. Däremot finns det inga regler om separat hantering av motorer. Dessa kan inte utgöra separata objekt i konventionens mening och därmed inte registreras separat för säkerhetsändamål.

## 2.5 Vilka transaktioner omfattas?

### 2.5.1 Allmänt om pant, ägarförbehåll och leasing

Kännetecknande för Kapstadssystemet är att det tar sikte på internationella säkerheter i objekt som ofta rör sig över nationsgränser och att därmed åsyftas panträtt och äganderätt i säkerhetssyfte. Närmare bestämt framgår av Art 2.2 (a)–(c) Cape Town Convention att det rör sig om säkerhet som,

<sup>19</sup> Se Goode II, s. 432 och Howard Rosen, Inside Track Issue no. 29, 2017-09-29, Rail Working Group, med hänvisning till ett identifieringssystem under utveckling "Unique Rail Vehicle Identification System" (URVIS), beskrivet i artikeln Rail Working Group, Working towards a global common identifier for Railway Rolling Stock, <http://www.railworkinggroup.org.nova.ch-meta.net/wp-content/uploads/docs/r0594.pdf>.



i svensk översättning, ställts genom *pantavtal*, *äganderättsförbehåll* eller *leasingavtal*, avseende de relevanta egendomsslagen.

*Pantavtal* i den svenska översättningen kan innebära viss osäkerhet i tolkningen eftersom den engelskspråkiga versionen använder det vidare begreppet "security agreement" i Cape Town Convention.<sup>20</sup> Detta omfattar, utöver "a pledge" även "a charge", vilket kan vara en form av panträtt utan besittningskrav, och "a contractual lien", vilket närmast motsvarar avtalad retentionsrätt.<sup>21</sup> Pantavtal får således omfatta flera varianter än vad som annars är vanligt i svenskt juridiskt språkbruk. De andra två säkerhetsformerna – äganderättsförbehåll och leasingavtal – kan däremot ges samma innebörd som enligt nationell svensk rätt.<sup>22</sup>

Det är väsentligt att notera att konventionen ensam avgör om det rör sig om en säkerhet som faller under konventionen men att klassificering av en säkerhet som omfattad av 2.2 (a), (b) eller (c) avgörs av tillämplig nationell rätt, Art. 2.4 Cape Town Convention.<sup>23</sup> Detta innebär ett tvåstegsförfarande, där det först avgörs enligt konventionssystemet exklusivt om ett avtal innefattar ett säkerställande som omfattas av definitionerna och därefter en klassificering enligt tillämplig nationell rätt som tillhörig den ena eller andra kategorin. Om svensk rätt är tillämplig kan det exempelvis uppstå frågor om ett leasingavtal bör hanteras som ett kreditköp eller en nyttjanderättsupplåtelse, jfr 1 § 3 st. lagen (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl., eller om en säkerhetsöverlåtelse ska ses som en ren pantsättning eller inkluderande en äganderättsövergång. En del av dessa gränsdragningsfrågor diskuteras vidare strax nedan.

Via kravet i Art. 7 (c) Cape Town Convention på identifiering av objektet för säkerheten omfattas inte alls säkerhet i ett växlande underlag, såsom företagshypotek enligt svensk rätt, "floating charge" enligt brittisk rätt eller "fixed security interest" i en egendomsklass enligt amerikansk rätt. Denna avgränsning ska hållas isär från möjligheten till säkerhet i framtida rullande järnvägsmateriel enligt Art. V.2 JP.

Det kan också noteras att *personsäkerhet* i form av borgen och garanti av olika slag av samma skäl inte omfattas då de inte medför någon rätt till särskild egendom för säkerhetshavaren vilket är ett krav enligt Art. 2.1 och 7 (c) Cape Town Convention.

<sup>20</sup> I Art 2.2 (a) i den svenska översättningen anges endast pantavtal, vilket i SOU 2014:79 s. 106, sägs omfatta även säkerhetsöverlåtelse.

<sup>21</sup> Goode I, s. 35. I prop. 2015/16:12 s. 22, anges att "pantavtal" omfattar pantförskrivning, säkerhetsöverlåtelse och fall där egendom lämnats till borgenären t.ex. för reparation eller förvaring och "där det avtalats om att egendomen ska utgöra en säkerhet för betalning av tjänsten."

<sup>22</sup> Jfr prop. 2015/16:12 s. 23.

<sup>23</sup> Goode I, s. 45.

### 2.5.2 Särskilt om sale and lease-back

Sale and lease-back är en avtalskonstruktion som är vanlig i kreditsammanhang både avseende luftfartyg och järnvägsmateriel.<sup>24</sup> Metoden innebär att kredittagaren som ägare av ett lämpligt objekt säljer detta till en kreditgivare/leasegivare mot kontant betalning och leasar därefter objektet för en bestämd tid samt betalar periodvisa leasingavgifter motsvarande amortering och kreditkostnader. Äganderätten till objektet utgör leasegivarens huvudsakliga creditsäkerhet och eftersom förhållandet är upplagt som en nyttjanderättsupplåtelse medför betalningarna i sig ingen återgång av äganderätt till leasetagaren, såsom fallet är vid kreditköp mot ägarförbehåll, jfr avräkningsreglerna i 9 och 10 §§ avbetalningsköplagen.

Transaktionen består således av två led i form av dels en försäljning, dels en nyttjanderättsupplåtelse. Det är naturligtvis väsentligt för alla inblandade att rättsverkningarna av helheten blir de avsedda, nämligen sakrättsligt skyddad creditsäkerhet för kreditgivaren. Här visar sig dock en väsentlig skillnad mellan reglerna för luftfartyg respektive järnvägsmateriel vad gäller Cape Town Convention-reglernas omfattning. Utgångspunkten är Art. 41 Cape Town Convention, som anger att konventionen är tillämplig på försäljningar av objekt och optioner avseende dessa, ”i enlighet med protokollets bestämmelser, med de inskränkningar som framgår där.”

*Luftfartygsprotokollet* anger i Art. III LP att större delen av Cape Town Convention är tillämplig även på alla slags försäljningar av, inklusive framtida optioner till, objekt som omfattas av konventionen, vilket innebär att försäljningar kan registreras även om de inte sker i säkerhetssyfte. Sådan registrering medför därmed rättsverkan enligt konventionssystemet, bland annat i form av prioritet framför nationell rätt som annars skulle vara tillämplig på försäljningen i de frågor som Cape Town Convention-systemet omfattar. *Inom* Cape Town Convention-systemet gäller dock att en registrerad överlåtelse endast skyddar köparen i egenskap av köpare. Skulle köparen exempelvis leasa ut det köpta flygplanet måste även leasingavtalet registreras för att köparen ska vara skyddad till sin rätt som leasegivare, jfr Art. 29.1 Cape Town Convention.<sup>25</sup> Detta omfattning för Cape Town Convention och LP genomfördes på önskemål av flygindustrin eftersom det ansågs önskvärt att kunna dra nytta av det internationella registreringsförfarandet även för försäljningar, oberoende av deras syfte.<sup>26</sup>

*Järnvägsprotokollet* däremot har inte någon motsvarande ”utvidgningsregel” utan här gäller det omfattning som anges i Cape Town Convention, nämligen de säkerhetstransaktioner som räknas upp i Art. 2.2 Cape Town

<sup>24</sup> Prop. 2015/16:12 s. 19, SOU 2014:79 s. 68, prop. 2017/18:117 s. 10 och SOU 2016:43 s. 44.

<sup>25</sup> Goode I, s. 333.

<sup>26</sup> Goode I, s. 34 och 215 f.

Convention (pantavtal/säkerhetsöverlåtelse, ägarförbehåll och leasingavtal). Ordinär omsättningsöverlåtelse av järnvägsmateriel kan inte registreras på sådant sätt att några särskilda rättsverkningar inträder. Det anges visserligen i Art. XVII JP att "[m]eddelanden om försäljning av rullande järnvägsmateriel ska enligt regelverket kunna registreras i det internationella registret", varvid registreringsbestämmelserna i kap. III JP och kap. V Cape Town Convention blir tillämpliga, men samtidigt att sådan registrering inte får "ha något annat syfte än att informera och ska inte påverka någon persons rättigheter eller ha någon annan effekt enligt konventionen eller detta protokoll." Registreringen i sig medför således inga särskilda rättsverkningar.

Denna avgränsning gentemot försäljningar väcker en del frågor i förhållande till svensk rätt, som måste hanteras i de fall svensk rätt är tillämplig lag. Dels gäller det gränsdragningen mellan säkerhetsöverlåtelse (som ska kunna registreras som internationell säkerhet) och omsättningsöverlåtelse (som endast kan registreras i upplysningssyfte), dels betydelsen av sakrättslig fullbordan av omsättningsöverlåtelse av lösöre enligt svensk rätt.

Gränsdragningsfrågan är från svensk utgångspunkt i sig välkänd och har diskuterats i omgångar i olika lagstiftningsärenden och litteraturen.<sup>27</sup> Strävan har länge varit att undvika behovet av svåra gränsdragningar genom att ställa upp gemensamma regler för överlåtelse, inklusive säkerhetsöverlåtelse, och pantsättning, vilket syns inte minst i 10 § skuldebrevslagen – vad lagen anger avseende överlåtelse av skuldebrev omfattar även pantsättning därav. Motsvarande lösning återkommer i den betydligt senare kontoföringslagen från 1998.<sup>28</sup> Denna strävan efter enhetlig behandling kan dock komma att brytas om det inhemska förslaget i SOU 2015:18 till avskaffande av traditionsprincipen som sakrättsligt moment för borgenärsskydd vid köp genomförs till förmån för avtalsprincipen. I denna ändring ligger att det måste göras en åtskillnad mellan omsättningsöverlåtelser och säkerhetsöverlåtelser eftersom endast de förra skulle omfattas av reformen. Säkerhetsöverlåtelserna skulle hanteras som pantsättningar och därmed kräva tradition enligt 10 kap. 1 § handelsbalken eller eventuellt registrering om förslaget till registerpantssystem också genomförs.<sup>29</sup> Motsvarande behov av gränsdragning uppstår således nu via Cape Town Convention-systemet.

Om i samband med en sale and lease-back den inledande försäljningen skulle ses som en omsättningsöverlåtelse (en "verklig" försäljning) innebär det att nationell rätt avgör vad som krävs för fullbordan av försäljningen. Är svensk rätt tillämplig lag innebär det således för närvarande att försäljningen måste fullbordas genom tradition eller registrering enligt 1845 års lösöreköpslag, för att leasegivaren/kreditgivaren ska uppnå den eftersträfvade

<sup>27</sup> Se härom Millqvist, *Sakrättens grunder*, 8 uppl., 2018, s. 160 med hänv. i not 25.

<sup>28</sup> Lagen (1998:1479) om värdepapperscentraler och kontoföring av finansiella instrument 6 kap. 7 § första st. – Bestämmelserna i 1–5 §§ tillämpas även vid pantsättning.

<sup>29</sup> Se SOU 2015:18 s. 123 ff.

objektssäkerheten i form av äganderätt till egendomen. Denna icke önskade effekt av Cape Town Convention-systemets begränsade omfång på denna punkt är tänkt att hanteras i den svenska implementeringen på det sättet att enligt en ny särskild regel i 9 § lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker, sale and lease-back av järnvägsfordon erhåller sakrättsligt skydd i och med registrering i det internationella registret.<sup>30</sup> Med denna lösning har lagstiftaren i sådant fall föregått sig själv genom att avskaffa traditionsprincipen som möjligt rekvisit för fullbordan av försäljningar av rullande järnvägsmateriel om försäljningen ingår som led i en sale and lease-back som registreras som internationell säkerhet enligt Cape Town Convention-systemet, även om försäljningen skulle vara att se som en regelrätt omsättningsöverlåtelse. Registrering enligt 1845 års lösoreköpslag kommer dock fortsatt vara möjlig men kanske inte så attraktiv. Det kan noteras att regeln i 9 § lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker hänvisar till Art. 2.2 (c) Cape Town Convention, vilket medför att *alla* former av leasing som kan utgöra internationell säkerhetsrätt omfattas av registreringsmöjligheten som svenskt sakrättsmoment. Detta lär dock inte medföra några särskilda problem eftersom det endast innebär en dubblering av de åtgärder som medför sakrättsligt borgenärsskydd enligt svensk rätt.

Genomförs det generella förslaget om avskaffande av traditionsprincipen för lösöre blir samtidigt den särskilda regeln onödig och kan avskaffas för att i framtiden undvika eventuell förvirring i lagtolkningen. Allt dock under förutsättning av att det rör sig om omsättningsöverlåtelser.

I de fall det *inte* rör sig om sale and lease-back kvarstår dock en gränsdragningsfråga mellan sådana säkerhetsöverlåtelser som i sig kan registreras som internationella säkerheter och andra överlåtelser. Denna gränsdragningsfråga måste göras baserad på Cape Town Conventions regler eftersom Cape Town Convention exklusivt avgör om det i ett givet fall rör sig om en sådan internationell säkerhet som kan registreras, jfr ovan. Härvid blir det avgörande att ta ställning till innebörden av Art. 2.2 (a) i Cape Town Convention avseende säkerställande "enligt ett pantavtal". Den engelska formuleringen är här att "an international interest" kan utgöras av en säkerhetsrätt "granted by the chargor under a security agreement".

Tolkningen av uttrycket "security agreement" ska ske autonomt i enlighet med Art. 5 Cape Town Convention om tolkning av konventionen.<sup>31</sup> De tolkningsprinciper som tas upp i denna artikel har kända förebilder i Art. 31.1 Wienkonventionen 1969 och Art. 7 CISG. Art. 5.1 Cape Town Convention anger att vid tolkningen av konventionen "ska hänsyn tas till *dess syften* såsom dessa kommer till uttryck i *ingressen*, *dess internationella*

<sup>30</sup> Se prop. 2017/18:117 s. 31 f. och 40, och SOU 2016:43 s. 162 f. med en något annan formulering av regeln men med snarlik innebörd.

<sup>31</sup> Jfr Goode I, s. 23, "whether an agreement falls within the Convention at all is a matter for interpretation of the definitions in the Convention, not of the applicable law."

*karaktär* och nödvändigheten av att främja *enhetlighet och förutsägbarhet vid tillämpningen.*" Art. 5.2 Cape Town Convention anger vidare att frågor inom konventionens tillämpningsområde som inte regleras uttryckligen i den ska hanteras "enligt de *allmänna principer* som ligger till grund för Konventionen eller, i annat fall, i enlighet med *tillämplig lag*".

När det gäller uttrycket "security agreement" finns tolkningsstöd i Art. 1 (ii) Cape Town Convention.<sup>32</sup> Därmed avses "*an agreement by which a chargor grants or agrees to grant to a chargee an interest (including an ownership interest) in or over an object to secure the performance of any existing or future obligation of the chargor or a third person*". (Min kursivering.) Denna skrivning har onekligen som ett centralt exempel vad vi från svensk utgångspunkt skulle anse vara ett pantavtal men genom hänvisningen till "ownership interest" även en säkerhetsöverlåtelse. Därutöver kan noteras att skrivningen är öppen i den meningen att det centrala är att det ska röra sig om en överenskommelse som innebär att en upplåtare/överlåtare beviljar en förvärvare en rätt eller ett intresse i ett objekt som säkerhet för fullgörelsen av en befintlig eller framtida förpliktelse av upplåtaren/överlåtaren eller en tredje person. Partssyftet för överenskommelsen (avtalet) är således centralt och så länge detta är inriktat på ett säkerhetsställande kan det omfattas av Cape Town Convention och utgöra en "security interest". Det ska därvid inte spela någon roll om överenskommelsen rubriceras på det ena eller andra sättet i olika nationella rättsordningar. Denna senare klassificering är som sagt uttryckligen hänvisad till nationell rätt, Art. 2.4 Cape Town Convention.

## 2.6 Vilka rättsverkningar omfattas?

Rättsverkningarna av giltig registrerad internationell säkerhetsrätt är omfattande enligt regelverket. Dels gäller det avtalsrättsliga och obligationsrättsliga effekter vid överlåtelse och avtalsbrott av de kreditavtal, kreditköpsavtal eller leasingavtal som utlöser eller står bakom säkerhetsställandena, dels gäller det sakrättsliga och insolvensrättsliga effekter i samband med gäldenärens insolvens. Rättsverkningarna delas i konventionen

<sup>32</sup> Här kan påpekas att det tyvärr insmugit sig några korrekturfel i det svenska offentliga trycket. I bilagan till lagen (2015:860) om internationella säkerhetsrätter i lösa saker, som innehåller konventionstexten på engelska med svensk översättning, har av någon anledning definitionerna i Art. 1 numrerats från 1–26 i den engelskspråkiga versionen men inte i den svenska, istället för som i originalet anges med alfabetet a)–z). Därefter följer dock bilagan originalet genom användning av aa)–nn) som indelning i båda versionerna. Denna skillnad i skrivsätt finns också i prop. 2015/16:12. I SOU 2014:79 följer Bilaga 2 visserligen originalet men istället har punkten i) "creditor" means etc. fallit bort så att den fortsatta listan har kommit i otakt.

in i "Åtgärder vid avtalsbrott" (Kap. III Cape Town Convention), "Den internationella säkerhetsrättens verkan gentemot tredje man" (Kap. VIII Cape Town Convention) samt "Överlåtelse av tillhörande rättigheter och internationella säkerhetsrätter; subrogationsrättigheter" (Kap. IX Cape Town Convention).<sup>33</sup> Till dessa konventionsbestämmelser ansluter i LP respektive JP "Åtgärder vid avtalsbrott, prioritet och överlåtelser" (Kap. II i respektive protokoll).

Två grundläggande aspekter är genomgående för rättsverkningarnas utformning. Det är dels avtalsfrihetens genomslag, dels önskemålet om säkerhetens effektivitet. Partsautonomi ska råda så långt som möjligt och säkerhetshavaren ska kunna känna sig säker på att upplåten säkerhetsrätt vid behov kan genomdrivas enligt sina villkor. Regleringarna gäller således den internationella säkerhetsrättens ställning i tre avseenden; ianspråktagande vid gäldenärens avtalsbrott, ianspråktagande vid gäldenärens insolvens (insolvens kan naturligtvis i sig ses som ett avtalsbrott) samt säkerhetsrättens ställning vid överlåtelse av eller annan disposition över säkerheten och den säkrade förpliktelsen. Nedan tas dessa aspekter upp i tur och ordning.

## 2.7 Gäldenärens avtalsbrott

### 2.7.1 Några gemensamma iakttagelser

När det gäller ianspråktagande av säkerheten vid gäldenärens avtalsbrott är parterna fria att avtala om vad som ska anses utgöra sådant avtalsbrott (default) som ger säkerhetshavaren rätt att agera avseende säkerheten, dock ska säkerhetsställaren ha lämnat samtycke till den åtgärd som ska vidtas efter avtalsbrott, vilket kan ske i avtalet eller senare, Art. 8.1 och 11 Cape Town Convention, Art. IX.1 LP och Art. VII.1 JP. Om avtalsreglering mot förmodan skulle saknas i kreditavtalet, kreditköpeavtalet eller leasingavtalet, eller vara bristfällig, anger Art. 11.2 Cape Town Convention, att med avtalsbrott avses sådant som medför att "borgenären i väsentlig utsträckning berövas det borgenären rätteligen kan förvänta att avtalet ger borgenären rätt till". Ett *väsentlighetsrekvisit* ställs upp vilket skiljer denna definition från vad vi menar med avtalsbrott enligt svensk rätt. Enligt svensk allmän

<sup>33</sup> Överlåtelse av "tillhörande rättigheter" ("associated rights") i rubriken till Kap. IX Cape Town Convention låter lite kryptiskt men uttrycket speglar att konventionssystemet har säkerhetsrätten i centrum, inte de kreditavtal eller annat avtal som säkerheten är avsedd att skydda, jfr SOU 2014:79, s. 104. I Art. 1 (c) Cape Town Convention definieras "associated rights" som "all rights to payment or other performance by a debtor under an agreement which are secured by or associated with the object". Definitionen avgränsar därmed "tillhörande rättigheter" till de rättigheter som har en uttrycklig koppling till säkerheten. Andra eventuella förpliktelser för gäldenären eller annan avses inte, se Goode I, s. 112 ff.

kontrakträtt är det inte ett nödvändigt rekvisit att avtalsbrottet är väsentligt för att kunna åberopas och ligga till grund för avtalsbrottspåföljder. Även ringa avvikelser från fullgod prestation kan vara relevanta för påföljd, också i fall det inte föreskrivits särskilt i avtal. Det beror mera på påföljden i vad mån ett väsentlighetsrekvisit måste vara uppfyllt. En mindre kvalitetsavvikelse i en levererad vara kan till exempel föranleda prisnedsättning men kanske inte hävning eller skadestånd.<sup>34</sup>

Det kan särskilt noteras att registrering av säkerheten inte är något krav för möjligheterna att tillgripa avtalsbrottspåföljder. Registreringen avser säkerhetshavarens relation till tredje man och således de sakrättsliga aspekterna av säkerhetsrätterna medan ianspråktagande efter avtalsbrott ligger på det obligationsrättsliga planet. Härav följer också konventionens disposition genom att reglerna för själva registreringen är inskjutna emellan avtalsbrottspåföljderna och insolvenshanteringen och relationen till tredje man.

Regelsystemet skiljer på verkningarna av brott mot kreditavtal säkrat av panträtt eller säkerhetsöverlåtelse och kreditköpsavtal/leasingavtal samt mellan de olika egendomsslagen. Effekterna av de olika säkerhetsformerna skiljs åt beroende på äganderättsplaceringen, där panträtt/säkerhetsöverlåtelse anses medföra bibehållen äganderätt för säkerhetsställaren och kreditköp/leasing äganderättsplacering hos säkerhetshavaren. Denna skillnad i konstruktion medför delvis olika behov då det kommer till rättsverkningarna.

### *2.7.2 Panträtt och säkerhetsöverlåtelse*

Eftersom panträtt och annan motsvarande säkerhetsrätt i dessa sammanhang utgörs av registerpant i objekt som typiskt sett står under gäldenärens fysiska kontroll, är reglerna inriktade på säkerhetshavarens möjligheter att få tillgång till säkerheten och att kunna få ekonomisk kompensation ur den. Således föreskriver Art. 8.1 (a)–(c) Cape Town Convention, att säkerhetshavaren vid motpartens avtalsbrott äger ta egendomen i besittning, sälja eller leasa ut den (pantrealisation) och tillgodogöra sig all form av avkastning från den. Därtill får borgenären enligt Art. IX.1 LP låta avregistrera luftfartyg och exportera det från det territorium där det finns, och enligt Art. VII.1 JP likaså låta exportera och föra ut rullande järnvägsmateriel

<sup>34</sup> Jfr Hellner, Hager, Persson, Speciell avtalsrätt II. Kontrakträtt. 2 häftet. Allmänna ämnen, 6 uppl., Stockholm 2016, s. 98 ff.

från det befintliga territoriet.<sup>35</sup> Ett generellt krav på affärsmässighet när det gäller genomförandet ställs i Art. 8.3 Cape Town Convention men detta stadgande ersätts enligt protokollen av de skrivningar som finns i Art. IX.3 LP och Art. VII.3 JP, vilka också kräver genomförande "in a commercially reasonable manner", varmed förstås att åtgärden genomförts "i överensstämmelse med en bestämmelse i avtalet, utom i de fall bestämmelsen är uppenbart oskälig."<sup>36</sup> Protokollen utvidgar dock kravet på affärsmässighet till alla säkerhetsformer, även leasing och kreditförsäljning, i förhållande till Art. 8.3 Cape Town Convention, som endast avser pantsättning och säkerhetsöverlåtelse.

Uttrycket "uppenbart oskälig" i protokollsbestämmelserna väcker frågan vilken relation detta uttryck har till "oskäligt" avtalsvillkor i 36 § avtalslagen. Det finns ingen ytterligare precisering i konventionssystemet och i kommentarerna påpekas att ordvalet närmast ska uppfattas som ett påpekande om att avtalsvillkoren inte ska rubbas annat än i uppenbara fall.<sup>37</sup> Särskilt då villkoren innehållsmässigt följer internationell villkorsstandard bör utgångspunkten vara att de inte är uppenbart oskäliga. Frågan är dock av den karaktären att den slutligen får bedömas enligt nationell rätt, även om "de allmänna principer som ligger till grund för Konventionen" i sådana fall ska beaktas enligt Art. 5.2 Cape Town Convention. Skillnader kan således uppstå beroende på vilken nationell rätt som är bakgrunds rätt i ett givet fall.

I de fall pantrealisation i någon form ska ske finns ett krav på skriftlig underrättelse härom inom skälig tid till gäldenären, eventuella borgensmän, garantier, rembursutställare och kreditförsäkringsgivare samt till personer med någon form av rätt till objektet som underrättat säkerhetshavaren om sin rätt, Art. 8.4 Cape Town Convention. Här kan det röra sig om andra säkerhetshavare, med bättre eller sämre prioritet, oregistrerade eller legala säkerhetshavare. Vidare föreskrivs att belopp som säkerhetshavaren erhåller genom en realisationsåtgärd ska gå i avräkning mot de säkerställda förpliktelserna samt att ett överskott ska fördelas i företrädesordning mellan kända rättighetshavare med lägre prioritet och, om det räcker, slutligen

<sup>35</sup> Här används uttrycket "territorium", inte stat eller land, p.g.a. att federationsstater kan avge förklaring att konventionssystemet ska gälla i hela federationen eller endast i vissa territorier, med den verkan att gäldenären måste vara etablerad eller hemmahörande i ett sådant territorium, se Art. 5.4 och 5.2 Cape Town Convention.

<sup>36</sup> Det engelska uttrycket "commercially reasonable manner" används genomgående i de engelska texterna men i de svenska har en översättningsskillnad smugit sig in mellan LP och JP på det sättet att LP använder "affärsmässigt rimligt sätt" medan JP använder "affärsmässigt skäligt sätt", någon skillnad i sak kan dock inte vara avsedd.

<sup>37</sup> Goode I, s. 282, påpekar: "The phrase 'manifestly unreasonable' is a signal to courts that they should not lightly disturb the bargain made by the parties. Established commercial practice is relevant to whether a provision in a security agreement is 'manifestly unreasonable'. A provision that is in line with accepted international practice will normally be regarded as not manifestly unreasonable."



utbetalas till gäldenären, Art. 8.5 och 6 Cape Town Convention. Med andra ord gäller här en liknande ordning som enligt svensk rätt vad gäller förbud mot förfallopant. Säkerhetshavare kan inte förbehålla sig direkt rätt till säkerheten mot avräkning av fordran vid pantrealisation oberoende av värderelationen, jfr 37 § avtalslagen. Säkerhetshavare med bättre prioritet kan stå kvar med sin säkerhet i objektet eftersom den inte påverkas av att försäljning sker för sämre prioriterad säkerhet. Dessa bestämmelser i Art. 8.3–6 är tvingande.

Likheten med förbudet mot förfallopant visar sig också i Art. 9.1 Cape Town Convention genom att där föreskrivs att avtal om övertag av säkerheten som kompensation för utebliven prestation *efter* avtalsbrottet går bra, *datio in solutum*. Ska domstol besluta i frågan gäller enligt tvingande bestämmelse att ”de säkerställda förpliktelserna står i proportion till egendomens värde”, i betydelsen i stort sett motsvarar varandra värdemässigt.

### 2.7.3 Ägarförbehåll och leasing

När det gäller säkerhet i form av ägarförbehåll i kreditförsäljningsavtal eller leasingupplåtelse är utgångspunkten i Cape Town Convention-systemet att säkerhetshavaren fullt ut äger objektet och således kan disponera över detta i händelse av köparens/leasetagarens avtalsbrott. Enligt Art. 10 (a) och (b) Cape Town Convention kan säljare/leasegivare vid motpartens relevanta avtalsbrott, med eller utan domstols medverkan, häva avtalet, ta egendomen i besittning eller fritt förfoga över den. Någon avräkning och något tillgodogörande för gäldenärens del ska inte ske, förfallopantregleringen är inte tillämplig. Denna tillämpning förutsätter dock att ägarförbehåll och leasing i den relevanta nationella rättsordningen klassificeras som ”verklig” försäljning med full rättsverkan för ägarförbehåll och ”verklig” nyttjanderättsupplåtelse (Art. 2.4 Cape Town Convention). Om så inte är fallet utan avtalen ses som creditsäkerhetsarrangemang i nationell rätt, såsom i vissa fall i USA, Kanada, Nya Zeeland och Australien, blir istället regleringen i Art. 8 och 9 tillämplig.

För svensk rätts del kan sägas att ägarförbehåll idag i litteraturen ses som en säkerhetsform som reellt sett motsvarar en panträtt för säljaren i det sålda godset.<sup>38</sup> Avräkningsreglerna i 9 och 10 §§ avbetalningsköplagen innebär att avbetalningssäljaren inte får ut mer än sin restfordran ur objektet, ett eventuellt övervärde i objektet stannar hos köparen, med andra ord samma effekt som panträtt ger. Om detta också skulle innebära att en ”kapstadskreditsäljare” med registrerat (svenskt) ägarförbehåll skulle vara

<sup>38</sup> Se Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt, 6 uppl., Iustus Förlag, 2009, s. 171 f, även dens. i tillägg i NJA 2009 s. 79.

hänvisad till Art. 8 och 9 om pantrealisation eller kunna åberopa Art. 10 Cape Town Convention avgörs av svensk klassificering av kreditförsäljningsavtalet. Historiskt utgör ägarförbehållet enligt svensk rätt en ägares/säljares makt att som villkor för köpeskillingskredit föreskriva bibehållen äganderätt tills full betalning skett och det finns knappast tillräckligt underlag i rättskällorna för att anse denna motivering för ägarförbehållets giltighet ha förändrats dithän att det idag skulle röra sig om en med panträtt jämställd rättsfigur. Härfor skulle krävas åtminstone ett tydligt ställningstagande från Högsta domstolen eller lagstiftaren.

För leasingens del är nog rättsläget klarare i Sverige. Leasing har erkänts som nyttjanderätt till lös egendom (saklega) och leasegivaren uppfattas därmed som fullvärdig ägare till leasingobjektet med bibehållen rätt att disponera över detta vid leasetagarens avtalsbrott.<sup>39</sup> Det råder därmed knappast någon tvekan om att leasegivaren kan förlita sig på Art. 10 Cape Town Convention vid leasetagarens relevanta avtalsbrott och fritt disponera över leasingobjektet.

## 2.8 Gälldenärens insolvens

Eftersom Kapstadskonventionen och dess protokoll har som huvudsakligt syfte att förbättra säkerhetsläget för säkerställda borgenärer är preciseringen av borgenärens position vid gälldenärens insolvens kanske den mest centrala regleringen i systemet. Det rör sig i dessa sammanhang om värdefulla objekt och därmed ofta om stora krediter, objekt som dessutom är mycket mobila, vilket medför att det sällan går att förutse var dessa finns vid en motparts betalningsinställelse eller annat moratorium, inledande av rekonstruktion eller ett konkursutbrott. För att den registrerade internationella säkerhetsrätten ska uppfattas ha ett verkligt värde för kreditgivare är det ett starkt intresse att regelverket hanterar gälldenärens nationella insolvens på ett sådant sätt att säkerheten uppfattas som effektiv.<sup>40</sup>

Reglerna avseende relationen till insolvensförfaranden är ingripande genom att de skapar en i förhållande till nationell insolvensrätt särskild position för konventionsborgenärer.<sup>41</sup> Ett övergripande syfte för hela konventionssystemet är att borgenär som innehar en registrerad internationell

<sup>39</sup> Se särskilt Högsta domstolens resonemang i NJA 2009 s. 79.

<sup>40</sup> Kristin van Zwieten (2012), *The insolvency provisions of the Cape Town Convention and Protocols: historical and economic perspectives*, *Cape Town Convention Journal*, 1:1 s. 53–77.

<sup>41</sup> Insolvensförfarande definieras i Art. 1 (1) som ”konkurs, likvidation eller andra rättsliga eller administrativa förfaranden, innefattande även interimistiska förfaranden, varvid gälldenärens tillgångar och rörelse kontrolleras eller övervakas av en domstol för rekonstruktion eller likvidation”.

säkerhetsrätt ska kunna lita på att denna står sig och kan göras gällande enligt sina villkor oberoende av vad gäldenärens nationella insolvensrätt föreskriver. För svensk rätts del visar sig detta bland annat i den nya särskilda förmånsrätten i 4 § 2 p. förmånsrättslagen, åsidosättandet av 2 kap. 20 § lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion och 8 kap. 10 § konkurslagen (1987:672). Kapstadsborgenären är inte hindrad från att häva kreditavtalet och disponera över objektet i enlighet med konventionssystemet trots påbörjad företagsrekonstruktion eller från privat pantrealisation trots konkurs. Konventionsreglerna har företräde framför de svenska reglerna enligt 2 och 3 §§ lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker, jfr 1 kap. 4 § lagen om företagsrekonstruktion, 1 kap. 6 § konkurslagen och även 1 kap. 2 § utsökningsbalken.<sup>42</sup> Härvidlag lär inte det pågående reformarbetet avseende företagsrekonstruktionen innebära någon skillnad. Konventionsreglerna går före i egenskap av speciallag. Det bör särskilt noteras att den särskilda förmånsrätten enligt 4 § 2 p. förmånsrättslagen avser *internationell säkerhetsrätt enligt lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker*, vilket innebär att samtliga former av säkerhet enligt konventionssystemet omfattas och därmed inkluderar ägarförbehåll och leasingrätt, utöver panträtt, säkerhetsöverlåtelse och retentionsrätt.

Utgångspunkterna anges i Art. 30 Cape Town Convention vara att en registrerad internationell säkerhetsrätt får göras gällande i gäldenärens insolvensförfaranden, att inget i artikeln hindrar att säkerheten görs gällande om den är giltig enligt nationell rätt men att nationella återvinnings- och ogiltighetsregler gäller och att insolvensförvaltare (motsvarande) inte är förhindrad att tillämpa nationella regler om separationsrätt och liknande i enlighet med tillämplig insolvensrätt. Till dessa utgångspunkter ska dock omedelbart läggas de särskilda regler som följer av Art. XI, Alternativ A, LP och Art. IX, Alternativ A, JP, vilka är de viktiga reglerna i sammanhanget men som förutsätter särskild implementering i medlemsstaterna antingen genom förklaringar eller, då det rör sig om EU:s medlemsstater, nationell lagstiftning. Sverige har infört sådan lagstiftning i form av 8 § lagen om internationella säkerhetsrätter i lösa saker, innebärande tillämpning av Alternativ A i de båda protokollen som nationell lag. På grund av EU:s tillträde till Kapstadskonventionen och det faktum att delar av konventionssystemet överlappar EU-lagstiftning är det nödvändigt för EU:s medlemsländer att införa de regler som anges i dessa Alternativ A i protokollen som nationell lag istället för att endast avge förklaring enligt konventionen.<sup>43</sup> De båda artiklarna i protokollen tillhandahåller flera alternativ (B och C) men dessa är av mindre intresse då de knappast alls har implementerats nationellt. De tas inte upp här.

<sup>42</sup> Prop. 2015/16:12 s. 70.

<sup>43</sup> Se prop. 2015/16:12 s. 47 ff. och prop. 2017/18:117 s. 23.

Liksom vid andra avtalsbrott gäller vid gäldenärens insolvens en ovillkorlig rätt för borgenären att få kontroll över objektet. Alternativ A i de båda protokollsbestämmelserna inleds med en regel om att insolvensförvaltaren, eller gäldenären då förvaltare saknas, inom viss tid ska "överlämna" luftfartsobjektet/den rullande järnvägsmaterielen till borgenären. Tiden utgörs av den kortare perioden av fastställd väntetid om max 60 dagar eller den tidpunkt som hade varit tillämplig enligt nationell rätt om den aktuella regeln inte funnits. Förvaltaren/gäldenären kan dock vidta bevarandeåtgärder för att skydda objektet och även använda det om det i sig innebär bevarande. Interimistiska åtgärder enligt nationell rätt ska också kunna begäras av borgenären, jfr Art. 13 Cape Town Convention. Förvaltaren/gäldenären har samtidigt möjlighet att hindra borgenärens övertagande av objektet genom att betala alla förfallna skulder och göra åtagande om fullgörande av alla framtida avtalsförpliktelser. Således full betalning av gamla skulder och åtaganden av massakaraktär vid konkurs och motsvarande vid företagsrekonstruktion, Art. XI.2-7 LP och Art. IX.3-7 JP. Eftersom borgenären alltid är säkerställd med särskild förmånsrätt i dessa sammanhang blir inte ackordsreglerna i företagsrekonstruktionslagen och konkurslagen tillämpliga på borgenärens fordringar, 3 kap. 2, 3 och 8 §§ lagen om företagsrekonstruktion och 12 kap. 5, 11 och 21 §§ konkurslagen, så långt de täcks av säkerheterna. Därutöver deltar de dock avseende den oskyddade delen i vanlig ordning.

När det gäller kontrollen över de relevanta objekten finns också en reglering om rätt för borgenären att direkt begära export av objekt från det territorium (land) där det finns och att få relevant myndighetsassistans härmed senast inom fem dagar (flyget) eller sju (järnvägen) från begäran, Art. IX.1 och XI.8 LP, och Art. VII.1 och IX.8 JP. För detta ändamål ges också för flygets del särskilda regler om oåterkallelig fullmakt för borgenären att begära export, så kallad IDERA (Irrevocable de-registration and export request authorisation), vilken ska godtas av nationella myndigheter (Transportstyrelsen i Sverige) som behörighetsgrundade underlag för exportbegäran, Art. XIII LP och 2 kap. 6 § 6 p. luftfartslagen (2010:500). Denna exportreglering saknas för rullande järnvägsmateriel eftersom det nationellt knappast förekommer sådana restriktioner härvidlag som kan gälla för flyget.

## 2.9 Överlåtelse av och andra dispositioner över säkerställda rättigheter och säkerheter

Kapitel IX Cape Town Convention reglerar vissa centrala aspekter av rättsverkningarna av förfoganden över de kreditavtal, kreditförsäljningsavtal och leasingavtal som är kopplade till internationell säkerhetsrätt samt över den

aktuella säkerheten i sig. Som påpekades ovan i avsnitt 2.6 används beteckningen "associated rights" för dessa avtal och de fordringar och andra rättigheter som följer av dem. Regelverket bibehåller säkerheterna i centrum och hanterar de bakomstående avtalen som "associerade" till säkerheten. Det vanliga är ju annars att avtalet ses som huvudsaken och säkerheten närmast som en anknuten rättighet för avtalets rätta fullgörande. Det ska också direkt sägas att reglerna ansluter till den traditionella synen genom att upprätthålla säkerhetsrättens accessorietet till huvudförpliktelsen. Särskilt gäller detta kreditavtal säkrad med panträtt (eller säkerhetsöverlåtelse) genom en föreskrift i Art. 32.2 Cape Town Convention om att säkerhetsrätten som sådan inte med rättslig verkan kan överlåtas separat från fordran. För andra fall anges att konventionen inte är tillämplig på fordringsöverlåtelser som inte omfattar (berör) den internationella säkerheten, Art. 32.3 Cape Town Convention. Sådana överlåtelser regleras uteslutande av nationell rätt.

Enligt huvudregeln i Art. 31.1 Cape Town Convention följer säkerheten med vid en överlåtelse av avtalsrättigheterna vilket innebär att överlåtarens samtliga rättigheter och prioritet övergår på förvärvaren. Regeln är dock dispositiv och annan fördelning kan åstadkommas genom avtal, exempelvis i sådana fall där överlåtelsen inte omfattar hela avtalsvärdet och både förvärvare och överlåtare ska åtnjuta säkerhet i egendomen, Art. 31.2 Cape Town Convention.

I Art. 31.3 och 4 Cape Town Convention tas också vissa fordringsrättsliga frågor upp avseende gäldenärens ställning. Frågor om gäldenärens *invändningsmöjligheter* och *rätt till kvittning* gentemot förvärvaren hänvisas till nationell rätt, vilket således för vår del innebär 27 och 28 §§ skuldebrevslagen (1936:81).<sup>44</sup> Men liksom enligt skuldebrevslagen är dessa regler dispositiva och gäldenären kan skriftligen avstå från invändnings- och kvittningsmöjligheterna. Undantag görs dock för invändningar baserade på "bedrägligt beteende från förvärvarens sida" (Art. 31.4 Cape Town Convention), vilket inte har någon tydlig motsvarighet i svensk fordringsrätt. Enligt svensk rätt får generalklausulen i 36 § avtalslagen tillgripas i ett sådant fall.<sup>45</sup>

Vad gäller *legitimationsfrågan* efter överlåtelse av fordringsförhållandet anger Art. 33 Cape Town Convention skriftlig denuntiation till gäldenären av överlåtaren, med identifiering av fordran, som förutsättning för förvärvarens (aktiva) betalningslegitimation. Således mera formella krav än enligt denuntiationsregeln i 31 § 1 st. skuldebrevslagen, som dessutom tar sikte på det sakrättsliga borgenärsskyddet för förvärvaren, inte legitimationen även om denna i och för sig påverkas av att gäldenären denuntieras. I Art. XV LP görs dessutom ett tillägg innebärande krav på gäldenärens skriftliga

<sup>44</sup> Det blir här knappast fråga om invändningsreglerna för löpande skuldebrev i 15–18 §§ skuldebrevslagen eftersom det genomgående handlar om kontraktsrättigheter och således analogier till 3 kap. skuldebrevslagen.

<sup>45</sup> Jfr Mellqvist & Persson, *Fordran & skuld*, 10 uppl., Iustus Förlag 2014, s. 157.

samtycke, "whether or not the consent is given in advance of the assignment or identifies the assignee." Detta betyder att då säkerheten utgörs av luftfartsobjekt krävs utöver skriftlig denuntiation med identifiering, gäldenärens samtycke. Utan sådant samtycke saknar förvärvaren således aktiv betalningslegitimation men detta påverkar inte förfogandelegitimationen borgenärerna emellan.<sup>46</sup> Det finns inget kompletterande krav på gäldenärens samtycke i JP. För järnvägsfordon gäller endast skriftlighets- och identifieringskraven i Art. 33 Cape Town Convention.

Har fullgod denuntiation lämnats ska gäldenären anses kunna presteras med befriande verkan till den utpekade förvärvaren (passiv betalningslegitimation), Art. 33.2 Cape Town Convention. Detta stadgande inleds dock med orden "Irrespective of any other ground on which payment or performance by the debtor discharges the latter from liability", så ska konventionens krav räcka för den passiva legitimationen. Frågan är därmed hur denna reglering förhåller sig till legitimationsreglerna i 29 och 30 §§ skuldebrevslagen eftersom dessa bygger på gäldenärens goda tro, inte denuntiation, som krav för passiv legitimation. Det görs ingen hänvisning till nationell rätt i konventionstexten och i kommentaren förklaras innebörden endast med att om det brister i den aktiva respektive passiva legitimationen, gäldenären inte kan avkrävas prestation, respektive gäldenären riskerar att behöva betala en gång till.<sup>47</sup> Men om "any other ground" duger för uppfyllelse av legitimationskraven bör det räcka med att godtrosprövningen enligt 29 och 30 §§ skuldebrevslagen utfaller till gäldenärens fördel för att konstatera befriande prestation, såvida svensk rätt är tillämplig på partsförhållandet mellan borgenär och gäldenär. Mot denna tolkning står dock det faktum att den innebär ett avsteg från önskemålet om enhetlighet och förutsebarhet för de internationella förhållanden som konventionen omfattar. Det är knappast troligt att utländsk domstol skulle nöja sig med en godtrosprövning enligt svensk rätt då konventionen tydligt kräver att formalia ska vara uppfyllda för att legitimation ska föreligga. Här finns således risk för viss osäkerhet i tillämpningen.

### 3. Avslutning

Efter denna presentation av Kapstadssystemet i ljuset av svensk rätt kan det konstateras att svensk förmögenhetsrätt fått en komplettering för internationella förhållanden som är väl värd att beakta då det blir fråga om för lagstiftaren att se över och modernisera svensk, intern creditsäkerhetsrätt.

<sup>46</sup> Se Goode I, s. 468.

<sup>47</sup> Goode I, s. 358.

Ett heltäckande system med registrering i ett elektroniskt register, öppet och tillgängligt för alla, bör vara fullt möjligt att införa även nationellt. Det behöver inte innebära några stora ändringar av materiell rätt såvida det inte också är önskvärt, utan kan införas som ett komplement och förstärkning av borgenärens legitima krav på betryggande creditsäkerhet. Ett sådant system skulle säkert konkurrera med företagshypoteket i de fall gäldenären har tillgångar som kan utgöra underlag för endera säkerhetsformen men sådan konkurrens är knappast av ondo, tvärtom kan det medföra ett mera effektivt utnyttjande av säkerhetsunderlaget.

