Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 21 juli 2016 [1]

Mål C-156/15

Private Equity Insurance Group SIA
mot
Swedbank AS

(begäran om förhandsavgörande från Augstākā tiesa (Högsta domstolen, Lettland))

”Tillnärmning av lagstiftning — Integration av finansmarknaderna — Avtal om finansiellt säkerställande — Direktiv 2002/47/EG — Tillämpningsområde — Begreppen ’avtal om finansiellt säkerställande’ och ’relevanta ekonomiska förpliktelser’ — Artikel 2.1 a och f — Ställande av finansiell säkerhet — Begreppen att en finansiell säkerhet ’innehas’ eller ’kontrolleras’ — Artikel 2.2 — Tillfällen då vissa insolvensbestämmelser inte ska tillämpas — Artiklarna 4 och 8 — Avtal om bankkonto med en klausul om finansiell säkerhet för banken”

Inledning

1. Denna begäran om förhandsavgörande ger domstolen tillfälle att för första gången uttala sig om den harmoniserade ordning för avtal om finansiellt säkerställande som inrättades genom direktiv 2002/47/EG [2].

2. Att finansiell säkerhet ställs – i form av betalningsmedel eller värdepapper – främjar stabiliteten på finansmarknaderna genom att riskerna i samband med transaktioner kan begränsas. Direktiv 2002/47 utgör således ett betydelsefullt instrument för finansmarknadernas integration. Direktivet har inneburit att det blivit enklare att ingå avtal om finansiellt säkerställande, att de administrativa kraven har minskat med avseende på sådana avtal och att avtalen inte omfattas av vissa insolvensbestämmelser i medlemsstaternas nationella lagstiftning. [3]

3. Den nu aktuella tvisten, som bland annat avser ett bestridande av giltigheten av en avtalsklausul om säkerhetsställande av banktillgodohavanden till förmån för banken, ger domstolen tillfälle att närmare klargöra tillämpningsområdet för direktiv 2002/47 och, mer generellt, undersöka den balans som inrättats genom detta direktiv mellan hänsyn avseende marknadseffektivitet respektive rättssäkerheten för avtalsparter och tredje man.

1 — Originalspråk: franska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet (EGT L 168, 2002, s. 43).

3 — Se skälen 7 och 9–12 i direktiv 2002/47.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätten

4. I artikel 1.4 och 1.5 i direktiv 2002/47,[4] som har rubriken ”Syfte och tillämpningsområde”, föreskrivs följande:

”4.

a) Den finansiella säkerhet som skall ställas måste bestå av betalningsmedel eller finansiella instrument.…

5. Detta direktiv skall tillämpas på finansiella säkerheter när de väl har ställts och detta kan styrkas skriftligen.

Styrkandet av ställd finansiell säkerhet måste göra det möjligt att identifiera den avsedda finansiella säkerheten. För detta ändamål räcker det att visa att säkerheter i form av kontoförda finansiella instrument har krediterats eller utgör ett tillgodohavande på det relevanta kontot och att en säkerhet i form av betalningsmedel har krediterats eller utgör ett tillgodohavande på det därför avsedda kontot.

…”

5. I artikel 2 i direktivet, som har rubriken ”Definitioner”, anges följande:

”1. I detta direktiv avses med

a) *avtal om finansiellt säkerhetsställande*: avtal om finansiell äganderättsöverföring eller finansiell säkerhet, oavsett om dessa täcks av ramavtal eller allmänna villkor.

…

c) *avtal om finansiell säkerhet*: avtal enligt vilka säkerhetsställaren ställer finansiell säkerhet till säkerhetstagaren eller till dennes förmån, varvid den fulla eller kvalificerade äganderätten till den finansiella säkerheten, eller den fulla rätten att utnyttja denna kvarstår hos säkerhetsställaren när säkerhetsrätten är fastställd.

d) *betalningsmedel*: pengar som har krediterats ett konto, oavsett valutaslag, eller liknande fordringar som avser återbetalning av pengar (t.ex. inlåning på penningmarknaden).

…

f) *relevanta ekonomiska förpliktelser*: förpliktelser som är säkrade genom ett avtal om finansiellt säkerhetsställande och som ger rätt till kontantavveckling och/eller överlämnande av finansiella instrument.

…

4 — De bestämmelser i direktiv 2002/47 som var tillämpliga vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet är äldre än de ändringar som infördes genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/44/EG av den 6 maj 2009 om ändring av direktiv 98/26/EG om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper och direktiv 2002/47/EG om ställande av finansiell säkerhet, vad gäller sammanlänkade system och kreditfordringar (EUT L 146, 2009, s. 37)

2. I detta direktiv avses med ’att ställa’ eller ’ställande’ av finansiell säkerhet, den finansiella säkerhet som lämnas, överförs, hålls, registreras eller på annat sätt anges, så att den innehas eller kontrolleras av säkerhetstagaren eller en person som handlar för dennes räkning. En rätt för säkerhetsställaren att byta ut den finansiella säkerheten eller att dra tillbaka överskjutande finansiell säkerhet, eller i fråga om kreditfordringar, en rätt att tills vidare inkassera behållningen därav, ska inte påverka det faktum att den finansiella säkerheten anses ha ställts till säkerhetstagaren enligt detta direktiv.”

6. I artikel 4 i direktiv 2002/47, som har rubriken ”Verkställighet av avtal om finansiellt säkerställande”, anges följande:

”1. Medlemsstaterna skall se till att säkerhetstagaren, när en utlösande händelse inträffat, kan realisera ställda finansiella säkerheter enligt villkoren i ett avtal om finansiell säkerhet på något av följande sätt:

…

b) När det gäller betalningsmedel genom att beloppet kvittas mot eller används vid uppfyllandet av de relevanta ekonomiska förpliktelserna.

…

4. De former för realisering av finansiella säkerheter som nämns i punkt 1 skall, med förbehåll för de överenskomna villkoren i avtalet om finansiell säkerhet, inte innebära krav på att

a) ett meddelande om realisering först måste lämnas,

b) realiseringsvillkoren skall godkännas av domstol, offentlig tjänsteman eller annan person,

c) realiseringen skall genomföras som offentlig auktion eller på något annat föreskrivet sätt, eller

d) någon ytterligare tidsfrist skall ha löpt ut.

5. Medlemsstaterna skall säkerställa att ett avtal om finansiellt säkerhetsställande kan få verkan i enlighet med dess villkor utan hinder av inledda eller pågående likvidations- eller rekonstruktionsförfaranden avseende säkerhetsställaren eller säkerhetstagaren.

…”

7. I artikel 8 i direktiv 2002/47 begränsas tillämpningen av vissa insolvensbestämmelser i medlemsstaternas nationella lagstiftning. [5]

Lettisk rätt

8. Direktiv 2002/47 införlivades med lettisk lagstiftning genom Finanšu nodrošinājuma likums (lag om finansiellt säkerhetsställande).

Tvisten i det nationella målet

9. Den 14 april 2007 ingick Izdevniecība Stilus SIA, vars rättsliga efterträdare är Private Equity Insurance Group SIA, ett standardavtal om bankkonto med Swedbank AS.

5 — Jag citerar inte hela artikeln – och inte heller artikel 1.2 e och artikel 3 i samma direktiv – eftersom dessa bestämmelser, även om de berörts av den hänskjutande domstolen, inte har någon direkt betydelse för det svar jag föreslår på tolkningsfrågorna.

10. Klausul 3.9 i detta avtal har följande lydelse:

”Kundens befintliga eller framtida medel på kontot anförtros banken som finansiell säkerhet för bankens samtliga fordringar mot kunden. Om kunden inte tillhandahåller de medel som krävs för att genomföra betalningar på kontot, eller om det under några förhållanden där det enligt detta avtal eller andra avtal som ingåtts med banken eller på någon annan rättslig grund uppstår en fordran för banken gentemot kunden, har banken rätt att få täckning för denna fordran genom att realisera den finansiella säkerheten. Det innebär att banken har rätt att utan föregående meddelande till kunden debitera (överföra) kontot fordringsbeloppet. …”

11. Den 25 oktober 2010 försattes Izdevniecība Stilus i konkurs. Konkursförvaltaren ingick därefter ett nytt avtal om bankkonto med samma klausul om finansiellt säkerhetsställande.

12. Den 8 juni 2011 debiterade Swedbank Izdevniecība Stilus konto 192,30 lats (ungefär 274 euro) avseende kontoavgift för perioden fram till den dag då bolaget försattes i konkurs.

13. Käranden i det nationella målet, företrädd av konkursförvaltaren, yrkade i en talan mot Swedbank att detta belopp skulle återbetalas, och grundade sin talan på principerna i den nationella lagstiftningen om likabehandling av borgenärer vid ett insolvensförfarande samt förbudet för en enskild borgenär att vidta åtgärder som kan vara till nackdel för de andra borgenärerna.

14. De lettiska domstolarna i första och andra instans ogillade talan med stöd av de nationella bestämmelser som införlivar artikel 8 i direktiv 2002/47, enligt vilka insolvenslagstiftningen inte var tillämplig på finansiella säkerheter.

15. Augstākā tiesa (Högsta domstolen, Lettland), som prövar målat i egenskap av kassationsdomstol, hyser tvivel om de nationella bestämmelsernas räckvidd och huruvida de är förenliga med likhetsprincipen i den lettiska konstitutionen. Den hänskjutande domstolen anser att det finns skäl att skingra tvivlen om tolkningen av direktiv 2002/47 innan målet eventuellt hänskjuts till Satversmes tiesa (Författningsdomstolen, Lettland).

16. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende påpekat att det i den nationella lagstiftningen om finansiell säkerhet föreskrivs att en tagare av en finansiell säkerhet ska ges absolut företräde före övriga borgenärer, även för det fall att det finns prioriterade fordringar, såsom fordringar från staten eller från anställda. Den hänskjutande domstolen undrar huruvida en sådant företrädesrätt är motiverad av målen i direktiv 2002/47.

17. Den hänskjutande domstolen undrar härvidlag om direktiv 2002/47 är tillämpligt på en säkerhet som ställts i förhållande till ett bankkonto som inte används i sådana system för avveckling av värdepapper som avses i direktiv 98/26/EG[6]. Den hänskjutande domstolen hyser även tvivel beträffande tolkningen av artiklarna 3 och 8 i direktiv 2002/47 och undrar om det är förenligt med syftet med detta direktiv att finansiella säkerheter ges företräde före alla andra typer av säkerheter, inte minst säkerheter som är inskrivna i ett register som ett hypotek.

6 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 19 maj 1998 om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper (EGT L 166, 1998, s. 45).

Tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

18. Mot den bakgrunden beslutade Augstākā tiesa (Högsta domstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Ska bestämmelserna i artikel 4 i direktiv 2002/47 om verkställighet av avtal om finansiellt säkerhetsställande, mot bakgrund av skäl 1 och 4 i detta direktiv, tolkas så, att dessa bestämmelser endast ska tillämpas på konton som används för transaktioner inom systemen för värdepappersavveckling, eller ska de tolkas så, att de även ska tillämpas på andra konton som har öppnats i en bank, däribland transaktionskonton, som inte används för värdepappersavveckling?

2) Ska bestämmelserna i artiklarna 3 och 8 i direktiv 2002/47, mot bakgrund av skäl 3 och 5 i direktivet, tolkas så, att syftet med direktivet är att säkerställa en förmånsordning som särskilt gynnar kreditinstitut då deras kunder blir insolventa, i synnerhet framför andra borgenärer till dessa kunder, exempelvis anställda som har lönefordringar och staten som har skattefordringar, samt borgenärer med fordringar för vilka har ställts säkerheter som har registrerats offentligt?

3) Ska artikel 1.2 e i direktiv 2002/47 tolkas så, att den är en bestämmelse om minimiharmonisering eller om fullständig harmonisering, det vill säga ska den tolkas så, att den gör det möjligt för medlemsstaterna att utsträcka denna bestämmelse till att omfatta personer som uttryckligen är undantagna från direktivets tillämpningsområde?

4) Är artikel 1.2 e i direktiv 2002/47 en bestämmelse som är direkt tillämplig?

5) Om syftet med och räckvidden av direktiv 2002/47 är mer begränsade än syftet med och räckvidden av den nationella lagen, vars antagande formellt motiverades med skyldigheten att införliva direktivet, är det då möjligt att använda tolkningen av detta direktiv för att ogiltigförklara ett villkor om ställande av finansiell säkerhet som bygger på den nationella lagen, som det som är aktuellt i det nationella målet?”

19. Beslutet att begära förhandsavgörande av den 11 mars 2015 inkom till domstolens kansli den 1 april 2015. Svaranden i det nationella målet, den lettiska regeringen, den spanska regeringen, Förenade kungarikets regering och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

20. Dessa parter och berörda, liksom käranden i det nationella målet, deltog även vid förhandlingen den 11 maj 2016.

Bedömning

Den första frågan

Inledande synpunkter

21. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 2002/47 avser en säkerhet som ställts i form av betalningsmedel på ett bankkonto och som omfattar bankens samtliga fordringar hos kontohavaren, för det fall att detta konto inte är avsett att användas i de system för överföring av betalningar och värdepapper som avses i direktiv 98/26.

22. Den hänskjutande domstolen hänför sig visserligen till artikel 4 i direktiv 2002/47, men det framgår av frågans innebörd att syftet är att generellt fastställa om en sådan säkerhet omfattas av direktivets tillämpningsområde.

23. Frågan kräver en tolkning av bestämmelserna i artiklarna 1 och 2 i direktiv 2002/47, i vilka direktivets tillämpningsområde fastställs och de relevanta begreppen definieras.

24. Det finns anledning att pröva huruvida artikel 1.4 a och artikel 2.1 d och f i direktiv 2002/47 ska tolkas så, att de avser en sådan säkerhet som den aktuella i det nationella målet, när denna saknar koppling till de system för överföring av betalningar och värdepapper som avses i direktiv 98/26.

25. Samtidigt bör villkoren för ställande av en sådan finansiell säkerhet som avses i artikel 2.2 i direktiv 2002/47 anges närmare, så att den hänskjutande domstolen kan avgöra om den berörda säkerheten i det nu aktuella fallet ställdes i enlighet med dessa villkor och således kan omfattas av den ordning som inrättades genom direktivet.

26. Nämnda bestämmelser i direktiv 2002/47 är inte direkt angivna i den nationella domstolens frågor, men domstolen förbehåller sig emellertid en uttrycklig rätt att utvidga tolkningsfrågornas räckvidd för att kunna ge ett ändamålsenligt svar till den hänskjutande domstolen, förutsatt att innebörden i den ställda frågan inte ändras.[7]

27. Detta villkor är enligt min mening uppfyllt i det nu aktuella fallet, eftersom de berörda bestämmelserna i artiklarna 1 och 2 i direktiv 2002/47 måste tolkas för att den hänskjutande domstolen ska kunna avgöra huruvida den omtvistade klausulen omfattas av den ordning som inrättades genom direktivet. Domstolen har dessutom ställt en skriftlig fråga om tolkningen av nämnda bestämmelser till parterna i det nationella målet och till övriga berörda, vilka således bereddes tillfälle att yttra sig i detta avseende vid förhandlingen.

Tolkningen av artikel 1.4 a och artikel 2.1 d och f i direktiv 2002/47

28. För att besvara frågorna från den hänskjutande domstolen finns det anledning att undersöka omfattningen av den ordning som inrättades genom direktiv 2002/47 med hänsyn till två aspekter, nämligen föremålet för säkerheten och de relevanta förpliktelserna.

29. Vad beträffar föremålet för säkerheten anges i artikel 1.4 a i direktiv 2002/47 att den säkerhet som avses i detta direktiv ska ställas i form av finansiella instrument eller betalningsmedel. Begreppet betalningsmedel definieras i artikel 2.1 d i direktiv 2002/47 som pengar som har krediterats ett konto eller liknande fordringar som avser återbetalning av pengar.[8] Definitionen är brett formulerad och omfattar betalningsmedel som har satts in på ett bankkonto. I övrigt innehåller direktiv 2002/47 ingen bestämmelse som begränsar tillämpningen till enbart sådana säkerheter som ställts i de system för överföring av betalningar och värdepapper som avses i direktiv 98/26.

30. Även om det följer av skälen 1 och 4 i direktiv 2002/47 att antagandet av detta direktiv ska ses mot bakgrund av det rättsliga sammanhang som bland annat utgörs av direktiv 98/26, och att erfarenheten har visat att det vore fördelaktigt att samma bestämmelser gäller för säkerheter som ställs inom ramen för de system som avses i sistnämnda direktiv, innebär nämligen detta inte i sig att tillämpningsområdet för direktiv 2002/47 är begränsat till säkerheter som ställs inom ramen för nämnda system. Någon sådan slutsats kan inte dras av bestämmelserna i direktiv 2002/47. Enligt ovan nämnda skäl 4 kompletterar dessutom den ordning som föreskrivs i direktiv 2002/47 den gällande lagstiftningen genom att ta upp ytterligare frågor och gå utöver denna lagstiftning.

7 — Se, bland annat, dom av den 20 mars 1997, Phytheron International (C-352/95, EU:C:1997:170, punkt 14).

8 — Sedlar är således uteslutna. Se även skäl 18 i direktiv 2002/47.

31. Förarbetena styrker denna tolkning. Grunden för det förslag som ledde till antagandet av direktiv 2002/47 var att direktiv 98/26 visserligen reglerade säkerheter som ställts i samband med finansiella transaktioner, men att det krävdes andra åtgärder för att främja en effektiv användning av finansiella säkerheter, utöver de framsteg som direktiv 98/26 innebar.[9] På samma sätt följer det av kommissionens utvärderingsrapport avseende genomförandet av direktiv 2002/47 att direktiv 98/26 visserligen redan hade inneburit ett visst skydd för säkerheter som ställts i samband med ett deltagande i ett sådant system som avsågs i det direktivet, men att grunden till att direktiv 2002/47 antogs var behovet av ett mer övergripande synsätt, för att säkerställa effektiviteten i finansiella säkerheter, framför allt vid gränsöverskridande transaktioner.[10]

32. Vad beträffar begreppet relevanta ekonomiska förpliktelser, följer det av definitionen i artikel 2.1 f i direktiv 2002/47 att relevanta ekonomiska förpliktelser är sådana som ger rätt till kontantavveckling och/eller överlämnande av finansiella instrument och att de helt eller delvis kan utgöras av aktuella eller framtida förpliktelser, tredje parts förpliktelser eller förpliktelser av särskilt angivet slag eller av en typ som tidvis kan uppstå.

33. Definitionen inbegriper en sådan situation som den aktuella i det nationella målet, där garantin omfattar säkerhetstagarens samtliga fordringar på säkerhetsställaren. Det följer nämligen av *förarbetena* till direktiv 2002/47 att begreppet relevanta ekonomiska förpliktelser var avsett att även omfatta användningen av så kallade *all monies-klausuler* som utvidgar säkerheten till varje aktuell eller framtida förpliktelse som säkerhetsställaren kan ha på säkerhetstagaren.[11] Förenade kungarikets regering framhöll för övrigt vid förhandlingen att sådana klausuler i praktiken är mycket vanligt förekommande.

34. Det framgår av utvärderingsrapporten om direktiv 2002/47 att vissa medlemsstater har begränsat tillämpningsområdet för säkerheter med avseende på vissa ekonomiska förpliktelser i det särskilda fallet där säkerhetsställaren inte är en sådan person som avses i artikel 1.2 a och d i direktiv 2002/47.[12] Medlemsstaterna har enligt artikel 1.3 i samma direktiv rätt att genomföra direktivet så, att den harmoniserade ordningen enbart ska tillämpas på de offentliga organ och finansinstitut som avses i artikel 1.2 a och d i direktiv 2002/47. Den omständigheten att medlemsstaterna har utnyttjat denna rätt är emellertid inte relevant när det gäller att fastställa tillämpningsområdet för detta direktiv i det nu aktuella fallet, eftersom Republiken Lettland inte gjorde gällande artikel 1.3 i direktiv 2002/47 vid införlivandet.

35. Av samtliga dessa skäl anser jag att direktiv 2002/47 inte kan tolkas så, att det uteslutande avser säkerheter som ställs inom ramen för systemen för överföring av betalningar och värdepapper. De relevanta förpliktelserna avgränsas dessutom inte, såsom följer av artikel 2.1 f i direktiv 2002/47, av de förpliktelser som avser systemen för överföring av betalningar och värdepapper, utan de kan bland annat omfatta förpliktelser som ger rätt till avveckling i betalningsmedel. Förvaltningsavgifter för ett bankkonto hör klart och tydligt till denna kategori av förpliktelser.

9 — Se förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om finansiella säkerhetsordningar (KOM(2001) 168, av den 27 mars 2001, s. 1). Se även, vad gäller införlivandet av direktiv 2002/47 med polsk lagstiftning, Pisuliński, J., ”Zabezpieczenia finansowe w systemie prawa cywilnego”, Przegląd Prawa Handlowego 6/2005, s. 27.

10 — Se utvärderingsrapporten om direktiv 2002/47 om ställande av finansiell säkerhet (KOM(2006) 833 slutlig av den 20 december 2006, s. 3). Jag vill påpeka att direktivets tillämpningsområde inte är begränsat till gränsöverskridande transaktioner.

11 — Se KOM(2001) 168 av den 27 mars 2001, motiveringen till artikel 2. Inom ramen för det första lagstiftningsförslaget undersökte kommissionen vilka kreditrisker (exponering) som skulle täckas, och drog slutsatsen att det vore både svårt och onödigt att försöka göra en skillnad mellan olika transaktioner härvidlag. Se Europeiska kommissionens dokument ”Working Document on Collateral: First preliminary draft proposal for a Directive”, 15 juni 2000, s. 6, och Yeowart, G., ”Purpose of the Financial Collateral Directive”, i Yeowart, G., och Parsons, R., *Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral*, Edward Elgar Publishing, 2016, s. 19.

12 — Det följer av kommissionens utvärderingsrapport att bland annat den tyska lagstiftaren, för det fallet att säkerhetsställaren inte är ett finansinstitut, har begränsat de garantier som omfattas till sådana som avser att skydda vissa noggrant definierade ekonomiska förpliktelser och undantagit bland annat långfristiga kontantlån till företag (se KOM(2006) 833 slutlig av den 20 december 2006, s. 9).

36. Alla parter som har yttrat sig i det nu aktuella målet är eniga om det materiella tillämpningsområdet för direktiv 2002/47 ska ges en sådan vid tolkning. Kommissionen angav bland annat vid förhandlingen att det är nödvändigt att göra den tolkningen att alla förpliktelser som ger rätt till avveckling i betalningsmedel omfattas av direktivet för att garantera direktivets ändamålsenliga verkan, med hänsyn till den stora mångfalden av förpliktelser som är relevanta för att finansmarknaderna ska fungera.

37. Mot ovanstående bakgrund anser jag att artikel 1.4 a och artikel 2.1 d och f i direktiv 2002/47 ska tolkas så, att de avser en sådan säkerhet som den aktuella i det nationella målet, vilken utgörs av betalningsmedel på ett bankkonto och vilken omfattar bankens alla fordringar på kontohavaren. Frågan huruvida detta konto används inom ramen för de system för överföring av betalningar och värdepapper som avses i direktiv 98/26 är inte relevant.

Tolkningen av artikel 2.2 i direktiv 2002/47

38. I artikel 1.5 i direktiv 2002/47 anges att direktivet ska tillämpas på finansiella säkerheter när de väl har ställts och detta kan styrkas skriftligen.

39. Denna bestämmelse ska ses mot bakgrund av skäl 10 i direktiv 2002/47, i vilket anges att direktivet, samtidigt som fullbordandet av ett avtal om finansiellt säkerställande ska undantas vissa formella krav i nationell lagstiftning,[13] måste skapa balans mellan å ena sidan marknadseffektiviteten och å andra sidan rättssäkerheten för avtalsparterna och tredje man. Enligt samma skäl bör direktiv 2002/47 uppnå denna balans genom att dess tillämpningsområde endast omfattar sådana avtal om finansiellt säkerhetsställande ”där rådighetsavskärande föreligger”, nämligen ställande av den finansiella säkerheten, och där det skriftligen kan fastställas att en finansiell säkerhet har ställts.

40. Kravet på säkerhetsställande utgör således en motprestation för att undantag från de formella kraven i nationell lagstiftning medges för marknadseffektivitetens skull.[14]

41. I enlighet med artikel 2.2 i direktiv 2002/47 avses med begreppet ”ställande” av säkerheten att säkerheten lämnas, överförs, hålls, registreras eller på annat sätt anges, så att den innehas eller kontrolleras av säkerhetstagaren eller en person som handlar för dennes räkning.

42. Detta villkor att säkerheten ska ”innehas eller kontrolleras” är avgörande när det gäller att bestämma huruvida ett visst avtal om säkerhetsställande omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2002/47. Ett avtal om säkerhetsställande kan endast betecknas som avtal om ställande av finansiell säkerhet i den mening som avses i direktiv 2002/47 om säkerheten ställs så, att den innehas eller kontrolleras av säkerhetstagaren.

43. Förutom avtal om finansiell äganderättsöverföring, vilka utgörs av avtal (inklusive återköpsavtal) enligt vilka en säkerhetsställare överför full äganderätt till en säkerhetstagare för att säkerställa eller på annat sätt täcka fullgörandet av de relevanta ekonomiska förpliktelserna,[15] medför tolkningen av begreppen ”innehas” eller ”kontrolleras” vissa svårigheter när det gäller betalningsmedel. Vissa bedömare anser att det sannolikt rör sig om den mest omstridda aspekten av den ordning för ställande av finansiella säkerheter som inrättades genom direktiv 2002/47.[16]

13 — Se artikel 3 i direktiv 2002/47.

14 — Se Parsons, R., ”’Possession’ or ’Control’ test to be satisfied when creating a security financial collateral arrangement” i Yeowart, G. och Parsons, R., *Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral*, Edward Elgar Publishing, 2016, s. 168.

15 — Se artikel 2.1 b i direktiv 2002/47.

16 — Se Parsons, R., anfört arbete, s. 167.

44. Det följer av Förenade kungarikets och kommissionens yttranden att tillämpningen av de aktuella kraven i praktiken har varit förenad med svårigheter. Detta återspeglas bland annat av två domar som meddelades av domstolar i Förenade kungariket, i vilka tolkades bland annat begreppet ”kontrolleras” i den mening som avses i artikel 2.2 i direktiv 2002/47.

45. I målet *Gray* [17], avseende en säkerhet i form av tillgodohavanden på ett bankkonto, diskuterades frågan huruvida villkoret om kontroll var uppfyllt när kontot visserligen förvaltades av säkerhetstagaren men inte var spärrat. Domstolen i Förenade kungariket fann att en förutsättning för ställandet av säkerheten var att säkerhetstagaren kunde förhindra säkerhetsställaren från att förfoga över säkerheten. Dessutom måste säkerhetstagaren ha en ”rättslig” kontroll över föremålet för säkerheten. Att säkerheten kontrolleras administrativt eller i praktiken var inte tillräckligt. Dessa villkor var inte uppfyllda i det aktuella fallet, eftersom säkerhetsställaren hade en obegränsad rätt att ta ut insatta medel från kontot.

46. Ett problem med tolkningen av artikel 2.2 i direktiv 2002/47 uppstod även i mål *Lehman Brothers International (Europe)* [18]. Den brittiska domstolen påpekade att domen *Gray* hade varit föremål för kritik av den omständigheten att en strikt tillämpning av kravet på ”rättslig” kontroll skulle kunna innebära att ordningen i direktiv 2002/47 inte gäller för vissa avtal som i praktiken används och formuleras i syfte att de ska omfattas av den ordningen. Domen utgjorde i sak, samtidigt som kritiken framhölls, en bekräftelse av det synsätt som tillämpades i målet *Gray* på kriteriet ”rättslig kontroll”. I domen slogs fast att det inte var tillräckligt att föremålet för säkerheten enbart kontrollerades administrativt för att kriteriet i artikel 2.2 i direktiv 2002/47 skulle vara uppfyllt, i synnerhet om säkerhetsställaren hade en obegränsad rätt att förfoga över de berörda medlen.

47. När det gäller det nationella målet har kommissionen påpekat att säkerhetstagaren i och med ställandet av en finansiell säkerhet utövade en ”rättslig kontroll” över föremålet för säkerheten, i bemärkelsen rätt att hindra säkerhetsställaren att förfoga över föremålet i fråga. Det skulle vara direkt oförenligt med detta villkor om säkerhetsställaren garanterades en rätt att fritt ta ut medel från det konto som är föremålet för säkerheten. Kommissionen angav vid förhandlingen att den således i sak intog samma ståndpunkt som domstolarna i Förenade kungariket i ovan angivna mål.

48. Jag anser att de överväganden som föranledde domstolarna i Förenade kungariket att underkänna resonemanget att det skulle vara tillräckligt med endast en administrativ kontroll av föremålet för en säkerhet även är relevanta för tolkningen av artikel 2.2 i direktiv 2002/47 i det nu aktuella fallet.

49. Som Förenade kungarikets regering och kommissionen mycket riktigt har angett, skulle kravet i artikel 2.2 i direktiv 2002/47 på att säkerheten ska ”innehas eller kontrolleras” av säkerhetstagaren [19] nämligen inte få någon ändamålsenlig verkan om det tolkades så, att det omfattade en sådan situation där säkerhetsställaren fortsätter att ha fri förfoganderätt till säkerheten.

50. Artikel 2.2 andra meningen i direktiv 2002/47 bekräftar giltigheten av de säkerhetstekniker som gör det möjligt för säkerhetsställaren att byta ut säkerheten eller att dra tillbaka överskjutande finansiell säkerhet. Av detta kan *e contrario*-slutsatsen dras att utvidgade rättigheter för säkerhetsställaren betyder att kravet på säkerhetsställande inte är uppfyllt.

17 — *Gray and others v G-T-P Group Limited: Re F2G Realisations Limited (in liquidation)* [2010] EWHC 1772 (Ch), punkterna 60–62.

18 — *Lehman Brothers International (Europe) (In Administration)* [2012] EWHC 2997 (Ch), punkterna 119–126 och 131–137.

19 — Denna fråga är visserligen inte relevant i det nu aktuella målet, men Förenade kungariket och kommissionen har delade meningar om kopplingen mellan dessa båda begrepp. Kommissionen har förespråkat att ”innehas eller kontrolleras” utgör ett enda villkor, trots att det med hänsyn till den rättspraxis som anförts av Förenade kungariket samt den engelska rättsdoktrinen rör sig om två alternativa kriterier. Se även Parsons, R., anfört arbete, s. 185.

51. För det fall att en säkerhet ställs i form av betalningsmedel på ett bankkonto, måste således, enligt min mening, kravet att säkerheten ska innehas eller kontrolleras av säkerhetstagaren innebära att säkerhetstagaren inte endast i praktiken ska kontrollera det konto som är föremål för säkerheten, utan även ha rätt att hindra säkerhetsställaren från att göra uttag, i den mån som är nödvändig för att garantera de relevanta förpliktelserna.

52. I det nu aktuella fallet bör den hänskjutande domstolen således pröva huruvida det kontrakt avseende bankkontot som ingicks av parterna i det nationella målet innehåller en klausul som ger Swedbank en sådan rätt att begränsa uttagen av insatta medel på det berörda kontot. Utan att föregripa denna prövning, som hänför sig till den hänskjutande domstolens självständiga roll, vill jag framhålla att parterna i det nationella målet vid förhandlingen var eniga om att det omtvistade avtalet inte innehöll någon klausul som gjorde det möjligt för banken att begränsa uttagen eller medförde att ett visst belopp var spärrat på kontot. Om denna faktiska omständighet fastställs, blir slutsatsen att den omtvistade säkerheten inte kan anses ha ställts i enlighet med kraven i direktiv 2002/47 och att den följaktligen inte omfattas av dessa bestämmelser.

53. Mot ovanstående bakgrund anser jag att artikel 2.2 i direktiv 2002/47 ska tolkas så, att ställandet av en finansiell säkerhet i form av betalningsmedel på ett bankkonto innebär att det ska finnas en avtalsklausul som ger säkerhetstagaren rätt att begränsa användningen av tillgodohavandet på kontot, i den mån som är nödvändig för att garantera de relevanta förpliktelserna.

Den andra frågan

54. Den hänskjutande domstolen önskar klarhet i huruvida direktiv 2002/47, i synnerhet artiklarna 3 och 8, ska tolkas så, att säkerhetstagaren är garanterad rätten att realisera varje finansiell säkerhet, utan hinder av inledda eller pågående likvidations- eller rekonstruktionsförfaranden avseende säkerhetsställaren. Den hänskjutande domstolen har understrukit att en sådan företrädesrätt för säkerhetstagaren skulle kunna strida mot principen om likabehandling av borgenärer inom ramen för ett insolvensförfarande (*paritas creditorum*).

55. Den hänskjutande domstolen har hänfört sig till artiklarna 3 och 8 i direktiv 2002/47, men frågan rör snarare artikel 4 i detta direktiv, vilken bland annat avser villkoren för verkställighet av ett avtal om finansiell säkerhet. Den hänskjutande domstolen undrar om det är möjligt att införa restriktioner av säkerhetstagarens rätt att få sina fordringar tillgodosedda i händelse av säkerhetsställarens konkurs. I avsaknad av sådana implicita restriktioner kan det system som inrättats genom direktiv 2002/47 enligt den hänskjutande domstolens mening ifrågasättas med hänsyn till nämnda princip om likabehandling av fordringsägare.

56. Av artikel 4 i direktiv 2002/47 framgår, med hänsyn till skälen 3, 5 och 10 i direktivet, att ett av målen med det system som inrättats genom direktivet är att undanta finansiella säkerheter från vissa bestämmelser i den nationella insolvenslagstiftningen.[20] Det föreskrivs härvidlag i artikel 4.1 i direktiv 2002/47 att säkerhetstagaren har rätt att realisera varje finansiell säkerhet som ställts enligt ett avtal om finansiell säkerhet. Punkterna 4 och 5 i samma artikel innebär att denna rätt skyddas mot effekterna av nationella insolvensbestämmelser. Genom punkt 4 möjliggörs en snabb realisering av säkerheten i händelse av säkerhetsställarens konkurs, i och med att förpliktelserna enligt led a–d i nämnda punkt inte ska gälla. I punkt 5 anges att medlemsstaterna ska säkerställa att ett avtal om finansiellt säkerhetsställande kan få verkan i enlighet med dess villkor utan hinder av inledda eller pågående likvidations- eller rekonstruktionsförfaranden avseende säkerhetsställaren eller säkerhetstagaren.

20 — Se även KOM(2001) 168 av den 27 mars 2001, motiveringen till artikel 5.

57. Dessa bestämmelser kan enligt min mening inte tolkas så, att säkerhetstagaren för att inte undergräva övriga borgenärers rättigheter inte får realisera säkerheten i händelse av säkerhetsställarens konkurs. Tvärtom är syftet att de restriktioner som föreskrivs i den nationella insolvenslagstiftningen inte ska gälla för en finansiell säkerhet.

58. Det argument som anförts av käranden i det nationella målet och av den lettiska regeringen avseende prioriterade borgenärer, såsom staten, de anställda eller innehavare av en inskriven säkerhet, påverkar inte detta övervägande.

59. Som kommissionen har påpekat är frågan om borgenärens förmånsrätt i ett konkursförfarande nämligen inte relevant, med hänsyn till det system som inrättades genom direktiv 2002/47. Syftet med det direktivet är endast att säkerställa rätten att realisera en säkerhet i alla sådana fall då verkställighet är föranledd. Skälet till denna lösning är att rättssäkerheten i avtal om finansiellt säkerhetsställande måste stärkas och avtalens effektivitet säkerställas. [21]

60. Samtidigt innehåller direktiv 2002/47 bestämmelser som gör det möjligt att bibehålla en jämvikt mellan marknadseffektivitet och rättssäkerhet.

61. Beträffande tillämpningsområdet med avseende på person (*ratione personae*) anges i artikel 1.3 i direktiv 2002/47 att medlemsstaterna kan undanta sådana avtal i vilka en av parterna inte är en myndighet, ett offentligt organ, ett finansinstitut som omfattas av tillsyn eller en central motpart, en avvecklingsagent eller en clearingorganisation i den mening som avses i direktiv 98/26. [22]

62. Vidare är det system som inrättats genom direktiv 2002/47 enbart tillämpligt på säkerheter som ”ställts” i den mening som avses i artikel 2.2, vilket innebär att säkerhetsställaren ”avskärs” från rådigheten. Den ordning som föreskrivs i direktiv 2002/47 är således endast tillämpligt om säkerhetstagaren innehar eller kontrollerar säkerheten i den mening som avses i detta direktiv. [23]

63. I artikel 8 i direktiv 2002/47 föreskrivs dessutom vissa begränsningar av tillämpningen av de nationella insolvensbestämmelserna med avseende på säkerheter som ställts innan insolvensförfarandet inleddes men som drabbas av tillämpningen av ”nolltimmeregeln”, som ger retroaktiv verkan av ett sådant förfarande (punkterna 1 och 3), samt, undantagsvis, med avseende på säkerheter som ställts efter det att insolvensförfarandet inletts, om säkerhetstagaren handlat i god tro (punkt 2). [24]

64. Med undantag för de fall som avses i nämnda artikel 8 omfattar emellertid den ordning som föreskrivs i direktiv 2002/47 inte säkerheter som ställs efter det att ett insolvensförfarande har inletts.

65. Detta besvarar enligt min mening de farhågor som framförts av den hänskjutande domstolen och den lettiska regeringen avseende den omständigheten att särbehandlingen av finansiella säkerheter skulle kunna undergräva skyddet för hypoteksborgenärer. Den hänskjutande domstolen har angett att säkerhetstagaren, för det fall att medel som erhålls genom avyttring av den konkursdrabbade partens egendom ska sättas in på det bankkonto som berörs av den finansiella säkerheten, skulle kunna använda dessa medel för att tillgodose sina fordringar. Enligt min mening saknas grund för dessa farhågor, eftersom säkerheter som ställts efter det att insolvensförfarandet inletts inte omfattas av den ordning som inrättades genom direktiv 2002/47.

21 — I detta avseende ingår direktiv 2002/47 i ett större system, bestående av unionens insolvenslagstiftning med bland annat de rättsakter som anges i skäl 4.

22 — I praktiken, såsom följder av utvärderingsrapporten om direktiv 2002/47, var det enbart Republiken Österrike som beslutade att fullt ut tillämpa detta undantag, och fem andra medlemsstater som tillämpade ett partiellt undantag (Republiken Tjeckien, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Frankrike, Republiken Slovenien och Konungariket Sverige). Se KOM(2006) 833 slutlig av den 20 december 2006, s. 9.

23 — Se punkterna 40 och 41 i detta förslag till avgörande.

24 — Se även KOM(2001) 168 av den 27 mars 2001, motiveringen till artikel 9.

66. Vad beträffar det nationella målet skulle direktiv 2002/47 inte vara tillämpligt i det fallet att de betalningsmedel som utgör säkerheten sätts in på det berörda bankkontot efter det att insolvensförfarandet inletts. Detta påpekades även av Förenade kungarikets regering, vilken anförde denna aspekt vid förhandlingen.

67. Det framgår visserligen inte tydligt av den hänskjutande domstolens beslut, men vid förhandlingen angav parterna i det nationella målet samstämmigt att de medel som Swedbank tog ut från Izdevniecība Stilus bankkonto hade satts in på kontot först efter det att insolvensförfarandet inleddes. Om detta kronologiska händelseförlopp fastställs av den hänskjutande domstolen blir slutsatsen att den omtvistade säkerheten inte hade ställts innan detta förfarande inleddes och således inte omfattas av bestämmelserna i direktiv 2002/47.

68. Jag anser följaktligen att artikel 4.1, 4.4 och 4.5 i direktiv 2002/47 ska tolkas så, att säkerhetstagaren har rätt att realisera varje finansiell säkerhet som ställts enligt ett avtal om finansiell säkerhet, utan hinder av inledda eller pågående likvidations- eller rekonstruktionsförfaranden avseende säkerhetsställaren. Med förbehåll för bestämmelserna i artikel 8 i detta direktiv ska denna rätt gälla för en säkerhet som ställts innan ett sådant förfarande inleddes.

Den tredje och den fjärde tolkningsfrågan

69. Den hänskjutande domstolen har framhållit att den lettiska lagen om finansiella säkerheter är tillämplig på fysiska personer, vilka uttryckligen är undantagna tillämpningsområdet med avseende på person för direktiv 2002/47 enligt artikel 1.2 e. Den hänskjutande domstolen har således ställt den tredje och den fjärde tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida en sådan utvidgning av tillämpningsområdet med avseende på person är förenlig med denna bestämmelse i direktiv 2002/47 och, i förekommande fall, om nämnda bestämmelse har direkt effekt. Samtidigt som den hänskjutande domstolen har medgett att dessa frågor är hypotetiska mot bakgrund av tvisten i det nationella målet, anser den att frågorna är viktiga för en eventuell prövning av huruvida den lettiska lagen om finansiella säkerheter är förenlig med konstitutionen.

70. Det är ostridigt att tvisten i det nationella målet inte berör fysiska personer och att frågorna om möjligheten att utvidga systemet i direktiv 2002/47 till fysiska personer följaktligen är hypotetiska.

71. Under dessa förutsättningar är och förblir frågorna hypotetiska i det nu aktuella målet, även om samma frågor skulle kunna uppstå i framtiden, om Satversmes tiesa (Konstitutionsdomstolen) eventuellt prövar huruvida den lettiska lagen om finansiella säkerheter är förenlig med konstitutionen. Syftet med en begäran om förhandsavgörande är nämligen inte att erhålla rådgivande yttranden i allmänna eller hypotetiska frågor, utan att tillgodose ett behov som är direkt knutet till den faktiska lösningen av en tvist.[25] Om den hänskjutande domstolen skulle fråga Satversmes tiesa (Konstitutionsdomstolen) om lagen är förenlig med konstitutionen, finns det inget som hindrar att den sistnämnda domstolen, om den anser det nödvändigt, begär ett förhandsavgörande av EU-domstolen.

72. Av detta följer av den tredje och den fjärde tolkningsfrågan inte kan tas upp till sakprövning.

Den femte tolkningsfrågan

73. Den hänskjutande domstolen har ställt den femte tolkningsfrågan för att fastställa vilka slutsatser som kan dras, med avseende på den omtvistade klausulens giltighet, för det fall att räckvidden av direktiv 2002/47 skulle visa sig vara snävare än den nationella lagstiftningens räckvidd.

25 — Se, bland annat, dom av den 27 februari 2014, Pohotovosť (C-470/12, EU:C:2014:101, punkt 29).

74. Den hänskjutande domstolen har inte närmare angett frågans relevans eller dess koppling till de övriga tolkningsfrågorna. Av frågans lydelse kan slutsatsen emellertid dras att syftet är att fastställa effekten av direktiv 2002/47 på tvisten i det nationella målet, för det fall att domstolen, i svaret på den första tolkningsfrågan, finner att direktivets tillämpningsområde är begränsat till säkerheter avseende systemen för överföring av betalningar och värdepapper.

75. För det fall att det följer av domstolens svar på den första tolkningsfrågan att den omtvistade avtalsklausulen inte omfattas av direktiv 2002/47, ankommer det nämligen på den hänskjutande domstolen att fastställa följderna av denna skillnad mellan direktivets räckvidd och den nationella lagstiftningens räckvidd, vad beträffar klausulens giltighet.

76. Det följer emellertid av mitt svar på den första tolkningsfrågan att tillämpningsområdet för direktiv 2002/47 inte kan anses vara begränsat till säkerheter avseende systemen för överföring av betalningar och värdepapper. Under dessa förutsättningar anser jag att det saknas skäl att besvara denna fråga.

Förslag till avgörande

77. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara tolkningsfrågorna från Augstākā tiesa (Högsta domstolen, Lettland) på följande sätt:

1) Artikel 1.4 a och artikel 2.1 d och f i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47/EG av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet ska tolkas så, att de avser en sådan säkerhet som den aktuella i det nationella målet, vilken utgörs av betalningsmedel på ett bankkonto och vilken omfattar bankens alla fordringar på kontohavaren. Frågan huruvida detta konto används inom ramen för de system för överföring av betalningar och värdepapper som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 98/26 av den 19 maj 1998 om slutgiltig avveckling i system för överföring av betalningar och värdepapper är inte relevant.

Artikel 2.2 i direktiv 2002/47 ska tolkas så, att ställandet av en finansiell säkerhet i form av betalningsmedel på ett bankkonto innebär att det ska finnas en avtalsklausul som ger säkerhetstagaren rätt att begränsa användningen av tillgodohavandet på kontot, i den mån som är nödvändig för att garantera de relevanta förpliktelserna.

2) Artikel 4.1, 4.4 och 4.5 i direktiv 2002/47 ska tolkas så, att säkerhetstagaren har rätt att realisera varje finansiell säkerhet som ställts enligt ett avtal om finansiell säkerhet, utan hinder av inledda eller pågående likvidations- eller rekonstruktionsförfaranden avseende säkerhetsställaren. Med förbehåll för bestämmelserna i artikel 8 i detta direktiv ska denna rätt gälla för en säkerhet som ställts innan ett sådant förfarande inleddes.