



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 12 april 2018¹

Mål C-107/17

**UAB Aviabaltika
mot
Bab Ūkio bankas**

(begäran om förhandsavgörande från Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen))

”Begäran om förhandsavgörande – Ekonomisk och monetär politik – Fri rörlighet för kapital – Verkställighet av avtal om finansiellt säkerhetsställande – Inledande av ett likvidationsförfarande mot en säkerhetstagare – Utlösande händelse – Inbegripande av en finansiell säkerhet i ett konkursbo – Skyldighet att i första hand betala fordringar avseende en finansiell säkerhet”

I. Inledning

1. Detta är andra gången som domstolen ska meddela ett förhandsavgörande om tolkningen av bestämmelserna i direktiv 2002/47/EG.²

2. I det första målet, som låg till grund för domen *Private Equity Insurance Group*,³ hade domstolen anmodats att klargöra vilka rättigheter en säkerhetstagare hade i händelse av säkerhetsställarens insolvens. I det nu aktuella fallet ska domstolen avgöra några frågor som rör tolkningen av direktiv 2002/47 i en situation där ett insolvensförfarande har inletts mot säkerhetstagaren.

3. Den hänskjutande domstolen har ställt de två första frågorna för att få klarhet i huruvida direktiv 2002/47 ställer krav på att säkerhetstagaren ska kunna eller vara tvungen att realisera den finansiella säkerheten trots att ett insolvensförfarande har inletts mot säkerhetstagaren. Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida säkerhetsställaren kan behandlas annorlunda än andra borgenärer i insolvensförfarandet så att säkerhetsställaren verkligen kan återfå den finansiella säkerheten som inte realiserats av säkerhetstagaren.

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 dom av den 10 november 2016 *Private Equity Insurance Group* (C-156/15, EU:C:2016:851).

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

4. I artikel 2.1 c i direktiv 2002/47 anges att begreppet "avtal om finansiell säkerhet" avser 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 rätten till säkerheten är fastställd.

5. I artikel 4 i direktiv 2002/47, med rubriken "Verkställighet av avtal om finansiellt säkerhetsställande", anges följande i punkterna 1 och 5:

"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:

- a) När det gäller finansiella instrument genom försäljning eller tillägnelse samt genom att värdet av desamma kvittas mot eller används vid uppfyllandet av de relevanta ekonomiska förpliktelserna.
- b) När det gäller betalningsmedel genom att beloppet kvittas mot eller används vid uppfyllandet av de relevanta ekonomiska förpliktelserna.

...

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."

B. Litauisk rätt

6. När artikel 2.1 c i direktiv 2002/47 införlivades använde den litauiska lagstiftaren begreppet "avtal om finansiell säkerhet utan äganderättsöverföring" i stället för "avtal om finansiell säkerhet". I artikel 2.8 i Respublikos finansinio užtikrinimo susitarimų įstatymas (den litauiska lagen om ställande av finansiell säkerhet) anges följande:

"Med avtal om finansiell säkerhet utan äganderättsöverföring avses avtal enligt vilka säkerhetsställaren ställer finansiell säkerhet till säkerhetstagaren för att säkerställa fullgörandet av de relevanta ekonomiska förpliktelserna, varvid säkerhetsställaren bibehåller full eller begränsad äganderätt till den finansiella säkerheten."

7. I artikel 9.3 och 9.8 i den litauiska lagen om ställande av finansiell säkerhet föreskrivs följande:

"3. När en utlösande händelse inträffat har säkerhetstagaren rätt att ensidigt realisera finansiella säkerheter som ställts enligt ett avtal om finansiell säkerhet utan äganderättsöverföring på något av följande sätt och i enlighet med villkoren i avtalet:

...

8. Ett avtal om finansiell säkerhet får verkan den dag som anges i avtalet, oavsett om ett likvidationsförfarande inletts eller om rekonstruktionsåtgärder genomförs med avseende på säkerhetsställaren eller säkerhetstagaren."

III. Bakgrund till tvisten i det nationella målet

8. År 2011 och 2012 ingick UAB aviacijos kompanija (nedan kallat Aviabaltika) och banken AB (nedan kallad Ūkio bankas) två avtal om ställande av säkerhet. Dessa avtal låg till grund för säkerheter som ställdes till avtalsparter till Aviabaltika (nedan kallade 2011 och 2012 års avtal). Som säkerhet för Aviabaltikas förpliktelser ställdes medel på ett konto som öppnats i Aviabaltikas namn hos Ūkio bankas.

9. Sedan dessa avtal ingåtts, ingick Ūkio bankas och bolaget Commerzbank AG avtal om motgarantier, enligt vilka Commerzbank ställde säkerheter till State Bank of India. State Bank of India ställde säkerheterna till förmånstagarna, det vill säga Aviabaltikas avtalsparter.

10. I maj 2013 inleddes ett insolvensförfarande mot Ūkio bankas.

11. Aviabaltika fullgjorde inte sina förpliktelser gentemot de avtalsparter till vilka säkerheter hade ställts enligt 2011 och 2012 års avtal.

12. År 2014 fullgjorde Commerzbank på begäran av en av bolagets avtalsparter sina förpliktelser enligt avtalet om motgaranti. Commerzbank debiterade sedan vissa belopp från de medel som Ūkio bankas hade satt in på ett konto för att säkerställa motgarantierna.

13. Under tiden medgav Kauno apygardos teismas (distriktsdomstol i Kaunas, Litauen) att Aviabaltikas fordran på Ūkio bankas till följd av frigörandet av de medel som utgjorde säkerhet enligt avtalet om finansiellt säkerhetsställande skulle föras upp bland Ūkio bankas skulder.

14. Efter att ha fullgjort sina förpliktelser gentemot Commerzbank tog Ūkio bankas ut en del av det belopp som debiterats av Commerzbank från medlen på ett konto som öppnats i Aviabaltikas namn. Dessa medel härrörde från en ersättning som erhållits i enlighet med de litauiska bestämmelserna om insättningsgaranti. I det nationella målet yrkade Ūkio bankas att Aviabaltika skulle återbetala det återstående belopp som skulle betalas enligt 2011 och 2012 års avtal, jämte ränta.

15. Aviabaltika anförde inom ramen för denna tvist att Ūkio bankas borde ha betalat fordringarna genom att ta ut medel från det konto som öppnats för att täcka säkerheten. Aviabaltika anser dessutom att bolaget inte kommer att kunna få tillbaka den finansiella säkerhet som inte realiserats av Ūkio bankas i det pågående insolvensförfarandet mot denna bank. Aviabaltika anförde därför att de nationella domstolarna, för det fall att de biföll Ūkio bankas yrkande, i praktiken skulle förplikta Aviabaltika att betala ett belopp som motsvarar dessa medel till Ūkio bankas ytterligare en gång.

16. Ūkio bankas gjorde däremot gällande att banken efter det att insolvensförfarandet hade inletts inte fick fullgöra en ekonomisk förpliktelse som banken inte hade fullgjort innan insolvensförfarandet inleddes. Ūkio bankas angav även att medlen på det konto som öppnats i Aviabaltikas namn för att täcka säkerheten, i och med att insolvensförfarandet inletts, tillhörde bankens konkursbo och att banken följaktligen inte längre kunde använda medlen för att fullgöra sina förpliktelser.

17. Genom dom av den 14 december 2015 biföll Kauno apygardos teismas (distriktsdomstol i Kaunas) Ūkio bankas samtliga yrkanden avseende 2011 och 2012 års avtal.

18. Genom dom av den 31 maj 2016 fastställde Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appellationsdomstol) domen av den 14 december 2015.

19. Aviabaltika överklagade den domen till Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen).

IV. Förfarandet och tolkningsfrågorna

20. Det är mot denna bakgrund som Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen) beslutade att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

- ”1) Ska artikel 4.5 i direktiv 2002/47 tolkas så, att den innebär en skyldighet för medlemsstaterna att anta en lagstiftning som föreskriver att finansiella säkerheter inte ska ingå i överskottet efter säkerhetstagarens insolvens (när säkerhetstagaren är en bank i likvidation)? Med andra ord, har medlemsstaterna en skyldighet att anta en lagstiftning som kräver att en säkerhetstagare (en bank) faktiskt ska kunna erhålla betalning för sin fordran som säkrats genom en finansiell säkerhet (medel på konto i banken och en fordran avseende dessa medel), trots att den utlösande händelsen inträffade efter det att likvidationsförfarandet avseende säkerhetstagaren (banken) inletts?
- 2) Ska artikel 4.1 och 4.5 i direktiv 2002/47, mot bakgrund av systematiken i detta direktiv, tolkas så, att den tillerkänner säkerhetsställaren en rätt att kräva att säkerhetstagaren (banken) i första hand ska erhålla betalning för sin fordran, som säkrats genom en finansiell säkerhet (medel på konto i banken och en fordran avseende dessa medel), genom att ta den finansiella säkerheten i anspråk, och således att den medför en skyldighet för säkerhetstagaren att verkställa ett sådant krav, trots att likvidationsförfarandet inletts avseende säkerhetstagaren?
- 3) Om fråga 2 ska besvaras nekande och säkerhetsställaren fullgör säkerhetstagarens fordran, som säkrats genom den finansiella säkerheten, genom att utnyttja andra tillgångar, ska då bestämmelserna i direktiv 2002/47, särskilt artiklarna 4 och 8 i detta, tolkas så, att de innebär att säkerhetsställaren även ska undantas från kravet på likabehandling av säkerhetstagarens (bankens) borgenärer i likvidationsförfarandet och att säkerhetsställaren, för att kunna återkräva den finansiella säkerheten, ska ges företräde framför övriga borgenärer i likvidationsförfarandet?”

21. Skriftliga yttranden har inkommit från Aviabaltika, Ūkio bankas, den litauiska regeringen och Europeiska kommissionen, vilka också närvarade vid förhandlingen den 18 januari 2018.

V. Bedömning

A. Den första tolkningsfrågan

22. Den hänskjutande domstolen har ställt den första tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida artikel 4.5 i direktiv 2002/47 innebär att medlemsstaterna ska säkerställa att en säkerhetstagare kan verkställa ett avtal om finansiell säkerhet för att driva in sin fordran på säkerhetsställaren när en utlösande händelse inträffar efter det att ett insolvensförfarande inletts mot säkerhetstagaren. Om så är fallet vill den hänskjutande domstolen veta huruvida det i direktiv 2002/47 fastställs på vilket sätt möjligheten att verkställa ett avtal om finansiellt säkerhetsställande ska garanteras i händelse av säkerhetstagarens insolvens.

23. Även om det av lydelsen i den första frågan framgår att den nationella domstolen anser att de båda frågorna är identiska, anser jag emellertid att frågan huruvida det föreligger en skyldighet att se till att säkerhetstagaren kan verkställa ett avtal om finansiellt säkerhetsställande i händelse av insolvens faktiskt föregår frågan huruvida det är fastställt hur en sådan möjlighet ska garanteras.

24. Den hänskjutande domstolen har visserligen också ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 2002/47 likställer skyddet av säkerhetsställarens och säkerhetstagarens rättigheter i händelse av insolvens hos en annan part i avtalet. Det framgår emellertid att frågan samtidigt syftar till att fastställa huruvida den finansiella säkerheten kan realiseras av säkerhetstagaren när säkerhetstagaren är föremål för ett insolvensförfarande.

25. För att besvara denna fråga kommer jag först att ta upp medlemsstaternas skyldighet att säkerställa att säkerhetstagaren kan verkställa den finansiella säkerheten om säkerhetstagaren har förklarats insolvent. Därefter kommer jag att göra en bedömning av direktiv 2002/47 för att avgöra huruvida direktivet också avgör på vilket sätt det ska säkerställas att den finansiella säkerheten kan verkställas.

1. Inledande synpunkter

26. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att den fråga som väckts i det nu aktuella målet, avseende verkställighet av ett avtal om finansiellt säkerhetsställande för det fall att den utlösande händelsen inträffar efter det att ett insolvensförfarande inletts gentemot säkerhetstagaren, har hittills aldrig prövats av den hänskjutande domstolen. Den hänskjutande domstolen har emellertid behandlat en liknande fråga i mål om återställande av en finansiell säkerhet som begärts efter det att ett likvidationsförfarande inletts gentemot en säkerhetstagare, även om ingen utlösande händelse inträffat.

27. Enligt litauisk rättspraxis ska den som överför medel till ett bankkonto förlora äganderätten till dessa medel och förvärva en fordran på banken avseende återställande av det överförda beloppet. Enligt samma rättspraxis ska dessutom den omständigheten, att ett avtal om finansiell säkerhet ingås och medel som finns på ett bankkonto tillhandahålls som säkerhet, få till följd att fordringar på återställande av dessa medel ställs som säkerhet.

28. Den nationella insolvenslagstiftningen innehåller dessutom ett förbud mot fullgörande av en förpliktelse som ännu inte verkställts då ett insolvensförfarande inleds.

29. Även om det i den nationella lagstiftningen om finansiella säkerheter föreskrivs att säkerhetstagarens rättigheter inte ska inskränkas till följd av att ett insolvensförfarande inleds, medger dessa bestämmelser inte något sådant skydd för säkerhetsställaren.

30. Efter det att ett insolvensförfarande har inletts gentemot en säkerhetstagare har säkerhetstagaren nämligen ingen rätt enligt den relevanta nationella lagstiftningen att återta den finansiella säkerheten, åtminstone inte utanför insolvensförfarandet.

31. Det är mot den bakgrunden som den hänskjutande domstolen har angett att dess farhågor härrör från den omständigheten att räckvidden av säkerhetsställarens rättigheter i händelse av ett likvidationsförfarande mot säkerhetstagaren inte fastställs klart och tydligt i direktiv 2002/47. Den hänskjutande domstolen anser emellertid att domstolen i dom *Private Equity Insurance Group*⁴ tolkade direktiv 2002/47 så, att det utgör hinder för att ett insolvensförfarande påverkar ett avtal om finansiellt säkerhetsställande.

32. Följaktligen vill den hänskjutande domstolen få klarhet i hur systemet för avtal om finansiell säkerhet förhåller sig till de nationella insolvensreglerna under sådana omständigheter som i det nu aktuella målet.

⁴ Dom av den 10 november 2016, *Private Equity Insurance Group* (C-156/15, EU:C:2016:851).

2. Innebär direktiv 2002/47 att medlemsstaterna är skyldiga att säkerställa att en säkerhetstagare kan verkställa ett avtal om finansiellt säkerhetsställande i händelse av insolvens?

a) Parternas ståndpunkter

33. Ükio bankas anser inte att det finns någon anledning att besvara den del av den första frågan som rör säkerhetstagarens rätt att reglera sin fordran med hjälp av den finansiella säkerheten under sådana omständigheter som i det nu aktuella målet. Denna del av den första frågan avser den specifika situationen när gäldenären – i det rättsförhållande som uppkommer i och med förekomsten av ett bankkonto (banken) – också är säkerhetstagaren – i det rättsförhållande som uppstått till följd av att en finansiell säkerhet har ställts. Det rättsliga förhållandet mellan en bank och en kontohavare omfattas inte av direktiv 2002/47 utan enbart av nationell lagstiftning.

34. Den litauiska regeringen anser att artikel 4.5 i direktiv 2002/47 inte innebär att medlemsstaterna är skyldiga att säkerställa att en säkerhetstagare kan återfå sin fordran avseende den finansiella säkerheten efter det att ett insolvensförfarande inletts gentemot säkerhetstagaren. Den litauiska regeringen menar att det i artiklarna 4 och 8 i direktiv 2002/47 föreskrivs ett skydd för säkerhetstagaren för det fall att ett insolvensförfarande inleds mot säkerhetsställaren. Så är fallet i synnerhet som direktiv 2002/47 innehåller minimikrav när det gäller säkerhetsställarens rättigheter.

35. Kommissionen anser däremot att artikel 4.5 i direktiv 2002/47 är avsedd att skydda båda parterna i ett avtal om finansiellt säkerhetsställande från verkningarna av ett insolvensförfarande.

36. Aviabaltika anser att artikel 4.5 i direktiv 2002/47 klart och entydigt ger säkerhetstagaren rätt att realisera den finansiella säkerheten utan hinder av att ett insolvensförfarande inletts mot säkerhetstagaren när den utlösande händelsen inträffar efter det att förfarandet inletts.

b) Tolkning av artikel 4.5 i direktiv 2002/47

37. Enligt artikel 4.5 i direktiv 2002/47 ska medlemsstaterna ”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”.

38. Enligt min uppfattning är artikel 4.5 i direktiv 2002/47 formulerad på ett sådant sätt att det inte råder några tvivel om att bestämmelsen omfattar situationer där ett insolvensförfarande har inletts mot en säkerhetstagare eller en säkerhetsställare.⁵ Formuleringen i artikel 4.5 i direktivet är alltså entydig när det gäller den omständigheten att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla en rättslig ram för att se till att ett avtal om finansiellt säkerhetsställande kan verkställas enligt avtalet oavsett om ett insolvensförfarande inletts gentemot säkerhetstagaren.

39. Att konstatera detta är emellertid inte tillräckligt för att fastställa att medlemsstaterna är skyldiga att anta bestämmelser som innebär att en finansiell säkerhet inte ska ingå i en säkerhetstagares konkursbo.

⁵ Se, för ett liknande resonemang, Devos, D., *The Directive 2002/47/EC on Financial Collateral Arrangements of June 6, 2002*, De Walsche, A., Vandersanden, G., *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, volym II, Bryssel, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, s. 269.

3. *Framgår det av direktiv 2002/47 hur det ska säkerställas att ett avtal om finansiellt säkerhetsställande kan verkställas när säkerhetstagaren är föremål för ett insolvensförfarande?*

a) Parternas ståndpunkter

40. Den litauiska regeringen anser att det ska vara nödvändigt att undanta finansiella säkerheter från ett konkursbo för att 2002/47 ska anses ha införlivats korrekt. Den litauiska regeringen har vidare angett att en finansiell säkerhet i form av betalningsmedel som satts in i ett kreditinstitut också omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/49/EU.⁶ I detta direktiv anges inte att en finansiell säkerhet ska medges någon särskild ställning. Säkerheten ska skyddas som en insättning och ska, precis som övriga insättningar, ingå i ett kreditinstituts konkursbo.

41. Ükio bankas har med samma utgångspunkt framhållit att det inte finns någon allmän princip i unionsrätten som kräver att egendom som mottagits av en annan person ska hållas åtskild från övriga tillgångar. Om unionslagstiftaren hade önskat en sådan lösning skulle en tydlig och explicit regel ha antagits i det avseendet. Ükio bankas har åberopat flera rättsakter i unionens sekundärrätt till stöd för sin ståndpunkt.

42. Aviabaltika och kommissionen anser, tvärtemot den litauiska regeringen och Ükio bankas, att medel som överlämnats som en finansiell säkerhet inte kan leda till att dessa medel ingår i säkerhetstagarens tillgångar.

43. Aviabaltika har närmare bestämt bestritt det antagande som ligger till grund för den första tolkningsfrågan. De medel som ställts som finansiell säkerhet i det nu aktuella fallet ingår nämligen inte i säkerhetstagarens tillgångar.

44. Kommissionen har uttalat sig mer ingående om denna aspekt. Kommissionen anser att man inom ramen för direktiv 2002/47 bör skilja på två typer av avtal om finansiellt säkerhetsställande, nämligen avtal om finansiell säkerhet och avtal om finansiell äganderättsöverföring. Kommissionen anser att en finansiell säkerhet som ställts enligt ett avtal om finansiell säkerhet inte ska ingå i säkerhetstagarens tillgångar i händelse av säkerhetstagarens likvidation. Kommissionen har påpekat att förslaget till direktivet innehöll ett skäl 13 där det i andra meningen, med avseende på avtal om finansiell säkerhet, angavs att säkerhetsställaren kunde behålla äganderätten till de betalningsmedel som lämnats som säkerhet, vilket skyddar säkerhetsställaren i händelse av att säkerhetstagaren bli insolvent.⁷ Lydelsen i den andra meningen i skäl 13 i förslaget till direktiv 2002/47 finns visserligen inte kvar i direktiv 2002/47, men åtskillnaden mellan de två typerna av avtal om finansiell säkerhet har inte frångåtts. Kommissionen anser nämligen att en tolkning enligt vilken säkerhetsställaren förlorar äganderätten till de betalningsmedel som tillhandahållits inom ramen för ett avtal om finansiell säkerhet skulle innebära att skillnaden mellan de två avtalstyperna undanröjs.

b) Effekterna av att medel överförs till ett bankkonto och att en finansiell säkerhet ställs

45. Aviabaltika och kommissionen avser i sina yttranden säkerhetstagarens tillgångar och inte säkerhetstagarens konkursbo. Aviabaltika och kommissionen tycks nämligen anse att frågan huruvida den finansiella säkerheten ska hållas utanför konkursboet inte borde uppstå i det nu aktuella fallet, eftersom det rör sig om en finansiell säkerhet.

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv av den 16 april 2014 om insättningsgarantisystem (EUT L 173, 2014, s. 149).

⁷ Se förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om finansiella säkerhetsordningar (KOM(2001) 168 av den 27 mars 2001).

46. I doktrinen har det anförts att en säkerhetstagares borgenärer, i fråga om ett avtal om finansiell säkerhet i den mening som avses i direktiv 2002/47, inte ska ha rätt till medel som lämnats som finansiell säkerhet, eftersom dessa definitivt inte hör till säkerhetstagarens tillgångar.⁸

47. I det nu aktuella fallet är det inte så. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att en överföring av medel till ett bankkonto enligt den litauiska lagstiftningen innebär en förlust av äganderätten till dessa medel.

48. Som svar på en fråga från domstolen vid förhandlingen förklarade den litauiska regeringen att skillnaden mellan ett avtal om finansiell äganderättsöverföring och ett avtal om finansiell säkerhet, när det gäller en säkerhet i form av betalningsmedel som satts in på ett konto som öppnats hos säkerhetstagaren, fastställs på grundval av vem som innehar det aktuella kontot. När kontot öppnas i säkerhetsställarens namn rör det sig om ett avtal om finansiell säkerhet, medan det rör sig om ett avtal om finansiell äganderättsöverföring om säkerhetstagaren är kontohavare.

49. Således tycks skälet till att den hänskjutande domstolen i det nu aktuella fallet har frågat huruvida den finansiella säkerheten ska hållas utanför säkerhetstagarens konkursbo vara att en överföring av medel till ett bankkonto – enligt tolkningen av den litauiska lagstiftningen i nationell rättspraxis – (oavsett vem som är kontohavare) innebär att medlen tillfaller banken.⁹

50. I detta sammanhang är den hänskjutande domstolens ståndpunkt inte uppenbar när det gäller att fastställa föremålet för den finansiella säkerheten.

51. För det första nämner den hänskjutande domstolen, i de två första tolkningsfrågorna, medlen på bankkontot och fordringsrätten till dessa medel när den talar om den finansiella säkerheten. För det andra anger den hänskjutande domstolen i sin begäran om förhandsavgörande att den finansiella säkerheten i det nu aktuella fallet bör anses utgöras av fordringsrätten till medlen på det bankkonto som öppnats i Aviabaltikas namn hos Ūkio bankas.

52. Under alla omständigheter tycks den hänskjutande domstolen mena att fordran på återställandet av dessa medel också ska ingå i säkerhetstagarens konkursbo. Detta är skälet till att den hänskjutande domstolen i de två första frågorna vill få klarhet i huruvida medlen och fordran ska hållas utanför säkerhetstagarens konkursbo.

c) Skydd för möjligheten att verkställa den finansiella säkerheten

53. Aviabaltika och kommissionen anser – när det rör sig om ett avtal om finansiell säkerhet – att direktiv 2002/47 förpliktar medlemsstaterna att säkerställa att den finansiella säkerheten inte hamnar bland säkerhetstagarens tillgångar. Således kan en finansiell säkerhet inte hamna i säkerhetstagarens konkursbo.

54. Den enda lösning som är förenlig med artikel 4.5 i direktiv 2002/47 är således att föremålet för den finansiella säkerheten hålls åtskild när säkerheten ställs.

55. Jag anser emellertid inte att detta kategoriska synsätt är övertygande. Enligt artikel 288 FEUF är ett direktiv, och därmed även direktiv 2002/47, bindande för medlemsstaterna med avseende på det resultat som ska uppnås. Därvid överlåter direktivet åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.

⁸ Se T'Kint, F., Derijcke, W., *La Directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du droit des sûretés*, Euredia, 2003, volym 1, s. 55.

⁹ Se även sammanfattningen av nationell rättspraxis ovan i punkterna 27–30 i detta förslag till avgörande.

56. Det är i detta sammanhang värt att notera att det råder stora skillnader mellan medlemsstaternas rättssystem i fråga om insolvens. Detsamma gäller de nationella bestämmelserna om följderna av att föremålet för den finansiella säkerheten överlämnas till säkerhetstagaren.

57. Det var därför lagstiftaren valde att inte anta någon rättsakt om finansiell säkerhet som ett enhetligt unionsinstrument. Lagstiftarens avsikt var snarare att inrätta ett system för finansiell säkerhet med minsta möjliga störningar i medlemsstaternas befintliga rättsliga ramar.¹⁰

58. Som jag ser det är detta också orsaken till att artikel 4.5 i direktiv 2002/47 förpliktar medlemsstaterna att se till att ett avtal om finansiellt säkerhetsställande kan få verkan "utan hinder av" bland annat ett inlett insolvensförfarande gentemot säkerhetstagaren. Ordvalen är desamma som i skäl 12 andra meningen i direktiv 2002/47, som motsvarar artikel 4.5 i direktivet, och det rör sig här om att vissa avtal om finansiellt säkerhetsställande "inte omfattas" av vissa bestämmelser i insolvenslagstiftningen. Detta synsätt bekräftas även i motiveringen till förslaget till direktiv 2002/47, enligt vilken direktivet syftar till att i begränsad omfattning skydda avtal om säkerhetsställande mot vissa bestämmelser i insolvenslagstiftningen, särskilt sådana som kan förhindra att en säkerhet realiseras.¹¹

59. I direktiv 2002/47 fastställs inte på vilket sätt en finansiell säkerhet ska skyddas så att den "inte omfattas" av de nationella bestämmelserna om insolvens. I motsats till de andra rättsakter i unionens sekundärrätt, som angetts av Ükio bankas,¹² kräver direktiv 2002/47 i varje fall inte att en finansiell säkerhet ska hållas åtskild när säkerheten ställs. Därför anser jag inte att den enda möjliga lösningen enligt direktiv 2002/47 är att den finansiella säkerheten hålls utanför säkerhetstagarens tillgångar.

60. Jag anser att medlemsstaterna kan välja olika lösningar vid införlivandet av direktiv 2002/47 för att skydda den finansiella säkerheten från den nationella insolvenslagstiftningen, så att verkställigheten av ett avtal om finansiellt säkerhetsställande inte kan påverkas av att ett insolvensförfarande inleds gentemot säkerhetstagaren.

61. Medlemsstaterna kan bland annat nyansera de bestämmelser som fastställer verkningarna av att en finansiell säkerhet ställs till säkerhetstagarens förfogande, så att säkerheten inte ingår i säkerhetstagarens tillgångar vid ställandet av säkerheten. De skulle också kunna nyansera de nationella bestämmelserna om insolvens avseende vilka tillgångar som ingår i ett konkursbo. Vidare är det inte möjligt att på förhand utesluta en lösning som innebär att en finansiell säkerhet hamnar i ett konkursbo, samtidigt som säkerhetstagaren behåller rätten att realisera säkerheten trots ett pågående insolvensförfarande.

62. Mot bakgrund av resonemanget ovan föreslår jag att domstolen besvarar den första tolkningsfrågan på så sätt att artikel 4.5 i direktiv 2002/47 ska tolkas så, att medlemsstaterna är skyldiga att anta bestämmelser som säkerställer att säkerhetstagaren kan driva in sin fordran på den finansiella säkerhet som ställs enligt ett avtal om finansiell säkerhet, även om den utlösande händelsen inträffar efter det att ett insolvensförfarande inletts gentemot säkerhetstagaren. Det ankommer på medlemsstaterna att fastställa på vilket sätt det ska säkerställas att ett avtal om finansiell säkerhet kan verkställas när säkerhetstagaren är föremål för ett sådant förfarande.

¹⁰ Se motiveringen till förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om finansiella säkerhetsordningar (KOM(2001) 168 av den 27 mars 2001 (nedan kallad motiveringen till förslaget), punkt 2.3).

¹¹ Se motiveringen till förslaget, punkt 2.1.

¹² Se bland annat artiklarna 39 och 48.7 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 648/2012 av den 4 juli 2012 om OTC-derivat, centrala motparter och transaktionsregister (EUT L 201, 2012, s. 1). Se även artikel 10 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2366 av den 25 november 2015 om betaltjänster på den inre marknaden och om ändring av direktiven 2002/65/EG, 2009/110/EG och 2013/36/EU samt förordning (EU) nr 1093/2010 och om upphävande av direktiv 2007/64/EG (EUT L 337, 2015, s. 35). I artikel 10 i direktiv 2015/2366 föreskrivs två metoder för att uppfylla skyddskraven. Medlemsstaterna kan välja mellan ett separat bevarande av medlen (artikel 10.1 a) och införandet av en skyldighet att försäkra medlen i fråga (artikel 10.1 b).

B. Den andra tolkningsfrågan

63. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida direktiv 2002/47 ger säkerhetsställaren rätt att kräva att säkerhetstagaren först använder den finansiella säkerheten för att reglera den fordran som garanteras genom säkerheten och påför denna säkerhetstagare en motsvarande skyldighet att driva in sin fordran på säkerheten.

1. Parternas ståndpunkter

64. Ükio bankas har för det första konstaterat att banken i händelse av konkurs inte kan driva in sin fordran på den finansiella säkerheten när denna utgörs av medel på ett konto som säkerhetsställaren öppnat i banken.

65. För det andra har Ükio bankas angett att direktiv 2002/47 ger säkerhetstagaren rätt att välja på vilket sätt säkerhetstagaren ska verkställa sin fordran mot säkerhetsställaren. Artikel 4.1 och 4.5 och artikel 2.1 i samma direktiv rör möjligheten att realisera den finansiella säkerheten. I artikel 4.1 och 4.5 i direktiv 2002/47 används termerna "att säkerhetstagaren ... *kan* realisera ställda finansiella säkerheter" respektive "att ett avtal om finansiellt säkerhetsställande *kan* få verkan i enlighet med dess villkor".¹³ I artikel 2.1 i direktiv 2002/47 föreskrivs att en utlösande händelse "*ger* säkerhetstagaren *rätt* att på de villkor som följer av avtalet om finansiellt säkerhetsställande eller av lag realisera eller tillägna sig en finansiell säkerhet eller vilken medför att en slutavräkningsklausul tillämpas".¹⁴

66. I linje med detta anser den litauiska regeringen bland annat att medlemsstaterna enligt artikel 4.1 i direktiv 2002/47 är skyldiga att se till att säkerhetstagaren kan använda sig av de sätt att realisera en säkerhet på som föreskrivs i denna bestämmelse.

67. Aviabaltika har däremot vid förhandlingen anfört att de formuleringar som åberopats av Ükio bankas och den litauiska regeringen innebär att säkerhetstagaren får, om säkerhetstagaren så önskar, avgöra huruvida säkerhetstagaren ska driva in sina fordringar mot säkerhetsställaren.

68. Aviabaltika anser vidare att artikel 4.1 och 4.5 i direktiv 2002/47 inte uttryckligen reglerar frågan om säkerhetstagarens skyldighet att först driva in sin fordran på den ställda säkerheten. Förekomsten och omfattningen av en sådan skyldighet ska nämligen fastställas enligt det avtal som ingås mellan parterna, med hänsyn dels till de bestämmelser i nationell lagstiftning som är tillämpliga på avtalet, dels till syftet med direktiv 2002/47. Under dessa omständigheter anser Aviabaltika att presumtionen att säkerheten först ska realiseras utgör ett implicit villkor i avtalet.

69. På samma sätt anser kommissionen att artikel 4.1 och 4.5 i direktiv 2002/47 ska tolkas så, att säkerhetsställaren har rätt att kräva att säkerhetstagaren först reglerar sin fordran med den säkerhet som avses i avtalet, i alla fall om ingenting annat anges i avtalet.

2. Formerna för realisering av en finansiell säkerhet

70. Språkligt sett är det uppenbart att artiklarna 2.1 i, 4.1 och 4.5 i direktiv 2002/47 snarare innebär en möjlighet än en skyldighet att realisera en finansiell säkerhet.

¹³ Min kursivering.

¹⁴ Min kursivering.

71. Hänsyn bör emellertid tas till den omständigheten att säkerhetstagaren har rätt att realisera en finansiell säkerhet när "en utlösande händelse", i den mening som avses i artikel 2.1 1 i direktivet, inträffar. Det rör sig således om ett hypotetiskt fall, inte om en faktisk händelse. Den omständigheten, att den utlösande händelsen är osäker, kan följaktligen förklara varför artikel 4.5 i direktiv 2002/47 avser möjligheten att ett avtal om finansiellt säkerhetsställande kan få verkan utan hinder av att ett insolvensförfarande har inletts.

72. Vad gäller användningen av formuleringarna "att säkerhetstagaren ... kan realisera ställda finansiella säkerheter", i artikel 4.1 i direktiv 2002/47, och "ger säkerhetstagaren rätt att ... realisera ... en finansiell säkerhet", i artikel 2.1 1 i direktivet, föreskrivs i dessa bestämmelser flera sätt att realisera en finansiell säkerhet. Detta skulle kunna förklara varför det inte rör sig om en skyldighet att använda sig av något av dessa sätt, utan en möjlighet.

73. Det tycks inte möjligt att ge något entydigt svar på den andra tolkningsfrågan genom att tolka begreppen i de aktuella bestämmelserna om möjligheten att realisera en finansiell säkerhet, i synnerhet artikel 4.1 och 4.5.

74. I artikel 4.1 och 4.5 i direktiv 2002/47 hänvisas emellertid till avtalsvillkoren när det gäller att fastställa formerna för realiseringen av en finansiell säkerhet. Flera bestämmelser i direktiv 2002/47 innebär dessutom, precis som artikel 4.5, att ett visst värde tillskrivs "villkoren"¹⁵ i avtalet om finansiellt säkerhetsställande eller "villkoren i detsamma".¹⁶ Syftet med dessa bestämmelser är att säkerställa att ett avtal om finansiellt säkerhetsställande verkställs i enlighet med vad som ursprungligen avtalats mellan parterna, utan hinder av yttre omständigheter, däribland att ett insolvensförfarande inleds.

75. Överenskommelser mellan parterna i ett avtal om finansiellt säkerhetsställande har således en särskild ställning i direktiv 2002/47. Direktivets huvudsakliga syfte kan därmed anses vara att respektera parternas avsikter så som de uttrycktes då avtalet om finansiellt säkerhetsställande ingicks. Svaret på den andra tolkningsfrågan är således beroende av en tolkning av det avtal om finansiellt säkerhetsställande som ingåtts av parterna i målet vid den nationella domstolen.

76. I motsats till vad Aviabaltika och kommissionen har anfört anser jag inte att direktiv 2002/47 fastställer någon presumtion enligt vilken säkerhetstagaren är skyldig att driva in sin fordran på den finansiella säkerheten om ingenting annat anges i avtalet om finansiellt säkerhetsställande. Detta beror bland annat på vilka val den nationella lagstiftaren har gjort när det gäller tolkningen av avtal mellan enskilda.

77. Artikel 4.1 och 4.5 i direktiv 2002/47 ska således tolkas så, att säkerhetstagaren inte är skyldig att först reglera sin fordran med hjälp av den säkerhet som ställts enligt ett avtal om finansiell säkerhet.

3. Den föreslagna lösningens följder för säkerhetsställarens möjlighet att få tillbaka en outnyttjad säkerhet

78. Jag har förståelse för Aviabaltikas och kommissionens resonemang, att den omständigheten att säkerhetstagaren inte är skyldig att i första hand reglera sin fordran med den finansiella säkerheten, kan hindra säkerhetsställaren från att faktiskt få tillbaka denna säkerhet i händelse av säkerhetstagarens insolvens, så att säkerhetsställaren i praktiken tvingas betala ett belopp av samma storlek som den finansiella säkerheten två gånger.

¹⁵ Se artikel 5.1 i direktiv 2002/47.

¹⁶ Se artikel 6.1 och artikel 7.1 i direktiv 2002/47.

79. Med hänsyn till de två första lösningar som berörs ovan i punkt 61, det vill säga att den finansiella säkerheten ska skiljas från säkerhetstagarens tillgångar och att säkerheten ska hållas utanför säkerhetstagarens konkursbo, borde säkerhetsställaren i vilket fall ha rätt att återfå säkerheten och få full ersättning för denna utan hinder av att ett insolvensförfarande inleds. Dessa två lösningar ger långsiktiga effekter, och den omständigheten, att säkerhetstagarens anspråk har tillgodosetts genom säkerhetsställarens andra tillgångar, medför ingen risk för att säkerhetsställaren inte kan få tillbaka en utnyttjad finansiell säkerhet.

80. Denna risk uppkommer emellertid när det gäller den tredje lösningen i punkt 61 ovan, det vill säga om den finansiella säkerheten ingår i ett konkursbo. I ett sådant fall skulle säkerhetstagaren kunna driva in sin fordran från andra tillgångar hos säkerhetsställaren, vilken därmed skulle bli tvungen att försöka återfå den utnyttjade säkerheten inom ramen för insolvensförfarandet enligt den rangordning av borgenärer som anges i nationell lagstiftning. Således skulle det i vissa fall kunna hända att säkerhetsställaren faktiskt inte kan återfå den finansiella säkerheten, även om säkerhetstagaren har drivit in sin fordran från säkerhetsställarens övriga tillgångar.

81. Jag är inte säker på att denna lösning är förenlig med unionslagstiftarens syften.

82. Rent allmänt utgör den ordning som införts genom direktiv 2002/47 – enligt skäl 3 i direktivet – ett bidrag till den finansiella marknadens integration, till dess kostnadseffektivitet och till stabiliteten i Europeiska unionens finansiella system.

83. Vad beträffar förhållandet mellan det system för avtal om finansiellt säkerhetsställande som inrättats genom direktiv 2002/47 och nationell insolvenslagstiftning, anges i skäl 5 att direktivet syftar till att förbättra rättssäkerheten i samband med avtal om finansiellt säkerhetsställande.

84. I den andra meningen i skäl 12 i direktiv 2002/47 talas inte om att säkerhetstagaren eller säkerhetsställaren ska vara "skyddade", utan om att avtal om finansiellt säkerhetsställande "inte omfattas" av vissa bestämmelser i den nationella insolvenslagstiftningen. Dessutom bör det noteras att det i skäl 11 i direktiv 2002/47 också anges – även om det handlar om direktivets tillämpningsområde – att direktivet ska skydda avtal om finansiellt säkerhetsställande som uppfyller de krav som fastställs i direktivet. Med detta i åtanke anförde domstolen, i punkt 50 i dom *Private Equity Insurance Group*,¹⁷ att det system som infördes genom direktiv 2002/47 innebär en förmånligare behandling av en finansiell säkerhet som sådan.

85. Mot bakgrund av det ovanstående kan det konstateras att direktiv 2002/47 inte endast syftar till att säkerställa att finansiella säkerheter kan realiseras i händelse av insolvens hos parterna, utan även till att införa ett specifikt system för avtal om finansiellt säkerhetsställande som ett rättssäkert instrument vilket – såsom anges i skälen 3 och 17 i direktivet – kan bidra till stabilitet i det finansiella systemet i unionen.

86. Jag anser inte att detta syfte är förenligt med den lösning som följer av den nationella lagstiftningen, enligt vilken en säkerhetsställare är skyldig att ytterligare en gång betala ett belopp av samma storlek som den finansiella säkerheten till säkerhetstagaren under de omständigheter som är aktuella i det nationella målet.

87. Så är fallet i synnerhet som en sådan lösning i vissa fall skulle kunna leda till insolvens hos säkerhetsställaren. Av skäl 17 i direktiv 2002/47 framgår emellertid att det system för finansiellt säkerställande som införts genom direktivet syftar till att begränsa smittoeffekterna för det fall att en part i ett avtal om finansiellt säkerhetsställande inte fullgör sina förpliktelser.

¹⁷ Se dom av den 10 november 2016, *Private Equity Insurance Group* (C-156/15, EU:C:2016:851).

88. Möjligheten att driva in en fordran från säkerhetsställarens övriga tillgångar hindrar följaktligen inte denna säkerhetsställare från att faktiskt återfå den finansiella säkerheten, trots att ett insolvensförfarande har inletts gentemot säkerhetstagaren. I annat fall skulle säkerhetstagaren systematiskt uppmuntras att driva in sin fordran från säkerhetsställarens övriga tillgångar för att i praktiken erhålla dubbelt så mycket som den ekonomiska säkerheten.

89. Mot bakgrund av ovanstående resonemang föreslår jag att domstolen besvarar den andra tolkningsfrågan på så sätt att artikel 4.1 och 4.5 i direktiv 2002/47 ska tolkas så, att säkerhetstagaren inte är skyldig att först reglera sin fordran med hjälp av den säkerhet som ställts enligt ett avtal om finansiell säkerhet. En sådan skyldighet kan emellertid följa av villkoren i avtalet om finansiellt säkerhetsställande, tolkade mot bakgrund av bestämmelserna i den lag som är tillämplig på avtalet. Möjligheten att efter en utlösande händelse driva in en fordran från säkerhetsställarens övriga tillgångar ska i vilket fall som helst inte hindra säkerhetsställaren från att faktiskt återfå denna utnyttjade säkerhet i händelse av att ett insolvensförfarande inleds mot säkerhetstagaren.

C. Den tredje tolkningsfrågan

1. Upptagande till prövning

90. Genom den tredje frågan, som ställts för det fall att domstolen svarar nekande på den andra tolkningsfrågan, vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida säkerhetsställaren ska ges en förmånligare behandling än den insolventa säkerhetstagarens övriga borgenärer, så att säkerhetsställaren ska kunna återfå den finansiella säkerheten om säkerhetstagaren har drivit in sin fordran från säkerhetsställarens övriga tillgångar.

91. Jag anser att den tredje tolkningsfrågan saknar samband med föremålet för tvisten vid den nationella domstolen. Således kan dess tillätlighet ifrågasättas.

92. Frågan rör genomförandet av det insolvensförfarande som inletts mot Ūkio bankas. Den domstol som inlett insolvensförfarandet mot Ūkio bankas har enligt begäran om förhandsavgörande medgett Aviabaltikas fordran gentemot Ūkio bankas och fört upp denna fordran bland Ūkio bankas skulder.¹⁸

93. Det nationella målet avser dock en tvist mellan Ūkio bankas och Aviabaltika angående verkställighet av avtal från åren 2011 och 2012. Vidare framgår det inte av begäran om förhandsavgörande att Aviabaltika ingett något genkärsmål mot Ūkio bankas. I det nationella målet ankommer det således inte på den hänskjutande domstolen att avgöra frågorna om indrivning av Aviabaltikas fordran på Ūkio bankas inom ramen för insolvensförfarandet.

94. Därför anser jag inte att ett svar på den tredje tolkningsfrågan är ändamålsenligt för lösningen av tvisten i det nationella målet.

95. Den hänskjutande domstolen har inte åberopat någon litauisk rättsregel som skulle kunna påverka rangordningen av säkerhetstagarens borgenärer och ge säkerhetsställaren en förmånligare behandling. Följaktligen anser jag inte att den litauiska lagstiftaren, när direktiv 2002/47 införlivades, beslutade att skydda säkerhetsställarens rättigheter genom en nationell insolvenslagstiftning som anger i vilken ordning det insolventa bolagets borgenärer ska få sina fordringar tillgodosedda.

¹⁸ Se ovan punkt 13 i detta förslag till avgörande.

96. Den tredje tolkningsfrågan är i vilket fall som helst endast relevant för det fall att den finansiella säkerheten ingår i säkerhetstagarens konkursbo. Enligt min bedömning av den första tolkningsfrågan kan en sådan lösning i princip medges enligt direktiv 2002/47.¹⁹ Av begäran om förhandsavgörande framgår också att detta är den lösning som följer av litauisk rättspraxis.

97. Vad vidare gäller frågan huruvida säkerhetsställaren bör prioriteras framför andra borgenärer till en insolvent säkerhetstagare, så att säkerhetsställaren ska kunna återfå den finansiella säkerheten när säkerhetstagaren har drivit in sin fordran från säkerhetsställarens övriga tillgångar, följer det av mitt svar på den andra tolkningsfrågan att möjligheten att driva in en fordran från säkerhetsställarens övriga tillgångar inte ska hindra säkerhetsställaren från att faktiskt återfå en outnyttjad säkerhet.

98. I den tredje tolkningsfrågan har den hänskjutande domstolen emellertid gett uttryck för tvivel beträffande möjligheten att återfå en outnyttjad säkerhet när säkerhetstagaren är föremål för ett insolvensförfarande. Den hänskjutande domstolen vill närmare bestämt få klarhet i huruvida direktiv 2002/47 kan påverka nationella insolvensbestämmelser som föreskriver i vilken ordning säkerhetstagarens borgenärer ska få sina fordringar tillgodosedda. Denna frågeställning berördes inte i samband med min bedömning av den andra tolkningsfrågan.

99. Mina reflexioner vad gäller den tredje tolkningsfrågan är visserligen av hypotetisk karaktär, men i och med att frågan avser medlemsstaternas skyldighet att ge företräde åt säkerhetsställaren, så att säkerhetsställaren ska kunna återfå en outnyttjad säkerhet när den ingår i säkerhetstagarens konkursbo, anser jag ändå att det är ändamålsenligt att bedöma frågan så att alla rättsliga aspekter i det nationella målet kan belysas.

2. Huruvida direktiv 2002/47 påverkar de nationella insolvensbestämmelserna

100. Ükio bankas anser inte att direktiv 2002/47 ger säkerhetsställaren något företräde framför säkerhetstagarens övriga borgenärer i ett insolvensförfarande vad gäller att säkerhetsställaren ska kunna återfå den finansiella säkerheten, och att principen om lika behandling bör tillämpas på en insolvent banks borgenärer. Aviabaltika, den litauiska regeringen och kommissionen anser inte att bestämmelserna i direktiv 2002/47 reglerar i vilken ordning det insolventa bolagets borgenärs fordringar ska vara uppfyllda.

101. Jag är emellertid inte övertygad om att avsaknaden av bestämmelser i direktiv 2002/47 om fastställande av en rangordning av borgenärer innebär att direktivet inte vid införlivandet kan påverka de nationella bestämmelser som reglerar i vilken ordning det insolventa bolagets borgenärer ska få sina fordringar tillgodosedda.

102. För det fall att den nationella lagstiftaren beslutar att en finansiell säkerhet som ställts enligt ett avtal om finansiell säkerhet ska ingå i konkursboet för en insolvent säkerhetstagare, måste lagstiftaren ta konsekvenserna av sitt val och låta det återspeglas i den nationella insolvenslagstiftningen, däribland i de bestämmelser som avgör i vilken ordning det insolventa bolagets borgenärs fordringar ska tillgodoses.

103. I punkt 59 i mitt förslag till avgörande i målet *Private Equity Insurance Group*²⁰ påpekade jag – med hänvisning till ett resonemang som förts av vissa berörda parter som ansåg att det skydd som en finansiell säkerhet utgjorde när den realiserades kunde påverka borgenärernas rangordning enligt den nationella insolvenslagstiftningen – att frågan om borgenärens förmånsrätt i ett konkursförfarande inte är relevant, med hänsyn till det system som inrättades genom direktiv 2002/47. Direktivets syfte är endast att säkerställa rätten att realisera en säkerhet i alla sådana fall som föranleder verkställighet.

¹⁹ Se ovan punkt 61 i detta förslag till avgörande.

²⁰ Se mitt förslag till avgörande i målet *Private Equity Insurance Group* (C-156/15, EU:C:2016:586).

Jag anser att domstolen anslöt sig till denna ståndpunkt i domen *Private Equity Insurance Group*²¹ där den fann att ”en sådan skillnad i behandling [av borgenärer till följd av den finansiella säkerhetens särskilda karaktär] bygger på ett objektiva kriterium som är förenligt med det berättigade ändamålet med direktiv 2002/47, som är att förbättra de finansiella säkerheternas rättssäkerhet och effektivitet i syfte att säkerställa stabiliteten i det finansiella systemet”.

104. I fråga om effekterna på borgenärernas rangordning ser jag ingen avgörande skillnad mellan det fallet att en finansiell säkerhet som ställts enligt ett avtal om finansiell säkerhet hålls utanför säkerhetstagarens konkursbo och det fallet att rangordningen av borgenärerna ändras. I båda fallen ska säkerheten återbetalas till säkerhetsställaren, oberoende av andra borgenärers fordringar på säkerhetstagaren.

105. Vidare är det visserligen riktigt att direktiv 2002/47 enligt artikel 8.4 i förordningen inte ska påverka allmänna bestämmelser i den nationella insolvenslagstiftningen om ogiltigförklaring av transaktioner som genomförts bland annat under perioden före inledandet av ett likvidationsförfarande.

106. Jag anser emellertid inte att bestämmelsen kan tolkas så, att direktiv 2002/47 vid införlivandet i princip inte kan påverka den nationella insolvenslagstiftningen.

107. Artikel 8.4 i direktiv 2002/47 skulle vara överflödigt om det direktivet inte kunde påverka sådana regler. Därför är jag benägen att anse att bestämmelsen utgör ett undantag från den allmänna regeln att medlemsstaterna får ändra de nationella insolvensbestämmelserna i syfte att se till att de mål som eftersträvas med direktivet uppnås.

108. Jag anser följaktligen att den nationella lagstiftaren, för det fall att den finansiella säkerhet som ställts enligt ett avtal om finansiell säkerhet ska ingå i säkerhetstagarens konkursbo, är skyldig att bevilja säkerhetsställaren företräde framför andra berörda borgenärer i insolvensförfarandet så att säkerhetsställaren faktiskt kan återfå säkerheten när säkerhetstagaren inte har realiserat denna säkerhet efter det att en utlösande händelse har inträffat.

109. Mot bakgrund av de argument som anförs ovan, och under förutsättning att domstolen besvarar den tredje tolkningsfrågan, föreslår jag att domstolen ska svara att direktiv 2002/47, för det fall att den nationella lagstiftaren beslutar att en finansiell säkerhet som ställts enligt ett avtal om finansiell säkerhet ska ingå i säkerhetstagarens konkursbo, kräver att säkerhetsställaren ska ges företräde framför andra borgenärer till en insolvent säkerhetstagare, så att säkerhetsställaren faktiskt kan återfå den outnyttjade säkerheten när säkerhetstagaren har drivit in sin fordran från säkerhetsställarens övriga tillgångar.

VI. Förslag till avgörande

110. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som har ställts av Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen) på följande sätt:

- 1) Artikel 4.5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/47 av den 6 juni 2002 om ställande av finansiell säkerhet ska tolkas så, att medlemsstaterna är skyldiga att anta bestämmelser som säkerställer att säkerhetstagaren kan driva in sin fordran på den finansiella säkerhet som ställts enligt ett avtal om finansiell säkerhet, även om den utlösande händelsen inträffar efter det att ett insolvensförfarande inletts gentemot säkerhetstagaren. Det ankommer på medlemsstaterna att fastställa på vilket sätt det ska säkerställas att ett avtal om finansiell säkerhet kan verkställas när säkerhetstagaren är föremål för ett sådant förfarande.

²¹ Se dom av den 10 november 2016, *Private Equity Insurance Group* (C-156/15, EU:C:2016:851, punkt 51).

- 2) Artikel 4.1 och 4.5 i direktiv 2002/47 ska tolkas så, att säkerhetstagaren inte är skyldig att först reglera sin fordran med hjälp av den säkerhet som ställts enligt ett avtal om finansiell säkerhet. En sådan skyldighet kan emellertid följa av villkoren i avtalet om finansiellt säkerhetsställande, tolkade mot bakgrund av bestämmelserna i den lag som är tillämplig på avtalet. Möjligheten att efter en utlösande händelse driva in en fordran från säkerhetsställarens övriga tillgångar ska i vilket fall som helst inte hindra säkerhetsställaren från att faktiskt återfå denna outnyttjade säkerhet i händelse av att ett insolvensförfarande inleds mot säkerhetstagaren.