

MARIE KARLSSON-TUULA

Innebörden av begreppet ”betryggande säkerhet” och gäldenärens beviskrav vid offentligt ackord

Enligt 3 kap. 25 § lagen om företagsrekonstruktion (LFR) uppställs det, under vissa förutsättningar, krav på att en gäldenär ska ställa betryggande säkerhet vid fullgörande av ett offentligt ackord. Vad är det då som kan anses utgöra betryggande säkerhet i lagens mening? Frågan som också kan ställas är om rekvisitet betryggande säkerhet i 3 kap. 25 § LFR kan likställas med ”samma” rekvisit som stadgas i 2 kap. 10 § konkurslagen.

MARIE KARLSSON-TUULA, Jur. dr. och professor i civilrätt vid Karlstads universitet, gästprofessor vid Örebro universitet, ansvarig utgivare Insolvensrättslig tidskrift, marie.karlsson-tuula@kau.se

1. INLEDNING

I det tredje kapitlet i lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion, LFR, finns bestämmelser om offentligt ackord, dvs. finansiell rekonstruktion.¹ Vid lagens tillkomst infördes den gamla ackordslagstiftningen i den nya lagen om företagsrekonstruktion med endast några smärre förändringar.² I propositionen till företagsrekonstruktionslagen anges att ett offentligt ackord ska vara ett förfarande i förfarandet.³ En begäran om offentligt ackord ska göras i ett pågående ärende om företagsrekonstruktion eller eventuellt i samband med ansökan om företagsrekonstruktion. En ansökan om offentligt ackord kan enligt LFR inte längre göras separat. Det faktum att den gamla ack-

¹ Lagen om företagsrekonstruktion benämns i det följande LFR.

² Hellner, T, Mellqvist, M, Lagen om företagsrekonstruktion. En kommentar, 2 uppl. 2013, s. 156.

³ Se prop. 1995/96:5, s. 115.

ordslagstiftningen (1970:847) infördes i kapitel 3 har fått till följd att förarbetena från år 1968 fortfarande är tillämpliga.⁴ Det gamla betänkandet och propositionen till lagen om företagsrekonstruktion ger föga vägledning i många viktiga frågor vid den praktiska rättstillämpningen.⁵ En sådan fråga är bl.a. under vilka förutsättningar en domstol kan fastställa ett offentligt ackord. Enligt 3 kap. 25 § LR uppställs det, under vissa förutsättningar, krav på att gäldenären ska ställa betryggande säkerhet för ackordets fullgörande. Vad är det då som kan anses utgöra ”betryggande säkerhet” i lagens mening. Frågan som kan ställas i sammanhanget är då om rekvisitet betryggande säkerhet i 3 kap. 25 § LFR kan likställas med rekvisitet betryggande säkerhet i 2 kap. 10 § konkurslagen (1987:672), KonkL.⁶ I det följande lämnas för det första en kort historisk återblick beträffande lagstiftningens utveckling. Denna torde kunna tjäna som utgångspunkt för att rättsfrågan ska kunna besvaras. För det andra lämnas en redogörelse för innehållet i 3 kap. 25 § LFR om när ett offentligt ackord inte får fastställas av domstol. För det tredje behandlas rekvisitet betryggande säkerhet och dess innebörd i såväl 2 kap. 10 § KonkL som i 3 kap. 25 § LFR. Artikeln avslutas med en sammanfattning.

2. TILLKOMSTEN AV 1921-ÅRS KONKURS- OCH ACKORDSLAGSTIFTNING

Vid sidan av konkurs fanns redan år 1921 en möjlighet för en gäldenär att göra en uppgörelse med borgenärerna. Samtidigt som den gamla konkurslagen antogs även lag (1921:227) om ackordsförhandling utan konkurs.⁷ Även om gäldenären blivit försatt i konkurs kunde ackord komma i fråga. Det fanns möjlighet att träffa en frivillig uppgörelse med borgenärerna i enlighet med konkurslagen regler om ett ackordsförfarande under konkursen. Denna överensstämmelse i huvudsak med förfarandet vid ackordsförhandling utan konkurs.⁸

⁴ SOU 1968:41.

⁵ Prop. 1995/96:5.

⁶ Konkurslagen (1987:672) benämns i det följande KonkL. Denna förkortning finns numera införd i Sveriges rikets lag.

⁷ Walin, G, Gregow, T, Ackordslagen m.m. Sthlm 1972, s. 10.

⁸ Se här och i det följande Walin, G, Gregow, T, Ackordslagen m.m. Sthlm 1972, s. 10 f.

Det anfördes redan då att konkurs ofta innebar en värdeförstöring och att ett konkursförfarande var relativt dyrt. Det anfördes också att det genom ett ackord kunde undvikas att de värden som rörelsen representerade kunde tas tillvara.⁹ Ett exempel på detta är företags "goodwill". Ackord förekom i två former dels ett s.k. underhandsackord som ingicks på frivillig väg och, då liksom nu, krävde samtycke av samtliga borgenärer. Ackord kunde också genomföras med en borgenärs minoritets bestridande och kom tillstånd genom offentlig ackordsförhandling utan eller i konkurs, (tvångsackord). Förfarandena blev föremål för kritik och en lagberedning tillsattes. De fann, tillsammans med sakkunniga, att det på åtskilliga punkter fanns behov av att reformera ackordslagstiftningen och ackord i konkurs. Dessutom framfördes att ackordslagstiftningen skulle få en ökad betydelse i framtiden.¹⁰ Under år 1966 utarbetades därför en promemoria med utkast till en ny lag om ackordsförhandling utan konkurs samt en lag om ändring i den gamla konkurslagen.¹¹ Lagförslagen syftade bl.a. till att förenkla ackordsförfarandet och att därmed göra det mer användbart och inte minst underlätta för gäldenärer att ingå underhandsackord.¹² Inom ramen för ackordslagstiftningen ingick ett s.k. avvecklingsackord. Detta innebar att gäldenären blev fri från sina skulder mot att denne överlämnade sina tillgångar till borgenärernas förnöjande.¹³ De båda lagarna byggde, liksom de äldre lagstiftning, på att ett ackord förbereds på ett sätt som är absolut lojalt mot borgenärerna och på en likabehandling av dem. Dessa principer har fortfarande bäring och emanerar från den historiska utvecklingen om konkursinstitutet.¹⁴

⁹ Walin, G, Gregow, T, Ackordslagen m.m. Sthlm 1972, s. 10.

¹⁰ Walin, G, Gregow, T, Ackordslagen m.m. Sthlm 1972, s. 7.

¹¹ Förslaget utmynnade i lag (1970:847) om ändring i konkurslagen.

¹² Walin, G, Gregow, T, Ackordslagen m.m. Stockholm 1972, s. 7. Se även Utsökningsrätt VII, SOU 1968:41 med förslag till ny lag om ackordsförhandling och lag om ändring i KL:s bestämmelser om ackord m.m. samt till åtskillig följd lagstiftning. Propositionen 1970:136

¹³ Walin, G, Gregow, T, Ackordslagen m.m. Sthlm 1972, s. 11.

¹⁴ Welamson, L, Konkursrätt, Sthlm 1961.

3. DOMSTOLENS RÄTT ATT VÄGRA FASTSTÄLLELSE AV OFFENTLIGT ACKORD

En domstol har under vissa förutsättningar möjlighet att vägra att fastställelse av ackordet enligt 3 kap. 25 § första stycket p. 1-4 LFR. Det finns olika grunder angivna i bestämmelsen om när ett ackord inte ska fastställas av domstol. Enligt den första punkten får ett ackord inte fastställas om ärendet inte har handlagts på föreskrivet sätt och att felet kan ha inverkat på ackordsfrågans utgång. Ackordet får sålunda inte fastställas om det har begåtts något formellt fel som kan ha inverkat på utgången ackordsfrågan. Eftersom ett offentligt ackord binder en borgenärsmajoritet och även okända borgenärer, enligt 3 kap. 8 § LFR, är det av största vikt att det offentliga ackordet har tillkommit på ett korrekt sätt. Felet behöver inte vara av allvarligare karaktär.

Enligt 3 kap. 25§ punkt 2 får inte heller ett ackord fastställas om ackordet inte uppfyller de materiella kraven som finns uppställda i 3 kap. 2 § LFR. I bestämmelsen anges bl.a. vilka som får deltaga i ett offentligt ackord. Det är bara borgenärer vilkas fordringar som har uppkommit före ansökan om företagsrekonstruktion som får delta i en ackordsuppställning. Det uppställs också krav på att borgenärerna ska behandlas lika och få minst 25 % av fordringarnas belopp om inte en lägre ackordsprocent godkänns av samtliga borgenärer som skulle omfattas av ackordet eller det finns särskilda skäl för lägre procent. Ett sådant särskilt skäl kan vara att förutsättningarna har ändrats som är utom gäldenärens egen kontroll. I 3 kap. 2 § LFR anges också att betalning ska ske inom ett år efter det att ackordet har fastställts om inte samtliga nämnda borgenärer godkänner en längre betalningstid.

Enligt den tredje punkten i 3 kap. 25 § LFR får ett ackord inte fastställas om något svek har förekommit. En särskild typ av svek är när någon borgenär i hemlighet har gynnat en viss borgenär för att inverka på ackordsfrågans utgång. Det är fråga om grova fall av illojalitet från gäldenärsföretagets sida.¹⁵ Men även en rekonstruktör kan på något sätt handlat svekfullt och under sådana omständigheter ska inte ett offentligt ackord heller fastställas.¹⁶

¹⁵ Se Hellners, T, Mellqvist, M, Lagen om företagsrekonstruktion en kommentar, 2 uppl. 2013, s. 224.

¹⁶ Se Hellners, T, Mellqvist, M, Lagen om företagsrekonstruktion en kommentar, 2 uppl. 2013, s. 225.

Enligt den 4 punkten ska inte ett offentligt ackord fastställas om ackordsuppgörelsen är till skada för borgenärerna. Denna punkt måste enligt kommentaren till LFR ses som en säkerhetsventil.¹⁷ Det uppställs inte något krav på att skadan ska vara stor, omfattande, väsentlig eller kvalificerad på något annat sätt. Det är tillräckligt att det skadar borgenärerna. Enligt kommentaren till lagen om företagsrekonstruktion krävs att skadan ska vara uppenbar.¹⁸ Det krävs att borgenären skulle skadas av att ackordet fastställs och detta trots hur obetydlig skadan än är. Att en borgenär skadas måste vara fullständigt säkert. I praktiken torde en sådan bedömning vara mycket svår att göra.

I 3 kap. 25 § andra stycket anges tre ytterligare särskilda fall när ett offentligt ackord inte får fastställas. Ett offentligt ackord ska, inte heller fastställas, om en borgenär, borgensman eller annan medgäldenär till företag har bestritt fastställelse. Rättens bedömning ska ske efter omständigheterna i det enskilda fallet. Även om domstolen inte är bunden vid sin prövning på annat sätt än att den ska finna något av de speciella fallen föreligga, får det förutsättas att det finns påtagliga skäl för att fastställelse ska vägras.¹⁹ Det första fallet är att det inte finns betryggande säkerhet för ackordets fullgörande. Saknas sådan säkerhet och bestrids fastställelse av det skälet ska fastställelse vägras. Rätten måste givetvis instämma i bedömningen att säkerheten inte är betryggande eller som det också brukar uttryckas fullgod. Det andra fallet är att ackordet är till skada för borgenärerna. Jämfört med vad som gäller enligt första stycket tredje punkten krävs inte att det är uppenbart att ackordet är till skada för borgenärerna. För det fjärde finns det en generalklausul som ger rätten möjlighet att vägra fastställelse då det av någon annan särskild anledning bör ske. Även denna bestämmelse bör - i likhet med bestämmelsen i första stycket fjärde punkten - ses som en allmän säkerhetsventil.²⁰

¹⁷ Se här och i det följande Hellners, T, Mellqvist, M, Lagen om företagsrekonstruktion en kommentar, 2 uppl. 2013, s. 225.

¹⁸ Se här och i det följande Hellners, T, Mellqvist, M, Lagen om företagsrekonstruktion en kommentar, 2 uppl. 2013, s. 225.

¹⁹ Se Hellners, T, Mellqvist, M, Lagen om företagsrekonstruktion en kommentar, 2 uppl. 2013, s. 226.

²⁰ Hellners, T, Mellqvist, M, Lagen om företagsrekonstruktion en kommentar, 2 uppl. 2013, s. 226.

3.1 Konkurshinder och betryggande säkerhet i praxis

När ett offentligt ackord ska fastställas, under en företagsrekonstruktion, förekommer det allt oftare att en eller flera borgenärer ställer krav på att rekonstruktionsgäldenären ska ställa betryggande säkerhet för att ackordet ska kunna fullgöras. Vad begreppet betryggande säkerhet innebär framgår, som ovan sagts, inte av förarbeten, doktrin eller av prejudikat rörande företagsrekonstruktion. Frågan har hittills, mig veterligen, i praxis endast prövats ett fåtal gånger av överrätt. Flera offentliga ackord har dock, efter en eller flera borgenärens bestridande, inte fastställts i landets tingsrätter på grund av att betryggande säkerhet inte har ställts av gäldenären.

I bestämmelsen om konkurshinder i 2 kap. 10 § KonkL föreskrivs bl.a. att en borgenär inte har rätt att få en gäldenär försatt i konkurs om borgenären har betryggande pant eller därmed jämförlig säkerhet i egendom som tillhör gäldenären. En konkursansökan kan inte heller beviljas om tredje man har ställt betryggande säkerhet för borgenärens fordran och konkursansökningen strider mot villkoren för säkerhetens ställande. En tredje situation, när en gäldenär inte kan försättas i konkurs, är att en borgenärs fordran inte är förfallen till betalning och betryggande säkerhet erbjuds av tredje man. I bestämmelsen avses även säkerhet som har ställts eller erbjudits av tredje man i form av borgen. I ett sådant fall svarar borgensmannen såsom för egen skuld. Frågan har dock prövats av högsta domstolen om när betryggande säkerhet kan anses utgöra ett konkurshinder i 2 kap. 10 § KonkL.

Tidigare angavs att den egendom, vari borgenären hade panträtt, skulle "förslå till fordringens fulla gällande" Denna bedömning har sedan länge funnits och gällt under skiftande förhållanden.²¹ En fråga som behöver belysas i rättstillämpningen är hur bestämmelsen om säkerhet som konkurshinder ska tolkas och tillämpas då den aktuella egendomens värde på kort tid kan variera relativt kraftigt och ett mer bestämt värde är svårt att fastställa. Inte minst under sådana omständigheter får det särskild betydelse hur borgenärens intresse

²¹ I NJA 2011 s. 951 var frågan om prövningstillstånd i hovrätt. Högsta domstolen ansåg att det var av vikt för ledning av rättstillämpningen att högre rätt prövar om en säkerhet är betryggande och därigenom utgör konkurshinder.

av att en konkurs kommer till stånd förhåller sig till det beviskrav som läggs på gäldenären om att säkerheten är betryggande.²²

I NJA 2013 s. 421, framhöll högsta domstolen, att det är tre frågor som måste besvaras för att det ska gå och att bedöma om det i ett visst fall föreligger ett konkurshinder i enlighet med 2 kap. 10 § KonkL.

För det första måste innebörden av uttrycket betryggande säkerhet fastställas. För det andra måste bevisbördans placering bestämmas och för det tredje bör man ta ställning till vilka beviskrav som gör att säkerheten är att betrakta som betryggande. Huvudfrågan, I NJA 2013 s. 421 var frågan om vad som fordras för att fastigheter som har ställts i pant kan anses utgöra sådan betryggande säkerhet, för borgenärens fordran att borgenären inte har rätt att få gäldenären försatt i konkurs. Vid beräkning av borgenärens fordran på gäldenären uppkommer därvid frågan i vad mån ett proprieborgensåtagande som gäldenären har gjort till borgenären, såsom för annan gäldenärs skuld, ska beaktas.

Högsta domstolen konstaterade att en borgenär som inte har rätt att få gäldenären försatt i konkurs om borgenären har betryggande pant eller därmed jämförlig säkerhet i egendom som tillhör gäldenären. När säkerheten, kan bestå av pant, i fastigheter är frågan, enligt högsta domstolen, om fastigheternas värde ger borgenären en sådan säkerhet som hindrar bifall till borgenärens ansökan om konkurs. Högsta domstolen bedömde därefter vad som är att betrakta som betryggande säkerhet och anförde följande:

Enligt 1921 års konkurslag krävdes att säkerheten skäligen kunde antas "förslå till fordringens fulla gäldande". I den nu gällande bestämmelsen uttrycks kravet så att det ska finnas "betryggande pant eller därmed jämförlig säkerhet i egendom som tillhör gäldenären". För att en säkerhet ska anses betryggande krävs enligt förarbetena i allmänhet att säkerheten bereder full täckning för borgenärens fordringar och dessutom är skyddad mot återvinning.²³ En borgenär har rätt att begära att en insolvent gäldenär ska försättas i konkurs. Kravet på betryggande säkerhet bör därför normalt inte tolkas så att det innebär hinder mot konkurs när borgenären trots en ställd sä-

²² Welamson, L, Konkursrätt, 1961, s. 40.

²³ Se prop. 1975:6, s. 162 ff.

kerhet har ett berättigat intresse av att konkursen kommer till stånd. Emellertid kan ett sådant intresse i allmänhet inte anses föreligga när säkerheten kan beräknas ge full täckning utan avveckling genom konkurs.²⁴ När så är fallet bör borgenären i stället vara hänvisad till annat ianspråktagande av säkerheten, exempelvis genom utmätning. En ställd säkerhet bör hindra konkurs bara om det vid tidpunkten för bedömningen kan slås fast att säkerheten med viss marginal kommer att förslå även under den tidsperiod som är relevant, dvs. den period som krävs för annat ianspråktagande av säkerheten.

Den bedömning som ska göras av om säkerheten är betryggande skiljer sig således i fråga om tidsperioden från den som görs vid sedvanlig kreditgivning, där bedömningen normalt avser frågan om säkerheten kan anses betryggande under lånets hela löptid. När säkerheten kan variera i värde över tid är det för bedömningen av om den är betryggande nödvändigt att göra en prognos av hur värdet kommer att utvecklas i förhållande till gäldenärens skuld under den tid det kan antas komma att ta för borgenären att på alternativ väg få betalt för sin fordran. I denna prognos ska även beaktas hur skulden kommer att utvecklas under perioden. Hänsyn får därför tas till vad den förfallna fordringen avser, storleken på fordringen och tillämpliga bestämmelser om ränta. Vidare ska beaktas omständigheter som rör den ställda säkerhetens art. När säkerheten, som i rättsfallet NJA 1995 s. 554, bestod av ett deponerat penningbelopp uppkommer typiskt sett inga värderingsproblem. I vissa fall kan det, såsom vid säkerhet i form av pant i fastigheter eller i lösöre, föreligga en osäkerhet i värderingen av egendomen som påverkar bedömningen av om säkerheten är betryggande eller inte.

En annan omständighet av betydelse är, enligt högsta domstolen, de sannolika sätten att realisera säkerheten på. Om det blir fråga om en försäljning kan försäljningsformen, exempelvis på exekutiv auktion eller under hand, ha betydelse för säkerhetens förväntade värde. Ytterligare en omständighet av betydelse kan vara hur mycket värdet på säkerheten varierar över tid (den s.k. volatiliteten). Om värdet av säkerheten under en kort period kan variera mycket finns

²⁴ Se prop. 1975:6, s. 163.

det en större risk än annars för en kraftig nedgång i värdet på kort tid. I ett sådant fall krävs det därför större marginal för att säkerheten ska anses betryggande.

3.2 Gäldenärens bevisbörd och krav på bevisning att en säkerhet är betryggande

I samma mål, som ovan nu har berörts, prövade högsta domstolen också gäldenärens bevisbörd och de krav på bevisning som uppställs avseende kravet på betryggande säkerhet enligt 2 kap. 10 § KonkL. Det finns inte uttryckligen reglerat vem av parterna som har bevisbördan för de omständigheter som gör att en säkerhet är betryggande. I 1921 års konkurslag angavs att borgenären inte hade rätt att få gäldenären försatt i konkurs "så framt gäldenären förebringa sådan utredning" som gör att en säkerhet kan anses vara betryggande" (6 §). Regeln motiverades i den rättsliga litteraturen bl.a. av att det fick anses vara en mindre olägenhet om det till följd av bevisvårigheter någon gång kunde inträffa.

Det faktum att en insolvent gäldenär försattes i konkurs, på ansökan av en borgenär, som faktiskt hade betryggande säkerhet, skulle avslås.²⁵ Detta skäl har fortsatt giltighet och det kan inte finnas något tvivel om att gäldenären har bevisbördan för de omständigheter som gör att en säkerhet är betryggande.²⁶ Enligt den ursprungliga lydelsen av 1921 års konkurslag hade en gäldenär att förebringa sådan utredning att den egendom, i vilken borgenären hade panträtt, "skäligen må antagas" förslå till full betalning av fordringen (6 §). Den nu gällande regeln i 2 kap. 10 § anger, som ovan har nämnts, inget beviskrav. När beviskravsregeln i 1921 års lag slopades anfördes det i lagförarbetena att det i princip åvilade gäldenären att visa, att ställd eller erbjuden säkerhet "kunde antas vara" betryggande.²⁷ Förarbetena motsäger inte heller i övrigt att lagstiftaren har avsett att bibehålla beviskravet på i princip samma nivå. Ett förhållandevis lågt beviskrav gäller således även enligt den nu gällande bestämmelsen.²⁸

²⁵ Welamson, L, Konkursrätt, 1961, s. 40.

²⁶ Se NJA 2011 s. 951 p. 6.

²⁷ Se SOU 1970:75 s. 82.

²⁸ Jfr NJA 2011 s. 951 med hänvisningar i p. 6.

4. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Allmänt sett innebär kravet på en betryggande säkerhet att den ska bereda full täckning för borgenärens fordringar och dessutom vara skyddad mot återvinning. Men frågan är hur denna bedömning görs vid ett offentligt ackord av domstol när ett ackord ska fastställas. Enligt min mening kan 3 kap. 25 § LFR i avsaknad av förarbeten, doktrin och praxis få vägledning av vad som sägs i 2 kap. 10 § KonkL om betryggande säkerhet vid konkurshinder. Om en direkt tillämpning inte anses möjlig torde en analog tillämpning kunna göras. Det faktum att lagstiftningarna tillkom vid samma tidpunkt och delvis hade samma innehåll talar också för att begreppet betryggande säkerhet har samma innebörd. Samma skäl torde kunna förklara avsaknaden av en mer ingående beskrivning av vad en betryggande säkerhet är i det nuvarande 3 kap. i såväl betänkanden som propositioner.

När det gäller bevisningen om betryggande säkerhet framgår det av praxis att det är gäldenären som har bevisbördan för de omständigheter som gör att en säkerhet betryggande. Frågan uppkommer då om vilket beviskrav som kan ställas. Sedan tidigare har det ansetts att det ställs ett förhållandevis lågt beviskrav. Det antagandet torde gå tillbaka på den ursprungliga lydelsen av 1921 års konkurslag, där det angavs att gäldenären skulle förebringa sådan utredning att den egendom, i vilken borgenären hade panträtt, ”skäligen må antagas” förslå till full betalning av fordringen 6 §den äldre KL, en lydelse som gällde fram till år 1975. Något motsvarande uttryck för beviskravet fanns därefter inte i bestämmelsen 5 §. I den nuvarande regleringen i 2 kap. 10 § KL uppställs inget krav på vad som utgör betryggande säkerhet eller återspeglar beviskravet. Även om lagstiftaren inte skulle ha avsett att ändra kravet på gäldenärens bevisning - trots den nya utformningen av lagtexten - kan det behövas vägledning om den närmare innebörden och uttolkningen av beviskravet.²⁹

²⁹ Se prop. 1975:6 s. 163 f. och SOU 1970:75 s. 81 f. samt Heuman, L, Specialprocess, 6 uppl. 2007, s. 184, Walin, G, Materiell konkursrätt, 2 uppl. 1987, s. 41 f. och Palmér, E, Savin, P, Konkurslagen del I, suppl. 17, oktober 2011, s. 2:32