

MARIE KARLSSON-TUULA

Några rättsliga spørsmål rörande offentligt ackord de lege ferenda

Lagen om företagsrekonstruktion trädde i kraft september 1996. 3 kap. om offentligt ackord infördes med endast några smärre korrigeringar och förarbetena till 1970-års ackordslagstiftning utgör därför fortfarande den primära rättskällan. 3 kap. uppvisar brister på flera punkter. Några av dem har varit föremål för utredningar men har ännu inte lett till några lagändringar. I det följande behandlas frågorna beträffande värdering av oprioriterade fordringsanspråk vid företagshypotek och den rättsverkan som värderingen har i en efterföljande konkurs. Även frågor beträffande de lege ferenda berörs.

Marie Karlsson-Tuula

Juris doktor, Professor i civilrätt vid Karlstads universitet. Forskare inom insolvensrätt och central förmögenhetsrätt och är författare till ett flertal verk på området.

Initiativtagare till bildandet av Akademein för Insolvensrätt vid Karlstads universitet. Ansvarig för flera högre kurser i juridik på Handelshögskolan vid Karlstads universitet. Har arbetat och arbetar som adjungerad ledamot i Hovrätten för Västra Sverige. Har även arbetat som polischef under flera år och varit extra åklagare.

1 INLEDNING

Ett offentligt ackord inom ramen för företagsrekonstruktion rör främst de oprioriterade borgenärerna under förfarandet. Men även en företagshypotekshavare kan omfattas av en ackordsuppgörelse om det framgår att företagshypoteket har minskat i värde under en pågående företagsrekonstruktion 3 kap. 8 § 2 st. LFR. En förmånsberättigad borgenär omfattas också av ett offentligt ackord om denne av sagt sig sin förmånsrätt. Det saknas regler för hur en värdeförändring av ett företagshypoteks egendom ska komma en innehavare till godo eller hur man gör vid en värdeminskning vid ett offentligt ackord. En företagshypoteksinnehavare kan påstå att hans egendom har minskat i värde. Företagshypotekshavaren får då en oprioriterad fordran mot den rekonstruerande gäldenären och det uppstår flera frågor att ta ställning till. För det första måste man utreda vid vilken tidpunkt som storleken på fordran ska fastställas, dvs. är det vid ansökan om företagsrekonstruktion som värdering ska eller är det vid någon annan tidpunkt.

Någon generell frysningspunkt finns inte i företagsrekonstruktion.¹ För det andra måste det bestämmas hur värderingen av egendomen ska ske och vem som ska stå kostnaden härför. Frågan är också om det finns några särskilda principer eller metoder som rekonstruktören bör eller är skyldig att tillämpa. Vidare måste det fastställas vilken rättsverkan en säkerhetsvärdering av företagshypoteket rent faktiskt kan få. I det följande berörs kortfattat hur en värdering av den kan ske samt frågan om vilken rättsverkan en värdering kan få

2 VÄRDERING AV FÖRETAGSHYPOTEKS- INNEHAVARENS OPRIORITERADE FORDRINGSANSPRÅK

Säkerställd egendoms värde kan förändras under en företagsrekonstruktion. Egendomen som omfattats av företagshypotek kan förädlas eller förslitas. Värdeförändringar av företagshypotek får främst betydelse i en efterföljande konkurs eftersom värdet då bestäms vid tidpunkten för konkursbeslutet. Det innebär att det som har hänt under en företagsrekonstruktion och har påverkat säkerhetens värde får betydelse. Förarbetena till LFR innehåller inga bestämmelser om värdeförändringar av säkerställd egendom under företagsrekonstruktion. Enligt kommentaren till 3 kap. 14 § LFR ska gäldenärens tillgångar tas upp i bouppteckningen till noggrant uppskattade värden. Det som avses är det verkliga marknadsvärdet som tillgångarna har. Dessutom ska det bokföringsmässiga värdet, alternativt anskaffningsvärdet anges. Om ackordets förmånlighet ska bedömas i förhållande till vad som kan utgå i en konkurs kan det istället ska vara försäljningsvärdet som ska anges. Vid företagshypotek kan värdet också vara högre och det borde kanske vara mer relevant att utgå från ett "going concern" värde eftersom verksamheten vanligtvis drivs vidare under en företagsrekonstruktion. Enligt Möller ger inte jämförelsen med konkursvärdet någon större vägledning eftersom tillgångarna i en konkurs kan säljas såväl styckvis såsom tillsammans.² Enligt Gustafsson görs värderingen av tillgångarna vid ett ackord genom att det verkliga värdet tas upp i bouppteckningen med utgångspunkt från en konservativ värdering utan att den för den sakens skull utgör en konkursvärdering.³ En bra jämförelse är vad dessa skulder skulle vara upptagna till i bokföringen hos ett bolag med goda finanser och som velat göra så stora skattemässiga avskrivningar som möjligt. Värderingen måste därför ske så att bolagets framtida beräknande lönsamhet ska möjliggöra fortsatta avskrivningar på tillgångarna enligt en af-färsmässig plan. Värderingen av bolagets tillgångar i en ackordsbouppteckning innebär oftast en nedskrivning av värdet jämfört med det bokförda värdet av samma tillgångar. Lindskog har föreslagit att borgenärer med säkerhet borde dela

¹ Vid konkurs är rättsläget dock klarlagt genom frysningsprincipen i det s.k. Minitube-målet, NJA 1982, s. 900. Se även NJA 1973 s. 635. Värdebestämningen av företagshypoteket sker på konkursdagen vid tidpunkten för konkursbeslutet. Om värdet i egendomen har ökat under den fortsatta driften i konkursförandet justeras värdet enligt den s.k. kostnadsproportionaliseringsmetoden.

² Möller, M, Offentligt ackord några frågor för diskussion, *Insolvensrättsligt Forum*, Uppsala 2007, s. 50.

³ Gustafsson, L-E, *Företagsrekonstruktion och ackord*, Sthlm 2014, s. 51.

in sin fordringar i två delar, en del som får göras gällande i säkerheten men endast i denna och i en del i vilken säkerheten inte längre särskilt häftar för, vilken del får ligga till grund för konkurrensen med övriga borgenärer.⁴ Ett sådant system skulle enligt Lindskog innebära att borgenären själv bestämmer sin riskexponering. Det bästa vore enligt Lindskog att en borgenär som har säkerhet för sin fordran inte får delta i ett ackord om denne inte helt avstår sin förmånsrätt. Det saknas klara principer för hur värderingen ska ske.

3 RÄTTSVERKAN AV VÄRDERING AV SÄKERSTÄLLD HYPOTEKSEGENDOM VID ETT OFFENTLIGT ACKORD

En omdiskuterad fråga är vilken rättsverkan en värdering av ett företagshypotek egentligen har i ett offentligt ackord. I den gamla lagen, om ackordsförhandling utan konkurs från 1921, berördes inte en borgenär som hade en fordran med förmånsrätt i viss egendom av ett offentligt ackord. Detta gällde även om säkerhetsegendomen inte täckte borgenärens fordran fullt ut. Innebördens var att en borgenär med säkerhet, sedan ackord accepterats och gäldenären ekonomi sanerats, kunde kräva full betalning för sin fordran och även för den del han i själva verket inte hade säkerhet för. I 1970 års lag om ackord stadgades att en borgenär enbart fick delta i ackord till den del borgenären avstod från förmånsrätt eller om säkerheten understeg värdet av fordran. Det fick till följd att borgenären deltog i ackordsuppgörelsen endast med den del som inte täcktes av säkerheten. Enligt kommentaren till lagstiftningen skulle värdet av en säkerhet uppskattas med försiktighet. Detta gäller även i dag eftersom dagens 3 kap. LFR i huvudsak bygger på förarbetena till 1970-års ackordslagstiftning bortsett från smärre justeringar vid rekonstruktionslagstiftningens införande den 1 september 1996.

Men vilken rättsverkan får då en värdering? Enligt Möller föreligger det inte sällan olika uppfattningar bland praktiker om vilken rättsverkan en värdering av säkerhetsställd egendom egentligen har.⁵ Möller menar att såväl lagen som dess förarbeten, klart ger uttryck för att en värdering endast har betydelse vid omröstningen vid ackordsuppgörelsen. Säkerhetshavarens rätt att vid en realisation göra sig betald för hela sin ursprungliga fordran avskärs inte. Ser man till lagens innehåll framgår detta tydligt av reglerna som handlar om deltagande i och genomförande av omröstningen vid en ackordsuppgörelse. Det uttrycks att säkerhetsbristen understiger värdet på den säkerställda fordringen i enlighet med 3 kap. 3 § och 3 kap. 14 § 4 st. samt 3 kap. 16 § LFR. När en värderingen av säkerheten för fordringen har betydelse för omröstningen enligt 3 kap. 20 § 2 st. och 3 kap. 23 § 1 st. ska domstol utreda, förlika och ytterst vid en förhandling pröva en framställd anmärkning mot en rekonstruktörs värdering av säkerheten. I betänkandet till 1970-års ackordslagstiftningen uttrycktes särskilt att bedömningen

⁴ Lindskog, S, Rekonstruktion eller konkurs?, Nordiska juristmötet i Köpenhamn 2003, s.

⁵ Se Möller, M, Villkor för offentligt ackord. Vad är en del av ackordet och vad ligger utom ackordet?, Insolvensrättsligt Forum 2007, s. 51. Med hänvisning till SOU 1999:1, s. 309.

av värdet endast har betydelse för omröstningen och att borgenären får ”njuta sin rätt i säkerheten till godo, om denna i själva verket har ett större värde än vad som antagits”.⁶ En borgenär som kan komma att omfattas av ett ackord bör ej berövas sin rösträtt vid förhandlingen.

I utredningen, Ett samlat insolvensförfarande, konstaterades att det är ett problem att man enligt nuvarande förhållanden inte vet vilket det egentliga värdet är av en säkerhet eller dess förmänsrätt vid ett offentligt ackord.⁷ Avsaknaden av rättsverkan kan anses vara negativ ur flera vinklar.⁸ För det första kan det medföra avsteg från lika behandlingsprincipen av borgenärerna. Om en borgenär skulle välja att inte delta i ett offentligt ackord till någon del, och sedan väljer att avräkna amorteringar mot den fordran som de facto är oprioriterad, bär inte borgenären samma risk som övriga borgenärer.⁹ För det andra kan man inte under dessa omständigheter fastställa ackordets konsekvenser fullt ut, eftersom det är osäkert vilket värde som säkerheten kommer att generera.¹⁰ För det tredje är det en nackdel att man inte genom en värdering, en gång för alla kan fastslå vilka fordringar som ingår i ett offentligt ackord. Detta innebär att vissa frågor ”hänger kvar” oavgjorda när rekonstruktionsförfarandet har avslutats. Detta uppmärksammades, enligt Möller, redan vid lagstiftningens införande år 1970.

Vid införandet av 3 kap. 8 § LFR framhöll lagberedningen att borgenären måste visa hur stort beloppet är som ej kan tas ur säkerheten innan borgenären kan få utdelning för bristen.¹¹ Lagberedningen framhöll också att kontanta medel inte behöver reserveras för borgenären så länge man inte har skäl att räkna med att säkerheten inte förslår och att det många gånger skulle kunna vara en stor nackdel om egendomen skulle behövas realiseras för att en eventuell brist skulle kunna konstateras. Det naturliga skulle då vara att den gode mannen, numera rekonstruktören, då skulle göra upp i ett så tidigt skede som möjligt. Lagstiftaren var således fullt medveten om att bristen på rättsverkan var inbyggd i regelverket men valde att inte lösa frågan på något annat sätt.

Förmänsrättskommittén föreslog i sitt huvudbetänkande att de angivna bristerna skulle kunna åtgärdas genom att rekonstruktören, gäldenären eller en borgenär, sedan anmärkning mot rekonstruktörens värdering framställts, skulle få begära att rätten med bindande verkan skulle fastställa hur stor del av borgenärens fordran som ska anses osäkrad.¹² Men detta infördes emellertid inte av lagstiftaren.

I utredningen till ett samlat insolvensförfarande framhölls behovet av att de osäkerheter som råder om säkerhetsrättens värdering får betraktas som otillfreds-

⁶ Citatet är hämtat från Walin, G, Gregow, Ackordslagen m.m. Sthlm 1972, s. 52. Se även SOU 1968:41, s. 97.

⁷ SOU 2010:2, s. 344.

⁸ Bergfelt, S, Kreditsäkerhetens ställning under företagsrekonstruktion och fortsatt drift i konkurs, Uppsala 2012, s. 48.

⁹ Se också SOU 1991:1, s. 312.

¹⁰ SOU 2010:2, s. 346.

¹¹ Se här och i det följande SOU 1968:41, s. 122

¹² SOU 1999:1, s. 65-67, 309-312 och 350-353.

ställande. Utredningen framhöll också att det är önskvärt att införa bestämmelser om att en värdering av samtliga säkerhetsrätter som ingår i rekonstruktionen blir bindande för parterna och en värdering bör göras redan i samband med bouppteckningen.¹³ Utredningen föreslog att en bestämmelse skulle införas med samma innehåll som förmånsrättsutredningen redan föreslagit. Vidare förordades en lösning med ett innehåll som motsvarar de värderingsprinciper som finns i finsk rättspraxis beträffande värdering i den Finska Saneringslagen. Förslaget har dock inte lett till någon reglering på området

4 AVSLUTANDE SYNPUNKTER SVENSK RÄTT DE LEGE FERENDA

Det är anmärkningsvärt att det råder oklarheter beträffande värdering av borgenärs säkerheter vid ett offentligt ackord. Det vore ytterst önskvärt med en reglering av frågan. Enligt min mening bör man för det första kunna frysa underlaget i en förmånsrätt vid beslutet om företagsrekonstruktion på samma sätt som görs vid ett konkursbeslut. Det skulle betyda att det bestäms en tidpunkt en gång för alla när värderingen ska ske. För det andra bör det klargöras hur en värdering av det oprioriterade anspråket kan göras och vilka principer som ska tillämpas av rekonstruktören. Det rådande rättsläget är otillfredsställande och medför att onödiga tvister kan uppstå. Det är även till nackdel för de borgenärer som berörs av ackordsuppställningen. Det är dessutom ett problem med att avgöra vilken rättslig betydelse en säkerhetsvärdering får. Det är oklart i svensk rätt. För egen del anser jag att det är angeläget att de grundtankar som Förmånsrättskommittén föreslog genomförs. Jag delar dessutom Möllers uppfattning om att det är nödvändigt med en förändring så att företagsrekonstruktion blir ett realistiskt alternativ till konkursförandet.¹⁴ Det faktum att en säkerhetshavare efter en företagsrekonstruktion i dag ges bättre rätt till säkerheten än om denna hade sålts vid tidpunkten för ackordet står i direkt strid med detta. Det är också nödvändigt att det vid en företagsrekonstruktions avslutande ska kunna genomföras en slutlig skuldreduktion innan den rekonstruerande gäldenären försätts i konkurs.

Utöver de två här behandlade frågorna vore det de lege ferenda att överväga om en företagshypotekshavare kan få ersättning för en eventuell värdeminskning som beror på att tillgången har använts i gäldenärens verksamhet under den tid som moratorium rådde under en företagsrekonstruktion. Sådana regler finns i 361 § i Bankruptcy Code om s.k. adequate protection.¹⁵ Bestämmelsen innebär att borgenärerna har ett lagligt skydd för att deras säkerheter inte okontrollerat används i gäldenärens verksamhet. Skyddet tillgodoses dels genom att gäldenären först efter domstolens ställningstagande får nyttja säkerhetsbelastade tillgångar

¹³ SOU 2010:2, s. 346-347.

¹⁴ Möller, M, Ett par frågor rörande offentligt ackord, *Insolvensrättsligt Forum* 2007, s. 53.

¹⁵ Se här och i det följande Tuula- Karlsson, M, *Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar. En jämförande studie i svensk och amerikansk insolvensrätt*, Sthlm 2001, första upplagan, s. 171-173.

under ett Ch. 11 förfarande. Dels genom att borgenärerna har rätt att få ett särskilt avräkningskonto för att därmed kunna följa upp hur gäldenären använder säkerheten. För att gäldenären ska få nyttja tillgången är det dock tillräckligt att borgenären lämnar sitt samtycke. En fördel med det är att det är domstolen som bedömer om borgenären är adequately protected, dvs. är skyddad mot eventuell värdeminskning i objektet under den tid som förfarandet pågår. En sådan bedömning bör göras innan gäldenären börjar nyttja objektet under rekonstruktionsförfarandet. Detta är viktigt för att upprätthålla likabehandlingsprincipen så att de säkerställda borgenärerna inte får lägre utdelning än de enligt lagen är berättigade till. Om det framgår att tillgångens värde inte överensstämmer med det värde som tillgången hade när säkerhetsavtalet ingicks måste borgenären visa att värdet på egendomen kommer att minska eller redan har minskat i värde genom att förfarandet har inletts. Domstolen ska kalla parterna till förhandling om det finns nödvändigt för att begränsa gäldenärens ekonomiska skada. Bankruptcy Code ger dock parterna rätt att själva ingå avtal utan domstolens medverkan. För att en sådan överenskommelse ska anses giltig, krävs att det ingåtts efter det att ansökan om att inleda ett Ch.11 förfarande har kommit in till domstol. Nackdelen för gäldenären kan dock vara att borgenären ställer högre krav på ersättning än vad domstolarna gör. Detta kan leda till att gäldenären tvingas att acceptera ofördelaktiga villkor trots en redan ansträngd ekonomi. Detta är dock en fråga som bör utredas särskilt.

Avslutningsvis finns det flera frågor för vilka rättsläget är oklart vid offentligt ackord. Det krävs därför en utredning genomförs för att klargöra rättsläget.