

MARIE KARLSSON-TUULA

Något om rättsteorier till grund för konkurslagstiftningen Bankruptcy Code

I denna artikel behandlas Bankruptcy Codes syften samt olika rättsteorier som ska tjäna som förklaring till varför den amerikanska konkurslagstiftningen Bankruptcy Code har fått sin nuvarande utformning. Här presenteras den normativa förklaringsmodellen samt de normativa principerna reorganization- och equity policy. Det redogörs också för både den rättsekonomiska och den sociala förklaringsmodellen. Rätteoretiska anslag på den insolvenslagstiftningen är ovanliga i Sverige. Därför presenteras dessa teorier i det följande.

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

1. INLEDNING

I USA diskuteras precis som i andra länder de bakomliggande teorierna om konkurslagstiftningens utformning och varför en gäldenär inleder ett förfarande inom ramen för den federala konkurslagstiftningen Bankruptcy Code.¹ Den amerikanska konkurslagstiftningen har utgjort förebild för utformningen av många länders insolvenslagstiftningar. Diskussionerna som är relativt nya förs till stor del av rättsekonomer. Deras synsätt skiljer sig från det traditionellt rättsvetenskapliga. Till detta kommer att, det under senare tid, i flera studier har lyfts fram att det föreligger klara samband mellan utformningen av insolvenslagstiftning och viljan till att starta och driva företag, dvs. entreprenörskap.² Frågan som främst diskuteras är bl.a. hur en insolvenslagstiftning bör vara utformad för att vara

¹ Bankruptcy Code benämns i det följande BC. Vissa delar av denna artikel bygger på ett kapitel, 3.3 Olika rätsteoretiska diskussioner om Bankruptcy Code, från boken Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar. En jämförande studie av svensk och amerikansk insolvensrätt, Sthlm 2001, 1 uppl. s. 122-136. Ett särskilt samtycke har inhämtats från Wolters Kluwers som fortfarande innehar upphovsrätten till verket.

² Se SOU 2016:72.

tillräckligt entreprenörsvänlig. Den insolvensrättsliga lagstiftningen bör bidra till att sunda företag kan överleva och få en andra chans att starta upp på nytt, fresh start. De båda, nu nämnda, diskussionerna förs av forskare i USA men även av forskare i andra delar av världen. I en artikel -How do Bankruptcy Laws affect entrepreneurship development around the world?³, redovisas slutsatserna av en undersökning om relationen mellan konkurslagstiftningarnas utformning i förhållande till hur många företag som startas i respektive land. Undersökningen omfattade 29 länder under en period mellan 1990-2008, dvs. 19 år. De kriterier som var föremål för särskild granskning, var för det första, hur lång tid företagen var föremål för den konkursrättsliga processen.⁴ För det andra, vilka kostnader som var förenade med genomförandet av ett konkursrättsligt förfarande. För det tredje, vilka möjligheterna var att starta upp ett företag igen efter ett avslutat konkursförfarande, s.k. fresh start. För det fjärde, vilka möjligheterna var att under ett konkursförfarande få ett moratorium, s.k. automatic stay och slutligen för det femte vilka möjligheterna var för företagsledningen att behålla sina positioner i företaget efter en ansökan om inledande av ett konkursförfarande.⁵

Konkursinstitutet har dessutom, i den finansiella världen, under lång tid uppfattats som en av nyckelkomponenterna för de ekonomiska teorierna. Men i Sverige har rättsekonomiska resonemang inom rättsteorin inte haft en lika naturlig plats i den juridiska doktrinen. I USA har diskussionerna startat upp under de senaste trettio åren och man har kritiskt börjat ifrågasätta de grundläggande principerna för konkurslagstiftningens uppbyggnad. Uppmärksamhet har också riktats mot Chapter 11, Reorganization Business och förfarandets för- och nackdelar.⁶ Något förenklat kan man säga att kritiken som framförts mot hur den konkursrättsliga lagstiftningen är uppbyggd rörande dess systematik och vilken övergripande målsättning som konkurslagstiftningen har.

För att formulera en godtagbar teori om det syfte som konkursinstitutet och dess lagstiftning ska tjäna, har man försökt bygga olika förklaringsmodeller med hjälp av de mest fundamentala principerna för en konkurs-

³ Se bl.a. Lee, S-H., Yasuhiro, L., Peng, Y., M., Barney, J.B., How do bankruptcy laws affect entrepreneurship development around the world?, 26 Journal of Business Venturing, 2011, s. 505-520.

⁴ Med konkursrättslig process avses här och i det följande såväl Out-of Court Settlements, Reorganization Business som Liquidation.

⁵ Se 11 U.S.C. 362 §

⁶ Se Mann, D., Bankruptcy and the Entitlements of the Government: Whose money is it any way?, 70 N. Y. U. L. Rev. 1995, s. 993. Den kritik som riktats mot BC och det insolvensrättsliga systemet utgör en del av diskussionen om vilket syfte och funktion BC ska fylla.

lagstiftning.⁷ Vissa av förklaringsmodellerna är rättsteoretiska, d.v.s. normativa. Den s.k. *normativa modellen* torde vara den mest förekommande förklaringsmodellen. Det finns dock de som i doktrinen påstår att just de rättsekonomiska och de sociala teorierna både dominerar diskussionerna och har det största inflytandet. Ett skäl som anges härför är att teorierna inte förekommer i den dagliga rättstillämpningen men bl.a. har inflytande på de beslut som fattas i domstol.⁸ Andra teorier har inslag av rättsekonomi eller är strikt ekonomiska. Även sociala förklaringsmodeller förekommer.⁹

Till Sverige har denna diskussion om insolvenslagstiftningens utformning på allvar först kommit genom diskussionerna i EU. Det är frågan om entreprenörskap och insolvenslagstiftningens utformning som särskilt har lyfts fram i det europarättsliga samarbetet.¹⁰ I flera dokument från bl.a. kommissionen har det särskilt poängterats att det måste utformas en ny strategi på insolvensområdet för att skapa ett mer företagsvänligt klimat.¹¹ Det har också framhållits att en andra chans ska vara möjlig för entreprenörer i hederliga konkurser.

I det följande behandlas Bankruptcy Code och dess syften. Detta följs av en beskrivning av den normativa förklaringsmodellen samt principerna reorganization- och equity policy. Sedan beskrivs domstolarnas roll för de normativa principernas tillämpning och bristerna i den normativa analysen. Därefter behandlas de rättsekonomiska och sociala förklaringsmodellerna. Artikeln avslutas med några synpunkter på de teorier som har behandlats.

⁷ Jackson, T., Scott, J., framhåller att det finns flera olika förklaringsmodeller som kan appliceras på den konkursrättsliga lagstiftningen, t.ex. *normative, descriptive* eller *explanatory model*. 75 Vir. L. Rev.

⁸ Se Herbert, M., *Understanding Bankruptcy*, 1996, s. 8.

⁹ Det mest kända verket som behandlar ett socialt perspektiv på den konkursrättsliga lagstiftningen avseende fysiska personer är Warren, E., Westbrook, J., *As we forgive our debtors: Bankruptcy and Consumer Credit in America*, 1989.

¹⁰ Europeiska kommissionens rekommendation av den 12 mars 2014 om en ny strategi för att hantera konkurs och insolvens och Proposal for a directive of the European Parliament and of the council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU. COM (2016) 723 nal. 2016/0359 (COD)

¹¹ Se Entreprenörskap i det tjugoförstaårhundrandet SOU 2016:72. Se även Karlsson-Tuula, M., Entreprenörskap i centrum för insolvenslagstiftningen de lege ferenda, 2/16 InraTI, s. 84-72.

2. BANKRUPTCY CODE OCH DESS SYFTEN

BC tjänar flera syften. Ett är likafördelning mellan borgenärerna.¹² Ett andra är att förhindra kapplöpning mellan borgenärerna, *the race of diligence*. Ett tredje syfte är att förhindra att gäldenären själv kan välja vilka borgenärer som skulle komma i fråga för få utdelning och med vilket belopp.¹³ Utöver teorin om att BC ska tillhandhålla ett förfarande i vilket borgenärerna kollektivt ska kunna driva in sina skulder, så ska en konkurslagstiftning innehålla ett moment av *fresh start*.¹⁴ Gäldenären ska efter avslutat förfarande ha en möjlighet att börja om på nytt.¹⁵ För bl.a. detta ändamål har Ch. 11-förfarandet införts, *Reorganization Business*.¹⁶ En gäldenär ska ha möjlighet att rekonstruera verksamheten istället för att avveckla den. Det förekommer även andra resonemang i doktrinen om varför man bör ha en konkurslagstiftning.¹⁷

¹² BC är företrädesvis gäldenärsorienterad men hänsyn tas också till borgenärerna. Särskilda bestämmelser i lagstiftningen ger gäldenären det skydd som denne behöver för att komma till rätta med sina ekonomiska problem. Gäldenären åtnjuter genom BC ett skydd från de påtryckningar som borgenärerna kan utsätta gäldenären för när de vill ha betalt. Meningen är alltså att gäldenären ska driva sin verksamhet vidare på ett mer produktivt och lönsamt sätt efter det att en rekonstruktion har genomförts. Baird, D., *The Elements of Bankruptcy*, 1993, s. 28–62.

¹³ Likabehandlingsprincipen *par condition creditorum* och principen om rättvisa och billighet ligger också till grund för vår konkursrättsliga lagstiftning. Det innebär att varje borgenär ska tillerkännas en lika stor förlust, varken större eller mindre. Det innebär också att avvecklingsförfarandet ska ske i en viss given ordning och slutligen att utdelningen ska ske så rättvist som möjligt efter en lika stor procentsats till varje borgenär, *pari passu*.

¹⁴ Inslaget av *fresh start* har medfört att det i doktrinen anförts att BC utgör en social lagstiftning. Branch och Ray har uttryckt det så här »... Most state laws are designed to reward fast action by creditors. In other words, the first creditor to attach the debtor's property is the one most like to be paid. Federal bankruptcy laws, on the other hand, are social legislation that tries to emphasize equality of treatment and promote the opportunities for debtors to obtain fresh starts». »... The social policy of fresh start are incorporated in this U.S. Ch. 11 reorganization cases are distinguished from the way insolvencies are handled in Ch. 7 and in most of the rest of the world in one primary way». Citaten är hämtade från s. 2 och 3. Branch, B., Ray, R., *Bankruptcy Investing, how to profit from distressed companies*.

¹⁵ Syftet med Ch. 11 beskrivs på följande sätt i USA:s motsvarighet till våra förarbeten: »... The purpose of a business reorganization case, unlike a liquidation case, is to restructure a business finances so that it may continue to operate, provide it is employees with jobs, pay it is creditors, and produce a return for its stockholders ». Se H.R. Rep. No. 595, 95th Cong., 1st Sess. 1977, s. 220

¹⁶ Bowers, J., *Groping and Coping in the Shadow of Murphy's Law: Bankruptcy Theory and the Elementary Economics Failure*, 68, Mich. L. Rev. 1990, s. 2089. LoPucki, L., *A general Theory of the Dynamics of the State Remedies Bankruptcy System*, Wis. L. Rev. 1982, s. 311. Bebchuk, L., *A New Approach to Corporate Reorganizations*, 101 Harv. L. Rev. 1988, s. 775. Märk dock att den rådande uppfattningen i den amerikanska doktrinen är att det inte finns någon teori som är mer rätt än någon annan.

¹⁷ Se bl.a. Baird, D., *The Elements of Bankruptcy*, 1993, s. 28–62. Jackson, T., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, 1986.

3. DEN NORMATIVA FÖRKLARINGSMODELLEN

Under de senaste åren har den, nedan beskrivna, normativa policyn för konkurslagstiftningen ifrågasatts i allt större omfattning. Förenklat kan sägas att de rådande uppfattningarna har två olika inriktningar. Enligt den ena inriktningen utgör konkurslagstiftningen ett sätt för borgenärerna att träffa uppgörelser med gäldenären om betalning. Konkurslagstiftningen utgör då ett hjälpmedel för att verkställa vissa principer som ligger till grund för lagstiftningens utformning. Det konkursrättsliga systemet är sålunda till för att tillhandahålla bestämmelser som borgenärerna har kunskap om redan innan ett konkursförfarande inleds. De som företräder denna inriktning gör vanligen en jämförelse mellan kostnaderna som borgenärerna har för att enskilt driva in sina fordringsanspråk med de faktiska kostnaderna i en kollektiv process.¹⁸

Enligt förespråkarna för den andra inriktningen ska borgenärerna inte sättas i centrum på det sätt som skett i den nuvarande lagstiftning. Konkurslagstiftningen utgör inte någon isolerad lagstiftning som enbart ska beakta borgenärernas intressen. Istället utgör konkursrätten en del av ett större system, en del av det sociala skydd som måste finnas i vårt samhälle. Enligt Warren måste konkurslagstiftning betraktas på följande sätt:

»... Bankruptcy must be seen in its place as a part of a system of social protection that includes unemployments benefits, welfare, and medical care ...».¹⁹

Anhängarna av denna teori anser att konkurslagstiftningen är en form av skydds- och social lagstiftning och tillmäter empirisk forskning stor tilltro. De fundamentala frågorna för företrädarna kan beskrivas antingen som; den s.k. *Murphian philosophy*,

... Efficient bankruptcy policy would seek not to maximize the value of the debtors' estates, but rather to minimize bankruptcy losses ...,

¹⁸ Se bl.a. Jackson, T., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, 1986, Baird, D., Jackson, T., *Cases, Problems, and Materials on Bankruptcy*, 1995, Scott, J., *Through Bankruptcy with the Creditors' Bargain Heuristic*, 53, U. Chi. L. Rev. 1986, s. 690. Baird, D., *The Uneasy Case for Corporate Reorganization*, J. Leg. Stud. 1986, s. 127. Jackson, T., Scott, J., *On the nature of Bankruptcy: An essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain*, 75 Va. L. Rev. 1989, s. 155. Baird, D., *Revisiting Auctions in Ch. 11*, J. L. & Econ, 1993, s. 635.

¹⁹ Citatet är hämtat från Warren, E., Westbrook, J., *The Law of Debtors and Creditors: Text, Cases and Problems*, 2 uppl. 1991, s. 397–398.

eller på det motsatta sättet såsom:²⁰

... *pro rata* distribution of debtor's estate tends encourage efficient behavior ...²¹

4. DE NORMATIVA PRINCIPERNA: REORGANIZATION POLICY OCH EQUITY POLICY

I den pågående debatten om konkurslagstiftningen har också de fundament som kan sägas utgöra lagstiftningens byggstenar börjat ifrågasättas. I dessa fundament finns tanken om rekonstruktion av en verksamhet med för stor skuldbörda, *Reorganization Policy*. Denna innebär att en gäldenär som är skuldsatt ska få en möjlighet att rekonstruera sin verksamhet så att en vidare drift leder till att arbetstillfällena bevaras. Dessutom torde verksamhetens ekonomiska värde öka, vilket i sin tur torde medföra att en eventuell utdelning till borgenärerna blir högre. Kongressen har uttryckt det på följande sätt:

... Congress presumed that the assets of the debtor will be more valuable if used in a rehabilitated business than if sold for a scrap ...²²

Equity policy innebär att borgenärerna med lika rätt till betalning ska få lika stor utdelning av gäldenärens tillgångar samt bära en eventuell förlust lika, *pro rata equality*. Varje borgenär inom en och samma klass ska således få lika stor utdelning och bära en eventuell förlust proportionellt mot storleken på fordringsanspråket. Undantag från principen *pro rata equality* får göras endast för att maximera utdelningen till borgenärerna som kollekt-

²⁰ Se Baird, D., *A World Without Bankruptcy*, Jackson, T., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, 1986, s. 28–31. Baird, D., Jackson, T., *Cases, Problems and Materials on Bankruptcy*, 1985, s. 31–35. Se även Scott, R., *Through Bankruptcy either the Creditors' Bargain Heuristic*, 53 U. Chi. L. Rev. 1986, s. 700–707. Författarna framhåller att »... the debtor multiple creditor relationship, functioning in a regime of state grab-law, creditors' remedies creates perverse incentives leading to a common pool problem in to preserve the benefits of collective action in liquidating and paying out the debtor's estate ...» which each creditor in serving his own self-interest gains less from his actions than he might harm the other creditors and that creditors would, therefore, in the absence of information, agree to pro rata sharing.

²¹ Citatet är hämtat från Bowers, J., *Groping and Coping in the shadow of Murphy's law: Bankruptcy theory and the elementary economics of failure*, 88 Michigan. L. Rev. 1990, s. 2143.

²² Citatet är hämtat från H.R. Rep. No. 95–595, 1977, s. 220. Se även *United States v. Whiting Pools, Inc.*, 462 U.S. 198, 203(1982).

tiv.²³ Det är sålunda inte tillåtet att göra undantag från principen enbart för att uppfylla det grundläggande kravet på utdelning i enlighet med syftet för den konkursrättsliga lagstiftningen.

Genom detta rättsteoretiska resonemang vill man således garantera att kravet på uppdelning av en gäldenärs tillgångar mellan borgenärerna inte sammanblandas med det centrala målet för konkurslagstiftningen nämligen att förhindra kapploppningen mellan borgenärerna. Tanken är att lagstiftningen genom denna garanti ska leda till en maximal spridning av gäldenärens tillgångar mellan de olika fordringsägarna och till att en eventuell förlust delas lika dem emellan.²⁴

5. DOMSTOLENS ROLL FÖR DE NORMATIVA PRINCIPERNAS TILLÄMPNING

Domarna och konkursdomstolarna har ett stort inflytande över den konkursrättsliga processen. Deras roll är bl.a. att ta till vara borgenärernas intressen, så att dessa garanteras en rättvis och lika behandling. I domstolen sker detta genom att principerna om *absolute priority* och *temporal equality* tillämpas.²⁵ Enligt principen om *absolute priority* får varje fordringsanspråk som borgenärerna har mot gäldenären utdelning i en viss prioritetsordning. Säkerställda borgenärer får betalning först, och deras fordringsanspråk ska bli fullt tillgodosedda innan någon annan, d.v.s. någon icke säkerställd borgenär, får utdelning. Om utdelningen inte räcker så långt att de säkerställda borgenärerna blir fullt tillgodosedda, ska förlusten bäras lika mellan borgenärerna i förhållande till vars och ens fordringsanspråk, i enlighet med principen om *temporal equality*. Domstolen och den rättstillämpande domaren har som huvudsaklig uppgift att se till att alla fordringsanspråk med samma prioritet behandlas lika, vilket i doktrinen benämns, *balance the equities of all parties*. Principen om borgenärernas lika behandling, *pro rata equality*, är och har varit kontroversiell en längre tid.²⁶

Kritiker menar att någon lika behandling av borgenärer inte förekommer i realiteten. Den enda gången som borgenärerna får en lika behandling är när ingen av dem får någon utdelning alls i ett konkursrättsligt för-

²³ Jackson, T., Scott, R., On the nature of Bankruptcy: An essay on Bankruptcy sharing and the creditors' bargain, 75 Vir. L. Rev. 1989, s. 155–156.

²⁴ Jackson, T., Scott, R., On the nature of Bankruptcy: An essay on Bankruptcy sharing and the creditors' bargain, 75 Vir. L. Rev. 1989, s. 156, not 2.

²⁵ Delaney, K., Strategic Bankruptcy, 1992, s. 43.

²⁶ Bowers, J., Groping and Coping in the shadow of Murphy's Law: Bankruptcy theory and the elementary economics of failure. 88 Mich. L. Rev. 1990, s. 2103.

farande.²⁷ Även kongressen har tidvis ställt sig tveksam till synsättet om den strikta likabehandlingen.²⁸ Kritik har också riktats mot att principen är omöjlig att upprätthålla för domstolarna, eftersom den amerikanska rättskälleläran är uppbyggd på *case law*.²⁹ Varje enskild domstol och varje enskild domare gör då sina egna tolkningar av de begrepp och bestämmelser som förekommer i BC. Det är därför omöjligt att få till stånd en enhetlig tillämpning i landets alla olika jurisdiktioner. Detta får till följd att tolkningar av begrepp och definitioner i lag eller i praxis kan bli olika.³⁰ Detta kan i sin tur medföra att principen om likabehandling undergrävs av den rättstillämpande domaren eller av domstolar i olika delstater.

Det har framhållits att någon likapprincip eller rättvisepprincip inte upprätthålls i Ch. 11-förfarandet. Ett skäl till detta är att tillämpningen av vissa bestämmelser i Ch. 11-processen ibland kan leda till att utdelningen till borgenärerna inte blir lika stor som den skulle ha blivit, trots att borgenärerna är berättigade till en lika behandling. Exempel på sådana bestämmelser utgör de som reglerar vilka fordringsanspråk som får göras gällande i den konkursrättsliga processen och sådana bestämmelser som reglerar fordringsanspråkens indelning i klasser.³¹

6. BRISTERNA I DEN NORMATIVA ANALYSEN

Kritik har riktats mot att olika perspektiv saknas, i den nu ovan, redovisade analysen som hittills gjorts av konkurslagstiftningen. Doktrinen har inte i tillräcklig omfattning behandlat vilken betydelse man kan tillmäta den förhandling och den eventuella uppgörelse som sker mellan gäldenären och borgenärerna inom ramen för Ch. 11.³² Inte heller har någon undersökning, mig veterligen, gjorts av den relevans som förhandlingarna

²⁷ Bowers, J., Groping and Coping in the shadow of Murphy's Law: Bankruptcy theory and the elementary economics of failure. 88 Mich. L. Rev. 1990, s. 2103.

²⁸ Bowers, J., Groping and Coping in the shadow of Murphy's Law: Bankruptcy theory and the elementary economics of failure. 88 Mich. Rev. 1990, s. 2102.

²⁹ Carlson, D., Philosophy in Bankruptcy, 85 Mich. L. Rev. 1987, s. 1341–1349. Delaney, K., Strategic Bankruptcy, 1992, s. 43.

³⁰ Carlson, D., Philosophy in Bankruptcy, 85 Mich. L. Rev. 1987, s. 1341–1349.

³¹ Se vidare Bowers, J., Groping and Coping in the shadow of Murphy's Law: Bankruptcy theory and the elementary economics of failure. 88 Mich. L. Rev. 1990, s. 2102, not 13 och 14.

³² Se här och i det följande, Jackson, T., The Logic and Limits of Bankruptcy Law, 1986, Baird, D., Jackson, T., Cases, Problems, and Materials on Bankruptcy, 1995, Scott, J., Through Bankruptcy with the Creditors' Bargain Heuristic, 53, U. Chi. L. Rev. 1986, s. 690. Baird, D., The Uneasy Case for Corporate Reorganization, J. Leg. Stud. 1986, s. 127. Jackson, T., Scott, J., On the nature of Bankruptcy: An essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain, 75 Va. L. Rev. 1989, s. 155. Baird, D., Revisiting Auctions in Ch. 11, J. L. & Econ, 1993, s. 635.

mellan gäldenären och borgenären kan ha för principerna om *absolute priority* och *temporal equality*.

Det har också framförts kritik mot att en borgenär, som har beviljat gäldenären en hög belåning i dennes företagsamhet,³³ har ett kraftigt påtryckningsmedel i de förhandlingar som sedan förs med gäldenären under ett Ch. 11-förfarande.³⁴ Detta utgör enligt kritikerna en viktig del av den rättsteoretiska analysen eftersom processen i Ch. 11 förfarandet till stor del bygger på att en rekonstruktionsplan ska formuleras. Innehållet i rekonstruktionsplanen utgör resultatet av de omfattande förhandlingar som förts mellan gäldenären och dennes borgenärer.³⁵ Negativa omdömen har också framförts mot den värdering av gäldenärens verksamhet som sker inom ramen för Ch. 11-förfarandet. Det har sagts att värderingen är orättvis för borgenärerna eftersom olika intressenter värderar ett företag olika beroende på vilken intressegrupp de tillhör.

Diskussionerna om Ch. 11 har förts så långt att behovet av ett rekonstruktionsförfarande i amerikansk rätt ifrågasatts.³⁶ I doktrinen har Ch. 11-förfarandet och dess utformning främst ifrågasatts av Baird, Jackson och Scott.³⁷ Baird framhåller att skälen för att ha ett rekonstruktionsförfarande som Ch. 11 är få.³⁸ Han hävdar att en rekonstruktion i enlighet med Ch. 11 endast utgör en hypotetisk försäljning av gäldenärens verksamhet medan det i ett Ch. 7-förfarande sker en verklig försäljning och ett avslut. Baird menar att det inte är det egentliga marknadsvärdet som åsätts fö-

³³ Det kan dock poängteras att ett företags lånebild i USA vanligen utgörs av flera olika långivare med mindre belopp. Den typiskt svenska när det gäller ett företagslån är att det är få finansiärer med hög belåning. Den svenska bilden medför att det ibland kan räcka med att en finansiär säger upp lånen för att ett företag därmed ska hamna i situation så att ett konkursförfarande måste inledas.

³⁴ Se här och i det följande, Jackson, T., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. 1986, s. 209–224. Jackson har beskrivit de förhandlingar som förekommer i ett Ch. 11-förfarande på följande sätt: »... The greatest weakness of a corporate reorganization may be what is often advanced as its greatest strength – that it promotes bargaining among the creditors and other owners of an insolvent firm. We cannot say bargaining is good until we know what the bargaining is all about ...» Sambandet mellan lag och ekonomi har ännu inte utretts i någon större omfattning. Se Mnookin & Wilson, *Rational Bargaining and Market Efficiency: Understanding Pennzoil v. Texaco*, 75 Va. L. Rev. 1989, s. 295–296.

³⁵ Även om det är gäldenären själv som inom en viss tidsfrist har rätt att föreslå en rekonstruktionsplan, så förutsätter förslaget att borgenärerna accepterar gäldenärens förslag för att domstolen sedan ska fastställa rekonstruktionsplanen slutgiltigt. Angående kritiken mot att detta perspektiv inte analyserats tillräckligt i den amerikanska doktrinen, se Delaney, K., *Strategic Bankruptcy*, 1992, s. 44–45.

³⁶ Baird, D., *The uneasy case for corporate reorganizations*, 15 J. Leg. Stud. 1986, s. 127–147.

³⁷ Ch. 11:s vara eller inte vara har diskuterats av flera. Ytterligare en författare har diskuterat frågan och dessutom föreslagit en ändring av förfarandet, se även Bebchuk, L., *A New Approach to Corporate Reorganisation*, 101 Harv. L. Rev. 1987/1988, s. 775–804.

³⁸ Baird, D., *The uneasy case for corporate reorganizations*, 15 Journal of Leg. Stud. 1986, s. 128. 256.

retaget när verksamheten ska rekonstrueras utan ett fiktivt värde.³⁹ Verksamhetens verkliga värde snedvrids därför. Vidare framhåller Baird att kostnaderna för att genomföra ett Ch. 11-förfarande blir högre än om en verksamhet avyttras i enlighet med Ch. 7.⁴⁰ Ett skäl härtill är att ett Ch. 11-förfarande måste föregås av flera olika förhandlingar. Det har således diskuterats huruvida Ch. 11, *Reorganization Business*, verkligen uppfyller syftet med förfarandet eller om förfarandet bör tas bort och ersättas av ett marknadsorienterat system, ett insolvensrättsligt system som styrs av utbud och efterfrågan, d.v.s. att företag som saknar bärkraft ska slås ut och inte kunna bli föremål för rekonstruktion. Om detta förslag skulle bli verklighet skulle konkurslagstiftningen i USA enbart bestå av ett avvecklingsförfarande, Ch. 7 *Liquidation* vilket motsvarar vårt konkursinstitut.

7. DEN RÄTTSEKONOMISKA FÖRKLARINGSMODELLEN

Under senare tid har flera författare använt sig av ett *rättsekoniskt perspektiv* som förklaringsmodell för hur konkurslagstiftningen är uppbyggd. Denna *law- and economic model* skiljer sig avsevärt från de normativa rätts-teorierna som redovisats i det föregående.⁴¹ Rättsekonomerna har konstruerat allmänna teorier om vad en konkurslagstiftning ska innehålla för typ av förfaranden, d.v.s. om lagstiftaren ska tillhandahålla såväl ett rekonstruktionsförfarande som ett avvecklingsförfarande eller enbart det senare. Vissa företrädare menar att lagstiftningen inte ska innehålla några förfaranden med inslag av *business rehabilitation*. I stället ska konkurslagstiftningen anpassas till ekonomin i stort, vilket medför att förfarandet

³⁹ Se Roe, M., Bankruptcy and debt: A new model for Corporate Reorganization, 83 Colum L. Rev. 1983, s. 527–548. Se även Bebchuk, L., A New Approach to Corporate Reorganizations, 101 Harvard L. Rev. 1987/1988, s. 778.

⁴⁰ Baird, D., The uneasy case for corporate reorganizations, 15 J. Leg. Stud. 1986, s. 128. 261. Flera är de som t.o.m. har föreslagit att Ch. 11-förfarandet bör tas bort, bl. a. därför att det inte fyller den funktion som det en gång var avsett för. Se Baird, D., The uneasy case for corporate reorganization, 15 J. Leg. Stud. 1986, s. 127, Jackson, T., The Logic and Limits of Bankruptcy Law, 1986, 9 kap. Scott, R., Through Bankruptcy either the Creditors' Bargain Heuristic, 53, U. Chi. L. Rev. 1986, s. 700–707. Se även Jackson, T., Scott, R., On the nature of Bankruptcy: An essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain, 75 Vir. L. Rev. 1989, s. 155–240. Andra författare är av den åsikten att en ändring av Ch. 11 är tillräcklig och lämnar förslag till ändring i förfarandet, se bl. a. Bebchuk, L., A New Approach to Corporate Reorganizations, 101 Harv. L. Rev. 1987/1988, s. 775–804. Delaney, K., Strategic Bankruptcy, 1992, 2 kap. s. 39–57.

⁴¹ Se här och i det följande, Posner, R., Economic Analyses of Law, Weistart, L., The Costs of Bankruptcy, Law and Contemporary Problems. Weston, Some Economic Fundamentals for an Analysis of Bankruptcy, Law and Contemporary Problems. Jackson, T., The Logic and Limits of Bankruptcy Law.

ekonomiskt blir mer effektivt d.v.s. styrs helt av utbud och efterfrågan. Konkursinstitutet utgör enligt denna förklaringsmodell inget annat än en ekonomisk relation mellan tillgångar och skulder.⁴²

Den konkursrättsliga lagstiftningen bör således, enligt förespråkarna, vara ekonomiskt försvarbar. Lagstiftningen måste därför vara konstruerad på ett sådant sätt att såväl gäldenären som borgenärerna ska kunna välja att ansöka om att inleda ett konkursförfarande vid den tidpunkt då det går att förutspå det bästa ekonomiska utfallet för borgenärerna.⁴³ Någon hänsyn behöver då inte tas till de grundläggande principer som en konkurslagstiftning vanligen bygger på, t.ex. att säkerställa en rättvis och lika behandling av borgenärerna. Enligt rättsekonomernas uppfattning faller det utanför den uppgift som konkursinstitutet har att lösa.

Konkurslagstiftningen bygger enligt rättsekonomerna på helt andra principer än den normativa förklaringsmodellen. Detta kan medföra att borgenärernas rättigheter regleras helt utanför den konkursrättsliga lagstiftningen.⁴⁴ Borgenärerna ska tvingas att tillvarata sina rättigheter redan före den tidpunkt som ett konkursförfarande inleds. En konkurslagstiftning som bygger på att ett förfarande ska inledas när det är mest ekonomiskt försvarbart leder tanken till frågor av mer politisk och rätts sociologisk natur. En fråga som då måste ställas är vilken möjlighet parterna ska ha att säkerställa sin rätt innan ett konkursförfarande inleds. En annan är hur en sådan möjlighet ska regleras. En tredje fråga som aktualiseras i sammanhanget är hur de stora långivarna verkligen ska kunna garanteras en lika behandling utanför den konkursrättsliga lagstiftningen,⁴⁵ eftersom en lika behandling inte garanteras av den insolvensrättsliga lagstiftningen.

Flera av de samtida rättsekonomiska teorierna har sitt ursprung i ett antagande om att lagarna handlar om äganderätt och att de ska vara ekonomiskt effektiva.⁴⁶ Det finns främst två kända skolor på området, *Chicago School* och *Neo-Classical* ekonomisk teori. Den sistnämnda har främst två företrädare, Jackson och Baird.⁴⁷

⁴² Deleny, K., *Strategic Bankruptcy*, 1992, s. 184.

⁴³ Posner, R., *Economic Analyses of Law* 1972, Weistart, L., *The Costs of Bankruptcy, Law and Contemporary Problems*. Weston, *Some Economic Fundamentals for an Analysis of Bankruptcy, Law and Contemporary Problems*.

⁴⁴ Delaney, K., *Strategic Bankruptcy*, 1992, s. 41.

⁴⁵ Se Delaney, K., *Strategic Bankruptcy*, 1992, s. 42 f.

⁴⁶ En översiktlig bild av den rättsekonomiska debatten i USA avseende juridik i allmänhet, se Samulesson, P., *Rättsekonomis uppkomst och inverkan på forskningen*, SvJT 1997, s. 532 f. med hänvisning bl.a. till Posner, R., *Overcoming Law*, Cambridge, MA, 1995, s. 438.

⁴⁷ Jackson, T., *The Logic and Limits of the Bankruptcy Law*, 1986. Baird, D., *The uneasy case for corporate reorganizations*, 15 J. Leg. Stud. 1986.

Enligt Jackson ska konkursinstitutet utgöra ett system för borgenärerna. Tanken med det är att borgenärerna ska kunna ta till vara sina rättigheter som kollektiv gentemot gäldenären i ett längre tidsperspektiv. Även borgenärerna individuella intressen ska därigenom tas till vara på ett bra sätt. Detta synsätt har benämnts *The Creditor's Bargain*. Med denna benämning avses den uppgörelse som borgenärerna vill göra med gäldenären men som enligt lagen är omöjlig, d.v.s. att erhålla full betalning för sina fordringsanspråk. Lagstiftningen innehåller enligt Jackson regler som kan innebära oöverstigliga hinder för att den enskilde borgenären får fördelar i förhållande till de övriga borgenärerna.

Teorin om *The Creditor's Bargain* är baserad på en mängd olika antaganden för vilka det finns få empiriska erfarenheter.⁴⁸ Ett exempel på ett sådant antagande är att alla borgenärer har lika rätt. Borgenärer som har säkerställda tillgångar har få eller inga motiv alls att medverka till frivilliga uppgörelser med gäldenären, i vart fall inte sådana uppgörelser som medför att borgenärerna ska dela sina tillgångar med övriga borgenärer. Säkerställda borgenärer saknar därför incitament att förhandla med gäldenären om en ekonomisk uppgörelse som ger någon annan utdelning än den som borgenärerna vill ha.

Enligt vissa rättsekonomer och jurister finns det inte några skäl att låta den nu nämnda teorin utgöra förklaringsgrund för all konkursrättslig lagstiftning.⁴⁹ Detta gäller oavsett vilket synsätt kongressen i framtiden anlägger eller redan nu har lagt i resonemanget om vilken utformning en insolvensrättslig lagstiftning bör ha.⁵⁰ Hittills har det inte gjorts några uttalanden om att den konkursrättsliga lagstiftningen i första hand ska se till att borgenärerna får högsta möjliga utdelning. I stället har man fo-

⁴⁸ Jackson, T., *The Logic and Limits of the Bankruptcy Law*, 1986.

⁴⁹ Warren, E., *The Untenable Case for Repeal of Chapter 11*, 102 *Yale L. J.* 1992, s. 437.

Korobin, D., *The Unwarranted Case Against Corporate Reorganization: A replay to Bradley and Rosenzweig*, 78 *Iowa L. Rev.* 1993, s. 669. Se även Warren, E., Westbrook, J., *As we forgive our debtors: Bankruptcy and Consumer Credit in America*. 1989.

⁵⁰ I sammanhanget kan tilläggas att min uppfattning i allmänhet stödjer teorin om att säkerställda borgenärer saknar incitament att medverka till ekonomiska uppgörelser med gäldenären såväl inom som utom ramen för den insolvensrättsliga lagstiftningen. Det framstår därför som särskilt relevant att lagstiftaren på denna punkt ser över vårt regelverk, så att lagstiftningen får ett sådant innehåll att säkerställda borgenärer inte ekonomiskt förlorar på att medverka till uppgörelser av olika slag med gäldenären. Ett förslag som synes lämpligt kan vara att införa bestämmelser så att borgenären åtnjuter ett särskilt skydd mot värdeminskning i de säkerställda tillgångarna under den tid som förhandlingarna med gäldenären pågår. Detta är relevant eftersom ett rekonstruktionsförfarande bygger på att en ekonomisk uppgörelse ska träffas mellan gäldenären och borgenärerna, som sedan ska fastställas av domstol i en rekonstruktionsplan.

kuserat på gäldenären och dennes bästa. Teorin har skapat en debatt med många dissidenter.⁵¹

Författare som anlägger det rättsekonomiska perspektivet på den konkursrättsliga lagstiftningen har, som tidigare nämnts, mötts av kritik i den amerikanska doktrinen. Det har framförts att de olika rättsekonomiska förklaringsmodellerna i allt för stor utsträckning tar hänsyn till strikt utformade regler. Detta sker dessutom utan någon som helst analys av hur en organisation verkligen fungerar när ett konkursförfarande inleds.⁵²

Att konstruera en konkurslagstiftning, på sätt som nu diskuterats, d.v.s. att parterna ska drivas till att inleda ett avvecklingsförfarande blott när det framstår som ekonomiskt effektivt, betraktas av kritikerna som omöjligt.⁵³ Några studier som visar vilken inverkan en eventuell konkurs har på ett företag och dess kultur finns emellertid inte.⁵⁴ En undersökning har dock gjorts om hur företagsledningen reagerar när företaget får ekonomiska problem.⁵⁵ Enligt de slutsatser som redovisas i studien är det få företagsledare som har kännedom om hur de på bästa sätt ska ta till vara verksamhetens intressen i en konkurssituation. Det är vanligt att företagsledningarna agerar rakt mot vad som borde vara brukligt och det ekonomiskt mest fördelaktiga för verksamheten.⁵⁶

8. DEN SOCIALA FÖRKLARINGSMODELLEN

I kontrast till de *normativa* och *rättsekonomiska* förklaringsmodellerna finns det ytterligare ett perspektiv som kan anläggas på den insolvensrättsliga lagstiftningen, nämligen den *sociala* förklaringsmodellen.⁵⁷ Anhängarna av detta perspektiv stödjer i större utsträckning än rättsekonomerna

⁵¹ Se bl.a. Rusch, L., Bankruptcy Reorganization Jurisprudence: Matters of Belief, Faith, and Hope—Stepping into the Fourth Dimension, 55 Mont. L. Rev. 1994, s. 9. Block-Lieb, S., Fishing in Muddy Waters: Clarifying the Common Pool Analogy as Applied to the Standard for Commencement of a Bankruptcy Case, 42 Am. U. L. Rev. 1993, s. 337. Carlson, D., Bankruptcy Theory and the Creditors Bargain 61 U. Cinn. L. Rev. 1993, s. 453.

⁵² Delaney, K., Strategic Bankruptcy, 1992, s. 42. 273.

⁵³ Delaney, K., Strategic Bankruptcy, 1992, s. 42.

⁵⁴ Delaney, K., Strategic Bankruptcy, 1992, s. 42. Se även Nelson, I., Corporations in Crisis: Behavioral Observations in Bankruptcy, 1981.

⁵⁵ Bankruptcy and Investment Choice, 20 Journal of Leg. Stud. 1991, s. 277–310. Rose Ackerman poängter att företagsledningarna vanligen försöker undvika ekonomiska svårigheter och inte är riskbenägna. Författaren beskriver det bl.a. så här på s. 282: »... managers equate firm liquidation with financial ruin. Since liquidation is harmful to managers job prospects, reputation, and self-respect, they seek to minimize the probability of its occurrence but are unconcerned with the variance of returns per se ...».

⁵⁶ Se Delaney, K., Strategic Bankruptcy, 1992, s. 42.

⁵⁷ Det mest kända verket som behandlar ett socialt perspektiv på den konkursrättsliga lagstiftningen avseende fysiska personer är Warren, E., Westbrook, J., As we forgive our debtors: Bankruptcy and Consumer Credit in America, 1989.

sin uppfattning på *empiriska* data. Teorin är till sin natur mer pragmatisk. Förklaringsmodellen har i huvudsak behandlat konkursrätten för fysiska personer. Men det förekommer också en diskussion om att lagstiftningen kan anses utgöra en social lagstiftning. Skälet för detta har angetts på följande sätt:

... are a social legislation that tries to emphasise equality of treatment and promote the opportunities for debtors to obtain fresh starts ...⁵⁸

Just *fresh start* tycks vara det som anses utgöra det främsta momentet av socialt in slag.

... The core business and it is management may be potentially quite viable. Because Chapter 11 allows fresh start, jobs may be saved and productive resources kept operating efficiently rather than being scrapped or put to a less productive use⁵⁹

Det sociala inslaget kommer till uttryck direkt i lagstiftningen och bygger på en historisk utveckling.⁶⁰

9. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

BC är som nu framgått mångfacetterad. Flera olika förklaringsmodeller kan användas för att förklara dess utformning. Lagstiftningen är en produkt av politiska kompromisser som inte utmynnat i någon enhällig eller renodlad uppfattning om lagstiftningens faktiska innehåll. Olika perspektiv kan därför appliceras som tänkbara förklaringsmodeller. Det kan konstateras att de normativa rättsteorierna skiljer sig avsevärt ifrån rättsekonomernas synsätt. Vidare kan det konstateras att de ekonomiska teorierna skiljer sig från de traditionella rättsteorierna om vad konkursinstitutet ska tjäna för funktion och vilka principer som ska ligga till grund för konkurslagstiftningen.

Det är föga förvånande att den amerikanska rättsteorin ifrågasätter grunden för den gällande BC. I flera länder har den insolvensrättsliga lagstiftningen varit föremål för debatt vilket medfört förändringar i lagstiftningarna. Den insolvensrättsliga lagstiftningen utgör en integrerad del av

⁵⁸ Citatet är hämtat från Branch, B., Ray, H., Bankruptcy Investing, How to Profit from Distressed Companies, 1992, s. 2.

⁵⁹ Citatet är hämtat från Branch, B., Ray, H., Bankruptcy Investing, How to Profit from Distressed Companies, 1992, s. 4.

⁶⁰ I den svenska debatten har ett perspektiv som avser att rädda arbetstillfällen i första hand betraktats som ett samhällsorienterat perspektiv snarare än som ett rent socialt inslag.

det rättsliga systemet och den rättsliga miljön. Det har därför relevans att olika teorier noggrant undersöks. Ett problem är dock, som tidigare framgått, att det är svårt att presentera en enda hållbar teori som hela det insolvensrättsliga systemet ska vila på. Istället torde det vara en mer framkomlig väg att lägga samman olika teorier för att finna den mest lämpliga förklaringsmodellen. Det kan konstateras att det i USA, till skillnad från Sverige, förs resonemang om den normativa utformningen av det konkursrättsliga systemet. Kanske bör man även i svensk rätt på dessa grunder ifrågasätta det insolvensrättsliga systemet? Det har dock gång efter annan presenterats olika insolvensrättsliga utredningar. Rättsteorier för hur en väl fungerande lagstiftning har tyvärr lyst med sin frånvaro.

Det rättsekonomiska perspektivet torde, enligt min uppfattning, inte ensamt kunna anläggas som grund för hur den insolvensrättsliga lagstiftningen ska utformas *de lege ferenda*. Flera andra perspektiv måste också beaktas. Inte heller torde det vara möjligt att genom rättsekonomiska diskussioner komma fram till ett entydigt svar på frågan om vilket syfte och vilken funktion rättsinstitutet företagsrekonstruktion eller konkurs ska ha. Men rättsekonomiska aspekter torde kanske kunna användas som argument när det gäller att motivera och diskutera huruvida en viss utformning eller en viss rättslig lösning är att föredra framför andra.