

MIKAEL MELLQVIST

# En blick in i den insolvensrättsliga framtiden

*Den insolvensrättsliga utvecklingen i Sverige har under en följd av år haft det trögt. Reformen har förvisso sett dagens ljus, men det har då vanligen rört sig om begränsade frågor. När väl ett större grepp har tagits har det inte lett fram till ny lagstiftning. För närvarande bereds dels en departementspromemoria om konkursförfarandet, dels frågan om införlivande av EU:s rekonstruktionsdirektiv. Det är i sig två angelägna ärenden. Kan de dessutom fungera som "murbräcka" för ett fortsatt långsiktigt reformarbete vore det mycket välkommet. I denna artikel skissas det på frågor rörande detta.*

MIKAEL MELLQVIST är f.d. lagman vid Gotlands tingsrätt och verksam som rättsvetenskaplig forskare och författare.

## 1. INLEDNING<sup>1</sup>

Svensk insolvensrättslig utveckling har under en lång följd av år gjort "på stället halt!" trots att vissa ambitiösa utvecklingsförsök har gjorts men, av olika skäl, inte fullföljts. Det förefaller emellertid som om det nu kan finnas en möjlighet att ta i vart fall några steg framåt. En av anledningarna till en gryende optimism är att EU har antagit ett direktiv (av den 28 mars 2019/1023) om ramar för förebyggande omstrukturering, en andra chans och åtgärder för att göra förfaranden för omstrukturering, insolvens och skuldavskrivning effektivare (EU:s rekonstruktionsdirektiv eller rekonstruktionsdirektivet

<sup>1</sup> Jag har i Ny Juridik 2001:4 s. 49 och 2013:1 s. 45 gjort viss "insolvensrättsliga spaningar" med förväntningar och önsknings rörande den insolvensrättsliga utvecklingen. Jag har följt upp dessa i en tvådelad artikel i Ny Juridik 2020:2 s. 37 och 2020:3 s. 7. Denna artikel är en något bearbetad version av dessa båda artiklar.

i bestämd form), som nu ska införlivas.<sup>2</sup> En annan anledning är de förslag som förs fram i departementspromemorian Konkursförfarandet (Ds 2019:31). Det är frågan om två projekt som vart och ett för sig kan föra den insolvensrättsliga utvecklingen framåt och också bereda väga för en fortsatt utveckling av rättsområdet.

Jag ska här presentera och kort kommentera rekonstruktionsdirektivet och förslagen i departementspromemorian för att avsluta med en ”spaning” inför framtiden vad gäller den fortsatta insolvensrättsliga utvecklingen.

## 2. KONKURSFÖRFARANDET – DS 2019:31

### 2.1 Det initiala skedet

I ett begränsat domstolsperspektiv är den stora ”nyheten” med förslagen i promemorian att tingsrätterna inte längre kommer att ha konkursärenden anhängiga från ”start till mål”. I dag inleds ett konkursärende med en ansökan om konkurs och om den bifallas avslutas ärendet med ett beslut om avskrivning, fastställande av utdelning eller nedläggning. Däremellan hålls i de allra flesta fall ett edgångssammanträde hos tingsrätten och i många fall beslutar tingsrätten om att anordna ett bevakningsförfarande. Tingsrätten kan också aktiveras om användandet av något tvångsmedel aktualiseras. Tingsrätten tar också emot vissa berättelser från förvaltaren m.m. Under hela tiden har alltså tingsrätten ett konkursärende pågående.

Förslagen i promemorian går ut på att tingsrätten inte har något konkursärende från start till mål. I stället engageras tingsrätten i vissa specifika fall och avgör varje sådant fall som ett separat ärende.<sup>3</sup>

Ett sådant specifikt fall är inledandet av konkurs. I promemorian konstateras att de bedömningar som måste göras av en konkursansökan är att så kvalificerad art att det lämpligen är tingsrätten som bör göra dem.<sup>4</sup> Och att låta t.ex. TSM pröva endast vissa ansökningar

<sup>2</sup> Se Dir. 2019:60 och även Faktapromemorian 2016/17:FPM34.

<sup>3</sup> Ds 2019:31 s. 131 f. och s. 366 f.

<sup>4</sup> Ds 2019:31 s. 145 f.

(egna ansökningar och medgivna borgenärsansökningar) bedöms av flera skäl inte som ändamålsenligt. Om tingsrätten bifaller en konkursansökan ska den enligt förslagen, precis som i dag, också utse konkursförvaltare, kungöra beslutet samt ombesörja vissa underrättelser. Ett beslut om någons försättande i konkurs är alltså enligt förslagen ett *slutligt* beslut hos tingsrätten. I motsats till i dag har tingsrätten därefter inget pågående konkursärende. Det innebär t.ex. att tingsrätten enligt förslaget inte längre ska ta emot några förvaltarberättelser, halvårsberättelser eller ”sluthandlingar” från förvaltaren. Dessa redovisningar ska alltjämt fullgöras men enbart ges in till TSM.<sup>5</sup>

De ställningstaganden som har gjorts i denna del är enligt min mening tämligen självklara. Argument för att prövningen av en konkursansökan ska göras av domstol är många och starka och utrymmet för bärkraftiga motargument är minimalt.

## 2.2 Bouppteckningen och edgången

Som bekant är det i princip obligatoriskt att gäldenären vid ett särskilt sammanträde ska beediga konkursbouppteckningen (6 kap. 3 § konkurslagen). Vid tingsrätten är det i dag, nära nog utan undantag, sammanträden som leds av tingsnotarier. Förutom gäldenärens obligatoriska edgång an det även komma i fråga att någon annan – på begäran av förvaltaren eller en borgenär – åläggs att beediga bouppteckningen (fakultativ edgång). Edgångssammanträden anses allmänt vara ett viktigt inslag i notarieutbildningen. Enligt min uppfattning ska värdet av det emellertid inte överskattas. Och ett eventuellt utbildningsvärde för notarier kan inte få vara styrande när man väljer hur man vill reglera edgångsfrågan.

I promemorian föreslås nämligen att det obligatoriska edgångssammanträdet vid domstol avskaffas. I stället ska gäldenären, som huvudregel, skriftligen (vid straffansvar) bekräfta bouppteckningen hos konkursförvaltaren vid ett bouppteckningssammanträde.<sup>6</sup> På motsvarande sätt föreslås den fakultativa edgången ersatt med en

<sup>5</sup> Ds 2019:31 s. 211 f.

<sup>6</sup> Ds 2019:31 s. 171 f.

fakultativ skriftlig bekräftelse.<sup>7</sup> TSM föreslås involverad i detta förfarande, däremot inte tingsrätten.

Så långt är allt väl. Men i promemorian krånglar man sedan till det. Det föreslås nämligen att det ska finnas en extraordinär möjlighet att, på förvaltarens begäran, ålägga gäldenären (eller annan) att avlägga bouppteckningssed hos tingsrätten. Som skäl för detta anges att det i vissa fall inte går att få till stånd en bekräftelse hos förvaltaren. Det kan enligt promemorian handla om vägran eller att det av säkerhets- eller offentlighetsskäl anses olämpligt.<sup>8</sup> Min uppfattning är att dessa skäl inte har någon större tyngd. Vid behov kan förvaltaren hålla det sammanträde vid vilket bouppteckningen ska bekräftas i tingsrättens lokaler och de tvångsmedel som finns kan användas utan att ett sammanträde hålls i tingsrättens regi. Den extraordinära möjligheten torde dessutom ytterst sällan aktualiseras. Att behålla edgångsmöjligheten vid domstolen förefaller därför som onödigt.

### 2.3 Säkerhetsåtgärder och tvångsmedel

I promemorian förs det, förutom vissa detaljusteringar, inte fram några förslag om reformer vad gäller säkerhetsåtgärder eller tvångsmedel. Det innebär att frågor om kvarstad, reseförbud, hämtning, häktning m.m. i allt väsentligt alltjämt ska beslutas av tingsrätten.<sup>9</sup> Det innebär att förvaltaren hos rätten får ansöka om och begära beslut rörande en tvångsåtgärd.<sup>10</sup> I ett sådant fall får rätten lägga upp ett nytt ärende i anledning av ansökan och avsluta ärendet med ett slutligt beslut. En begäran om säkerhetsåtgärd får, liksom i dag, begäras i särskild ordning hos tingsrätten av sökande borgenär. Även i ett sådant fall fattar tingsrätten ett slutligt beslut i ett särskilt ärende.

### 2.4 Bevaknings- och anmärkningsförfarandet

Dagens ordning enligt konkurslagen innebär att tingsrätten aktiveras, eller kan aktiveras, med mer avancerade prövningar i tre fall,

<sup>7</sup> Ds 2019:31 s. 190 f.

<sup>8</sup> Ds 2019:31 s. 186 f.

<sup>9</sup> Ds 2019:31 s. 201 f.

<sup>10</sup> Rätten för TSM att ta sådant initiativ (ansöka) föreslås slopad, se Ds 2019:31 s. 203.

nämligen prövningen av ansökan om konkurs, prövningar i den s.k. jävsprocessen (bevaknings- och anmärkningsförfarandet) och prövningar i samband med konkursens avslutande. Det först- och sistnämnda är obligatoriska inslag, dvs. inslag som förekommer i alla konkurser. I det stora flertalet fall är det dock frågan om mycket enkla prövningar. Som framgått ovan föreslås trots detta att prövningarna av konkursansökningar även i fortsättningen ska göras av tingsrätt. Som jag återkommer till nedan ska däremot de prövningar som ska göra i anslutning till avslutande av en konkurs, med ett smärre undantag, flyttas från tingsrätt till TSM.

Bevaknings- och anmärkningsförfarande förekommer inte i majoriteten av konkurser. När ett sådant förfarande ändå förekommer är tingsrättens åtgärder i de allra flesta fall av enbart formell natur. Det handlar om att fatta det formella beslutet om att ett bevakningsförfarande ska anordnas och att då bestämma bevaknings- och anmärkningsfrister samt sätta ut ett förlikningssammanträde och utfärda kungörelse. Det sammanträdet ställs regelmässigt in, dvs. eventuella anmärkningar förlikas utan att sammanträdet behöver hållas och utan att tingsrätten behöver träda i aktion. Om väl ett förlikningssammanträde måste genomföras avslutas det inte sällan med att en förlikning nås. I ett ytterst fåtal fall måste tingsrätten fortsätta med en förhandling för att avgöra frågorna genom ett beslut. En sådan fortsatt prövning kan i och för sig bli av samma omfattning och svårighetsgrad som i ett dispositivt tvistemål. Men den situationen uppstår mycket sällan. Helt i linje med det föreslås i promemorian att dessa bevakningstvister alltjämt prövas av rätten, medan hanteringen i övrigt sköts av förvaltaren och TSM.<sup>11</sup>

I de förberedande och utredande delarna av bevakningsförfarandet har tingsrätten i dag enbart formella uppgifter. Det är givet att det inte är nödvändigt med någon domstolsmedverkan i dessa delar. Vad gäller mycket av det som enligt gällande ordning ska ske i anslutning till förlikningssammanträdet kan det sägas innebära att rätten kan bli involverad i sakliga och rättsliga bedömningar.

<sup>11</sup> Ds 2019:31 s. 271 f. (jfr s. 237 f.)

I viss mån är det dock frågan om uppgifter som också åvilar förvaltaren; här finns alltså en viss dubbling. Enligt vad som uttalas i promemorian är det mest ändamålsenligt att renodla detta och låta förvaltaren ensam ha ansvaret för förlikningsprocessen.<sup>12</sup> Kvar hos tingsrätten blir, enligt förslagen i promemorian, endast att handlägga och avgöra bevakningstvister som inte har förlikts. Så som uttalas i promemorian är det en sådan uppgift som innefattar rättskipning och därmed utgör en typisk domstolsuppgift. I det fall prövning av en bevakningstvist aktualiseras ska förvaltaren till rätten överlämna tvisten till prövning. Ärendet anhängiggörs alltså på det sättet hos tingsrätten och ärende avslutas med ett slutligt beslut.

I denna del måste jag säga att förslagen är särskilt välgrundade och genomtänkta. Man har träffat helt rätt i vad som utgör rättskipning och måste ligga på domstol till skillnad från andra uppgifter som inte kräver domstols medverkan.

En fråga som här inställer sig är hur bevakningstvisten ska hanteras rent processuellt hos tingsrätten. I dag gäller att rättegångsbalkens bestämmelser rörande dispositiva tvistemål i princip är tillämpliga på en sådan process (16 kap. 2 § konkurslagen) i den mån konkurslagen inte innehåller någon särskild reglering. I praktiken betyder det att en någorlunda komplicerad bevakningstvist i allt väsentligt hanteras som ett dispositivt tvistemål (med huvudförhandling). Enligt bestämmelsen i 16 kap. 3 § konkurslagen består då tingsrätten av en eller tre domare. Enligt förslagen i promemorian (16 kap. 6 §) ska lagen (1996:242) om domstolsärenden (inte rättegångsbalken) tillämpas på en sådan tvist. Av 3 § den lagen följer att tingsrätten består av en domare alternativt – om det finns särskilda skäl – av tre domare.

I de allra flesta fall spelar det mindre, om ens någon, roll om tingsrätten består av en eller tre domare vid prövningen – och det spelar i de flesta fall inte heller någon roll om rättegångsbalken eller ärendelagen reglerar förfarandet. Men i de fåtal fall det uppkommer en fullt utvecklad bevakningstvist kan dessa frågor vara av intresse.

---

<sup>12</sup> Ds 2019:31 s. 269 f.

Ärendelagen reglerar förfarandet på ett enklare sätt än rättegångsbalken och är inte konstruerad för handläggningen och prövningen av mer avancerade tvister. Å andra sidan tillämpas rättegångsbalken subsidiärt även i de fall ärendelagen primärt är tillämplig. I praktiken kan frågan om rättegångsbalken eller ärendelagen ska tillämpas på förfarandet bli en ”icke-fråga”. Men de olika sätten (direkt eller indirekt tillämplighet) kan ge upphov till processuella svårigheter och oenigheter som försvårar och fördröjer processen. Det kan därför vara önskvärt med tydlighet i dessa avseenden.

Enligt min uppfattning är det angeläget med en ordning som innebär att det alltid är obligatoriskt med ensamdomare i alla konkursrättsliga ärenden. Jag är den förste att erkänna att bakom det ställningstagandet ligger mitt dagliga värv som domstolschef. Och utvecklingen går också mot ett utökat utrymme för ensamdomarbehörighet, senast manifesterat i lagändringen i 1 kap. 3 a § rättegångsbalken för några år sedan där det numera i tredje stycket föreskrivs att tingsrätten ska bestå *en* domare om det med hänsyn till målets omfattning och svårighetsgrad är tillräckligt.<sup>13</sup> Vid bedömningen av om det är tillräckligt ska parterna ges tillfälle att yttra sig, men det är tingsrätten som själv har bestämmandet i sin hand. Utvecklingen går sakta men säkert åt att en sådan sammansättning anses lämplig i allt fler fall. Det är vidare en fördel om det inte råder någon tvekan om att ärendelagen är att tillämpa i dessa fall. Även om just bevakningstvisterna kan vara nog så avancerade och komplicerade torde ärendelagen med dess flexibilitet (om med rättegångsbalken som subsidiärt tillämplig) uppfylla de krav som kan ställas på en förfarandeordning. Så som redovisas i promemorian finns det också andra exempel på att man ansett sig oförhindrad att låta ärendelagen vara tillämplig förfarandelag även i fall som rör kvalificerade rättsskipning.<sup>14</sup> Sammantaget måste det sägas vara en klok ordning att låta ärendelagen reglera förfarandet i konkursärenden.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Se prop. 2015/16:56.

<sup>14</sup> Se Ds 2019:31 s. 376 f.

<sup>15</sup> Se angående olika frågor om förfarandet i domstol, Ds 2019:31 s. 375 f.

## 2.5 Det s.k. hörandet

I 7 kap. 10 § första meningen konkurslagen föreskrivs att förvaltaren i viktigare frågor ska höra TSM (och särskilt berörda borgenärer), om det inte föreligger hinder mot det. Det är den s.k. ”hörandebestämmelsen”. Innebörden av detta hörande är omdiskuterat.<sup>16</sup> I det ligger att det finns en inbyggd spänning i det att förvaltaren ensam är fullt ut ansvarig för de åtgärder som vidtas, TSM ska utöva tillsyn över förvaltaren men samtidigt ska förvaltaren alltså i vissa fall ”höra” TSM. TSM ska dock inte ”godkänna” vad förvaltaren avser att företa sig och inte ikläda sig rollen som någon sorts ”medförvaltare”. Hörandebestämmelsen kom till bl.a. efter kritik från JO som ansåg att en tillsyn inte kunde fungera om TSM endast fick göra en efterhandskontroll. Av bl.a. de skälet kom hörandebestämmelsen i 7 kap. 10 § konkurslagen till. Ifrågavarande skäl måste sägas vara ytterst märkligt. Ett tillsynsorgan med befogenhet att utöva efterhandskontroll är väl det man först och främst tänker sig i sammanhanget.<sup>17</sup> Att tillsynsorganet också ska kunna ”lägga sig i” det man utöver tillsyn över måste sägas vara principiellt märkligt – även om sådan ordning givetvis är tänkbar. Problemet med hörandebestämmelsen är att innebörden anses vara att TSM inte ska ha en operativ roll samtidigt som TSM ska ha en sådan roll. Detta går inte att få ihop. Och förarbeten präglas också av vankelmodighet. I den nu aktuella promemorian kan denna vankelmodighet i någon mån sägs fullföljas i det att det först sägs att bestämmelsen anses vara ett ”viktigt inslag” i konkursförfarandet vilket sedan tonas ned i det att bestämmelsens existens inte sägs vara mer än ”berättigad” och ”får anses” vara till fördel i förfarandet.<sup>18</sup>

Konklusionen i promemorian måste dock sägas vara att höranderegeln utvidgas något.<sup>19</sup> I stället för att permanenta alla oklarheter som är förenade med hörandebestämmelsen, och dessutom lägga till

<sup>16</sup> Se Mellqvist/Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt, 12 uppl. 2016 s. 96 med är angivna hänvisningar till förarbeten och rättsfall.

<sup>17</sup> Jfr 2007 års insolvensutredning i SOU 2010:2 del 1 s. 209 f. och Ds 2019:31 s. 351. samt Konkurstillsynsutredningen i SOU 2000:62 s. 321 f. där förslag om ett helt annat upplägg förs fram innefattande såväl löpande kontroll som efterhandskontroll.

<sup>18</sup> Ds 2019:31 s. 352 f.

<sup>19</sup> Ds 2019:31 s. 354 f. och s. 509 f.



några tvetydigheter, borde det nu i stället vara ett gyllene tillfälle för lagstiftaren att upphäva den. Jag misstänker att ingen i så fall skulle sakna den.

## 2.6 Hanteringen av lönegarantifrågor

I promemorian framförs även vissa förslag rörande handläggningen av lönegarantiärenden. I dag har vi en ordning som innebär att frågor rörande lönegaranti i konkurs hanteras huvudsakligen av konkursförvaltaren.<sup>20</sup> Förvaltarens beslut om att en fordran ska betalas enligt lönegarantin kan inte överklagas. I stället får borgenären (löntagaren) eller TSM väcka talan vid tingsrätt om man är missnöjd med förvaltarens beslut. Ett sådant mål handläggs vid tingsrätt som ett vanligt tvistemål. I promemorian föreslås en förändring innebärande att förvaltarens beslut i en lönegarantifråga får överklagas till tingsrätten och att ärendelagen är tillämplig vid denna domstolsprövning.<sup>21</sup> Vid domstolsprövningen föreslås förvaltaren uppträda som motpart när enbart en löntagare har överklagat ett beslut. Om beslutet överklagas av TSM är det dock tämligen givet att TSM företräder staten med löntagaren som motpart. Det föreslås gälla även i de fall också löntagaren har överklagat.

Vad som föreslås i dessa delar kan sägas vara i harmoni med den övergripande strävan i promemorians förslag om att låta som mycket som möjligt av dagens domstolshantering ersättas av en hantering hos förvaltaren och/eller TSM.

## 2.7 Tillsyn och kontroll

Förvaltningen av konkursegendomen och driften av ett konkursbo ankommer, som bekant, på en konkursförvaltare. Kontrollen över denna förvaltning utövas i någon mån av tingsrätten i det att tingsrätten har vissa funktioner vid konkursens avslutande, bl.a. att bestämma förvaltarens arvode. Ytterligare en möjlighet till kontroll över förvaltningen erbjuder konkurslagen genom tillsättande av *granskningsman* (se 7 kap. 30 §). I praktiken utses dock nästan

<sup>20</sup> Även TSM och länsstyrelserna har funktioner i denna hantering, se Ds 2019:31 s. 405 f.

<sup>21</sup> Motsvarande föreslås beträffande en rekonstruktörs beslut om lönegaranti i ett förfarande enligt lagen om företagsrekonstruktion.

aldrig någon sådan. Inte minst det förhållandet att ersättningen till granskningsmannen inte utgör en konkurskostnad utan ska betalas av den borgenär för vars räkning granskningsmannen har utsetts bidrar till det. Enligt bestämmelser i 17 kap. konkurslagen kan också under vissa förutsättningar skadeståndstalan väckas mot en förvaltare.

Av vad som nu nämnts kan domstolens arvodesbestämmande sägas utgöra en möjlighet till korrektiv mot mer allvarliga felbedömningar eller påtaglig oskicklighet, medan skadeståndssanktionen kan sägas utgöra ett yttersta korrektiv mot förvaltare som hanterat sitt uppdrag vårdslöst eller på något ännu mer klandervärt sätt.

Men för den egentliga kontrollen och granskningen finns enligt bestämmelsen i 1 kap. 3 § konkurslagen alltså Tillsynsmyndigheten i konkurs (TSM). I 7 kap. 25 § anges sedan att Kronofogdemyndigheten är tillsynsmyndighet.

*TSM:s uppgift* anges i 7 kap. 27 § vara att övervaka att förvaltningen bedrivs på ett ändamålsenligt sätt i överensstämmelse med konkurslagen och andra författningar, vilket är en vag och allmänt hållen instruktion. Det sker i praktiken enbart genom granskning i efterhand. Någon egentlig befogenhet att påverka konkursförvaltningen har TSM inte. Det s.k. hörandet, reglerat i 7 kap. 10 § konkurslagen, saknar – som jag redan berört – större betydelse. Över huvud taget är TSM en osedvanligt maktlös kontrollinstans. Det måste dock framhållas att det är en svår uppgift att utöva tillsyn över konkursförvaltningen. I grund och botten beror det *för det första* på att konkurslagen inte ger några tydliga och klara besked om vad tillsynen ska syfta till. *För det andra* har TSM inga egentliga maktmedel eller funktionella verktyg att förfoga över. Och *för det tredje* saknas det en naturlig koppling mellan förvaltning/förvaltare och tillsyn/tillsynspersonal vilket gör att det ibland råder en ömsesidig brist på förtroende mellan den som ska granskas och den som ska granska. *För det fjärde* innebär TSM:s hemvist hos KFM att tillsynsuppgiften riskerar att få stå tillbaka för mer centrala uppgifter för KFM. Bland annat till följd av att konkursförvaltning-

en helt och hållet är en privat angelägenhet och tillsynen helt och hållet något som ankommer på en myndighet är det två sfärer med skilda perspektiv och kulturer med vattentäta skott emellan som ska mötas. Detta, tillsammans med den oklara regleringen, bäddar för en tillsyn av urvattnat och uddlöst slag. Konkursförvaltning är en så pass viktig beståndsdel i samhällslivet och berör ingående såväl näringsliv som offentlig sektor att den är förtjänt av en mer profilerad tillsyn med tillgång till skarpa vapen.

Förslagen i promemorian innebär samlat att den i konkursförfarandet operativt verksamme förvaltaren får en utvidgad roll. Att den aktör som redan i dag har det huvudsakliga operativa ansvaret tilldelas ytterligare uppgifter av operativt slag måste sägas vara naturligt. Förutom förvaltaren får TSM en viktigare och bredare roll i konkursförfarandet. Det innebär att TSM får en mer framträdande och skarpare konkursrättslig profil. I det ligger något av en utmaning.

Konkurstillsynsutredningen lade 2000 fram tämligen radikala förslag rörande en ny konkurstillsyn. Bland dessa ingick att TSM skulle omvandlas till en självständig myndighet (Konkurstillsynsmyndigheten) – utan koppling till KFM.<sup>22</sup> Att det nu inte är tillfälle att genomföra dessa förslag är tämligen givet. Men den utvidgade roll som föreslås beträffande TSM motiverar i vart fall ett frikopplande av TSM från KFM. Det ställningstagandet har inte att göra med att TSM:s hemvist hos KFM skulle kunna föra med sig olika jävsförhållanden; den risken, som tidigare under andra förhållanden har understrukits, torde numera vara försumbar. Det handlar i stället om att ge TSM en tydligare och mer fokuserad profil och en mera markerad status inom konkursområdet. På sikt skulle detta också kunna ha betydelse för rekrytering av kompetenta medarbetare, utveckling av verksamheten och en ”egen röst” i insolvensrättsliga sammanhang. KFM:s övriga verksamhetsområden (utsökning inklusive fastighetsförsäljning, summarisk process och skuldsanering)

<sup>22</sup> Se SOU 2000:62 del 1 s. 326 f. och s. 516 f.

har alla påtagliga beröringspunkter med varandra som inte går att finna med konkurstillsynen.

I promemorian slås det tämligen bestämt fast att det nu inte är aktuellt att frikoppla TSM från KFM.<sup>23</sup> Det sägs emellertid – aningen hoppfullt – att det kan ”finnas anledning att återkomma i frågan” när den förändrade rollfördelning som föreslås har genomförts. I sammanhanget finns det anledning att också beakta hur man väljer att införliva kravet i artikel 27.1 i EU:s rekonstruktionsdirektiv om att det för ett rekonstruktionsförfarande ska finnas ”tillsyns- och regleringsmekanismer.”<sup>24</sup>

I ett framåtsyftande perspektiv finns det starka skäl för att generellt lyfta fram betydelsen av insolvenshanteringen i samhället bl.a. genom att inrätta en egen, självständig, myndighet med ett uttalat tillsyns- och utvecklingsansvar på området. Nu närmast aktuella reformer kan sägas väl bädda för det.

## 2.8 Avslutandet av konkursförfarandet

En konkurs kan avslutas genom avskrivning, fastställande av utdelning, nedläggning (frivilligt ackord) eller fastställande av ett tvångsackord. Avskrivning är vanligast förekommande och nedläggning eller tvångsackord är ytterst ovanligt.<sup>25</sup> Alla dessa beslut fattas i dag av domstol. I linje med huvudtankarna i promemorians förslag och med vad som i övrigt föreslås är utgångspunkten här att domstolens roll ska ersättas av TSM och förvaltaren.

Det vanligaste sättet att avsluta en konkurs är att den avskrivs enligt bestämmelserna i 10 kap. 1 – 4 §§ konkurslagen. Beslut om det fattas i dag alltså av tingsrätten. I samband med det fastställer tingsrätten också, efter hörande av TSM, förvaltarens arvode och kostnadsersättning. I promemorian föreslås att tingsrättens nuva-

<sup>23</sup> Ds 2019:31 s. 345 f.

<sup>24</sup> EU:s direktiv av den 28 mars 2019 (2019/1023) om ramar för förebyggande omstrukturering, en andra chans och åtgärder för att göra förfaranden för omstrukturering, insolvens och skuldavskrivning effektivare. Se Dir 2019:60 och min artikel i förra numret av Ny Juridik.

<sup>25</sup> Nedläggning följer på ett frivilligt ackord som gäldenären träffat med sina borgenärer medan fastställande av ackord är sättet att avsluta en konkurs med ett tvångsackord. Under mina 14 år som lagman i Gotlands tingsrätt – med cirka 50 konkursärenden per år – har jag fattat beslut om nedläggning en enda gång.

rande uppgifter i detta avseende tas över av TSM.<sup>26</sup> TSM:s beslut ska kunna överklagas till tingsrätten.

Beslut om utdelning (och även efterutdelning) är i dag en tingsrättsuppgift. Förslaget i promemorian går ut på att uppgiften, med ett undantag, ska flyttas från tingsrätten till TSM. Överklagande av TSM:s beslut ska kunna ske till tingsrätten. Undantag föreslås gälla i de fall det framställs någon invändning mot utdelningsförslaget (vilket är sällsynt).<sup>27</sup> I sådana fall ska TSM göra ”det förberedande arbetet” men sedan med ett eget yttrande lämna över ärendet till tingsrätten för prövning. Om det inte riktas någon invändning mot utdelningsförslaget, men frågan om förvaltarens arvode är tvistigt (dvs. TSM anser att yrkat arvode ska sättas ned) är det inte skäl för ett överlämnade till tingsrätt. Det avgörande motivet med lösningen med ett överlämnade för tingsrättsprövning i fall av tvistiga utdelningsförslag sägs vara att det ”helt enkelt bör ses som en uppgift förbehållen domstolen”. Det måste sägas vara ett argument utan någon vidare tyngd och dessutom tämligen substanslöst. Även i dessa fall borde det vara fullt tillräckligt med överklagande för en få en domstolsprövning till stånd.

Beslut om nedläggning av konkurs som i dag fattas av tingsrättens föreslås flyttas över till TSM. Överklagande ska kunna ske till tingsrätten.<sup>28</sup>

Nedläggning av en konkurs sker alltså efter det att gäldenären nått en överenskommelse med samtliga sina borgenärer. Ackord i konkurs är däremot en form av tvångsackord, där en på visst sätt bestämd majoritet av borgenärer kan binda en minoritet (motsvarande ett offentligt ackord enligt lagen om företagsrekonstruktion). I dag ska konkursgäldenären ansöka om ett sådant ackord hos tingsrätten, som sedan under vissa förutsättningar kan fastställa ett ackord. Enligt förslagen i promemorian ska gäldenären i stället ge in sin ansökan till konkursförvaltaren som ska handha den inledande handläggningen, som ska inkludera en första bedömning om det

<sup>26</sup> Ds 2019:31 s. 28 1f.

<sup>27</sup> Ds 2019:31 s. 288 f.

<sup>28</sup> Ds 2019:31 s. 311 f.

kan anses finnas möjligheter att nå ett ackord.<sup>29</sup> Om förvaltaren anser det ska ackordet i ett senare skede – precis som för närvarande – fastställas av tingsrätten. Även i dessa fall föreslås emellertid att förvaltarens arvodesyrkande ska prövas av TSM.

I promemorian diskuteras i denna del om ackord i konkurs över huvud taget är ett förfarande ska som ska behållas i konkurslagen.<sup>30</sup> Ifrågasättande har fog för sig, inte minst mot bakgrund hur oerhört sällan förfarandet kommer till användning. Ett ackord i ett likvidationsinriktat förfarande som konkurs är också något av en anomali. Normalt ingår ju ett ackord i en rekonstruktion av den som bedriver en verksamhet, inte endast verksamheten som sådan. Och för det finns förfarandet enligt lagen om företagsrekonstruktion att tillgå. Med den svenska rådande uppdelningen i ett konkursförfarande och ett annat rekonstruktionsförfarande finns det inget som berättigar att ackordsförfarandet i konkurs behålls.

Förslagen i denna del kan sammanfattningsvis sägas ha mycket goda skäl för sig. För det första kan de bidra till att rationalisera och effektivisera konkursförfarandet. För det andra bidrar de till att domstolarna (tingsrätten) i ännu större utsträckning kan fokusera på sin huvuduppgift, dvs. att döma i brott- och tvistemål.

## 2.9 Insolvensdomstolar

”Det är inte aktuellt att ens överväga alternativet att inrätta specialdomstolar” för konkursärenden sägs det i promemorian.<sup>31</sup> Det är ett klart uttryck för att det saknas anledning att orda mer om det. Däremot är frågan om att koncentrera konkursärenden till endast vissa av landets 48 tingsrätter en öppen fråga. I promemorian föreslås att en sådan koncentration sker till en tingsrätt per län och att bestämmelser om det ges i en förordning.<sup>32</sup> Det skulle innebära att 21 tingsrätter (dvs, nästan hälften av landets tingsrätter) skulle bli konkursdomstolar. Enligt mitt sätt att se på saken är det en alldeles för dålig koncentration. Den är så pass dålig att det inte finns

<sup>29</sup> Ds 2019:31 s. 314 f.

<sup>30</sup> Ds 2019:31 s. 315 f.

<sup>31</sup> Ds 2019:31 s. 398.

<sup>32</sup> Ds 2019:31 s. 400.

någon anledning att genomföra ett sådant förslag. Om 48 eller 21 tingsrätter handlägger konkursärende kan gå på ett ut; såväl sett till intresset av att effektivisera konkursförfarandet som av att renodla domstolarnas uppgifter. En koncentration värd namnet vore i stället att koncentrera konkursärenden till en tingsrätt per hovrättsområde.<sup>33</sup> I ett sådant scenario vore det också kanske klokt att välja någon av de mindre tingsrätterna i respektive hovrättsområde. De större tingsrätterna har uppgifter att fullgöra konkurserna förutan. De mindre domstolar som blir konkursdomstolar kan ”på köpet” få en välkommen generell resurs- och kompetensförstärkning.

Men en mer angelägen reform – som inte heller kräver lagstiftarens insats – är att tings- och hovrätterna i större utsträckning organiserar sig så att tviste- och brottmål handläggs åtskilt (skilda avdelningar/rotlar/beredningsorganisationer). En sådan reform, som skulle öka effektiviteten och minska målens omloppstider kan vara genomförd i morgon. Den kräver inte heller några ökade resurser.

## 2.10 Sammanfattande synpunkter på förslagen i promemorian

Först som sist måste det slås fast att man i promemorian har lyckats med att samla ihop ett större antal frågor och behandlat dem i ett sammanhang. Man har också haft en styrande ledstjärna för förslagen, nämligen att rationalisera och effektivisera konkursförfarandet samtidigt som konkurslagens struktur och innehåll bibehålls. Det är alltså frågan om en ren formaliareform. Och som sådan ser jag den som välkommen. Promemorian utgör också ett mer än fullgott underlag för lagstiftning. I det fortsatta arbetet ser jag det som i allra högsta grad väsentligt att ”hålla ihop” förslagen i promemorian. Det är *inte* frågan om något smörgåsbord där man väljer att lägga vissa förslag på tallriken och rata andra. Förslagen måste ses som en samlad helhet. Misslyckas man med detta ”ihophållande” riskerar avsikterna att helt förfelas. Det hindrar givetvis inte att man i det fortsatta beredningsarbetet slipar till allehanda detaljer. Men de övergripande reformtankarna måste hållas intakta.

<sup>33</sup> Aningen radikalare vore att ”plocka bort” två hovrättsområden och koncentrera konkursärendena till 4 tingsrätter.

### 3. EU:S REKONSTRUKTIONSDIREKTIV

#### 3.1 Direktivets ändamål

Direktivet är, liksom i princip alla EU:s rättsakter, avsett att ”bidra till den inre marknadens goda funktion” med hyllandet av den fria rörligheten för kapital och etableringsfriheten (ingressmeningen 1). I den meningen anges vidare att direktivet syftar till 1) att säkerställa att livskraftiga företag och entreprenörer i ekonomiska svårigheter har tillgång till nationella förfaranden som ger dem möjlighet att genom rekonstruktion fortsätta driften av verksamheten, 2) ge överskuldssatta företagare möjlighet till skuldsanering och 3) att insolvensförfaranden överlag görs mer effektiva, särskilt med inriktning på skyndsamhet.<sup>34</sup> Jag kommer här inte alls beröra frågan om skuldsanering för företagare (artikel 1.1b och 20 – 24). Den frågan torde för övrigt i Sverige redan vara omhändertagen genom lagen (2016:676) om skuldsanering för företagare. I nu avsedda delar torde den lagen innebära att vi i Sverige i allt väsentligt redan har på plats vad direktivet kräver. Direktivets krav avseende rekonstruktionsförfaranden och effektiviteten i sådana kommer däremot att här beröras.

Jag tycker det finns anledning att redan här framhålla att det i ingressmeningen 2 slås fast – som jag ser det – två mycket viktiga principiella utgångspunkter. För *det första* talas det där om att rekonstruktion innebär att ett företags *verksamhet* ska räddas. Direktivet har med andra ord inte till ändamål att genom rekonstruktion rädda *företag*. Även om en rekonstruktion av en verksamhet många gånger innebär att även företaget räddas för framtiden är det, som jag ser det, viktigt att ha denna distinktion i åtanke.<sup>35</sup> Här uttalas att syftet med direktivet är att förhindra att livskraftiga företag (rätteligen borde det stå verksamheter, tycker jag) likvideras i onödan. Att det är verksamheter som avses kan man läsa ut av fortsättningen där det sägs att det som ska förhindras är förluster av arbetstillfäl-

<sup>34</sup> Angående en kort presentation av direktivet se Julia Durand i *Insolvensrättslig Tidskrift* 2019:3 s. 75.

<sup>35</sup> På den punkten är det alltså en principiellt avgörande skillnad mellan dessa delar av direktivet och de delar av direktivet som handlar om skuldsanering för företagare. Den senare delen har inget alls med räddat av någon verksamhet att göra, utan handlar enbart om företagaren som ska ges möjlighet till en ”andra chans”.



len, kunskaper och färdigheter. Och det ska, *för det andra*, ske med beaktande av att kunna *maximera värdet för borgenärerna*. Direktivet syftar i och för sig också till att gynna ett företags ägare och samhällsekonomin i stort. Men det jag särskilt fäster mig vid här är att det grundläggande syftet med ett insolvensförfarande, även när det är rekonstruktionsinriktat, först och främst är att gynna borgenärsintresset. Det intresset är överordnat alla andra intressen – och det förefaller man vid tillskapandet av direktivet ha haft klart för sig. Annorlunda uttryckt; en rekonstruktion kan vara ett *medel* för att undvika ”onödiga” förluster för främst borgenärer, men även andra (t.ex. ägare), men det är *inte ett mål* i sig. Helt i linje med det uttalas i ingressmeningen 3 att verksamheter som inte är livskraftiga och som saknar utsikter att överleva ska likvideras (bli föremål för konkurs) så snabbt som möjligt. Det sägs i anslutning till det att försök att rekonstruera sådana verksamheter riskerar att leda till ännu större förluster för borgenärer och för samhällsekonomin i stort. Det är med andra ord av oerhörd vikt att kunna ”välja ut” rätt verksamheter för rekonstruktion. Och för att kunna göra det krävs givetvis verksamma urvalskriterier. Och framför allt kan det antagligen inte göras tillräckligt effektivt om man inte har ett samordnat/integrerat insolvensförfarande. Det innebär – med ”svenska glasögon” – att en ordning med ett fristående konkursförfarande och ett fristående förfarande för rekonstruktion är ett effektivt hinder mot att uppnå syftet med rekonstruktionsdirektivet.

Jag tycker det finns anledning att lyfta fram det jag tagit upp ovan. Under årens lopp har det nämligen såväl i den svenska som internationella insolvensrättsliga debatten frekvent förekommit att likvidation (konkurs) och rekonstruktion ställs mot varandra på ett dikotomatiskt sätt. Det är fel. En utvecklad insolvensordning kräver att dessa två ”utvägar” tillhandahålls sida vid sida. Båda behövs. Sedan är jag den förste att hålla med om att det kan var nog så besvärligt att närmare reglera hur det två ”utvägarna” ska förhålla sig till varandra. Men alldeles oavsett hur det regleras är det alltså i bägge fallen borgenärsintresset som först och främst ska tillåtas vara

bestämmande. Även det i sig är ett starkt argument för ett samordnat insolvensförfarande.

En annan punkt som föranlett mycket diskussion, inte minst inför tillkomsten av lagen om företagsrekonstruktion, är hur ett rekonstruktionsförfarande ska vara konstruerat för att kunna tillhandahålla effektiva verktyg för *mindre* företag (verksamheter). I det perspektivet har åtminstone tre problem identifierats. *För det första* finns det i ett mindre företag ofta inte så många olika komponenter att "jobba med" för att kunna åstadkomma en rekonstruktion. *För det andra* är det lilla företaget ofta mycket nära förknippat med sin ägare. *För det tredje* kan ett litet företag ha svårt att bära rekonstruktionskostnaderna. Det nu aktuella direktivet berör den sistnämnda punkten. I ingresspunkten 17 talas om detta och där nämns "omfattande checklistor" och "verktyg för tidig varning" för att råda bot på det aktuella problemet. Ämnet är detsamma i ingresspunkterna 22 och 24. I själva direktivtexten återkommer detta i artikel 3 som alltså handlar om att företagare ska tillförsäkras tillgång till information och ha tillgång till verktyg som tidigt varnar dem för hotande insolvens. Det är kanske inte så svårt att förstå tankegångarna bakom innehållet i artikeln, men vad som sägs här är tämligen "fluffigt" och inget som duger till att bygga någon lagreglering på. Redan i dag finns det – i vart fall i Sverige – gott om omgivande aktörer (bokförare, redovisningskonsulter, inkassobyråer, Skatteverket, facket) som snabbt reagerar på uteblivna betalningar från ett företag. Kunder reagerar också vanligt snabbt på uteblivna leveranser m.m. Det saknas med andra ord inte signalister till ett företag som närmare sig det sluttande planet. Problemet är snarare att få mottagaren av dessa signaler (dvs. småföretagaren) att verkligen ta till sig signalerna och analysera dem på ett vettigt sätt. Och i det sammanhanget är det alltför vanligt att företagarens avsaknad av sjukdomsinsikt utgör ett "mentalt hinder" för att komma vidare. Vad gäller tillgången till relevant information om vad som erbjuds i form av rekonstruktion är det svårt att se att man kan lagstifta om det. Rimligen är det en

uppgift för branschföreningar, arbetsgivare- och arbetstagarorganisationer m.fl.

Hur som helst är ett av syftena bakom direktivet att rent allmänt kunna öka effektiviteten, snabbheten och tillgängligheten (för alla) av nationella rekonstruktionsförfaranden. Även om direktivet i dessa delar inte ställer några särskilt konkreta krav på den nationella lagstiftaren kan direktivet ändå tas som ett avstamp, för den som vill, att generellt vässa de förfaranden för insolvenshantering som tillhandahålls nationellt.

Jag ska här fortsätta med en koncentrerad redogörelse för direktivets innehåll avseende, som jag ser det, vissa nyckelfrågor. Det är frågor

- rörande insolvenshanteringsaktörer,
- om rekonstruktionsplanen,
- om finansieringstillskott och
- gäldenärens avtal och verkställighetshinder.

Innan jag under olika rubriker kommer in på dessa frågor ska jag emellertid kort redogöra för direktivets tillämpningsområde och frågor som ansluter till det.

### 3.2 Direktivets tillämpningsområde m.m.

Direktivet avser gäldenärer i ”*ekonomiska svårigheter*” (artikel 1a) och kriteriet för att bestämmelserna i direktivet ska bli tillämpliga är att det hos en viss gäldenär ”*råder sannolikhet för insolvens*” (artikel 4.1). De gäldenärer som kan komma i fråga är juridiska personer (dock inte finansföretag eller offentliga organ) och fysiker som är företagare. Fysiker som inte är företagare får, men måste inte, omfattas av direktivets bestämmelser. Det är i sin ordning att från tillämpningsområdet undanta ”*dömda ekobrottslingar*” (artikel 4.2) och man kan också begränsa antalet gånger man kan bli föremål för ett förfarande som omfattas av direktivet (artikel 4.4).

Hur man ska utforma tröskeln till ingången till ett insolvensförfarande är något som ofta är föremål för diskussion, inte minst om

förfarandet är förenat med olika slag av lättnader eller skydd för gäldenären. Å ena sidan vill man att ett rekonstruktionsförfarande ska kunna igångsättas på ett så tidigt stadium som möjligt. Å den andra sidan vill man inte att oseriösa företagare – utan allvarligt menade avsikter att rekonstruera verksamheten – ska komma i åtnjutande av de skyddsregler som förfarandet kan vara förknippat med. För att tillgodose intresset av att kunna komma ingång med en rekonstruktion så tidigt som möjligt borde förfarandet vara tillgängligt för ett företag som vill bli föremål för förfarandet utan att man ställer upp några särskilda krav på arten eller graden av de ekonomiska svårigheterna. Och mycket talar för att man kunde låta sig nöjas med det. Det är antagligen rätt så långsökt att någon skulle vilja bli föremål för ett rekonstruktionsförfarande om det inte finns ett reellt behov av det. Det torde inte finnas någon större anledning att vara rädd för oseriösa företagare som bara är ute efter att få visst skydd. Det skulle alltså inte behöva ställas upp något krav på insolvens, illikviditet, insufficiens eller något annat särskilt ekonomiskt tillstånd. I stället skulle alla som vill bli föremål för företagsrekonstruktion kunna bli det.<sup>36</sup> Men så är det inte i de flesta rättsordningar – och inte heller enligt direktivet.

Direktivets krav på att det *råder sannolikhet för insolvens* är ett lägre krav än t.ex. konkurslagens krav på visad insolvens. I 1 kap 1 § FrekL talas det om att lagen är tillämplig på ett företag som har ”*betalningssvårigheter*”. Det är en allmänt hållen beskrivning som inte duger till att skilja det ena företaget från det andra – och det är inte heller avsikten. Det avgörande kriteriet återfinns i stället i 2 kap. 6 § FrekL i det att det där föreskrivs att en förutsättning för att inleda förfarandet är att *det kan antas att gäldenären inte kan betala sina förfallna skulder eller att sådan oförmåga inträder inom kort*. Det är alltså frågan om illikviditet eller risk för snar sådan.<sup>37</sup> Den regleringen

<sup>36</sup> Jfr prop. 1995/96:5 s. 61, 63 och 72 f. där det sägs att graden av betalningsoförmåga är av underordnat intresse jämfört med bedömningarna av viljan och utsikterna att nå en lyckosam rekonstruktion när en ansökan om rekonstruktion prövas

<sup>37</sup> Se Trygve Hellners/Mikael Mellqvist, Lagen om företagsrekonstruktion – En kommentar, 2 uppl. Stockholm 2013, s. 62 f.

uppfyller i praktiken direktivets krav.<sup>38</sup> Vad som avses med insolvens bestäms för övrigt av nationell rätt; direktivet har inget att säga i den frågan. Detsamma gäller för det sannolikhetskriterium som här presenteras (artikel 2.2). Vad som anses vara sannolikt i en medlemsstat behöver inte vara det i en annan.

Det är med andra ord inte särskilt svårt att konstatera att den gällande regleringen i lagen om företagsrekonstruktion i nu avsett avseende tillgodoser direktivets krav. I svensk rätt finns det alltså i och för sig ett sådant förfarande som avses med direktivet.

Det ekonomiska ingångskriterat i såväl lagen om företagsrekonstruktion som i direktivet måste sägas innebära att tröskeln är låg. Ett någorlunda väl underbyggt påstående från en sökande gäldenär är i normalfallet tillräckligt. Det kriterium som i lagen om företagsrekonstruktion i realiteten är bättre ägnat att skilja agnarna från vetet är det som anges i 2 kap. 6 § andra stycket FrekL, dvs. att det måste finnas *skälig anledning att anta att syftet med en företagsrekonstruktion kan uppnås*. Motsvarigheten till detta kriterium i direktivet är en medlemsstat får använda ett ”test avseende livskraft” (artikel 4.3 och 2.6). Uttrycket är aningen kryptiskt men avsikten är klar. ”Testet” man får använda sig av syftar till att utesluta gäldenärer som saknar utsikter till att genom rekonstruktion bibehålla eller uppnå förnyad livskraft och/eller vill använda förfarandet i ett borgenärs-skadligt syfte (äventyra gäldenärsföretagets tillgångar). Direktivet har inget att säga om en närmare utformningen av ett sådant ”test”. Bestämmelsen i 2 kap. 6 § andra stycket FrekL torde utan vidare uppfylla de krav som kan ställas på ”testet”. Men här ställs ju den nationella lagstiftaren inte inför något problem då direktivet inte kräver att något ”test” används. Det som möjligen skulle kunna vara önskvärt (alldeles bortsett från direktivet) är att man i lagen om företagsrekonstruktion skärper kraven på prognosen för en framgångsrik rekonstruktion. Jag säger ”möjligen” eftersom för höga krav

<sup>38</sup> Rent teoretiskt kan dock någon vara insolvent utan att samtidigt vara illikvid, jfr prop. 1995/96:5 s. 180. En sådan insolvenssituation torde dock regelmässigt innebära att kravet på risk för illikviditet är uppfyllt.

i det avseendet kan vara kontraproduktivt om man menar allvar med att kunna inleda ett rekonstruktionsförfarande på ett tidigt stadium.

Den verkliga vattendelaren i nu diskuterat avseende är emellertid, som redan sagts, inte utformningen av en särskild kvalifikation av de ”ekonomiska svårigheterna” och inte heller kraven på en prognos. Den verkliga vattendelaren är i stället – om vi håller oss till gällande svensk rätt – hur förhållandet mellan konkurslagen och lagen om företagsrekonstruktion är konstruerat, vilket jag redan berört. Den regleringen återfinns i 2 kap. 10 a § KonkL. Pågående företagsrekonstruktion utgör konkurshinder, om det inte finns särskilda skäl att anta att borgenärens (konkurssökandens) rätt allvarligt äventyras. Omvänt utgör ett pågående konkursförfarande hinder mot att inleda ett förfarande enligt lagen om företagsrekonstruktion. Av 2 kap. 9 § andra stycket 3 FrekL följer att en borgenärs ansökan om företagsrekonstruktion förfaller om gäldenärens försätts i konkurs. Det sagda innebär att det först påbörjade ärendet (konkurs eller företagsrekonstruktion) har företräde. Om gäldenären själv är konkurssökande har dock (givetvis) konkursen företräde. Gäldenären disponerar i alla situationer över förfarandet enligt lagen om företagsrekonstruktion i det att ett sådant förfarande aldrig kan inledas eller fortsättas mot gäldenärens vilja.<sup>39</sup> Direktivet har emellertid inget att säga om denna ”konkurrens” mellan konkurs och företagsrekonstruktion, vilket på ett principiellt plan måste sägas vara en rejäl brist.

Det senast sagda innebär att vi i Sverige inte får någon ”draghjälp” av direktivet i den större frågan om hur förfarandena enligt konkurslagen och företagsrekonstruktion ska förhålla sig till varandra. I en framåtsyftande nationell insolvensreglering är detta, som jag ser det, en nyckelfråga. Om denna nyckelfråga inte ges någon lösning kommer lagen om företagsrekonstruktion även i reformerat skick (i enlighet med direktivet) också i fortsättningen få leva en undan-

<sup>39</sup> I artikel 4.8 i direktivet öppnas en möjlighet för medlemsstaterna att bestämma att kravet på gäldenärens medgivande begränsas till att enbart gälla för småföretag (”mikroföretag eller små och medelstora företag”). Direktivet tillåter alltså – men kräver inte – att man beträffande riktigt stora företag kan inleda och genomföra ett rekonstruktionsförfarande även mot gäldenärsföretagets vilja.

skymd tillvaro i den insolvensrättsliga vardagen och inte komma till praktisk användning i någon nämnbar omfattning.

Avslutningsvis kan följande nämnas. Direktivet tillåter att man från tillämpningsområdet får undanta vissa fordringar (artikel 1.5), nämligen lönekrav, underhållskrav och skadeståndsfordringar (utomobligatoriskt ansvar); något som inte torde vara av intresse för den svenska lagstiftaren. Detsamma gäller för möjligheten att undanta andra än juridiska personer (artikel 1.4). Uttryckligen anges också i direktivet – på samma sätt som i lagen om företagsrekonstruktion – att banker och försäkringsbolag (i egenskap av gäldenär) inte omfattas av direktivet (artikel 1.2, se också artikel 1.3). Direktivet öppnar också en möjlighet att låta ”icke-näringsidkare” omfattas av bestämmelserna (artikel 1.4). Denna möjlighet torde inte vara aktuell att utnyttja för svenskt vidkommande.

Sammanfattningsvis kräver alltså direktivet inte att det i Sverige inrättas något helt nytt insolvensförfarande. Den nu gällande lagen om företagsrekonstruktion tillhandahåller den nödvändiga legislativa infrastrukturen vad gäller ingångskriterierna för inledandet av förfarandet.

Hur förfarandet närmare bestämt ska vara utformat är upp till varje medlemsstat att bestämma (artikel 4.5-8). Direktivet ställer emellertid i några fall upp innehållsmässiga krav. Det ska behandlas i det följande.

### 3.3 Vilka är aktörerna enligt direktivet?

Insolvensrättsliga aktörer är givetvis gäldenären som är föremål för konkurs eller rekonstruktion och dennes samtliga borgenärer. Själva idén med ett förfarande såväl enligt konkurslagen som lagen om företagsrekonstruktion är de ska vara generella i bemärkelsen att gäldenärens samtliga tillgångar ska involveras och att samtliga borgenärer ska delta. En nyckelaktör är vidare konkursförvaltaren i en konkurs och rekonstruktören i en företagsrekonstruktion. I konkursförfarandet finns det också en tillsynsmyndighet (TSM). Slutligen är domstolen (tingsrätten i första instans) en aktör i förfarandena enligt såväl konkurslagen som lagen om företagsrekonstruktion. Ytterliga-

re en aktör bör nämnas, nämligen ett företags ägare när företaget är en juridisk person, dvs. en mycket vanligt förekommande situation. Aktie- eller andelsägarna i ett aktiebolag eller t.ex. ett handelsbolag är i konkurslagen och lagen om företagsrekonstruktion anonyma. De har sin egenskap av ägare ingen uttalad roll att spela i något av dessa insolvensförfaranden. Slutligen kan man nog säga att samhället som sådant är en, förvisso något diffus, bakgrundsaktör i ett insolvensförfarande. Och det gäller såväl den ”kommersiella delen” som den mer ”socialt betonade delen” av samhället. Få förnekar och väldigt många framhåller betydelsen av en effektiv och rättssäker insolvenshantering inom en jurisdiktion för viljan hos kommersiella aktörer att investera och etablera sig inom jurisdiktionen (jfr t.ex. ingresspunkten 7). En rättsordnings insolvensrättsliga infrastruktur anses vidare allmänt vara av avgörande betydelse för kreditförsörjning och kredithantering (jfr t.ex. ingresspunkten 8). Men även i övrigt (socialt) anses insolvensrättens utformning ha betydelse för känslan av ordning, säkerhet, rättvisa och trygghet i ett samhälle. Insolvensrätten har givetvis inte något ”monopol” på att vara av denna stora samhälleliga betydelse, men det är svårt att förneka att insolvensrättsliga regleringar på flera sätt går på djupet för frågor om hur ett samhälle är beskaffat och hur väl det fungerar.

Frågan är vilka aktörer som har beaktats i direktivet och vilket synsätt som anammats beträffande olika aktörer. Gäldenären finns givetvis med och berörs ur skilda aspekter. Det gäller även borgenärerna, varvid löneborgenär berörs särskilt (artikel 1.5 a, 2.1.2, 3.3, 3.5, 4.8, 6, 8, 9, 11, 13, 14, 18.4 c och ingresspunkterna 2, 3, 7-10, 15-17, 31-56, 60-69). Beträffande gäldenären förekommer särskilt företagsledare (artikel 3.2 c, 19 och ingresspunkterna 70 och 71) och ägare (artikel 2.2.2, 2.1.3, 2.1.9, 9, 11, 12, 14 och ingresspunkterna 2, 57, 58 och 59). Förvaltare/rekonstruktör är också (givetvis) en förekommande figur i direktivet (se artikel 2.1.12, 5.2, 5.3, 8, 9, 26, 27 och ingresspunkterna 24, 30, 31, 69, 85, 87, 88, 89, 90, 91).

Som intressant kan noteras att direktivet inte i något avseende kräver domstols medverkan. I stället talas det om ”rättsliga och ad-



ministrativa myndigheter”. Vad som avses med det är överraskande nog inte definierat. EU-rättsliga instrument brukar ju annars innehålla definitioner även av självklarheter, men någon definition av vad som avses med ”rättsliga och administrativa myndigheter” finns inte i direktivet (se listan med definitioner i artikel 2). Inte heller i någon av direktivets ingresspunkter ges någon sådan definition. Översatt till svenska förhållanden innebär det t.ex. att domstols medverkan inte i något avseende är ett krav i direktivet. Min uppfattning är dock att det finns andra bestämmelser – på såväl EU-nivå som nationell nivå – som kräver att domstol medverkar i dessa fall och det dessutom tämligen påtagligt. Det skulle dock kunna var möjligt att i Sverige t.ex. inrätta en ”insolvensmyndighet” som handlägger alla insolvensrättsliga förfaranden. Avgöranden av en sådan myndighet måste i så fall vara överklagbara till en domstol.<sup>40</sup> Men jag kommer fortsättningsvis att utgå från att den svenska lagstiftaren gör bedömningen att det med ”en rättslig eller administrativ myndighet” avses domstol, och att den domstolen i första instans är tingsrätt (se artikel 4.6, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 18, 25, 26, 28 och ingresspunkterna 32, 35, 36, 48, 49, 50, 53, 57, 63, 65, 68, 69, 85, 86, 90, 91). I direktivet förutsätts också att det finns en kontrollmyndighet (artikel 27, 29 och ingresspunkterna 85, 86, 89, 90, 91).

I det följande ska jag syna hur man i direktivet beskriver olika aktörer och vilka roller man tillskriver respektive aktör samt vilka befogenheter dessa ges. Synandet kommer att göras med svenska ”glasögon”.

<sup>40</sup> I artikel 16 talas det också om ”en högre rättslig myndighet” som ska pröva överklaganden av beslut fattade av ”en rättslig myndighet”. Men inte heller ”en högre rättslig myndighet” är definierat i direktivet och behöver enligt direktivet alltså inte vara en domstol. Påpekas kan också att direktivet inte ålägger medlemsstaterna att tillse att beslut i insolvensärenden är överklagbara. Artikel 16 anger inte annat än att *om* vissa beslut är överklagbara enligt nationell rätt så ska överprövningen ske av en ”högre” instans. Vad som nu angetts är tämligen självklart inte minst i skenet av grundläggande regelverk om mänskliga rättigheter inte ser det som en mänsklig rättighet att tillgång till möjligheter att över huvud taget överklaga en *domstols* avgöranden.

### 3.4 Rekonstruktionsgäldenären som sådan

Gäldenären måste givetvis betecknas som en centralgestalt i vilket insolvensförfarande som helst, men kanske särskilt i ett förfarande som är rekonstruktionsinriktat.

Som redan har nämnts syftar direktivet till att det i den nationella rättsordningen ska finnas effektiva verktyg för att tidigt kunna rekonstruera gäldenärens verksamhet. Vad som avses med rekonstruktion är faktiskt definierat i artikel 2.1.1 (jfr ingresspunkten 29 där det talas om behovet av ”flexibla förfaranden”). Där anges följande.<sup>41</sup>

- Det handlar om att rekonstruera en *verksamhet*.
- Det kan vara frågan om att *förändra strukturen på gäldenärens tillgångar*.
- Det kan vara frågor om förändringar avseende *finansieringen* av verksamheten och *kapitalstrukturen* i den.
- Det kan vara frågan om att *hantera skulderna*.
- Det kan vara frågan om att *realisera* delar av verksamheten/ tillgångarna.
- Det kan vara frågan om att *överlåta hela verksamheten*.
- Det kan vara frågan om *operativa åtgärder* av egentligen vilket slag som helst.

Det innebär alltså, vilket jag redan har betonat, att det är en verksamhet som ska rekonstrueras, inte en verksamhetsutövare (företagare). Och för att åstadkomma en rekonstruktion ska alla tänkbara verktyg få användas och alla tänkbara åtgärder få vidtas. Men i allt detta är verksamhetsutövaren (rekonstruktionsgäldenären) en centralgestalt – och det på flera olika sätt. Till att börja med kan man, tycker jag, tillåta sig att differentiera gäldenären. I formellt hänseende är gäldenären vanligen en juridisk person (t.ex. ett aktiebolag). Det är då inte någon svårighet att identifiera vem som är gäldenär. Men bakom denna formella fasad finns ägare, företagsledning och

<sup>41</sup> Observera att uppräkningsgenomgående anger vad som *kan* avses, inte något om vad som *måste* avses.

anställda. Särskilt vid en rekonstruktion är alla dessa ”gäldenärskategorier” (som också kan vara borgenärer) av intresse och betydelse, vilket också återspeglas i direktivet.

Självfallet står gäldenären som sådan i centrum i ett rekonstruktionsförfarande. Det gäller även om förfarandet – som jag hävdar – först och främst syftar till att förnöja borgenärerna. Men det är ju en rekonstruktion av gäldenärens verksamhet som är medlet som ska tillgodose detta syfte. Rekonstruktionsgäldenären är alltså här huvudrollsinnehavaren. Vem som företräder gäldenärens regleras inte i någon särskild ordning i direktivet. Är gäldenären t.ex. ett aktiebolag får svaret på sådana frågor först och främst sökas i aktiebolagslagen. I artikel 5 föreskrivs att gäldenären, helt eller delvis, ska vara bibehållen sin rådighet (”kontrollen över sina tillgångar och den dagliga driften av verksamheten”). Det är också det som gäller t.ex. enligt lagen om företagsrekonstruktion; där finns inga *formella* inskränkningar av gäldenärens rådighet. I realiteten förhåller det sig helt annorlunda. En rekonstruktionsgäldenär enligt lagen om företagsrekonstruktion är, som bekant, rejält bakbunden av rekonstruktören. Och en sådan ordning är förutsedd även i direktivet. Det är emellertid enligt direktivet inte obligatoriskt att utse en rekonstruktör (som i direktivet benämns förvaltare och definieras i artikel 2.12). En sådan ska som huvudregel kunna utses ”vid behov” i det enskilda fallet (artikel 5.2). Under vissa omständigheter får det dock vara obligatoriskt att utse en rekonstruktör för att bistå gäldenären (artikel 5.3). Det *får* alltså nationellt göras obligatoriskt i vissa fall att utse en rekonstruktör. Direktivet kräver dock inte i något fall att en sådan utses. Men om det nationellt utses en sådan kan denne ges omfattande befogenheter; direktivet föreskriver inte några begränsningar. Uppräkningen i artikel 5.3 kan inte ses som annat än någon form av rekommendation när det kan vara bra att ha en rekonstruktör.

Kontentan av denna reglering är alltså att det är upp till varje medlemsstat att lagstifta om en rekonstruktörs deltagande och också varje medlemsstats ensak vilka befogenheter en rekonstruktör ges.

En yttersta gräns finns det emellertid; ett rekonstruktionsförfarande får inte vara förenat med en *total* rådighetsförlust för gäldenären (se artikel 2.12 c där det anges att rekonstruktören får utöva *viss* – alltså inte *total* – kontroll över gäldenärens tillgångar och verksamhet). Men som sagt; i praktiken tillåter direktivet att en rekonstruktör alltid utses och att denne ges så omfattande befogenheter att gäldenärens bibehållande av sin rådighet framstår som en ren formsak. En rekonstruktör (förvaltare) är alltså en nyckelfigur, vilket jag återkommer till.

### 3.5 Företagsledaren

Som redan nämnts innehåller direktivet vissa bestämmelser om ”tidig varning” (artikel 3) som kan sägas ha bäring på att först och främst tidigt kunna upptäcka insolvensrisker i en verksamhet. I fokus för detta står givetvis först och främst företagsledningen och i andra hand ägarna (vilket i småföretag ofta är en och samma personkrets). Annars synes andemeningen i direktivet vara att det ska finnas instrument för omgivningen att signalera till ett företag att det befinner sig på det sluttande planet. Hur det närmare bestämt ska kunna regleras uttrycks väl inte helt klart i direktivet. Och frågan är om det verkligen är en uppgift för lagstiftaren. Vad som däremot kan vara en lagstiftaruppgift i detta sammanhang är det som i direktivet sägs om en företagsledares skyldigheter (artikel 19). Enligt den artikeln åligger det en företagsledare när det föreligger sannolikhet för insolvens att

1. ta vederbörlig hänsyn till borgenärsintressen,
2. vidta åtgärder för att undvika insolvens och
3. undvika uppsåtligt eller grovt oaktsamt handlande som hotar företagets livskraft.

Ändamålet och andemeningen är här klar. Ett företags ledning ska inte kunna sitta med armarna i kors och strunta i att vidta effektiva åtgärder på ett tidigt stadium när deras verksamhet börjar att gnissla. Det är lika klart att det kan vara mycket svårt att reglera detta på ett ändamålsenligt och rättssäkert sätt i en rekonstruktionslagstiftning.

Hur ska kriteriet ”sannolikhet för insolvens” bestämmas? Direktivet är inte särskilt hjälpsamt i den frågan. Det hänvisas i stället till nationell rätt att bestämma detta (artikel 2.2 b). Vad menas med att ”vederbörlig” hänsyn ska tas i dessa situationer? Vilka ”åtgärder” ska vidtas? Vad menas med att vissa ageranden ska ”undvikas”? Frågorna hopar sig. Gällande svensk rätt vad gäller detta är ju rent generellt att det inte finns någon skyldighet att vid en bestämd tidpunkt (vid ett bestämt tillstånd) vidta åtgärder för att inleda ett konkurs- eller rekonstruktionsförfarande. Aktiebolagslagen innehåller i och för sig vissa bestämmelser som syftar till att företagsledningen ska agera på visst sätt när det egna kapitalet har minskat till en viss kritisk nivå. I övrigt är vissa åtgärder kriminaliserade i brottsbalken m.m. Men något regelverk specifikt inriktat på att vidta insolvensrättsligt betonade åtgärder finns inte. För den svenska lagstiftaren finns det anledning att noggrant överväga om direktivet i denna del faktiskt inte kräver att något görs; nuvarande reglering i 11 kap. brottsbalken kanske inte till fullo svarar mot dessa krav i direktivet. Sådana överväganden vore än mer befogade med tanke på direktivets inriktning mot att en företagares skyldighet att verka för en tidig insolvensbehandling är uppställt i *andras* intressen.

### 3.6 Ägarna

Normalt sett är ett företags (aktiebolags) ägare tämligen anonyma inom ramen för ett insolvensförfarande. På ett sätt är det fullt naturligt i det att ett insolvensförfarande syftar till att skydda borgenärernas intressen. Ägarna får alltså stå tillbaka i förhållande till dessa. I ett likvidationsinriktat förfarande (konkurs) är det också givet att ”borgenärerna ska få så mycket som möjligt och ägarna så lite som möjligt”.<sup>42</sup> Även om själva grundtanken är densamma också med ett rekonstruktionsförfarande blir förhållandet mellan ägare (eget kapital) och borgenärerna (främmande kapital) på ett såväl principiellt som praktiskt plan mer komplicerat i ett sådant förfarande.

<sup>42</sup> I ekonomiska termer har ju ägarna stått för riskkapitalet (det egna kapitalet). Det hörs om inte annat på den benämningen att det kapitalet kommer efter omsorgen om borgenärerna som ju har tillhandahållit ett *främmande* kapital.

I direktivet synliggörs ägaren – benämnd *andelsinnehavare* – och definieras som ”en person som har ett ägarintresse i en gäldenär eller en gäldenärs verksamhet, inbegripet en aktieägare, i den mån denne person inte är en borgenär” (artikel 2.3). En andelsinnehavare är också i direktivet en s.k. *berörd part* (artikel 2.1.2.) och tillförsäkras i den egenskapen vissa befogenheter (rättigheter) men också skyldigheter enligt direktivet, framför allt i de delar som rör rekonstruktionsplanen (se vidare nedan). Man kan möjligen fråga sig vad som avses med att en andelsinnehavare definitionsmässigt inte samtidigt kan vara en borgenär.<sup>43</sup> Den frågan synes dock främst vara av akademisk karaktär och sakna någon större praktisk betydelse. Det som här är intressant att notera är just att ägaren synliggörs som en aktör i ett rekonstruktionsförfarande.

### 3.7 Löneborgenärerna

En kategori av borgenär som uppmärksammas särskilt i direktivet är löneborgenären (arbetstagaren). Även löneborgenären är en ”berörd part” enligt direktivet (artikel 2.1.2). I direktivet förekommer sedan bestämmelser som syftar till att löneborgenärernas särskilda intressen ska tillvaratas på olika sätt. Bland annat ingår löneborgenärerna uttryckligen i den krets som ska tillförsäkras relevant information om tillgängliga verktyg för att kunna agera i de fall ett företag står inför en befarad insolvenssituation (artikel 3.3). Det är också enligt direktivet tillåtet (artikel 3.5) att lämna stöd till fackliga organisationer i sådana fall. I artikel 13 föreskrivs generellt – med viss exemplifiering – att arbetstagarnas ”individuella och kollektiva rättigheter” enligt gällande arbetsrätt (såväl nationell sådan som EU-rätt) inte påverkas av ett rekonstruktionsförfarande. Denna generella reglering kan väl sägas vara av det ”pliktskyldiga” slaget och inte innefatta något av egentlig substans. Det är ju alldeles givet att löneborgenärer, liksom andra borgenärer, i allra högsta grad berörs av ett insolvensförfarande. En annan sak är vissa fackliga och avtalsrättsliga rättigheter inte

<sup>43</sup> Ett aktiebolag kan ju t.ex. vara aktieägare i annat aktiebolag och samtidigt göra affärer med det senare och därigenom vara borgenär. På ett övergripande plan kan man se alla aktieägare som borgenärer i förhållande till det aktiebolag de äger aktier i (t.ex. i frågan om rätt till utdelning).

utan vidare kan sättas åt sidan, dvs. att arbetsrätten ska respekteras – och det ska den givetvis (se också ingresspunkterna 60 – 62). Hur som helst kräver detta i Sverige knappast några särskilda åtgärder vid ett införlivande av direktivet.

### 3.8 Förvaltare/rekonstruktör

Som redan nämnts är den principiella utgångspunkten i direktivet att rekonstruktionsgäldenären behåller sin rådighet ("debtor in possession"). Men i praktiken förutsätter direktivet att det utses en förvaltare (rekonstruktör) och att denne också ges ett omfattande mandat. I artikel 2.1.12 definieras en förvaltare som en person eller ett organ utsedd av en myndighet för att först och främst

- a) bistå i arbetet med att utarbeta en rekonstruktionsplan,
- b) övervaka gäldenärens verksamhet under rekonstruktionsarbetet och
- c) utöva kontroll över gäldenärens tillgångar och verksamhet.

I det stora hela överensstämmer det med vad en rekonstruktör har att utföra enligt lagen om företagsrekonstruktion. En skillnad är att direktivet alltså tillåter att ett "organ", dvs. en juridisk person, kan anförtros uppdraget. Som redan nämnts är det enligt direktivet aldrig obligatoriskt att utse en förvaltare (rekonstruktör), men nationellt får det bestämmas att en sådan kan utses i vissa fall (artikel 5). Direktivet öppnar också för möjligheter att bestämma uppdraget på olika sätt som är anpassat till behoven i det enskilda fallet.

Bortsett från det nyss sagda kan man utgå från att det i ett rekonstruktionsförfarande – i vart fall enligt svensk rätt – alltid förekommer en rekonstruktör, att det alltid är en fysisk person som utses till uppdraget och att det inte är möjligt att beskriva uppdraget med olika variationer. Och det uppdraget är i huvudsak knutet till rekonstruktionsplanen och till den anslutande frågor (se vidare nedan). I övrigt föreskriver direktivet i artikel 26.1 följande.

- En rekonstruktör ska ha lämplig utbildning och sakkunskap.
- Behörighetskraven för en rekonstruktör ska vara tydliga, förutsebara och objektivt formulerade ("rättvisa").

- Det ska i det enskilda fallet tas hänsyn så att rekonstruktörens kompetens ”matchar” det aktuella rekonstruktionsärendet.
- Gälldenären och borgenärerna ska ha möjlighet att påverka vem som anförtros och behåller uppdrag som rekonstruktör.

Artikel 26 (jfr artikel 25 som rör kompetensen hos befattningshavare vid domstol) är i direktivet placerad i den avdelning som handlar om att rekonstruktionsförfaranden ska vara effektiva. I det ligger, enligt direktivets synsätt, att det är av vikt att de professionella aktörerna i ett insolvensförfarande besitter nödvändig kompetens och ges möjlighet till fortbildning m.m. I artikel 26.2 åläggs EU-kommissionen också att verka för internationellt erfarenhetsutbyte m.m. Det handlar alltså om värnandet av en viss kvalitet i insolvenshanteringen. I Sverige skyfflas dock den frågan ofta bort till ett undanskymt hörn och den får där bubbla under ytan. I lagen om företagsrekonstruktion (2 kap. 11 §) regleras frågan om en rekonstruktörs kvalifikationer i endast allmänna ordalag. Han eller hon ska ha ”särskild insikt och erfarenhet” och vara ”lämplig” sägs det. Detta finns sedan utvecklat i olika förarbeten.<sup>44</sup> Men inte heller där ges alla gånger preciserade och konkreta svar på vilka kvalifikationer som egentligen avses. Detsamma gäller det som sägs i ingresspunkterna 87 och 88 i direktivet. Vad som uttrycks där innebär att man kan tänka sig i stort sett vilka kvalifikationskrav och mekanismer som helst för utseendet av en rekonstruktör (”allt är tillåtet och inget är förbjudet”). Konklusionen av allt detta kan inte bli någon annan än att det är den nationella lagstiftaren som har att efter eget gottfinnande reglera frågan – direktivet ”lägger sig inte i”. Avslutningsvis kan dock nämnas att det i artikel 27.3 uttalas att medlemsstaterna får uppmuntra förvaltarna att ”ansluta sig till uppförandekoder”.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Se Trygve Hellners/Mikael Mellqvist, *Lagen om företagsrekonstruktion – En kommentar*, 2 uppl., Stockholm 2013, s. 81 f. och jfr SOU 2010:2 s. 184 f. Jfr ang. konkursförvaltare Mikael Mellqvist/Lars Welamson, *Konkurs och annan insolvensrätt*, 12 uppl., Stockholm 2017, s. 90 f. med hänvisningar. Jfr också Konkurstillsynsutredningens betänkande SOU 2000:62 s. 157 f. och 332 f.

<sup>45</sup> Aningen spydigt kan man med fog påpeka att en medlemsstat knappast behöver detta ”tillstånd” från EU. Ang. ”uppförandekod” i insolvensrättsliga sammanhang se Jan Flood/Lars Wenne/Daniel Wenne i *Ny Juridik* 4:19 s. 13.



### 3.9 Tillsynsmyndighet

I en svensk konkurs finns det, som bekant, en särskild tillsynsmyndighet (TSM).<sup>46</sup> Någon motsvarighet finns inte enligt lagen om företagsrekonstruktion. I denna fråga innehåller direktiv en unik föreskrift i det att det enligt direktivet *ska* finns en tillsynsmyndighet (artikel 27). Annars är ju det mesta i direktivet uttryckt som att det nationellt *får* finnas det ena och det andra. Men ett organ som utövar tillsyn över de rekonstruktörer som kan utses i ett rekonstruktionsförfarande är alltså enligt direktivet obligatoriskt. Enligt direktivet ska denna tillsyn säkerställa en ”ändamålsenlig övervakning av det arbete som förvaltare utför i syfte att säkerställa att deras tjänster tillhandahålls på ett ändamålsenligt och kompetent sätt och att de, i förhållande till de parter som är involverade, tillhandahålls opartiskt och oberoende. Dessa mekanismer ska även omfatta åtgärder för ansvarsutkrävande för förvaltare som har brustit vid fullgörandet av sina uppgifter”. Det kan omedelbart slås fast att detta är mer vittgående än vad som i dag gäller beträffande tillsyn i konkurslagen. Och i lagen om företagsrekonstruktion finns det alltså inte någon tillsynsreglering alls. Detta kan vara värt några korta kommentarer.

Kravet är alltså – som det formuleras i artikel 27.1 – att medlemsstaterna ska inrätta ”tillsyns- och regleringsmekanismer”; mekanismer alltså, inte något särskilt organ. Där sägs således inget om vem som ska utöva denna tillsyn (se också ingresspunkten 89). Det sägs inte ens att det måste vara en myndighet (offentligt organ) som står för tillsynen. Av artikel 27.2 framgår dock indirekt att det ska vara ett offentligt organ (”*administrativ myndighet*”). Inget torde hindra att den tillsyn som krävs enligt direktivet utövas av den domstol som handlägger rekonstruktionsförfarandet (angående domstols medverkan, se nedan). Direktivet kräver med andra ord inte att det inrättas en särskild myndighet som fullgör just dessa uppgifter. För svenskt vidkommande kunde det annars möjligen vara aktuellt att lägga vissa tillsynsuppgifter hos den TSM som finns enligt konkurslagen. Det vore ett mycket litet, men ändå ett, steg mot ett enhetligt insol-

<sup>46</sup> Se Mikael Mellqvist/Lars Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt, 12 uppl., Stockholm 2017 s. 90 f. och jfr Konkurstillsynsutredningen, SOU 2000:62.

vensförfarande – en i allra högsta grad önskvärd utveckling. Å andra sidan är det nog inte i den andan man ska börja en sådan reform. Det mest ändamålsenliga förefaller vara att låta domstolen fullgöra den tillsynsfunktion som direktivet kräver. Vad som föreskrivs om regleringen av ersättningsfrågor avseende förvaltaren (artikel 27.4) hör till det som enligt gällande rätt finns i lagen om företagsrekonstruktion. Vad som på grund av direktivet kan behöva fogas till lagen om företagsrekonstruktion är en uttrycklig bestämmelse om rekonstruktörens skadeståndsansvar (se artikel 27.1 och jfr 17 kap. 1 § KonkL).

### 3.10 Domstolen

Jag har redan uttalat att jag ser det som givet att den ”rättslig eller administrativa myndighet” som förekommer i direktivet i Sverige är allmän domstol och i första instans tingsrätt.

Signifikativt för de svenska insolvensförfarandena konkurs och företagsrekonstruktion (och även skuldsanering) är att domstolen inte tilldelats någon mer betydande operativ roll. Tingsrätten har emellertid en viktig principiell roll i det att det är den som avgör om förutsättningarna för att inleda ett konkurs- eller rekonstruktionsförfarande är uppfyllda. I vissa situationer håller tingsrätten också sammanträden under förfarandenas gång, men i dessa fall är domstolens roll övervägande av helt formell karaktär. I övrigt tjänstgör domstolen – kanske lite elakt men ändå fullt korrekt beskrivet – som ”brevbärare” mellan parterna.

I dag är konkurshantering och handläggningen enligt lagen om företagsrekonstruktion utspridd över landets samtliga 48 tingsrätter (och sex hovrätter). Ofta – men inte alltid – är i vart fall konkurshandläggningen koncentrerad till en viss avdelning, rotel eller domare vid tingsrätten. Vid de allra största tingsrätterna kräver handläggningen av dessa ärenden givetvis särskilda, inte obetydliga, resurser. Vid de mellanstora tingsrätterna är resursanvändningen avseende dessa ärenden mätbar, men inte särskilt betydande. Vid de

minsta tingsrätterna är resursåtgången i praktiken så liten att den knappt är möjlig att mäta.<sup>47</sup>

Frågan är om direktivet kräver något nytt och/eller något mer i fråga om domstols medverkan i ett rekonstruktionsförfarande än vad som gäller i dag. Jag har redan nämnt att direktivet i och för sig inte ens kräver att domstol över huvud taget är involverat i ett rekonstruktionsförfarande. Samtidigt har jag utgått från att det i Sverige inte är aktuellt att inte låta domstol (tingsrätt i första instans) handha rekonstruktions- och andra insolvensförfaranden. Om man nu har det på det viset sägs i artikel 4.6 i direktivet att medlemsstaterna får begränsa domstolens medverkan i förfarandet. Begränsningen får ske till fall där domstols medverkan är nödvändig för att skydda berörda parter och deras rättigheter. Vad det närmare kan innebära ska inte utvecklas här, mer än att det kan konstateras att direktivet inte kräver att domstolen i förfarandet ges någon mer dominerande eller operativ roll. Vad gäller viktigare detaljer kan konstateras att det enligt direktivet ankommer på domstolen att medverka i följande fall.

- När förvaltare/rekonstruktör ska utses (artikel 5.2 och 26).
- När vidare verkställighetsåtgärder ska stoppas eller efter stopp återigen tillåtas (artikel 6.1 och 6.9).
- När en rekonstruktionsplan ska fastställas (artikel 8.1, 10.1, 11.1 och 15).
- När det ska beslutas om värdering av gäldenärens verksamhet (artikel 14.1).

Som ett led i strävandena i direktivet om att effektivisera förfarandet för rekonstruktion i medlemsstaterna (se artikel 1.1 c och 25 b) föreskrivs i artikel 25 a att domstolsanställda (alltså inte enbart domare)

<sup>47</sup> Översatt i "budgettermer" innebär det att det enbart är vid de allra största tingsrätterna det skulle frigöras resurser om man lyfte bort alla dessa ärenden från domstolen. Det innebär också att en koncentration av dessa ärenden till ett litet antal tingsrätter skulle kräva ett resurstillskott "utifrån"; möjligheten att omfördela resurser inom domstolsväsendet står alltså inte till buds – i vart fall inte i praktiken. Och talar vi om enbart ärenden enligt lagen om företagsrekonstruktion är resursåtgången även vid de allra största domstolarna omätbar (dvs. försumbar).

får *lämplig utbildning* och har den *sakkunskap* som krävs för arbetsuppgiften att handlägga rekonstruktionsärenden. Frågan är hur det ska placeras i en svensk kontext.

För det första kan konstateras att kraven på ”sakkunskap” och ”utbildning” har karaktären av allmänna uppmaningar. Det är givet att ingen motsätter sig det. Lika givet är att det inte ställer några konkreta krav på medlemsstaterna att vidta några särskilda åtgärder. Det kan möjligen vara intressantare att diskutera om ”effektiviseringsfrågan” (som också är en kompetensfråga) föranleder några särskilda domstolsorganisatoriska åtgärder. Enbart hanteringen av ärenden om företagsrekonstruktion kan knappast motivera det. Antalet ärenden än försvinnande litet – och någon ökning av det antalet på grund av direktivet eller andra skäl är knappast trolig. Det som eventuellt skulle kunna motivera någon åtgärd är att man samtidigt tog sig an konkursärendena. I så fall skulle man möjligen kunna tänka sig att konkurs- och rekonstruktionsärenden koncentrerades till ett färre antal tingsrätter. Någon rikstäckande ”insolvensdomstolsorganisation” är inte något realistiskt alternativ till dagens ordning. En koncentration till ett färre antal tingsrätter – dvs. det, som jag ser det, enda realistiska alternativet – förutsätter alltså att man anser det motiverat att göra en sådan reform beträffande konkursärendena (i så fall kan rekonstruktionsärendena få ”följa med”). Min gissning är dock att lagstiftaren inte anser det befogat att göra något alls i nu diskuterat hänseende. Det nu aktuella direktivet är i ett sådant större perspektiv trots allt alldeles för ”litet och oviktigt”.<sup>48</sup>

Så som har framhållits i olika sammanhang är dock kompetensfrågan betydligt viktigare och av en annan karaktär än frågan om insolvenshanteringen ska bli föremål för någon domstolsorganisatorisk särbehandling. Den roll domstolen har att spela i dagens konkurshantering och hanteringen av ärenden om företagsrekonstruktion (även efter ett införlivande av detta direktiv) är av sådan formell och ”icke-operativ” art att det helt enkelt inte är motiverat med att

<sup>48</sup> Det är möjligt att jag själv och andra med insolvensrätt som specialitet inte håller med om detta. Men när det gäller frågor om hur domstolarna ska organiseras är vi en nära nog försumbar minoritet.

domare och annan domarpersonal har särskild spetskompetens i insolvensrättsliga frågor. Den allvarigare frågan är utvecklingen – som har hur många årtionden som helst på nacken – mot att tingsrätten steg för steg är rena kriminaldomstolar. Det är brottmålen som volymmässigt dominerar verksamheten och hanteringen av brottmålen är styrande för verksamheten även i övrigt. Det skadar effektiviteten i tvistemålshandläggningen rent generellt. Och den civilrättsliga och civilprocessuella kompetensen urholkas. Det drabbar givetvis också insolvensrätten. Det är ju inom ramen för ”vanliga” tvistemål – inte inom ramen för hanteringen av konkursärenden och ärenden om företagsrekonstruktion – som de svåra materiella insolvensrättsliga frågorna uppkommer. Lösningen på det är att göra boskillnad mellan brottmål och tvistemål. Endera genom att inrätta två olika domstolsslag (civildomstol och kriminaldomstol) eller – antagligen bättre – genom att strikt hålla isär målhanteringen i olika avdelningar (eller olika rotlar eller liknande) vid en och samma domstol. En sådan reform är mer angelägen än att specialdestinera rekonstruktionsärenden (och konkursärenden) till vissa domstolar.

Möjligen skulle en och annan hävda att kravet på att en rekonstruktionsplan ska fastställas av domstol (se vidare nedan) ställer särskilda kompetenskrav på domstolen/domaren. Det kan dock ifrågasättas om det argumentet har någon större bärkraft. Rent generellt gäller ju i alla brott- och tvistemål att domstolen/domaren inte besitter någon särskild sakkunskap; det är upp till berörda parter att lägga fram relevanta omständigheter och peka på dessa omständigheters juridiska betydelse. Varför skulle just fastställandet av en rekonstruktionsplan skilja sig från allt annat som ankommer på en domstol/domare? Detta ifrågasättande förstärks ytterligare av att det här rör sig om något som ytterst marginellt berör en domstols/ domares verksamhet.

### 3.11 Rekonstruktionsplanen

Som jag ser det är det direktivet innehåller beträffande rekonstruktionsplanen den ”stora nyheten” med direktivet – dock kanske inte så stor som vissa vill göra gällande.

Låt mig först kort redogöra för hur det i dag ser ut i lagen om företagsrekonstruktion vad gäller rekonstruktionsplanen. Om gäldenären själv ansöker om företagsrekonstruktion ska ansökan innehålla en redogörelse för hur gäldenären avser att verksamheten ska bedrivas i fortsättningen och hur en uppgörelse nås med borgenärerna. Detta kan ses som embryon till såväl en rekonstruktionsplan som ett ackordsförslag (2 kap. 3 § 3). Är det en borgenär som ansöker finns det inte något krav på något motsvarande (2 kap. 4 §). Men i praktiken är nog de redogörelser som här nämnts tämligen knapphändiga. Lagtexten hindrar dock inte att domstolarna här ställde tämligen höga krav på den ”preliminära rekonstruktionsplanen”. Syftet med regleringen har nog på denna punkt inte slagit igenom i praxis.<sup>49</sup> Annars dyker rekonstruktionsplanen inte upp förrän i 2 kap. 12 § där det föreskrivs att rekonstruktören i samråd med gäldenären ska upprätta ”en plan som redovisar hur syftet med företagsrekonstruktionen ska uppnås”. Sedan är det ämnet, såvitt gäller lagtext, uttömt! Det är givetvis en mycket elementär, vag och inte särskilt uppfordrande reglering. Av vad som kan utläsas av förarbetena förefaller rekonstruktionsplanen först och främst vara ett fortlöpande arbetsdokument som alltså successivt bearbetas för att föreligga i ett slutligt skick i samband med att rekonstruktionsförfarandet vid domstol avslutas.<sup>50</sup> Det är alltså frågan om ett dokument som det inte ställs några formella krav på, än mindre krav på att den ska godkännas, antas eller fastställas på något visst sätt. Det ställs inte heller några krav på att planen ska ha något visst innehåll.

I direktivet förhåller det sig annorlunda. Artiklarna 8 – 16 (direktivets 3 kapitel) har direkt bäring på rekonstruktionsplanen. Direkt kan här slås fast att rekonstruktionsplanen enligt direktivet är ett dokument med *materiella och formella rättsverkningar*. Det är alltså en helt annat synsätt, med en helt annan utgångspunkt, som förs fram i direktivet jämfört med vad som i dag gäller enligt lagen om företagsrekonstruktion. Direktivets bestämmelser rörande rekonstruk-

<sup>49</sup> Jfr Trygve Hellners/Mikael Mellqvist, Lagen om företagsrekonstruktion – En kommentar, 2 uppl., Stockholm 2013, s.57 f.

<sup>50</sup> Jfr Hellners/Mellqvist s. 87 f.

tionsplanen är i allt väsentligt också obligatoriska i den bemärkelsen att dessa bestämmelser *ska* införlivas i de nationella rättsordningarna. En avgörande skillnad mot vad som i dag gäller enligt lagen om företagsrekonstruktion är också att *rekonstruktionsplanen inkluderar ackordsfrågan*. En av de stora svagheter med lagen om företagsrekonstruktion är att de ”allmänna” rekonstruktionsbestämmelserna i lagens 2 kap. inte är avstämda med ackordsreglerna i 3 kap. Formellt sett gör det lagens tillämpning mycket otymplig och materiellt sett innebär det ottydligheter.<sup>51</sup>

I artikel 8 anges vad en rekonstruktionsplan, som ett minimum, *ska* innehålla. Bortsett från diverse formalia är det följande.

1. En bouppteckning, dvs. en förteckning över gäldenärens tillgångar (värderade) och skulder vid inlämnandet av planen (artikel 8.1 b).<sup>52</sup>
2. En redogörelse för gäldenärens ekonomiska situation (artikel 8.1 b).
3. En redogörelse för omfattningen av och orsakerna till gäldenärens ekonomiska svårigheter (artikel 8.1 b).
4. Uppgifter om borgenärer, och grupper (klasser) av borgenärer, deras fordringar, hur de berörs av (eller inte berörs av) av rekonstruktionsplanen (artikel 8.1 c-e).
5. Rekonstruktionsplanens villkor i synnerhet i form av föreslagna rekonstruktionsåtgärder, gällande tidsperioder, genomförda samråd m.m. med facket och konsekvenserna för anställningarna (artikel 8.1 g).
6. Analys av framtida kassaflöden – om det krävs enligt nationellt rätt (8.1 g).
7. Uppgifter om ny finansiering (artikel 8.1 g).

<sup>51</sup> 3 kap. FrekL motsvarar den tidigare gällande ackordslagen (1970:847). Vid tillkomsten av lagen om företagsrekonstruktion ansågs det inte nödvändigt att bearbeta ackordslagens bestämmelser, se SOU 1992:113 s. 390 f. och Lagrådets kritik i prop. 1995/96:5 s. 343 och jfr s. 118 f. Dessa ställningstaganden hade till stor del sin grund i valet att göra ackordsförfarandet som ett ”förfarande i förfarandet”, dvs. ackordsförfarandet gjordes i viss mening fristående och inte som någon nödvändig del av rekonstruktionsförfarandet.

<sup>52</sup> Angående värderingsfrågan se Marie Karlsson-Tuula m.fl. i *Insolvensrättslig Tidskrift* 2019:4 s. 58.

8. En motivering till varför rekonstruktionen kan förmodas bli lyckosam (artikel 8.1 h).

I artikel 9.1 anges att det ska säkerställas att *gäldenären ska* ha rätt att lägga fram rekonstruktionsplanen för antagande av berörda parter (som enligt artikel 2.1.2 alltså utgörs av borgenärer och andelsinnehavare, dvs. t.ex. aktieägare). I nationell rätt *får* det dessutom föreskrivas att en *borgenär* och *rekonstruktören* ska ha rätt att lägga fram planen för antagande.

I artikel 9.2-7 ges sedan bestämmelser om röstning angående antagandet av planen. Utgångspunkten är att ”berörda parter” ska ha rösträtt. Det får dock nationellt bestämmas att andelsinnehavare (aktieägare), borgenärer med efterställda fordringar och närstående till gäldenären undantas från rätten att rösta om ett antagande av planen. Det är också ett minimikrav att borgenärer med säkerhet för sina fordringar vid röstningen ges en förmånligare ställning än borgenärer utan säkerhet. Det är dessutom tillåtet med ytterligare indelning av borgenärer i olika grupper (klasser). Till exempel kan lönefordringar utgöra en egen grupp av fordringar. Gruppindelningen kan bestämmas endera generellt och alltså gälla vid alla ärenden om företagsrekonstruktion eller inom ramen för varje separat ärende. Det är t.ex. inte nödvändigt att enbart beakta den förmånsrättsordning som följer av förmånsrättslagen. I praktiken förefaller det dock inte vara möjligt att bortse från denna. Grovt förenklat kan man säga att ackordsprocenten inte får vara högre än 75 procent; någon gräns nedåt föreskrivs inte i direktivet. Av artikel 9.4 följer att vissa undantag kan göras när gäldenären är ett ”småföretag” och också till förmån för borgenärer med fordringar på små belopp. I artikel 9.7 sägs också att det är tillåtet att frångå i tidigare artiklar givna röstningsregler och i stället tillåta att rekonstruktionsplanen antas genom en överenskommelse ”med erforderlig majoritet”. Detta förefaller aningen oklart. För det första sägs inget om vilka (enbart borgenärerna eller även gäldenären eller andra?) som ska vara parter



i överenskommelsen och inte heller vad som avses med ”erforderlig” majoritet.

Enligt bestämmelsen i artikel 10.1 ska det säkerställas att det i vissa fall krävs att en rekonstruktionsplan för att bli bindande fastställs av en domstol. Det gäller som ett minimum i följande fall.

- Berörda parter som inte samtyckt till planen påverkas.
- När ny finansiering ingår i planen.
- Vid förlust av mer än 25 procent av arbetsstyrkan.

I artikel 10.2 ställs det vidare krav på att vissa villkor måste vara uppfyllda för att en domstol ska kunna fastställa rekonstruktionsplanen. Det är åtminstone följande villkor.

- Den ska ha antagits enligt artikel 9 (dvs. antagen genom röstning).
- Borgenärer inom en och samma klass ska behandlas lika.
- Berörda parter ska ha underrättats (enligt nationell rätt).
- Om det finns borgenärer som inte samtyckt till planen och invändning mot fastställelse har framställts ska planen ha klarat testet om ”borgenärernas bästa intresse”.
- När ny finansiering är nödvändig för genomförandet att den inte otillbörligt skadar borgenärernas intressen.

Domstolen kan vägra fastställelse om planen – även om villkoren enligt ovan är uppfyllda – inte har rimliga utsikter att förhindra gäldenärens insolvens eller säkra verksamheten (artikel 10.3).

I artikel 11 finns bestämmelser (”cram-down”) som möjliggör ett antagande, på gäldenärens begäran, av en rekonstruktionsplan, även om den inte fått tillräcklig majoritet i de olika röstningsgrupperna. För att så ska kunna ske krävs följande.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> Det är aningen svårt att finna en bra översättning till svenska av ”cram-down” – i den svenska direktivtexten har man inte ens försökt. Vad som avses är en form av ”tvångsrekonstruktion” i den meningen att (vissa) borgenärer blir bundna av rekonstruktionsplanen trots att de inte har godtagit den. Det är i princip egentligen inte frågan om något annat än ett offentligt ackord (tvångsackord) som länge funnits i svensk rätt. Vid ett sådant ackord är det dock frågan om att en majoritet av borgenärer binder en minoritet. Men även direktivets bestämmelser förutsätter en viss (inte ringa) grad av borgenärsanslutning även vid ”cram-down”.

- Kraven i artikel 10.2 och 10.3 måste vara uppfyllda (se ovan).
- Den måste ha fått visst stöd (majoritet) av röstande borgenärer m.m. (se 11.1 b-d och 11.2).

Det ska också nämnas att om möjligheterna som direktivet ger att undanta andelsinnehavare från bestämmelserna i artikel 9 – 11, föreskrivs i artikel 13 att det ska säkerställas att andelsinnehavare inte på något annat sätt ska kunna hindra en rekonstruktion.

I artikel 15.1 uttrycks den viktiga principen att en antagen och fastställd rekonstruktionsplan ska vara bindande för alla berörda parter. I det sammanhanget framhålls (artikel 15.2) att borgenärer som inte har medverkat i planens antagande inte ska påverkas av den.

Regleringen rörande rekonstruktionsplanen i direktivet är ingen ny ”EU-uppfinning”. Tvärtom är det frågan om en välbekant principiell reglering som återfinns i olika varianter i många nationella rättsordningar; med förebild i ”Chapter 11” i den amerikanska insolvensbalken. Det som mest markant skiljer denna reglering från gällande reglering i lagen om företagsrekonstruktion är att rekonstruktionsplanen här är det dokumenterade *resultatet* av en rekonstruktion. Detta resultat antas och fastställs på ett sådant sätt att det får definitiva rättsverkningar. Galdenärens rättsförhållanden visavi ett stort antal borgenärer får därigenom ett nytt civilrättsligt gällande innehåll. I lagen om företagsrekonstruktion har planen mer karaktär av ett *arbetsdokument* som gäller för rekonstruktionens bedrivande fram till att själva rekonstruktionsförfarandet avslutas. Rekonstruktionsplanen har därefter inte något direkt intresse. Det är vidare signifikativt för direktivets reglering att ackordet (ett eventuellt ackord) integreras som en beståndsdel av planen. Det är i och för sig inte någon nödvändig beståndsdel, men ofta torde det vara en mycket betydelsefull sådan. I lagen om företagsrekonstruktion är ju ackordet formellt särbehandlat och har inget samband med rekonstruktionsplanen.

Direktivet representerar på nu beskrivet sätt ett helt annat synsätt på rekonstruktionsplanens karaktär och verkningar än vad som gäller i Sverige för närvarande. Om man anlägger ett "minimalistiskt" synsätt skulle man nog med fog kunna hävda att den svenska lagen om företagsrekonstruktion, genom ackordsreglerna, i inte oväsentlig del redan uppfyller direktivet krav. Vissa justeringar skulle behöva göras i dessa regler, men nödvändigtvis inte alltför omfattande. Enligt min uppfattning ska man dock inte läsa eller förstå direktivet på detta "minimalistiska" sätt. I stället måste man anamma direktivets uttryckliga ändamål, nämligen att medlemsstaterna ska se till att den nationella rättsordningen innehåller effektiva, kraftfulla och "moderna" regler som tillåter en inte ringa grad av kreativitet för rekonstruktion av företag som löper risk att drabbas av insolvens (eller som redan befinner sig där). I och med det öppnar sig för den svenska lagstiftaren ett gyllene tillfälle att "arbeta ihop" 2 och 3 kap. lagen om företagsrekonstruktion; ett behov som är framträdande även direktivet förutan. Och i en sådan kontext måste regleringen, mot bakgrund av direktivet, rörande rekonstruktionsplanen och dess antagande och fastställande ges en framträdande betydelse.

Den givna följdfrågan är givetvis hur ett sådant "ihoparbetande" av de båda kapitlen ska göras. Det är givet att det kan ske på många olika sätt. En avgörande fråga är emellertid hur man vill ha domstolens roll formulerad i ett framtida perspektiv på grund av direktivet utvecklade rekonstruktionsförfarande. Den frågan är en vattendelare. Ska domstolen – som i dag – ha en formell funktion och inte någon operativ roll eller ska domstolen ges en mer operativt betonad roll i vilken inkluderas att det ankommer på domstolen att göra olika materiella bedömningar inom ramen för förfarandet. I den frågan ingår frågan – som en huvudfråga – vad man anser att domstolen enligt direktivet *måste* göra vad gäller rekonstruktionsplanen och i övrigt. Och det är att det ankommer på domstol att fastställa rekonstruktionsplanen (artikel 8.1, 10.1, 11.1 och 15). I övrigt är det domstol som ska utse förvaltare/rekonstruktör (artikel 5.2 och 26) och som ska besluta om vidare verkställighetsåtgärder ska stoppas

eller efter stopp återigen tillåtas (artikel 6.1 och 6.9) samt beslut om värdering av gäldenärens verksamhet (artikel 14.1). Det innebär att direktivet, *formellt sett*, lägger på domstolarna uppgifter som de inte i dag har enligt lagen om företagsrekonstruktion. Dessa uppgifter behöver dock inte bli alltför betungande eller maktpåliggande. Det man däremot kan hävda är att direktivet *reellt sett* uppfordrar lagstiftaren att ge domstolarna en mer framträdande roll i ett rekonstruktionsförfarande än de svenska domstolarna i dag har enligt lagen om företagsrekonstruktion. Vad jag mer konkret avser är att direktivet rimligen bör läsas på det sättet att domstolen i ett mer utvecklat rekonstruktionsförfarande har att ta ställning till ett större antal – och svårare – materiella frågor än vad som gäller i dag. Det framstår som givet att man vid ett svenskt införlivande måste ta hänsyn till det (jfr dock ovan vad jag sagt i frågan om att specialdestinera rekonstruktionsärenden till vissa domstolar).

Ett tänkbart angreppssätt vore att bestämmelser rörande prövningen av ansökan om rekonstruktion och bestämmelser rörande initiala åtgärder vid bifall till en ansökan placeras i 2 kap. lagen om företagsrekonstruktion. 3 kap. får sedan bli ett ”rekonstruktionskapitel” där man i viss utsträckning kan bygga på nuvarande ackordsregler. I och med det kan man effektivisera handläggningen genom att få bort dagens ”dubbleringar” med sammanträden och beslut rörande rekonstruktionen i allmänhet och andra sammanträden och beslut (till och med en särskild ansökan) i frågan om ett ackord.

Även om direktivet öppnar för allehanda olika läsningar vill jag framhålla att andemeningen i det är uppenbar. Det som ska åstadkommas nationellt är verksamma möjligheter till rekonstruktion där det tillhandahålls kraftfulla verktyg för att stöpa om haltande verksamhet och genom rejäla skuldnedskrivningar avlasta den framtida verksamheten. Detta ska också kunna ske med ett betydande mått av flexibilitet, dvs. man ska i varje enskilt fall kunna använda de verktyg som bedöms som effektiva i just det fallet. Det innebär att borgenärers och andras rättigheter på ett ingripande och rättsligt bindande sätt kan komma att påverkas. Och denna påverkan kan

rent konkret skilja sig från fall till fall – och det tämligen rejält. Det innebär att det alltså kommer att krävas att det i varje enskilt fall görs unika bedömningar i ett skiftande antal materiella frågor. Det måste ske inom ett ramen för ett stabilt förfarande omgivet med starka rättssäkerhetsgarantier. Domstolens roll i ett rekonstruktionsförfarande måste därför anses bli mer operativ eller offensiv än den är i dag. Och den rollen är till avgörande delar betingad av direktivets sätt att reglera rekonstruktionsplanen och till den anslutande frågor. I den delen blir det av avgörande betydelse hur den svenska lagstif-taren väljer att införliva direktivet.

### 3.12 Skydd för ny finansiering

Direktivet innehåller också bestämmelser om skydd för ny finansiering och för tillfällig finansiering. Med *ny finansiering* avses ”allt finansiellt stöd som tillhandahålls av en befintlig eller ny borgenär i syfte att genomföra en rekonstruktionsplan och som ingår i den rekonstruktionsplanen” (artikel 2.7). Med *tillfällig finansiering* avses ”allt finansiellt stöd som tillhandahålls av en befintlig eller ny borgenär och som omfattar, som ett minimum, finansiellt stöd under avbrytandet av enskilda verkställighetsåtgärder, och som är rimligt och omedelbart nödvändigt för att gäldenärens verksamhet ska kunna fortsätta att drivas, eller för att bevara eller öka värdet på den verksamheten” (artikel 2.8).

Det är alltså frågan om ekonomiska tillskott; dels av temporär karaktär under tiden ett rekonstruktionsförfarande pågår, dels mer långsiktiga tillskott som utgör en del av rekonstruktionsplanen. Sådan finansiering ska enligt artikel 17.2 skyddas på lämpligt sätt. Vad som kan anses vara lämpligt är upp till den nationella lagstif-taren att bestämma. Som ett minimum anges dock i artikeln att sådan finansiering inte ska kunna bli ogiltig eller föranleda (straff) ansvar på den grunden att den är borgenärsskadlig (om inte andra grunder finns). Det är tillåtet att för skyddet kräva att den nya eller tillfälliga finansieringen har godkänts av domstol (artikel 17.2 jfr också artikel 17.3). Av bestämmelsen i artikel 17.3 följer att ny eller

tillfällig finansiering kan ges ”superförmånsrätt” i ett senare insolvensförfarande.

Av artikel 18 följer vidare att samma skydd som kan ges ny eller tillfällig finansiering också ska ges ”andra transaktioner” som är rimliga och nödvändiga för att åstadkomma en rekonstruktion. allt finansiellt stöd som tillhandahålls av en befintlig eller ny borgenär. Vad ”andra transaktioner” närmare bestämt kan vara håller direktivet öppet, men i artikel 17.4 anges att det med sådana ska avses i vart fall kostnader för rekonstruktionsförfarandet, vissa kostnader för ”rekonstruktionsrådgivning”, lönebetalningar avseende redan utfört arbete och löpande betalningar knutna till verksamheten.

Kort kan kommenteras att detta motsvarar bestämmelser som finns i lagen om företagskonstruktion. Det är möjligt att direktivet kan kräva att det görs vissa justeringar av dessa bestämmelser i lagen om företagsrekonstruktion. Det är emellertid, med ett undantag, knappast frågan om annat än just justeringar. Undantaget rör frågan om domstols godkännande av ny och/eller tillfällig finansiering. Beroende på hur man väljer att reglera detta kan domstolen få materiella bedömningar på sitt bord som innebär att den ges en mer operativ roll. Det är betydligt mer än enbart en justering.

### 3.13 Gälldenärens avtal m.m.

I den svenska insolvensrättsliga debatten under senare årtionden har frågan om hur gälldenärens avtal ska hanteras under och efter en genomförd rekonstruktion ofta stått i blickpunkten. Förmånsrättskommittén behandlade särskilt just denna fråga i sitt betänkande SOU 2001:80 och för 2007 års insolvensutredning var det en framträdande fråga (se SOU 2010:2). I direktivet sägs inte särskilt mycket i frågan. I artikel 7.5-7 finns dock vissa bestämmelser. För det första anges i artikel 7.5 att gälldenärens medkontrahenter (avseende inte fullgjorda avtal) inte får hålla inne sina prestationer, häva avtal eller ändra avtalsvillkor enbart av det skälet att ett rekonstruktionsförfarande har inletts och detta inte ska vara möjligt att sätta åt sidan genom avtal; dvs. s.k. ipso-facto klausuler ska inte ha någon verkan. Detsamma gäller i fall vissa andra beslut fattas under ett pågåen-

de rekonstruktionsförfarande, t.ex. om avbrytande av individuella verkställighetsåtgärder.

Denna reglering finns redan på plats i 2 kap. 20 § lagen om företagsrekonstruktion.<sup>54</sup> Den regleringen är emellertid tämligen rudimentär. Som redan har påtalats har det i Sverige upprepat lagts fram lagförslag i syfte att utveckla regleringen av gäldenärens avtal i samband med ett rekonstruktionsförfarande. Det är såvitt jag kan förstå ett ypperligt tillfälle att i samband med att det i anledning av direktivet läggs fram lagförslag också foga förslag rörande behandlingen av gäldenärens avtal under rekonstruktion. Som nämnts finns sådana förslag redan utarbetade.<sup>55</sup>

I artikel 6 och 7 ges också bestämmelser om att det inom ramen för ett rekonstruktionsförfarande ska vara möjligt, om det behövs för att gagna en rekonstruktion och förfarandet, att hindra att enskilda verkställighetsåtgärder vidtas eller fortsätts. Direktivet öppnar för att sådana bestämmelser kan vara såväl generella, dvs. alltid gälla i alla förfaranden, eller finnas till hands för att tillgripas inom ramen för ett enskilt förfarande (efter beslut av domstolen). I det senare ligger också att ett beslutat verkställighetsstopp ska kunna upphävas (efter beslut av domstolen). Direktivet innehåller här ett stort antal detaljregler, varav de flesta är sådana som tillåter att man i nationell rätt skapar en ordning som kan skilja sig från medlemsstat till medlemsstat i tämligen stor utsträckning. I anledning vad jag tidigare framfört om domstols medverkan och mer operativa roll i ett rekonstruktionsförfarande med bäring på direktivet reglering av rekonstruktionsplanen, kan regleringen av hur enskilda verkställighetsåtgärder kan kunna hanteras inom ramen för ett rekonstruk-

<sup>54</sup> Se Trygve Hellners/Mikael Mellqvist, s. 113 f. Det kan möjligen anses oklart om bestämmelsen i 2 kap. 20 § fjärde stycket innebär ett tvingande hinder mot tillämpningen av just s.k. ispo facto-klausuler, dvs. avtalsbestämmelser som t.ex. anger att en rekonstruktionsansökan i sig medför att avtalet ska anses hävt. Det kan därför finnas anledning för den svenska lagstiftaren att i samband med ett införlivande av direktivet tydliggöra att sådana klausuler tvingande sätts åt sidan vid en rekonstruktion.

<sup>55</sup> Även vad gäller detta hamnar frågan om samordning/integration mellan konkurs och rekonstruktion i fokus. Under alla förhållanden måste en sådan reglering av avtal stämmas av såväl formellt som materiellt mellan de båda förfarandena.

tionsförfarande också sägas belysa behovet av att ge domstolen en mer framträdande och aktiv roll i förfarandet.

### 3.14 Avslutande synpunkter på direktivet

Direktivet kan lätt upplevas som ”plottrigt och hoppigt”. Direktivbestämmelserna växlar mellan principiellt betonade bestämmelser av grundläggande karaktär till bestämmelser som tar upp små detaljer. EU-ambitioner underskattar (som vanligt) skillnaderna i de nationella rättsordningarna. Det blir särskilt tydligt när frågor som berör hela förmögenhetsrätten och tillhörande processrätt ska regleras.

Man kan vid ett införlivande tänka sig en minimalistisk linje och med det konstatera att det mesta direktivet kräver redan är på plats i Sverige och nöja sig med några formella justeringar i lagen om företagsrekonstruktion. Men jag skulle i stället gärna vilja förespråka att man låter införlivandet av EU:s rekonstruktionsdirektiv (och genomförandet av förslagen i Ds 2019:31; se nästa nummer av Ny Juridik) bli startskottet på en bredare upplagd reformperiod. Sett till direktivet innebär det att man passar på att justera och komplettera lagen om företagsrekonstruktion på väsentliga punkter i linje med vad som föreskrivs i direktivet. Samtidigt förefaller det vara viktigt att med hänsyn till direktivets karaktär inte gå i klinch med allehanda detaljer i direktivet. Det förhållandet att direktivet är mycket tillåtande gentemot den nationella lagstiftaren vad gäller den närmare utformningen av olika regler ska naturligtvis utnyttjas. Regleringen måste ju anpassas till den rättsordning i vilken det sedan ska verka. Det betyder bl.a. att det är viktigare att ta fasta på den övergripande riktning direktivet pekar ut, dvs. att lagstiftningen ska tillhandahålla effektiva verktyg för rekonstruktion av företag som riskerar insolvens eller redan är insolventa. Hur dessa verktyg i detalj ska utformas är av underordnat intresse. Man ska också hålla i minnet att det som direktivet kräver ingalunda – i ett större internationellt perspektiv – för oss till framkanten av den insolvensrättsliga utvecklingen. I stället kan direktivet snarare sägas vara ett ihop-



samlade av problemställningar och uppkast till lösningar som har diskuterats i flera decennier.

Det är under alla förhållanden vällovligt med ett ambitiöst väsende av lagen om företagsrekonstruktion. Införlivandet bjuder på ett gyllene tillfälle till det. Den stora insolvensrättsliga infrastrukturrella utmaningen – ett enhetligt insolvensförfarande – får bli något lagstiftaren får ta sig an i ett senare skede. Jag återkommer till det i nästa nummer av Ny Juridik.

## 4. DE TIO BUDORDEN INFÖR FRAMTIDEN

### 4.1 Inledning

Jag ska här avsluta med att ta fram kristallkulan och med dess hjälp skåda in i framtiden och dit skicka med ett antal önskingar. Det kan möjligen anses pretentiöst och förmätet – eller till och med hädiskt – att göra det i form av en dekalog. Men jag tar chansen.

### 4.2 Det första budordet – En samlad insolvenslagstiftning som bygger på en ändamålsenlig och genomarbetad grundteori

Jenny Söderlund har i sin avhandling från 2009 *”Konkursrätten – om konkursboet ses som en association i tvångslikvidation med borgenärerna som medlemmar”* gått till botten med ett antal grundläggande konkursrättsliga frågor och anslagit en principiell ton rörande systematiska frågor samt presenterat olika synsätt på konkursrätten.

Bland dessa skilda synsätt ingår *processtanken/tvångsförvaltnings-tanken* som kännetecknas av att konkursen är en vanlig process mellan konkursgäldenärens borgenärer och konkursgäldenären personligen, men också – i prioritetsfrågorna – en process mellan borgenärerna inbördes. Ett annat sådant synsätt är *skiftetanken*, som innebär att en konkurs syftar till att ta in anspråk och förvalta konkursgäldenärens förmögenhet, omvandla den till pengar och fördela dessa mellan alla som i vid mening har anspråk i en konkurs, såsom sakrättsborgenärer, massaborgenärer och konkursborgenärer. Ett tredje synsätt är *exekutionstanken* som präglas av att konkursen ses som en generalexekution mot konkursgäldenären på vilken den

allmänna exekutionsrättens grundsatser tillämpas. Som sin ”huvudtanke” torgför hon *associationstanken*. Enligt den tanken bildas det inom konkursinstitutets ram en associationsliknande gemenskap i omedelbar tvångslikvidation. Konkursboet har juridisk personlighet, egen förmögenhet, egna verksamhetsändamål, egna organ och egna medlemmar. Medlemmarna står i ett associationsrättsligt förhållande till varandra och till konkursboet och konkursboorganen. Konkursgäldenären intar en medlemsliknande position, utan att vara just medlem. Det är associationstanken hon sedan utvecklar på olika sätt i avhandlingen. Marek Keller har nyligen lagt fram sin avhandling med titeln *Konkurs och process* där han hänför sig till olika grundmodeller för att kategorisera och systematisera konkursprocessrättsliga frågor. Däremellan har inte minst Stefan Lindskog, bl.a. i monografen *Betalning* (2 upplagan 2018), aktualiserat principiellt grundläggande frågor med anknytning till såväl materiell som processuell konkursrätt. Mikael Möllers *Insolvensrättsliga utlåtanden 1989 – 2105* från 2016 berör också ett flertal sådana mer övergripande systematiska insolvensfrågor. I ärlighetens namns ska också påpekas att äldre litteratur ingalunda är renons på sådana resonemang, men de är ofta att disparat karaktär och rör då olika delfrågor.

Till bristen på mer övergripande ändamålsöverväganden av systematisk karaktär bidrar att 1987 års konkurslag (dvs. nu gällande lag) inte är 33 år gammal som man skulle kunna tro, utan snarare cirka 200 år gammal. 1987 års lag tog upp väldigt mycket från 1921 års lag som i sin tur anammade stora delar av 1862 års konkurslag. De lagens föregångare från 1830 och 1818 var inte heller helt uttraderade i 1862 års lag. Konkurslagen bygger alltså i inte oväsentliga avseenden på mycket gammalt tankegods. Det behöver inte i och för sig enbart vara av ondo. Det finns för det första gamla tankar som håller än i dag och för det andra finns det antagligen vissa – då som nu – givna utgångspunkter. Men det som saknas är den övergripande totalgenomlysningen. Det råder något av ett systematiskt vakuum. 2007 års insolvensutredning gjorde ett försök att i någon mån fylla i vart fall delar av det vakuum i betänkandet *Ett samlat insolvens-*

*förfarande*, SOU 2010:2 – även om utredningen hade ett mer praktiskt anslag. Det finns flera förklaringar till att den utredningen inte lyckades nå ända fram och att vissa av utredningens förslag inte var helt genomarbetade. Det hindrar inte att mycket av det som lades fram var framsynt och hade kunnat utgöra ett välkommet bidrag till utvecklingen av den svenska insolvensrätten. Men inte heller i den utredningen synades konkursinstitutet från ”helikopternivå”. I stället fokuserades – helt enligt direktiven – på att ”foga ihop” konkurslagen och lagen om företagsrekonstruktion med alla de följdfrågor som ett sådant hopfogande aktualiserade. Det innebar att man då ibland hade anledning att närma sig övergripande principiella frågor ”underifrån” för att finna praktiska lösningar i konkreta fall.

Det finns alltså vissa exempel på att man närmat sig konkursinstitutet ”ovanifrån” och analyserat det i termer av systematik. Ett brett upplagt sådant projekt tror jag att svensk insolvensrätt i hög grad vore betjänt av. Det skulle med fördel kunna ske i ”Lagberedningsformer”, dvs. en mindre grupp experter kunniga i insolvensrättslig teori och praktik får med öppna direktiv lång tid (och generösa arvoden) på sig att ägna sig åt frågan.<sup>56</sup> I det sammanhanget vore det givet att den grundläggande utgångspunkten ska vara att vi ska ha ett samlat insolvensförfarande. En sådan ”insolvensbalk” skulle till att börja med innehålla dagens konkurslag, lag om företagsrekonstruktion, förmånsrättslagen, lönegarantilagen, de två skuldsaneringslagarna och kanske några till. Ett sammanhållet insolvensförfarande är inte bara den rätta, utan den enda, vägen framåt.

### 4.3 Det andra budordet – Var tydlig med ändamålet/ändamålen

Om ett insolvensförfarande ska kunna tjäna flera syften måste man ändå bestämma sig för hur dessa olika syften ska förhålla sig till varandra. Med nödvändighet kan alla syften knappast hållas sidoordnade, istället måste de över- och underordnas varandra. Man måste

<sup>56</sup> Med Lagberedningen med versalt L avser jag den permanenta beredning som var verksam 1902-1974 och beredde större lagstiftningsprojekt. Angående lagberedning i allmänhet se ”antologin” i SvJT 2020 s. 5 f.

med andra ord göra prioriteringar. Och dessa prioriteringar måste vila på en fast principiell grund och genomsyra hela systemet.

Den första frågan måste bli om det över huvud taget finns något annat syfte som kan tänkas konkurrera med syftet att tillgodose borgenärskollektivet på bästa sätt som huvudsyfte.

Den frågan har naturligtvis diskuterats och olika synpunkter har framförts. Den helt dominerande ståndpunkten är dock att konkurrensens ändamål är att på bästa sätt tillgodose konkursborgenärernas intresse av att få så stor del som möjligt att sina fordringar betalda.<sup>57</sup> Stöd för denna ståndpunkt finns att hämta i 1 kap. 1 § och 7 kap. 8 § konkurslagen. Enligt den sistnämnda bestämmelsen åligger det förvaltaren att ta till vara borgenärernas gemensamma rätt och bästa samt vidta alla åtgärder som främjar en förmånlig och snabb avveckling av boet. Av denna föreskrift följer att konkursen är ett *likvidationsinriktat* förfarande ("avveckling av boet") och att det är *borgenärskollektivets* intressen som står i fokus ("borgenärernas gemensamma rätt och bästa"). Detta ska åstadkomma genom en *förmånlig* och *snabb* hantering.<sup>58</sup> Att avvecklingen ska vara förmånlig innebär att den i ekonomiska termer ska vara vinstmaximerad (eller förlustminimerad). Med andra ord finns det här explicit stöd för uppfattningen att konkursens ändamål är att på bästa sätt tillgodose konkursborgenärernas intresse av att få så stor del som möjligt att sina fordringar betalda. Av konkurslagens portalparagraf 1 kap. 1 § framgår – förutom konkursinstitutets generella karaktär ("*samtliga*

<sup>57</sup> Det kan noteras att Marek Keller i sin nyligen framlagda avhandling *Konkurs och Process* (Uppsala 2020) mycket grundligt analyserar "den insolventa sidans" (konkursgäldenären, konkursborgenärerna, konkursboet) behörighet att agera processuellt i en insolvenssituation och jämför det med motsvarande behörighet i materiellt hänseende (dvs. utan att någon insolvenssituation är för handen). Hans konklusioner bygger mycket tydligt på att det finns ett klart uttalat konkursändamål och att det är att maximera borgenärernas utfall (minimera deras skada). Och detta ändamål bör enligt honom så gott det går få styra utformningen av såväl de materiella som processuella regelkomplexen, och det förra ska få styra de senare.

<sup>58</sup> Jenny Söderlund s. 276 f. betecknar en förmånlig och snabb likvidation som konkursboets *verksamhetsändamål* och också som *verksamhetsföremål*. Om de båda begreppen är synonyma framstår för mig som aningen oklart. Aningen oklart är också om de båda begreppen (eller något av dem) överensstämmer med vad Marek Keller benämner "konkursändamålet". Min uppfattning är att verksamhetsändamålet och konkursändamålet är synonyma, medan verksamhetsföremålet rent definitionsmässigt avser något annat.

borgenärer” och ”samlade tillgångar”) – att ianspråktagandet av gäldenärens egendom sker i syftet att gäldenärens skulder ska betalas.<sup>59</sup>

I ekonomiska termer bedrivs en verksamhet med endera eget eller annars främmande kapital. I de allra flesta fall är båda dessa slag av kapital inblandat. I det insolvensrättsliga valet är det antagligen inte särskilt svårt att komma fram till att det är det egna kapitalet som måste få styrka på foten först och det är det främmande kapitalet som – i möjligaste mån – först och främst ska räddas. Den utgångspunkten är emellertid inte så självklar som man skulle kunna tro. Det har nämligen framskyttat att såväl det svenska egendomsskyddet (se 2 kap. 18 § regeringsformen) som motsvarande regler i Europakonventionen skulle kunna utgöra hinder mot olika slag av insolvensrättsliga åtgärder riktade mot ägarna av ett företag. I en i och för sig ganska kortfattad analys avfärdar dock 2007 års Insolvensutredningen – med all rätt – sådana farhågor (se SOU 2010:2 s. 325 f.). Enligt min mening är det givet att borgenärernas intressen måste sättas framför ägarnas i en insolvenssituation. Och någon skyddsvärd ”äganderätt till egendom” finns det knappast i sammanhanget.

I 7 kap. 8 § andra stycket konkurslagen talas det om att det långsiktiga sysselsättningsintresset ska beaktas; dock utan att borgenärernas rätt *nämnavärt förringas*. Kan det tas till intäkt för att borgenärernas rätt får förringas ”lite grand” (inte nämnavärt)? Det finns anledning till tvivel om det berättigade i en sådan läsart. Däremot skulle sysselsättningsintresset kunna göra sig påmint om förvaltaren står inför att välja mellan två vägar som för borgenärerna utdelningsmässigt är likvärdiga. Men redan ett omnämnande av sådan intressen (i och för sig underordnade huvudändamålet) är i någon mån ägnat att verka splittrande. Hur som helst krävs det att det tydligt anges att eventuella andra intressen än vinstmaximeringen är sekundära till det ändamålet.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> I just den bestämmelsen anges i och för sig inte explicit att fordringarna ska betalas med ett så stort belopp som möjligt. Det framgår dock om man också läser 7 kap. 8 §.

<sup>60</sup> Jenny Söderlund, 283 uttrycker det bl.a. som att ”alla sidoverksamheter har bevisbördan emot sig”.

Detsamma gäller det som ibland brukar sammanfattas som ”gäldenärsintresset”.<sup>61</sup> Ett sådant intresse skulle innebära att förvaltaren skulle ha att iakttä (även) konkursgäldenärens intressen. Ibland hängs detta upp på förutsättningen att konkursgäldenären alltjämt är att anse som ”ägare” till den egendom som omfattas av konkursbeslaget och man talar då om förvaltarens vårdplikt.<sup>62</sup>

All lagstiftning – insolvenslagstiftningen icke undantagen – ska tillgodose samhällsnyttan. Det är ett generellt grundkrav; man behöver alltså inte motivera varje specifik lag med att den är samhällsnyttig. Denna samhällsnytta måste sedan specificeras inom ramen för varje lagstiftningsprojekt. Vad gäller den insolvensrättsliga regleringen finns det, enligt min mening, endast ett huvudändamål. Och det är att ett borgenärskollektiv på lång sikt ska få så mycket som möjligt betalt. Det är det (enda) primära ändamålet med all insolvensrättslig lagstiftning. Därutöver finns det sedan ett flertal oerhört viktiga sekundära ändamål som måste tillgodoses. Det är att en insolvensreglering ska gynna kreditlivet, investeringsviljan, en gäldenärs möjligheter att ”komma igen” efter att ha fått skuldavskrivning, erbjuda alla och envar säkerhet, trygghet och rättvisa m.m. Nu nämnda intressen är givetvis i allra högsta grad beaktansvärda. Men de får inte inkräkta på primärintresset. Men den risken är inte särskilt stor. Om intresset av att på lång sikt tillfredsställa ett borgenärskollektiv tillgodoses, innebär det att de sekundära intressena med automatik också tillgodoses.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Se Marek Keller s. 97 f.

<sup>62</sup> Den dominerande uppfattningen är också att den egendom som omfattas av konkursbeslaget alltjämt ägs av konkursgäldenären och att boet/förvaltaren endast övertagit rådgivningen avseende egendomen, se Marek Keller, Konkurs och process, Uppsala 2020, s. 69 f. med hänvisningar (särskilt s. 76). Det synsättet har dock utmanats i doktrinen, se Jenny Söderlund s. 233 f. och s. 316 f. ....Mer.....

<sup>63</sup> Jag väljer alltså medvetet att uttrycka ”borgenärsintresset” som att det handlar om att på lång sikt tillgodose ett *kollektivs* intressen. Det är alltså inte samma sak som att en enstaka borgenär i en ”akut” situation (t.ex. i en enstaka konkurs) får maximalt betalt. Skuldsanering (liksom ackord) torde t.ex. ofta innebära att deltagande borgenärer få en mindre del av fordran betald, men att framtida borgenärer (som också kan var de deltagande) kan få löpande betalt i framtiden. En sådan ordning kan ju också sägas vara gäldenärsgynnande – men enligt min mening – kommer det kollektiva och långsiktiga borgenärsintresset först. Att det allmänna och aningen vaga ”samhällsintresset” också kan tillgodoses av detta är väl uppenbart.

#### 4.4 Det tredje budordet – Ta ombord tjänsteekonomin

Den insolvensrättsliga lagstiftningen – inte bara konkurslagen – är inriktade mot mer traditionella tillverkande industriverksamheter. Utgångspunkten är att det finns tillgångar i form av ”saker” (lokaler, maskiner, lager m.m.) och i vissa fall även immateriella tillgångar / varumärken, patent, m.m.). Utgångspunkten är vidare att det finns anställda med identiska, eller likartade, anställningsvillkor. Ytterligare en utgångspunkt är att företagets administration och ekonomihantering sker internt inom företaget. Komplexa konsultavtal och andra uppdragsavtal, av såväl momentan som löpande natur, är tämligen okända företeelser. Detsamma gäller avtal om vissa samverkansförhållanden med andra företag (”joint-venture”) liksom även koncernförhållanden.

Det kan alltså behövas vissa anpassningar till dagens realiteter i näringslivet och samhällsekonomin i övrigt. Hur sådana anpassningar ska komma till uttryck i en insolvensrättslig kontext är dock – det ska erkännas – en svårlöst uppgift.

#### 4.5 Det fjärde budordet – Skilj mellan människor (fysiska personer) och bolag (juridiska personer)

Insolvensrätten är i grund och botten helt och hållet kommersiellt präglad. Det krävs då en starkare kopplingen till den ekonomiska samfärdseln och ekonomiska realiteter, och det såväl på mikro- som makronivå. I det sammanhanget finns det all anledning att betona att insolvensrätten måste ges en tydligare företagsprägel. Rent lag- och språktekniskt är dagens lag skriven med en fysisk person i åtanke som konkursgäldenär. Tillämpningen av lagen rör dock i allt väsentligt bolag och andra juridiska personer. En ändamålsenlig lag borde rimligen ha den senare kategorin som huvudsaklig målgrupp. Och fysiska personer borde rimligen vara föremål för vissa särregler. Konkurs, och även rekonstruktion, för en juridisk respektive fysisk person är på väsentliga punkter skilda saker.

#### 4.6 Det femte budordet – Locka fram ägarna

En grundläggande finess med att driva en verksamhet i form av ett aktiebolag är att aktieägarna i princip inte bär något personligt ansvar för vad aktiebolaget sysslar med eller betalningsansvar för bolagets skulder. Denna grundläggande princip ska man givetvis slå vakt om. Men det får inte hindra att aktieägarna i vissa fall inte kan undgå personligt ansvar. Exempel på det finns också i gällande rätt. I ett mer generellt insolvensrättsligt perspektiv måste ägarna lyftas fram som en aktör. Inte minst vid rekonstruktion och skuldsanering har ju dessa direkt betydelse. Men även i övrigt kan det vara så att ägarna å ena sidan kan vara en aktör som kan bidra till ett effektivare förfarande och å den andra kan vara en aktör som inte får hindra ett effektivt förfarande. Det finns alltså flera skäl för att ge ägarna någon form av status som aktör i ett insolvensförfarande där de personligen i och för sig inte är gäldenärer.

#### 4.7 Det sjätte budordet – Konkurrensutsätt borgenärerna

En viktig fråga måste rimligen vara hur olika borgenärer ska prioriteras. Det är en intrikat fråga som inte kan behandlas fullt ut här. Men ur ett strikt insolvensrättsligt perspektiv bör det rimligen vara så att det utöver den förmånsrätt som naturligen är förbunden med panträtter av olika slag inte ska förekomma några förmånsrätter alls. Fram för allt bör hypotekariska säkerheter undvikas. Förutom att förekomsten av sådana rent allmänt försvårar en insolvenshantering lägger de ofta en död hand över möjligheterna till lyckosamma rekonstruktioner. Man kan dessutom lägga till att den vanligast förekommande innehavaren av hypotekariska säkerheter, dvs. banker och finansbolag, inte torde ha någon svårighet att hantera en effektiv kreditgivning utan tillgång till företagshypotek. Utan sådan säkerhet borde bankerna också på ett mer rättvisande sätt kunna prissätta sina krediter. Att förekomsten av företagshypotek rent allmänt skulle gynna kreditgivningen till små och medelstora företag finns det inga belägg för. Avskaffandet av företagshypoteket skulle antagligen på flera plan föra med sig en sundare kreditgivning.



Den nu berörda frågan var brännhet för 15 – 20 år sedan.<sup>64</sup> På grundval av Förmånsrättskommitténs förslag i SOU 2000:66 gjordes det dåvarande företagshypotek (som var en särskild förmånsrätt) om till en företagsinteckning (som var en allmän förmånsrätt). Efter en ihärdig lobbyverksamhet återställdes dock denna reform. Motiven för detta återställande vilar på bräcklig grund. Huvudargumentet att ett ”starkt företagshypotek” bättre skulle tillgodose småföretagens kreditförsörjningsbehov än en ”svag företagsinteckning” saknar mer hållfasta belägg. I själva verket torde valet mellan de båda alternativen endast ha marginell betydelse, om ens det, vad gäller möjligheterna för företag att erhålla kredit; i vart fall om vi talar om seriöst drivna företag med en pågående hållbar verksamhet (eller ett nystartat företag med en realistisk affärsidé). Däremot torde en företagsinteckning som allmän förmånsrätt bidra på ett inte obetydligt sätt, såväl realiter som ”signalmässigt”, till en ökad jämställdhet mellan borgenärerna i en insolvenssituation vilket i sin tur skulle innebära tillgång till fler insolvensrättsliga verktyg. Det skulle innebära att möjligheterna att genom rekonstruktion få fler krisdrabbade företag på fötter skulle öka.

I det ovan sagda ligger att inte bara löneförmånsrätten bör göras till föremål för en behovsgranskning och analys. Även lönegarantin bör ses över i syfte att begränsa dess omfattning så långt det går. Det finns onekligen, även i ett strikt insolvensrättsligt perspektiv, goda skäl för såväl en löneförmånsrätt som en lönegaranti. Det finns dock också skäl emot detta. Vad gäller lönegarantin kan man fråga sig varför den som blir uppsagd på grund av arbetsgivarens konkurs ska ha bättre förmåner än den som blir arbetslös av andra orsaker. Om man nu ändå anser att en lönegaranti av inte alltför blygsam omfattning är motiverad blir nästa fråga varför andra borgenär, genom löneförmånsrätten, ska finansiera denna garanti.

I ett långsiktigt perspektiv är det väl värt att återigen göra grundliga analyser och överväganden vad gäller utformningen av förmånsrättsordningen.

<sup>64</sup> Se händelsekedjan SOU 2000:66, prop. 2002/03:49, SOU 2007:71 och prop. 2007/08:61.

#### 4.8 Det sjunde budordet – Ge alla aktörer tydliga roller

En sista viktig övergripande fråga består av två delfrågor; 1) vem ska vara förvaltare/rekonstruktör och vilka befogenheter ska denna person ha och 2) vem ska utöva tillsynen över förvaltningen, hur ska tillsynen vara organiserad och vilka befogenheter ska tillsynen ha tillgång till. Möjligen ska man allra först ställa sig frågan om det behövs någon särskild tillsyn över huvud taget.

*TSM:s uppgift* anges i 7 kap. 27 § vara att övervaka att förvaltningen bedrivs på ett ändamålsenligt sätt i överensstämmelse med konkurslagen och andra författningar, vilket är en vag och allmänt hållen instruktion. Det sker i praktiken enbart genom granskning i efterhand. Någon egentlig befogenhet att påverka konkursförvaltningen har TSM inte. Det s.k. hörandet, reglerat i 7 kap. 10 § konkurslagen, saknar större betydelse. Över huvud taget är TSM en osedvanligt maktlös kontrollinstans. Konkurstillsynsutredningen lämnade långt gående och i vissa avseenden radikala förslag rörande detta, men det har, som nämnts, inte lett till någon lagstiftning.

Som redan har framhållits är det emelleretid en svår uppgift att utöva tillsyn över konkursförvaltningen, inte minst på grund av en oklar lagreglering. Vissa av dessa nackdelar kan man komma till rätt med genom att genomföra förslagen i promemorian. Dessa innebär sammantaget att TSM:s betydelse ökar och att TSM får fler konkreta uppgifter inom konkurshanteringen. Det borde bidra till ökat ansvar, ökad kompetens och ett ökat genomslag för tillsynsverksamheten. Ytterligare reformer tode dock krävas. För det första måste själva tillsynsuppgiften konkretiseras och specificeras ytterligare. För det andra måste tillsynen ges bättre sanktionsmöjligheter i form av fler vapen och skarp ammunition till dessa. För det tredje måste TSM frikopplas från KFM.

Om man ser på rekonstruktörens roll enligt lagen om företagsrekonstruktion är det lätt att inse att det är en tämligen oklar och "hopplös" roll. Närmast kan en rekonstruktör beskrivas som något sorts "superrådgivare". Det är knappast hållbart med en sådan figur inom ramen för en principfast insolvensrättslig helhetsstruktur. Som

en självklarhet kan också nämnas att även rekonstruktionsfallen måste inlemmas i samma tillsynssfär som konkursfallen. Med tanke på rekonstruktionsdirektivet (se förra numret av Ny Juridik) kan man räkna med att även lagen om företagsrekonstruktion kommer att få en tillsynsreglering. Det måste sägas vara ett steg i rätt riktning. Det känns då som naturligt att inlemma rekonstruktionstillsynen i konkurstillsynen.

#### 4.9 Det åttonde budordet – Fyll den insolvensrättsliga verktygslådan

Diskussionen rörande rekonstruktion som ett insolvensrättsligt fenomen har innehållit många olika angreppssätt och skilda perspektiv har anlagts. Men återkommande lyfts betydelsen av att kunna hantera en insolvenssituation på det sätt som är bäst i det enskilda fallet fram. Det innebär att de generellt gällande lagbestämmelserna måste tillåta en tämligen hög grad av flexibilitet. Samtidigt måste man kunna förlita sig på en stabil och förutsebar grundstruktur i systemet. Det är lätt att inse att det kan innebära konflikter vid regelgivningen. Men, enligt mitt förmenande, är det konflikter som går att hantera och det är möjligt att finna lösningar som tillgodoser intresset av såväl stabilitet som flexibilitet.

I detta sammanhang är det av fundamental vikt att man har målbilden klar för sig. Man måste tydligt ha angett vad som är det primära målet med en insolvenshantering och vilka sekundära mål som kan tillåtas finnas med i bilden. Utifrån detta kan man sedan tänka sig ett bredare urval av *medel* för att uppnå detta mål. Sådana medel bör finnas tillgänglig redan på ett preventivt stadium, dvs. för att förhindra att en insolvenssituation uppstår (eller förvärras). Sådana medel bör finnas tillgängliga under den tid ett insolvensförfarande pågår och slutligen bör sådana medel finnas också efter det att själva förfarandet har upphört ("efterbehandling").

Ett exempel på ett förebyggande medel (verktyg) är regler som ger företagsägare och företagsledning incitament till att tidigt vidta relevanta åtgärder. För att så ska kunna ske krävs det givetvis att relevanta åtgärder av förebyggande slag tillhandahålls av lagstiftaren.

Dessa bör utgöras av blandning av morötter (t.ex. någon form av skattelättnad) vid en tidig betalningsinställelse och piskor (t.ex. personligt ansvar för ägare och/eller företagsledning) vid ett vårdslöst fortsättande av en verksamhet som inte är lönsam.

Exempel på åtgärder som måste finnas tillgängliga under ett förfarande är åtgärder som inriktas på behandlingen av en insolvent aktörs avtal. På den punkten finns det, som bekant, förslag presenterade.<sup>65</sup> Dessa förslag kan måhända vara i behov av vissa detaljjusteringar, men grunden är lagd.

Exempel på regler som har siktet inställt på såväl själva förfarandet som även "efterbehandlingen" är regler rörande en rekonstruktionsplan inklusive ackord. Som framgår av min artikel i förra numret av Ny Juridik är den "stora nyheten" i EU:s rekonstruktionsdirektiv bestämmelserna som rör rekonstruktionsplanen. Dessa kräver ett införlivande, antagligen i den befintliga lagen om företagsrekonstruktion. Från att som nu enbart vara ett "arbetsinstrument" som gäller under tiden rekonstruktionsförfarandet pågår blir rekonstruktionsplanen ett rättsligt bindande instrument av betydelse och med rättsverkningar även efter avslutat rekonstruktionsförfarande. Bortsett från rekonstruktionsplanen kräver en effektiv insolvenshantering antagligen att man även i övrigt har tillgång till en välfylld och diversifierad verktygslåda.

Som jag har framhållit i artikeln i förra numret av Ny Juridik kan införlivandet av EU:s rekonstruktionsdirektiv, tillsammans med genomförandet av förslagen i den aktuella promemorian, utgöra ett startskott och grundläggande långsiktigt reformarbete med ett samlat insolvensförfarande i fokus. Inte minst viktigt är att konkurs och rekonstruktion inte tillhandahåller olika verktygslådor. Det kan skapa ohanterbara insolvensrättsliga komplikationer. Om det nu, t.ex. på grund av rekonstruktionsdirektivet, föreslås ett införande av en reglering av rekonstruktionsgäldenärens avtal är det svårt att tänka sig en konkurslag som helt saknar motsvarande reglering.

---

<sup>65</sup> Se SOU 2010:2 s. 367 f.

#### 4.10 Det nionde budordet – Häng med internationellt

Den internationella diskussionen rörande insolvensrättsliga frågor pågår ständigt. Och det gäller långt från enbart frågor av gränsöverskridande karaktär. Denna diskussion äger rum i olika fora. Det kan vara branschorganisationer, yrkessammanslutningar och akademiska fora. I internationella organisationer (FN, Världsbanken m.fl.) pågår så gott som ständigt olika projekt med anknytning till insolvensrätten. Inom EU tas sådana frågor upp med viss regelbundenhet. Det är knappast möjligt för ett litet land som Sverige att ikläda sig någon central eller drivande roll i alla dessa sammanhang. Det är däremot möjligt att aktivt följa vad som händer i omvärlden. Vad som görs av andra kan inspirera till vissa nationella åtgärder – eller avskräcka från vissa andra. Möjligen skulle man kunna lyfta fram den nordiska konkurskonventionen som ett område där ett nationellt initiativ borde kunna tas. Det skulle i så fall gå ut på att upphäva dessa konventioner och i stället verka för att Danmark, Norge och Island ansluts till EU:s insolvensförordning, vilket dock säkert är lättare att säga än att göra.

Men i denna del är det – som jag framhöll redan 2001 – viktigare att åka med tåget än att köra lokomotivet.<sup>66</sup>

#### 4.11 Det tionde budordet – Effektivisera domstolarna

De allmänna domstolarna utgörs i dag av 48 tingsrätter, sex hovrätter och Högsta domstolen. Den strukturen är resultatet av 1990- och det begynnande 2000-talets omdaning av det allmänna domstolväsendet. Den strukturen har satt sig och är i det stora hela välfungerande. Det är inte rimligt att i närtid förvänta sig några större förändringar av denna struktur. Och reformer av insolvenshanteringen skulle knappast bidra till att motivera några förändringar; inte ens om förändringarna på ett mycket radikalt skulle påverka domstolarnas roll i denna hantering. Några särskilda insolvensdomstolar är inte aktuellt att inrätta. Däremot är det tänkbart, till och med troligt, att genomförandet av förslagen i den aktuella departementspromemorian kommer att leda till en koncentration

<sup>66</sup> Se Ny Juridik 2001:4 s. 49.

av konkursärendena till vissa särskilt utpekade tingsrätter. Jag har ovan argumenterat för att en tingsrätt per län är för dålig koncentration och jag förordar i stället en tingsrätt per hovrättsområde. Detta för att åstadkomma en verklig koncentration och därmed komma i åtnjutande av koncentrationens fördelar (effektivare rutiner, höjd kompetensnivå m.m.).

Men jag ser ett starkt behov av en annan reform; en reform som inte kräver någon lagändring alls. Det är frågan om en reform som skulle gynna insolvenshanteringen i bred bemärkelse, men inte bara den hanteringen utan handläggningen av dispositiva tvistemål överlag. Eftersom tingsrätterna har utvecklats till att primärt vara brottmålsdomstolar har handläggningen av civilmål kommit kläm. Det har inneburit långa handläggningstider samt en urvattnad kompetens hos domare och annan personal att handlägga andra mål och ärenden. Det har drabbat de dispositiva tvistemålen särskilt hårt. Dessa mål är så gott som aldrig förtursmål eller mål förenade med några lagbestämda frister eller andra mer specificerade skyndsamhetskrav. En angelägen reform vore att tingsrätterna riggade sin interna organisation så att tvistemål handläggs separerat från brottmål. Rent konkret innebär det att dispositiva tvistemål bör lottas på egna avdelningar och/eller rotlar eller motsvarande. Domare och annan personal bör i samband med det enbart handlägga dispositiva tvistemål. I flera avseenden är det två olika ”jobb” att vara tvistemåls- och brottmålsdomare. Genom en sådan ordning skulle man få till stånd förutsättningar för en ökad effektivitet och en förhöjd kompetens hos alla personalkategorier, inte minst hos domarna. Det är också i dessa dispositiva tvistemål – inte i den mer rutinbetonade konkurshandläggningen – de svåra insolvensrättsliga frågorna uppkommer. Nu nämnd reform skulle alltså gynna handläggningen av alla slags kommersiella tvistemål, inklusive sådana där konkursrättsliga frågor aktualiseras. Samtidigt skulle handläggningen av brottmål kunna effektiviseras i motsvarande mån.<sup>67</sup> Och detta

<sup>67</sup> I en tingsrätt kan mycket väl domarna cirkulera med vissa intervall så att man får syssla med såväl tviste- som brottmål. Poängen vad gäller effektivitet och kompetens är att man inte ska syssla med de båda kategorierna *samtidigt*.

kan enkelt åstadkommas genom att domstolschefen (lagmannen) bestämmer detta i tingsrättens arbetsordning.<sup>68</sup> Motsvarande uppdelning bör också ske i hovrätterna.

#### 4.12 Avslutande avslutning

Insolvensrätten har såklart en framtid! Men det ankommer på oss att lotsa in den i denna framtid på ett framsynt sätt. Ett offensivt införlivande av EU:s rekonstruktionsdirektiv och fullständigt genomförande av förslagen i departementspromemorian kan fungera som ett startskott för en fortsatt period av rättsutveckling inom området. Och en fortsättnings behövs. Risker finns annars att man förnöjsamt slår sig till ro med "startskottet" och missar möjligheterna till en fruktbar och utvecklande fortsättning.

Som jag ser det ligger bollen i regeringskansliet. Det är därifrån fortsatta initiativ bör komma. Nu aktuella frågor är inte heller någon arena för partiskiljande linjer; möjligen med undantag för vissa detaljer. Det borde rimligen kunna medföra att en mindre grupp fick i uppdrag att under en längre tid ta fram ett förslag till en ny insolvensrättslig lagstiftningsstruktur.

<sup>68</sup> Ifrågavarande uppdelning kan måhända vara svår att åstadkomma fullt ut i de allra minsta tingsrätterna.