

MARIE KARLSSON-TUULA

Entreprenörskap i centrum för insolvenslagstiftningen de lege ferenda

Rekonstruktionslagstiftning i allmänhet är för närvarande föremål för granskning inom hela EU. EU har funnit att vissa medlemsstater saknar en väl fungerande rekonstruktionslagstiftning och har därför kommit med ett förslag till direktiv på området för medlemsstaternas tillnärmning av lagstiftningen. Vissa kriterier har ställts upp om vad en rekonstruktionslagstiftning bör innehålla för att underlätta för Entreprenörskap och investeringar. I USA har Entreprenörskapet och Bankruptcy Code varit frekvent studerad under lång tid. Entreprenörskap har lyfts fram även i Europa. I denna artikel beskrivs EU:s pågående arbete och hur man i USA har tillskapat en väl fungerande lagstiftning med hjälp av att fastställa vilken inriktning som en väl fungerande insolvenslagstiftning bör ha.

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

1. INLEDNING

Entreprenörskapet har under lång tid varit central i diskussionerna för hur en insolvensrättslig lagstiftning kan utformas. Syftet är att skapa de rätta incitamenten som är relevanta för att företagaren ska ansöka i tid om företagsrekonstruktion. Redan under 1970-talet blev entreprenörskapet framlyft vid lagändringar i den amerikanska Bankruptcy Code. Lagstiftningens inriktning blev en omdiskuterad fråga dvs. om rekonstruktionslagstiftningen ska vara gäldenärs-, borgenärs- och/eller samhällsinriktad för att underlätta entreprenörskap. Under senare tid har det i EU aktualiserats frågor om Entreprenörskap och "fresh start" och att en företagare ska få en andra chans. Den 17 oktober presenterades förslag på ändrade rekonstruktions regler i Sverige i utredningen Entreprenörskap på det tju-

goförsta århundrandet.¹ Detta förslag ska nu bli föremål för en remissomgång. Klart är att intresse för Entreprenörskap har vuxit under senare tid. Det finns flera frågor som kan lyftas fram i sammanhanget. En fråga är om det finns ett samband mellan entreprenörskap och insolvensreglers utformning. En andra fråga är vilken betydelse en lagstiftnings inriktning ska ha för att underlätta entreprenörskap. En tredje fråga är vilka kriterier som kan används för att fastställa om lagstiftningen är att betrakta som gäldenärs-, borgenärs-, och eller samhällsinriktad. Frågorna behandlas nedan i nu nämnda ordning.

2. ARBETET MED INSOLVENSFRÅGOR I EU

Kommissionen har under senare tid presenterat en ny europeisk strategi för att hantera misslyckade företagssatsningar. Den presenterade under 2012 en ny Europeisk strategi för att hantera misslyckade företagssatsningar och insolvens.² Kommissionen identifierade ett antal områden där skillnaderna i de nationella insolvenslagstiftningarna skiljer sig åt och påtalade bl.a. vikten av att reglerna om insolvens skulle genomgå en tillnärmning. Kommissionen har särskilt också lyft fram vikten av att överväga mildare insolvensregler. Ett skäl till detta är att insolvensreglernas utformning särskilt påverkar vilka individer som startar företag. Vidare har möjligheterna för att starta upp på nytt också diskuterats. Detta benämns "fresh start" i den amerikanska doktrinen. I mars 2014 kom ytterligare en rekommendation för att säkerställa att livskraftiga företag som är aktiva inom den europeiska unionen ska ha tillgång till nationella insolvensförfaranden.³ Det framhölls att en tillnärmning av medlemsstaternas insolvensregler borde övervägas. Dessa förfaranden ska möjliggöra att företagen kan omstruktureras i ett tidigt skede så att konkursdrabbade entreprenörer kan få en andra chans. Den 22 november i år kom ett förslag till direktiv på området. Detta innehåller förslag till harmonisering genom att vissa mininivåer ska införas i medlemsstaterna i EU.⁴ Något av det som nämns i direktivet är bl.a. är att minska de största hindren för det fria flödet av kapital.

Syftet är att alla medlemsstater att ha inrättat huvudprinciper för effektiva insolvensförfaranden genom att förkorta förfarandenas längd och att det ska finnas rekonstruktionsmöjligheter. Det ska också finnas möjlig-

¹ SOU 2016:72. Detta betänkande behandlas inte i denna artikel.

² COM (2012) 742 final av den 12 december 2012. Se även SOU 2016:72, s. 138 f

³ COM (2014) 1500 final av den 3 december 2014.

⁴ 2016/0359 (COD) on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU.

het för företagaren att starta upp på nytt. Tanken är att det ska underlätta för möjliga investeringar och öka antalet arbetstillfällen.

Det finns förslag om att medlemsländerna ska införa rekonstruktionsplaner som ska fastställas av specialdomstol. Tanken är också att antalet onödiga konkurser ska minska. Förslaget ska förhandlas i medlemsstaterna och det blir intressant att se hur det påverkar svensk rättsutveckling.

3. STUDIEN SAMBAND MELLAN ENTREPRENÖRSKAP OCH INSOLVENSREGLER

Tillväxtverket har i studien, Samband mellan entreprenörskap och insolvensregler, visat att det föreligger ett samband mellan en insolvenslagstiftnings inriktning och viljan till entreprenörskap. I studien undersöktes relationen och styrkan mellan olika aspekter av insolvenslagstiftning och särskilt det tillväxtorienterade entreprenörskapet.⁵ Syftet med undersökningen var att bygga upp och sprida kunskap om olika reglers effekter på företagets tillväxt. Det slogs i undersökningen fast att det finns ett samband mellan insolvenslagstiftning och entreprenörskap. Det finns empiriska studier som visar att en mindre strikt insolvensrätt har en positiv påverkan på entreprenörskap och företagande. Studier visade också att s.k. mildare insolvensregler kan inverka såväl på kvantiteten som på kvaliteten på entreprenörskap genom att uppmuntra företagare att starta igen, "fresh start" vilket ofta leder till framgångsrikt entreprenörskap.

I den, nu nämnda studien, framförs det bl.a. att entreprenörskap är ett mångfacetterat fenomen och motiven bakom, liksom att tillväxtpotentialen, skiljer sig åt mellan olika typer av entreprenörskap. Analysen baseras på data från, dels Världsbankens index Cost of Doing Business och då specifikt det delindex Resolving Insolvency som mäter tid, kostnader och återvinningsgrad för borgenärer vid konkurs, dels mättet på entreprenörskap från GEM (Global Entrepreneurship Monitor) och andra oberoende institut som insamlar data på ett enhetligt sätt.

En tidigare studie om sambandet mellan insolvenslagstiftning och entreprenörskap har gjorts i Japan av Stanfordforskarna Eberhart, Eesley och Eisenhardt.⁶ Deras studier visar att det föreligger en starkare kausalitet mellan en reform av insolvensrätten i Japan och en viss typ av entreprenör-

⁵ Se här och i det följande studien som finns publicerad på tillväxtverkets hemsida PM 2015:02 med diarienummer 2014/018.

⁶ Eberhart, R., Eesley, C.E. & Eisenhardt, K. M. (2013). Failure is an Option: Failure Barriers and New Firm Performance. July 18, 2013. Rock Center for Corporate Governance at Stanford University Working Paper No. 111. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1982819>.

skap (elit-entreprenörer), men den aktuella analysen bygger på data från ett stort antal länder över tid och kan läggas till grund för ett antal olika mått på värdeskapande entreprenörskap (innovativt entreprenörskap, tillväxtorienterat entreprenörskap samt möjlighetsinriktat entreprenörskap) varför resultaten är mer generaliserbara. Alla tre indikatorer eller mått på insolvens från Världsbanken (tid, kostnader och återvinningsgrad) har ett negativt samband med möjlighetsbaserat, högtillväxt- och innovativt entreprenörskap även om den relativa betydelsen av dessa varierar. Dimensionen kostnader har även en negativ påverkan på nödvändighetsbaserat entreprenörskap i OECD-länder. Denna typ av entreprenörskap är av en annan karaktär och innebär att individen tvingas till egenföretagande för att få sin försörjning, vilket står i kontrast till den möjlighetsbaserade, innovativa, och tillväxtorienterade typ av entreprenörskap som betraktas som viktigare för OECD-länderna.

I studien visar analysen av data på landsnivå att en mildare insolvenslagstiftning kan reducera hindren vid misslyckanden och därmed uppmuntra till ett tillväxtorienterat och innovativt entreprenörskap. Dessa resultat stödjer och förstärker slutsatserna från Eberhart m.fl. och deras studie av den japanska reformen.⁷ Mer förlåtande insolvensregler synes ha den positiva konsekvensen att de uppmuntrar ”bättre” och inte bara mer entreprenörskap.

4. INSOLVENSLAGSTIFTNINGENS INRIKTNING OCH DESS BETYDELSE FÖR ENTREPRENÖRSKAP

I USA har det under lång tid förts en diskussion om vilken inriktning en insolvenslagstiftning ska ha, d.v.s. om den ska vara gäldenärsorienterad, borgenärsorienterad och/eller samhällsinriktad. Diskussioner har också förts om vilken funktion insolvenslagstiftning ska fylla. Vidare har begreppet, “fresh start”, att starta upp på nytt efter ett insolvensförfarande varit vägledande för tillkomsten av Bankruptcy Code och Chapter 11, Reorganization business. Förslaget till Bankruptcy Code lades fram av kongressen 1977.⁸

⁷ Eberhart, R., Easley, C.E. & Eisenhardt, K. M. (2013). Failure is an Option: Failure Barriers and New Firm Performance. July 18, 2013. Rock Center for Corporate Governance at Stanford University Working Paper No. 111. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1982819>.

⁸ Se här och i det följande Tuula, M, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar. En studie i svensk och amerikansk insolvensrätt, Sthlm 2001, s. 51 f.

En lagstiftnings inriktning kan fastställas utifrån olika variabler som kan tillämpas på alla typer av insolvensrättsliga lagstiftningar, oavsett nationell tillhörighet. Exempel på några variabler är hur reglerna har utformats med avseende på; företagets beslut att ansöka om att inleda en företagsrekonstruktion, vilka incitamenten är att inleda ett förfarande, vem som skall kunna ansöka, vilka krav som ställs på en ansökan, hur domstolens materiella prövning sker, vilka rättsverkningarna är av att ett förfarande inleds, hur ett förfarande genomförs, bestämmelser om abandonering, bestämmelser om kvittning och gäldenärens avtal, finansiering under rekonstruktionsförfarandet, innehållet i rekonstruktionsplanen. Bland det principiellt mest viktiga är – förutom fortsatt finansiering – också gäldenärens möjlighet att driva verksamheten samt rätten för gäldenären att få lämna ett förslag till rekonstruktionsplan. Variablerna kan sättas in i sitt sammanhang på följande sätt;

- Möjligheterna för en gäldenär att inleda ett rekonstruktionsförfarande och vem som gör den materiella prövningen. Här innefattas även frågor om den sökande måste visa huruvida företaget har svårigheter med likviditeten eller är på obestånd, d.v.s. insolvent.
- En gäldenärs *incitament* att inleda ett rekonstruktionsförfarande. Incitamentet ska övervägas med utgångspunkten om företagsledningen kan bli personligt ansvarig antingen för att företaget kommit på obestånd, blivit insolvent eller kommit i ekonomiskt trångmål. Under denna punkt kan också frågan ställas om företagsledningen kan åläggas ett särskilt ansvar för att företaget misslyckats i sin verksamhet, s.k. *wrongful trading or negligent trading*.
- Möjligheten för en gäldenär att under ett rekonstruktionsförfarande nyttja sådan egendom som säkerställts och/eller eventuella intäkter av denna.
- Möjligheten att ta upp nya krediter under det generella moratoriet.
- Den inverkan ett rekonstruktionsförfarande har på gäldenärens kontraktsförhållanden.
- Ett allmänt kvittningsförbud, d.v.s. förbud att ingå avtal innehållande villkor om avräkning, *nettning*, samt förbud att häva redan ingångna avtal.

- Finansieringsfrågor under rekonstruktionsförfarandet. – Här undersöks om kreditgivare som medger krediter under rekonstruktionen får en särskild förmånsrätt.

Gäldenärens intressen har fått en framskjuten roll i Ch. 11, *Reorganization Business*, Förfarandet är inriktat på att gäldenären själv skall medverka och bestämma hur verksamheten ska bedrivas under rekonstruktionsförfarandet. Dessutom får gäldenären själv utarbeta ett förslag till rekonstruktionsplan. Gäldenären behåller rådigheten och driver verksamheten vidare. Gäldenärsintresset har dock fått en framträdande roll utan att borgenärsintresset helt kommit i skymundan. Borgenärsintresset tas tillvara genom borgenärskommittéer och liknande. Det förtroende som gäldenären fått att driva sin verksamhet vidare under den tid som verksamheten ska rekonstrueras ger en högre avkastning och mindre kostnader i förfarandet. Det leder dessutom till att utdelningen till borgenärerna blir högre. Flera studier visar att utdelningen i ett rekonstruktionsförfarande är mer förmånlig än vid avveckling genom konkurs. Det finns även studier som visar att rekonstruktionsförfarandet Ch.11 är fördelaktigt för aktieägarna. Dessa behåller ofta en del av företaget trots att borgenärerna accepterar ett ackord. Gäldenärens möjlighet att starta om på nytt, få en s.k. *fresh start* är centralt i förfarandet.

Ch. 7, *Liquidation* i BC utgör ett bra exempel på ett förfarande som tillvaratar borgenärernas intressen. Detta förfarande syftar till att borgenärerna ska få betalning ur gäldenärens verksamhet när den avvecklas. Vidare kan tilläggas att trots att Ch. 11, *Reorganization Business*, i huvudsak, syftar till att tillvarata gäldenärens intressen finns bestämmelser i detta kapitel med ett innehåll som är borgenärsinriktat. Ett exempel är regleringen om att borgenärerna under den tid som ett Ch. 11-förfarande pågår ska vara skyddade mot värdeminskning i säkerställda tillgångar. Vidare kan borgenärskommittéer utses under förfarandet och såväl borgenärer som aktieägare åtnjuter ett omfattande skydd genom särskilda bestämmelser.

I det samhällsinriktade perspektivet sätts de fiskala intressena, sysselsättningsintresset och företagsamheten i centrum. Det är i första hand viktigt att rädda företagsamhet och arbetstillfällen. Under de senaste decennierna har samhällsekonomiska aspekter fått en ökad betydelse. En konkurs som leder till slutlig avveckling och nedläggning av en verksamhet leder sannolikt också till arbetsmarknadsproblem och regionalpolitiska

ka problem, som fordrar en annan intresseavvägning än den som måste göras när borgenärernas intressen är det som primärt skall tillvaratas.

Detta var en kort beskrivning av något som är mycket intressant och som mycket väl skulle kunna lämpa sig för en doktorsavhandling eller två. Vidare skulle ämnet väl lämpa sig för en antologi med ett tvärvetenskapligt angreppssätt mellan framförallt ämnena juridik och ekonomi såväl företags- som nationalekonomi.