

MARIE KARLSSON-TUULA

# Gäldenärens avtal i insolvensförfarande, särskilt om överlåtelse av avtal och ipso-facto klausuler vid insolvens de lege ferenda<sup>1</sup>

*I det följande behandlas gäldenärens avtal under företagsrekonstruktion. Det förs en diskussion om man under en företagsrekonstruktion ska kunna överlåta avtal som har ingåtts före beslutet om företagsrekonstruktion. Även Ipso-facto klausulers innebörd behandlas samt förbudet mot sådana klausuler i Entreprenörskapsutredningen och i det kommande EU-direktivet på insolvensrättens område.*

MARIE KARLSSON-TUULA, Jur. dr. och professor i civilrätt vid Karlstads universitet, gästprofessor vid Örebro universitet, ansvarig utgivare Insolvensrättslig tidskrift och föreståndare för Akademien för Insolvensrätt vid Karlstads universitet som båda har tillkommit på Maries initiativ, marie.karlsson-tuula@kau.se

## 1. INLEDNING

Gäldenärens avtal är alltid en svår fråga att ta ställning till under såväl en företagsrekonstruktion som vid en konkurs. Frågan aktualiseras företrädesvis i inledningsskedet av förfarandet. Rekonstruktören i en företagsrekonstruktion har bl.a. att ta ställning till vilka avtal, till förmån för rekonstruktionen, som bör fullföljas trots att gäldenären är i befarat eller redan inträffat dröjsmål med betalning eller prestation. Gäldenärens kontraktsbrott måste ha ägt rum före ansökan om företagsrekonstruktion för att 2 kap. 20 § lagen om företagsrekonstruktion ska vara tillämplig. En konkursförvaltare har

<sup>1</sup> Hämtad ur Skrifter till Jan Rambergs minne, Jure Förlag 2019 s. 145- 153.

bl.a. att ta ställning till om konkursboet ska träda in i gäldenärens avtal. Det förutsätts då att det inte finns någon ipso-facto klausul i avtalet som innehåller en hävningsrätt för motparten. Såväl den praktiskt utövande rekonstruktören som konkursförvaltarna brukar lyfta frågan om att det förekommer problem vid rättstillämpningen avseende gäldenärens avtal. Eftersom Jan hjälpte mig med gäldenärens avtal var valet av rättsfråga för detta bidrag enkelt.<sup>2</sup> I det följande behandlas Entreprenörsutredningens förslag om överlåtelse av avtal vid företagsrekonstruktion och förslaget om förbudet mot ipso-facto klausuler. Utöver det behandlas artikel 22 om ipso-facto klausuler i enlighet med förslag till direktiv från Europakommissionen. Artikeln avslutas med några sammanfattande synpunkter.

## 2. BAKGRUND I SVERIGE OCH I EU

Diskussionerna om utvecklingen på insolvensrättens område har under senare tid varit intensiva såväl i Sverige som i EU. I oktober 2016 lämnades betänkandet Entreprenörskap i det tjugoförsta århundradet.<sup>3</sup> Det övergripande syftet med utredningen var bland annat att skapa goda förutsättningar i Sverige för ett företagsklimat som uppmuntrar till entreprenörskap och innovationer. Företagsklimatet ska, enligt direktivet till lagstiftningen, dessutom underlätta kompetensförsörjning och förbättra möjligheterna för företagande.<sup>4</sup> Utredningen skulle enligt direktiven också föreslå hur lagen om företagsrekonstruktion och konkurslagen kan samordnas både materiellt och processuellt för att åstadkomma en mer ändamålsenlig ordning för de involverade parterna och samhället.<sup>5</sup> En ökad sam-

<sup>2</sup> Jag vill med detta bidrag, till framlidne professor emeritus Jan Rambergs minne, tacka Jan för den hjälp som han bistod mig med i slutet av 1990-talet när det gällde gäldenärens avtal och tillämpningen av 63 § Köplagen. Hjälpens kom till mycket god nytta när jag bl.a. skulle diskutera svensk rätt de lege ferenda med utgångspunkt från regleringen 365 § i den amerikanska konkurslagstiftningen, Bankruptcy Code. Vi diskuterade även om den amerikanska utformningen med en hävningsrätt kunde vara något för den framtida svenska lagstiftningen och i vilken lagstiftning som bestämmelserna borde regleras. Stort tack Jan för att Du inspirerade mig till att intressera mig för gäldenärens avtal först i konkurssituationen och sedermera också gäldenärens avtal under en företagsrekonstruktion.

<sup>3</sup> SOU 2016:72.

<sup>4</sup> Utredningens direktiv finns i SOU 2016:72, s. 69-70.

<sup>5</sup> Lagen om företagsrekonstruktion (1996:764) benämns i det följande LFR. Konkurslagen har förkortningen KonkL.

ordning har den stora fördelen att incitamenten för en gäldenär eller borgenär att välja ett förfarande som enbart gynnar det egna intresset minskar.<sup>6</sup> Vid flera samordnade regler blir det enklare och mer förutsägbart för samtliga aktörer som slipper göra överväganden om olika handlingsalternativ. Ett exempel på tidigare bristande materiell samordning var bestämmelserna i 2 kap. 20 § LFR och 63 § Köplagen om gäldenärens avtal. Dessa bestämmelser har nu ett liknande materiellt innehåll vilket får till följd att det på just den punkten finns en avsaknad konkurrens mellan förfarandena. Frågan om gäldenärens avtal är inte styrande på samma sätt som det kanske kunde vara tidigare. Gäldenärens avtal är ofta den viktigaste tillgången för en rekonstruerande gäldenär och kan betyda mycket för den fortsatta driften av verksamheten.<sup>7</sup> Det kan vara nödvändigt att gäldenären kan nyttja befintliga avtal särskilt om det rör långvariga avtal såsom exempelvis hyra av lokal, leasingobjekt eller licensavtal som utgör en förutsättning för verksamhetens fortsatta drift. I gäldenärens verksamhet finns det vanligen förmånliga avtal som gäldenären vill vidbli och dra nytta av under rekonstruktionen. Men det kan även finnas betungande avtal som gäldenären egentligen vill häva eftersom det ofta finns avtal som är till nackdel för rekonstruktionens genomförande. Det kan vara kostsamt för en gäldenär att fullfölja betungande avtal bl.a. därför föreslogs det i Entreprenörsutredningen att det ska finnas en möjlighet för gäldenären att överlåta ett betungande avtal även om borgenären motsätter sig. En sådan rätt saknas i den nuvarande regleringen för den rekonstruerande gäldenären enligt 2 kap. 20 § LFR. Vid ett gäldenärsbyte måste motparten uttryckligen godkänna den s.k. nye gäldenären. Frågan om överlåtelse av gäldenärens avtal under företagsrekonstruktion har varit föremål för diskussion under en längre tid. I utländsk rätt och framför allt i amerikansk rätt finns denna möjlighet sedan länge lagstadgad i 365 § Bankruptcy Code. Syftet med bestämmelsen är bl.a. att en överlåtelse ska underlätta rekonstruktionsförfarandets genomförande under Chapter 11 Reorganisation Bu-

<sup>6</sup> Karlsson-Tuula, M, Ett mer flexibelt system för företagsrekonstruktion, InraTi 2/2016, s. 76.

<sup>7</sup> Se och i det följande Karlsson-Tuula, M, Överlåtelse av avtal under företagsrekonstruktion – Ett förslag till reformering, InraTi 2017, s. 86 f.

siness. Det saknas i svensk rätt även en hävningsrätt vilket innebär att gäldenären därför inte aktivt kan häva de avtal som denne inte längre finner vara lönsamma för den fortsatta verksamheten. Det finns inte heller en hävningsrätt vid konkurs i enlighet 63 § KöpL. I amerikansk rätt stipuleras en hävningsrätt i portalparagrafen 365 § Bankruptcy Code.

Även i Europa har det under senare tid pågått ett intensivt utvecklingsarbete med insolvenslagstiftningen. I november 2016 lämnade Europakommissionen ett förslag till direktiv på insolvensrättsområdet.<sup>8</sup> Detta direktiv innehåller bestämmelser vid insolvenshanteringen om harmonisering av de nationella insolvenslagstiftningarna i EU. Det föreslås att det i EU ska finnas vissa minimivärer som medlemsstaternas insolvenslagstiftningar ska innehålla. Något av det som nämns i direktivet är bl.a. att man vill minska de största hindren för det fria flödet av kapital genom att ha en ordnad insolvenslagstiftning i medlemsstaterna. Syftet är också att samtliga stater ska ha inrättat huvudprinciper för effektivare insolvensförfaranden genom att bl.a. förkorta förfarandenas längd. I oktober 2018 lämnades besked om att Europarådet har enats om innehållet i direktivet om företagsinsolvens, Directive on business insolvency: Council agrees its position.<sup>9</sup> Direktivets syfte är bl.a. att säkerställa att livskraftiga företag i ekonomiska svårigheter ges möjlighet till förebyggande omstrukturering som ger företagaren möjlighet att omstrukturera i ett tidigt skede för att därmed undvika insolvens. Förslaget ger också konkursdrabbade entreprenörer, en andra chans. Förhandlingar med Europaparlamentet har nu inletts i syfte att nå en överenskommelse i början av år 2019 och denna ska träda i kraft under maj månad samma år. I Europarådets ständpunkt (12334/18) behålls alla huvuddelar i Europakommissionens ursprungliga förslag. Medlemsstaterna ges flexibilitet att anpassa den nya lagstiftningen till de redan befintliga nationella regelverken. Rådet har

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Interinstitutional File: 2016:0359(COD). Det återstår dock förhandlingar mellan Europarådet och Europaparlamentet innan det slutliga direktivet har tagit form. Tanken är att direktivet ska vara klart i maj 2019.

föreslagit tre förändringar. För det första ska det införas bestämmelser om att en domare ska medverka under insolvensförfarandena. En sådan reglering blir obligatorisk samtidigt som det finns ett mål om att införa snabbare insolvensförfaranden. Detta ger medlemsstaterna större flexibilitet att besluta om när och hur en domare ska medverka. För det andra ändrade Rådet tidpunkten för upphörande av enskilda verkställighetsåtgärder och har föreslagit förlängning av den tid som domstolarna behöver för att godkänna särskilt komplexa rekonstruktionsplaner. För det tredje infördes en klassindelning av borgenärerna "cram down" som sedan länge finns reglerat i amerikansk rätt i Bankruptcy Code.<sup>10</sup> Detta är en grundläggande princip i Chapter 11 förfarandet Reorganization Business och innebär i all korthet att en gäldenär har möjlighet att i en uppgörelse med borgenärerna indirekt binda även de borgenärer som inte samtyckt till den ekonomiska uppgörelsen.<sup>11</sup> Rådet vill ge medlemsstaterna flexibilitet att på nationell nivå fastställa de villkor som behövs för att genomföra värderingar av företag och utforma lämpliga regler för när och hur borgenärer kan omfattas av "cram down". När det gäller gäldenärens avtal har man behållit förslaget i artikel 22 i insolvensdirektivet som behandlar ipso-facto klausuler. Förslaget innebär att sådana avtalsvillkor som innebär hävning vid obestånd är ogiltiga och inte får tillåtas i medlemsstaterna.<sup>12</sup> Det är flera länder som redan har ett förbud mot den typen av klausuler däribland saknas Sverige. Målet för rådet, parlamentet och kommissionen är att nå en politisk överenskommelse om europeisk insolvenslagstiftning före valet till Europaparlamentet 2019. Medlemsstaterna i EU har sedan en tid av tre år att införa bestämmelserna i sina nationella lagstiftningar.

<sup>10</sup> Reglerna om "cramdown" behandlas av naturliga skäl inte i denna framställning. Se dock Karlsson- Tuula, M, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar. En jämförelse av svensk och amerikansk insolvensrätt. Akademisk avhandling, Sthlm 2001, s. 84.

<sup>11</sup> Karlsson-Tuula, M, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar. En jämförelse av svensk och amerikansk insolvensrätt. Akademisk avhandling, 2 uppl. Sthlm 2001, s. 84.

<sup>12</sup> Institutional File: 2016/0359(COD).

### 3. FÖRSLAGET OM ÖVERLÅTELSE AV GÄLDENÄRENS AVTAL VID FÖRETAGSREKONSTRUKTION

Obligationsrättens regler ger utifrån olika avtalstyper en splittrad bild över möjligheterna att överlåta avtal vid insolvens.<sup>13</sup> I allmänhet kan en gäldenär inte utan borgenärens samtycke befria sig från en förpliktelse i ett avtal genom att överlåta detta till en ny gäldenär. Ett sådant samtycke kan lämnas uttryckligen men det kan också framgå av t.ex. ett s.k. konkludent handlande. Ett gäldenärsbyte kan i vissa fall följa av lag eller åstadkommas med stöd av lag. Utan lagstöd förutsätts annars, som ovan nämnts, att borgenären och den som inträder som ny gäldenär är överens om det. Agentur- och licensavtal utgör två exempel på avtalstyper som inte utan motpartens samtycke kan överlåtas till en ny avtalspart. Detta är ett problem vid företagsrekonstruktion. Det får bl.a. till följd att rekonstruktören vid varje givet tillfälle och särskild avtalstyp måste undersöka vilka avtal som överhuvudtaget kan överlåtas. Detta medför såväl en tidsutdräkt som ökade kostnader i rekonstruktionsförfarandet. En sådan hantering är inte önskvärd under en rekonstruktion. Avtal som gäldenären ingick före beslutet om företagsrekonstruktion kan ha ett värde i sig särskilt om det är ett långvarigt avtal såsom lokalhyresavtal, leasingavtal och ett annat exempel är licensavtal.<sup>14</sup> Det kan vara av intresse för den rekonstruerande gäldenären att överlåta ett avtal mot vederlag om prestationen är mer intressant för verksamhetens vidare drift än nyttjandet av prestationen enligt avtalet. Rekonstruktionsgäldenären kan då tillgodogöra sig marknadsvärdet vid överlåtelsen och sålunda få en intäkt som är värdefull för verksamheten.<sup>15</sup> Möjligheten att överlåta avtal i verksamheten kan också i vissa fall motverka värdeförstöring för den rekonstruerande gäldenären. Ett starkt incitament för en överlåtelse av avtal är att gäldenären har träffat avtal innan de ekonomiska problemen uppstod som under rekonstruktionen blir

<sup>13</sup> Frågan om överlåtelse av gäldenärens avtal har tidigare behandlats i Insolvensrättslig tidskrift av Karlsson-Tuula, M, Överlåtelse av avtal under företagsrekonstruktion – Ett förslag till reformering, InraTi 1/2017, s. 86 f. Denna framställning bygger delvis på innehållet i artikeln.

<sup>14</sup> SOU 2010:2, s. 386.

<sup>15</sup> Hästad, T, Sakrätten avseende lös egendom, 6 uppl. 1996, s. 398. SOU 2001:8, s. 93-94.

att betrakta som betungande prestationer för gäldenären. Eftersom det, som ovan nämnts, saknas en reglering för gäldenären att häva ett sådant avtal, enligt 2 kap. 20 § LFR, kan en överlåtelse minska gäldenärens skuld- börda vilket därmed får till följd att gäldenärens behov av nytt kapital minskar. En möjlighet att överlåta avtal kan också innebära att verksamheten eller delar av den kan överlåtas med redan befintliga avtal. Denna situation måste betraktas som väldigt förmånlig för såväl den rekonstruerande gäldenären som den part som tar över ett redan framförhandlade avtal. Det står motparten helt fritt att välja att godta en överlåtelse av ett avtal eller avstå från att överta rollen som avtalspart. En överlåtelse av ett avtal innebär att gäldenären kan realisera det ekonomiska värdet av ett redan ingånget avtal på ett fördelaktigt sätt i stället för att vara tvungen att fullgöra avtalen till en hög kostnad. Sammantaget är en överlåtelse av avtal under företagsrekonstruktion till fördel för den rekonstruerande gäldenären och för motparten då avtalet i sin helhet blir fullföljt. Samtliga prestationer enligt det ursprungliga avtalet fullgörs i enlighet med det ursprungliga avtalet som gäldenären har förhandlat fram före det att rekonstruktionsförfarandet inleddes. Detta faktum är fördelaktigt inte minst för borgenärskollektivet. De torde kunna påräkna en högre ackord procentlig utdelning vid förhandlingarna i den offentliga ackordsuppgörelsen. Entreprenörsutredningen uppställde i sitt lagförslag krav på att den motpart<sup>16</sup> till vilken gäldenären överlåter avtalet är solvent och därmed kan fullgöra alla de prestationer som återstår enligt avtalet. Detta är ett krav som bl.a. följer innehållet i 365 § Bankruptcy Code och det framstår som skäligt då motparten inte ska komma i ett sämre läge efter överlåtelsen. Det torde annars saknas skäl för en ny avtalspart att acceptera avtalsförhållandets innehåll och godta en överlåtelse. Enligt utredningen är det utifrån ett rekonstruktionsperspektiv möjligt att göra ett gäldenärsbyte. En fråga som aktualiseras i sammanhanget är dock vilket skyddsvärde motparten har i sitt intresse av att få välja vem som nyttjar dennes egendom eller i vilket sammanhang i en insolvenssituation som detta går utöver all-

<sup>16</sup> Levin, M, Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt, 10 uppl. 2011, s. 227.

männa borgenärernas och samhällets intressen av vidaredrift och att rekonstruktion kommer till stånd. Men detta problem torde kunna botas med ett tydligt lagstadgande om överlåtelse under en företagsrekonstruktion. Enligt utredningen är det utifrån ett rekonstruktionsperspektiv möjligt att göra ett gäldenärsbyte vid t.ex. leasingavtal. Förvärvaren av ett leasingavtal tar då över avtalet och ansvaret för fullföljd av de avtalsrättsliga förpliktelserna och det leasade objektet fortsätter att utgöra säkerhet för borgenären i enlighet med det av parterna förut ingångna avtalet. Den rekonstruerande gäldenären befrias från sitt ansvar och den nya "gäldenären" erlägger betalning till den nya motparten i enlighet med avtalet till borgenären. Det nämnda gäldenärsbytet förutsätter, som ovan redan sagts, borgenärens samtycke. Ett annat exempel på en möjlig överlåtelse är ett avtal om hyra av lokal. Borgenären ska då tillåta att överlåtelse av hyresavtalet kan göras till en ny hyresgäst och det får det anses innebära att borgenären, dvs. hyresvärden medger att den nya gäldenären får överta den nuvarande gäldenärens rätt att nyttja lokalen.<sup>17</sup> Under en rekonstruktion kanske gäldenären endast är i behov av en mindre lokal än den som det ursprungliga hyresavtalet omfattar. Utredningen föreslog en regel som innebär att gäldenären har rätt överlåta ett avtal mot borgenärens vilja under förutsättning att: a) gäldenären förklarar att avtalet ska fullföljas, b) att tredje man har förmåga att fullgöra avtalet och c) motparten inte väsentligt missgynnas av överlåtelsen och det i övrigt inte finns något rättsligt hinder mot överlåtelsen.<sup>18</sup> Förslaget innebär att förvärvaren ska uppfylla gäldenärens återstående avtalsförpliktelser i den mån de omfattas av avtalsöverlåtelsen till borgenären och den sistnämnde ska fullgöra sin del av avtalet gentemot förvärvaren. Gäldenären befrias dock från det datum då överlåtelsen äger rum från eventuella förpliktelser i det överlåtna avtalet. Det ska enligt utredningen vara möjligt att överlåta avtalet trots att det finns förbud mot detta i avtalet, jfr nuvarande 20 kap 20 § sjätte stycket LFR och föreslagna 2 kap. 20 §. Det före- slås också att reglerna ska vara tvingande

<sup>17</sup> Märk att det vid konkurs finns en bestämmelse i 12 kap. 31 § 4 st. p. 3 Jordabalken finns en rätt att överlåta ett hyresavtal om parterna har avtalat om det lokalyresavtalet. En rätt att överlåta avtalet under en företagsrekonstruktion finns om motparten samtycker till det.

<sup>18</sup> SOU 2016:72, s. 211 f.

till förmån för gäldenären. I utredningen diskuterades också om en gäldenär till exempel ska få överlåta ett avtal som avser en specifik tjänst som gäldenären ska utföra åt motparten. I en sådan situation bör inte överlåtelse ske om motparten inte kan förvänta sig att få tjänsten utförd med samma kvalitet. Det viktigaste torde dock vara att motparten skyddas mot att tredje man på grund av bristande ekonomisk förmåga eller av annat skäl inte kommer att fullgöra sin del av avtalet efter övertagandet. Regelverket måste därför tillhandahålla ett skydd för borgenären. Skyddet består i att överlåtelsen måste ske till en solvent tredje man. Tredje man måste således ha förmåga att fullfölja avtalet. Skyddet består även av en möjlighet för borgenären att förhindra överlåtelsen för det fall borgenären väsentligen missgynnas av densamma, dvs. det finns risk att vederbörande inte får betalt eller betryggande säkerhet inte ställas. Om en borgenär motsätter sig att avtalet överläts ska saken prövas av domstol. Om borgenären är missnöjd med gäldenärens beslut, vilket har tillstyrkts av rekonstruktören, får borgenären enligt förslaget väcka talan mot gäldenären inom tre veckor från det att borgenären fick del av beslutet. Talan ska väckas i den tingsrätt som handlägger ärendet om företagsrekonstruktion. En sådan process bör handläggas mycket skyndsamt för att inte fördröja förfarandets fortgång.

Förslaget om överlåtelse av avtal står i överensstämmelse med amerikanska rätt och med UNICITRALS lagstiftningsguide. I guiden finns det reglerat att överlåtelse av ömsesidigt ofullbordade avtal är möjlig. Det regleras i del 5 och i punkt 139 stadgas att den överlåtande parten kan gynnas om det pris denne betalar är lägre än marknadsvärdet. Gäldenären kan då tillgodogöra sig ett eventuellt övervärde till gagn för företagsrekonstruktionens genomförande. I punkt 140 tas dock motpartens kontraheringsplikt upp vilket belyser överlåtelsemöjligheterna av avtal ur ett borgenärsperspektiv. Vid en överlåtelse är det önskvärt att överlåtaren ersätter motparten för fordringar som icke är uppfyllda för tiden före överlåtelsen. Guiden undantar två avtalstyper från överlåtelse och det är anställningsavtal och personliga avtal. Övriga avtal omfattas av lagstiftningsguiden.

#### 4. LAGFÖRSLAGET OM GÄLDENÄRENS AVTAL OCH IPSO-FACTO KLAUSULERS GILTIGHET

Enligt 2 kap. 20 § LFR får motparten, som före beslutet om företagsrekonstruktion fått en hävningsrätt, efter ett beslut om företagsrekonstruktion inte häva ett avtal på grund av befarat eller redan inräffat dröjsmål med betalning eller prestation, om gäldenären med rekonstruktörens samtycke inom skälig tid efter motpartens förfrågan begär att avtalet ska fullföljas.<sup>19</sup> I utredningen med namnet Gäldenärens avtal under insolvensförfaranden föreslogs att hävningsbegränsningen skulle vidgas i två avseenden.<sup>20</sup> För det första om en motpart enligt gällande har möjlighet att häva ett avtal på grund av ett uppkommet dröjsmål om hävningsförklaringen avges efter det att ansökan ingivits men före beslutet om företagsrekonstruktion. Den luckan bör, enligt lagförslaget, täppas till så att inte motparten frestas att efter ansökans ingivande genast utnyttja uppkomna hävningsgrunder för att få en bättre förhandlingsposition under rekonstruktionen.<sup>21</sup> Redan en ansökan om rekonstruktion bör således medföra att gäldenärens motpart blir förhindrad att häva på grund av dröjsmål eller befarat dröjsmål.<sup>22</sup> Ett visst skydd ska dock finnas till förmån för den motpart som efter rekonstruktionsansökan häver ett avtal i god tro och det skulle vara uppenbart oskäligt om hävningen inte blev gällande. För det andra finns det ingen regel om effekten av en avtalsklausul som innebär att en ansökan eller ett beslut om företagsrekonstruktion i sig (ipso facto), ger motparten rätt att häva avtalet. Enligt allmän kontraktsrätt skulle en sådan klausul vara giltig, men rättsläget är osäkert. De ändamål som ligger bakom den tvingande regeln i 2 kap. 20 § LFR, är att förhindra att motparten utnyttjar en faktisk monopolsituation för att tilltvinga sig full betalning för oprioriterade fordringar. Detta talar entydigt för att en sådan klausul bör vara ogiltig. För att fylla en skyddande funktion för gäldenären måste i likhet med vad Förmånsrättskommittén anfört bestämmelserna om gäldenärens

<sup>19</sup> Se här och i det följande SOU 2016:72, s. 211 f.

<sup>20</sup> SOU 2001:8, s. 17.

<sup>21</sup> Se SOU 2016:72, s. 184 f.

<sup>22</sup> SOU 2016:72, s. 189 f.

avtal utformas så att skyddet redan inträder i och med ansökan om att inleda företagsrekonstruktion.<sup>23</sup> I lagförslaget föreslogs också att en s.k. ipso facto klausul, som ger motparten rätt att häva avtalet om gäldenären ansöker om rekonstruktion, inte ska kunna göras gällande mot gäldenären fr.o.m en ansökan om företagsrekonstruktion lämnats in till domstol. En Ipso-facto klausul är ett avtalsvillkor som innebär att ett avtal upphör automatiskt om endera parten inleder företagsrekonstruktion. Det kan ställas två frågor i sammanhanget. För det första är frågan om detsamma gäller när någon ansöker om företagsrekonstruktion. För det andra är frågan om en sådan klausul verkligen ska betraktas som ogiltig. Det råder delade meningar i litteraturen om ett avtalsvillkor som inskränker gäldenärens rätt enligt 2 kap. 20 § LFR att hindra hävning vid dröjsmål är ogiltigt.<sup>24</sup> Enligt Håstad är en sådan klausul ogiltig och faller utom ordalydelsen av 2 kap. 20 § LFR. Håstad framhåller dock att sakliga skäl talar för att bestämmelsen är tillämplig analogt. Även Hellners och Mellqvist anser att rättsläget är oklart.<sup>25</sup> Entreprenörsutredningen föreslår således ett uttryckligt förbud mot ipso-facto klausuler och dessa fränkänns rättslig verkan vid företagsrekonstruktion.<sup>26</sup>

## 5. EGNA REFLEKTIONER

Förslaget från Entreprenörsutredningen om att införa en lagstadgad möjlighet att överlåta avtal under en företagsrekonstruktion står, enligt min mening, helt i linje med den pågående rättsutvecklingen. Det står numera otvetydigt klart att EU har valt att använda den amerikanska konkurslagstiftningen Bankruptcy Code som förebild för de direktiv som har utformats i EU. Bankruptcy Code har varit

<sup>23</sup> SOU 2001:80, s. 17.

<sup>24</sup> Se bl.a. Möller, M, *Civilrätten vid finansiell leasing*, 1996, s. 144 f, Lennander, G, *Gäldenärens kontraktsförhållanden i ett framtida rekonstruktionsförfarande i JT 1992-93 s. 329 f*, Hellners, T & Mellqvist, M, *Lagen om företagsrekonstruktion. En kommentar*, 3 uppl. 2009, s.128.

<sup>25</sup> Hellners, T & Mellqvist, M, *Lagen om företagsrekonstruktion. En kommentar*. Sthlm 3 uppl. 2009, s. 128.

<sup>26</sup> Det är i stort sett samma förslag som lämnades av utredningen *Gäldenärens avtal vid insolvens* som här tidigare har nämnts. Den utredningen föreslog att man skulle göra gäldenärens rätt till fullföljd tvingande, så att villkor om att avtal upphör automatiskt vid företagsrekonstruktion (ipso facto- klausuler) också är ogiltiga.

vägledande för många andra länders insolvensrättsliga lagstiftningar. I det befintliga EU-direktivet, som med smärre förändringar har antagits av rådet, öppnas det upp för möjligheter att överlåta avtal under en företagsrekonstruktion. Detta är till gagn för alla parter. Även UNICITRAL har i sin lagstiftningsguide, som ovan sagts, en bestämmelse om överlåtelse av avtal. En sådan rättighet för gäldenären underlättar företagsrekonstruktionen och behöver, som ovan sagts, inte vara till nackdel för motparten. Tvärtom kan en överlåtelse gynna båda parter och företaget i stort vilket är ett syfte som också direktivet lyfts fram. Rekonstruktionsgäldenären kan då tillgodogöra sig marknadsvärdet vid överlåtelsen och sålunda få en intäkt som är värdefull för verksamheten. Möjligheten att överlåta avtal i verksamheten kan också i vissa fall motverka värdeförstöring under företagsrekonstruktion. Entreprenörsutredningen föreslår också ett förbud mot att göra gällande ipso-facto klausuler när en gäldenär ansöker om företagsrekonstruktion. Detta innebär att motparten inte längre kan häva ett avtal under återopande av en ipso-facto klausul. Detta får också till följd att en hela företagsrekonstruktionsförfarandet gagnas. Införandet av ett förbud mot ipso-facto klausuler ger också svar på frågan om innehållet i 2 kap. 20 § LFR är tvingande. Den diskussionen faller med ett införande av en sådan bestämmelse. Flera länder har redan förbud mot denna typ av klausuler däribland USA, Frankrike och Tyskland. EU-direktivet innehåller också ett förslag i artikel 22 om ett förbud mot ipso-facto klausuler. Denna artikel 22 innebär att gäldenär som inleder ett insolvensrättsligt förfarande och som tidigare har träffat avtal som innehåller en ipso-facto klausul, inte kan göra gällande av motparten, när gäldenären har inlett ett insolvensrättsligt förfarande. Sådana villkor ska inte heller kunna göras gällande vid förhandling om en rekonstruktionsplan eller vid ett moratorium. I och med att det i EU råder enighet beträffande insolvenslagstiftningens innehåll ligger det ett omfattande arbete framför den svenske lagstiftaren om den utformning den svenska lagstiftningen kommer att få. Det är onekligen intressant att den kommande lagstiftningen innehåller så

mycket amerikansk rätt och det är, enligt min mening, föga överraskande. Vi i Sverige behöver en lagstiftning som är mer förutsägbar och i synnerhet gäller det hanteringen av gäldenärens avtal vid företagsrekonstruktion och det problem vi har med ipso-facto klausuler. Förslagen är mycket välkomna. Det arbete som har pågått i EU under flera år kanske i framtiden bär frukt för ett väl fungerande rekonstruktionsförfarande i EU:s medlemsstater och därmed också för den kommande svenska insolvensrättslagstiftnings utformning. Avslutningsvis kan det tilläggas att det ska bli intressant att få ta del av det arbete som snart kommer att inledas i medlemsstaterna när direktivet börjar gälla. En särskilt intressant fråga är vilken roll de svenska domstolarna i framtiden kommer att fylla i våra insolvensförfaranden.