



REKTOR

Justitiedepartementet
ju.remissvar@regeringskansliet.se
ju.L2@regeringskansliet.se

2021-05-31

Dnr C 2021/356

Remiss avseende SOU 2021:12 Andra chans för krisande företag - En ny lag om företagsrekonstruktion
Diarienummer Ju2021/01037

Akademien för insolvensrätt på Handelshögskolan vid Karlstads universitet har beretts möjlighet att lämna synpunkter på förslagen i rubricerat betänkande. Utredningens uppdrag har i huvudsak varit att analysera hur svensk rätt förhåller sig till reglerna i direktivet och föreslå de ändringar som är nödvändiga eller annars lämpliga för att direktivet ska kunna genomföras i svensk rätt.

EU:s rekonstruktions- och insolvensdirektiv syftar bland annat till att säkerställa att företag med ekonomiska problem har tillgång till effektiva förfaranden för att rekonstruera sin verksamhet. Enligt rekonstruktions- och insolvensdirektivet ska medlemsstaterna inrätta ett ramverk för förebyggande rekonstruktion som ger gäldenärer en möjlighet att rekonstruera sin verksamhet i syfte att undvika insolvens och återfå sin livskraft (artikel 4.1). Medlemsstaterna ska alltså säkerställa att gäldenärer har tillgång till ett rekonstruktionsförfarande. Förfarandet ska vara tillgängligt för gäldenärer som har ekonomiska svårigheter när det råder sannolikhet för insolvens (artikel 1.1 a och 4.1). Utredningen har föreslagit en helt ny lag om företagsrekonstruktion med ett antal nya materiella bestämmelser som för svensk rätt ter sig främmande. Dessa reglers utformning emanerar från amerikansk rätt och Bankruptcy Code.

Akademien anser att många av de förslag som har lämnats täcker upp de brister den nuvarande lagen uppvisar. Akademien menar dock att det finns utrymme för att stärka och förtydliga vissa bestämmelser för att underlätta rättstillämpningen. Överlag finner vi att förslagen är bra. Vi har valt ut några av de relevanta punkter som vi finner att en komplettering av förslagen bör ske. För det första när det gäller förutsättningarna för att inleda företagsrekonstruktion bör det uppställas högre krav på att få inleda en företagsrekonstruktion än vad utredningen föreslår. För det andra har vi valt att lämna synpunkter på förteckning över tillgångar och skulder och värdebegreppet som är särskilt viktigt för de kommande rekonstruktionsplanerna vid värdering av tillgångar. Detta begrepp bör bland annat få en klar definition och bör införas i 2 § med rubriken ord och uttryck i lagen. För det tredje har vi valt att framföra några synpunkter på styrelsens skyldighet att upprätta kontrollbalansräkning under en företagsrekonstruktion. För

det fjärde förs en diskussion om antalet domstolar som i framtiden ska handlägga företagsrekonstruktioner. För det femte förs en diskussion om kraven på rekonstruktörer för att bli utsedd till det i de framtida företagsrekonstruktionerna. För det sjätte behandlas lagförslaget om att kronofogden ska utöva tillsyn även över rekonstruktörer. För det sjunde behandlas även offentlig skuldavskrivning och föranslutning till den offentliga skulduppgörelsen. Sist men inte minst behandlas för det åttonde frågan om särskild utbildning för de som ska handlägga företagsrekonstruktioner i domstol.

1. Förutsättningar för att inleda företagsrekonstruktion

Enligt förslaget ska det vara möjligt att inleda företagsrekonstruktion på ansökan av gäldenär eller borgenär när gäldenären har ekonomiska svårigheter. En företagsrekonstruktion ska kunna inledas om det kan antas att gäldenären inte kan betala sina förfallna skulder eller att sådan oförmåga inträder inom kort eller att gäldenären i annat avseende har ekonomiska problem som innebär en risk för att gäldenären ska komma på obestånd. Det föreslås också att det s.k. livskraftstestet ska skärpas. Det ska krävas att det är sannolikt att verksamhetens livskraft kan säkras genom rekonstruktionen för att ett beslut om företagsrekonstruktion ska meddelas. Ett beslut om företagsrekonstruktion ska inte heller meddelas om gäldenärens bokföring är behäftad med sådana brister att rörelsens förlopp, ekonomiska resultat eller ställning i huvudsak inte går att bedöma.

Akademien för insolvensrätt anser att förslaget på denna punkt borde gå längre och i enlighet med den finska Saneringslagen uppställa krav på att ett rekonstruktionsförfarande inte får inledas om gäldenären eller någon för hans räkning i den verksamhet som saneringsförfarandet gäller har gjort sig skyldig till ett gäldenärsbrott som avses i 39 kap. 1–3 eller 6 § i strafflagen (39/1889) eller ett bokföringsbrott eller ett grovt bokföringsbrott eller är åtalad för ett sådant brott eller om det finns grundad anledning att misstänka att han gjort sig skyldig till ett sådant brott. Det får inte heller förhålla sig så att gäldenären eller en personligt ansvarig bolagsman i gäldenärsbolaget eller någon som hör till gäldenärsbolagets ledning i den verksamhet som saneringsförfarandet gäller, har brutit mot ett näringsförbud eller är åtalad för ett sådant brott eller om det finns grundad anledning att misstänka att gäldenären gjort sig skyldig till ett sådant brott, eller om vederbörande har gjort sig skyldig till eller det finns grundad anledning att misstänka att han gjort sig skyldig till ett förfarande för vilket han kan meddelas näringsförbud.¹ En komplettering av dessa krav skulle bland annat förhindra att onödiga företagsrekonstruktioner inleds till nackdel för borgenärskollektivet. Det skulle också förhindra att företagsrekonstruktion används som brottsverktyg för att få ut lönegaranti trots att de anställda i företaget inte är berättigade till det. Utöver detta anser vi att några ställföreträdare med ett kriminellt förflutet inte ska komma i fråga för en skuldavskrivning. Riksrevisionen håller för närvarande på att granska hur många brott som sker mot lönegarantilagstiftningen. Stockholms tingsrätt dömde nyligen 41 personer för lönegarantibedrägerier.² Det kan konstateras att vi i Sverige har

¹ Karlsson-Tuula, M., *Företagsrekonstruktion som brottsverktyg förhindras i den finska Saneringslagen*, InraTi 1/2019, s. 101-102.

² Stockholms tingsrätt i mål B 16421-19.

ett stort antal misslyckade företagsrekonstruktioner på såväl gäldenärens som borgenärernas bekostnad. Det skulle kunna förhindras genom att uppställa högre krav på gäldenären och verksamheten vid en ansökan om företagsrekonstruktion.

2. Förteckning över tillgångar och skulder - värdebegreppet

I SOU 2021:12 s. 439 föreslås i 7 kap. 6 §, som reglerar förteckning över tillgångar och skulder, att tillgångarna ska tas upp till marknadsvärdet vid den tidpunkt då förteckningen ska upprättas. Värdet ska bestämmas med utgångspunkt i att gäldenärens verksamhet helt eller delvis ska fortsätta. Vidare ska värdet även bestämmas utifrån det pris till vilket tillgångarna hade kunnat säljas i en konkurs. Bedöms värdet av egendom till vilken en borgenär har förmånsrätt eller säkerhet genom återtaganderätt understiga dennes fordran, ska förteckningen ange hur stor del av fordran som uppskattas vara osäkrad. Detsamma ska gälla för egendom som är föremål för finansiell leasing. I övrigt bör de nuvarande reglerna om bouppteckning föras över till planförfarandets förteckning över tillgångar och skulder.

Akademien för insolvensrätt finner att denna värdering som ska göras är svårtillämpad.³ För att lösa en värderingsfråga måste normalt värdebegreppet som söks vid värderingen vara preciserat och definierat. I referensen till SOU 2021:12 ovan framgår att tillgångarna ska tas upp till marknadsvärdet. Med hänvisning till internationell värderingsstandard (IVS)⁴ ingår normalt inte synergieffekter, vilka inte är allmänt tillgängliga för marknadsaktörer, vid bedömning av marknadsvärdet för enskilda tillgångar. En värdering som sker med utgångspunkt att gäldenärens verksamhet helt eller delvis ska fortsätta (ett så kallat going concern-värde) torde i normalfallet behöva inrymma exempelvis sådana nyss nämnda synergieffekter, men även andra förhållanden som är kopplade till den specifika gäldenären kan bli nödvändiga att värdera i en sådan situation. Exempel på andra förhållanden i detta sammanhang kan vara juridiska rättigheter och skyldigheter som bara gäller tillgångens aktuella ägare. En annan fråga som sannolikt kan aktualiseras vid bedömning av ett så kallat going concern-värde är huruvida avkastningskravet (diskonteringsräntan) vid värdebedömningen ska vara marknadsmässigt definierad eller om detta avkastningskrav ska spegla den specifika gäldenärens uppfattningar eller bedömningar. Om det senare alternativet skulle vara fallet kan detta i sin tur leda till väsentliga subjektiva inslag och detta skulle kunna leda till osäkerhet i de fall det kan uppstå olika uppfattningar om ett sådant värde. När det gäller de värdebegrepp som tas upp i lagsammanhang, exempelvis marknadsvärde, anser vi vidare att begreppet, eller begreppen, som kommer ifråga bör definieras i lagen eller i anslutning till denna för att minska risken att olika tolkningar sker av innebörden i sådant, eller sådana, begrepp.

³ Karlsson-Tuula, M., Lorentzon, J., Nordlund, B., Persson, A., *Värdering tillgångar i det nya insolvensdirektivet*, InraTi 4/2019, s. 58-65. Se även Karlsson-Tuula, M., Lorentzon, J., Nordlund, B., Persson, A., *Värdering av tillgångar i teori och praktik*, InraTi 2/2021, s. 49-74.

⁴ Se International Valuations Standards 2020, International Valuation Standards Council (2020), London.

När det gäller situationen då värdet ska bedömas med utgångspunkt från det pris till vilket tillgångarna hade kunnat säljas i en konkurs vill vi anföra att även denna situation kan behöva kopplas till ett etablerat värdebegrepp. Bedömning av ett marknadsvärde är normalt kopplat till situationer där sedvanlig marknadsförings-/försäljningstid är tillämplig. I många konkurs-situationer är det vår uppfattning att sådana förhållanden inte gäller, åtminstone inte för samtliga tillgångar i ett konkursbo. I sådana situationer behövs ytterligare vägledning om hur ett för situationen korrekt värde ska bedömas för att det ska gå att bedöma huruvida värderingen skett på ett, i allt väsentligt, korrekt sätt. Även här skulle vägledning kunna hämtas från IVS som bland annat tar upp värdebegreppet likvidationsvärde och resonemang om under vilka premisser som ett sådant värde kan behöva bedömas. Sådana olika premisser är om det för situationen, eller tillgången ifråga, kan bedömas att avyttring kan ske under sedvanlig marknadsförings-/försäljningstid eller om förhållanden föreligger där det kan antas att så kallat forcerade transaktioner kan bli nödvändiga att bedöma.

Vi anser också att det är nödvändigt att det tydliggörs att frågan om vilken, eller vilka, värderingsmetod (-er) som är mest lämplig (-a) i olika värderingssituationer, kan bedömas först när det relevanta värdebegreppet är preciserat. Exempel på olika värderingsmetoder kan vara:

- Kassaflödesmetoder där en diskontering sker av framtida bedömda kassaflöden till ett nuvärde. Detta kallas även i vissa sammanhang för avkastningsbaserad värdering eller metod.
- Transaktionsbaserade metoder och jämförande värdering.
- Substansvärdering – bedömt värde på tillgångar minskat med bedömt värde för skulder i en verksamhet.

Huruvida vissa av de ovan exemplifierade metoderna leder fram till ett marknadsvärde (bytesvärde på marknaden) eller individuellt avkastningsvärde (värde i användning för enskild aktör) beror i allt väsentligt på hur olika kritiska indata i värderingsmodeller extraherats. Exempel på sådana kritiska indata kan vara varifrån avkastningskravet (diskonteringsräntan) eller bedömningen om framtida kassaflöden, som används i värderingsmodeller, har inhämtats - från marknaden eller den enskilde aktören i en specifik situation.

3. Styrelsens skyldighet att upprätta en kontrollbalansräkning vid företagsrekonstruktion

Det anges i direktivets artikel 19 under rubriken ”Företagsledares skyldigheter när det råder sannolikhet för insolvens” att:

”[m]edlemsstaterna ska säkerställa att företagsledare när det råder sannolikhet för insolvens tar vederbörlig hänsyn till i vart fall

- a) de intressen som företräds av borgenärer, andelsinnehavare och andra intressenter,*
- b) behovet av att vidta åtgärder för att undvika insolvens, och*

c) behovet av att undvika uppsåtligt eller grovt oaktsamt handlande som hotar företagets livskraft.”

Kapitalbristreglerna i 25 kap. 13–20 a §§ ABL utgör en del av de regler i svensk lag som innebär handlingsplikt för ledande befattningshavare i aktiebolag.

Det föreslås i SOU 2012:12 att 25 kap. 16 § ABL ska utökas med följande skrivning:

*”Ett bolag som genomgår företagsrekonstruktion enligt lagen (2022:000) om företagsrekonstruktion behöver inte hålla en andra kontrollstämma för-
rån tidigast två månader efter det att rekonstruktionen avslutats.”*

Förändringen skulle innebära ett andrum i en situation där företagen redan är pressade. Upprättande av kontrollbalansräkning samt kallande till och genomförande av kontrollstämma är såväl tidskrävande som kostsamt.

Det anges i utredningen att uppdraget gick ut på att ta ställning till om det behövs särskilda insolvensrättsliga regler om handlingsplikt och ansvar som utgår från gäldenärens insolvens. Samtidigt anges det i utredningen att utredningsdirektiven varit att befintliga regler om associationsrättsliga sanktioner bör stå kvar oförändrade och att det under alla förhållanden är viktigt att dessa regler beaktas så att regleringen som helhet är väl avvägd och proportionerlig.⁵

Vi välkomnar utredningens förslag, men betraktar det som återhållsamt formulerat. Givet utredningsdirektiven är återhållsamheten möjligen förståelig. Eftersom förändringar i kapitalbristreglerna är under utredning bör möjligheten att göra en djupare analys av kapitalbristreglernas funktion i förhållande till reglerna om företagsrekonstruktion inte gås förbi. I det följande utreds kortfattat om ytterligare förändringar i ABL är möjliga och/eller önskvärda.

I förarbetena till ABL anges att kapitalbristreglerna ska ”skydda bolagets borgenärer mot att bolagets hela kapital konsumeras, innan avvecklingen av bolaget inleds.”⁶ Syftet med själva kontrollbalansräkningen är att skilja ut de bolag som inte har ekonomiska förutsättningar att fortsätta verksamheten från de som har sådana förutsättningar.⁷ Kontrollbalansräkningens primära funktion är att utgöra ett kontrollinstrument och beslutsunderlag för aktieägarna och styrelseledamöterna.⁸ I och med senare års sänkningar av lägsta krav på aktiekapital, senast till 25 000 kr, bör aktiekapitalet som sådant inte längre betraktas som ett borgenärskydd.⁹

⁵ SOU 2021:12, s. 556.

⁶ Prop. 2000/01:150, s. 35.

⁷ Prop. 2000/01:150, s. 37.

⁸ Prop. 2004/05:85, s. 873.

⁹ För borgenärsskyddet kan andra faktorer, som kassaflöde och likviditet, vara viktigare än aktiekapitalets storlek. Aktiekapitalet svaga skydd illustreras även av att många borgenärer kräver säkerheter för sina fordringar mot bolaget, t.ex. i form av pant eller personlig borgen från bolagets ägare. Se vidare prop. 2019/20:21, s. 11.

Regler om borgenärsskydd är viktiga. I förarbeten till kapitalbristreglerna framkommer dock inte varför borgenärerna bäst skyddas genom kravet på upprättande av kontrollbalansräkning med efterföljande kontrollstämmor, likvidationsplikt och personligt ansvar.¹⁰ Om aktiekapitalet som borgenärsskydd ifrågasätts bör även lagstiftning för att bevara aktiekapitalet ifrågasättas. Likvidationsplikten, som är slutpunkten vid icke läkt kapitalbrist, har sin historiska förklaring i att utan det kapital som var ägarnas enda insats och som ersatte det personliga ansvaret, har bolaget förlorat sin rätt att existera.¹¹ Från den tidpunkt då det egna kapitalet understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet, till dess att andra kontrollstämman är skyldig att besluta om likvidation kan cirka ett år passera. Förhoppning om att ett år efter varningssignalen, i form av kritisk kapitalbrist, få utdelning i en likvidation utgör ett klen skydd.¹² Det personliga betalningsansvaret för styrelseledamöter, vd och aktieägare i 25 kap. 18–19 §§ ABL är ytterligare en sida i skyddet av borgenärer. I förarbeten anges att betalningsansvaret främst ska ha en handlingsdirigerande effekt och inte främst vara reparativt.¹³ I NJA 2020 s. 526 anger HD att ”[e]n annan aspekt är att enskilda borgenärsers möjligheter att få betalt för sina fordringar faktiskt ökar genom att de kan rikta sina krav inte bara mot bolaget utan även mot styrelsens ledamöter.”¹⁴ Reglerna skyddar de facto vissa borgenärer genom att de i en efterföljande process kan få sina fordringar betalda av styrelseledamöter och vd. Dock endast om styrelsen brutit mot sina förpliktelser enligt 25 kap. 13–20 a §§ ABL.

Grunden för kapitalbristreglerna kan alltså ifrågasättas.¹⁵ Aktiekapitalet är inte längre ett skydd för borgenärer. Likvidationsplikten har därmed spelat ut sin roll. Det personliga betalningsansvaret kan skydda vissa borgenärer, men endast om ledningen bryter mot den lag de bör ha vetskap om. Vilka borgenärer som erhåller detta skydd går därför inte att förutse. Kvar står dock det faktum att ABL innehåller regler som innebär att styrelsen har en handlingsplikt. Även om kritisk kapitalbrist kan vara, och ofta är, en signal om ekonomiska problem, är den inte synonym med insolvens. Kapitalbristreglerna innebär förvisso ett krav på att informera ägarna om den uppkomna situationen under hot om personligt betalningsansvar.¹⁶ Samtidigt innehåller inte reglerna några kvalitativa krav på ageranden för att lösa situationen; ”behovet av att vidta åtgärder för att undvika insolvens”, som det uttrycks i artikel 19 dir. 2019/1023. Även om kapitalbristreglerna innebär en handlingsplikt för styrelsen, kan det ifrågasättas om styrelsen utifrån de svenska kapitalbristreglerna verkligen måste handla på ett sådant sätt som anges i artikel 19.

¹⁰ Lindroos-Moll, S., *Värdering i kontrollbalansräkning*, i Karlsson-Tuula m.fl. (red.), *Festskrift till Rolf Dotevall*, Juristförlaget i Lund, 2020, s. 475.

¹¹ Lindroos-Moll, S., *Värdering i kontrollbalansräkning*, i Karlsson-Tuula m.fl. (red.), *Festskrift till Rolf Dotevall*, Juristförlaget i Lund, 2020, s. 475; jfr även SOU 1941:9, s. 567 f.

¹² Jfr Lindroos-Moll, S., *Värdering vid upprättande av kontrollbalansräkning: en aktiebolagsrättslig och redovisningsrättslig studie*, Diss. Karlstads universitet, 2020, s. 186.

¹³ Prop. 2000/01:150, s. 43; prop. 2012/13:65, s. 7; Lindskog, S., *Kapitalbrist i aktiebolag: kommentarer till kap. 25:13-20 ABL*, 2A. uppl., Norstedts juridik, JUNO, avsnitt 1.2.4; Johansson, S., *Tvångslikvidation på grund av kapitalbrist*, i Edlund m.fl. (red.), *Festskrift till Stefan Lindskog*, Jure Förlag AB, 2018, s. 348.

¹⁴ HD:s domskäl i NJA 2020 s. 526 p. 10.

¹⁵ Vilket även görs i SOU 2021:12, s. 557.

¹⁶ På första kontrollstämman ska ägarna informeras om situationen och ta ställning till om företaget ska likvideras eller inte.

Vid ikraftträdandet år 1993 av finländska lagen om företagsanering (47/1993), infördes en ny paragraf i finländska aktiebolagen (734/1978), FABL:¹⁷

*”Är bolagets ekonomiska ställning sådan att bolagsstämman enligt 2 § borde fatta beslut om likvidation, föreligger denna skyldighet inte, om bolaget är föremål för förfarande enligt lagen om företagsanering (47/93) eller om ansökan om inledande av sådant förfarande görs senast när beslutet om likvidation borde fattas och ansökan leder till att saneringsförfarande inleds genom underrättens beslut.”*¹⁸

Bestämmelsen uppvisar stora likheter med den nu föreslagna förändringen i 25 kap. 16 § ABL. Det angavs i förarbetena till den finländska saneringslagen att stadgandena om tvångslikvidation i aktiebolagslagen förhöll sig till saneringsförfarandet på ett sätt som var ett problem i sig. Det poängterades att tidsperioden mellan första och andra kontrollstämman just var en tidsperiod för saneringsåtgärder. Stadgandena i FABL hade således samma slags syfte som saneringsförfarandet, varför det ansågs ändamålsenligt att inledande av saneringsförfarande skulle sätta åt sidan skyldigheten att försätta bolaget i likvidation.¹⁹ Den ännu gällande svenska lagen om företagsrekonstruktion och den finländska lagen om företagsanering uppvisar stora likheter.²⁰

En inledd företagsrekonstruktion innebär större möjligheter för en borgenär att varnas om företagets ekonomiska problem än en upprättad kontrollbalansräkning. Förekomst av en kontrollbalansräkning är inte information som offentliggörs vid upprättandet. Beviljad företagsrekonstruktion är däremot ett beslut fattat av domstol. Möjligheterna för andra borgenärer än de som har en stark förhandlingsposition i förhållande till bolaget, exempelvis en bank som avtalsvägen kan kräva sådan information, får inte del av denna kunskap.

Vid en jämförelse av regelverken är det vår uppfattning att de intressegrupper som kapitalbristreglerna har att skydda, i princip åtnjuter ett liknande eller bättre skydd under en företagsrekonstruktion.²¹ Gällande rätt idag är att en löpande medansvarsperiod enligt 25 kap. 18 § ABL inte avslutas genom beslut om företagsrekonstruktion. Frågan prövades i NJA 2018 s. 1038. Vid en konkurs, som HD i NJA 2018 s. 602 konstaterar avbryter en löpande medansvarsperiod, är styrelsens möjligheter att ådra konkursbolaget nya förpliktelser begränsade. Så är inte fallet vid en rekonstruktion. Vår tolkning av domen är att HD inte anser att borgenärerna åtnjuter det

¹⁷ Se till det följande Moll, S., *Upprättande av kontrollbalansräkning under pågående företagsrekonstruktion*, InraTi 2/2017, s. 22 ff., där frågan om upprättande av kontrollbalansräkning i samband med företagsrekonstruktion utreds. Artikeln innehåller jämförelser mellan svensk och finländsk rätt, samt jämförelser mellan aktiebolagslagen och lagen om företagsrekonstruktion.

¹⁸ 13 kap. 2 a § 1987 års FABL.

¹⁹ RP 1992 nr 182, s. 27-28.

²⁰ Moll, S., *Upprättande av kontrollbalansräkning under pågående företagsrekonstruktion*, InraTi 2/2017, s. 28 ff.

²¹ Moll, S., *Upprättande av kontrollbalansräkning under pågående företagsrekonstruktion*, InraTi 2/2017, s. 28.

skydd som är behövligt för att kunna avsluta medansvarsperioden. Förvisso kan borgenärer i en företagsrekonstruktion ta skada i en efterföljande konkurs som en följd av skulder som bolaget dragit på sig under rekonstruktionen. Det övergripande syftet med rekonstruktionen är däremot precis som syftet med kapitalbristreglerna²² en form av sanering, exempelvis genom återkapitalisering. En rekonstruktion kan sluta i en konkurs med mer skulder än innan. Resonemanget skulle dock kunna fokusera mer på likheterna istället för skillnaderna.²³

Vår slutsats blir givet de svenska reglernas konstruktion att det vore tänkbart att låta inledande av företagsrekonstruktion leda till mer än ett moratorium avseende den andra kontrollstämman, som nu är föreslaget. Att befria styrelsen från att följa kapitalbristreglerna i sin helhet vore däremot svår genomförbart eftersom det skulle kräva en differentiering mellan privata och publika bolag. Artikel 58 dir. (EU) 2017/1132 ställer följande krav på medlemsländernas lagstiftning:

”1. Vid betydande förlust av det tecknade kapitalet ska kallelse inom den tid som anges i medlemsstaternas lagstiftning ske till en bolagsstämma, som ska pröva om bolaget ska upplösas eller om andra åtgärder ska vidtas.

2. Gränsen för betydande förlust enligt punkt 1 får i medlemsstaternas lagstiftning inte sättas högre än till hälften av det tecknade kapitalet.”

Direktivet innehåller inte något krav på att en andra kontrollstämma ska hållas. Det vore tänkbart att låta en lyckad företagsrekonstruktion ersätta kravet på andra kontrollstämma, på samma sätt som på ordinarie bolagsstämma fastställd balansräkning kan ersätta en kontrollstämma. Det skulle innebära en kostnadsbesparing för företagen.

Dessvärre skulle denna lösning kunna orsaka framtida problem för bolagets styrelse. Även om en avslutad företagsrekonstruktion skulle innebära ett slut på medansvarsperioden förhindrar den givetvis inte att en ny medansvarsperiod inleds så fort bolagets egna kapital på nytt understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet. Utan en andra kontrollstämma som konstaterar att aktiekapitalet är läkt, skulle bevisläget för styrelsen kunna bli svårt vid en kapitalbrist som inträffar nära inpå den avslutade företagsrekonstruktionen.

Lagen om företagsrekonstruktion innehåller inte några regler som ålägger ett företags företrädare en aktivitetsplikt när företaget är på obestånd eller när det finns risk för att det hamnar på obestånd.²⁴ Eftersom direktivet kräver att sådana regler finns, framstår det som lämpligt att betrakta kapitalbristreglerna som sådana. Frågan om införande av en insolvensregel kommenteras inte närmare i detta sammanhang, mer än att en sådan regel på sikt skulle kunna ersätta kapitalbristreglerna så länge ABL lever upp till kraven i artikel 58 dir. (EU) 2017/1132. En

²² Även om reglerna faktiskt inte är konstruerade på det sättet.

²³ Lindroos-Möll, S., *Värdering vid upprättande av kontrollbalansräkning: en aktiebolagsrättslig och redovisningsrättslig studie*, Diss. Karlstads universitet, 2020, s. 162.

²⁴ SOU 2021:12, s. 557.

sådan förändring bör utredas inte bara inom ramen för lagen om företagsrekonstruktion utan är att betrakta minst lika mycket som en aktiebolagsrättslig utredning.

Sammanfattningsvis är det vår uppfattning att utredningens förslag till förändringar i 25 kap. ABL är välkomna och ligger i linje med artikel 19. Ytterligare förändringar i ABL är genomförbara, men bör inte införas som särregler vid företagsrekonstruktion, utan i ett samlat grepp kring kapital- och borgenärsskydd.

4. Antal domstolar som handlägger insolvensrättsliga ärenden

Utredningen föreslår att det sker en begränsning av antalet domstolar som bemyndigas handlägga insolvensrättsliga mål och ärenden till en tingsrätt i varje län. I Sverige har sedan länge en begränsad debatt förekommit om hur landets domstolsväsende ska utformas. Den allmänt vedertagna uppfattningen har varit att koncentrera den dömande verksamheten till de allmänna domstolarna och att specialdomstolar ska avvecklas. I den domstolspromemoria som har utarbetats inom justitiedepartementet (Ds 2019:31) avfärdas utan närmare argumentation möjligheten att inrätta specialdomstolar för att handlägga insolvensrättsliga mål och ärenden.

Promemorian förordar en koncentration till ett mindre antal tingsrätter, nämligen en i varje län. I debatten har förordats att i Sverige borde man regionalisera marknadsdomstolen till sex handelsrätter i förslagsvis Stockholm, Jönköping, Malmö, Göteborg, Sundsvall och Umeå. Dessa handelsrätter skulle handlägga näringsrättsliga och konkursrättsliga mål samt mål om ekobrott av större betydelse. Under handelsrätten finns också en avdelning som behandlar konkurser och skuldsanering m.m. Sverige borde i detta hänseende ta intryck av Danmark som har en särskild domstol för handelstvister.

I de svenska allmänna domstolarna finns stor kunskap och kompetens beträffande straffrätten. Problemen är de civilrättsliga målen. I till exempel konkursmål krävs goda insikter i handel och redovisning. Allt för ofta saknas kunskap i dessa ämnen vilket leder till tidsspillan, missförstånd och i förlängningen felaktiga avgöranden. De privata skiljeförfarandena utarmar domstolarna. Flera företag väljer att lösa sina tvister i skiljedomstol där förfarandet är snabbt och kompetensen hög. Kvalificerad personal attraheras av de höga ersättningar som de privata domstolarna kan erbjuda.

Den f.d. lagmannen och rättsvetenskapsmannen Mikael Mellqvist har skrivit en omfattande och inträngande artikel benämnd: ”En blick in i den insolvensrättsliga framtiden”²⁵. Beträffande insolvensdomstolar citerar Mellqvist departementspromemorian följande: ”Det är inte aktuellt att ens överväga alternativet att inrätta specialdomstolar”. Promemorian föreslår en koncentration till en tingsrätt per län, dvs, 21 tingsrätter skulle bli konkursdomstolar. Enligt Mellqvists sätt att se på saken är det en för dålig koncentration. Han förordar i stället en koncentration till en tingsrätt per hovsdomstolsområde. Det är viktigt att som Mellqvist, i egenskap av

²⁵ Mellqvist, M., *En blick in i den insolvensrättsliga framtiden*, InraTi 3/2020, s. 11 ff.

f.d. lagman, framhåller att tingsrätterna utvecklats till att primärt vara brottmålsdomstolar och att handläggningen av civilmål kommit i kläm. Han framhåller att det inneburit långa handläggningstider samt en urvattnad kompetens hos domare och annan personal att handlägga andra mål än straffrättsliga. Detta har drabbat de dispositiva tvistemålen särskilt hårt. Mellqvist anser att en angelägen reform vore att tingsrätterna riggade sin interna organisation så att tvistemål anläggs separat från brottmål.

Det svenska genomförandet av EU:s rekonstruktions och insolvensdirektiv har även diskuterats i Stiftelsen Insolvensrättsligt forums regi. Resultatet av debatterna har redovisats av professor emeritus Mikael Möller.²⁶ Möller redovisar entreprenörsskapsutredningens överväganden i SOU 2016:72, som utmynnade i ett förslag om koncentration av handläggningen av rekonstruktionsärendena till mellan sex och åtta tingsrätter. Vid insolvensrättsligt forum år 2017 ställdes frågan om detta var ett bra förslag, varvid 138 av 161 röstande deltagare svarade ja. Flertalet i denna majoritet ansåg att även konkurser och andra insolvensrelaterade mål och ärenden borde hanteras på samma sätt. Stiftelsen ställde sig för sin del bakom entreprenörsskapsutredningens förslag.

Den koncentration av konkurshandläggningen som föreslagits i departementspromemorian kan inte alls anses tillräcklig för rekonstruktion ärendena. Vi förordar därför att rekonstruktionerna ska handläggas endast av sex tingsrätter, lämpligen en i varje hovrättsområde. Det är av stor vikt att i detta lagstiftningsärende man tar till sig de uppfattningar som landets praktiker ger uttryck för. Av naturliga skäl har man i den politiska sfären och bland Regeringskansliets tjänstemän inte någon större kunskap om hur i själva verket domstolsväsendet fungerar. Det är emellertid omvittnat från det praktiska rättslivet att domstolarna inte på ett tillfredsställande sätt fungerar med avseende på svåra ekobrottmål, avancerade insolvensrättsliga mål och ärenden samt beträffande handläggningen i stort avseende civilmål. Om man inte i detta sammanhang mäktar genomföra en genomgripande reform avseende domstolsväsendet förordas en utredning som får i uppdrag att förutsättningslöst genomlysas ärendet.

5. Kraven på rekonstruktörerna i det framtida rekonstruktionsförfarandet

I utredningen föreslås att en rekonstruktör, på samma sätt som tidigare, ska ha den särskilda insikt och erfarenhet som uppdraget kräver, ha borgenärernas förtroende samt även i övrigt vara lämplig för uppdraget. Vid bedömningen av om rekonstruktören är lämplig för uppdraget ska det särskilt beaktas om han eller hon har erfarenhet av att i egenskap av konkursförvaltare driva fortsatt rörelse för ett konkursbos räkning. Utredningen föreslår sålunda att personer ur förvaltarkretsen med erfarenhet av fortsatt drift i konkurs ska förordnas. Härvid kommer kretsen av behöriga personer bli allt för begränsad. Fortsatt drift i konkurs är numera inte särskilt vanligt och de förvaltare som har erforderlig erfarenhet har gått i pension. Man måste söka andra vägar för att få fram lämpliga personer, då det är allmänt känt att det för närvarande

²⁶ Möller, M., *Det svenska genomförandet av EU:s rekonstruktions- och insolvensdirektiv*, Stiftelsen insolvensrättsligt forum, Uppsala, 2021.

förekommer ett missbruk av rekonstruktörskapet som har brett ut sig på ett för samhället besvärande sätt. Detta har bland annat blottlagts i Kronofogdemyndighetens kartläggning av företagsrekonstruktioner, varav framgår bland annat att 46 % av antalet rekonstruktioner som avslutades under andra halvåret 2019 hanterades av rekonstruktörer som inte var verksamma som förvaltare och att endast 7 % av dessa, medan de rekonstruktioner hanterades av rekonstruktörer som också är förvaltare lyckades i 50 % av fallen.²⁷

Enligt Möllers redovisning av insolvensrättsligt forums ställningstaganden, ställer sig stiftelsen bakom de krav på auktorisation av rekonstruktörer och förvaltare som vid stiftelsens hearing framfördes av företrädare för REKON, Ackordscentralen och flera andra ledande insolvenspraktiker. Genom ett auktorisationssystem bör det kunna säkerställas att endast seriösa och sakkunniga rekonstruktörer utses och att utsiktslösa rekonstruktionsförsök inte tidigare inleds eller kan avbrytas. Ett auktorisationsorgan bör ges i uppgift att arrangera lämplighetsprov och hålla register över godkända rekonstruktörer och förvaltare, liksom att utöva tillsyn över den auktoriserande kretsen och besluta om disciplinåtgärder. Stiftelsen hävdar sålunda att med hänsyn till de utökade kraven på rekonstruktören som följer särskilt med de nya reglerna om rekonstruktionsplaner, är det angeläget att ett sådant system relativt snabbt kan fås på plats.

I Insolvensrättslig tidskrift finns en artikel om auktorisation av konkursförvaltare och rekonstruktörer enligt lagen om företagsrekonstruktion.²⁸ I artikeln framhålls särskilt vikten av att man får bort de så kallade listerna på lämpliga förvaltare från domstolarna. Dessa har historiskt tillkommit på ett skönsmässigt sätt och tillämpas på ett icke rättssäkert sätt. Listerna utgör ett udda inslag i svensk rättstradition och bör ersättas med ett i lag reglerat förfarande. Att utforma ett auktorisationssystem torde inte vara särskilt tidskrävande och förebilder finns till exempel i England. Det missbruk som för närvarande förekommer när det gäller utseende av rekonstruktörer måste elimineras helt omgående.

6. Tillsyn över rekonstruktörer

När det gäller rekonstruktörer föreslås det i betänkandet följande;

*”Rekonstruktörerna ska ställas under tillsyn. Kronofogdemyndigheten ska ansvara för tillsynen. Tillsynsmyndigheten ska beredas tillfälle att höra innan rätten utser eller entledigar en förvaltare och innan rätten fattar beslut om rekonstruktörens ersättning. Tillsynsmyndigheten ska också ha rätt att begära att en rekonstruktör ska entledigas statens kostnader för tillsynen ska ersättas genom en tillsynsavgift. Vissa uppgifter hos tillsynsmyndigheten ska omfattas av sekretess.”*²⁹

²⁷ Kronofogdens kartläggning av rekonstruktörer redovisas i förslaget SOU 2021:12, s. 600-602.

²⁸ Åbjörnsson, R., *Auktorisation av konkursförvaltare och rekonstruktörer enligt lagen om företagsrekonstruktion*, InraTi 3/2019, s. 71-74.

²⁹ Se utredning SOU 2021:12, s. 618 f.

Även om tillsynsmyndigheten genom förslaget får begränsade uppgifter är det emellertid märkligt att en myndighet som idag knappast fullgör sina uppgifter på ett ändamålsenligt sätt får ett utvidgat mandat. I ”Skrifter till Jan Rambergs minne” från år 2018 finns en artikel om kronofogdemyndighetens konkurstillsyn inom ramen för myndighetens verksamhetsgren konkurstillsyn TSM.³⁰ I artikeln redovisas kritik mot myndigheten från en av riksrevisionen år 2007 genomförd förstudie benämnd ”Staten och hanteringen av företag på obestånd – problem-inventerade förstudier”. Förstudien mynnade bland annat ut i följande slutsats: ”Förstudien visar att det finns påtagliga problem i den statliga tillsynen och i administrationen inom området. I förhållande till tillsynsfunktioner inom andra områden framstår konkurstillsynen som mindre utvecklad.

Kritiken mynnade ut i en riksdagsmotion av ledamöterna Anderas Norlén (M) och Yvonne Andersson (KD) motion om tillsynsmyndigheten i konkurs.³¹ Motionen krävde ny översyn av konkurstillsynen. Motionen avslogs med den motivering som justitieministern lämnat som svar på fråga i kammaren: ”Konkursrätten är för närvarande föremål för omfattande lagstiftningsprojekt. En utredning pågår om ett samordnat insolvensförfarande, dvs en samordning av förfarandena om företagsrekonstruktion, konkurs och skuldsanering. Mot bakgrund av det pågående reformarbetet med den materiella insolvensrätten anser vi att frågan om en eventuell reformering av tillsynen i konkurs bör anstå tills de nya förfarandereglerna är på plats.”³²

En fråga som kan ställas i sammanhanget är om det inte nu är särskilt lämpligt i tiden att reformera tillsynen över konkurser samtidigt som den även ska omfatta företagsrekonstruktioner. Det bör noteras att det finns en politisk vilja att hänskjuta alla frågor kring ekonomiska problem till Kronofogdemyndigheten som i den egenskapen har allvarliga problem med resurser och kompetensmässigt hantera alla uppgifter som allokeras till myndigheten.

7. Gälldenärens avtal i den nya lagen om företagsrekonstruktion

I utredningen lämnas det flera bra förslag rörande gälldenärens avtal vilket ökar rättssäkerheten. En orsak till att rekonstruktion inte kan genomföras är att lagen inte innefattar någon lösning på gälldenärsbolagets problem med ofördelaktiga avtal. Hävningsrätten är bra men kvarstående skadeståndskrav är ett problem. Därutöver avstår man från att föreslå rätt att överlåta avtal till tredje man mot borgenärs bestridande vilket också är en försvårande faktor.³³ Det vore högst önskvärt att motsvarande regler införs vid en konkurs så att regelverket inte blir haltande och att olika regler blir handlingsdirigerande rörande valet mellan företagsrekonstruktion och konkurs.

³⁰ Åbjörnsson, R., *Kronofogdens konkurstillsyn inom ramen för myndighetens verksamhetsgren konkurstillsyn, TSM*, i Karlsson-Tuula m.fl. (red.), *Skrifter till Jan Rambergs minne*, Jure, 2019, s. 235-240.

³¹ Motion 2008/09:C378, *Tillsynsmyndigheten i konkurs*.

³² Civilutskottets betänkande 2008/09:CU26, *Insolvens- och utsökningsrätt*.

³³ Karlsson-Tuula, M., *Överlåtelse av avtal under företagsrekonstruktion - Ett förslag till reformering*, InraTi 1/2017 s. 86-95.

8. Föranslutning till den offentliga skulduppgörelsen

Vi anser att förhandsanslutning inte bör ske utan förordar det förslag som lämnats i Entreprenörskapsutredningen.³⁴ Där föreslås att det inte krävs någon förhandsanslutning av ett visst antal borgenärer till ackordsförslaget. I ett sedvanligt offentligt ackord krävs enligt 3 kap. 11 § 3 st. LFR att rekonstruktören i samband med en begäran om ackordsförhandling ska ge in ett rekonstruktörsintyg avseende viss förhandsanslutning till ackordsförslaget. Det krävs att två femtedelar av de i bouppteckningen upptagna borgenärerna vilkas fordringar skulle omfattas av ackordet och som tillsammans innehar minst två femtedelar av dessa fordringars sammanlagda belopp har förklarat sig anse ackordet antagbart.

I kommentaren till lagen sägs att för att rekonstruktören ska kunna fullgöra detta krav krävs att han eller hon har haft tämligen ingående kontakter med borgenärerna innan en begäran om ackordsförhandling ges in.³⁵ Enligt utredningens mening måste en hel del arbete läggas ned av rekonstruktören och gäldenären inför en ansökan om separat ackord för att klarlägga gäldenärens finanser och framtidsutsikter. I detta arbete borde förhandlingar med enskilda borgenärer komma till stånd eller ha pågått en tid. Gäldenären behöver emellertid snabbt skydd mot att borgenärerna vidtar verkställighetsåtgärder eller ansöker om att försätta gäldenären i konkurs, varför ett beslut om separat ackord inte bör försvåras eller fördröjas.

Med anledning härav föreslås inte viss förhandsanslutning till ackordsförslaget. Mot detta kan anföras att förhandsanslutning inte borde medföra så stor tidsutdräkt eller merarbete för gäldenären och den föreslagna rekonstruktören. Gäldenären måste ju ändå ta kontakt med borgenärerna angående förslaget till rekonstruktör. En konkursansökan av en borgenär kan dessutom ta flera veckor innan rätten kan besluta om den. Här är det emellertid en intresseavvägning mellan gäldenärens intresse och borgenärernas intresse. Å den ena sidan kan ett krav på förhandsanslutning öka borgenärernas förtroende för detta ackordsförfarande. Å den andra sidan är det viktigt att gäldenären snabbt och med mindre kostnader kan få skydd mot olika verkställighetsåtgärder. Utredningen har stannat för att gäldenärens intresse väger tyngre, vilket vi ställer oss bakom.

9. Kraven på utbildning av de som handlägger ärenden om företagsrekonstruktion

Artikel 25 i rekonstruktions- och insolvensdirektivet tar sikte på myndigheternas handläggning av rekonstruktionsfrågor.³⁶ Bestämmelsen innehåller två delar, som dock delvis kan sägas höra ihop. För det första ska medlemsstaterna säkerställa att de personer som handlägger rekonstruktionsfrågor vid myndigheterna får lämplig utbildning och har den sakkunskap som krävs för att fullgöra sina arbetsuppgifter. För det andra ska medlemsstaterna säkerställa att ärenden om företagsrekonstruktion handläggs effektivt. Frågan att ta ställning till inledningsvis är om

³⁴ SOU 2016:72 del 2, s. 237–238.

³⁵ Hellners, T. & Mellqvist, M., *Lagen om företagsrekonstruktion: en kommentar*, 2 uppl., Norstedts juridik, 2013, s. 198.

³⁶ Se SOU 2021:12, s. 587 f.

de personer som handlägger rekonstruktionsfrågor vid domstolarna får lämplig utbildning och har den sakkunskap och kompetens som krävs. Sådan utbildning kan enligt skälen förvävas under utövandet av uppdraget som ledamot vid myndigheten eller före utnämningen till ett sådant uppdrag. Det är samtliga aktörer som behöver utbildning. Domare som handlägger ärenden om företagsrekonstruktion och därmed sammanhängande frågor. Detta återspeglas t.ex. i skäl 86 där det anges att utbildningen bör syfta till att göra det möjligt att fatta beslut med potentiellt betydande ekonomisk och social inverkan på ett effektivt sätt. En jämförelse med den engelska språkversionen talar dock för att även andra kan betraktas som handläggare i direktivets mening. Där anges att kraven på utbildning och kompetens ska gälla för myndighetspersoner "dealing with procedures concerning restructuring". Detta talar för att även andra än de som fattar beslut bör kunna omfattas av direktivets krav på utbildning och kompetens. Vid en sammantagen bedömning anser vi att de höga krav som ställs för att få anställning som ordinarie domare och den vidareutbildning som erbjuds i Domstolsakademins regi säkerställer att ordinarie domarna får den utbildning och har den kompetens som krävs för att handlägga denna typ av ärenden. Det bör dock framhållas att det nya regelverket kommer att ställa betydligt större krav på domarnas kompetens än de nuvarande reglerna. Det kan därför finnas anledning att öka utbildningsinsatserna på området i anslutning till att den nya lagen träder i kraft. För att domstolarna ska kunna handlägga rekonstruktionsärenden på ett rättssäkert sätt och besluten hålla hög kvalitet är det därför viktigt att Domstolsakademien även framöver ges förutsättningar och resurser att vidareutbilda domarna i dessa frågor. Akademien för insolvensrätt menar att särskilda medel bör avsättas för att direktivets krav på domarna har den sakkunskap som krävs för att fullgöra sina arbetsuppgifter. Vidare vill vi att det säkerställs att utbildning verkligen genomförs eftersom vår erfarenhet är att krav på utbildning ofta prioriteras bort.

I detta ärende har Johan Sterte beslutat och professor Marie Karlsson-Tuula varit föredragande. Thomas Blom, prorektor, Margareta Friman, prorektor, Anne-Christine Larsson Ljung, universitetsdirektör och Barsha Yilmaz, studentkårens ordförande, har varit med om den slutliga handläggningen utan att delta i avgörandet.

Johan Sterte

Marie Karlsson-Tuula