

Handelshögskolan vid Göteborgs universitet
Juridiska institutionen
Tillämpningsuppsats, 20 poäng / utgåva 3
Handledare universitetsadjunkt Enar Folkesson
VT 2001

Lagen om företagsrekonstruktion

— en ännu inte färdigbearbetad lag?

Maria Malm,

Innehållsförteckning

<u>1 Inledning, syfte och metod</u>	4
<u>1.1 Inledning</u>	4
<u>1.2 Syfte och metod</u>	4
<u>2 Lagens bakgrund och syfte</u>	5
<u>2.1 Inledning</u>	5
<u>2.2 Varför behövs en särskild lag?</u>	5
<u>2.3 En ny lag</u>	6
<u>2.3.1 Lagens syfte</u>	7
<u>2.4 Rekonstruktionsfall sedan 1996</u>	8
<u>3 Förfarandet enligt LFR</u>	8
<u>3.1 Inledning</u>	8
<u>3.2 Ansökan och beslut</u>	8
<u>3.2.1 Gälldenären och borgenärerna</u>	8
<u>3.2.2 Rättsverkningar från dagen för ansökan</u>	9
<u>3.2.3 Domstolens prövning</u>	9
<u>3.2.4 Rättsverkningar från dagen för beslutet</u>	10
<u>3.3 Rekonstruktionen</u>	10
<u>3.3.1 Rekonstruktören och dennes uppgifter</u>	10
<u>3.3.2 Tid och avslutande</u>	12
<u>4 Grundläggande förutsättningar</u>	13
<u>4.1 Inledning</u>	13
<u>4.2 Lagens tillämpningsområde</u>	13
<u>4.2.1 Vilka gälldenärer omfattas?</u>	13
<u>4.3 Ansökan</u>	15
<u>4.3.1 Betalningssvårigheter</u>	15
<u>4.3.2 Domstolens prövning av ansökan</u>	16
<u>4.3.3 Illikviditet eller insolvens vid tidpunkten för ansökan?</u>	17
<u>4.3.4 Varför ansöker man för sent?</u>	19

<u>5</u>	<u>Gäldenärens avtal i ett ackord</u>	21
<u>5.1</u>	<u>Inledning</u>	21
<u>5.2</u>	<u>Under hand</u>	22
<u>5.3</u>	<u>Offentligt ackord</u>	22
<i>5.3.1</i>	<i>Tvingande skuldnedsättning</i>	23
<i>5.3.2</i>	<i>Vilka fordringar och gäldenärer omfattas?</i>	24
<i>5.3.3</i>	<i>Måste gäldenären vara insolvent?</i>	27
<i>5.3.4</i>	<i>Ackord som självständigt instrument</i>	27
<u>6</u>	<u>Gäldenärens avtal i en rekonstruktion</u>	30
<u>6.1</u>	<u>Inledning</u>	30
<u>6.2</u>	<u>Hävningsförbud enligt 2:20 LFR</u>	30
<i>6.2.1</i>	<i>Undantag från hävningsförbudet</i>	32
<i>6.2.2</i>	<i>Motpartens stoppningsrätt</i>	33
<i>6.2.3</i>	<i>Har gäldenären rätt till partiellt inträde?</i>	34
<i>6.2.4</i>	<i>Skall gäldenären ha hävningsrätt?</i>	36
<u>6.3</u>	<u>Borgenärens kvittningsrätt enligt 2:21 LFR</u>	38
<u>6.4</u>	<u>Problemen med de olika tidsfristerna</u>	40
<u>6.5</u>	<u>Gäldenärens rådighet enligt 2:15 LFR</u>	41
<i>6.5.1</i>	<i>Rekonstruktörens samtycke</i>	42
<u>6.6</u>	<u>Förmånsrätt enligt 10 § p.4 FRL</u>	45
<i>6.6.1</i>	<i>Vad utgör ett avtal träffat under företagsrekonstruktionen?</i>	46
<i>6.6.2</i>	<i>Hur skall förmånsrätten användas?</i>	48
<i>6.6.3</i>	<i>Förmånsrätten är dold och obegränsad i tid</i>	48
<u>6.7</u>	<u>Konkurrensen mellan förmånsrätter</u>	49
<u>6.8</u>	<u>Förslag till ny förmånsrättsordning</u>	53
<u>7</u>	<u>Behovet av samordning och reglering</u>	55
<u>7.1</u>	<u>Inledning</u>	55
<u>7.2</u>	<u>Rekonstruktion som alternativ till konkurs</u>	55
<i>7.2.1</i>	<i>Rekonstruktören som konkursförvaltare?</i>	57
<u>7.3</u>	<u>Avslutande reflektioner</u>	59
<u>Källförteckning</u>		61

1 Inledning, syfte och metod

1.1 Inledning

För min tillämpningsuppsats, 20 poäng, har jag som uppsatsämne valt lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion (LFR), vilken trädde i kraft i september 1996. Företagsrekonstruktion som begrepp har funnits länge, men i och med den nya lagen är företagsrekonstruktion nu även ett särskilt förfarande. Detta förfarande innebär att man utan konkurs kan rekonstruera företag som bedöms ha en bärkraftig affärsidé men som av någon anledning har hamnat i ekonomisk kris. Den gamla ackordslagen (1970:847) infördes i stort sett oförändrad som ett eget kapitel i LFR för att utgöra ett tänkbart led under en företagsrekonstruktion. Samtidigt infördes en ny bästa förmånsrätt i 10 § p. 4 förmånsrättslagen (1970:979) för vissa rekonstruktionsgäldenärens avtalsparter för att möjliggöra slutandet av nya avtal för en gäldenär i ekonomisk kris. Anledningen till mitt ämnesval är att det handlar om ett intressant nytt insolvensrättsligt förfarande som syftar till bevarande snarare än avveckling av verksamheter men som av olika orsaker inte fått förväntad genomslagskraft.

1.2 Syfte och metod

Jag har valt att lyfta fram två problemområden som visat sig vara förknippade med ett rekonstruktionsförfarande enligt LFR och som gjort att lagen inte kunnat leva upp till förväntningarna. Det första problemområdet rör *de grundläggande förutsättningarna* för företagsrekonstruktion; lagens tillämpningsområde, gäldenärens ekonomiska tillstånd och inställning vid tidpunkten för ansökan. Det andra problemområdet handlar om *gäldenärens avtal*; vad som händer med gamla avtal under en rekonstruktion och hur lagen förhåller sig till nya avtal träffade under rekonstruktionen, d v s dem som ges förmånsrätt enligt 10 § p. 4 förmånsrättslagen (FRL). Syftet med uppsatsen är att granska motiven bakom lagen, klarlägga hur den är tänkt att tillämpas och att försöka utröna hur lagstiftaren tänkt lösa de problem som uppstår i de valda områdena vid tillämpningen av lagen om företagsrekonstruktion.

Jag har använt mig av traditionell juridisk metod för att uppfylla syftet med uppsatsen, vilket innebär omfattande litteraturstudier av förarbeten, lag, praxis och doktrin. Utöver litteraturstudier har jag bl a talat med praktiserande jurister som gett mig värdefull

information om lagtillämpning och problemlösning i praktiken. På Göteborgs tingsrätts konkursenhet har jag studerat olika rekonstruktionsärenden vad gäller innehåll och utveckling.

Uppsatsen disponeras så att jag går igenom lagens bakgrund och syfte i kapitel 2, kapitel 3 innehåller en kortfattad redogörelse för lagens materiella innehåll och i kapitel 4 redogör jag för problem som rör förutsättningarna för lagens tillämpning. Kapitel 5 behandlar gäldenärens avtal i ett ackordsförfarande, kapitel 6 gäldenärens avtal under rekonstruktionen och kapitel 7 berör rekonstruktion i förhållande till konkurs samt innehåller några avslutande reflektioner över den nya lagen.

2 Lagens bakgrund och syfte

2.1 Inledning

Att företag hamnar i tillfälliga svårigheter och ekonomiska kriser är i och för sig inget ovanligt. I de flesta företag kan verksamheten vid någon tidpunkt behöva rekonstrueras eller olönsamma grenar avvecklas. Ofta sker detta helt internt i företaget eller med hjälp av externa konsulter. För problem som företagen själva inte klarar av att lösa och som ofta är förknippade med större ekonomiska svårigheter, erbjuder svensk lagstiftning sedan tidigare ett antal alternativa förfaranden såsom konkurs, ackord och likvidation. För privatpersoner finns förfarandet med skuldsanering enligt skuldsaneringslagen (1994:334).

2.2 Varför behövs en särskild lag? ¹

Det handlar här främst om att minska antalet onödiga konkurser och att återställa livskraften hos företag som skulle kunna vara lönsamma om man exempelvis kunde genomföra omorganisationer eller avveckla olönsamma grenar. Att använda sig av konkurs vid företagsrekonstruktioner anses allmänt som olämpligt av flera olika skäl. Det viktigaste skälet för att införa en ny lag var att företag med ekonomiska problem borde omstruktureras innan

¹ Avsnittet bygger på proposition 1995/96:5, Lag om företagsrekonstruktion, s 53 ff.

krisen blivit så djup att en realisation av tillgångarna i en konkurs måste ske — med *kapitalförstörelse* och *förlorade arbetstillfällen* som följd. Rekonstruktion borde därför genomföras innan företaget blivit konkursmässigt. Ett andra skäl var att konkursförfarandet är noga reglerat och därför ofta drar ut på tiden och blir kostsamt. Det fanns därför behov av ett enklare, snabbare och mera flexibelt förfarande. Ett tredje skäl för en särskild lag var att rekonstruktion genom konkurs kommit att uppfattas som stötande. Det gäller särskilt de s k *bekvämlighetskonkurserna* där ägaren genom ett nytt aktiebolag förvärvade sin gamla verksamhet av konkursboet, men utan de gamla skulderna och bara med den personal som han ansåg sig behöva. Vidare framhöll man i förarbetena till lagen att den *internationella trenden* går mot mer flexibla insolvensrättsliga system och att det där inte alltid finns en klar skiljelinje mellan avveckling och rekonstruktion. ”Detta beror på en ökad medvetenhet om att insolvensrättsliga problem är av mångskiftande natur och att olika problem kräver skilda instrument för att kunna hanteras på ett effektivt sätt ur såväl den enskildes som samhällets perspektiv.”²

2.3 En ny lag

Insolvensutredningen lade fram ett förslag till en ny rekonstruktionslagstiftning under år 1992 (SOU 1992:113), som således inte inriktas på affärsverksamhetens avveckling utan på dess fortlevnad. Utredningens betänkande innehöll, utöver ett förslag på rekonstruktionslag, några radikala men, som man ansåg, nödvändiga förändringar i gällande rätt som skulle underlätta rekonstruktioner i enlighet med den föreslagna lagen. Bland annat skulle förmånsrätten för skatter avskaffas och förmånsrätt för s k produktiva löner gå före förmånsrätt i företagshypotek, d v s intjänad lön samt uppsägningslön under den tid driften av företaget fortsätter, dock längst under två månader.³ Med hjälp av dessa ändringar skulle man minska intresset att använda konkurs för att rekonstruera företag, eftersom oprioriterade borgenärer får ett större intresse att delta i ett insolvensförfarande där de kan få mer utdelning än i det gällande systemet.⁴ Betänkandet remissbehandlades på sedvanlig väg och det som slutligen resulterade i en proposition (prop. 1995/96:5) och i lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion (LFR) var en kompromiss mellan olika ekonomiska intressen.

² Prop. 1995/96:5, s 55, längst ner.

³ SOU 1992:113, Insolvensutredningen, s 328 ff.

⁴ SOU 1992:113, s 328 ff och prop. 1995/96:5, s 127 ff.

Förmånsrätten för skatter och allmänna avgifter avskaffades inte, främst på grund av ”det rådande statsfinansiella läget”,⁵ och man gjorde inte heller några ändringar i förmånsrätten för löner eller i den statliga lönegarantin.⁶ En senare statlig utredning⁷ har i förslag till ny förmånsrättslag också velat avskaffa förmånsrätten för löner, skatter och avgifter. Utredningen, som bl a syftar till att förhindra bekvämlighetskonkurser och bättre bidra till lika konkurrensförhållanden mellan konkursbon och andra företag, lade fram sitt betänkande 1999. Förslaget är ännu inte slutbehandlat (maj 2001). Se om utredningen i avsnitt 6.8.

2.3.1 Lagens syfte

Lagen om företagsrekonstruktion är en *ramlag* och reglerar inte hur en rekonstruktion skall gå till i praktiken. Ett förfarande enligt LFR skall enligt regeringens proposition syfta till ”att göra det möjligt att utan konkurs vidta åtgärder för att rekonstruera sådana företag i kris som bedöms ha utsikter till en fortsatt lönsam verksamhet.”⁸ Vidare sägs i propositionen att det handlar om ”ett förfarande som syftar till att ge en näringsidkare som har betalningssvårigheter ett *rådtrum* under vilket han kan vidta åtgärder för att förbättra sin rörelses resultat och möjlighet att förhandla med sina borgenärer om ett ackord.”⁹ (min kursivering).

Utgångspunkten är att affärsidén i grunden skall vara bärkraftig för att en rekonstruktion skall vara meningsfull att genomföra. Gäldenärens hela verksamhet skall utredas och rekonstrueras i de delar där det behövs. I praktiken innebär rekonstruktionen *två moment*: dels en skuldsanering efter förhandling med borgenärerna (finansiell rekonstruktion) och dels en ändring i verksamheten (rekonstruktion i sak) så att den blir lönsam igen.¹⁰

⁵ Prop. 1995/96:5, s 127 ff.

⁶ Prop. 1995/96:5, s 141 ff.

⁷ SOU 1999:1 Ny förmånsrättslag.

⁸ Prop. 1995/96:5, s 53.

⁹ Prop. 1995/96:5, s 56.

¹⁰ Prop. 1995/96:5, s 57 och Stangendahl, Peter, Företagsrekonstruktion, lagkommentar, 1996, s 21 f och Hellners, Trygve, och Mellqvist, Mikael, Lagen om företagsrekonstruktion, 1997, s 22.

2.4 Rekonstruktionsfall sedan 1996

En undersökning¹¹ genomförd vid Stockholms universitet, visar att sedan LFR trädde i kraft i september 1996 och fram till i maj 2000 har 593 ansökningar om företagsrekonstruktion lämnats in till landets tingsrätter — siffran skall jämföras med de 25 879 konkursansökningar som gjorts under åren 1997 - 1999. Av de 593 gäldenärsföretag som ansökt om rekonstruktion har 299 försatts i konkurs och 107 har inte uppnått syftet med rekonstruktionen. 137 sökande har lyckats med rekonstruktionen, d v s företaget finns kvar (maj 2000). Antalet ansökningar har i genomsnitt legat på ett drygt hundratal per år, och för år 2000 var antalet 111 stycken.¹²

3 Förfarandet enligt LFR

3.1 Inledning

Detta kapitel redogör för huvuddragen i ett rekonstruktionsförfarande enligt lagen om företagsrekonstruktion (LFR). Alla paragrafhänvisningar avser LFR om inget annat anges.

3.2 Ansökan och beslut

3.2.1 Gäldenären och borgenärerna

En näringsidkare som har eller snart kommer att få betalningssvårigheter kan ansöka hos tingsrätten om företagsrekonstruktion, 1:1 LFR. Lagen är tillämplig på alla näringsidkare oberoende av verksamhetens omfattning och associationsform. Vissa verksamheter som hör till finansiell och offentlig sektor är dock undantagna, 1:3. En gäldenärs ansökan skall enligt 2:3 innehålla en kort redogörelse för hans ekonomi och orsakerna till betalningssvårigheterna, en förteckning över borgenärerna, en redogörelse för hur gäldenären tänker driva

¹¹ Persson, Annina, och Tuula, Marie, Är lagen om företagsrekonstruktion en papperstiger? rapport, oktober 2000.

¹² Enligt uppgift från Domstolsverket, 010507.

verksamheten vidare och hur han planerar att komma överens med borgenärerna. Han skall också lämna förslag på en rekonstruktör, 2:3.

Även en borgenär kan ansöka om företagsrekonstruktion för ett gäldenärsföretag enligt 2:1, men då under förutsättning att gäldenären medger ansökan, 2:6 st. 3. Borgenärens ansökan skall innehålla uppgift om den fordran han har på gäldenären, upplysningar om gäldenärens betalningssvårigheter och förslag till rekonstruktör, 2:4. När en borgenär har ansökt om företagsrekonstruktion skall rätten kalla samman parterna till ett sammanträde, 2:8, där borgenärens ansökan skall prövas.¹³

3.2.2 Rättsverkningar från dagen för ansökan

En ansökan om företagsrekonstruktion för med sig vissa rättsverkningar, bl a blir dagen för ansökan avgörande för vilka fordringar som senare eventuellt skall komma att omfattas av ett ackord, 3:3, och den utgör tidsgräns för ränteberäkning, 3:14. Ansökningsdagen är fristdag också för den aktiva stoppningsrätten i 63 § köplagen och för återvinning enligt 4:2 konkurslagen. Borgenären kan också kvitta en skuld som han har gentemot gäldenären, 2:21, om motfordringen har uppkommit före ansökan om företagsrekonstruktion.¹⁴ Motfordringen behöver dock inte vara förfallen till betalning.¹⁵

3.2.3 Domstolens prövning

Tingsrätten skall pröva ansökan genast, 2:7, och besluta om företagsrekonstruktion om det kan antas att gäldenären inte kan betala sina förfallna skulder eller snart inte kommer att kunna göra det (illikviditet eller befarad illikviditet), 2:6 st. 1. Med illikviditet skall förstås att gäldenärens kontanta medel eller tillgångar som lätt kan omsättas inte räcker till för att betala förfallna skulder.¹⁶ Domstolen skall också pröva om syftet med rekonstruktionen kan uppnås,

¹³ I praktiken har det endast vid något enstaka tillfälle förekommit att en borgenär har ansökt om företagsrekonstruktion.

¹⁴ Prop. 1995/96:5, s 84 f och 202 f, och Hellners, Mellqvist, s 151 ff.

¹⁵ Prop. 1995/96:5, s 203.

¹⁶ Prop. 1995/96:5, s 180.

2:6 st. 2. Om rätten beslutar om företagsrekonstruktion skall den utse en rekonstruktör, 2:10, och kalla till borgenärssammanträde. Syftet med sammanträdet är att borgenärerna skall kunna ta ställning till om — och i så fall hur — företagsrekonstruktionen skall genomföras i fortsättningen, 2:16 st. 1.¹⁷ Om någon borgenär begär det skall en borgenärskommitté med minst en och högst fyra personer utses. Har gäldenärsföretaget haft minst 25 anställda det senaste räkenskapsåret, har de anställda rätt att utse en representant i kommittén, 2:16 st. 2. I de fall företagsrekonstruktionen kommer att innefatta en ackordsförhandling skall rätten även kalla till ett ackordsborgenärssammanträde, 3:13 och 3:17.

3.2.4 Rättsverkningar från dagen för beslutet

Ett beslut om företagsrekonstruktion innebär att gäldenären får anstånd med sina förpliktelser gentemot borgenärerna¹⁸ (moratorium), m a o det ”rådrum” för gäldenären som propositionen talar om.¹⁹ Anståndet innebär att borgenärerna inte kan vidta exekutiva åtgärder gentemot gäldenären, 2:17, och att eventuella konkursansökningar gentemot gäldenären förklaras vilande, 2:19 LFR med hänvisning till 2 kap. 10 a § konkurslagen. Enligt sistnämnda paragrafs andra stycke krävs det särskilda skäl för att borgenärerna skall få en gäldenär i konkurs under en företagsrekonstruktion, nämligen i de fall gäldenären sätter borgenärens rätt i fara. Beslut om företagsrekonstruktion innebär också att gäldenären inte får betala gamla skulder, 2:15, och att borgenärerna kan förhindras att häva avtal som de har med gäldenären om gäldenären med rekonstruktörens samtycke begär det, 2:20.

3.3 Rekonstruktionen

3.3.1 Rekonstruktören och dennes uppgifter

Rätten skall utse en rekonstruktör, och finns det särskilda skäl får fler än en utses, 2:10. Rekonstruktören skall ”ha den särskilda insikt och erfarenhet som uppdraget kräver, ha borgenärernas förtroende samt även i övrigt vara lämplig för uppdraget”, 2:11. Han skall när

¹⁷ Hellners, Mellqvist, s 84 f, och prop. 1995/96:5, s 183 f.

¹⁸ Prop. 1995/96:5, s 74 ff.

¹⁹ Prop. 1995/96:5, s 55.

han fullgör sitt uppdrag verka för att borgenärernas intressen inte åsidosätts, 1:2. I propositionen anges att ”höga krav bör ställas på rekonstruktörens personliga integritet. Han skall, under tidspress, försöka åstadkomma en hållbar rekonstruktionsplan med tillgodoseende av såväl gäldenärens som borgenärernas intressen. Det är då viktigt att han har samtliga inblandades förtroende vilket oftast endast kan åstadkommas genom att han intar en självständig, opartisk hållning.”²⁰ Detta utesluter företagets ägare, ställföreträdare och ledamot i styrelsen som rekonstruktörer. Rekonstruktören bör enligt regeringen istället vara en person vars bakgrund exempelvis är juristens, ekonomens, företagsledarens, revisorns eller företagskonsultens, och ”normalt” bör en advokat ur konkursförvaltarkretsen eller en högre tjänsteman vid ackordscentral förordnas (”när inte omständigheterna i det enskilda fallet motiverar något annat”).²¹ När det gäller rekonstruktörens opartiskhet under rekonstruktionen, saknas i och för sig en uttrycklig jävsbestämmelse i LFR, men i propositionstexten framgår tydligt att en lämplig rekonstruktör skall vara opartisk,²² och 2:11 stadgar också att denne skall ha borgenärernas förtroende.

Rekonstruktören skall inom en vecka underrätta samtliga borgenärer om att företagsrekonstruktion är inledd, 2:13, och till underrättelsen skall han foga en preliminär förteckning av gäldenärens tillgångar och skulder, dennes senaste balansräkning, uppgifter om betalningssvårigheterna och hur en rekonstruktion skall kunna genomföras. Rekonstruktören skall också lämna upplysning om när och var borgenärssammanträdet skall äga rum. Rekonstruktörens viktigaste uppgift är att rekonstruera gäldenärsföretaget såväl finansiellt som verksamhetsmässigt, vilket innebär att han skall undersöka om verksamheten kan fortsätta helt eller delvis, hur detta skall ske samt eventuellt försöka träffa en ekonomisk uppgörelse med borgenärerna.²³ Företagets ekonomiska svårigheter måste kartläggas, en likviditetsbudget upprättas och en analys göras av de bakomliggande orsakerna till företagets ekonomiska kris. Detta skall sedan i samråd med gäldenären skrivas ned i en rekonstruktionsplan, som även skall innehålla de åtgärder som rekonstruktören anser är nödvändiga för att komma till rätta med företagets problem.

²⁰ Prop. 1995/96:5, s 104.

²¹ Prop. 1995/96:5, s 104.

²² Prop. 1995/96:5, s 104.

²³ När ackordslagen infördes i LFR övertog rekonstruktören de uppgifter som den gode mannen tidigare haft.

Här kan också nämnas att en av rekonstruktörens svårare uppgifter under rekonstruktionen är att genomföra organisationsändringar när dessa behövs och även att se till att företagsledningen byts ut i det fall det är nödvändigt för att företaget skall ges möjlighet att leva vidare. Planen presenteras vid det borgenärssammanträde som hålls inom tre veckor från beslutet om företagsrekonstruktion. Borgenärerna grundar sin inställning till rekonstruktion på de föreslagna åtgärderna,²⁴ men rekonstruktionsplanen skall inte antas eller slås fast eftersom den kan komma att ändras under rekonstruktionens gång.²⁵

En utgångspunkt i LFR är att gäldenären behåller rådigheten över sin egendom under hela rekonstruktionen, och han kan ingå civilrättsligt bindande avtal under hela rekonstruktionsförfarandet. Det är dock en inskränkt rådighet i och med att denne måste inhämta rekonstruktörens samtycke till i princip alla de viktigare rättshandlingar som framgår av 2:15 LFR. Gäldenären har också en upplysningsplikt och lydnadsplikt enligt 2:14 gentemot rekonstruktören om allt som kan vara av vikt för rekonstruktionen. Om gäldenären bryter mot sina skyldigheter och på eget bevåg förfar med sin egendom utan att inhämta rekonstruktörens samtycke eller på annat sätt uppträder illojalt, kan rekonstruktionen avbrytas, och gäldenären kan då istället försättas i konkurs. Gäller den rättsstridiga handlingen exempelvis ett nytt avtal kan gäldenärens avtalspart inte få förmånsrätt enligt 10 § p. 4 FRL i en eventuell efterföljande konkurs om inte rekonstruktören samtycker till det. Rekonstruktören kan därför starkt påverka gäldenärens möjligheter att förfoga över sin egendom och sätt att driva verksamheten.

3.3.2 Tid och avslutande

En företagsrekonstruktion skall upphöra när syftet med den har uppnåtts eller när det står klart att en rekonstruktion inte kan genomföras. Utgångspunkten är att en rekonstruktion skall vara avslutad inom tre månader, med möjlighet för rätten att vid särskilda skäl förlänga tiden med tre månader upp till maximalt ett år om det finns synnerliga skäl, 4:8 st. 2.

Om gäldenären uppträder illojalt eller på något annat sätt undergräver borgenärernas intressen kan rekonstruktionen avbrytas och företaget försättas i konkurs, 4:7.

²⁴ Företagsrekonstruktionen kan avse rekonstruktion i sak och/eller finansiell rekonstruktion, se avsnitt 2.3.1

²⁵ Prop. 1995/96:5, s 113.

4 Grundläggande förutsättningar

4.1 Inledning

Detta kapitel behandlar problem som rör de grundläggande förutsättningarna i LFR, mer precist om vilka som kan använda sig av lagen, gäldenärens ekonomiska tillstånd och inställning vid tidpunkten för ansökan och domstolens prövning av ansökan.

4.2 Lagens tillämpningsområde

4.2.1 Vilka gäldenärer omfattas?

Enligt 1:1 LFR är lagen tillämplig på näringsidkare som hamnat i betalningssvårigheter. Propositionen anger att ”begreppet näringsidkare är vidsträckt”²⁶ och att det täcker både juridiska och fysiska personer som bedriver näring, oavsett verksamhetens omfattning eller associationsform. ”Det omfattar de allra största företagen likaväl som enmansföretagen, och även den som jämsides med en anställning driver någon form av näringsverksamhet.”²⁷ Varken insolvensutredningen eller regeringen har ansett det finnas några skäl att avgränsa kretsen näringsidkare, men utredningen antog dock att förfarandet skulle få sin största betydelse för ”något större företag” främst på grund av de kostnader som förfarandet med rekonstruktion medför.²⁸ Att begreppet näringsidkare skall tolkas vidsträckt borde innebära att rekonstruktionsförfarandet står öppet också för *ideella föreningar* som bedriver yrkesmässig verksamhet, exempelvis idrottsföreningar och fackförbund.²⁹ Organisationsformen är dock helt oreglerad och egentligen inte ämnad för näringsverksamhet, omständigheter som kan komma att utgöra speciella gränsdragningsproblem när det gäller att avgöra huruvida LFR är tillämplig i dessa fall. En sådan bedömning kan resultera i att de ideella föreningarna faller mellan stolarna på de olika insolvensrättsliga förfarandena så att konkurs blir det enda återstående alternativet. Med utgångspunkt i propositionen avseende syftet med lagen och hur generöst begreppet näringsidkare skall tolkas ser jag inte något formellt hinder för att bevilja

²⁶ Prop. 1995/96:5, s 63.

²⁷ Prop. 1995/96:5, s 63.

²⁸ SOU 1992:113, s 351 och prop. 1995/96:5, s 64.

²⁹ Se definitioner på ideella föreningar och näringsidkande sådana i Hemström, Carl, Organisationernas rättsliga ställning, 5:e uppl. 1996, s 17 f, 91 f, 108 f.

en ansökan om företagsrekonstruktion för en ideell förening som bedriver näring. När de formella kraven i LFR kan anses uppfyllda, får man emellertid fråga sig om det också finns ett materiellt behov av en rekonstruktion.

När det gäller *ekonomiska föreningar* har en hovrätt i ett fall ansett att en *bostadsrättsförening*³⁰ varit näringsidkare i den mening som lagen om företagsrekonstruktion avser. Hovrätten har framhållit i sitt beslut att en bostadsrättsförenings verksamhet måste anses som yrkesmässig och av ekonomisk art.³¹

Vad gäller *dödsbon* så skriver Hellners och Mellqvist att om en avliden uppfyllt kraven på att vara näringsidkare, "(...) torde också dödsboet regelmässigt uppfylla kravet på att vara näringsidkare."³² En annan tänkbar situation är då en person avlider som inte varit näringsidkare, men där dödsboet uppfyller kravet på att vara näringsidkare. I bägge fallen skulle dödsboet enligt författarna vara formellt legitimerat att ansöka om företagsrekonstruktion. Men man kan fråga sig om ett dödsbo, vars syfte är att förbereda en överföring av den avlidnes tillgångar till arvingar och testamentstagare varpå dödsboet sedan skall avvecklas,³³ kan bedömas ha "utsikter till en fortsatt lönsam verksamhet" och en sådan "bärkraftig idé" som lagmotiven till LFR talar om.

Kostnaderna för förfarandet definieras i 4:4 LFR (de utgörs till största delen av rekonstruktörens arvode) och dessa skall betalas av gäldenären, 4:6. Enligt uppgift³⁴ ligger rekonstruktionskostnaderna på mellan 20 000 och 2 000 000 kronor. Man kan konstatera att LFR för de flesta småföretagare inte är något alternativ, vilket har kritiserats eftersom konkursstatistiken visar att de flesta konkurser i Sverige rör små företag och bara en liten andel konkurser är företag med fler än 20 anställda. Enligt en undersökning från 1997 var 95 % av alla företag som under en viss tidsperiod ansökte om någon form av insolvensrättsligt förfarande företag med färre än 10 anställda.³⁵

I förarbetena till LFR sägs dock inget om att förhindra antalet konkurser av små företag i sig. När det gäller frågan om vilka kategorier av gäldenärer som bör kunna komma i fråga för

³⁰ En bostadsrättsförening anses vara en "särskild art" av ekonomisk förening eftersom dess verksamhet är speciallagsreglerad, se Hemström, s 22.

³¹ Se Svea hovrätts beslut 1996-11-28 i mål ÖA 5005/96 samt om detta i RSV 900 utgåva 4, Konkurs, företagsrekonstruktion och ackord, 1998, s 236.

³² Hellners, Mellqvist, s 164 f.

³³ Om dödsboet och dess förvaltning stadgas i 18-24 kap. ÄB.

³⁴ Persson, Tuula, rapport, oktober 2000.

³⁵ Persson, Tuula, rapport, oktober 2000.

företagsrekonstruktioner säger propositionen att "[e]n utgångspunkt för bedömningen är att ett särskilt skuldsaneringsförfarande för privatpersoner har införts från den 1 juli 1994. Det står därför klart att en lag om företagsrekonstruktion bör avse enbart näringsidkare."³⁶ Jag tycker i och för sig att propositionens hänvisning till skuldsaneringslagen är något märklig, eftersom skuldsaneringsinstitutet för privatpersoner knappast utgör ett alternativ till ett företagsrekonstruktionsförfarande enligt LFR; det handlar om två vitt skilda förfaranden. Men propositionen säger vidare att lagen om företagsrekonstruktion är tillkommen för att förhindra kapitalförstöring, förluster av arbetstillfällen och s k bekvämlighetskonkurser med företag som anses ha en bärande affärsidé, och därmed, som jag förstår det, fokuserar den inte på små företag som varken har särskilt mycket kapital att förstöra, arbetstillfällen som går förlorade eller någon reell möjlighet att rekonstruera via konkurs — eftersom enskilda näringsidkare och handelsbolagsdelägare är personligt betalningsansvariga för bolagets skulder, liksom ofta ägare till små aktiebolag genom personliga borgensåtaganden eller ställda säkerheter, exempelvis av den privata villan. Därför tycker jag det är något oegentligt att kritisera lagen för att kostnaderna blir för höga för småföretagare, eftersom dessa aldrig varit avsedda att träffas av lagen om företagsrekonstruktion. Det vore kanske önskvärt att dessa hade bättre möjligheter att undvika konkurs än de har idag, men det är enligt min mening en annan fråga.

4.3 Ansökan

4.3.1 Betalningssvårigheter

För att kunna ansöka om företagsrekonstruktion räcker det att gäldenären är illikvid eller snart befaras bli illikvid, vilket innebär att gäldenären kan ansöka och helst bör ansöka om rekonstruktion redan vid första tecknet på betalningssvårigheter. Vad som skall tolkas som betalningssvårigheter stadgas i 2:6 st. 1 LFR: "(...) att det kan antas att gäldenären inte kan betala sina förfallna skulder eller att sådan oförmåga inträder inom kort." I propositionen står det att "[m]ed illikviditet skall förstås att gäldenärens kontanta medel eller tillgångar som lätt kan omsättas inte räcker till för att betala förfallna skulder."³⁷

³⁶ Prop. 1995/96:5, s 63.

³⁷ Prop. 1995/96:5, s 180.

4.3.2 Domstolens prövning av ansökan

I praktiken ansöker många företag inte om rekonstruktion när man är illikvid utan när man hamnat på obestånd, vilket är en tidpunkt när det ofta kan vara för sent att rädda företaget eller delar av det. En fråga är då hur domstolen skall bedöma en obeståndssituation vid ansökningstillfället. ”Beslut om företagsrekonstruktion får inte meddelas om det finns skälig anledning att anta att *syftet* med rekonstruktionen inte kan uppnås”, 2:6 st. 2 LFR (min kursivering). Detta betyder att tingsrätten skall göra en prövning av ansökan om förutsättningar för en lyckad rekonstruktion finns. Rätten skall alltså göra en bedömning om företagets framtidsutsikter och om det finns skälig anledning att anta att syftet med rekonstruktion kan uppnås. Regeln har tillkommit för att förhindra missbruk av förfarandet men det är ett lågt beviskrav som i den delen ställs på gäldenärsföretaget. Möjligheterna att syftet skall kunna uppnås får inte framstå som helt obefintliga.³⁸

I tingsrättsinstruktionen för handläggning av företagsrekonstruktionsärenden instrueras domstolen att göra en *prognos* om det finns skälig anledning anta att syftet med rekonstruktionen kan uppnås. Blir resultatet av bedömningen att företagets enda intresse av ett beslut om företagsrekonstruktion verkar vara att för stunden komma under skydd av det ”paraply” som lagen utgör mot borgenärerna, och ingen avsikt finns att på längre sikt driva verksamheten vidare, skall ansökan inte bifallas.³⁹ Vad som avses med ”längre sikt” är oklart. När det gäller obeståndsbedömningar brukar man inte göra prognoser som är längre än ungefär ett halvår framåt i tiden, se slutet av avsnitt 4.3.3. Eventuellt kan man här använda sig av samma prognosregler som vid obeståndsbedömning.

Propositionen framhåller att ”situationen är svårbedömd”, bland annat för att underlaget för beslutet är oklart. Men så snart en mera ingående utredning kan visa att syftet med lagen *kan* uppnås, så bör beslut om företagsrekonstruktion meddelas.⁴⁰ Rättens beslut kommer dock ganska snart att följas av ”(...) ytterligare bedömningar när ett mera tillförlitligt underlag föreligger.”⁴¹

³⁸ Prop. 1995/96:5, s 180 och Hellners, Mellqvist, s 73.

³⁹ Domstolsverkets konkurshandbok - tingsrätt, avsnitt 6.1.2.4

⁴⁰ Prop. 1995/96:5, s 74 f. och Hellners, Mellqvist, s 73 f.

⁴¹ Hellners, Mellqvist, s 74.

4.3.3 Illikviditet eller insolvens vid tidpunkten för ansökan?⁴²

Med illikviditet menas en situation där en person saknar likvida medel att betala en skuld som förfaller till betalning. En sådan betalningsoförmåga kan vara kortvarig och övergående. Med obestånd (eller insolvens) menas en betalningsoförmåga under en längre period, och i 1:2 st. 2 konkurslagen (1987:672) definieras obestånd som "(...) att gäldenären inte kan rätteligen betala sina skulder och att denna oförmåga inte endast är tillfällig".

Om gäldenären redan befinner sig på obestånd vid tidpunkten för ansökan om företagsrekonstruktion kan man fråga sig om tingsrätten skall ogilla ansökan och hänvisa gäldenären till konkursförfarande istället. Persson och Tuula anser att "det är av stor betydelse att en näringsidkare som redan är på obestånd är förhindrad från att ansöka om LFR."⁴³ Författarnas argument för denna ståndpunkt är att gäldenärerna då eventuellt skulle initieras att ansöka om företagsrekonstruktion i ett tidigare skede. Ett sådant resonemang håller Folkesson inte med om. Han menar att obestånd hos gäldenären inte bör hindra denne från att ansöka om företagsrekonstruktion. Att 1:1 LFR talar om "betalningssvårigheter" — och inte insolvens — beror på att lagstiftaren velat ge gäldenären ett incitament att ansöka om företagsrekonstruktion i ett så tidigt skede i sin ekonomiska kris som möjligt,⁴⁴ men det, menar Folkesson, utesluter inte att en gäldenär som är på obestånd skall vara förhindrad att ansöka om rekonstruktion eller att en sådan rekonstruktion inte skulle kunna uppnå LRF:s syfte.

Jag tycker att Folkessons resonemang verkar mest ändamålsenligt och jag ser inte något samband mellan att kräva en lägsta gräns på gäldenärens ekonomiska ställning och ett incitament för denne att ansöka tidigare. Hittar exempelvis rekonstruktören under pågående rekonstruktion en kreditgivare som är villig att satsa pengar i det krisdrabbade företaget, eller någon som vill köpa det, kan rekonstruktionen lyckas även om förutsättningarna för detta varit mycket sämre än vad som kanske är önskvärt vid ansökningstidpunkten. Propositionen nämner heller inget om en lägsta gräns när det gäller gäldenärens ekonomiska situation eller hur ansökan skall bedömas när gäldenären är insolvent. Syftet med lagen är "att göra det möjligt att utan konkurs vidta åtgärder för att rekonstruera företag i kris som bedöms ha

⁴² Se definitioner av insolvens och illikviditet i bl a Welamsson, Lars, Konkursrätt, 1997, s 20 ff, Folkesson, Enar, Företaget i ekonomisk kris, 1996, s 19 f, och Hellners, Trygve, Mellqvist, Mikael, Lagen om företagsrekonstruktion, 1997, s 69 ff.

⁴³ Persson, Tuula, rapport, 2000.

⁴⁴ Prop. 1995/96:5, s 61.

utsikter till en fortsatt lönsam verksamhet”,⁴⁵ vilket skulle kunna tolkas som att även konkursmässiga företag, om de har utsikter till fortsatt lönsam verksamhet, skall ha möjlighet att ansöka om rekonstruktion enligt LFR. Man kan förmoda att ett konkursmässigt företag inte har några utsikter till lönsam verksamhet, eller i vart fall har sämre utsikter än ett företag som ”bara” har betalningssvårigheter, men bedömningen huruvida syftet med lagen kan komma att uppnås måste ju göras av domstolen i varje enskilt fall och jag tycker inte det vore rimligt att ogilla en ansökan enbart på grund av att gäldenären är på obestånd, om företaget verkar ha en möjlighet att bli lönsamt (se avsnitt 4.3.2 om rättens prövning ovan). Och har företaget och rekonstruktören lagt fram en realistisk plan över hur problemen skall lösas är det rimligt att domstolens inledande prövning inte leder till annat resultat än det av gäldenärsföretaget önskade, nämligen beslut om rekonstruktion.

När det gäller definitionen av betalningssvårigheter säger förarbetena till 2:6 LFR att det räcker att det föreligger ”risk för illikviditet” för att kunna ansöka.⁴⁶ När man i andra situationer gör skillnad på begreppen insolvens och illikviditet menar Hellners och Mellqvist att ”(...) risk för illikviditet är — i detta sammanhang — i praktiken detsamma som insolvens.”⁴⁷ Därför att en person kan vara illikvid utan att samtidigt vara insolvent och en person kan också vara insolvent utan att vara illikvid. I det första fallet kan en ansökan om företagsrekonstruktion bifallas, men även i det andra fallet kan ansökan bifallas, eftersom det är tillräckligt att det finns en risk för att gäldenären inom kort blir illikvid, och därmed är rekvisitet ”risk för illikviditet” i 2:6 st. 1 uppfyllt.⁴⁸ Med Hellners och Mellqvists resonemang är det vid tillämpningen av LFR således ganska ointressant att skilja på begreppen insolvens och illikviditet vid prövningen av gäldenärens betalningssvårigheter.

Här bör ändå framhållas att en illikviditetsbedömning på ett väsentligt sätt skiljer sig från en obeståndsbedömning, då betalningsoförmågan i en illikvid situation kan upphöra så snart nya likvida medel flyter in i företaget. En illikviditetsbedömning är en bedömning av nuläget, till skillnad från en obeståndsbedömning som innebär att man måste göra en prognos om framtiden. Det kan ofta vara mycket svårt att göra en sådan. I förarbetena till konkurslagen

⁴⁵ Prop. 1995/96:5, s 53.

⁴⁶ Prop. 1995/96:5, s 60 f. och 179 f.

⁴⁷ Hellners, Mellqvist, s 70 f.

⁴⁸ Hellners, Mellqvist, s 71.

och i rättspraxis finner man stöd för att göra prognoser upp till halvår och i undantagsfall kanske något längre, men längre tidsperioder kan oftast inte accepteras.⁴⁹

4.3.4 Varför ansöker man för sent?

Oavsett om företaget är på obestånd eller ”bara” har betalningssvårigheter när ansökan görs så kan man ändå konstatera att det är ett problem att de sökande ofta är för sent ute för att kunna rädda verksamheten, och att inledda företagsrekonstruktioner ofta slutar med konkurs, (se avsnitt 2.4). Förutom att gäldenärens ekonomiska kris kan vara så djup att det är för sent att rädda företaget kan en annan orsak till efterföljande konkurser vara någon bristande förutsättning på rekonstruktörens sida. Han kanske inte besitter den skicklighet som uppdraget kräver, eller åtar sig rekonstruktionsuppdrag trots att prognosen egentligen är för dålig. Att ett rekonstruktionsförfarande avslutas med konkurs kan förstås också bero på omständigheter som man inte kunnat förutse vid förfarandets inledning. Rekonstruktörens eventuella lämplighet för uppdraget skall inte behandlas vidare i detta arbete. Det finns förmodligen många och med varandra samverkande skäl till varför ett företag väntar in i det längsta med att ansöka om rekonstruktion, och några av dessa skall jag redogöra för här:⁵⁰

1. Dålig kunskap om lagen

En anledning till att gäldenärsföretagen ansöker så sent kan vara dålig kunskap om lagen. Man är inte medveten om att alternativet med företagsrekonstruktion finns. Lagen är ganska ny och den har inte fått särskilt stor genomslagskraft. En SIFO-undersökning⁵¹ har visat att endast 22 % av 600 tillfrågade företag hade kännedom om lagen. Den vanligaste vägen till kunskap verkar vara via en revisor eller jurist som uppmärksammas om företagets problem och som då informerar om alternativet företagsrekonstruktion. Man kan anta att många företag då redan brottats med ekonomiska problem en längre tid, vilket försämrar möjligheterna för en rekonstruktion att lyckas.

⁴⁹ Folkesson, s 21 f.

⁵⁰ Faktorer som orsakar gäldenärens obestånd, se Folkesson, s 265 ff.

⁵¹ Persson, Tuula, rapport, 2000.

2. Rädsla för att förtroendekapitalet skall gå förlorat

En viktig tillgång i ett företag är förtroendekapitalet. Det omsätts hela tiden i kontakten med kunder och kreditgivare och kan snabbt gå förlorat om det missbrukas. Det kan vara oerhört svårt att bygga upp en sådan tillgång igen. Rädslan att förlora förtroendekapitalet är en anledning till att man inte vill skylta med sin trassliga situation. Om kreditgivare och kunder får reda på sanningen är risken stor att de genast drar in krediter, försöker häva ingångna avtal och vägrar att göra fler affärer med gäldenären eller att de kräver säkerhet eller kontantbetalning i fortsättningen, något som väsentligt kan försvåra gäldenärens fortsatta verksamhet. Företagets anställda kan komma att börja se sig om efter andra arbeten när den ekonomiska situationen på företaget går upp för dem. Företaget får därmed också svårt att behålla och att rekrytera kompetent personal.

3. Okunnighet om den ekonomiska situationen i företaget

En annan förklaring till de sena ansökningarna kan vara att man är okunnig om de ekonomiska förhållandena på företaget. Folkesson skriver att många företagare är goda entreprenörer med ibland lysande idéer, men de är inte alltid goda affärsmän och ekonomer.⁵² Vem som helst som har en affärsidé kan starta näringsverksamhet och till det krävs inga ekonomiska eller juridiska förkunskaper, vilket många gånger innebär att mindre företag och företag som saknar fungerande ekonomiavdelningar har bristande kunskaper exempelvis vad gäller redovisning, budgetering och skattebestämmelser.

4. Gäldenärens inställning

En viktig förutsättning för att en företagsrekonstruktion skall kunna genomföras med det avsedda resultatet är att gäldenären har rätt inställning, d v s är seriös och har en vilja att driva företaget vidare på lång sikt. Frågan aktualiseras främst i de fall en borgenär har ansökt om rekonstruktion enligt 2:1 LFR. I propositionen kan man läsa att "[g]äldenärens egen inställning och medverkan är av största betydelse för möjligheterna att rekonstruera hans verksamhet."⁵³ Det säger sig självt att det inte går att rekonstruera en verksamhet mot ägarens vilja och därför stadgar också LFR 2:6 st. 3 att en borgenärs ansökan kräver gäldenärens medgivande för att få bifall. Men vilken inställning gäldenären har när han själv är sökande är inte självklart den att han vill ha en mer långsiktig lösning. Situationen kan beskrivas med ett

⁵² Folkesson, s 265 ff.

⁵³ Prop. 1995/96:5, s 180.

exempel: Gälldenären har hört talas om förfarandet med företagsrekonstruktion och trots att han egentligen är för sent ute (konkursmässig) ansöker han om rekonstruktion för att kunna få uppskov med betalningarna och driva företaget vidare ytterligare en tid, innan konkursen är ett faktum.

5. Man förtränger problemen

Man vill inte se vidden av den ekonomiska krisen, utan blundar för problemen och, som Folkesson beskriver det, hoppas att problemen skall lösas av sig själv om man bara kan hålla ut.⁵⁴ Orsakerna till det kan vara rent psykologiska och exempelvis bygga på känslor av rädsla och maktlöshet inför hela situationen, eller på en ogrundad optimism om framtiden. En annan orsak kan vara dålig kontakt med, eller dåliga erfarenheter av olika kreditgivare som gör att man drar sig för att inse problemen och försöka göra något åt dem i ett tidigt skede.

6. Man försöker lösa problemen själv

Det är naturligt att man som företagsledare försöker lösa sina ekonomiska problem själv så långt det nu går. Under tiden som gälldenären företar dessa försök växer problemen och förutsättningarna för en lyckosam rekonstruktion försämras.

5 Gälldenärens avtal i ett ackord

5.1 Inledning

För att undvika konkurs för företag som kan bedömas som livskraftiga fastän de råkat i betalningssvårigheter kan en skuldnedläggning genom ackord vara nödvändig. Det finns flera former av ackord; s k dividendackord, likvidations- eller avvecklingsackord, moratorie- eller prolongationsackord. Ackord genomförs antingen frivilligt under hand eller med hjälp av lag, offentligt ackord (s k tvångsackord). Tidigare kunde offentligt ackord genomföras enligt ackordslagen (1970:847). Numera kan det enbart genomföras antingen med stöd av 12 kap. KL i en konkurs eller 3 kap. LFR i en företagsrekonstruktion.

⁵⁴ Folkesson, s 265.

5.2 Under hand

Underhandsackord innebär att man genom förhandlingar kommer överens med fordringsägarna om en nedsättning av skulderna med en viss andel. Det finns ingen lagstiftning om underhandsackord utan förfarandet bygger på avtalslagens princip om avtalsfrihet. En företagsrekonstruktör skall i första hand försöka nå en uppgörelse om ackord under hand.⁵⁵ Eftersom utgångspunkten dock är att uppgörelsen nås frivilligt, innebär det i realiteten att ackord sällan kommer till stånd eftersom vissa borgenärer av princip aldrig samtycker till en nedsättning av sina fordringar. Folkesson skriver att de fordringsägare som brukar vara svårast att komma överens med är de som har mycket små fordringar, eftersom det för dessa inte spelar någon större roll om de går med på ackordet eller inte. Man brukar då göra ett avsteg från principen att alla borgenärer skall behandlas lika och betala de fordringar som uppgår till ett visst mindre belopp fullt ut. Därmed underlättas också arbetet med att genomföra ackordet, eftersom man efter en sådan uppgörelse bara har de större borgenärerna att förhandla med.⁵⁶

5.3 Offentligt ackord

En företagsrekonstruktion kan uppnå sitt syfte utan att gäldenärsföretagets borgenärer behöver göra några eftergifter. I de allra flesta fall utgör dock en nedsättning av företagets gamla skulder en nödvändig åtgärd för att det skall kunna leva vidare. Kan rekonstruktören inte nå en frivillig uppgörelse med borgenärerna, kan istället domstolen på begäran av gäldenären besluta om en tvångsmässig nedsättning, s k offentligt ackord, 3:1 LFR. Alla likaberättigade borgenärer skall som huvudregel behandlas lika i ackordet, 3:2, men om det är skäligt kan någon borgenär få mer betalt än de andra eller hela sin fordran täckt, och som nyss nämnts, ofta vid små belopp.

Återvinning kan förutom vid konkurs också ske i samband med offentligt ackord under en företagsrekonstruktion, 3:5 - 7 LFR, och det är bestämmelserna i 4 kap. konkurslagen som då tillämpas. Är förutsättningarna för återvinning uppfyllda skall den rättshandling som gäldenären företagit återgå och det som därigenom tillfaller gäldenären går till dennes

⁵⁵ Prop. 1995/96:5, s 114 ff.

⁵⁶ Folkesson, s 108.

fordringsägare, de vars fordringar omfattas av det offentliga ackordet, 3:7 LFR. Talan om återvinning kan föras av rekonstruktören eller en ackordsborgenär, 3:6 st. 1.⁵⁷ Att rekonstruktören givits rätt att föra talan om återvinning innebär ett avsteg från principen att svensk rätt inte erkänner talerätt för annans räkning. Detta avsteg är enligt regeringen emellertid principiellt acceptabelt eftersom en återvinningstalan förs i borgenärskollektivets intresse och inte sällan också i gäldenärens intresse. En möjlighet för rekonstruktören att föra talan bidrar med stor sannolikhet också till att förstärka effektiviteten hos rekonstruktionsförfarandet. Den lösning man nu valt kan därför sägas innebära att "(...) rekonstruktören ges en form av legal fullmakt att föra talan för gäldenärens räkning."⁵⁸ Dagen för ansökan om företagsrekonstruktion är fristdag för vilka rättshandlingar som kan återvinnas, 3:3 st. 1.

5.3.1 Tvingande skuldnedsättning

Ackordslagen utgjorde tidigare en egen lag, men infördes 1996 som ett kapitel i LFR,⁵⁹ och ett offentligt ackord kan numera genomföras under en företagsrekonstruktion med stöd av 3 kap. LFR eller i en konkurs med stöd av 12 kap. KL.⁶⁰ Ett offentligt ackord innebär att domstolen fastställer en skuldnedsättning som godkänts av en viss majoritet av fordringsägarna, 3:4 LFR. Ett ackord kan också innebära att gäldenären bara får anstånd med betalningen (prolongation, moratorium) eller annan särskild eftergift, 3:2 st. 3. Den vanligaste formen av ackord är dividendackordet, och den lägsta ackordsdividenden i ett offentligt ackord enligt LFR (innebärande den största skuldnedsättningen) är 25 % av de ursprungliga fordringsbeloppen om 75 % av borgenärerna godkänner det, 3:4. Det finns två undantag från kravet på minst 25 % utdelning, *lägre* betalning kan nämligen godtas, dels om samtliga kända borgenärer som skulle omfattas av ackordet godkänner det, dels om det finns särskilda skäl, 3:2 st. 1.⁶¹ När det gäller möjligheten att underskrida den lägsta dividenden genom att åberopa särskilda skäl, kan man invända att det verkar orimligt att företag som genomgår

⁵⁷ Enligt den gamla ackordslagen hade inte den gode mannen samma rätt; det var bara borgenärerna som kunde begära återvinning av betalning.

⁵⁸ Prop. 1995/96:5, s 96 ff.

⁵⁹ Prop. 1995/96:5, s 114 ff.

⁶⁰ Ackord i konkurs lämpar sig bäst för fysiska personer eftersom dessa inte blir av med sina skulder genom ett konkursförfarande, se Folkesson, s 109 ff. Ett fastställt ackord i en konkurs innebär att konkursförfarandet läggs ned, KL 12:1.

⁶¹ I gamla ackordslagen krävdes *synnerliga* skäl för lägre dividend, vilket innebär att det idag är lättare att underskrida 25 % - gränsen.

rekonstruktionsförfaranden enligt LFR och som bedöms ha en lönsamhetspotential, inte ens kan betala en fjärdedel av sina skulder.⁶² Att kravet på minsta utdelning kan frångås om det finns särskilda skäl motiveras dock främst med att i ett enskilt fall kan valet mellan konkurs och ackord bero av några enstaka procents utdelning, och att särskilda skäl kan vara att ackord är att föredra framför konkurs när skillnaden i utdelning mellan de båda förfarandena är så liten.⁶³

5.3.2 Vilka fordringar och gäldenärer omfattas?

En utgångspunkt är att bara fordringar som uppkommit före ansökan om företagsrekonstruktion deltar i ett offentligt ackord, 3:3 LFR. Vidare är det bara *oprioriterade* fordringar som omfattas av ett offentligt ackord, eventuella fordringsägare med förmånsrätt eller fordringar med återtaganderätt behöver inte acceptera en nedsättning, utan det förutsätts att dessa borgenärer får fullt betalt. Men vad menas egentligen med *fordringar* och hur skall man förhålla sig till sådana fordringar som inte rör pengar?⁶⁴ Hur skall exempelvis en förskottsbetalande köpare (borgenär) av en maskin behandlas, d v s hur sätter man ned hans fordring procentuellt? Folkesson skriver att lagen verkar vara skriven utifrån att bara borgenärer med penningfordringar skall omfattas av ett ackord. Det skulle i så fall innebära att borgenärer som är likställda ur förmånsrättslig synpunkt i en konkurs, inte är likställda när det gäller ett ackordsförfarande, vilket blir både orättvist och opraktiskt.⁶⁵ Så om *fordringar på naturaprestation* skall omfattas av ett ackord beror enligt Arnesdotter och Folkesson på om gäldenären avser att fullgöra avtalet eller inte. Av likabehandlingsskäl bör de borgenärer som har naturafordringar omfattas av ackordet, under förutsättning att gäldenären senast vid borgenärssammanträdet förklarar att han *inte* tänker fullgöra avtalet.⁶⁶ Denna uppfattning överensstämmer med utgången av rättsfallet NJA 1994 s 292 (som dock inte var en fordran på naturaprestation utan en penningfordran enligt ett ömsesidigt förpliktande avtal):

Rättsfallet NJA 1994 s 292 gällde ett avtal mellan en person R och ett företag, där R köpt diamanter av företaget. Köpesumman var 170 760 kr och hade betalats av R. På dennes

⁶² Prop. 1995/96:5, s116.

⁶³ Prop. 1995/96:5, s 205.

⁶⁴ I lagen om skuldsanering stadgas i 6 § att nedsättningen endast omfattar fordringar på pengar.

⁶⁵ Folkesson, s 114 f.

⁶⁶ Se Folkesson, s 115 och Arnesdotter, Ingrid, Om betalningsinställelse och offentligt ackord, 1982, s 285 - 288.

begäran hade företaget sedan åtagit sig, i ett avtal om återförsäljning, att omsätta diamanterna till dagspris. Innan företaget uppfyllt sin avtalsförpliktelse, ställde det in betalningarna och en tid senare fastställdes ett tvångsackord om 25 %. R hävde en tid senare avtalet och krävde företaget på det investerade beloppet. Företaget godtog hävningen, men menade att det endast skulle betala 25 % av det investerade beloppet eftersom fordringen omfattades av ackordet. Företaget hade före beslutet om ackordsförhandling också tillkännagivit att det inte skulle komma att uppfylla sin del av avtalet om återförsäljning. När det gäller frågan om fordringar grundade på ömsesidigt förpliktande avtal skall anses omfattade av ett ackord, ansåg HD (som endast lämnat prövningstillstånd beträffande denna fråga) att det inte fanns något som hindrade att dessa fordringar omfattas av ett ackord. Därmed stod Hovrättens dom fast vilken innebar att företaget skulle betala tillbaka 25 % av ursprungsbeloppet, d v s 42 690 kr, till R.

Om däremot *avtalet fullföljs* av gäldenären bör naturafordringen inte omfattas av ackordet, vilket överensstämmer med utgången i rättsfallet NJA 1910 s 564:

Avtalet i *NJA 1910 s 564* avsåg ett entreprenadavtal och en kontraktssumma på 60 000 kr varav entreprenören erhållit ett förskott på 15 000 kr. Innan denne hunnit påbörja något arbete försattes han i konkurs vari ett tvångsackord om 50 % fastställdes. Entreprenören fullföljde dock senare hela sin del av avtalet (uppförde byggnaden) och ville därefter ha 45 000 kr av motparten, samt hälften av det förskottade beloppet, 7 500 kr, eftersom entreprenören ansåg att motparten endast skulle få tillgodoräkna sig halva detta belopp på grund av tvångsackordet. HD ansåg dock att hela förskottet skulle avräknas, då man sade att entreprenören hade ”upptagit byggnadsarbetets utförande enligt samma kontrakt, utan att därvid, såvidt i saken visats, ens ifrågasatts, att rättsförhållandet mellan parterna i afseende å berörda förskottslikvid skulle bedömas annorlunda än om konkurs icke inträffat”.⁶⁷ HD:s dom förefaller rättvis när man betänker att det belopp som entreprenören annars fått var 7 500 kr högre än de 60 000 kr som ursprungligen avtalats, d v s denne hade då fått totalt 67 500 kr.

Borgenärer med *efterställda fordringar* deltar inte i en ackordsförhandling om inte övriga borgenärer går med på detta, 3:3. Trots att dessa borgenärer ställs utanför så blir ackordet bindande för dem, vilket oftast innebär att deras fordringar försvinner helt efter ackordsuppgörelsen om de oprioriterade fordringsägare som hade rätt att delta i förhandlingen

⁶⁷ HD:s dom, s 567.

enligt 3:3 inte har fått fullt betalt, d v s de förlorar helt sin rätt att kräva ut sina fordringar, 3:8 st. 2.⁶⁸

Fordringar som täcks genom *kvittning* deltar inte i ackordet (se om borgenärens kvittningsrätt i avsnitt 6.3). En effekt av att den offentliga ackordsförhandlingen integrerats med företagsrekonstruktion är att bara kretsen av *näringsidkare* som kan bli föremål för rekonstruktion (se avsnitt 4.2.1) kan erhålla offentligt ackord. I den gamla ackordslagen kunde såväl fysiska som juridiska personer få ackord, med vissa undantag för banker och andra kreditinstitut.⁶⁹ Detta gällde även privatpersoner som kunde få sina skulder reglerade genom ett offentligt ackord, vilket alltså inte längre är möjligt. Dessa hänvisas istället till skuldsanering enligt skuldsaneringslagen (1994:334). Utgångspunkten i 4 § skuldsaneringslagen är att skuldsanering får beviljas en *fysisk* person som är på obestånd och så skuldsatt att han inte kan antas ha förmåga att betala sina skulder inom överskådlig framtid. Enligt 4 a § får även en näringsidkare beviljas skuldsanering om det finns särskilda skäl med hänsyn till näringsverksamhetens ringa omfattning och enkla beskaffenhet, vilket är en utvidgning av tillämpningsområdet för lagen som gjordes i samband med tillkomsten av LFR. Och de näringsidkare som är avsedda att träffas av 4 a § är de vars näringsverksamhet närmast kan beskrivas som ”extraknäck”.⁷⁰ Fysiska personer som på deltid driver mindre rörelser kan således komma att orsaka ett särskilt gränsdragningsproblem vid tillämpningen av skuldsaneringslagen och lagen om företagsrekonstruktion.

Om en näringsidkande fysisk person blir föremål för företagsrekonstruktion med offentligt ackord så omfattas hans samtliga skulder — även de skulder som inte har någon anknytning till näringsverksamheten — av det offentliga ackordet, under de förutsättningar som stadgas i 3:3 LFR.⁷¹ När det gäller dödsbon och ideella föreningar hänvisas till avsnitt 4.2.1.

⁶⁸ Welamsson, Konkurs, s 201.

⁶⁹ Arnesdotter, Ingrid, Om betalningsinställelse och offentligt ackord, avhandling, 1982, s 55.

⁷⁰ Prop. 1995/96:5 s 167.

⁷¹ Hellners, Mellqvist, s 164.

5.3.3 Måste gäldenären vara insolvent?

Enligt den gamla ackordslagen krävdes för ett offentligt ackord att gäldenären var på *obestånd*. Det kravet finns inte kvar sedan lagens införande i LFR, och en fråga som då uppstår i en företagsrekonstruktion är om en rekonstruktionsgäldenär som "bara" är *illikvid* skall ha möjlighet att få ett ackord med borgenärerna. Det förefaller dock rimligt att en gäldenär som fortfarande anses kunna betala sina skulder, d v s inte befinner sig på obestånd, inte skall ha tillgång till ett ackordsförfarande enligt 3 kap. LFR. Folkesson menar, vilket jag håller med om, att ett sådant ackord skulle vara till uppenbar skada för borgenärerna och enligt 3:25 st. 1 p. 4 därför inte kan fastställas.⁷² Denna uppfattning innebär att endast de gäldenärsföretag som är på obestånd när de ansöker om företagsrekonstruktion kan komma i åtnjutande av ett offentligt ackord, vilket gör att man kan ifrågasätta den gamla ackordslagens införande i 3 kap. i lagen om företagsrekonstruktion, där lagstiftaren velat skapa incitament för en så tidig ansökan om företagsrekonstruktion som möjligt, helst *innan* gäldenärsföretaget hamnat på obestånd. Det framstår därför som om de två förfarandena delvis bygger på olika förutsättningar, och jag tycker därför att ackordslagen inte passar särskilt bra in i LFR, utan att den istället borde ha fått stå kvar som en egen lag.

Här kan också nämnas att den vinst som gäldenärsföretaget gör genom att en del av skulderna försvinner, är skattefri.⁷³ En ackordsvinst kan dock anses vara skattepliktig inkomst när gäldenären inte varit på obestånd,⁷⁴ vilket sannolikt betyder att en illikvid gäldenär, om denne lyckas genomdriva ett ackord, kan komma att beskattas för den vinst han då gör. Och om det gäller ett *frivilligt* eftergivande av en fordran kan detta till och med ge upphov till gävo beskattning hos gäldenärsföretaget.⁷⁵

5.3.4 Ackord som självständigt instrument

Ett ackord fungerar ofta som ett nödvändigt led i en företagsrekonstruktion; företaget skulle inte klara ett rekonstruktionsförfarande utan en ackordsuppgörelse, som då oftast medför att gäldenärens befintliga skulder sätts ned med en viss procentsats genom ett offentligt ackord.

⁷² Folkesson, s 106 f.

⁷³ RÅ 1963 ref 48.

⁷⁴ Riksskattenämndens beslut i RN 1960 4:4 och RN 1962 4:5.

⁷⁵ RÅ 1987 not 439. Folkesson beskriver fallet i Företaget i ekonomisk kris, s 107 vid not 61.

Men ackordet har som självständigt instrument för rekonstruktion mindre betydelse, eftersom en nedsättning av företagets skulder genom ett ackordsförfarande — även om nedsättningen ofta är kraftig — angriper symptomen på problemen snarare än problemen i sig. Genom att de oprioriterade fordringarna sätts ned minskar skulderna visserligen i företagets balansräkning,⁷⁶ men det är en åtgärd som inte förändrar eller förbättrar företagets resultaträkning, där bl a ledningens kompetens i större mån kan utläsas. Det kan också uttryckas som att ackordsinstitutet är tillbakablickande, d v s reglerar en redan uppkommen situation.⁷⁷ En effekt av att ackordslagen infördes i LFR är att möjligheterna att nå ett offentligt ackord numera har försvårats, eftersom ”en begäran om ackordsförhandling skall göras i ett pågående ärende om företagsrekonstruktion eller eventuellt i samband med ansökan om företagsrekonstruktion.”⁷⁸ Det har blivit ”ett förfarande i förfarandet” som propositionen säger, och det främsta motivet till detta är att man drar slutsatsen att ”finns det ett ackordsbehov torde det regelmässigt också finnas ett rekonstruktionsbehov.”⁷⁹ Men det verkar inte tidsmässigt realistiskt att begära ackordsförhandling redan vid ansökan om rekonstruktion, inte heller med tanke på att rekonstruktören i första hand skall utreda möjligheterna att uppnå ett underhandsackord. Han måste ha tid att först reda ut gäldenärens hela ekonomiska situation och samtliga avtalsförhållanden innan han kan avgöra om ett behov av ackordsförfarande föreligger.

Även om ett ackordsförfarande som självständigt instrument för rekonstruktion har mindre betydelse, så har ett annat problem uppstått i samband med införandet av LFR. Tidigare fungerade nämligen redan själva *möjligheten* för gäldenärsföretaget att få till stånd ett offentligt ackord som påtryckningsmedel på vissa borgenärer för att få igenom ett (frivilligt) underhandsackord. Denna möjlighet att påverka borgenärer som — ibland av ren princip — motsätter sig en nedsättning av gäldenärens skulder finns således inte längre kvar, eftersom det krävs ett inlett rekonstruktionsförfarande innan frågan om ackord kan aktualiseras. Ackordsförfarandet har, för att använda Hans Elliotts uttryck, förvandlats till en ”två-stegsraket”.⁸⁰ Denna effekt har man dock inte reflekterat över i propositionen, trots att man skriver att ”det är givet att det också är ett underhandsackord som i första hand bör

⁷⁶ S k balansrekonstruktion.

⁷⁷ Folkesson, s 106 ff.

⁷⁸ Prop. 1995/96:5, s 115.

⁷⁹ Prop. 1995/96:5, s 115.

⁸⁰ Hans Elliott, Glimstedts Advokatbyrå, Göteborg, februari 2001

eftersträvas, i de fall en företagsrekonstruktion över huvud taget behöver innefatta ett offentligt ackord.”⁸¹

Det kan också diskuteras hur ett *avvecklingsackord* skall bedömas enligt 3 kap. LFR. Avvecklingsackord är en särskild form av ackord som innebär att borgenärerna accepterar att gäldenären avvecklar sin verksamhet utan konkurs och att gäldenärens skulder betalas i den ordning som följer av förmånsrättslagen.⁸² I ett praktikfall från Stockholm som Folkesson beskrivit har ett företag inom reklambranschen efter inlett rekonstruktionsförfarande fått ett avvecklingsackord enligt 3 kap. LFR fastställt av domstol. Man frågar sig hur ett avvecklingsackord som syftar till nedläggning av en verksamhet, kan vara förenligt med LFR:s syfte som ju är att rädda företaget.

Här kan avslutningsvis också nämnas att rätten inte får fastställa ett ackord om det exempelvis finns skälig anledning att anta att gäldenären i hemlighet gynnat någon borgenär, eller att ackordet är till uppenbar skada för borgenärerna, 3:25 st. 1 LFR. En borgenär, en borgensman eller annan medgäldenär⁸³ kan bestrida fastställelse enligt 3:25 st. 2, och bestämmelsen anger tre specifika fall där rätten får vägra fastställelse. Det första fallet är att det inte finns betryggande säkerhet för ackordets fullgörande, det andra fallet är att ackordet är till skada för borgenärerna (behöver ej vara uppenbar som i 3:25 st. 1), och det tredje fallet har formen av generalklausul och allmän säkerhetsventil vilken ger tingsrätten möjlighet att vägra fastställelse då så av någon särskild anledning bör ske.⁸⁴ Ett ackord kan också förverkas enligt 3:27 bl a om gäldenären förfarit oredligt, inte följer rekonstruktörens (eller en enligt 3:26 annan förordnad tillsynsmans) anvisningar eller uppenbart försummat sina åtaganden enligt ackordet.

⁸¹ Prop. 1995/96:5, s 114 f.

⁸² Folkesson, s 107 f.

⁸³ Exempelvis har en tredje man som har ställt pant för en gäldenärs skuld rätt att bestrida, se Hellners, Mellqvist, s 224, not 139, med hänvisning till Walin, Borgen och tredjemanspant, s 324.

⁸⁴ Hellners, Mellqvist, s 224 f.

6 Gäldenärens avtal i en rekonstruktion

6.1 Inledning

I detta kapitel behandlar jag problem som är förknippade med de avtal som gäldenären har vid inledandet av ett rekonstruktionsförfarande, och de nya avtal som gäldenären ingår under rekonstruktionen.

6.2 Hävningsförbud enligt 2:20 LFR

Ett beslut om företagsrekonstruktion innebär i princip inga förändringar när det gäller gäldenärens redan ingångna avtal. Jämförelsevis kan nämnas att ett konkursbeslut innebär att gäldenärens tillgångar övergår till en ny juridisk person, konkursboet, 1:1 KL, och att gäldenärens avtal i o m denna övergång upphör om inte konkursboet förklarar att det inträder, köplagen 63 § st. 1 - 3, 5; bestämmelsen är analogt tillämplig på andra typer av avtal.⁸⁵ Se även avsnitt 6.2.2 om motpartens stoppningsrätt.

I en företagsrekonstruktion är utgångspunkten alltså att avtalen löper som vanligt. Det är emellertid vanligt att en gäldenär som ansöker om företagsrekonstruktion inte har kunnat betala skulder som förfallit till betalning eller att han i princip ställt in sina betalningar,⁸⁶ vilket kan ha gett gäldenärens avtalsparter rätt att häva p g a dröjsmål. För att inte försämra möjligheterna att lyckas med en rekonstruktion har det därför införts ett hävningsförbud för gäldenärens avtalsparter i 2:20 st. 1 LFR. Det innebär att en avtalspart som fått rätt att häva ett avtal innan beslutet om företagsrekonstruktion är meddelat, inte får häva om gäldenären med rekonstruktörens samtycke inom skälig tid begär att han fullföljer avtalet.⁸⁷ Bestämmelsen gäller alla typer av avtal, varaktiga, successiva eller momentana, utom anställningsavtal (se undantagen i avsnitt 6.2.1), och det är enligt propositionen rekonstruktörens uppgift att bedöma vikten av att avtalet fullföljs, eftersom det exempelvis kan finnas andra leverantörer som kan erbjuda lägre eller samma pris. Det innebär också att om gäldenären inte begär att avtalet fullföljs, så får motparten själv välja om han vill häva eller fullfölja.⁸⁸

⁸⁵ Håstad, Torgny, Sakrätt avseende lös egendom, 1996, s 402 ff.

⁸⁶ Angående begreppet betalningsinställelse, se Folkesson, Företaget i kris, 1996, kap. 8.

⁸⁷ Prop. 1995/96:5, s 85 f.

⁸⁸ Prop. 1995/96:5, s 93.

Ett hävningsförbud innebär att gäldenärens borgenärer, de vars avtal gäldenären vill ha kvar och som rekonstruktören samtycker till, inte får betalt för de prestationer som de tillhandahållit före beslutet om företagsrekonstruktion. Däremot måste gäldenären fullgöra sin avtalsförpliktelse från beslutsdagen eller ställa säkerhet för den. Gör gäldenären inte rätt för sig, kan motparten häva avtalet.⁸⁹

Insolvensutredningens förslag var att begränsa förbudet mot hävning till att gälla successiva leveranser av el och vatten ”och därmed jämförliga förnödenheter”, d v s regeln i 2:20 skulle bara avse leverantörer med monopolliknande ställning.⁹⁰ Regeringen ansåg dock att utgångspunkten skulle vara att regeln om hävningsförbud utformades ”i så nära anslutning som möjligt” till 63 § köplagen vad gäller konkursbos rätt att inträda i gäldenärens avtal.⁹¹ Motiven till detta är främst en likabehandling av borgenärerna och att regleringen bör vara generell för alla sorters dröjsmål från gäldenärens sida, och bestämmelsen i 63 § köplagen om konkursbos inträdesrätt gäller inte bara när gäldenären är köpare utan även säljare.⁹² Ett exempel på viktiga skäl till en generell reglering av hävningsförbudet är hyresavtal och leasade maskinparker som kan vara oerhört betydelsefulla nyttigheter för gäldenären och förutsättningar för att en rekonstruktion skall kunna genomföras.⁹³

En fråga som inte besvarats i propositionen men som är av stor praktisk betydelse är hur länge hävningsförbudet gäller. Bestämmelsen i 2:20 LFR kan tolkas som att den innefattar ett temporärt hävningsförbud för att avstyra hävningar som kan omintetgöra rekonstruktionen, och vill gäldenären att avtalet skall fullgöras senare måste han uppfylla alla sina egna avtalsförpliktelser. Propositionen antyder att hävningsförbudet skall vara temporärt, men går inte närmare än så in på vad som skall gälla när detta tillfälliga förbud upphör, se mer om detta i avsnitt 6.2.3. En annan tolkning är att hävningsförbudet medför att gäldenärens gamla förpliktelser skall omfattas av ett ackord.⁹⁴ Ett ackordsförfarande utgör dock inte något obligatoriskt moment i en företagsrekonstruktion, utan rekonstruktionen kan exempelvis avslutas genom att borgenärerna godtar att rörelsen eller delar av den överlåtes till någon annan på villkor att skulderna inte skrivs ned. I en sådan situation kan det vara rimligt att ge de borgenärer som tidigare omfattats av hävningsförbudet rätt att efter avslutat

⁸⁹ Prop. 1995/96:5, s 93 sista stycket.

⁹⁰ SOU 1992:113 s 316 ff, och prop. 1995/96:5 s 87.

⁹¹ Prop. 1995/96:5, s 91.

⁹² Prop. 1995/96:5, s 91.

⁹³ Prop. 1995/96:5, s 90.

⁹⁴ Folkesson, s 115.

rekonstruktionsförfarande häva sina avtal med gäldenären, och vill gäldenären behålla avtalet ifråga får han fullgöra sina gamla förpliktelser. Syftet med 2:20 LFR är att förhindra att bl a företag med monopolliknande ställning häver sina avtal under företagets värsta kris. Men om ett företag lever vidare med ny ägare efter avslutat rekonstruktionsförfarande torde den ekonomiska krisen vara över, och de monopolföretag som Insolvensutredningen talar om (se avsnitt 6.2.) — el, tele, vatten m m — är företag som numera är betydligt mer konkurrensutsatta, vilket gör att gäldenären i bästa fall har fler leverantörer att välja på om den förre inte vill fortsätta leverera utan att få fullt betalt för sina gamla fordringar.

I de flesta rekonstruktionsfall är förmodligen ändå ett ackordsförfarande en absolut förutsättning för att företaget skall kunna leva vidare. I den situationen förefaller det vara naturligt att gäldenärens gamla skulder omfattas av ackordet. En särskild fråga är då, som jag redan antytt, vad som händer efter ett avslutat ackords- och rekonstruktionsförfarande, se om detta i avsnitt 6.2.3.

6.2.1 Undantag från hävningsförbudet

Regeln om förbud mot hävning gäller inte vid hävningsrätt p g a *fel* i leverans, vilket är ett rimligt undantag för företag som tänker driva sina verksamheter vidare.⁹⁵ Ett annat undantag från hävningsförbudet är det för anställningsavtal, som grundas på att en regel om hävningsförbud för arbetstagare skulle få ”begränsad genomslagskraft” när det finns ett flertal regler som syftar till att säkerställa arbetstagares löner och andra vederlag.⁹⁶

En arbetstagare är exempelvis berättigad att hålla inne sin egen prestation tills han får betalt för inarbetad lön, s k detentionsrätt. Han kan häva avtalet med omedelbar verkan, eller säga upp avtalet med en eller några månaders uppsägningstid. Ett hävningsförbud kan inte hindra att anställda säger upp sig, och skulle en arbetstagare, om ett hävningsförbud förelåg, ändå häva anställningsavtalet så skulle det utlösa arbetsrättsliga sanktioner där arbetstagaren inte skulle behöva arbeta om inte arbetsgivaren betalar förskott eller ställer säkerhet för nästa löneutbetalning. Inte heller skulle ett hävningsförbud hindra fackliga organisationer från att

⁹⁵ Prop. 1995/96:5, s 91 längst ner.

⁹⁶ Prop. 1995/96:5, s 92.

vidta indrivningsåtgärder för de löner som ännu inte betalats, exempelvis indrivningsblockader.⁹⁷

Ett annat viktigt skäl till varför regeln inte är tillämplig på anställningsavtal är att en förutsättning för att företaget skall kunna drivas vidare efter en rekonstruktion är att personalen känner lojalitet mot företaget, särskilt när detta är i kris.⁹⁸

6.2.2 Motpartens stoppningsrätt

Utgångspunkten för den s k stoppningsrätten är att det är fråga om ett avtal där prestationerna inte skall utbytas samtidigt och där den ena parten befarar avtalsbrott. Under en företagsrekonstruktion kan en gäldenär enligt 2:20 LFR förhindra att borgenären använder sig av sin hävningsrätt för att inte undergräva möjligheterna att genomföra en företagsrekonstruktion. En rättighet som dock tillkommer en borgenär vid inträffat eller befarat avtalsbrott från gäldenärens sida är den *passiva* stoppningsrätten i 61 § köplagen. Där stadgas att om borgenären utövar sin passiva stoppningsrätt så har gäldenären rätt att kräva fullgörelse om han ställer godtagbar säkerhet för sin fullgörelse, d v s ställer säkerhet för sin egen kommande fullgörelse i samband med motpartens framtida prestationer, 61 § st. 4. Denna regel anses vara analogt tillämplig på andra avtalstyper än köpeavtal.⁹⁹ Om gäldenärens motpart har fått stoppningsrätt, kan gäldenären i en företagsrekonstruktion avvärja denna genom att ställa säkerhet för framtida prestationer.¹⁰⁰ Bestämmelsen om den passiva stoppningsrätten i 61 § köplagen är neutral, d v s rätten tillkommer både säljare och köpare.

I köplagen 63 § st. 4 stadgas om den s k *aktiva* stoppningsrätten, som tidigare endast behandlat situationen när en säljare levererar till en köpare efter att denne försatts i konkurs. I och med LFR:s tillkomst ändrades lydelsen i fjärde stycket så att den också är tillämplig i en företagsrekonstruktion. Den aktiva stoppningsrätten innebär att en säljare som överlämnar en vara till gäldenären efter att ansökan¹⁰¹ om företagsrekonstruktion har gjorts och betalning inte

⁹⁷ Prop. 1995/96:5, s 92.

⁹⁸ Prop. 1995/96:5, s 93.

⁹⁹ NJA 1986 s 136 och Håstad, s 424.

¹⁰⁰ Prop. 1995/96:5 s 94 f.

¹⁰¹ I propositionen har man på s 95 beskrivit stoppningsrätten när en säljare överlämnar en vara efter det att *beslut* om företagsrekonstruktion har meddelats, vilket måste vara en felskrivning. Det borde vara efter att *ansökan* har gjorts, vilket framgår av lagtexten och övriga ställen i propositionen där 63 § köplagen behandlas, s 46, 202, 238.

har skett, får kräva den tillbaka. Gälldenären behöver dock inte lämna tillbaka varan om han genast betalar eller, om köpesumman inte förfallit till betalning, med rekonstruktörens samtycke inom skälig tid ställer godtagbar säkerhet för betalningen.

6.2.3 Har gälldenären rätt till partiellt inträde?

En fråga som väcker många praktiska problem och teoretiska diskussioner är huruvida ett *konkursbo* har rätt att delvis träda in i gälldenärens avtal. Eftersom några allmänna lagregler inte finns på området (63 § köplagen reglerar inte frågan om partiellt inträde) får man främst söka ledning i rättspraxis, som emellertid pekar åt olika håll för olika typer av avtal. HD har genom NJA 1979 s 253 avgjort att partiellt inträde var tillåtet i ett fall när det var fråga om konkursbos inträde i ett anställningsavtal:

Rättsfallet NJA 1979 s 253 behandlade frågan huruvida en anställd som utfört arbete under en konkurs hade en massafordran eller en konkursfordran mot konkursboet. Det vanliga är att konkursförvaltaren säger upp den anställde och då blir dennes löneanspråk under uppsägningstiden en *konkursfordran* enligt 5:1 KL. Den anställde är skyldig att arbeta under uppsägningstiden, när dennes lön visserligen bara är en konkursfordran, eftersom löneanspråkets egenskap av konkursfordran inte påverkas av att arbetstagaren under uppsägningstiden utför arbete åt konkursboet enligt anställningsavtalet med konkursgälldenären. För sådan lönefordran har dock den anställde lönegaranti enligt 7 § lönegarantilagen (1992:497) och allmän förmånsrätt enligt 12 § FRL.

HD uttalade att ett konkursbo emellertid kan inträda i anställningsavtalet som arbetsgivare i konkursgälldenärens ställe. Den anställdes lönekrav för tiden därefter blir i så fall en massafordran, *under förutsättning* att det finns en sådan överenskommelse med arbetstagaren. Överenskommelsen kan träffas uttryckligen men kan också komma till stånd genom konkludent handlande. Det konkludenta handlandet kan bestå i att boet fortsätter att utnyttja arbetstagaren i verksamheten för boets räkning.

I detta fall hade konkursförvaltaren sagt upp den anställde först 16 dagar efter att konkursen inletts, vilket berodde på att förvaltaren inte förrän vid denna tidpunkt fick veta att den anställde fortfarande var kvar i bolaget. HD fann emellertid att förvaltarens underlåtenhet att säga upp den anställde tidigare än som skett berodde på oklarhet om dennes

anställningsförhållande. Situationen hade därmed inte varit sådan att den medfört att konkursboet skulle anses ha trätt in som part i anställningsavtalet.¹⁰²

Partiellt inträde var i *NJA 1989 s 206* däremot inte tillåtet för konkursboet när det var fråga om ett lokalhyresavtal. I fallet kunde hyresrätten anses förverkad eftersom hyresgästen inte betalat förfallna hyror före konkursutbrottet och det oavsett att konkursboet förklarat sig vilja svara för hyresgästens skyldigheter under konkursen. Utgången i rättsfallet grundades på ett *e contrario* - slut av bestämmelsen i 12:31 st. 3 p. 2 jordabalken som stadgar att hyresvärden får säga upp avtalet om inte konkursboet inom en månad efter anfordran från hyresvärden ”förklarar sig vilja svara för hyresgästens skyldigheter under hyrestiden”. HD sade att bestämmelsen inte utesluter att hyresförhållandet får förklaras förverkat på grund av att hyra inte betalats före konkursen.

Innebörden av rättsfallet är att ett konkursbo inte kan inträda partiellt i ett hyresavtal utan att det måste inträda i hela avtalet och således betala även förfallna hyror för tiden före konkursutbrottet.¹⁰³ HD:s dom innebär troligen att partiellt inträde för ett konkursbo inte heller är möjligt när det gäller andra nyttjanderättsavtal, som leasingavtal, licensavtal och förlagsavtal.¹⁰⁴ Folkesson skriver att ett konkursbo efter rättsfallet *NJA 1989 s 206* sannolikt inte har rätt att inträda partiellt i ett avtal från konkursutbrottet, utan att boet antingen får inträda i avtalet i dess helhet eller helt avstå från att inträda.¹⁰⁵

En gäldenär i en företagsrekonstruktion enligt LFR behöver inte inträda i sina egna avtal eftersom han redan är part i dem. Med hjälp av hävningsförbudet i 2:20 LFR behöver gäldenären inte betala sina gamla skulder, utan dessa kommer oftast att omfattas av en ackordsuppgörelse. Med stöd av 2:20 skulle gäldenären därför kunna sägas ha partiell inträdesrätt när det gäller alla betalningsförpliktelser och skyldigheter att utföra andra prestationer (se dock undantagen i avsnitt 6.2.1). Håstad beskriver rättsläget som ”märkligt” eftersom rekonstruktioner enligt LFR ”gynnas av en garanterad, partiell inträdesrätt i t ex hyresavtal och förmånliga successiva leveransavtal men saknar lönegaranti, medan rekonstruktioner som äger rum i konkurs - t ex därför att gäldenären utan att fråga borgenärerna gick i konkurs - gynnas av lönegaranti men måhända stupar på att konkursboet

¹⁰² Om rättsfallet och rätten till partiellt inträde, se Håstad, s 407 ff.

¹⁰³ Om rättsfallet se Håstad, s 406 och 423.

¹⁰⁴ Se bl a Håstad, s 410.

¹⁰⁵ Folkesson, s 146 samt fotnot 107 på s 146.

måste infria gamla skulder på hyresavtal och nyckelkontrakt.”¹⁰⁶ Men möjligen drar Håstad en förhastad slutsats när han påstår att gäldenären i en företagsrekonstruktion har partiell inträdesrätt; huruvida hävningsförbudet i 2:20 LFR är temporärt eller ej är en fråga som inte besvarats i LFR eller i propositionen. Det kan vara så att en borgenär efter avslutad rekonstruktion har rätt att kräva att gäldenären fullgör sina gamla förpliktelser. Propositionen antyder att så skulle vara fallet, då man på ett ställe skriver att ”[s]om tidigare sagts innebär beslutet om företagsrekonstruktion att motparten *temporärt* inte kan göra gällande gamla förfallna fordringar” (min kursivering).¹⁰⁷ Jag har emellertid över huvud taget inte hittat något annat ställe i propositionen där det nämns något om att hävningsförbudet skulle vara temporärt, och jag tycker att det verkar osannolikt att regeringen med detta uttalande i förbigående menar att borgenärerna efter avslutat förfarande återfår sin hävningsrätt avseende gamla fordringar. Som jag ser det har man i propositionen inte alls reflekterat över problemet, och frågan om hur länge hävningsförbudet skall gälla står därför enligt min mening helt obesvarad i propositionen.

6.2.4 Skall gäldenären ha hävningsrätt?

En fråga är om det finns anledning att inte bara ge gäldenären rätt att förhindra hävning, utan också ge honom möjlighet att säga upp vissa avtal. I propositionen säger man att ”[d]et kan inte uteslutas att gäldenärens möjlighet till befrielse från löpande avtal någon gång kan ha avgörande betydelse för möjligheterna till en rekonstruktion.”¹⁰⁸ Ett exempel kan vara när gäldenären behöver avveckla vissa verksamhetsgrenar och det finns ett befogat intresse att få leasing- och hyresavtal att upphöra. Ett exempel på när ett sådant intresse fått gehör är i den finska motsvarigheten till LFR, lagen om företagssanering (LFS).¹⁰⁹ I 4 kap. 27 § om ”vissa avtals ställning”, och paragrafens första stycke ges gäldenären rätt att säga upp hyresavtal eller leasingavtal ”så att avtalet upphör två månader efter uppsägningen utan hinder av de villkor som gäller för avtalets varaktighet eller uppsägning av det.” Vidare sägs i fjärde stycket att den ersättning som gäldenären vid en förtida uppsägning kan bli skyldig att utge skall räknas till gäldenärens saneringsskulder, och den utgör en oprioriterad fordran i en

¹⁰⁶ Håstad, s 411.

¹⁰⁷ Prop. 1995/96:5, s 200.

¹⁰⁸ Prop. 1995/96:5, s 95.

¹⁰⁹ Den finska lagen om företagssanering skiljer sig från LFR på flera andra väsentliga punkter, bl a då det gäller borgenärens kvittningsrätt, gäldenärens rådighet, m m.

eventuell efterföljande konkurs. Den svenska propositionen säger att det inte finns underlag för att nu bedöma om en motsvarande regel bör införas även i Sverige, utan man konstaterar att den finska regeln framstår som ”påtagligt förmånlig för gäldenären”.¹¹⁰

En regel som gör det möjligt för gäldenären att säga upp vissa avtal med någon eller några månaders uppsägning som den finska kan anses som påtagligt förmånlig för gäldenären, men man kan också anse den vara avgörande för om en företagsrekonstruktion skall lyckas eller ej. En hävningsrätt för gäldenären kan vara av avgörande betydelse för att man skall kunna genomföra en rekonstruktion ifall hyres- och leasingkontrakt avtalats med lång löptid utan möjlighet för gäldenärerna att säga upp avtalen i förtid. Kontrakten kan också vara förenade med kostnader på en nivå som än mer försämrar möjligheterna till en lyckad rekonstruktion. Jag ser ingen anledning att skydda hyresvärdar eller leasinggivare mot en hävningsrätt för gäldenären om det sker på bekostnad av gäldenärens konkurs, däremot ser jag i en sådan reglering ett incitament att redan från början avtala om andra villkor, och en bättre möjlighet för gäldenären att omförhandla för honom oförmånliga villkor. Hävningsrätt för gäldenären är en av de förutsättningar som jag anser är grundläggande för att lagen om företagsrekonstruktion skall få den genomslagskraft som behövs för att fungera som ett alternativ till konkurs. Man kan visserligen tycka att en sådan rätt för gäldenären blir påtagligt förmånlig för honom, och att de ekonomiska problemen ger honom obefogade konkurrensfördelar, om han skall ha förmånen att kunna säga upp avtal, medan konkurrenterna får ”dras” med sina dåliga avtal utan att kunna göra något åt dem. Och naturligtvis måste en gräns dras för hur välvilligt inställd lagstiftaren skall vara mot en krisdrabbad — och kanske t o m klantig — gäldenär, men för att ge gäldenären möjlighet att kunna rekonstruera sitt företag utan konkurs, måste lagstiftaren, som jag ser det, stå på gäldenärens sida” i någon större mån och ge gäldenären de verktyg som *krävs* för att kunna genomföra en rekonstruktion. Annars riskerar hela förfarandet med företagsrekonstruktion enligt LFR att ses som ett irriterande moment som bara krånglar till förhållandena i den — med nära på automatik — efterföljande konkursen. Man kan konstatera att lagstiftaren genom lagen om företagsrekonstruktion velat införa ett förfarande som gör det möjligt för företag med ekonomiska problem att i lugn och ro kunna rekonstruera verksamheten för att göra den lönsam igen. Huruvida gäldenären före rekonstruktionen varit klumpig eller haft otur när han gjort sina affärer är, som jag ser det, över huvud taget inte relevant, däremot blir det en fråga

¹¹⁰ Prop. 1995/96:5, s 95.

för rekonstruktören att avgöra huruvida en företagsledning p g a bristande kompetens bör bytas ut för att rekonstruktionen skall lyckas. Rekonstruktionsförfarandet innebär flera fördelar för gäldenären, men jag kan inte se att de fördelar som en hävningsrätt för hyres- och leasingavtal skulle ge en krisdrabbad gäldenär, medför så orimliga konkurrensfördelar att en sådan rätt skulle vara obefogad. I sammanhanget skall också beaktas att en ägare av ett aktiebolag som hamnar på obestånd enligt gällande rätt kan försätta aktiebolaget i konkurs och genom denna rekonstruera sin verksamhet, med de fördelar som lönegarantimedel och en total avveckling av företags skulder innebär.

6.3 Borgenärens kvittningsrätt enligt 2:21 LFR

Den som hade en fordran hos gäldenären när ansökan om företagsrekonstruktion gjordes får använda den till kvittning även om den inte är förfallen till betalning, 2:21 LFR. Rätten till kvittning har sitt ursprung i gamla ackordslagets 20 § och innebär att en borgenär slipper betala en skuld till gäldenären om han kan kvitta den mot en fordran som han har på gäldenären, och därmed undviker han att hans fordran sätts ned genom ett ackord. Undantag görs för att hindra att borgenären på ett otillbörligt sätt försätter sig i den fördelaktiga kvittningspositionen, 2:21 st. 1 - 3. Bestämmelsen om rätten till kvittning är mycket förmånlig för borgenären och motsvarande rätt saknas bl a i den finska företagssaneringslagen eftersom man där anser att det inte är i enlighet med likabehandlingsprincipen eller frysningsprincipen att tillämpa en sådan regel.¹¹¹

Borgenärens rätt till kvittning kan enklast förstås med ett exempel:

En borgenär har en (mot)fordran på gäldenärsföretaget på 100 000 kronor som förfaller till betalning den 1 juli 2000. Den 1 januari 2000 beslutas om företagsrekonstruktion för gäldenärsföretaget som då har en förfallen fordran på borgenären på 125 000 kronor. Borgenären kan då kvitta sin motfordran mot gäldenärens fordran och han behöver bara betala 25 000 kronor till gäldenärsföretaget. Om gäldenärsföretaget inte varit föremål för rekonstruktion hade borgenären den 1 januari 2000 varit tvungen att betala hela skulden på 125 000 kronor till gäldenären. Hade gäldenärsföretaget sedan inlett ett rekonstruktionsförfarande före den 1 juli 2000 så hade det inneburit att borgenären inte

¹¹¹ Om borgenärens kvittningsförbud stadgas i finska LFS 4 kap. 19 § st. 1 p. 3.

kunnat kvitta eftersom han inte längre hade någon motfordran och han hade inte heller fått sina 100 000 kronor, eftersom dessa förmodligen skulle ha kommit att ingå i ett ackord.

För att borgenären skall kunna utnyttja kvittningsrätten i 2:21 LFR krävs att hans fordran var uppkommen när *ansökan* om företagsrekonstruktion gjordes beträffande gäldenärsföretaget. Fordringar som borgenären erhåller efter den tidpunkten omfattas inte av regeln i 2:21. Det borgenären kan få för sådana ”nya” fordringar är eventuellt förmånsrätt enligt 10 § p 4 FRL, se avsnitt 6.6. Detta förutsätter dock att den nya fordringen ”grundar sig på avtal som gäldenären med rekonstruktörens samtycke träffat under en företagsrekonstruktion”, dvs efter att *beslut* om rekonstruktion är fattat. Fordringar som grundar sig på avtal som uppkommer efter ansökan men före beslut om rekonstruktion kan således ej användas för kvittning och ej heller få förmånsrätt enligt 10 § p. 4 FRL, se om problemen med tidsfristerna i avsnitt 6.4.

Propositionen anger i enlighet med utredningens förslag att dagen för ansökan är att föredra som avgörande för vilka fordringar som skall omfattas av kvittningsrätten,¹¹² eftersom man i praktiken använt sig av dagen för betalningsinställelse som fristdag för kvittning. Som ytterligare skäl för att kvittningsförbud skall gälla från ansökningsdagen anger propositionen att man därigenom hindrar att borgenären kan använda nya fordringar till kvittning mot gamla skulder till gäldenären.¹¹³ I propositionen kan man läsa att ”huvudregeln är den att en borgenär har rätt att kvitta en fordran som han hade mot gäldenären när en ansökan om företagsrekonstruktion beträffande gäldenären gjordes mot en fordran som gäldenären då hade mot honom. Vad som hindras är däremot kvittning av fordringar som en borgenär eller gäldenären erhåller efter den tidpunkten. För borgenärernas del betyder det t ex att de inte kan använda fordringar de har fått mot gäldenären efter det att företagsrekonstruktion beslutades (”nya” fordringar) till kvittning mot skulder de har till gäldenären och som fanns då beslut fattades om företagsrekonstruktion (”gamla” skulder).”¹¹⁴

Det skall här påpekas att bestämmelsen i 2:21 inte alls berör gäldenärsföretaget i egenskap av motfordransborgenär. Hur en situation skall lösas där det är gäldenären — och inte

¹¹² SOU 1992:113, s 345, 359.

¹¹³ Prop. 1995/96:5, s 203.

¹¹⁴ Prop. 1995/96:5, s 203.

borgenären — som vill använda en fordran till kvittning regleras över huvud taget inte i LFR.¹¹⁵

6.4 Problemen med de olika tidsfristerna

Lagen om företagsrekonstruktion innehåller två olika tidsfrister; dagen för ansökan och dagen för beslut om rekonstruktion. Dagen för *ansökan* är avgörande för vilka fordringar som senare eventuellt skall komma att omfattas av ett ackord, 3:3, vilka fordringar som får kvittas mot varandra, 2:21, och den utgör tidsgräns för ränteberäkning, 3:14. Ansökningsdagen är fristdag också för den aktiva stoppningsrätten i 63 § köplagen och som fristdag för återvinning enligt 4:2 konkurslagen.

Ett *beslut* om företagsrekonstruktion innebär att borgenärerna inte kan vidta exekutiva åtgärder gentemot gäldenären, 2:17, och att eventuella konkursansökningar gentemot gäldenären förklaras vilande, 2:19 LFR. Beslut om företagsrekonstruktion innebär också att gäldenären inte får betala gamla skulder, 2:15, och att borgenärerna kan förhindras att häva avtal som de har med gäldenären om gäldenären med rekonstruktörens samtycke begär det, 2:20. Förmånsrätt enligt 10 § FRL kan erhållas efter att beslut om företagsrekonstruktion beviljats.

Varför man valt olika fristdagar för olika rättsverkningar framgår egentligen inte av propositionen, man motiverar inte detta på något särskilt sätt. Istället får jag intrycket att man inte tillräckligt reflekterat över effekterna. Konsekvensen av den lösning som nu föreligger blir att gränsen mellan nya och gamla avtal är olika på olika ställen i lagen, och att det så blir tre rum i tiden som man måste hålla isär, och tre olika avtalskategorier: avtal ingångna före ansökan, i mellantiden mellan ansökan och beslut, samt efter beslutet. I praktiken dröjer det oftast bara en eller högst två dagar innan en ansökan om företagsrekonstruktion beviljas och ersätts av ett beslut om företagsrekonstruktion. Några problem hinner då oftast inte uppstå. Men om beslutet av någon anledning dröjer, exempelvis för att rätten inte godtar den föreslagna rekonstruktören? Ett problem som Folkesson beskriver i den situationen är att gäldenärens avtalskontrahenter kan häva ingångna avtal därför att regeln om hävningsförbud enligt LFR 2:20 inte kan göras gällande — det gäller ju först från det *beslut* om

¹¹⁵ Hellners, Mellqvist, s 152.

rekonstruktion beviljats.¹¹⁶ Och en sådan effekt kan, när man tar sin utgångspunkt i propositionen, knappast vara en effekt som lagstiftaren avsett eller ens kan sägas ha accepterat.

6.5 Gälldenärens rådighet enligt 2:15 LFR

Utgångspunkten är att företagets tillgångar och skulder ”fryses” vid beslut om företagsrekonstruktion. Ett beslut om företagsrekonstruktion påverkar dock inte gälldenärens rådighet över sin egendom,¹¹⁷ vilket kan jämföras med beslut om konkurs, som innebär att gälldenären förlorar hela sin rådighet, 3:1 KL.

Under rekonstruktionsförfarandet förfogar gälldenären hela tiden över sin egendom och han kan ingå nya civilrättsligt bindande avtal. Att gälldenären behåller sin rådighet bygger på principen om gälldenärens samarbetsvilja. Propositionen säger att rådigheten lämnas oinskränkt,¹¹⁸ men gälldenären är skyldig att samråda med rekonstruktören om skötseln av företaget, 2:14, och måste ha dennes samtycke till de olika rättshandlingar som räknas upp i 2:15 LFR. Gälldenären får därför inte utan rekonstruktörens samtycke:

1. betala skulder som uppkommit före beslutet om företagsrekonstruktion eller ställa säkerhet för sådana skulder,
2. åta sig nya förpliktelser, eller
3. överlåta, pantsätta eller upplåta annan rätt till egendom av väsentlig betydelse för gälldenärens verksamhet.

De tre punkterna innebär kort att det för gälldenären råder ett *betalningsförbud*, ett *kontraheringsförbud* och ett *förfogandeförbud*.¹¹⁹ Gälldenären får inte utan rekonstruktörens samtycke enligt 2:15 st. 1 p. 1 betala skulder som uppkommit före beslutet om företagsrekonstruktion, eller ställa säkerhet för sådana skulder. Andra fullgöranden av avtal, exempelvis leverans av varor enligt avtal som ingåtts före betalningsinställelsen, omfattas inte

¹¹⁶ Folkesson, s 119.

¹¹⁷ Prop. 1995/96:5, s 79 ff.

¹¹⁸ Prop. 1995/96:5, s 79 ff.

¹¹⁹ Hellners, Mellqvist, s 104 f.

av kravet på samtycke; det ligger ju i rekonstruktionsgäldenärens intresse att sådana avtal fullföljs.¹²⁰

Under rekonstruktionen får företaget enligt 2:15 st. 1 p. 2 inte heller dra på sig nya skulder efter rekonstruktionsbeslutet. Utgångspunkten är att kontantprincipen skall råda för alla prestationer som tillförs företaget. Prestationerna skall också tillföra företaget ett förmögenhetsvärde som åtminstone motsvarar betalningen. Samtycke från rekonstruktören är således ett krav för att gäldenären skall kunna åta sig nya förpliktelser och detta gäller alla typer av förbindelser, exempelvis nya varubeställningar, nyanställning av personal och avtal om nya lokaler.¹²¹

Enligt 2:15 st. 1 p. 3 får slutligen gäldenären inte utan rekonstruktörens samtycke överlåta, pantsätta eller upplåta annan rätt till egendom av väsentlig betydelse för gäldenärsföretagets verksamhet. Denna bestämmelse är en kodifiering av den praxis som utvecklats vid betalningsinställelse där ackordscentralen medverkat, och den förhindrar att gäldenären vidtar åtgärder som ofta försvårar eller t o m omöjliggör en rekonstruktion. Regeln omfattar all gäldenärens egendom av väsentlig betydelse oavsett om den är fast eller lös, exempelvis hyrda eller ägda lokaler, maskiner, inventarier och immaterialrättigheter.¹²²

6.5.1 Rekonstruktörens samtycke

En rättshandling som innebär att gäldenären frångår frysningsprincipen kräver som tidigare nämnts, rekonstruktörens samtycke enligt 2:15 LFR. En rättshandling som gäldenären företar utan samtycke sanktioneras inte på annat sätt än att förfarandet kan avbrytas. Rättshandlingen blir inte ogiltig, inte ens om motparten varit i ond tro om att företaget är föremål för rekonstruktion enligt LFR.¹²³ Syftet med 2:15 är endast att säkerställa att företagets verksamhet bedrivs på ett sätt som gynnar rekonstruktionen.¹²⁴ En viktig konsekvens av ett uteblivet samtycke är dock att gäldenärens motpart inte får förmånsrätt enligt 10 § p. 4 FRL i en eventuell senare konkurs, se avsnitt 6.6. Frånvaron av föreskrivet samtycke kan också ha

¹²⁰ Hellners, Mellqvist, s 105.

¹²¹ Hellners, Mellqvist, s 105.

¹²² Hellners, Mellqvist, s 105.

¹²³ Hellners, Mellqvist, s 106.

¹²⁴ Hellners, Mellqvist, s 106, 246.

betydelse för bedömningen av om en rättshandling varit till nackdel för borgenärerna och därför kan bli föremål för återvinning.¹²⁵

En viktig fråga är på vilket sätt rekonstruktören kan lämna sitt samtycke till gäldenärens nya avtal. Kan rekonstruktören exempelvis lämna ett generellt samtycke till alla rättshandlingar, kända som okända, som gäldenären kommer att företa? I propositionen kan man läsa att "[r]ekonstruktören kommer att vara den som *i detalj* (min kursivering) följer gäldenärsföretagets verksamhet och det är också hans uppgift att ta ställning till åtskilliga frågor som rör företagets tillgångar och vidare utveckling."¹²⁶ Detta kan tolkas som att rekonstruktören måste ta ställning till varje enskilt avtal och besluta huruvida han samtycker varje gång gäldenären vill sluta ett avtal. En sådan tolkning förefaller emellertid inte vara vad lagstiftaren avsett eftersom det många gånger kan bli alltför tungrovt för gäldenärsföretaget och mycket tidskrävande för rekonstruktören. På ett annat ställe i propositionen anges också att det *i princip* ställs ett krav på samtycke från rekonstruktören vid varje transaktion som faller in under beskrivningen under 2:15, men att kravet på samtycke kommer att behöva anpassas från fall till fall. "Rekonstruktören och gäldenären bör kunna avtala om lämpliga arrangemang, så att inte varje åtgärd inom den normala affärsverksamhetens ram fordrar rekonstruktörens uttryckliga samtycke."¹²⁷ Det blir, som också framgår av propositionen, en fråga om förtroende mellan gäldenären och rekonstruktören som grundar sig i att rekonstruktören kan ansöka om att rekonstruktionen skall upphöra om gäldenären uppträder illojalt. Detta skulle kunna innebära att rekonstruktören när det förefaller rimligt, exempelvis kan lämna ett generellt samtycke till alla avtal som gäldenären sluter, eller till alla avtal som håller sig under en viss (ekonomisk) gräns.

En följdfråga blir vilken utformning rekonstruktörens samtycke skall ha. Den minst problematiska situationen torde vara när rekonstruktören samtyckt skriftligt och i förväg till den rättshandling som gäldenären är på väg att företa. En rekonstruktör kan också enligt propositionen *ratihabera* en rättshandling i efterhand,¹²⁸ men får inte gäldenären det eftersökta samtycket riskerar han att rekonstruktionsförfarandet avbryts, och förmånsrätt enligt 10 § p. 4 FRL för fordringen som följer av avtalet kan heller inte erhållas. Det framgår inte av propositionen om ett *munligt* samtycke i efterhand kan accepteras, men det kan förstås uppstå

¹²⁵ Prop. 1995/96:5, s 81.

¹²⁶ Prop. 1995/96:5, s110.

¹²⁷ Prop. 1995/96:5, s 191.

¹²⁸ Prop. 1995/96:5, s 191.

bevissvårigheter kring ett muntligt samtycke. Särskilt problematisk kan situationen vara om rekonstruktören inte kommer ihåg vilka samtycken han lämnat, vilket sannolikt innebär att de aktuella avtalsfordringarna inte tillerkänns förmånsrätt enligt 10 § p. 4 i en efterföljande konkurs. Det är naturligtvis ur många aspekter viktigt att rekonstruktören bokför varje rättshandling gäldenärsföretaget utför under hela rekonstruktionstiden och som kräver hans samtycke, för att inte möjligheten att uppnå syftet med rekonstruktionsförfarandet skall gå förlorad och för att inte försvåra konkursförvaltarens utredning i en eventuell efterföljande konkurs. Utan att här gå in på rekonstruktörens eventuella ansvar för sin roll i rekonstruktionsförfarandet, är det önskvärt att denne enbart lämnar skriftliga samtycken och att gäldenärens motparter — i de fall dessa förstår sitt eget bästa — begär skriftliga samtycken för att inte förmånsrätten enligt 10 § p. 4 FRL skall gå förlorad i en eventuell konkurs.

En särskild fråga är hur ett *hypotetiskt* samtycke skall bedömas. Situationen är hämtad från ett pågående fall beskrivet av Bengt Olsson,¹²⁹ där under konkursutredningen fråga uppstod om rekonstruktören hade samtyckt till ett visst avtal som gäldenären ingått under rekonstruktionen. Avtalet gällde en successiv leverans av ett speciellt tillverkningsverktyg som var nödvändigt i företagets verksamhet. Rekonstruktören meddelade att han visserligen *inte hade samtyckt* till det aktuella avtalet, men att han *skulle ha gjort det* om rekonstruktionen inte avslutats (och hans möjligheter att kunna ratihabera avtalet därmed hade avskurits). Eftersom verktyget levererades efter att konkursen inletts, torde det enligt Folkesson emellertid främst bli en fråga om att avgöra om konkursboet kan anses ha inträtt i avtalet enligt 63 § st. 5 köplagen. Bestämmelsen stadgar att om konkursboet har sålt varan eller på annat sätt har förfogat över den så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad, skall konkursboet anses ha inträtt i avtalet. Om konkursboet förfogat över verktyget blir följderna att fordringen som grundas på avtalet istället har fått karaktär av massafordran, och det är då inte längre aktuellt med förmånsrätt enligt 10 § p. 4 FRL.

¹²⁹ Bengt Olsson, Ackordscentralen, Borås, april 2001.

6.6 Förmånsrätt enligt 10 § p.4 FRL

För att gäldenären skall kunna fortsätta sin verksamhet och sluta nya avtal under en företagsrekonstruktion, är det nödvändigt att ge de nya avtalsparterna något som gör dem villiga att sluta avtal med en rekonstruktionsgäldenär. De skulle annars inte gå med på att bevilja krediter åt en gäldenär i kris, och nöja sig med att exempelvis få en oprioriterad fordran på gäldenären i en eventuell senare konkurs. Gäldenären å sin sida saknar ofta betalningsmedel och egendom att ställa som säkerhet. Insolvensutredningen föreslog därför att fordringar som uppkommer under en rekonstruktion med rekonstruktörens samtycke skulle erhålla förmånsrätt, för att underlätta driften av företaget under en rekonstruktion och på så sätt främja rekonstruktion framför konkurs. Genom att ge nytillkomna fordringar allmän förmånsrätt som går före säkerhet i företagshypotek skulle sannolikheten öka för företaget att finansiera verksamheten och därmed också chansen för att rekonstruktionen skall lyckas.¹³⁰

Regeringens förslag överensstämmer med utredningens och man påpekar att företaget efter betalningsinställelsen självt ofta inte har möjlighet att ställa säkerhet, att nya krediter kan komma att behöva beviljas, nya avtal behöva träffas och gamla avtal behöva omförhandlas. God säkerhet behöver kunna ställas för fordringar som grundar sig på nytillkomna avtal.¹³¹ För att olika kreditgivare skall vilja sluta nya avtal kan därför en rekonstruktör samtycka till avtal som gäldenären sluter under en företagsrekonstruktion, vilket innebär att nya kreditgivare erhåller förmånsrätt enligt 10 § p. 4 FRL, om gäldenären skulle gå i konkurs innan han hinner betala de skulder han dragit på sig under rekonstruktionen.

Enligt lydelsen i 10 § p. 4 FRL följer bästa allmänna förmånsrätt med ”andra fordringar som grundar sig på avtal som gäldenären med rekonstruktörens samtycke träffat under en företagsrekonstruktion enligt lagen om företagsrekonstruktion”. Regeringen skriver i propositionen att dessa nytillkomna fordringar är att likställas med massafordringar eller i vart fall liknar konkurskostnader, och därför placerades förmånsrätten i 10 § FRL.¹³² Enligt 15 § FRL har de här fordringarna också rätt till utdelning före exempelvis fordringar med säkerhet i företagshypotek och förmånsberättigade hyresfordringar om det i konkursen inte finns pengar som räcker att täcka de nytillkomna fordringarna, därav benämningen ”superförmånsrätt”. Regeringen anför vidare att förmånsrätten ”i princip bör gälla enbart för

¹³⁰ SOU 1992:113, s 337 ff.

¹³¹ Prop. 1995/96:5, s 130 ff.

¹³² Prop. 1995/96:5, s 131.

fordringar som grundas på avtal som gäldenären träffat under rekonstruktionsperioden”,¹³³ och att förmånsrätten är begränsad till att gälla ”belopp som med hänsyn till omständigheterna är skäligt”, och dessa belopp skall avse ”kostnader för nödvändiga eller nyttiga åtgärder i ett läge där gäldenärens ekonomiska svårigheter har manifesterats”.¹³⁴ Alla slags förpliktelser är avsedda att träffas av 10 § p. 4 FRL, exempelvis fordringar som grundar sig på nya leveransavtal på kredit, nyanställning av personal och omförhandlingar av gamla avtal som leder till nya avtal.¹³⁵ Undantagna från förmånsrätt bör dock vara fordringar grundade på avtal som exempelvis avser el, telefon, lokalhyra och ränta på befintliga krediter, eftersom det inte är rimligt att ge bästa allmänna förmånsrätt åt alla fordringar som i någon mån avser eller intjänas under rekonstruktionstiden. Det skulle ge en omotiverat stark ställning till dessa fordringar och hota värdet av andra förmånsrätter, t ex företagshypotek.¹³⁶

6.6.1 Vad utgör ett avtal träffat under företagsrekonstruktionen?

Vid tillämpningen av 10 § p. 4 uppstår snart problem när det gäller att avgöra när ett nytt avtal kan anses föreligga. Skall till exempel en ny överenskommen förfallodag för en faktura betraktas som ett omförhandlat nytt avtal? Eller en överenskommelse om lägre pris? Propositionen anger att förmånsrätten enligt 10 § p. 4 bara skall gälla fordringar som grundar sig på avtal som träffas medan rekonstruktionen pågår. Fordran som grundar sig på avtal som ingåtts tidigare och som innebär att en prestation skall fullgöras då rekonstruktionen pågår ger ingen superförmånsrätt. Ett äldre avtal kan dock sägas upp och ett nytt ingås med samma avtalspart under rekonstruktionen och då kan motparten få superförmånsrätt för därefter uppkomna fordringar. Propositionen går inte vidare in på problematiken, och vägledande praxis saknas ännu. Man kan anta att det för närvarande främst ankommer på rekonstruktören vad denne anser vara ett nytt avtal som ”förtjänar” superförmånsrätt. I praktiken kan detta exempelvis innebära att gäldenären, med rekonstruktörens samtycke, kommer överens med den aktuella leverantören att ett ”nytt” avtal skall anses föreligga efter en viss dag utan att avtalet förändras i sak, d v s utan att något nytt avtalsvillkor har tillkommit eller gammalt villkor har förhandlats bort.

¹³³ Prop. 1995/96:5, s 133.

¹³⁴ Prop. 1995/96:5, s 131.

¹³⁵ Hellners, Mellqvist, s 105.

¹³⁶ Prop. 1995/96:5, s 133.

Ett exempel på en konflikt som kan uppstå vid tolkningen av 10 § p. 4 FRL är det praktikfall från Malmö som Björn-Anders Feijen beskriver:¹³⁷

En rekonstruktör krävde, efter att rekonstruktionsförfarandet inletts, av en tredje man att denne skulle ställa säkerhet för rekonstruktionsplanens genomförande, om planen accepterades av företagets borgenärer. Säkerhetsförbindelsen rubricerades som ett "Letter of Support" och innebar att tredje man skulle skjuta till de medel som behövdes för att fullfölja den kontanta delen av betalningsuppgörelsen, dock högst 200 000 kr. Rekonstruktionsplanen accepterades av alla borgenärer och rekonstruktören kontaktade efter en tid den tredje mannen som fick infria sin förbindelse eftersom likvida medel annars skulle saknas för fullgörandet av den ekonomiska uppgörelsen. Denne lånade ut 200 000 kr mot att företagets ställföreträdare utfärdade ett skuldebrev och förmånsrätt enligt 10 § p. 4 FRL förutsattes. Skuldebrevet godkändes av rekonstruktören, rekonstruktionsplanen genomfördes och förfarandet avslutades.

Några månader senare hamnade företaget återigen i ekonomisk kris och det försattes nu i konkurs. Under konkursutredningen bevakade tredje mannen sin fordran på 200 000 kr samt åberopade sin förmånsrätt. Konkursförvaltaren invände då att fordringen inte var förenad med förmånsrätt enligt 10 § eftersom den *varken* avsåg avtal om kostnad för särskilda åtgärder som vidtagits under rekonstruktionen och uppenbart varit till borgenärernas bästa, *eller* fordran som grundar sig på avtal som gäldenären med rekonstruktörens samtycke träffat under en företagsrekonstruktion enligt lagen om företagsrekonstruktion. Ett kreditavtal skulle följaktligen inte vara ett sådant avtal.

Frågan är inte slutligen avgjord än och Feijen skriver att "förhoppningsvis tar man sitt sunda förnuft till fånga och erkänner den tredje mannens förmånsrätt i slututdelningsförslaget".¹³⁸

¹³⁷ Björn-Anders Feijen, "Superförmånsrätten" enligt FRL 10 § p 3 - 4, i konflikt med andra förmånsrätter? Stockholm, 2000.

¹³⁸ Feijen, s 5 ff.

6.6.2 Hur skall förmånsrätten användas?

En annan fråga är i vilken utsträckning rekonstruktören skall samtycka till avtal med superförmånsrätter till borgenärerna. Frågan aktualiseras främst när gäldenären inte har möjlighet att betala motpartens prestationer enligt kontantprincipen, utan måste erbjuda kreditgivare denna förmånsrätt för att kunna få nya krediter. Rekonstruktören har befogenhet att ge sitt samtycke till i princip vilka avtal som helst som han finner nödvändiga under en företagsrekonstruktion. För att kunna erhålla nya krediter och bli därigenom kunna uppnå syftet med en rekonstruktion enligt LFR kan rekonstruktören känna sig nödd och tvungen att dela ut förmånsrätter för relativt små avtal. Ett exempel kan utgöras av ett praktikfall beskrivet av Susanna Tropp, där rekonstruktören av ett bryggeriföretag under förfarandet samtyckt till superförmånsrätt till småfordringar på någon hundralapp avseende flaskpanter.¹³⁹

Det finns dock flera andra skäl till varför rekonstruktören bör vara försiktig med att dela ut förmånsrätter, bli då det, som nyss nämnts, inte vore rimligt att ge bästa allmänna förmånsrätt åt alla fordringar som i någon mån avser eller intjänas under rekonstruktionstiden. Propositionen anger också att ”det får ankomma på rekonstruktören att se till att inte företagshypotekets värde minskar onödigt mycket på grund av denna förmånsrätt”.¹⁴⁰ Även om företagsrekonstruktion primärt skall ske i gäldenärens intresse måste rekonstruktören samtidigt beakta 1:2 st. 2 LFR som stadgar att rekonstruktören har att verka för borgenärernas intressen.

6.6.3 Förmånsrätten är dold och obegränsad i tid

En anledning till restriktivitet med att erbjuda förmånsrätt enligt 10 § p. 4 FRL är att denna förmånsrätt, liksom vissa andra,¹⁴¹ inte är synlig för utomstående eftersom rätten inte redovisas någonstans i företagets bokföring eller redovisning. I en konkurs kan därför en superförmånsberättigad borgenär komma som en obehaglig överraskning för övriga borgenärer.

¹³⁹ Susanna Tropp, Ackordscentralen, Göteborg, februari 2001.

¹⁴⁰ Prop. 1995/96:5 s 132.

¹⁴¹ Exempel på andra dolda (eller tysta) förmånsrätter är sjöpanträtt och handpanträtt.

Att förmånsrätten dessutom är obegränsad i tid kan också leda till att mycket gamla fordringar kan göras gällande i en konkurs långt efter det att ett rekonstruktionsförfarande avslutats. Förmånsrätten preskriberas inte på något sätt och den upphör bara genom att gäldenären fullgör sin förpliktelse. För avtal som gäldenären slutit med exempelvis leverantörer är förmodligen så kort kredittid avtalad att den obegränsade tiden för förmånsrätten inte spelar någon roll — fordringen har betalats av gäldenären innan någon längre tid förflutit efter rekonstruktionen. I de fall den nye kreditgivaren istället är en bank kan situationen vara en annan. Gäldenären kan ha slutit ett kreditavtal med banken som grundar en fordran många år efter avslutad rekonstruktion och som löper med bästa allmänna förmånsrätt vid en eventuell konkurs. Frågan är om gäldenären skall vara skyldig att redovisa en förmånsrätt som han med rekonstruktörens samtycke givit en borgenär. När det gäller små belopp eller prestationer finns det kanske inget behov av en sådan skyldighet, och inte heller om gäldenären uppfyller sin del av avtalet strax efter avslutat rekonstruktionsförfarande.

Vid större skuldsättningar och tidsmässigt längre åtaganden, exempelvis vid bankkrediter, kan det finnas ett berättigat behov av att i borgenärernas intresse offentliggöra förmånsrätten i årsredovisningen. Utgångspunkten för ett aktiebolags redovisning är att ge en *rättvisande bild* av företagets ställning och resultat, 2 kap. 3 § årsredovisningslagen (ÅRL). Kravet på att redovisa ställda säkerheter och borgensåtaganden finns stadgade i 3 kap. 1, 4, 11 §§ ÅRL. Ett liknande krav kan vara befogat när det gäller redovisning av en förmånsrätt enligt 10 § p. 4 FRL, åtminstone om fordringen som omfattas av förmånsrätt består av ett relativt högt belopp, men också för att rätten är obegränsad i tid och således består tills den är reglerad. I sådana fall skulle en redovisning av uppgiften kunna anses omfattad av stadgandet i 2:3 ÅRL för att ge en rättvisande bild av gäldenärsföretaget till borgenärerna. Redan existerande likväl som presumtiva borgenärer är naturligtvis intresserade av att få veta hur mycket deras fordran kan vara värd i en eventuell konkurs hos gäldenären.

6.7 Konkurrensen mellan förmånsrätter

Förmånsrätten i 10 § LFR konkurrerar med andra förmånsrätter i förmånsrättslagen. 15 § FRL stadgar att förmånsrätt enligt 10 § eller 10 a §, om det behövs, tas ut före fordringar med särskild förmånsrätt enligt 5 § eller 8 § i annan lös egendom än tomträtt, vilket innebär att om pengarna i ett konkursbo inte räcker för att täcka alla fordringar i den ordning som FRL

stadgar, så går 10 § före de nämnda särskilda förmånsrätterna. Superförmånsrätten kan även komma att drabba alla borgenärer som beviljat gäldenären krediter fram till dess ett rekonstruktionsförfarande inleds. Med andra ord alla borgenärer med särskild förmånsrätt enligt FRL 4 - 7 §§, allmän förmånsrätt enligt 10 - 13 §§ och även borgenärer utan förmånsrätt, eftersom de avtal som en gäldenär sluter med superförmånsrätt under en företagsrekonstruktion påverkar värdet på samtliga övriga borgenärers utdelning.

Förmånsrättskommittén konstaterar i sin utredning att från samhällsekonomisk och samlad borgenärssynpunkt borde valet mellan vilka verksamheter som rekonstrueras genom ackord och vilka som avvecklas genom konkurs fattas utifrån verksamhetens totala lönsamhet. Beslutet bör fattas så tidigt som möjligt, medan verksamheten fortfarande har tillräcklig likviditet för att nödvändiga omstruktureringar skall kunna göras eller har sådan soliditet att kredit kan erhållas. Sätillvida har förmånsrätt som avvikelser från likabehandlingsprincipen ”både en stödande och en störande inverkan” i en företagsrekonstruktion.¹⁴²

För många företag och kanske främst de mellanstora, är pantsättning av företagets lösa egendom en vanlig väg för att få bankkrediter genom företagshypotek. För en gäldenär i ekonomisk kris är det av avgörande betydelse att han kan skaffa nya krediter, och det oavsett om företaget rekonstrueras via LFR eller på annat sätt. Förmånsrätt kan sålunda ha en avgörande betydelse för beviljandet av nya krediter. Om det finns obelånat utrymme i företagshypoteksunderlaget, kan banken bevilja ny kreditgivning mot företagshypotek, men eftersom gäldenären är på väg mot eller redan är på obestånd i detta skede, spelar förmånsrätten en stor roll. En annan möjlighet att få nya krediter är om den nya kreditgivningen ökar värdet på företagshypoteksunderlaget.¹⁴³

Nuvarande förmånsrättsordning medför att förmånsrätten i 10 § p. 4 går före bl a företagshypotek, vilket innebär att gäldenären kan få krediter som inte omedelbart skapar nya värden, men det sker då på företagshypoteksinnehavarnas bekostnad. Den borgenär som får förmånsrätt enligt 10 § p. 4 tillerkänns ett visst värde, vilket är samma värde som hypoteksinnehavaren förlorar. Superförmånsrättens företräde innebär också att hypoteksinnehavaren som nätt och jämt har säkerhet i företagshypotek förlorar sin säkerhet i samma mån som han själv erhåller superförmånsrätt. När nya värden skapas är

¹⁴² SOU 1999:1, s 90.

¹⁴³ SOU 1999:1, s 90 ff.

företagshypotek och superförmansrätt således ganska likvärdiga, men superförmansrätt kan bara erhållas efter en betalningsinställelse med inlett rekonstruktionsförfarande.¹⁴⁴

En annan aspekt på förmansrätt vid företagsrekonstruktion är att denna typiskt leder till att frågan om rekonstruktion skjuts upp, eftersom den som är förmansberättigad i en konkurs inte behöver vidta några åtgärder så länge tillgångarna i gäldenärsföretaget räcker för att ge honom full utdelning. Borgenärerna ser inte heller till den samlade framtida lönsamheten utan till hur deras egen position kan påverkas av ett rekonstruktionsförsök. Om en förmansrätt gäller endast i vissa av gäldenärsföretagets tillgångar ökar intressekonflikterna än mer, eftersom borgenärerna får intresse av att rekonstruktionen ges en sådan inriktning att värdet på de intressanta tillgångarna ökas eller åtminstone bibehålls.¹⁴⁵

I praktiken har det också visat sig mycket svårt för gäldenären att få nya krediter efter det att rekonstruktionsförfarandet inletts. Feijen beskriver det som att kreditgivarna, exempelvis factoringbolag, banker, finansbolag och större leverantörer ofta omedelbart stänger av gäldenärens möjligheter att använda ännu inte utnyttjade krediter, vilket gör en rekonstruktion ogenomförbar om inte gäldenären strax före ansökningen på något sätt ordnat nya likvida medel att användas under förfarandet. Det kan exempelvis vara kreditkonton i annan bank än den ordinarie så att kvittningsmöjligheten undanröjs. Orsaken till borgenärernas negativa inställning till rekonstruktionen är sannolikt främst rädsla för kreditförluster men det kan också vara bristande erfarenhet av krishantering och de regelsystem som styr rekonstruktioner av företag med ekonomiska kriser.¹⁴⁶

Feijen åskådliggör problemen med kolliderande borgenärsintressen i detta praktikfall:

Ett företag hamnade i ekonomisk kris på grund av att de försäljnings- och distributionskanaler som företaget använt för en helt ny produkt, på kort tid upphörde. Då företaget inte bildat ett särskilt bolag för att producera den nya produkten äventyrades även företagets övriga verksamhet, eftersom de likvida medel som flöt in från försäljningen av andra produkter måste användas till att betala skulder som uppkommit i den förlustbringande delen. Företagets ställföreträdare lyckades avyttra en stor maskin som härrörde från den numera nedlagda verksamhetsdelen till ett betydligt högre pris än vad maskinen skulle ha inbringat i en eventuell konkursutförsäljning. Ställföreträdaren kontaktade företagets bank och informerade

¹⁴⁴ SOU 1999:1, s 91.

¹⁴⁵ SOU 1999:1, s 91.

¹⁴⁶ Feijen, Superförmansrätten, 2000.

denna om den ekonomiska krisen, samt om den lyckade affären med maskinen. Banken var väl insatt i företagets ekonomiska problem, men den hade ingenting konstruktivt att föreslå för att åtgärda problemen. Däremot fick ställföreträdaren besked om att hela likviden om 2 mkr för den sålda maskinen skulle användas till att amortera företagets skulder till banken, pengar som ställföreträdaren helt eller åtminstone delvis, hade tänkt använda för att göra upp med fordringsägarna.

Den beskrivna situationen ledde till att företaget och banken hamnade i konflikt med varandra. Företaget ansökte om företagsrekonstruktion och banken motsatte sig detta. Rekonstruktören öppnade ett administrationskonto i banken för att inte ytterligare öka motsättningarna. Sedan flöt likviden för maskinen in på administrationskontot, liksom fakturabetalningar som styrts om från post- och bankgirokontona, vilket ledde till att saldot på administrationskontot vid tiden för borgenärssammanträdet (ca 3 veckor efter beslut om företagsrekonstruktion) uppgick till nära 3 mkr, medel som med rekonstruktörens samtycke skulle kunna ha använts för genomförandet av rekonstruktionen.

Banken var nu mycket irriterad och krävde att rekonstruktören skulle överföra hela behållningen på kontot till checkkrediten så att banken genom kvittning skulle kunna ta i anspråk överskottet på checkkrediten för att amortera företagets olika lån. Det var dock ingen tvekan om att bankens fordran på företaget till fullo redan var täckt genom underlaget i företagshypoteket. Men det gick till och med så långt att banken kallade in företagsledaren och hotade med att kräva ut dennes borgensåtagande och försätta honom i konkurs om han inte medverkade till det banken ville. Med rekonstruktörens samtycke träffades då ett avtal mellan banken och företaget om att en viss andel av det vid varje tillfälle inestående saldot på administrationskontot fick disponeras för driften av verksamheten under rekonstruktionen.

Banken tillät dock inte att likviden om 2 mkr för maskinen fick användas till betalning av de anställdas löner. Beslut om företagsrekonstruktion meddelades i mitten av januari, rekonstruktören förhandlade med företagets fackliga representanter om ett anstånd med att betala februari månads löner till första veckan i mars i avvaktan på att förhandlingar med en ny kreditgivare skulle slutföras. Den fackliga organisationen sade då nej, och företagets ägare tvingades försätta företaget i konkurs. I konkursen fick banken full täckning för sina fordringar och de anställda fick betalt under lönegarantin, de oprioriterade fordringsägarna fick ingen utdelning alls.

6.8 Förslag till ny förmånsrättsordning

Insolvensutredningen föreslog i samband med införandet av lagen om företagsrekonstruktion flera ändringar i förmånsrättsordningen bl a för att ge den nya lagen kraft att konkurrera som insolvensrättsligt instrument, se avsnitt 2.3. Inget av dessa förslag beaktades dock av regeringen, vilket bidragit till att lagen om företagsrekonstruktion inte heller har kunnat leva upp till förväntningarna. De beskrivna praktikfallen i avsnitt 6.6.1 och 6.7 tydliggör en del av problemen.

I Förmånsrättskommitténs arbete har flera av Insolvensutredningens förslag aktualiserats på nytt. Kommittén presenterar ett, som jag själv tycker, spännande och intressant förslag till ny förmånsrättsordning. Huvudförslaget innebär att *företagshypoteket* skall omvandlas till en allmän förmånsrätt som gäller i hälften av gäldenärens egendom som återstår sedan fordringar med bättre förmånsrätt fått full betalning. Den främsta anledningen till den föreslagna ändringen är att ge bättre möjlighet till ett lyckat rekonstruktionsförfarande utan konkurs, eftersom kreditgivare med säkerheter ofta föredrar konkurs trots att borgenärskollektivet som helhet skulle få bättre utdelning vid en rekonstruktion. Om man gör företagshypoteket till en allmän förmånsrätt upphör också behovet av och problemen med s k administrationskonton för hypoteksegendom som omvandlas till likvida medel. Ändringen syftar också till att förhindra förekomsten av seriekonkurser, där en verksamhet efter konkurs fortsätter i ett nytt aktiebolag men med samma fysiska ägare. Om företagshypoteket *avskaffades* skulle det medföra att den gamle ägaren blir tvungen att lägga ett så högt bud på inkråmet att alla borgenärer får full betalning. Om företagshypoteket istället halveras så som utredningen föreslår påverkas utvecklingen i samma riktning, och förhoppningsvis kommer det att vara tillräckligt.¹⁴⁷

Förmånsrättskommitténs utredning innebär också att ett avskaffande av förmånsrätten för *skatter och allmänna avgifter* ånyo aktualiserats. Den nuvarande ordningen med allmän förmånsrätt för skatter och allmänna avgifter innebär att staten inte berörs av ackordsförfarandet, 3:3 LFR. Ett avskaffande av en allmän förmånsrätt, och kanske särskilt denna, kan ha stor betydelse för rekonstruktionsmöjligheterna eftersom statens fordran då skulle omfattas av en eventuell ackordsförhandling i rekonstruktionen, vilket kan innebära en nedsättning med 75 % av skuldbeloppet (eller vid särskilda skäl ännu mer). Ofta dras

¹⁴⁷ SOU 1999:1, s 290 ff.

gäldenären med stora skatteskulder och en ökning av de oprioriterade borgenärernas utdelning i ett ackord bör medföra att dessa är mer villiga att acceptera ackordet.¹⁴⁸

Förmånsrätten för *hyror* avskaffas. Kommittén föreslår i anslutning härtill att det i 12:31 JB förs in en regel om att konkursboet ansvarar för hyra som belöper på tid under vilket konkursboet utnyttjat lokalen.¹⁴⁹ Motsvarande regel förslås för *lön* som belöper på arbete åt konkursboet, d v s om arbetstagaren utför arbete under uppsägningstiden för konkursboet skall den lönen, med undantag för en övergångstid av sju dagar, betalas av konkursboet.¹⁵⁰

Löneskyddet skall också ha samma omfattning vid företagsrekonstruktion som vid konkurs, d v s gäldenärsföretaget skall efter beviljad rekonstruktion kunna låna medel ur lönegarantin till löner som intjänats högst tre månader före ansökan om företagsrekonstruktion t o m en vecka efter beslutet om företagsrekonstruktion. Lönegaranti skall också utgå för uppsägningslöner åt anställda som inte arbetar under uppsägningstiden. Rekonstruktionsgäldenären skall betala eller ställa säkerhet för statens fordran på grund av regressrätten med ränta innan förfarandet får avslutas, annars skall företaget sättas i konkurs. Vid återbetalningen kan uppsägningslönen, som skall vara oprioriterad, ha satts ned genom ett ackord. Om rekonstruktion avslutas med konkurs skall lönegaranti som utgått under rekonstruktionen avräknas från arbetstagarens rätt till lönegaranti på grund av konkurs.¹⁵¹

Jag har noterat att utredningen av flera anses vara ett gediget och noggrant arbete och advokaten Stefan Lindskog har vid Insolvensrättsligt forum 1999 uttryckt åsikten att kommitténs förslag till och med är ”briljant”. Utredningen har remissbehandlats men ännu inte resulterat i någon regeringsproposition. Det återstår således ännu att se om, och i så fall i vilken mån de föreslagna ändringarna kommer att beaktas vid utformningen av en ny förmånsrättslag.

¹⁴⁸ SOU 1999:1, s 192 f.

¹⁴⁹ SOU 1999:1, s 298 f.

¹⁵⁰ SOU 1999:1, s 239 ff.

¹⁵¹ SOU 1999:1, s 243 f.

7 Behovet av samordning och reglering

7.1 Inledning

Skillnaderna mellan rekonstruktion genom konkurs och genom företagsrekonstruktion skall beröras här, samt om det är möjligt och lämpligt att utse företagsrekonstruktören till konkursförvaltare i gäldenärsföretagets konkurs. Slutligen några reflektioner kring det nya förfarandet och dess framtid.

7.2 Rekonstruktion som alternativ till konkurs

Gertrud Lennander skriver i en artikel från 1987 att det framstår som allt klarare att obeståndsrätten inte bara är en angelägenhet mellan gäldenären och dennes borgenärer, utan att hela samhället berörs. Från att ha varit en fråga om fördelning av tillgångar har obeståndsrätten kommit att inriktas på att återställa prestationsförmågan hos företag som har möjlighet att överleva, att hindra värdeförstörelse, att rädda arbetstillfällena mm. Det rent exekutionsrättsliga tänkandet har fått lämna plats för ett samhällsekonomiskt betraktelsesätt. Förut har man kunnat skilja på en borgenärsinriktad och en gäldenärsinriktad obeståndsrätt, nu kan det snarare vara på sin plats att tala om en samhällsinriktad obeståndsrätt.¹⁵²

När det gäller valet mellan olika insolvensrättsliga förfaranden, är utgångspunkten att konkursförfarandet skall inriktas på avveckling av en verksamhet, och att företagsrekonstruktionsförfarandet syftar till att bevara en verksamhet som kan bli lönsam. En grundläggande förutsättning för att bolag i kris skall vilja rekonstruera sina verksamheter enligt lagen om företagsrekonstruktion är att förfarandet utgör ett fullgott — om inte ett bättre — alternativ till rekonstruktion genom konkurs. På många sätt utgör LFR inte ett sådant alternativ idag, och det beror främst på att lagstiftaren inte har gett lagen de förutsättningar den behöver för att få full genomslagskraft. Lagen om företagsrekonstruktion har tillkommit för att utgöra ett reellt alternativ till konkurs. Skillnaderna mellan de båda förfarandena konkurs och företagsrekonstruktion är dock fortfarande så stora, att konkurs utan tvekan alltjämt dominerar när det gäller att rekonstruera företag. Konkursstatistiken kan inte med bästa vilja sägas ha påverkats av LFR:s införande och antalet lyckosamma rekonstruktioner

¹⁵² SOU 1999:1, s 93, med hänvisning till Gertrud Lennander i Tidsskrift for rettsvitenskap 1987, s 546 ff.

som genomförts i enlighet med lagen är efter fyra års tillämpning inte stort. Problemen med de få ansökningarna och genomförda rekonstruktionerna verkar svårlösta så länge konkurs innebär ett fördelaktigare sätt att skuldsanera och rekonstruera aktiebolag. Ett typiskt problemet i konkursen är emellertid att utdelningen till de oprioriterade borgenärerna blir för liten.

Ett rekonstruktionsförfarande enligt LFR kan behöva avslutas med en konkurs, i de fall rekonstruktionen inte kan uppnå sitt syfte. Det finns även de som menar att en konkurs kan utgöra ett led i en rekonstruktion. Ett företag kan exempelvis rekonstrueras genom att ett förfarande enligt LFR inleds, vilket ger gäldenärsföretaget ett tillfälle att utnyttja de verktyg som lagstiftaren tillhandahåller gäldenären i LFR. Förfarandet kan sedan avslutas och en försäljning av företaget kan ske i en efterföljande konkurs. Genom att inleda med ett rekonstruktionsförfarande kan man i större mån undvika de negativa konsekvenser som är förknippade med konkursförfarandet, bl a kan en eventuell kapitalförstörelse i den efterföljande konkursen bli mindre omfattande. Oavsett om ett sådant förfarande är ändamålsenligt och överensstämmer med LFR:s syfte är det viktigt att en samordning av reglerna för konkurs och rekonstruktion sker, så att inte, när det faktiskt är fråga om samma sak, vissa regler gäller i rekonstruktion och andra regler i den efterföljande konkursen. Särskilt gäller det behandlingen av gäldenärens avtal och om konkursbos och rekonstruktionsgäldenärens eventuella rätt att delvis inträda i olika typer av avtal. Svensk rätt saknar generella lagregler för ett konkursbos möjligheter att fullfölja en gäldenärs avtal. Köplagens 61 resp. 63 §§ reglerar situationen för vissa typer av avtal, vilka visserligen tillämpas analogt på andra typer av avtal, men ofta passar de inte för analogitolkningar.¹⁵³ Dessa stadganden lämnar också mycket i övrigt att önska; bl a sägs inget om ett konkursbos eventuella partiella inträdesrätt i en gäldenärs avtal, vilket främst beror på att reglerna främst är till för att skydda den solventa avtalsparten mot den insolventa. Osäkerheten om rättsläget när det gäller den insolvensrättsliga behandlingen av gäldenärens olika avtal har också av flera¹⁵⁴ beskrivits som så stor att det är mycket angeläget att lagstiftaren tar ett samlat grepp om ämnet.

¹⁵³ Möller, Mikael, Konkurs och kontrakt, avhandling 1988, s 24 ff.

¹⁵⁴ Möller, s 27 med hänvisning till Håstad, Sakrätt, 3 uppl., s 303, samt Hellner, Verkan av insolvens, s 261 f.

7.2.1 Rekonstruktören som konkursförvaltare?

Vid valet av konkursförvaltare stadgas det i konkurslagen 7:1 st. 3 att "[d]en som står i ett sådant förhållande till gäldenären, en borgenär eller någon annan att det är ägnat att rubba förtroendet för hans opartiskhet i konkursen får inte vara förvaltare. Detsamma gäller om det i övrigt finns någon omständighet som medför att förtroendet för hans opartiskhet kan rubbas".

Bestämmelsen är ägnad att ge möjlighet att anpassa tillämpningen till "omständigheterna i det enskilda fallet",¹⁵⁵ och den skiljer sig därför från andra, s k absoluta, jävsregler som exempelvis domarreglerna i 4:13 RB. När det gäller valet av konkursförvaltare efter en avslutad företagsrekonstruktion säger regeringspropositionen att det bör avgöras "från fall till fall" om rekonstruktören kan utses som förvaltare i näringsidkarens efterföljande konkurs. Några ändringar behöver därför inte göras i konkurslagens regler om utseende av förvaltare.¹⁵⁶

I proposition 1988/89:31 Om jäv för konkursförvaltare sägs att en person som gäldenären använt som *rådgivare* får anses olämplig som förvaltare, "om det kan råda tvekan om hans objektivitet".¹⁵⁷ Så kan ofta vara fallet om rådgivaren har biträtt gäldenären under en längre tid före konkursutbrottet.¹⁵⁸ I propositionen hänvisas till rättsfallet *NJA 1981 s 764* där det inte ansågs vara något hinder att som förvaltare förordna en advokat, som konsulterats av gäldenären med anledning av dennes obeståndssituation, och som då rådgivit gäldenären att gå i konkurs.¹⁵⁹ I ett hovrättsfall från 1982¹⁶⁰ har man dock ansett att den som fungerat som *god man* enligt ackordslagen inte kunnat utses till förvaltare. I det första fallet förefaller utgången naturlig, eftersom advokaten endast rådgivit gäldenären, och det fanns här inget rättsligt agerande från advokatens sida som konkursförvaltaren hade att ta ställning till. I det andra fallet förefaller utgången också naturlig, eftersom den gode mannens agerande skulle utredas i den efterföljande konkursen, och han därför haft eget intresse i saken om han utsetts till förvaltare.

I propositionen till lagen om företagsrekonstruktion anges att rekonstruktören inte (så som advokaten) kan betraktas som gäldenärens uppdragstagare eller dennes biträde.¹⁶¹ Rekonstruk-

¹⁵⁵ Prop. 1995/96:5, s 105 med hänvisning till prop. 1988/89:31, Om jäv för konkursförvaltare, s 7.

¹⁵⁶ Prop. 1995/96:5, s 105.

¹⁵⁷ Prop. 1995/96:5, s 106 med hänvisning till prop. 1988/89:31, s 11.

¹⁵⁸ Prop. 1988/89:31, s 11.

¹⁵⁹ Prop. 1995/96:5, s 106 och prop. 1988/89:31, s 11 f.

¹⁶⁰ Hovrätten över Skåne och Blekinge, beslut 1982-09-23 SÖ 5165. Omnämnt i prop. 1995/96:5, s 106 och prop. 1988/89:31, s 11 f.

¹⁶¹ Se 14 § i Vägledande regler om god advokatsed.

törens uppdrag förutsätter dock att rekonstruktören med gäldenärens förtroende engagerar sig i dennes verksamhet genom att ge råd och anvisningar om företagets löpande förvaltning och samtycka till samtliga viktigare rättshandlingar som gäldenären avser att vidta. Men, säger propositionen, även om detta inte innebär att rekonstruktören normalt företar några transaktioner på gäldenärens vägnar, så ”kan det emellertid förekomma att förvaltaren i en efterföljande konkurs har att pröva sådana transaktioner som rekonstruktören tillrätt eller kanske till och med gett anvisning om.”¹⁶² Två remissinstanser¹⁶³ har också påpekat att konkursförvaltaren kan ha att pröva skäligheten av det av rekonstruktören fordrade *arvodet* i de fall detta inte har fastställts av tingsrätten. Under sådana omständigheter utgår regeringen från att en rekonstruktör inte förordnas till förvaltare i en efterföljande konkurs. Det får således ankomma på domstolen att bedöma om omständigheterna i det enskilda fallet är sådana att de inte hindrar att rekonstruktören utses till konkursförvaltare, propositionen anger som exempel när ett ”rekonstruktionsförsök (...) avslutas mycket tidigt, utan att rekonstruktören i någon större utsträckning kommit att involveras i gäldenärens ekonomiska transaktioner. I ett sådant fall bör det inte möta något hinder mot att rekonstruktören förordnas till konkursförvaltare, i vart fall inte om hans arvode har fastställts av tingsrätten”.¹⁶⁴ Jag tolkar det sista uttalandet i propositionen som att det inte blir särskilt många situationer kvar där man kan utse en rekonstruktör till förvaltare; enda gången där jag ser att det är möjligt är om rekonstruktören av någon anledning inte hunnit företa några rättshandlingar i rekonstruktionen när gäldenärsföretaget går i konkurs. Enligt min mening borde det inte i något fall kunna komma ifråga att en konkursförvaltare skall utreda sitt eget agerande som företagsrekonstruktör efter avslutad rekonstruktion, och det ställningstagandet grundas inte endast på att konkursförvaltaren skall kunna göra en objektiv bedömning av skäligheten i rekonstruktörens arvode. Om en rekonstruktör som utfört något faktiskt arbete i gäldenärsföretaget utses till konkursförvaltare torde det ju på ett påtagligt sätt försämra möjligheterna till en ordentlig utredning i konkursen också vad gäller frågor om återvinning och om rekonstruktörens eget ansvar i rekonstruktionsförfarandet.

¹⁶² Prop. 1995/96:5, s 106.

¹⁶³ Sveriges Industriförbund och Svenska Arbetsgivareföreningen, prop. 1995/96:5, s 106.

¹⁶⁴ Prop. 1995/96:5, s 106.

7.3 Avslutande reflektioner

Lagen om företagsrekonstruktion förefaller som Folkesson beskriver det, ännu inte färdigbearbetad. Det verkar emellertid som om lagen har kommit för att stanna, och det handlar i så fall om att utveckla och forma förfarandet till att utgöra ett reellt obeståndsrättsligt alternativ för företag med ekonomiska problem. Lagen ger redan nu gäldenären vissa ordentliga verktyg för att kunna rekonstruera sin verksamhet utan konkurs. Superförmånsrätten är det mest kraftfulla, där gäldenärsföretaget med rekonstruktörens samtycke ges möjlighet att sluta nya nödvändiga kreditavtal under en företagsrekonstruktion. Det uppstår dock en rad frågor kring tillämpningen av den viktiga 10 § p. 4 FRL, frågor som propositionen knappt eller inte alls berör, till exempel vad som skall förstås med ett nytt avtal. Eventuellt beror denna tystnad på att avgörande frågor bara kan lösas genom att lagstiftaren tar ett bestämt grepp om hela insolvensjuridiken för att samordna redan existerande lagar och införa reglering på områden där sådan idag saknas. Nuvarande förmånsrättsordning medför också att en rekonstruktion kan bli omöjlig att genomföra om vissa viktigare borgenärer motsätter sig det, se strax nedan.

Skillnaden i rättsverkningar mellan beslutsdag och ansökningsdag för företagsrekonstruktion får konsekvenser som inte är tillräckligt motiverade i propositionen och därför inte verkar rimliga, och som därför borde ändras till att avse samma tidpunkt. Ett exempel kan utgöras av att det enligt LFR 2:20 är dagen för beslutet som gäller för borgenärernas hävningsförbud, medan det är ansökningsdagen som utgör gräns för den aktiva stoppningsrätten i 63 § st. 4 köplagen. Man bör tillämpa en och samma dag för alla rättsverkningar om inte finns särskilda skäl till varför man bör ha ett annat system än det som gäller för konkurser, där utgångspunkten är att frysningen av gäldenärens tillgångar i konkurslagen 3 kap. 1 § inträder vid konkursbeslutet. Man kan notera att det relevanta kapitlet i regeringens proposition heter ”Rättsverkningar av att företagsrekonstruktion beslutas”,¹⁶⁵ men att kapitlet sedan behandlar rättsverkningar av både beslut och ansökan om företagsrekonstruktion, utan att detta framgår eller motiveras på något särskilt sätt.

Ny kreditgivning från gamla kreditgivare under en företagsrekonstruktion innebär att gäldenärens borgenärer i en efterföljande konkurs ofta återfinns på två ställen i konkursbouppteckningen. En leverantör kan ha en oprioriterad fordran enligt 18 § FRL och vara innehavare av allmän förmånsrätt enligt 10 § p. 4, en bank kan ha säkerhet i

¹⁶⁵ Prop. 1995/96:5, kapitel 6 (s 74 - 100).

företagshypotek med särskild förmånsrätt enligt 5 § och med allmän förmånsrätt enligt 10 § p. 4. Det kan bli stora problem för konkursförvaltaren att reda ut alla förehavanden, om rekonstruktören lämnar en bristande redovisning om vad som hänt under rekonstruktionsförfarandet. Rekonstruktörens arbetsuppgifter är för övrigt inte definierade i lagen om företagsrekonstruktion liksom inte heller dennes ansvar för sin roll i förfarandet. Arbetsuppgifterna kan i mycket liknas vid konkursförvaltarens, men en viktig och sannolikt avgörande skillnad mellan konkurs och företagsrekonstruktion när det gäller ansvarsfrågan är att gäldenären i en företagsrekonstruktion behåller rådigheten över sin egendom under en rekonstruktion, innebärande att rekonstruktören skall lämna samtycke till alla viktigare rättshandlingar av betydelse för verksamheten. Rekonstruktörens roll innebär dessutom lojalitet gentemot både gäldenärsföretaget och borgenärerna vilket kan komma att leda till svåra överväganden om det ansvar rekonstruktören egentligen har.

Det största hindret för att ett rekonstruktionsförfarande skall kunna genomföras med lyckat resultat torde ändå utgöras av den nuvarande förmånsrättsordningen. De inneboende borgenärskonflikter som finns i förmånsrättsordningen medför många negativa effekter för den gäldenär som försöker rädda verksamheten med en företagsrekonstruktion. En ändring av nuvarande system exempelvis av företagshypotekets placering i förmånsrättsordningen uppfattas emellertid helt klart av hypoteksborgenärerna som en förändring avsevärt till det sämre, dels för att företagshypoteket är ett väl inarbetat system och dels för att placeringen i förmånsrättsordningen har stor betydelse för beviljandet av krediter. Därför innebär omflyttningar och ändringar i förmånsrätten att även systemen för kreditgivning måste genomgå förändringar för att anpassas till en ny förmånsrättsordning. Det handlar då kanske främst om bankerna och på vilka villkor deras kreditgivning genom företagshypotek skall ske. Det blir också avgörande för vilket inflytande de i framtiden skall ha i företag som genomgår ekonomiska kriser.

Källförteckning

Offentligt tryck

SOU 1992:113, Insolvensutredningen

SOU 1999:1, Ny förmånsrättsordning

Proposition 1995/96:5, Lag om företagsrekonstruktion

Proposition 1988/89:31, Om jäv för konkursförvaltare

Domstolsverket, Konkurshandbok - Tingsrätt, avsnitt 6

Finsk rätt: Lagen om företagssanering, nr 47/1993

Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1910 s 564

NJA 1986 s 136

NJA 1979 s 253

NJA 1989 s 206

NJA 1981 s 764

NJA 1994 s 292

Regeringsrättens årsbok

RÅ 1963 ref 48

RÅ 1987 not 439

Rättsfall från Hovrätterna

Svea Hovrätt, beslut 1996-11-28 i mål ÖÄ 5005/96

Hovrätten över Skåne och Blekinge, beslut 1982-09-23 SÖ 5165

Riksskatteverkets meddelanden

RN 1960 4:4

RN 1962 4:5

Litteratur

Arnesdotter, Ingrid, *Om betalningsinställelse och offentligt ackord*, avhandling, 1982, P A

Norstedt & Söners förlag

Feijen, Björn-Anders, ”Superförmånsrätten” enligt FRL 10 § p. 3 - 4, i konflikt med andra förmånsrätter?, Stockholm, 2000

Folkesson, Enar, *Företaget i ekonomisk kris*, 3:e uppl. 1996, Nerenius & Santéus förlag

Hellners, Trygve och Mellqvist, Mikael, *Lagen om företagsrekonstruktion*, en kommentar, 1:a uppl. 1997, Norstedts gula bibliotek

Hemström, Carl, *Organisationernas rättsliga ställning*, 5:e uppl. 1996, Norstedts juridik

Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6:e omarbetade uppl. 1996, Norstedts juridik

Mellqvist, Mikael, *Obeståndsrätten, en introduktion*, 1:a uppl. 1997, Norstedts juridik

Möller, Mikael, *Konkurs och kontrakt*, avhandling, 1988, Iustus förlag

Persson, Annina och Tuula, Marie, *Är lagen om företagsrekonstruktion en papperstiger?* rapport, Stockholm, 2000

Riksskatteverket, *Konkurs, företagsrekonstruktion & ackord*, RSV 900 utgåva 4, 1998

Smedman, Peter, *Sveriges Rikes Lag, Obeståndsrätt II*, lagbokskommentaren, 1998, Norstedts juridik

Stangendahl, Peter, *Lagen om företagsrekonstruktion*, en lagkommentar, 1:a uppl. 1996

Ström, Rickard, *Lagen om företagsrekonstruktion - huvudverk för företag i kris*, artikel i tidskriften Advokaten 1995/8, s 4 – 8.

Tuula, Marie, *Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar: en jämförande studie av svensk och amerikansk rätt*, avhandling, Stockholm, 2001

Welamsson, Lars, *Konkursrätt*, 9:e uppl. 1997, Norstedts juridik

Insolvensrättsligt forum 1999

Intervjuer

Hans Elliott, Glimstedts advokatbyrå, Göteborg

Leif Ståhlberg, Företagsakuten, GBR (Göteborg Business Region)

Susanna Tropp, Ackordscentralen, Göteborg

Marie Tuula, juris doktor, Stockholms universitet