



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Timothy Andersson

En harmoniserad rekonstruktionslagstiftning

En analys av direktiv 2019/1023/EU inverkan på
borgenärsskyddet vid företagsrekonstruktion

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Patrik Lindskoug

Termin för examen: Period 1 VT2020

Innehållsförteckning

Summary	4
Sammanfattning	6
Förord.....	8
Förkortningar.....	9
1 Inledning	10
1.1 Bakgrund.....	10
1.2 Syfte och frågeställningar	12
1.3 Metod	12
1.3.1 Rättsdogmatisk metod.....	12
1.3.2 EU-rättslig metod.....	14
1.3.3 Material	16
1.4 Avgränsningar	17
1.5 Disposition	18
2 Företagsrekonstruktion i svensk rätt	19
2.1 Bakgrund.....	19
2.2 Syftet med företagsrekonstruktion	20
2.3 Perspektiv på företagsrekonstruktion.....	21
2.3.1 Borgenärsperspektivet i FrekL.....	22
2.3.2 Det samhällsinriktade perspektivet i FrekL	22
2.3.3 Det gäldenärsinriktade perspektivet i FrekL	23
2.4 Huvuddrag i lagen om företagsrekonstruktion.....	23
2.5 Lagens tillämplighet.....	25
2.5.1 Inledande av företagsrekonstruktion	25
2.5.2 Rekonstruktionsplanen.....	27
2.6 Offentligt ackord	29
2.6.1 Förmånsrättens betydelse vid offentligt ackord	30
2.6.2 Behandling av säkerställda fordringar	32
2.6.3 Skyddsregler vid offentligt ackord.....	33
2.7 Ett förändrat rekonstruktionsförfarande.....	35
2.7.1 Kritik mot FrekL	35
2.7.2 En fastställd rekonstruktionsplan	37
2.8 Sammanfattande slutsatser	38
3 Introduktion till förinsolvensdirektivet	40

3.1	Bakgrund.....	40
3.2	Insolvensdirektivets syfte.....	40
3.3	Förinsolvensdirektivet.....	43
3.4	Direktivets karaktär.....	45
3.5	Regeringens implementeringsuppdrag.....	46
3.5.1	Svenska remissvar rörande Kommissionens förslag till EU-direktiv om vissa insolvensfrågor.....	48
3.5.2	Skatteverkets remissvar.....	49
3.5.3	Uppsala universitets remissvar.....	50
3.5.4	Riksbankens remissyttrande.....	52
3.5.5	Advokatsamfundets remissvar.....	53
4	Klassöverskridande tvångsackord.....	55
4.1	Rekonstruktionsplanen enligt förinsolvensdirektivet.....	55
4.2	Antagande av rekonstruktionsplanen.....	55
4.2.1	Klassbildning.....	56
4.2.2	Borgenärer med dubbla intressen.....	58
4.3	Borgenärsskydd vid tvångsackord.....	59
4.3.1	Borgenärers bästa intresse.....	59
4.3.2	Skyddsregler vid tvångsackord.....	60
4.4	RPR som skyddsregel.....	62
4.4.1	RPR, ett misstag?.....	64
4.5	Samverkan mellan RPR och BIT.....	66
4.5.1	Exempel på tillämpning av EU BIT och EU RPR.....	67
5	Internationell utblick.....	70
5.1	Bakgrund.....	70
5.2	Amerikansk rätt.....	70
5.3	Tysk rätt.....	71
5.4	Engelsk rätt.....	72
6	Analys.....	75
	Källförteckning.....	84

Summary

The Swedish Company Restructuring Act (1996:764) was originally introduced with the intent of offering an alternative to standard bankruptcy proceedings for viable companies with an ability to be restructured and continue its business going forward. The legislation has however not been a success and the criticism lodged against the legislation has been extensive. The lack of transparency for creditors and the primitive nature of the proceedings by which only unsecured creditors participate in the debt composition have been two of the most widely criticised aspects of the restructuring act. This has led to unsecured creditors taking the the full hit of the restructuring proceedings while secured creditors and shareholders remain largely unaffected.

In June 2019 the EU Directive on restructuring and insolvency (2019/1023/EU) was adopted. From a Swedish standpoint, the new Directive provides a different approach to restructuring proceedings more similar to the Chapter 11 proceedings found in the United States. Firstly, and in contrast to the Swedish restructuring act, the Directive provides for secured creditors as well as shareholders to participate in the composition of debts. Secondly, the Directive provides all creditors with the ability to vote on the restructuring plan thus making the restructuring plan binding. Thirdly, the Directive provides for a cross class cram down on classes of creditors dissenting to the restructuring plan.

In order to prevent these rules from undermining creditor protection, the EU has introduced two alternative priority rules for the member states to choose between. The absolute priority rule is based on the standard notion of insolvency law that creditors get paid in order of seniority. The relative priority rule on the other hand focuses on the argument that the reorganisation surplus to a larger extent shall be rearranged to reach junior creditors and shareholders without the need for a more senior creditor to be paid in full first.

The purpose of this paper is to discuss which problems the legislator will encounter upon implementation of the Directive and how the Directive might be implemented with regards to creditor protection in the situation of a cross class cram down.

The conclusion indicates that the legislator should focus on creating legal certainty by allowing the proceedings to be more transparent for creditors. This will in turn allow creditors to make a reasonable assessment of the potential outcome of adopting a restructuring plan with composition of debts.

Sammanfattning

Lagen (1996:723) om företagsrekonstruktion infördes med syftet att erbjuda ett alternativ till konkurs för de företag som i grunden är livskraftiga och har möjlighet att rekonstrueras för att fortsätta sin verksamhet. Lagstiftningen har dock inte varit en succé och kritiken mot förfarandet har i vissa avseenden varit omfattande. Bristen på transparens för borgenärer och enkelspårighet genom att endast oprioriterade borgenärer deltar i ett eventuellt offentligt ackord har bidragit till att förfarandet blivit impopulärt. Samtidigt har förfarandet också kritiserats för ovan nämnda enkelspårighet lett till att de oprioriterade borgenärerna får bära förfarandet på sina axlar genom att endast de påverkas av det offentliga ackordet.

Efter flera års arbete med att försöka harmonisera rekonstruktionsförfarandet på den inre marknaden trädde Europaparlamentets och Rådets direktiv (2019/1023/EU) ikraft i juni 2019. Direktivet innehåller för svenskt vidkommande ett antal nyheter. För det första kommer såväl borgenärer med förmånsrätt såväl som aktieägare kunna omfattas av offentligt ackord. För det andra ska borgenärerna beredas möjlighet att kunna rösta om den rekonstruktionsplan gäldenären lägger fram och för det tredje ska att klasser av borgenärer som röstar emot en föreslagen rekonstruktionsplan ändå ska kunna bindas av denna under vissa omständigheter. För att förhindra att borgenärsskyddet urholkas som en följd av dessa nya regler har EU föreslagit två alternativa prioriteringsregler för medlemsstaterna att ta ställning till och införliva. Regeln om absolut prioritet bygger på gängse förmånsrättslig ordning och regeln om relativ prioritet bygger på grundtanken att ackordsöverskottet i större utsträckning även ska nå aktörer som enligt sedvanlig förmånsrättslig ordning inte hade erhållit utdelning.

Uppsatsen syftar till att undersöka vilka frågeställningar lagstiftaren kommer att ställas inför vid implementering av direktivet och hur direktivet kan komma att implementeras avseende borgenärsskydd vid klassöverskridande tvångsackord.

Slutsatsen av undersökningen tyder på att lagstiftaren bör fokusera på att skapa förutsebarhet och insyn i förfarandet genom att välja den prioriteringsregel som i störst mån tillåter såväl gäldenär som borgenär att göra en rimlig värdering av ett eventuellt utfall av en företagsrekonstruktion med klassöverskridande tvångsackord.

Förord

Efter fyra och ett halvt års studier i Lund och ett halvår i Belgien avslutar jag med denna uppsats inte bara terminen, utan också ett kapitel i livet. Det har varit en omvälvande och lärorik resa. Nu står jag här redo att ta mig an vad än livet har i bakfickan.

För det första vill jag tacka min handledare Patrik Lindskoug. Tack för att du med din engagerade undervisning väckt mitt intresse för obeståndsrätten. Tack också för din handledning under terminens gång. Dina tips har varit ovärderliga, framförallt här i slutet på denna resa.

För det andra vill jag tacka alla mina vänner. Med er i bilden kommer jag minnas tiden i Lund som sehr gudfar och inte sehr muy mal.

Det sägs att alla goda ting är tre. Därför vill jag för det tredje tacka de som betytt allra mest, min familj. Tack till dig mamma för allt ditt stöd och för att du alltid trott på mig. Ditt stöd har varit ovärderligt. Tack också till er mormor och morfar för att ni alltid ställt upp oavsett vad. Utan ert stöd hade denna milstolpe inte betytt någonting.

Lund, den 24 maj 2020

Timothy Andersson

Förkortningar

APR	Absolute priority rule
BIT	Best interest of creditors test
EU	Europeiska Unionen
Dir.	Kommittédirektiv 2019:60
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
FRL	Förmånsrättslagen (1970:979)
FrekL	Lag (1996:763) om företagsrekonstruktion
Förinsolvensdirektivet	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2019/1023/EU av den 20 juni 2019
Kommissionen	Europeiska Kommissionen
Prop.	Proposition
RPR	Relative priority rule

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion har sedan införandet 1996 varit föremål för diskussion. 1992 lades det förslag som sedermera växte och ledde fram till den lagstiftning vi har idag.¹ I ett läge där antalet konkurser i Sverige uppgår till 6000-6500 konkurser per år är det av vikt att erbjuda livsdugliga företag en andra chans i syfte att minska antalet konkurser.²

I en marknadsekonomi är det dessutom väsentligt att det finns tillgång till effektiva insolvensförfaranden i syfte att förhindra värdeförstöring och förlust av arbetstillfällen. För borgenärer innebär ett ordnat insolvensförfarande att borgenärernas intressen kan tas tillvara på ett rättvist och transparent sätt med förutsebarhet som bieffekt. Ur ett gäldenärsperspektiv har det påpekats att tillgång till ett effektivt insolvensförfarande av stor vikt för att gynna företagande och tillväxt.³ Nyttan av ett effektivt rekonstruktionsförfarande kan tas längre än så, det ger hederliga företagare en andra chans att rädda sin livsdugliga verksamhet samtidigt som ett effektivt konkursförfarande innebär att oseriösa företagare som konkurrerar på oschyssta villkor trängs ut från marknaden.

Allteftersom harmoniseringen på den inre marknaden har ökat har det också sedan slutet av nittioalet pågått ett arbete på EU-nivå med att harmonisera insolvensrätten på den inre marknaden. Det arbetet ledde år 2002 fram till en ny förordning, insolvensförordningen, som berörde lagval och domsrätt på insolvensrättens ordning. Förordningen som sedan omarbetades 2015 innehåller inga ramverk för insolvensrättsliga förfaranden.

¹ SOU 1992:113.

² Karlsson-Tuula och Persson (2017) s. 17.

³ Kommissionens förslag COM (2016)723/F1 s. 6.

Ett år senare utfärdade EU-kommissionen ett förslag till direktiv på insolvensrättens område.⁴ Kommissionen motiverar förslaget till nytt direktiv med att direktivet behandlar ett antal nyckelhinder på den inre marknaden. De hinder kommissionen avser undanröja med hjälp av direktivet är: 1. Förlorade möjligheter och kostnader genererade av hinder för gränsöverskridande transaktioner, 2. Förlorade fördelar och ytterligare kostnader för borgenärer och gäldenärer kopplade till likvidation av livskraftiga företag och 3. Förlorade möjligheter och ökade kostnader för fysiska personer kopplade till ineffektiva insolvensförfaranden i förhållande till möjligheten till en andra chans.⁵

I juni 2019 trädde förinsolvensdirektivet i kraft.⁶ För svensk del innehåller direktivet en rad nyheter. Två för svenskt vidkommande väsentliga förändringar är införandet av juridiskt bindande rekonstruktionsplaner, som borgenärerna dessutom får möjlighet att rösta om och möjligheten till klassöverskridande tvångsackord. Det klassöverskridande tvångsackordet kännetecknas av indelning av borgenärer i klasser utifrån intressen vissa borgenärer har gemensamt. Tanken är att alla borgenärer med rättigheter som är väsentligt lika också behandlas lika. En annan komponent i det klassöverskridande tvångsackordet bygger på möjligheten att göra en rekonstruktionsplan bindande även mot en borgenärsklass där majoritet för antagande av rekonstruktionsplanen saknas.⁷ En sådan ordning är ny i de flesta europeiska länder, Sverige inkluderat.⁸ Implementering av förinsolvensdirektivet kommer därför att kräva en översyn av nuvarande rekonstruktionslagstiftning för att säkerställa att borgenärsskyddet är starkt nog 2021 när implementeringsperioden går ut.

⁴ Europeiska kommissionen, SWD (2016)358

⁵ Ibid.

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1023 av den 20 juni 2019 om ramverk för förebyggande rekonstruktion, om skuldavskrivning och näringsförbud och om åtgärder för att göra förfaranden rörande rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning effektivare samt om ändring av direktiv (EU) 2017/1132 PE/93/2018/REV/1 EUT L 172, 26.6.2019, s. 18–55.

⁷ Se skäl 53 förinsolvensdirektivet.

⁸ Mennens, (2019).

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka hur borgenärens ställning vid företagsrekonstruktion kommer se ut efter implementering av förinsolvensdirektivet. Undersökningen tar sikte på den situation som uppstår då en borgenärsfordran skrivs ner inom ramen för ett offentligt ackord. Mer specifikt är syftet att belysa de problem lagstiftaren kommer att ställas inför med hänsyn till de regler om bindande rekonstruktionsplaner och klassöverskridande tvångsackord som föreskrivs i art. 8-11 i förinsolvensdirektivet.

För att uppnå syftet kommer följande frågor att ställas:

1. Hur stort inflytande ger FrekL borgenärer att påverka rekonstruktionsförfarandet i förhållande till förinsolvensdirektivet?
2. Hur förhåller sig de borgenärsskyddsregler förinsolvensdirektivet anger till borgenärsskyddsreglerna vid offentligt ackord enligt FrekL?
3. Hur ska en borgenär som har en fordran som det endast delvis finns säkerhet för behandlas vid klassindelning enligt förinsolvensdirektivet?

1.3 Metod

1.3.1 Rättsdogmatisk metod

I uppsatsen kommer jag att utreda förinsolvensdirektivets inflytande på svensk rätt i den mån det påverkar ackordsförfarandet och befintliga borgenärsskyddsregler i svensk rätt. För att förstå förinsolvensdirektivets förhållande till svensk lagstiftning är det nödvändigt att de lege lata utreda hur borgenärsskyddet ser ut vid offentligt ackord i svensk rätt. För den utredningen kommer rättsdogmatisk metod att användas. Eftersom uppsatsen inte enbart behandlar svensk rätt kommer rättsdogmatisk metod inte kunna

användas för uppsatsens alla delar. Lagen om företagsrekonstruktion är en ramlag. Det för med sig att lagtexten är vagt formulerad. Även om hänsyn i första hand ska tas till lagtexten, är det för fördjupad förståelse även nödvändigt att behandla förarbeten, praxis och doktrin.

Rättsdogmatisk metod innebär att gällande rätt utreds utifrån lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. Dessa fyra rättskällor ställs upp i en hierarkisk ordning. Lagtext har högst auktoritet följt av förarbeten och praxis. Dessa tre rättskällor anses ha formell auktoritet.⁹ Aleksander Peczenik har delat upp rättskällor i tre kategorier. Rättskällor som *ska* beaktas, *bör* beaktas och *får* beaktas.¹⁰ I denna uppdelning utgör lagtext en rättskälla som ska beaktas, förarbeten och praxis bör beaktas och doktrin får beaktas.¹¹ Peczenik betonar att en sådan uppdelning är nödvändig för att bedöma kraften i den juridiska argumentation som förs. Den rättsdogmatiska metoden är lämplig att använda vid besvarandet av den första frågan då rätten de lege lata ska fastställas. Det bör påpekas att lagen om företagsrekonstruktion till sin karaktär kräver tolkning av andra rättskällor än lagtexten då lagen är en ramlag. Av den anledningen har stor vikt lagts vid framförallt förarbeten.

Det ska nämnas att förinsolvensdirektivets betydelse för svensk rätt behandlats sparsamt nationellt. Det har därför varit av vikt att även behandla de remissvar avseende 2016 års förslag till förinsolvensdirektiv. Det ska sägas att dessa inte kan tillerkännas något rättskällevärde. Dessa remissvar får istället bedömas utifrån styrkan av den argumentation som förs.¹²

I uppsatsen förekommer ett visst mått av komparation. De länder vars rekonstruktionsförfaranden kommer tas upp är USA, Tyskland och Storbritannien. Detta har varit oundvikligt för att peka på de problem lagstiftaren kommer att ställas inför under implementeringsuppdragets gång. En problematik som går att lyfta i det fall utländska rättsordningar studeras

⁹ Kleineman (2018) s. 21.

¹⁰ Peczenik (1995), s. 213 ff.

¹¹ Peczenik (1995) s. 214 ff.

¹² Kleineman (2018) s. 28.

är skillnader i rättssystematik. Det måste vid granskning av exempelvis amerikanskt eller brittiskt material beaktas att dessa visserligen språkligt lättillgängliga rättsordningar skiljer sig väsentligen från svensk rätt på grund av skillnader i rättssystem. Det har därför vid behandling av amerikanskt och brittiskt material beaktats hur common law skiljer sig från den svenska rättsordningen.¹³ Kleineman beskriver case-metoder som lämpliga för de fall regelrätta komparationer görs. Sådana regelrätta komparationer där frågan hur olika rättssystem löst ett visst problem görs dock inte i uppsatsen varför en komparativ metod inte fullt ut tillämpats.¹⁴ Även om sådana regelrätta komparationer inte förekommer i uppsatsen används exempel för att illustrera tillämpningen av ett ackord enligt såväl förinsolvensdirektivet som FrekL. Eftersom antalet möjliga konstellationer av klassindelning är mycket stort och antalet olika situationer som såväl befintligt svensk lagstiftning och det nya förinsolvensdirektivet ska tillämpas på är mycket stort, har det varit nödvändigt att utgå från ett förenklat scenario. De scenarion som används bygger distinktion mellan prioriterade borgenärer, oprioriterade borgenärer och ägare.

1.3.2 EU-rättslig metod

Eftersom arbetet till stor del bygger på Förinsolvensdirektivet har det varit nödvändigt att använda EU-rättslig metod för att förstå hur direktivartiklarna ska tolkas i ljuset av direktivets bakomliggande syfte. EU-rätten kan betraktas som en självständig rättsordning med sin egen karaktär och som därför kräver en annan bearbetningsmetod än den som redogjorts för ovan. På samma sätt som det inte endast finns en metod att tillämpa i svensk rätt, finns inte heller endast ett sätt att bearbeta EU-rätt.¹⁵

Jag kommer här skilja på *bindande rättskällor* och *icke-bindande rättskällor*. Bindande rättskällor består i sig av två huvudkategorier, primärrätt och

¹³ Kleineman (2018) s. 41. f.

¹⁴ Ibid. s. 43.

¹⁵ Reichel (2018) s. 109.

bindande sekundärrätt. Primärrätten utgörs av Fördraget om Europeiska Unionen (FEU) och Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF). Primärrätten är som namnet antyder den överordnade rättskällan inom unionen. Anledningen är medlemsstaternas skapande av EU genom primärrätten. Denna måste därför ges en mycket hög grad av politisk och demokratisk legitimitet.¹⁶

I primärrätten återfinner vi också beskrivet de rättsakter som utgör den bindande sekundärrätten. I art. 288 FEUF återfinns dessa bindande rättsakter som utfärdas av EU:s institutioner. Dessa utgörs av förordningar, direktiv och beslut. Arbetet kommer främst att behandla Förinsolvensdirektivet men även Insolvensförordningen kommer till viss del att behandlas. Direktiv och förordningar skiljer sig i tillämplighet och teknik trots att de båda utgör bindande sekundärrätt. I detta kommer principen om direkt effekt in. Principen som härstammar från rättsfallet Van Gend & Loos¹⁷ innebär att det i vissa fall är möjligt att åberopa en europeisk bestämmelse direkt i en nationell eller en europeisk domstol. Förordningar har i regel alltid fullständig direkt effekt, dvs förordningar kan åberopas i nationell domstol såväl vertikalt som horisontellt, detta följer direkt av art. 288 som stadgar att förordningar är direkt tillämpbara i medlemsstaterna. Direktiv är däremot annorlunda. Genom direktiv kommunicerar EU ett angivet resultat som ska uppnås inom en viss tidsperiod. Medlemsstaterna får i detta bestämma såväl form som tillvägagångssätt för införlivandet i nationell rätt.¹⁸ Det bör nämnas att det direktiv som ligger till grund för uppsatsen ännu inte införlivats i svensk rätt. Förinsolvensdirektivet trädde ikraft i juni 2019 och har en införlivandeperiod på 2+1 år.¹⁹ Direktivet får rättsverkningar först när direktivet införlivats i svensk rätt. Det bör dock påtalas att direktivet har viss rättslig effekt redan under införlivandeperioden. I rättsfallet Inter-Environnement Wallonie förklarade EU-domstolen att medlemsstater under införlivandeperioden måste avhålla sig från att vidta åtgärder som direkt strider mot direktivets

¹⁶ Hettne och Otken Eriksson, (2011) s. 42.

¹⁷ Domstolens dom av den 5 februari 1963. Mål C-26/62.

¹⁸ Hettne och Otken Eriksson (2011) s. 178.

¹⁹ Se art. 34 förinsolvensdirektivet.

syfte.²⁰ Detta torde dock inte utgöra något problem för tolkningen av direktivets bestämmelser i förhållande till svensk rätt.

Inom ramen för den EU-rättsliga metoden är det även av vikt att säga något om vilket värde som kan tillmätas så kallad ”soft law”. Soft law benämns normalt sätt som riktlinjer, vägledningar eller meddelanden.²¹ Jag gör därför bedömningen att de rapporter som legat till grund för förinsolvensdirektivet i sin helhet och borgenärsskyddsreglerna specifikt inte ska tillmätas något rättskällevärde i sig. Istället har jag arbetat för att i den mån det är möjligt läsa rapporterna i ljuset av direktivtexten som är en del av den bindande sekundärrätten. Rapporterna har därför tillmätts betydelse i den mån det har varit tydligt att de legat till grund för den slutliga direktivtexten.

Vad som i övrigt gäller för de artiklar (doktrin) på området jag använt mig av måste hänsyn tas till att distinktionen mellan de lege lata och de lege ferenda i viss mån kan vara svår att utläsa.²² Jag tolkar doktrinens status som att de ska läsas i ljuset av författarens ställning. Bernitz framhåller i detta avseende att doktrin i huvudsak tillmätts särskilt intresse i den mån den författats av exempelvis domare i EU-domstolen och tribunalen. Sådana överväganden har därför gjorts vid bedömningen av de artiklar som presenteras i uppsatsen.²³

1.3.3 Material

Vid behandling av direktivet har det varit nödvändigt att behandla utländska artiklar. Även för den del direktivet behandlas har artiklar skrivna av amerikanska rättsvetare behandlats. Som tidigare påpekat har doktrin mycket begränsad status som rättskälla inom EU-rätten. Särskilt inte doktrin skriven av professorer utanför EU. Jag har dock ansett det nödvändigt att behandla dessa artiklar på grund av den tydliga koppling direktivet har till det

²⁰ Mål C-129/96 Inter-Environnement Wallonie p. 45.

²¹ Bernitz (2016) s. 201.

²² Jfr Bernitz (2016) s. 209.

²³ Ibid s. 210.

amerikanska Chapter 11 förfarandet. En tydlig försiktighet har dock iakttagits vid behandlingen av dessa källor. EU-rätten skiljer sig tydligt från amerikansk rätt och den diskussion som förts i amerikansk doktrin har mycket begränsat värde för tolkningen av EU-rätten i detta avseende. Det ska dock påtalas att författarna av de rapporter som kommissionen beställt flitigt hänvisar till amerikanska artiklar och amerikanska principer när författarna sammanfattar sina resultat och ger förslag till kommissionen. Detta är främst tydligt i den rapport som sedermera ledde till införandet av den relativa prioritetsregeln i direktivet.²⁴

1.4 Avgränsningar

I den mån uppsatsen behandlar FrekL kommer endast de delar som är relevanta för uppsatsens frågeställningar behandlas i detalj. Det vill säga att uppsatsens fokus kommer ligga på de delar av relevant lagstiftning som direkt berör borgenärernas ställning i rekonstruktionsförfarandet. Stort fokus riktas mot reglerna om offentligt ackord. Regler om aktieägarnas roll i förfarandet berörs därför inte närmare annat än då det är nödvändigt för att förstå de borgenärsskyddsregler som finns i såväl svensk lagstiftning som i förinsolvensdirektivet. Inte heller kommer ekonomiska teorier kring värderingsmetoder behandlas i någon större utsträckning än att dess vara eller icke vara påverkar förutsebarheten och rättssäkerheten för de borgenärer som omfattas av det offentliga ackordet.

Det finns många frågor som kommer behöva utredas kopplat till implementeringen av förinsolvensdirektivet i svensk rätt. Denna uppsats kommer ha ett tydligt borgenärsinriktat fokus. Det betyder att exempelvis frågor om aktieägarnas ställning inte kommer att beröras mer än kortfattat i den mån det är nödvändigt för att beskriva borgenärsförhållanden i rekonstruktionsförfarandet. Inte heller kommer frågor om arbetstgares ställning till följd av förinsolvensdirektivet beaktas i det fortsatta.

²⁴ Se också sista stycket i avsnitt 1.3.2.

En intressant diskussion som bör beaktas vid implementering av direktivet, men som inte fått utrymme inom ramen för denna uppsats är frågan om distinktionen mellan ett rent insolvensförfarande och ett förinsolvensförfarande. Grunden för diskussionen ligger i det gängse namn direktivet fått, förinsolvensdirektivet. Med tanke på att diskussionen faller utanför uppsatsens ram har jag inte diskuterat vilken betydelse en sådan diskussion ska få för valet mellan regeln om absolut prioritet och regeln om relativ prioritet.

1.5 Disposition

De första avsnitten bygger på utvecklingen av svensk rätt på området för företagsrekonstruktion. I kapitel 2 diskuteras företagsrekonstruktion i svensk rätt. En kort bakgrund ges tillsammans med en kort genomgång av huvuddragen i FrekL. Därefter diskuteras borgenärsskyddet i FrekL. Kapitlet avslutas med en kort sammanfattande analys. I kapitel 3 presenteras förinsolvensdirektivet. Kapitlet inleds med en redogörelse för bakgrund och syfte. Därefter presenteras huvuddragen i förinsolvensdirektivet följt av svenska iakttagelser i förhållande till förinsolvensdirektivet. I kapitel 4 presenteras de huvudsakliga mekanismer som utgör rekonstruktionsförfarandet i direktivet. Därefter presenteras de borgenärsskyddsregler medlemsstaterna har att ta ställning till. Kapitlet avslutas med två tillämpningsexempel. I kapitel 5 ges en kort internationell utblick. Kapitlet ska läsas i ljuset av kapitel 4 och syftar till att sätta förinsolvensdirektivets regler i kontext mot befintliga regler i andra jurisdiktioner.

2 Företagsrekonstruktion i svensk rätt

2.1 Bakgrund

Företagsrekonstruktion i sin nuvarande form är ett relativt nytt förfarande i svensk rätt. Arbetet med att ta fram en ny lag om företagsrekonstruktion påbörjades på allvar under tidigt 1990-tal. Under 1990-talet genomled Sverige en svår finanskris och antalet konkurser under 1992 var 21 219, att jämföra med 5 892 sju år tidigare.²⁵

Överenskommelser mellan gäldenärer och borgenärer om att en del av gäldenärens skulder ska skrivas ned är dock ingen ny företeelse i svensk rätt. En sådan överenskommelse kallas ackord och delas in i offentligt ackord och underhandsackord. Skillnaden mellan offentligt ackord och underhandsackord är att det offentliga ackordet fastställs av domstol i ett formellt förfarande. Offentligt ackord har funnits lagreglerat i Sverige sedan 1921 då lagen (1921:227) om ackordsförhandling utan konkurs infördes.

Under slutet av 1970-talet lades ett förslag till en ny lag om betalningsinställelse.²⁶ Syftet var att förbättra möjligheten att rekonstruera företag som befann sig på obestånd. Detta lagförslag kom dock aldrig att träda ikraft.²⁷ Istället skulle det dröja till 1985 innan behovet att ett rekonstruktionsförfarande återigen skulle utredas. Detta gjordes 1985 av Statens Industriverk.²⁸ Rapporten som lämnades av Statens Industriverk gav ett tidigt uttryck för möjligheten till en andra chans för företagare i ekonomiska svårigheter. Dessutom såg man möjligheten att ett sådant regelverk, som inte avslutas med likvidation, hade potential att förhindra stora kapitalförluster för bland annat leverantörer och borgenärer med andra intressen i gäldenärsföretaget.²⁹ Inte heller denna rapport ledde till något

²⁵ Karlsson-Tuula och Persson (2017) s. 17.

²⁶ DS 1979:7 *Betalningsinställelse och rådrumsstöd*.

²⁷ Karlsson Tuula och Persson, (2017) s. 27.

²⁸ SIND 1985:7 s. 161. Se också Karlsson Tuula och Persson (2017) s. 27.

²⁹ Karlsson-Tuula och Persson (2017) s. 27.

lagförslag. Ytterligare tre år senare kom ett direktiv³⁰ som sedermera kom att mynna ut i ett första förslag till lag om företagsrekonstruktion 1992.

2.2 Syftet med företagsrekonstruktion

Som nämnt ovan arbetades lagen om företagsrekonstruktion fram under en tid då Sverige befann sig i finansiell kris. Under 1990-talet såg Sverige en kraftig ökning av antalet företagskonkurser. Ser vi till de senaste åren har antalet företagskonkurser legat relativt stabilt. 2018 försattes 7223 företag i konkurs. Antalet innebar en ökning med 13% jämfört med 2017. Samtidigt var antalet offentliga ackord under 2018 endast 140. En minskning med 11 offentliga ackord sedan 2017.³¹ Det har tidigare påpekats att det är få länder som har så många företagskonkurser i förhållande till befolkningmängden. Vid en jämförelse med Tyskland blir detta särskilt tydligt. 2013 försattes 8015 företag i konkurs i Sverige. I Tyskland var motsvarande siffra 26 120 företagskonkurser fördelat på 82 miljoner invånare. Detta kan jämföras med Sveriges fördelningstal på 10 miljoner invånare. Även om antalet konkurser minskat kraftigt sedan 1990-talet ligger de alltså kvar på en förhållandevis hög nivå.³²

År 1995 kom regeringens proposition till en särskild lag om företagsrekonstruktion. Syftet var enligt regeringen att företag som bedöms vara livsdugliga ska få möjlighet att utan konkurs fortsätta sin verksamhet.³³

Vidare anförde regeringen att en förutsättning för ett konkurrenskraftigt näringsliv är att företagen som utgör det samlade näringslivet också kan utvecklas och anpassa sig till förändringar och nya förutsättningar, såväl

³⁰ Dir. 1988:52. Utredning av vissa konkursrättsliga frågor.

³¹ Tillväxtanalys, *Konkurser och offentliga ackord 2018*.

<https://www.tillvaxtanalys.se/publikationer/statistik/statistikserien/2019-03-28-konkurser-och-offentliga-ackord-2018.html>. Det bör noteras att även enskilda näringsidkare räknas med i statistiken.

³² Se Karlsson-Tuula och Persson (2017) s. 19.

³³ Prop. 1995/96:5 s. 53.

nationellt som internationellt. Det innebär att företag som har en stark ställning på marknaden kan behöva rekonstrueras för att fortsätta sin verksamhet.³⁴

Vid tidpunkten för FrekL:s införande fanns två formella insolvensförfaranden, konkurs och offentligt ackord. Regeringen konstaterade att det är en förutsättning att icke-bärkraftiga företag också avvecklas under ordnade förhållanden i syfte att förhindra en snedvriden konkurrens på den marknad där företaget i fråga är aktivt. Konkurs som förfarande är dock mycket ingripande och innebär att företaget förlorar rådigheten över sina tillgångar, samtidigt som tillgångar säljs av och influtna medel delas ut till företagets borgenärer.³⁵ Alternativet till konkurs var vid tidpunkten offentligt ackord. Antalet offentliga ackord under 1990-talets finanskris var dock mycket lågt. År 1993 uppgick antalet företagskonkurser till 18 731 och antalet förhandlingar om offentligt ackord till låga 68 förhandlingar.³⁶

2.3 Perspektiv på företagsrekonstruktion

När nyttan av ett rekonstruktionsförfarande i förhållande till ett konkursförfarande diskuteras är det tre perspektiv som får ta plats i diskussionen, borgenärsperspektivet, gäldenärsperspektivet och samhällsperspektivet. Inget av perspektiven står ensamt i FrekL. Istället bygger lagstiftningen på en sammanvägning av intressen som påverkas vid tillämpning av rekonstruktionslagstiftningen.

³⁴ Prop. 1995/96:5 s. 53.

³⁵ Ibid. Se också 3 kap. 1 § Konkurslagen.

³⁶ Prop. 1995/96:5 s. 53. Det bör nämnas att statistiken inte ger någon bild av hur många underhandsackord som genomförts under tidsperioden.

2.3.1 Borgenärsperspektivet i FrekL

Borgenärsperspektivet bygger på att borgenärerna ska få betalt på lika villkor, det vill säga det exekutiva förfarandet. När borgenärerna inte kan tillgodoses fullt ut ska likhetsprincipen gälla. Principen innebär att borgenärerna bär förlusten proportionerligt utifrån storleken på den fordran borgenären har gentemot gäldenären.³⁷ Det är ur borgenärssynpunkt viktigt att enskilda borgenärers ställning inte försämras under rekonstruktionsförfarandet.³⁸ Regler i FrekL som demonstrerar borgenärsinriktning utgörs av regler om borgenärskommittéer och hur rekonstruktören har en skyldighet att bedöma eventuella risker för att enskilda borgenärers ställning försvagas.³⁹ Det bör dock poängteras att det är svårt att påstå att en lagstiftning är specifikt borgenärsvänlig eller gäldenärsvänlig. Rekonstruktionslagstiftningen är som tidigare påpekat en ramlagstiftning som ska gå att applicera på vitt skilda förhållanden. Precis som förutsättningar för gäldenärer att genomgå en företagsrekonstruktion kan variera, finns skillnader mellan borgenärer som gör det svårt att tala om borgenärskollektivet som en grupp med likartade intressen och förutsättningar och som på lika sätt skyddas av de regler som finns i FrekL.⁴⁰

2.3.2 Det samhällsinriktade perspektivet i FrekL

Det samhällsinriktade perspektivet sätter istället samhällsekonomin, sysselsättning och företagsamhet i centrum. Enligt Karlsson-Tuula m.fl. har det samhällsinriktade perspektivet fått ett uppsving de senaste åren. Det har blivit viktigt att inte enbart tillgodose borgenärer utan också väga in bland annat arbetsmarknadsproblem när lagstiftningen utformas. Det ligger i linje med kommissionens rapport om att 1,7 miljoner arbetstillfällen går förlorade varje år inom EU på grund av företag som likvideras genom

³⁷ Karlsson-Tuula och Persson (2017) s. 33.

³⁸ Ibid. s. 36. Jfr även diskussion under 2.6.2 och 4.2.2 om behandling av borgenärer med dubbla intressen. För resonemang kring detta se även Tollenaar (2019).

³⁹ SOU 2010:2 s. 76 f.

⁴⁰ Jfr. resonemang i Karlsson-Tuula och Persson (2017) s. 29.

konkursförfarande.⁴¹ Det gäldenärsinriktade perspektivet har i svensk rätt i huvudsak fått ge vika för borgenärsperspektivet och samhällsperspektivet. Perspektivet har sedan länge funnits i amerikansk rätt, främst i det som kallas för Chapter 11 förfarande.⁴²

2.3.3 Det gäldenärsinriktade perspektivet i FrekL

Det gäldenärsinriktade perspektivet har främst fått plats i svensk rätt genom att gäldenären får behålla rådigheten över sina tillgångar under förfarandet, 2 kap. 15 § FrekL. Ett annat exempel på gäldenärsperspektiv i svensk rätt är det faktum att en borgenärs ansökan om att gäldenären ska inleda företagsrekonstruktion kan bestridas av gäldenären med effekten att borgenärens ansökan förfaller, 2 kap. 9§ 2st FrekL.⁴³

2.4 Huvuddrag i lagen om företagsrekonstruktion.

FrekL riktar sig till företag där det finns en reell livskraft med en affärsidé som på sikt kan leda till att verksamheten kan fortsätta bedrivas.⁴⁴ Ett annat syfte som lyftes av regeringen var att företagsrekonstruktion skulle kunna användas när det är svårt att avgöra hur stora svårigheter gäldenärsföretaget har. Som exempel anges när en borgenär har säkerhet i form av ett företagshypotek och det är svårt att avgöra värdet på de tillgångar som ingår i hypoteksunderlaget.⁴⁵

Enligt regeringen fanns vid tillfället fyra starka skäl till att lagstiftaren skulle tillhandahålla ett insolvensförfarande som inte slutar med likvidation av företaget. Regeringen diskuterade det samhällsekonomiska perspektivet och konstaterar att det kan vara viktigt företag i kris får möjlighet att

⁴¹ Karlsson-Tuula och Persson (2017) s. 34.

⁴² Ibid.

⁴³ Se också Karlsson-Tuula och Persson (2017) s. 39.

⁴⁴ Prop 1995/96:5 s. 54.

⁴⁵ Ibid.

omstruktureras i ett tidigt skede i syfte att förhindra att företagets tillgångar måste realiseras. Regeringen anförde för det första att en sådan realisation av tillgångar alltid medför risk för kapitalförstöring.⁴⁶ Det innebär i korthet att värdet som utvinns ur en konkurs, vid exempelvis realisation av tillgångar, understiger värdet av att fortsätta bedriva verksamhet. Följaktligen innebär det att borgenärer inte får utdelning i den utsträckning de hade kunnat få om bolaget omstrukturerats och driften fortsatt.

För det andra anförde regeringen att reglerna som finns i konkurslagen medför att förfarandet blir långdraget och komplicerat, vilket kan medföra stora kostnader för konkursboet. Ett rekonstruktionsförfarande saknar dessa regler, vilket i teorin medför att förfarandet blir mer flexibelt, enklare och snabbare.⁴⁷

För det tredje menade regeringen i propositionen att konkursinstitutet som rekonstruktionsverktyg är bristfälligt eftersom utgångspunkten vid konkurs är att verksamheten ska likvideras och sedermera upphöra. Lagstiftningen är utformad utifrån den premissen. En rekonstruktionslagstiftning har en motsatt utgångspunkt, företaget ska överleva och kunna drivas vidare i en lönsam verksamhet.

Den fjärde punkten knyter till viss del an till den tredje punkten. Regeringen skrev i propositionen att en del av de rekonstruktioner som skett genom konkurs kommit att uppfattas som stötande. Regeringen benämnde dessa som ”bekvämlighetskonkurser”. Med det menas situationer där det kan finnas fördelar för ett insolvent aktiebolag att gå i konkurs trots att ambitionen är att verksamheten ska fortsätta i någon form. Konkursförvaltaren kan då anlita ställföreträdaren för företaget att driva verksamheten under konkursförfarandet. Ställföreträdaren köper sedan inkråmet i konkursboet och fortsätter den verksamheten i det nya aktiebolaget.⁴⁸ Konsekvensen blir

⁴⁶ Prop. 1995/96 s. 54.

⁴⁷ Ibid s. 55.

⁴⁸ Prop. 1995/96:5 s. 55.

att företaget kan fortsätta sin verksamhet utan att de gamla skulderna lastar den nya verksamheten. Det är ett sätt att utnyttja konkursreglerna och bli av med framförallt leverantörsskulder då leverantörernas fordringar inte sällan är oprioriterade, dessa får då med största sannolikhet inte utdelning i konkursen.⁴⁹ Samtidigt är det ett smidigt sätt att bli av med anställda, ett givet problem ur ett samhällsperspektiv. Det är dock viktigt att påpeka att det är oklart hur många som återfår sin anställning i det nya företaget.

2.5 Lagens tillämplighet

2.5.1 Inledande av företagsrekonstruktion

Lagen om företagsrekonstruktion är en ramlagstiftning. Det innebär att det endast övergripande framgår hur lagen ska tillämpas och hur en rekonstruktion ska genomföras. Lagen ger gäldenären och rekonstruktören frihet att utforma rekonstruktionen på ett sätt som de tror främjar företagets fortlevnad.

Trots att FrekL är en ramlag ställs vissa krav på gäldenären upp för att gäldenären ska bli föremål för företagsrekonstruktion. FrekL ställer upp tre huvudsakliga krav. Gäldenären ska (1.) Vara en näringsidkare som (2.) Har betalningssvårigheter och (3.) Fått beslut av domstol att få lov att inleda en företagsrekonstruktion.⁵⁰ Eftersom FrekL endast är en ramlag finns i lagstiftningen ingen vägledning kring hur förfarandet ska ske. Som ovan nämnt ger det gäldenären flexibilitet i förfarandet.

FrekL möjliggör för gäldenären att i ett tidigare skede ansöka om inledande av ett insolvensförfarande än konkurslagen gör. Till skillnad från konkurslagen ställer FrekL i 2. Kap. 6 § upp kravet att gäldenären är illikvid eller inom en snar framtid kan antas bli illikvid. För att konkurs ska inledas krävs det att likviditetskrisen i företaget är än djupare. Av 1 kap. 2§ KonkL

⁴⁹ Prop. 1995/96:5 s. 55.

⁵⁰ Se 1 kap. 1§ FrekL.

framgår att en gäldenär ska vara insolvent för att ett konkursförfarande ska inledas. Det innebär i korthet att gäldenären inte kan betala sina skulder allt eftersom de förfaller och att oförmågan inte är tillfällig.

Vidare framgår det av 2 kap 6. FrekL att beslut om företagsrekonstruktion inte får beviljas om det saknas *skälig* anledning att anta att syftet med företagsrekonstruktion kan uppnås. Syftet med en sådan reglering är att en gäldenär inte ska kunna ansöka om företagsrekonstruktion endast med syftet att aktivera 2 kap. 17§ FrekL som stadgar att sådana exekutiva åtgärder som följer av utsökningsbalken inte får vidtas.⁵¹ Bedömningen ska alltså göras genom att utreda om det finns objektiva förutsättningar för att bevilja företagsrekonstruktion och om gäldenären har avsikt och förmåga att fullfölja förfarandet.⁵² Detta lågt ställda krav på gäldenären har kritiserats i doktrin. Karlsson-Tuula och Persson menar att det i verkligheten beviljas fler företagsrekonstruktioner än det finns fog för.⁵³ Problemet enligt Karlsson-Tuula och Persson är att risken dels som ovan konstaterat missbrukas av gäldenärer som söker få betalningsanstånd och dels att företagsrekonstruktionsförfarandet förlorar förtroende hos såväl gäldenärer som borgenärer eftersom risken är att företagsrekonstruktion beviljas trots att de faktiska möjligheterna till framgång är mycket låga.⁵⁴ Detta problem har även diskuterats i Entreprenörskapsutredningen från 2016.⁵⁵ Ungefär 75% av alla företagsrekonstruktioner som inleds, gör det utan att det finns fog för det.⁵⁶

⁵¹ Jfr. exempelvis 4. Kap Utsökningsbalken.

⁵² Prop. 1995/96:5 s. 60 ff.

⁵³ Karlsson-Tuula och Persson (2017) s. 67.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ SOU 2016:72 del 2 s. 164.

⁵⁶ Ibid s. 165.

2.5.2 Rekonstruktionsplanen

Av 2 kap. 12§ FrekL framgår att rekonstruktören ska upprätta en rekonstruktionsplan. Planen ska visa hur företagsrekonstruktionen ska gå till och hur syftet med företagsrekonstruktionen ska uppnås. I svensk rätt finns ej en detaljerad redogörelse i lagstiftning eller förarbeten för vad en rekonstruktionsplan ska innehålla. Det har av lagstiftaren uttalats att en rekonstruktionsplan i vart fall bör innehålla en kartläggning av företagets ekonomi tillsammans med en redogörelse kring vilka åtgärder som bör vidtas för att gäldenärsföretag återigen ska bli lönsamt.⁵⁷ I svensk finns inga regler kring exakt vilken funktion rekonstruktionsplanen har i förfarandet. Av förarbetena framgår endast att syftet med rekonstruktionsplanen är att rekonstruktionsarbetet har en tydlig riktning för att rekonstruktionen ska genomföras så fort som möjligt och utan att processen blir onödigt dyr. Det framförs även att lagstiftning innehåller krav på vad rekonstruktionsplanen ska innehålla per automatik blir mindre flexibel då planen inte är väl anpassad till de förutsättningar som gäller i det specifika fallet. Exempelvis är det enligt lagstiftaren irrelevant att ett företag som endast lider av överskuldssättning innehåller mer än enbart ett förslag till ackordsförhandling. Det skulle enligt lagstiftaren innebära en fördyrning och förhalning av processen om exempelvis marknadsanalyser ska beställas, produktionsplaner förändras etc. när problemet i grunden är ett annat.⁵⁸

Ytterligare ett argument som framförs är att risken att processen blir långdragen och onödigt dyr ytterligare ökar med krav på att rekonstruktionsplanen måste godkännas av hela borgenärskollektivet eller åtminstone en viss majoritet av borgenärerna.⁵⁹ Det bör härtill tilläggas att ett borgenärskollektiv inte nödvändigtvis har intressen som överensstämmer med varandra. Det är rimligt att anta att gäldenärens leverantörer, som med största sannolikhet inte har säkerhet för sina fordringar, är mer intresserade

⁵⁷ Prop. 1995/96:5 s. 186.

⁵⁸ Ibid s. 113.

⁵⁹ Prop. 1995/96:5 s. 113.

av att verksamheten drivs vidare än ett finansiellt institut som sannolikt har förmånsrätt vid en eventuell konkurs. Ett system där borgenärerna ska anta en rekonstruktionsplan finns dock i andra länder, vilket kommer att diskuteras nedan.⁶⁰

Rekonstruktionsplanens förhållande till 2 kap. 3 § 3p. FrekL och till 2 kap. 13§ FrekL är något oklar. Av 2 kap. 3§ 3p. FrekL framgår att uppgifter om gäldenärens ekonomi, hur verksamheten ska bedrivas i framtiden och hur gäldenären planerar nå en överenskommelse med borgenärerna ska finnas med i ansökan till behörig domstol. I förarbetena benämns detta som en ”preliminär plan”.⁶¹

Förutom att borgenärerna inte behöver anta rekonstruktionsplanen finns heller inga regler om att rekonstruktionsplanen ska fastställas av domstol. Förutom det genom propositionen löpande argumentet att en sådan reglering skulle fördyra och förhala processen har det angetts att en ordning där rekonstruktionsplanen måste fastställas inte är nödvändig med hänsyn till att det redan krävs enighet mellan gäldenären och borgenärerna för att företagsrekonstruktionen över huvud taget ska kunna genomföras enligt rekonstruktionen. Ytterligare ett skäl är enligt lagstiftaren att borgenärernas rätt inte inskränks genom rekonstruktionsplanen, utan istället av det offentliga ackordet. Av 3 kap. 23§ FrekL framgår att borgenärerna får rösta om det offentliga ackordet.

Enligt mig finns det brister i den argumentationslinjen. Även om det stämmer att den direkta inskränkningen av borgenärernas rätt sker i det offentliga ackordet, kan rekonstruktionsplanen ändå ha en roll att spela i sannolikheten för rekonstruktionen att lyckas. Baserat på antagandet att en rekonstruktion från borgenärernas sida är en satsning på att rekonstruktionen lyckas, borde det ligga i borgenärernas intresse att ha inflytande i rekonstruktionsplanens innehåll. Ser man till det faktum att borgenärerna enligt 2 kap. 16§ FrekL vid

⁶⁰ Se kap. 5.

⁶¹ Prop. 1995/96 s. 113.

borgenärssammanträdet ska beredas möjlighet att yttra sig om förfarandet ska fortsätta eller ej ser jag det som motsägelsefullt att samma borgenärer saknar möjlighet att rösta om rekonstruktionsplanen och dess innehåll. Särskilt motsägelsefullt blir det med tanke på att det i svensk lag inte ställs upp några krav på att rekonstruktionsplanen ska vara komplett när förfarandet inleds. Innebörden av det riskerar bli att den bild som borgenärerna ges vid borgenärssammanträdet inte i tillräcklig grad motsvarar verkligheten. Följden av det riskerar att bli att borgenärerna saknar tillräckligt underlag för att kunna ta ställning till rekonstruktionsförfarandets fortsättande.⁶² Av den anledningen instämmer jag med Karlsson-Tuula och Persson i frågan om rekonstruktionsplanens fastställande. Det vore ur ett borgenärsperspektiv önskvärt att lagstiftaren förtydligade lagstiftningen på ett sätt som ställer ökade krav på transparens från rekonstruktören och gäldenärens sida. Karlsson-Tuula och Persson påpekar dock att det måste beaktas att framtagandet av en kvalitativ rekonstruktionsplan kan vara tidskrävande, särskilt vid större rekonstruktioner, och att det därför kan vara svårt att ha en fullständig rekonstruktionsplan på plats när borgenärssammanträdet äger rum.

2.6 Offentligt ackord

Som nämnt ovan måste inte en företagsrekonstruktion innehålla ett offentligt ackord. På grund av det blir ett offentligt ackord en slags process i processen. Eftersom FrekL är en ramlag är rekonstruktionsförfarandet i sin helhet relativt flexibelt. Att ett rekonstruktionsförfarande innehåller någon form av ackord är dock vanligt.⁶³ Ett ackord kan ske på två sätt. Antingen genom en formlös överenskommelse med borgenärerna, ett så kallat underhandsackord eller ett offentligt ackord. Det offentliga ackordet skiljer sig från underhandsackordet genom att det innehåller en viss grad av tvång. Ett offentligt ackord kan idag i svensk rätt endast komma till stånd inom ramen för en

⁶² Jfr resonemang i Karlsson-Tuula och Persson (2017) s. 115 f.

⁶³ Hellners, T och Mellqvist, M (2013) s. 157.

företagsrekonstruktion, något som kritiserats i bland annat 2007 års insolvensutredning.⁶⁴ Huvuddelen i kritiken bygger på att nuvarande ordning är ineffektiv. I entreprenörskapsutredningen presenteras därför ett förslag om separat ackord.⁶⁵ Tanken med ett separat ackord är att ackordet frigörs från övriga regler i FrekL med effekten att förfarandet blir mer tidseffektivt.⁶⁶ Som redogjorts för tidigare är tid av yttersta betydelse för huruvida en företagsrekonstruktion blir lyckosam eller ej.

För det fall bakgrunden till gäldenärens problem i huvudsak beror på överskuldssättning kan ett avtal om skuldnedsättning träffas mellan gäldenären och en borgenärsmajoritet.⁶⁷

För att ett offentligt ackord ska komma till stånd måste gäldenären kunna betala borgenärerna som deltar i det offentliga ackordet minst 25% av deras totala fordringsbelopp, 3 kap. 2§ FrekL. En lägre procentsats är möjlig för det fall samtliga borgenärer accepterar en lägre procentsats.

Av 3 kap. 3§ FrekL framgår att endast borgenärer med fordringar som uppkommit före ansökan om företagsrekonstruktion får delta i ackordsförhandlingen. Dessutom framgår av 3 kap. 3§ 1st. 2 men FrekL att borgenärer vars fordran är förenad med kvittningsrätt eller förmånsrätt inte deltar i förhandlingen. Anledningen är att en sådan fordran som huvudregel ska ges fullt betalt.

2.6.1 Förmånsrättens betydelse vid offentligt ackord

I förarbetena till lagen om företagsrekonstruktion klargjorde lagstiftaren att ordningen för fordringars förmånsrätt i konkurs på flera sätt kan få betydelse

⁶⁴ Hellners, Tryggve & Mellqvist, Mikael (2013) s. 157.

⁶⁵ SOU 2010:2 s. 364 f.

⁶⁶ Ibid s. 365.

⁶⁷ Jfr i detta avseende SOU 2010:2 s. 365. Enligt min tolkning är det denna situation det separata ackordet tar sikte på.

i en företagsrekonstruktion. Tanken är att förmånsrättsordningen ska medverka till att rekonstruktionen dels kommer till stånd, dels kan genomföras effektivt.⁶⁸ På så sätt medverkar förmånsrättsordningen också till att uppfylla tanken att rekonstruktionsförfarandet ska genomföras billigt och utan onödiga dröjsmål.

Förmånsrätten regleras i förmånsrättslagen (1970:679). Förmånsrättslagen är inte direkt tillämplig vid företagsrekonstruktion, ingen utdelning enligt FRL sker vid företagsrekonstruktion, 1§ FRL. Det faktum att förmånsrättslagen inte är tillämplig vid företagsrekonstruktion skapar det kritikerna benämner som ”den omvända förmånsrättsordningen”. För att illustrera hur skyddsreglerna och den omvända förmånsrättsordningen verkar vid en företagsrekonstruktion kan man tänka sig följande förenklade exempel:

Gäldenärsföretaget A ansöker om rekonstruktion. I borgenärskollektivet finns borgenärer med förmånsrätt och borgenärer utan förmånsrätt, oprioriterade borgenärer. För att rädda företaget föreslår rekonstruktören att ett offentligt ackord. Ackordet föreskriver att de borgenärer som omfattas av ackordet ska erhålla 50% av fordringarna.⁶⁹ Förslaget får stöd av erforderlig borgenärsmajoritet enligt 3 kap. 4§ FrekL och antas. Utgångspunkten är att borgenärer med förmånsrätt ska erhålla full betalning. Det är i sig inte kontroversiellt eftersom det principiellt följer ordinarie förmånsrättsliga regler.⁷⁰ De oprioriterade borgenärerna erhåller endast 50% av sina fordringar i enlighet med ackordsuppgörelsen. Inga skyddsregler finns i detta avseende för de borgenärer som röstat emot förfarandet. Borgenärerna får *nöja* sig med en utbetalning på 50%.

I exemplet ovan uppkommer en konflikt mellan gäldenärsbolagets ägare och de borgenärer som fått sina fordringar nedsatta. Anta exempelvis att det rekonstruerade gäldenärsbolaget på grund av skuldnedsättningen går bra och

⁶⁸ Prop. 1995/96:5 s. 122.

⁶⁹ Notera ett det enligt 3 kap. 2§ FrekL kan skrivas ned till 25%. Då krävs dock 75% majoritet motsvarande minst 75% av fordringarnas värde, 3 kap. 4§ FrekL.

⁷⁰ Jfr FRL.

att det genereras ett överskott på grund av rekonstruktionen. Detta överskott kommer inte ingå i ackordlikviden vid utbetalning. Anledningen är att ägarna inte omfattas av ackordet i svensk rätt enligt 3 kap. 3§ FrekL. Denna effekt har kommit att kallas den omvända förmånsrättsordningen. Anledningen är att effekten av ackordet i vissa fall blir att ägarna behåller sitt investerade kapital på bekostnad av de oprioriterade borgenärerna.⁷¹ Ordningen har kritiserats av Stefan Lindskog som menar att det strider mot den ”ekonomiska grundprincip” som förutsätter att ägarna tar första stöten vid obestånd.⁷² Utöver det finns det enligt mig en risk att motståndet mot att genomföra en företagsrekonstruktion ökar när de oprioriterade borgenärernas rättigheter inskränks till förmån för ägarna.

2.6.2 Behandling av säkerställda fordringar

Som ovan nämnt deltar säkerställda fordringar endast till den del de överstiger värdet av den ställda säkerheten. Det innebär att en borgenär med en prioriterad och en oprioriterad fordran endast får deltar i det offentliga ackordet med den senare samtidigt som en borgenär som har en fordran där säkerheten inte ger täckning för hela fordran, endast tar del i ackordet till den överskjutande delen av fordran.⁷³ Problemet är att en uppskattning av den överskjutande delen som ingår i ackordet är beroende av en värdering av den säkerhet borgenären har för sin fordran.⁷⁴ Tidigare har det föreslagits att rätten ska göra en sådan bedömning när det offentliga ackordet fastställs i enlighet med finsk modell, det vill säga att rätten gör en uppskattning av värdet på säkerheten genom att söka avgöra försäljningsvärdet vid tidpunkten för inledandet av företagsrekonstruktion.⁷⁵ Som ovan nämnt är det uteslutande oprioriterade borgenärer som deltar i ett offentligt ackord. För det

⁷¹ Se SOU 2010:72 s. 298. Jfr Lindskog, S, *Företagsrekonstruktion – föreställningar och verklighet*, Insolvensrättsligt forum (2003) s. 26.

⁷² Lindskog, S, *Rekonstruktion eller konkurs*, Det 33. Nordiske Juristmøde (1993) s. 518.

⁷³ Jfr Karlsson-Tuula, M, *Värdering av tillgångar vid insolvens*, Studentlitteratur (2019) s. 48.

⁷⁴ Jfr avsnitt 4.2.2 nedan.

⁷⁵ SOU 2010:2 s. 345. Se också SOU 1999:1.

fall en borgenär har företagshypotek i gäldenärsföretaget uppstår dock problem med värdering av hypoteksunderlaget för det fall hypoteksunderlaget minskat och den oprioriterade delen av fordran som inte skyddas av hypoteksunderlaget ska beräknas.

Det huvudsakliga problemet i svensk rätt är att det varken finns regler eller principer som visar hur värdering av exempelvis hypoteksunderlag vid företagshypotek ska ske.⁷⁶ Problemet med att det inte finns tydliga regler för hur värdering av exempelvis hypoteksunderlag ska ske är i huvudsak två. Först och främst avgör värderingen av hypoteksunderlaget frågan huruvida en borgenär med företagshypotek ska få delta i ackordsomröstningen eller ej. Med tanke på att ackordsbouppteckningen, och värderingen av tillgångar som presenteras däri, ligger till grund för bestämmandet av borgenärernas rösträtt avseende fastställandet av det offentliga ackordet blir värderingen inte bara viktigt ur hänseendet om en sådan borgenär får möjlighet att bevaka sin rätt genom att rösta, men också hur borgenären kan tänkas rösta vid ackordsomröstningen.

2.6.3 Skyddsregler vid offentligt ackord

Med tanke på att ackordet till naturen utgör en inskränkning i det rättsförhållande som föreligger mellan de borgenärer som omfattas av ackordet och gäldenärsföretaget finns ett antal skyddsregler i 3 kap. FrekL för att förhindra eventuellt missbruk. Med tanke på att specificerade regler om vad rekonstruktionsplanen ska innehålla saknas och att borgenärerna inte heller har rätt att rösta om rekonstruktionsplanen⁷⁷ blir skyddsreglerna vid offentligt ackord särskilt viktiga. Huvudsakligen tycks borgenärsskyddet vid offentligt ackord enligt mig vara tätt sammanknutet med 2 kap. 16§ FrekL och borgenärssammanträdet. Med tanke på de krav som ställs upp på gäldenären vid beviljandet om offentligt ackord (täckning ska finnas för

⁷⁶ Jfr Karlsson-Tuula (2019) s. 49 ff.

⁷⁷ Se avsnitt 2.5.2 ovan.

prioriterade fordringar och minst 25%⁷⁸ ska tillfalla de borgenärer som deltar i ackordet) har borgenärerna vid borgenärssammanträdet möjlighet att lägga fram sina synpunkter på gäldenärens ekonomi. Under sammanträdet kan borgenären som tidigare nämnt bemöta de ekonomiska analyser gäldenären lägger fram till grund för rekonstruktionens (och ackordets) genomförande.⁷⁹

Det som någorlunda liknar en rekonstruktionsplan och som kan ge borgenärerna större insyn i gäldenärsföretagets ställning är det som i 3 kap. 11§ FrekL benämns som ackordbouppteckning. Den redogörelse som rekonstruktören enligt 3 kap. 11§ FrekL ska bifoga till begäran om ackordsförhandling ska innehålla en redogörelse över boets tillstånd tillsammans med orsakerna till gäldenärens betalningssvårigheter. Rekonstruktören ska även bifoga ett yttrande om huruvida rekonstruktören anser att borgenärerna rimligtvis bör anta ackordsförslaget. Dessutom ska 2/5 av borgenärerna som omfattas av ackordet ha förklarat att de anser att ackordet är antagbart.

Även om denna ackordbouppteckning tillsammans med möjligheten för borgenärerna att yttra sig vid borgenärssammanträdet ger viss insyn och påverkan på förfarandet går det inte att komma ifrån att borgenärer som inte samtycker till ett ackord står utan skydd. Det är enligt min uppfattning en brist att de borgenärer som röstar i förfarandet inte i tillräcklig utsträckning bereds möjlighet att påverka förfarandet, särskilt med tanke på den asymmetri som uppstår där oprioriterade borgenärer bär rekonstruktionen på sina axlar.

⁷⁸ Se avsnitt 2.6.1 och 2.6.1.1.

⁷⁹ Se Karlsson-Tuula & Persson (2017) s. 36.

2.7 Ett förändrat rekonstruktionsförfarande

2.7.1 Kritik mot FrekL

Förslag till ändringar av svensk rekonstruktionslagstiftning har lämnats i flera omgångar. År 2007 tillsattes en utredning för att överväga hur rekonstruktionsförfarande kunde förbättras och eventuellt samordnas med konkursförfarandet med resultatet att en ”insolvensbalk” skulle inrättas i svensk rätt med följderna att företagsrekonstruktion och konkurs regleras i samma lagstiftning istället för i två separata regelverk som ordningen ser ut när denna uppsats skrivs.⁸⁰ Utredaren fick av regeringen uppdraget att även utreda huruvida möjligheterna till ackord borde utvidgas.

Utredningen pekar på de brister som finns i den nuvarande lagstiftningen. Främst riktas kritik mot att förfarandet är tidsödande, kostsamt och att förfarandet är illa anpassat till mindre företag i behov av rekonstruktion. Dessutom poängteras att företagsrekonstruktion inte sällan inleds på rent formella grunder där det i realiteten saknas förutsättningar för en lyckad företagsrekonstruktion.⁸¹ Den kritik mot lagstiftningen som lyfts i utredningen rör bland annat att gäldenärsföretagen ofta ansöker om företagsrekonstruktion i ett skede där det redan är för sent att framgångsrikt rädda gäldenärsföretaget.⁸² Ett annat problem som lyfts är att det ska finnas en ovilja till samarbete mellan de borgenärer som har säkrade fordringar och de som är oprioriterade, något som försvårar möjligheten att genomföra en rekonstruktion. Ytterligare ett problem som lyfts är att det saknas regler om vad rekonstruktionsplanen ska innehålla. Utredaren framhåller här särskilt att praxis i företagsrekonstruktionsärenden är spretigt och att det därför leder till en stel tillämpning i domstolarna. Som följd innebär det en lagtolkning som har inneburit en ovilja att besluta om företagsrekonstruktion om rekonstruktionsplanen endast innehåller en begäran om ackord.⁸³

⁸⁰ SOU 2010:2 – Ett samlat insolvensförfarande.

⁸¹ SOU 2010:2 s. 72.

⁸² Jfr avsnitt 3.1 ovan.

⁸³ Jfr SOU 2010:72 s. 72 ff.

Som ovan nämnt kan det givetvis medföra problem med effektiviteten och göra att förfarandet drar ut på tiden samt blir onödigt kostsamt. Särskilt med tanke på att syftet med lagstiftningens karaktär av ramlag är att erbjuda flexibilitet i förfarandet. Ett företag som endast är överskuldssatt är i behov av andra åtgärder än ett bolag som är dåligt organiserat.⁸⁴

Rekonstruktionsplanen föreslås också få en annan roll än den har i FrekL idag. Syftet med rekonstruktionsplanen är att den ska fungera som ett instrument för arbetet med att rekonstruera gäldenärsföretaget. Insynen i rekonstruktionsförfarandet ökar också borgenärernas insyn och inflytande över processen. Omröstning kring rekonstruktionsplanen ska ske inom två månader från att Tingsrätten beslutat att företagsrekonstruktion ska inledas. Nytt i förslaget är också att det ska ställas krav på innehållet i den rekonstruktionsplan som inges till tingsrätten. Den ska bland annat innehålla redogörelser över åtgärder som redan vidtagits och planeras att vidtas innan planen fastställs, en redogörelse över gäldenärens verksamhet och en beskrivning över hur de problem som lett till ansökan om företagsrekonstruktion uppkommit, hur gäldenären fortsättningsvis planerar bedriva sin verksamhet och hur det är tänkt att planen ska finansieras.

Förslaget att rekonstruktionsplanens innehåll ska vara lagreglerat bygger i stort på omfattande kritik som riktats mot lagen om företagsrekonstruktion. Utredaren konstaterar att kritiken bygger på det faktum att borgenärerna i begränsad omfattning har möjlighet att påverka rekonstruktionsförfarandet med den nuvarande regleringen.⁸⁵

⁸⁴ SOU 2010:72 s. 72.

⁸⁵ Ibid s. 279.

2.7.2 En fastställd rekonstruktionsplan

Som nämnt i ett tidigare avsnitt är det endast ackordsförslag som antagits av borgenärerna vid borgenärssammanträdet som ska fastställas av domstol. Det innebär att den i svensk vaga rekonstruktionsplanen inte får bindande effekt i sin helhet i ett rekonstruktionsförfarande, endast den delen av rekonstruktionsplanen som utgör ackordsuppgörelsen får bindande juridisk verkan. I utredningen diskuteras också i detta avseende huruvida det borde införas en möjlighet för en minoritet av borgenärer att stoppa antagandet av en rekonstruktionsplan. Utredaren påminner här om en amerikansk regel, ”cram-down”, som stadgar att en rekonstruktionsplan som saknar stöd av en majoritet av borgenärerna i en borgenärsklass ändå ska fastställas om planen säkerställer att borgenärerna får samma eller bättre utfall än de hade fått i en konkurs då gäldenärens tillgångar realiserar.⁸⁶ Utredaren påpekar att det givetvis är helt beroende av vad rekonstruktionsplanen innehåller. Det går också att anta att olika borgenärer har olika intressen av att företaget lever vidare, alternativt försätts i konkurs.

Utredningen från 2010 lyfter även det faktum att de rättsliga verkningarna som följer av ett ackordbeslut i svensk rätt är oklara. Det anges visserligen i 3 kap. 8-9§§ att ackordet är bindande för alla borgenärer, oavsett om borgenärerna är kända eller okända. Utredningen föreslår i tillägg till detta att en värdering av säkerhet kopplad till borgenärs fordran ska fastställas till det värde säkerheten anses ha. Detta sätt sedan i relation till det totala värdet på den fordran borgenären har på gäldenären. Det innebär att värderingen blir bindande avseende den del av fordran som är osäkrad.⁸⁷ Utredaren motiverar inte sitt ställningstagande men med tanke på att rekonstruktionsplanen och ackordet blir bindande för samtliga borgenärer är det rimligt att det vid inledandet av rekonstruktionsarbetet går att förutse värdet på de fordringar där säkerheten inte täcker hela beloppet av fordran.

⁸⁶ SOU 2010:2 s. 360. Se nedan om förinsolvensdirektivet och amerikanska cram down förfaranden.

⁸⁷ Ibid.

Den sista frågan som väcks gällande rekonstruktionsplanen är hur rekonstruktionsplanen ska kunna verkställas efter att den antagits av borgenärerna. Själva ackordet i sig lär inte vålla några större problem. Istället är frågan hur övriga delar av rekonstruktionsplanen ska verkställas. Det förslag som utredaren lämnar är att borgenärerna hänvisas till ett förverkande av rekonstruktionsplanen. Innebörden av en förverkad rekonstruktionsplan blir att det ackord gäldenären och borgenären kommit överens om inte längre är bindande för borgenärerna, fordringarna ”återfår” därmed sitt ursprungliga värde.⁸⁸ Detta är i min mening en lösning som kan få följden att förfarande blir mer effektivt då det sätter press på gäldenären att medverka i största möjliga mån.

2.8 Sammanfattande slutsatser

Vid granskning av såväl lagstiftning som utredningar och doktrin utkristalleras en tydlig bild. När motiven för rekonstruktionslagstiftningen har lagts ut tycks lagstiftaren i stor grad varit fokuserad på att förfarandet ska vara tidseffektivt och kostnadseffektivt. Detta har också fått genomslag i rekonstruktionslagstiftningen genom att borgenärerna har dålig insyn i förfarandet. Enligt min uppfattning har detta perspektiv fått för stor genomslagskraft på bekostnad av förtroende för förfarandet och rättssäkerhet för borgenärerna. Den omvända förmånsrättsordningen utgör även den ett problem som leder till minskat förtroende för rekonstruktionsförfarandet. Som jag poängterat ovan blir det faktum att rekonstruktionsplanen inte fastställs ett problem för en borgenär som har svårt att förutse och bedöma möjligheterna för en lyckad rekonstruktion. Under en omvänd förmånsrättsordning riskerar istället oklarheten och bristen på inflytande över rekonstruktionsplanen tillsammans med det faktum att en given borgenärs fordran skrivs ner utan att aktieägarna påverkas att en borgenär föredrar konkurs istället för rekonstruktion. Det motsatta går dock också att tänka sig.

⁸⁸ SOU 2010:2 s. 362.

Även om förmånsrättsordningen i viss mån kan reflekteras i rekonstruktionsförfarandet genom att ackordet i den mån kan bli mer lönsamt för borgenären än en konkurs, kvarstår dock konflikten mellan ägare och oprioriterad borgenär.

3 Introduktion till förinsolvensdirektivet

3.1 Bakgrund

Ett harmoniserat insolvensförfarande har varit på EU:s dagordning sedan mitten av 1990-talet. Ett första försök till en insolvensrättslig konvention presenterades 1995. För att konventionen skulle träda ikraft krävdes att EU:s samtliga 15 medlemsstater ratificerade konventionen.⁸⁹ Tidsspannet inom vilket ratificering skulle ske var 6 månader. När den tiden löpte ut i maj 1996 hade samtliga medlemsstater utom Storbritannien ratificerat konventionen. Anledningen grundade sig främst i att Storbritannien befann sig i en tvist med EU:s övriga medlemsstater med anledning av det importförbud av brittiskt kött som flera medlemsstater tillämpade på grund av ett utbrott av galna kosjukan.⁹⁰

Under sent 1990-tal väcktes tanken återigen på en europeisk insolvensförordning. Denna gång mynnade arbetet ut i en förordning på insolvensrättens område. Denna förordning tog endast sikte på internationellt privaträttsliga regler och syftet var att förhindra forum shopping, dvs försök att anhängiggöra mål vid den domstol enligt vilket lands lag är mest i linje med det egna intresset.⁹¹

3.2 Insolvensdirektivets syfte

Det finns stora skillnader i tillgången till ett effektivt rekonstruktionsförfarande i EU:s medlemsländer. I vissa medlemsstater saknar gäldenärer helt tillgång till effektiva rekonstruktionsförfaranden, i andra medlemsstater finns tillgång till företagsrekonstruktion, men på grund

⁸⁹ Van Calster (2016) s. 275

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/848 av den 20 maj 2015 om insolvensförfaranden. EUT L 141, 5.6.2015, s. 19–72.

av att de är tillgängliga i ett för sent skede saknar önskad effekt.⁹² År 2012 utfärdade EU-kommissionen ett meddelande⁹³ med budskapet att en ny gemensam strategi för att hantera misslyckade företagsatsningar och insolvens krävs på den inre marknaden. Vid tidpunkten för meddelandet beskrev kommissionen läget i Europa som allvarligt med ett snitt på 200 000 konkurser per år under perioden 2009-2011. Detta beräknades av kommissionen innebära att 1,7 miljoner arbetstillfällen förlorades varje år.⁹⁴ I meddelandet lyftes också skillnader mellan medlemsstaternas nationella insolvenslagstiftning som ett hinder för en välfungerande inre marknad. Även om insolvensförordningen fanns på plats sedan tidigare och därmed gjorde det svårare att flytta tillgångar eller rättsliga förfaranden till en medlemsstat med mer förmånliga regler, finns fortfarande problem med att borgenärer från olika medlemsstater riskerar att behandlas olika.⁹⁵ Det konstaterades också att skillnader i insolvenslagstiftning medlemsstater emellan riskerar snedvrída konkurrensen.

År 2014 utfärdade EU-kommissionen en rekommendation⁹⁶ till medlemsstaterna där medlemsstaterna uppmuntrades att upprätta effektiva rekonstruktionsförfaranden för livskraftiga företag i syfte att ge hederliga företagare en andra chans. Kommissionen menade att detta skulle leda till en mer välfungerande inre marknad genom att det för europeiska företagare skulle bli enklare att överblicka eventuella risker med att investera i en annan medlemsstat.⁹⁷ Kommissionen föreskrev därför att gäldenärer ska ha tillgång till rekonstruktionsförfarande i syfte att förhindra insolvens och därmed förhindra konkurs. Enligt kommissionen är det av vikt att företagare kan

⁹² Se skäl 4, förinsolvensdirektivet.

⁹³ Ett meddelande ingår i kategorin *icke bindande normgivning*. Ett meddelande ska således läsas med viss försiktighet. Ett meddelande från kommissionen kan ge information om kommissionens bedömning i en viss fråga. Se också Bernitz, s. 187.

⁹⁴ Meddelande från kommissionen (COM(2012)742 final) till Europaparlamentet, Rådet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén, s. 2.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Rekommendationer benämns i art. 288 FEUF som icke-bindande akter. Det innebär att rekommendationer inte har rättsverkan. En rekommendation kan dock ses som en indikation på att lagstiftning på området kan komma. Det kan därför vara en god idé att se över nationell lagstiftnings förhållande till rekommendationen.

⁹⁷ Kommissionens rekommendation C(2014)135 av den 12 mars 2014 s. 5.

känna sig trygga med att för det fall verksamheten behöver rekonstrueras, finns det tillgång till effektiva förfaranden som är till gagn för såväl gäldenär som borgenär. Effektiviteten i förfarandet ska säkerställa att kostnader hålls nere och att inga onödiga dröjsmål leder till att risken för att förfarandet misslyckas ökar.⁹⁸

Regelverket som rekommenderades skulle innehålla följande komponenter:

- a) Tidig tillgång till rekonstruktionsförfarande. Sannolik för insolvens skulle vara kriteriet för att inleda ett rekonstruktionsförfarande;
- b) Gäldenären skulle ha fortsatt rådighet över den dagliga verksamheten;
- c) Gäldenären skulle kunna begära ett exekutionsrättsligt stopp;
- d) En rekonstruktionsplan med majoritetsstöd ska kunna bli juridiskt bindande genom att fastställas i domstol;
- e) För det fall ny finansiering krävs för att en omstruktureringsplan ska kunna genomföras bör den inte ogiltigförklaras, kunna ogiltigförklaras eller förklaras icke verkställbar som en återvinningsgrundande handling.

Det efterföljande direktivförslaget från 2016⁹⁹ mötte kritik. Professor Horst Eidenmüller skrev 2017 att kommissionens förslag var bristfälligt eftersom det riskerar skapa en undanflykt för företag som egentligen borde likvideras att fortsätta sin verksamhet med risk för snedvriden konkurrens som följd.¹⁰⁰ Det kan till detta nämnas att konkurrensperspektivet är ett vanligt förekommande argument mot företagsrekonstruktion. Om detta har Lindskog uttalat att en sådan argumentation är alltför onyanserad eftersom orsaken till de ekonomiska svårigheter ett givet företag befinner sig i kan variera. Lindskog använder här som exempel ett företag som bedriver en viss sorts rörelse som är lönsam. Ägaren genomför därefter spekulationsaffärer som

⁹⁸ Kommissionens rekommendation C (2014)135 av den 12 mars 2014 s. 3.

⁹⁹ Europeiska kommissionen, KOM (2016)723.

¹⁰⁰ Eidenmüller, H. (2017) s. 273.

inte faller ut väl. Som konsekvens hamnar företaget i ekonomiska svårigheter.¹⁰¹

3.3 Förinsolvensdirektivet

I juni 2019 antog EU slutligen ett nytt direktiv på insolvensrättens område. Målet med direktivet är att undanröja potentiella hinder på den inre marknaden som uppstår till följd av skillnader i nationell rätt för rekonstruktionsförfaranden, insolvens, skuldavskrivning och näringsförbud. Direktivet ska säkerställa att livskraftiga företag, det vill säga företag med en reell chans att leva vidare efter en företagsrekonstruktion, får tillgång till effektiva ramverk för rekonstruktion och möjliggörande av en andra chans för sin verksamhet.¹⁰² EU konstaterar att skillnaden mellan medlemsstater vad gäller förfaranden för rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning innebär en barriär för utländska investerare att genomföra gränsöverskridande investeringar då de inte kan förutse vilken position de kan komma att hamna i om företaget de investerar i framtiden hamnar i ekonomiska svårigheter. Detta menar EU är ett hot mot etableringsfriheten och äventyrar därmed den inre marknads funktion.¹⁰³ Framförallt konstaterar EU att mikroföretag, små och medelstora företag drabbas av denna osäkerhet. Det är därför enligt EU av väsentlighet för den inre marknads funktion att insolvensrätten i högre grad harmoniseras.

I det nya direktivet är det framförallt två delar som givits mycket utrymme och som varit föremål för diskussion. För svenskt vidkommande innebär dessa två delar nyheter i förhållande till den svenska lagstiftningen. För det första kommer direktivet medföra att minimikrav ställs på rekonstruktionsplanens innehåll.¹⁰⁴ Dessutom ska rekonstruktionsplanen antas av borgenärerna och sedermera fastställas. Rekonstruktionsplanen ska

¹⁰¹ Lindskog, (1993) s. 511.

¹⁰² Skäl 1 förinsolvensdirektivet.

¹⁰³ Skäl. 7 förinsolvensdirektivet.

¹⁰⁴ Se art. 8 förinsolvensdirektivet

fastställas genom att omröstning sker i klasser utformade så att klasserna innehåller borgenärer med liknande intressen. Det kan exempelvis bygga på klassificering av den fordran borgenären innehar utifrån vilken eventuell förmånsrätt den är behäftad med.¹⁰⁵ Ett krav på att rekonstruktionsplanen ska fastställas torde bygga på en utgångspunkt att konsensus måste råda för att en rekonstruktionsplan ska kunna antas. Så är dock inte fallet. I art. 10 och art. 11 finns regler om klassöverskridande tvångsackord. Reglerna ska kunna tillämpas när en majoritet i en borgenärsklass inte samtycker till en rekonstruktionsplan. Sådana regler fordrar också tydliga ramar för hur borgenärer som inte samtycker till en given rekonstruktionsplan ska hanteras. Borgenärsskyddet bygger på en kombination av ett test om borgenärernas bästa intresse¹⁰⁶ som rekonstruktionsplanen ska klara och en av två möjliga prioriteringsregler som ska tillämpas på det överskott som genereras i rekonstruktionen. Den första regeln benämns som regeln om relativ prioritet och återfinns i art. 11(1)(c). Den lyder som följer:

Den (rekonstruktionsplanen) säkerställer att röstningsklasser av berörda borgenärer som inte samtycker till planen behandlas minst lika fördelaktigt som andra klasser med samma rang och mer fördelaktigt än klasser med lägre rang.

Den andra regeln benämns som regeln om absolut prioritet och lyder som följer:

Genom avvikelser från punkt 1 c får medlemsstaterna föreskriva att fordringar som innehas av berörda borgenärer i en röstningsklass som inte samtycker till planen tillgodoses fullt ut med samma eller likvärdiga metoder om en klass med lägre rang ska få någon betalning eller behålla något intresse enligt rekonstruktionsplanen.

¹⁰⁵ Se art. 9 förinsolvensdirektivet.

¹⁰⁶ Se art. 2(1)(6) och art. 10(2)(d).

Regeln i 11(1)(c) är ny i direktivet och fanns inte i det direktivförslag de svenska remissinstanserna ombads yttra sig kring. Innebörden av reglerna kommer att behandlas utförligare i kapitel 4.

3.4 Direktivets karaktär

Vid utformandet av förinsolvensdirektivet har EU valt att använda sig av minimumharmonisering, det innebär att förinsolvensdirektivet sätter en minimistandard för vilka regler som ska implementeras i nationell rätt. Innebörden av det är att medlemsstaterna själva har möjlighet att gå längre i lagstiftningen än vad direktivets artiklar föreskriver. Den främsta anledningen till att en medlemsstat väljer att gå den vägen är att medlemsstaten önskar hålla en skyddsnivå som överstiger den nivå som direktivet garanterar.¹⁰⁷ Tanken är även att ramverket vid implementering i nationell rätt ska fyllas ut för att ge mer substans till lagstiftningen.¹⁰⁸

Det kan vid en första anblick synas märkligt att EU väljer att införa ett direktiv med minimiharmonisering med tanke på det uttalade syftet att undanröja att företagare verksamma på den inre marknaden har tillgång till olika insolvensförfaranden i olika medlemsstater.¹⁰⁹ Någon förklaring har inte givits från EU:s sida. Jag anser att det finns två rimliga förklaringar till att direktivet är utformat som ett minimumdirektiv. Den första förklaringen bygger på det underliggande syftet med rekonstruktionslagstiftning, nämligen att försöka förhindra konkurs genom att omstrukturera verksamheten. Som konstaterat tidigare kan trångmål bero på flera orsaker. Lagstiftningen måste vara utformad på ett sätt så att förfarandet kan anpassas efter företagets förutsättningar och behov för att klara en rekonstruktion. Det är därför i min mening inte lämpligt med ett alltför detaljreglerat förfarande. Den andra förklaringen till att EU valt att utforma direktivet som ett minimumdirektiv

¹⁰⁷ Bernitz (2018) s. 292.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Jfr. skäl 1 förinsolvensdirektivet.

är i det stora politisk. Sannolikheten att träffa en överenskommelse om ett direktivs innehåll torde vara lättare gällande ett direktiv som bygger på minimumharmonisering kontra ett fullharmoniseringsdirektiv. Problemet är att direktivet riskerar att inte få den harmoniserande effekt som önskas och att väsentliga skillnader kvarstår efter direktivets implementering i nationell rätt.¹¹⁰

3.5 Regeringens implementeringsuppdrag

Några månader efter att förinsolvensdirektivet trätt ikraft meddelade regeringen i ett kommittédirektiv att en utredning för att utreda direktivets effekt på svensk rätt har tillsatts. Detta uppdrag ska vara slutfört senast 26 februari 2021, fyra månader innan införlivandeperioden löper ut.¹¹¹ I utredningsuppdraget ingår att ta ställning till hur direktivet ska genomföras i svensk rätt. Huvudsakligen ska endast reglerna om företagsrekonstruktion utredas men för det fall utredaren anser att även reglerna för effektivare insolvensförfaranden bör behandlas för att uppnå ändamålsenlighet i genomförandet av direktivet får även detta beaktas.

Målet med uppdraget är att utreda i vilken mån svensk rätt förhåller sig till direktivet. Framförallt ska utredaren belysa vilka åtgärder som är nödvändiga eller annars lämpliga för att genomföra direktivet.¹¹² Det kan vara värt att poängtera hur meningen visar att målet med införlivandet av ett direktiv är att direktivets bakomliggande mål och syfte ska uppfyllas. I ett minimumdirektiv likt förinsolvensdirektivet där dessutom antalet regler som är alternativa till varandra är stort, är det särskilt viktigt att avgöra vilken komposition av regler som bidrar till att direktivets syfte får genomslag. Cherry picking¹¹³ riskerar att leda till ett direktiv som blir felaktigt implementerat.

¹¹⁰ Bernitz (2018) s. 292.

¹¹¹ Dir. 2019:60 s. 1.

¹¹² Ibid s. 4.

¹¹³ Begreppet används för att påvisa möjligheten att välja regler utefter hur smidiga de är att införliva i nationell rätt.

Regeringen konstaterar att rekonstruktionsplanen kommer få en central roll i förinsolvensdirektivet. Denna framträdande roll för rekonstruktionsplanen som dessutom blir bindande i sin helhet, till skillnad från endast ackordet som är standard i svensk rätt, kommer innebära en nyhet för svenskt vidkommande. Likaså ska alla borgenärer omfattas av rekonstruktionsplanen till skillnad från de regler som redogjorts för i tidigare avsnitt av uppsatsen.¹¹⁴ Vissa särskilda skyddsregler finns däremot för prioriterade borgenärer. Dessa regler kommer diskuteras närmare nedan. Regeringen konstaterar att de regler som i stort föreskrivs i denna del i förinsolvensdirektivet också i stort stämmer överens med de regler som lämnats i 2007 års insolvensutredning liksom av det nordisk-baltiska insolvensrättsliga nätverket.¹¹⁵

Avseende den del av förinsolvensdirektivet som behandlar fastställandet av rekonstruktionsplaner konstaterar regeringen att det finns väsentliga skillnader från den ordning som gäller i Sverige. Processen visar i sig vissa likheter med det förfarande som råder idag, men den stora skillnaden är avsaknaden av en ordning för att fastställa en rekonstruktionsplan som inte har stöd av en eller flera klasser av borgenärer. Vad gäller indelningen av borgenärer i olika klasser kommenterar regeringen direktivets regler med att en nyhet ur svensk synvinkel är indelningen av borgenärer utifrån borgenärens respektive intresse. Därtill lägger regeringen att direktivet även innehåller vissa regler som ska ge skydd åt borgenärer med exempelvis säkerhet.¹¹⁶ Regeringen nämner inget om möjligheten för medlemsstaterna att välja mellan två huvudsakliga borgenärsskyddsregler som även de ska implementeras i nationell rätt enligt direktivets art. 11.¹¹⁷ Mot bakgrunden av det som presenterats ska utredaren enligt regeringen *”belysa de olika alternativ som reglerna i direktivet i övrigt ger och ta ställning till hur ett*

¹¹⁴ Se främst avsnitt 2.6 om offentligt ackord.

¹¹⁵ Se främst avsnitt 3.5.3. Möller tar upp likheter med de förslag som lämnats i tidigare utredningar på området, bland annat de som lämnats av 2007-års insolvensutredning, SOU 2010:2 och 2016:72. Möller tar även upp de förslag som lämnats i nordisk-baltiska insolvensrättsliga nätverket.

¹¹⁶ Dir. 2019:60 s. 9.

¹¹⁷ Se avsnitt 3.3 ovan. Se även kap. 4 för en mer djupgående analys av regeln om relativ prioritet.

rättssäkert och ändamålsenligt förfarande för framtagande, fastställande och verkställande av rekonstruktionsplanen ska utformas".¹¹⁸ Formuleringen är mycket vag. Även om regeringen som ovan nämnt inte uttryckligen nämner de två borgenärsskyddsregler som står till buds för medlemsstaterna att implementera får det antas att dessa ska väljas på basis av "ändamålsenlighet" och "rättssäkerhet". Huruvida det är att anse som ett tidigt ställningstagande från regeringens sida går inte att utläsa. Uttalandet om att förfarandet ska vara rättssäkert skulle kunna tyda på en preferens mot den av de två borgenärsregler som har varit gängse i andra länder under en lång tid. Det kommer därför bli nödvändigt för utredaren att blicka ut över rättssystem i andra länder för att kunna göra en bedömning av vilken av de två borgenärsskyddsreglerna som går att implementera samtidigt som de kriterier som redogjorts för ovan uppfylls.¹¹⁹

3.5.1 Svenska remissvar rörande Kommissionens förslag till EU-direktiv om vissa insolvensfrågor

När förslaget till ett nytt direktiv kom 2016 skickades ärendet ut på remiss till ett antal svenska organisationer och myndigheter. Jag har valt att läsa remissvar från Skatteverket, Uppsala universitet, Riksbanken och Advokatsamfundet. Som tidigare nämnt under avsnitt 3.3 fanns inte regeln om relativ prioritet i det förslag till direktiv som remissinstanserna fick yttra sig över.

¹¹⁸ Dir. 2019:60 s. 9.

¹¹⁹ Se också Advokatfirman Cirios nyhetsbrev från juli 2019. Advokatfirman gör i sitt nyhetsbrev en snabbanalys över vilka förändringar direktivet kan komma att medföra för svenskt vidkommande. I den mån klassöverskridande tvångsackord diskuteras tycks EU RPR vara som försvunnen. I sin kommentar skriver Cirio endast att tvångsackord där en lägre klass påtvingar en högre klass en rekonstruktionsplan endast kan komma i fråga i de fall den högre klassen blivit tillgodosedda fullt ut. Detta är ett exempel på den absoluta prioritetsregel som kommer diskuteras nedan.
<https://cirio.se/assets/uploads/files/Nyhetsbrev-fran-Cirios-insolvensgrupp-Juli-2019a.pdf>

3.5.2 Skatteverkets remissvar

Avseende antagandet av omstruktureringsregler som det i direktivförslaget ställs upp i art. 9 anför Skatteverket att direktiv kommer innebära en förändring av nuvarande röstningsregler på så sätt att även borgenärer med prioriterade fordringar får delta i röstningsförfarandet. Den största förändringen innebär dock enligt Skatteverket att röstningsförfarandet avser hela rekonstruktionsplanen och inte endast den del av planen som avser offentligt ackord. Skatteverket påminner entreprenörskapsutredningens förslag till utvidgat ackord med klassindelning som omfattar borgenärer med säkerhet för sin fordran. Skatteverket har tidigare avstyrkt detta förslag med hänvisning till att *”det är olämpligt att i ett ackordsförfarande sammanblanda frågan om betalningsförpliktelser med andra typer av förpliktelser som inte går att driva igenom med exekutiva åtgärder”*¹²⁰. Vad Skatteverket menar med utlåtagandet framgår inte tydligt men det går att föreställa sig att det problem Skatteverket ser framför sig är oförmågan att som statlig myndighet utnyttja så kallade ”debt for equity-swappar”. Det vill säga att myndigheten iklär sig en äganderoll och får ta del av framtida vinster mot att fordran skrivs ned.¹²¹ Skatteverket ser det dock som positivt att även aktieägare kan tvingas in i en uppgörelse och därmed tvingas att bidra till företagets överlevnad.¹²² Min tolkning är att Skatteverket med det sagt finner att direktivförslaget i denna del kan bidra till att lätta den konflikt som riskerar uppstå mellan aktieägare och borgenärer kring vem som ska stå för det tillskott som krävs för att gäldenärsföretaget ska överleva rekonstruktionsförfarandet.

I den del Skatteverket behandlar klassöverskridande tvångsackord konstaterar man att en given klass inte i alla lägen ska kunna blockera genomförandet av en rekonstruktionsplan. Skatteverket tycks inte ha några

¹²⁰ Skatteverkets remissvar, EU-direktiv om vissa insolvensfrågor. Dnr: 131 569805-16/112.

¹²¹ Se definition i Thomson Reuters Practical Law Glossary. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-107-6045?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-107-6045?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1) Hämtad: 2020-04-15.

¹²² Se Skatteverkets remissvar till EU direktiv om vissa insolvensfrågor.

större synpunkter på en ny ordning med klassindelning annat än att medlemsstaterna själva ska få möjlighet att bestämma hur klassindelningen ska ske, samt att Skatteverket som statlig aktör tillerkänns möjlighet att påverka om planen ska fastställas eller inte. Skatteverket avslutar med att påpeka att det är av vikt att beakta närståendesituationer så att närstående borgenärer inte kan driva igenom rekonstruktionsplaner där skuldavskrivningen är mycket stor. Jag tolkar den sista meningen som att det inte ska vara möjligt för borgenärer som är närstående till gäldenären och därmed har otillbörliga intressen av att en rekonstruktionsplan fastställs med mycket låga ackordsbelopp som följd.¹²³ I övrigt lämnar Skatteverket inga synpunkter på att området harmoniseras och att EU-lagstiftning påförs medlemsstaterna avseende ett direktiv på insolvensrättens område.

3.5.3 Uppsala universitets remissvar

Till skillnad från Skatteverket kommenterar Uppsala universitet i större utsträckning behovet av ett harmoniserat regelverk avseende företagsrekonstruktioner i hela unionen. Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet framhåller att de redan vid remissrundan till den reviderade insolvensförordningen påtalade behovet av gemensamma regler avseende inledandet av ett insolvensförfarande.¹²⁴

Vad avser rekonstruktionsplaner konstaterar man en väsentlig skillnad i förhållande till 2 kap. 12§ FrekL där direktivet utgår från att rekonstruktionsplanen blir föremål för fastställelse från domstol. Som påpekat ovan i uppsatsen har en rekonstruktionsplan inte någon rättsverkan i svensk rätt idag.¹²⁵ Uppsala universitet framhåller att Sverige bör följa vad de anser vara en internationell trend, att lagstifta om rättsligt bindande rekonstruktionsplaner där borgenärer delas in i klasser. De ökade möjligheter

¹²³ Skatteverket remissvar till EU-direktiv om vissa insolvensfrågor.

¹²⁴ Möller, Remissyttrande EU-direktiv om vissa insolvensfrågor. Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet. Ref.nr: JURFAK 2017/6. s. 1.

¹²⁵ Se också den kritik som riktats mot rekonstruktionsplanen nuvarande betydelse i svensk rätt, SOU 2010:72. Se avsnitt 3.1.2 ovan.

till rekonstruktion som direktivet med för anser fakulteten bidra till att öka Sveriges konkurrenskraft på den internationella marknaden.¹²⁶

När det kommer till klassöverskridande tvångsackord tycks fakultetens inställning vara att en sådan cram-down som förordas av Kommissionen har sina begränsningar. Den främsta invändningen mot ligger i tillämpningen av den s.k. regeln om absolut prioritet. Fakulteten konstaterar att APR inte nödvändigtvis är en universal princip som bör vara uppfylld i alla lägen som innefattar ett klassöverskridande tvångsackord. Den främsta kritiken som riktas rör den situation då en aktieägare i ett mindre bolag tvingas ut ur bolaget genom att en borgenärsgrupp med högre prioritet än aktieägaren röstar mot rekonstruktionsplanen.

Slutligen diskuterar fakultetsnämnden hur röstningsförfarandet bör gå till. Fakultetsnämnden konstaterar i denna del att direktivförslaget föreskriver att minst en grupp som påverkas av planen ska ha röstat för den för att det ska bli teoretiskt möjligt att genomföra ett klassöverskridande tvångsackord. Problemet med en sådan reglering är att det inte finns angivet hur stor eller liten en sådan grupp kan vara. Det innebär i teorin att en borgenärsgrupp kan bestå av en enda borgenär. Till svar på den problematiken anger fakultetsnämnden att Sverige inte bör följa direktivförslaget på den punkten utan föreskriva att en majoritet av grupperna (notera att detta inte innebär en majoritet av borgenärerna) ska rösta för rekonstruktionsplanen för att det ska bli aktuellt att genomföra ett klassöverskridande tvångsackord.¹²⁷

I sin helhet tillstyrker juridiska fakulteten vid Uppsala universitet det förslag kommissionen lämnat och att förslaget i sin helhet bör implementeras i den nuvarande FrekL och inte i form av en ny lag. Förändring av FrekL bör ske i första hand då fakultetsnämnden anser det olyckligt att två system med samma ändamål (att rekonstruera ett en verksamhet) existerar parallellt.¹²⁸

¹²⁶ Möller. Remissyttrande Uppsala universitet s. 10. Jfr dock Kommissionens yttrande kring ökad förutsebarhet vid gränsöverskridande transaktioner, avsnitt 3.2.

¹²⁷ Möller. Remissyttrande Uppsala universitet s. 17.

¹²⁸ Ibid s. 25.

Till det vill jag för egen del tillägga problemet i att två sådana system existerar parallellt för det fall rekvisitet ”sannolikhet för insolvens”, se art. 4 insolvensdirektivet, av lagstiftaren tolkas så att tillgång till ett rekonstruktionsförfarande i ett tidigt skede, när sannolikheten för ett lyckat förfarande är större, innebär större eftergifter för gäldenären än det nuvarande förfarande i FrekL.

3.5.4 Riksbankens remissyttrande

Även Riksbanken är i stort positiv till initiativet till en mer harmoniserad insolvensrätt på den inre marknaden. Till skillnad från Skatteverket och Uppsala universitet kommenterar inte Riksbanken direktivets innehåll i detalj utan konstaterar att tydliga, harmoniserade och förutsägbara insolvensregler är av vikt för att för att villigheten för banker att bidra med finansiering till företag i medlemsstaterna. Detta menar Riksbanken kommer leda till betydligt mer jämlika konkurrensförhållanden på den inre marknaden.

Riksbanken poängterar dock vikten av att kommissionens direktivförslag innehåller regler som är så pass flexibla att de fungerar väl med svensk rätt i övrigt. Samtidigt menar man att reglerna måste ställa tillräckliga krav på medlemsstaterna för att ovan nämnda förutsebarhet ska finnas tydlig för företag som önskar göra affärer över nationsgränser på den inre marknaden.¹²⁹

Den argumentationslinjen sätter enligt mig fingret på den svårighet kommissionen står inför när det gäller att utforma ett direktiv som politiskt kan accepteras bland medlemsstaterna, med hjälp av möjligheten att utfärda ett minimumharmoniseringsdirektiv, samtidigt som reglerna inte får vara så flexibla att risken att stora skillnader mellan medlemsstaterna kvarstår därför att de alternativa kriterier som finns i direktivet riskerar ge slutprodukter med

¹²⁹ Riksbanken, Remissyttrande om EU-direktiv om vissa insolvensfrågor. Dnr 2016-00917. s. 1.

vitt skilda resultat trots att medlemsstaternas lagstiftning emanerar från samma direktiv.

3.5.5 Advokatsamfundets remissvar

Advokatsamfundet inleder sitt remissvar¹³⁰ med att poängtera att direktivförslagets syfte i huvudsak bygger på att eliminera de främsta hindren på den inre marknaden till den del de beror på skillnader i medlemsstaternas regler för företagsrekonstruktion.

Avseende omstruktureringsplaner och klassöverskridande tvångsackord konstaterar Advokatsamfundet att direktivförslaget med svenska ögon sett är långtgående i den del det avser möjligheterna att få till en bindande rekonstruktionsplan. Bland annat framhåller Advokatsamfundet det faktum att eventuella finansieringslösningar i en rekonstruktionsplan blir bindande för parterna. Detta är en följd av att rekonstruktionsplaner ges bindande verkan i sin helhet i direktivförslaget (och direktivet). Jämför detta med, som tidigare konstaterat, det faktum att endast det offentliga ackordet blir bindande som en följd av ett svenskt rekonstruktionsförfarande.

Advokatsamfundet går vidare och diskuterar de primära borgenärsskyddsreglerna som finns i direktivförslaget. Bland annat tar Advokatsamfundet upp det test som ska genomföras för att säkerställa att en rekonstruktionsplan kan antas motsvara borgenärernas bästa intresse, samt regeln om absolut prioritet. Om dessa regler yttrar Advokatsamfundet endast att man ställer sig bakom förslaget med motiveringen att ökad harmonisering i denna del kommer leda till att ett av syftena med direktivet, att motverka hinder mot fri rörlighet och kapital, främjas.

Sammanfattningsvis anser Advokatsamfundet att direktivet är välkommet därför att direktivet medför mer kraftfulla verktyg att ta till för att öka

¹³⁰ Advokatsamfundets remissvar R-2016/2467 om Europeiska kommissionens förslag till Europaparlamentet och rådets direktiv om företagsrekonstruktion och en andra chans för företagare (2016) s. 1.

möjligheterna för en rekonstruktion att lyckas och därmed, om än för stunden, förhindra en konkurs och den värd förstörelse som följer av en sådan.

4 Klassöverskridande tvångsackord

4.1 Rekonstruktionsplanen enligt förinsolvensdirektivet

Till skillnad från vad som finns föreskrivet i svensk rätt rörande rekonstruktionsplanens innehåll finns i förinsolvensdirektivet fastställt vad rekonstruktionsplanen ska innehålla.¹³¹ Förinsolvensdirektivet ställer i denna del upp ett ska-krav. Det innebär att vi på denna fronten kommer se en förändring av rättsläget avseende rekonstruktionsplaner i framtiden.¹³² Det som föreskrivs i art. 8 utgör minimumnormer. Det innebär att det kommer vara möjligt för lagstiftaren att i ytterligare detalj föreskriva vad rekonstruktionsplanen ska innehålla.¹³³ Rekonstruktionsplanen ska vara mycket detaljerad och innehålla bland annat information om gäldenärens identitet, skulder vid tidpunkten för inlämning av rekonstruktionsplanen och en redogörelse över gäldenärens ekonomiska situation.¹³⁴ Dessutom ska rekonstruktionsplanen innehålla alla föreslagna rekonstruktionsåtgärder. I det ingår eventuella förslag till ackord. Det ska alltså framgå vilka borgenärer som berörs av rekonstruktionsplanen och hur de kan komma att beröras.

4.2 Antagande av rekonstruktionsplanen.

Antagningsförfarandet består i huvudsak av att gäldenären lägger fram sin rekonstruktionsplan för berörda parter. Med berörda parter avses i detta fall de vars intresse direkt påverkas av ett eventuellt antagande av rekonstruktionsplanen.¹³⁵ Det åligger medlemsstaterna att garantera att berörda parter har rätt att rösta om antagandet av rekonstruktionsplanen. De

¹³¹ Jfr avsnitt 3.1.2. ovan.

¹³² Se art. 8(1) förinsolvensdirektivet.

¹³³ Se i detta avseende skäl 42, förinsolvensdirektivet.

¹³⁴ I detta kan rekonstruktionsplanen närmast jämföras med ackordsbouppteckningen i FrekL.

¹³⁵ Jfr skäl 43, förinsolvensdirektivet. Se också art. 9.

parter som inte berörs av rekonstruktionsplanen ska inte ha rätt att rösta om rekonstruktionsplanen.¹³⁶ Vidare ska medlemsstaterna säkerställa att berörda parter behandla i separata klasser som återspeglar de intressen en viss grupp av borgenärer har.¹³⁷ Detta kommer behandlas mer utförligt nedan.

4.2.1 Klassbildning

Direktivet innehåller vissa minimumbestämmelser för hur klassbildningen ska ske. I förslaget till ett nytt direktiv som kommissionen presenterade 2016 definierades klassbildning i art. 2 på följande sätt: *”Gruppering av berörda borgenärer och andelsinnehavare i en omstruktureringsplan på ett sätt som återspeglar de berörda fordringarnas och intressenas rättigheter och senioritet, med beaktande av möjliga befintliga förmånsrätter, panträtter eller avtal mellan borgenärer, och deras behandling enligt omstruktureringsplanen.”* Den definitionen finns inte kvar i den slutliga direktivtexten. I det slutliga direktivet saknas helt en definition av begreppet klassbildning. Vägledning ges istället av preambel 44 där det förklaras att utgångspunkten för klassbildning är att likartade rättigheter ska behandlas lika och att en rekonstruktionsplan ska antas utan att det parter som omfattas av rekonstruktionsplanen otillbörligen skadas. För att säkerställa sådan likabehandling ska borgenärerna behandlas i olika klasser. Kriterierna för klassbildning ska behandlas på nationell nivå.¹³⁸ Klassbildning innebär enligt direktivet att borgenärer behandlas utifrån deras rättigheter och fordringarnas och intressenas rang. I enlighet med direktivets karaktär som minimumdirektiv finns möjlighet för medlemsstaterna att endast föreskriva ett system med två klasser där borgenärer delas in efter huruvida de har en prioriterad fordran eller oprioriterad fordran.¹³⁹

¹³⁶ Se art. 9(2) förinsolvensdirektivet.

¹³⁷ Se art. 9(4) förinsolvensdirektivet.

¹³⁸ Skäl 44, förinsolvensdirektivet.

¹³⁹ A.a. En sådan ordning kan jämföras med det system 3 kap. FrekL föreskriver, se avsnitt 3.2 ovan.

Som bakgrund till det som skrivits ovan kan sägas att EU tidigare inte funnit det meningsfullt att söka införa ett insolvensförfarande med total universalitet i unionen.¹⁴⁰ Anledningen är att insolvensrätten skiljer sig för vitt åt i de olika medlemsstaterna. Framförallt är det förmånsrättssystemen i de olika medlemsstaterna som skiljer sig åt på ett sätt som hindrar en totalt harmoniserad insolvensrätt. I en rapport från 2016 där forskare från alla medlemsstater inklusive Norge och USA konstateras att det finns stora skillnader i hur borgenärer med särskild förmånsrätt och allmän förmånsrätt behandlas i de olika medlemsstaterna.¹⁴¹ Framförallt menar författarna av rapporten att en grav distinktion finns mellan den nordeuropeisk insolvensrätten och den sydeuropeiska insolvensrätten när det kommer till att bedöma hur stark en fordran med särskild förmånsrätt är i förhållande till en fordran med allmän förmånsrätt.¹⁴² Enligt författarna bedöms en fordran med säkerhet ha högre prioritet i de nordeuropeiska länderna än i de sydeuropeiska.¹⁴³ Avseende de medlemsstater som tidigare tillhört östblocket tenderar dessa att hamna i det första lägret med de nordeuropeiska länderna.¹⁴⁴ Författarna medger dock att detta är en grav generalisering av rådande förhållande men att det trots allt ger en fingervisning över de skillnader som finns mellan de olika medlemsstaterna och det kan enligt min mening också ge en fingervisning över till vilken grad harmonisering av rekonstruktionslagstiftning kan ske med tanke på att förinsolvensdirektivet ger lagstiftaren stora möjligheter att anpassa direktivets artiklar utifrån nationell rätt. Det kan i sin tur medföra skillnader i hur borgenärer med liknande säkerheter kan komma att behandlas olika vid ett klassöverskridande tvångsackord i olika medlemsstater.

¹⁴⁰ Se skäl 22 i insolvensförordningen.

¹⁴¹ Study on a new approach to business failure and insolvency: Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices.

¹⁴² A.a. s. 114.

¹⁴³ Med nordeuropeiska länder avses de anglosaxiska och germanska länderna (till dessa räknas de nordiska länderna). Med sydeuropeiska avses de "latinska" länderna. Se Study on a new approach to business failure and insolvency: Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices s. 114.

¹⁴⁴ Ibid.

4.2.2 Borgenärer med dubbla intressen

Förinsolvnsdirektivets system bygger i stora drag på att en klassindelning av borgenärer bättre ska tillgodose de olika intressen som borgenärskollektivet kan ha. Denna klassindelning ska därför bidra till att en rekonstruktionsplan antas genom att öka sannolikheten för att den antas.

Direktivet innehåller få regler som direkt berör klassindelningen. I syfte att säkerställa att rättigheter som är likartade också behandlas lika bör klassindelning ske.¹⁴⁵ EU definierar klassbildning som ”gruppering av berörda parter i syfte att anta en plan på ett sätt som återspeglar deras rättigheter och fordringarnas och intressenas rang”.¹⁴⁶ Dessutom ska medlemsstaterna ha möjlighet att inrätta ett system med fler än två klasser, där inbegripet olika klasser av borgenärer med säkerhet, borgenärer utan säkerhet och klasser av borgenärer med efterställda fordringar.¹⁴⁷

I art. 9(4) nämns det att klassindelning ska ske på verifierbara grunder, det vill säga de intressen som styr klassindelningen ska vara. Dessutom ska klassindelningen som ovan nämnt ha som resultat att prioriterade och oprioriterade borgenärer placeras i olika grupper.¹⁴⁸ I skälen till förinsolvnsdirektivet anges att medlemsstaterna bör kunna lagstifta om att en prioriterad fordran där fordran är större än säkerheten delas upp baserat på en värdering av den i fallet aktuella säkerhetsrätten.¹⁴⁹ Värderingen får stor betydelse för den enskilda borgenärens möjlighet att få ta del av ett eventuellt rekonstruktionsöverskott.¹⁵⁰ En annan konsekvens kommer efter förinsolvnsdirektivets införlivande sannolikt att vara att den borgenär som har en fordran som delas upp kommer ha rösträtt i två olika klasser, till skillnad från hur systemet ser ut i Sverige idag. Detta har behandlats av

¹⁴⁵ Se skäl 44 förinsolvnsdirektivet.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Jfr i detta avseende nedan redogörelse för klassindelning enligt tysk rätt.

¹⁴⁸ Se avsnitt 4.2.1 ovan, jfr skäl 44.

¹⁴⁹ Se skäl 44 till förinsolvnsdirektivet. Jfr också FrekL 3 kap. 8§.

¹⁵⁰ Se avsnitten om borgenärsskydd nedan.

professor Nicolaes Tollenaar som menar att det ur likhetssynpunkt är önskvärt med ett system där en sådan borgenär röstar för sin osäkrade del i en klass och för sin säkrade del i en annan klass.¹⁵¹

Jag är beredd att hålla med Tollenaar i denna fråga. Det vore orimligt att en borgenär i en sådan situation enbart skulle ha rösträtt i en kategori, vare sig det är i en grupp av borgenärer med prioriterade fordringar eller en grupp med oprioriterade fordringar.¹⁵²

Ett annat problem med en sådan ordning är ett det enligt Tollenaar riskerar att leda till ett onaturligt agerande vid röstning om rekonstruktionsplanen från de borgenärer som inte till fullo har säkerhet för hela fordran. Den huvudsakliga anledningen är att borgenären kan tänkas rösta utifrån sitt intresse i den del fordran saknar säkerhet i den grupp där fordran med säkerhet redan är skyddad.¹⁵³ Det vill säga, intresset sammanfaller då inte längre med andra borgenärers intresse i samma grupp.

4.3 Borgenärsskydd vid tvångsackord.

4.3.1 Borgenärers bästa intresse.

Testet om borgenärers bästa intresse kan sägas utgöra det mest basala borgenärsskyddet vid det fall det finns borgenärer som inte samtycker till den rekonstruktionsplan som lagts fram av gäldenären. En rekonstruktionsplan som inte kan antas enligt art. 9 ska enligt art. 10(2)(d) klara ett test om borgenärers bästa intresse för att kunna fastställas.

Definitionen av testet återfinns i art. 2(1)(6). Enligt direktivet är testet uppfyllt när ”det fastställs att ingen borgenär som inte samtycker till

¹⁵¹ Tollenaar (2019) s. 94.

¹⁵² Jfr vad som ovan är skrivet om det svenska borgenärsperspektivet. Likhetshänsyn ska råda i processen.

¹⁵³ Tollenaar (2019) s. 93.

rekonstruktionsplanen skulle få en sämre ställning enligt rekonstruktionsplanen än borgenären hade fått vid ett konkursförfarande enligt nationell rätt.¹⁵⁴ Alternativt ska medlemsstaterna kunna välja att använda den ”näst bästa alternativa scenariot om rekonstruktionsplanen inte fastställdes”. Testet i sig kommer från amerikansk rätt¹⁵⁵ där en liknande formulering finns i Chapter 11. Framförallt kan den andra delen av testet vålla problem vid tillämpning i domstol. Rätten ska enligt art. 14 i detta fall värdera vad som sker med gäldenären om rekonstruktionsplanen inte fastställts. Det är givetvis ingen lätt bedömning att göra. Ett rimligt antagande är att gäldenären förr eller senare försätts i konkurs och att den skiljaktiga borgenären i så fall får utdelning enligt första alternativet i BIT enligt rekonstruktionsplanen.

Det kan inte utläsas ur direktivet hur domstolen ska värdera verksamheten för att kunna fastställa vilken utdelning borgenären i ett sådant fall skulle ha rätt till.

4.3.2 Skyddsregler vid tvångsackord.

Som nämnt i avsnittet ovan utgör testet om borgenärens bästa intresse ett grundläggande krav som rekonstruktionsplanen ska kunna leverera till borgenärer som inte samtycker till fastställandet av en rekonstruktionsplan. De regler som förinsolvensdirektivet presenterar ska gälla vid klassöverskridande tvångsackord, fastställer den prioritetsordning enligt vilket ett eventuellt rekonstruktionsöverskott ska fördelas.

Direktivet presenterar två huvudsakliga metoder för att säkerställa att prioriterade borgenärens intressen skyddas vid ett klassöverskridande tvångsackord. I art. 11(1)(c) presenteras det som kallats för regeln om relativ prioritet, i det följande RPR. I kort innebär regeln att medlemsstaterna ska

¹⁵⁴ Jfr den diskussion som förts av Lindskog och som refereras ovan. En konflikt målas upp mellan ägare och borgenär kring vem som ska stå för finansieringen av rekonstruktionen.

¹⁵⁵ Se 11 U.S.C. § 1129(a)(7)(ii). Jfr SOU 2010:2.

kunna skydda en klass av tvångsackordet berörda borgenärer som ej samtycker genom att de behandlas åtminstone lika gynnsamt som andra klasser med samma rang och mer gynnsamt än klasser med lägre rang.¹⁵⁶ I verkligheten innebär det en borgenärsklass som inte samtycker till en rekonstruktionsplan inte till fullo (eller största möjliga mån) tillgodoses för värdet på sina fordringar. För att ge ett exempel på hur det kan se ut kan man tänka sig följande förhållande exempel:

Borgenärsgrupp A har fordringar med säkerhet. Borgenärsgrupp B har oprioriterade fordringar och grupp C utgörs av aktieägare, som alltså vid konkurs har rätt till utdelning först efter alla borgenärer fått betalt. Borgenärsgrupp A har sammanlagt fordringar på 100 miljoner SEK. Om borgenärerna i grupp A enligt rekonstruktionsplanen sammanlagt skulle erhålla 70 miljoner kronor av sitt ursprungliga krav på 100 miljoner kronor skulle de enligt regeln om relativ prioritet behandlas bättre än aktieägarna om dessa erhåller en summa mindre än 70 miljoner oavsett hur stor andel av det satsade kapitalet aktieägarna säkrar genom rekonstruktionen. Exemplet är förenklat och syftar här bara till att ge kontext till den diskussion kring art. 11(1)(c) som förs i kommande avsnitt. Ett utförligare exempel presenteras i 4.5.1.1 där hänsyn också tas till testet om borgenärers bästa intresse.

I art. 11(2) finns en möjlighet för medlemsstaterna att välja en alternativ regel till regeln om relativ prioritet. Regeln kräver att en prioriterad borgenärsgrupp som inte samtycker till en rekonstruktionsplan ska få betalt till fullo för det samlade värdet av gruppens fordringar om en klass borgenärer med lägre rang får utdelning eller behåller något intresse.¹⁵⁷ Enligt ovan modell skulle det innebära att borgenärerna i A skulle erhålla full betalning á 100 miljoner SEK om så aktieägarna skulle erhålla en enda krona av sitt satsade kapital.

¹⁵⁶ Skäl 55 förinsolvensdirektivet.

¹⁵⁷ Ibid.

4.4 RPR som skyddsregel.

Regeln om relativ prioritet fanns inte med i det direktivförslag som lades 2016 utan har kommit till i efterhand. År 2018 presenterades en rapport skriven på uppdrag av Kommissionen. I rapporten argumenteras det för att ett alternativ regel om absolut prioritet ska införas i direktivet. Det som föreslås är den relativa prioritetsregeln. Författarna till rapporten gör gällande att en relativ prioritetsregel är att föredra framför den amerikanskinspirerade absoluta prioritetsregeln. Argumentet bakom bygger på att den absoluta prioritetsregeln riskerar förhindra effektiva rekonstruktionsförfaranden därför att misstyckande borgenärer enligt denna regel ska få betalt till fullo innan lägre rankade borgenärer får betalt. Konsekvensen av en sådan ordning är enligt författarna att den borgenär som misstycker till en rekonstruktionsplan ”belönas” om sagda borgenär gör bedömningen att lägre rankade borgenärer kommer ge planen tillräckligt stöd för att planen ska gå igenom.¹⁵⁸ Givetvis kan man tänka sig en situation där borgenärer i samma klasser tänker likadant, vilket i sin tur minskar chansen att rekonstruktionsplanen kan antas.

Författarna anser att detta är ett mer realistiskt alternativ till regeln om absolut prioritet som skyddar borgenärer som misstycker utan att det skapas incitament för den samlade skaran borgenärer att rösta ned rekonstruktionsplanen för att få en chans att få full utdelning.¹⁵⁹

Införandet av denna relativa prioritetsregel har blivit hårt kritiserad och uppmaningar till kommissionen att ta bort regeln ur direktivet har presenterats. Tre forskare aktiva vid Amsterdams universitet publicerade i maj 2019 en artikel i vilken de kritiserar införandet av en relativ prioritetsregel hårt.¹⁶⁰ Inledningsvis skriver de att EU med införandet av RPR

¹⁵⁸ Staghellini m.fl. (2018) s. 46 <https://www.codire.eu/wp-content/uploads/2018/11/Stanghellini-Mokal-Paulus-Tirado-Best-practices-in-European-restructuring.-Contractualised-distress-resolution-in-the-shadow-of-the-law-2018-1.pdf>

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ De Weijs m.fl. (2019).

i direktivet riskerar riva upp det borgenärsskydd gentemot aktieägare som de menar att APR innebär. Den relativa prioritetsregeln riskerar enligt författarna leda till att borgenärer förlorar sin fordran mot gäldenärsbolaget samtidigt som ägarna får behålla sitt satsade kapital.¹⁶¹ Med andra ord snedvrids den prioritetsordning som normalt gäller med risken att kreditmarknaden försvagas på grund av att förutsebarheten för vad som sker vid en rekonstruktion försvinner.¹⁶² I artikeln presenteras EU:s förklaring till skiftet från APR som huvudregel¹⁶³ i direktivet, till RPR som huvudregel. I direktivförslaget skriver EU:¹⁶⁴

"The cross-class cram-down mechanism was new to a number of Member States and raised some concerns. Two aspects, in particular, were problematic for a considerable number of Member States:

(...) The proposal introduced an absolute priority rule according to which a dissenting class of creditors must be satisfied in full if a more junior class could receive any distribution or keep any interest under the plan.

" The second problem has been addressed in the compromise text by providing an alternative option for Member States to introduce a different benchmark - a 'relative priority rule' - to protect dissenting creditor classes when using a cross-class cram-down mechanism. This option requires that dissenting voting classes are treated at least as favourably as any other class of the same rank, if the normal ranking of liquidation priorities under national law were applied, and more favourably than any junior class. This provides Member States with more flexibility in implementing this rule."

¹⁶¹ Jfr diskussion i SOU 2010:72 om den omvända förmånsrättsordningen och ovan diskussion om innebörden av art. 11(1)(c) i direktiv 2019/1023.

¹⁶² Becker, (2019).

¹⁶³ Till synes har EU RPR blivit huvudregel med hänsyn till att regeln tar plats i art. 11(1)(c) och att APR tillämpas som ett avsteg från EU RPR enligt art. 11(2).

¹⁶⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU. Doc. 12536/18. 2016/0359(COD) s. 5 f.

Förklaringen till införandet av en relativ prioritetsregel blir något märklig. Som beskrivet i direktivförslaget är systemet med klassöverskridande tvångsackord nytt för många medlemsstater. EU beskriver detta som en grund för att APR ska slopas som huvudregel till förmån för RPR. Samtidigt är tanken bakom APR, att skydda borgenärer mot ett klassöverskridande tvångsackord som innebär ett avsteg från den konkursmässiga förmånsrättsordningen. Den i insolvensrätten grundläggande principen att borgenärer får utdelning ur ett konkursbo enligt en förmånsrättsordning torde inte vara så främmande för EU:s medlemsstater att en alternativ prioritetsregel (som dessutom avviker från denna grundläggande insolvensrättsliga princip) borde vara påkallad.¹⁶⁵

4.4.1 RPR, ett misstag?

Som kritik mot APR som huvudregel har professor Stefan Madaus i en rapport från European Law Institute lyft att tillämpning av APR på ett otillbörligt sätt riskerar gynna borgenärer. Madaus citerar professor Douglas G Baird och påpekar att den strikta absoluta prioritetsregeln riskerar stänga ute lågt rankade borgenärer och aktieägare genom att högre rankade borgenärer som misstycker ska ha betalt till fullo först innan ett eventuellt värde kan fördelas nedåt.¹⁶⁶ Detta menar Madaus ökar risken att rekonstruktionen misslyckas helt enkelt därför att det blir svårt att bygga en hållbar finansieringsmodell när borgenärer som inte samtycker ska ha betalt innan rekonstruktionsplanen kan verkställas.¹⁶⁷ Det behöver dock inte nödvändigtvis vara på det sättet. Med tanke på att APR (och RPR) endast tillämpas för det fall borgenärer misstycker till en rekonstruktionsplan ska utgångspunkten givetvis vara att konsensusbaserade rekonstruktionsplaner ska gynnas. APR kan ha en roll att spela i en sådan process. För det faktum

¹⁶⁵ Jfr, De Weijts m.fl. s. 11.

¹⁶⁶ Madaus m.fl. (2018) s. 334.

¹⁶⁷ Jfr Uppsala universitets remissvar. Remissvarets kritik mot APR bygger på risken att borgenärer kan tvinga ut aktieägare genom en "hold-out". Det fungerar genom att borgenärerna utnyttjar den strikta prioritetsordningen i APR för att potentiellt "tilltvinga" ett ägarskifte. Det kan givetvis också påverka oprioriterade borgenärers som har stort intresse i att företagets drift fortsätter. Det kan röra sig om ex. leverantörer till gäldenärsföretaget.

APR ska tillämpas måste en värdering av gäldenärsföretaget göras. En sådan värdering kan tänkas bli omtvistad vilket innebär en långdragen process som dessutom riskerar att bli mycket dyr. Enligt ett sådant resonemang lyfts APR upp som ett ”straff” för det fall en konsensusbaserad plan inte kan komma till stånd.¹⁶⁸ Ett sådant scenario talar i min mening emot att ett ”Hold-Out” scenario kan komma för handen. Det är svårt att se hur det skulle kunna ligga i en borgenärs intresse att blockera en rekonstruktionsplan för att antingen tilltvinga sig ett ägarskifte eller söka utnyttja APR för att få full betalning för sin fordran.

Det har lyfts att införandet av RPR i direktivet i stort bygger på ett missförstånd av vad RPR är och vad den RPR som diskuterats i amerikansk rätt innebär.¹⁶⁹ D.G Baird har diskuterat betydelsen av APR och RPR i amerikansk rätt. Det bör noteras att Bairds utgångspunkt är att APR som huvudregel för bestämmandet av prioritetsordning vid företagsrekonstruktion på grund av att förhandlingar om en rekonstruktionsplan bygger på en rättslig värdering av tillgångarna i gäldenärsföretaget snarare än det pris till vilket tillgångarna hade bjudits ut vid en försäljning av gäldenärens tillgångar som följd av en konkurs.¹⁷⁰

Ytterligare en del av den kritik som riktats mot RPR är att resultatet av tillämpning av RPR helt enkelt är osäkert och riskerar att leda till slumpmässiga resultat.¹⁷¹ Huvudskälet till detta är att RPR innebär en helt ny ordning som inte tillämpats någonstans tidigare och där det dessutom, som tidigare nämnt, är omdiskuterat vad regeln innebär i praktiken. Madaus medger i ett debattinlägg att detta förvisso är sant och att effekten av RPR inte diskuterats i någon större omfattning på akademisk nivå.¹⁷²

¹⁶⁸ För resonemang i en liknande riktning, se Seymour och Schwarcz, (2020) s. 16

¹⁶⁹ Jfr, De Weijs m.fl. (2019) s. 11.

¹⁷⁰ Baird, (2017).

¹⁷¹ De Weijs mfl. s. 18. Se även tillämpningsexempel under 4.5.1.

¹⁷² Madaus, (2020) s. 1

4.5 Samverkan mellan RPR och BIT

Som nämnt ovan går det inte att analysera regeln om absolut prioritet och regeln om relativ prioritet utan att sätta det i kontext mot vilken situation de tillämpas i. En ordning med en RPR och BIT framstår nästan som en teoretisk kompromiss vid tillämpning. Genom att borgenärer som inte samtycker till rekonstruktionsplanen åtminstone ”säkerställs” vad de fått ut vid en konkurs efter tillämpning av BIT ska det anses acceptabelt att dessa borgenärer inte får betalt enligt ordinarie prioriteringsregler när rekonstruktionsöverskottet ska delas ut. Madaus poängterar i detta avseende att alla rekonstruktionsplaner innebär en satsning på att gäldenärsföretaget i framtiden genererar avkastning.¹⁷³ För att rekonstruktionen ska bli lyckosam är det rimligt att anta att alla berörda parter måste samarbeta för att uppnå lönsamhet i gäldenärsföretaget och därmed maximera rekonstruktionsöverskottet. Ur det avseendet menar Madaus att det är rättvist att kunna fördela rekonstruktionsöverskottet på ett sätt så att det samarbete som legat till grund för den lyckosamma rekonstruktionen även kommer lägre rankade parter till godo.

Jag håller till viss del med Madaus om att det synes rättvist att även lägre rankade borgenärer och ägare får del i rekonstruktionsöverskottet om de bidragit till att rekonstruktionen lyckats. Ett problem är dock det faktum att det inte finns någon tydlig ordning för hur exakt värde ska fördelas enligt kombinationen BIT/RPR. Istället för ett värderingstillfälle (som enligt Schwarcz och Seymour var tillräckligt för att skapa incitament för konsensusbaserade planer¹⁷⁴) bjuder tillämpning av BIT/RPR på två moment, dels den värdering som ska göras enligt BIT och dels en värdering av rekonstruktionsöverskottet som ska fördelas utefter en inte helt tydlig ordning. Ur den aspekten går det alltså att argumentera för att även RPR erbjuder incitament för konsensusbaserade rekonstruktionsplaner.¹⁷⁵

¹⁷³ Madaus (2020) s. 3

¹⁷⁴ Jfr Seymour och Schwarcz (2020) s. 16

¹⁷⁵ Jfr Madaus (2020) s. 7

4.5.1 Exempel på tillämpning av EU BIT och EU RPR

Exempel 1

EU BIT och EU RPR fungerar på följande sätt. Gälldenärsföretaget A ansöker om att genomgå företagsrekonstruktion. Domstolen gör bedömningen att bolaget vid konkurs är värt X. Borgenärsgrupp 1 har prioriterade fordringar (Y) till en summa $X > Y$. Borgenärsgrupp 2 har oprioriterade fordringar (Z) till en summa $Z > X - Y$. I exemplet innebär det att en tillämpning av BIT måste ge en rekonstruktionsplan där borgenärsgrupp 1 får full teckning för sina fordringar. Borgenärsgrupp 2 måste dela på det som finns kvar. Om vi antar att det resterande värdet T utgör 20% av Z måste alltså rekonstruktionsplanen garantera utbetalning om minst 20% till de oprioriterade borgenärerna.

Nu tillämpar domstolen reglerna om klassöverskridande tvångsackord och fastställer en rekonstruktionsplan med ett ackord som innebär att borgenärsgrupp 2 får 20% av värdet på sina fordringar i ackordlikvid. En sådan plan är i enlighet med minimikravet som EU BIT ställer upp. Låt nu säga att detta skapar värde i A och att tillgångarna ökar under rekonstruktionsförfarandet. Utan prioriteringsreglerna i art. 11(1)(C) och art. 11(2) hade detta överskottet tillfallit ägarna. Däremot är tanken att borgenärerna, som accepterat skuldnedskrivning, också ska skyddas i ett sådant scenario.

Vid tillämpning av EU RPR hade man då kunnat tänka sig att överskottet fördelas mellan borgenärsgrupp 2 och ägarna. Även om det hade varit möjligt för borgenärerna att få täckning för 90% av sina fordringar (*under APR exempelvis, en högre klass måste få betalt till fullo innan en lägre rankad klass erhåller betalning*) är det enligt RPR acceptabelt att fördela överskottet så att borgenärerna får täckning för 60% av sina fordringar och att resterande belopp tillfaller ägarna så länge 60% av Z är större än beloppet ägarna får ut i rekonstruktionen.

Exempel 2

I detta exempel kommer det exempel som presenterades i 4.3.2 utvecklas.

Förutsättningarna kommer vara de samma som i exempel 1. Den totala summan av fordringarna avseende borgenärsgrupp 1 understiger det värde domstolen bedömer gäldenärsföretaget A har i en konkurs. Skillnaden i detta exempel är att de säkerheter som finns för fordringarna tillhörande grupp 1 nu understiger summan av fordringarna. Som vi sett ovan leder det till att en uppdelning av fordran görs. Om vi antar att 70% av fordringarnas värde har täckning i säkerheter kommer resterande 30% behandlas som en oprioriterade fordran i grupp 2. Under vidare antagande har borgenärsgrupp 2 röstat för planen. I grupp 2 har erforderlig majoritet uppnåtts trots att samtliga borgenärer som också har rösträtt i grupp 1 röstat emot planen. I detta fall är det inte helt tydligt vad som händer med deras fordringar. Baserat på direktivets uppbyggnad (BIT tillämpas på samtliga fall där enskilda borgenärer inte samtycker till ett antagande av en given rekonstruktionsplan) och Tollenaars resonemang kring likhetshänsyn mellan borgenärerna måste BIT återigen tillämpas på dessa borgenärer i den del deras fordringar är oprioriterade. Trots att dessa oprioriterade fordringar hänförs till en klass av prioriterade borgenärer torde det ur likhetssynpunkt var ohållbart om de behandlades annorlunda än övriga oprioriterade fordringar vars fordringsägare inte samtycker till rekonstruktionsplanen.

Nästa fråga är vad som händer med rekonstruktionsöverskottet i förevarande situation. Direktivet ger inget tydligt svar på frågan och skyddsreglerna blir betydligt mer svårtillämpade i detta fall. Om tanken bakom EU RPR bygger på rättvisa och möjligheten att kunna belöna borgenärer som samarbetar torde dessa borgenärer få hålla tillgodo med den utdelning de får enligt BIT, det vill säga inte erhålla del av ett eventuellt rekonstruktionsöverskott. Ett sådant resultat torde vara rimligt utifrån det faktum att klassindelningen bygger på att borgenärer med liknande intressen ska behandlas enhetligt. Om en

majoritet av borgenärerna röstat för planen får det antas att rekonstruktionsplanen ligger i borgenärsklassens intresse.

Analys av exempel 1 och 2

Det första exemplet illustrerar de svårigheter en tillämpning av RPR kan medföra. Vid tillämpning av RPR går det att föreställa sig en rad olika utfall som skulle vara i linje med RPR. Exemplet illustrerar hur ägarna kan belönas för sina uppostringar i rekonstruktionsarbetet, samtidigt som borgenärsgrupp 2 erhåller en större utbetalning än vad som hade varit fallet vid konkurs. Borgenärsgrupp 2 är alltså garanterade *åtminstone* 20% av fordringarnas värde. Problemet är just att det går att föreställa sig en rad olika utfall. Eftersom det inte tydligt framgår av art. 11(1)(c) hur en sådan situation ska behandlas skapas osäkerhet vid tillämpningen av RPR vid ett klassöverskridande tvångsackord. Sådana oklarheter riskerar enligt mig ge upphov till konflikter i rekonstruktionsförfarandet som i sin tur riskerar leda till att förfarandet fördyras och förhalas.

I det andra exemplet illustreras de svårigheter som uppstår vid det fall en borgenär med säkerhet inte har täckning för hela sin fordran. Exemplet visar hur svårtillämpliga borgenärsskyddsreglerna i direktivet i de fall en borgenär med rösträtt i två klasser utgör majoritet i en klass och minoritet i en annan klass. I detta fall blir det uppenbart att en intressekonflikt inom gruppen leder till en stel tillämpning.

Det torde därför vara rimligt att borgenärer med fordringar som det delvis finns säkerhet för placeras i en egen klass avskiljd från övriga oprioriterade borgenärer.

5 Internationell utblick

5.1 Bakgrund

Med tanke på förinsolvensdirektivets tydliga koppling till det amerikanska Kapitel 11 förfarandet förefaller det nödvändigt att ägna ett kapitel av denna uppsats till att utreda hur rekonstruktionsförfaranden ser ut i andra länder. Främst kommer jag att redogöra för amerikansk rätt, tysk rätt och engelsk rätt. Metodologisk kommer jag inte i någon större utsträckning göra en komparation av dessa rättsordningar och deras olika lösningar på samma problem. Detta avsnitt syftar främst till att ge kontext till förinsolvensdirektivet och komplettera den diskussion som kommer föras nedan i uppsatsen. Likaså syftar avsnittet till att ge en bild av hur ett framtida svenskt rekonstruktionsförfarande kan komma att se ut. Jämförelser har gjorts med utländska rättsordningar tidigare.¹⁷⁶

5.2 Amerikansk rätt

Motsvarigheten till FReKL i amerikansk rätt återfinns i Bankruptcy Chapter 11. Det går med säkerhet att säga att den amerikanska lagstiftningen fungerat som inspirationskälla till ny rekonstruktionslagstiftning i flertalet länder, däribland Sverige. Amerikansk rätt kan med svenska ögon sätt betraktas som relativt gäldenärsvänlig. Utgångspunkten är att gäldenären själv organiserar och arrangerar rekonstruktionsarbetet utan att en rekonstruktör utses.¹⁷⁷ En rekonstruktör utses sällan och förekommer främst för de fall det finns skäl att misstänka oegentligheter i gäldenärens rekonstruktionsarbete, alternativt för de fall det ligger i borgenärernas intresse att en rekonstruktör utses.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Se ex. Tuula, (2001) och SOU 2010:2 s. 47 f.

¹⁷⁷ Jfr 11 U.S.C §1104. Notera att begreppet ”trustee” är synonymt med rekonstruktör. Begreppet kan verka förvillande och föra tankarna till den common law rättsliga figuren ”Trust”.

¹⁷⁸ Se. 11 U.S.C §1104(a)(1) och (2).

Precis som beskrivits ovan tillämpas ett klassindelningssystem i amerikansk rätt. Precis som konstaterats ovan är det i amerikansk rätt främst regeln om absolut prioritet som tillämpas. Regeln om absolut prioritet framgår inte direkt av lagtexten. Istället är det nödvändigt att vända sig till rättspraxis i denna fråga. I *Czyzewski v. Jevic*¹⁷⁹ förklarade amerikanska högsta domstolen att för det fall en domstol ska avsluta ett rekonstruktionsförfarande genom ett så kallat ”structured dismissal”¹⁸⁰ får den absoluta prioritetsordning som annars gäller i amerikansk rätt inte åsidosättas. Borgenärer med prioritet ska alltså få utdelning innan lägre prioriterade borgenärer (och ägare) får utdelning enligt rekonstruktionsplanen.

5.3 Tysk rätt

I Tyskland regleras rekonstruktionsförfarandet i *Insolvenzordnung*.¹⁸¹ I fråga om ackord och rekonstruktionsplaner återfinns det tyska regelverket i lagens 6. Kapitel, *Insolvenzplan*. Likt amerikansk rätt tillämpas ett system där borgenärer delas in i grupper utifrån vilka intressen de har i rekonstruktionsförfarandet. Som minimum ska borgenärer delas in i 4 grupper. Dessa kan exempelvis vara borgenärer med säkerhet, allmän förmånsrätt, efterställda borgenärer och arbetstagare.¹⁸² I planen ska det också beskrivas hur arbetet med rekonstruktionen ska se ut framöver och hur arbetet sett ut sedan processen inleddes. Liksom i amerikansk rätt används i tysk rätt regeln om absolut prioritet som skydd för borgenärer som inte samtycker till en rekonstruktionsplan. Enligt InsO är de tyska kraven på ett klassöverskridande tvångsackord¹⁸³ uppfyllda om:

¹⁷⁹ *Czyzewski v. Jevic Holding Corp.*, 137 S. Ct. 973 (2017) Supreme Court uttalade följande om APR: ”Quite appropriately, bankruptcy’s most important and famous rule” och ”the cornerstone of reorganization practice and theory”.

¹⁸⁰ Structured dismissal kan sägas vara ett sätt att avsluta ett rekonstruktionsförfarande utan att en rekonstruktionsplan fastställts i domstol. Jfr. Thomson Reuters Westlaw, *Expert Q&A on Structured dismissals and the US Supreme Court’s Decision in Jevic*.

¹⁸¹ BGBl, 1994 I s. 2866 av den 5 oktober 1994. I det följande InsO.

¹⁸² Se InsO 6 kap. §222 (?)

¹⁸³ I InsO benämns detta system som *Obstruktionsverbot*. §§245 InsO. Obstruktionsverbot betyder bokstavligen hindersförbud.

1. Borgenärerna i den klass som inte samtycker till ackordet inte försätts i en sämre situation efter antagandet av en rekonstruktionsplan än de hade varit i om rekonstruktionsplanen inte antagits,¹⁸⁴
2. Borgenärer i den klass som inte samtycker till ackordet tillgodoses fullt ut innan klasser med lägre rankade borgenärer får utdelning,¹⁸⁵
3. Mer än 50% av borgenärsklasserna röstar för att godkänna rekonstruktionsplanen.

Först efter att dessa kriterier är uppfyllda kan domstolen godkänna rekonstruktionsplanen och rekonstruktionsförfarandet fortskrida.¹⁸⁶

5.4 Engelsk rätt

Trots att både engelsk rätt och amerikansk rätt i grunden bygger på liknande rättssystem (common law) skiljer sig rekonstruktionslagstiftningen i England och USA sig åt. Det engelska regelverket återfinns i ECA del 26. Denna är till skillnad från det amerikanska Chapter 11 förfarande tämligen odetaljerat och bygger i stort på praxis från domstolar.¹⁸⁷ Tre huvudsakliga steg ingår i processen att påbörja ett engelskt ”scheme of arrangement”.¹⁸⁸ Inledningsvis diskuteras en plan mellan företagets företrädare och dess ”members” eller borgenärer.¹⁸⁹ Därefter görs en ansökan till domstol om att ett möte ska kallas till, sec. 896 ECA. Därtill skickas ett ”explanatory statement” som ska beskriva den förväntade effekten av den plan som föreslagits, sec. 897 ECA.¹⁹⁰ Nästa steg i processen är mötet i domstolen. På mötet ska det försökas fastställas huruvida det finns ett majoritetsstöd för planen eller ej. I

¹⁸⁴ Jfr EU BIT som diskuterats ovan.

¹⁸⁵ Jfr EU RPR ovan.

¹⁸⁶ Se §245 InsO.

¹⁸⁷ Payne, J (2014) s. 1

¹⁸⁸ Ett ”scheme of arrangement” är den brittiska motsvarigheten till företagsrekonstruktion. Se Payne, (2014) s. 1 ff.

¹⁸⁹ Payne, (2014) s. 18. I detta avseende är en ”member” en ägare som finns registrerat i ett särskilt register enligt 2006 års Companies Act.

¹⁹⁰ Se också Payne, (2014) s. 18.

England gäller att minst 75% av de röstande borgenärerna i varje klass godkänner planen, sec. 899 ECA. Till skillnad från i USA och till skillnad från förinsolvensdirektivet innebär det att endast en minoritet i varje klass kan få sina rättigheter inskränkta. En klass kan alltså inte påtvinga en annan klass en rekonstruktionsplan om det inte finns tillräckligt stöd för planen i den andra klassen.

Det sista steget i processen är domstolens ställningstagande till huruvida rekonstruktionsplanen kan antas eller ej. Även om ECA inte innehåller några regler kring vad domstolen ska beakta när beslut ska fattas om domstolen kan godkänna planen eller inte¹⁹¹ har domstolen två huvudsakliga problem att ta ställning till. För det första ska domstolen pröva huruvida den har jurisdiktion och för det andra ska domstolen pröva huruvida det är lämpligt för domstolen att fastställa rekonstruktionsplanen. Under dessa frågeställningar kommer ytterligare frågor som domstolen hanterar för att besluta om rekonstruktionsplanen kan fastställas. Den första frågan är om förslaget faller inom tillämpningsområdet för del 26 av ECA. Den andra frågan gäller huruvida de lagstadgade reglerna följts i förfarandet och den tredje frågan bygger på huruvida planen antagits av en ”intelligent och ärlig man” agerande utifrån hans intressen. Med andra ord ställer det engelska förfarandet höga krav på att rekonstruktionsplanen ska vara rättvis.¹⁹² Två av de mest centrala borgenärsskyddsreglerna i engelsk rätt bygger på att:

1. Borgenärsklassen var rättvist representerad av de som deltog i sammanträdet och att den lagstadgade borgenärsmajoriteten också agerade i god tro.
2. Som tidigare nämnt, en intelligent och ärlig man rimligtvis kan tänkas acceptera planen.¹⁹³

¹⁹¹ Payne, (2014) s. 69. Se också s. 899(3) ECA

¹⁹² Ibid s. 73.

¹⁹³ Payne, (2014) s. 73 ff.

Dessa skyddsregler innebär att den engelska domstolen gör en prövning av huruvida omröstningen faktiskt uttrycker borgenärsklassens åsikt i sin helhet. Om det finns tvivel att så inte är fallet kan domstolen välja att inte fastställa rekonstruktionsplanen.¹⁹⁴ Testet är alltså inte ett uttryck för huruvida planen i sig är rimlig utan istället ställer sig domstolen frågan om det är rimligt att planen antagits av en borgenärsklass utifrån de intressen som klassen kan tänkas ha.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Payne, (2014) s. 73.

¹⁹⁵ Ibid s. 74.

6 Analys

6.1 Inledning

Implementeringen av förinsolvensdirektivet kommer att medföra moment som utan tvekan kommer ge lagstiftaren huvudvärk. Det kommer enligt min mening bli en stor utmaning för lagstiftaren att anpassa förinsolvensdirektivet till svensk rätt så att den förändring som kommer att ske blir så sömlös som möjligt. I inledningen av uppsatsen ställde jag upp tre frågeställningar som skulle besvaras i denna uppsats. För att förstå hur förinsolvensdirektivet kan komma att implementeras i svensk rätt i den del det avser borgenärsskydd vid klassöverskridande tvångsackord var det nödvändigt att först utreda följande fråga:

6.1 Hur stort inflytande ger FrekL borgenärer att påverka rekonstruktionsförfarandet i förhållande till förinsolvensdirektivet?

Som jag konstaterat ovan är jag av uppfattningen att det finns brister i borgenärsskyddet och borgenärsinflytandet i FrekL.¹⁹⁶ FrekL lider av transparensproblem som enligt mig allvarligt påverkar trovärdigheten för rekonstruktionsförfarandet genom att det är svårt för borgenärerna att bedöma huruvida en påbörjad rekonstruktion bör fortlöpa eller avbrytas. Med tanke på att borgenärerna inte har rätt att rösta om rekonstruktionsplanen utan endast yttra sig kring denna är trycket på gäldenären och rekonstruktören att upprätta en väl genomtänkt plan lägre än det hade varit om rekonstruktionsplanen skulle godkännas och fastställas i domstol. FrekL skiljer sig på den punkten från förinsolvensdirektivet. Med tanke på att rekonstruktionsplanen utgör grunden för företagsrekonstruktionen och kompassen för vilken riktning gäldenärföretaget ska ta för att

¹⁹⁶ Se avsnitt 2.8 ovan.

rekonstruktionen ska lyckas, är det i min mening rimligt att borgenärerna, som onekligen påverkas av rekonstruktionen, medverkar i processen.

Igenom uppsatsen har det upprepats att rekonstruktionsförfarandet till sin natur innebär ett ingrepp i borgenärernas rättigheter som avstiger från det ordinarie rättsförhållande som finns borgenär och gäldenär emellan. Det är då enligt mig fundamentalt för rättssäkerheten att de borgenärer vars rättigheter huvudsakligen påverkas av en företagsrekonstruktion har insyn och i gäldenärsbolagets ekonomi och därmed kan fatta ett rationellt beslut kring medverkan i rekonstruktionsplanens antagande.

Som framgått tidigare i uppsatsen har utgångspunkten för svensk rekonstruktionslagstiftning legat i 3 huvudsakliga perspektiv. Ett borgenärsinriktat perspektiv, ett gäldenärsinriktat perspektiv och ett samhällsinriktat perspektiv. I det borgenärsinriktade perspektivet presenteras ett antal regler som är centrala för borgenärsskyddet enligt svensk rätt. Det som har blivit tydligt vid studerande av FrekL är att det finns en tydlig skiljelinje mellan ägare och borgenär. Framförallt går skiljelinjen i svensk rätt mellan oprioriterade borgenärer och ägarna. Detta eftersom prioriterade borgenärer enligt svensk rätt inte deltar i ackordsförhandlingarna och därmed inte heller omfattas av ett ackord. I praktiken innebär det att oprioriterade borgenärer bär företagsrekonstruktionen på sina axlar genom nedsättning av sina fordringar, samtidigt som gäldenärsföretaget inte i någon grad befrias från de fordringar som prioriterade borgenärer har. Enligt mig skulle detta kunna vara en viss förklaring till att antalet företagsrekonstruktioner som lyckas är lågt. Skuldbördan ligger kvar på oförändrad nivå avseende de fordringar som är prioriterade, vilket kan få som följd att skuldbördan inte minskar tillräckligt för att gäldenärsföretaget ska överleva. Syftet är som nämnt tidigare att fordringar med prioritet ska ges betalt till fullo. Även om det förvisso får anses vara förenligt med den generella förmånsrättsordning som råder i svensk rätt skiljer det sig också på ett signifikant sätt från hur lagstiftningar i andra länder ser ut, där alla borgenärer deltar i ackordsförhandlingarna och omfattas av ett eventuellt ackord genom att

rekonstruktionsplanen blir bindande för alla parter. I den delen kommer det således krävas en förändring av FrekL för att uppnå de krav förinsolvensdirektivet ställer på rekonstruktionsplanen och att samtliga borgenärer ska delta i rekonstruktionsförfarandet. Vad som framgår av det svenska regelverket är att det inte går att behandla borgenärskollektivet som en enhetlig grupp med liknande intressen. Vad borgenärerna kommer ställas inför är en värdering av hur stor utdelning de kan komma att få vid en eventuell konkurs kontra vid en lyckad rekonstruktion av gäldenärsföretaget. Det går även att tänka sig ett scenario där företagsrekonstruktion inleds men misslyckas och gäldenärsföretaget går i konkurs. Särskilt problematiskt blir den svenska ordningen när borgenärer med säkerhetsunderlag som inte täcker hela fordran deltar i ackordsförhandlingarna och sedermera omröstningen. Här uppstår nämligen en konflikt mellan dessa borgenärer och övriga borgenärer. Konflikten riskerar uppkomma av den anledning att intresset för fortsatt verksamhet kan variera mellan olika borgenärer.

6.2 Hur ska en borgenär som har en fordran som det endast delvis finns säkerhet för behandlas vid klassindelning enligt förinsolvensdirektivet?

I koppling till den konflikt borgenärer emellan som beskrivits ovan kommer teorin om klassindelning och klassöverskridande tvångsackord in. Frågan som uppstår är huruvida klassindelning och klassöverskridande tvångsackord kan råda bot på den problematik som ställts upp ovan. Klassindelningen i det allra mest fundamentala bygger på att borgenärer delas in i klasser utifrån vissa särskilda intressen. Vid en applicering på förhållandet i 6.1 skulle det i det minsta innebära att prioriterade och oprioriterade borgenärer behandlades i olika klasser liksom de tekniskt sätt redan gör i svensk rätt idag. En ordning där lagstiftaren kräver fler kategorier än dessa två kommer också ställa högre krav på domstolarna att avgöra vilka borgenärer som har intressen som är så pass lika att de med fördel kan placeras i samma grupp. Ett misslyckande på denna punkt riskerar också att leda till en situation där vissa borgenärer kan

tänkas rösta på ett sätt som den specifika borgenärskategorin inte rimligtvis kan tänkas acceptera. Det vill säga att omröstningen ger en skev bild av det verkliga borgenärsintresset i den givna gruppen.¹⁹⁷ Det kommer ställa stora krav på domstolarna att avgöra om klassbildning skett på ett sätt som gör att det verkliga borgenärsintresset finns representerat i gruppen. Mot bakgrund av vad regeringen uttalat i frågan kommer denna konflikt ställa krav på utredaren att ta ställning till hur förinsolvensdirektivet i denna del kan implementeras i svensk rätt på ett sätt som är rättssäkert och ändamålsenligt.¹⁹⁸

Det enkla svaret på frågan är att en sådan borgenär kan komma att behandlas i två klasser samtidigt. Det i sig innebär inte någon väsentlig skillnad gentemot rådande svensk rätt. Redan nu behandlas en borgenär med intressen som prioriterad och oprioriterad borgenär i olika klasser. Som noterats ovan utgör regeln i direktivet endast ett ”bör” och inte ett ”ska”. Det betyder att det kommer vara möjligt för lagstiftaren att avvika från den ordning som gäller idag och fastställa att en sådan fordran inte ska delas upp i en oprioriterad del och en prioriterad del.¹⁹⁹ En sådan ordning får dock anses främmande för svenskt vidkommande. Ur ett likhetsperspektiv synes det märkligt att en borgenär som objektivt har intresse som överensstämmer med andra borgenärer som också är oprioriterade inte skulle få bevaka sin rätt i denna del vid antagningsprocessen. Dock menar jag att det här även finns en ändamålsaspekt som måste tas hänsyn till. Förinsolvensdirektivet ställer krav på att klassindelning ska ske på verifierbara grunder med syftet att antalet godkända rekonstruktionsplaner ska öka när det finns en tydligare bild över det samlade borgenärsintresset. Även om en borgenär med en uppdelad fordran teoretiskt har samma intresse som övriga oprioriterade borgenärer avseende den oprioriterade delen av fordran går det inte att utesluta att en sådan borgenär även väger in den prioriterade delen av fordran vid omröstningen. Det finns en risk att det snedvrider röstningsresultatet och ger

¹⁹⁷ Jfr avsnitt 5.3 ovan

¹⁹⁸ Jfr avsnitt 4.1 ovan.

¹⁹⁹ Se avsnitt 5.2.2 ovan

en felaktig bild av intresset i gruppen. Det är visserligen ett problem som redan finns i svensk rätt idag. Lagstiftaren får därför en möjlighet att utforma implementeringen av direktivet på ett sätt som kan mildra denna effekt. Ett exempel skulle kunna vara att oprioriterade fordringar av detta slag behandlas i en klass separat från andra oprioriterade fordringar. Principiellt förordar jag en sådan lösning oavsett om lagstiftaren väljer att tillämpa APR eller RPR. En sådan lösning kan vidare motiveras med att gäldenären ges en bättre översikt över det samlade borgenärskollektivet vilket enligt mig kan bidra till att rekonstruktionsplanen bättre kan anpassas efter de olika intressen borgenärerna har i rekonstruktionsplanen. Fördelen med det är att sannolikheten för konsensusbaserade rekonstruktionsplaner kan öka

6.3 Hur förhåller sig de borgenärsskyddsregler förinsolvensdirektivet förespråkar till borgenärsskyddsreglerna vid offentligt ackord enligt FrekL?

Oavsett hur ett ackord är utformat innebär det per definition ett ingripande i ett intresse en borgenär har i ett gäldenärsföretag. Vid utformandet av ackordsregler ställs borgenärernas intresse mot gäldenärsintresset. I kontexten finns också ett starkt gemensamt samhällsintresse av att livskraftiga företag inte likvideras med värdeförstöring och förlorade arbetstillfällen som följd. Samtidigt måste det finnas skyddsregler som ser till att borgenärernas ställning inte blir så svag att kreditmarknaden snedvrids på grund av investeringsrisken är alltför hög, alternativt betraktas som så oförståeliga att förutsebarheten rubbas. Dessa intressen ska vägas mot varandra och tillsammans ge upphov till regler som i någon mån kan tillvarata dessa samlade intressen utan att regelverket blir så strikt att det blir svårt att effektivt genomföra en företagsrekonstruktion.

Borgenärsskyddsreglerna vid offentligt ackord kan inte direkt jämföras med borgenärsskyddsreglerna i förinsolvensdirektivet därför att de helt enkelt opererar i olika system. I den mån de kan direkt jämföras är det bara i den mån EU BIT är tillämplig på förfarandet, det vill säga när en majoritet av borgenärerna i varje klass röstat för den rekonstruktionsplan som föreslagits. De borgenärer som röstar mot rekonstruktionsplanen kommer åtminstone vara garanterade vad de minst hade fått ut vid en konkurs. Det torde erbjuda enskilda borgenärer som inte samtycker till rekonstruktionsplanen eftersom de annars kan gå till domstol och begära få gäldenärsverksamheten värderad på grund av att rekonstruktionsplanen inte klarar BIT. Eftersom ett sådant förfarande lär vara dyrt och tidsineffektivt torde det vara i såväl gäldenärens som borgenärernas intresse att undvika ett sådant förfarande. BIT kan på det sättet stimulera rekonstruktionsplaner baserade på konsensus.

Eftersom det svenska systemet, som konstaterat ovan, saknar ett distinkt klassförfarande där en klass kan påtvinga en klass borgenärer där majoritet inte finns för antagande av rekonstruktionsplanen kan inte de alternativa borgenärsskyddsregler som presenteras i art. 11 i större utsträckning jämföras med svensk rätt.

När direktivförslaget presenterades av EU-kommissionen låg ett förslag på bordet. Det huvudsakliga borgenärsskyddet vid tvångsackord bestod i en kombination av ett test (BIT) och en prioritetsregel (APR). Detta är en beprövad kombination som har sina för och nackdelar. Den absolut främsta fördelen med regeln är i min mening inte regelns utformning, utan det faktum att det är en regel som är relativt enkel att förstå och förhålla sig till. Med tanke på att regeln är helt och hållet vertikal och följer en struktur som går att känna igen från andra delar av insolvensrätten, torde ett införande av APR vara tämligen okontroversiellt. Som tidigare påpekat instämmer jag dock till viss del i den kritik Möller och Madaus riktat mot APR. Risken för hold-out situationer måste beaktas av medlemsstater med en stark förmånsrättsordning. Med hänvisning till FRL vill jag sälla Sverige till den skalan. På det sättet riskerar APR att bli så strikt att rekonstruktioner blir svåra

att genomföra, möjligtvis till förmån för prioriterade borgenärer men utan tvekan till nackdel för gäldenären och oprioriterade borgenärer. För svenskt vidkommande kan det därför bli intressant att ordentligt utreda vad införandet av RPR kan innebära för svenskt vidkommande. Det går att tänka sig att RPR kan vara önskvärt utifrån det perspektiv som diskuterats ovan, nämligen att flexibilitet erbjuds och att samarbete under processen gynnas genom att utdelningen kan fördelas mer rättvist så att alla parter som deltagit i processen också får del av rekonstruktionsöverskottet. Däremot är jag enig med De Weijs m.fl. att det finns en risk att förhållandet mellan borgenärer och gäldenären snedvrids på grund av att ägarna gynnas på bekostnad av borgenärerna. Diskussionen påminner om den kritik som riktats mot den rådande omvända prioritetsordningen i svensk rätt. I det följande innebär det också, i likhet med vad som konstaterats av bland annat Lindskog, De Weijs m.fl. och så vidare att den ekonomiska grundprincip (som Lindskog beskriver det) försvinner när värde fördelas nedåt i förmånsrättsordningen utan att högre rankade borgenärer till fullo fått täckning för sina fordringar. Det är inte utan oro att en sådan oro leder till fortsatt lågt förtroende för rekonstruktionsförfarandet på den punkten. Risken med ett införande av RPR är att den ordningen förstärks.²⁰⁰ Samtidigt är det viktigt att komma ihåg att varje tillämpning av RPR måste föregås av en tillämpning av BIT. Den ”snedvridning” av rekonstruktionsöverskottet som diskuterats ovan kan givetvis mildras betänkligt av att rekonstruktionsplanen måste klara BIT innan rekonstruktionsplanen kan antas inom ramen för ett klassöverskridande tvångsackord. Därmed är borgenärerna till viss del redan skyddade till det värde de potentiellt hade fått ut vid en konkurs.

Ett problem med detta är dock att det förutsätter en värdering av gäldenärens verksamhet. En värdering för alltid med sig risken att resultatet blir omdiskuterat av de berörda parterna. Resultatet kan bli att processen drar ut på tiden och att rekonstruktionen försvåras. En annan nackdel är att det åligger domstolen att göra värderingen om någon berörd part motsäger sig

²⁰⁰ Jfr ovan avsnitt 5.4 och 3.3.2.

resultatet av BIT som görs inom ramen för rekonstruktionsplanen. Det innebär att domstolen ställs inför svåra värderingsfrågor som i sin tur kan sätta stor press på domstolssystemet, särskilt när det som i dagsläget inte finns tydliga ramar för hur värdering ska ske. Som Seymour, Schwarcz och Madaus har poängterat finns det dock en positiv aspekt i att berörda parter i större utsträckning kan komma att arbeta för att nå en konsensusbaserad rekonstruktionsplan i syfte att förhindra den extra kostnad och tid som en värdering innebär. Detta talar i min mening också emot att hold-out beteende riskerar att bli särskilt omfattande under APR.

Som konstaterat inledningsvis kommer lagstiftaren ställas inför svåra frågor vid implementering av direktivet. Jag ser direktivet som en möjlighet att på allvar förändra svensk rekonstruktionsrätt och effektivisera förfarandet nämnvärt med införandet av klassöverskridande tvångsackord. Lagstiftaren står inför en svår avvägning inför valet mellan APR och RPR. Båda regler har sina tydliga för och nackdelar. När direktivet väl ska införlivas i svensk rätt är det min uppfattning att så borde ske på basis av APR. Med tanke på den debatt som rasat kring en omvänd förmånsrättsordning i FrekL tror jag att det kan bli svårsmält att införa en prioritetsregel som i större grad ska bygga på insats snarare än regelrätt prioritet. Dessutom ska det konstateras att en regel motsvarande RPR är helt ny. Därför är det inte möjligt att säga exakt hur en sådan regel kommer att fungera i verkligheten och om den kommer bidra till ökad flexibilitet eller om regeln kommer innebära att förutsebarheten i förfarandet blir oacceptabelt låg på grund av det inte går att förutse hur en fördelning enligt RPR ska se ut. Som konstaterat ovan finns det inga riktlinjer i direktivet för hur tillämpning ska gå till. Ett införande av RPR i detta läge anser jag därför vara riskabelt. Det kan knappast vara önskvärt att i samma veva som större förändringar som klassöverskridande tvångsackord introduceras, introducera en prioritetsordning där utfallet för en borgenärsgroup som inte samtycker till rekonstruktionsplanen inte kan förutses på förhand. Jag är därför av åsikten att lagstiftaren bör följa förslaget till direktivet och tillämpa den ordning som är mest bekant i svensk rätt, nämligen APR.

6.3 Avslutande sammanfattning

När frågeställningarna nu diskuterats ovan går det att få en helhetsbild över vad förinsolvensdirektivet kan komma att få för effekt på det svenska rekonstruktionsförfarandet och hur lagstiftningen kan komma att utformas framgent. Företagsrekonstruktion är i grunden en komplex process som ställer stora krav på lagstiftningen som har flera perspektiv att ta hänsyn till. Samtidigt ska lagstiftningen vara anpassad att kunna tillämpas i vitt skilda situationer. Det är således oundvikligt att problem uppkommer vid lagstiftning och vid tillämpning i praktiken. Det är min åsikt att förinsolvensdirektivet kommer leda till ett rekonstruktionsförfarande som i vissa delar skiljer sig från dagen rekonstruktionsförfarande. I min mening kommer förinsolvensdirektivet, i den mån som legat inom ramen för uppsatsen, avhjälpa vissa av de brister som finns i nuvarande svensk rekonstruktionslagstiftning.

Källförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Propositioner

Prop. 1995/96:5 Lag om företagsrekonstruktion

Statens offentliga utredningar

SOU 1992:113 Lag om företagsrekonstruktion: slutbetänkande

SOU 2010:2 Ett samlat insolvensförfarande

SOU 2016:72 Entreprenörskapsutredningen

Kommittédirektiv

Dir. 1988:52 Utredning av vissa konkursrättsliga frågor

Dir. 2019:60 Nya regler om företagsrekonstruktion

Övrigt offentligt tryck

DsA 1979:7 Betalningsinställelse och rådrumsstöd

SIND 1985:7 Konkursutredningen, Statens industriverk, Stockholm 1985

Europeiska unionen

Europeiska Kommissionen

Europeiska kommissionen, *Förslag till Europaparlamentet och rådets direktiv om ramar för förebyggande omstrukturering, en andra chans och åtgärder för att göra förfaranden för omstrukturering, insolvens och skuldavskrivning effektivare och om ändring av direktiv 2012/30/EU. KOM(2016)723 Slutlig.*

Europeiska kommissionen, *Kommissionens rekommendation C(2014)135 av den 12 mars 2014 om en ny strategi för att hantera konkurs och insolvens.*

Europeiska kommissionen, *Commission staff working document. Executive summary of the impact assessment accompanying the document Proposal for a directive of the European Parliament and the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU.* SWD (2016)358

Litteratur

Baird, Douglas, *Priority matters: Absolute priority, relative priority and the costs of bankruptcy*, University of Pennsylvania Law Review vol. 165 no. 4, 2017.

Becker, Bo, *The EU's insolvency reform: Right direction, not enough, and important issues left unaddressed*, VOX, 2019. URL: <https://voxeu.org/article/eu-s-insolvency-reform>

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 6 u., Norstedts juridik, Stockholm, 2018.

De Weijts, Rolef, Jonkers, Aart & Malakotipour, Maryam, *The imminent distortion of European insolvency law: How the European Union erodes the basic fabric of private law by allowing 'relative priority' (RPR)*, SSRN, 2019.

Eidenmüller, Horst, *Contracting for a European insolvency regime*, Springer, 2017.

Hellners, Tryggve & Mellqvist, Mikael, *Lagen om företagsrekonstruktion: en kommentar*, 2 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2013.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011

Karlsson-Tuula, Marie (red.), *Värdering av tillgångar vid insolvens*, 1 u., Studentlitteratur, Lund, 2019.

Karlsson-Tuula, Marie & Persson, Annina H, *Företagsrekonstruktion: i teori och praktik*, 3 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Studentlitteratur, Lund, s. 21- 46, 2018.

Lindskog, Stefan, *Företagsrekonstruktion – föreställningar och verklighet*, Insolvensrättsligt forum, 2003.

Lindskog, Stefan, *Rekonstruktion eller konkurs*, Det 33. Nordiske juristmøte i København, 1993.

Mennens, Anne, *Puzzling priorities: Harmonisation of European Preventive Restructuring Frameworks*, University of Oxford, 2019

Madaus, Stephan, *Is the EU RPR right for your jurisdiction?*

Payne, Jennifer, *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation*, 1 u., Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Fritze, Stockholm, 1995.

Reichel, Jane, 'EU-rättslig metod', i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, s. 109-142, 2018.

Seymour, Jonathan & Schwarcz, Steven, *Corporate Restructuring under Relative and Absolute Priority Default Rules: A Comparative Assessment*, 2019, SSRN: <https://ssrn.com/ab-stract=3498611>

Staghellini, Lorenzo, Mokal, Riz, Paulus, Christoph & Tirado, Ignacio, *Best Practices in European Restructuring – Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2018.

Tollenaar, Nicholas, *Pre-insolvency Proceedings – A Normative Foundation and Framework*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

Tuula, Marie, *Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar – en jämförelse i svensk och amerikansk insolvensrätt*, 2 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2001.

Van Calster, Geert, *European Private International Law*, 2 u., Hart Publishing, Oxford, 2016.

Wessels, Bob & Madaus, Stephan, *Instrument of the European Law Institute – Rescue of Business in Insolvency Law*, European Law Institute, Wien, 2017.

Rättsfall

Europeiska unionens domstol

C-26/62 Van Gend & Loos

C-129/96 Inter-Environnement Wallonie

US Supreme Court

Czyzewski v. Jevic Holding Corp., 137 S. Ct. 973

Elektroniska källor

Advokatfirman Cirio – EU ger krisande företag en andra chans – Vad innebär det nya förinsolvensdirektivet? URL:

https://cirio.se/assets/uploads/files/Nyhetsbrev-fran-Cirios-insolvensgrupp-Juli-2019a.pdf?v_id=dW5kZWZpbmVkVXVuZGVmaW5lZFMxMDAyMw==&upls=VVBNLjA=

Tillväxtanalys - Konkurer och offentliga ackord 2018.

<https://www.tillvaxtanalys.se/publikationer/statistik/statistikserien/2019-03-28-konkurser-och-offentliga-ackord-2018.html> Hämtad: 2020-04-02.

Övriga källor

Remissvar

Advokatsamfundets remissvar R-2016/2467 till Ju2016/08869/L2

Riksbankens remissvar 2016-00917 till Ju2016/08869/L2

Skatteverkets remissvar 131 569805-16/112 till Ju2016/08869/L

Svenskt Näringslivs remissvar 270/2016 till Ju2016/08869/L2

Uppsala universitetens remissvar JURFAK 2017/6 till Ju2016/08869/L2