



UPPSALA
UNIVERSITET

Remissyttrande
2017-01-31
UFV 2016/1839

Näringsdepartementet

Betänkandet Entreprenörskap i det tjugoförsta århundrandet (SOU 2016:72)

Övergripande synpunkter på aktuellt reformarbete inom rekonstruktionsrätten

Under senare år har behovet av internationell harmonisering av insolvensrätten lyfts fram i olika sammanhang, inte minst i efterdyningarna av den senaste globala ekonomiska krisen och de problem som bristen på materiell regelsamordning då uppdagade.

I närområdet kom detta att resultera i tillskapandet av det Nordisk-baltiska insolvensnätverket. I detta nätverks regi har ett antal ledande praktiker och teoretiker inom svensk, norsk, dansk, finsk, estnisk, litauisk och lettisk insolvensrätt under de senaste fem åren regelbundet mötts för att diskutera textutkast med föreslagna regler och principer för flertalet delområden av rekonstruktions- och konkursrätten. Ledstjärnan för diskussionerna och regelformulerandet har då inte i första hand varit nätverkslänternas befintliga regleringar, utan att kunna enas bakom harmoniserade regler av god kvalitet baserade på "best practices and earned expertise" i ett bredare internationellt perspektiv. Arbetet har i september 2016 resulterat i publicering av "Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law" i slutlig version.

Nätverkets fokus har primärt legat på rekonstruktionsrätten. Bakgrunden till det är att de iblandade ländernas rekonstruktionslagar under de senaste 25-30 åren tagits fram utan nämnvärt beaktande av grannlänternas motsvarande regleringar eller reformprojekt, vilket resulterat i en tämligen splittrad regelbild redan inom den nordiska rättsfären. I ljuset av detta kan nätverkets rekommendationer rörande rekonstruktion

ses som ett kvalificerat försök att i efterhand åstadkomma och uppdatera harmoniserade regler med det övergripande ändamålet att understödja handel, effektiv kreditgivning och ett gynnsamt investeringsklimat i regionen.

Inom EU har de insolvensrättsliga harmoniseringssträvandena resulterat i att kommissionen den 22 november 2016 adopterat ett förslag till direktiv rörande rekonstruktion m.m. Förslaget ligger i det väsentliga i linje med de Nordisk-baltiska rekommendationerna, vilket inte är någon tillfällighet då nätverket varit representerat i den särskilda expertgrupp som varit kommissionen behjälplig i direktivarbetet, parat med att nätverket generellt strävat efter att utforma sina rekommendationer i överensstämmelse med ledande utländska och internationella regelverk.

Uppsala universitet ser det som väsentligt att reformeringen av svensk rekonstruktionsrätt både i sak och administrativt koordineras med de nämnda internationella harmoniseringsprojekten. I detaljkommentarerna nedan anger universitetet i förekommande fall i vad mån Entreprenörskapsutredningens förslag kan anses godtagbara i detta avseende.

Tilläggas ska att utredningens förslag rörande företagsrekonstruktion är tämligen omfattande och att universitetets yttrande inte gör anspråk på att täcka alla delar av det.

Företrädaransvaret contra ett generellt insolvensbaserat styrelseansvar

Entreprenörskapsutredningen har inte haft någon praktiskt möjlighet att lägga fram förslag om hur det skatterättsliga ställföreträdaransvaret bör ändras, men föreslår att en särskild utredning tillsätts för ändamålet och betonar vikten av detta.

Uppsala universitet instämmer i utredningens förslag i denna del.

I sammanhanget bör uppmärksammas att generella regler om styrelseplikter och styrelseansvar vid fortsatt drift vid eller i närheten av insolvens i internationella sammanhang ofta har lyfts fram som ett medel som kan bidra till att krisföretag söker rekonstruktion i tid och att styrelsen i sådana företag får incitament att minimera borgenärernas förluster. Uttryckliga regler om detta föreslås följaktligen i både de Nordisk-baltiska rekommendationerna (Chapter II: Representative's liability due to the continued operations of insolvent companies) och EU-

kommissionens direktivförslag (Chapter 5: Duties of the directors in connection with negotiations on a preventive restructuring plan).

Entreprenörskapsutredningen har, såvitt framgår av betänkandet, inte övervägt några motsvarande lagregler för svensk del.

Universitetet gör bedömningen att Sverige vid ett kommande genomförande av EU-direktivet (i dess nuvarande utformning) inte kan låta nöja sig med nuvarande ansvarsregler i 59 kap. 12–15 §§ skatteförfarandelagen och 25 kap. 13–17 §§ aktiebolagslagen, utan torde bli skyldigt att se till att vi har mera generella insolvensbaserade ansvarsregler. En viktig fråga att ta ställning blir då om de särskilda svenska skatte- och bolagsrättsliga ansvarsreglerna, som ju inte baseras på insolvens (eller ens sannolikhet för insolvens), ska tas bort eller på något sätt samspela med insolvensbaserade ansvarsregler (jfr section II:2 in fine i det Nordisk-baltiska regelverket).

Förslag rörande rekonstruktören

Betänkandet innehåller flera förslag som på olika sätt anknyter till rekonstruktören. Universitetet väljer att kommentera dem ett i taget:

(1) Redovisning av hörda borgenärens inställning till rekonstruktörsförslag

Utredningen föreslår att en ansökan om företagsrekonstruktion ska innehålla uppgifter om vilka borgenärer som har kontaktats med anledning av förslaget till rekonstruktör, hur dessa borgenärer är berörda och om de har något att erinra mot förslaget.

Uppsala universitet ställer sig inte bakom detta förslag. Även om det inte innefattar ett regelrätt krav på att någon eller några borgenärer eller borgenärsgrupper ska ha samtyckt till förslaget till rekonstruktör, formaliserar det underhandskontakter med enskilda borgenärer innan ansökan skett på ett sätt som kan skapa problem i flera avseenden.

Till en början kan det uppkomma sekretessproblem i relation till borgenärer som inte önskar att deras uppfattning om den föreslagna personen blir offentlig i ansökningsärendet, men om inte alla tillfrågade borgenärer blir skyldiga att få sin inställning redovisad kan domstolen å andra sidan lätt ges en missvisande bild av stödet för förslaget. Att ge den blivande rekonstruktions-

gäldenären incitament att kontakta olika borgenärer innan ansökan lämnas in medför vidare en ökad risk för att borgenärer som önskar skydda sig mot rekonstruktionens rättsverkningar (som betalningsinställelse, exekutionsförbud och hävningshinder) skyndar sig att stoppa leveranser, häva avtal och/eller kräva kontant betalning eller särskild säkerhet, vilket kan omintetgöra eller väsentligt försvåra den tilltänkta rekonstruktionen. Och att utvidga exempelvis hävningshindret i nuvarande 2 kap. 20 § FRekL individuellt till den tidpunkt före ansökan då en eller flera borgenärer under hand har blivit tillfrågade ter sig knappast tillrådligt.

Någon motsvarighet till utredningens förslag i denna del finns inte i Nordisk-baltiska nätverkets eller EU-kommissionens förslag. I det förstnämnda sägs i följande, vilket enligt universitetet har bäring också i detta sammanhang (section I:18):

Notwithstanding that the major creditors' trust is normally essential for a successful reorganisation with the debtor at the helm, a formal requirement that the application or the preliminary plan must be supported by certain creditors or a certain portion of the creditors should not be imposed.

Neither should it be required that the application has been communicated to the creditors before being submitted, nor should there be any communication about the application by the court before the commencement decision has been made. In this regard, the early creditors' meeting described in section I:15 should be sufficient in order to satisfy the interest of the creditors' influence and will provide the court with information as to what degree the debtor and the reorganisation has creditors' support.

I sammanhanget noterar universitetet att såväl de Nordisk-baltiska rekommendationerna som EU-kommissionens direktivförslag innehåller regler som i förhållande till gällande svensk rekonstruktionsrätt synes skärpa kraven i fråga om rekonstruktörens utseende, entledigande, kvalifikationer och oberoende (se sections XI:4-9 resp. Articles 25-26). För universitetet framstår det som naturligt att man för svensk del i första hand söker strama upp reglerna i 2 kap. 11 § FRekL i enlighet med detta.

(2) Synnerliga skäl för fler än en rekonstruktör

Utredningen föreslår att ribban för att utse fler än en rekonstruktör höjs från "särskilda" till "synnerliga" skäl.

Universitetet har inget att erinra mot detta förslag.

(3) Ytterligare kategorier offentliganställda får inte vara rekonstruktörer

Utredningen föreslår att inte bara anställda vid domstol och Kronofogdemyndigheten utan även anställda vid Skatteverket och den som arbetar med lönegarantifrågor vid länsstyrelse ska vara diskvalificerade från att vara rekonstruktör.

Universitetet har inget att invända mot detta.

(4) Förbud för rekonstruktören att sätta annan i sitt ställe

Med anledning av förekommande missbruk av rekonstruktörskapet föreslår utredningen att det införs en uttrycklig bestämmelse i 2 kap. 11 § FReKL som säger att rekonstruktören vid fullgörande av sitt uppdrag inte får sätta annan i sitt ställe.

Universitetet anser att den föreslagna bestämmelsen uttrycker något som naturligtvis redan gäller för både rekonstruktörer och konkursförvaltare. Om det av rent praktiska skäl anses finnas behov av en uttrycklig föreskrift torde det dock inte medföra några komplikationer. Till undvikande av motsatslut bör en motsvarande bestämmelse då för säkerhets skull tas in i konkurslagen.

(5) Obligatorisk domstolsprövning av rekonstruktörens arvode

Utredningen föreslår att rekonstruktörens rätt till ersättning i rekonstruktionsärendet inte bara ska prövas av rätten då det begärs av rekonstruktören, gäldenären eller en ackordsborgenär, utan alltid.

Universitetet ställer sig bakom förslaget.

(6) Rekonstruktörens skadeståndsansvar

Utredningen föreslår att det i 4 kap. FReKL införs uttryckliga regler om rekonstruktörens skadeståndsansvar vid fullgörandet av uppdraget. Förslaget är i sak detsamma som Insolvensutredningen lagt fram i betänkandet SOU 2010:2.

Universitetet noterar att förslaget också har sin motsvarighet i de Nordisk-baltiska rekommendationerna (section XI:12), utom i det att rekonstruktören enligt rekommendationerna utöver

skador på gäldenären eller en borgenär där också svarar för skador på tredje man enligt den s.k. normskyddsläran.

Eftersom tredjemansskadorna inte heller är uttryckligen reglerade i 17 kap. konkurslagen utan även där följer av en oskriven skadeståndsrättslig princip, och det inte torde vara aktuellt att kodifiera denna vid konkurs, ter det sig följdriktigt att inte heller reglera dessa skador i 4 kap. FRekL.

Universitetet har därmed inget att erinra mot förslaget.

Skärpta krav för att inleda rekonstruktion

Betänkandet innehåller ett par förslag som avser att höja kraven för att få inleda rekonstruktionsförfarandet.

(1) Krav på likviditetsbudget i ansökan

Utredningen föreslår att ansökan ska innehålla en likviditetsbudget för en rekonstruktionsperiod om tre månader, om det inte föreligger särskilda skäl att acceptera en kortare period. Saknas tid och är det avgörande att rekonstruktion omgående inleds, får en likviditetsbudget inlämnas i efterhand.

Uppsala universitet anser allmänt sett att det är värdefullt att det i rekonstruktionslagen tydliggörs att en rekonstruktion inte ska bedrivas på nytillkomna borgenärens bekostnad och att gäldenären därför har eller måste kunna skaffa fram sådan likviditet som krävs för betalning av alla nya skulder.

Universitetet är däremot inte övertygat om att ett formellt krav på likviditetsbudget är det lagtekniskt bästa verktyget för att hjälpa domstolarna att sortera bort de rekonstruktioner som på grund av bristande likviditet inte bör inledas och som bör avbrytas om illikviditet efter en tid uppkommer. I princip bör det vara ovidkommande på vilket sätt tillräcklig likviditet för betalning av ny gäld kan göras sannolik, samtidigt som ett formellt krav som inte är ihopkopplad med den underliggande materiella regeln riskerar att bli en formalitet som lätt kringgås.

Som jämförelse kan nämnas att den finska rekonstruktionslagen föreskriver att förfarandet inte kan inledas – och på yrkande av rekonstruktören, en borgenär eller gäldenären ska upphöra – om ”det är sannolikt att gäldenären inte förmår betala skulder som uppkommer efter att förfarandet inletts” (7 § lagen om företags-sanering).

En liknande reglering har man enats om i de Nordisk-baltiska rekommendationerna (section I:12 andra stycket):

A reorganisation should not be commenced and should be set aside if it is likely that the debtor will not be able to pay all post-commencement claims.

Som komplettering till detta kräver rekommendationerna (section I:14) att:

(T)he applicant must make it probable that a reorganisation can be carried out in compliance with applicable rules. This requirement should be subject to a real case review regardless of how the proceedings have been initiated. The review should primarily be based on a preliminary reorganisation plan which should be included or accompany the application.

Tilläggas kan att kravet på att en rekonstruktion ska kunna genomföras ”in compliance with applicable rules” innefattar att samtliga skulder som kan förväntas uppkomma under förfarandet kan betalas på förfallodagen.

(2) Höjt beviskrav för att inleda förfarandet

Utredningen föreslår att skrivningen ”det saknas skälig anledning” i 2 kap. 6 § andra stycket FRekL omformuleras till ”det finns grundad anledning”.

Universitetet har inget att invända mot detta förslag.

Beslut om upphörande efter första borgenärssammanträdet

Utredningen föreslår att det införs en ny bestämmelse som anger att rätten efter ett borgenärssammanträde enligt 2 kap. 16 § FRekL ska besluta att rekonstruktionen ska upphöra, om syftet med förfarandet inte kan antas bli uppnått.

Universitetet ställer sig oreserverat bakom detta förslag, som har sin motsvarighet i de Nordisk-baltiska rekommendationerna men i svensk rätt är behövt i ljuset av att ett beslut om upphörande på den aktuella grunden enligt 4 kap. 7 § första stycket tredje punkten FRekL förutsätter en begäran av rekonstruktören eller en borgenär.

Koncentration av rekonstruktionsärenden till vissa tingsrätter

Utredningens förslag i denna del rör en av de allra viktigaste frågorna inom inte bara rekonstruktionsrätten utan i princip hela den kommersiella insolvensrätten med anknytande rättsområden, nämligen om domstolens kompetens och specialisering. Den har under senare år diskuterats flitigt i internationella fora och anses idag vara en nyckelfråga särskilt i samband med att allt fler länder är i färd med att införa nya och komplexa regler om domstolsfastställda rekonstruktionsplaner efter amerikansk förebild.

Frågan om domstolens kompetens har tagits upp i såväl de Nordisk-baltiska rekommendationerna som EU-kommissionens direktivförslag.

De förra innehåller följande rekommendationer (sections XI:13-14):

Insolvency proceedings, as well as other cases and matters with strong insolvency law implications, should be handled by insolvency courts, commercial courts with special qualifications in the area of insolvency law, or by a division of a court or certain judges who are specialised in or equipped with special qualifications in insolvency law.

If the qualification requirements in the previous section's conditions cannot be met, the insolvency law should not give the court a central or an active role in the management of liquidation or reorganisation proceedings.

I direktivförslaget föreskrivs följande (Article 24):

Member States shall ensure that the members of the judiciary and administrative authorities dealing with restructuring, insolvency and second chance matters receive initial and further training to a level appropriate to their responsibilities.

Without prejudice to judicial independence and differences in the organisation of the judiciary across the Union, where restructuring, insolvency and second chance matters are dealt with by judicial authorities, Member States shall ensure that these matters are dealt with in an efficient manner which ensures expeditious treatment of the procedures and that the members of the judiciary in charge have the necessary expertise and specialisation.

Uppsala universitet anser att utredningens förslag om rekonstruktionsdomstolar i den fortsatta lagstiftningsprocessen bör hanteras i anslutning till de förestående förhandlingarna och genomförandet av rekonstruktionsdirektivet. Som framgår av detta yttrande är långt ifrån alla de förslag som utredningen lagt fram av denna kaliber, men förslaget rörande domstolarna tillhör utan tvekan denna kategori. I detta remissärende avstår universitetet i övrigt från att uttala sig i domstolsfrågan.

Ändringar i 2 kap. 15 § FRekL

Entreprenörskapsutredningen föreslår i denna del först samma ändringar av 2 kap. 15 § första stycket första punkten FRekL som tidigare föreslagits av Förmånsrättskommittén i SOU 2001:80 och Insolvensutredningen i SOU 2010:2. Universitetet har så långt inget att erinra.

Resterande punkter i första stycket samt andra stycket anser universitetet däremot böra ges en utformning som överensstämmer med lösningarna i de internationellt ledande rekonstruktionsordningarna och de Nordisk-baltiska rekommendationerna (section III:2) och som innebär att den av utredningen föreslagna ogiltighetspåföljden ges en mera nyanserad tillämpning.

Universitetet förespråkar sålunda att gäldenärens behållna rådighet som utgångspunkt bör innebära att denne har rätt utan rekonstruktörens samtycke företa alla slags rättshandlingar inom ramen för normal löpande drift ("ordinary course of business"), *utom* att fullgöra förpliktelser som uppkommit före rekonstruktionsbeslutet och ställa säkerhet för sådana förpliktelser. De rättshandlingar som kräver rekonstruktörens samtycke och kan drabbas av ogiltighet blir då endast fullgörelser och säkerställanden av "gamla" förpliktelser jämte extraordinära rättshandlingar.

Gäldenärens avtal

Entreprenörskapsutredningen föreslår i denna del i allt väsentligt samma regelverk rörande gäldenärens avtal vid rekonstruktion som tidigare föreslagits av Förmånsrättskommittén i SOU 2001:80, Insolvensutredningen i SOU 2010:2 och senast av det Nordisk-baltiska insolvensnätverket inom ramen för sina rekommendationer.

Till skillnad från de tre förslagorna avser Entreprenörskapsutredningens förslag emellertid endast rekonstruktion, medan

något motsvarande regelverk inte föreslås för konkursfallet. Detta är ägnat att förvåna i ljuset av såväl direktivens som utredningens egen övergripande motivering bakom förslaget, nämligen att utjämna de materiella skillnaderna mellan rekonstruktions- och konkursreglerna och minska incitamenten för särintressen att av egoistiska eller taktiska skäl välja det ena förfarandet framför det andra. Skolexemplet är att en part har större möjligheter häva ett avtal vid konkurs än vid rekonstruktion. Om det föreslagna regelverket införs enbart för rekonstruktionsfallet kommer denna snedvridning att öka och regelverket bli än mer konkursdrivande.

Uppsala universitet kan mot denna bakgrund ställa sig bakom förslaget bara under förutsättning att det vidgas till att omfatta gäldenärens avtal vid konkurs. Med hänsyn till de tre förslagorna föreligger här ett så brett och aktuellt beredningsunderlag att reformeringen av detta centrala område av insolvensrätten inte på grund av det ännu en gång behöver skjutas på framtiden.

Utöver det sagda har universitetet följande detaljsynpunkter på förslaget:

- I samtliga tre förslagor har en given rättsföljd av en begäran om fullföljd enligt (motsvarigheterna till) förslagets 2 kap. 20 a § och 20 b § ansetts vara att motpartens fordringar, i den utsträckning som de omfattas fullföljden, ska anses ha uppkommit under rekonstruktionen och därmed *inte omfattas ett offentligt ackord* (se senast section IV:5 tredje stycket i de Nordisk-baltiska rekommendationerna). Att motsvarande rättsföljd följer av gäldenärens förfogande över en mottagen prestation enligt förslagets 2 kap. 20 d § är inte tillräckligt för att ge motparten ett adekvat skydd.
- I samtliga tre förslagor har *motpartens rätt att kvitta* mot den vederlagsfordran som gäldenären får med anledning av sitt val att fullfölja ett avtal avskurits (jfr vid konkurs NJA 1916 s. 154 och 1996 s. 368). Så bör ske även här.
- Bestämmelsen om gäldenärens rätt att utan motpartens samtycke *överlåta avtal* är i förslaget placerad under rubriken Skydd för prestationer som mottas under rekonstruktionen, där den inte hör hemma. Lämpligen placeras bestämmelsen efter förslaget till nuvarande 2 kap. 20 g § under den egna rubriken Gäldenärens rätt att överlåta avtal. – Den föreslagna överlåtelsebestämmelsen synes ha section IV:15-16 i de Nordisk-baltiska

rekommendationerna som förebild. Till skillnad från förebilden saknar förslaget dock de viktiga reglerna om *rättsverkningarna* av en genomförd överlåtelse, vilka inte är självklara. Rekommendationerna ger här följande reglering (i svensk översättning):

Överlåtelsen medför att förvärvaren inträder som avtalspart i gäldenärens ställe. Det innebär att förvärvaren ska fullgöra gäldenärens avtalsenliga skyldigheter i den utsträckning som de omfattas av fullföljdsbeslutet, och att motparten ska utge vederlaget för dessa, medan gäldenärens ansvar upphör vid tidpunkten för överlåtelsen.

- Bestämmelsen i förslagets 2 kap. 20 h § bör delas upp i två stycken eller paragrafer och rätteligen lyda:

Avtalsvillkor som inskränker gäldenärens rätt enligt 20–20 g §§ är utan verkan.

Bestämmelserna om hävningshinder i 20 §, om rätt att fullfölja avtal i 20 § a–c och om rätt att överlåta avtal i 20 g § gäller inte för anställningsavtal. Dessa paragrafer gäller inte heller för en borgenär som innehar finansiella instrument, valuta eller sådana fordringar som avses i 8 kap. 10 § andra stycket konkurslagen som säkerhet.

Separat ackord

Utredningen föreslår nya regler om s.k. separat ackord som i det väsentliga motsvarar ett av Insolvensutredningens förslag i SOU 2010:2.

Uppsala universitet anser att det för särskilt små företag kan finnas ett beaktansvärt behov av att snabbt kunna få till stånd ett offentligt ackord utan att behöva vidta några andra rekonstruktionsåtgärder. Universitetet ställer sig därför i princip bakom förslaget men har avstått från att granska det i detalj.

Utvidgat ackord

Av betänkandets motiveringar framgår att förslaget rörande s.k. utvidgat ackord torde vara avsett att fungera som en förenklad variant av det system med domstolsfastställda rekonstruktionsplaner, som numera får sägas vara den givna utgångspunkten när olika länder reformerar sina rekonstruktions- eller ackordslagstiftningar. Nämnas bör då att även de Nordisk-

baltiska rekommendationerna och kommissionens förslag till rekonstruktionsdirektiv innehåller regler om rekonstruktionsplaner enligt förhärskande modell.

Frågan blir då om de förslagna reglerna om utvidgat ackord har lyckats fånga de huvudsakliga fördelarna med de rekonstruktionsplanerättsliga regelverken. Vid besvarande av denna fråga har universitetet utgått från de framlagda lagförslagen och inte från sådana överväganden eller motivuttalanden som lagförslagen inte återspeglar.

Vad ett utvidgat ackord får avse framgår av förslaget till ändring av 3 kap. 2 § FRekL. Det ska vara fråga om att ”de fordringar som tillkommer de borgenärer som enligt 3 § deltar i ackordsförhandlingen sätts ned eller betalas på närmare angivet sätt.” Så långt föreligger inget som kan liknas vid den innehållsmässiga flexibilitet som kännetecknar en rekonstruktionsplan av modernt snitt.

Samtidigt ska noteras att övriga delar av nuvarande 3 kap. 2 § FRekL saknas, vilket innebär att följande moment tagits bort:

- likabehandlingsprincipen (dvs. att borgenärer som har samma prioritet vid konkurs ges lika rätt),
- kravet på minsta ackordsdividend, inklusive kravet på att denna ska betalas inom ett år efter att ackordet har fastställts,
- tillåtligheten av ackord som innebär att borgenärerna får betalt intill visst belopp,
- tillåtligheten av ackord som endast innebär att gäldenären får anstånd med betalningen eller annan eftergift.

Vad som sticker ut är förstås avskaffandet av likabehandlingsprincipen, som är en grundbult inom insolvensrätten och som inte tagits bort i någon rekonstruktionsordning som universitetet känner till. Samtidigt kan noteras att avskaffandet av åtminstone det sistnämnda momentet, som knappast rymms inom den bevarade huvudregeln, medför minskad flexibilitet i förhållande till gällande rätt.

Vilka borgenärer som deltar i en förhandling om utvidgat ackord framgår av förslagens 3 kap. 3 §. I förhållande till gällande rätt vidgas borgenärskretsen där till att avse samtliga borgenärer vilkas fordringar uppkommit före rekonstruktionsansökan, utom borgenärer som har säkerhet i kvittningsrätt samt efterställda borgenärer. Nytt är framför allt att borgenärer med säkerhet i särskild förmånsrätt, allmän förmånsrätt och återtagande-

förbehåll deltar i omröstningen även om de inte avstår från sin rätt och enligt 3 kap. 7 § därmed också tycks kunna bli bundna av ett fastställt ackord.

Av förslaget till 3 kap. 4 § andra stycket framgår vidare ”borgenärer som åberopar separationsrätt” deltar i omröstningen och således också i princip kan få sin rätt tvångsnedsett genom ackordet. Av andra stycket framgår vidare att omröstningen ska äga rum i röstningsgrupper som indelas efter prioritetsordningen vid konkurs. Denna indelningsgrund överraskar, framför allt därför att poängen med att använda ett system med röstningsgrupper i systemen med rekonstruktionsplaner anses vara att uppnå maximal flexibilitet och möjliggöra kreativa men samtidigt juridiskt bindande uppgörelser inom och mellan olika grupper av borgenärer och aktieägare på ett mera differentierat sätt än vad som kan åstadkommas genom att låta röstningen ske enbart i enlighet med prioritetsordningen vid konkurs. Ett viktigt moment häri är att olika grupper och undergrupper av intressenter med stöd av värderingar av företagets rörelse och dess tillgångar kan tilldelas olika slags tillgångar (pengar, aktier eller andra icke-monetära tillgångar). I utredningens lagförslag ges ingen regel som anger att något sådant skulle vara möjligt i ett utvidgat ackord. Skrivningen i 3 kap. 2 § om ”betalning på närmare angivet sätt” skulle i och för sig kunna rymma betalning med annat än pengar, men i ljuset av att värderingsregler saknas framstår det som långsökt.

Flexibiliteten i det utvidgade ackordet tycks så långt således ligga främst i att även separatister, säkerställda borgenärer och allmänt förmånsberättigade borgenärer deltar och röstar om ackordet utan att likabehandlingsprincipen behöver iaktas.

Utöver de majoritetsregler som föreslås för omröstningen (vilka här förbigås), innehåller utredningsförslaget i 3 kap. 5 § emellertid också en skyddsregel av sedvanligt rekonstruktionsrättslig slag, innebärande att ett ackordsförslag inte anses antaget om en borgenär som röstat emot visar att den betalning han tilldelas enligt ackordet är värd mindre än vad han skulle ha fått i gäldenärens konkurs.

Sistnämnda regel synes indirekt innebära att principerna om likabehandling och absolut prioritet lika fullt ska tillämpas, vilket betyder att den ovan nämnda flexibiliteten försvinner. För borgenärer med separationsrätt och särskild förmånsrätt räcker det ju att visa att de skulle ha medgetts separationsrätt resp. fått fullt betalt vid konkurs för att de inte ska omfattas av ackordet. För borgenärer med allmän förmånsrätt räcker det på

motsvarande sätt att visa, att en konkurs inte skulle ha resulterat i någon utdelning till oprioriterade, för att uppnå samma sak. Därmed är vi tillbaka vid ett ackord som endast berör oprioriterade borgenärer, dvs. gällande rätt.

Sammantaget anser Uppsala universitet att utredningens lagförslag rörande utvidgat ackord inte utgör någon verklig konkurrent till de regler om rekonstruktionsplan som dominerar den internationella arenan och återfinns i det Nordisk-baltiska nätverkets rekommendationer och kommissionens direktivförslag. Universitetet är därmed inte heller berett att ställa sig bakom lagförslaget i denna del.

Tilläggas kan kanske att Sverige naturligtvis blir skyldigt att genomföra kommissionens direktivförslag om och när det blir antaget.