

Justitiedepartementet

ju.remissvar@regeringskansliet.se
ju.12@regeringskansliet.se

Remissyttrande över Europeiska kommissionens förslag till direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten

Ert dnr Ju2022/03740

Hovrätten över Skåne och Blekinge och Helsingborgs tingsrätt har anmodats att yttra sig över Europeiska kommissionens förslag till direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten. Hovrättspresidenten Ylva Norling Jönsson och rådmannen Andreas Gustafsson har tidigare arbetat tillsammans med närliggande frågor, som utredare respektive utredningssekreterare i den utredning som ledde fram till betänkandet "Andra chans för krisande företag – en ny lag om företagsrekonstruktion" (SOU 2021:12). Domstolarna har mot den bakgrunden samrått inför besvarandet av remissen och valt att lämna ett gemensamt yttrande. Vi vill framhålla att vi har varit noggranna med att säkerställa att respektive domstols synpunkter fullt ut kommer till uttryck i remissyttrandet.

Direktivet består i stora drag av fem delar: (1) regler som närmast har sin motsvarighet i de svenska återvinningsreglerna, (2) regler om domstolarnas möjlighet att få del av kontoinformation hos banker, (3) regler om s.k. prepack-förfaranden, (4) en skyldighet för företagsledare att i vissa fall ansöka om ett insolvensförfarande, samt (5) regler om ett förenklat avvecklings- eller konkursförfarande för vissa företag.

Vi kan redan inledningsvis konstatera att flera av de förfaranden som presenteras i direktivet saknar direkt motsvarighet i den nu gällande svenska lagstiftningen. Det gäller inte minst direktivets regler om prepack-förfaranden och om ett förenklat konkursförfarande. Vi har inga synpunkter i sig på införandet av sådana förfaranden, tvärtom är det vår uppfattning att ett bättre anpassat regelverk för att underlätta försäljningar av företag med fortsatt drift (going concern) är något som efterfrågas av många praktiker. Eftersom det för svenskt vidkommande är fråga om i huvudsak nya förfaranden vill vi emellertid framhålla vikten av att genomförandetiden för direktivet inte sätts för kort. Det är väsentligt att frågorna hinner utredas ordentligt i syfte att ge såväl domstolarna som de professionella aktörer som ska tillämpa regelverket bästa möjliga förutsättningar att hantera de nya förfarandena. Som kommer att beröras mer i det följande reser direktivet även vissa betänkligheter av principiell art när det gäller några förslag om att särskilt utsedda domstolar ska hantera och utföra vissa operativt inriktade åtgärder.

Möjligheten till återvinning

I direktivets andra avdelning finns bestämmelser om återvinning. Enligt dessa ska medlemsstaterna säkerställa att vissa transaktioner ska kunna förklaras ogiltiga bl.a. om de har gjorts inom tre månader innan en ansökan om att inleda ett insolvensförfarande (artikel 6). De närmare förutsättningarna utvecklas i följande artiklar.

Vi kan konstatera att bestämmelserna, i vart fall i huvudsak, motsvarar de svenska regler om återvinning som gäller vid konkurs och företagsrekonstruktion (se 4 kap. konkurslagen och 5 kap. lagen om företagsrekonstruktion).

Tillgång till uppgifter om bankkonton

Enligt direktivet ska domstolen, på ansökan av en förvaltare, ges tillgång till och kunna söka på kontouppgifter i nationella bankkontoregister. Någon liknande möjlighet finns inte i dag. För det fall en sådan reglering införs måste det i det fortsatta lagstiftningsarbetet tydligt definieras under vilka förutsättningar detta ska vara möjligt. Vi ställer oss också frågande till hur detta rent praktiskt ska genomföras, inte minst med tanke på att regleringen även ska ge rätt att komma åt information i andra medlemsstater. Lagstiftaren måste därför säkerställa att det finns en teknisk lösning för hur uppgifterna ska tillhandahållas.

Vi kan i och för sig se behovet av tillgång till de föreslagna uppgifterna i insolvensförfaranden och tycker att tanken som sådan är god. Ett förfarande där vissa särskilt utpekade domstolar ges direktåtkomst till registret och är skyldiga att hämta in uppgifter på begäran av en förvaltare är emellertid främmande för svenska förhållanden och därmed en mindre tillfredsställande lösning. Ett bättre alternativ hade varit att en förvaltningsmyndighet ges direktåtkomst till registret medan domstolen endast prövar förvaltarens begäran om att få tillgång till uppgifterna.

Prepack-förfaranden

I direktivet föreslås att medlemsstaterna ska vara skyldiga att tillhandahålla s.k. prepack-förfaranden. Syftet med förfarandet anges vara att underlätta möjligheterna att sälja krisande företag med fortsatt drift (going concern) i stället för att sälja av verksamheten del för del. Förfarandet som sådant ska bestå av två delar, en förberedande del och en avvecklingsdel.

Enligt förslaget ska rätten, på ansökan av gäldenären, kunna utse en administratör – i praktiken en konkursförvaltare – för att bl.a. övervaka säljprocessen, ta ställning till vem som har lagt det bästa budet och säkerställa att borgenärerna inte kommer sämre ut ur försäljningen än vad som hade varit fallet om verksamheten sålts del för del. Under förfarandet ska gäldenären behålla rådgivningen och under vissa förutsättningar omfattas av ett avbrytande av enskilda verkställighetsåtgärder (s.k. ”stay”).

Mot den bakgrunden kan vi konstatera att det föreslagna förfarandet skiljer sig väsentligt från det nuvarande konkursförfarandet. Enligt vår mening kan det inte heller rymmas inom ramen för det nuvarande konkursförfarandet. Det förutsätter därför betydande ändringar i konkurslagen, eller införandet av ett nytt förfarande i en ny lag. En annan möjlig lösning skulle eventuellt kunna vara att införliva kravet på prepack-förfaranden genom ändringar i lagen om företagsrekonstruktion.

Vi kan vidare konstatera att gäldenären enligt förslaget ska kunna omfattas av ett s.k. ”stay” (artikel 23). Till skillnad från vad som är fallet inom ramen för ett konkurs- eller rekonstruktionsförfarande förefaller hindret dock inte vara absolut, utan endast gälla i de fall där det underlättar prepack-förfarandet. De föreslagna direktivbestämmelserna ger enligt vår mening emellertid inte någon direkt ledning till domstolarna. För att domstolarna ska kunna tillämpa en sådan bestämmelse är det väsentligt att kraven för när ett ”stay” ska meddelas är väl definierade och förutsägbara. Kriterierna måste därför utvecklas i det fortsatta lagstiftningsarbetet. Det kan vidare konstateras att en separat prövning av ”stay” skiljer sig – i vart fall i huvudsak – från vad som gäller i de svenska konkurs- och rekonstruktionsförfarandena (jfr dock 6 kap. 3 § lagen om företagsrekonstruktion).

I artikel 27 anges att vissa regler inte ska gälla för ”konkurrenter”. Begreppet kan behöva definieras i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Enligt förslaget ska en administratör kunna bli skyldig att ersätta de skador som han eller hon orsakar i uppdraget. Liknande bestämmelser finns i såväl konkurslagen som i rekonstruktionslagen (se 17 kap. 1 § konkurslagen och 8 kap. 1 § lagen om företagsrekonstruktion). Någon invändning i denna del finns därför inte.

En skyldighet för företagsledare att ansöka om konkurs

I direktivet föreslås att företagsledare i vissa fall ska vara skyldiga att ansöka om konkurs (eller annat insolvensförfarande) inom tre månader från det att företagsledaren borde ha känt till att verksamheten var insolvent (se artikel 36 och 37).

Frågan om företagsledares skyldighet vid insolvens eller risk för insolvens har analyserats flitigt genom åren. En bestämmelse om företagsledares handlingsplikt för att undvika insolvens finns t.ex. i EU:s rekonstruktions- och insolvensdirektiv¹. Frågan om företagsledares skyldigheter analyserades utförligt i samband med genomförandet av direktivet (se SOU 2021:12 s. 555 ff.). Utredningen konstaterade att det i svensk lagstiftning finns ett antal regler som tar sikte på företagsledares skyldighet att agera vid nära förestående insolvens och gjorde i huvudsak bedömningen att de svenska reglerna levde upp till direktivets krav. I samband därmed övervägdes även en insolvensrättslig regel om handlingsplikt (s. 577 ff.). Utredningen landade dock i att inte föreslå någon sådan regel. Sådana regler har emellertid föreslagits av andra.²

Vi kan konstatera att direktivet i denna del ställer mer konkreta krav på handlingsplikt än vad som är fallet i rekonstruktionsdirektivet. Enligt vår mening kan det därför krävas lagändringar eller i vart fall justeringar av nuvarande lagstiftning för att tillgodose direktivets regler i denna del. Några synpunkter i sak har vi emellertid inte.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 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

² Se t.ex. Möller, Festskrift till Stefan Lindskog (2018), Styrelseansvar för bolagsskada vid fortsatt drift av insolventa aktiebolag. Även Stiftelsen Insolvensrättsligt Forum har förespråkats en insolvensrättslig regel om handlingsplikt.

Ett förenklat konkursförfarande

I direktivet föreslås att medlemsstaterna ska tillhandahålla ett slags förenklat avvecklingsförfarande för mikroföretag. Något hinder mot att utvidga förfarandet även för vissa större företag torde dock inte finnas (se preambeln 35). Som skäl anges att medlemsstaternas normala insolvensregler inte alltid är anpassade för mindre företag.

Enligt direktivet ska förfarandet vara tillgängligt på ansökan av gäldenären eller en borgenär. En ansökan ska kunna göras på en förenklad blankett. Ett beslut om att inleda ett förenklat konkursförfarande ska fattas inom två veckor och gäldenären ska som utgångspunkt omfattas av ett "stay" (se artiklarna 41, 42 och 44). Så långt väcker förfarandet inte några direkta frågor.

Förfarandet skiljer sig emellertid från det nuvarande konkursförfarandet bl.a. på så sätt att gäldenären som utgångspunkt ska behålla rådigheten över sina tillgångar (artikel 43). Däremot ska rådigheten under vissa förutsättningar kunna föras över till en utsedd konkursförvaltare. Om gäldenären inte längre har rätt att förvalta och avyttra sina tillgångar och någon förvaltare inte är utsedd ska medlemsstaterna i stället säkerställa att varje beslut som gäldenären gör ska godkännas av "competent authority" eller att samma myndighet ska ha rätt att anförtro åt en borgenär att förvalta och avyttra gäldenärens tillgångar. En sådan ordning framstår som främmande för svenskt vidkommande, där dessa frågor hanteras av konkursförvaltaren inom ramen för konkursförfarandet. En tänkbar ordning skulle kunna vara att mikroföretag erbjuds ett förenklat förfarande inom ramen för företagsrekonstruktion som övergår i ett konkursförfarande om företaget inte avvecklats inom ramen för företagsrekonstruktionen inom viss tid.

Även direktivets regler om försäljning av gäldenärens tillgångar framstår som en utmaning för svensk rätt (se bl.a. artikel 49 och 50). Att en domstol skulle ombesörja den faktiska försäljningen eller tillhandahålla en elektronisk auktionsplattform framstår enligt vår mening som uteslutet. Vad som i så fall bör komma i fråga är att Kronofogdemyndigheten eller en annan förvaltningsmyndighet ges ansvaret i dessa delar.

Vi noterar att artikel 56 torde innebära att även bolagsmän i ett handelsbolag får sina skulder avskrivna om handelsbolaget avvecklas genom ett förenklat förfarande.

Övriga frågor

Om direktivet genomförs kommer det att leda till nya arbetsuppgifter för domstolarna. Det föreslagna förenklade konkursförfarandet träffar i första hand mikroföretag, men det är enligt preambeln tillåtet att låta även små och medelstora företag omfattas av reglerna.

Med den definition som anges i direktivet omfattar mikroföretag företag som har färre än tio anställda och en omsättning som inte överstiger två miljoner euro (se artikel 2 [j] med hänvisning till Kommissionens rekommendation 2003/361/EC). Det innebär att ett mycket stort antal företag kommer att omfattas av de nya reglerna. Skulle även små och medelstora företag komma att omfattas, skulle det innebära att nästan alla företag kan komma i fråga för förfarandet.³

³ År 2020 uppskattade Tillväxtverket att 99,9 procent av alla företag var mikro-, små- eller medelstora företag, se SOU 2021:12 s. 224.

Mot den bakgrunden, och om det slutliga förslaget innebär att domstolarna ska ha en betydande roll i det nya förfarandet, kan det förmodas leda till ett betydande merarbete för domstolarna. Det är mycket svårt att tro att detta merarbete kommer att kunna rymmas inom befintliga anslag.

Därutöver vill vi särskilt framhålla att ovan ifrågasatta förslag om uppgifter för domstolarna inte passar ihop med svenska domstolars konstitutionella roll, vilken i allt väsentligt avser rättskipning. Även om också viss rättsvård ingår i domstolarnas uppgifter, har förslagen inslag av operativ verksamhet för domstolarna som i modern tid saknar motstycke och som går stick i stäv med de reformer som genomförts årtiondena närmast millennieskiftet i syfte att renodla domstolarnas och domarnas uppgifter till att avse dömande kärnverksamhet. Det är viktigt att detta perspektiv beaktas i den fortsatta beredningen.

Alldeles oavsett hur lagstiftningen genomförs kommer behovet av utbildningsinsatser vara mycket stort, särskilt eftersom det i betydande utsträckning är fråga om arbetsuppgifter som inte hanteras av domstolarna i dag. Vi vill därför än en gång framhålla att det är av största vikt att domstolarna ges så goda möjligheter som möjligt för att kunna hantera den nya lagstiftningen. I detta ligger både att domstolarna måste få tydliga riktlinjer för hur lagstiftningen ska tillämpas, och omfattande utbildning. Mot bakgrund av detta är vi av uppfattningen att två års införlivandetid, oavsett hur direktivet slutligen kommer att se ut, är alldeles för kort.

Slutligen, förslagen i direktivet innebär att allt större krav kommer att ställas på domstolarnas hantering av insolvensrättsliga mål. Det kommer även innebära ökade kunskaps- och erfarenhetskrav på de domare, notarier och handläggare som ska handlägga målen. Det framstår därför som angeläget att gå vidare med de förslag om koncentration av insolvensrättsliga mål som har lagts fram i olika sammanhang.⁴ De relativt omfattande ändringar som direktivet skulle medföra inom insolvensrätten ger också anledning att återigen⁵ överväga att samla den insolvensrättsliga lagstiftningen i en lag i form av en insolvensbalk.

Ylva Norling Jönsson

Andreas Gustafsson

I handläggningen av detta ärende har hovrättspresidenten Ylva Norling Jönsson, hovrättsrådet Anna Tansjö, tf. hovrättsassessorn Sanna Kozak Dehlin (Hovrätten över Skåne och Blekinge) och rådmannen Andreas Gustafsson (Helsingborgs tingsrätt, referent) deltagit.

⁴ Se t.ex. prop. 2021/22:215 s. 333 och Ds 2019:31 s. 394 ff.

⁵ Se t.ex. SOU 2010:2.