

Stockholm den 17 mars 2023

R-2023/0011

Till Justitiedepartementet

Ju2022/03740

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 2 januari 2023 beretts tillfälle att yttra sig över Europeiska kommissionens förslag till direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten (COM (2022) 702 final).

Sammanfattning

Advokatsamfundet kan i de delar och på de skäl som framgår nedan inte ställa sig bakom förslaget.

Synpunkter

Allmänt

Advokatsamfundet delar Europeiska kommissionens uppfattning att ökad harmonisering av insolvenslagstiftningen är ett nyckelområde för att underlätta för gränsöverskridande investeringar inom EU och skapa en bättre fungerande kapitalmarknadsunion.

Samtidigt är det viktigt att harmoniseringen inte blir för långtgående och därigenom riskerar att undergräva en väl fungerande insolvenshantering på nationell nivå. Vid utformningen av harmoniserade insolvensregler bör också nödvändig anpassning ske till hur medlemsländerna valt att fördela ansvarsuppgifterna mellan domstol, myndigheter och förvaltare.



Återvinning i konkurs

Bestämmelserna i förslaget om återvinning är en minimiharmonisering. Medlemsstaterna får således ha nationella regler som ger ett starkare skydd för borgenärskollektivet än vad som följer av förslaget.

Advokatsamfundet bedömer att konkurslagens återvinningsregler i stort uppnår förslagets krav på minimiharmonisering. Följande kommentarer kan dock lämnas.

Förslagets bestämmelser om återvinningsfrister torde kräva en viss tidsmässig utvidgning av de svenska reglerna (se t.ex. artikel 8 i jämförelse med 4 kap. 5 § konkurslagen).

Bestämmelserna i artikel 2 q) och 3 a) i förslaget skulle ge anledning att överväga en omformulering av närståendedefinitionen i 4 kap. 3 § konkurslagen.

I artikel 4 i förslaget regleras nackdelsrekvisitet. Också de svenska återvinningsreglerna innefattar ett krav på nackdel för att en affärshändelse ska återvinnas till konkursboet, men det är inte reglerat i lag. Det kan finnas ett förtydligande värde om nackdelsrekvisitet blir lagfäst. Däremot anser Advokatsamfundet att förslaget brister i konkretion. Måste nackdelen ha uppkommit direkt genom transaktionen eller är det tillräckligt med indirekt nackdel (jfr 4 kap. 5 § konkurslagen)? Krävs det att en nackdel har drabbat borgenärskollektivet eller är det tillräckligt att nackdel uppkommit för en enda borgenär?

Avsaknaden av ett undantag för ordinära transaktioner i artikel 6 i förslaget kan medföra att vissa transaktioner som är skyddade mot återvinning enligt 4 kap. 10 § eller 4 kap. 12 § konkurslagen skulle kunna återvinnas enligt artikel 6.

Avsaknaden av ett insolvensrekvisit i artikel 7 i förslaget kan medföra att vissa transaktioner som är skyddade mot återvinning enligt 4 kap. 5 § konkurslagen på grund av att insolvens inte kan styrkas, skulle kunna återvinnas enligt artikel 7. Denna artikel skulle också kunna möjliggöra återvinning av transaktioner som är skyddade mot återvinning därför att de genomförts utanför sexmånadersfristen i 4 kap. 6 § konkurslagen. Till skillnad från 4 kap. 6 § konkurslagen innehåller inte heller artikel 7 något återvinningsskydd i det fall en återvinningssvarande som mottagit en gåva utanför sexmånadersfristen lägger fram bevisning på sin egen insufficiens.

I artikel 8 i förslaget finns en s.k. actio pauliana-bestämmelse, enligt vilken en i och för sig fullt giltig rättshandling ska återgå om gäldenären handlat i avsikt att skada sina borgenärer och medkontrahenten känt till gäldenärens uppsåt (dubbla subjektiva rekvisit). En sådan återvinningsgrund förekommer inte bland svenska återvinningsregler. I stället finns i 4 kap. 5 § konkurslagen en allmän regel om återvinning av otillbörliga rättshandlingar som medfört skada och där medkontrahenten varit i ond tro. Någon skadeavsikt från gäldenärens sida krävs inte och otillbörligheten kan ligga på endera partens sida. Sett ur detta perspektiv kan det tyckas som att den svenska lagstiftningen är väl förenlig med en minimireglering enligt förslaget.

Eftersom artikel 8 uppvisar stora likheter med den actio pauliana-bestämmelse som gäller i bland annat tysk rätt, bör dock följande framhållas. Enligt den tyska regleringen kan återvinning ske av alla rättshandlingar som orsakat direkt eller indirekt skada. Rättshandlingen behöver i sig inte vara objektivt otillbörlig. Även en fullständigt kongruent täckning av en i och för sig inte återvinningsbar fordran kan återvinnas enligt bestämmelsen (se punkten 8–9 i skälen till förslaget angående kongruent och inkongruent täckning).

Avsaknaden av ett insolvensrekvisit i artikel 8 skulle vidare kunna medföra att vissa transaktioner som är skyddade mot återvinning enligt 4 kap. 5 § konkurslagen, därför att insolvens inte kan styrkas, skulle kunna återvinnas enligt artikel 8.

Den avsedda tillämpningen av artikel 8, och därmed dess materiella påverkan på de svenska återvinningsreglerna, är därför enligt Advokatsamfundet oklar och saken bör bli föremål för fortsatta överväganden vid den fortsatta beredningen av förslaget.

Även utformningen av artikel 9–11 kan potentiellt medföra att vissa transaktioner som är skyddade mot återvinning enligt nuvarande svenska regler skulle kunna vara återvinningsbara enligt förslaget.

Spårning av tillgångar som tillhör konkursboet

I förslaget föreslås bestämmelser som ska möjliggöra för förvaltare att få tillgång till uppgifter ur medlemsländers olika register. Ändamålet är att underlätta för förvaltare att eftersöka och säkra tillgångar som tillhör konkursboet. Bestämmelserna omfattar också de nationella bankkontoregistren.



Advokatsamfundet välkomnar att förvaltarna ges utökade möjligheter att spåra konkursboets tillgångar (inklusive tillgångar som är föremål för återvinningstalan) vid gränsöverskridande konkurser.

Såvitt avser bankkontoregister är det ur integritetssynpunkt lämpligt att det är domstolen som ges befogenhet att få tillgång till och söka i aktuella register. För en effektiv och rättssäker hantering bör uppgiften endast tilldelas en (1) större konkursdomstol; exempelvis Stockholms tingsrätt.

Förberedd försäljning (s.k. prepack-förfarande)

Artiklarna 19–35 innehåller en detaljerad uppsättning regler om s.k. prepack-förfaranden. Detta är ett verktyg för insolvenshantering som inte är reglerat i lag i Sverige, även om informella prepack-lösningar förekommit.

Förslaget är en uttrycklig anpassning till EU-domstolens dom i mål Heiploeg-målet (mål C-237/20 (Federatie Nederlandse Vakbeweging mot Heiploeg Seafood International BV), EU:C:2022:321). I rättsfallet fastslog EU-domstolen under vilka omständigheter ett prepack-förfarande kan vara i linje med det arbetsrättsliga undantaget för insolvens i artikel 5.1 i direktiv 2001/23/EG om företagsöverlåtelser.

Advokatsamfundet anser att det vid sidan av dessa arbetsrättsliga aspekter, finns ett behov av att reglera prepack-förfaranden för att säkerställa att alla borgenärer behandlas likvärdigt och att försäljningsprocessen i förberedelse- och avvecklingsfasen är transparent och bidrar till bästa möjliga bud på gäldenärens verksamhet.

Advokatsamfundet är positivt till förslaget att medlemsstaterna ska säkerställa att endast de personer som uppfyller behörighetskriterierna som gäller för förvaltare i den medlemsstat där prepack-förfarandet inleds, utnämns till administratör och senare förvaltare i avvecklingsfasen. Det är också viktigt att det på sätt som föreslås regleras i lag att samma person ska vara både administratör och förvaltare för att undvika ett ifrågasättande utifrån eventuell intressekonflikt och den osäkerhet som annars kan uppkomma inför en efterföljande granskning av prepack-förfarandet när bolaget försatts i konkurs.

En viktig del i ett framgångsrikt prepack-förfarande är att försäljningsprocessen under förberedelsefasen kan ske utan allmänhetens insyn. Förslaget innehåller visserligen inget krav på att beslutet om att inleda förberedelsefasen ska offentliggöras, men säger



inte heller något om att beslutet ska vara föremål för någon form av sekretess. För att förslaget ska få en effektiv tillämpning, är det enligt Advokatsamfundet viktigt att denna fråga får en tillfredställande lösning.

Delar av förslaget tilldelar domstolen en roll som framstår som mindre förenligt med svensk rättstradition. Saken kan utvecklas enligt följande.

Enligt artikel 26.1 ska domstolen ge tillstånd till försäljning av gäldenärens verksamhet, eller del därav, till den förvärvare som föreslagits av administratören, förutsatt att den sistnämnda har avgett ett yttrande som bekräftar att försäljningsprocessen under förberedelsefasen uppfyllde kraven enligt i förslaget angivna artiklar.

Eftersom kraven för en prepack-försäljning är i) tydligt angivna i artikel 22.2 och 22.3 samt 24.1 och 24.2, ii) berörda parter ska ges information om försäljningsprocessen enligt artikel 22.2 sista stycket och iii) administratören och senare förvaltaren agerar under skadeståndsansvar, framstår domstolens beslutsfattande vid första påseende som en obehövlig påklädning i förfarandet. Det kan dock finnas ett visst värde i förhållande till främst utländska borgenärer att en domstol står som formell garant för ett rättssäkert och transparent förfarande. Men en förutsättning för att domstolens beslutsprövning ska få ett reellt innehåll är enligt Advokatsamfundet att de domstolar som ska hantera prepack-förfaranden begränsas till ett fåtal tingsrätter, i syfte att stärka och bibehålla kompetensen i beslutsfattandet. En annan lämplig lösning kan vara att domstolens roll i aktuellt avseende är något som medlemsländerna själva får avgöra utifrån förhållandena i respektive land.

Vidare anges i artikel 27 att domstolen under vissa förutsättningar ska få besluta att kontrakt med återstående skyldigheter sägs upp. Advokatsamfundet uppfattar förslaget som att ett sådant beslut endast ska ske i samband med att domstolen lämnar sitt godkännande till försäljningen av gäldenärens verksamhet; alltså under avvecklingsfasen och inte under förberedelsefasen (se rubriken till kapitel 3 "Avvecklingsfasen" där artikeln är placerad). Det är vanligt förekommande att avtal som genererar löpande betalningar har lämnats som säkerhet till kreditgivare, t.ex. leasingavtal till maskiner och hyresavtal till lokaler. Sådana avtal bör enligt allmänna sakrättsliga principer inte kunna sägas upp utan samtycke från kreditgivaren, vilket bör förtydligas i förslaget.

Till skillnad från ett rekonstruktionsförfarande, där förändringar av kontrakt kan fastställas av domstolen utifrån den av gäldenären framlagda rekonstruktionsplanen och efter ett omröstningsförfarande mellan berörda parter, ges domstolen enligt förslaget en betydligt mer självständig roll vid sitt beslutfattande. Även om det i förslaget tagits in olika bestämmelser till skydd för berörda borgenärer (se t.ex. artikel 22.2. och artikel 34), ställer sig Advokatsamfundet tveksamt till om borgenärsintresset blir tillräckligt tillgodosett med nuvarande utformning av förslaget. Det bör i sammanhanget noteras att testet om borgenärers bästa intresse är villkorat av att bästa budet inte utgör ett *uppenbart* åsidosättande av testet (se artikel 22.2 d) och artikel 34.4 a). Advokatsamfundet uppfattar dock att förslaget inte hindrar medlemsstaterna från att införa ytterligare mekanismer till skydd för borgenärerna i nationell lag. Behovet av sådant tillkommande skydd för borgenärerna bör utredas i den fortsatta beredningen av förslaget.

Bestämmelserna om överlåtelse eller uppsägning av kontrakt med återstående skyldigheter är en nyhet i svensk konkursrätt. Advokatsamfundet har inte några synpunkter på förslaget som sådant (se dock nedan), men det är enligt Advokatsamfundet inte lämpligt att införa särskilda regler för gäldenärens avtal vid prepack-förfaranden som inte också gäller generellt vid konkurs. Det skapar oönskade ekonomiska incitament för en berörd part att välja förfarande utifrån olika särintressen.

Av förslaget om rätt till överlåtelse av kontrakt framgår det inte tydligt vad som gäller om gäldenären inte har fullgjort sina skyldigheter enligt det kontrakt som överläts. Måste dessa kontraktsbrott läkas innan kontraktet överläts eller kan kontraktsbrotten inte åberopas mot förvärvaren av kontraktet? Det bör också klargöras om ett konkursbos överlåtelse av ett kontrakt förutsätter att konkursboet först inträtt med massaansvar i kontraktet eller om kontraktet kan överlåtas utan att inträde sker (jfr 12 kap. 31 § jordabalken). När det gäller uppsägning av kontrakt enligt artikel 27 krävs uttryckligen ett beslut från domstol, men det framgår inte om domstolsbeslut krävs även vid överlåtelse av kontrakt.

Det kan i sammanhanget även noteras att rekonstruktionsutredningen (SOU 2021:12) hade möjlighet att också lämna förslag på gäldenärens avtal i konkurs, men avstod från att avge förslag på grund av tidsbrist (se s. 156). Vid ett införande av förslaget är det enligt Advokatsamfundet nödvändigt att göra en helhetsgranskning av gäldenärens



avtal i konkurs. Det skulle också ge möjlighet att åtgärda de oönskade skillnader som i dagsläget föreligger i hanteringen av gäldenärens avtal i konkurs- respektive rekonstruktionsförfarandet.

Företagsledarens skyldigheter vid insolvens

Advokatsamfundet är positivt till att det införs en insolvensrättslig regel för företagsledare att agera om företaget är insolvent. Styrelseledamöter torde redan idag ha en skyldighet att i vissa situationer begära företaget i konkurs eller annars riskera att hållas ansvariga för den skada som vållats borgenärer genom den fortsatta driften. Frågan är emellertid inte prövad i praxis och doktrinen är delvis oenig. Det är därför lämpligt att i lag klarlägga vad som utgör gällande rätt.

Ett tydliggörande och eventuell skärpning av styrelsens ansvar enligt en sådan insolvensrättslig bestämmelse bör emellertid ske som en del av en större översyn av styrelsens ansvar enligt befintliga associations-, skatte-, straff-, konkurs- och skadeståndsrättsliga regler. I annat fall adderas endast ytterligare en ansvarsregel genom införandet av förslaget och det skulle sammantaget innebära ett betydligt större ansvar på företagsledare, än vad som är fallet idag.

Beträffande förslagets närmare utformning har Advokatsamfundet följande synpunkter.

Den utlösande faktorn för företagsledarens skyldighet enligt artikel 36 är insolvens. Begreppet är inte generellt definierat i förslaget. Däremot finns det en definition av insolvens i artikel 38.2, som gäller regler om avveckling av mikroföretag, samt i de föreslagna återvinningsbestämmelserna i artikel 6. I båda de fallen är insolvensbegreppet utformat som att gäldenären inte kan betala sina förfallna skulder (illikvid). Det framgår visserligen i andra meningen i artikel 38.2 att medlemsländerna på närmare angivet sätt ska fastställa villkoren för när insolvens inträder. Men, på sätt som närmare utvecklas nedan i anslutning till förslaget om konkursförfarande för mikroföretag, torde resultatet ändå bli att insolvensen sammankopplas med illikviditet. Det framstår således som insolvensbegreppet i artikel 36 är jämförbart med illikviditet i vart fall för mikroföretag.

Som en förutsättning för konkurs enligt svensk rätt gäller att gäldenären är på obestånd (insolvent), vilket i konkurslagen är definierat som att gäldenären inte kan rätteligen

betala sina skulder och att denna oförmåga inte är endast tillfällig. Det är inte tillräckligt för ett konkursbeslut att gäldenären endast tillfälligt är ur stånd att betala sina skulder (illikvid). Det har heller ingen betydelse för beslutet om gäldenärens skulder överstiger dennes tillgångar (insufficient). För att en gäldenär ska bedömas som insolvent krävs inte att någon skuld förfallit till betalning, det räcker att domstolen kan förutse att gäldenären inte kommer att kunna betala sina skulder allteftersom de förfaller till betalning. En gäldenär kan således utifrån en framåtblickande prognos bedömas som insolvent, trots att gäldenären för tillfället kan betala sina skulder allteftersom de förfaller. Även det motsatta kan gälla; en gäldenär kan vara oförmögen att betala de skulder som förfaller, men eftersom det kan förutses att pengar ska inflyta bedöms oförmågan som endast tillfällig.

Mot denna bakgrund anser Advokatsamfundet att det behövs ett klargörande om förslaget innebär att insolvensbegreppet enligt artikel 36 helt eller delvis ska ges en nationell tolkning. Vidare är det Advokatsamfundets uppfattning att det svenska insolvensbegreppet i en skadeståndsrättslig kontext riskerar att bli alltför otydligt och att man därför bör överväga att koppla ansvarsgrunden enligt artikel 36 till enbart insolvens på grund av illikviditet.

Advokatsamfundet finner termen ”insolvensförfarande” i artikel 36 alltför oprecis. Avses enbart inledande av ett konkursförfarande eller kan den i artikeln angivna skyldigheten att begära att ett insolvensförfarande inleds, också uppfyllas genom en ansökan om företagsrekonstruktion? Enligt Advokatsamfundet bör även rekonstruktion omfattas, eftersom företag regelmässigt är insolventa när en rekonstruktion inleds. Sedan är det en annan sak att rekonstruktionsförfarandet i sig ofta innebär att i vart fall insolvens på grund av illikviditet upphör.

Beträffande företagsledarnas skadeståndsrättsliga ansvar enligt artikel 37 är den lämpligaste utformningen av regeln att kompensationen för uppkommen bolagsskada tillkommer konkursboet. Effekten av en framgångsrik talan mot en företagsledare bör alltså vara att samtliga borgenärer får dela på den kompensation som erhålls till följd av den vårdslösa fortsatta driften i bolaget. En enskild borgenär ska således inte kunna föra talan om ersättning för egen del på denna rättsliga grund. Utformningen av artikel 37.1 pekar emellertid mot att borgenärer ges en talerätt antingen ensamt eller vid sidan av konkursboet, medan skälen i punkterna 32–33 närmast ger stöd för att talerätten

ligger hos konkursboet som företrädare för borgenärskollektivet. Förslaget bör därför förtydligas i denna del.

Avveckling av insolventa mikroföretag

Advokatsamfundet avstyrker förslaget om avveckling av insolventa mikroföretag.

Advokatsamfundets inställning kan motiveras enligt följande.

Vilka företag omfattas?

Mikroföretag ska definieras i enlighet med bilagan till kommissionens rekommendation 2003/361/EG, vilket innefattar företag som sysselsätter färre än tio personer och har en årlig omsättning eller en årlig balansräkning som inte överstiger EUR 2 miljoner. Baserat på denna definition skulle förslaget omfatta den absoluta merparten av alla konkurser i Sverige. Förslaget skulle således ha en mycket stor inverkan på den nuvarande konkurshanteringen i Sverige.

När är ett mikroföretag insolvent?

Enligt artikel 38.2 ska medlemsstaterna fastställa de villkor på vilka ett mikroföretag ska anses vara allmänt oförmöget att betala sina skulder när de förfaller och säkerställa att dessa villkor är tydliga, enkla och lätta att utröna för ett berört mikroföretag. Enligt Advokatsamfundet blir det med dessa krav på tydlighet m.m. svårt att kvarbli vid den svenska betydelsen av insolvens. Insolvensbegreppet kommer därför troligen att behöva anpassas till en enkel och tydlig illikviditetsbaserad bedömning av obeståndet. En risk med detta, i kombination med aktuell ansvarsbestämmelse för företagsledare, är att förslaget blir konkursdrivande.

Är förslaget relevant för svenska förhållanden?

Ändamålet med förslaget om avveckling av mikroföretag är främst att möjliggöra en ordnad avveckling av sådana företag i de fall där företaget inte har ekonomiska förutsättningar att bekosta ett konkursförfarande. Detta är ett reellt problem i medlemsländer där det inte förekommer någon offentlig finansiering av konkurskostnader. I Sverige har vi dock sedan länge ett väl fungerande regelverk där staten ansvarar subsidiärt för konkurskostnader i de fall dessa inte kan tas ut ur boet (14 kap. 2 § konkurslagen).



I förslaget framhålls också att det finns skäl att effektivisera konkurshanteringen för att på så sätt påskynda processen och möjliggöra en ökad utdelning till borgenärerna. Enligt Advokatsamfundet är den svenska konkurslagstiftningen redan synnerligen effektiv och främjar på olika sätt en framdrift i förvaltningen i syfte att nå till ett avslut och möjliggöra utdelning till fordringsägarna. Genom tillsynsmyndigheten i konkurser utövas också en aktiv tillsyn (och inte endast en efterhandsgranskning) för att värna om att förvaltaren driver ärendet framåt och fattar beslut som gynnar borgenärskollektivet. Advokatsamfundet anser att förslagets byråkratiska utformning och sakinnehåll kommer att väsentligen sänka kvalitén på konkursförvaltningen och minska möjligheterna till utdelning för borgenärerna.

Advokatsamfundet ifrågasätter också förslagets förenlighet med subsidiaritetsprincipen. Mikroföretag har inte någon egentlig påverkan på handeln mellan medlemsländerna, utan verkar typiskt sett lokalt inom landet. Hanteringen vid insolvens av sådana företag torde inte heller ha någon nämnvärd inverkan vid investeringsbeslut eller andra kapitalflöden mellan medlemsländerna. I den mån det finns behov bland andra medlemsländer att införa ett system där staten ansvarar för konkursförvaltningen avseende mikroföretag kan förslaget med utgångspunkt i subsidiaritetsprincipen lämpligen utformas i generella termer utifrån önskat resultat, men utan att i detalj ange hur respektive medlemsstat ska utforma sin lagstiftning.

Är förslaget lämpligt i sak?

Förslagets bestämmelser om inledande av ett förenklat avvecklingsförfarande framstår som mycket formalistiskt i jämförelse med den enkla och effektiva handläggningen av en egen ansökan om konkurs som gäller enligt svensk rätt, där beslut normalt meddelas samma dag som ansökan lämnas in.

Enligt förslaget ska gäldenären som huvudregel behålla rådigheten över sina tillgångar under konkurshandläggningen. Förslaget står i direkt motsättning till en av grundbultarna i den svenska konkursrätten, enligt vilken gäldenären genom konkursbeslaget förlorar rådigheten över sina tillgångar. Konkursbeslaget är i sin tur knuten till en rad andra viktiga rättsverkningar på såväl materiell som processuell nivå. Advokatsamfundet anser inte att det gynnar en effektiv, rättssäker och borgenärsfrämjande konkursförvaltning om gäldenären behåller kontrollen över sina tillgångar under förfarandet.

Enligt svensk rätt inträder automatiskt ett verkställighetsförbud på sätt som anges i 3 kap. 7–8 §§ konkurslagen sedan beslut om konkurs meddelats. Förslaget är i denna del (artikel 44) möjligen förenligt med konkurslagens bestämmelser, men saken framstår för Advokatsamfundet som något oklar.

Förslagets bestämmelser om formen för bevakning av konkursfordringar är mycket mer komplicerade och kostnadskrävande än konkurslagens motsvarighet. Enligt konkurslagen bestämmer förvaltaren om ett bevakningsförfarande behöver äga rum i konkursen. Detta sker normalt sett endast om fordringar utan förmånsrätt kan antas erhålla utdelning i konkursen. Utdelning till oprioriterade borgenärer förekommer även vid konkurs i mikroföretag, men är inte vanligt förekommande. I avsaknad av beräknad utdelning till fordringar utan förmånsrätt kan bevakning av konkursfordringar i stället ske enkelt och formlöst genom anmälan till förvaltaren.

Advokatsamfundet ställer sig också negativt till den snabba och automatiska preklusionsverkan som uppkommer i avsaknad av invändning mot en upptagen konkursfordran (artikel 40.2 och 40.3). Ordningen framstår inte som rättssäker, särskilt som det typiskt sett är gäldenären själv som upprättar borgenärsförteckningen i konkursansökan (artikel 41.2 d)-e) och 41.6).

Förslagets bestämmelser om anmärkning på bevakad fordran (artikel 46.4–5) är enligt Advokatsamfundet otydliga, såväl till innehåll som avsedd tillämpning.

Advokatsamfundet är vidare kritiskt till regleringen av återvinningstalan i artikel 47. Det är mycket vanligt med olika typer av återvinningsanspråk vid konkurs i mikroföretag. Eftersom dessa företag oftast både ägs och leds av samma person och det många gånger förekommer olika typer av närståendeförhållanden i verksamheten, ökar typiskt sett risken för återvinningsbara affärshändelser i tid före konkursen. Det förekommer dock nästintill aldrig att borgenärer subsidiärt driver talan om återvinning till konkursboet i mikroföretag. Orsakerna till detta är flera. Borgenärskollektivet är ofta utspritt på en rad olika aktörer, där var och en inte har incitament eller är beredd att ta risk för att påbörja en sådan process. Den eventuella processvinsten kommer också att fördelas ut på alla borgenärer, eftersom en subsidiär återvinningstalan sker i processkommission för konkursboets räkning. Till detta kommer att med förslagets utformning har Advokatsamfundet svårt att förstå hur en enskild borgenär ska få



tillgång till nödvändig information för att kunna avgöra om det skett någon återvinningsbar transaktion hos gäldenären eller inte.

Vid ett införande av förslaget rörande återvinningstalan kan det enligt Advokatsamfundet förväntas att det inte kommer att inledas några processer om återvinning. För att få till ett agerande i återvinningsfrågan kommer det att krävas att det förenklade avvecklingsförandet omvandlas till ett ordinarie insolvensförfarande med en utsedd förvaltare (artikel 47 c)). Förslaget lämnar dock inte något svar på hur den behöriga myndigheten ska bereda frågan om när en sådan omvandling ska ske. En del av problematiken består också i att en återvinningstalan ska väckas inom viss tid och att arbetet med att nå ett avslut vid en konkurs för ett mikroföretag enligt förslaget är snabbt uppdriven.

I artikel 48 behandlas upprättandet av de tillgångar som ska ingå i konkursboet. Artikel 48 och artikel 43 (den senare artikeln avser gäldenärens rådighet över sina tillgångar), får sammantaget förstås som att gäldenären som huvudregel ska kunna fortsätta upprätthålla driften i företaget efter konkursen och därigenom inträda i nya förpliktelser, erhålla nya intäkter och ådra sig så kallade massaskulder för konkursboet. Detta torde ha betydelse för tolkningen av vad som i artikel 48.1 avses med ”den slutliga förteckningen över tillgångar som utgör insolvensboet”. Motsvarar detta en slutredovisning enligt konkurslagen (13 kap. 1 § konkurslagen), där även resultatet av en fortsatt drift ska redovisas på visst sätt, eller någon form av konkursbouppteckning (7 kap. 13 § konkurslagen)?

En annan fråga är på vilket sätt den behöriga myndigheten ska säkerställa att man erhåller uppgifter om de nya tillgångar och massaskulder som uppkommit under gäldenärens fortsatta drift av verksamheten. Ytterligare en frågeställning är på vilket sätt den behöriga myndigheten ska kunna kontrollera och eventuellt ingripa om den fortsatta driften inte är ändamålsenlig för borgenärskollektivet (jfr 8 kap. 2 § konkurslagen). Förslaget framstår över lag som ogenomtänkt.

Utan att beröra förslaget om realisering av tillgångar och fördelning av intäkter för mikroföretag i detalj är Advokatsamfundet skarpt kritiskt till förslaget i denna del.

Förslaget framstår som i högsta grad byråkratiskt och stelbent och lämnar lite utrymme för den affärsmässighet och anpassning till situationen som präglar de svenska reglerna



om konkursavveckling. Utformningen av förslaget får närmast ses mot bakgrund av att en myndighet inte har möjlighet att anpassa försäljningssättet av gäldenärens tillgångar till vad som är bäst i det enskilda fallet och att man därför måste bygga ett system som gör saken hanterbar för myndigheten. Det är enligt Advokatsamfundet inte något lämpligt angreppssätt på ett av lagstiftaren självförvällat problem, varken för gäldenären eller fordringsägarna.

I artikel 57 upptas behandlingen av personliga borgensförbindelser för verksamhetsrelaterade skulder. Av ordalydelsen och skälen i punkten 46 framgår att i det fallet ett mikroföretag med obegränsat ansvar blir insolvent, bör enskilda personer som är personligt ansvariga för gäldenärens skulder inte vara personligt ansvariga för oreglerade fordringar efter avveckling av konkursboet. Enligt svensk rätt blir inte en enskild person av med sina skulder efter avslutad konkurs. Advokatsamfundet tar inte nu ställning till om en sådan förändring av rättsläget är önskvärd, men konstaterar att förändringen skulle bli mycket ingripande och påverka en rad branscher inom kreditmarknaden.

Övriga synpunkter på förslaget om mikroföretag

Vid sidan av de synpunkter som framhållits ovan önskar Advokatsamfundet framhålla följande.

Förvaltarens roll enligt konkurslagen omfattar inte enbart de uppgifter som tas upp i förslaget. Förvaltaren ska också bland annat:

- Omhänderta räkenskapsmaterial.
- Besluta om lönegaranti.
- Avgöra separationsrättsfrågor.
- Vårda och utlämna tredje mans egendom.
- Lämna upplysningar om konkursboet och dess förvaltning.
- Begära handräckning vid behov.
- Begära utmätning av lön eller därmed jämställda förmåner.
- Upprätta en förvaltarberättelse med i lag angivet innehåll.
- Anmäla gäldenären vid misstanke om brott och avge slutredovisning över resultatet av dessa efterforskningar.
- Anmäla till tillsynsmyndighet om det finns anledning att anta att farligt avfall behöver omhändertas.



- Löpande bokföra in- och utbetalningar i konkursboet.
- Avge s.k. halvårsberättelse.
- Ta hand om redovisningsmedel.

Förslaget lämnar inte svar på hur dessa frågor ska skötas i ett förfarande som inte leds av en förvaltare och där gäldenären har full rådighet över sina tillgångar.

Advokatsamfundet har också mycket svårt att se hur dessa uppgifter ska hanteras på ett godtagbart sätt utifrån förslaget. När det gäller exempelvis brottsanmälningar står förvaltarna för den helt övervägande andelen av dessa till Ekobrottsmyndigheten och de allra flesta anmälningarna rör brottslighet i mikroföretag.

Sammanfattningsvis avråder Advokatsamfundet starkt från att gå vidare med förslaget om avveckling av mikroföretag. I stället bör vår modell för konkurshantering värnas, då den både är väl fungerande och effektiv.

Inrättande av en borgenärskommitté

Enligt Advokatsamfundet fungerar den ordning för borgenärsinsyn och påverkan som anges i konkurslagen på ett utmärkt sätt och det finns inte något behov av regler kring borgenärskommittéer.

I det fall regler trots allt ska införas om inrättande av kommittéer bör det enbart gälla situationer där en sådan sammanslutning verkligen tillför något till konkursförvaltningen. Det kan t.ex. gälla om konkursen har internationella inslag med många utländska borgenärer, innefattar en mer omfattande fortsatt drift, innehåller komplexa tillgångs- eller skuldförhållanden, eller annars upptar mera komplicerade frågor.

Enligt förslaget (artikel 58.3) ska medlemsstaterna dock i nationell lagstiftning endast få utesluta möjligheten till att inrätta en borgenärskommitté om kostnaderna inte är motiverade mot bakgrund av konkursboets ringa ekonomiska betydelse, det låga antalet borgenärer eller om gäldenären är ett mikroföretag. I enlighet med vad som angivits ovan är det en alltför låg tröskel för att ges tillåtelse att inrätta en kommitté.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander