

**Europeiska kommissionens förslag till direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten (Ju2022/03740)**

Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet har genom remiss anmodats att yttra sig i rubricerat ärende. Fakultetsnämnden får härmed lämna följande synpunkter.

1 Övergripande om förslaget

Direktivförslagets uttalade syfte är att minska skillnaderna mellan och öka effektiviteten i medlemsstaternas insolvenssystem och insolvenshantering. Detta föreslås ske genom harmonisering av ett antal utvalda delområden som anses ha särskilt stor betydelse för att korta ned handläggningstiderna, sänka förfarandekostnaderna och höja den genomsnittliga nivån på återbetalningen till borgenärerna.

Mot denna bakgrund består förslaget av sex avdelningar (II–VII) med miniharmoniserande regler i följande ämnen (med gängse svensk insolvensrättsterminologi):

- återvinning i konkurs,
- registersökning av konkurstillgångar,
- konkursrättsligt snabbförfarande för erkännande av färdigförhandlade verksamhetsöverlåtelser före konkurs (prepack-förfarande),
- styrelseledamöters skyldighet att söka konkurs eller företagsrekonstruktion inom tre månader efter uppkommen ond tro om företagets insolvens, vid äventyr av skadeståndsansvar för den förmögenhetsminskning som en underlåtenhet åsamkar företaget och därmed borgenärerna,
- förenklat konkursförfarande utan förvaltare för företag med högst nio anställda och två miljoner euro i omsättning eller balansomslutning (s.k. mikroföretag), och
- borgenärskommittéer vid konkurs och företagsrekonstruktion.



2023-03-13

JURFAK 2023/1

Utöver dessa ämnen har en harmonisering av konkursgrunden insolvens och av förmånsrättsordningen övervägts men inte föreslagits. I en avslutande avdelning, med skyldigheter för medlemsstaterna att koncist informera om sina nationella insolvensregler, har däremot konkursgrunden och förmånsrättsordningen tagits med.

Fakultetsnämnden vill direkt framhålla att de problembeskrivningar som styrts urvalet av de ämnen som föreslås harmoniserade i det väsentliga *inte* stämmer in på rådande förhållanden inom svensk insolvensrätt och insolvenshantering. Från svensk synpunkt framstår stora delar av de föreslagna reglerna därmed som onödiga och i vissa delar direkt olämpliga, samtidigt som vägande detaljinvändningar kan riktas också mot sådana regler som i princip borde kunna användas för att åstadkomma förbättringar av gällande svensk rätt. Till den förra kategorin kan framför allt hänföras reglerna om mikroföretag och om borgenärskommittéer, till den senare kategorin reglerna om återvinning och om styrelseansvar.

I ett övergripande insolvensrättsligt perspektiv framstår urvalet av ämnen vidare som något märkligt. Utöver återvinningsämnet täcks inte något av det som måste betraktas som mest centralt att harmonisera, såsom insolvensbegreppet, rättsverkningarna av ett konkursbeslut (gäldenärens rådighetsförlust, konkursboets beslagsrätt, förbud mot säraktioner), sakrättens regler om borgenärsskydd, konkursboets hantering av gäldenärens avtal, grundläggande regler om deltagande fordringar (kritisk tidpunkt, kvittning, ränta, bevakning), grundläggande regler om realisation och utdelning, konkursförvaltarens ställning och uppdrag, etc. Fakultetsnämnden har full förståelse för svårigheterna att ta sig in i kärnan av medlemsstaternas sedan lång tid utvecklade insolvenssystem, men om detta inte görs blir det sakligt sett inte mycket bevänt med harmoniseringen. De framlagda förslagen måste i detta perspektiv förstås som ett försiktigt allra första steg, som vid framgång kan förväntas följas av flera ytterligare.

Som fakultetsnämnden utvecklar i de följande avsnitten finns det emellertid ändå vissa delar i det föreslagna direktivet som kan få en avsevärd – och i huvudsak negativ – inverkan på många medlemsstaters inklusive Sveriges insolvenshantering om de genomförs med oförändrat innehåll. Det finns därför anledning att redan på detta tidigare stadium av europeisk insolvensrättsharmonisering noga granska och kritiskt utvärdera det som nu lagts fram.



2 Återvinning i konkurs

Allmänna och övergripande frågor

Avdelning II i direktivförslaget innehåller minimiharmoniserande regler rörande de viktigaste frågorna och transaktionerna vid återvinning i konkurs.¹ Vad som i huvudsak regleras motsvarar i svensk rätt:²

- det allmänna kravet på nackdel,
- definitionerna av närstående personer i 4 kap. 3 § konkurslagen (KL),
- den allmänna subjektiva återvinningsregeln i 4 kap. 5 § KL,
- reglerna om återvinning av helt eller delvis benefika rättshandlingar i 4 kap. 6 § KL,
- reglerna återvinning av borgenärsgynnande betalningar och säkerställanden i 4 kap. 10 och 12 §§ KL,
- reglerna om verkan av återvinning i 4 kap. 14 och 21 §§ KL, och
- regeln om återvinningsrätt mot tredje man i 4 kap. 18 § KL.

Fakultetsnämnden anser att detta *urval* av frågor för harmonisering är väl avvägt.

Nämnden ställer sig också bakom kommissionens ställningstagande för en *minimiharmonisering*, dvs. att medlemsstaterna ska kunna behålla eller införa regler som ger konkursboet en bättre rätt till återvinning än direktivets regler. Observeras bör dock att detta, enligt artikel 5 i förslaget, endast gäller om de nationella reglerna ger konkursborgenärskollektivet – och alltså inte enskilda konkursborgenärer – ett bättre skydd än som följer av direktivet.

Det sagda betyder att det svenska *nackdelsrekvisitet* inte kan anses godtagbart enligt förslagets artikel 4, som endast täcker rättshandlingar som är till nackdel för borgenärskollektivet och inte som i svensk rätt även en eller flera enskilda borgenärer.³ Nämnden har ingen bestämd åsikt i frågan om detta är lämpligt eller ej men kan konstatera att svensk rätt troligen måste ändras om förslaget blir

¹ Förslaget täcker även återvinning i företagsrekonstruktion (jfr 5 kap. FRekL), men eftersom detta veterligen aldrig har förekommit i Sverige har förslaget för vår del bara betydelse vid konkurs.

² Även här beskriver fakultetsnämnden förslagets regler med gängse svensk insolvensrättsterminologi och inte i enlighet med den på många punkter i sak direkt felaktiga officiella svenska översättningen.

³ Se exempelvis Lennander, Återvinning i konkurs (4 uppl. 2013) s. 101 och Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen (3 uppl. 2020) s. 75.



bestående. Eftersom innebörden av nackdelsrekvisitet i aktuellt avseende inte framgår av lag, kan diskuteras om det då räcker att ändringen uttalas i lagmotiven till ett kommande direktivgenomförande eller om en motsvarighet till artikel 4 måste tas in i 4 kap. KL.

En annan allmän fråga rör regleringen av transaktioner med gäldenärens *närstående personer*. I denna del ska först sägas att fakultetsnämnden inte har några synpunkter på direktivförslagets definition av begreppet närstående person i artikel 2 q, då den i allt väsentligt tycks överensstämma med den svenska regleringen i 4 kap. 3 § KL och sakligt sett ter sig nöjaktig. Om förslagets regler i någon detalj skulle gå längre till konkursboets förmån än den svenska bestämmelsen får denna naturligtvis justeras, medan artikel 5 i motsatt fall ger Sverige rätt att behålla nuvarande reglering.

Förslaget skiljer sig däremot väsentligt från svensk rätt när det gäller hur närståendebegreppet funktionellt används i de olika återvinningsreglerna. I KL innebär användningen som bekant *dels* att återvinningsfristerna genomgående är väsentligt längre än vad som allmänt gäller men i gengäld att en närstående i regel ges möjlighet att avvärja återvinning genom bevisning om gäldenärens solvens eller sufficiens, *dels* att det vid tillämpning av den allmänna subjektiva återvinningsregeln ska presumeras att en närstående var i ond tro om återvinningsförutsättningarna. I direktivförslaget finns ingen motsvarighet till det förstnämnda, vilket alltså betyder att återvinningsfristerna är lika långa oavsett om återvinningsvaranden är närstående eller ej. Eftersom förslagets återvinningsfrister i allmänhet inte är längre än i svensk rätt, är möjligheterna att återvinna närståendetransaktioner därmed väsentligt sämre än i KL.

Fakultetsnämnden anser att Sverige i de kommande förhandlingarna bör plädara för närståendefrister som motsvarar de svenska, vilka för övrigt överensstämmer med de som gäller i övriga nordiska länder. Om detta inte leder till framgång kan och bör nuvarande återvinningsfrister ändå behållas i KL med stöd av artikel 5 i förslaget.

Ett annat allmänt drag i förslaget är att inte bara den allmänna bestämmelse som motsvarar 4 kap. 5 § KL utan även motsvarigheten till 4 kap. 10 och 12 §§ KL innehåller rekvisit som kan uppfattas innehålla ett krav på att gäldenären vid tiden för rättshandlingen ska ha varit *insolvent* och (i ett visst typfall) att återvinningsvaranden ska ha varit i *ond tro* om denna insolvens. Som närmare utvecklas nedan innehåller förslagets motsvarighet till 4 kap. 5 § KL dessutom inte bara ett utan *två subjektiva rekvisit*. Allt detta strider mot den grundläggande regelstruktur som den nordiska återvinningsrätten



haft sedan reformeringen av den materiella konkursrätten på 1970-talet.⁴ I syfte att förbättra återvinningsmöjligheterna och förenkla konkursboets processföring avskaffades då alla krav på insolvens och ond tro i samtliga återvinningsförutsättningar utom i nuvarande 4 kap. 5 § KL, samtidigt som de viktigaste objektiva återvinningsbestämmelserna – nuvarande 4 kap. 10 och 12 §§ KL – i stället försågs med ett ordinärrekvisit.⁵

Eftersom det generellt sett är enklare att få framgång med en återvinningstalan utan att behöva visa att gäldenären vid tidpunkten för rättshandlingen var insolvent och att återvinningsssvaranden insåg eller borde ha insett detta, betyder det sagda att i princip alla regler i direktivförslaget som uppställer krav på visad insolvens och ond tro i fall där KL inte gör detta faller under artikel 5 i förslaget. Sverige bör därmed kunna behålla sina objektiva utformade rekvisit och avstå från att införa de subjektiva momenten.

Ytterligare en allmän fråga, som har koppling till såväl de föreslagna återvinningsreglerna som reglerna om styrelseansvar och förenklat konkursförfarande för mikroföretag, rör det (eventuella) *insolvensbegrepp* som används i de minimiharmoniserande reglerna. Som nämntes inledningsvis har kommissionen valt att inte lägga fram något förslag om harmonisering av konkursgrunden insolvens. Liksom i 2019 års rekonstruktions- och insolvensdirektiv måste utgångspunkten i det föreliggande direktivförslaget därmed vara att termen insolvens, på de ställen där det ändå måste användas, avser den konkursgrund som äger tillämpning i varje enskild medlemsstat. Detta betyder i sin tur att man i direktivtexten, när avsikten är att endast hänvisa till den nationella konkursgrunden, bör använda just termen insolvens och inte ge sig in på olika försök att formulera innebörden av de ekonomiska problem som konstituerar insolvens, eftersom dessa skiljer sig väsentligt mellan olika medlemsstater.

På en del ställen i direktivförslaget frångås emellertid denna teknik, vilket skapar osäkerhet om vad som egentligen avses. En av förutsättningarna för återvinning av betalningar, säkerställanden och andra borgenärsgynnanden uttrycks i artikel 6 sålunda så att ”*the debtor was unable to pay its mature debts*”, dvs. att gäldenären var oförmögen att betala sina förfallna skulder. Detta svarar *inte* mot innebörden av det svenska insolvensbegreppet i 1 kap. 2 § andra stycket KL, enligt vilket det varken är en nödvändig eller tillräcklig förutsättning att gäldenären inte kan betala sina förfallna skulder. För

⁴ Se vad gäller återvinning främst SOU 1970:75 s. 114 ff, prop. 1975:6 s. 93 ff och 194 ff samt Walin, Materiell konkursrätt (2 uppl. 1987) s. 126 ff.

⁵ Ett ordinärrekvisit uppställdes ursprungligen endast i nuvarande 4 kap. 10 § KL, men kom i början av 2000-talet att tas in också i 4 kap. 12 § KL, se Ds 1998:40 s. 24 ff. och prop. 2001/02:57.



att insolvens i svensk mening ska föreligga krävs således inte att gäldenären saknar förmåga att betala någon förfallen skuld, utan det räcker att det inom ramen för en prognosbedömning med tillräcklig grad av säkerhet kan sägas att gäldenären inom en inte alltför lång framtid kommer att bli oförmögen att betala de skulder som då kan förväntas föreligga.⁶ Å andra sidan räcker det enligt svensk rätt inte att gäldenären inte kan betala sina förfallna skulder, utan det krävs dessutom att oförmögen inte bara är tillfällig och, för att använda Högsta domstolens ord, att ”det inte med tillräcklig grad av säkerhet kan sägas att gäldenärens ekonomi inom en godtagbar tid kan förväntas ha så förbättrats att han kommer att kunna betala sina skulder i takt med att de förfaller till betalning.”⁷ Den citerade formuleringen i artikel 6 ger i en svensk kontext därmed närmast uttryck för illikviditet, dvs. momentan oförmåga att betala de skulder som vid bedömningstillfället är förfallna till betalning. Detta uppfyller vad som enligt 2 kap. 10 § punkt 1 FRekL i ekonomiskt hänseende krävs för att inleda en företagsrekonstruktion, men alltså inte grunden för att inleda en konkurs.

Det kan dock starkt ifrågasättas om avsikten med skrivningen i förslagets artikel 6 verkligen är att uttrycka något annat än den tillämpliga nationella konkursgrunden. Troligare är att skrivningen, i likhet med de föreslagna återvinningsreglerna överlag, har influerats av den tyska insolvensrättens systematik och begreppsbildning.⁸ I den tyska insolvensbalken arbetar man sålunda med tre olika grunder för att inleda insolvensförfarandet. Den allmänt gällande inledandegrunden är betalningsoförmåga (*insolvens*), varmed avses att gäldenären inte kan betala sina förfallna skulder.⁹ När gäldenären är sökande tillämpas även inledandegrunden hotande betalningsoförmåga (*hotande insolvens*), varmed avses att gäldenären inte kan förväntas betala sina föreliggande skulder under en prognostid om i regel 24 månader.¹⁰ Är gäldenären en juridisk person eller ett enkelt bolag är överskuldssättning (*insufficiens*) dessutom inledandegrund, om det inte är övervägande sannolikt att gäldenärsföretaget med hänsyn till omständigheterna kan fortsätta sin verksamhet under de närmaste tolv månaderna.¹¹

⁶ Se om den svenska insolvensbedömningen bl.a. Renman, Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen (3 uppl. 2020) s. 156 ff, Mellqvist & Welamson, Konkurs och annan insolvensrätt (13 uppl. 2022) s. 48 ff och Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden II (2021) s.259 ff och 279 ff.

⁷ Se HD:s skäl i NJA 2013 s. 822 punkt 4.

⁸ Nämnas kan att de föreslagna återvinningsreglerna väsentligen utgår från ett förslag till modellag som inom ramen för ett europeiskt forskningsprojekt har utarbetats av i första hand den tyske processrättsprofessorn Reinhard Bork.

⁹ Se § 17 Insolvenzordnung.

¹⁰ Se § 18 Insolvenzordnung.

¹¹ Se § 19 Insolvenzordnung.



I ljuset av att det allmänna tyska insolvensbegreppet således inte innefattar någon prognosbedömning utan tar sikte på en föreliggande oförmåga att betala förfallna skulder, är detta antagligen förklaringen till skrivningen i artikel 6. Eftersom direktivförslaget inte avser att harmonisera insolvensbegreppet och användningen av termen insolvens därmed måste förstås som den nationellt tillämpliga konkursgrunden i varje medlemsstat, får därmed antas att detta också gäller i denna artikel. Naturligtvis bör saken dock klargöras i det fortsatta arbetet med direktivet, om nu ett krav på insolvens alls kommer att leva kvar.

Med detta sagt ska noteras att innebörden av begreppet insolvens har central betydelse i direktivförslagets regler om styrelseledamöters skyldighet och ansvar att söka konkurs eller företagsrekonstruktion enligt artiklarna 36 och 37, vilket fakultetsnämnden närmare återkommer till nedan. Även där kan antas att reglerna har utgått från en tyskinfluerad innebörd av begreppet, vilket medför att det lämpliga i att implementera angivna artiklar med de ändrade förtecken som följer med det betydligt mer svårtillämpade svenska insolvensbegreppet kan sättas i fråga.

Även det särskilda insolvensbegrepp som artikel 38 tycks lansera i det förenklade regelverket för mikroföretag i avdelning VI, sätter på liknande sätt fingret på relationen mellan den gällande svenska och den tysk-kontinentala innebörden av det allmänna insolvensbegreppet.

Det som här har sagts om insolvensbegreppet talar för att frågan om harmonisering på denna punkt bör tas upp till förnyat övervägande. Fakultetsnämnden bedömer att ett svenskt närmande till den mer robusta tyska innebörden av begreppet skulle kunna medföra en behövlig uppstramning av hur begreppet har kommit att utvecklas i särskilt svensk återvinningspraxis. För att uppnå acceptabel förutsebarhet vid ett svenskt genomförande av artiklarna 36 och 37 i förslaget, framstår det dessutom som närmast nödvändigt att ha en stabilare rättslig grund att utgå från än det svenska insolvensbegreppet i nuvarande tappning.

Förslagets motsvarighet till 4 kap. 5 § KL (artikel 8)

Direktivförslagets artikel 8 ligger mycket nära de klassiska romerskrättsliga reglerna om *actio pauliana*, vilka fortfarande har en stark ställning i kontinentaleuropeisk rätt.¹² Det betyder här att alla typer av rättshandlingar genom vilka gäldenären avsiktligt har orsakat borgenärskollektivet skada kan återvinnas om motparten

¹² Se närmare härom Lennander, Återvinning i konkurs (3 uppl. 2013) s. 138 ff.



2023-03-13

JURFAK 2023/1

kände till eller borde ha känt till gäldenärens avsikt att orsaka sådan skada och rättshandlingen sakrättsligt har fullbordats senare än fyra år före fristdagen.¹³ Detta innebär att återvinningskäranden (i fortsättningen ”konkursboet”) måste kunna visa såväl att gäldenären hade den angivna typen av skadeavsikt som att motparten var i ond tro härom. Och eftersom någon kausal avsikt att skada borgenärskollektivet knappast kan anses föreligga om inte att gäldenären också insåg att han eller hon var eller genom rättshandlingen skulle bli insolvent, innefattas uppenbarligen även ett implicit krav på insolvens och ond tro härom.

Som fakultetsnämnden redan berört rensades denna typ av dubbla (eller kanske rättare tredubbla) subjektiva rekvisit bort i de nordiska actio pauliana-bestämmelserna i slutet av 1970-talet. Fortfarande måste konkursboet enligt (i Sverige) 4 kap. 5 § KL visserligen visa att gäldenären var eller genom rättshandlingen blev insolvent och att motparten kände till eller borde ha känt till detta, men någon skadeavsikt eller annat subjektivt moment på gäldenärens sida behöver inte visas. Däremot krävs att den skada/nackdel som rättshandlingen förorsakat borgenärerna kan betecknas som otillbörlig, vilket dock inte är ett subjektivt utan ett rent objektivet rekvisit som tar sikte på främst hur stor skada rättshandlingen har medfört eller hur graverande denna annars ter sig i ett borgenärsperspektiv.¹⁴

Det sagda betyder att återvinningsförutsättningarna i 4 kap. 5 § KL typiskt sett ger borgenärskollektivet ett bättre skydd än artikel 8 och att den svenska regleringen i nu berörda avseenden kan och bör behållas. Fakultetsnämnden anser också att Sverige i de kommande förhandlingarna bör verka för att framför allt kravet på skadeavsikt hos gäldenären tas bort, eftersom det saknar rationella skäl för sig i återvinningsrätten, som ju inte syftar till att göra gäldenären straff- eller skadeståndsansvarig utan att hos dennes motparter söka kompensation för den nackdel som olika typer av borgensskadliga transaktioner har förorsakat dem en tid innan gäldenären blev försatt i konkurs.

Övriga delar av artikel 8 anser fakultetsnämnden vara godtagbara: ondtrapresumtionen för närstående i första punktens andra stycke är densamma som i 4 kap. 5 § andra stycket KL, fristberäkningsregeln i andra punkten svarar mot 2 kap. 21 § KL och fyraårsfristen är fullt tillräcklig även om den är ett år kortare än i 4 kap. 5 § första stycket KL. Att direktivförslaget generellt saknar regler om längre återvin-

¹³ Fristdagen beskrivs i förslaget så att ansökan inlämnades inom en viss period innan konkursansökan lämnades in eller efter att en sådan ansökan lämnades in. I sak betyder det samma sak som fakultetsnämnden i löptexten har formulerat i enlighet med tekniken i KL.

¹⁴ Se närmare Lennander a.a. s. 162 ff och Renman a.a. s. 178 ff.



ningsfrister i närståendefall har övergripande redan kommenterats ovan, vilket täcker även avsaknaden av annan frist än den allmänna tioårspreskriptionen i 4 kap. 5 § tredje stycket KL.¹⁵

Förslagets motsvarighet till 4 kap. 6 § KL (artikel 7)

Direktivförslagets artikel 7 har i sak samma innehåll som 4 kap. 6 § (jämfte 2 kap. 21 §) KL, utom att återvinningsfristen enligt förslaget är ett år i stället för KL:s sex månader eller ett år om sufficiens hos gäldenären kan visas. Eftersom förslaget här ger borgenärskollektivet ett bättre skydd måste KL anpassas till detta.¹⁶ Fakultetsnämnden har inga invändningar mot det.

Förslagets motsvarighet till 4 kap. 10 och 12 §§ KL (artikel 6)¹⁷

Enligt direktivförslagets artikel 6 ska rättshandlingar som innebär att en borgenär får betalt, blir säkerställd eller på annat sätt gynnas kunna återvinnas om gynnandet blivit sakrättsligt fullbordat senare än tre månader före fristdagen och gäldenären då var insolvent.¹⁸ Om detta har inneburit att en förfallen fordran blivit tillgodosedd eller säkrad på det sätt som borgenären hade rätt till (kongruent täckning), krävs dessutom att borgenären kände till eller borde ha känt till att gäldenären var insolvent eller att en konkursansökan lämnats in. Liksom i den allmänna återvinningsregeln i artikel 8 presumeras närstående personer ha haft sådan kännedom.¹⁹

Dessa regler motsvarar i huvudsak de svenska reglerna om återvinning av betalning och säkerställande i 4 kap. 10 och 12 §§ KL, men de har ett *bredare tillämpningsområde* genom att i princip omfatta alla slags gynnanden av enskilda borgenärer som innefattar en relevant borgenärsnackdel. Det innebär att förslaget på denna punkt ger borgenärskollektivet ett bättre skydd än de svenska reglerna, som således måste justeras i enlighet med detta. Fakultetsnämnden anser det vara välkommet, bland annat eftersom

¹⁵ Avsaknaden av längre frister i närståendefall kommer fortsättningsvis inte att kommenteras särskilt.

¹⁶ Angående närståendefall, se föregående not.

¹⁷ Notera att den svenska direktivversionens rubrik till artikel 6 ("Förmånsrätt") är grovt felaktig i sak: bestämmelsen reglerar *inte* förmånsrätt utan betalningar, säkerställanden och andra typer av borgenärsgynnande rättshandlingar. Att vissa sådana gynnanden medför att motparten (om inte återvinning sker) kan göra gällande förmånsrätt är en annan sak.

¹⁸ Angående tekniken för att beskriva fristdagen, se not 13 ovan.

¹⁹ I artikel 6.3 a ges härutöver en regel av visst intresse, vilken dock ryms inom det svenska nackdelsrekvisitet och därmed är oproblematisert från implementeringssynpunkt.



det klargör det önskvärda förhållandet att även fullgörelse av naturaskulder bör kunna återvinnas enligt 4 kap. 10 § KL.²⁰

I fråga om återvinning enligt 4 kap. 12 § KL innebär förslaget också en breddning på så sätt, att säkerställanden som fullbordas senare än tre månader före fristdagen i princip kan återvinnas även då säkerheten var betingad vid skuldens tillkomst och även då säkerställandet fullbordats utan dröjsmål efter skulden tillkomst, men i så fall bara under förutsättning att gäldenären var insolvent och borgenären var i ond tro härom. Såvitt fakultetsnämnden kan bedöma måste 4 kap. 12 § KL lika fullt breddas i detta avseende. Vad gäller de säkerställanden som i dag *kan* återvinnas enligt 4 kap. 12 § KL ger det svenska ordinärrekvisitet däremot typiskt sett borgenärerna bättre återvinningsmöjligheter än förslagets insolvens- och ondtrosrekvisit, som i denna del alltså inte behöver implementeras.

Såvitt gäller 4 kap. 10 § KL bör först framhållas att betalningar med osedvanliga betalningsmedel och förtida betalningar normalt inte är ordinära och därför relativt enkelt kan återvinnas i svensk rätt. Förhållandet att artikel 6 även i dessa typfall av inkongruent betalning uppställer ett krav på visad insolvens, medför därmed att förslaget ger borgenärskollektivet ett sämre skydd än svensk rätt, varvid nuvarande återvinningsförutsättningar här kan behållas.

När det slutligen gäller återvinning av kongruent betalning, dvs. betalning av just det belopp som borgenären har rätt till på just den förfallodag som borgenären har rätt att få betalt på, blir bedömningen mera komplex. Å ena sidan kan hävdas att de rent objektivt utformade svenska rekvisiten även i detta typfall gör det lättare för konkursboet att vinna framgång med en återvinningstalan än direktivförslagets krav på visad insolvens hos gäldenären och ond tro hos återvinningsvaranden. Å andra sidan har man i den svenska rättstillämpningen inklusive Högsta domstolens praxis haft stora och ännu oavklarade problem med att klargöra innebörden av de båda objektiva rekvisiteten ”*avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning*” och ”*om [betalningen] inte med hänsyn till omständigheterna ändå kan anses som ordinär*” i 4 kap. 10 § KL. Särskilt när det gäller ordinärrekvisitet, där 15 (!) avgöranden från Högsta domstolen föreligger, har avsevärda tillämpningsproblem konstaterats föreligga.²¹ I vissa vanligen förekommande situationer

²⁰ Jfr NJA 1950 s. 417 och exempelvis Lennander a.a. s. 218 f.

²¹ Se bl.a. Mellqvist & Welamson a.a. s. 146: ”Rekvisitet har medfört, och kan förväntas även fortsättningsvis medföra, avsevärda tillämpningssvårigheter.” Se även Renman a.a. s. 239: ”Det stora antalet rättsfall visar att undantaget för ordinära betalningar ställt till problem.” Jfr Möller, Insolvensrättsliga utlåtanden II



blockerar dessutom ordinärrekvisitet otvivelaktigt en tillämpning av 4 kap. 10 § KL även i fall där insolvens och ond tro relativt enkelt låter sig konstatera, exempelvis då gäldenären i ett fortlöpande avtalsförhållande någon vecka före sin konkurs på förfalldagen har betalat ett ansevärt belopp till en oprioriterad borgenär (t.ex. en hyresvärd). Även om denna betalning skulle ta gäldenärens allra sista likvida medel i anspråk är den utan tvekan att anse som ordinär enligt 4 kap. 10 § KL, medan återvinning däremot skulle kunna ske enligt artikel 6 i direktivförslaget.

Sammantaget gör fakultetsnämnden lika fullt bedömningen att de objektiva återvinningsförutsättningarna i 4 kap. 10 § KL även vid kongruenta betalningar generellt sett ger borgenärskollektivet ett bättre skydd än direktivförslagets regler och därmed inte behöver bytas ut mot eller kompletteras med dessa.

Förslagets motsvarighet till 4 kap. 14, 18 och 21 §§ KL (artikel 9–11)

Direktivets artikel 9 och 10 reglerar i första hand de centrala rättsverkningarna av en framgångsrik talan om återvinning.²² Några väsentliga avvikelser från motsvarande regler i 4 kap. 14 och 21 §§ KL kan inte med säkerhet identifieras. Viss oklarhet föreligger dock i den grundläggande frågan om återvinningsvaranden primärt ska återbära den *egendom* som han eller hon har mottagit, såsom enligt 4 kap. 14 § första stycket KL, eller den värdemässiga *nackdel* som rättshandlingen har medfört för borgenärerna. Artikel 9.2 första stycket och skäl 5 ger klart uttryck för att det är nackdelen som ska utges till konkursboet. I skäl 11, som kopplar till artikel 9, sägs först detsamma men därefter också: ”The compensation implies the payment of a sum equivalent to the value of the performance received if it cannot be returned *in natura* to the insolvency estate.” Uttalandet utgår uppenbarligen från att återvinningsvaranden primärt ska återbära den mottagna egendomen som sådan och att den kompensation för ”nackdel” som det talas om i artikel 9 avser värdet på samma egendom ifall den inte kan återlämnas. Begreppet nackdel (”detriment”) har här i så fall en annan innebörd än i svensk återvinningsdiskurs och i förslagets artikel 4 och överensstämmer i själva verket med rättsverkningarna av återvinning enligt 4 kap. 14 § första och tredje stycket KL. Frågan bör klargöras i det kommande arbetet med direktivet. Fakultetsnämnden väljer för sin del att inte

(2021) s. 227 ff, med en ingående diskussion av de två delvis konkurrerande metoderna för bedömning av ordinärhetsfrågan i svensk rätt.

²² Noteras bör att den svenska textversionen innehåller att flertal missvisande och i vissa avseende direkt felaktiga översättningar av den engelska texten. Fakultetsnämnden utgår från hur den engelska texten får förstås enligt gängse svensk insolvensrättsterminologi.



uttala någon ståndpunkt i frågan, men åskådliggör frågans betydelse med följande exempel:

Den blivande konkursgäldenären säljer en fastighet värd 10 milj. kr för 5 milj. kr. Tre år senare återvinns överlåtelsen av gäldenärens konkursbo med stöd av 4 kap. 5 § KL. Marknadsvärdet på fastigheten har då stigit väsentligt. Om rättsverkan av återvinning är att kompensation ska utges för den nackdel som underprisförsäljningen åsamkade borgenärerna vid tiden för transaktionen, får konkursboet kräva att köparen utger 5 milj. kr, alternativt återkräva fastigheten och återlämna såväl den köpeskilling gäldenären uppburit som den del av en konkursförsäljningsintäkt som överstiger 10 milj. kr. Om rättsverkan av återvinning i stället är att fastigheten ska återbäras in natura, kan boet återkräva fastigheten och återlämna den köpeskilling gäldenären uppburit och dessutom behålla allt överskott av en konkursförsäljning, alternativt (om fastigheten inte finns i behåll) kräva att köparen utger ersättning motsvarande fastighetens värde vid tidpunkten för återvinningsmålets avgörande.²³ Det senare motsvarar gällande svensk rätt. Vad direktivförslaget innebär framstår som sagt något oklart.

Slutligen ska noteras att förslagets artikel 11 om återvinningsrätt mot tredje man i alla delar synes överstämja med vad som i Sverige följer av 4 kap. 18 § KL och allmänna förmögenhetsrättsliga principer.

3 Registersökning av konkurstillgångar

Avdelning III i direktivförslaget innehåller regler om registersökning av potentiella tillgångar som omfattas, eller efter återvinning kan fås att omfattas av ett konkursbeslag på det sätt som i Sverige primärt regleras i 3 kap. 3 § KL. Eftersom endast återvinningsinstitutet och inte de sakrättsliga reglerna om borgenärsskydd och inte heller övriga regler om och kring konkursbeslaget (jfr 3 kap. 4–8 §§ KL) föreslås harmoniserade, hänger sökningsreglerna materiellt sett i luften: även om en domstol eller förvaltare hittar uppgifter om tillgångar som kan tänkas vara värda att dras in i en pågående konkurs, avgörs konkursboets rätt att kunna nyttiggöra dessa tillgångar sedan ändå i första hand av de särskilda sak- och konkursrättsliga reglerna i lagen i den medlemsstat som IP-rätten utpekar.

²³ Jfr angående värdetidpunkten NJA 2010 s. 709.



Med detta sagt har fakultetsnämnden naturligtvis inget att invända mot att möjligheterna att eftersöka uppgifter om tillgångar i olika slags register förbättras i syfte att öka effektiviteten i handläggningen av inte minst konkurser med gränsöverskridande inslag. Nämnden noterar dock att reglerna i förslaget i hög grad utgår från att sökningen ska göras av särskilt utsedda domstolar på begäran av konkursförvaltarna och endast i begränsad utsträckning av förvaltarna själva. Med hänsyn till den rollfördelning mellan konkursförvaltare och konkursdomstolar som gäller och tillämpas i svensk rätt framstår detta som mindre ändamålsenligt och alltför tungrott. Den svenska ståndpunkten i kommande förhandlingar bör därför inriktas mot att så långt möjligt ge konkursförvaltarna direkt tillgång till olika typer av register för sökning av potentiella konkurstillgångar.

4 Prepack-förfarande

Direktivförslagets avdelning IV innehåller regler om ett s.k. prepack-förfarande, som för den nordiska insolvensrättens del utgör en fullständig nyhet som saknar egentliga förebilder. Med hänsyn till det ges här först en i sammanhanget relativt omfattande (men ändå grundläggande) beskrivning av förslaget och förfarandet på svenskt insolvensrättsspråk.

Medlemsstaterna ska sålunda införa ett konkursrättsligt snabbförfarande (prepack-förfarande) som medger att hela eller delar av gäldenärens pågående verksamhet kan säljas till den bästa budgivaren inom ramen för en konkurrensutsatt försäljningsprocess (den förberedande fasen) som föregår inledningen av det egentliga konkursförfarandet (konkursfasen). I andra frågor än de särskilt reglerade ska vanliga nationella konkursregler tillämpas i den mån de är förenliga med de särskilda prepack-reglerna.

Huvuddragen i förfarandet är att domstolen på gäldenärens ansökan ska utse en rådgivare som sedan kan och ska utses till förvaltare när konkursfasen inleds. Under den förberedande fasen, som startar då rådgivaren har utsetts, behåller gäldenären rådigheten och ska rådgivaren övervaka att försäljningsprocessen hanteras korrekt, rättvist och marknadsmässigt samt dokumentera detta. Rådgivaren ska också rekommendera bästa anbudsgivare och uttala att han eller hon inte anser att bästa budet uppenbart strider mot testet om borgenärernas bästa intresse. När konkursfasen inleds ska domstolen utse rådgivaren till förvaltare och auktorisera försäljningen av verksamheten till den föreslagna förvärvaren, förutsatt att förvaltaren har avgett ett positivt yttrande om den försäljningsprocess som ägt rum under den förberedande fasen.



De rådgivare/förvaltare som deltar i prepack-förfarandet måste uppfylla de nationella kriterierna för konkursförvaltare, måste kunna utses till förvaltare i konkursfasen och ska arvoderas av gäldenären om ingen konkursfas inleds respektive av konkursboet som massaskuld om en konkursfas kommer till stånd. Det ska också säkerställas att de rådgivare/förvaltare som deltar i prepack-förfarandet kan göras civilrättsligt ansvariga för borgenärens och berörda tredje mäns skador till följd av att rådgivaren/förvaltaren underlåter att uppfylla sina skyldigheter enligt prepack-reglerna.

Under den förberedande fasen ska gäldenären kunna söka skydd under reglerna om konkurshinder, exekutionsförbud och hävningshinder i 2019 års rekonstruktions- och insolvensdirektiv om det behövs för att kunna genomföra prepack-processen. Det ska också säkerställas, med öppning för vissa modifieringar och undantag, att den som förvärvar gäldenärens verksamhet utan motpartens samtycke också får förvärva de valda ömsesidigt ofullgjorda avtal som är nödvändiga för att verksamheten ska kunna fortsätta, alternativt (under tämligen snäva kriterier) att domstolen kan besluta att säga upp sådana avtal.

Detaljerade regler föreslås vidare om den konkursutsatta försäljningsprocess som utgör kärnan i förfarandet. Mycket övergripande avser de att säkerställa att försäljningsprocessen följer grundläggande principer om öppenhet, konkurrens och transparens, att kriterier för val av det bästa budet följs och att bud från närstående görs till föremål för skärpt granskning. Regelverket innefattar också olika regler om värdemaximering och skydd mot överklaganden.

Fakultetsnämnden ställer sig försiktigt positiv till de framlagda prepack-reglerna. Även om de inte kan förväntas komma till användning annat än undantagsvis och då främst för mycket stora företag, får det ändå anses värdefullt att ett genomtänkt system kan tas i bruk i de fall där det behövs för att hantera bland annat de frågetecken rörande förvaltarjämv, bästa budet och godtagbar försäljningsprocess som kan uppkomma vid rent avtalsbaserade prepack-transaktioner. För svensk del bör dock bevakas att ett eventuellt slutligt regelverk inte blir alltför detaljerat, formaliserat och domstolstungt, eftersom det annars finns en uppenbar risk för att det inte kommer att användas av de aktörer som det primärt är avsett för.

5 Styrelseledamöters skyldighet och ansvar att ansöka om konkurs eller företagsrekonstruktion



I den svenska bolagsrättsliga och insolvensrättsliga diskussionen har man under senare år ställt sig allt mera kritisk till såväl reglerna om likvidationsplikt och medansvar vid kapitalbrist i 25 kap. aktiebolagslagen (ABL) som reglerna om företrädaransvar för juridiska personers skatter och avgifter i 58 kap. skatteförfarandelagen. I stället har det efter utländsk förebild eftersökts effektiva regler om (primärt) styrelseledamöters handlingsplikt och ansvar när ett aktiebolag eller annan rörelse-drivande juridisk person hamnat i zonen av insolvens eller blivit insolvent. Konkreta förslag i denna riktning har också lagts fram av Nordisk-baltiska insolvensrättsnätverket,²⁴ och senast av Stiftelsen Insolvensrättsligt forum i samband med det svenska ställningstagandet till artikel 19 i 2019 års rekonstruktions- och insolvensdirektivet.²⁵ Den närmare motiven för och innehållet i dessa förslag ska dock inte återges här.

Fakultetsnämnden kan mot denna bakgrund konstatera att det aktuella direktivförslagets avdelning V innehåller just insolvensbaserade regler om bland andra styrelseledamöters handlingsplikt och skadeståndsansvar. Jämfört med de ovan nämnda förslagen är det emellertid fråga om en synnerligen fyrkantig reglering som utgår från en enda handlingsplikt, nämligen att ansöka om ett insolvensförfarande, vilket för svensk del måste bli fråga om konkurs eller företagsrekonstruktion, senast tre månader efter att styrelseledamöterna (etc.) fick kännedom om eller rimligen kunde förväntas ha fått kännedom om gäldenärsföretagets insolvens (se artikel 36). Påföljden om detta dekret inte följs ska vara skyldighet att ersätta borgenärerna för skadorna av den värdeminskning i företaget som uppstår till följd av att ansökan inte lämnas in tid (se artikel 37, jfr skäl 33).

Om detta förslag kan väldigt mycket sägas, vilket fakultetsnämnden dock väljer att inte göra. Nämnden nöjer sig med att konstatera *att* förslaget inte hindrar att styrelseledamöterna också görs ansvariga på andra inklusive ännu striktare grunder, *att* ansvar för vårdslöst orsakad bolagsskada enligt 29 kap. 1 § ABL således kan inträda tidigare än tre månader från att styrelseledamöterna kom i ond tro om bolagets insolvens, *att* det svenska prognosbaserade och därmed svårtillämpade insolvensbegreppet passar tämligen illa att läggas till grund för tidsbestämda ansvarsregler av detta slag, *att* det tyska insolvensbegrepp som beskrivits i avsnitt 2 ovan passar betydligt bättre och antagligen är det som förslaget är tillskuret för samt *att*

²⁴ Se Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law, Final version (2016) s. 21 f.

²⁵ Se Det svenska genomförandet av EU:s rekonstruktions- och insolvensdirektiv. Promemoria framtagen i anslutning till en hearing och en utredning (2021) s. 21 f, 55 f och 162 ff, jfr även SOU 2021:12 s. 577 ff.



förslaget gör det ännu mera angeläget än tidigare att överväga rensningar i det svenska ansvarslandskapet, i första hand ett avskaffande av medansvaret enligt 25 kap. ABL.

6 Förenklat konkursförfarande för s.k. mikroföretag

Direktivförslagets avdelning VI innehåller regler som i huvudsak innebär att medlemsstaterna ska tillhandahålla ett förenklat konkursförfarande för mikroföretag, i vilket en förvaltare får utses bara om gäldenären, en borgenär eller en grupp borgenärer begär det och kostnaderna för förvaltningen kan finansieras av konkursboet eller en begärande part. I förfarandet ska gäldenären som utgångspunkt behålla rådigheten över sina tillgångar och den dagliga driften av verksamheten.

Bakgrunden till detta drastiska förslag framgår indirekt av artikel 38, nämligen ett konkursförfarande i ett flertal medlemsstater inte kan inledas, alternativt snabbt måste avslutas, då gäldenärens tillgångar inte räcker för att betala kostnaderna för förfarandet, främst förvaltarens arvode.

Med mikroföretag avses enligt förslaget företag med högst nio anställda och en omsättning eller balansomslutning som uppgår till högst två miljoner euro, vilket för närvarande motsvarar drygt 22 milj. kr. I Sverige lär en övervägande majoritet av alla konkursföretag ligga inom dessa gränsvärden.

Fakultetsnämnden konstaterar att de problem som ligger till grund för detta förslag inte föreligger i Sverige, framför allt till följd av att staten enligt 14 kap. 3 § KL ytterst ansvarar för konkurskostnaderna. Den givna svenska ståndpunkten bör därmed vara att något förenklat konkursförfarande inte behöver införas för medlemsstater som på detta eller andra sätt redan har verktyg på plats för att hantera denna typ av problem.

7 Borgenärskommittéer vid konkurs och företagsrekonstruktion

Direktivförslagets avdelning VII innehåller en relativt omfattande detaljreglering av borgenärskommittéer i insolvensförfaranden.

Fakultetsnämnden nöjer sig här med att konstatera att regler om borgenärskommitté vid konkurs i svensk rätt avskaffades för snart 50 år sedan och att de ännu gällande reglerna om borgenärskommitté vid företagsrekonstruktion (se 2 kap. 18 § FRekL) sällan kommer till användning. Det kan dock inte uteslutas att de nya rekonstruk-



2023-03-13

JURFAK 2023/1

tionsregler som trätt i kraft den 1 augusti 2022 kommer att medföra en ändring i detta avseende, särskilt i relation till utländska borgenärer. Det finns oavsett detta knappast något bärande skäl för Sverige att motsätta sig en enkel och grundläggande europeisk reglering på denna punkt, så länge det inte blir fråga om att ge borgenärskommittén någon beslutsmakt i förvaltningsfrågor.

Förslag till yttrande i detta ärende har upprättats av professor emeritus Mikael Möller. Yttrandet har på delegation avgivits av Juridiska fakultetens dekanus, professor Anna Singer.

Anna Singer