

2021-06-04

Diarienummer Ju 2021/01037

Planas yttrande över betänkandet SOU 2021:12 (nedan kallad Utredningen):

Utredningsförslagen missgynnar småföretag och ger fler onödiga konkurser

Planas viktigaste ändringsförslag:

1. Kravet på att huvudregeln är att rekonstruktören ska vara konkursförvaltare bör ej införas.
2. Kravet på Tillsynsmyndigheten att yttra sig över rekonstruktörens lämplighet bör ej införas. Risken är påtaglig att domstolarna i princip kommer att fastställa Tillsynsmyndighetens åsikt vilket föranleder att den reella prövningen i domstolen uteblir.
3. Lagändringsförslag som innebär onödiga krav på mikroföretag samt små och medelstora företag bör ej genomföras.
4. Plana ställer sig frågande till om de förändringar som EU-direktivet kräver verkligen behöver komma till uttryck i en ny lag om företagsrekonstruktion. De förändringar som krävs borde kunna infogas i den befintliga lagen.

Övergripande synpunkter

Utredningen föreslår att rekonstruktörer som en uttalad ”stark huvudregel” ska väljas ur en jämförelsevis snäv krets av konkursförvaltare. Samtidigt ska krav ställas på att rekonstruktören har mycket goda kunskaper i att driva företag och kan göra de kommersiella överväganden som krävs för att få ett företag att gå med vinst. Att vända ett konkursbo till en vinstdrivande verksamhet har aldrig ingått i en konkursförvaltares arbetsuppgifter. De behörighetskrav som föreslås är feltänkta och riskerar att få allvarliga negativa konsekvenser, eftersom det i praktiken nästan enbart blir konkursförvaltare som kan verka som rekonstruktörer.

Om förslaget skulle genomföras kommer det med stor sannolikhet att leda till färre rekonstruktioner och fler onödiga konkurser. Företag som skulle kunna räddas kommer att avvecklas, vilket vore en förlust för hela samhället. På mindre orter blir det särskilt svårt att finna rekonstruktörer som lever upp till de snäva behörighetskraven. Risken för att jävsituationer uppstår är uppenbar, då kretsen av tänkbara rekonstruktörer blir alltför begränsad.

Kravet att rekonstruktörer främst ska utses ur kretsen av konkursförvaltare är feltänkt. En företagsrekonstruktion skiljer sig i grunden från en konkurs eftersom syftet med en rekonstruktion är att verksamheten ska leva vidare, medan syftet med en konkurs normalt är att avveckla verksamheten. Utredningen drar därför slutsatsen att rekonstruktören även ska ha mycket goda kunskaper i att driva företag och ha förmåga att göra de kommersiella överväganden som krävs för att få ett företag att gå med vinst. Detta är inte några kunskaper och förmågor som konkursförvaltare normalt kan antas ha. Risken är därför överhängande att det uteslutande blir konkursförvaltare som utses till rekonstruktörer, men att dessa konkursförvaltare i mycket begränsad utsträckning kommer att leva upp till det andra behörighetskravet – att ha goda kunskaper om företagande och förmåga att vända en olönsam affärsverksamhet.

Förslaget om ändrade behörighetskrav för rekonstruktörer är inte motiverat av det EU-direktiv som var bakgrunden till uppdraget bakom Utredningen. I Utredningen hänvisas till en kartläggning som Kronofogdemyndigheten genomförde 2020, i vilken det hävdas att konkursförvaltare lyckas bättre med sina rekonstruktioner än rekonstruktörer som inte är konkursförvaltare. Kronofogdemyndighetens kartläggning var dock ämnad för ett helt annat syfte än att ligga till grund för lagstiftningsbeslut. Detta förklarar varför den är behäftad med allvarliga metodologiska brister – bland annat att urvalet av företag som ska räddas inte är slumpmässigt. Plana finner det anmärkningsvärt att Utredningen grundar sina förslag på ett uppenbart bristfälligt faktaunderlag.

I Utredningens kapitel om konsekvenser konstateras kortfattat att förslaget kommer att påverka ”vissa av de företag i vilka rekonstruktörerna är anställda, främst de företag som inte har några konkursförvaltare knutna till sig”. Det viktigaste är förstås inte hur förslaget kommer att påverka vissa företag i vilka rekonstruktörer är anställda, utan hur det kommer att påverka de företag som rekonstruktörerna är till för att rädda. Någon analys av hur förslaget kommer att

påverka antalet rekonstruktioner och konkurser har inte gjorts – trots att det borde ha ingått i utredarens uppdrag att göra en sådan analys.

I praktiken innebär Utredningens förslag att företag som Plana, vars rekonstruktörer inte är konkursförvaltare, riskerar att bli exkluderade från marknaden. Detta kommer att begränsa utbudet av rekonstruktörer och kraftig försämra konkurrensen, särskilt på mindre orter.

Vidare anser Plana att kraven för att beviljas företagsrekonstruktion måste ta hänsyn till företagets förutsättningar. Självklart ska en rekonstruktionsprocess enbart inledas om det finns förutsättningar att nå framgång. Samtidigt får de formella kraven inte bli alltför omfattande. Det finns fall där bokföringen inte är anmärkningsvärt bristfällig men där det ändå finns mycket som företaget skulle kunna förbättra. Det är viktigt att de krav som ställs upp inte är för stränga, eller tolkas för strängt, så att företag som i grunden är livskraftiga kan erbjudas en andra chans.

Syftet med rekonstruktioner är att för samhällets bästa undvika onödiga konkurser. Flera av Utredningens förslag innebär i praktiken att ribban för att beviljas rekonstruktion höjs, vilket särskilt skulle drabba mindre företag och företag på mindre orter. I förlängningen skulle både företagsklimatet och samhällsekonomin påverkas negativt. Det som beskrivs som en förbättring och en implementering av EU-direktiv blir i praktiken en försämring av tillgången till ett rättsligt rekonstruktionsförfarande för små och medelstora företag – vilket kan anses stå i strid med intentionerna i EU-direktivet.

Planas inställning

Avgränsning av våra kommentarer

Utredningen spänner över många områden och flertalet av de förslag som läggs fram har Plana inga invändningar mot. I detta yttrande har vi valt att begränsa oss till de områden där Plana har starka invändningar eller andra synpunkter.

EU-direktivet motiverar inte lagändringar som Utredningen föreslår

Utgångspunkten när Utredningen tillsattes var EU:s rekonstruktions- och insolvensdirektiv, som bland annat syftar till att säkerställa att företag med ekonomiska problem har tillgång till

effektiva förfaranden för att rekonstruera sin verksamhet. Uppdraget bakom Utredningen var i huvudsak att analysera hur svensk rätt förhåller sig till reglerna i direktivet och föreslå ändringar som är nödvändiga eller annars lämpliga för att direktivet ska genomföras i svensk rätt. Det har stått Utredningen fritt att gå längre än vad EU-direktivet kräver, men det är i så fall utredarens eget val – inte något som måste göras på grund av EU. Det kan ifrågasättas om de förändringar som EU-direktivet kräver verkligen behöver komma till uttryck i en ny lag om företagsrekonstruktion. De förändringar som krävs borde kunna infogas i den befintliga lagen.

Det bör hållas i minnet att målet med EU:s rekonstruktions- och insolvensdirektiv är att bidra till den inre marknadens goda funktion och avlägsna hinder mot utövandet av grundläggande friheter, såsom den fria rörligheten för kapital och etableringsfriheten, som följer av skillnader i nationell rätt och nationella förfaranden för förebyggande rekonstruktion, insolvens samt skuldavskrivning och näringsförbud. Detta direktiv syftar till att, utan att det påverkar arbetstagarnas grundläggande fri- och rättigheter, avlägsna sådana hinder genom att säkerställa att livskraftiga företag och entreprenörer i ekonomiska svårigheter har tillgång till effektiva nationella ramverk för förebyggande rekonstruktion som ger dem möjlighet att fortsätta att driva sin verksamhet.

Plana instämmer helt med dessa uppsatta EU-mål.

Behov av snävare krav på rekonstruktörer?

På några punkter väljer Utredningen att gå längre än vad EU-direktivet kräver. En sådan punkt är att Utredningen anser att kraven på vem som ska kunna utses till rekonstruktör ska bli snävare.

”Precis som idag ska en rekonstruktör ha den särskilda insikt och erfarenhet som uppdraget kräver, ha borgenärernas förtroende samt även i övrigt vara lämplig för uppdraget”, står det. Men Utredningen föreslår också att det vid bedömningen av om rekonstruktören är lämplig för uppdraget särskilt ska beaktas om han eller hon har erfarenhet av att *i egenskap av konkursförvaltare* driva fortsatt rörelse för ett konkursbos räkning enligt 8 kap. 2 § i konkurslagen.” (Vår kursivering.)

Konkret föreslår Utredningen att rekonstruktörer som en uttalad stark huvudregel ska väljas ur en jämförelsevis snäv krets av konkursförvaltare vilket ”skulle innebära att

rekonstruktörsuppdragen i huvudsak skulle koncentreras till en begränsad grupp, främst advokater, som redan har goda kunskaper inom insolvensrätten och affärsjuridiken”. Som argument framförs att detta ligger väl i linje med uttalanden som gjordes i förarbetena när lagstiftningen ursprungligen infördes på 1990-talet.

Samtidigt finns en insikt om att en företagsrekonstruktion i grunden skiljer sig från en konkurs, eftersom syftet med en rekonstruktion är att verksamheten ska leva vidare, inte avvecklas. Därför vill Utredningen även ställa krav på att rekonstruktören ska ha ”mycket goda kunskaper i att driva företag och kunna göra de kommersiella överväganden som krävs för att få ett företag att gå med vinst”. Konkursförvaltare som har erfarenhet av en så kallad ”driftskonkurs” utpekade som bättre lämpade att hantera företagsrekonstruktioner än någon som inte har denna erfarenhet.

Påpekas bör dock att en driftskonkurs inte är samma sak som en företagsrekonstruktion. Vid många konkurser drivs verksamheten vidare under en tid eftersom det är svårt att avsluta denna abrupt. Syftet med en driftskonkurs är inte att återskapa ett livskraftigt företag utan att minska förlusterna för borgenärerna. Utredningen hänvisar till 8 kap. 2 § konkurslag och nämner driftskonkurser. Många konkurser drivs vidare som avvecklingskonkurser eftersom att det är svårt att avsluta vissa verksamheter abrupt. Utredningen beskriver att en rekonstruktör bör besitta kompetens för att driva verksamheten vidare vid konkurs och hänvisar till 8 kap 2 § i konkurslagen som till största del tillämpas på avvecklingskonkurser där fortsatt drift av verksamheten sker under en mycket begränsad tid och inte i syfte att skapa långsiktig lönsamhet. Vidare pekar Utredningen på brister i förslaget genom att konstatera att förtydligande kring rekonstruktörens kompetens krävs.

Även om det finns konkursförvaltare med erfarenhet från driftskonkurser torde det vara svårt att finna många som har ”mycket goda kunskaper i att driva företag och kunna göra de kommersiella överväganden som krävs för att få ett företag att gå med vinst”.¹ Det finns därför skäl att befara att dessa krav sammantaget kraftigt skulle begränsa vilka som kan verka som rekonstruktörer. Detta var också skälet till att konkursförvaltarkravet avvisades när den nuvarande lagstiftningen infördes. Regeringen hörsammade kritiken från remissinstanserna och lyfte bort kravet på att en rekonstruktör ska vara konkursförvaltare.

¹ SOU 2021:12, s. 607

Utredningens förslag innebär förvisso att det även framöver ska vara möjligt att utse någon annan än en konkursförvaltare till rekonstruktör. I så fall ska det dock krävas ”starka skäl”, till exempel att gäldenären är verksam inom en nischad bransch och att den föreslagna rekonstruktören har god kännedom om affärsförhållandena inom just den branschen. Det sägs att domstolen ska pröva rekonstruktörens lämplighet i varje enskilt fall. En fråga är vilket utrymme det kommer finnas för att domstolen i praktiken ska göra en prövning som verkligen tar hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall.

Utredningen konstaterar att de nuvarande kraven på rekonstruktörer i och för sig är tillräckliga för att stämma överens med kraven i EU-direktivet. Utredningen anser att kraven ändå bör bli snävare.

Förslagen baseras på ett bristfälligt faktaunderlag

I Utredningen anges ett antal skäl till varför utredaren tycker att snävare krav på rekonstruktörer skulle vara motiverade. Bland annat har rekonstruktörens roll delvis förändrats sedan den nuvarande lagen infördes 1996. Rekonstruktören är numera – sedan 2005 – ansvarig för att besluta i lönegarantifrågor, vilket innebär ökade kompetenskrav sedan tidigare.

Ett av Utredningens viktigaste argument för snävare krav är en kartläggning som Kronofogdemyndigheten genomförde 2020² och som påstås visa att ”rekonstruktörer som är konkursförvaltare lyckas betydligt bättre med sina rekonstruktioner än andra rekonstruktörer” (SOU 2021:12, s. 604). I kartläggningen studerades rekonstruktioner som hade avslutats under perioden från den 1 juli 2019 till och med den 31 december 2019 för att ta reda på hur många av dessa som hade ”lyckats”. Under den granskade perioden hade 92 rekonstruktioner avslutats. Av dessa hade 50 hanterats av rekonstruktörer som är konkursförvaltare, medan övriga 42 hade hanterats av rekonstruktörer som inte är konkursförvaltare. Av samtliga rekonstruktioner hade 30 procent ”lyckats”. Det fanns emellertid stora skillnader mellan de rekonstruktioner som hade handlagts av rekonstruktörer som är konkursförvaltare och andra rekonstruktörer. De förstnämnda ”lyckades” med 50 procent av sina rekonstruktioner (25 stycken). Motsvarandesiffran för de rekonstruktörer som inte är konkursförvaltare var 7 procent (3 stycken).

² Kronofogdemyndighetens promemoria *Kartläggning företagsrekonstruktioner* (2020-09-09), Dnr 14574-2020

Två forskare har granskat Kronofogdemyndighetens kartläggning. Granskningarna har skett helt oberoende av varandra.

Måns Thulin, doktor i matematisk statistik och verksam vid företaget Statistikakademin, konstaterar i sin granskning att ”Det finns frågetecken kring urval, den definition av lyckad rekonstruktion som har använts samt vad som ligger bakom de skillnader som hittades i kartläggningen. Datamaterialet har inte analyserats med adekvata metoder för statistisk jämförelse av andelar, och det är inte fastställt om de skillnader som ses i data är statistiskt säkerställda”. ”Detta betyder inte nödvändigtvis att kartläggningens slutsats är felaktig”, konstaterar Måns Thulin, ”men innebär att den inte bör ligga till grund för några större beslut. Vidare undersökningar utgående från samma (eller ett liknande) datamaterial, med kompletterande uppgifter, skulle krävas för att dra några säkra slutsatser.”³

Johan Lyhagen, professor i statistik vid Uppsala Universitet, anser inte heller att kartläggningen håller för jämförelser mellan rekonstruktörer som är konkursförvaltare och rekonstruktörer som inte är konkursförvaltare. Orsaken är att det inte framgår hur fördelningen av företagsrekonstruktioner sker till rekonstruktörerna. Så här skriver Lyhagen i sin analys:

”Antag att du vill undersöka om personer med diabetes drabbas hårdare av Covid-19 än de som inte har diabetes. Men vi vet att ålder är en mycket viktig faktor för diabetes och vi vet också att ålder är en mycket viktig faktor för hur hårt man drabbas av covid-19. Så för att kunna uppskatta effekten av diabetes så måste hänsyn tas till ålder i analysen. På samma sätt här. Om det är vissa typer av företag som väljer företagsrekonstruktörer som är konkursförvaltare, exempelvis större företag, än de som väljer företagsrekonstruktörer som inte är konkursförvaltare, exempelvis mindre företag, så kommer effekten snarare visa effekten av storleken på företag än på effekten av om rekonstruktören är konkursförvaltare eller ej.”⁴

Den promemoria från Kronofogdemyndigheten som Utredningen hänvisar till är metodologiskt bristfällig. Vid kontakter som Plana haft med de ansvariga på Kronofogdemyndigheten framkommer en möjlig förklaring på dessa brister. Promemorian skulle användas för internt

³ Statistikakademin (2021-03-26), Utvärdering av statistisk metodik i Kronofogdens rapport ”Kartläggning företagsrekonstruktioner”

⁴ Johan Lyhagen (2021-05-21), *Metodologisk analys av Kronofogdens Kartläggning företagsrekonstruktioner*, Dnr 14574-2020

arbete och inte utgöra grund för några avgörande beslut. I ett mejl till Plana 26 maj 2021 uppger Andreas Bäckbro, verksjurist på Kronofogdemyndigheten, att ”kartläggningen togs fram för att utgöra ett faktaunderlag med syftet att prioritera vilka rekonstruktörers lönegarantibeslut som konkurstillsynen ska granska närmare”.

Plana finner det anmärkningsvärt att Utredningen lägger fram förslag som grundar sig på ett uppenbart bristfälligt faktaunderlag. Baserat på det underlag som finns går det inte att hävda att rekonstruktörer som är konkursförvaltare lyckas betydligt bättre med sina rekonstruktioner än andra rekonstruktörer.

Har tillsynsmyndigheten de kunskaper som krävs?

Utredningen föreslår att Kronofogdemyndigheten ska bli tillsynsmyndighet över företagsrekonstruktörer med uppgift att granska det arbete som utförs. Skälen till detta är att Kronofogdemyndigheten redan ansvarar för tillsynen över både konkursförvaltare och lönegarantin i företagsrekonstruktioner. Därför antas att Kronofogdemyndigheten redan har god kännedom om de personer som kan komma i fråga som företagsrekonstruktörer – då förslaget är att rekonstruktörerna som en stark huvudregel ska väljas ur konkursförvaltarkretsen.

Utredningen föreslår också att en av tillsynsmyndighetens huvuduppgifter ska vara att ge domstolarna underlag för att *ta ställning till om en föreslagen rekonstruktör är lämplig för uppdraget*. För att säkerställa att tillsynsmyndighetens inställning i frågan kommer att beaktas ska myndigheten beredas tillfälle att yttra sig redan innan rätten fattar beslut om att utse en rekonstruktör. Det motsvarar i huvudsak vad som gäller vid konkurs (se 7 kap. 3 § konkurslagen).

Utredningen framför att tillsynsmyndighetens åsikt i frågan kan förväntas få så stor betydelse vid domstolarnas bedömning att om tillsynsmyndigheten anser att en person inte är lämplig bör det ofta leda till att hen inte kommer att utses till rekonstruktör. Utredningen konstaterar här en möjlighet för tillsynsmyndigheten att använda sig av en i förväg upprättad lista, likt de så kallade förvaltarlistorna som används vid konkurs.

Enligt EU-direktivet ska tillsynsmyndigheten granska det arbete som rekonstruktören utför, men enligt Utredningens förslag kommer tillsynsmyndigheten i praktiken att fatta beslutet om en föreslagen rekonstruktör ska godkännas eller inte.

Tillsynsmyndigheten kommer alltså i stort sett att utföra den bedömning som sägs av alla domstolen. Viktigt att hålla i minnet är att Kronofogdemyndigheten i dagsläget inte har någon erfarenhet av att bedöma vad som krävs av en rekonstruktör. Det framgår både av förarbetena till nuvarande lag samt av Utredningen att det finns betydande skillnader mellan det arbete som en konkursförvaltare och en rekonstruktör utför.

Utredningen påtalar att det kan behövas ytterligare utbildning för de särskilda domstolar som ska ha hand om rekonstruktioner. Den säger dock inte lika mycket om vad tillsynsmyndigheten behöver göra för att på bästa sätt kunna fullgöra sitt tillsynsuppdrag. Det tycks förutsättas att Kronofogdemyndigheten per automatik kommer att ha rätt kunskap för detta genom sin erfarenhet av att granska konkursförvaltare. Det finns en uppenbar risk för att tillsynsmyndigheten upprättar listor över på förhand godkända rekonstruktörer vilken i praktiken kommer att vara närmast densamma som listan över tänkbara konkursförvaltare med hänsyn till kravet på att ha konkursförvaltarerfarenhet.

Om förslaget genomförs är risken stor att rekonstruktörer kommer att utses ur kretsen konkursförvaltare men att det andra kriteriet om att de även ska ha goda kunskaper om företagande och förmåga att vända olönsamma affärsverksamheter tyvärr inte kommer att tillgodoses. Frågan är också om tillsynsmyndigheten har de erfarenheter och kunskaper som krävs för att kunna bedöma när det kan vara starka skäl för att förordna någon annan än en konkursförvaltare som rekonstruktör.

Plana bedömer risken som stor att utnämmandet av rekonstruktörer kommer att ske på ett slentrianmässigt sätt och utan hänsyn till det specifika ärendets beskaffenhet. Domstolarna förväntas i princip fastställa tillsynsmyndighetens åsikt. I praktiken blir det då tillsynsmyndigheten som bestämmer, men tillsynsmyndighetens åsikt kommer med största sannolikhet inte att vara överklagbar i sig då den ska lämnas i form av ett yttrande och inte ett formellt beslut. Detta upplägg är varken rättssäkert eller förenligt med principen om fri konkurrens på likvärdiga villkor. Företag som Plana, vars rekonstruktörer inte är konkursförvaltare, riskerar att bli exkluderade från marknaden.

Vilka krav som bör ställas på en rekonstruktör

Syftet med rekonstruktionsförfarandet är, som Utredningens titel antyder, att ge krisande företag en andra chans. Företag vars verksamhet i grunden är livskraftig ska kunna leva vidare, till gagn för anställda, leverantörer och kunder.

En företagsrekonstruktion skiljer sig i grunden från en konkurs eftersom syftet med en rekonstruktion är att verksamheten ska leva vidare, medan syftet med en konkurs normalt är att avveckla verksamheten. Plana delar Utredningens uppfattning att en rekonstruktör helst ska ha mycket goda kunskaper i att driva företag och kunna göra de kommersiella överväganden som krävs för att få ett företag att gå med vinst. Det är därför märkligt att samtidigt ställa krav som i praktiken innebär att nästan enbart konkursförvaltare ska kunna utses till rekonstruktörer.

I Utredningen hänvisas till vad som sagts i förarbetena till den nuvarande lagstiftningen kring vilka behörighetskrav som bör ställas på en rekonstruktör jämfört med vilka krav som ställs på en konkursförvaltare. Det diskuteras kring det som Utredningen nu föreslår – att rekonstruktörer primärt ska utses ur kretsen av konkursförvaltare. I denna diskussion uttrycks att ”normalt bör till rekonstruktör utses en advokat ur konkursförvaltarkretsen eller en högre tjänsteman vid ackords-central”. Anledningen var att det primärt antogs vara personer ur denna grupp som skulle kunna leva upp till de uppställda kraven på rekonstruktörer vad gäller framförallt tillräckliga juridiska kunskaper – inte att rekonstruktörer som en uttalad stark huvudregel bör utses ur konkursförvaltarkretsen.

I förarbetena till nuvarande lag (prop.1995/96:5) pekades också på skillnader mellan vilka krav som måste ställas på en rekonstruktör och på en konkursförvaltare. Bland annat står följande att läsa:

”Den mest iögonenfallande skillnaden är givetvis att för en rekonstruktör kommer förmågan att bedöma de rent affärsmässiga förutsättningarna för fortsatt drift i förgrunden på ett annat sätt än vid konkurs eller ackord. Visserligen hör en sådan bedömning också till en konkursförvaltares uppgifter men tyngdpunkten i hans arbete kan ändå sägas ligga i att, med iakttagande av konkurslagens regelsystem, avveckla en rörelse så att borgenärerna kan erhålla största möjliga utdelning för sina fordringar.”

Slutsatsen när frågan utreddes på 1990-talet var att kravet på den som förordnas till rekonstruktör skulle vara så pass öppet att den person som är bäst lämpad i det enskilda fallet kan utses:

”Enligt regeringens uppfattning är det inte lämpligt att ställa upp något formellt krav på viss utbildning, examen eller motsvarande för förordnande som rekonstruktör. Det bör således inte, såsom nu är fallet när det gäller god man enligt ackordslagen, anges att rekonstruktören som huvudregel bör vara lagfaren. Det är i stället rimligt, som utredningen har föreslagit, att ange att rekonstruktören skall ha den särskilda insikt och erfarenhet som uppdraget kräver, ha borgenärernas förtroende och även i övrigt vara lämplig för uppdraget. Genom en sådan bestämning blir det möjligt – vilket är viktigt – att i det särskilda fallet välja den person som är mest lämpad för uppdraget.”

Plana anser att ovanstående resonemang fortfarande är giltigt – att den som är bäst lämpad för uppdraget ska kunna utses till rekonstruktör. Särskilt mot bakgrund av att detta också kommer till uttryck i det direktiv som nu ska införlivas i svensk rätt. I direktivet artikel 26 p. 1 c) stadgas att medlemsstaterna ska säkerställa att det vid förordnanden av rekonstruktörer tas vederbörlig hänsyn till dennes erfarenhet och sakkunskap *samt till ärendets specifika egenskaper*. Utredningens förslag att rekonstruktörer som en stark huvudregel ska väljas ur en jämförelsevis snäv krets av konkursförvaltare är inte förenligt med kravet på tillräckligt öppna kriterier för att den mest lämpliga rekonstruktören i varje enskilt fall ska kunna väljas. Utredningen har konstaterat att svensk rätt *idag* stämmer överens med direktivets krav. När Utredningen sedan väljer att presentera förslag på avsteg från detta har Utredningen dock utelämnat frågan om det är förenligt med direktivet. Om rekonstruktörer främst ska väljas ur kretsen av konkursförvaltare är risken uppenbar att det andra kriteriet om företagarkompetens trängs åt sidan.

Konsekvensen av snävare krav

Coronapandemin har lett till att behovet av företagsrekonstruktioner ökat kraftigt. Totalt under 2020 beviljades rekonstruktion för 310 företag vilka sammanlagt hade 9 200 anställda. Detta var en ökning med drygt 50 procent jämfört med året tidigare. Antalet *ansökningar* om företagsrekonstruktioner ökade ännu mer, med 65 procent jämfört med 2019. Långt ifrån alla företag som ansöker om rekonstruktion får ansökan godkänd av tingsrätten. Men i skuggan av pandemin blir det ännu mer uppenbart att hjälp med företagsrekonstruktioner bör kunna

erbjudas när i grunden livskraftiga företag hamnar i kris. Det ligger i hela samhällets intresse att verksamheter som har förutsättningar att leva vidare erbjuds en ny chans.

Utredningen konstaterar kortfattat att förslaget om snävare behörighetskrav för rekonstruktörer kommer att påverka ”vissa av de företag i vilka rekonstruktörerna är anställda, främst de företag som inte har några konkursförvaltare knutna till sig”. Det viktigaste är förstås inte hur förslaget kommer att påverka vissa företag i vilka rekonstruktörer är anställda, utan hur det kommer att påverka de företag som rekonstruktörerna är till för att rädda. Någon analys av hur förslaget kommer att påverka antalet rekonstruktioner och konkurser har inte gjorts – trots att det borde ha ingått i Utredningens uppdrag att göra en sådan analys.

Ett av Utredningens argument för snävare krav är att rekonstruktörer som inte är konkursförvaltare kan ha drivkrafter att åta sig rekonstruktioner som är svårare att lyckas med, eftersom de inte i lika stor utsträckning har andra verksamhetsområden som ger intäkter. Om detta verkligen stämmer kan diskuteras. Men den andra sidan av myntet är i så fall att konkursförvaltare inte har lika starka drivkrafter att lyckas med rekonstruktioner. Om det i stället slutar med en konkurs har de ändå intäkter.

Planas uppfattning är att det även behövs rekonstruktörer som har drivkrafter att åta sig svårare fall där chanserna att lyckas med rekonstruktionen är mindre. Särskilt i svåra tider, när många verksamheter utsätts för ekonomisk press, är det viktigt att det finns rekonstruktörer som har ett djupare engagemang och som förstår företagets behov.

Planas bedömning är att Utredningens förslag om snävare krav på rekonstruktörer, om det genomförs, med stor sannolikhet kommer att leda till färre rekonstruktioner och fler onödiga konkurser. Skälet till detta är att tillgången på rekonstruktörer kraftigt kommer att begränsas. Resultatet blir att företag som skulle kunna räddas istället kommer att avvecklas, vilket blir en förlust för hela samhället. Särskilt hårt skulle förändringen slå mot mindre orter, där det blir ännu svårare att finna rekonstruktörer som lever upp till de snäva behörighetskraven. Det finns också en risk för jävsproblematik, eftersom kretsen av tänkbara konkursförvaltare blir så begränsad att bara enstaka personer är möjliga som rekonstruktörer.

Likabehandling av borgenärer inom EU

Borgenärernas åsikt om den föreslagna rekonstruktören bör väga tyngre än Tillsynsmyndighetens yttrande. Borgenärerna gör inte sällan den största eftergiften i en

rekonstruktion vilket föranleder att borgenärskollektivet gemensamt bör anses bäst lämpade att bedöma om den föreslagna rekonstruktören kan tillvarata borgenärernas intresse på ett tillfredsställande sätt. Kravet på Tillsynsmyndigheten att yttra sig över rekonstruktörens lämplighet föranleder att borgenärernas ställning försvagas. Enligt nuvarande lagstiftning har borgenärerna ett mer långtgående inflytande över valet av rekonstruktör. Med det nya förslaget finns en risk att borgenärernas ställning i svenska rekonstruktioner försvagas i jämförelse med borgenärer i andra EU-länder. Det är en konsekvens som inte är förenlig med harmoniseringen av obeståndsrätten inom EU.

Kraven för att beviljas rekonstruktion får inte bli för snäva eller strida mot EU-direktivet

Utredningen vill också utöka kraven för att företag ska beviljas rekonstruktion. Inte heller detta är något som EU:s rekonstruktions- och insolvensdirektiv begär av Sverige. Svensk rätt lever redan idag upp till det som EU eftersträvar.

Exempelvis föreslår Utredningen att det ska krävas att gäldenären (d.v.s. bolaget som ansöker om rekonstruktion) i sin ansökan lämnar uppgift om vilka borgenärer som har kontaktats före ansökan och deras inställning till förslaget till rekonstruktör. Detta är inte något som EU begär. Utredningen föreslår inte att det ska vara ett krav att alla borgenärer faktiskt ska kontaktas av gäldenären. Däremot ska gäldenären förklara sig om borgenärerna inte kontaktas.

Ett uppenbart problem med att kontakta borgenärerna inför en ansökan om rekonstruktion är att dessa i så fall kan vidta åtgärder för att gynna sina egna intressen. Att öppna för det är inte något som skapar förutsättningar för en lyckad rekonstruktion. Plana tycker därför att det är olämpligt att lyfta detta som ett krav i ansökan. Däremot instämmer vi i att det ska vara möjligt för borgenärer att *efter ansökan är inlämnad* invända mot valet av rekonstruktör.

Utöver det nuvarande kravet på att i ansökan om rekonstruktion lämna en redogörelse för hur verksamheten ska bedrivas fortsättningsvis och hur en uppgörelse ska kunna nås med borgenärerna ska gäldenären även redogöra för hur detta ska kunna *säkerställa verksamhetens livskraft* framöver. Om gäldenären inte lyckas visa att det finns skälig anledning att anta att verksamhetens livskraft kan säkras genom rekonstruktionen ska gäldenären utestängas från rekonstruktion. Det ska alltså inte räcka med att det finns en chans att rädda företaget.

Plana bedömer att Utredningens förslag kan innebära en otillåten höjning av tröskeln för att få påbörja ett rekonstruktionsförfarande. Enligt EU-direktivet (artikel 4.3) kan företag utestängas från möjligheten till rekonstruktion om företaget saknar utsikter att uppnå livskraft. Det är en väsentlig skillnad på ett positivt eller negativt formulerat krav. Om Utredningen hade följt EU-direktivet borde förslaget varit att beslut om företagsrekonstruktion inte får meddelas om företaget saknar utsikter att uppnå livskraft. Enligt Utredningens förslag ska gäldenären visa att livskraften kan säkras medan det borde räcka att visa att en rekonstruktion i vart fall inte är utsiktslös.

Den höjda tröskeln för att beviljas företagsrekonstruktion kan inte anses vara i linje med EU-direktivets strävan att säkerställa att livskraftiga företag och entreprenörer i ekonomiska svårigheter har tillgång till effektiva nationella ramverk för förebyggande rekonstruktion som ger dem möjlighet att fortsätta att driva sin verksamhet.

Utredningen vill även att gäldenären i sin ansökan om företagsrekonstruktion ska ge en kortfattad redogörelse för företagets ekonomi och orsakerna till de ekonomiska svårigheter som uppstått. Ett sådant krav finns redan idag. Av Utredningens redogörelse för innebörden framgår emellertid att den tänker sig att denna ”kortfattade redogörelse” i vissa avseenden ändå ska vara ganska omfattande. Bland annat ska gäldenären i samband med sin ansökan lägga fram en likvidplan – ett underlag som kan vara väldigt svårt att ta fram, särskilt för mindre företag.

Risken med uttryckta bakomliggande krav som detta är att domstolens förväntningar på ansökan blir så höga att det blir allt för arbetskrävande att ens ansöka om rekonstruktion, vilket kan leda till att bolag försätts i konkurs – trots att förutsättningar för rekonstruktion finns.

Krångligare regelverk, till nackdel för små och medelstora företag

Enligt EU-direktivet ska medlemsländerna erbjuda en möjlighet till förebyggande företagsrekonstruktion när företag hamnar i ekonomisk knipa. Möjligheten ska erbjudas oavsett storleken på företaget. Samtidigt konstaterar Utredningen att de förslag som den lägger fram kan leda till att de ”allra minsta” företagen väljer att inte rekonstruera – av skälen att regelverken blir för krångliga. Som utredningen uttrycker det:

”En konsekvens av det mer flexibla förfarande som våra förslag strävar efter är dock att regelverket kommer att bli mer komplext och svår genomträngligt. Tanken är att rekonstruktionsplanen ska utgöra en heltäckande reglering av gäldenärens rättsförhållanden. Förfarandet kan också förväntas bli dyrare eftersom fler åtgärder kommer att behöva vidtas under rekonstruktionen. Detta skulle kunna leda till att de allra minsta företaget väljer att inte ansöka om företagsrekonstruktion eftersom förfarandet kan komma att upplevas som krångligt och dyrt.”

I syfte att motverka detta har Utredningen tagit fram ett förslag till checklista för företagsrekonstruktioner, som sägs vara särskilt anpassad för ”mikroföretag samt små och medelstora företag”.

Enligt Planas erfarenhet kommer dock checklistan inte att göra någon större skillnad. Den anger enbart vad som behöver göras. Det stora jobbet blir att faktiskt genomföra de åtgärder som krävs för att kunna presentera det material som föreskrivs – och dessa åtgärder blir inte mindre omfattande för att det finns en framtagen checklista.

Värt att nämna i detta sammanhang är att utredningen ställer krav på företagen som EU-direktivet inte begär av andra än stora företag. Ett sådant krav är att det ska vara obligatoriskt att dela in borgenärerna i grupper, ange skälen för indelningen samt värdena av fordringarna och rättigheterna i varje grupp. Enligt EU-direktivet är det möjligt att förenkla rekonstruktionsprocessen för micro-, små och medelstora företag, men utredningen tar inte chansen att göra det – vilket är beklagligt.

Detta gäller även andra punkter. Exempelvis behöver det inte vara obligatoriskt att ange vilka åtgärder som vidtagits under rekonstruktionen, ett krav som förutsätter en inte obetydlig arbetsinsats och som EU-direktivet inte alls begär att Sverige ska införa. Det behöver heller inte vara obligatoriskt att i företeckningen över tillgångar och skulder ange värdet på alla tillgångarna vid ansökan. Att ta fram detta är tidsödande men kan knappast betraktas som nödvändigt.

Ett skäl för att häva en rekonstruktion ska kunna vara att det finns sådana brister eller fel i gäldenärens bokföring att rörelsens förlopp, ekonomiska resultat eller ställning i huvudsak inte går att bedöma. Det kan tyckas självklart att det inte går att göra de bedömningar av ett bolag som krävs om det finns allvarliga brister och fel i bokföringen. Det kan också ifrågasättas om

bolag som eventuellt uppfyller rekvisiten för bokföringsbrott bör få tillgång till rekonstruktionsinstitutet. Dock är det många mindre bolag som inte har resurser att lägga på att ha en exemplarisk redovisning. Det finns fall där bokföringen inte är anmärkningsvärt bristfällig men där det ändå finns mycket som bolaget skulle kunna förbättra. Det är viktigt att de krav som ställs upp inte är för stränga, eller tolkas för strängt, så att företag som i grunden är livskraftiga kan erbjudas en andra chans.

Hur bör obeståndsrätten utvecklas?

Efter genomgång av de förslag som Utredningen lämnar uppstår en fråga om vart utvecklingen av obeståndsrätten är på väg?

Är den önskade riktningen att antalet onödiga konkurser inte behöver minska? I sådant fall är det ändamålsenligt att införa strängare krav på att försöka rekonstruera verksamheter som kan vara möjliga att rädda från konkurs samt införa mycket begränsande krav på vilka som ska kunna åta sig uppdrag som rekonstruktör.

Om den önskade riktningen är att fler företag ska kunna rekonstruera sin verksamhet och därigenom undvika konkurs samt de negativa effekter som konkurser medför, borde det vara mer ändamålsenligt att införa regler som underlättar för fler företag att kunna genomföra en rekonstruktionsprocess.

Bilagor

Statistikakademin (2021-03-26), *Utvärdering av statistisk metodik i Kronofogdens rapport "Kartläggning företagsrekonstruktioner"*

Johan Lyhagen (2021-05-21), *Metodologisk analys av Kronofogdens Kartläggning företagsrekonstruktioner*, Dnr 14574-2020

Mejl till Plana från Andreas Bäckbro, verksjurist på Kronofogdemyndigheten (2021-05-26)

Kort om Plana

Plana är ett företag som är specialiserat på företagsrekonstruktioner och verksamhetsstöd åt företag som är på väg eller redan har hamnat i en stressad ekonomisk situation. Vår mission är att minska antalet onödiga konkurser i Sverige. Bolaget grundades 2002 och har idag kontor i Stockholm och Malmö.

Plana har haft åtminstone 129 rekonstruktörsförordnanden. De rekonstruktörer som arbetar på Plana har mångårig erfarenhet från arbete med att vända företags motgångar till framgång. På Plana finns även erfarna jurister som har särskilt god kompetens inom obeståndsrätt och andra närliggande rättsområden men även affärsjuridisk kompetens i allmänhet. Därtill finns controllers som bistår med den företagsekonomiska kompetens som krävs. Plana har en väl utvecklad kontorsorganisation med paralegals och lönegarantiexperter.

För Plana

Christer Backman

VD

Utvärdering av statistisk metodik i Kronofogdens rapport ”Kartläggning företagsrekonstruktioner”

Statistikakademins 2021-03-26

Undersökningens syfte

Syftet med Kronofogdens undersökning var enligt avsnitt 2 av rapporten att ”undersöka om det finns skillnader i utfallet av rekonstruktionerna samt användning av den statliga lönegarantin som kan hänföras till rekonstruktörernas bakgrund”. I avsnitt 5 av rapporten verkar syftet ha varit att bedöma om rekonstruktörer som inte är konkursförvaltare oftare åtar sig uppdrag som inte har förutsättningar att lyckas.

De här två syftena är inte nödvändigtvis förenliga. För det första syftet borde analyserna göras med hänsyn till att olika rekonstruktörer tar sig an bolag med olika förutsättningar (exempelvis gällande storlek, bransch, hur långvarig de ekonomiska problemen varit, antal anställda och anställdas rätt till lönegaranti), vilket inte har gjorts. För det andra syftet hade det troligen varit bättre att titta direkt på bolagens förutsättningar, istället för att använda rekonstruktionens utfall som ett mått på förutsättningarna.

Möjliga felkällor

1. **Saknade rekonstruktioner.** Rekonstruktioner som avslutades hos konkurstillsynen under perioden 190701-191231 ingick i studien. Rebecca Jidah på Kronofogden uppgav vid telefonsamtal 210324 att det är möjligt men osannolikt att något enstaka ärenden fallit bort, exempelvis på grund av att tingsrättsbeslut om upphörande inte inkommit. Att något enstaka ärende faller bort bör inte ses som ett problem, då det inte kan påverka rapportens slutsatser i någon större utsträckning.
I rapporten uppges att ”urvalet har rensats från ärenden som borde ha avslutats mycket tidigare”. Det framgår inte vad kriteriet för detta var eller hur många ärenden som omfattades.
Om det finns rekonstruktioner som inte finns med i konkurstillsynens ärendehanteringssystem så har dessa inte inkluderats i undersökningen.
2. **Snäv definition av lyckad rekonstruktion.** Rekonstruktioner ansågs vara lyckade om ackord fastställdes i tingsrätten och bolaget inte försatts i konkurs. Med den definitionen kan en rekonstruktion klassas som misslyckad trots att bolaget drivs vidare och betalat sina skulder, exempelvis om gäldenär och borgenärer kommit överens om underhandsackord eller om rekonstruktionen genomförts utan att ackord har behövts fastställas.
Om rekonstruktörer som är respektive inte är konkursförvaltare är olika benägna att använda sig av ackordsförhandling i tingsrätten så kommer detta återspegla sig i antalet ”lyckade” rekonstruktioner även om de två grupperna i övrigt lyckas lika bra med sina rekonstruktioner.

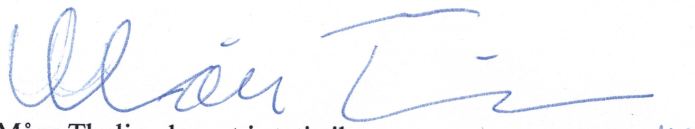
MT

3. **Olika långa utvärderingsperioder.** Rekonstruktionerna av bolagen i undersökningen avslutades i perioden 190701-191231. För att en rekonstruktion skulle betraktas som lyckad skulle bolaget fortfarande vara aktivt 200531. Hur lång tid som gått till det datumet varierar dock mellan bolag i undersökningen, från 5 till 11 månader. Om det finns en skillnad mellan när rekonstruktioner utförda av rekonstruktörer som är respektive inte är konkursförvaltare avslutats så innebär det att de två grupperna har utvärderats utifrån olika villkor.
Som ett exempel kan nämnas att den byrå som hanterat flest ärenden (29 st) avslutade 13 av dessa under juli och augusti 2019 (motsvarande 45 % av byråns ärenden, att jämföra med de 33 % som hade fått om ärendena varit jämnt fördelade över den undersökta perioden). Den definition som har använts gör att kraven som ställs för att dessa rekonstruktioner ska betraktas som lyckade är högre än för rekonstruktioner som avslutats senare i perioden, exempelvis för de totalt 24 rekonstruktioner som avslutades i december.
4. **Oklart varför lönegarantibeslut saknas.** I jämförelsen kring användandet av lönegaranti påpekas i rapporten att det faktum att lönegarantibeslut saknas kan ha flera orsaker, varav somliga tycks indikera att rekonstruktionen går bra. Anledningen till att lönegarantibeslut saknas har inte undersökts i studien, varför det inte går att säga om den skillnad som ses mellan rekonstruktörer som är respektive inte är konkursförvaltare är till endera gruppens fördel.
5. **Avsaknad av statistisk analys.** Jämförelsen av rekonstruktörer som är respektive inte är konkursförvaltare har enbart gjorts genom att jämföra andelar i tabeller och stapeldiagram. Ingen djupare statistisk analys har gjorts, vare sig med hypotestester eller konfidensintervall. Det gör att det inte framgår av rapporten om de skillnader som observeras är statistiskt säkerställda eller inte.

Slutsats

Det finns frågetecken kring urval, den definition av lyckad rekonstruktion som har använts samt vad som ligger bakom de skillnader som hittades i kartläggningen. Datamaterialet har inte analyserats med adekvata metoder för statistisk jämförelse av andelar, och det är inte fastställt om de skillnader som ses i data är statistiskt säkerställda.

Detta betyder inte nödvändigtvis att kartläggningens slutsats är felaktig, men innebär att den inte bör ligga till grund för några större beslut. Vidare undersökningar utgående från samma (eller ett liknande) datamaterial, med kompletterande uppgifter, skulle krävas för att dra några säkra slutsatser.



Måns Thulin, docent i statistik
Statistikakademin
2021-03-26

MT

Introduktion

Rapporten "*Kartläggning företagsrekonstruktioner*" beskriver resultatet av data på rekonstruktioner under perioden 2019-07-01 till 2019-12-31 som hämtats ur Kronofogdemyndighetens databas. Syftet är att göra en kartläggning på utfallet av rekonstruktioner kopplat till lönegaranti och rekonstruktörs bakgrund. Totalt har 92 rekonstruktioner analyserats. Rapporten visar att det finns skillnader i både hur lyckade rekonstruktionerna blivit, och i användandet av lönegarantin där rekonstruktörer som inte är konkursförvaltare mer sällan lyckas med rekonstruktionen. Mönstret när det gäller utbetalning av lönegaranti är också olika mellan rekonstruktioner utförda av konkursförvaltare/advokater och jämfört med rekonstruktörer utan den formella yrkesbakgrunden. Den slutsats som dras, dock men en viss reservation, är att rekonstruktörer som inte är konkursförvaltare inte har de förutsättningar som behövs, vare sig för att rekonstruera företag eller att hantera lönebidrag.

Metodologisk analys

Den så kallade Golden Standard när det gäller analys av samband mellan variabler (i detta fall om rekonstruktören är konkursförvaltare och om rekonstruktionen varit lyckad) är randomisering. Detta skulle betyda i detta fall att vem som skulle rekonstruera vilken företagsrekonstruktion bestäms slumpmässigt. Detta gör att man skulle kunna uppskatta skillnaden i hur lyckade företagsrekonstruktioner är beroende på om rekonstruktören är konkursförvaltare eller inte. Denna metod är mycket vanlig inom läkemedelsindustrin där man slumpar vilken behandling/medicin en person får för att kunna uppskatta effekten av behandlingen/medicinen. I de flesta andra fall så har vi inte så kallad experimentella data utan måste förlita oss på observationsstudier. En observationsstudie är när vi inte har fördelat rekonstruktör slumpmässigt utan fördelningen har skett på något annat sätt.

För att analysera sambandet mellan om en rekonstruktion varit lyckosam och om rekonstruktören är konkursförvaltare eller inte måste man i analysen ta hänsyn till hur fördelningen av företagsrekonstruktioner sker till rekonstruktörerna. Detta kan ske på flera sätt men det viktiga är att det sker, annars går det inte att veta om skillnaden i hur lyckosamma rekonstruktioner är mellan de som är konkursförvaltare och de som inte är det beror på hur företagsrekonstruktionerna fördelas eller inte. Ett konkret och aktuellt exempel. Antag att du vill undersöka om personer med diabetes drabbas hårdare av Covid-19 än de som inte har diabetes. Men vi vet att ålder är en mycket viktig faktor för diabetes och vi vet också att ålder är en mycket viktig faktor för hur hårt man drabbas av covid-19. Så för att kunna uppskatta effekten av diabetes så måste hänsyn tas till ålder i analysen. På samma sätt här. Om det är vissa typer av företag som väljer företagsrekonstruktörer som är konkursförvaltare, exempelvis större företag, än de som väljer företagsrekonstruktörer som inte är konkursförvaltare, exempelvis mindre företag, så kommer effekten snarare visa effekten av storleken på företag än på effekten av om rekonstruktören är konkursförvaltare eller ej.

Eftersom en sådan analys inte har gjorts kan man inte heller dra slutsatsen att skillnaden i utfall beror på om företagsrekonstruktören är konkursförvaltare eller inte.

Detta är skrivet på uppdrag av Plana AB i syftet att göra en oberoende analys av rapporten *Kartläggning företagsrekonstruktioner* samt de data som låg till grund för rapporten.



Johan Lyhagen

Professor i Statistik, Uppsala Universitet.