



UNIVERSITY OF GOTHENBURG
SCHOOL OF BUSINESS, ECONOMICS AND LAW

Överlåtelse av avtal vid insolvens – utan medkontrahentens samtycke

*Om kommissionens förslag om pre pack och
medkontrahentens intressen i att välja sin avtalsmotpart*

Josef Jennerstrand

Juridiska institutionen
Juristprogrammet
HRO800 Examensarbete 30 hp
Höstterminen 2023
Handledare: Anna Warberg
Examinator: Filip Bladini

Innehållsförteckning

Förkortningar och definitioner.....	4
1 Inledning.....	7
1.1 Ett paradigmskifte i hanteringen av gäldenärsföretagets avtal.....	7
1.2 Terminologiska spørsmål.....	9
1.3 Syfte och frågeställning.....	9
1.4 Arbetets disposition.....	10
1.5 Metod, material och perspektiv.....	11
1.5.1 Ett regelorienterat avsnitt.....	11
1.5.2 Ett avsnitt inriktat på direktivförslaget.....	12
1.5.3 Ett avsnitt inriktat på medkontrahentens intressen.....	15
1.5.4 Ett avsnitt inriktat på analys av direktivförslaget.....	16
1.5.5 Ett avsnitt av de lege ferenda-karaktär.....	17
1.6 Avgränsningar.....	17
2 Hantering av gäldenärsföretagets avtal i svensk rätt.....	18
2.1 Allmänt om gäldenärens avtal vid konkurs och företagsrekonstruktion.....	18
2.2 Om möjligheterna att överlåta avtal vid gäldenärens insolvens.....	22
2.2.1 Avtals- och fordringsrättslig utgångspunkt.....	22
2.2.1.1 Överlåtelse av rättigheter.....	23
2.2.1.2 Överlåtelse av förpliktelser.....	26
2.2.1.3 Överlåtelse av rättigheter och skyldigheter enligt ett ömsesidigt förpliktande avtal.....	28
2.2.2 Om överlåtelse av avtal inom ramen för konkurs.....	29
2.2.3 Särskilt om vissa avtalstyper.....	31
2.2.3.1 Överlåtelse av lokalhyresavtal inom konkurs.....	31
2.2.3.2 Överlåtelse av licensavtal inom konkurs.....	33
2.2.3.3 Överlåtelse av leasingavtal inom konkurs.....	34
2.2.4 Om överlåtelse av avtal inom ramen för företagsrekonstruktion.....	36
3 Ett avsnitt inriktat på direktivförslaget.....	38
3.1 Historisk bakgrund till direktivförslaget.....	38
3.2 Bakgrund till direktivförslaget.....	41
3.3 Allmänt om direktivförslaget.....	42
3.4 Pre pack-förfarandet.....	43
3.4.1 Motiv bakom pre pack-förfarandet.....	44
3.4.2 Artikel 27 – möjlighet att överlåta avtal utan medkontrahentens samtycke.....	45
3.4.3 Särskilt om anställningsavtal.....	46
4 Ett avsnitt inriktat på medkontrahentens intressen.....	48
4.1 Medkontrahentens avtalsfrihet.....	48
4.2 Gäldenärsföretagets prestation – penningförpliktelse.....	49

4.3	Gäldenärsföretagets prestation – naturaförpliktelse.....	51
4.4	Den affärsmässiga relationen – ett interorganisatoriskt perspektiv.....	53
4.5	Strategiska, reputationella och ideella intressen.....	55
4.6	Medkontrahentens intresse i att komma ur avtalsförhållandet.....	57
4.7	Sammanfattande kommentarer – avsnitt fyra.....	58
5	Ett avsnitt inriktat på analys av direktivförslaget.....	59
5.1	Gäldenärsföretagets prestation - penningförpliktelse.....	59
5.2	Strategiska, reputationella och ideella intressen.....	61
5.3	Den affärsmässiga relationen med gäldenärsföretaget.....	62
5.4	Gäldenärsföretagets prestation – naturaförpliktelse.....	63
5.5	Medkontrahentens intresse av att komma ur avtalet.....	65
5.6	Gäldenärsföretagets inträde i avtalet innan överlåtelse.....	66
5.7	Intresseavvägning – medkontrahentens intressen i ett pre pack-kontext.....	68
5.8	Sammanfattande kommentar – avsnitt fem.....	70
6	Diskussion – konkurs och företagsrekonstruktion de lege ferenda.....	71
6.1	Behovet av samordnade regler kring överlåtelse av gäldenärsföretaget avtal.....	71
6.2	Överlåtelse av avtal utan medkontrahentens samtycke vid konkurs.....	75
6.3	Överlåtelse av avtal utan medkontrahentens samtycke vid företagsrekonstruktion....	79
6.4	Sammanfattande kommentarer – avsnitt sex.....	82
7	Avslutande kommentarer.....	84
	Käll- och litteraturförteckning.....	85

Förkortningar och definitioner

CMU	Kapitalmarknadsunionen
Direktivförslaget	Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten, COM(2022) 702 final av den 7 december 2022
ECB	Europeiska centralbanken
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EMU	Ekonomiska och monetära unionen
EU	Europeiska unionen
EUD	Europeiska unionens domstol
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FrekL	Lag (2022:964) om företagsrekonstruktion
HaL	Lag (1991:351) om handelsagentur
HBL	Lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag
HD	Högsta domstolen
InraTi	Insolvensrättslig tidskrift
INSOL	INSOL Europe
IMF	Internationella valutafonden
JB	Jordabalk (1970:994)
JURI	Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor
KonkL	Konkurslag (1987:672)
KommL	Kommissionslag (2009:865)
KöpL	Köplag (1990:931)

LkL	Lag (1845:50) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva
PL	Patentlag (1967:837)
SkbrL	Lag (1936:81) om skuldebrev
SvJT	Svensk juristtidning
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

“It is quite clear that neither at law nor in equity could the burden of a contract be shifted of the shoulders of a contractor on to those of another without the consent of the contractee. A debtor cannot relieve himself of his liability to his creditor by assigning the burden of the obligation to someone else; this can only be brought about by the consent of all three, and involves the release of the original debtor.”

Sir Richard Henn Colling

i Tolhurst v. The Associated Portland Cement Manufacturers Limited, 1900

1 Inledning

1.1 Ett paradigmskifte i hanteringen av gäldenärsföretagets avtal

Europeiska kommissionen (“**Kommissionen**”) presenterade i december 2022 ett nytt direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten (“**Direktivförslaget**”).¹ Initiativet är ett led i kommissionens arbete med att stärka kapitalmarknadsunionen (“**CMU**”) och utgör ett viktigt inslag i främjandet av finansiell och ekonomisk integration inom den Europeiska unionen (“**EU**”). Bristande harmonisering av medlemsländernas insolvensordningar har länge ansetts utgöra ett framträdande hinder för den fria rörligheten av kapital inom EU och för en ökad integration av EU:s kapitalmarknader.

Direktivförslaget innehåller en rad nyheter i förhållande till svensk konkurs- och rekonstruktionslagstiftning. En av nyheterna är införandet av så kallade pre pack-förfaranden. Under ett pre pack-förfarande försäljs hela gäldenärföretagets verksamhet – eller en del av den – enligt avtal som förhandlas fram innan det formella insolvensförfarandet inleds. Denna process övervakas av en administratör som utses av domstol. Efter att avtalet förhandlats fram följer en sedvanlig konkursprocess, där den tidigare överenskomna försäljningen formellt godkänns och genomförs, samtidigt som gäldenärsföretaget avvecklas och köpeskillingen skiftas till borgenärskollektivet. Enligt kommissionen är syftet med pre pack att verksamheten ska kunna fortsätta som en ekonomiskt produktiv enhet, vilket antas förebbringa större återvinningsvärde än om tillgångarna i verksamheten säljs separat. För att skydda värdet på verksamheten föreslås i artikel 27 att medlemsstaterna ska tillförsäkra att förvärvaren av gäldenärföretagets verksamhet, eller del därav, övertar kontrakt med återstående skyldigheter som bedöms vara nödvändiga för verksamhetens fortsatta drift. En överlåtelse av avtalen ska *inte* kräva samtycke från gäldenärens motpart eller motparter.

Gäldenärens avtal hamnar ofta i centrum vid dennes insolvens. Avtal utgör vanligtvis några av gäldenärsföretagets viktigaste tillgångar och representerar i regel stora värden.² Att den som förvärvar en verksamhet tillåts att ta över de i verksamheten ingående avtalen kan vara avgörande, såväl för viljan att förvärva verksamheten som för den köpeskillning som förvärvaren är villig att erlagga. En överlåtelse av ett avtal tillsammans med verksamheten kan generera värde till gäldenärsföretaget, som i sin tur kan fördelas bland

¹ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten, COM(2022) 702 final av den 7 december 2022.

² Tuula-Karlsson (2017a), s. 17.

borgenärskollektivet, samtidigt som verksamheten tillåts fortsätta som tidigare, blott med en ny ägare. Enligt svensk rätt är dock utgångspunkten att en gäldenär inte kan befria sig från en förpliktelse i ett avtal genom att överlåta förpliktelsen på en ny part, utan att därinnan inhämtat medkontrahentens samtycke.³ Högsta domstolen (“**HD**”) har uttryckt detta som en “allmänt vedertagen princip”.⁴ Att medkontrahentens samtycke – som utgångspunkt – krävs innebär inte bara att den som önskar förvärva verksamheten riskerar att stå utan samtycke, utan även att medkontrahenten utnyttjar sin förmånliga förhandlingsposition till att tillskansa sig bättre villkor. Dessutom leder samtyckeskravet till att pre pack-förfarandet dras ut på i tiden, vilket i sin tur ökar kostnaderna och minskar möjligheterna för en framgångsrik rekonstruktion av verksamheten. Ur medkontrahentens perspektiv är det dock angeläget att kunna välja sina avtalsparts motpart, något som anses vara en del av den för marknadsekonomin grundläggande principen om avtalsfrihet. Medkontrahenten besitter i regel många en rad skyddsvärda intressen i att bestämma vem den ingår avtalsförbindelse med.

Direktivförslaget var ute på remiss i Sverige under våren 2023. Det gav upphov till många åsikter, där vissa avvisar pre pack-förfarandet i sin helhet, samtidigt som andra välkomnar det med öppna armar. Vissa remissinstanser, såsom Svenska Bankföreningen och Finansbolagen, har uttryckt stark opposition mot avvikelsen från principen om att gäldenärsbyte kräver medkontrahentens samtycke.⁵ Andra remissinstanser, som Sveriges advokatsamfund och Rekonstruktör- och konkursförvaltarkollegiet, har välkomnat förslaget, men samtidigt ifrågasatt varför möjligheten att överlåta avtal enkom ska finnas vid pre pack och inte vid samtliga insolvensförfaranden.⁶ Den senare aspekten, bristande enighet i hur gäldenärens avtal hanteras vid insolvens, har länge ansetts vara en brist i svensk rätt och samordning mellan konkurs- och rekonstruktionslagstiftning har efterfrågats.⁷

Möjligheten att överlåta avtal vid pre pack innebär ett avsteg från hur gäldenärsföretagets avtal hittillsdags hanterats i Sverige. Den part som hamnar i kläm är medkontrahenten som – utan att ge sitt medgivande – tvingas acceptera en ny

³ Rodhe (1956), s. 642–644.

⁴ NJA 2016 s. 288 “Betalingserklæringen”.

⁵ Svenska Bankföreningens remissyttrande, Dnr Ju2022/03740 (2023-03-15); Finansbolagens föreningens remissyttrande, Dnr Ju2022/03740 (2023-03-17).

⁶ Sveriges Advokatsamfunds remissyttrande, Dnr Ju2022/03740 (2023-03-17); Rekonstruktör- och konkursförvaltarkollegiet i Sveriges remissyttrande, Dnr Ju2022/03740 (2023-03-13).

⁷ SOU 2021:12, s. 156. Utredaren pekar särskilt på behovet av att samordna reglerna kring gäldenärens avtal, för att minska incitamenten att välja det ena förfarandet framför det andra. Se även SOU 2010:2, s. 74; Karlsson-Tuula (2019), s. 72.

avtalsmotpart. Dessutom leder införandet av en överlåtelseregler vid pre pack att svensk insolvensrätt tvingas bekantas med ytterligare ett sätt att hantera gäldenärsföretagets avtal. Härefter ligger den problematik som denna framställning har för avsikt att behandla.

1.2 Terminologiska frågor

Redan inledningsvis lämpar det sig väl att förklara hur vissa terminologiska frågor kommer att hanteras i denna framställning. Termen *medkontrahent* används för att beteckna motparten i det ömsesidigt förpliktande avtal som gäldenärsföretaget avser att överlåta. Valet av termen *medkontrahent* framför *borgenär*, som i vissa av arbetets delar synonymiserar, har gjorts för att minska risken för förväxling, givet den insolvensrättsliga kontext vi rör oss i. Uttrycken *överlåtelse av verksamhet, rörelseöverlåtelse eller liknande*, syftar i detta sammanhang, om inget annat anges, på inkråmsöverlåtelser och inte på överlåtelse av aktier, eftersom det senare inte leder till att gäldenärsföretaget avvecklas. När *avtal* nämns avses, om inget annat anges eller i övrigt framgår av omständigheterna, ömsesidigt förpliktande avtal. Vid denna typ av avtal har vardera part såväl rättigheter som skyldigheter, vilket kan sättas i kontrast till ensidigt förpliktande avtal, där endast en av parterna har skyldighet att prestera.⁸ Slutligen, används termen *gäldenärsföretag eller liknande* för att beteckna det företag vars verksamhet är avsett att överlåtas genom pre pack-förfarandet, samt för att beteckna det företag som är föremål för ett konkurs- eller rekonstruktionsförfarande.

1.3 Syfte och frågeställning

Detta arbete tar sin utgångspunkt i direktivförslaget och har för avsikt att dyka djupare i hanteringen av gäldenärsföretagets avtal vid insolvens. Problematiken går att hitta i gränslandet mellan å ena sidan avtalsrätt, å andra sidan insolvensrätt, där två åsiktskorridorer korsar varandra. Den ena, rotad i insolvens- och sakrättslig logik, förespråkar en möjlighet att överlåta avtal vid insolvens eftersom det genererar värde som i sin tur kan fördelas mellan borgenärskollektivet. Den andra, rotad i avtalsrättslig logik, motsätter sig möjligheten, då en överlåtelse av ett avtal innebär en inskränkning i medkontrahentens avtalsfrihet. Direktivförslaget återspeglar den förra åsikten och ger alltså gäldenärsföretag möjlighet att överlåta avtal utan medkontrahentens samtycke. Detta är något som kontrasterar den nuvarande svenska ordningen, som reflekterar den senare

⁸ Adlercreutz & Mulder (2021), s. 30.

åsikten, och där överlåtelse av avtal i regel förutsätter att medkontrahentens samtyckt därtill. Givet denna polemik är syftet med framställningen att undersöka om den i direktivförslaget presenterade inskränkningen i medkontrahentens avtalsfrihet framstår som motiverad. Vidare är det framställningens syfte att undersöka om en motsvarande överlåtelsemöjlighet som den i direktivförslaget hade kunnat införas vid konkurs respektive företagsrekonstruktion, som en lösning på den i avsnitt 1.1 presenterade samordningsproblematiken.

Nedanstående frågeställningar har för avsikt att klarlägga framställningens inriktning:

1. Hur ser möjligheterna att överlåta avtal ut vid insolvens i Sverige idag? Frågeställning har till syfte att belysa överlåtelsemöjligheterna i dagsläget, vilket tjänar som bas för den analys och diskussion som presenteras senare i framställningen.
2. Vad har medkontrahenten typiskt sett för intressen i att välja sin avtalsmotpart? Frågeställningen ligger till grund för den intresseinventering som framställningens analys och diskussion hänför sig till.
3. Hur förhåller sig pre pack-förfarandet och artikel 27 i direktivförslaget till medkontrahentens intressen i att välja sin avtalsmotpart? Framstår den i direktivförslaget föreslagna inskränkningen i medkontrahentens avtalsfrihet som motiverad? Frågeställningen ämnar att analysera den överlåtelsemöjlighet som föreslås i direktivförslaget ur medkontrahentens perspektiv.
4. Finns det skäl att införa en motsvarande överlåtelsemöjlighet vid konkurs respektive företagsrekonstruktion? Om frågan besvaras jakande, hur förhåller sig en sådan överlåtelsemöjlighet till medkontrahentens intressen? Frågeställningen ligger till grund för den avslutande diskussion som förs kring framtida överlåtelsemöjligheter inom konkurs respektive företagsrekonstruktion.

1.4 Arbetets disposition

För att uppnå angivna syften och besvara frågeställningarna kommer arbetet att disponeras enligt följande. Avsnitt *två* erbjuder en överblick över den svenska ordningen och möjligheterna som idag finns att överlåta avtal inom insolvens. Avsnittet är väsentligt givet att det kontextualiserar direktivförslaget och det rättsliga landskap det tar mark i. Avsnitt

tre presenterar direktivförslaget, dess historiska bakgrund samt överväganden därbakom. Särskilt fokus ligger givetvis på pre pack-förfarandet och möjligheten att överlåta avtal utan medkontrahentens samtycke. I avsnitt *fyra* skiftar fokus till medkontrahenten och dennes intressen i att välja sin avtalsmotpart, med syftet att belysa varför dennes samtycke, som utgångspunkt, är en förutsättning för överlåtelse av avtal. Avsnitt *fem* erbjuder en analys över hur medkontrahentens intressen gör sig gällande inom ramen för en pre pack-försäljning och i avsnitt *sex* förs en diskussion kring framtida möjligheter att överlåta avtal vid konkurs respektive företagsrekonstruktion.

1.5 Metod, material och perspektiv

Baserat på den disposition som presenterades ovan under avsnitt 1.4, har arbetet strukturerats i fem skilda avsnitt, var och en med sin egen metodologiska och materiella inriktning.

1.5.1 Ett regelorienterat avsnitt

Arbetet inleds i avsnitt två genom en överblick av möjligheterna för gäldenärsföretaget att idag överlåta avtal. Huvuduppgiften består i, vad vissa skulle kalla, att fastställa gällande rätt.⁹ Metodologiskt skulle man kunna säga att avsnittet hänför sig till det som kallas för rättsdogmatisk metod. Begreppet rättsdogmatik är dock något dubiöst och användandet av metoden riskerar att leda tankarna i fel riktning.¹⁰ Icke desto mindre får det antas vara – förhållandevis – vedertaget att den rättsdogmatiska metoden går ut på att tolka rättskällor av viss auktoritet i syfte att utröna vad som utgör gällande rätt vid en viss given tid och i ett visst givet sammanhang.¹¹ Användandet av den rättsdogmatiska metoden blir således sättet på vilket det samlas in material som sedermera tolkas, avhängigt rättskällevärdets ramar.¹² Rättskällevärdets ramar bestäms av vilka rättskällorna är, deras inbördes hierarki samt principerna som används för vid tolkning av dessa.¹³ Rättskällevärdet är inte statisk, och det finns skillnader i hur materialet, i form av allmänt accepterade rättskällor, behandlas inom

⁹ Sandgren (2021), s. 51.

¹⁰ Sandgren (2005), s. 648. Författaren beskriver det som att “[o]rdet «dogmatisk» är förbundet med föreställningar om att det finns en förborgad sanning och att någon som är ofelbar har auktoritet att uppenbara denna.”

¹¹ Hjertstedt (2019), s. 167; Kleineman (2013), s. 26.

¹² Doublet & Bernt s. 162 f. Som författarna själva uttrycker det, handlar det om en ram för vad som är “fackligt försvarlig argumentation”.

¹³ Sandgren (2021), s. 47; Kleineman (2013), s. 21.

olika rättsområden.¹⁴ Utan att föregripa det materialval som gjorts inom detta avsnitt så kan sägas att den insolvensrättsliga sfären består i ett tämligen stort utbud av doktrinära bidrag.

Inom ramen för avsnitt två har valet av rättskällor skett enligt det tillvägagångssätt som Hjertstedt beskrivit som totalundersökning av det för insolvensrätten relevanta rättskällematerialet.¹⁵ Med rättskällematerial avses här det som traditionellt ansetts utgöra rättskällor; lagstiftning, förarbeten, prejudikat och doktrin.¹⁶ Sett till den inbördes rangordningen mellan källorna så anses lagen utgöra den primära källan och övriga källor anses vara subsidiära till denna.¹⁷ Vad gäller möjligheten att överlåta avtal inom insolvens så finns det varken i konkurslagen eller företagsrekonstruktionslagen några bestämmelser som reglerar frågan. Det har därför varit nödvändigt att konsultera övriga rättskällor vid tolkandet av gällande rätt. Särskilt betydelsefullt för detta avsnitt har, i brist på såväl vägledande avgöranden som förarbeten, doktrinära bidrag varit. Doktrinen har historiskt tillskrivits låg status, åtminstone i förhållande till lag, förarbeten och prejudikat, men har på senare tid fått ett uppsving och tillmätts allt större bäring.¹⁸ Det finns företrädare som påstår att doktrinens tyngd ligger i argumenten som presenteras däri, och att slutsatserna och uttalanden endast skulle kunna uppfattas som “rekommendationer om lämpliga lösningar”.¹⁹

1.5.2 Ett avsnitt inriktat på direktivförslaget

Framställning fortsätter i avsnitt tre genom att presentera det aktuella direktivförslaget och den historiska bakgrunden till detta. Det huvudsakliga fokuset i avsnittet kommer att ligga på den del av direktivförslaget som behandlar möjligheterna att överlåta avtal vid pre pack. Metodologiskt kommer detta avsnitt att använda det som vanligtvis benämns som en EU-rättslig metod. EU-rätten betraktas emellertid som en autonom rättsordning och det kan, av den anledningen, vara missvisande att tala om en given EU-rättslig metod, på samma sätt som det skulle vara missvisande att tala om en given svensk metod, vars tillämpning verkar på ett genomgående plan.²⁰ Inom ramen för detta avsnitt består den primära uppgiften i att tolka det aktuella direktivförslaget, för att senare i framställningen

¹⁴ Sandgren (2021), s. 47; Kleineman (2013), s. 22.

¹⁵ Hjertstedt (2019), s. 169.

¹⁶ Sandgren (2021), s. 47 f. Uppräkningen av rättskällor är dock förenklad, och Sandgren (2005) s. 651 som pekar på, åtminstone, fyra rättskälleläror, vars innehåll går isär.

¹⁷ Strömholm, Lyles, Valguarnera (2020), s. 407. Den inbördes ordningen mellan prejudikat och förarbeten är föremål för olika uppfattningar och kommer inte behandlas djupare inom ramen för detta arbete.

¹⁸ Edström, Lindholm & Mannelqvist (2017), s. 119.

¹⁹ Strömholm (1992), s. 299.

²⁰ Reichel (2013), s. 109.

kunna analysera detta utifrån medkontrahentens intressen. Med den ansatsen kan det sägas att den EU-rättsliga metoden som används består i ett tillvägagångssätt för att hantera det EU-rättsliga materialet.²¹ Den EU-rättsliga metoden bygger på andra tolkningsprinciper och grundar sig i ett annat urval av rättskällor än den som typiskt sett används i Sverige. Materialval och efterföljande bearbetning av material kommer att avvika från vad som typiskt är fallet i nationell rätt.²² Trots att avsnitt 2 och 3 är – förhållandevis – lika till mål, nämligen att presentera hur möjligheterna att överlåta avtal inom insolvens ser ut, så lämpar det sig därför med olika metodologiska inriktningar.

Unionsrätten består av primär- och sekundärrätt samt icke bindande normgivning.²³ Till primärrätten hör i första hand Fördraget om Europeiska Unionen (“FEU”), Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (“FEUF”) samt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (“EU-stadgan”). Sekundärrätten består i sin tur av den lagstiftning som införts inom unionen, till vilket hör förordningar och direktiv. All sekundärrätt måste baseras på en primärrättslig grund. För det fall att sekundärrätten står i strid med primärrätten, så ges den senare företräde.²⁴ Den icke-bindande normgivningen, även kallad för soft-law, står att finna längst ner i den EU-rättsliga normhierarkin. Här finner vi diverse rekommendationer, yttranden, riktlinjer och vägledningar, ofta från kommissionen.²⁵

I detta arbete kommer förarbeten till direktivförslaget, så kallade *travaux préparatoires*, att användas. Den typ av förarbete som används består framförallt i rapporter från kommissionen samt i de grön- och vitböcker som publicerats inom ramen för kommissionens arbete med CMU. Vid tolkning av EU-rättsligt material förhåller det sig delvis annorlunda i förhållande till svensk rätt, där förarbeten tillmäts stor vikt. Av den anledningen måste viss försiktighet iaktas med att tillskriva dessa förarbeten alltför stor vikt. EU-rättsliga akter präglas i högre grad än svenska av kompromisser och den slutgiltiga rättsakten kan avvika betydligt från vad som framkommit under dess utredningsstadiet.²⁶ Traditionellt sett har förarbeten därför inte haft någon stark ställning.²⁷ Förutsatt att det EU-rättsliga förarbetet på ett logiskt och övertygande sätt bekantgör lagstiftarens vilja, så kan det dock användas att tolka artiklarnas bakomliggande syfte.²⁸

²¹ Reichel (2013), s. 109.

²² Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 36.

²³ Bernitz & Kjellgren (2022), s. 193 f.

²⁴ Domstolens dom av den 10 juli 1990, Tetra Pak mot Kommissionen, T-51/89, T:1990:41.

²⁵ Bernitz & Kjellgren (2022), s. 194.

²⁶ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 113 f.; Warberg (2017), s. 26.

²⁷ Reichel (2013), s. 127.

²⁸ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 115.

Inom ramen för detta arbete så har det varit nödvändigt att konsultera förarbeten för att skapa en förståelse kring det sammanhang som direktivförslaget tillkommit i och vad direktivförslagets målsättningar består i. Det tycks finnas en stringens i det slutgiltiga förslaget och dess förarbeten varför, om än med viss försiktighet, bedömning varit att detta kunnat göras utan större risk. Det ska även sägas att EU-domstolen (“EUD”) i allt högre utsträckning börjat hänvisa till förarbeten vid sin tolkning av EU:s rättsakter och att man därutöver uttalat att nationella myndigheter och domstolar kan vara skyldiga att använda soft law som tolkningsunderlag.²⁹

Bearbetningen och tolkningen av direktivförslagets artiklar har genomförts utifrån sedvanliga EU-rättsliga tolkningsmetoder, vilka utvecklats av EUD. Vid tolkningen av enskilda artiklar går det att urskilja fyra metoder, vilka är språklig tolkning, systematisk tolkning, syftestolkning och teleologisk tolkning.³⁰ Utgångspunkten i det här arbetet har varit den språkliga tolkningen, vilket innebär att tolkningen sker utifrån bestämmelsens ordalydelse och dess grammatiska innebörd.³¹ En svårighet i detta avseende är att direktivförslaget översatts till samtliga medlemsländernas språk, och att varje språk är autentiskt i den meningen att inget ges rättsligt företräde. Bestämmelserna däri ska tolkas och tillämpas på ett enhetligt sätt.³² Inom ramen för detta arbete har direktivförslagets lästs med utgångspunkt i det svenska språket. Till undvikande av eventuella misshugg så har viss jämförelse skett mot engelskan, tyskan och till någon del franskan, när så varit nödvändigt.³³

För att komplettera den språkliga tolkningen har övriga tolkningsmetoder använts. Med systematisk tolkning tolkas en artikel mot bakgrund av dess systematiska placering, dess relation till närliggande bestämmelser – såväl inom som utom rättsakten – och den aktuella bestämmelsens uppbyggnad.³⁴ Syftestolkning innebär att en viss bestämmelse tolkas mot bakgrund av den angivna målsättningen med bestämmelsen, vilket är något som, åtminstone när det gäller sekundärrättsliga akter, framförallt står att finna i ingressen till den aktuella bestämmelsen. Slutligen används även teleologisk tolkning, vilket innebär att bestämmelsen tolkas mot bakgrund av dess funktion och dess effekter. Denna

²⁹ Domstolens dom av den 13 december 1989, Salvatore Grimaldi mot Fonds des maladies professionnelles, C-322/88, EU:C:1989:646.

³⁰ Bernitz & Kjellgren (2022), s. 205 f.

³¹ A.a. s. 206.

³² A.a. s. 212.

³³ A.a. s. 214. Exempelvis ska nämnas att termen “avtal med återstående skyldigheter” är det som i Sverige vanligen benämns som “ömsesidigt förpliktande avtal”, efter jämförelse mellan olika språkversioner.

³⁴ A.a. s. 206.

tolkningsmetod är främst av subsidiär karaktär och tillämpas därför huvudsakligen när en bestämmelses lydelse, eller sammanhang, är otydligt.³⁵

1.5.3 Ett avsnitt inriktad på medkontrahentens intressen

Det fjärde avsnittet markerar ingång till det perspektiv som denna framställning valt, nämligen medkontrahentens. Med perspektiv avses den utgångspunkt framställningen tar; den infallsvinkel som framställningen och dess beståndsdelar studeras utifrån.³⁶ Ambitionen med avsnittet är att utröna vilka intressen medkontrahenten i allmänhet har i en situation där ett företag önskar överlåta ett avtal – till vilket medkontrahenten är part – till en tredje part. I grund och botten handlar det om medkontrahentens intresse i att välja vem den ingår affärsförbindelser med. Denna intresseinventering ligger sedan till grund för den analys som är tänkt att presenteras under avsnitt fem, liksom den avslutande diskussion som förs i avsnitt sex. Bakom det valda perspektivet ligger, bland annat, farhågor som en del svenska remissinstanser uttryck över direktivförslaget och reglerna kring gäldenärsföretagets avtal.³⁷ Liknande farhågor har även framförts av Europeiska ekonomiska och sociala kommittén (“EESK”).³⁸ Grunden för dessa farhågor har varit att medkontrahentens intressen inte beaktas i tillräcklig grad och att den valda lösningen riskerar att föra med sig en alltför stor inskränkning i medkontrahentens avtalsfrihet. Därutöver är det ett perspektiv som, i min mening, tenderar att tas något lättvindigt i diskussionen kring utökade överlåtelsemöjligheter av gäldenärsföretagets avtal inom insolvens.³⁹

Valet av perspektiv påverkar valet av material.⁴⁰ Till skillnad från ovan avsnitt 1.5.1–1.5.2 så erbjuder detta avsnitt ett något friare urval av material. Vi rör oss bortom det som brukar betraktas som traditionellt rättskällematerial.⁴¹ Detta är i det närmaste en nödvändighet för att vi ska kunna göra en ordentlig intresseinventering. Om endast rätten och rättskällorna beaktas, som ett från samhället slutet system, finns det risk att den analys som presenteras, som i och för sig är rättsligt godtagbar, leder till lösningar som är oönskade, om man har beaktat det ur andra perspektiv.⁴² Det material som används är

³⁵ Hettne & Otken Eriksson (2022), s. 168.

³⁶ Edström (2020), s. 51.

³⁷ Se not 5 ovan.

³⁸ Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten av den 25 maj 2023, 2023/C 184/06.

³⁹ Se, bland annat, Karlsson-Tuula (2017b), s 86 ff.; Büller, Selander & Hägglund (2021), s. 9 ff.; Möller (1998), s. 831 f.

⁴⁰ Sandgren (2021), s. 79.

⁴¹ A.a. s. 47.

⁴² Gräns (2013), s. 429.

huvudsakligen – utöver lagtext, förarbeten och doktrin – vetenskapliga artiklar, utländsk litteratur, och utländskt offentligt tryck, där medkontrahentens intresse i att välja sin avtalsmotpart diskuteras. Artiklarna som används är i viss mån hämtade från andra discipliner, såsom den företagsekonomiska och den samhällsvetenskapliga. Användandet av andra discipliner, i syfte att behandla rättsliga fenomen, kan bidra till ökad förståelse av rättsliga fenomen.⁴³

1.5.4 Ett avsnitt inriktad på analys av direktivförslaget

Det femte avsnittet består i en analys av direktivförslaget och dess artikel 27. Analysen sker i relation till den intresseinventering som gjorts i avsnitt fyra. Avsikten med avsnittet är att analysera om – och i så fall hur – medkontrahentens intressen riskerar att åsidosättas när gäldenärsföretaget med vilket medkontrahenten ingått avtal genomför en pre pack-försäljning. Metodologiskt ligger avsnittet nära det Sandgren skulle kalla en rättsanalytisk metod.⁴⁴ Den rättsanalytiska metoden erbjuder en förhållandevis fri arena i förhållande till den rättsdogmatiska, såtillvida att den inte söker efter någon på förhand given förklaring. Metoden öppnar även upp för att materialet som används analyseras med ledning ur en viss infallsvinkel, vilket för detta avsnitts vidkommande är medkontrahentens intressen.⁴⁵ Tillvägagångssättet i avsnittet är att medkontrahentens intressen i att välja sin avtalsmotpart, såsom presenterats under avsnitt fyra, sätts in i kontexten av pre pack. Utfallet – det vill säga hur intresset gör sig gällande i kontexten av pre pack – kommer sedan att vägas mot ändamålen bakom pre pack. Syftet med avsnittet är att analysera om den gjorda inskränkningen i medkontrahentens avtalsfrihet kan anses motiverad för att uppnå syftet med pre pack.

Materialet i detta avsnitt består av till stor del av samma material som används under föregående avsnitt, då det är detta material som utgör basen för analysen. För att komplettera det material så har det i viss mån varit nödvändigt att använda andra doktrinära bidrag inom andra rättsområden, såsom immaterialrätt och arbetsrätt.

⁴³ Gräns (2013), s. 430; Heuman (2004), s. 789.

⁴⁴ Sandgren (2005), s. 656.

⁴⁵ Sandgren (2021), s. 55.

1.5.5 Ett avsnitt av de lege ferenda-karaktär

Framställningens sista avsnitt består i en diskussion kring huruvida en överlåtelsemöjlighet, motsvarande den som presenteras i direktivförslaget, bör införas vid konkurs respektive företagsrekonstruktion. Tanken är att uppmärksamma den samordningsproblematik som råder i hanteringen av gäldenärens avtal och huruvida den överlåtelsemöjlighet som föreslås i direktivförslaget kan erbjuda en lösning på detta. Metodologiskt handlar avsnittet om att diskutera kring hur rätten bör se ut, inte hur den faktiskt ser ut, något som är kännetecknande för det som brukar kallas de lege ferenda-diskussion.⁴⁶ Liksom avsnitt fem kommer även denna diskussion att ta sin utgångspunkt i den för framställningen valda perspektivet – medkontrahetens.

1.6 Avgränsningar

Denna framställning kommer att fokusera på ömsesidigt förpliktande avtal eftersom det är den typ av avtal som direktivförslaget behandlar. Arbetet har – av naturliga skäl – inte kunnat behandla varje avtalstyp som blir aktuell i samband med att verksamheten överläts, utan har valt att fokusera på avtal där det finns stort intresse av att överlåta och där det är angeläget för medkontrahenten vem som är avtalsmotpart. Arbetet är därtill avgränsat i så mån att det endast är sådana intressen som medkontrahenten typiskt sett har i att välja vem den ingår avtalsförbindelse med. Någon uttömmande intresseinventering hade inte varit gångbar, då det givetvis är väldigt individuellt i vad medkontrahenten lägger vikt vid när denne har att välja avtalsmotpart. Framställningen kommer inte heller att diskutera så kallade ipso-facto-klausuler. Det är klausuler som ger medkontrahenten rätt att häva eller säga upp avtalet, för det fall att motparten ställer in betalningar, utsätts för utmätningsförsök eller försätts i konkurs, eller företagsrekonstruktion.⁴⁷ En sista avgränsning är att arbetet endast valt att fokusera på punkt ett i direktivförslagets artikel 27, vilken behandlar överlåtelsemöjligheterna. Den andra punkten, som berör domstolens befogenhet att säga upp avtal som ligger i intresset för gäldenärsföretagets verksamhet, har inte behandlats inom ramen för detta arbete.

⁴⁶ Hellner (1975), s. 402.

⁴⁷ Numera kan ipso-facto-klausuler inte göras gällande när gäldenärsföretaget inleder företagsrekonstruktion, enligt 3 kap. 10 § FrekL.

2 Hantering av gäldenärsföretagets avtal i svensk rätt

Detta avsnitt har för avsikt att redogöra hur möjligheten att överlåta avtal vid insolvens ser ut i Sverige idag. Såväl konkurslagen (“**KonkL**”) som företagsrekonstruktionslagen (“**FrekL**”) saknar regler som anger hur gäldenärens avtal ska hanteras. Utgångspunkten i doktrin har dock varit att obligationsrättens regler gäller vid hanteringen av gäldenärsföretagets avtal, varför en överlåtelse som sker av en konkursförvaltare, eller av en rekonstruktör, har att beakta samma regler kring överlåtelse som gäldenärsföretaget hade innan det aktuella insolvensförfarandet inleddes.⁴⁸ Avsnittet blir följaktligen framförallt relevant för den första frågeställningen, men ger även en kontextuell ram för återstoden av framställningen och för övriga frågeställningar. Innan vi dyker djupare i obligationsrättens regler kring möjligheten att överlåta avtal så ska vi dock – på ett överskådligt plan – presentera vad en konkurs och en företagsrekonstruktion innebär för gäldenärsföretagets avtal och vilka möjligheter konkursboet, eller rekonstruktionsgäldenären, har att hindra att medkontrahenten häver avtalet.

2.1 Allmänt om gäldenärens avtal vid konkurs och företagsrekonstruktion

Det är, som sagt i inledningen av avsnittet, inte givet vad som händer med gäldenärsföretagets avtal vid händelse av konkurs. Något som står klart är dock att dessa avtal inte upphör automatiskt enbart på den grund att gäldenärsföretaget går i konkurs, eller inleder en rekonstruktion.⁴⁹ Därutöver står det klart att avtal, där medkontrahenten har sakrättsligt skydd, måste fullföljas av konkursboet. För det fall att prestation av ett sakrättsligt skyddat avtal uteblir, så ansvarar boet med konkursmassan. Boet är, exempelvis, skyldigt att utelämna den maskin som sålts och registrerats i enlighet med lag (1845:50 s.1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva (“**LkL**”).⁵⁰ Är avtalet däremot inte sakrättsligt skyddat så har boet ingen skyldighet att prestera det som utfästs. Medkontrahenten får istället, för det fall det handlar om konkurs, finna sig med en bevakningsrätt i konkursen, vars prioritet dels beror på om det finns förmånsrätt eller inte och, om det finns, dels på vilken typ av förmånsrätt det rör sig om.⁵¹

⁴⁸ Hellner, Hager & Persson (2020), s. 84; Möller (1988), s. 386.

⁴⁹ SOU 2001:80 s. 80; NJA 1966 s. 241; Möller (1988), s. 58 f.; Möller (1990), s. 177.

⁵⁰ Håstad (1996), s. 398 f.

⁵¹ A.a. s. 399.

Medkontrahenten kan alltså inte, utan att tillförsäkrat sig sakrättsligt skydd för gäldenärens förpliktelse, tvinga konkursboet att infria förpliktelser som följer av avtalet.⁵²

Under vissa omständigheter kan det vara ekonomiskt motiverat för konkursboet att, på frivillig basis, fullgöra det som gäldenärsföretaget utfäst sig att göra. Så kan vara fallet då gäldenärens rörelse är tänkt att, inom ramen för konkursförvaltningen, drivas vidare under en tid och därefter kanske försäljas. Boet har i regel bättre villkor enligt redan befintliga avtal än vad förvaltaren skulle kunna få om denne, när gäldenärsföretaget befinner sig i konkurs, skulle börja förhandla på nytt.⁵³ När konkursboet, unilateralt, kräver att avtalet fullföljs och därigenom hindrar medkontrahentens rätt att häva, talar man om att konkursboet "träder in" i konkursgäldenärens avtal.⁵⁴ Förutsättningen för att konkursboet ska kunna träda in i konkursgäldenärens avtal är att medkontrahentens hävningsrätt upphört. När gäldenärsföretaget går i konkurs så uppkommer i regel en hävningsrätt för medkontrahenten, givet att konkursen, och följderna därav, kan ses som ett anteciperat avtalsbrott. Gäldenärsföretaget kommer, med stor sannolikhet, inte fullgöra sina förpliktelser enligt avtalet, åtminstone inte fullt ut.⁵⁵

Möjligheten för boet att hindra medkontrahentens hävning genom inträde i avtalet saknar i Sverige sammanhållen reglering och hanteras utifrån den, för situationen aktuella, avtalstypen.⁵⁶ För vissa avtalstyper föreligger en ovillkorlig hävningsrätt, där konkursboet inte kan hindra medkontrahentens hävningsrätt genom inträde i avtalet. Så är fallet enligt 12 kap. 30 § jordabalken ("**JB**") om hyresvärden, innan tillträdesdagen, skulle försättas i konkurs. Den blivande hyresgästen kan då häva, utan att hyresvärdens konkursbo har möjlighet att hindra det.. I vissa fall är det även så att avtalet upphör omedelbart till följd av konkursen. Så är det enligt 27 § lagen om handelsbolag och enkla bolag ("**HBL**"), för det fall att en bolagsman skulle försättas i konkurs, enligt 27 § lagen om handelsagentur ("**HaL**"), för det fall agenten eller huvudmannen skulle försättas i konkurs och enligt 47 § kommissionslagen ("**KommL**"), för det fall kommissionär eller kommittent skulle försättas i konkurs. Att gäldenärens avtal i dessa fall direkt påverkas av konkursen har

⁵² Möller (1988), s. 74 f.

⁵³ Möller (1990), s. 202.

⁵⁴ Håstad (1996), s. 400.

⁵⁵ Karlsson Tuula (2019), s. 19. Jämför dock Möller (1998), s. 73 som menar att man även måste beakta konkursboets förmåga att prestera enligt avtalet. Konkursboet är i regel solvent för sina förpliktelser, så även om anteciperat kontraktsbrott förelåg innan konkursen, så är det enligt författaren inte säkert att hävningsgrunden består sedan konkurs beslutats.

⁵⁶ SOU 1970:75 s. 55. Omkring 1970, när Sverige, Norge och Danmark genomförde ett samordnat konkurslagstiftningsarbete, så var frågan uppe till diskussion. Lagberedningen i Sverige konstaterade att förutsättningarna skiljde sig alltför mycket från avtalstyp till avtalstyp, varför man landade i att någon sammanhållen lagstiftning inte var rätt väg att gå.

ansetts bero på att gäldenärsföretagets person i regel är särskilt betydelsefullt för medkontrahenten, samtidigt som det inte är gäldenärsföretaget som råder över konkursförvaltningen, utan konkursförvaltaren.⁵⁷

För andra avtalstyper finns det möjlighet för konkursboet att hindra medkontrahentens hävningsrätt, ibland under vissa givna villkor. Vid köp ger 63 § köplagen (“**KöpL**”) konkursboet möjlighet till inträde, oavsett om gäldenärsföretaget innan konkursutbrottet befunnit sig i ställning av köpare eller säljare.⁵⁸ Detsamma gäller vid lokalhyra enligt 12 kap. 31 § JB. Liknande inträdesrätt finns även vad gäller jordbruksarrende, enligt 9 kap. 30 § JB, och för övriga arrendetyper, enligt 8 kap. 18 §. I de senare fallen förutsätts dock att arrendatorn ställer betryggande säkerhet. En köpare av en fastighet har möjlighet att hindra säljarens hävningsrätt som uppkommit till följd av dennes konkurs under förutsättning att det ställs betryggande säkerhet, enligt 4 kap. 26 § JB. Det brukar kallas för anteciperat mora.⁵⁹ Utöver dessa, lagstadgade, fall så har doktrin och praxis öppnat upp möjligheten för analogier för övriga avtalstyper. Vad gäller finansiell leasing, vilket är en avtalstyp som skulle kunna sägas utgöra en sorts hybrid mellan å ena sidan köp, å andra sidan hyra, så har det hävdats att en konkursboet har möjlighet att inträda i en leasetagarens konkurs, med analogi från 63 § KöpL och 12 kap. 31 § JB.⁶⁰ Vad gäller licenser är rättsläget oklart, men det har förordats liknande lösningar även där.⁶¹

För det fall att konkursboet har möjlighet att – och sedermera väljer att – träda in i gäldenärens avtal så infinner sig frågan om inträdet behöver ske i hela avtalet, eller om det kan ske partiellt. Frågan blir aktuell vid avtal om successiva eller upprepade prestationer, samt vid varaktiga avtal. Det förra, inträde i hela avtalet, innebär att boet övertar alla gäldenärens förpliktelser, medan det senare, inträde partiellt, innebär att konkursboet träder in från konkursdagen, med ansvar endast från denna dag, och således utan ansvar för prestationer som gäldenärsföretaget haft att fullgöra innan konkursdagen.⁶² Konkursboet är, naturligtvis, intresserade av att, så långt det är möjligt, hänvisa borgenären till att som oprioriterad bevaka sina fordringar som belöper på tiden före det att gäldenärsföretaget

⁵⁷ SOU 2001:80, s. 85.

⁵⁸ Karlsson Tuula (2019), s. 21. Jämför dock 62 § KöpL, som ger den solvente medkontrahenten en hävningsrätt, trots 63 § KöpL, för det fall att det står klart att ett väsentligt avtalsbrott kommer att äga rum från konkursboets sida.

⁵⁹ Grauers (2022), kommentaren till 4 kap. 26 §.

⁶⁰ Karlsson Tuula (2019), s. 107; Möller (1996), s. 255 & 266; Millqvist (1986), s. 279 f.

⁶¹ Möller (1988), s. 797.

⁶² Håstad (1996), s. 402.

gick i konkurs och, i vissa fall, även av att inträdet sker på en kortare tid än vad avtalet löper på.⁶³

När konkursboet träder in i gäldenärsföretagets avtal så inträder det fullt ut i såväl rättigheter som skyldigheter, i enlighet med avtalet.⁶⁴ Huruvida detta kan ske partiellt är dock inte givet. Att lagstöd för en partiell inträdesrätt saknas skulle kunna tas till intäkt för att det inte är möjligt, men åt motsatt riktning talar bland annat det faktum att boet i övrigt aldrig behöver fullgöra förpliktelser som inte erhållit sakrättsligt skydd.⁶⁵ När medkontrahenten har säkerhet, exempelvis genom ett återtagandeförbehåll, måste inträdet dock ske fullständigt, annars kommer medkontrahenten att utnyttja sin säkerhet.⁶⁶ När det gäller lokalhyra så har Högsta domstolen (“**HD**”) uttalat att, för det fall boet förklarar sig villiga att svara för hyran från konkursdagen, hyresvärden inte mister sin hävningsrätt, om konkursboet inte betalar redan förfallen hyra.⁶⁷ Hävningsrätten faller alltså inte här, om konkursboet inte fullgör tidigare icke-uppfyllda förpliktelser. Avgörandet har tagits till intäkt för att partiellt inträde inte är möjligt heller vid andra typer nyttjanderättsavtal, såsom hyra av lös egendom, förlagsavtal och licensavtal rörande patent och varumärken.⁶⁸ Det har dock framfört vissa, principiella argument, i favör för partiellt inträde.⁶⁹ Vid successiva leveranser, såsom vid långvariga varuleverensavtal, har det dock, i kontrast till ovan, hävdats att partiellt inträde är möjligt.⁷⁰ Som skäl därför har anförts att ett betalningsdröjsmål avseende en leverans inte ger säljaren rätt att häva avseende en senare leverans, om det saknas skäl att anta att dröjsmålet kommer att upprepas även då. Säljaren kan alltså inte villkora den framtida leveransen med att tidigare förpliktelser fullgörs, varför boet har möjlighet att, med massaansvar, kräva att framtida leveranser utförts, samtidigt som boets hänvisar säljaren till att bevaka en oprioriterad fordran avseende redan utförda leveranser.⁷¹ Rättsläget i detta avseende får betraktas som något oklart.

⁶³ Håstad (1996), s. 409.

⁶⁴ Ramberg (1995), s. 606.

⁶⁵ Möller (1990), s. 183.

⁶⁶ Håstad (1990), s. 221.

⁶⁷ NJA 1989 s. 206 “Piccolo Mondo”.

⁶⁸ Håstad (1996), s. 410; Möller (1990), s. 207; Hellner, Hager & Persson (2020), s. 95.

⁶⁹ Möller (1986), s. 833.

⁷⁰ Håstad (1996), s. 407.

⁷¹ A.a.

2.2 Om möjligheterna att överlåta avtal vid gäldenärens insolvens

2.2.1 Avtals- och fordringsrättslig utgångspunkt

Ingåendet av ett avtal innebär att parterna fastställer handlingsföreskrifter för sig själva och för sina inbördes mellanhavanden. Avtalet blir en rättslig konstruktion som befäster skyldigheter för den ena parten att prestera till den andra, och/eller fastslår rättigheter för den andra parten att kräva prestation av den första. Det förra kan bestå i en skyldighet att leverera en viss kvantitet av en vara vid en viss angiven tidpunkt och det senare kan bestå i en motsvarande rätt att motta en viss vara vid en viss angiven tidpunkt.⁷² Att en part erhållit en rätt innebär, i detta sammanhang, att denne, med rättsväsendets understöd, kan tvinga motparten att prestera en motsvarande förpliktelse.⁷³ Avtalet kan i vissa fall bestå i ett ensidigt förpliktande, i betydelsen att endast en av parterna har skyldighet att prestera. Så är fallet vid exempelvis gåva eller vid ett borgensåtagande.⁷⁴ Den mest betydelsefulla och vanligt förekommande kategorin av avtal utgörs dock av den typ av avtal som består i mot varandra stående förpliktelser och rättigheter, så kallade ömsesidigt förpliktande avtal.⁷⁵ Här har respektive part såväl en skyldighet att prestera som en rätt till prestation, inom ramen för samma avtalsförhållande.⁷⁶

Den som inom ramen för avtalet är förpliktad att prestera något benämns vanligen gäldenär och dennes motpart, som är berättigad till prestation, benämns vanligen borgenär.⁷⁷ En distinktion brukar göras mellan å ena sidan penningborgenärer/gäldenärer, å andra sidan naturaborgenärer/gäldenärer, beroende på vilken förpliktelse som utgör obligationens föremål. En naturaförpliktelse består i en skyldighet för gäldenären att till borgenären tillhandahålla viss egendom, eller utföra viss tjänst. Den egendom som är föremål för prestation kan i sin tur antingen vara av generisk eller av species karaktär.⁷⁸ Som exempel på en naturaförpliktelse kan nämnas en skyldighet för gäldenären att leverera ett visst antal varor, eller en skyldighet för gäldenären att utföra ett visst arbete, exempelvis

⁷² Adlercreutz & Gorton (2016), s. 32 f.

⁷³ Adlercreutz & Benhard (2021), s. 17. En förutsättning för detta är, givetvis, att avtalet erkänns av gällande rätt. Avtal som, exempelvis, kan angripas med principen om pactum turpe, omfattas inte.

⁷⁴ A.a. s. 33. Med borgensåtagande avses i detta sammanhang inte sådana som banker utfärdar, s.k. bankgarantier. Anledningen till detta är att bankerna, under alla omständigheter, betingar sig särskilt ersättning och då även finansiell säkerhet, varför det ur risksynpunkt närmast motsvarar en kredit.

⁷⁵ A.a. s. 33; Hellner, Hager & Persson Speciell (2020), s. 23.

⁷⁶ Tiberg (1996), s. 32; Mellqvist & Persson (2022), s. 44.

⁷⁷ Mellqvist & Persson (2022), s. 44.

⁷⁸ A.a. s. 46. Att prestationen är av generisk karaktär innebär att gäldenären ska prestera någonting av viss art, exempelvis olja. Att prestationen är av species karaktär innebär att gäldenären ska prestera något bestämt, exempelvis en viss båt. I det senare fallet är objektet alltså inte bara arbetsbestämt, utan även individualiserat.

inom ramen för en entreprenad. En penningförpliktelse består i en skyldighet för gäldenären att till penningborgenären erlægga ett visst belopp. Förpliktelsen uppfylls i detta fallet genom betalning. En penningförpliktelse är normalt värdebestämd i pengar, men kan även värdebestämmas på annat sätt, till exempel genom indexering.⁷⁹ Som utgångspunkt gäller den nominaliska principen för penningförpliktelser, vilket innebär att mängden pengar som gäldenären ska prestera förändras inte med värdet av dessa.⁸⁰ Som exempel på en penningförpliktelse kan nämnas den skyldighet en kredittagare har att återbetala kreditbeloppet, inklusive avgift, eller den butik som fått varor levererade och som avkrävs betalning.

Huvudregeln inom svensk avtalsrätt är att avtalet inte binder någon annan än parterna.⁸¹ Det har sin grund i det faktum att alla avtalsförhållanden, som utgångspunkt, bygger på frivillighet, vilket i sin tur har sin grund i den för avtalsrätten grundläggande principen om avtalsfrihet.⁸² Avtalsfriheten anses innebära rätten att välja med vem och på vilket sätt avtal ingås.⁸³ Mot bakgrund av den avtalsrättsliga utgångspunkten tycks möjligheterna att överlåta ett avtal generellt sett vara mycket små, såväl inom som utom insolvens, eftersom överlåtelser, förutsatt att medkontrahenten inte lämnat sitt samtycke, innebär en för medkontrahenten ny påtvingad avtalsmotpart. Avtalet består dock, som nämnts ovan, av såväl rättigheter och skyldigheter, vanligen ömsesvis. När man talar om ett avtal är det därför, i själva verket, samspelet mellan dessa rättigheter och skyldigheter, och deras ömsesidiga beroende, som avses.⁸⁴ En överlåtelse av ett avtal innebär i grund och botten en överlåtelse av de i avtalet ingående rättigheterna och/eller skyldigheterna.⁸⁵ För svenskt vidkommande är utgångspunkten, vilket vi avser att redogöra för nedan under avsnitt 2.2.1.1 och 2.2.1.2, att rättigheter enligt ett avtal fritt kan överlåtas, men inte skyldigheter.

2.2.1.1 Överlåtelse av rättigheter

För rättigheter är utgångspunkten att dessa fritt kan överlåtas, utan att överlåtaren dessförinnan måste inhämta medkontrahentens samtycke.⁸⁶ Den som avseende en viss förpliktelse, oavsett om den är av natura- eller penningkaraktär, befinner sig i borgenärsställning kan alltså, som utgångspunkt, överlåta sin rättighet till någon annan,

⁷⁹ Lindskog (2018), 61.

⁸⁰ Rodhe (1956), s. 101; Ussing (1946), s. 31.

⁸¹ Tiberger (1978), s. 27.

⁸² Lehrberg (2020), s. 67; Adlercreutz & Gorton (2016), s. 27-29.

⁸³ Taxell (1997), s. 36.

⁸⁴ Heidbrink (2019), s. 13.

⁸⁵ Tiberger (1978), s. 28.

⁸⁶ Heidbrink (2019), s. 22; Ingvarsson (2017), s. 40.

som då inträder i rollen som borgenär i den aktuella rättigheten.⁸⁷ Överlåtelse av en rättighet brukar benämnas som cession om det grundar sig på ett av överlåtare och förvärvaren ingånget avtal, och cessio legis, alternativt subrogation, om det följer av en lag.⁸⁸ Ett starkt vägande skäl till att rättigheter fritt ska kunna överlåtas är att det, åtminstone i normalfallet, inte spelar någon större roll för gäldenären till vem denne presterar. Består gäldenärens förpliktelse i att erlägga ett penningbelopp så bör det, åtminstone regelmässigt, kvitta vem denne tvingas utge det aktuella beloppet till.⁸⁹ Visserligen kan det vara så att en borgenär exempelvis är mer eller mindre generös vad avser anstånd med betalning, men det har inte ansetts vara ett intresse värt rättsordningens skydd.⁹⁰ Dessutom fyller överlåtelse av rättigheter en viktig funktion i det ekonomiska kretsloppet.⁹¹ Rättigheter anses bära ett ekonomiskt värde, och för ekonomiska värden finns det i regel en marknad.⁹² För att det ekonomiska värdet ska kunna realiseras har det ansetts nödvändigt att möjliggöra dess fria rörlighet.⁹³ Ett hinder i överlåtbarheten av rättigheter skulle sätta käppar i hjulet för en marknadsstyrd resursallokering och, för det fall att rättighetsinnehavaren skulle hamna i ekonomiskt trångmål, hindra rättighetsinnehavarens borgenärer från att tillgodogöra sig rättighetens värde.⁹⁴

Det finns undantag till huvudregeln om rätten att överlåta rättigheter. En överlåtelse av en rättighet brukar till exempel inte tillåtas då borgenärens prestation är knuten till gäldenärens särskilda relation till borgenären, eller till borgenärens person. Exempelvis kan en arbetstagare inte överlåta – eller på annat sätt förfoga – över en fordran på lön innan den förfallit till betalning.⁹⁵ Bakom detta ligger huvudsakligen sociala hänsynstaganden. Det har inte ansetts önskvärt att arbetstagaren ges möjlighet att omsätta lönen innan den betalats ut för att, när lönen väl betalas ut, stå utan medel till nödvändiga levnadskostnader. Att en fordran på lön inte kan överlåtas ligger även i arbetsgivarens intresse eftersom viljan att utföra en tillfredsställande arbetsinsats kan tänkas minska om lönen redan har förbrukats när arbetsprestationen väl utförs.⁹⁶ Rätten till lön tjänar alltså som en drivfjäder

⁸⁷ Heidbrink (2019), s. 22. Författaren har beskrivit det som fordringsrättens gyllene regel.

⁸⁸ Ingvarsson (2017), s. 39. Huruvida cessio legis och subrogation avser samma situation har föremål för diskussion.

⁸⁹ Tiberg (1978), s. 30.

⁹⁰ A.a. s. 31.

⁹¹ Mellqvist & Persson (2022), s. 65.

⁹² Heidbrink (2019), s. 20.

⁹³ NJA 2009 s. 570, Linskogs tillägg; Scarberry, Klee, Newton & Nickles (2011), s. 336.

⁹⁴ NJA 2009 s. 570.

⁹⁵ NJA 2001 s. 381; Sigeman (1985), s. 384 f.

⁹⁶ Jämför följande utdrag från Linskogs tillägg i NJA 2009 s. 570: "Beträffande ofullgångna rättigheter – t.ex. ett arvode för en ännu inte utförd tjänst – får ofta antas att ett undantag från principen om den fria

för en fullgoda arbetsinsats.⁹⁷ Ytterligare exempel på rättigheter som inte anses överlåtbara är det krav på omvårdnad som uppstår då någon åtagit sig att ta hand om sina föräldrar, i samband med deras åldrande. Den som åtagit sig att omvårda sina föräldrar kan inte förväntas att ta hand om någon annan om föräldrarna, av någon anledning, skulle få för sig att överlåta sitt krav på omvårdnad.⁹⁸ Detsamma gäller överlåtelse av nyttjanderätt till lös egendom.⁹⁹ Här har ägaren typiskt sett ett intresse av att det är den person som bedömts som lämplig att nyttja egendomen som de facto gör det.¹⁰⁰ Undantag kan också bli aktuellt i andra situationer, till exempel då gäldenären har ett befogat intresse av att ett ömsesidigt förpliktande avtal inte delas upp, utan behålls som en enhet. Som framgår nedan under avsnitt 2.2.1.2 så kan skyldigheter i regel inte överlåtas, men något generellt hinder mot att överlåta rättigheterna enligt ett ömsesidigt förpliktande avtal finns inte.¹⁰¹ En inskränkning i denna rätt kan vara motiverad i fall där rättighetsinnehavarens överlåtelse riskerar att minska dennes incitament att, på ett tillfredsställande sätt, fullgöra sina förpliktelser enligt avtalet. Här ligger gäldenärens intresse i att “medkontrahenten inte undanhålles den stimulans till fullgod prestation som förväntning om vederlag kan innebära”.¹⁰² Som exempel kan nämnas den byggnadsentreprenör som avhänt sig rätten till entreprenadsumman och som, till följd av detta, inte är tillräckligt likvid för fullgörandet av entreprenaden.¹⁰³ Lindskog menar att det, vad gäller ömsesidigt förpliktande avtal, finns anledning att skilja på ofullgångna rättigheter och fullgångna rättigheter.¹⁰⁴ När det gäller det förra, vilket kan vara fallet vid exempelvis arvode för ännu icke utförd tjänst, så får det, enligt Lindskog, antas att ett undantag från principen om fri överlåtbarhet föreligger. Är det däremot fullgångna rättigheter, som är fallet då tjänsten är utförd men arvodet inte erlagts, så bör den fria överlåtbarheten trumfa, trots det ömsesidigt förpliktande avtalsförhållandet.¹⁰⁵ Förutom dessa situationer så kan det i avtalet, där rättigheten tillskapats, finns ett så kallat överlåtelseförbud, med innebörden att rättigheten inte kan

överlåtbarheten föreligger. Gäldenären har nämligen ett skyddsvärt intresse av överlåtarens vilja att prestera, och den viljan kan störas av att en utförd prestation inte får en omedelbar pekuniär effekt för överlåtaren.”

⁹⁷ Tiberg (1978), s. 32.

⁹⁸ Ingvarsson (2017), s. 40.

⁹⁹ Ussing (1946b), s. 12-14; Bengtsson (1971), s. 43 f.

¹⁰⁰ NJA 2009 s. 570, Lindskogs tillägg.

¹⁰¹ Tiberg (1978), s. 30; Hessler (1964), s. 169.

¹⁰² Tiberg (1978), s. 31.

¹⁰³ Rodhe (1956), s. 135; Martinsson (2002), s. 206.

¹⁰⁴ NJA 2009 s. 570, Lindskogs tillägg.

¹⁰⁵ NJA 2009 s. 570, Lindskogs tillägg.

överlåtas vidare.¹⁰⁶ Ett sådant överlåtelseförbud bör åtminstone ges obligationsrättslig verkan.¹⁰⁷

2.2.1.2 Överlåtelse av förpliktelser

Vad gäller förpliktelser är utgångspunkten den motsatta, nämligen att en gäldenär i regel inte kan befria sig från en förpliktelse genom att överlåta denna till en ny gäldenär utan att dessförinnan inhämtat borgenärens samtycke.¹⁰⁸ Detta anses följa av det allmänna förbudet mot gäldenärsbyte, vilket i sin tur följer av principen om avtalsfrihet och rätten att välja sin avtalsmotpart.¹⁰⁹ Borgenären ska helt enkelt inte utan egen medverkan behöva finna sig i att någon annan tar över gäldenärens skyldigheter.¹¹⁰ Att gäldenärsbyte som utgångspunkt inte är tillåtet motiveras, *inter alia*, av att borgenären inte ska behöva stå risken att den som övertar förpliktelserna sitter på sämre förutsättningar att infria dessa än den tidigare gäldenären, exempelvis på grund av insolvens eller andra bristande ekonomiska förutsättningar.¹¹¹ Samma skäl gör sig gällande om gäldenärens förpliktelse består i en tjänst och borgenären, efter överlåtelsen av förpliktelserna, står risken att få tjänsten utförd med sämre kvalitet.¹¹² Så kan vara fallet när gäldenärsföretaget utför ett arbete åt borgenären och det är av väsentlig betydelse för borgenären att det är just gäldenärsföretaget som utför arbetet, exempelvis på grund av dennes yrkesskicklighet.¹¹³ Det samtycke som krävs från borgenären för att gäldenärsföretaget ska befrias från sina skyldigheter kan vara uttryckligt, men det finns andra åtgärder som har jämförts med samtycke. Bland annat har den omständigheten att fordringsförhållandet avser en nyttjanderätt och borgenären konkluderat medgett att den nya gäldenären får ta över nyttjanderätten, lett till att samtycke ansetts vara för handen.¹¹⁴ Detsamma är fallet om det är borgenären som *de facto* verkat för att överlåtelsen ska komma till stånd¹¹⁵, eller om borgenären gör sin rätt gällande gentemot den nya gäldenären.¹¹⁶

¹⁰⁶ Tiberg (1978), s. 33.

¹⁰⁷ Ingvarsson (2020), s. 40 f. Överlåtelseförbudets sakrättsliga verkan kommer inte beröras inom ramen för detta arbete. Det ska dock noteras att HD, vid upprepade tillfällen, uttalat att ett överlåtelseförbud inte påverkar förvärvarens ställning, se NJA 2015 s. 1040 och NJA 1993 s. 222.

¹⁰⁸ Heidbrink (2019), s. 22; Rodhe (1986), s. 297.

¹⁰⁹ Möller (1988) s. 59 och 481.

¹¹⁰ Mellqvist & Persson (2022), s. 53.

¹¹¹ Tiberg (1978), s. 28.

¹¹² SOU 2016:72, s. 211 f.; Karlsson-Tuula (2019), s. 78.

¹¹³ Rodhe (1986), s. 81.

¹¹⁴ NJA 1948 s. 614; Rodhe (1956), s. 643.

¹¹⁵ NJA 1929 s. 529; Rodhe (1956), s. 644 f.

¹¹⁶ NJA 1936 A 112.

Ett gäldenärsbyte brukar gå under benämningen substitution.¹¹⁷ Substitution ska skiljas från novation och intervention. Med det förra avses den situation att nya förpliktelser träder i stället för tidigare, ursprungliga, förpliktelser.¹¹⁸ Novation förutsätter en överenskommelse mellan borgenären och gäldenären.¹¹⁹ Ett exempel på när så kan vara fallet är då en kund hos en bank löser kortfristiga krediter genom att istället ta en långfristig kredit.¹²⁰ Med det senare avses den situation att någon utomstående, på frivillig basis, fullgör gäldenärens förpliktelse.¹²¹ Huruvida intervention är ett tillåtet eller inte avgörs utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Vid opersonliga förpliktelser, såsom vid penningförpliktelser, brukar intervention regelmässigt godtas.¹²² Annorlunda kan det vara vid personligt färgade förpliktelser, där det är angeläget att det är just gäldenären som fullgör den aktuella förpliktelsen.¹²³

Det finns undantag även till huvudregeln om att ett gäldenärsbyte kräver borgenärens samtycke, men dessa är, i förhållande till vad som redogjorts för ovan under avsnitt 2.2.1.1 angående borgenärsbyte, få till antal och egenartade till karaktär. Som exempel kan nämnas att ett försäkringsbolag helt eller delvis kan överlåta sitt försäkringsbestånd till ett annat bolag, till och med mot försäkringstagarens vilja. I detta fall tillvaratas borgenärernas intressen genom att Finansinspektionens tillstånd är erforderligt enligt 14 kap. 5 § försäkringsrörelselagen (2010:2043). Ett annat är det gäldenärsbyte som följer av en fusion enligt 23 kap. aktiebolagslagen (2005:551) ("ABL"), även fast det här, vilket vissa författare framhållit, snarare är tal om en slags identitetsomvandling på gäldenärssidan än ett rent gäldenärsbyte.¹²⁴

Konsekvensen av förbudet mot att överlåta förpliktelser är att den hittillsvarande gäldenärens förpliktelser inte upphör. Om den ursprunglige gäldenären inte presterar den förpliktelse som denne åtagit sig, så har borgenären en rätt att häva avtalet.¹²⁵

¹¹⁷ Lindskog (2018), s. 417 f.

¹¹⁸ NJA 2012, s. 441; Mellqvist & Persson (2022), s. 71.

¹¹⁹ Lindskog (2018), s. 138.

¹²⁰ NJA 2014 s. 473; Lindskog (2018), s. 138 f.

¹²¹ Lindskog (2018), s. 53; Hellner (1950), s. 378–380.

¹²² Rodhe (1956), s. 160.

¹²³ Mellqvist & Persson (2022), s. 71 f.

¹²⁴ Lindskog, (2018), s. 331, särskilt fotnot 1173.

¹²⁵ Rodhe (1986), s. 271; Rodhe (1956), s. 135.

2.2.1.3 Överlåtelse av rättigheter och skyldigheter enligt ett ömsesidigt förpliktande avtal

Ett ömsesidigt förpliktande avtal innebär, som sagt, att respektive part har såväl skyldighet att prestera som en rättighet till prestation, inom ramen för samma avtalsförhållande.¹²⁶ Utifrån den presentation som skett ovan i avsnitt 2.2.1.1 och 2.2.1.2 är det klarlagt att någon fullständig överlåtelse av ett ömsesidigt förpliktande avtal inte är möjligt, eftersom det inbegriper en överlåtelse av förpliktelserna, vilket fordrar medkontrahentens samtycke. Det är dock, enligt fordringsrätten, möjligt att överlåta rättigheter enligt ett avtal, utan att medkontrahentens samtyckt därtill. Trots att rättigheterna kan överlåtas så kvarstår gäldenärens rätt att, mot förvärvaren, göra samma invändningar som den hade att göra mot den ursprungliga borgenären. Det följer av 27 § lag om skuldebrev ("SkbrL"), en bestämmelse som anses kunna tillämpas analogt även för det fall det inte rör sig om skuldebrev.¹²⁷ Denna rätt hos gäldenären upphör alltså inte till följd av att rättigheten överläts.¹²⁸ Är det exempelvis så att säljaren levererat en felaktig vara och sedermera överlåtit sin fordran på betalning, så har motparten, tillika köparen, rätt att göra en invändning om fel även mot förvärvaren, eftersom denna invändningsrätt fanns vid överlåtelsefallet. Detsamma är fallet om en hyresgäst, utan att betala tidigare förfallna hyror, skulle överlåta sin hyresrätt. Motparten kan då rikta samma invändningar mot förvärvaren av hyresrätten, som den hade kunnat göra mot den tidigare hyresgästen.¹²⁹ Att rättigheterna som härflyter ur ett ömsesidigt förpliktande avtal, som utgångspunkt, kan överlåtas innebär inte att överlåtaren, genom att överlåta avtalet, skulle befrias från sina skyldigheter. Inte heller innebär en överlåtelse att förvärvaren skulle svara för förpliktelserna.¹³⁰ Tvärtom är det så att överlåtarens förpliktelser alltså består. Om överlåtaren inte infriar sina skyldigheter så har gäldenären en rätt att innehålla sin prestation och, under vissa omständigheter, häva avtalet.¹³¹ Rodhe har gjort gällande att den omständighet att ett ömsesidigt förpliktande avtal överläts skulle kunna ses som ett anteciperat avtalsbrott, eftersom medkontrahenten, då avtalet överläts, närmast kan utgå från att överlåtaren inte har för avsikt att infria sina förpliktelser.¹³² En följd av den

¹²⁶ Tiberg, (1996), s. 32; Mellqvist & Persson (2022), s. 44.

¹²⁷ SOU 1935:14, s. 109.

¹²⁸ Tiberg (1978), 36 f.

¹²⁹ Notera att detta endast är ett exempel för att förklara den fordringsrättsliga utgångspunkten, och att eventuella hyresrättsliga regler inte beaktas.

¹³⁰ NJA 2009 s. 570, Lindskogs tillägg.

¹³¹ Rodhe, (1956), s. 134 f.

¹³² A.a. s. 135.

tolkningen skulle vara att medkontrahenten får en hävningsrätt omedelbart med det att avtalet överlåts. Förvärvaren kan dock, i syfte att genomdriva den förvärvade rättigheten, tvingas att på eget bevåg infria överlåtarens skyldighet.¹³³

Det kan tyckas egendomligt, och tämligen vanskligt, att dela upp avtalet på det sätt som gjorts under avsnitt 2.2.1.1 och 2.2.1.2, särskilt vad avser ömsesidigt förpliktande avtal.¹³⁴ Vanligen är rättigheterna och skyldigheterna i ett ömsesidigt förpliktande avtal så pass sammanflätade att en splittring av avtalet till dess beståndsdelar ter sig meningslöst.¹³⁵ Antingen överlåts avtalet i sin helhet, eller inte alls. Det har hävdats att en rättighetsinnehavare i ett ömsesidigt fordringsförhållande skulle sakna rätt att omsätta sin rättighet.¹³⁶ I vissa rättsordningar, bland annat den amerikanska, är det även så att ömsesidigt förpliktande avtal enbart behandlas som en enhet; de delas inte upp i separata rättigheter och skyldigheter. Istället, vid en överlåtelse, överförs avtalet i sin helhet.¹³⁷ Även fast det kan tyckas lämpligt att betrakta en överlåtelse av ett ömsesidigt förpliktande avtal som en enhet, är utgångspunkten i svensk rätt att överlåtelse av rättigheter, enligt ett ömsesidigt förpliktande avtal, är tillåtet, men däremot inte en överlåtelse av skyldigheterna.¹³⁸

2.2.2 Om överlåtelse av avtal inom ramen för konkurs

Av ovan avsnitt 2.2.1.3 har det visats på svårigheten i att överlåta ett ömsesidigt förpliktande avtal enligt svensk rätt. Möjligheten att överlåta ett ömsesidigt förpliktande avtal bör vara lika stor för konkursboet som den var för gäldenärsföretaget.¹³⁹ Genom konkursen så omhändertar gäldenärens samtliga borgenärer tvångsvis gäldenärens tillgångar för betalning av sina fordringar. Tillgångarna omhändertas av ett konkursbo, å borgenärernas räkning. Konkursboet förvaltas av en eller flera förvaltare vars huvudsakliga uppgift består i att tillvarata borgenärernas gemensamma rätt och bästa samt vidta åtgärder som främjar en förmånlig och snabb avveckling av konkursboet. Syftet med konkursen

¹³³ NJA 2009 s. 570, Lindskogs tillägg; Rodhe (1956), s. 135; NJA 2009 s. 570. Möjligheterna för förvärvaren att så att säga "rädda avtalet" beror dock sannolikt, i enlighet med diskussion som förts ovan under avsnitt 2.2.1.3, på vilken typ av förpliktelse överlåtaren hade innan överlåtelsen. Är prestationen av mer standardiserad karaktär, såsom är fallet vid penningförpliktelse, borde förvärvaren alltså kunna infria förpliktelsen i syfte att tillgodogöra sig den förvärvade rättigheten.

¹³⁴ Vissa farhågor med uppdelningen i rättigheter respektive skyldigheter vad gäller ömsesidigt förpliktande avtal har framförts, jämför Tiberg (1978), s. 31; Rodhe 1956 s. 135 f.

¹³⁵ Adlercreutz & Gorton (2009), s. 293.

¹³⁶ Martinsson (2002), s. 208; Tiberg (1978), s. 31; Rodhe, (1956), s. 134.

¹³⁷ Scarberry, Klee, Newton & Nickles (2011), s. 336.

¹³⁸ NJA 2016 s. 288 p. 24 "Betalingsserklaringen"; Lindskog (2018), s. 313; Iversen (2018), s. 139 f.

¹³⁹ Möller (1988), s. 386.

kan, något förenklat, sägas vara att, på ett strukturerat och förutsebart sätt, tillgodose borgenärskollektivets intressen.¹⁴⁰ Borgenärskollektivets intresse är i regel att erhålla så hög utdelning som möjligt, varför konkursen bör verka för att maximera boets värde genom att realisera tillgångarna så gott som möjligt.¹⁴¹ Rättigheter som härleds ur ömsesidigt förpliktande avtal har, som diskuterats ovan under avsnitt 2.2.1.1, i regel ett ekonomiskt värde och dessa borde konkursboet, på samma sätt som gäldenärsföretaget, kunna överlåta, i syfte att realisera det ekonomiska värdet som dem representerar.¹⁴² Precis som för gäldenärsföretaget kan dock inte skyldigheterna överlåtas utan att medkontrahenten dessförinnan lämnat sitt samtycke.

Mot bakgrund av det som framförts ovan under 2.2.2. och 2.2.1.1–2.2.1.3, så infinner sig frågan om konkursboet, innan det överlåter avtalet, måste träda in i avtalet, för att därigenom hindra medkontrahentens hävningsrätt. Enligt 27 § SkbrL så har gäldenärsföretaget samma invändningsrätt mot förvärvaren som denne hade mot den ursprunglige borgenären. Gäldenärsföretaget hamnar alltså inte i sämre position än innan överlåtelsen, och förvärvaren hamnar inte i bättre ställning än den ursprunglige borgenären.¹⁴³ Det innebär att om boet överlåter en rättighet enligt ett ömsesidigt förpliktande avtal, och medkontrahenten därförinnan erhållit en hävningsrätt, den senare kan göra gällande samma hävningsrätt mot förvärvaren som den kunde mot överlåtaren. Boet är, förvisso, inte ansvarigt för gäldenärsföretagets skulder och är endast skyldigt att infria skyldigheter för vilka medkontrahenten är sakrättsligt skyddad.¹⁴⁴ Medkontrahentens fordran mot konkursgäldenärens på grund av dennes förpliktelser enligt avtalet kvarstår dock. För det fall att boet träder in i avtalet, för att därefter överlåta rättigheterna, så kommer boet bli massaansvarigt för förpliktelserna enligt avtalet.¹⁴⁵ Den massafordran som medkontrahenten erhåller är inte särskilt fördelaktig för boet. Om boet, istället för att inträda, överlåter avtalet direkt, så har medkontrahenten endast en konkursfordran på förpliktelserna enligt avtalet. Eftersom hävningsrätten alltjämt står sig, så står förvärvaren då risken att avtalet hävs.

¹⁴⁰ Mellqvist & Welamsson (2022), s. 28 f.

¹⁴¹ SOU 2010:2, s. 76.

¹⁴² Möller (1988), s. 390. Jämför även s. 836 där Möller diskuterar en generell möjlighet att överlåta avtal inom konkurs.

¹⁴³ Tiberg (1978), s. 36.

¹⁴⁴ Håstad (1996), s. 398-400.

¹⁴⁵ A.a. s. 400 f.

2.2.3 Särskilt om vissa avtalstyper

Trots att fordringsrättsliga principer om överlåtelse av rättigheter respektive skyldigheter är basen för hur avtalen hanteras, så finns det vissa avtalstyper som hanteras särskilt i frågan om deras överlåtbarhet. Avtalstyperna som presenteras har valts baserat på dels det faktum att det finns särskilda regler kring dessa, dels att det avtal som typiskt sett är av intresse att överlåta i samband med insolvens.¹⁴⁶ Det kan bero på att avtalen representerar stora ekonomiska värden eller att avtalen är av stor relevans för verksamheten och därmed med nödvändighet följer med vid en verksamhetsöverlåtelse inom konkursen.¹⁴⁷ Gemensamt för avtalstyperna är att det rör sig om nyttjanderättsavtal och att dessa i regel sträcker sig en över en längre tidsperiod. För avtalen gäller även som utgångspunkt, i motsats till det som redovisats ovan under 2.2.1.1, att inte ens rättigheten som följer av avtalet kan överlåtas. Anledningen till varför så är fallet är antagandet om att ägaren har ett intresse av nyttjanderättshavarens person.¹⁴⁸ Det förekommer emellertid resonemang som talar för att dessa typer av avtal bör anses vara överlåtbara, en ståndpunkt som utvecklas i relation till respektive avtalstyp. Precis som ovan under 2.2.2 så är alltså utgångspunkten att en överlåtelse av ett avtal som ett gäldenärsföretag, eller dess bo, gör inom ramen för ett insolvensförfarande har att beakta samma regler som innan det att förfarandet inleddes.¹⁴⁹

2.2.3.1 Överlåtelse av lokalhyresavtal inom konkurs

Enligt 12 kap. 32 § JB kan en hyresgäst, som utgångspunkt, inte överlåta sin hyresrätt på någon annan, utan att hyresvärden dessförinnan lämnat sitt samtycke. Det finns dock två öppningar för konkursboet, utan att behöva inhämta värdens samtycke. Den ena följer av 12 kap. 36 § JB som föreskriver att en överlåtelse av hyresrätten är möjlig, under förutsättning att det görs tillsammans med den verksamhet som bedrivits i hyresrätten. Det förutsätts således att förvärvaren bedriver samma verksamhet som den som överlåtaren bedrivit.¹⁵⁰ Som villkor för detta krävs hyresnämndens tillstånd, vilket i regel ska lämnas, förutsatt att hyresvärden inte har "befogad anledning" till att motsätta sig överlåtelsen. Enligt motiven läggs särskilt vikt vid förvärvarens möjlighet att betala den avtalade hyran.¹⁵¹ Även förvärvarens förmåga att bedriva den verksamheten som ligger inom

¹⁴⁶ Möller (1988), s. 37.

¹⁴⁷ Prop. 1995/96:5 s. 89; Grauers (2014), s. 96; Karlsson-Tuula (2017a), s. 17 f.

¹⁴⁸ NJA 2009 s. 570, Linskogs tillägg; Tiberg (1978), s. 31 f.

¹⁴⁹ Hellner, Hager & Persson (2020), s. 84; Möller (1988), s. 386.

¹⁵⁰ Möller (1988), s. 345.

¹⁵¹ Prop. 1968:91 Bihang A, s. 222.

upplåtelseändamålet beaktas.¹⁵² Om hyresförhållandet varat i mindre än tre år så är utgångspunkten dock den motsatta – här fordras synnerliga skäl för att tillstånd ska ges. Det är inte klarlagt om en överlåtelse enligt 12 kap. 36 § JB, förutsätter att konkursboet dessförinnan inträtt i avtalet.

Den andra öppningen följer av 12 kap. 31 § 3 st. JB. Enligt nämnda bestämmelse kan hyresgästens konkursbo hindra hyresvärdens hävning genom att antingen träda in i avtalet, ställa säkerhet för dess fullgörande eller, för detta avsnitt kanske mest intressanta, överlåta hyresavtalet. Förutsättningen för att en överlåtelse enligt aktuell bestämmelse ska kunna ske är att “när hyresrätten får överlåtas, överlåtelse sker i enlighet med avtalet”. Hur det senare ska tolkas är inte heller det helt klarlagt. Hänvisningen till avtalet har tolkats som att det endast är på förhand avtalade förbehåll att överlåta lokalen som avses.¹⁵³ Med den formuleringen följer även frågan om 12 kap. 36 § JB överhuvudtaget är avsedd att tillämpas i konkursfallet. Den antyder närmast att lagstiftarens intention varit att i konkursfallet begränsa överlåtelsemöjligheten till på förhand givet samtycke.¹⁵⁴ Den tolkningen innebär – i realiteten – dock bara ett klargörande av att det faktum att medkontrahentens samtycke är utgångspunkten för överlåtelse av ömsesidigt förpliktande avtal.¹⁵⁵ En, i min mening, rimligare tolkning är att bestämmelsen ger möjlighet att överlåta avtalet enligt såväl 12 kap. 36 § JB som enligt ett på förhand givet samtycke från hyresvärden. Det är även den tolkning som vunnit stöd i doktrin.¹⁵⁶ Förutom att det vore anmärkningsvärt att lagstiftaren att införa en bestämmelse som i själva verket bara bekräftar vad som allmänt gäller i fråga om överlåtelse av avtal, så skulle boet kunna utnyttja den möjlighet till inträde som följer av 12 kap. 31 § JB, för att i nästa led överlåta avtalet enligt 12 kap. 36, på samma sätt som konkursgäldenären hade haft möjlighet att göra.

När hyresrätten överlåts med antingen hyresnämndens eller hyresvärdens samtycke så är han fri från ansvar efter det att överlåtelsen ägt rum, vilket följer av 12 kap. 38 § JB. Efter denna tidpunkt är det således den som övertar hyresrätten som svarar för förpliktelserna. Andra stycket i aktuell bestämmelse reglerar ansvaret för tidigare förpliktelser enligt avtalet. Huvudregeln är att förvärvaren och överlåtaren är solidariskt ansvariga. Den aktuella regeln tillämpas även på överlåtelse som sker inom ramen för en konkurs, vilket

¹⁵² Möller (1998), s. 345.

¹⁵³ Möller (1998), s. 349; Edling (2016), lexinokommentar till 12 kap. 31 § JB.

¹⁵⁴ Möller (1998), s. 389.

¹⁵⁵ A.st.

¹⁵⁶ Möller (1998), s. 390; Edling 2016, lexinokommentar till 12 kap. 31 § JB; Holmqvist, Thomson & Ahlinder (2023), kommentar till 12 kap. 31 § JB.

innebär att hyresvärden kan vända sig både till konkursboet och övertagaren för att kräva fullgörande av tidigare förpliktelser. Om boet innan det att överlåtelsen ägt rum valt att inträda i avtalet enligt 12 kap. 31 § JB, så får hyresvärden en massafordran i förhållande till boet på samtliga tidigare och kvarvarande förpliktelser.¹⁵⁷ För det fall att boet inte inträder så kommer krav på tidigare förpliktelser – hyresbetalningar – att bli konkursfordringar. Eftersom dessa i regel inte infrias fullt ut av boet så måste förvärvaren, för att undvika att hyresvärden nyttjar sin hävningsrätt, betala in även dessa.¹⁵⁸ Ett sätt att hantera detta på skulle kunna vara att justera den köpeskillning som övertagaren erlägger, med hänsyn till tidigare ofullgjorda hyresbetalningar.

2.2.3.2 Överlåtelse av licensavtal inom konkurs

En immaterialrätt kan realiserats på olika sätt, där licensiering utgör ett viktigt alternativ. En licensiering av en immaterialrätt innebär i regel att licenstagaren tillåts att vidta åtgärder som annars hade kunnat förbjudas av rättighetshavaren, med hänvisning till dennes ensamrätt. En licensiering innebär således att ensamrätten stannar hos rättighetshavaren, men att licenstagaren tillåts utnyttja licensobjektet, under vissa angivna förutsättningar och ibland under viss angiven tidsperiod.¹⁵⁹

Möjligheten att överlåta ett licensavtal beror på vilken typ av immaterialrätt som utgör licensens föremål. För upphovsrätt är utgångspunkten att överlåtelse inte kan ske utan upphovsmannens samtycke, vilket följer av 28 § Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk ("URL"). I bestämmelsens andra mening följer dock att överlåtelse av licensen tillåts, om den överlåts i samband med att hela, eller del av, rörelsen överlåts. Efter överlåtelsen så svarar överlåtaren alljämt för avtalets fullgörande, vilket i praktiken bara bekräftar det som i allmänhet råder – att förpliktelser inte kan överlåtas. Det har hävdats att ett konkursbo, i vissa situationer, bör ges en vidare överlåtelse rätt än den som följer av 28 § URL. En sådan situation är då gäldenärsföretaget gjort stora investeringar i den aktuella licensen och ett hinder i överlåtelse rätten skulle leda till värdeförstöring, till borgenärskollektivets förfång.¹⁶⁰ Konkursboet får, trots framlagda argument, i dagsläget anses vara bundna av samma obligationsrättsliga regler som

¹⁵⁷ NJA 1989 s. 206 "Piccolo Mondo". I rättsfallet uttalade HD att ett så kallat partiellt inträde i lokalhyresavtal inte är möjligt. Se även ovan under avsnitt 2.1.

¹⁵⁸ Holmqvist, Thomson & Ahlinder (2023), kommentar till 12 kap. 38 § JB.

¹⁵⁹ Arnerstål (2019), s. 21.

¹⁶⁰ Möller (1988), s. 644.

gäldenärsföretaget var, varför överlåtelse endast är möjligt tillsammans med rörelsen, eller del därav.¹⁶¹

En annan immaterialrätt som i hög utsträckning licensieras är patent. Enligt 43 § PL så kan en överlåtelse av en patentlicens endast ske om licensgivaren gett sitt samtycke därom. En skillnad i förhållande till upphovsrätten är att en patentlicens inte kan överlåtas tillsammans med en överlåtelse av licenstagarens rörelse. Det har ifrågasatts om en sådan ordning verkligen varit avsedd och om den, för det fall den var avsedd, kan anses vara tillfredsställande.¹⁶² I doktrin har det hävdats att en överlåtelse av en patentlicens borde kunna göras överlåtas genom analogi med till exempel 28 § URL.¹⁶³ En analogi från 28 § URL innebär dock, enligt ovan anförda, att skyldigheterna kvarstår hos överlåtaren. Andra har hävdats att avsaknaden av särskilda bestämmelser om möjlighet att överlåta licensavtalet tillsammans med verksamheten är ett tydligt ställningstagande för att möjligheten saknas.¹⁶⁴ Konkursboets möjlighet att överlåta licensavtalet får ses mot bakgrund av ovan – inte helt givet. För det fall att licensgivaren ges en hävningsrätt i samband med konkursen så måste inträde ske först. En sådan inträdesrätt i licensavtal har förespråkats, men rättsläget anses oklart.¹⁶⁵

Slutligen ska nämnas något kort om varumärkeslicenser. Enligt 6 kap. 4 § VML så är det inte möjligt för licenstagaren att överlåta varumärkeslicenser utan att dessförinnan inhämtat licensgivarens samtycke. Precis som för patentlicensen så finns det inget undantag vad gäller rörelseöverlåtelser. Det har hävdats att liknande analogier borde kunna göras för varumärken och att även dessa av den anledningen ska kunna överlåtas tillsammans med rörelsen.¹⁶⁶

2.2.3.3 Överlåtelse av leasingavtal inom konkurs

Finansiell leasing är en finansieringsform som delar många egenskaper med avbetalningsköpet. Den avgörande skillnaden mellan dessa två typer av finansiering är att leasingtagaren, vid finansiell leasing, inte är förpliktigad att förvärva det aktuella objektet.¹⁶⁷ Upplägget med finansiell leasing har beskrivits som “ett köp av ett lösöres

¹⁶¹ Möller (1998), s. 645.

¹⁶² Domeij (2010b), s. 397; Möller (1997), s. 21.

¹⁶³ Domeij (2010a), s. 355; Möller (1997), s. 21. Liknande analogier hade även kunnat göras från 26 § Mönsterskyddslagen (1970:485) eller 7 kap. 1 § Växtförädlarrättslag (1997:306).

¹⁶⁴ Möller (1988), s. 648.

¹⁶⁵ Möller (1998), s. 630 f.; Håstad (1996), s. 406.

¹⁶⁶ Büller, Häggglund & Selander (2021), s. 17 f.; Möller (1988), s. 648.

¹⁶⁷ Martinsson (2015), s. 108.

ekonomiska livslängd”.¹⁶⁸ Köparen ges nyttjanderätt till objektet under en viss tid och har därefter en möjlighet att förvärva den aktuella egendomen, i förhållande till egendomens värde vid den aktuella tidpunkten. Det är också så att säljaren, vid finansiell leasing, inte är den som finansierar affären, utan ett finansbolag, vars bidrag består i att tillhandahålla kapital. Köparen betalar månatliga eller kvartalsvis leasingavgifter till finansbolaget, samtidigt som säljaren ansvarar för garantier.¹⁶⁹

För finansiell leasing finns det inte, i kontrast till lokalhyra och licens, någon speciell reglering som tar sikte på överlåtelsefallet.¹⁷⁰ Man skulle därför kunna falla tillbaka på den fordringsrättsliga utgångspunkten som säger att förpliktelser inte kan överlåtas utan – i detta fall leasegivarens – samtycke. Det har emellertid hävdats att en sådan lösning skulle vara alltför stelbent eftersom det, i princip, inte är några andra intressen än rent ekonomiska som gör sig gällande hos leasegivaren.¹⁷¹ Finansiell leasing bygger på tanken att leasetagaren ska köpa ut objektet efter leasingperioden, även om någon skyldighet inte finns. Det innebär att leasegivaren, som utgångspunkt, inte har något intresse i att återta objektet.¹⁷² Det har det påståtts att man, genom analogier till JB bestämmelser om nyttjanderätt, skulle kunna tillskapa en överlåtelsemöjlighet även vad gäller leasingavtal.¹⁷³ Det är då framförallt 11 kap. 7 § om anläggningsarrende och 12 kap. 36 § om lokalhyra som har använts. Finansiella leasingavtal delar många egenskaper med såväl köp som nyttjanderätt och i avsaknad av särskilda överlåtelse regler i KöpL så har JB fungerat som bas. Därutöver anses avtalstyperna – anläggningsarrende och lokalhyra – ligga nära det finansiella leasingavtalet eftersom även avtalen oftast är av rent kommersiell natur.¹⁷⁴ Med analogiresonemanget har det hävdats att avtalen ska kunna överlåtas till någon som leasegivaren skäligen kan nöja sig med, eller som han inte har befogad anledning att motsätta sig.¹⁷⁵ Huruvida den förespråkade överlåtelsemöjligheten skulle godtas eller ej är oklart och frågan har mig veterligen inte prövats. Slutsatsen skulle kunna bli annorlunda för det fall att det rör sig om operationell leasing, vilket i princip är ett rent nyttjanderättsavtal. Efter leasingperiodens slut återlämnas objektet till licensgivaren och då kan intressen av mer personlig karaktär göras gällande.¹⁷⁶

¹⁶⁸ A.a. s. 107.

¹⁶⁹ A.a. s. 107 f.

¹⁷⁰ SOU 1994:120 s. 177.

¹⁷¹ Möller (1988), s. 481.

¹⁷² Håstad (1996), s. 435 f.

¹⁷³ A.st.

¹⁷⁴ Möller (1988), s. 480.

¹⁷⁵ A.a. s. 192. Se även ovan under avsnitt 2.2.3.1 om överlåtelse av lokalhyresavtal.

¹⁷⁶ SOU 2001:80 s. 222.

2.2.4 Om överlåtelse av avtal inom ramen för företagsrekonstruktion

När gäldenärsföretaget träder i företagsrekonstruktion är utgångspunkten, vilket redovisats ovan under avsnitt 2.1, att avtalet fortsätter att löpa som tidigare.¹⁷⁷ Den stora skillnaden jämfört med konkurs är att det inte sker något – vad vissa skulle kalla det – partsbyte. Rekonstruktionsgäldenären är alltså samma part, vilket konkursboet inte är. Det innebär att utgångspunkten vad gäller möjligheten att överlåta ömsesidigt förpliktande avtal inom ramen för företagsrekonstruktion är densamma, nämligen att rättigheterna kan överlåtas utan medkontrahentens samtycke, men inte förpliktelserna. Även obligationsrättens särskilda regler, som redovisades under 2.2.1.1-2.2.1.3 gäller inom företagsrekonstruktionen, om det inte särskilt angetts att regeln är förbehållen konkurs.¹⁷⁸ För att gäldenärsföretaget ska kunna få till en meningsfull överlåtelse krävs det att medkontrahenten inte har möjlighet att häva avtalet därinnan. Först och främst ska sägas att så kallade ipso facto-klausuler – avtalsklausuler som ger medkontrahenten rätt att häva på grund av gäldenärsföretagets ansökan eller inledande av företagsrekonstruktion – är ogiltiga enligt 3 kap. 10 § 2 st. FrekL. Bara den omständighet att rekonstruktion inleds är alltså inte tillräckligt för att medkontrahenten ska ges hävningsrätt. Dessutom hindras medkontrahenten att häva avtalen med gäldenärsföretaget “på grund av ett dröjsmål med betalning eller någon annan prestation om dröjsmålet inträffat eller befarats inträffa före beslutet om företagsrekonstruktion”, vilket följer av 3 kap. 1 § FrekL.

För att motverka hävning måste gäldenärsföretaget på medkontrahentens begäran, inom skälig tid, lämna besked om huruvida man önskar utnyttja sin fullföljdsrätt eller inte, enligt 3 kap. 6 § FrekL. Gäldenärsföretaget får enligt 3 kap. 2 § välja att avtalet ska fullgöras, om man fått rekonstruktörens samtycke. För det fall att avtalet ligger inom den löpande förvaltningen – vilket avgörs från fall till fall – så får dock gäldenärsföretaget kräva fullgörelse utan rekonstruktörens samtycke.¹⁷⁹ Väljer gäldenärsföretaget att fullfölja avtalet så ska han och hans medkontrahent fullgöra förpliktelserna som återstår enligt avtalet, vilket följer av 3 kap. 3 §. Medkontrahenten tryggas genom det faktum att dennes fordran, för det fall avtalet inte föreskriver en rätt till samtidigt fullgörelse, ska anses uppkommit under rekonstruktionen, vilket innebär att den inte löper risk att bli föremål för eventuell skulduppställning som beslutas inom den för rekonstruktionen centrala rekonstruktionsplanen.¹⁸⁰ Gäldenärsföretaget behöver inte fullgöra förpliktelser som härrör

¹⁷⁷ Prop. 2021/22:215 s. 366.

¹⁷⁸ Som exempelvis 12 kap. 31 § JB, som endast tar sikte på konkursboets möjlighet att överlåta avtalet.

¹⁷⁹ Prop 2021/22:215 s 362.

¹⁸⁰ Karlsson-Tuula (2022), kommentar till 3 kap. 3 § FrekL.

från tiden innan det att företagsrekonstruktionen inleddes och medkontrahenten kan inte villkora sin fullgörelse med att dessa förpliktelser infrias. För det fall att gäldenärsföretaget prestation inte utan olägenhet kan delas upp så ska dock gäldenärsföretaget fullgöra de prestationer som svarar mot prestationer som medkontrahenten utfört före beslutet om företagsrekonstruktion, vilket kan vara fallet om gäldenären har att fullgöra en naturaförpliktelse.¹⁸¹ Medkontrahenten har dessutom, om tid för dennes prestation är inne, rätt att kräva att gäldenärsföretaget ställer säkerhet, enligt 3 kap. 4 §. För det fall att tid för medkontrahentens prestation inte är inne, så har denne rätt att kräva säkerhet, om det av skälig anledning krävs för att skydda denna mot förlust.

Gäldenärsföretaget har även rätt att, enligt 3 kap. 2 § 2 st., begära så kallad partiell fullgörelse. Det gäller vid fortlöpande och delbara prestationer. Exempel på en sådan situation är då gäldenärsföretaget ingått ett hyresavtal om fem år, men bara önskar fullfölja det i två år.¹⁸² Det torde dock inte vara aktuellt för gäldenärsföretaget att begära partiell fullgörelse för det fall att man avser att överlåta avtalet, eftersom det innebär att medkontrahenten ges hävningsrätt avseende den del som inte önskas fullföljas och överlåtelsen i den delen alltså blir meningslös.¹⁸³

¹⁸¹ A.st.

¹⁸² Prop 2021/22:215 s 362.

¹⁸³ Karlsson-Tuula (2022), kommentar till 3 kap. 6 § FrekL.

3 Ett avsnitt inriktat på direktivförslaget

Avsnittet ger en presentation över det för framställningen centrala direktivförslaget, med särskilt fokus på artikel 27 och möjligheten att överlåta gäldenärsföretagets avtal vid pre-pack. Inledningsvis ges en historisk bakgrund till initiativet, i syfte att skapa en kontextuell ram, varefter det ges en översiktlig presentation över direktivförslaget och överväganden som går att finna därbakom. Därefter behandlas artikel 27 i direktivförslaget, ändamålen bakom aktuell artikel samt motiv som typiskt sett framhålls i favör för användandet av pre-pack som metod att hantera företag som hamnat på obestånd. Avsnittet är huvudsakligen relevant för arbetets andra frågeställning, eftersom det behandlar det förfarande som är tänkt att sättas i relation till medkontrahentens intresse i att välja avtalsmotpart. Det lägger även basen för den analys som förs i avsnitt fem och har därför indirekt även relevans för arbetets tredje frågeställning.

3.1 Historisk bakgrund till direktivförslaget

Harmonisering av medlemsstaternas insolvensrätt har sedan länge varit på agendan inom Europeiska unionen ("EU") och har på senare tid lyfts fram som en nödvändighet för att den fria rörligheten av kapital ska få sitt riktiga genomslag. Redan under 1960-talet påbörjades arbetet hos dåvarande Europeiska ekonomiska gemenskapen ("EEG") med att harmonisera insolvensrätten, då genom arbetet med en europeiska insolvenskonventionen, vars syfte var att reglera gränsöverskridande insolvensförfaranden.¹⁸⁴ Arbetet med konventionen pågick fram till och med mitten av 1980-talet då det avbröts i brist på enighet bland medlemsstaterna. Tiden därefter präglades av ökad rörlighet av varor, människor och – kanske mest påtagligt – kapital. Vid ett informellt möte som hölls med medlemsstaternas justitieministrar år 1989 konstaterades att avsaknaden av en insolvenskonvention var en allvarlig brist inom unionen, vars icke-existens ställde hela den inre marknadens funktion på spel.¹⁸⁵ Under första halvan av 1990-talet påbörjades därför, återigen, arbetet med att ta fram en europeisk insolvenskonvention, vilket ledde fram till ett utkast som presenterades under 1995. Konventionen trädde emellertid aldrig i kraft eftersom Storbritannien inte skrev under inom angiven tidsfrist.¹⁸⁶

Några år efter konventionens sammanbrott, vid millennieskiftet, kom dock medlemsstaterna, efter att Finland och Tyskland ånyo tagit initiativ till en

¹⁸⁴ Europeiska gemenskapernas bulletin, supplement 2/82, s. 5.

¹⁸⁵ A.st.

¹⁸⁶ Warberg (2017), s. 36; Moss (2009) s. 2.

insolvensförordning, slutligen överens.¹⁸⁷ Genom förordningen fastslogs gemensamma regler om domstolars behörighet, om erkännande av domar och om tillämplig lag. Ett övergripande syfte med förordningen var att minska incitament hos berörda parter att överföra tillgångar eller rättsliga processer från en medlemsstat till en annan, i syfte att dra nytta av mer gynnsam insolvensrättslig reglering, så kallad forum shopping.¹⁸⁸ Under sommaren 2015 antogs en omarbetad version av insolvensförordningen, i syfte att effektivisera handläggningen.¹⁸⁹ Förordningen tog dock endast sikte på den internationella privat- och processrätten och medförde alltså ingen harmonisering av medlemsstaternas materiella insolvensrätt.¹⁹⁰ Den materiella rätten var alltså förpassad till medlemsstaterna själva, vilket bland annat berodde på att man vid denna tidpunkt ansåg att medlemsländernas nationella insolvensrättsliga regleringar stod alldeles för långt ifrån varandra, att medlemsstaternas attityd till insolvensfrågor var alltför skilda och att en harmonisering sågs som ogenomförbar.¹⁹¹ I den ursprungliga förordningen så uttrycktes det som att “ett enda allmängiltigt insolvensförfarande inom hela gemenskapen knappast kan genomföras eftersom det finns så stora skillnader i materiell rätt mellan de olika medlemsstaterna”.

Den verkliga tillnärmningen av medlemsstaternas materiella insolvensrätt tog sin fart det kommande årtiondet, där det börjar skönjas något av en attitydförändring.¹⁹² INSOL Europe (“INSOL”) presenterade 2010 en rapport på temat insolvensrättslig harmonisering. I rapporten slogs det fast att för stora skillnader mellan medlemsstaternas insolvensordningar gav upphov till investeringshinder, konkurrensmässiga för- samt nackdelar och andra besvär för företag med gränsöverskridande verksamhet eller ägarskap inom EU. Kärnan i undersökningen var att en harmonisering av medlemsstaternas insolvenslagstifningar skulle leda till ökad effektivitet i insolvens- och rekonstruktionsförfarandena, vilket i sin tur skulle öka återvinningsgraden och, i nästa steg,

¹⁸⁷ Rådets förordning 1346/2000/EG av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden; Mellqvist (2005) s. 449; Mellqvist (2012) s. 40.

¹⁸⁸ Rådets förordning 1346/2000/EG, ingresspunkt 4.

¹⁸⁹ Europaparlamentets och rådets förordning 2015/848/EU av den 20 maj 2015 om insolvensförfarande.

¹⁹⁰ Europaparlamentets och rådets förordning 2015/848/EU, ingresspunkt 22; Warberg (2017), s. 37; Mellqvist (2005) s. 449.

¹⁹¹ Europaparlamentet, Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, Policy Department C – Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels, 2010; Fletcher (2009), s. 4.

¹⁹² Wessels, (2011) s. 1. Med attitydförändring menas att man här, på ett någorlunda vederhäftigt sätt, börjar diskutera det som länge setts ogenomförbart, nämligen harmonisering av medlemsstaternas insolvenslagstiftning.

även öka finansiella aktörers förtroende för systemet.¹⁹³ Senare presenterade Europaparlamentet, rådet, kommissionen och Europeiska Centralbanken (“**ECB**”) år 2015 en rapport om den ekonomiska och monetära unionen (“**EMU**”) och hur denna, för att nå sin fulla potential, skulle framskrida. I rapporten lyftes medlemsstaterna insolvenslagstiftningar som nyckelområde för att nå en “verkligt integrerad kapitalmarknadsunion”.¹⁹⁴ Samma uppfattning kom till uttryck från diverse internationella institutioner, däribland Internationella Valutafonden (“**IMF**”), som under 2019 uttryckte att insolvensområdet, jämte frågor om öppenhet och lagstiftningskvalitet, var ett av de största hinderna för en ökad integration av kapitalmarknaderna i Europa.¹⁹⁵

Det första faktiska initiativet mot materiell harmonisering av insolvensrätten togs år 2019, då Europaparlamentet presenterade det så kallade “rekonstruktions- och insolvensdirektivet”.¹⁹⁶ Direktivets syfte var huvudsakligen att säkerställa att livskraftiga företag gavs tillgång till effektiva ramverk för förebyggande rekonstruktion och att hederliga insolventa, eller överskuldssatta, entreprenörer skulle ges möjlighet till fullständig skuldavskrivning inom rimlig tid.¹⁹⁷ Direktivet underströk återigen hur skillnader i medlemsstaternas hantering av frågor kring rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning skapade merkostnader för investerare vid bedömningen av risken för att gäldenären skulle hamna i ekonomiskt trångmål, vilket i sin tur utgjorde ett påtagligt hinder för gränsöverskridande investeringar. Vidare framhölls problematiken med att olikheter i medlemsstaternas insolvenslagstiftning kunde leda till ojämlika villkor för tillgång till kredit, vilket i sin tur riskerade att sätta käppar i hjulet för entreprenörskap.¹⁹⁸ Direktivet genomfördes i svensk rätt genom FrekL och genom vissa smärre förändringar i lagen om skuldsanering för företagare.¹⁹⁹

Under 2020 lanserade kommissionen en handlingsplan för kapitalmarknadsunionen med åtgärder för att främja återhämtning efter covid-19-pandemin, stärka kapitalmarknaden

¹⁹³ Harmonisation of Insolvency Law At EU Level Note, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/empl/dv/empl_study_insolvencyproceedings/_empl_study_insolvencyproceedings_en.pdf.

¹⁹⁴ Completing Europe’s Economic and Monetary Union, https://commission.europa.eu/system/files/2016-03/5-presidents-report_en.pdf.

¹⁹⁵ A Capital Market Union for Europe, <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2019/09/06/A-Capital-Market-Union-For-Europe-46856>.

¹⁹⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2019/1023/EU av den 20 juni 2019 om ramverk för förebyggande rekonstruktion, om skuldavskrivning och näringsförbud och om åtgärder för att göra förfaranden rörande rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning effektivare samt om ändring av direktiv 2017/1132/EU.

¹⁹⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2019/1023/EU, ingresspunkt 1.

¹⁹⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2019/1023/EU, ingresspunkt 8-9.

¹⁹⁹ Prop. 2021/22:215.

från ett privatinvesterarperspektiv och integrera nationella kapitalmarknader. I handlingsplanen framhölls särskilt att kommissionens avsikt var att initiera ett arbete mot att införa enhetliga regler inom vissa delar av insolvensrätten. Handlingsplanen betonade återigen skillnaderna i medlemsstaternas insolvenslagstiftning som ett långsiktigt hinder för gränsöverskridande investeringar. Som ett led i det arbetet med handlingsplanen aviserade kommissionen i sitt arbetsprogram för 2022 att man under årets gång avsåg att presentera ett initiativ om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten, med målsättningen att öka effektiviteten och underlätta gränsöverskridande investeringar.²⁰⁰ Direktivförslaget presenterades den 7 december 2022 och utgör en del av ett paket med förslag på lagstiftning vars uttalade syfte att stärka kapitalmarknadsunionen. Till skillnad från rekonstruktions- och insolvensdirektivet rör sig EU här mot en harmonisering av reglerna där gäldenärsföretaget inte anses livskraftigt nog, utan där gäldenärsföretaget måste inleda ett avvecklingsförfarande.²⁰¹

3.2 Bakgrund till direktivförslaget

Direktivförslaget har tagits fram med målsättningen att undanröja hinder hänförliga till den fria rörligheten av kapital, där olikheter i medlemsstaternas nationella insolvensrätt framhållits som en särskilt bidragande orsak.²⁰² Fri rörlighet av kapital utgör en av de grundläggande friheterna inom EU och kommer till uttryck i artikel 63 i FEUF. Enligt artikel 63 ska alla restriktioner för kapitalrörelser och betalningar mellan medlemsstaterna – och mellan medlemsstater och tredje land – vara förbjudna. Trots att aktuell artikel alltså förbjuder restriktioner så har det framkommit praktiska hinder som begränsat utövandet av friheten. Därför togs initiativet med CMU fram. Målsättningen med CMU har varit att skapa en verklig inre marknad av kapital med flöde av investeringar i alla medlemsstater, med målsättningen att få EU:s ekonomi att växa på ett hållbart och mer konkurrenskraftigt sätt. En tanke med CMU har varit att öka tillgången till diversifierade finansieringsmöjligheter för företag verksamma inom EU och därigenom minska beroendet av finansiering genom banker. CMU utgörs av ett på unionsnivå framtaget initiativ med det huvudsakliga syfte är att skapa tillnärmning av medlemsstaternas regelverk på rättsområden, där det bedöms vara angeläget för den fria rörligheten av kapital.²⁰³

²⁰⁰ COM(2021) 645 final av 19 oktober 2021, avsnitt 2.3.

²⁰¹ SWD(2022) 395 final av den 7 december 2022, s. 13.

²⁰² Direktivförslaget, skäl 1-2 och 4, s. 22-23.

²⁰³ COM(2021) 720 final av den 25 november 2021, s. 3; COM(2020) 590 final av den 24 september 2020, s. 2; Bernitz & Kjellgren (2022), s. 376.

Inom ramen för CMU har den bristande harmoniseringen av medlemsstaternas insolvenslagstiftningar lyfts fram som ett av de mest framträdande hindren för den fria rörligheten av kapital och för en ökad integration av EU:s kapitalmarknader.²⁰⁴ Fragmenterade insolvensregimer leder till att insolvens för med sig olika utfall beroende på var i unionen man befinner sig, såväl vad avser effektivitet som återvinningsgrad, vilket för med sig osäkerhet och ökade kostnader för investerare.²⁰⁵ En investerare som överväger att investera i ett bolag i en viss medlemsstat kommer att utvärdera risken för att bolaget blir insolvent och det återvinningsvärde som kan förväntas i händelse av att risken blir verklighet. Om aktuell medlemsstats insolvensordning bedöms vara ineffektivt kommer investeraren kräva en högre riskpremie för att investera. En hög riskpremie ökar i sin tur kapitalkostnaden för målbolaget och, för det fall att risken är särskilt hög, avskräcker investeraren från att tillhandahålla finansieringen. Det leder till hinder i företagets val av finansiering och, på ett mer övergripande plan, dess förmåga att investera i sin verksamhet.²⁰⁶

3.3 Allmänt om direktivförslaget

Direktivförslaget presenterades i december 2022 och bygger på den under avsnitt 3.1–3.2 presenterade premissen att för stora skillnader i medlemsstaternas materiella insolvensordningar utgör ett stort hinder för gränsöverskridande investeringar, vilket i sin tur sätter käppar i hjulet för en djupare ekonomisk integration inom unionen.²⁰⁷ Tidskrävande och ineffektiva insolvensförfaranden riskerar att stävja den ekonomiska tillväxten, genom att sätta käppar i hjulet för reallokering av kapital, bort från bolag med låg lönsamhet och alltför hög skuldsättning. Denna typ av bolag är typiskt sett mindre angelägna att ägna sig åt innovativ verksamhet, vilket medför en stagnering i tekniska framsteg, och i slutändan även tillväxten inom unionen.²⁰⁸ Effektiva och harmoniserade insolvensregler – däremot – ligger till grund för en effektiv allokering av kapital, bidrar till återhämtning från ekonomiska kriser och leder till ökad ekonomisk tillväxt.

Direktivförslaget anger att en integration av EU:s inre marknad på insolvensrättens område görs bäst genom en tillnärmning av lagstiftning genom harmonisering, på grundval av ett direktiv. Val av akt, direktiv, bygger på tanken att man därigenom lämnar

²⁰⁴ Direktivförslaget, s. 1.

²⁰⁵ Direktivförslaget, s. 1; COM(2021) 720, s. 3.

²⁰⁶ SWD(2022) 395 final av den 7 december 2022, s. 9.

²⁰⁷ Direktivförslaget, skäl 1 och 4, s. 22 f.

²⁰⁸ Direktivförslaget, skäl 1 och 6, s. 22 f.

tillfredsställande utrymme åt medlemsstaterna att anpassa införlivandeprocessen till den i landet rådande rättskulturen och rättssystemet. En sådan flexibilitet, och möjlighet till att bevara samstämmighet mellan insolvensreglerna och det nationella rättssystemet på ett bredare plan, hade inte varit möjligt om tillnärmningen skett genom en förordning, eftersom denna typ av akt inte, som utgångspunkt, införlivas genom nationella bestämmelser, utan tillämpas i sin EU-rättsliga form.²⁰⁹ För att målet ska uppnås anges det att kraven i direktivet är av minimikaraktär, vilket ger medlemsstaterna utrymme att anta ytterligare, striktare, bestämmelser, förutsatt att dessa är i linje med förslaget syfte och EU-fördragets regler.²¹⁰

3.4 Pre pack-förfarandet

Pre-pack beskrivs som ett arrangemang enligt vilket försäljning av hela, eller delar av, gäldenärsföretags verksamhet förbereds innan det formella konkursförfarandet inleds för att sedan fullbordas omedelbart, eller kort tid, efter att det inletts. Pre pack kännetecknas av den synergi som råder mellan å ena sidan likvidation, å andra sidan företagsskydd, då förfarandet består i såväl avveckling av gäldenärsföretaget som ett bevarande av gäldenärsföretaget verksamhet inom det ekonomiska kretsloppet.²¹¹ Förfarandet har traditionellt sett varit populärt i USA och Storbritannien, men har under senare tid spridit sig i världen, till länder som Singapore, Indien, Spanien, Nederländerna och Filippinerna.²¹² Begreppet "pre pack" är dock inte enhetligt definierat utan kan avse olika typer av förfaranden beroende på var i världen man befinner sig.²¹³

Enligt direktivförslaget så består pre pack-förfarandet av två separata faser: en inledande, kallad förberedelsefas, och en avslutande, kallad avvecklingsfas. Syftet med förberedelsefasen är att hitta en lämplig köpare av verksamheten.²¹⁴ Förberedelsefasen initieras genom att gäldenären hos domstol ansöker om att en administratör ska utses, som sedan håller i försäljningsprocessen. Den som utses till administratör är den som under den efterföljande avvecklingsfasen kommer att utnämnas till konkursförvaltare, varför kvalifikationskraven som generellt sett gäller för konkursförvaltare i den medlemsstat där förfarandet inleds måste vara uppfyllda även avseende den som utses till administratör. Det innebär, bland annat, att administratören, förutsatt att förfarandet inleds i Sverige, måste

²⁰⁹ Direktivförslaget; Hettne & Eriksson, (2014), s. 177 f.

²¹⁰ Scanberry, Klee, Newton, Nickels (2011), s. 355.

²¹¹ Coiroiu & Lipara (2023), s. 7.

²¹² Gurrera-Martinez (2021), s. 93.

²¹³ Scanberry, Klee, Newton, Nickels (2011), s. 355.

²¹⁴ Regeringskansliets faktagruppmemorier 2022/23:FPM48, s. 5; Direktivförslaget, s. 15 f.

besitta allmänna juridiska kunskaper, företagsekonomiska insikter och kunskap om bokföring och redovisning.²¹⁵ Försäljningsprocessen som administratörer ombesörjer måste vara konkurrensutsatt, transparent, rättvis och i linje med rådande marknadsnormer. Den ska även, som utgångspunkt, äga rum utan insyn från allmänheten, för att hindra att värdet på verksamheten äventyras. Under förberedelsefasen så ska gäldenären, när den befinner sig i ett stadie av sannolik, eller bekräftad, insolvens, som utgångspunkt även vara fredad mot verkställighetsåtgärder.²¹⁶

När avvecklingsfasen inleds, och det formella konkursförfarandet påbörjas, så utses administratören till förvaltare och domstolen tar ställning till den av administratören föreslagna försäljningslösningen. Förutsatt att vissa villkor är uppfyllda, bland annat att processen, som tidigare nämnts, varit transparent och konkurrensutsatt, så ska domstolen godkänna försäljningen. Det finns även en möjlighet för medlemsstaterna att inför att krav på att domstolen ska hålla en offentlig auktion för att säkerställa att bästa möjliga pris uppnås, där det tidigare framlagda budet kommer användas som ett "stalking horse bid": ett lägsta utgångsbud som andra budgivare har att förhålla sig till.²¹⁷

3.4.1 Motiv bakom pre pack-förfarandet

Pre pack framhålls som en effektiv avvecklingsmetod och motiveras, *inter alia*, av att större värden förväntas återvinnas för det fall hela, eller en del av, verksamheten säljs som en fortlevande verksamhet än om tillgångarna säljs separat. När en verksamhet försäljs på ett sätt som möjliggör kontinuitet, på så sätt att den fortsätter att löpa som en ekonomiskt produktiv enhet, medför i regel en högre köpeskilling än om verksamheten styckats upp.²¹⁸ Eftersom förfarandet är tänkt att effektivisera avvecklingen av bolaget, så kommer även direkta kostnader, som annars uppkommer till följd av ett insolvensförfarandet, minska. Det kan handla om arvoden till förvaltare, kostnader hänförliga till tillfällig vidare drift eller andra, i huvudsak, administrativa kostnader. Pre pack-förfarandet kräver, förvisso, medverkan av andra aktörer på ett tidigare stadium än vad som varit fallet vid en konkurs, till exempel vid värdering av gäldenärsföretaget under förberedelsefasen, vilket naturligtvis genererar kostnader. Dessa kostnader är dock i regel lägre än vad som varit fallet om bolaget hade försatts i konkurs.²¹⁹ Dessutom minskar de indirekta kostnaderna avsevärt. Eftersom försäljningen förbereds innan det formella insolvensförfarandet inleds, och dessa

²¹⁵ Savin (2023), kommentaren till 7 kap. 1 §.

²¹⁶ Direktivförslaget, artikel 23.

²¹⁷ Direktivförslaget, s. 16.

²¹⁸ Scarberry, Klee, Newton & Nickles (2011), s. 1 och 355.

²¹⁹ Tashijan, Lease & McConell (1996), s. 155.

förberedelser som utgångspunkt är konfidentiella, så kan den värd förstörelse som vanligen genereras på grund av gäldenärsföretagets ekonomiska svårigheter, undvikas. Det kan handla om skador på företagets anseende, eller förlust av goodwill, anställda, långivare, konsumenter och leverantörer.²²⁰ Därutöver, enligt det fenomen som kommit att kallas “melting ice cube phenomenon”, så tenderar återvinningsvärdet att minska ju längre ett insolvensförfarande fortskrider²²¹, något som avvärjs efter värdet av boet realiserar direkt, eller i nära anslutning, till det att gäldenärsföretaget träder in i likvidationsfasen. Förutom detta så anses pre pack-förfarandet medföra flera fördelar på ett samhällsligt plan, bland annat genom att arbetstillfällena kan bevaras och verksamheter tillåts att rekonstrueras, vilket är positivt för ekonomin.²²²

3.4.2 Artikel 27 – möjlighet att överlåta avtal utan medkontrahentens samtycke

Det är i huvudsak artikel 27 i direktivförslaget som berör hanteringen av gäldenärsföretagets avtal vid pre pack. Den aktuella artikeln lyder enligt följande:

"1. Medlemsstaterna ska säkerställa att förvärvaren av en gäldenärs verksamhet, eller del därav, övertar de kontrakt med återstående skyldigheter som är nödvändiga för att gäldenärens verksamhet ska kunna fortgå och vars upphävande skulle leda till stopp i verksamheten. Överlåtelserna ska inte kräva samtycke från gäldenärens motpart eller motparter.

Första stycket ska inte tillämpas om förvärvaren av gäldenärens verksamhet, eller del därav, är en konkurrent till gäldenärens motpart eller motparter.

Artikeln motiveras med att inledandet av ett pre pack-förfarande inte ska resultera i att kontrakt med återstående skyldigheter sägs upp, eftersom dessa kan vara av avgörande betydelse för den aktuella verksamhetens fortlevnad och, om de sägs upp, på ett orättmätigt sätt äventyra det värde som kan frambringas ur pre pack-försäljningen. I direktivförslaget tydliggörs även vad som avses med kontrakt med återstående skyldigheter. Enligt definitionen är det “ett kontrakt mellan gäldenären och en eller flera motparter enligt vilket parterna fortfarande har skyldigheter att fullgöra vid den tidpunkt

²²⁰ Gurrea-Martinez (2021), s. 96 f.

²²¹ Med “melting ice cube”-phenomenon menas att återvinningsgraden inte är fixerad, utan tenderar att minska ju längre en insolvensprocess fortskrider. Det beror på att fysiska tillgångar, till exempel maskiner, inte bara skrivs av över tid, utan även förlorar i värde för det fall att de inte används. Dessutom blir verksamhetsdelar, som möjligen är livskraftiga i sig, mindre värda för det fall att affärsrelationer bryts och verksamheten stannar.

²²² Gurrea-Martinez (2021), s. 96 f.

då ett insolvensförfarande inleds”. Det handlar således om det som i Sverige brukar kallas för ömsesidigt förpliktande avtal.²²³ I direktivet sägs det att inledandet av ett insolvensförfarande inte ska leda till att kontrakt med återstående skyldigheter som är nödvändiga för verksamhetens fortlevnad sägs upp i förtid, eftersom det på ett orättmätigt sätt skulle äventyra värdet på den verksamhet, eller den del därav, som säljs inom ramen för pre pack-förfarandet.²²⁴ Det sägs dock att det finns situationer där överlåtelse av kontrakt med återstående skyldigheter inte rimligen kan förväntas, vilket är fallet om förvärvaren av gäldenärens verksamhet, eller del därav, är en konkurrent till gäldenärens motpart eller motparter.

3.4.3 Särskilt om anställningsavtal

En typ av avtal av särskilt intresse när ett företag inleder är anställningsavtalen. Som nämnts ovan under avsnitt 3.4.1 så är ett av motiven bakom pre-pack just att verksamheten hålls vid liv och att anställningar därmed kan bestå, vilket tjänar samhället i stort. För en förvärvare av en verksamhet kan det, i kontrast till det samhällliga intresset av bevarade arbetstillfällen, vara angeläget att, som ett led i förvärvet, endast ta över en del av arbetsstyrkan. En anledning till varför gäldenärsföretaget gått ekonomiskt dåligt kan möjligen vara att den anställningspolitik man bedrivit varit ogenomtänkt och antalet anställda är överflödigt. Enligt direktiv 2001/23 så innebär en överlåtelse av ett företag, eller en del därav, dock att överlåtarens rättigheter och skyldigheter, som framgår av anställningsavtal eller annars av anställningsförhållandet, och som råder vid tidpunkten för överlåtelsen, som utgångspunkt övergår på förvärvaren. Överlåtelsen innebär således inte att anställningsförhållandet upphör per automatik, utan förvärvaren blir arbetsgivare åt överlåtarens arbetstagare och befintliga anställningsavtal förblir alltså gällande. Överlåtelsen i sig utgör inte heller skäl för uppsägning, varken från överlåtarens eller förvärvarens sida, utan måste motiveras av annan anledning, såsom ekonomiska, organisatoriska eller tekniska skäl.

Det finns dock situationer där förvärvaren inte är tvungen att överta överlåtarens arbetstagare. Undantaget i artikel 5.1 av direktivet lyder enligt följande:

“Om inte medlemsstaterna föreskriver något annat skall artiklarna 3 och 4 inte tillämpas på överlåtelse av företag, verksamhet eller del av företag eller verksamhet om överlåtaren är föremål för konkursförfarande eller något motsvarande

²²³ Adlercreutz & Mulder (2021), s. 29 f.

²²⁴ SWD(2022) 395 final av den 7 december 2022, s. 27.

insolvensförfarande, som inletts i syfte att likvidera överlåtarens tillgångar och som står under tillsyn av en behörig offentlig myndighet (som kan vara en konkursförvaltare som utsetts av en behörig offentlig myndighet).”

För pre pack-förfaranden så har EU-domstolen (“EUD”) haft anledning att pröva ifrågavarande artikel vid två tillfällen. Utgången i respektive mål har fallit på huruvida det aktuella förfarandet haft till syfte att likvidera överlåtarens tillgångar, eller ej. I det senare målet uttalade EUD att om undantaget i artikel 5.1 är tillämpligt “när överlåtelsen av hela eller delar av ett företag förbereds, innan ett konkursförfarande inleds för likvidation av överlåtarens tillgångar och under vilket nämnda överlåtelse genomförs, inom ramen för ett prepack-förfarande vars huvudsyfte är att under konkursförfarandet möjliggöra en likvidation av det fortlevande företaget (...), förutsatt att ett sådant prepack-förfarande regleras i lagstiftning eller annan författning”.

Direktivförslaget ligger i linje med avgörandet. Enligt direktivförslaget ska, vid tillämpningen av artikel 5.1 i direktiv 2001/23, avvecklingsfasen av pre pack-förfarandet anses vara ett insolvensförfarande, var syfte är att avveckla överlåtarens tillgångar under tillsyn av behörig myndighet. En förvärvare är alltså inte nödgad att ta över gäldenärsföretagets anställda när den inom ramen för pre pack-förfarandet förvärvar verksamheten. Det anses positivt att förvärvaren ges möjlighet att göra sig av med överflödigt arbetsstyrka, eftersom denna möjlighet sannolik ökar den köpeskillning som förvärvaren är villig att erlagga. Detta är dock under förutsättningen att Sverige, vid implementeringen av direktivet, inte föreskriver något annat.

4 Ett avsnitt inriktat på medkontrahentens intressen

En fråga av central betydelse i denna framställning är vad som egentligen motiverar medkontrahentens samtycke vid överlåtelse av ömsesidigt förpliktande avtal. Enligt ovan avsnitt 2.2.2 krävs enligt svensk rätt att medkontrahenten samtycker till överlåtelser, oavsett om vi är i ett insolvensrättsligt sammanhang eller inte. Det föreligger alltså en diskrepans mellan å ena sidan direktivförslaget, där avtalet kan överlåtas i sin helhet utan medkontrahentens samtycke, och hur möjligheten att överlåta avtal hanteras i svensk rätt, där ordningen som utgångspunkt är den motsatta. Ambitionen med nedan avsnitt är att lyfta medkontrahentens intresse i att bestämma vem dennes avtalsmotpart är. Detta är ett perspektiv som enligt mig - tagits med viss lättvindighet i debatten kring att utöka inom insolvens. Den intresseinventering som presenteras under kommande avsnitt kommer sedan att ligga till grund för den analys som genomförs i avsnitt fem och sex. Det ska noteras att avsnittet behandlar vad medkontrahenten typiskt sett har för intressen. En fullständig intresseinventering hade knappast varit möjlig, dels på grund av utrymmet, dels på grund av att medkontrahentens intressen är subjektiva och kan variera stort.

4.1 Medkontrahentens avtalsfrihet

Att medkontrahenten inte lämnar sitt samtycke till överlåtelse är i själva verket detsamma som att den avstår från att ingå ett avtal med den som avser att förvärva verksamheten. Det är helt i linje med den för obligationsrätten grundläggande principen om avtalsfrihet.²²⁵ Avtalsfriheten innebär en frihet för parterna att själva bestämma om avtal ska ingås, hur det aktuella avtalet ska utformas och, för denna framställnings vidkommande, kanske mest angeläget, med vem avtalet ska ingås.²²⁶ Tanken bakom avtalsfriheten är att en part ska kunna välja om och hur den önskar förplikta sig i förhållande till andra. Det är ett i grund och botten liberalt tankesätt baserat på en respekt för individens autonomi och förmåga att ta ansvar för sina handlingar.²²⁷ Stöd för principen om avtalsfrihet står att finna bland annat i artikel 16 av EU-stadgan. Den lyder “[n]äringsfriheten ska erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis” och inom ramen för näringsfriheten så

²²⁵ Deaconu-Dascălu (2015), s. 37; Jämför även förslag till avgörande av generaladvokat Kokott av den 29 juni 2010, *Kommissionen mot Alrosa Company Ltd* C-441/07, ECR I-05949: “(...) contractual freedom implies not only the freedom to conclude contracts (positive contractual freedom), but also the freedom not to conclude contracts (negative contractual freedom).”

²²⁶ Ramberg & Ramberg (2022), s. 33 f.

²²⁷ A.a. s. 34 f.

har avtalsfriheten ansetts utgöra en fundamental beståndsdel.²²⁸ Även på nationell nivå har principen om avtalsfrihet tillerkänts hög status. Det tydligaste exemplet är möjligheten KöpL 3 § som innehåller ett portalstadgande med just rubriken “Avtalsfrihet”. Högsta domstolen uttalade även i ett avgörande meddelat häromåret att “inom den kommersiella avtalsrätten så bör principen om avtalsfrihet ges särskild tyngd”.²²⁹ Avtalsfriheten anses vara en av marknadsekonomins grundvalar och har till främsta syfte att trygga det ekonomiska systemets funktion.²³⁰ Med hänsyn till detta bör en regel som begränsar medkontrahentens avtalsfrihet grundas på väl underbyggda skäl.

Frågan kvarstår dock vad det är som på ett mer konkret plan stödjer medkontrahentens avtalsfrihet och dennes rätt i att välja sin avtalsmotpart. En medkontrahent är, kanske framförallt, intresserad av avtalsmotpartens förmåga – och vilja – att prestera förpliktelse som följer av avtalet. Det kan handla om att få beställda varor eller tjänster levererade eller att få betalt för sina levererade varor eller tjänster.²³¹ Avtalet syftar då till att skapa en förutsägbarhet i det rättsliga förhållandet och så länge avtalet inte kan ändras ensidigt utan endast genom samstämmighet mellan avtalets parter så äger endera part visshet om att dennes avtalsmotpart är den som kommer att fullgöra förpliktelse som följer därav.²³² Särskilt påtagligt blir intresset i situationer där gäldenärsföretaget valts baserat på sina specifika egenskaper. Det kan handla om att gäldenärsföretaget är solvent, att dess personal besitter viss yrkesskicklighet, att det har ett gott anseende, att det är *bona fide*, etc.²³³ Samtyckets funktion blir då att sörja för att medkontrahenten inte, utan egen medverkan, utsätts för risken i att exponeras för en ny avtalsmotpart, som inte lever upp till dessa egenskaper.²³⁴

4.2 Gäldenärsföretagets prestation – penningförpliktelse

Medkontrahentens intresse i att bestämma vem det är som utför förpliktelsen beror på vilken typ av förpliktelse som utgör obligationens grund. När gäldenärsföretaget har att infria en penningförpliktelse så ligger medkontrahentens intresse huvudsakligen i att få

²²⁸ Domstolens dom av den 16 januari 1979, Sukkerfabriken Nykøbing Limiteret v Ministry of Agriculture, C-151/78, EU:C:1979:4, punkt 19; Domstolens dom av den 5 oktober 1999, Spanien mot kommissionen, C-240/97, EU:C:1999:479, punkt 99.

²²⁹ NJA 2022 s. 354 “Skatterådgivarens ansvarsbegränsning”.

²³⁰ Bernitz & Henriksson (2023), s. 26 f.

²³¹ SOU 2010:2 s. 85; Jensen & Zimmermann (2018), s. 151 f.

²³² Deaconu-Dascălu (2015), s. 37.

²³³ A.st.

²³⁴ Jensen & Zimmermann (2018), s. 151 f.; Mellqvist & Persson (2022), s. 250. Enligt de senare är checkräkningskredit en vanligt förekommande kredit för att tillgodose behovet av rörelsekapital inom ett företag.

betalt. Det är anledningen till att medkontrahenten i regel inte anses kunna motsätta sig att någon annan träder in och fullgör denna förpliktelse; att någon intervenerar.²³⁵ Sett till överlåtellesituationen ligger intresset alltså – i huvudsak – i att den som tar över avtalet är solvent. Ett exempel på en penningförpliktelse som härrör ur ett ömsesidigt förpliktande avtal är skyldigheten för gäldenärsföretaget att betala av utnyttjat kreditutrymme inom ramen för en checkräkningskredit.²³⁶ Medkontrahentens motstående förpliktelse består i detta fall att tillhandahålla kreditbeloppet, vilket kredittagaren kan nyttja i etapper, när så önskas.²³⁷ Här skulle man alltså kunna påstå att medkontrahentens egentliga intresse ligger i att krediten betalas av. Vid kreditgivning sträcker sig dock medkontrahentens intresse längre än till att förvärvaren är solvent. Medkontrahenten har ett intresse – eller närmare bestämt en skyldighet – att kontrollera vem denne tillhandahåller krediten till. Enligt 3 kap. lag om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism (2017:630) så åligger det medkontrahenten att kontrollera vem det är den förser krediten med, att förstå syftet bakom kredittagarens behov av krediten och att löpande inhämta uppdaterade uppgifter om kredittagaren.²³⁸ Här ligger medkontrahentens intresse i att inte berövas sin möjlighet till kontroll. Bristande kontroller kan leda till att medkontrahenten hamnar i en situation där den tvingas att betala dryga sanktionsavgifter.²³⁹

Intresseinventeringen stannar emellertid inte där. Trots att gäldenärsföretagets har att infria en penningförpliktelse och den huvudsakliga skyldigheten består i att erlægga ett penningbelopp, så kan medkontrahenten vara intresserad av välja vem den aktuella avtalsmotparten är. Där medkontrahenten tillhandahållit gäldenärsföretaget en rätt till något – ett objekt, en fastighet, en lokal – har medkontrahenten i allmänhet ett intresse i vem det är som utnyttjar denna rätt, trots att gäldenärsföretaget huvudsakliga förpliktelse är att betala. Det är det intresset som motiverar den inskränkning i rättigheternas annars fria överlåtbarhet, vilket diskuterades ovan under avsnitt 2.2.1.1. När medkontrahenten befinner sig i position av leasegivare så har denne ett intresse av att leasingobjektet används på rätt sätt, vårdas och, för det fall att leasetagaren inte nyttjar sin köpoption, återlämnas i gott skick.²⁴⁰ Liknande skäl gör sig gällande vid andra typer av

²³⁵ Se ovan under avsnitt 2.2.1.2.

²³⁶ Mellqvist & Persson (2022), s. 250.

²³⁷ Lennander (2020), s. 21.

²³⁸ Olausson, Wirén, Olausson, Jensen (2021), s. 138.

²³⁹ Sanktionsavgifterna kan uppgå till det högsta av två gånger den vinst som verksamhetsutövaren gjort till följd av överträdelsen, om beloppet går att fastställa, eller ett belopp i kronor motsvarande en miljon euro. Det följer av 6 a kap. 14 § i Lag (2017:630) om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism.

²⁴⁰ SOU 1994:120 s. 424.

nyttjanderätter.²⁴¹ När medkontrahenten befinner sig i position av jordbruksarrendator så ligger det i dennes intresse att den arrenderade marken inte nyttjas av någon som slarvig, eller som är okunnig i hur marken kan användas.²⁴² Även vad gäller lokalhyra så har medkontrahenten, om den befinner sig i position av hyresvärd, intresse av lokalen används på avsett vis. Ett sådant intresse är att lokalen nyttjas inom ramen för avtalat upplåtelseändamål. Skulle en förändring av den verksamhet som bedrivs i lokalen ske så kan det leda till olägenheter för medkontrahenten.²⁴³ Förutom det så har medkontrahenten även ett intresse av att den som nyttjar lokalen har förmåga att uppfylla den vårdplikt som följer av 12 kap. 24 § JB.

För vissa avtalstyper är det dessutom angeläget för medkontrahenten att gäldenärsföretaget medverkar till att denne kan infria sina förpliktelser. Så är fallet när, till exempel, medkontrahenten är entreprenör och har att utföra en entreprenad å gäldenärsföretagets vägnar. Här ligger det i medkontrahentens intresse att gäldenärsföretaget medverkar till entreprenadens fortskridande. Det kan, till exempel, handla om att samordna det aktuella arbetet, att ge tillträde till arbetsområdet samt att tillhandahålla arbete eller hjälpmedel.²⁴⁴ Hur långtgående detta ansvar i slutändan sträcker sig beror, bland annat, på entreprenadens upplägging.²⁴⁵

4.3 Gäldenärsföretagets prestation – naturaförpliktelse

När gäldenärsföretagets prestation består i en naturaförpliktelse så gör sig i viss mån andra intressen hos medkontrahenten gällande. Här är det sannolikt mer angeläget för medkontrahenten vem det är som infriar förpliktelsen, då det kan tänkas påverka det slutliga resultatet.²⁴⁶ Medkontrahentens intresse består då i att den aktuella förpliktelsen utförs på ett visst sätt, och/eller med en viss kvalitet.²⁴⁷ Det handlar i huvudsak om avtal där det för medkontrahenten, vid avtalets ingående, varit en avgörande förutsättning att det är just gäldenärsföretaget som infriar förpliktelsen. Anledningen till varför

²⁴¹ Som framgått ovan under avsnitt 2.2.3.3. så utgör finansiell leasing inte någon ren nyttjanderätt.

²⁴² Bengtsson, Hager & Victorin (2022), s. 268 f. Med okunnig avses – i alla fall vid jordbruksarrende – att personen inte besitter tillräckliga jordbrukskunskaper, till exempel.

²⁴³ Jämför hyresvärdens resonemang i RBD 43:81. Lokalhyresavtalet hade överlåtits från ett finbageri till en pizzeria. Hyresvärden motsatte sig överlåtelsen, eftersom det, enligt denne, skulle leda till "öppethållande kvällstid, ökad biltrafik, med de störningar detta innebär, och nedskräpning på och omkring fastigheten".

²⁴⁴ AB 04 9–11 §§.

²⁴⁵ Möller (1998), s. 277. Handlar det om en totalentreprenad så behöver gäldenärsföretaget i regel inte medverka i samma utsträckning som om det handlar om en utförandeentreprenad.

²⁴⁶ Tiberg (1996), s. 39; DiMatteo (1994), s. 412. Den senare säger att gäldenärsföretaget här valts av *delectus personae*. Med det menas valet av personen baserats på sådant som förtroende och tillit till den andras karaktär, förmågor eller ansvar.

²⁴⁷ Tuula-Karlsson (2017b), s. 92.

medkontrahenten valt att ingå avtalet med just gäldenärsföretaget kan till exempel varit för att gäldenärsföretaget hade en arbetsstyrka som besatt viss yrkesskicklighet.²⁴⁸ När det gäller ett konkursbo:s inträdesrätt i gäldenärsföretaget avtal, med vilket överlåtelsefallet delar många likheter, så har våra grannländer Danmark respektive Norge lagstadgade undantag, i syfte att tillgodose medkontrahentens intressen. Där kan ett konkursbo inte träda in i gäldenärsföretagets avtal om det med hänsyn till avtalets ”egenart” respektive ”beskaffenhet” inte vore lämpligt. Så är fallet om medkontrahenten har ett väsentligt intresse i att gäldenärsföretagets förpliktelser infrias under gäldenärsföretagets ledning, med utnyttjande av dennes fackkunskap, eller i övrigt då förpliktelser förutsätter personlig fullgörelse av gäldenärsföretaget.²⁴⁹

Situationen brukar, åtminstone i diskussionen kring gäldenärsföretagets inträdesrätt, illustreras med att konkursgäldenären är en konstnär. Om då konkursförvaltaren, genom att träda in i avtalet, skulle åta sig att måla den tavla som konkursgäldenären hade att måla, ökar risken för att målningen blir bristfällig. Konstnären har med stor sannolikhet valts utifrån sina konstnärliga förmågor och det ligger därför i medkontrahentens intresse att det är just denna konstnär som målar tavlan, och inte konkursförvaltaren.²⁵⁰ Här är det alltså tydligt att gäldenärens personliga kunskap och speciella yrkesskicklighet är av betydelse för slutresultatet.²⁵¹ Fallet är – vad vi kan anta – inte särskilt vanligt förekommande, men samma resonemang gör sig gällande även i andra situationer, där gäldenärsföretagets förpliktelse är av naturakaraktär och medkontrahenten förväntar sig viss kvalitet. Om medkontrahenten befinner sig i ställning som beställare av en entreprenad, vars färdigställande ställer krav på viss yrkesskicklighet, så ligger det i medkontrahentens intresse att entreprenaden inte fullgörs av någon annan än den entreprenör som valdes vid avtalets ingående.²⁵² Vid just entreprenadarbeten – åtminstone där fast pris är avtalat – föregås arbetet vanligtvis av ett anbuds förfarande där beställaren har att välja det anbud som den finner mest attraktivt utifrån vissa givna premisser. Det kan, bland annat, handla om vilka resurser entreprenören har och vilken förmåga den besitter att utföra det aktuella arbetet.²⁵³ Här ligger det av förklarliga skäl i medkontrahentens intresse att det är den anbudsgivare som tilldelas arbetet som i slutändan genomför det.

²⁴⁸ Möller (1988), s. 39.

²⁴⁹ NOU 1972:20 s 310; Betänkning nr 606/1971 s 121.

²⁵⁰ SOU 2001:80 s. 208.

²⁵¹ Prop. 1988/89:76 s. 183.

²⁵² A.prop. s. 182.

²⁵³ Munch (1984), s. 349.

En distinktion i medkontrahentens intresse bör kunna göras beroende på om den aktuella förpliktelsen är av industriell eller personliga karaktär. Det förra kan vara fallet vid exempelvis ett tillverkningsavtal. Även här ligger det naturligtvis i medkontrahentens intresse att det hos gäldenärsföretaget finns tillräcklig kompetens för att tillverkningsåtagandena ska utföras avtalsenligt, men den aktuella förpliktelsen skulle i princip kunna utföras av någon annan, så länge kvaliteten säkras.²⁵⁴ Än mindre betydelse i vem det är som utför förpliktelsen blir det då gäldenärsföretaget har att leverera färdiga varor. Här är den industriella karaktären särskilt framträdande och det spelar i princip ingen roll för medkontrahenten vem det är som levererar varorna. Det skulle dock kunna ligga i medkontrahentens intresse att det är gäldenärsföretaget som infriar förpliktelsen om det, förutom leveransen, ingår ytterligare åtaganden hänförliga till den aktuella leveransen, såsom service.²⁵⁵ Här kan det fortfarande ligga i medkontrahentens intresse att det finns tillräckligt kvalificerat folk för att infria serviceåtagandet. Sett till det senare fallet, där det personliga elementet gör sig särskilt framträdande, så har medkontrahenten större intresse av att det är just konkursgäldenären som infriar förpliktelsen. Det tidigare redogjorda exemplet med konstnären är ett sådant fall. Det skulle även kunna tänkas uppkomma i en mer industriell kontext, till exempel då gäldenärsföretaget valts eftersom det i verksamheten finns en projektledare som besitter särskilt goda tekniska kunskaper, ledarskapsförmågor, eller liknande.

4.4 Den affärsmässiga relationen – ett interorganisatoriskt perspektiv

Ytterligare ett intresse hos medkontrahenten är att bibehålla den affärsrelation som man haft med gäldenärsföretaget. Det är en aspekt av medkontrahentens intressen som tenderar att hamna i skymundan. Att medkontrahenten i varje given situation skulle vara tillräckligt skyddad bara för att en viss lösning genererar ett, sett till omständigheterna, bättre ekonomiskt utfall, är en vanligt förekommande ståndpunkt bland förespråkare av den insolvensrättsliga logiken, där det i regel är ekonomiska värden som sätts i förgrunden. Det finns, i min mening, anledning att bredda diskursen något.

Inom den företagsekonomiska disciplinen anses en relation föreligga mellan två företag om de har ömsesidiga – ekonomiska och sociala – utbyten med varandra, över en viss tid.²⁵⁶ Traditionellt sett så har relationen mellan gäldenärsföretaget och medkontrahenten,

²⁵⁴ Möller (1988), s. 183.

²⁵⁵ A.a. s. 184.

²⁵⁶ Schytzer & Wadell (2020), s. 727 f.

när man behandlat gäldenärsföretagens avtal, betraktats ur ett så kallat neoklassiskt synsätt. Enligt detta synsätt har parterna i ett avtal i princip ingen interaktion bortom de ekonomiska transaktioner som sker däremellan med jämna mellanrum.²⁵⁷ Det innebär att företagen i högre grad ser varandra som konkurrenter, att tillitsnivån sinsemellan är låg och att det i regel inte vidtas några anpassningar i verksamheten utifrån avtalsmotparten.²⁵⁸ Om man anlägger ett sådant perspektiv på överlåtelsesituationen så spelar det i regel ingen roll för medkontrahenten vem det är som fullgör förpliktelseerna; gäldenärsföretaget är utbytbar. Att medkontrahenten, av relationella skäl, skulle vara intresserad av att välja vem dennes avtalsmotpart är tycks, från det perspektivet, vara mindre troligt. Schytzer och Wandell har uppmärksammat affärsrelationen mellan gäldenärsföretaget och medkontrahenten ur ett interorganisatoriskt perspektiv och funnit att det, förutom intressen som lyfts ovan under avsnitt 4.1–4.3, finns intressen hos medkontrahenten av mer relationell karaktär.²⁵⁹ En relation kan vara momentan såtillvida att den uppkommer för ett visst syfte och endast varar under en kortare tidsperiod, eller kontinuerlig, och då i regel varar tills vidare eller under en längre period.²⁶⁰ Vid momentana avtal, exempelvis ett köpeavtal, hinner det i regel inte skapas någon djupare relation parterna emellan, eftersom avtalet endast gäller för en begränsad tid och är inriktat på ett specifikt kortvarigt mål. Då parterna har ett kontinuerligt avtal, som kan vara fallet vid exempelvis långvariga leveransavtal eller vid ett hyresförhållande, är det däremot vanligt att en viss affärsmässig relation mellan parterna hinner bildas. Vid denna typ av avtal är det inte sällan så att parterna gör investeringar i den specifika relationen, såsom investeringar i de anställdas kompetens för att dessa ska kunna hantera en viss process som är viktig för avtalsmotparten, eller i investeringar i materiella resurser, för att man ska kunna tillverka en för avtalsmotparten specifik produkt. Avtalen bygger då regelmässigt på en förutsättning om varaktigt och förtroligt samarbete, mot gemensamt uppsatta mål.²⁶¹ När avtalen är av viss kontinuitet spelar även den sociala dynamiken, och då kanske framförallt relationen mellan vissa individer i verksamheterna, stor roll för det aktuella affärsförhållandet.²⁶² Med den relationen följer en känsla av personligt ansvar och förtroende mellan parterna. Det är angeläget att en sådan relation finns av flera anledningar, bland annat för att samarbetet ska fungera effektivt, för att parterna ska kunna

²⁵⁷ Håkansson & Snehota (1976), s. 104; Thorellu (1986) s. 37 f.

²⁵⁸ Thorelli (1986), s. 37 f.

²⁵⁹ Schytzer & Wandell (2020), s. 738.

²⁶⁰ Halinen & Tähtinen (2002), s. 168.

²⁶¹ Möller (1988), s. 40.

²⁶² Schytzer & Wandell (2020), s. 737.

hantera konflikter och för att parterna ska kunna anpassa sig till varandra vid förändrade behov.²⁶³

Anläggs ett interorganisatoriskt perspektiv så blir det tydligt att ett företags värde ligger i mångt mycket mer än bara dess tillgångar. Värdet i företaget ligger i hur dess tillgångar används, inte bara internt, utan även i relation till andra aktörer och blir i slutändan en viktig del av företagets identitet. Att överlåta en relation anses, ur ett interorganisatoriskt perspektiv, vara svårt – eller närmast omöjligt – eftersom det är en tillgång som inte enbart kontrolleras av den överlåtande parten.²⁶⁴ För medkontrahenten blir det tydligt att intresset av att välja sin avtalsmotpart vidgas, från förpliktelserna i sig till den affärsmässiga relation man har till gäldenärsföretaget. Det är inte bara avtalsmotpartens förmåga att uppfylla avtalets förpliktelser som är av vikt, utan även att det finns en relation till den som har att infria förpliktelsen. Tankegången tycks förekommit vid några enstaka tillfällen i svensk rätt. Som nämndes ovan under avsnitt 2.1 så upphör kommissionsavtal omedelbart vid kommissionärens eller kommittentens konkurs. Här anses det personliga förtroendeförhållandet mellan parterna vara av sådan art att ett inträde, eller överlåtelse, inte lämpar sig.²⁶⁵

4.5 Strategiska, reputationella och ideella intressen

För vissa avtalstyper kan det vara så att medkontrahentens intressen är av mer strategisk, reputationell, och ideell karaktär.²⁶⁶ Så är fallet framförallt vad gäller avtal där medkontrahenten tillhandahåller något av immateriell karaktär, exempelvis när den befinner sig i position av licensgivare. Som exempel kan nämnas det för näringslivet viktiga patentlicensavtalet. Ett patentlicensavtal förutsätter i allmänhet att det föreligger ett visst förtroendeförhållande mellan parterna.²⁶⁷ Förtroendeförhållandet blir särskilt påtagligt då licensen ingår som ett led i ett vidare samarbete, där det, förutom licensen, ingår utbyte av know-how och annan kunskap.²⁶⁸ Medkontrahenten kan dessutom vara intresserad av behålla den konfidentiella naturen av – exempelvis – en produktionsprocess som man delat med sig av inom ramen för ett samarbete, och att denna process inte sprids vidare utanför

²⁶³ Blau (1964), s. 94 f.

²⁶⁴ Anderson, Havila & Salmi (2001), s. 584.

²⁶⁵ NJA II 1914 s 263 f.; Möller (1988), s. 753.

²⁶⁶ Det finns naturligtvis ekonomiska intressen som gör sig gällande här också, men rent systematiskt passar det bäst att placera denna typ av avtal under en egen rubrik.

²⁶⁷ Prop. 1966:40 s. 158.

²⁶⁸ Möller (1988), s. 628.

den betrodda kretsen.²⁶⁹ Det är också i regel angeläget för medkontrahentens att den aktuella licensen används på ett visst sätt och att vissa möjligheter till kontroll finns.²⁷⁰

De intressen som medkontrahenten har kan variera beroende på vilken typ av licensavtal som avses att överlåtas. Vid exklusiva licensavtal blir behovet av att skydda know-how och att hålla processer och liknande hemliga särskilt framträdande. Detta beror delvis på att kunskapsöverföringen ofta är mest omfattande i samband med exklusiva licenser. Dessutom är det i dessa fall bara en part som erhåller tillgång till den relevanta informationen, vilket ökar vikten av att skydda denna information.²⁷¹ Detsamma borde, i viss mån, vara detsamma vad gäller kontrollmöjligheter, trots att intresset inte av att kontrollera licens utnyttjande inte upphör bara för att medkontrahenten upplåtit licenser till flera aktörer. Vid exklusiva licenser så gör sig förtroendeförhållandet mellan parterna även särskilt gällande.²⁷² Ett intresse som gör sig gällande, oavsett vilken typ av licens det rör sig om, är att kunna freda sig mot den kvalitets- och serviceförsämring som ett nyttjande av licensen – antingen av ett konkursbo eller en förvärvare – skulle kunna leda till. Om produkterna eller tjänsterna som boet, eller förvärvaren, erbjuder är av sämre kvalitet så kan det resultera i dålig publicitet även för medkontrahenten. Det har uttryckts som att “produktens säljbarhet” försämras.²⁷³ Det kan leda till att medkontrahenten lider direkta resultatförsämringar.²⁷⁴ När det handlar om patent som upplåtits med enkel licens så kan det, utöver den dåliga publiciteten, även följa andra olägenheter för medkontrahenten. När flera använder samma licens så kan en kvalitetsförsämring även komma att påverka dessa andra användare. Det kan i nästa led mynna ut i att medkontrahentens affärsrelationer tar skada.²⁷⁵ Andra intressen som medkontrahenten har när det gäller enkel licens är att andra licenstagare ska kunna fortsätta att nyttja sin licens på åsyftat vis. Om avtalet överlåts till någon som är verksam på samma marknad som tidigare licenstagare så finns det en risk för att dessa rättigheter kolliderar. Det ska sägas att även när medkontrahenten befinner sig i position av licenstagare så kan det ligga i dennes intresse att välja vem licensen överlåts till. Det kan vara så att licensgivarens åtaganden gentemot medkontrahenten är av så pass unik, eller invecklad, karaktär att dessa svårligen kan infrias av någon annan, åtminstone

²⁶⁹ Möller (1988), s. 629.

²⁷⁰ A.a. s. 628.

²⁷¹ A.st.

²⁷² A.a. s. 629 f.

²⁷³ SOU 2001:80, s. 209.

²⁷⁴ Möller (1988), s. 629.

²⁷⁵ A.a. s. 628 f.

inte med samma kvalitet. Det kan, till exempel, handla om att bereda medkontrahenten teknisk assistans.²⁷⁶

När medkontrahenten tillhandahållit gäldenärsföretaget en varumärkeslicens så gör sig liknande intressen gällande som för patentlicens. Ett vanligt förekommande fall av varumärkeslicensiering är då konkursgäldenären tillhandahålls varumärket inom ramen för ett franchiseupplägg.²⁷⁷ Här är det i regel viktigt för medkontrahenten att varumärket används på ett sätt som ligger i linje med dess etablerade image och med dess kvalitetsstandarder.²⁷⁸ Det kan, till exempel, vara av intresse för medkontrahenten att varorna och tjänsterna som erbjuds under varumärket lever upp till vissa kvalitetskrav.

När vi rör oss bortom det industriella rättsskyddet – ovan patent och varumärken – så framträder det ideella intresset på ett tydligare sätt. En upphovsmans upplåtelse till någon annan att förfoga över ett visst verk har inte bara ekonomisk betydelse för denne, utan det är även angeläget hur det aktuella verket presenteras till allmänheten – medkontrahentens intressen är av personlig karaktär.²⁷⁹ Hur starkt detta intresse är beror bland annat på vilket verk det rör sig om samt hur upplåtelsen i fråga ser ut.²⁸⁰ Trots att, till exempel, en författare upplåtit ett verk till ett förlag, så har den alltjämt en personlig relation till sitt verk. Medkontrahenten har ett intresse av att dispositioner som vidtas inte står i strid med dennes uppfattning om och upplevelser av verket, till exempel i vilket sammanhang det aktuella verket presenteras till allmänheten.²⁸¹

4.6 Medkontrahentens intresse i att komma ur avtalsförhållandet

Ett ytterligare intresse hos medkontrahenten, vilket inte nödvändigtvis är hänförligt till valet av avtalsmotpart, är intresseret av att, när gäldenärsföretaget börjar att gå dåligt, komma ur det befintliga avtalet. Om ett avtal ger konkursgäldenären, och sedermera förvärvaren, villkor som är marknadsmässigt fördelaktiga, så kan medkontrahenten gå förlorande på att avtalet överlåts. Det kan vara att det aktuella avtalet blivit oförmånligt för medkontrahenten under den tid som förflutit sedan avtalet ingicks, exempelvis därför att förändringar på marknaden gjort medkontrahentens prestation mer värdefull.²⁸² Det kan handla om att medkontrahenten åtagit sig att leverera en viss vara vars pris kraftigt

²⁷⁶ Domeij (2010), s. 359; Bartenbach (2008), s. 183.

²⁷⁷ Wessman (2023), kommentar till 6 kap. 4 § VML.

²⁷⁸ A. st.

²⁷⁹ SOU 1956:25, s. 289 f.

²⁸⁰ NJA 2010 s. 559.

²⁸¹ Rosen (2006), s. 161.

²⁸² SOU 2010:2 s. 388; SOU 2001:80 s. 80.

fluktuerar och att detta pris väsentligen höjts innan det är tänkt att överlåtas av gäldenärsföretaget. För medkontrahenten hade det i det läget varit fördelaktigt att komma ur avtalet och söka sig efter en ny avtalsmotpart på annat håll, istället för att tvingas fullfölja avtalet med den som förvärvar verksamheten.²⁸³

Ett annat intresse som knyter an till intresset att häva avtalet är att medkontrahenten önskar omförhandla avtalsvillkoren. Det kan vara så att medkontrahenten förvisso är intresserad av att fortsätta avtalet med den förvärvar verksamheten, men att medkontrahenten innan förvärvet önskar omförhandla villkoren i avtalet. När avtalet är tänkt att överlåtas som en del i en verksamhetsöverlåtelse så hamnar medkontrahenten dessutom i en särskilt förmånlig förhandlingsposition, eftersom det aktuella avtalet – till exempel ett leasingavtal avseende maskiner – kan vara helt avgörande för förvärvarens möjligheter att vidbliva verksamheten. Det ligger då i medkontrahentens intresse att ta tillfället i akt till att omförhandla villkoren på ett sätt som gör att dessa blir mer förmånliga för honom.²⁸⁴ Förvärvaren, angelägen om att ta över verksamheten, hamnar då i en situation där den inte har något annat val än att acceptera medkontrahentens nya villkor.

4.7 Sammanfattande kommentarer – avsnitt fyra

Som konstaterats i avsnittet så har medkontrahenten en uppsjö av intressen i att välja vem dennes avtalsmotpart är. Vilka intressen som görs gällande beror, bland annat, på vilken förpliktelse som utgör obligationens föremål. Medkontrahentens intressen kan grunda sig på gäldenärsföretaget särskilda person och dennes möjligheter att uppfylla sina förpliktelserna enligt avtalet, men det finns även intressen av mer ideell och relationell karaktär, som att inte medkontrahenten inte vill tvingas in i en affärsrelation med en ny avtalsmotpart eller att medkontrahenten vill kunna kontrollera hur en viss rättighet används. Detta avsnitt har presenterat intressen som allmänt sett motiverar medkontrahentens samtycke när ett avtal till vilket denne är part överlåts. Kommande avsnitt har för avsikt att behandla medkontrahentens intressen i ett pre pack-sammanhang. Under ett pre pack-förfarande så kan, som nämndes ovan under avsnitt 3.4.2, avtalen överlåtas utan medkontrahentens samtycke. Den analys som görs har för avsikt att utvärdera om denna inskränkning i medkontrahentens avtalsfrihet kan anses vara motiverad.

²⁸³ Håstad (1996), s. 401.

²⁸⁴ SOU 2001:80 s. 80.

5 Ett avsnitt inriktat på analys av direktivförslaget

Detta avsnitt avhandlar den för framställningen centrala tredje frågeställningen om den i direktivförslaget föreslagna överlåtelsemöjligheten framstår som motiverad. Frågan är om argumenten som förs fram i favör för en utvidgad överlåtelsemöjlighet är av sådan styrka att det motiverar ett ingrepp i den, för förmögenhetsrätten grundläggande, avtalsfriheten. Analysen börjar med att presentera medkontrahentens intressen, såsom framförts under avsnitt 4, i ett pre pack-sammanhang. Tanken bakom detta är att undersöka om medkontrahentens intressen åsidosätts när pre pack-förfarandet används. Baserat på detta kommer det sedan att ske en avvägning mellan medkontrahentens intressen och ändamålen bakom pre pack.

5.1 Gälldenärsföretaget prestation - penningförpliktelse

Om vi börjar med att kolla på det fall där gälldenärsföretagets förpliktelse är av penningkaraktär så ligger medkontrahentens huvudsakliga intresse som sagt i att få betalt. Det är då angeläget att den som förvärvar verksamheten är solvent. På så vis skyddas medkontrahenten mot att förvärvaren, på grund av bristande ekonomisk förmåga, inte fullgör sin del av avtalet efter förvärvet.²⁸⁵ Byte av avtalsmotpart inom ramen för ett pre pack-förfarande har dock – i regel – inte någon negativ ekonomisk påverkan på medkontrahenten. När ett gälldenärsföretags verksamhet förvärvas, framstår förvärvaren närmast som en mer attraktiv part ur ett ekonomiskt hänseende än gälldenärsföretaget, eftersom den senare, på grund av sin insolvens, inte kan förväntas fullgöra sina förpliktelser fullt ut. Medkontrahenten får helt enkelt en mer solvent avtalsmotpart än tidigare.²⁸⁶ Om medkontrahenten hade haft möjlighet att motsätta sig överlåtelsen, och sedermera utnyttjat den möjligheten, får vi utgå ifrån att avtalet hade hanterats på samma sätt som i en sedvanlig konkurs.²⁸⁷ Det innebär att avtalet som utgångspunkt hade fortgått, men att, förutsatt att det inte var sakrättsligt skyddat, konkursboet hade kunnat vägrat att fullgöra gälldenärsföretagets förpliktelser, utan risk för påföljd på massaplanet. Utgångspunkten hade då varit att medkontrahentens anspråk på konkursgälldenärens förpliktelse, som inte kunde fullgöras på grund av insolvensen, endast skulle kunna göras

²⁸⁵ Karlsson-Tuula (2017b), s. 92.

²⁸⁶ Möller (1988), s. 41 och 390.

²⁸⁷ Jämför artikel 20 i direktivförslaget, som säger att avvecklingsfasen vid en pre pack-försäljning är att betrakta som ett insolvensförfarande.

gällande som en oprioriterad konkursfordran, något som i regel inte resulterar i någon högre utdelning eftersom boets tillgångar inte räcker att tillgodose samtliga borgenärs krav. Dessutom kan vi anta att konkursboet inte skulle varit särskilt benäget att träda in i avtalet eftersom det – om pre pack-försäljningen hade genomförts trots allt, utan det aktuella avtalet – inte skulle ha funnits någon verksamhet kvar att nyttja avtalet i.

Som nämndes ovan under avsnitt 4.2 så är det inte alltid att medkontrahenten enkom har ekonomiska intressen när gäldenärsföretaget har att infria en penningförpliktelse. Så kan vara fallet då medkontrahenten tillhandahållit gäldenärsföretaget något med rätt att nyttja, såsom en lokal eller ett leasingobjekt. Här har medkontrahenten ett intresse av att tillgången nyttjas på ett visst sätt, med viss omsorg. Det finns ingen garanti för att den som förvärvar gäldenärsföretagets verksamhet har för avsikt att använda objektet på det sätt som medkontrahenten önskar. Detta intresse bör dock inte hamna i kläm när överlåtelsen sker inom ramen för ett pre pack-förfarande. När avtalet överläts så sker det tillsammans med gäldenärsföretagets verksamhet. Förfarandet utmärker sig av att det närmast råder subjektidentitet mellan gäldenärsföretaget och förvärvaren, vilket skiljer sig från situationer där avtalet överläts separat. Subjektidentiteten säkerställer att verksamheten fortsätter att bedrivas på ett liknande sätt som tidigare, vilket minskar risken för förändringar i hur den aktuella tillgången nyttjas. Den underliggande principen i pre pack-förfarandet är att verksamheten ska fortsätta som en “going-concern”, vilket antyder en kontinuitet i verksamhetens drift och förvaltning. Risken att medkontrahentens intressen i detta avseende skulle åsidosättas tycks därför vara tämligen små, givet att det aktuella objektet, eller lokalen, med all sannolikhet kommer att nyttjas på samma sätt som tidigare. Vad gäller leasingavtal, som ofta utgör en väsentlig tillgång i gäldenärsföretagets verksamhet, så ligger medkontrahentens intressen – för det fall det är finansiell leasing – egentligen bara i att säkra avtalade leasingavgifter.²⁸⁸ Det tål att upprepas att finansiell leasing närmast är att betrakta som “ett köp av ett lösöres ekonomiska livslängd” och därmed mer än en nyttjanderätt.²⁸⁹ Den finansiella leasingen måste alltså skiljas från ren saklega. I det senare fallet är avsikten att objektet ska återgå efter avtalsperioden, men när det gäller finansiell leasing så bygger upplägget på att leasetagaren ska lösa ut objektet efter att leasingperioden passerat.²⁹⁰ I den situationen så har medkontrahenten, i egenskap av ägare leasegivare, i realiteten ett litet intresse av den egendom som leasats, eftersom

²⁸⁸ Buamgarte (1980), s. 36 f.

²⁸⁹ Martinson (2015), s. 108; Håstad (1996), s. 435 f.

²⁹⁰ Håstad (1996), s. 435 f.

tanken egentligen är att den inte ska återgå till medkontrahenten. Vid operationell leasing, som delar fler egenskaper med traditionell saklega, har medkontrahenten ett dock ett intresse i hur tillgången används och i vilket skick den återlämnas vid avtalsperiodens slut. Även här bör dock den subjektidentitet som råder mellan gäldenärsföretaget och förvärvaren medföra att risken att objektet används på ett oegentligt vis blir liten. En risk som skulle kunna uppkomma är att förvärvaren, trots subjektidentiten, inte skulle vara lika engagerad i omsorg av det aktuella objektet, som gäldenärsföretaget tidigare varit. Detta kan bli särskilt relevant om, till exempel, förvärvaren avser att implementera en ny produktionsmetod som kräver mer av den leasade utrustningen, vilket potentiellt kan leda till snabbare slitage än vad som var fallet under gäldenärsföretagets ägo. Här har medkontrahenten ett berättigat intresse i att motsätta sig överlåtelsen.

Det som däremot kan bli problematiskt är då det handlar om avtal där medkontrahenten, om avtalet överläts, får svårigheter i att uppfylla sina åtaganden enligt annan lagstiftning. Här riskerar medkontrahenten att hamna i en väldigt prekär situation, då bristande uppfyllelse vanligen för med sig dryga sanktionsavgifter.²⁹¹

5.2 Strategiska, reputationella och ideella intressen

Medkontrahenten har som presenterats ovan under avsnitt 4.3 åtskilliga intressen i att licensierade rättigheter används på ett visst sätt, inom en viss verksamhet, eller i ett visst sammanhang. Det kan handla om medkontrahentens önskan om att ett varumärke används i relation till en viss vara, eller att en upphovsrätt används på ett sätt som inte framställer upphovspersonen i en för denne dålig dager. Det kan illustreras med några exempel. En medkontrahent som befinner sig i position av författare har gett ett förlag en rätt att trycka och distribuera ett visst verk. När förlaget påbörjar ett pre pack-förfarande och önskar överlåta det aktuella avtalet med medkontrahenten så har det inträffat sådana förhållanden – i konstnärligt, sakligt eller politiskt hänseende – som gör att medkontrahenten hade avstått från att ge ut, eller överlåta, verket från första början.²⁹² Det ligger då i medkontrahentens intresse att denne har möjlighet att motsätta sig den aktuella överlåtelsen. Samma intresse gör sig gällande om medkontrahenten kan förvänta sig att förvärvaren, efter att den tagit över avtalet, kommer att disponera över det verket på ett sätt som inte är i linje med medkontrahentens önskan. Om medkontrahenten licensierat ut ett välrenommerat varumärke så ligger det i dennes intresse att licensavtalet inte överläts till

²⁹¹ Jämför ovan under avsnitt 4.2.

²⁹² Kanter (1980), s. 50 f.

någon som kan tänkas använda varumärket i relation till mindre välrenommerade varor, då det kan skada såväl medkontrahenten som andra till vilka medkontrahenten upplåtit licenser. Vid vissa typer av immateriella rättigheter så framträder dessutom intresset av kontroll och förtroende särskilt, vilket kanske framför allt är fallet vid patentlicenser. Här finns i regel ett betydande intresse av konfidentialitet och att den som nyttjar patentet, inklusive eventuell know-how, är pålitlig nog att anförtros med informationen.²⁹³ Risken är att den som tar över verksamheten inte har samma riskavers och inte samma inställning till konfidentialiteten, som gäldenärsföretaget hade.

Sätter man dessa intressen i förhållande till en överlåtelse som sker inom ramen för ett pre pack-förfarande så blir det dock tydligt att dessa inte åsidosätts i någon märkbar utsträckning. Eftersom en pre pack-överlåtelse innebär att hela verksamheten överläts, så ligger det vanligen en strävan i att bibehålla verksamhetens tidigare drift och strategier, vilket innebär att användningen av de immateriella rättigheterna inte borde ändras i någon för medkontrahentens skadlig riktning. Det förtroendeförhållande som byggts upp parterna emellan bevaras sannolikt, särskilt om en stor mängd av de personella resurserna behålls inom verksamheten.²⁹⁴ Förvärvaren har sannolikt ett intresse i att bevara värdet av överlåtna immateriella rättigheter, vilket minskar risken för att deras användning skulle förändras. Givet det resonemang som presenterats ovan under 5.1, kring den subjektidentitet som råder mellan gäldenärsföretaget och förvärvaren, så bör överlåtelsen, sett till medkontrahentens strategiska, reputationella och ideella intressen, inte medföra några större olägenheter.

5.3 Den affärsmässiga relationen med gäldenärsföretaget

En annan aspekt är medkontrahentens relation med gäldenärsföretaget. Relationen mellan medkontrahenten och konkursgäldenären kan fortgått under en lång tid och präglats av ömsesidiga investeringar och anpassningar, utifrån respektive parts verksamhet. När förvärvaren träder in i avtalet istället för gäldenärsföretaget så bryts denna relation, vilket kan leda till olägenheter för medkontrahenten. Den relation som byggts upp med gäldenärsföretaget kan inte överlätas förvärvaren.²⁹⁵ När en förvärvaren träder i gäldenärsföretagets ställe så blir det istället så att medkontrahenten tvingas acceptera förvärvarens nya sätt att driva verksamheten på. Detta blir särskilt påtagligt när förvärvaren

²⁹³ Möller (1988), s. 648.

²⁹⁴ Se vidare nedan under avsnitt 5.4.

²⁹⁵ Schytzer & Wadell (2020), s. 735.

inför nya strategiska mål, affärsmodeller eller andra förhållningssätt som är kritiska för den befintliga relationen. En sådan förändring kan potentiellt leda till konflikter.²⁹⁶ När medkontrahenten tvingas på förvärvarens nya sätt att driva verksamheten så blir relationen, till skillnad från tidigare, präglad av unilateralitet, där medkontrahenten tvingas finna sig i en underordnad position.²⁹⁷ Det är något som kan komma att utmärka den framtida relationen, och utgör alltså en reell risk för medkontrahenten när denna tvingas att acceptera en ny avtalsmotpart.

Den relationella aspekten borde dock, jämfört med om överlåtelsen av avtalet skett utom rörelsen, i majoriteten av fallen snarare tala i favör för pre pack-förfarandet. Om man beaktar tidigare gjorda investeringar så ligger det i medkontrahentens intresse att verksamheten fortgår. För det fall att ingen skulle ta över gäldenärsföretagets verksamhet så hade investeringar gjorda i den aktuella relationen gått förlorade. Som exempel kan nämnas fallet att medkontrahenten, i ställning som leverantör, gjort investeringar i såväl sina egna som i konkursgäldenärens anläggningar, i syfte att underlätta leveransen av en för medkontrahenten vital komponent. Här så står det stort värde på spel om avtalsrelationen, till följd av insolvensen, skulle tillintetgöras. Det tycks då närmast fördelaktigt att förvärvaren tar över verksamheten och försöker bygga vidare på den relation som tidigare etablerats. Till detta måste även ställas det faktum pre pack-överlåtelsen gör det möjligt upprätthålla en viss grad av kontinuitet i affärsförhållandet, särskilt om personalen och den dagliga verksamheten förblir relativt oförändrade. Risken för att medkontrahenten skulle känna sig "överkörd" av den nya avtalsmotparten tycks då liten.

5.4 Gäldenärsföretagets prestation – naturaförpliktelse

Den kan vara så att den största risken för medkontrahenten uppkommer i situationer där gäldenärsföretaget, innan överlåtelsen ägde rum, hade att infria en naturaförpliktelse. Faran ligger i att naturaförpliktelsen infrias med sämre kvalitet, eftersom förvärvaren inte besitter samma kompetens som gäldenärsföretaget hade.²⁹⁸ Det finns, som Kobion skriver, en risk för att gäldenärsföretagets grundläggande egenskaper rycks undan, såsom dennes personliga yrkesskicklighet, prestationsduglighet och pålitlighet.²⁹⁹ Fallet kan vara den att gäldenärsföretaget, vid inledandet av pre pack, höll på att färdigställa en av

²⁹⁶ Anderson, Havila & Samli (2001), s. 580 f.

²⁹⁷ Schytzer & Wandell (2020), s. 738.

²⁹⁸ Möller (1998), s. 39.

²⁹⁹ A st.

medkontrahenten beställt entreprenad, varpå det efter förvärvet återstår en del av arbetet. Hur stor faran för kvalitetsförsämring är kan framförallt tänkas bero på hur stor del av arbetsstyrkan som finns kvar i verksamheten efter överlåtelsen. Om viktig personal lämnar gäldenärsföretaget – eller tvingas gå – så kan vi tänka oss att risken för att kvaliteten försämras ökar. Det kan vara så att entreprenadens fullgörande är avhängigt medverkan av en viss projektledare, och därför kan dennes “abdikering” föra med sig stora olägenheter.³⁰⁰ Faran blir dock bara aktuell för det fall personalen faktiskt har incitament att lämna bolaget. Vid konkurs – och då framförallt i diskussionen kring konkursboets inträdesrätt – har det hävdats att personalen stundom har ett intresse av att lämna företaget och söka sig vidare, istället för att fortsätta att arbeta under avvecklingsperioden och under förvaltarens ledning. Det främsta skälet därom verkar vara konkursboets tillfälliga natur, och den ovisshet som ligger i att boet en dag kommer att avvecklas.³⁰¹ Samma skäl gör sig inte gällande vid pre pack, eftersom tanken snarare är att viss kontinuitet i verksamheten ska upprätthållas.

Det kan dock finnas andra skäl till att en arbetstagare vill lämna i samband med pre pack-överlåtelsen. Ett sådant är att förvärvaren önskar ändra anställningsvillkoren. Enligt artikel 20 i direktivförslaget – som hänvisar till domen i det ovan under 3.4.3 refererade avgörande “Heiplog” – så utgör avvecklingsförfarandet i pre pack ett insolvensförfarande, vars syfte är att likvidera gäldenärsföretaget tillgångar. Det innebär att förvärvaren är verksamheten inte har någon skyldighet att ta hänsyn till arbetstagarnas rättigheter som följer av anställningsavtal som ingåtts med gäldenärsföretaget. Det är inte lika givet att arbetstagaren önskar fortsätta sin anställning om det innebär att anställningsvillkoren försämras. Det kan då vara fördelaktigt att söka sig vidare till en annan arbetsgivare.³⁰² Sett ur förvärvarens perspektiv kan det finnas allehanda skäl till att ändra arbetsvillkoren i samband med att man tar över verksamheten. Det kan, till exempel, vara så att det som låg bakom gäldenärsföretagets ekonomiska svårigheter, och sedermera pre pack-förfarandet, var en dåligt utformad personalstrategi.³⁰³ Här kan det, för att verksamheten ska bli lönsam igen, finnas anledning för förvärvaren att justera arbetstagarnas villkor.

Av artikel 20 följer inte bara att förvärvaren kan välja att ändra arbetsvillkoren, utan att det även står förvärvaren fritt att välja vilka arbetstagare som ska tas över. Förvärvaren kan också, av liknande skäl som motiverar ändringar i arbetsvillkoren, finna sig nödsakad att

³⁰⁰ Sandvik (1968), s. 468 f.

³⁰¹ A. a. s. 469 f.

³⁰² Eklund (1983), s. 25 f.

³⁰³ A.a. s. 26.

reducera storleken på arbetsstyrkan. Ur förvärvarens perspektiv framstår det emellertid som närmast kontraproduktivt att göra sig av med för verksamheten vital personal, likaså att förändra arbetsstyrkans villkor på ett sätt som ökar risken för att de väljer att lämna. En risk är dock att förvärvaren, efter att gjort sig av med en del av arbetsstyrkan, saknar resurser för att, på ett fullgott sätt, fullgöra sina förpliktelser.³⁰⁴ Ofta torde det dock vara så att avtalen som överläts inom pre pack-förfarandet, och där gäldenärsföretagets prestation är av naturakarakter, är av industriell karakter, där det personliga momentet är mindre framträdande. Det är den typ av avtal där det vanligen inte krävs att en viss person inom verksamheten utför momentet. Här kan medkontrahenten i regel räkna med att få tjänsten utförd med samma kvalitet, trots att en viss person inte längre är en del av verksamheten.

5.5 Medkontrahentens intresse av att komma ur avtalet

Det kan finnas situationer där medkontrahenten intresse ligger i att komma ur för denna ofördelaktiga avtal. Ett exempel på när detta kan vara fallet är då en av medkontrahenten tillhandahållen varas marknadsvärde kraftigt ökat och medkontrahenten av den anledningen har möjligt att få till stånd avtal med bättre villkor med en ny avtalsmotpart. Medkontrahenten kan även vara intresserad av att omförhandla villkoren med den som avser att förvärva verksamheten inom ramen för pre pack-förfarandet. Särskilt mot bakgrund av att medkontrahenten sitter på en förmånlig förhandlingsposition när gäldenärsföretaget inleder ett pre pack-förfarande eftersom hela förfarandet någonstans bygger på dess tidseffektivitet. Medkontrahenten kan då, med närmast förhållande syften, vägra en överlåtelse om förvärvaren inte går med på nya villkor. Att gäldenärsföretaget inlett ett pre pack-förfarande skulle alltså kunna användas som förevändning för att komma ur det aktuella avtalet, antingen för att leta efter nya avtalsmotparter, eller förhandla gentemot förvärvaren.³⁰⁵ På andra sidan står konkursgäldenären, vars avtal med medkontrahenten innebär att den betalar mindre än marknadsvärdet och där en överlåtelse av avtalet inom ramen för pre pack-förfarandet skulle innebära att han kunde tillgodogöra sig detta "övervärde".³⁰⁶ Frågan som infinner sig är då vems intressen som bör trumfa. Här kan man först och främst fråga hur skyddsvärd medkontrahenten är i sitt intresse att komma ur det aktuella avtalet. Medkontrahenten har ju i någon mån utnyttjat sin avtalsfrihet till att ingå avtalet under givna villkor och borde någonstans "få stå sitt kast".

³⁰⁴ Möller (1988), s. 574.

³⁰⁵ SOU 2010:2 s. 388; SOU 2001:80 s. 80; Håstad (1996), s. 400.

³⁰⁶ Scarberry, Klee, Newton & Nickels (2011), s. 336 f.

Insolvensens verkningar borde dessutom bäras lika av samtliga borgenärer, och insolvensen ska då inte kunna användas som ett skäl för att tillskansa sig marknadsmässiga fördelar.³⁰⁷ Mellan dessa intressen verkar det närmast till hands att låta borgenärskollektivets intresse av att kunna tillgodogöra sig värdet av avtalet väga tyngre. Medkontrahentens intresse tycks inte särskilt skyddsvärd, varken inom ramen för ett pre pack-förfarande, eller vid ett insolvensförfarande i överlag.

5.6 Galdenärsföretagets inträde i avtalet innan överlåtelse

En särskild fråga som infinner sig, och som inte behandlas i direktivförslaget, är om galdenärsföretaget måste träda in i avtalen innan det överläts. Sveriges advokatsamfund framhöll i sitt remissvar till direktivförslaget att det är av vikt att få klarhet i huruvida galdenärsföretaget måste inträda i avtalen för att en verkningfull överlåtelse ska kunna ske, samt om tidigare icke-fullgjorda förpliktelser behöver "läkas".³⁰⁸ Idag är frågan kring inträdesrätt – och den där anslutande frågan om inträdet kan ske partiellt – i det stora hela oreglerad; det finns många oklarheter. För medkontrahenten kan frågan om inträde vara intressant, såtillvida att den avgör huruvida dennes eventuella hävningsrätt kvarstår gentemot förvärvaren på grund av tidigare uppfyllda förpliktelser.

Det problem som uppstår är i relation till förpliktelser som galdenärsföretaget hade att infria innan det att avtalets överläts, men där något infriande inte ägt rum. Det är inte osannolikt att det företag som väljer att inleda ett pre pack-förfarande haft bekymmer att infria sina avtalsförpliktelser en tid dessförinnan. Om galdenärsföretaget inte inträder i avtalet innan det överläts så blir tidigare oreglerade förpliktelser konkursfordringar. Som framgår av diskussionen ovan under 2.2.1.3, så leder en överlåtelse av ett avtal inte till att medkontrahenten förlorar sin rätt att framföra invändningar mot förvärvaren. Detta innebär i sin tur att om tidigare icke-uppfyllda förpliktelser, i form av konkursfordringar, inte uppfylls, så har medkontrahenten rätt att häva avtalet, även gentemot förvärvaren. En sådan ordning framstår inte som önskvärd, då den riskerar att undergräva hela syftet med pre-pack-förfarande. Av samma skäl så framstår inte heller den lösning som framgår av 12 kap. 38 § JB, där förvärvaren och överlåtaren svarar solidariskt för tidigare förpliktelser efter överlåtelsen, som särskilt lämpligt. Förvärvaren kommer troligtvis ställa sig tveksam till medkontrahentens förmåga att uppfylla åtaganden som kvarstår sedan tidigare och kommer därför, med all sannolikt, försöka säkra sin position inför förvärvet, exempelvis

³⁰⁷ Möller (1990), s. 188.

³⁰⁸ Sveriges Advokatsamfunds remissyttrande, Dnr Ju2022/03740 (2023-03-17).

genom avdrag på köpeskillingen. Det leder till att gäldenärsföretaget inte kan realisera det aktuella avtalet till önskat värde, vilket i sin tur leder till mindre tillgångar att fördela bland borgenärskollektivet. Det sagda innebär alltså att en överlåtelse från “konkursfordringsplanet” inte berövar medkontrahenten dennes hävningsrätt.³⁰⁹

För att få till en verkningsfull överlåtelse tycks det därför nödvändigt att konkursgäldenären, innan överlåtelsen äger rum, träder in i aktuellt avtal. Det kan möjligen förefalla en aning tekniskt att kräva att gäldenärsföretaget inträder i avtalet, eftersom överlåtelsen är tänkt att äga rum i direkt anslutning till konkursutbrottet. Rent systematiskt är det dock den lösning som ligger närmast den svenska sakrätten. Frågan som infinner sig är om inträdet kan ske partiellt, eller om det måste ske i hela avtalet. Den senare lösningen erbjuder en ur medkontrahentens perspektiv attraktiv lösning. En sådan lösning innebär att gäldenärsföretaget tvingas att svara för förpliktelser för såväl förflutna som framtida förpliktelser, med möjlighet för medkontrahenten att häva om uppfyllelse inte sker. Om gäldenärsföretaget tvingas inträda i hela avtalet finns dock risken för att pre pack-förfarandet inte får önskat genomslag. Den ekonomiska vinning som står att finna i att verksamheten överläts som en sammansatt enhet riskerar då att “ätas upp” av det faktum att gäldenärsföretaget tvingas infria tidigare ouppfyllda förpliktelser. Nettovinsten som görs på att överlåta verksamheten inom pre pack-förfarandet riskerar då att bli mindre än om tillgångarna istället sålts fristående.

En lämpligare lösning skulle vara att begränsa ansvaret genom partiellt inträde, där förpliktelser hänförliga till tiden före konkursutbrottet inte kan läggas till grund för en hävning av avtalet gentemot förvärvaren, utan att gäldenärsföretaget för den sakens skull tvingas infria dessa. Denna lösning återspeglar den ordning som gäller enligt dansk rätt, där förpliktelser som kan hänföras till tiden före överlåtelsen av verksamheten faller bort.³¹⁰ Det massaansvar som gäldenärsföretaget klär sig i begränsas då till tiden efter inträdet med den innebörden att tidigare ej infriade förpliktelser inte kan göras gällande mot den som förvärvar verksamheten. Förpliktelser som mot förmodan uppkommer mellan konkursutbrottet och pre pack-förvärvets genomförande bör konkursboet ansvara över. För tiden efter förvärvets genomförande så tar förvärvaren över ansvaret, det vill säga för återstoden av det som annars hade omfattats av konkursboets massaansvar. Hur frågan kommer att hanteras återstår att se och kommer inte behandlas djupare inom ramen för denna framställning. Från medkontrahentens perspektiv så kan dock konstateras att en

³⁰⁹ Möller (1998), s. 396.

³¹⁰ Lindencrone Petersen, Ørgaard (2022), s. 265 f.

ordning där konkursboet tvingas träda in i avtalen fullt ut är den i särklass mest fördelaktiga lösningen, men att en sådan knappast är görbar för att pre pack-förfarandet inte ska förlora sitt syfte.

5.7 Intresseavvägning – medkontrahentens intressen i ett pre pack-kontext

Om man anlägger ett insolvensrättsligt perspektiv på medkontrahentens intressen så framträder således andra överväganden, vilka, till skillnad från det fall att man betraktar intressena isolerat ur ett avtalsrättsligt perspektiv, kan rättfärdiga en inskränkning i medkontrahentens avtalsfrihet.³¹¹ Enligt den analys som förts i förevarande avsnitt framgår det att medkontrahentens – förvisso legitima – intressen i att välja sin avtalsmotpart i regel inte utsätts för några betydande negativa konsekvenser till följd av att avtalet överläts inom ramen för pre pack. Snarare tvärtom så verkar många av medkontrahentens intressen tillgodoses bättre för det fall att avtalet tillåts att fortsätta med förvärvaren, än om avtalet skulle upphöra till följd av konkursgäldenärens avvecklas. Där det har identifierats en potentiell risk för att medkontrahenten kan lida men av överlåtelsen, har det nästan krävts att man gör antaganden om att förvärvaren kommer att genomföra omfattande förändringar i verksamheten, eller att en stor del av arbetsstyrkan av någon anledning inte får vara kvar i verksamheten, eller väljer att lämna. Detta förefaller mindre troligt. Man skulle dock kunna hävda att det är medkontrahenten ensak att – i linje med avtalsfriheten – avgöra om bytet av avtalspart ska äga rum eller inte, oavsett om det medför några direkta negativa konsekvenser eller inte.³¹² Det vore dock att undergräva andra, ur insolvensrättsligt hänseende, befogade intressen därom.

Frågan om ett avtal ska tillåtas att överlätas bör ses mot bakgrund av det faktum att medkontrahenten, som utgångspunkt, är en vanlig konkursborgenär med en oprioriterad konkursfordran. Det som bör skyddas är då inte att medkontrahenten undgår förluster till följd av insolvensförfarandet, utan att han inte drabbas av framtida förluster och olägenheter till följd av att avtalet överläts.³¹³ Sådana framtida förluster skulle kunna vara att en naturaförpliktelse inte längre utförs med samma kvalitet, eller att medkontrahenten står risken att inte få betalt. Intresset av att lindra dessa framtida förluster måste dock sättas i relation till att möjligheten för konkursgäldenären att överlåta ett avtal kan vara helt

³¹¹ Möller (1988), s. 390.

³¹² Ingvarsson (2017), s 41.

³¹³ Jämför Möller (1998), s. 76. Författaren menar att man, vid bedömning om konkursboet bör ges en tvingande inträdesrätt, endast ska beakta den framtida förlust och olägenhet som ett sådant inträde kan tänkas föra med sig.

avgörande för verksamhetens kontinuitet. Den aktuella inskränkningen tjänar nämligen hela syftet med pre pack-förfarandet, nämligen att på ett effektivt och, sett till återvinningsgrad, förmånligt sätt överlåta gäldenärens verksamhet.³¹⁴ Tanken med pre pack är, som nämnts ovan under 3.4.1, att det kan antas återvinnas större värden till borgenärskollektivet för det fall hela, eller en del av, verksamheten säljs som en fortlevande verksamhet, än om tillgångarna säljs separat.³¹⁵ Pre pack bygger även på insikten att det uppnås betydande besparingar om den tid som gäldenären spenderar i formella insolvensförfaranden minskar. Genom att minska tiden som spenderas i insolvensförfarandet så reduceras den förlust som uppstår på grund av avbrott i verksamheten och på grund av att gäldenärsföretaget, som en följd av insolvensen, hamnar i dåliga dager.³¹⁶ En förvärvare av en verksamhet är dessutom – i regel – villig att betala mer om den har möjlighet att ta över befintliga avtal.³¹⁷ Det beror dels på att förvärvaren inte behöver lägga tid och resurser på att förhandla fram nya avtal eller leta efter nya avtalsparter, dels på att verksamheten kan sättas igång omedelbart efter förvärvet, utan kostsamma avbrott. Verksamheten kan vara beroende av en viss lokal, av att fortsätta leasa en viss maskin, eller fortsätta handla med en viss leverantör, varför dessa avtal ofta utgör en förutsättning för förvärvet.³¹⁸ Befinner vi oss i mer industriell miljö är det vanligen verkstadsmaskiner och annan utrustning representerar stora värden och skulle dessa försvinna, på grund av att ett leasingavtal inte tillåts överlåtas med verksamheten, så skulle det leda till allvarliga driftstörningar.³¹⁹

Pre pack främjar, förutom borgenärskollektivets, även mer samhällliga intressen. Just samhällliga intressen är något som kommit att beaktas alltmer inom den insolvensrättsliga sfären.³²⁰ Då en insolvent, men i övrigt livsduglig, verksamhet förvärvas inom ramen för pre pack så bevaras det värde som byggts upp genom avtalen och där ingående handlingsmönster.³²¹ För ett sunt, starkt och konkurrenskraftigt näringsliv så är det en förutsättning att det finns väl fungerande företag. Även i grund och botten livskraftiga företag kan emellertid drabbas av ekonomiska bekymmer och det måste då finnas verktyg

³¹⁴ Direktivförslaget, s. 15; van Zanten (2023), s. 104.

³¹⁵ Se ovan under avsnitt 3.4.1.

³¹⁶ Janger & Jacoby (2016), s. 2 f. Författarna beskriver det med metaforen av en smältande iskub för att illustrera den snabba och ofta oundvikliga värdeminskningen av en tillgång eller ett företag som genomgår insolvens. Det kan handla om förlorad goodwill, nyckelpersoners avhopp, förlorade kundrelationer, och försämrad marknadsposition.

³¹⁷ Scarberry, Klee, Newton, Nickles (2011), s. 355.

³¹⁸ A.st.

³¹⁹ Möller (1988), s. 434.

³²⁰ Fura-Sandström, s. 59.

³²¹ Karlsson-Tuula (2001), s. 38.

att bevara dessa inom det ekonomiska kretsloppet.³²² Förutom detta så leder pre pack till att sysselsättningen främjas, vilket är inom insolvensrätten erkänt intresse.³²³ Visserligen har förvärvaren, som nämndes under 3.4.3, ingen skyldighet att ta över arbetstagarna i gäldenärsföretaget, men för att verksamhetsöverlåtelsen ska bli verkfull är detta ofta en förutsättning. Givet dessa intressen, och mot bakgrund av det faktum att medkontrahentens intressen i regel inte tar en så hård smäll av att avtalet överläts, så framstår det som närmast självklart att överlåtelsemöjligheten anses vara motiverad.

5.8 Sammanfattande kommentar – avsnitt fem

Mot bakgrund av det som redogjorts för ovan under 5.1 – 5.7 så tycks den i direktivförslaget föreslagna lösningen vara välmotiverad. Trots att den frångår huvudregeln om att överlåtelse av ömsesidigt förpliktande avtal kräver medkontrahentens samtycke, så kan det konstateras att medkontrahentens intressen inte äventyras i någon större utsträckning när överlåtelsen sker i sällskap med den verksamheten som det tidigare varit del av. För att pre pack-förfarandet ska kunna genomföras, och på så sätt uppfylla målsättningarna därbakom, så framstår lösningen som presenteras i direktivförslaget som i det närmaste som ofrånkomlig. Hade medkontrahentens samtycke varit en förutsättning avseende alla i verksamheten ingående avtal så hade pre pack-förfarandet inte bara dragits ut rent tidsmässigt, utan risken hade även varit överhängande att någon försäljning inte ens kommit till stånd. Skulle en försäljning trots allt komma till stånd så hade risken varit överhängande att gäldenärsföretaget, till följd av att vissa avtal inte överläts, skulle tvingas acceptera en lägre köpeskilling, vilket i slutändan hade påverkat borgenärskollektivet. Tar man ett steg tillbaka så riskerar ändamålen, som på EU-nivå ligger bakom direktivförslaget, att äventyras, för det fall att ett pre pack-förfarande inte får avsett genomslag. Tanken är, som sagt, att skapa goda förutsättningar för gränsöverskridande investeringar och förutsebara och effektiva insolvenssystem. Tar med det i beaktning, samt det faktum att medkontrahentens intressen inte åsidosätts i någon märkbar grad, så framstår överlåtelsemöjligheten som än mer motiverad.

³²² Prop. 2021/22:215, s. 100 f.

³²³ Prop. 1986/87:90, s. 262 f.

6 Diskussion – konkurs och företagsrekonstruktion de lege ferenda

Detta avsnitt ämnar att diskutera om en överlåtelseregel, motsvarande den som föreslås i direktivförslaget, hade lämpat sig inom konkurs- respektive rekonstruktionsförfarandet. Diskussionen kommer, likt den analys som presenterades ovan under avsnitt fem, ta sin utgångspunkt i medkontrahentens intressen. Inledningsvis kommer avsnittet att diskutera om – och i så fall varför – det finns ett behov av att koordinera reglerna kring hanteringen av gäldenärsföretagets avtal. Därefter kommer avsnittet att diskutera om den i direktivförslaget föreslagna överlåtelsemöjligheten kan vara lösningen på samordningsproblematiken. Givet framställningens inriktning kommer även denna del att ta sin utgångspunkt i medkontrahentens intressen.

6.1 Behovet av samordnade regler kring överlåtelse av gäldenärsföretagets avtal

Samordnade regler mellan de olika insolvensregimerna, särskilt vad gäller hanteringen av gäldenärsföretagets avtal, har efterfrågats under lång tid.³²⁴ Sett till idag saknas det som sagt regler kring möjligheten att överlåta gäldenärsföretagets avtal. Att det i stor grad saknas regler leder till att en förvaltare eller rekonstruktör som önskar att överlåta ett avtal tvingas lägga tid och resurser på utreda om så är möjligt, vilket i slutändan drabbar borgenärskollektivet genom att förvaltaren tar ut ett större arvode.³²⁵ För det fall det finns regler som hanterar överlåtelse utom konkurs och rekonstruktion, såsom för vissa typer av hyresavtal och immaterialrättsliga avtal, så är dessa ofta inte samordnade och ger uttryck för ofullständiga lösningar, vilket även det spär på rättsosäkerheten.³²⁶ Osäkerhetsmomentet borde bli än mer påtagligt vad gäller avtal där överlåtelsemöjligheterna baseras på olika analogislut, såsom vid leasingavtal.³²⁷ Förutom osäkerhetsmomentet så riskerar bristen på uniformitet i hur gäldenärsföretagets avtal hanteras inom konkurs, företagsrekonstruktion och framgent pre pack att skapa oönskade incitament hos berörda parter att välja det ena förfarandet framför det andra, baserat på

³²⁴ SOU 2021:12, s. 156. Utredaren pekar särskilt på behovet av att samordna reglerna kring gäldenärens avtal, för att minska incitamenten att välja det ena förfarandet framför det andra. Se även SOU 2010:2, s. 74; Karlsson-Tuula (2019), s. 72.

³²⁵ Anledningen till detta är för att förvaltarens arvode utgör en så kallad konkursskostnad och betalas enligt 14 kap. 2 § KonkL ut framför andra skulder som konkursboet ådragit sig samt att rekonstruktören enligt 9 kap. 4 § FrekL har rätt till ersättning för kostnader och utlägg, en rätt som, för det fall rekonstruktionen skulle mynna ut i konkurs, blir en så kallad allmän förmånsrätt enligt 10 § förmånsrättslagen.

³²⁶ SOU 1994:120, s. 177.

³²⁷ SOU 2010:2 s. 385; SOU 1994:120 s. 177.

särintressen.³²⁸ Det sistnämnda, risken för att val av insolvensförfarande baseras på särintressen, förtjänar att kommenteras lite extra.

Neutralitet mellan olika förfaranden anses eftersträvansvärt, av den anledningen att särintressen inte ska styra valet av insolvensförfarande, på bekostnad av andra legitima intressen. Fenomenet när någon part, av rena särintresse, styr valet av förfarande, kallas ibland för förfarandeshopping. Högsta domstolen har uttalat att “borgenärernas inbördes ställning inte bör påverkas av vilket slags insolvensförfarande det rör sig om”.³²⁹ En situation där risken för förfarandeshopping är påtaglig är den som behandlats ovan under avsnitt 5.5, nämligen då en medkontrahent önskar att komma ifrån ett avtal av den anledningen att det vore marknadsmässigt fördelaktigt att söka sig till en annan avtalsmotpart. Det kan till exempel handla om en medkontrahent som enligt ett långvarigt leverantörsavtal regelbundet tillhandahåller gäldenärsföretaget leverans av matvaror. På grund av fluktuationer på marknaden så är andra aktörer villiga att betala mer för matvarorna än vad gäldenärsföretaget gör. Om reglerna om pre pack ger en ovillkorlig rätt för gäldenärsföretaget att överlåta leveransavtalet tillsammans med verksamheten, samtidigt som konkurslagen inte innehåller någon motsvarande rätt, så kommer medkontrahenten, för det fall att det får indikationer på att gäldenärsföretaget börjar att gå dåligt, försöka att försätta gäldenärsföretaget i konkurs, i syfte att hindra pre pack-förfarandet. Medkontrahenten ges då möjlighet att komma ur det aktuella leveransavtalet och söka sig vidare, med förutsättningar till bättre villkor.³³⁰ En sådan ordning riskerar att bli konkursdrivande och äventyra andra intressen, såsom borgenärskollektivets intresse av att maximera boets värde, eller mer samhällliga intressen, såsom önskan att rekonstruera i grund och botten livskraftiga företag.³³¹

Hur stor risken för förfarandeshopping är beror dock på möjligheten för medkontrahenten att försätta gäldenärsföretaget i konkurs, eller få gäldenärsföretaget att inleda en rekonstruktion, samtidigt som gäldenärsföretaget har möjlighet att inleda ett pre pack-förfarande.³³² Om det inte finns någon överlappning mellan förfarandena så finns det inte heller någon risk för förfarandeshopping. Att försätta någon i konkurs kräver enligt 1

³²⁸ SOU 2010:2, s. 367; SOU 2016:72, s. 150 f.; Persson & Karlsson-Tuula (2016), s. 74 f.; Sveriges Advokatsamfundets remissyttrande, Dnr Ju2022/03740 (2023-03-17).

³²⁹ NJA 2016 s. 73, p. 17.

³³⁰ Som utgångspunkt, jämför ovan under avsnitt 2.1 om konkursgäldenärens inträdesrätt i vissa fall.

³³¹ Jämför den analys som förts ovan under 4.2.

³³² Notera att vi, för enkelhetens skull, upprätthåller den terminologi vi haft genomgående i arbetet. Enligt 2 kap. 4 § KonkL så kan en borgenär ansöka om att försätta gäldenärsföretaget i konkurs. Detsamma gäller vid företagsrekonstruktion, enligt 2 kap. 1 § FrekL. Medkontrahenten är, såvitt avser gäldenärens förpliktelse, just borgenär.

kap. 2 § KonkL att gäldenärsföretaget är insolvent.³³³ Bedömningen av gäldenärsföretagets insolvens är ofta en svår utmaning för förmedkontrahenten, dels eftersom det dels förutsätter viss insyn i gäldenärsföretagets ekonomiska angelägenheter, dels för att insolvensbedömningen innehåller ett visst moment av prognostisering.³³⁴ I 2 kap. 8–9 §§ KonkL finns det dock vissa presumptionsregler som medkontrahenten kan luta sig tillbaka på. För det fall att någon av presumptionsgrunderna är uppfyllda, så åligger det gäldenärsföretaget att visa att någon insolvens inte föreligger.³³⁵ Förutom det så krävs det enligt 2 kap. 6 § att den medkontrahent som ansöker om att försätta gäldenärsföretaget i konkurs styrker att den har en fordran på gäldenärsföretaget. Det finns inget krav på att fordran måste förfallit, men den måste uppkommit innan konkursansökan – den måste utgöra en konkursfordran.³³⁶ En medkontrahent som har en fordran mot gäldenärsföretaget har alltså, förutsatt att gäldenärsföretaget är insolvent, möjlighet att försätta det i konkurs.

Vad som krävs för att ett pre pack-förfarande ska kunna inledas nämns inte i direktivförslaget. Det finns inget krav på att gäldenärsföretaget ska vara insolvent. Däremot framgår det av artikel 23 att medlemsstaterna ska säkerställa att ett gäldenärsföretag, som befinner sig i läge av sannolik eller bekräftad insolvens, i enlighet med nationell rätt, ska efter ansökan om pre pack omfattas av avbrytande av enskilda verkställighetsåtgärder. I dagsläget tycks det alltså möjligt att ansöka om pre pack redan innan insolvens är förestående. Det tycks inte heller finnas någon nedre gräns för när det är möjligt att ansöka – även ett insolvent företag borde därför kunna inleda ett pre pack-förfarande. Om vi återvänder till fallet ovan så kan vi tänka oss att gäldenärsföretaget är insolvent och att tidigare leveranser skett på kredit. Medkontrahenten har då möjlighet att ansöka om att få gäldenärsföretaget försatt i konkurs. Eftersom det i dagsläget inte finns någon nedre gräns för när ett gäldenärsföretag kan ansöka om pre pack, så finns det en risk för att förutsättningarna att inleda såväl ett konkursförfarande som ett pre-pack-förfarande rent tidsmässigt sammanfaller. Om medkontrahenten agerar snabbt kan denne således få gäldenärsföretaget satt i konkurs, till fördel för sina egna intressen.

Vänder man blickarna mot rekonstruktionsförfarandet så kan det konstateras att risken för att medkontrahenten, i syfte att kringgärda gäldenärsföretagets möjligheter att inleda ett pre pack-förfarande, skulle dra nytta av rekonstruktionsförfarandet, tycks vara små. Det finns helt enkelt inte samma incitament, eller möjligheter, för medkontrahenten att

³³³ Se ovan under avsnitt 2.1 för vad som avses med termen insolvent.

³³⁴ NJA 2013 s. 822, p. 4.; Savin (2023), kommentar till 2 kap. 1 § KonkL.

³³⁵ Mellqvist & Welamsson (2022), s. 60.

³³⁶ SOU 1970:75 s. 74; Håstad (1996), s. 98.

tvångsvis leda in gäldenärsföretaget i en företagsrekonstruktion. Det är därtill sällan man pratar om att en viss ordning riskerar att bli "rekonstruktionsdrivande" på samma sätt som man pratar om att en ordning riskerar att bli "konkursdrivande", vilket troligen har sin grund i att rekonstruktion av i grunden livskraftiga verksamheter är något som ses som eftersträvansvärt, innan det att konkursen är oundvikligt faktum.³³⁷

Ett beslut om företagsrekonstruktion får, enligt 2 kap. 10 § FrekL, endast beslutas om gäldenärsföretaget är illikvidt, om det föreligger risk för likviditet, eller om gäldenärsföretaget i något annat avseende har ekonomiska svårigheter som innebär risk för insolvens.³³⁸ Förutom det så krävs det, enligt samma bestämmelse, att det finns grundad anledning att anta att gäldenärsföretaget livskraft kan säkras genom rekonstruktionen. Rent tidsmässigt kommer förfarandena, enligt det som presenterades ovan, att sammanfalla, eftersom ett pre pack-förfarande inte kräver att gäldenärsföretaget är insolvent. Det finns emellertid andra omständigheter som gör risken för förfarandeshopping mindre trolig. En ansökan om företagsrekonstruktion som görs av medkontrahenten, i dennes egenskap av borgenär, måste först och främst godkännas av gäldenärsföretaget för att beslutet ska gå igenom, enligt 2 kap. 9 § FrekL. Medkontrahenten kan därför inte på eget bevåg få tillstånd en företagsrekonstruktion å gäldenärsföretagets vägnar. Det innebär att ett gäldenärsföretag, vars avsikt är att överlåta verksamheten inom ramen för pre pack, kan värja sig mot eventuella försök att istället drivas in i ett rekonstruktionsförfarande, genom att helt enkelt motsätta sig rekonstruktionen. Dessutom är det så att avtalet mellan gäldenärsföretaget och medkontrahenten i regel består efter det att rekonstruktionen avslutats. Rekonstruktionen kan därför inte användas som en förevändning för medkontrahenten att komma ur för denne ofördelaktiga avtal, något som är fallet vid konkurs. Med det sagt så kan medkontrahenten, enligt den intresseinventering som gjorts under avsnitt fem, sitta på andra intressen i att hindra en överlåtelse av avtalet som den ingått med rekonstruktionsgäldenären. Här måste medkontrahenten dock beakta risken för att avtalet, som ett led i den rekonstruktionsplan som tas fram under företagsrekonstruktionen, överlåts trots allt, oaktat dennes bristande samtycke.³³⁹

För den medkontrahent som inte vill att avtalet, vilket denne ingått med gäldenärsföretaget, ska överlåtas, verkar incitamenten att "förfarandeshoppa" öka, förutsatt att direktivförslaget antas i sin nuvarande tappning. Möjligheterna, och i viss mån

³³⁷ Prop. 2021/22:215 s. 1.

³³⁸ Jfr även a. prop. s. 355 f, där resonemangen bakom "risk för insolvens" utvecklas.

³³⁹ A. prop.

incitamenten, att “förfarandeshoppa” tycks dock inte vara lika stora i förhållande till företagsrekonstruktion, som i förhållande till konkurs. Risken för förfarandeshopping och önskan att tydligt fastställa konkursförvaltarens eller rekonstruktörens möjligheter att överlåta avtal från gäldenärsföretaget för att skapa större förutsägbarhet utgör i min mening starkt talande systemargument för att införa enhetliga överlåtelseregler. Återstoden av avsnitt sex kommer mot bakgrund av detta att diskutera hur en lösning likt den som finns i direktivförslaget hade lämpat sig inom konkurs och företagsrekonstruktion, alltjämt i förhållande till medkontrahentens intressen i att välja sin avtalsmotpart.

6.2 Överlåtelse av avtal utan medkontrahentens samtycke vid konkurs

En överlåtelse av ett avtal som sker inom ramen för ett konkursförfarande kan i vissa fall efterlikna en överlåtelse som sker inom ramen för ett pre pack-förfarande; även vid konkurs kan förvaltarens målsättning vara att avtalen ska överlåtas tillsammans med verksamheten som helhet, som en “going-concern”. När avtalen är tänkta att överlåtas inom ramen för en verksamhetsöverlåtelse så gör sig – i princip – inga andra intressen hos medkontrahenten gällande än de som presenterades ovan under avsnitt fem. Medkontrahentens intressen är även här skyddade av det faktum att det råder närmast subjektidentitet mellan å ena sidan gäldenärsföretaget, å andra sidan den som förvärvar verksamheten. Möjligheten att överlåta avtalen tillsammans med rörelsen tycks dessutom redan finnas vad gäller vissa avtalstyper. Som nämnades under avsnitt 2.2.3.1–2.2.3.2 så kan ett lokalhyresavtal och ett licensavtal avseende upphovsrätt i regel överlåtas tillsammans med rörelsen som avtalet utgjort en del i, med förbehåll för att överlåtarens förpliktelser i dessa fall inte upphör i samband med överlåtelsen. Den överlåtelsemöjlighet som föreslås i direktivförslaget skulle därför även kunna lämpa sig för rörelseöverlåtelser som sker inom ramen för en “sedvanlig” konkurs, utan att medkontrahentens intressen för den sakens skull överskuggas.

När avtalen överlåts inom ramen för en verksamhetsöverlåtelse finns det dessutom alltjämt ett rekonstruerande syfte med i bilden, eftersom förvärvaren, genom att ta över verksamheten med redan befintliga avtalslösningar, på ett smidigt sätt kan fortsätta driften, i syfte att göra verksamheten lönsam igen. Förvärvaren kan tillgodogöra sig det värde som finns i att verksamheten består som en produktiv enhet och sparar därtill in på kostnader som annars hade följt av starta en ny verksamhet; att hitta finansiering, att leasa nya tillgångar och att hitta samt bygga upp relationer med leverantörer och kunder, för att

nämna några exempel. När en i och för sig livsduglig, men insolvent, verksamhet ges möjlighet att fortsätta sin drift, så motverkas den kapitalförstörelse som annars följer av att verksamheten avvecklas och tillgångarna realiserar, där redan etablerade handlingsmönster och avtalslösningar tillintetgörs.³⁴⁰ Mot bakgrund av den analys som presenterats ovan under avsnitt 5.2, där vi konstaterade att varken prestationsbaserade, strategiska, ideella, relationella eller reputationella intressen äventyras i någon större utsträckning när en verksamhet överläts i sin helhet, så borde en liknande överlåtelsemöjlighet kunna införas även vad gäller verksamhetsöverlåtelser som äger rum inom ramen för ett traditionellt konkursförfarande. Noterbart är dock det som framförts ovan under avsnitt 5.4, nämligen att den personal som finns i gäldenärsföretaget riskerar att söka sig vidare, givet konkursboets tillfälliga natur och den osäkerhet som därav. Det är inte självklart att förvaltaren bestämt sig för att verksamheten ska överlåtas i det inledande skedet av konkursen och risken finns att man, inte beslut fattats, går miste om centrala pjäser i verksamheten. Detta kan i sin tur påverka medkontrahenten negativt, särskilt om gäldenärsföretagets prestation kräver den specifika yrkesskicklighet som de personer som har lämnat företaget.

När konkursboet önskar överlåta ett avtal separat, i syfte att dra nytta av det övervärde som avtalet eventuellt har, så blir övervägandena till viss del annorlunda. Här ligger konkursboets intresse framförallt i att maximera boets värde och, i viss mån, att minska den värdeförstörelse som kan bli resultatet av att redan etablerade avtalslösningar tillintetgörs. Skulle konkursboet ges möjlighet att överlåta ett avtal separat så skulle boet kunna tillgodogöra sig det värde som avtalet representerar, vilket i nästa led skulle kunna fördelas bland borgenärskollektivet. Det värde som ligger i att en sammanhållen verksamhet överläts gör sig emellertid, till skillnad från när avtalet överläts tillsammans med verksamheten, inte gällande här; istället riktas förvaltarens fokus mot att avveckla och skifta boet, där avtalet ses som en av flera tillgångar. Än mindre gör sig samhällliga intressen gällande, då en separat överlåtelse inte bidrar till verksamhetens bestånd och därmed inte heller varken till att främja sysselsättningen eller företagsamheten i stort. För medkontrahenten innebär överlåtelser dock att flera av dennes intressen riskerar att hamna i kläm. Vid en separat överlåtelse av avtalen ökar risken för att avtalet hamnar i en för medkontrahenten främmande verksamhet. Konkursförvaltaren kommer troligtvis, i linje med dennes allmänna åliggande, att överlåta avtalet till den intressent som erbjuder att betala mest till konkursboet, utan något hänsynstagande till medkontrahentens eventuella

³⁴⁰ Prop. 1995/96:5, s. 54 f.

intressen.³⁴¹ Skulle konkursboet till exempel ges en möjlighet att överlåta ett lokalhyresavtal till en verksamhet utan någon som helst koppling till den verksamhet som konkursgäldenären bedrivit, så hamnar medkontrahenten i en position där denne tvingas finna sig i att lokalen inte längre nyttjas enligt det i avtalet stadgade upplåtelseändamålet. Detsamma är fallet om medkontrahenten befinner sig i position av leasegivare eller licensgivare och den som förvärvar leasing- eller licensavtalet inte har för avsikt att använda objektet eller rättigheten på samma sätt som konkursgäldenären hade. Extra påtagligt blir det intresset när ett leasingupplägg är av mer operationell karaktär, och utgångspunkten alltså är att leasinggivaren ska återta objektet efter leasingperiodens slut, där intresset av att leasingtagaren vårdar objektet omsorgsfullt gör sig särskilt gällande. Ett ytterligare exempel är om medkontrahenten är en beställare av en entreprenad och konkursgäldenären varit dennes entreprenör. Om entreprenadavtalet överläts separat av konkursboet – och därmed utan de personella resurser som hade att prestera skyldigheterna enligt avtalet – så finns det, till skillnad från pre pack-fallet, en överhängande risk att avtalet inte fullgörs med samma kvalitet, eftersom förvärvaren av avtalet helt enkelt saknar förutsättningar till detta. Kontroll- och förtroendeintressen hos medkontrahenten, som kanske framförallt gör sig gällande vad avser licens av exempelvis ett patent, riskerar även dessa att åsidosättas på ett icke förnimbart sätt. Den aktuella licensen lämnar den verksamhet som den tidigare använts i och det förtroendeförhållande som tidigare funnits går förlorat. Givet det faktum att licensen riskerar att hamna i en för medkontrahenten främmande verksamhet, så ökar även risken för att förvärvaren inte lever upp till tidigare kvalitets- och servicekrav, likaså risken för att den kolliderar med andra rättigheter.

Invändningen i detta avseende skulle dock kunna vara att medkontrahenten, för det fall att förvärvaren inte presterar enligt villkoren, alltså har möjlighet att häva avtalet. Det är i min mening dock inte tillfredsställande att enbart hänvisa till medkontrahentens hävningsrätt. Att häva ett avtal är i regel en komplicerad process som kräver såväl tid som resurser. Först och främst är det inte givet att avtalsbrottet är av sådan dignitet att medkontrahenten ens har möjlighet att häva, trots att överlåtelsen för med sig olägenheter. Det är inte heller klart att medkontrahenten kan förvänta sig full skadetäckning för det fall att avtalet hävs. Dessutom måste beaktas den tidsutdräkt som följer av att hävningen förskjuts ett led framåt. Hade medkontrahenten haft möjlighet att häva avtalet i samband

³⁴¹ Konkursförvaltarens allmänna åliggande följer av 7 kap. 8 § KonkL. Enligt bestämmelsen ska konkursförvaltaren tillvarata borgenärernas gemensamma rätt och verka för en förmånlig och effektiv avveckling av boet.

med konkursen, vilket regelmässigt är fallet, så hade denne kunnat söka en ny avtalsmotpart direkt. Vi kan föreställa oss att medkontrahenten är ett tillverkningsföretag och har haft ett långsiktigt leveransavtal med gäldenärsföretaget avseende en viss komponent. När gäldenärsföretag försätts i konkurs så överläts leveransavtalet separat. Förvärvaren av avtalet levererar inte av den kvalitet som följer av avtalet och medkontrahenten häver. I den aktuella situationen hade medkontrahenten, snarare än att tvångsvis acceptera förvärvaren, haft möjligheten att direkt söka efter nya leverantörer. På så vis skulle medkontrahenten undvika det avbrott i leveransen som uppstod när förvärvaren övertog avtalet, något som potentiellt kunde haft förödande konsekvenser för den egna produktionsprocessen.

Något som påverkar i vilken grad medkontrahentens intressen gör sig gällande när ett avtal överläts separat är hur det aktuella avtalet ser ut. Vid exempelvis vissa fall av licens så skulle det kunna vara motiverat med en separat överlåtelse av licensavtalet. Så är fallet om den aktuella licensen varit tidsbestämd, exklusiv och om gäldenärsföretaget, i egenskap av licenstagare, erlagt en marknadsmässig köpeskillingslikvid vid avtalets ingående. Här har den ursprungliga relationen mellan gäldenärsföretaget och medkontrahenten varit av sådan karaktär att licensen närmast varit att betrakta som en definitiv och slutgiltig överföring av alla med immaterialrättigheten följande rättigheter, särskilt om medkontrahenten själv avstått från att använda rättigheten.³⁴² Medkontrahentens intresse av att kontrollera hur den aktuella licensen används, att tillse att den inte kolliderar med andra rättigheter och att den inte hamnar hos en viss förvärvare blir då inte lika angelägna, åtminstone inte när den aktuella licensen avser en rättighet av industriell karaktär. Likaså är fallet om det aktuella avtalet är av en mer momentan och industriell karaktär. Om medkontrahenten, i egenskap av leverantör, åtagit sig att leverera en viss produkt och leveransen är tänkt att ske i olika delposter, så borde avtalet kunna överlåtas när några delposter återstår, utan att det skapar alltför stora olägenheter för medkontrahenten. Här gör sig det relationella intresset inte gällande på samma sätt och för medkontrahenten ligger intresset i princip enbart i att få betalt.

Givet ovan så framstår det som att en separat överlåtelse av avtal i konkurs, utan medkontrahentens samtycke, riskerar att leda till en omotiverad inskränkning i dennes intressen i att välja sin avtalsmotpart. Det är uppenbart att medkontrahentens intressen förflyttas till en annan kontext när det aktuella avtalet separeras från verksamheten. Samtidigt, vid en icke-separat överlåtelse, finns inte lika starka ändamålsargument som

³⁴² Rosen (2006), s. 87.

talar för en överlåtelsemöjlighet. Den separata överlåtelsen motiveras främst av värdeoptimering av boet, medan andra intressen, såsom rekonstruktion och samhällsrelaterade, inte får samma framträdande roll. En överlåtelse av avtal som sker tillsammans med rörelsen framstår dock som motiverad, med grund i samma resonemang som för pre pack-förfarandet. Det är tydligt att medkontrahentens intressen inte löper lika stor risk att förbises, och det finns starka ändamålsskäl för att underlätta överlåtelse av hela verksamheten. Inalles skulle alltså den överlåtelsemöjlighet som föreslås i direktivförslaget – att överlåta avtal utan medkontrahentens samtycke – skulle kunna lämpa sig för verksamhetsöverlåtelser som sker vid konkurs, men inte separata överlåtelser. Den största skillnaden mellan en verksamhetsöverlåtelse som äger rum vid en konkurs, kontra en som äger rum inom ramen för pre pack, är att den senare sker omedelbart eller i nära anslutning till beslutet, vilket alltså inte behöver vara fallet för det förra, där verksamheten antingen drivs vidare ett tag, eller ligger nere, under den tid som förvaltaren försöker att hitta en förvärvare. Att enkom införa en likadan överlåtelsemöjlighet för verksamhetsöverlåtelser i konkurs kan leda till svåra definitionsfrågor – när rör det sig om en övergång av verksamheten, och när gör det inte det. Mycket kan ändras under den period som förvaltaren behöver för att hitta en förvärvare. Frågan kommer inte behandlas djupare än så inom ramen för denna diskussion, utan här nöjer vi oss med att konstatera att en sådan överlåtelsemöjlighet kan föra med sig vissa problem.

6.3 Överlåtelse av avtal utan medkontrahentens samtycke vid företagsrekonstruktion

Vid företagsrekonstruktion kan en möjlighet att överlåta avtal utan medkontrahentens samtycke leda till att det rekonstruerande syftet med förfarandet uppnås. En skillnad jämfört med såväl pre pack som konkurs är att den som överlåter avtalet – här rekonstruktionsgäldenären – inte är tänkt att avvecklas efter det att rekonstruktionsförfarandet upphört. Syftet med rekonstruktionen är ju i princip den motsatta, nämligen att företaget, förutsatt att det bedöms som livskraftigt, ska ges möjlighet att komma ur det ekonomiska trångmål som det hamnat i och fortsätta sin verksamhet.³⁴³ Överlåtelsen av avtalet har därmed, i kontrast till när det överlåts separat inom konkurs, även det rekonstruerande syftet, såtillvida att rekonstruktionsgäldenären ges

³⁴³ Prop. 2021/22:215 s. 107.

möjlighet att göra sig av med betungande avtal. Galdenärsföretaget skulle med en överlåtelsemöjlighet kunna frigöra sig från avtal som är betungande och därigenom minska verksamhetens kostnader.³⁴⁴ Om galdenärsföretaget, därutöver, skulle kunna överlåta avtalet mot vederlag, så skulle det ytterligare stärka chanserna till en framgångsrik rekonstruktion. Med det vederlag som galdenärsföretaget erhåller när det överlåter avtalet så kan denne reducera sin skuldbörda, vilket i nästa led minskar behov av att ta in nytt kapital.³⁴⁵ Ett intresse hos medkontrahenten som inte gör sig gällande vid konkurs och pre pack, men vid företagsrekonstruktion, är intresset av att kvarstå i avtalsrelation med rekonstruktionsgaldenären. Medkontrahenten kanske ser förutsättningarna för en lyckad rekonstruktion som goda och önskar av den anledningen inte att avtalet överlåts till någon annan. Det relationella intresset blir särskilt tydligt här; medkontrahentens intresse ligger i att bevara det värde som affärsrelationen med rekonstruktionsgaldenären representerar. Det kan handla om investeringar som medkontrahenten gjort i sin verksamhet för att anpassa sig till rekonstruktionsgaldenären och som, för det fall avtalet överlåts, skulle gå till intet. Mot bakgrund av att det s.k. livskraftstestet för företagsrekonstruktion skärps³⁴⁶ och att man numera kan förvänta sig fler lyckade rekonstruktioner, så blir medkontrahentens intresse av att kvarstå i relation med rekonstruktionsgaldenären mer substitutionellt och reellt.

En åtgärd som står till buds när ett företag genomgår en företagsrekonstruktion är att i rekonstruktionsplanen föreslå att en del av rekonstruktionsgaldenärens verksamhet ska överlåtas.³⁴⁷ När en del av rekonstruktionsgaldenärens verksamhet överlåts så tillgodoses medkontrahentens intressen likt vad som är fallet vid en verksamhetsöverlåtelse vid pre pack eller konkurs; naturligtvis beroende på hur stor del av verksamheten som överlåts. En kanske inte lika vanlig rekonstruktionsåtgärd, men likväl möjlig, är att överlåta hela verksamheten, antingen genom att nya ägare kliver in, eller att inkråmet överlåts.³⁴⁸ Likaså finns det möjlighet att i rekonstruktionsplanen föreslå att ett visst avtal överlåts. För att så ska kunna ske krävs dock som utgångspunkt att samtliga s.k. borgenärsgruppen med berörda parter godtar förslaget, vilket innebär att en medkontrahent som anser sig

³⁴⁴ SOU 2021:12 s. 370.

³⁴⁵ SOU 2001:80 s. 163.

³⁴⁶ Prop. 2021/22:215 s. 125 f. Tidigare fick ett rekonstruktionsbeslut inte meddelas om ”om det saknas skälig anledning att anta att syftet med företagsrekonstruktionen kan uppnås”. Numera krävs det att det finns ”grundad anledning att anta att verksamhetens livskraft kan säkras genom rekonstruktionen”. Det idag positivt formulerade kravet på livskraft anses leda till att företag som beviljas företagsrekonstruktion har högre sannolikhet att lyckas, till skillnad från tidigare.

³⁴⁷ Karlsson-Tuula (2022), kommentar till 4 kap. 4 § FrekL.

³⁴⁸ Prop. 2021/22:215, s. 171; Hovrätten för Västra Sverige, Avd. 3, beslut 2016-05-16 i mål nr ÖÅ 2186-16.

förmenad av överlåtelsen kan motsätta sig planens antagande, i realiteten alltså ett krav på samtycke.³⁴⁹ Med en överlåtelsemöjlighet motsvarande den i direktivförslaget skulle medkontrahenten inte kunna motsätta sig att avtalet överläts separat. För det fall att avtalet överläts separat så riskerar medkontrahenten att få sina intressen åsidosatta på samma sätt som enligt det resonemang som förts ovan under 6.2, angående konkursfallet. Risken är då att avtalet, som alltså lämnar verksamheten där det ingicks, hamnar i en för medkontrahenten främmande verksamhet.

Idag finns möjligheten för rekonstruktionsgäldenären att säga upp varaktiga avtal i förtid, med en uppsägningstid om tre månader. Den möjligheten kan till exempel användas om man inom ramen kommer fram till att lägga ner en del av en verksamhet och avtalen som avser den delen av verksamheten då blir överflödiga, såsom ett lokalhyresavtal.³⁵⁰ Medkontrahentens fordran på skadestånd för återstoden av avtalsperioden anses då uppkommen innan beslutet om företagsrekonstruktion, och kan därmed omfattas av eventuell skulduppgröelse i rekonstruktionsplanen.³⁵¹ Dessutom har rekonstruktionsgäldenären möjlighet att, om avtalet gäller fortlöpande eller delbara prestationer, att kräva fullgörande endast för viss tid eller för viss mängd. Har rekonstruktionsgäldenären, till exempel, ingått ett leveransavtal avseende tre delposter, så kan denne numera välja att endast en av posterna ska levereras. Ändringarna, som ägde rum i samband med att den nya lagen om företagsrekonstruktion trädde i kraft år 2021, visar på hur fokus rör sig i en riktning å gäldenärsföretags favör, där det rekonstruerande fokuset blir alltmer framträdande.³⁵² Att införa en överlåtelsemöjlighet motsvarande den i direktivförslaget inom ramen för rekonstruktionsförfarandet tycks ligga väl i linje med denna utveckling.

Likt tidigare resonemang tycks det, även vid företagsrekonstruktion, finnas möjlighet att införa en möjlighet att utan medkontrahentens samtycke överlåta avtal tillsammans med verksamheten. Vid företagsrekonstruktion tycks det även finnas tyngre vägande skäl att ta efter direktivförslagets överlåtelsemöjlighet även vad avser en separata överlåtelse av avtal, än vad fallet är vid konkurs. Skälet till detta är att det rekonstruerande syftet gör sig gällande vid en företagsrekonstruktion, då en överlåtelse av ett för rekonstruktionsgäldenären betungande avtal ökar förutsättningarna för rekonstruktionen

³⁴⁹ Jfr 4 kap. 20 § FrekL. En plan kan dock antas trots att medkontrahenten inte samtycker, men kommer då inte att fastställas av rätten, eftersom det är till skada för berörd part.

³⁵⁰ Prop. 2021/22:215 s. 159.

³⁵¹ A. prop.

³⁵² A.prop. s. 100 f.

lyckas. Givet det rekonstruerande syftet, samt den alltmer gäldenärsvänliga utveckling vi kan skymta inom rekonstruktionsfältet, så skulle det kunna vara motiverat med en större inskränkning av medkontrahentens intressen. Medkontrahentens intresse av att förbli i affärsrelation med rekonstruktionsgäldenären är knappast tillräckligt för att trumfa detta. Att efterhärma den i direktivförslaget föreslagna överlåtelsemöjligheten tycks alltså inte helt främmande. Här måste dock, återigen, beaktas att medkontrahenten, när avtalet överläts separat, riskerar att vidkännas mycket påtagliga förändringar i förhållande till sin avtalsmotpart. Det typiska exemplet är den situationen där medkontrahenten har förvärvat en tjänst och där det, efter överlåtelsen av avtalet inom rekonstruktionen, inte längre kan förutses att denna tjänst kommer att utföras med samma grad av kvalite En fullständigt villkorslös överlåtelsemöjlighet tycks därför försätta medkontrahenten i en alltför prekär situation. Den överlåtelsemöjlighet som föreslås i direktivförslaget hade, för att inte äventyra medkontrahentens intressen alltför mycket, behövt kompletteras med någon form av ventil. En sådan ventil hade, till exempel, kunnat vara att överlåtelse kan ske, så länge medkontrahenten inte skäligen kan motsätta sig förvärvaren. Inom ramen för detta arbete nöjer vi oss emellertid med att konstatera att en motsvarande överlåtelsemöjlighet som den i direktivförslaget leder till en alltför stor inskränkning av medkontrahentens intressen, när den tillämpas generellt inom en företagsrekonstruktion.

6.4 Sammanfattande kommentarer – avsnitt sex

Av det som redogjorts under avsnitt 6.1–6.3 framgår först och främst att det finns berättigade systematiska intressen i att samordna konkurs-, rekonstruktions- och pack-reglerna i så hög utsträckning som möjligt. Såväl risken för så kallad förfarandeshopping som önskan om större förutsägbarhet förfarandena emellan talar för en ökad samordning. Det är även tydligt att en överlåtelsemöjlighet likt den i direktivförslaget, både vad gäller konkurs som företagsrekonstruktion, hade fungerat väl i situationer där hela verksamheten överläts. Medkontrahentens intressen är då skyddade genom den identitet som råder mellan å ena sidan gäldenärsföretags verksamhet, å andra sidan förvärvaren verksamhet. Att överlåta en verksamhet som en “going-concern” tjänar även andra intressen bortom värdemaximering, och när så är fallet kan det tyckas motiverat att medkontrahenten får utstå större inskränkningar i sin rätt att välja vem den ingår affärsförbindelse med. Det blir dock mer problematiskt i fall där avtalen överläts separat, utan något samband med en verksamhetsöverlåtelse. Sett till den

intresseinventering som framställningen förevisat så framstår det som tydligt att huvudparten av medkontrahentens intressen riskerar att hamna i kläm när avtal överlåts separat. Ur det avseendet lämpar sig alltså direktivförslagets överlåtelseregel mindre väl. Problemet med hanteringen av gäldenärens avtal är komplext och kräver omsorgsfulla överväganden. Detta avsnitt har visat på svårigheten i att hitta ett för samtliga insolvensförfaranden allmängiltigt svar på problematiken. Avsnittet har även försökt så ett frö till fortsatt diskussion; en diskussion som knappast lär avta om direktivförslaget antar i sin nuvarande tappning.

7 Avslutande kommentarer

Ambitionen med denna framställning har varit att behandla medkontrahentens intressen i att välja sin avtalsmotpart i förhållande till den överlåtelsemöjlighet som föreslås i direktivförslaget. Utöver det så har framställningen haft ambitionen att diskutera om en likalydande överlåtelsemöjlighet skulle lämpa sig inom konkurs- respektive rekonstruktionsförfarandet, en diskussion som även den tog sin utgångspunkt i medkontrahentens intressen. Min slutsats med denna framställning är att direktivförslagets överlåtelseregel – trots att det frångår vad som är utgångspunkten i svensk rätt avseende överlåtelse av ömsesidigt förpliktande – framstår som ett välmotiverat undantag från den nuvarande ordningen, givet att den används inom ramen för pre pack. När medkontrahentens intressen i att välja sin avtalsmotpart analyseras i ett pre-pack-sammanhang så framstår det tydligt att dessa intressen inte löper någon betydande risk att förbises. Det ligger helt i pre pack-förfarandets natur att överlåtaren och förvärvaren i det närmaste iklar sig subjektidentitet. Detsamma gäller när avtalen, inom ramen för konkurs och företagsrekonstruktion, följer verksamheten som dessa verkat inom. Större problem tycks dock uppstå när avtalen överläts separat. En sådan möjlighet riskerar att sätta medkontrahenten i en mycket prekär position, där såväl intressen hänförliga till den aktuella förpliktelsen som till den med avtalsmotparten föreliggande relationer riskerar att hamna i kläm.

Det är med spänning den fortsatta utvecklingen på området följs. Frågan om gäldenärens avtal kommer även framgent kräva stor omsorg. Med ett direktivförslag som trampar upp nya vägar att hantera gäldenärens avtal så blir frågan mer angelägen än någonsin förr. Direktivförslaget är per dagens datum alltjämt ett förslag och det återstår att se om det antas i sin nuvarande tappning. Förslaget har, som sagt, möts av kritiska röster som menar att medkontrahenten blir en spelbricka, vars intressen förbises. Om dessa röster kommer att vinna gehör eller inte får framtiden utvisa, men givet slutsatsen i denna framställning så bör direktivförslaget, åtminstone i den del det handlar om gäldenärsföretagets möjligheter att överlåta avtal utan medkontrahentens samtycke, antas.

Käll- och litteraturförteckning

Källförteckning

Svenskt offentligt tryck

Lagar

Aktiebolagslag (2005:551)

Jordabalk (1970:944)

Konkurslagen (1987:672)

Köplag (1990:931)

Lag (2022:964) om företagsrekonstruktion

Lag (1936:81) om skuldebrev

Propositioner och regeringsskrivelser

Prop. 1960:40 Kungl. Maj:ts proposition nr 40 år 1960

Prop. 1968:91 *Kungl. Maj:ts proposition nr 91 år 1968*

Prop. 1988/89:76 *Om ny köplag*

Prop. 1995/96:5 *Lag om företagsrekonstruktion*

Prop. 2021/22:215 *En ny lag om företagsrekonstruktion*

NJA II 1936 s. 5

Utredningsbetänkanden

SOU 1935:14 *Lagberedningens förslag till lag om skuldebrev m. m.*

SOU 1956:25 *Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk*

SOU 1970:75 *Utsökningsrätt: förslag*

SOU 1999:1 *Nya förmånsrättsregler*

SOU 1994:120 *Finansiell leasing av lös egendom*

SOU 2001:80 *Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden*

SOU 2010:2 *Ett samlat insolvensförfarande - förslag till ny lag*

SOU 2016:72 *Entreprenörskap i det tjugoförsta århundradet*

SOU 2021:12 *Andra chans för krisande företag – En ny lag om företagsrekonstruktion*

Svenska rättsfall

Högsta domstolen

NJA 1929 s. 529

NJA 1966 s. 241

NJA 1989 s. 206 “Piccolo Mondo”

NJA 1993 s. 222

NJA 2001 s. 381

NJA 2009 s. 570

NJA 2010 s. 559

NJA 2013 s. 822.

NJA 2014 s. 473

NJA 2015 s. 1040

NJA 2016 s. 288 “Betalingserklæringen”

NJA 2016 s. 73

NJA 2022 s. 354 “Skatterådgivarens ansvarsbegränsning”

Hovrätten

Hovrätten för Västra Sverige, beslut 2016-05-16 i mål nr ÖÄ 2186-16

Bostadsdomstolen

RBD 43:81

EU-dokument

Europeiska gemenskapernas bulletin, supplement 2/82

Rådets förordning 1346/2000/EG av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden

Europaparlamentet, Harmonisation of Insolvency Law at EU Level, Policy Department C – Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels, 2010

Europaparlamentets och rådets förordning 2015/848/EU av den 20 maj 2015 om insolvensförfarande

Europaparlamentets och rådets direktiv 2019/1023/EU av den 20 juni 2019 om ramverk för förebyggande rekonstruktion, om skuldavskrivning och näringsförbud och om åtgärder för att göra förfaranden rörande rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning effektivare samt om ändring av direktiv 2017/1132/EU

Kommissionens arbetsprogram 2022 – Göra Europa starkare tillsammans (COM(2021) 645)

Impact Assessment Report, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law, SWD(2022) 395 final

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten, COM(2022) 702 final av den 7 december 2022

Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten av den 25 maj 2023, 2023/C 184/06

EU-domstolen

Domstolens dom av den 16 januari 1979, *Sukkerfabriken Nykøbing Limiteret v Ministry of Agriculture*, C-151/78, EU:C:1979:4

Domstolens dom av den 13 december 1989, *Salvatore Grimaldi mot Fonds des maladies professionnelles*, C-322/88, EU:C:1989:646

Domstolens dom av den 10 juli 1990, *Tetra Pak mot Kommissionen*, T-51/89, T:1990:41

Domstolens dom av den 5 oktober 1999, *Spanien mot kommissionen*, C-240/97, EU:C:1999:479

Generaladvokat Kokott förslag till avgörande av den 29 juni 2010, *Kommissionen mot Alrosa Company Ltd* C-441/07, ECR I-05949

Utländskt offentligt tryck

NOU 1972:20 *Gjeldsforhandling og konkurs*

Betänkning nr 606/1971 *Konkurs og tvangsakkord*

Övrigt

Remissyttranden

Svenska Bankföreningens remissyttrande, Dnr Ju2022/03740 (2023-03-15) Yttrande över Europeiska kommissionens förslag till direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten

Finansbolagens föreningens remissyttrande, Dnr Ju2022/03740 (2023-03-17) Yttrande över Europeiska kommissionens förslag till direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten

Sveriges Advokatsamfunds remissyttrande, Dnr Ju2022/03740 (2023-03-17). Yttrande över Europeiska kommissionens förslag till direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten

Rekonstruktör- och konkursförvaltarkollegiet i Sveriges remissyttrande, Dnr Ju2022/03740 (2023-03-13). Yttrande över Europeiska kommissionens förslag till direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten

Faktapromemorior

Regeringskansliets faktapromemoria 2022/23:FPM48

Litteraturförteckning

Böcker

Adlercreutz, A., Gorton, L., Lindell–Frantz, E., *Avtalsrätt I*, 14 uppl., Lund: Juristförlaget, 2016

Adlercreutz, A., Gorton, L., *Avtalsrätt II*, 6 uppl., Lund: Studentlitteratur, 2009

Adlercreutz, A., Mulder, B.J., *Avtal: Lärobok i allmän avtalsrätt*, 15 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, 2021

Arnestål, S., *Licensavtalets autonomi*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2019

Baumgarte, C., *Leasing-Verträge über bewegliche Sachen im Konkurs*, Göttingen: 1980

Bergström, C.F., Hettne, J., *Introduktion till EU-rätten*, Lund: Studentlitteratur, 2014

Bernitz, U., Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2022

Bernt, J.F., Doublet, D.R., *Vitenskapsfilosofi for jurister*, Bergen: Fagbokforlaget, 2007

Blau, P., *Exchange and Power in Social Life*, New York: 1964

Domeij, B., *Patentavtalsrätt : licenser, överlåtelse och samägande av patent*, 2 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, 2010 (cit. Domeij (2010a))

Domeij, B., *Patent och företagshemligheter*, 1 uppl., Uppsala: Iustus, 2010 (cit. Domeij (2010b))

Edström, U., Teori, metod och perspektiv. I: *Vänbok till Ulf Israelsson*, Dérlen, Landström, Nilsson Rådeström (red.), Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, 2020. s. 43-52

Edström, Ö., Lindholm, J., Mannelqvist, R., *Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år*, Umeå: Juridiska institutionen, 2017

Eklund, R., *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelse*, Stockholm: Norstedts, 1983

Fletcher, P., *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2005

Heidbrink, J., *Grundläggande fordrings- och skuldebrevsrätt*, 2 uppl., Lund: Studentlitteratur, 2019

Hellner, J., *Om obehörig vinst: särskilt utanför kontraktsförhållanden*, Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1950

Hellner, J., Hager, R., Persson, A., *Speciell avtalsrätt II : Kontraktsrätt, Andra häftet, Allmänna ämnen*, Uppl. 7, Stockholm: Norstedts Juridik, 2020

Hettne, J., Otken Eriksson, I., *EU-rättslig metod: Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2022

Hessler, H., Om utmätning av beslagtagen egendom, i *Teori och praxis : studier i svensk civilrätt*, Stockholm: Norstedts, 1964

Hessler, H., *Allmän sakrätt: Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer*, Stockholm: Norstedts, 1973

Hjerstedt, M., Beskrivningar av rättsdogmatisk metod: om innehållet i metodavsnitt vid användning av ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt, i: *Vänbok till Ulf Israelsson, Dérlen, Landström, Nilsson Rådeström* (red.), Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, 2020, s. 43-52

Håkansson, H., Snehota, I., *Marknadsplanering: ett sätt att skapa nya problem?*, Lund: Studentlitteratur, 1976

Håstad, T., *Sakrätt avseende lös egendom*, Stockholm: Norstedts Juridik, 1996

Ingvarsson, T., *Fordringsrätt: En lärobok*, 1 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, 2017

Jensen, N., Zimmermann, R., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford: Oxford University Press, 2018

Kanter, L., *Det nya förlagsavtalet*, Stockholm: Norstedts, 1980

Karlsson-Tuula, M., *Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar: en jämförande studie av svensk och amerikansk insolvensrätt*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2001

Karlsson-Tuula, M., *Gäldenärens avtal vid företagsrekonstruktion och konkurs*, 3 uppl., Stockholm: Wolters Kluwer, 2017 (cit. Karlsson-Tuula (2017a))

Kleineman, J., *Rättsdogmatisk metod. I: Juridisk metodlära*, Korlin, F., Zamboni, Z. (red.), Lund: Studentlitteratur, 2013

-
- Lehrberg, B., *Avtalsrättens grundelement*, 3 uppl., Uppsala: Iusté, 2020
- Lennander, G., *Kredit och säkerhet*, 12 uppl. Uppsala: Iustus, 2020
- Lindencrone Petersen, L., Ørgaard, A., *Konkursloven: med kommentar*, 15 uppl. Köpenhamn: Karnov Group, 2022
- Lindskog, S., *Betalning: Om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor*, 2 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, 2018
- Lindskog, S., *Insolvensrättsligt forum 2003: Ett samlat insolvensförfarande, EU:s insolvensförordning, HD:s senaste rättsbildning på insolvensrättens område*, Uppsala: Iustus, 2005
- Martinson, C., *Kreditsäkerhet i fakturafordringar*, Uppsala: Iustus, 2002
- Martinson, C., *En struktur över kredit- och exekutionsrätten*, Göteborg: Handelshögskolan vid Göteborgs universitet. Juridiska institutionen, 2015
- Mellqvist, M., Persson, I., *Fordran & Skuld*, 12 uppl., Uppsala: Iustus, 2022
- Mellqvist, M., Welamsson, L., *Konkurs: och annan insolvensrätt*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2022
- Millqvist, G., *Finansiell leasing : om det finansiella leasingavtalets civilrättsliga innebörd och reglering*, Lund: Juristförlaget, 1986
- Moss, G., *The EC Regulation on Insolvency Proceedings, a Commentary and Annotated Guide*, Oxford: Oxford University Press, 2009
- Munch, M., *Konkursloven med kommentarer*, 4 uppl, Köpenhamn: 1984
- Möller, M., *Konkurs och kontrakt: Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal*, Uppsala: Iustus Förlag, 1988
- Möller, M., *Insolvensrättsligt forum 1990: Rekonstruktion av insolventa företag, skuldsanering, konkursboets inträde i gäldenärens avtal*, Uppsala: Iustus, 1990
- Möller, M., *Civilrätten vid finansiell leasing : en översikt över svensk, utländsk och internationell rätt*, Uppsala: Iustus, 1996
- Olausson, R., Wirén, I., Olausson, K., Jensen, A., *Compliance inom bank och finans*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2021

-
- Pehrson, L., *Kontraheringsplikt*, Stockholm: Liber, 1976
- Ramberg, J., Ramberg, C., *Allmän avtalsrätt*, 12 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, 2022
- Ramberg, J., *Köplagen*, 1 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, 1995
- Rodhe, K., *Obligationsrätt*, Stockholm: Norstedts, 1956
- Rodhe, K., *Lärobok i obligationsrätt*, 6 uppl., Stockholm: Norstedts, 1986
- Sandgren, C., *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 5 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, 2021
- Scarberry, S.M., Klee, N.K., Newton, W.S., Nickles, H.S., *Business Reorganization in Bankruptcy*, 4th edition, St. Paul: West Academic Press, 2011
- Sigeman, T., *Överlåtelseförbud och kollektivavtal*, i Festskrift till Henrik Hessler, Stockholm: Norstedts, 1985, s. 383–389
- Skorup, U., Underskog, T., *Hyreslagarna : Jordabalken 12 kap., lagen om uthyrning av egen bostad, hyresförhandlingslagen m.fl. författningar samt kommentarer*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2020
- Strömholm, S., Lyles, M., Valguarnera, F., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning : en lärobok i allmän rättslära*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2020
- Sundgren, S., *Bankruptcy costs and the bankruptcy code: a case study of the Finnish code*, Helsingfors: Svenska Handelshögskolan, 1995
- Taxell, L.E., *Avtalsrätt: bakgrund, sammanfattning, utblick*, Stockholm: Juristförlaget, 1997
- Tiberg, H., Lennhammer, D., *Skuldebrev, växel och check*, 7 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, 1995
- Tiberg, H., *Fordringsrätt*, 7 uppl., Stockholm: Juristförlaget, 1996
- Ussing, H., *Dansk Obligationsret, Almindelig Del*, 3 uppl., København: Gad, 1946
- Ussing, H., *Enkelte Kontrakter*, 2 uppl., København: Gad, 1946
- Warberg, A., *Gränsöverskridande insolvens: En studie av den internationella domsrätten för insolvensförfaranden inom EU*, Göteborg: Ineko AB, 2017

Welamson, L., Mellqvist, M., *Konkurs: och annan insolvensrätt*, 13 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, 2022

Wessels, B., Madaus, S., Boon, G.J., *Rescue of Business in Europe*, Oxford: Oxford University Press, 2020

E-böcker

Edling, T., Jordabalk (1970:944) 12 kap. 31 §, Lexino, 2016

Grauers, F., Jordabalk (1970:944) 4 kap. 26 §, avsnitt 2.1 *Anteciperad mora*, Lexino, 2022

Holmqvist, L., Thomsson, R., Ahlinder, E., *Hireslagen: En kommentar*, JUNO, 2023

Karlsson-Tuula, M., *Lagen (2022:964) om företagsrekonstruktion: En kommentar*, JUNO, 2022

Mellqvist, M., *EU:s insolvensförordning m.m. : En kommentar*, JUNO, 2011

Savin, P., *Konkurslagen*, JUNO, version 52, 2023

Wessman, R., *Varumärkeslagen: En kommentar*, JUNO, 2023

Artiklar

Adam, I., *Cesiunea de contract*, Dreptul (București), 2023, s. 146–175

Anderson, H., Havila, V., Salmi, A., *Can You Buy a Business Relationship?: On The Importance of Customer and Supplier Relationships in Acquisitions*, Industrial Marketing Management, 2001, s. 581–594

Büller, C., Hägglund, K., Selander, E., *Konkursbos rätt att överlåta varumärkeslicens*, InraTI, 2021, s. 9–20

Cioroiu, C.G., Lipara, D., *Pre-Pack Proceeding - A Hybrid and Derogatory Safeguard Tool. Member States' Future Obligation of Integrating a New Mechanism in Their National Insolvency Law*, Ovidius University Annals. Economic Sciences Series XXIII(1), 2023, s. 304–310

Deaconu-Dascălu, D., *The Refusal of the Assigned to Consent to the Substitution of the Assignor in the Contract Assignment*, Jurnalul de Drept si Stiinte Administrative, 2015, s. 36–44

-
- Frankenberg, E., *Konkursboets inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal*, InraTI, 2023, s. 41–67
- Gräns, M., *Om hjälpvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen*, Juridisk Tidskrift, 2006, s. 782–792
- Gurrea-Martinez, A. *The Rise of Pre-Packs as a Restructuring Tool: Theory, Evidence and Policy*, European business organization law review, 2021, s. 93–116
- Hahn, D., *The internal logic of assumption of executory contracts*, Pennsylvania Journal of Business Law, 2011, s. 723–750
- Halinen, A., Tähtinen, J., *Research on Ending Exchange Relationships: A Categorization, Assessment and Outlook*, Marketing Theory, 2002, 165–188
- Jacoby, M., Janger, E., *Bankruptcy Sales*, Brooklyn Law School Legal Studies Research Papers, 2016, s. 1–19
- Karlsson-Tuula, M., *Överlåtelse av avtal under företagsrekonstruktion - Ett förslag till reformering*, InraTI, 2017, s. 86–95 (cit. Karlsson-Tuula (2017b))
- Karlsson-Tuula, M., *Gäldenärens avtal i insolvensförfarande, särskilt om överlåtelse av avtal och ipso-facto klausuler vid insolvens de lege ferenda*, InraTi, 2019, s. 70–82
- Lindquist, B., *Sammanslagning av idrottsföreningar*, SvJT, 1999, s. 748–461
- Mellqvist, M., *Europeisk internationell insolvensjurisdiktion*, SvJT, 2005, s. 449–477
- Harner, H.M., Black, C.E., Goodman, E.R., *Debtors beware: the expanding universe of non-assumable/non-assignable contracts in bankruptcy*, The American Bankruptcy Institute Law Review, 2005, s. 187–259
- Sandgren, C., *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 2006, Vol.118 (4-5), s. 648–656
- Schytzer, J., Wadell, O., *(Konkurs)gäldenärens avtal utifrån ett företagsekonomiskt perspektiv*, SvJT, 2020, s. 726–742
- Tashjian, E., Lease, R.C., McConnell, J.J., *An empirical analysis of prepackaged bankruptcies*, Journal of financial economics, 1996, s. 135–162
- Thorelli, Hans B, *Networks; Between Markets and Hierarchies*, Strategic Management Journal, 1986, s. 37–82

van Zanten, R.J., *Proposal for European rules on pre-pack proceedings should be supported*, Tijdschrift voor Insolventie recht, 2023, s. 99–109

Wadell, O., Bengtson, A., Åberg, S., *From dusk till dawn: Attracting suppliers for resource mobilization during bankruptcy*, Journal of purchasing and supply management, 2019

Wessels, B., *Harmonization of Insolvency Law in Europe*, European Company Law, 2011, s 27–31

Internetkällor

Samtliga internetadresser som hänvisas till nedan är kontrollerade per den 26 februari 2024.

Bhatia, A–I., et. al., *A Capital Market Union for Europe* (2019), <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2019/09/06/A-Capital-Market-Union-For-Europe-46856>.

European Parliament, *Harmonisation of Insolvency Law At EU Level Note* (2010), https://commission.europa.eu/system/files/2016-03/5-presidents-report_en.pdf.

Juncker, J–C., *Completing Europe's Economic and Monetary Union* (2015), https://commission.europa.eu/system/files/2016-03/5-presidents-report_en.pdf