



UPPSALA  
UNIVERSITET

Juridiska institutionen  
Vårterminen 2015

Examensarbete i civilrätt, särskilt insolvensrätt  
30 högskolepoäng

## Superförmånsrätten de lege lata

Avtalsrättsliga överväganden i ett insolvensrättsligt system?

Författare: Henrik Davidsson

Handledare: Professor Mikael Möller





<b>Förkortningar .....</b>	<b>4</b>
<b>1. Inledning.....</b>	<b>5</b>
1.1. Bakgrund och syfte.....	5
1.2. Metod, material och avgränsning .....	6
1.3. Disposition.....	8
<b>2. Det insolvensrättsliga systemet.....</b>	<b>10</b>
2.1. Inledning.....	10
2.2. De insolvensrättsliga intressena .....	11
2.3. Lagen om företagsrekonstruktion .....	13
2.3.1. Syfte.....	13
2.3.2. Rättsverkningar.....	14
2.4. Superförmånsrätt .....	16
2.4.1. Syfte.....	16
2.4.2. Allmänt om de nytillkomna fordringarnas ställning.....	18
2.4.3. Några frågor med anledning av regleringens ordalydelse .....	20
<b>3. Kravet på att fordringen ska grundas i ett nytt avtal .....</b>	<b>22</b>
3.1. Inledning.....	22
3.2. Avtalsrättsliga överväganden i ett insolvensrättsligt system.....	23
3.3. Kan rekonstruktören utfästa superförmånsrätt?.....	24
3.4. Något om ram- och avropsavtal .....	27
3.5. Omförhandling av ursprungligt avtal under rekonstruktion.....	28
3.5.1. Rättsliga utgångspunkter .....	28
3.5.2. Blaikenmålet.....	29
3.5.2.1. Bakgrund och HovR:s domskäl.....	29
3.5.2.2. Ett avtalsrättsligt krav på ändringarnas omfattning? .....	30
3.5.3. Vilka typer av ändringar kan resultera i nytt avtal enligt FRL? .....	32
3.5.3.1. Ändring av pris .....	32
3.5.3.2. Ändring av kvalitet, mängd och omfattningen av parternas prestationer .....	33
3.5.3.3. Ändring av betalning samt tid och plats för varans avlämnande .....	35
3.5.4. Vilka fordringar omfattas av det nya avtalet? .....	37
3.6. Ingående av ett annat avtal under rekonstruktion.....	40
3.6.1. Rättsliga utgångspunkter .....	40
3.6.2. Om ursprungligt avtal upphör att gälla under rekonstruktion .....	40
3.6.3. Om ursprungligt avtal löper vidare under rekonstruktion .....	42
3.7. Förlängning av ursprungligt avtal under rekonstruktion .....	43
3.7.1. Rättsliga utgångspunkter .....	43
3.7.2. Avtals- och kontraktsrättslig syn på förlängning av avtal .....	44
3.7.3. Vilka typer av förlängningar kan resultera i nytt avtal enligt FRL?.....	45
<b>4. Kravet på rekonstruktörens samtycke .....</b>	<b>48</b>
4.1. Inledning.....	48
4.2. Avtalsrättsliga principers tillämplighet på samtycket .....	49
4.3. Till vem kan/ska samtycket lämnas? .....	50
4.3.1. Rättsliga utgångspunkter .....	50
4.3.2. Galdenären eller medkontrahenten eller bägge två?.....	51
4.4. Hur kan samtycket lämnas?.....	54
4.4.1. Rättsliga utgångspunkter .....	54
4.4.2. Samtycke utan uttryckligt handlande .....	55
4.4.2.1. Ratihabition och "medförd nytta" .....	55
4.4.2.2. Konkludent handlande, passivitet och tolerans .....	57
4.5. Samtyckets (avtalsrättsliga) betydelse för medkontrahenten .....	60
<b>5. Sammanfattning och avslutande reflektioner .....</b>	<b>63</b>
<b>Käll- och litteraturförteckning .....</b>	<b>67</b>

## Förkortningar

AckL	Ackordslagen (1970:847)
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CISG	Lag (1987:822) om internationella köp
FrekL	Lag (1996:764) om företagsrekonstruktion
FRL	Förmånsrättslag (1970:979)
Förmånsrättskommittén	Slutbetänkandet (SOU 2001:80) Galdenärens avtal vid insolvensförfaranden
H	Højesteret
HagL	Lag (1991:351) om Handelsagentur
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
Insolvensutredningen	Slutbetänkandet (SOU 2010:2) Ett samlat insolvensförfarande – Förslag till ny lag
JB	Jordabalk (1970:994)
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
KFM	Kronofogdemyndigheten
KL	Konkurslag (1987:672)
KöpL	Köplag (1990:931)
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
TR	Tingsrätt
U	Ugeskrift for retsvæsen
UB	Utsökningsbalk (1981:774)



# 1. Inledning

## 1.1. Bakgrund och syfte

Med införandet av lagen om företagsrekonstruktion (FrekL) åsyftade lagstiftaren att erbjuda bolag med tillfälliga betalningssvårigheter en möjlighet att återfå sin livskraft och därmed undvika konkurs.<sup>1</sup> Lagen har sedan införandet varit föremål för mycket kritik och har, trots de senaste årens tämligen uppmärksammade rekonstruktioner, endast kommit att användas i begränsad utsträckning.<sup>2</sup> Ett av problemen har uppgetts vara att kreditgivare i allmänhet uppfattar förfarandet som alltför riskabelt och kostsamt, varför dessa till synes hellre försätter gäldenären i konkurs.<sup>3</sup> Trots det sagda inrymmer FrekL särskilda mekanismer med syfte att trygga leverantörers och andra kreditgivares rätt under förfarandet. En av dessa mekanismer är 10 § 4 p. förmånsrättslagen (1970:979) (FRL), enligt vilken de borgenärer vars fordringar grundas i avtal som träffats under rekonstruktionen med rekonstruktörens samtycke ska erhålla bästa allmänna förmånsrätt (*superförmånsrätt*). På så vis ska leverantörer och andra kreditgivare som är villiga att förse gäldenären med nya resurser under förfarandet erhålla en förmånlig ställning om rekonstruktionen skulle misslyckas.<sup>4</sup> Superförmånsrätten förefaller emellertid inte ha haft den lugnande inverkan på kreditgivarna som åsyftats.

Anledningen till osäkerheten har uppgetts vara vissa oklarheter som uppstått ifråga om tillämpningen av 10 § 4 p. FRL.<sup>5</sup> I samband med Blaikengruvans rekonstruktion och efterföljande konkurs 2007 uppstod en tvist mellan konkursboet och en av leverantörerna som skulle komma att blottlägga ett par viktiga tillämpningsproblem.<sup>6</sup> Tvisten, vilken har blivit tämligen

---

<sup>1</sup> Prop. 1995/96:5 s. 53 f.

<sup>2</sup> För en mer ingående redogörelse av problemen kring lagen, se Persson, A. H. & Tuula, M, *Är lagen om företagsrekonstruktion en papperstiger?* samt Karlsson-Tuula, M, *Lagen om företagsrekonstruktion, En papperstiger II* (nedan Karlsson-Tuula 2006).

<sup>3</sup> Tuula, M, *En framtida insolvensbalk?* (nedan Tuula 2001), Ny Juridik 3:01, s. 46 f.

<sup>4</sup> Prop. 1995/96:5 s. 131 f.

<sup>5</sup> Tuula 2001, s. 46 f.

<sup>6</sup> Tvisten, som senare avgjordes i Hovrätten (HovR) för Övre Norrland, mål nr Ö 1003-11, betecknas i det följande som Blaikenmålet.

omskrivna i såväl media som branschpress<sup>7</sup>, behandlade de två rekvisit som är centrala för superförmånsrättens tillämpning; kravet på att fordringen grundar sig i ett nytt avtal samt kravet på rekonstruktörens samtycke. Syftet med denna uppsats är att undersöka och analysera förutsättningarna för, samt begränsningarna av, superförmånsrätten, vilket innebär en studie av de nämnda rekvisiten. För att underlätta för läsaren kan det huvudsakliga syftet omformuleras i följande frågor:

- Vad konstituerar ett nytt avtal enligt 10 § 4 p. FRL?
- Till vem, och på vilka sätt, ska/kan rekonstruktören lämna sitt samtycke?

Vid besvarandet av frågorna företas en grundlig undersökning av regleringens innebörd, vilket inbegriper utredning och analys av bland annat ordalydelse, bakomliggande syften och intressen samt den övriga kontext i vilken regleringen verkar. Eftersom bägge frågorna i viss mån inbegriper avtalsrättsliga överväganden är det såväl naturligt som nödvändigt att även utreda om, och i sådant fall hur, sådana överväganden bör göras i det insolvens- och rekonstruktionsrättsliga systemet. Undersökningen och analysen av regleringen inbegriper därutöver besvarandet av flertalet mindre frågor som uppkommer längs vägen.

## **1.2. Metod, material och avgränsning**

Eftersom uppsatsen bygger på överväganden *de lege lata* är den använda metoden att anse som en traditionell rättsdogmatisk metod, vilket innebär att lagar, förarbeten, praxis och juridisk litteratur utgör grunden för såväl analys som diskussion. Rättskällehierarkin har även utgjort en naturlig utgångspunkt vid valet av material. Det bör påpekas att de frågor som är aktuella i denna uppsats aldrig prövats i Högsta domstolen (HD) och endast i begränsad omfattning i övriga instanser. Kanske är också det anledningen till att diskussionen i doktrinen inte heller har varit särskilt livlig. Persson och Karlsson-Tuula har emellertid behandlat frågorna förhållandevis ingående och Ödén berörde dem som hastigast under sitt anförande vid Insolvensrättsligt

---

<sup>7</sup> Se t.ex. Sokolow, I, *Beskt efterspel för Lofalk*, SvD, 18 mars 2009 och Carlström, V, *Förmånsrätt eller inte i Lycksele tingsrätt*, InfoTorg Juridik, 19 oktober 2011.

Forum 2015.<sup>8</sup> Dessa två bidrag har därmed legat till grund för en viss del av diskussionen kring frågorna. Även det ovan nämnda Blaikenmålet har fått agera betydelsefull språngbräda i bägge frågor.

Avsaknaden av praxis och doktrin har medfört vissa, om än inte omöjliga, svårigheter att utröna gällande rätt. Eftersom ingen annan jämförbar rättsordning har ett liknande krav på nytt avtal har inspiration inte heller kunnat hämtas utomlands. För att underlätta utredningen av den första frågan har därför utgångspunkten för diskussionen varit ett antal typfall. Genom att på det sättet synliggöra och analysera de problem som den aktuella regleringen medför kan vissa generella slutsatser även dras om dess tillämpning. De angivna typfallen ska dock inte betraktas som uttömmande. Vid besvarandet av den andra frågan har viss ledning kunnat sökas i den danska rättsordningen. De överväganden som görs är emellertid endast ägnade att bringa klarhet i den svenska problematiken, varför metoden i denna del knappast kan beskrivas som komparativ. Vid besvarandet av samtliga uppkomna frågor har mycket stor vikt lagts vid regleringens ordalydelse samt dess syften och funktion i det insolvensrättsliga systemet.

Ämnesbehandlingen inbegriper i allra högsta grad avtalsrättsliga spörsmål, vilket innebär att uppsatsen i viss mån kan sägas vara tvärrättsvetenskaplig. Den primära utgångspunkten är emellertid insolvensrättslig och behandlingen av de relevanta avtalsrättsliga principerna ämnar således inte vara uttömmande. Bakomliggande avtalsrättsliga intressen och syften utreds och redogörs endast för i den mån det är nödvändigt för att bringa ljus åt problematiken kring den aktuella regleringen. Frågan om superförmånsrättens omfattning har vidare varit omdiskuterad och utretts i såväl SOU 2001:80 (Förmånsrättskommittén) som SOU 2010:2 (Insolvensutredningen). Denna uppsats är emellertid avgränsad till överväganden de lege lata, varför varken de nämnda förslagen eller andra möjliga lösningar värderas. Däremot kan de resonemang som däri förs om gällande rätt givetvis komma att användas. Slutligen ska påpekas att med uppsatsen avses att bidra med en heltäckande analys av gällande rätt på området, varför även frågor av mindre slag som uppkommer längs vägen utreds och analyseras. Vissa av de frågor som uppkommit ligger emellertid utanför

---

<sup>8</sup> Persson, A. och Karlsson-Tuula, M, *Företagsrekonstruktion – Teori och praktik*, s. 85-92 respektive 122-127. Ödén's anförande bifogas till uppsatsen i form av en förberedande pm.

syftet med denna uppsats och har därför, efter att de identifierats, lämnats därhän.

### **1.3. Disposition**

Uppsatsen är indelad i fem kapital, varav detta kapitel utgör det första. De mest centrala frågeställningarna återfinns i kapitel tre och fyra. I nästföljande kapitel läggs grunden för förståelsen av regleringen av superförmånsrätten samt i vilken kontext den verkar. Kapitlet inleds med en kortare introduktion till det svenska insolvensrättsliga systemet, varpå följer en redogörelse för de insolvensrättsliga intressena och en kortare presentation av FrekL samt dess syfte och rättsverkningar. Därefter behandlas superförmånsrätten i allmänhet, vilket inbegriper vissa slutsatser som får sägas vara grundläggande för den fortsatta framställningen. Avsnittet innehåller en redogörelse för superförmånsrättens syfte, ställningen för nytillkomna fordringar i allmänhet samt några av de mindre frågor som uppkommit med anledning av regleringens ordalydelse.

Kapitel tre, vilket är uppsatsens mest omfattande, behandlar superförmånsrättens krav på att fordringen ska grundas i ett nytt avtal. Det första avsnittet innehåller en introduktion till problematiken kring nya avtal under rekonstruktion. Nästföljande avsnitt innehåller den för problemet grundläggande frågan om hur de aktuella avtalsrättsliga principerna ska tillämpas i det insolvensrättsliga systemet, vilket åtföljs av frågan om rekonstruktören kan utfästa superförmånsrätt efter eget tycke och smak samt ett kortare avsnitt om ram- och avropsavtal. Därefter behandlas de ovan nämnda typfallen, vilka utgår från olika former av förändringar som parterna i varaktiga avtalsförhållanden kan tänkas genomföra under rekonstruktionen. De diskuterade förändringarna är omförhandling av det ursprungliga avtalet, träffande av ett annat avtal samt förlängning av det ursprungliga avtalet. Varje förändring tillägnas ett avsnitt, inom vilka olika slags förutsättningar prövas och analyseras.

Kapitel fyra behandlar kravet på rekonstruktörens samtycke. Det första avsnittet innehåller en inledning till problematiken kring kravet på samtycke. Därefter följer ett avsnitt om avtalsrättsliga principers tillämplighet på superförmånsrättens krav på samtycke. Kapitlets huvudsakliga frågor tillägnas var sitt av de avslutande avsnitten. Dessa frågor är till vem rekonstruktören kan lämna

sitt samtycke samt på vilka sätt det kan lämnas. Därutöver diskuteras samtyckets betydelse för gäldenärens medkontrahent.

Kapitel fem innehåller en avslutande sammanfattning och reflektion, vilken inte på något sätt är tänkt att vara fullständig eller uttömmande. För mer ingående diskussion hänvisas läsaren till berört avsnitt i huvudkroppen av uppsatsen.

## 2. Det insolvensrättsliga systemet

### 2.1. Inledning

De rättigheter och skyldigheter som skapas mellan parterna i civilrättsliga relationer garanteras i sista hand av möjligheten för fordringsägaren att begära *exekution*. Genom exekution kan egendom ianspråkats tvångsvis för betalning av gäldenärens skulder. Så länge gäldenären ifråga inte är *insolvent* omfattar ianspråktagandet endast enstaka tillgångar i den mån det krävs för att täcka den aktuella skulden. Om gäldenären däremot är insolvent, vilket definieras som att gäldenären är oförmögen att betala sina skulder och denna oförmåga inte endast är tillfällig (konkurslagen (KL) 1 kap. 2 § 2 men.), har lagstiftaren ansett att inte endast den eller de fordringsägare som begärt exekution ska ha möjlighet att delta i utdelningen av tillgångarna. Gäldenärens samlade tillgångar tas då om hand i ett generalexekutivt förfarande som benämns *konkurs* och regleras i KL.<sup>9</sup>

KL har i dess förarbeten inte givits något uttryckligt syfte men det torde råda allmän enighet om att konkursförfarandet som sådant syftar till att dels tillhandahålla en ordnad avveckling av konkursbolagets verksamhet, dels maximera utdelningen till fordringsägarna.<sup>10</sup> Utdelningen sker enligt lika-behandlingsprincipen, vilken innebär att fordringsägarna har lika rätt till de värden som skapas i samband med att gäldenärens tillgångar realiseras.<sup>11</sup> Likabehandlingsprincipen är emellertid försedd med en rad undantag. Dessa undantag stadgas i FRL och bildar den ordning enligt vilken konkursgäldenärens tillgångar fördelas mellan fordringsägarna.

Utgångspunkten i den insolvensrättsliga lagstiftningen var länge de exekutiva förfarandena.<sup>12</sup> Det ansågs emellertid att lagstiftningen inte gav tillräckligt utrymme för att sunda företag med tillfälliga ekonomiska problem skulle kunna återhämta sig och överleva.<sup>13</sup> Mot den bakgrunden infördes FreKL

---

<sup>9</sup> Welamson, L och Mellqvist, M, *Konkurs och annan insolvensrätt*, s. 13.

<sup>10</sup> Se exempelvis a.a. s. 24 och SOU 2010:2 s. 39.

<sup>11</sup> A.a. s. 27.

<sup>12</sup> Persson & Karlsson-Tuula, s. 28.

<sup>13</sup> Welamson & Mellqvist, s. 288 f.

1996.<sup>14</sup> En *företagsrekonstruktion* inleds när det kan antas att gäldenären är *illikvid* eller löper risk för att bli det inom kort, vilket i jämförelse med insolvenskravet betyder att betalningsoförmågan kan vara tillfällig. Ett rekonstruktionsförfarande kan således inledas vid en tidigare tidpunkt. Trots att rekonstruktionsförfarandet inte tillämpas vid fullgången insolvens anses det vara en del av det *insolvensrättsliga systemet*.<sup>15</sup> Såsom antytts ovan i avsnitt 1.1 har FrekL dock inte fått de effekter som förväntats och önskats. Orsakerna till detta är många och av olika slag men flera av problemen kan troligen sägas böttna i trösklar och intressekonflikter mellan konkurs- och rekonstruktionsförfarandena. Av den anledningen tillsattes Insolvensutredningen 2007 som föreslog en integration av förfarandena för att på så sätt överbrygga en del av de trösklar som visat sig föreligga. Förslaget har dock inte kommit att antas.

I det följande avsnittet ska redogöras för insolvensrättens intressen och de perspektiv som kan och bör anläggas för att förstå problematiken kring det insolvensrättsliga systemet och regleringen av superförmånsrätten.

## 2.2. De insolvensrättsliga intressena

Så länge som de exekutiva förfarandena var utgångspunkten i det insolvensrättsliga systemet kan lagstiftningen i första hand sägas ha tillvaratagit *borgenärsintresset*.<sup>16</sup> Genom konkursförfarandet och likabehandlingsprincipen har borgenärerna garanterats en trygg och rättvis utdelning av gäldenärens tillgångar.<sup>17</sup> Förfarandet har präglats av att avvecklingen av verksamheten ska ske snabbt och ge ett så gott ekonomiskt utfall som möjligt.<sup>18</sup> Det är dock inte endast borgenärerna som har ett intresse av ett snabbt och effektivt konkursförfarande. Ett generalexekutivt förfarande är en viktig beståndsdel i, och i sig självt ett uttryck för, marknadsekonomi och idén om den fria konkurrensen. Det finns nämligen ett betydande *samhällsintresse* i att förlustbringande företag avvecklas och lönsamma företag överlever och utvecklas. Genom denna gallringsprocess omfördelas skulder och tillgångar i

---

<sup>14</sup> Det bör dock påpekas att möjligheten till finansiell rekonstruktion genom tillämpning av Ackordslagen (AckL) fanns redan innan FrekL:s tillkomst.

<sup>15</sup> Welamson & Mellqvist, s. 16.

<sup>16</sup> Persson & Karlsson-Tuula, s. 28.

<sup>17</sup> Welamson & Mellqvist, s. 25.

<sup>18</sup> Persson & Karlsson-Tuula, s. 28.

näringslivet.<sup>19</sup> Konkursförfarandet och principen om likabehandling garanterar att avvecklingen av förlustbringande verksamheter sker under ordnade former och undviker kapplöpning mellan borgenärerna. På så vis skapas trygghet och förutsebarhet på kreditmarknaden, vilket är av central betydelse för företagsamheten i marknadsekonomin.<sup>20</sup>

För ett välfungerande och konkurrenskraftigt näringsliv är det dock av stor vikt att i grunden lönsamma företag inte avvecklas enbart på grund av att de hamnar i tillfälliga kriser. De företag som genom omstrukturering och rekonstruktion kan återfå livskraften ska inte försättas i konkurs eftersom den avveckling som konkursen innebär i regel medför en mer eller mindre betydande värdeförstöring. Därutöver är konkurser vanligen förenade med stora statliga kostnader, däribland förluster i skatteintäkter, utgifter för arbetslöshet, sjuk- och socialvård samt den direkta kostnaden för KFM:s tillsyn av konkursförfarandena. I det fall konkursen är av större slag kan den dessutom få regionalpolitiska följder som påverkar samhället i stort.<sup>21</sup> Ett tydligt exempel är Saab-bolagens konkurser i december 2011, vilka slog hårt mot industri och arbetsmarknad i hela västra Götaland.<sup>22</sup> För att tillse dessa viktiga företags- och nationalekonomiska intressen infördes FrekL. Ett rekonstruktionsinstitut som leder till ett minskat antal konkurser är således tänkt att medföra positiva effekter på företagsamhet, sysselsättning och andra fiskala och medborgerliga intressen.<sup>23</sup>

I och med införandet av FrekL har dessutom *gäldenärsintresset* fått utrymme i den svenska insolvensrätten.<sup>24</sup> Det är ju givetvis det krisdrabbade bolaget och dess ägare som i första hand gynnas av att verksamheten kan räddas. Av den anledningen kan gäldenärsinriktade regler anses vara sådana som främjar förutsättningarna för rekonstruktion och ger borgenärerna incitament att medverka under förfarandet. I den mån det krisdrabbade bolaget kan vända den förlustbringande trenden torde därutöver även vissa borgenärer gynnas. När det talas om att konkursförfarandet i första hand tillgodoser

---

<sup>19</sup> Gratzter, K & Sjögren, H, *Avslutande kommentarer och förslag till fortsatt forskning*, s. 391

<sup>20</sup> Welamson & Mellqvist, s. 24-27.

<sup>21</sup> SOU 1992:113 s. 338.

<sup>22</sup> *Hårt slag mot svensk fordonsindustri*, SvD, 21 december 2011.

<sup>23</sup> SOU 1992:113 s. 407-410.

<sup>24</sup> Tuula 2001, s. 39.



borgenärsintresset torde oftast nämligen inte de oprioriterade borgenärerna inbegripas. Eftersom dessa vanligen erhåller låg eller ingen utdelning i konkurs har dessa mycket att vinna på ett välfungerande rekonstruktionsförfarande.<sup>25</sup> Det är således de borgenärer som annars skulle ha erhållit hög utdelning i en konkurs som generellt kan sägas ha mest att förlora på en rekonstruktion. FrekL har därför försetts med regler som ger borgenärerna insyn i förfarandet och vissa möjligheter att påverka dess gång.<sup>26</sup> En del av den kritik som riktats mot FrekL har emellertid avsett just det faktum att borgenärerna alltjämt har betydande incitament för att försätta gäldenären i konkurs istället för att medverka till en rekonstruktion.<sup>27</sup>

## **2.3. Lagen om företagsrekonstruktion**

### **2.3.1. Syfte**

Vid tidpunkten för FrekL:s tillkomst hade antalet konkurser i Sverige under ett par år varit mycket högt.<sup>28</sup> Konkursförfarandet hade därutöver använts inte bara i syfte att avveckla företag utan även för att rekonstruera dem. Ett renodlat rekonstruktionsförfarande ansågs nödvändigt för att minska antalet konkurser och den värdeförstöring de i regel inneburit och samtidigt tillhandha en möjlighet till rekonstruktion av företag under ordnade former. Rekonstruktionsförfarandet var tänkt att fungera som ett komplement till konkurs i de fall då gäldenärsbolaget har en bärande affärsidé och de svårigheter bolaget genomgår är av sådant slag att de kan övervinnas. Dessa svårigheter kan hänföra sig till såväl inre faktorer, exempelvis mindre ändamålsenlig organisation eller brister i marknadsföringen av företagets produkter, som yttre faktorer, exempelvis möjligheterna att erhålla nödvändigt riskkapital. Rekonstruktionsförfarandet ska däremot inte tillämpas i de fall då gäldenärsbolaget bygger på en affärsidé som saknar bärkraft, har en brist på kapital som inte kan botas eller annars då gäldenärsbolaget i grunden är olönsamt.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Welamson & Mellqvist, s. 205.

<sup>26</sup> Prop. 1995/96:5 s. 108,

<sup>27</sup> Tuula 2001, s. 39-42.

<sup>28</sup> Welamson & Mellqvist, s. 289.

<sup>29</sup> Prop. 1995/96:5 s. 53 f.

FrekL innebär att gäldenären ges ett rådrom under vilket gäldenären kan förbättra rörelsens resultat, söka ny finansiering och samtidigt förhandla med borgenärerna för att få till stånd en nedskrivning av skulderna.<sup>30</sup> Om en frivillig uppgörelse med borgenärerna inte kan nås ger FrekL i princip gäldenären möjligheten att tilltvinga sig en nedskrivning av skulderna genom ett offentligt ackord. Rekonstruktionen kan således avse såväl gäldenärsbolagets verksamhet och organisation som dess finansiella ställning och struktur. Vidare hindrar rekonstruktionen borgenärerna från att vidta säranktioner och mot att leverantörer och andra motparter häver avtal till följd av gäldenärens uteblivna prestationer. Genom att erbjuda ett sådant rådrom var lagstiftarens förhoppning att bolag med tillfälliga betalningssvårigheter i högre grad än tidigare skulle kunna återfå sin livskraft och därmed undvika konkurs och värdeförstörande avveckling och realisation.<sup>31</sup>

### **2.3.2. Rättsverkningar**

Rekonstruktionsförfarandet inleds genom att rätten bifaller en ansökan om företagsrekonstruktion, vilken får göras av gäldenären själv eller en borgenär (2 kap. 1 §). Ansökan av borgenär får endast bifallas om gäldenären har medgivit den (2 kap. 6 § 3 st.). En förutsättning för att ansökan ska bifallas är, vilket redan nämnts, att gäldenären är illikvid eller löper risk att bli det inom kort. Därutöver får förfarandet inte inledas om det saknas skälig anledning att anta att syftet med rekonstruktionen saknas (2 kap. 6 § 2 st.). Rätten måste alltså göra en prognos av rekonstruktionens utsikter att lyckas, vilket innebär en bedömning av om det finns objektiva förutsättningar för att förfarandet kan leda till en rekonstruktion av gäldenärsbolaget och om gäldenären verkligen har förmåga och avsikt att fullfölja rekonstruktionen. Rättens bedömning är emellertid relativt summarisk och i huvudsak av formell natur.<sup>32</sup>

Rekonstruktionsförfarandet är som nämnts tänkt att ge gäldenären ett rådrom under vilket gäldenären ges möjlighet att vända den förlustbringande trenden. Beslutet om företagsrekonstruktion kan sägas innebära en betalningsinställelse, efter vilken rekonstruktionsgäldenären, i enlighet med den

---

<sup>30</sup> A.prop. s. 57.

<sup>31</sup> Persson & Karlsson-Tuula, s. 18 och 36 f.

<sup>32</sup> Prop. 1995/96:5, s. 72 f.

s.k. kontantprincipen, ska betala nyuppkomna fordringar kontant.<sup>33</sup> Under förfarandet tillåts i princip inte verkställighet enligt utsökningsbalken (UB) eller handräckning enligt lagen (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare m.fl. (2 kap. 17 § 1 st.).<sup>34</sup> Beslut om kvarstad och betalningssäkring får inte heller meddelas (2 kap. 17 § 2 st.). Om det finns särskilda skäl att befara att gäldenären sätter en borgenärs rätt i fara får rätten dock på borgenärens begäran besluta om ovan nämnda åtgärder (2 kap. 18 §). En ansökan från en borgenär om att försätta gäldenären i konkurs ska förklaras vilande tills rekonstruktionsförfarandet upphör, såvida det inte finns särskilda skäl att anta att borgenärens rätt allvarligt äventyras (2 kap. 10 a § KL).

Det nämnda rådrummet innebär även att gäldenären i viss mån kan freda sig mot vissa av borgenärens avtalsrättsliga åtgärder. Om gäldenärens motpart före beslutet om företagsrekonstruktion har fått rätt att häva ett avtal på grund av inträffat eller befarat dröjsmål med betalning eller annan prestation, får gäldenären, med rekonstruktörens samtycke, begära att avtalet fullföljs (2 kap. 20 §). För att motparten inte ska tvingas att stå kvar vid ett avtal utan förutsättningar för att få betalt för sina fortsatta prestationer har motparten möjlighet att kräva att gäldenären ställer säkerhet för sina prestationer. Detsamma gäller i de fall då motparten har stoppningsrätt (61 § köplagen (KöpL) analogt).<sup>35</sup> Motparten har dessutom rätt till betalning eller erhållande av säkerhet för prestation som överlämnats efter att ansökan om företagsrekonstruktion gjorts (2 kap. 20 § 5 st. FrekL och 63 § 4 st. KöpL).

I samband med FrekL:s införande diskuterades huruvida gäldenären skulle behålla rådigheten över verksamheten eller inte. Det konstaterades att praxis för det dåvarande systemet med AckL hade stora likheter med de system som bland annat fanns i Danmark, Norge, Finland, Österrike och till viss del USA.<sup>36</sup> Slutsatsen blev att gäldenären bör behålla rådigheten över verksamheten och tillgångarna. Det är således endast gäldenären själv som kan rättshandla för sin räkning, vilket skiljer rekonstruktionsförfarandet från konkurs. Rådigheten

---

<sup>33</sup> A.prop. s. 132 & 191 samt SOU 1992:113 s. 22 & 118.

<sup>34</sup> Verkställighet får dock ske för fordran förenad med handpanträtt eller retentionsrätt eller fordran som avser underhållsbidrag.

<sup>35</sup> Eftersom KöpL i det avseendet anses vara analogt tillämplig ansågs det inte nödvändigt att införa en motsvarande regel i FrekL. Se Prop. 1995/96:5 s. 94 f.

<sup>36</sup> SOU 1992:113 s. 360-365.

begränsas emellertid av gäldenärens skyldighet att lämna rekonstruktören upplysningar om företagets ekonomiska förhållanden och följa rekonstruktörens anvisningar om bedrivandet av verksamheten (2 kap. 14 §). Därutöver är gäldenären tvungen att inhämta rekonstruktörens samtycke för att kunna vidta vissa rättshandlingar (2 kap. 15 §). Dessa rättshandlingar är:

1. att betala skulder som uppkommit före beslutet om företagsrekonstruktion eller ställa säkerhet för sådana skulder,
2. att åta sig nya förpliktelser, eller
3. att överlåta, pantsätta eller upplåta annan rätt till egendom av väsentlig betydelse för gäldenärens verksamhet.

Vad gäller betalning enligt p. 1 får rekonstruktören endast samtycka om det föreligger synnerliga skäl (3 st.). Om gäldenären skulle vidta någon av ovan nämnda rättshandlingar utan att inhämta rekonstruktörens samtycke är rättshandlingen ändå gällande (2 st.). Fordran som härrör från ett avtal enligt p. 2 som ingås utan samtycke ger emellertid inte superförmånsrätt, vilket följer av 10 § 4 p. FRL. Eftersom en rättshandling som företagits utan rekonstruktörens samtycke alltså är gällande och saknar en automatisk sanktion kan regeln i 2 kap. 15 § FrekL snarast beskrivas som en ordningsregel.<sup>37</sup> Däremot har rekonstruktören möjlighet att begära att förfarandet upphör om gäldenären uppträder illojalt (4 kap. 7 § 4 p.).<sup>38</sup>

## **2.4. Superförmånsrätt**

### **2.4.1. Syfte**

För att den fortsatta driften av rekonstruktionsgäldenärens verksamhet ska kunna genomföras räcker det ofta inte med att tidigare ingångna avtal fullföljs. Det är dessutom nödvändigt att nya avtal, om exempelvis nya leveranser eller ny kredit, kan träffas. En rekonstruktionsgäldenär har i princip ställt in sina betalningar och i regel även förbrukat sina möjligheter att ställa säkerhet för

---

<sup>37</sup> SOU 2010:2 s. 181.

<sup>38</sup> Prop. 1995/96:5 s. 191.

sina prestationer.<sup>39</sup> I det fall gäldenären på grund av ansträngd likviditet inte heller kan erlægga kontant betalning torde det vara svårt för gäldenären att attrahera nya leverantörer och kreditgivare. Det är dessutom en relativt stor andel rekonstruktioner som slutar i konkurs,<sup>40</sup> vilket kan tänkas avskräcka eventuella motparter ytterligare. För att främja gäldenärens möjlighet att skaffa ny kredit och nya varor har borgenärer vars fordringar grundar sig på under rekonstruktionen träffade avtal tillerkänts superförmånsrätt enligt 10 § 4 p. FRL. Det som är avsett att skyddas genom superförmånsrätten är således det *nya risktagande* som borgenären ifråga utsätter sig för genom att tillhandahålla nya resurser under förfarandet.<sup>41</sup> Det torde emellertid inte vara vilken risk som helst som omfattas av superförmånsrättens skydd. Ökade risker av ren marknadskaraktär torde till exempel inte omfattas. Risker som avses torde istället vara den risk som borgenären utsätter sig för genom att på nytt exponera sig mot gäldenärens betalningsförmåga.<sup>42</sup> Det är ju endast ett sådant risktagande som tillför nya resurser och därmed har effekter på rekonstruktionen.

Superförmånsrätten är således ett uttryck för såväl gäldenärens intresse av att få effektiva redskap för att vända den förlustbringande trenden som samhällets intresse av att fler företag kan undvika konkurs. De nya leveranserna och krediterna medför dessutom fördelar för borgenärskollektivet i övrigt.<sup>43</sup> Det är ju i regel dessa som kan tillgodogöra sig det värde som genereras i gäldenärsbolaget under den fortsatta driften. Om rekonstruktionen misslyckas och resulterar i en konkurs ligger det emellertid i övriga borgenärens intresse att omfattningen av superförmånsberättigade fordringar inte blivit alltför stor. Av den anledningen har superförmånsrätten begränsats till att gälla endast sådana fordringar som grundas i avtal ingångna med *rekonstruktörens samtycke*. Det sagda är givetvis av särskilt intresse för företagshypoteksinnehavaren eftersom företagshypoteket erhåller utdelning efter superförmånsrätten. Det ankommer

---

<sup>39</sup> A.prop. s. 131 f.

<sup>40</sup> Karlsson-Tuula 2006, s. 89.

<sup>41</sup> Termen risktagande används i SOU 2010:2, s. 161. Även i förarbetena talas det om risktagande, se prop. 1995/96:5 s. 131.

<sup>42</sup> Termen "gäldenärens betalningsförmåga" är hämtad från HD:s domskäl i NJA 2014 s. 537. I målet användes termen för att avgöra huruvida borgenären varit sakrättsligt exponerad vid tiden för rekonstruktionens inledande, vilket har betydelse för frågan om fordrans uppkomst. Fordrans uppkomst är inte relevant för frågorna som avhandlas i denna uppsats men situationerna påminner tillräckligt mycket om varandra för att termen ska kunna användas.

<sup>43</sup> SOU 1992:113, s. 337-339.

därför på rekonstruktören att se till att företagshypoteket inte minskar onödigt mycket i värde.<sup>44</sup> Det är även viktigt för alla de borgenärer som har fordringar som uppkommer under rekonstruktionen men som inte grundar sig i nya avtal och därmed inte kan erhålla superförmånsrätt. Exempel på sådana fordringar är fordringar för skatter, utomobligatoriska skadeståndskrav och miljöansvar.

#### **2.4.2. Allmänt om de nytillkomna fordringarnas ställning**

Det insolvensrättsliga systemet skiljer mellan fordringar som fanns vid förfarandets början och de som tillkommer under förfarandets gång. De fordringar som uppkommer under ett konkursförfarande är i regel massafordringar och erhåller betalning innan konkursboets medel delas ut enligt FRL (11 kap. 1 § KL). Massafordringarna riktar sig mot konkursboet och följer allmänna fordringsrättsliga regler.<sup>45</sup> Motsvarande gäller för nytillkomna fordringar i rekonstruktion, vilka således inte omfattas av betalningsförbudet (2 kap. 15 §) utan ska erhålla betalning kontant, inte torde omfattas av verkställighetsförbudet (2 kap. 17 §)<sup>46</sup> samt inte omfattas av hävningsförbudet vid gäldenärens dröjsmål (2 kap. 20 §). Därutöver omfattas de inte av ett offentligt ackord (3 kap. 3 och 8 §§). Enligt förarbetena till FrekL är nytillkomna fordringar under rekonstruktion av sådant slag att de gränsar till massafordringarna.<sup>47</sup> Syftet med de nyuppkomna fordringarnas särställning i det insolvensrättsliga systemet är att skydda de borgenärer som tar nya risker under förfarandet för att på så sätt främja möjligheterna till fortsatt drift av gäldenärens verksamhet.<sup>48</sup> Det är emellertid enbart vissa av de nytillkomna fordringarna i rekonstruktion som skyddas i en eventuellt efterföljande konkurs. Som nämnts innebär superförmånsrättens utformning att de nytillkomna fordringar som inte grundar sig i avtal per automatik exkluderas från skyddet.

Vid införandet av FrekL diskuterades huruvida superförmånsrätten skulle vara begränsad till nytillkomna avtal eller om den skulle gälla fordringar som på

---

<sup>44</sup> Prop. 1995/96:5, s. 132.

<sup>45</sup> Welamson & Mellqvist, s. 244.

<sup>46</sup> Det är inte helt klart huruvida nytillkomna fordringar omfattas av verkställighetsförbudet, se t.ex. SOU 2010:2, s. 159.

<sup>47</sup> Prop. 1995/96:5, s. 130.

<sup>48</sup> Se avsnittet 2.4.1 avseende rekonstruktion och Håstad, T, *Sakrätt avseende lös egendom*, s. 398 avseende konkurs.

något sätt intjänats/uppkommit under rekonstruktionsförfarandet.<sup>49</sup> Det senare skulle innebära att fordringar härrörande från avtal som ingåtts innan rekonstruktionsförfarandet i vissa fall skulle omfattas. Det ansågs emellertid inte lämpligt att superförmänsrätten skulle gälla för alla fordringar som på något sätt intjänats/uppkommit under förfarandet. I sådant fall skulle fordringar avseende elektricitet, hyra och skatter erhålla förmänsrätt utan någon särskild åtgärd från rekonstruktören, vilket skulle ge en omotiverad och alltför förmånlig förmänsrätt för dessa borgenärer. Andra förmänsrätter, och då särskilt företagshypoteket, skulle dessutom hotas. Vidare ansågs frågan om fordrans uppkomst generellt vara svårbesvarad, varför en sådan ordning befarades kunna leda till tillämpningsproblem. Istället beslutades att superförmänsrätten skulle begränsas till de fordringar som grundas på avtal som träffats under rekonstruktionen. Trots att superförmänsrätten alltså uppfyller samma funktion som massafordringarna har superförmänsrätten fått en avsevärt smalare utformning. Dels omfattas endast fordringar som är grundade i avtal, dels måste avtalet i sig vara träffat under rekonstruktionen med rekonstruktörens samtycke.

Såväl Förmånsrättskommittén som Insolvensutredningen har föreslagit lösningar som sannolikt skulle innebära ett mer omfattande skydd för nytillkomna fordringar i rekonstruktion. Det ansågs i bägge utredningar att även sådana fordringar som grundas i avtal som med rekonstruktörens samtycke fullföljs under förfarandet skulle omfattas.<sup>50</sup> Nuvarande ordning motiverades främst med att sådana borgenärer inte behövde ”lockas” till förbindelser med gäldenären eftersom dessa i princip kan tvingas till att fortsätta prestera.<sup>51</sup> Därutöver erhåller dessa borgenärer redan skydd genom rätten till säkerhet (2 kap. 20 § FrekL). Lagstiftaren har således åsyftat att upprätthålla en gräns mellan de fordringar som grundas i fullföljandet av gamla avtal och de som grundas i nya avtal.<sup>52</sup> Den senare utredningen föreslog vidare att skyddet för nytillkomna fordringar under rekonstruktion istället skulle utformas som massafordringar av andra rang och därmed erhålla betalning innan utdelningen enligt FRL. Det verkar således vara någon form av insolvensrättslig sanning att

---

<sup>49</sup> Prop. 1995/96:5, s. 132-134.

<sup>50</sup> Se SOU 2001:80 s. 151 respektive SOU 2010:2 s. 159.

<sup>51</sup> Prop. 1995/96:5 s. 130-134.

<sup>52</sup> Se t.ex. a.prop. s. 201.

nyttillkomna fordringar under rekonstruktion ska åtnjuta ett sämre skydd än nyttillkomna fordringar i konkurs, trots att bägge faktiskt tillkommit under ett insolvensförfarande och får sägas tjäna likvärdigt viktiga intressen.

### 2.4.3. Några frågor med anledning av regleringens ordalydelse

Regleringen av det skydd som nyttillkomna fordringar under rekonstruktionsförfarandet erhåller i en efterföljande konkurs kan i viss mån sägas vara tudelad. Enligt 2 kap. 15 § 1 st. 2 p. FrekL får gäldenären inte utan rekonstruktörens samtycke åta sig nya förpliktelser. Regeln får som ovan nämnts snarast liknas vid en ordningsregel och behandlar delar av den inskränkning i gäldenärens rådighet som gäller under den tid då förfarandet pågår. Regeln får således sägas vara uppställd med hänsyn till övriga borgenärens intresse av att deras ställning inte försämras under förfarandet. Om gäldenären försätts i konkurs efter rekonstruktionen aktualiseras 10 § 4 p. FRL, vilken stadgar att superförmånsrätt gäller för de fordringar som grundar sig på avtal som gäldenären ingått med rekonstruktörens samtycke under rekonstruktionen. Regeln i FRL hänvisar till FrekL men inte specifikt till 2 kap. 15 §. FRL:s regel nämner inte heller uttryckligt att avtalet måste vara *nytt*. 2 kap. 20 § FrekL innehåller ett krav på rekonstruktörens samtycke, vilket vid en första anblick kan ge intrycket av att hänvisningen kan avse även denna regel. Det skulle innebära att superförmånsrätten omfattar eventuella *avtal om fullföljd* av gamla avtal som gäldenären träffar med rekonstruktörens samtycke. En sådan ordning skulle stämma väl överens med såväl den danska rättsordningen som Förmånsrättskommitténs och Insolvensutredningens respektive förslag.<sup>53</sup>

Som nämnts i avsnittet ovan får förarbetena dock sägas vara tydliga med att fullföljandet av gamla avtal inte omfattas av de nu gällande reglerna. Det torde inte spela någon roll om fullföljandet har befästs i ett avtal under rekonstruktionen.<sup>54</sup> Regeln i FRL kan således inte förstås på annat sätt än att endast *nya* avtal omfattas av superförmånsrätten, trots att detta alltså inte framgår av regleringens ordalydelse. Eftersom 10 § 4 p. FRL således får anses hänvisa till 2 kap. 15 § uppkommer frågan om lagstiftaren menat att de reglerna ska ha olika tillämpningsområden. Den förra avser nämligen *avtal* medan den

---

<sup>53</sup> Jfr Persson & Karlsson-Tuula, s. 89, SOU 2001:80 s. 156 respektive SOU 2010:2 s. 161.

<sup>54</sup> Se Göta hovrätt, mål nr Ö 1937-08.



senare avser *förpliktelser*. Denna fråga behandlas mer utförligt i kapitel 3, varför det i denna del räcker med att konstatera att de båda reglerna måste anses ha samma tillämpningsområde. Förarbetena anger vidare att regeln i FrekL avser alla slags förpliktelser, dvs. inte bara tecknande av nya order utan också ingående av avtal i övrigt som innefattar en förpliktelse för gäldenären.<sup>55</sup> Eftersom de båda reglerna har samma tillämpningsområde torde superförmånsrätten inte endast omfatta fordringar på betalning av leveranser och krediter utan även sådana fordringar som grundar sig i gäldenärens naturaprestationer. Som exempel kan nämnas kunders fordringar efter utebliven leverans eller då den köpta varan omfattas av garantiansvar.<sup>56</sup>

Slutligen kan även nämnas förhållandet mellan 10 § 3 p. och 4 p. FRL. Vid en tolkning av enbart ordalydelsen verkar de nämligen omfatta samma fordringar. 3 p. är dock tänkt att avse enbart sådana kostnader för åtgärder som visar sig nödvändiga för att exempelvis utreda gäldenärens bo. Dessa är att jämföras med *konkurskostnader* enligt 14 kap. 1 § KL och omfattar inte fordringar som grundas i nya avtal.

---

<sup>55</sup> Prop. 1995/96:5 s. 191.

<sup>56</sup> Med beaktande av risken för en urholkning av företagshypoteket förespråkar Ödén de lege ferenda att superförmånsrätten begränsas till att endast omfatta avtal som ingåtts utom gäldenärens normala affärsverksamhet. Se Anförandet, s. 4-6. Trots att det ligger utanför syftet för denna uppsats kan det dessutom vara intressant att nämna att vissa oklarheter uppstått med anledning av diskrepansen i ordalydelsen mellan 2 kap. 15 § 1 p. och 2 p. FrekL. 1 p. anger nämligen att *betalning* av skulder inte får ske, vilket kan tolkas som att kravet på samtycke är begränsat till penningsskulder, se SOU 2001:80 s. 131-133.

### 3. Kravet på att fordringen ska grundas i ett nytt avtal

#### 3.1. Inledning

Som konstaterats förutsätter superförmånsrätten att fordringen grundar sig i ett nytt avtal. Enligt förarbetena omfattas emellertid inte endast helt nya avtal.<sup>57</sup> Även fordringar som i viss mening har sitt ursprung dessförinnan kan omfattas, exempelvis om rekonstruktören träffar ett nytt anställningsavtal med en tidigare anställd eller ett nytt avtal om leveranser med ett företag som tidigare levererat till gäldenärsföretaget. Det viktiga är alltså att den aktuella fordringen härrör från ett nytt avtal. Endast det förhållandet att fordringen intjänats under rekonstruktionen är således inte tillräckligt. Vid momentana avtal torde regleringen sällan innebära några problem. Eftersom sådana avtalsförhållanden avslutas i samband med att prestationerna utväxlas är varje avtal som därefter träffas givetvis att betrakta som ett nytt i FRL:s mening.<sup>58</sup> Det gäller oavsett om det nya avtalet innehåller identiska villkor som det gamla. Mer problematiskt blir det emellertid om parterna sedan tidigare har ett *varaktigt avtalsförhållande* och detta fortsätter under rekonstruktionen. Om parterna kommer överens om att förändra ett sådant avtalsförhållande under förfarandet kan besvärliga gränsdragningsproblem uppstå.

Huruvida sådana förändringar av ett varaktigt avtalsförhållande ska anses uppfylla FRL:s krav på ett nytt avtal har inte besvarats i förarbetena. Antalet avgöranden är mycket begränsat och problematiken har inte heller föranlett någon särskilt livlig diskussion i doktrinen. I det följande ska utredas om olika slags förändringar av parternas varaktiga avtalsförhållande kan medföra att ett nytt avtal ska anses träffat i FRL:s mening. De förändringar som utreds är då parterna 1) omförhandlat det ursprungliga avtalet, 2) träffat ett annat avtal eller 3) förlängt det ursprungliga avtalet. Innan sådana bedömningar kan göras är det emellertid nödvändigt att utreda om de avtalsrättsliga principerna kan tillämpas i den insolvensrättsliga kontexten och hur det i sådant fall bör ske.

---

<sup>57</sup> Prop. 1995/96:5, s. 227.

<sup>58</sup> Jfr Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 319.

### 3.2. Avtalsrättsliga överväganden i ett insolvensrättsligt system

FRL:s krav på att fordringen ska grunda sig i ett nytt avtal innebär givetvis en tydlig hänvisning till avtalsrätten. I de rättskällor som behandlar kravet förefaller dessutom råda en viss enighet om att frågan ska avgöras med beaktande av *sedvanliga avtalsrättsliga principer*.<sup>59</sup> Ur ett avtalsrättsligt perspektiv är det dock sällan av betydelse att närmare fastställa huruvida en överenskommelse ska anses innebära ett nytt avtal i förhållande till ett tidigare, varför de avtalsrättsliga reglerna inte kan sägas ge ett direkt svar på frågan. Det måste dessutom ifrågasättas om avtalsrättsliga principer kan tillämpas utan att hänsyn tas till den insolvensrättsliga kontext i vilken de förekommer. Det insolvensrättsliga systemet bygger nämligen på helt andra intressen än den allmänna avtalsrätten. Enligt allmänna insolvensrättsliga principer behandlas visserligen fordringar som tillkommer under ett insolvensförfarande på samma sätt som fordringar mellan två solventa parter. Rekonstruktionsgäldenären behåller rådigheten över verksamheten och kan utsättas för vanliga fordringsrättsliga sanktioner. Detsamma gäller för de avtal som ett konkursbo träffar eller inträder i. Det finns vidare inga insolvensrättsliga begränsningar för hur avtalen träffas under ett insolvensförfarande. Avtalsrättens synsätt om att den gemensamma partsviljan styr över avtalet och dess innebörd gäller således därmed även i insolvensrättsliga sammanhang. Om en rekonstruktion avslutas i konkurs får de avtal som träffats under förfarandet dock verkningar i förhållande till övriga borgenärer, vilket är en aspekt som får sägas vara säregen för det insolvensrättsliga systemet och som inte kan bortses ifrån.

Det finns en tendens hos domstolar och andra rättstillämpare att anpassa särskilda rättsinstitut efter den berörda regelns funktioner och bakomliggande intressen. Ett tydligt exempel är NJA 2009 s. 291, i vilket HD fastslog att frågan om fordrans uppkomst vid kvittning i konkurs skulle avgöras med beaktande av bestämmelsens syfte samt allmänna konkursrättsliga principer och dess ändamål. Målet innebar ett tydligt ställningstagande mot hur frågan besvarats i andra sammanhang. På samma sätt skulle frågan om vad som konstituerar ett nytt avtal kunna avgöras i ljuset av allmänna insolvensrättsliga principer trots att

---

<sup>59</sup> Anförandet, s. 6 samt Hov:R:s domskäl i Blaikenmålet. Persson & Karlsson-Tuula anser att frågan ska avgöras med hjälp av sedvanlig avtalstolkning, vilket får anses innebära ungefär samma sak, se s. 125.

en sådan tillämpning i viss mån skulle kunna avvika från den allmänna avtalsrätten i enskilda fall. Mot detta skulle möjligen kunna anföras att frågan i det aktuella målet var unik på det sättet att det redan tidigare varit uppenbart att tillämpningen spretat mellan olika rättsområden. Det insolvensrättsliga systemet får dock sägas vara präglad av möjligheten att omklassificera och/eller underkänna avtalsrättsliga upplägg,<sup>60</sup> varför en sådan tolkning inte torde anses som särskilt främmande

Det är vidare det insolvensrättsliga systemet som ger det aktuella avtalet insolvensrättslig verkan. Enligt principen om *numerus clausus* är det nämligen inte möjligt att på avtalsrättslig väg skapa förmånsrätter.<sup>61</sup> Det är av den anledningen knappast orimligt att också låta insolvensrättsliga ändamål avgöra huruvida avtalet är att anse som ett nytt sådant eller inte. Det kan i sammanhanget dessutom framhållas att avtalsrätten, i och med principen om att oförmånliga avtal inte är bindande för tredje man<sup>62</sup>, till viss del kan sägas vara underordnad det insolvensrättsliga systemet. Det finns således goda skäl till att frågan om ett avtal ska anses vara nytt i FRL:s mening inte enbart ska avgöras utifrån avtalsrättsliga principer utan måste ses i ljuset av den insolvensrättsliga kontext i vilken dessa aktualiseras. Det som i första hand bör läggas till grund för bedömningen är därför inte typiskt avtalsrättsliga överväganden, såsom att försöka utröna den gemensamma partsviljan eller liknande, utan att undersöka om överenskommelsen ifråga ska anses utgöra ett nytt avtal enligt insolvensrättsliga principer i allmänhet och superförmånsrättens syfte i synnerhet. Därmed inte sagt att tillämpningen kan ske helt och hållet frikopplad från andra rättsliga principer. Den insolvensrättsliga definitionen torde givetvis inte kunna grunda sig i slutsatser som är helt främmande för den allmänna avtalsrätten eller den svenska rättsordningen i övrigt.

### **3.3. Kan rekonstruktören utfästa superförmånsrätt?**

Enligt grundläggande insolvensrättsliga principer är det som nämnts inte möjligt för en part att på avtalsrättslig väg utfästa förmånsrätter med insolvensrättslig

---

<sup>60</sup> Det mest talande exemplet är troligen det faktum att svensk sakrätt grundar sig i traditionsprincipen samt de avtalsrättsliga problem den orsakar.

<sup>61</sup> Håstad, s. 130.

<sup>62</sup> A.a. s. 130.

verkan. I finsk rätt är det under vissa omständigheter dock möjligt för *rekonstruktören* att utfästa en motsvarighet till superförmånsrätt.<sup>63</sup> Trots att en sådan möjlighet inte har reglerats uttryckligen i FrekL finns det ett uttalande i propositionen som kan anses tyda på det.<sup>64</sup> Situationen som behandlas är då borgenären utnyttjar sin stoppningsrätt i samband med att rekonstruktionen inleds. Den grundläggande tanken är att gäldenären då ska erlægga kontant betalning eller ställa säkerhet för sin prestation (2 kap. 20 § FrekL). Om gäldenären har en ansträngd likviditet och begränsade möjligheter att ställa säkerhet kan parterna säga upp det ursprungliga avtalet och ingå ett nytt i syfte att borgenären ska erhålla superförmånsrätt. Enligt propositionen ska borgenären i det läget tillerkännas superförmånsrätt. Ställningstagandet utvecklas inte ytterligare men det verkar som att överenskommelsen inte behöver skilja sig från det ursprungliga avtalet överhuvudtaget. Det viktiga verkar i sammanhanget vara att rekonstruktören har lämnat sitt samtycke till att det ursprungliga avtalet sägs upp och det nya ingås.

Det nämnda upplägget skulle innebära att borgenären i den angivna situationen inte har tillfört gäldenären några nya resurser under förfarandet. De prestationer som utförs efter överenskommelsen följer därför av det ursprungliga avtalet och inte den senare överenskommelsen. Bortsett från det nämnda uttalandet verkar propositionen i övrigt snarare utgå ifrån att fullföljandet av gamla avtal inte ska omfattas av superförmånsrätt. Såväl Förmånsrättskommittén som Insolvensutredningen har förespråkat att även sådana fordringar bör omfattas av superförmånsrätten. Dessa har dock förespråkat upplägget *de lege ferenda*, vilket givetvis vore mycket märkligt om samma resultat enkelt gick att uppnå enligt gällande rätt. Såväl praxis som doktrinen verkar snarare utgå ifrån att superförmånsrätten förutsätter att det nya avtalet skiljer sig ifrån det ursprungliga.<sup>65</sup> En överenskommelse som vidare inte syftar till att skapa eller förändra ett rättsförhållande *mellan parterna* kan

---

<sup>63</sup> Hellström, E, *Nordisk/baltisk rekonstruktionsrätt*, s. 111.

<sup>64</sup> Prop. 1995/96:5 s. 133.

<sup>65</sup> Se t.ex. ovan i avsnitt 2.5.3 diskuterade mål från Göta hovrätt, mål nr Ö 1937-08, i vilket HovR ansåg att överenskommelser om att enbart fullfölja gamla avtal inte omfattas av superförmånsrätt. Se även det nedan i avsnitt 3.5.2. diskuterade Blaikenmålet samt Persson & Karlsson-Tuula, s. 122-127 och Anförandet, s. 6.

knappast uppfylla de grundläggande kraven på ett avtal.<sup>66</sup> Eftersom det nämnda upplägget utreslutande ämnar försätta borgenären i en gynnsammare situation i *förhållande till övriga borgenärer* kan avtalet därmed inte erhålla superförmånsrätt på den grunden att det är att betrakta som ett nytt avtal enligt FRL. Ett avtal som enbart syftar till att kringgå tvingande regler, i detta fall förmånsrättsordningen, torde nämligen vara att betrakta som ett skenavtal.<sup>67</sup> Eftersom ett dylikt upplägg inte kan sägas utgöra ett avtal ur varken ett avtals- eller insolvensrättsligt synsätt kan detta inte omfattas av superförmånsrätten. Således måste den i propositionen uttalade meningen förstås som att det föreligger en möjlighet för rekonstruktören att utfästa superförmånsrätt efter eget tycke och smak.

En sådan möjlighet förefaller dock ha passerat obemärkt förbi.<sup>68</sup> Den förefaller dessutom strida mot såväl superförmånsrättens uttalade syfte och funktion som regleringens ordalydelse. Superförmånsrättens funktion är att skydda nytt risktagande under förfarandet, vilket innebär att fordringar grundade på gamla avtal inte ska omfattas. Vidare avser 10 § 4 p. FRL endast fordringar grundade på *avtal som gäldenären träffat* under rekonstruktionen med rekonstruktörens samtycke. Eftersom överenskommelsen enbart syftar till att kringgå förmånsrättsordningen kan den inte betraktas som ett avtal. En utfästelse om superförmånsrätt från rekonstruktören kan inte heller anses vara ett avtal som gäldenären träffat. Vidare är själva kravet på samtycke ett skydd för att gäldenären inte ska åta sig *nya förpliktelser* i förhållande till de förpliktelser som förelåg vid rekonstruktionens inledande (jfr ordalydelsen i 2 kap. 15 §). Eftersom en sådan överenskommelse inte medför nya förpliktelser för gäldenären, utan enbart en förmånligare position för borgenären, rymms den inte inom regleringens tillämpningsområde. Kravet på att fordringarna ska grundas på ett nytt avtal skulle dessutom bli överflödigt om rekonstruktören skulle kunna utfästa superförmånsrätt även för gamla avtal. Det kan dock säkerligen påstås att en dylik möjlighet skulle fylla en viss funktion i det praktiska rättslivet.<sup>69</sup> Med beaktande av regleringens utformning och syfte torde

---

<sup>66</sup> Jfr t.ex. Adlercreutz, A. och Gorton, L, *Avtalsrätt I*, s. 23 f. samt de däri angivna källorna.

<sup>67</sup> Jfr bl.a. Adlercreutz & Gorton, s. 252 f. och Grönfors, K. & Dotevall, R, *Avtalslagen – En kommentar*, s. 231 f.

<sup>68</sup> Se t.ex. Hellström, s. 40.

<sup>69</sup> Överväganden de lege ferenda ligger dock utanför syftet med denna uppsats.

det dock vara svårt att hävda att den existerar enligt gällande rätt.<sup>70</sup> Det sagda gäller alltså även om utfästelsen sker genom att parterna säger upp det ursprungliga avtalet och därefter, med rekonstruktörens samtycke, träffar ett likadant.<sup>71</sup>

### 3.4. Något om ram- och avropsavtal

En form av varaktigt avtalsförhållande är då parterna har ingått ett ramavtal. Ett avropsavtal är ett ramavtal som fastställer villkoren för senare träffade avtal, såsom vilka varor som ska levereras till vilka priser, beräknat årsbehov osv. Beställaren gör avrop enligt föravtalet, varpå leverantören är tvungen att leverera. Sådana avtal utgör i princip stående anbud, vilka således inte accepteras förrän en beställning görs enligt ramavtalet.<sup>72</sup> Det innebär att varje beställning utgör ett nytt och från avropsavtalet frikopplat avtal. Det sagda torde gälla även ifråga om tillämpningen av 10 § 4 p. FRL. Även om själva ram- eller avropsavtalet har ingåtts innan rekonstruktionen omfattar superförmånsrätten alltså en fordran som grundar sig i en sådan beställning. Det sagda förutsätter dock att själva beställningen görs under förfarandet och rekonstruktörens samtycke inhämtas.<sup>73</sup> Intressant i sammanhanget är att det aktuella avtalsförhållandet i det nedan behandlade Blaikenmålet grundades i ett avropsavtal. Det skulle således räckt för leverantören att visa att de omtvistade fordringarna grundade sig i avrop som skett efter rekonstruktionens inledande för att dessa skulle omfattas av superförmånsrätt. Istället fick leverantörens talan förstås på så sätt att det under rekonstruktionen träffats ett nytt avrops-/ramavtal. Av den anledningen var domstolen tvungen att inte endast utreda huruvida de aktuella avropen skett under rekonstruktionen utan även vad som krävs för att en omförhandling ska resultera i ett nytt avtal enligt FRL.

---

<sup>70</sup> I sammanhanget skulle givetvis kunna diskuteras det lämpliga i att ett sådant avsteg från allmänt gällande insolvensrättsliga principer sker genom ett propositionsuttalande och inte genom lag. Även det ligger dock utanför syftet med denna uppsats.

<sup>71</sup> Uppsägnings av ursprungliga avtal som följs av andra avtal diskuteras nedan i avsnitt 3.6.2.

<sup>72</sup> Det kan emellertid tänkas att avropsavtalet istället ska ses som ett ramavtal, vilket fullbordas först genom avropet, se Adlercreutz & Gorton, s. 107 f. Vilket avtalsrättsligt synsätt som ska anläggas saknar dock betydelse i sammanhanget.

<sup>73</sup> Feijen, B-A, *Strategier för oprioriterade borgenärer vid företagsrekonstruktion*, s. 41.

### 3.5. Omförhandling av ursprungligt avtal under rekonstruktion

#### 3.5.1. Rättsliga utgångspunkter

En av de förändringar som parterna i ett varaktigt avtalsförhållande kan tänkas företa är en omförhandling av avtalet, vilket kan leda till vissa gränsdragningsproblem vid tillämpningen av 10 § 4 p. FRL. Inom avtalsrätten har omförhandlingen som fenomen varit tämligen omdiskuterad. Å ena sidan kräver avtalsmekanismen i princip helt överensstämmande viljeförklaringar<sup>74</sup> för att ett avtal ska anses träffat och principen om *pacta sunt servanda* innebär att det träffade avtalet ska hållas.<sup>75</sup> Det har argumenterats att ett bindande avtal inte kan upplösas på annat sätt än genom att parterna enas om att det ska rivas upp. Å andra sidan är avtalet ett resultat av parternas vilja, vilket torde innebära att det torde kunna ändras om parterna så önskar. Idag torde det knappast råda några tvivel om att omförhandlingar är avtalsrättsligt möjliga. Det kan dock tänkas att det i många fall är svårt att avgöra om omförhandlingen i själva verket resulterat i ett nytt avtal.<sup>76</sup> Utgångspunkten för en sådan bedömningen verkar vara den gemensamma partsavsikten eller liknande överväganden.

Som ovan nämnts får frågan betydelse för övriga borgenärer, varför de insolvensrättsliga intressena måste få en stor inverkan vid bedömningen. Den gemensamma partsviljan och liknande avtalsrättsliga principer har därför sekundär betydelse. I första hand ska bedömningen utgå ifrån superförmånsrättens syfte och funktion. Såsom ovan konstaterats är detta att skydda sådant risktagande som leder till att gäldenären tillförs nya resurser under rekonstruktionen. Det innebär givetvis att inte alla *typer* av ändringar kan innebära att avtalet ska betraktas som ett nytt i FRL:s mening. Till exempel kan ändringar som innebär en reducering av borgenärens åtagande inte anses resultera i ett nytt avtal. Eftersom borgenären då inte har tagit nya risker under rekonstruktionen utan snarare minskat dem skulle en sådan ordning strida mot FRL:s syfte. Eftersom ändringarna givetvis kan ha olika betydelse för olika parter i olika avtalsrelationer, måste omförhandlingen ses i ljuset av de relevanta

---

<sup>74</sup> Jfr t.ex. reglerna om oren accept (6 § 1 st. AvtL samt 19 art. lagen om internationella köp (CISG), vilka stadgar att i princip varje förändring av ett anbud ska räknas som ett nytt anbud.

<sup>75</sup> Grönfors, K, *Avtal och omförhandling*, s. 17.

<sup>76</sup> A.a. s. 11 f.



omständigheterna i varje fall.<sup>77</sup> Sådana omständigheter av betydelse torde vara exempelvis parts- och handelsbruk.

### **3.5.2. Blaikenmålet**

#### *3.5.2.1. Bakgrund och HovR:s domskäl*

Frågan om när en omförhandling kan resultera i ett nytt avtal var uppe till prövning i det nämnda Blaikenmålet. Bakgrunden var att Blaikengruvan AB, som bedrev gruvverksamhet i Blaiken i Sorsele kommun, drabbades av finansiella svårigheter och försattes i rekonstruktion den 28 juni 2007. Blaikengruvan och Kjin Schakt hade innan rekonstruktionen träffat avtal om borring, sprängning, transport och lastning av malm och gråberg (nedan avtal 1). Den 10 juli 2007 hölls ett möte mellan parterna, vid vilket parterna enades om att Kjin Schakt skulle leverera på samma sätt och på samma villkor som tidigare, med justering av att fakturering därefter skulle ske veckovis (tidigare månadsvis) och att betalning skulle ske omedelbart efter attest (nedan avtal 2). Under ett styrelsemöte i Blaikengruvan den 31 augusti 2007 beslutades om byte av malningsmetod för att på så vis öka gruvdriftens kapacitet. Styrelsemötet hade föregåtts av ett förberedande möte den 29 augusti, vid vilket företrädarna för Blaikengruvan och Kjin Schakt närvarade. Kjin Schakt meddelades om styrelsebeslutet och ökade därför sin arbetsinsats genom att sätta in nya maskiner och personal samt öka personalens arbets- och maskintimmar (nedan avtal 3). När Blaikengruvan försattes i konkurs den 11 december 2007 hade Kjin Schakt erhållit betalning för 16 av 28 fakturor. Samtliga obetalda fakturor hänförde sig till tiden efter avtal 3. Kjin Schakt yrkade på superförmånsrätt och hävdade att parterna träffat ett nytt avtal genom avtal 2 alternativt avtal 3.

HovR inledde med att konstatera att frågan om ett nytt avtal träffats under rekonstruktionen måste avgöras med ledning av *allmänna avtalsrättsliga regler* om hur avtal sluts i förening med vad som visats i varje enskilt fall. Vidare ansåg HovR, i likhet med TR, att avtal 1 var att betrakta som ett avropsavtal, vilket innebär att varje avrop ska betraktas som ett nytt avtal. Ingenting tydde emellertid på att avtal 2 resulterat i ett avrop. Därför ansåg HovR att avtal 2 måste ha varit antingen en justering av avtal 1 eller ett helt nytt avtal. De nya

---

<sup>77</sup> Även Öden verkar vara av uppfattningen att frågan bör avgöras med beaktande av enskilda omständigheter, se Anförandet, s. 6.

rutiner om fakturering och betalningstid samt förändringen ifråga om planering och ledning av arbetet i gruvan, vilka beslutades om på mötet, var av sådant slag att de ansågs följa direkt av den betalningsinställelse och övergång till kontantprincipen som ett beslut om rekonstruktion innebär. Mötet innebar således endast *ofrånkomliga justeringar* av det ursprungliga avropsavtalet, vilka föranleddes av beslutet om företagsrekonstruktion, och inte att ett helt nytt avtal träffats. Avtal 3 innebar däremot nya kvantitetsramar, ny produktionsordning med skiftgång och en tidsbegränsning för Kjin Schakts åtagande. HovR ansåg att detta innebar *så väsentliga skillnader* i förhållande till avtal 1 att ett nytt avropsavtal ansågs ha ingåtts. Eftersom de därefter utförda arbetena grundades i det nya avropsavtalet medgavs superförmånsrätt för fordringarna. Det gjorde ingen skillnad att det nya avropsavtalet delvis innehöll samma villkor som det tidigare.

### 3.5.2.2. Ett avtalsrättsligt krav på ändringarnas omfattning?

HovR:s uttalande om att det nya avtalet fick anses ingånget eftersom det innehöll väsentliga skillnader i förhållande till det ursprungliga torde inte kunna förstås på annat sätt än den aktuella omförhandlingen medfört ändringar av tillräckligt stor *omfattning*. Det är svårt att se i vilka ”allmänna avtalsrättsliga regler om hur avtal sluts” som HovR har funnit ett sådant krav.<sup>78</sup> Utgångspunkten för bedömningen får dock antas vara att HovR, på grund av ändringarnas omfattning, ansåg det visat att parternas gemensamma avsikt var att ett nytt avtal skulle träffas. Kravet på väsentliga ändringar måste således anses vara strikt avtalsrättsligt. Det verkar vidare föreligga en viss enighet om att det är en sådan bedömning som ska göras. TR i Blaikenmålet talade i anslutning till avtal 2 om att det senare avtalet inneburit en *genomgripande förändring* av ursprungliga avtalet.<sup>79</sup> Persson och Karlsson-Tuula anser att det senare avtalet måste *skilja sig i väsentlig grad* från det ursprungliga.<sup>80</sup> Ödén nämner ingen särskild ”kvantitet” på förändringarna men konstaterar att inte varje mindre förändring i avtalet kan leda till att ett nytt avtal ska anses föreligga, vilket måste tolkas som att även han anser att ett avtalsrättsligt krav

---

<sup>78</sup> HovR:s dom s. 5.

<sup>79</sup> Lycksele tingsrätt (TR), mål nr K 506-07.

<sup>80</sup> Persson & Karlsson-Tuula, s. 126.

föreligger.<sup>81</sup> Det ska dock påpekas att alla inte verkar vara överens om när ett sådant avtalsrättsligt krav ska anses uppfyllt.

Som diskuterats ovan finns det skäl för att inte låta avtalsrättsliga överväganden vara styrande för bedömningen. Superförmånsrättens syfte och funktion i det insolvensrättsliga systemet innehåller särskilda ändamål som de ovan nämnda rättskällorna verkar förbise. En strikt avtalsrättslig bedömning följer vidare varken av regleringens ordalydelse eller av motivuttalanden. Istället bör den aktuella ändringens effekter på rekonstruktionen och lagstiftningens syfte vara utgångspunkten för bedömningen. Lagstiftaren har nämligen avsett att superförmånsrätt ska medges för nya avtal eftersom dessa medför ett nytt risktagande för borgenären. Nytt risktagande innebär att borgenären tillför nya resurser under rekonstruktionen och därmed exponerar sig på nytt för gäldenärens betalningsförmåga. I samband med att nya resurser tillförs under rekonstruktionen uppstår även nya förpliktelser för gäldenären i motsvarande mån (jfr ordalydelsen i 2 kap 15 § 2 p.). En sådan tillämpning visar på så vis att reglerna i FrekL och FRL har samma tillämpningsområde. Borgenärens fordran grundar sig ju i strikt mening inte i avtalet utan i de nya förpliktelser som stadgas i avtalet. För att underlätta för läsaren kan innebörden av den tudelade regleringen således förtydligas enligt följande:

*Superförmånsrätt gäller för fordringar som grundar sig i nya förpliktelser enligt avtal som träffats under rekonstruktionen med rekonstruktörens samtycke.*

Ändringar som inte innebär nytt risktagande tillför inga nya resurser och medför inte heller några nya förpliktelser för gäldenären. Sådana ändringar omfattas därför inte av superförmånsrätten. Ett exempel på en sådan ändring är en tidsbegränsning av borgenärens åtagande, vilken var en av ändringarna som låg till grund för HovR:s beslut i Blaikenmålet.<sup>82</sup> Ändringen medförde inga nya risker i förhållande till det ursprungliga avtalet utan innebar endast en begränsning av de risker som redan förelåg vid rekonstruktionens inledande. Således uppstod inte heller några nya förpliktelser för gäldenären. Det är knappast förenligt med reglernas syfte att låta en borgenär som inte tillför nya

---

<sup>81</sup> Anförandet, s. 6.

<sup>82</sup> Ändringen var endast en av flera men den låg alltså till grund för domen.

resurser under rekonstruktionen utan istället begränsar sina åtaganden omfattas av superförmånsrätten. Det sagda torde gälla oavsett hur stora ändringar av avtalsförhållandet som omförhandlingen innebär. Det kan därför inte vara riktigt att låta en sådan ändring (vare sig helt eller delvis) ligga till grund för att ett nytt avtal ska anses träffat. HovR:s resonemang öppnar för en tillämpning där även villkor som inte innebär att gäldenären tillförs nya resurser får betydelse för frågan om omförhandlingen resulterat i ett nytt avtal.

Det måste påpekas att leverantören i Blaikenmålet visserligen tog nya risker i och med det utökade åtagandet, varför det knappast bör anmärkas på själva utgången i målet. Däremot tyder såväl HovR:s domskrivning som uppfattningarna i de övriga nämnda rättskällorna på att varken reglernas syfte eller ändringarnas effekter för rekonstruktionen har beaktats. Min slutsats i denna del är alltså att det avgörande för tillämpningen av 10 § 4 p. FRL inte bör vara huruvida omförhandlingen medfört tillräckligt omfattande ändringar av avtalsförhållandet eller hur parterna överhuvudtaget uppfattat situationen. En sådan tillämpning beaktar omständigheter som saknar betydelse för superförmånsrätten och dess ändamål, vilket riskerar att leda till märkliga resultat ur en insolvensrättslig synvinkel. Istället bör superförmånsrättens syfte och funktion ligga till grund för bedömningen. Det innebär att omförhandlingen enbart kan anses resultera i ett nytt avtal om den medför att borgenären, genom att tillföra nya resurser till gäldenären, tar nya risker under förfarandet samt om gäldenärens förpliktelser ökar i motsvarande mån. I nästföljande avsnitt ska utredas huruvida ett antal typfall av ändringar kan anses uppfylla dessa krav.

### **3.5.3. Vilka typer av ändringar kan resultera i nytt avtal enligt FRL?**

#### *3.5.3.1. Ändring av pris*

En omförhandling som resulterar i en ändring av priset kan givetvis ha stor betydelse för de inblandade parterna. Huruvida en omförhandling som inte medför andra ändringar än en prisändring kan anses innebära ett nytt avtal är dock mer tveksamt. Ödén är av uppfattningen att så inte kan vara fallet.<sup>83</sup> Det skulle visserligen kunna hävdas att en prisändring leder till att borgenären blir mer exponerad mot gäldenärens betalningsförmåga. Det risktagande som är

---

<sup>83</sup> Anförandet, s. 6.

relevant för frågan om superförmånsrättens omfattning är dock endast sådant som uppstår genom att borgenären tillhandahåller nya resurser. En prisförändring som inte grundar sig i att nya resurser tillhandahålls under förfarandet torde därmed inte kunna leda till att ett nytt avtal ska anses träffat. Däremot torde priset ofta vara ett tecken på huruvida ett tillhandahållande av andra resurser under förfarandet ska betraktas som nytt eller inte.<sup>84</sup>

### *3.5.3.2. Ändring av kvalitet, mängd och omfattningen av parternas prestationer*

Mindre justeringar av varans kvalitet och mängd torde oftast inte innebära att gäldenären tillförs nya resurser. Således medför sådana justeringar inte heller ett ökat risktagande för borgenären eller nya förpliktelser för gäldenären. Om ändringarna av kvaliteten eller mängden är tillräckligt stora kan detta dock leda till att omfattningen av borgenärens prestation ökar. Det innebär att borgenären utsätter sig för nya risker och att förpliktelserna för gäldenären ökar i motsvarande mån. Enligt HovR:s resonemang i Blaikenmålet kan en utökning av borgenärens åtagande resultera i så väsentliga skillnader att ett nytt avtal ska anses träffat.<sup>85</sup> Persson och Karlsson-Tuula är dock av uppfattningen att enbart en utökning av de tjänster som utförts före rekonstruktionen inte kan medföra att ett nytt avtal ska anses träffat.<sup>86</sup> Argumenten förefaller huvudsakligen vara att syftet med superförmånsrätten är att inte erkänna allehanda fordringar som på något sätt avser rekonstruktionsperioden eftersom det skulle innebära förmånsrätt utan särskild åtgärd från rekonstruktören eller borgenären. En så vidsträckt förmånsrätt skulle enligt författarna dessutom hota värdet av andra förmånsrätter, till exempel företagshypoteket.

Det är visserligen sant att superförmånsrätten fått en stram utformning av just dessa anledningar, varför viss restriktivitet vid tillämpningen av reglerna kan vara påkallad. Superförmånsrättens primära syfte är dock att skydda nytt risktagande under förfarandet eftersom detta är tänkt att främja gäldenärens möjligheter till rekonstruktion. Att superförmånsrätten har fått en snäv utformning är således en annan sak. Om superförmånsrättens syfte är att skydda

---

<sup>84</sup> Prisets betydelse diskuteras vidare nedan i avsnitten 3.5.2.3 och 3.5.4.

<sup>85</sup> De betänkligheter som HovR:s domskäl medför, för vilka jag redogjort ovan i avsnitt 3.5.2.2, grundar sig inte i det faktum att det utökade åtagandet erhöll superförmånsrätt. Däremot torde det vara mindre lämpligt att grunda bedömningen på dels ett avtalsrättsligt krav på ändringarnas omfattning, dels sådana villkor som inte innebär ett ökat risktagande för borgenären.

<sup>86</sup> Persson & Karlsson-Tuula, s. 127.

de borgenärer som tillhandahåller nya resurser under rekonstruktionen vore det märkligt om ett utökat åtagande från borgenären inte skulle omfattas av skyddet. Det utökade åtagandet innebär ju att gäldenären erhåller nya resurser. För att erhålla de nya resurserna ska gäldenären prestera ytterligare betalning, vilket innebär att gäldenären därmed åtar sig nya förpliktelser (jfr ordalydelsen i 2 kap. 15 § 2 p. FrekL). Det är inte heller riktigt att förmånsrätten i sådant fall uppstår utan särskild åtgärd från rekonstruktören eller borgenären. Superförmånsrätten uppstår nämligen efter att gäldenären och borgenären har avtalat om att borgenären ska tillhandahålla ytterligare resurser och rekonstruktören har samtyckt till avtalet.

Mot min ståndpunkt i denna del skulle dock kunna invändas att ett *utökat* åtagande inte nödvändigtvis måste vara samma som ett *nytt* avtal (jfr tolkningen av ordalydelsen i 10 § 4 p. FRL).<sup>87</sup> Det är möjligt att det helt enkelt inte är tillräckligt att borgenären, genom att tillföra nya resurser, tar en ökad risk och att gäldenären därmed åtar sig ökade förpliktelser för att ändringen ska anses utgöra ett nytt avtal. Det skulle i sådant fall krävas att omförhandlingen resulterar i en ändring av *en viss omfattning* för att ett nytt avtal ska anses träffat (dvs. ett avtalsrättsligt krav). Ett sådant krav innebär att villkor, som kan vara av obetydlig vikt för gäldenärens möjligheter att rekonstrueras, ges betydelse för frågan om ett nytt avtal träffats. En sådan tillämpning skulle dessutom göra det i princip omöjligt för parter i varaktiga avtalsförhållanden att omfattas av superförmånsrätten, såvida de inte börjar leverera helt andra varor till helt andra villkor, vilket givetvis är osannolikt i de flesta avtalsförhållanden. Ett kort exempel kan användas för att tydliggöra resonemanget:

*Eftersom gäldenärsbolaget behöver ny kredit under förfarandet ansöker gäldenären om utökade lån hos sin bank. Rekonstruktören samtycker till överenskommelsen, vilken i övrigt innehåller samma villkor som tidigare.*

Omständigheterna är i princip samma som i Blaikenmålet, förutom det faktum att Kjin Schakt levererade gruvtjänster istället för låneupplägg. Med en tillämpning av det krav som förespråkas av Persson och Karlsson-Tuula kan parternas omförhandling av kreditavtalet inte ses som ett nytt avtal. Det

---

<sup>87</sup> Tolkningen diskuterades ovan i avsnitt 2.4.3.

förefaller i sådant fall krävas att parterna antingen enas om leveranser av ett helt annat slag, vilket knappast är särskilt troligt, eller att även andra avtalsvillkor ändras i väsentlig omfattning. Vid beaktande av superförmånsrättens syfte förefaller det dock uppenbart att denna situation ska omfattas, oavsett om villkoren ändras i övrigt. En motsatt slutsats skulle innebära att gäldenären är fri att åta sig utökade förpliktelser i vilken omfattning som helst, även utan rekonstruktörens samtycke, så länge som inga andra villkor ändras. Eftersom utökade förpliktelser sätter borgenärernas rätt i fara i precis samma utsträckning som nya förpliktelser kan en sådan ordning knappast anses rimlig.

Vid en tillämpning av det av HovR tillämpade kravet torde ett sådant utökande av bankkrediterna kunna godtas under förutsättningen att utökningen är av en viss omfattning. Som ovan nämnts torde det relevanta emellertid vara *att* ett nytt risktagande skett och inte i vilken omfattning. Det torde vidare inte spela någon roll om parterna har avsett att tillhandahållandet av nya resurser ska ske i ett annat avtal eller genom en omförhandling av det redan befintliga avtalet. Effekten blir nämligen densamma; borgenären tar nya risker och gäldenären åtar sig nya förpliktelser i motsvarande mån. Det ska dock tilläggas att Perssons och Karlsson-Tuulas påpekande om att en sådan tillämpning av reglerna kan leda till att värdet av företagshypoteket urholkas är helt riktigt. Detta är dock en konsekvens som lagstiftaren har varit medveten om och tagit hänsyn till vid reglernas utformning.<sup>88</sup> Det är av just den anledningen som dylika dispositioner kräver rekonstruktörens samtycke, vilket dessutom enbart får lämnas om det inte påverkar företagshypoteket onödigt mycket.

### *3.5.3.3. Ändring av betalning samt tid och plats för varans avlämnande*

Grundläggande för varje rekonstruktion är att betalningarna under förfarandet ska erläggas enligt kontantprincipen. Huvudregeln är således att villkoren för betalning ska ändras för samtliga varaktiga avtalsförhållanden när det beslutas om rekonstruktion, även om undantag kan göras i enstaka fall. Omförhandlingar som leder till sådana ändringar som oundvikligen följer av rekonstruktionen kan givetvis inte anses resultera i ett nytt avtal.<sup>89</sup> Generellt sett kan rent administrativa ändringar av betalningsvillkoren, såsom att betalning ska

---

<sup>88</sup> Prop. 1995/96:5 s. 132.

<sup>89</sup> Avseende avtal 2 i Blaikenmålet drog HovR slutsatsen att ofrånkomliga justeringar som föranleds av rekonstruktionen inte kan anses innebära att ett nytt avtal träffats.

erläggas till ett *nytt bankkonto*, inte sägas utgöra sådana ändringar som krävs för att ett nytt avtal ska anses träffat. En ändring som medför att gäldenären exempelvis ska erlägga betalning i en *ny valuta* kan visserligen sägas medföra att borgenären exponeras för en ny risk. Eftersom en sådan risk dock inte grundar sig i att nya resurser tillförs gäldenären är den knappast att anse som kopplad till gäldenärens betalningsförmåga. Av den anledningen kan inte heller sådana ändringar anses utgöra nya avtal.

I vissa fall kan betalningsvillkoren vara en så viktig beståndsdel i avtalet att en ändring av dem kan sägas medföra att avtalsförhållandet ändras i grunden. Ett exempel på sådana avtalsförhållanden är *kontokurantförhållanden*, vilka innebär att parterna ömsesidigt levererar varor eller tjänster till varandra. Betalning erläggs således genom att de egna leveranserna avräknas från skulden.<sup>90</sup> En sådan ändring av avtalsförhållandet kan vara så omfattande att den möjligen skulle kunna uppfylla ett strikt avtalsrättsligt krav. Om parterna under rekonstruktionen kommer överens om att gäldenären ska betala för leveranserna med pengar istället för med egna varor eller tjänster exponeras borgenären dessutom plötsligt mot gäldenärens likviditet. Denna likviditetsrisk skulle å ena sidan kunna sägas vara en ny slags risk som borgenären tar under förfarandet. Å andra sidan har omförhandlingen inte medfört att borgenären tillfört gäldenären nya resurser under förfarandet. Dessutom var borgenären exponerad mot gäldenärens likviditet även innan omförhandlingen; betalningarna till borgenären var ju avhängiga att gäldenärens likviditet räckte för att producera de varor som borgenären skulle betalas med. Sett till gäldenärens betalningsförmåga har borgenären därför inte utsatt sig för en ny risk enbart på grund av att betalningsmedlet har ändrats.

Ändringar som avser *tid och plats för varans avlämnande* torde i de flesta fall inte till att borgenären tar en ny risk och att nya förpliktelser uppstår för gäldenären. I vissa fall skulle det dock kunna tänkas att ändringen av tid eller plats medför att borgenären måste utöka sina åtaganden. Om de löpande leveranserna ska ske på hälften så lång tid som enligt det ursprungliga avtalet måste borgenärens arbete rimligtvis öka i motsvarande mån. På samma sätt torde en omförhandling som leder till att borgenären ska ansvara för långa och

---

<sup>90</sup> Lennander, G, *Återvinning i konkurs*, s. 208.



tidskrävande leveranser innebära ett ökat arbete för borgenären. Som nämnts i avsnittet ovan innebär ökade åtaganden att borgenären tar en ökad risk i förhållande till det ursprungliga avtalet. I vissa fall kan sådana ändringar därför leda till att ett nytt avtal ska anses träffat. Det sagda förutsätter dock att ökningen av arbetet innebär att gäldenären ska erlägga ökad betalning i motsvarande mån. Om gäldenärens prestation inte ökar i motsvarande mån tyder det snarast på att ändringen inte medfört ett nytt risktagande för borgenären.

#### **3.5.4. Vilka fordringar omfattas av det nya avtalet?**

Om det kan konstateras att en omförhandling leder till sådana ändringar som tillför nya resurser ska ändringen alltså anses ha resulterat i ett nytt avtal, vilket innebär att på avtalet grundade fordringar ska omfattas av superförmånsrätten. Däremot innebär en sådan omförhandling inte med nödvändighet att samtliga av borgenärens fordringar som uppkommer under förfarandet ska omfattas. Superförmånsrätten omfattar endast de fordringar som grundar sig i de av gäldenärens förpliktelser som uppstått genom borgenärens nya/utökade risktagande. Fordringar som grundar sig i de tidigare förpliktelserna, dvs. det ursprungliga avtalet, kan inte omfattas av superförmånsrätten. Det sagda kan förtydligas genom följande exempel:

*Enligt ett löpande avtal ska borgenären leverera varor till ett värde av 100 kr per månad. Efter beslutet om rekonstruktion kommer parterna överens om att borgenären under förfarandet ska utöka sina leveranser till ett sammanlagt värde av 150 kr per månad. Rekonstruktören samtycker och borgenären levererar enligt överenskommelsen. Gäldenären försätts i konkurs efter en månad utan att borgenären har fått betalt.*

I exemplet har borgenären, genom att utöka sitt åtagande, tagit en ny risk under förfarandet som motsvarar ett värde om 50 kr. Det har medfört nya förpliktelser för gäldenären i motsvarande mån. Parterna ska således anses ha träffat ett nytt avtal till ett värde av 50 kr. Av borgenärens fordringar omfattas därmed endast 50 kr av superförmånsrätt. Eftersom fordringen om 100 kr inte grundar sig i det utökade åtagandet utan i det ursprungliga avtalet faller den utanför 10 § 4 p. FRL. Det ursprungliga avtalet måste anses ha fullföljts i och med

överenskommelsen. Om gäldenären gjort sig skyldig till hävningsgrundande dröjsmål innan rekonstruktionen får fullföljandet anses ha skett genom 2 kap. 20 § 1 st. Rekonstruktören har också samtyckt till fullföljandet. För att säkerställa sin rätt enligt det ursprungliga avtalet var borgenären tvungen att kräva säkerhet eller kontant betalning (2 kap. 20 § 2 st.). Om så inte har skett är denna del oprioriterad tillsammans med eventuella obetalda fordringar från tiden innan rekonstruktionen. Det sagda är ett resultat av den gräns mellan fullföljandet av gamla avtal och träffandet av nya avtal som dragits genom lagstiftarens krav på nytt avtal i 10 § 4 p. FRL.<sup>91</sup>

I exemplet ovan motsvaras de nya förpliktelserna för gäldenären av borgenärens nya risktagande. Om gäldenären inte kan erlægga kontant betalning eller ställa säkerhet för fullföljandet av avtalet (2 kap. 20 § 2 st.) kan det tänkas att borgenären kräver en omförhandling av det ursprungliga avtalet. Genom att de fordringar som grundas i det ursprungliga avtalet ”bakas in” i det pris som ska erläggas under förfarandet skulle borgenären kunna säkerställa dessa fordringar genom superförmånsrätten. Samma sak kan tänkas inträffa beträffande eventuella skulder som uppstått innan rekonstruktionen. Om borgenären de facto inte tillfört gäldenären några nya resurser utan endast höjt priset kan fordringen givetvis inte anses omfattas av superförmånsrätten. Regleringen kan på så vis sägas innebära att gäldenärens förhandlingsposition försämrats. Eftersom en sådan situation lämnar borgenären oskyddad i en eventuellt efterföljande konkurs är det troligen tveksamt om borgenären ser några skäl till att bidra till rekonstruktionen.

Det kan förefalla frestande för samtliga inblandade att i vissa fall tillgodose borgenärens krav om det sammantaget skulle gynna rekonstruktionen. Eftersom borgenärens fordran inte kan anses grundad i ett nytt avtal och rekonstruktören dessutom saknar möjlighet att utfästa superförmånsrätt är det enligt gällande rätt dock inte möjligt.<sup>92</sup> Lagstiftaren har varit noggrann med att de fordringar som grundar sig i det ursprungliga avtalet inte kan omfattas av superförmånsrätt, oavsett hur mycket parterna själva önskar det. Därutöver vilar reglerna på grundtanken att rekonstruktionen endast ska pågå så länge som den har förutsättningar att lyckas. Det förefaller vara lagstiftarens åsikt att en

---

<sup>91</sup> Gränsen har behandlats ovan i avsnitt 2.4.2.

<sup>92</sup> Möjligheten att utfästa superförmånsrätt har behandlats ovan i avsnitt 3.3.

rekonstruktion generellt kan sägas sakna sådana förutsättningar om gäldenären inte ens kan fullfölja de önskade avtalen i enlighet med 2 kap. 20 §. Vad gäller eventuella skulder som uppkommit innan förfarandet omfattas dessa av de restriktioner som behandlats ovan under avsnitt 2.4.2. De kan emellertid betalas om rekonstruktören samtycker och det föreligger särskilda skäl (2 kap. 15 § 1 p.). Av nämnda resonemang kan den generella slutsatsen dras att omförhandlingar som medför prisförändringar av olika slag inte med nödvändighet måste innebära att ett nytt avtal träffas. Som nämnts måste gäldenärens nya förpliktelser också *motsvaras* av borgenärens tillhandahållande av nya resurser.

Den häri förespråkade tillämpningen medför att situationen kan uppstå där endast vissa av de fordringar som grundas i ett och samma *avtalsförhållande* omfattas av superförmänsrätten. Det skulle kunna hävdas att en sådan tillämpning innebär en ”partiell” superförmänsrätt, vilken några kanske skulle påstå inte direkt framgår av 10 § 4 p. FRL. Borgenärens fordran grundar sig dock strängt taget inte i det nya avtalet utan i de nya förpliktelser som avtalet innehåller.<sup>93</sup> Det innebär också att 10 § 4 p. FRL och 2 kap. 15 § 2 p. FrekL har samma tillämpningsområde. Superförmänsrätten kan därmed sägas skilja mellan fordringar som grundar sig i gamla respektive nya förpliktelser, varav endast de senare omfattas. Även om det avtalas om nya förpliktelser under rekonstruktionen kan de gamla förpliktelserna givetvis komma att kvarstå och utföras. När borgenären har fordringar som dels grundar sig i gamla förpliktelser, dels i nya förpliktelser torde det var bäst förenligt med superförmänsrättens syfte och funktion att endast låta superförmänsrätten omfatta de nya. Som tidigare nämnts torde en annan tolkning i princip omöjliggöra för en borgenär som haft ett varaktigt avtalsförhållande med gäldenären redan vid rekonstruktionens inledande att erhålla superförmänsrätt, såvida borgenären inte börjar leverera helt nya varor/tjänster till helt nya villkor.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> Detta har diskuterats ovan i avsnitt 3.5.2.2.

<sup>94</sup> Tillämpningen kan dock föranleda andra problem. Eftersom det inte är otänkbart att borgenären väljer att fakturera för de sammanlagda leveranserna under förfarandet kan exempelvis viss avräkningsproblematik uppstå om gäldenären endast delvis erlägger betalning och denna inte destineras. Problematiken kring avräkningsordningen är dock inte unik för den aktuella frågan och faller utanför syftet med denna uppsats.

## 3.6. Ingående av ett annat avtal under rekonstruktion

### 3.6.1. Rättsliga utgångspunkter

En annan förändring som parterna i ett varaktigt avtalsförhållande kan göra är att ingå *ett annat avtal* än det ursprungliga avtalet. Utgångspunkten torde givetvis vara att ett annat avtal också är att anse som ett nytt i förhållande till det ursprungliga avtalet. Flera situationer är emellertid tänkbara där det andra avtalet inte har några ytterligare effekter på rekonstruktionen i form av nya resurser. Även om parterna ingår ett annat avtal, som till synes verkar vara frikopplat från det ursprungliga, torde krävas att detta avtal medför ett nytt risktagande för borgenären och ökade förpliktelser för gäldenären. Om så inte är fallet torde det andra avtalet inte kunna anses som ett nytt avtal i FRL:s mening. I sådana fall kan det givetvis röra sig om rena skenavtal, vilka i sådant fall uteslutande skulle syfta till att borgenärens fordran skulle erhålla en bättre ställning i en efterföljande konkurs, men även situationer som inte inbegriper dylik ”illojalitet” kan tänkas. I de förra fallen kan det närmast bli aktuellt med en s.k. *genomsyn*<sup>95</sup>, vilken i princip innebär att avtalsuppläggen ska synas på djupet i syfte att utröna eventuella bakomliggande förhållanden som kan inverka på bedömningen. Sådana metoder har tillämpats tidigare i insolvensrättsliga sammanhang.<sup>96</sup> I de senare fallen kan det däremot röra sig om situationer som enligt en strikt avtalsrättslig tolkning mycket väl skulle kunna anses som nya avtal. Enligt det i avsnitt 3.2 förda resonemanget torde det i vissa fall vara möjligt att underkänna ”avtalsrättsligt” nya avtal med beaktande av superförmånsrättens särskilda syfte och funktion.

### 3.6.2. Om ursprungligt avtal upphör att gälla under rekonstruktion

Om parterna ingår ett annat avtal efter att det ursprungliga avtalet *löpt ut* under rekonstruktionen torde det andra avtalet alltid vara att anse som ett nytt sådant. Anledningen är att inga prestationer kan grunda sig i det utgångna avtalet, varför alla resurser som tillförs därefter måste anses grundade i ett nytt avtal.

---

<sup>95</sup> Termen används troligen främst inom t.ex. skatterättsliga och aktiebolagsrättsliga frågor, såsom ansvarsgenombrott. Den torde dock passa lika bra här.

<sup>96</sup> Jfr t.ex. NJA 1996 s. 333, i vilket HD konstaterade att den s.k. medelbara betalningen i ”realiteten” skett med gäldenärens tillgångar.

Borgenären har således tagit nya risker och gäldenären har åtagit sig nya förpliktelser i motsvarande mån. Om parterna däremot *sagt upp* det ursprungliga avtalet under rekonstruktionen för att därefter ingå ett annat avtal kan gränsdragningen bli svårare. Om det senare avtalet avser likadana prestationer och innehåller samma villkor torde de resurser som därefter tillförs gäldenären knappast kunna anses som nya.<sup>97</sup> Ett sådant upplägg torde snarast vara att likna vid ett skenavtal med syftet att kringgå förmånsrättsordningen i en eventuellt efterföljande konkurs. Borgenären har ju inte tagit några nya risker i förhållande till det ursprungliga avtalet och gäldenären har inte åtagit sig nya förpliktelser. Ur ett insolvens- och rekonstruktionsrättsligt perspektiv måste ett sådant upplägg ses som att det ursprungliga avtalet helt enkelt fortsatt att gälla.

Parterna är dock fria att träffa andra avtal även under rekonstruktionen och om dessa verkligen innebär att gäldenären tillförs nya resurser ska fordringarna som grundar sig i de nya förpliktelserna erhålla superförmånsrätt. Gränsdragningen bör rimligtvis ske enligt de principer som tillämpas vid bedömningen av om en omförhandling resulterat i ett nytt avtal.<sup>98</sup> Det har nämnts att bedömningen ska göras med hänsyn till olika former av parts-specifika omständigheter. Dessa bör troligen tillmätas särskild betydelse när parterna ingått ett annat avtal under rekonstruktionen. För att illustrera sådana partsspecifika omständigheters betydelse vid bedömningen kan följande (möjligen något triviala) exempel användas:

*Rekonstruktionsgäldenären, som bedriver en antik bokhandel, har ett löpande avtal med borgenären om leverans av fem böcker av ospecificerade författare per månad. Under rekonstruktionen sägs avtalet upp, varefter ett annat avtal träffas om leverans av fem böcker av en särskild författare per månad.*

Utgångspunkten i en liknande situation torde vara att gäldenären inte tillförts några nya resurser i och med den senare överenskommelsen. Eftersom valet av författare troligen har stor betydelse för verksamheten är det emellertid inte otänkbart att gäldenären har tillförts nya resurser under rekonstruktionen.

---

<sup>97</sup> Såsom konstaterats ovan i avsnitt 3.3 rymmer gällande rätt troligen ingen möjlighet för rekonstruktören att utfästa superförmånsrätt genom att säga upp ett avtal och därefter ingå ett likadant.

<sup>98</sup> Se ovan i avsnitt 3.5.

Således skulle det kunna innebära att det senare avtalet är att betrakta som ett nytt avtal enligt FRL. Om gäldenären däremot bedriver kaféverksamhet och böckerna enbart fyller en inredningsfunktion torde valet av författare inte spela någon roll. Eftersom det senare avtalet alltså avser fem böcker per månad har gäldenären inte tillförts några nya resurser under förfarandet, såvida inga andra omständigheter talar för det. Eventuella prisförändringar torde kunna vara en ledtråd för om ändringen inneburit att nya resurser tillförts eller inte. Såsom nämnts ovan i avsnitt 3.5.4. innebär dock inte alla prisförändringar att så har skett.

### **3.6.3. Om ursprungligt avtal löper vidare under rekonstruktion**

Det nämnda gäller även om det ursprungliga avtalet *fortsätter att löpa* under rekonstruktionen. Om parterna ingår ett nytt avtal och fortsätter att prestera enligt det ursprungliga avtalet parallellt torde det senare avtalet så gott som alltid vara att anse som ett nytt avtal enligt FRL. De resurser som tillförs enligt det senare avtalet är ju därmed nya i förhållande till det ursprungliga avtalet. Parterna är dock givetvis fria att ingå ett annat avtal under rekonstruktionen och sluta prestera enligt det ursprungliga. Om så har skett finns det dock en viss risk för att det senare avtalet inte ska anses tillföra nya resurser till gäldenären i förhållande till det ursprungliga. I ett sådant fall torde en närmare utredning av respektive avtals effekter på rekonstruktionen krävas. På samma sätt som ovan bör parts- och branschspecifika omständigheter tillmätas stor betydelse.

En avtalstyp som kan ge upphov till särskilda problem i sammanhanget är olika typer av *låne- och säkerhetsförbindelser*. Eftersom den resurs som i sådana avtal tillförs gäldenären är pengar eller löften om pengar kan det vara svårt att avgöra till vilket avtal en viss summa verkligen hör. Problematiken kan illustreras med följande exempel:

*Moderbolaget går i borgen för dotterbolagets leasingavgifter till leasegivaren (såsom för egen skuld). När dotterbolaget försätts under rekonstruktion har leasegivaren en fordran motsvarande två avgifter. Leasegivaren hotar med hävning om dotterbolaget inte betalar avgifterna eller ställer säkerhet. Moderbolaget lämnar ett stödlån till dotterbolaget motsvarande avgifterna samt lånelöfte avseende eventuella avgifter som dotterbolaget inte kan betala under*

*rekonstruktionen. Upplägget godkänns av rekonstruktören och stödlånet erläggs direkt till leasegivaren.*

I exemplet är det uppenbart att avtalet om stödlån har träffats under rekonstruktionen. Moderbolaget har tillhandahållit resurser, i form av stödlån samt lånelöfte, under förfarandet och en motsvarande skuld har uppkommit för gäldenären (dotterbolaget). Frågan är emellertid om borgenärens fordringar för stödlånet och lånelöftet ska erhålla superförmånsrätt. Vid en ”genomsyn” av de båda avtalen framgår nämligen att de resurser som tillförts under rekonstruktionen knappast kan vara att betrakta som nya. Vad som skett är helt enkelt att moderbolaget uppfyllt förpliktelser som är identiska med de förpliktelser som följer av det ursprungliga avtalet (borgensåtagandet). Gäldenären har visserligen åtagit sig skulder för stödlånet och lånelöftet men dessa motsvaras av den regressskuld som annars skulle inträtt vid infriandet av borgensåtagandet. Eftersom gäldenären därmed i ”realiteten” inte har tagit några nya risker under förfarandet så har gäldenären inte heller tillförts några nya resurser.

### **3.7. Förlängning av ursprungligt avtal under rekonstruktion**

#### **3.7.1. Rättsliga utgångspunkter**

En tredje förändring som parterna i ett varaktigt avtalsförhållande kan tänkas göra är en *förlängning* av det ursprungliga avtalet. En förlängning av ett avtal torde, under vissa omständigheter, kunna innebära att ett nytt avtal ska anses ingånget. Bedömningens utgångspunkt är densamma som för ovan nämnda förändringar, dvs. superförmånsrättens syfte att skydda nytt risktagande under rekonstruktionen. En förlängning som parterna kommer överens om under rekonstruktionen men som inte påverkar borgenärens risktagande kan således inte innebära att ett nytt avtal träffats enligt FRL:s mening. Ett exempel på en sådan situation är om parterna, med rekonstruktörens samtycke, förlänger ett avtal som annars inte skulle upphört att gälla förrän efter rekonstruktionen avslutas. Det innebär att om rekonstruktionsgäldenären försätts i konkurs innan parterna har börjat prestera enligt det förlängda avtalet omfattas fordringarna inte av superförmånsrätten. Anledningen är givetvis att borgenärens nya

risktagande och gäldenärens nya förpliktelser inte ”aktualiseras” förrän det förlängda avtalet börjar gälla. Dessförinnan grundar sig fordringarna endast på det risktagande och de förpliktelser som gällde enligt det ursprungliga avtalet.

Även om det förlängda avtalet har aktualiserats under rekonstruktionen torde det inte vara helt säkert att fordringarna därefter alltid omfattas av superförmånsrätten. Som ska visas i det följande är det nämligen av grundläggande betydelse om förlängningen skett automatiskt eller frivilligt.

### **3.7.2. Avtals- och kontraktsrättslig syn på förlängning av avtal**

För att belysa skillnaderna mellan automatiska och frivilliga förlängningar kan ledning sökas i vissa lagstadgade kontraktsrättsliga principer. Enligt 12 kap. 3 § 2 st. jordabalken (JB) upphör ett hyresavtal som ingåtts för bestämd tid att gälla vid hyrestidens utgång. Enligt 3 st. förlängs avtalet på obestämd tid om avtalet saknar bestämmelser om verkan av utebliven uppsägning och avtalet inte sägs upp till hyrestidens utgång. Detsamma gäller om hyresgästen, trots att avtalet upphört att gälla utan uppsägning, fortsatt att använda lägenheten utan att hyresvärden anmodat hyresgästen att flytta. En liknande princip finns i lagen om anställningsskydd (LAS). Enligt 5 § 2 st. övergår vissa tidsbegränsade anställningar i tillsvidareanställningar om arbetstagaren varit anställd i sammanlagt minst två år under en period om fem år. En sådan övergång är automatisk och verkar inte medföra att ett nytt avtal ska anses träffat mellan parterna.<sup>99</sup> Regeln om automatisk förlängning är dispositiv (2 § 3 st.).

Med dessa regler i beaktande kan en allmän kontraktsrättslig princip skönjas med innebörden att lagstadgade automatiska förlängningar inte utgör nya avtal. Om den lagstadgade automatiska förlängningen däremot förhindras, till exempel genom att avtalet sägs upp i rätt tid, kan parterna efter avtalstidens slut träffa ett nytt likadant avtal. Det senare avtalet torde därmed vara att betrakta som ett nytt avtal i FRL:s mening, oavsett om avtalsvillkoren i övrigt är desamma som i det ursprungliga avtalet. Samma sak torde gälla om parterna avtalar bort den automatiska förlängningen men enas om att förlänga avtalet vid avtalstidens utgång. I båda dessa situationer har parterna nämligen *frivilligt* kommit överens om att fortsätta avtalsförhållandet. Det torde inte spela någon roll om den ursprungliga avtalstiden gått ut och parterna därefter träffar ett nytt

---

<sup>99</sup> Jfr Lunning, L & Toijer, G, *Anställningsskydd – En lagkommentar*, s. 269.



avtal eller om de frivilligt enas om att avtalet ska förlängas. Det ska dock observeras att dessa regelverk styrs av tämligen säregna intressen, varför principen endast torde kunna tillämpas om den överensstämmer med superförmånsrättens syfte och funktion samt övriga insolvensrättsliga principer.

### **3.7.3. Vilka typer av förlängningar kan resultera i nytt avtal enligt FRL?**

Den ovan nämnda principen kan sägas ligga i linje med HovR:s domskäl avseende avtal 2 i Blaikenmålet. Som skäl till att inte medge superförmånsrätt i denna del angav HovR att sådana ändringar som *ofrånkomligen följer av en rekonstruktion och en övergång till kontantprincipen* inte kan anses medföra att ett nytt avtal träffats. HovR:s resonemang kan tolkas som att de ändringar som följer av omförhandlingen måste vara *frivilliga* för parterna. Ett avtal under rekonstruktionen som medför ändringar i förhållande till det ursprungliga avtalet torde därmed inte erhålla superförmånsrätt om dessa ändringar redan *följer av lag eller allmänna insolvensrättsliga principer*. Detsamma torde gälla även ifråga om olika typer av automatiska förlängningar under rekonstruktionen. Det kan visserligen tänkas att en förlängning medför effekter på rekonstruktionen trots att förlängningen inte varit frivillig från bägge sidorna. Även om endera parten skulle bli "tvingad" till en fortsättning av avtalet skulle det kunna innebära att borgenären faktiskt tar nya risker och att nya förpliktelser uppstår för gäldenären i motsvarande mån. En sådan tillämpning skulle dock vara alltför avvikande från allmänna avtalsrättsliga principer för att kunna vara acceptabel. De insolvensrättsliga principerna ska som nämnts vara avgörande för bedömningen av 10 § 4 p. FRL men den insolvensrättsliga definitionen av ett nytt avtal torde inte kunna grunda sig i en tillämpning som är helt främmande för den allmänna avtalsrätten. Att den överenskommelse som ligger till grund för de nya förpliktelserna är frivillig för parterna får således sägas vara en grundförutsättning även för bedömningen av 10 § 4 p. FRL. Även de ovan behandlade förändringarna, dvs. omförhandling av ett ursprungligt avtal och träffandet av ett annat avtal under rekonstruktionen, bygger på att parterna frivilligt träffat överenskommelser om respektive förändring.

De nämnda automatiska förlängningarna måste inte grunda sig i lag utan kan även följa av det ursprungliga avtalet. Det innebär att en förlängning som, på grund av avtalets utformning, är oundviklig för bägge eller en av parterna

inte torde kunna betraktas som ett nytt avtal i FRL:s mening. Om parterna däremot särskilt avtalat om att förlängning ska ske under vissa förutsättningar kan detta innebära att förlängningen ska anses ha resulterat i ett nytt avtal. Vad gäller hyresförhållanden är det till exempel inte ovanligt att parterna avtalar om *automatisk förlängning* på viss tid om avtalet inte sägs upp innan en särskilt angiven tidpunkt före hyrestidens utgång.<sup>100</sup> Om den särskilt angivna tidpunkten infaller under rekonstruktionen och ingen av parterna väljer att säga upp avtalet kan parternas gemensamma vilja anses vara att avtalsförhållandet ska fortsätta. En sådan förlängning är på så vis frivillig för bägge parterna. Parterna skulle lika gärna kunna säga upp avtalet i rätt tid och därefter ingå ett avtal med samma villkor, vilket givetvis skulle anses vara ett nytt avtal enligt FRL:s mening.<sup>101</sup> Eftersom situationerna får samma effekt på rekonstruktionen bör de också behandlas lika. De nya resurser som tillförs gäldenären enligt det förlängda avtalet grundar sig i att borgenären frivilligt har tagit en ny risk. Nya förpliktelser har därmed uppstått för gäldenären i motsvarande mån. Det ska dock erinras om att förlängningen givetvis kräver rekonstruktörens samtycke för att omfattas av superförmånsrätt, vilket i detta fall innebär att rekonstruktören samtycker till att gäldenären underlåter att säga upp avtalet. Tidpunkten kan inte infalla efter en alltför kort tid efter rekonstruktionens inledande eftersom rekonstruktören dessförinnan rimligen måste hinna skaffa sig en ordentlig bild av gäldenärsbolaget och dess verksamhet.

Ytterligare ett exempel på en frivillig förlängning som kan resultera i ett nytt avtal enligt FRL är då parterna utnyttjar en *ömsesidig förlängningsoption*. En sådan option innebär en möjlighet för parterna att strax före det ursprungliga avtalets slutdatum komma överens om en förlängning av avtalet. Eftersom ingen av parterna har möjlighet att tilltvinga sig en förlängning utan motpartens samtycke torde förlängningen vara att anse som ett resultat av nya överensstämmande viljeförklaringar. Parterna hade lika gärna kunnat låta avtalet löpa ut och därefter enats om att inleda ett nytt avtalsförhållande med samma innehåll som det ursprungliga. Eftersom en förlängning genom en ömsesidig

---

<sup>100</sup> Grauers, F, *Nyttjanderätt*, s. 30, Hellners, T. & Mellqvist, M, *Lagen om företagsrekonstruktion – En kommentar*, s. 140.

<sup>101</sup> En sådan situation bör i själva verket inte ses som en uppsägning utan snarare som att avtalet löpt ut. Skillnaden mellan dessa fall behandlas ovan i avsnitt 3.6.2.

förlängningsoption har samma effekter finns det inga skäl att göra skillnad på dessa situationer. En sådan tillämpning stämmer också väl överens med superförmånsrättens syfte och funktion. Eftersom det ursprungliga avtalsförhållandet är på väg att löpa ut kan de resurser som därefter tillförs gäldenären inte anses vara grundade i det ursprungliga avtalet. Borgenären har således tagit en ny risk och gäldenären har åtagit sig nya förpliktelser i motsvarande mån. En förlängning under rekonstruktionen genom en ömsesidig förlängningsoption torde därför ses som ett nytt avtal enligt FRL:s mening. Som ovan i avsnitt 3.7.1. gäller superförmånsrätten dock endast för de fordringar som grundar sig i det nya avtalet, dvs. de som uppkommer efter att det ursprungliga avtalet annars skulle slutat gälla. Fordringarna som uppkommer sig dessförinnan följer givetvis av det ursprungliga avtalet.

Om förlängningsoptionen däremot är förbehållen endast en av parterna kan denna part tilltvinga sig en förlängning oberoende av motpartens inställning. En sådan *ensidig förlängningsoption* torde vara att jämföras med en sådan automatisk förlängning som stadgas i JB och LAS. Eftersom den förlängningsberättigade parten inte behöver inhämta motpartens samtycke är förlängningen inte ett resultat av överensstämmande viljeförklaringar. Det vore således helt främmande ur avtalsrättslig synvinkel att låta en sådan förlängning jämföras med ett nytt avtal. Det torde dock inte heller vara förenligt med de insolvens- och rekonstruktionsrättsliga principerna. Åberopandet av optionen torde nämligen enbart vara att anse som ett utnyttjande av ett villkor som grundar sig i det ursprungliga avtalet. De resurser som tillförs gäldenären efter en sådan förlängning grundar sig därmed också i det ursprungliga avtalet, även om dessa kan sägas ha varit villkorade av åberopandet av optionen. En sådan förlängning har således inga effekter på rekonstruktionen som kan anses vara nya i förhållande till det ursprungliga avtalet, varför den inte heller kan omfattas av superförmånsrätten.

## 4. Kravet på rekonstruktörens samtycke

### 4.1. Inledning

För att gäldenären ska få vidta de rättshandlingar som regleras i 2 kap. 15 § FrekL måste rekonstruktörens samtycke som nämnts inhämtas. I propositionen beskrivs 2 kap. 15 § FrekL närmast som en ordningsregel, vilken riktar sig till gäldenären och är upprättad till skydd för att borgenärernas ställning inte ska försämrans under förfarandet. Om gäldenären utan samtycke företar dispositioner av den typ som regleras ska rekonstruktören i princip ansöka om förfarandets upphörande.<sup>102</sup> Det ligger således i *gäldenärens intresse* att rekonstruktören lämnar sitt samtycke.<sup>103</sup> Rekonstruktörens samtycke har emellertid inte enbart betydelse ifråga om vilka dispositioner gäldenären får företa. I 10 § 4 p. FRL fyller samtycket istället funktionen som förutsättning för att den aktuella borgenären ska erhålla superförmånsrätt för sin fordran. Det innebär att även *medkontrahenten* i avtalsförhållandet har ett intresse av att rekonstruktören lämnar sitt samtycke. Samtyckeskravet i 10 § 4 p. FRL får emellertid sägas vara uppställt i samma syfte som samtyckeskravet i FrekL. Även gäldenären har ett intresse av att kunna manifesteras ett samtycke till tänkta medkontrahenter. Utan det torde det nämligen vara svårt att attrahera nya krediter och andra leveranser. På grund av den tudelade regleringen och dess olika intressen kan det i viss mån förefalla oklart till vem samtycket egentligen ska lämnas. Måste samtycket lämnas till någon specifik part eller räcker det med att det sker till antingen gäldenären eller medkontrahenten? Eller krävs det helt enkelt att samtycket lämnas till båda två?

I samband med det ovan behandlade Blaikenmålet uppstod även frågan om samtycket kan lämnas på annat sätt än genom uttryckligt handlande. Dessförinnan hade frågan, mig veterligen, inte diskuterats i svensk rätt, vilket kan tyckas en smula märkligt. Den svenska regleringen har stora likheter med till exempel den danska rättsordningen.<sup>104</sup> I Danmark hade frågan om

---

<sup>102</sup> Prop. 1995/96:5 s. 191.

<sup>103</sup> SOU 2010:2 s. 182.

<sup>104</sup> Låt vara att den svenska regleringen givits en stramare utformning.

rekonstruktörens samtycke kan lämnas utan uttryckligt handlande redan vid tiden för FrekL:s införande diskuterats under många år. De svenska förarbetena nämner dock ingenting om saken. Eftersom den svenska doktrinen, även efter Blaikenmålet, är tämligen begränsad torde det vara på sin plats att söka viss ledning i de slutsatser som dragits i Danmark. För att denna, samt den ovan nämnda, frågan ska kunna besvaras måste emellertid först utredas vad samtycket egentligen är samt vilka regler som gäller för dess tillämpning.

#### **4.2. Avtalsrättsliga principers tillämplighet på samtycket**

Varken lag eller förarbeten ger något svar på frågan om hur samtycket ska klassificeras eller vilka regler som gäller för dess tillämpning. Det insolvensrättsliga systemet saknar liknande institut i övrigt och analogier till reglerna om ingående av avtal i konkurs kan vara vanskliga eftersom konkursförvaltaren har övertagit rådigheten över gäldenärens tillgångar och är den som företräder konkursboet.<sup>105</sup> Förhållandet mellan rekonstruktör, gäldenär och borgenär skiljer sig därutöver från de förhållanden som regleras i AvtL. Eftersom de avtal som träffas utan rekonstruktörens samtycke inte är ogiltiga är samtycket inte en *avtalsförutsättning* och rekonstruktören är därför inte en del av själva avtalsmekanismen. I propositionen nämns visserligen att rekonstruktören kan lämna sitt samtycke i efterhand genom ratihabition enligt gällande avtalsrättsliga principer. Uttalandet torde dock inte vara att tolka som att förhållandet mellan de inblandade i rekonstruktionen ska jämföras med ett fullmaktsförhållande eller något annat förhållande i anbud- och acceptmodellen. Persson och Karlsson-Tuula synes vara av uppfattningen att de regler som normalt gäller enligt anbud- och acceptmodellen därför inte kan tillämpas på rekonstruktörens samtycke.<sup>106</sup>

Det måste emellertid konstateras att de avtalsrättsliga principerna inte är begränsade till att enbart tillämpas vid avtals ingående utan även gäller för andra typer av *viljeförklaringar*. Kännetecknande för en viljeförklaring är att den uttrycker en avsikt eller vilja att framkalla viss *rättsverkan*, vilken inte

---

<sup>105</sup> Persson & Karlsson-Tuula, s. 90.

<sup>106</sup> A.a. s. 90.

behöver vara avtalsrättslig eller innehålla utfästelser eller dylikt.<sup>107</sup> Det torde inte råda några tvivel om att rekonstruktörens samtycke har rättsverkningar och att själva lämnandet av samtycket uttrycker en avsikt att framkalla just dessa rättsverkningar. Samtycket måste därför anses utgöra en viljeförklaring ur ett avtalsrättsligt synsätt. Utöver de nämnda kännetecknen måste en viljeförklaring ha *avgivits* och kommit mottagaren *till handa*.<sup>108</sup> Det torde innebära att det inte är tillräckligt att rekonstruktören rent faktiskt samtycker till ett avtal utan samtycket måste ha uttryckts på ett eller annat sätt och uppfattats av mottagaren.<sup>109</sup> Det får dessutom sägas följa av det faktum att propositionen uttrycker sig i termer av att samtycket ”inhämtas” och ”lämnas”.<sup>110</sup> Däremot kräver samtycket ingen accept eller dylikt svar, varför den får beskrivas som *ensidig*. Det avgörande för bedömningen om en viljeförklaring avgivits samt vad den uttrycker är vidare inte parternas inre syfte eller vilja. Enligt tillitsprincipen är det snarare de yttre uppfattbara fenomen som objektivt betraktat ger ett *befogat intryck* av en vilja att rättshandla på visst sätt.<sup>111</sup> Det innebär att en parts handlingar under vissa omständigheter kan jämföras med en viljeförklaring trots att denna inte lämnats uttryckligt.<sup>112</sup>

### 4.3. Till vem kan/ska samtycket lämnas?

#### 4.3.1. Rättsliga utgångspunkter

I avsnittet ovan har konstaterats att varken insolvens- eller avtalsrättsliga regler ger några konkreta svar på hur samtycket ska klassificeras, varför frågan om till vem samtycket kan/ska lämnas verkar vara, åtminstone uttryckligt, obesvarad. Samtycket är emellertid inget nytt påfund utan återfinns även i andra rättsliga sammanhang. Som exempel kan återigen nämnas regleringen av hyresrätter. Om en hyresgäst exempelvis önskar överlåta en hyresrätt måste hyresvärdens samtycke inhämtas (JB 12 kap. 32 §). Regeln överensstämmer med den allmänna obligationsrättsliga principen om att ett partsbyte på gäldenärssidan

---

<sup>107</sup> Adlercreutz & Gorton, s. 23-25 samt 30-33.

<sup>108</sup> Lehrberg, s. 83.

<sup>109</sup> Jfr NJA 2000 s. 747 I och II samt NJA 2012 s. 1095.

<sup>110</sup> Prop. 1995/96:5 s. 191.

<sup>111</sup> Adlercreutz & Gorton, s. 25 och 42 f.

<sup>112</sup> A.a. s. 25.

kräver samtycke av borgenären.<sup>113</sup> Om samtycket inte inhämtas och hyresgästen därefter inte vidtar rättelse utan dröjsmål är hyresrätten förverkad och hyresvärden har rätt att säga upp avtalet i förtid (12 kap. 42 § 3 p.). Liknande samtyckeskrav återfinns i samband med andra hyresrättsliga frågor, exempelvis vid andrahandsuthyrning.

Samtyckeskrav förekommer även i associationsrättsliga sammanhang. Vid beslut som strider mot en regel uppställd till skydd för aktieägarna krävs exempelvis samtliga aktieägares samtycke.<sup>114</sup> Det förefaller dessutom vara vanligt att aktieägaravtal förses med samtyckesklausuler, vilka syftar till att reglera möjligheterna för enskilda aktieägare att överlåta aktierna. Överlåtelse får enligt en sådan klausul ske endast med bolagsstämmans samtycke.<sup>115</sup> Även om de nämnda samtyckeskraven reglerar vitt skilda situationer kan de sägas bygga på samma grundläggande tanke; den eller de personer som på grund av vissa omständigheter har ett särskilt intresse av att kontrollera en annan persons dispositioner har rätt att avgöra huruvida dessa ska företas. Tredjemans intresse av att den aktuella dispositionen företas med beaktande av samtyckeskravet är således endast ett ”bihang”<sup>116</sup> till det intresse som grundas i det primära avtalsförhållandet.

#### **4.3.2. Gälldenären eller medkontrahenten eller bägge två?**

Såsom nämnts ovan i avsnitt 4.1 är samtyckeskravet i FrekL uppställt i borgenärernas intresse. Rekonstruktören tillgodoser därmed det samlade borgenärskollektivets intresse av att kontrollera gälldenärens dispositioner. Samtyckeskravet bygger således på överväganden som inte är helt olika de som nämnts i anslutning till andra samtyckeskrav i avsnittet ovan. Trots att träffandet av avtal utan samtycke saknar direkta sanktioner för gälldenären riskerar ett sådant beteende att rekonstruktören ansöker om förfarandets avslutande. Det primära intresset av att samtycket lämnas får således sägas ligga i relationen mellan rekonstruktören och gälldenären. Förarbetena verkar vidare utgå ifrån att samtycket ska lämnas till just gälldenären. Propositionen uttrycker sig

---

<sup>113</sup> Grauers, s. 79.

<sup>114</sup> Stattin, D, *Om aktieägaravtal*, s. 102.

<sup>115</sup> Westin, G, *Bolagsrätt och avtalsfrihet – några tankar om två ”kolliderande” områden*, s. 26.

<sup>116</sup> Termen hämtas från hur Grauers beskriver andrahandshyresgästens rättigheter i förhållande till det primära avtalsförhållandet mellan hyresvärden och förstahandshyresgästen, s.106.

exempelvis i termer av att gäldenären ”är skyldig att inhämta” samtycket och att ”rekonstruktören och gäldenären bör kunna avtala om lämpliga arrangemang” för hur samtycket ska lämnas.<sup>117</sup> Det kan även konstateras att Insolvensutredningen uttrycker sig i samma termer och att Förmånsrättskommittén benämner 2 kap. 15 § som ”gäldenärens samråds- skyldighet”.<sup>118</sup> Ingenstans i förarbetena nämns att samtycket kan eller ska lämnas till medkontrahenten.

Trots det verkar det finnas en tämligen utbredd uppfattning om att samtycket kan lämnas även till medkontrahenten. I ett mål från Svea hovrätt<sup>119</sup> yrkade exempelvis en borgenär på superförmånsrätt och anförde som grund att rekonstruktören i förväg hade lämnat sitt samtycke i ett brev, vilket författats fem månader innan det nya avtalet ingicks och som hade skickats till samtliga leverantörer. Superförmånsrätt medgavs visserligen inte, vilket berodde på att brevet upprättats lång tid i förväg och inte avsåg just det åberopade avtalet men målet tyder ändå på att den nämnda uppfattningen förekommer. Vidare anför Persson och Karlsson-Tuula att samtycket inte torde kunna lämnas genom konkludent handlande av bland annat den anledningen att det inte utifrån *gäldenärens* agerande kan konstateras om rekonstruktören har samtyckt,<sup>120</sup> vilket måste anses förutsätta att medkontrahenten kan vara mottagaren av rekonstruktörens viljeförklaring.

Syftet med samtyckeskrauet är som nämnts att gäldenären inte okontrollerat ska kunna åta sig nya förpliktelser och därmed sätta borgenärernas rätt i fara. Medkontrahenten till gäldenärens avtal har inget intresse av att detta syfte uppfylls. Däremot har medkontrahenten ett intresse av samtycket genom att det, enligt 10 § 4 p. FRL, medför vissa rättsverkningar i en efterföljande konkurs. Dessa rättsverkningar är emellertid endast ett ”bihang” till samtyckets primära syfte och funktion i 2 kap. 15 § FrekL. och medför inte per automatik att medkontrahenten även är den rätta mottagaren av viljeförklaringen. Det kan därutöver konstateras att den rättshandling som rekonstruktören samtycker till är *gäldenärens avtal* och inte det faktum att medkontrahenten i framtiden ska

---

<sup>117</sup> Prop. 1995/96:5 s. 191.

<sup>118</sup> SOU 2010:2 s. 180-182 respektive SOU 2001:80 s. 131-133.

<sup>119</sup> Mål nr Ö 4145-04.

<sup>120</sup> Persson & Karlsson-Tuula, s. 90 f. Argumentet förekommer även i de danska förarbetena till de nya bestämmelserna om rekonstruktion, Bet. 2009:1512, s. 367.



erhålla superförmånsrätt. Såsom redogjorts för ovan i avsnitt 3.3 medför gällande rätt inte en möjlighet för rekonstruktören att utfästa superförmånsrätt till medkontrahenten, varför det inte finns någon egentligen anledning till att medkontrahenten ska vara mottagaren för samtycket. Av den anledningen inte heller möjligt för rekonstruktören att i den interna kommunikationen ”acceptera” att gäldenären ingår ett avtal utan att också lämna sitt samtycke till detsamma. Eftersom det är gäldenärens rättshandling som lagstiftaren har önskat kontrollera torde det också vara uppenbart att det är gäldenären som ska vara mottagaren för godkännandet. Ett samtycke som enbart lämnas till medkontrahenten kan inte anses uppfylla kravet i 2 kap. 15 § 2 p. eftersom gäldenären de facto inte har försäkrat sig om att rekonstruktören samtycker, vilket ju som nämnts är själva syftet med kontrollfunktionen. En sådan tillämpning förefaller dessutom överensstämma med en uppfattning i den danska doktrinen.<sup>121</sup>

Givetvis kan det dock hävdas att ett meddelande om samtycke fyller en funktion för medkontrahenten. Avtalet torde, sett ur medkontrahentens perspektiv, i många fall vara avhängigt just det faktum att medkontrahenten blir försäkrad om att samtycke har lämnats. Ett dylikt försäkran torde dessutom generellt sett vara grundläggande för gäldenärens förmåga att attrahera nya krediter och leveranser under förfarandet. Om dessa funktioner endast kan upprätthållas genom att samtycket även ska lämnas till medkontrahenten kan det vara rimligt att också tolka regleringen på det sättet. Det torde emellertid inte vara aktuellt att ”tolka in” ett krav på att samtycket ska lämnas även till medkontrahenten endast av den anledningen. Det torde nämligen riskera att bli alltför tungrott och ineffektivt.<sup>122</sup> Det torde dessutom vara vanligt förekommande att medkontrahenten ifråga försäkras sig om samtycket genom att begära en skriftlig handling.<sup>123</sup> Om medkontrahenten önskar att samtycket dokumenteras finns det ingen anledning för gäldenären eller rekonstruktören att inte gå medkontrahenten till mötes. Ett krav som innebär att samtycket endast ska lämnas till gäldenären torde därför inte ha några negativa verkningar för gäldenärers allmänna möjlighet att attrahera krediter och leveranser. I det fall

---

<sup>121</sup> Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl., *Rekonstruktion – teori og praksis*, s. 337.

<sup>122</sup> Jfr redogörelsen för uttalandena i propositionen nedan i avsnitt 4.4.1.

<sup>123</sup> Se t.ex. SOU 2010:2 s. 181.

medkontrahenten mot förmodan inte skulle bry sig om att försäkra sig om huruvida samtycket lämnas omfattas dennes fordran ändå av superförmänsrätten, givetvis förutsatt att rekonstruktören faktiskt har förmedlat samtycket till gäldenären. Det kan vidare konstateras att det torde vara möjligt för medkontrahenten att, på avtalsrättslig väg, avsäga sig superförmänsrätten.

Sammantaget torde det saknas skäl att tolka regleringen som att samtycket även kan lämnas till medkontrahenten. Det innebär att samtycket *måste* ha lämnats till gäldenären för att medkontrahentens fordran ska omfattas av superförmänsrätten. Därmed inte sagt att ett meddelande till medkontrahenten om att samtycke föreligger är helt verkningslöst, vilket ska utvecklas nedan i avsnitt 4.5.

## **4.4. Hur kan samtycket lämnas?**

### **4.4.1. Rättsliga utgångspunkter**

Förarbetena ställer inte upp några särskilda formkrav för hur samtycket ska lämnas, vilket torde innebära att det kan ske såväl skriftligt som muntligt.<sup>124</sup> Ett samtycke som lämnats skriftligen är givetvis att föredra ur rent bevishänseende, varför de borgenärer som ingår avtal med en rekonstruktionsgäldenär som nämnts vanligen också verkar kräva ett skriftligt samtycke. Ett skriftligt samtycke förordas även i riktlinjerna för god företagsrekonstruktion som framtagits av Institutet för företagsrekonstruktion.<sup>125</sup> Samtyckeskravet avser i princip varje transaktion som faller in under beskrivningen i 2 kap. 15 § FrekL. Eftersom gäldenären bibehåller rådigheten över verksamheten skulle förfarandet riskera att bli alltför tungrott och tidskrävande om samtycke krävdes för varje affärstransaktion. Av den anledningen kan kravet på samtycke anpassas från fall till fall. Enligt propositionen är det ytterst en fråga om förtroende mellan rekonstruktören och gäldenären som vilar på grunden att rekonstruktören kan begära att förfarandet upphör om gäldenären uppträder illojalt. Dessa kan således besluta om lämpliga arrangemang, så att exempelvis varje åtgärd inom den normala verksamhetens ram inte kräver rekonstruktörens uttryckliga samtycke. Rekonstruktören ska i förväg kunna lämna samtycke till vissa typer

---

<sup>124</sup> Persson & Karlsson-Tuula, s. 87.

<sup>125</sup> Dessa hålls tillgängliga på [www.iffir.se](http://www.iffir.se).

av transaktioner och även i efterhand genom *ratihabition* enligt gällande avtalsrättsliga principer. Avsikten med regleringen är således inte att försvåra den normala verksamheten utan snarare att säkerställa att verksamheten bedrivs på det sätt som rekonstruktören anser tjäna rekonstruktionsintresset bäst.<sup>126</sup>

Som nämnts i avsnitten ovan är rekonstruktörens samtycke att anse som en viljeförklaring, vilka generellt kan utges även på andra sätt än genom uttryckligt handlande. Huruvida även samtycket kan lämnas utan uttryckligt handlande har inte behandlats i förarbetena. Frågan aktualiserades emellertid i det ovan behandlade Blaikenmålet, i vilket Kjin Schakt bl.a. anförde att rekonstruktören lämnat samtycke genom *konkludent handlande*. Det konkludenta handlandet skulle utgöras av att rekonstruktören godkännt betalningar i enlighet med det nya avtalet. Som bekant fann HovR att ett nytt avtal träffats genom omförhandling. Ifråga om samtyckeskrevet anslöt sig HovR till de av TR:s domskäl som innebar att samtycket skulle anses ha lämnats uttryckligen. HovR:s ståndpunkt var således att frågan om samtycket var en ren bevisfråga. De av rekonstruktören godkända betalningarna fick ingen betydelse ifråga om rekonstruktörens samtycke utan endast som bevis för att ett nytt avropsavtal träffats. Trots det är den principiella frågan av intresse vid en diskussion om rekonstruktörens samtycke och på vilka sätt detta kan lämnas.

#### **4.4.2. Samtycke utan uttryckligt handlande**

##### *4.4.2.1. Ratihabition och ”medförd nytta”*

Det förefaller vara klart att rekonstruktören åtminstone kan lämna sitt samtycke i efterhand genom *ratihabition*. Huruvida *ratihabition* även kan lämnas utan uttryckligt handlande verkar desto mer omstritt. Ödén nämner inget om saken men verkar tveksam i allmänhet till att samtycke kan lämnas utan uttryckligt handlande.<sup>127</sup> Persson och Karlsson-Tuula anser att frågan knappast kan ges något generellt svar och hänvisar till vad Adlercreutz skriver om *ratihabition* ifråga om förmyndarens samtycke till underårigs avtal (jfr 9 kap. 6 § föräldrabalken (FB)).<sup>128</sup> Enligt andra författare verkar det emellertid som att

---

<sup>126</sup> Prop. 1995/96:5 s. 191 f. samt SOU 1992:113 s. 364 f.

<sup>127</sup> Anförandet, s. 7.

<sup>128</sup> Persson & Karlsson-Tuula, s. 89.

förmyndarens samtycke i själva verket kan lämnas utan uttryckligt handlande.<sup>129</sup> Därutöver bygger FB på helt andra överväganden än den insolvensrättsliga lagstiftningen, varför analogier svårligen kan göras utan vidare. I kommersiella sammanhang förefaller det däremot inte råda några tvivel om att ratihabition kan ske genom i vart fall *konkludent handlande*.<sup>130</sup> Såväl Adlercreutz som Karlgren verkar mena att det även kan ske genom passivitet eftersom den brist i avtalsrekvisiten som läks vid ratihabition är mindre än bristen vid en accept.<sup>131</sup>

Enligt propositionen kan samtycket lämnas genom ratihabition enligt ”gällande avtalsrättsliga principer”. Propositionen nämner vidare inga begränsningar i hur de avtalsrättsliga principerna ska tillämpas. Av den anledningen måste uttalandet vara att uppfatta på så sätt att även ratihabition genom konkludent handlande ingår i de principer som ska tillämpas. Det finns emellertid skäl för att anse att även ratihabition genom passivitet är möjlig. Ett exempel på en sådan situation skulle kunna vara om rekonstruktören, efter att ha upptäckt att gäldenärens nya avtal, varken ansöker om förfarandets upphörande eller i övrigt anmärker mot gäldenärens avtal. Eftersom regleringen vilar på den grunden att rekonstruktören kan ansöka om förfarandets avslutande torde gäldenären även ha att förvänta sig att så sker. Detsamma torde gälla om gäldenären ingått ett avtal utan samtycke och rekonstruktören därefter ombesörjer att betalning erläggs enligt avtalet. Endast betalningen i sig torde emellertid inte vara tillräckligt för att räknas som ett konkludent samtycke eftersom gäldenärsbolaget givetvis är avtals- och fordringsrättsligt bundet av sina åtaganden under rekonstruktionen. Däremot torde en sådan betalning tillsammans med underlåtenhet att invända mot eller anmärka på gäldenärens beteende tillsammans vara tillräckligt. Såsom konstaterats ovan i avsnitt 4.3.1 torde viljeförklaringen alltså endast kunna utges till gäldenären.

I fullmaktsförhållanden kan huvudmannen dessutom bindas i den mån mellanmannens rättshandling *medfört nytta* för huvudmannen (jfr 27 § 3 st.

---

<sup>129</sup> Walin, G. och Vängby, S, *Föräldrabalken – en kommentar*, s. 9:16 samt Saldeen, Å, *Barn- och föräldrarätt*, s. 317.

<sup>130</sup> Se t.ex. NJA 1925 s. 685, Adlercreutz & Gorton, s. 230 f, Grönfors & Dotevall, s. 178, Nerep, E. och Samuelsson, P, *Aktiebolagslagen – en lagkommentar del 1: Kapitel 1-10*, s. 677.

<sup>131</sup> Adlercreutz & Gorton, s. 230 f och Karlgren, H, *Passivitet*, s. 126. I 18 § lagen om handelsagentur (HagL) stadgas vidare att huvudmannen kan bli bunden av agentens avtal genom ren passivitet. En sådan avtalsbundenhet torde dock inte vara att anse som ratihabition. Eftersom agentförhållandet dessutom innehåller stora skillnader i jämförelse med förhållandet mellan rekonstruktionens parter bör principen inte tillämpas utan vidare i förevarande sammanhang.

AvtL).<sup>132</sup> En sådan avtalsbundenhet följer av principen om obehörig vinst. Det torde emellertid inte vara aktuellt att tillämpa en sådan princip vid frågan om rekonstruktörens samtycke. Som redan nämnts är rekonstruktören inte delaktig i avtalsmekanismen, varför principer som enbart tillämpas vid *avtals ingående* inte torde kunna tillämpas. Avtalet medför ju givetvis ingen nytta för rekonstruktören, eftersom denne saknar eget intresse i gäldenärsbolaget. Gäldenären kan inte heller bindas av medförd nytta eftersom bundenhet redan uppstått i och med träffandet av avtalet.

#### 4.4.2.2. Konkludent handlande, passivitet och tolerans

Ovan har konstaterats att rekonstruktören torde kunna lämna sitt samtycke på annat sätt än genom uttryckligt handlande *i efterhand*. I detta avsnitt ska diskuteras huruvida så kan ske *på förhand* eller *i samband med avtalets ingående*. I Danmark förefaller doktrinen ha varit enig om att så kunde ske enligt de tidigare bestämmelserna om betalningsinställelse och ackord.<sup>133</sup> Grunden för enigheten synes vara ett mål från den danska motsvarigheten till hovrätten, i vilket ”tilsynet” (ungefär motsvarighet till rekonstruktör) bedömdes ha samtyckt ”stiltiende” (konkludent) till gäldenärens avtal.<sup>134</sup> Vid införandet av de nya rekonstruktionsbestämmelserna 2010 uttalades dock i lagförslaget att rekonstruktörens samtycke måste lämnas *uttryckligt*.<sup>135</sup> I motiven till lagförslaget uttalades att samtycket måste vara *otvetydigt*.<sup>136</sup> Det verkar som att skillnaden mellan termerna inte är särskilt stor.<sup>137</sup> Anledningen till det skärpta kravet är att det är gäldenären själv som vidareför (fullföljer)<sup>138</sup> avtalet under rekonstruktionen till skillnad från i konkurs, där det är förvaltaren som inträder i avtal och kan göra det genom konkludent handlande. Det ansågs därför opraktiskt att från gäldenärens handlingar dra några slutsatser om huruvida rekonstruktören lämnat sitt samtycke. Därutöver ansågs ett sådant krav bidra med tydlighet. Trots det förefaller vissa författare mena att det skärpta kravet alltjämt lämnar visst utrymme för flexibilitet vid frågan om hur samtycket kan

---

<sup>132</sup> Grönfors & Dotevall, s. 178.

<sup>133</sup> Se t.ex. Paulsen, J, *Insolvensret*, s. 267, not 376, Lindencrone Petersen, L. & Ørgaard, N, *Betalningsstandsret*, s. 90 och Ørgaard, A, *Konkursret*, s. 179.

<sup>134</sup> U 1986.219 H.

<sup>135</sup> Bet. 2009:1512 s. 367.

<sup>136</sup> FT 2009-10 L 199 s. 116.

<sup>137</sup> Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl, s. 338.

<sup>138</sup> Även sådana dispositioner omfattas av den danska motsvarigheten till superförmånsrätt.

lämnas.<sup>139</sup> Däremot menar författarna att en del praktiska problem kan uppstå om samtycket inte dokumenteras. Andra författare framhåller att det, oavsett vad som anges i förarbetena, kan antas att samtycket ska anses lämnat om gäldenären vidareför ett avtal med rekonstruktörens vetskaper.<sup>140</sup> Enbart en betalning av en prestation enligt ett föreliggande avtal kan, enligt författarna, dock inte räknas som att avtalen vidareförs med rekonstruktörens samtycke.

Som nämnts förefaller Ödén, utan att närmare ange varför, förhålla sig tveksam till att rekonstruktörens samtycke lämnas utan uttryckligt handlande.<sup>141</sup> Persson och Karlsson-Tuula anser att rekonstruktörens samtycke måste vara uttryckligt och anför som skäl bland annat att de svenska reglerna inte medger superförmånsrätt för fullföljandet av gamla avtal, varför en striktare syn torde intas i svensk rätt än i dansk. Det vore, enligt författarna, vidare oskäligt mot andra borgenärer om en viss borgenär erhöll superförmånsrätt genom exempelvis rekonstruktörens passivitet. Därutöver menar Persson och Karlsson-Tuula att det vore besynnerligt om superförmånsrätt skulle omfatta sådana fall där rekonstruktören inte insett att avtalet övergått till att vara ett nytt avtal enligt FRL:s mening.<sup>142</sup> Såsom nämnts ovan i avsnitt 4.2 är utgångspunkten att viljeförklaringar utges och mottas i enlighet med tillitsprincipen. Det avgörande är således att mottagaren av viljeförklaringen ska kunna lita på det befogade intryck som framgår av avsändarens beteende, vilket inbegriper konkludent handlande och i viss mån även passivitet. Eftersom varken lag eller förarbeten har uttryckt något som kan anses peka på motsatsen torde utgångspunkten vara att det även gäller för rekonstruktörens samtycke.

Rättsläget i Danmark kan även i viss mån sägas stödja en sådan tillämpning. Med beaktande av praxis och doktrinuttalanden från tiden innan 2010 torde utgångspunkten anses vara att samtycket kan lämnas genom konkludent handlande. Det var ju rimligtvis mot den bakgrunden som de nämnda uttalandena gjordes vid införandet av den nya lagen. Inte ens dessa uttalanden verkar emellertid ha övertygat doktrinen helt och hållet. De argument som framhålls i förarbetena är givetvis rimliga; det torde bli färre missförstånd

---

<sup>139</sup> Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl., s. 338.

<sup>140</sup> Heiberg, m.fl., *Rekonstruktionsrett*, s. 101.

<sup>141</sup> Anförandet, s. 7.

<sup>142</sup> Persson & Karlsson-Tuula, s. 89-92.

om varje samtycke lämnas uttryckligen. I svensk rätt har några sådana överväganden emellertid inte gjorts, varför de knappast kan sägas utgöra gällande rätt. Enbart det faktum att den svenska superförmånsrätten har fått en stramare utformning än sin danska motsvarighet kan inte heller tillmätas någon betydelse vad gäller frågan om samtyckets lämnande. Bägge rättsordningar bygger nämligen på att gäldenären ska utföra en rättshandling, till vilken rekonstruktören ska lämna sitt samtycke. Huruvida den aktuella rättshandlingen är en begäran om att fullfölja ett gammalt avtal eller ett träffande av ett nytt torde inte spela någon roll.

Det torde inte heller finnas några särskilda rekonstruktions- eller insolvensrättsliga ändamål som talar emot en sådan tillämpning. I och med att rekonstruktören är bemyndigad av domstol och ska vara opartisk i sin handläggning av rekonstruktionen har gäldenären tvärtom särskild anledning att lita på rekonstruktörens agerande. Reglerna får dessutom anses inbegripa en skyldighet för rekonstruktören att ingripa vid insikten om att gäldenären håller på att vidta dispositioner utan samtycke. Det vore orimligt att låta risken för att rekonstruktören underlåter att uppfylla dessa skyldigheter bäras av gäldenären eller dennes medkontrahent. Om övriga borgenärer drabbas av ekonomiska skador på grund av det torde rekonstruktören ha att svara för dessa.<sup>143</sup> Av samma skäl torde samtycket dessutom kunna lämnas genom såväl *passivitet* som *tolerans*.<sup>144</sup> Huvudregeln i avtalsrättsliga sammanhang är att ren passivitet inte leder till avtalsbundenhet.<sup>145</sup> AvtL ställer emellertid upp krav på reklamation för mottagaren av en rättshandling när denne i vissa situationer *måste inse* (skärpt krav på ond tro) att avsändaren är av uppfattningen att avtal ingåtts (4 § 2 st, 6 § 2 st. samt 9 §).<sup>146</sup> En liknande regel skulle kunna uppställas även i rekonstruktionssammanhang. Det skärpta kravet på ond tro innefattar ett krav på sådana omständigheter att parten knappast kan ha undgått vetskap om de aktuella omständigheterna.<sup>147</sup> Som exempel skulle sådana omständigheter som

---

<sup>143</sup> Rekonstruktörens skadeståndsansvar är alltså klart. Dessa frågor berörs vidare nedan i avsnitt 4.5.

<sup>144</sup> Tolerans är en form av passivitet som vanligen förekommer i fullmaktsförhållanden. Skillnaden mot vanlig passivitetsverkan är att den kräver att passiviteten upprepats, vilket därmed skapar behörigheten för mellanmannen, se Adlercreutz & Gorton, s. 201.

<sup>145</sup> A.a. s. 77.

<sup>146</sup> A.a. s. 61-63.

<sup>147</sup> A.a. s. 43 f.

var för handen i Blaikenmålet, nämligen att rekonstruktören deltar vid ett styrelsemöte, vid vilket det beslutas om nya avtal, och därefter justerar protokollet utan att invända, troligen får anses uppfylla ett skärpt krav. Det skulle troligen också vara tillräckligt om gäldenären skickar skriftliga bekräftelser som inte besvaras, vilket också var fallet i Blaikenmålet, eller vid flertalet upprepade fall utan åtgärd (tolerans). Trots att det skärpta kravet på ond tro är *subjektivt* ska bedömningen av situationen vara *objektiv*<sup>148</sup>, vilket innebär att det inte torde spela någon roll om rekonstruktören inte insett att den rättshandling som han samtyckt till i själva verket utgjorde ett nytt avtal i FRL:s mening.

#### **4.5. Samtyckets (avtalsrättsliga) betydelse för medkontrahenten**

Det kan alltså konstateras att den tudelade regleringen ställer till med vissa problem ifråga om tolkningen av superförmänsrätten. Enligt ovan förda resonemang kan samtycket *endast* lämnas till gäldenären för att regleringens krav ska vara uppfyllt. Eftersom ett meddelande till medkontrahenten inte uppfyller samtyckeskravets syfte (dvs. som kontrollfunktion för borgenärerna) kan det inte heller anses utgöra ett insolvensrättsligt *rättsfaktum* för frågan om fordringen ska erhålla superförmänsrätt eller inte. Trots det har medkontrahenten ett stort intresse av att få reda på huruvida rekonstruktören faktiskt samtyckt till avtalet eller inte. Av den anledningen är det i det praktiska rättslivet säkerligen vanligt att samtliga parter verkar för att ett samtycke dokumenteras på lämpligt sätt. Ett dylikt meddelande har nämligen betydelse som *bevisfaktum* i det fall det skulle uppstå tveksamheter om huruvida rekonstruktören verkligen lämnat sitt samtycke till gäldenärens avtal. Om meddelandet däremot är oriktigt innehåller FrekL som bekant inget skydd för medkontrahenten, oavsett om medkontrahenten är i god tro.

Ett meddelande till medkontrahenten om att samtycke lämnats kan dock vara att betrakta som en *kontraktssrättslig* utfästelse.<sup>149</sup> En sådan utfästelse måste nämligen inte avse parternas prestationer som sådana utan kan gälla även

---

<sup>148</sup> A. a. s. 43.

<sup>149</sup> När jag tidigare, t.ex. i avsnitt 3.3, talat om att det inte är möjligt att utfästa superförmänsrätt har jag utgått från utfästelser med insolvensrättslig verkan. I detta avsnitt talar jag om utfästelser med kontraktssrättslig verkan.



rena sakförhållanden.<sup>150</sup> Om medkontrahenten i samband med avtalsförhandlingarna meddelas om att samtycke föreligger kan samtycket på så vis bli en del av parternas avtal. Utfästelsen torde dessutom kunna lämnas på andra sätt än genom uttryckligt handlande.<sup>151</sup> Om det i efterhand visar sig att utfästelsen var oriktig har gäldenären gjort sig skyldig till avtalsbrott, vilket dessutom föranleder ansvar även för indirekt skada (jfr t.ex. 40 § 3 st. KöpL). En utfästelse torde lika gärna kunna lämnas av *rekonstruktören*,<sup>152</sup> vilket medför att denne måste iaktta viss försiktighet vid eventuell kommunikation gentemot medkontrahenten. Det kan emellertid konstateras att en oriktig utfästelse i regel inte torde upptäckas förrän gäldenären gått i konkurs. Eftersom ett sådant skadeståndskrav är oprioriterat är det till föga hjälp för medkontrahenten.

Det kan dock tänkas att ett dylikt meddelande till medkontrahenten även kan aktualisera ogiltighetsreglerna i 3 kap. AvtL. Trots att exempelvis *svek* i många fall kan tänkas vara svårt att motivera är det inte omöjligt att avtalsförhållandet skulle kunna jämkas i enlighet med 36 § AvtL. Möjligen skulle en medkontrahent dessutom kunna ha framgång med en talan om bristande förutsättningar enligt *förutsättningsläran* i den mån den erkänns av rättsordningen.<sup>153</sup> Det skulle innebära att avtalet i vissa fall kan bli ogiltigt på grund av att samtycket inte lämnats trots att lagstiftaren varit noggrann med att inte införa en ogiltighetsföljd i FrekL. En framgångsrik ogiltighetstalan innebär också att medkontrahenten erhåller ersättning *innan* utdelningen i konkursen. Ogiltighet enligt dessa grunder torde i vissa fall kunna grundas på rekonstruktörens handlande i samband med avtalets ingående, lika väl som på gäldenärens, och kräver inte att meddelandet har tagit en uttrycklig form.<sup>154</sup>

Det faktum att gäldenärens handlande i samband med avtalsförhandlingar med medkontrahenten också kan få kontrakts- och avtalsrättsliga konsekvenser är knappast att anse som särskilt häpnadsväckande. Som visats torde emellertid även rekonstruktörens handlande kunna få sådana följder. Ett meddelande till

---

<sup>150</sup> Hellner m.fl, *Speciell avtalsrätt II – Kontraktsrätt: Andra häftet: Allmänna ämnen*, s. 207.

<sup>151</sup> Lehrberg, s. 314.

<sup>152</sup> Jfr t.ex. 18 § 2 st. KöpL, i vilken stadgas att säljaren även ansvarar för utfästelser lämnade av annan.

<sup>153</sup> För en mer ingående redogörelse för förutsättningsläran, se Adlercreutz & Gorton, s. 290-295.

<sup>154</sup> Svek kan t.ex. aktualiseras även vid förtigande, se NJA 1936 s. 136. Förutsättningsläran och 36 § uppställer inga krav på uttryckligt handlande.

medkontrahenten om att samtycke föreligger har alltså reella rättsverkningar för medkontrahenten även om det inte får betydelse som rättsfaktum för superförmänsrätten. Det innebär att medkontrahenten kan lita på meddelandets riktighet trots att FrekL inte uppställer något sådant skydd. Det är dessutom inte otänkbart att en medkontrahent, som gått miste om superförmänsrätt efter att ha förlitat sig på ett oriktigt meddelande om att samtycke lämnats, i vissa fall kan utkräva skadestånd från rekonstruktören.<sup>155</sup> Förutsättningarna för rekonstruktörens skadeståndsansvar verkar inte vara helt klarlagda men det är tänkbart att ansvaret täcker ren förmögenhetsskada som drabbar tredje man på grund av rekonstruktörens vårdslöshet.<sup>156</sup> <sup>157</sup> Om rekonstruktören inser att gäldenären är i färd att träffa avtal utan samtycke är det inte otänkbart att gällande rätt på så sätt faktiskt medför ett rent egenintresse för rekonstruktören att informera medkontrahenten om de riktiga förhållandena.

---

<sup>155</sup> Som jag förstår det valde Kjin Schakt i samband med Blaikenmålet att även stämma rekonstruktören. Eftersom superförmänsrätt medgavs kom målet emellertid aldrig att avgöras. Se t.ex. Sokolow, I, *Saab-rekonstruktör kan bli fall för HD*, SvD, 2 december 2009.

<sup>156</sup> Så är nämligen fallet för konkursförvaltare, se NJA 1996 s. 700.

<sup>157</sup> För en mer ingående redogörelse av rekonstruktörens ansvar, se Hellners & Mellqvist, s. 97 – 100.

## 5. Sammanfattning och avslutande reflektioner

Lagstiftarens förhoppningar om att superförmånsrätten skulle ingjuta säkerhet hos nya leverantörer och andra kreditgivare under rekonstruktionsförfarandet förefaller ha grusats en aning. Orsaken synes vara ett antal problem med tillämpningen av regleringarna i 2 kap. 15 § 2 p. FrekL och 10 § 4 p. FRL, varav frågorna kring kraven på nytt avtal samt rekonstruktörens samtycke får sägas vara de mest centrala. Som antytts i inledningen av denna uppsats riskerar dessa tillämpningsproblem att verka hämmande på kreditgivares vilja att bidra till rekonstruktionsförfarandet, vilket får till följd att de generella förutsättningarna för lyckade rekonstruktioner försämras. Tillämpningsproblemen förefaller dessutom vara en del av förklaringen till varför förfarandet kommit att användas i endast begränsad utsträckning. En stor del av problematiken är enligt min mening hänförlig till frågan om huruvida *avtalsrättsliga överväganden* bör läggas till grund för tolkningen och i sådant fall på vilket sätt det bör ske.

Ifråga om kravet på att borgenärens fordran, för att denna ska omfattas av superförmånsrätten, ska grunda sig i ett nytt avtal har det uttalats att bedömningen ska göras utifrån allmänna avtalsrättsliga principer. Med beaktande av insolvensrättens särprägel och särskilda ändamål har det i denna uppsats emellertid förespråkats att bedömningen snarare bör ske mot bakgrund av insolvensrättsliga principer i allmänhet och superförmånsrättens syfte och funktion i synnerhet. En sådan tillämpning av 10 § 4 p FRL torde ligga i linje med hur HD resonerat i andra frågor av liknande karaktär (exempelvis NJA 2009 s. 291). Superförmånsrättens primära syfte är att skydda de leverantörer och andra kreditgivare som tillför *nya resurser* till gäldenären under förfarandet. När gäldenären tillförs nya resurser under förfarandet medför det att borgenären utsätter sig för *nya risker*. Vid varje nytt risktagande uppstår även *nya förpliktelser* (jfr ordalydelsen i 2 kap. 15 § 2 p. FrekL) för gäldenären i motsvarande mån. För att en förändring av parternas avtalsförhållande ska anses resultera i ett nytt avtal i FRL:s mening krävs således såväl ett nytt risktagande från borgenären som nya förpliktelser för gäldenären.

En tillämpning av ett strikt avtalsrättsligt krav leder till att alla möjliga sorters ändringar av avtalsförhållandet kan resultera i att ett nytt avtal anses

träffat, så länge de är av en särskilt angiven omfattning. Därutöver finns risk för att borgenärer som de facto bidrar med nya resurser under förfarandet exkluderas från superförmånsrättens skydd. Ett strikt avtalsrättsligt krav kan på så vis sägas vara blint för superförmånsrättens primära syfte och funktion, vilket tenderar att leda till märkliga resultat ur insolvensrättslig synvinkel. Den i uppsatsen förespråkade meningen innebär dock inte att avtalsrekvisitet i FRL är helt och hållet frikopplat från allmänna avtalsrättsliga principer. Som konstaterats i anslutning till avsnittet om förlängning av det ursprungliga avtalet förutsätter superförmånsrätten att förändringarna av avtalsförhållandet sker genom en *ömsesidig och frivillig* överenskommelse under rekonstruktionen. Däremot torde det alltså inte spela någon roll på vilket sätt förändringen sker, så länge den resulterar i att gäldenären tillförs nya resurser.

Vad avser kravet på rekonstruktörens samtycke kan det sägas inrymma två frågor av principiell betydelse; till vem rekonstruktören kan/ska lämna sitt samtycke och på vilka sätt detta kan ske. Den förra frågan verkar emellertid ha passerat under radarn hos såväl teoretiker som praktiker, vilket kan tyckas något underligt. Vid beaktande 2 kap. 15 § 2 p. och dess syfte förefaller det vara uppenbart att lagstiftarens utgångspunkt har varit att samtycket ska lämnas till gäldenären. Trots det verkar det råda en uppfattning om att samtycket kan lämnas även till gäldenärens medkontrahent, vilket möjligen kan förklaras med att samtyckets rättsverkningar enligt regleringen i 10 § 4 p. FRL riktar sig mot medkontrahenten. Samtyckeskravets primära funktion får dock sägas vara att gäldenären inte okontrollerat ska kunna åta sig nya oönskade förpliktelser och därmed sätta borgenärernas rätt i fara. Eftersom det är gäldenärens rättshandling som lagstiftaren har önskat kontrollera är det också rimligt att det är gäldenären som ska anses vara mottagaren av samtycket. Ett meddelande till medkontrahenten om att samtycke föreligger får snarast betraktas som en *kontraktsrättslig* utfästelse eller *avtalsrättslig* förutsättning.

I samband med Blaikenmålet uppkom frågan om på vilka sätt samtycket kan lämnas. I uppsatsen har konstaterats att samtycket är att anse som en *viljeförklaring*, vilket innebär att allmänna avtalsrättsliga principer bör vara utgångspunkten för bedömningen. Vad avser rekonstruktörens möjlighet att i efterhand lämna samtycke genom *ratihabition* inbegriper det såväl konkludent handlande som passivitet. Detsamma torde gälla även i de fall då

rekonstruktören lämnar samtycket innan, eller i samband med, avtalets slutande. Det kan inte heller sägas finnas några särskilda insolvensrättsliga ändamål som talar emot en sådan tillämpning. Med beaktande av rekonstruktörens ställning torde gäldenären tvärtom ha särskild anledning att lita på att rekonstruktören reagerar vid insikt om att gäldenären är i färd med att ingå ett oönskat avtal. Den förespråkade tolkningen kan vidare sägas finna visst stöd i den danska rättsordningen.

Ett meddelande om samtycke som lämnas till medkontrahenten kan ha betydelse som kontraktsrättslig utfästelse i samband med avtalets ingående. En utfästelse från gäldenären om att rekonstruktören har samtyckt, vilken därefter visar sig vara oriktig, skulle därför kunna innebära att gäldenären gör sig skyldig till avtalsbrott. I vissa fall skulle meddelandet dessutom kunna aktualisera de avtalsrättsliga ogiltighetsreglerna och förutsättningsläran, vilket innebär att ett uteblivet samtycke mycket väl kan resultera i ogiltighet, trots att lagstiftaren varit noggrann med att inte införa en sådan följd i FrekL. Detsamma torde gälla om meddelandet i själva verket lämnats av rekonstruktören. I sådant fall är det dessutom inte otänkbart att rekonstruktören skulle kunna hållas ansvarig för eventuella skador. Denna slutsats medför att ett meddelande till medkontrahenten om att samtycke föreligger, trots att det alltså inte har betydelse som rättsfaktum för superförmånsrätten, ger medkontrahenten ett visst skydd för det fall meddelandet skulle vara oriktigt.

Tveksamheten kring tillämpningen av superförmånsrätten är knappast det enda problem som omgärdar rekonstruktionsförfarandet. Däremot kan det sägas vara särskilt viktigt att åtgärda. Eftersom tillämpningsproblem tenderar att bidra med osäkerhet för samtliga inblandade torde de i många fall verka avskräckande för de borgenärer som egentligen kan vara villiga att bidra till rekonstruktionens genomförande. Istället för att bidra med trygghet för dessa borgenärer kan regleringen således snarare utgöra incitament för att försätta gäldenären i konkurs, vilket motverkar det grundläggande syftet med ett fungerande rekonstruktionsinstitut. Det kan vidare anses särskilt olyckligt med tanke på att lagstiftarens intentioner snarast förefaller ha varit att göra regleringen tydlig och

lättillämpad.<sup>158</sup> Med tanke på att de senare årens förslag till reform av bland annat superförmånsrätten inte förefaller leda till förändring verkar det dock som att den nuvarande regleringen är här för att stanna, varför det givetvis skulle vara önskvärt med ett tydligt ställningstagande från HD så snart som möjligt.

Min högst personliga uppfattning, vilken förhoppningsvis också framgått i uppsatsen, är emellertid att regleringen inte är så oklar som somliga verkar uppfatta den. Om den tolkas på de sätt som förespråkats i uppsatsen kan den dessutom sägas erbjuda ett acceptabelt skydd för den som är villig att bidra till genomförandet av rekonstruktionen.

---

<sup>158</sup> Det var ju åtminstone delvis därför lagstiftaren valde att införa kravet om nytt avtal istället för att låta superförmånsrätten vara avhängig frågan om fordringens uppkomst. Därutöver framgår det av propositionen att kravet på rekonstruktörens samtycke inte är tänkt att försvåra genomförandet av verksamheten.

## Käll- och litteraturförteckning

### Offentligt tryck

#### Sverige

Regeringens proposition 1995/96:5 – *Lag om företagsrekonstruktion*

SOU 1992:113 – *Lag om företagsrekonstruktion*

SOU 2001:80 – *Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden*

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

#### Danmark

Folketingets Lovforslag nr. L 199 – *Lov om ændring af konkursloven og forskellige andre love (Rekonstruktion m.v.)*

Betænkning 2009:1512 – *Betænkning om rekonstruktion*

### Domstolar

#### Svenska domstolar

NJA 1925 s. 685

NJA 1936 s. 136

NJA 1996 s. 333

NJA 1996 s. 700

NJA 2000 s. 747 I och II

NJA 2009 s. 291

NJA 2012 s. 1095

NJA 2014 s. 537

Svea hovrätt, avgjort 2004-08-13, mål nr Ö 4145-04

Göta hovrätt, avgjort 2009-03-13, mål nr Ö 1937-08

Hovrätten för Övre Norrland, avgjort 2013-02-11, mål nr Ö 1003-11

Lycksele tingsrätt, beslut 2011-11-16, mål nr K 605-07

#### Danska domstolar

U 1986.219 H

### Litteratur

Adlercreutz, A. & Gorton, L, *Avtalsrätt I*, 13 uppl, Juristförlaget, 2011

Feijen, B-A, *Strategier för oprioriterade borgenärer vid företagsrekonstruktion*.

I Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi, Gidlunds förlag, 1999

- Gratzer, L. & Sjögren H, *Avslutande kommentarer och förslag till fortsatt forskning*. I Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi, Gidlunds förlag, 1999
- Grauers, F, *Nyttjanderätt: hyra, bostadsrätt, arrende och tomträtt*, 14 uppl, Juristförlaget, 2014
- Grönfors, K. & Dotevall, R, *Avtalslagen: en kommentar*, 4 (rev.) uppl, Norstedts juridik, 2010
- Grönfors, K, *Avtal och omförhandling*, Nerenius & Santérus, 1995
- Heiberg, H, Lindencrone Petersen, L & Ørgaard, A, *Rekonstruktionsrätt*, 2 udg, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006
- Hellner, J, Hager, R. & Persson, A. H, *Speciell avtalsrätt II - Kontraktsrätt: Andra häftet: Allmänna ämnen*, 5 uppl, Norstedts juridik 2011
- Hellners, T. & Mellqvist, M, *Lagen om företagsrekonstruktion: en kommentar*, 2 (uppd.) uppl, Norstedts juridik 2013
- Hellström, E, *Nordisk/baltisk rekonstruktionsrätt – En jämförande rapport*, Iustus förlag, 2013
- Håstad, T, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl, Norstedts juridik, 2012
- Karlgren, H, *Passivitet*, P.A. Norstedts & Söners Förlag, 1965
- Karlsson-Tuula, M, *Lagen om företagsrekonstruktion, En papperstiger II* (cit. Karlsson-Tuula 2006), Göteborgs universitet, 2006
- Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, Institutet för Bank- och Affärsjuridik, 2 uppl, 2006
- Lennander, G, *Återvinning i konkurs*, 4 (omarb.) uppl, Norstedts juridik, 2013
- Lindencrone Petersen, L. & Ørgaard, N, *Betalingsstandsningret*, 3 udg, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998
- Lunning, L. & Toijer, G, *Anställningsskydd: en lagkommentar*, 10 (omarb.) uppl, Norstedts juridik, 2010
- Nerep, E. & Samuelsson, P, *Aktiebolagslagen – en lagkommentar del 1: Kapitel 1-10*, 2 uppl, Thomson Reuters Professional, 2009
- Paulsen, J, *Insolvensret – Konkurs, betalingsstandsningret, akkord, gældssanering og insolvensbeskattning*, 2 udg, GadJura, 1995
- Persson, A. H. & Karlsson-Tuula, M, *Företagsrekonstruktion – Teori och praktik*, 2 uppl, Norstedts Juridik, 2012
- Rammeskov Bang-Pedersen, U, Højlund Christensen, L, Sommer Jensen, K, Jul Madsen, C & Kærsgaard Mylin, A, *Rekonstruktion – Teori og praksis*, udg. 1, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011
- Saldeen, Å, *Barn- och föräldrarätt*, 7 (rev.) uppl, Iustus, 2013
- Walén, G. & Vängby, S, *Föräldrabalken: en kommentar, D. 1, 1-13 kap*, uppd. t.o.m. supplement 10, juli 2010, Norstedts juridik, 2010
- Welamson, L & Mellqvist, M, *Konkurs och annan insolvensrätt*, 11 (rev.) uppl, Norstedts Juridik, 2013
- Ørgaard, A, *Konkursret*, 9 udg, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006

## Tidskriftsartiklar

- Persson, A. H. & Tuula, M, *Är lagen om företagsrekonstruktion en papperstiger?*, JT nr 1, 2001/02, s. 76-88
- Stattin, D, *Om aktieägaravtal*, JT nr 1, 2004/05, s. 99-112
- Tuula, M, *En framtida insolvensbalk?* (cit. Tuula 2001), Ny juridik 3:01, s. 37-71



Westin, G, *Bolagsrätt och avtalsfrihet – några tankar om två ”kolliderande” områden*, Ny juridik 2:11, s. 14-36.

## Elektroniska källor

God rekonstruktörssed framtagen av Institutet för företagsrekonstruktion  
<http://www.iffir.se/2012/11/etiska-regler-god-rekonstruktionsledning/>  
(senast hämtad 2015-07-17)

Carlström, V, *Förmånsrätt eller inte i Lycksele tingsrätt*, InfoTorg Juridik, 19 oktober 2011  
<http://www.infotorgjuridik.se/premium/mittijuridiken/article170043.ece?format=print>  
(senast hämtad 2015-07-17)

Sokolow, I, *Beskt efterspel för Lofalk*, SvD, 18 mars 2009  
<http://www.svd.se/beskt-efterspel-for-lofalk/om/naringsliv>  
(senast hämtad 2015-07-17)

*Hårt slag mot svensk fordonsindustri*, SvD, 21 december 2011  
[http://www.svd.se/naringsliv/hart-slag-mot-fordonsindustrin\\_6723631.svd](http://www.svd.se/naringsliv/hart-slag-mot-fordonsindustrin_6723631.svd)  
(senast hämtad 2015-07-17)

Sokolow, I, *Saab-rekonstruktör kan bli fall för HD*, SvD, 2 december 2009  
<http://www.svd.se/saab-rekonstruktör-kan-bli-fall-for-hd>  
(senast hämtad 2015-07-17)

## Övrigt

Öden, H, *Anförande vid Insolvensrättsligt forum 2015* (cit. Anförandet), bifogas till uppsatsen i form av en förberedande PM (bil. 1)



Hans Ödén

## **Skriftligt underlag om den s.k. superförmånsrätten i 10 § 4 p förmånsrättslagen (FRL)**

### Inledning

Syftet med denna promemoria är att i korthet redogöra för reglerna om superförmånsrätt i 10 § 4 p FRL samt ställa några frågor kring den som förtjänar att diskuteras.

I samband med tillkomsten av lagen om företagsrekonstruktion (LFR) fann lagstiftaren skäl att införa regler om förmånsrätt för vissa fordringar som grundar sig på avtal som gäldenären träffat under företagsrekonstruktionen. Motivet för införandet av förmånsrätten var att underlätta finansieringen av en fortsatt drift under företagsrekonstruktionen<sup>1</sup>. Under en sådan är huvudregeln att varor och tjänster, som levereras under pågående rekonstruktion, ska betalas kontant eller i förskott. Detta anges visserligen inte uttryckligen i LFR, men framgår dels indirekt av bestämmelsen i 2 kap 15 § LFR om att gäldenären inte får skuldsätta sig under företagsrekonstruktionen utan samtycke från rekonstruktören dels i propositionen<sup>2</sup>. Normalt innebär det dock stora likviditetspåfrestningar för en gäldenär att betala kontant eller i förskott även om detta har förbättrats sedan lönegaranti numera kan utbetalas under en företagsrekonstruktion. Genomförandet av en rekonstruktion underlättas avsevärt om gäldenären kan erhålla krediter. Möjligheterna att få ett sådant understöd ökar också väsentligt om dessa nytillkomna fordringar är högt prioriterade om gäldenären skulle försättas i konkurs.

Superförmånsrätten i 10 § 4 p FRL är en allmän förmånsrätt som om det behövs har företräde framför de särskilda förmånsrätterna företagshypotek i 5 § FRL samt utmätning av lös egendom i 8 § FRL.

### Nya avtal

I förarbetena diskuterades frågan huruvida förmånsrätten endast skulle omfatta fordringar som grundar sig på avtal som träffats under företagsrekonstruktionen eller om den också skulle omfatta fordringar som på ett eller annat sätt avser rekonstruktionsperioden<sup>3</sup>. Juridiska fakultetsstyrelsen vid Uppsala universitet föreslog i sitt remissvar, att inte bara nytillkomna fordringar skulle få förmånsrätt utan också vissa fordringar som i löpande avtalsförhållanden intjänas under rekonstruktionstiden,

---

<sup>1</sup> Prop 1995/96 s. 131

<sup>2</sup> Dito s. 132

<sup>3</sup> Dito s. 133

nämligen i de fall då borgenären på begäran avstått från sin stoppningsrätt eller hävningsrätt. Av den allmänna motiveringen framgår att en sådan vidsträckt förmånsrätt skulle innebära att fordringar beträffande elektricitet, telefon, lokalhyra och ränta på befintliga krediter skulle få en omotiverat förmånlig ställning och hota värdet av andra förmånsrätter, t.ex. företagshypoteket<sup>4</sup>. En sådan förmånsrätt är heller inte motiverad för att underlätta rekonstruktionen. Regeringens slutsats blev således att den superförmånsrätten enbart bör gälla för fordringar som grundar sig på avtal som gäldenären med rekonstruktörens samtycke har träffat under rekonstruktionsperioden. Eftersom frågan om när en fordran uppkommer kan vara svår att besvara ansåg regeringen att det skulle vara en fördel om en lagteknisk lösning kan väljas där man undviker att tala om fordrans uppkomst som det avgörande momentet och att i stället koppla det till avtal som gäldenären träffat under företagsrekonstruktionen. Även fordringar som i viss mening har sitt ursprung i avtal som har träffats före företagsrekonstruktionen kan omfattas. Det gäller t.ex. om rekonstruktören godkänner ett av gäldenären träffat nytt anställningsavtal med en tidigare anställd eller ett nytt avtal om leveranser med ett företag som tidigare har levererat till gäldenären.

En förutsättning för att en borgenär ska få superförmånsrätt i en efterföljande konkurs är således att han har en fordran som grundar sig på ett avtal som gäldenären med rekonstruktörens samtycke har träffat under företagsrekonstruktionen. Det räcker alltså inte att den har intjänats under denna tid eller på annat sätt kan anses vara hänförlig till den tiden. Därmed gäller inte förmånsrätten i fråga om t.ex. kredit enligt ett tidigare kreditavtal för ränta under rekonstruktionen eller för en hyresvärds fordran på hyra under denna tid enligt ett hyresavtal träffat före rekonstruktionen<sup>5</sup>. Av förarbetena framgår att superförmånsrätt inte uppkommer för en leverantörsfordran enligt ett tidigare avtal om leverantören har fortsatt att leverera under företagsrekonstruktionen<sup>6</sup>.

### Godkännande

När det gäller samtycket från rekonstruktören finns det inget lagstadgat krav på hur det ska ges. Det torde därför kunna lämnas såväl skriftligt som muntligt<sup>7</sup>. I propositionen till LFR anges det att det inte är rimligt att rekonstruktören i varje enskild fråga ska lämna sitt uttryckliga samtycke för att det ska anses att han har godkänt att gäldenären träffat ett nytt avtal. Det anges vidare att det är en fråga om

---

<sup>4</sup> NJA II 1996 s. 447

<sup>5</sup> NJA II 1996. 447

<sup>6</sup> NJA II 1996 s. 444

<sup>7</sup> Hellners & Mellqvist, Lagen om företagsrekonstruktion, 2009, s. 106

ett förtroende mellan gäldenären och rekonstruktören, vilket kan leda till att han i efterhand kan godkänna vissa rättshandlingar som gäldenären har ingått<sup>8</sup>.

### Företagshypoteket

I förarbetena påpekas att superförmånsrätten innebär att viss urholkning av företagshypotekets värde kan ske. Regeringen menade dock att denna effekt får accepteras med hänsyn till det starka skäl som finns för en förmånsrätt för nytillkomna fordringar. Vidare anges det i förarbetena att det får ankomma på rekonstruktören att se till att inte företagshypotekets värde minskar onödigt mycket på grund av denna förmånsrätt<sup>9</sup>. Som HD anført i NJA 2014 s. 389 kan det ske genom att t.ex. tidsbegränsa ett avtal eller se till att det omförhandlas efter rekonstruktionens avslut.

### Återvinning

Frågan om återvinning kan ske av ett avtal som gäldenären med rekonstruktörens godkännande har träffat under rekonstruktionen diskuterades i propositionen<sup>10</sup>. Utredningen hade föreslagit att sådana rättshandlingar inte skulle kunna återvinnas såvida inte rekonstruktören uppenbart hade överskridit sin befogenhet. Även om återvinning av sådana avtal torde aktualiseras i en mycket begränsad omfattning ansåg regeringen att det skulle framstå som stötande om återvinning inte kan ske.

### Nordisk lagstiftning

I den danska lagstiftningen får nytillkomna skulder under förfarandet, vilka har uppkommit efter godkännande av rekonstruktören, betalningsrätt efter masskostnader i en efterföljande konkurs<sup>11</sup>. Det är m.a.o. ingen formell superförmånsrätt, men effekten blir ungefär densamma.

Norsk rätt har ett förfarande som benämns gäldsförhandling, som är ett rekonstruktionsförfarande utom konkurs. Nyuppkomna fordringar under förfarandet behandlas på samma sätt som enligt den danska lagstiftningen<sup>12</sup>.

I Finland finns det möjlighet till rekonstruktion utom konkurs i ett företagssaneringsförfarande. Fordringar som uppkommer efter förfarandets inledning har under vissa

---

<sup>8</sup> Prop. 1995/96 s. 191

<sup>9</sup> Prop. 1995/96 s. 133

<sup>10</sup> NJA II 1996 s. 450

<sup>11</sup> Erik Hellström, Nordisk/baltisk rekonstruktionsrätt, s. 86

<sup>12</sup> Dito, s. 64

förutsättningar bästa förmånsrätt efter pant- och retentionsrätt<sup>13</sup>. Något krav på samtycke från utredaren synes dock inte föreligga. Vidare kan rätten efter ansökan av utredaren besluta om superförmånsrätt för kredit som gäldenären tar upp under förfarandet. Rätten kan då också besluta att denna superförmånsrätt ska ha samma eller bättre rätt i sådan gäldenärens egendom som har ställts som säkerhet för en tidigare skuld<sup>14</sup>.

## Frågor/diskussionspunkter

### Omfattar superförmånsrätten alla nya avtal som är godkända av rekonstruktören?

I 2 kap 15 § 1 st. 2 p LFR anges det att gäldenären inte får åta sig nya förpliktelser utan rekonstruktörens samtycke, medan 10 § 4 p FRL medger superförmånsrätt för avtal som gäldenären har träffat under företagsrekonstruktionen med rekonstruktörens godkännande.

Med förpliktelse i LFR avses alla sådana, inte enbart nya varubeställningar och liknande utan också avtal i övrigt som innefattar någon form av förpliktelse för gäldenären<sup>15</sup>.

Godkännande av ett nytt avtal innebär, enligt FRL, superförmånsrätt för fordringarna som grundar sig på detta avtal.

Även om de två lagrummen uttrycker sig på olika sätt, förpliktelse respektive nytt avtal, kan jag inte göra någon annan bedömning än att de avser omfatta samma fordringar.

Enligt lagtexten och förarbetena omfattar superförmånsrätten alla nya avtal som är godkända av rekonstruktören. När man talar om superförmånsrätt handlar det normalt huvudsakligen om krediter från långivare eller leverantörskrediter, men denna fråga kan också uppstå i förhållande till gäldenärens kunder. Det kan vara en kund som gör en förskottsbetalning avseende ett nytt avtal som med rekonstruktörens godkännande träffats under företagsrekonstruktionen eller ett nytt avtal som innehåller ett garantiansvar mot kunden, t.ex. ett byggentreprenadavtal. En beställare av en byggentreprenad kan således i en efterföljande konkurs, lång tid efter att avtalet träffades, göra gällande superförmånsrätt för fordringar som grundar sig på entreprenadavtalet. Vidare kan det vara försäljningar under företagsrekonstruktionen

---

<sup>13</sup> Dito, s. 111

<sup>14</sup> Dito

<sup>15</sup> Hellners/Mellqvist, Lagen om företagsrekonstruktion, 2009, s. 105 och NJA II 1996 s. 379

av t.ex. kapitalvaror och konsumtionsvaror för vilka säljaren har ett garantiansvar. Konsumenter är visserligen skyddade genom direktkravbestämmelsen i 46 § konsumentköplagen, även om den innehåller en del begränsningar. En näringsidkare har dock inte motsvarande skydd i köplagen.

Frågan är om dessa avtal med kunder också omfattas av superförmånsrätten. Eftersom det i lagtexten inte anges några begränsningar, när det gäller vilka avtal som ska omfattas, är det väl inte ett orimligt antagande att kunder kan åberopa superförmånsrätt för fordringar som grundar sig på avtal som de har träffat med gäldenären.

Det som möjligen talar emot en sådan tillämpning, är att det i motiven anges att syftet med superförmånsrätten är att underlätta finansieringen av en fortsatt drift under företagsrekonstruktionen. När man talar om finansiering av en sådan drift, tänker man förmodligen i första hand på kreditgivning från långivare eller inköp av varor och tjänster mot en fakturakredit. Även en försäljning av varor och tjänster till kunder underlättar dock finansieringen av en fortsatt drift och det är dessutom en förutsättning att försäljningen är god för att rekonstruktionen ska lyckas.

Det som talar för att även nya avtal med kunder omfattas av superförmånsrätten, är den ovan angivna lydelsen i förarbetena till lagen om företagarekonstruktion där det anges att med förpliktelser avses alla sådana.

Om superförmånsrätt skulle gälla även för försäljningsavtal och andra avtal med kunder skulle detta innebära en stor risk för att företagshypoteket urholkas. En rekonstruktör kan knappast vägra godkänna att gäldenären träffar nya försäljningsavtal eller andra avtal med kunder, eftersom det skulle undergräva hela rekonstruktionsförfarandet. Även om han inte skulle kunna lämna sitt godkännande till varje enskilt avtal skulle han av praktiska skäl kunna lämna ett generellt medgivande till sådana avtal.

Jag kan inte göra någon annan bedömning än att superförmånsrätt uppkommer även beträffande avtal med kunder. Frågan är om detta är rimligt. Det är, enligt min uppfattning, oförenligt att det i förarbetena anges att rekonstruktören ska iaktta viss försiktighet med att godkänna nya avtal i syfte att inte företagshypoteket ska urholkas samtidigt som det ligger i sakens natur att gäldenären träffar nya avtal med kunder för att möjliggöra en lyckad rekonstruktion. Superförmånsrätten bör därför, enligt min uppfattning, begränsas på något sätt så att den inte träffar alla förpliktelser och inte utökas så att alla uppkomna skulder under ett rekonstruktionsförfarande utgör massagäld eller medför superförmånsrätt oavsett samtycke från rekonstruktören. Om den skulle utökas förutsätter det, enligt min uppfattning, att gäldenären också förlorar sin rättsliga handlingsförmåga. Begränsningen borde ske på så sätt att det inte bör uppkomma en superförmånsrätt för nya avtal, som träffas med rekonstruktörens

godkännande, inom gäldenärens normala affärsverksamhet. Avsikten under en företagsrekonstruktion är att alla varor och tjänster som levereras under den ska betalas kontant eller i förskott och det finns då egentligen inget skäl till varför en leverantör skulle få superförmånsrätt om gäldenären av någon anledning inte har tillämpat kontantprincipen. Superförmånsrätten bör i stället begränsas till att endast omfatta försträckningar från kreditgivare och nya avtal som inte är normala i gäldenärens verksamhet. Insolvensutredningens förslag till ett samlat insolvensförfarande innehöll ett förslag om att alla skulder som uppkommer under rekonstruktionsförfarandet skulle utgöra massagäld<sup>16</sup>. Enligt min uppfattning vore en sådan regel förödande för företagshypoteksinnehavaren.

### När blir det ett nytt avtal

Fråga huruvida ett nytt avtal har träffats får bedömas enligt allmänna avtalsrättsliga principer. Endast mindre förändringar i ett befintligt avtal torde inte innebära att ett nytt avtal har träffats. Såvitt jag vet har denna fråga inte varit föremål för prövning av någon överrätt annat än i rekonstruktionen av Blaikengruvan där Hovrätten för Övre Norrland ansåg att ett nytt avtal hade träffats, eftersom parterna kom överens om nya kvantitetsramar, ny produktionsordning med skiftgång och en tidsbegränsning för leverantörens åtagande. Detta trots att avtalet i övrigt innehöll samma villkor som det avtal som hade träffats före företagsrekonstruktionen<sup>17</sup>. Det kan naturligtvis i enskilda fall uppstå svårigheter att bedöma huruvida det ska anses att ett nytt avtal har träffats. Detta kan dock inte lösas lagstiftningsvägen utan får prövas i varje enskilt fall. Det innebär t.ex., enligt min uppfattning, att ett nytt avtal inte har träffats enbart av den omständigheten att en leverantör fortsätter att leverera under rekonstruktionen enligt ett dessförinnan träffat avtal med den enda förändringen att det är ett annat pris.

### Bör rekonstruktörens samtycke eller godkännande formaliseras?

Som framgår ovan finns det inget formellt krav på hur samtycket ska lämnas. Ratihibition kan till och med förekomma. I syfte att framförallt undanröja bevisfrågor huruvida samtycke har lämnats anser jag dock att det bör föreligga ett krav att det ska lämnas i skriftlig form. Detta blev särskilt tydligt i det ovan angivna rättsfallet rörande Blaikengruvan där hovrätten, mot rekonstruktörens bestridande, fann att han hade godkänt ett nytt avtal vid ett telefonsamtal med gäldenärens VD. I såväl Ackordscentralens riktlinjer som IFFR:s föreskrifter om god rekonstruktionssed anges också skriftligt godkännande som en förutsättning för att ett samtycke ska anses ha lämnats. Det uppkommer dock stora praktiska svårigheter för rekonstruktören med

---

<sup>16</sup> SOU 2010:2 s. 161

<sup>17</sup> Hovrätten för Övre Norrland i mål Ö 1003-11



samtycket i större rekonstruktioner, där det kan vara svårt att beträffande varje enskilt avtal lämna ett skriftligt samtycke. En konstruktion där rekonstruktören lämnar skriftliga riktlinjer för ett generellt skriftligt samtycke kan vara en lösning. Ett sådant bör dock ske i samråd med den borgenär som har företagshypotek som säkerhet för sin fordran.

Samtycke eller godkännande genom konkludent handlande från rekonstruktörens sida torde dock däremot vara tveksamt. Samma förhållande torde gälla beträffande godkännande genom tolerans och passivitet från rekonstruktörens sida.

### Är rekonstruktören fri att lämna sitt samtycke eller godkännande till nya förpliktelser eller avtal?

Enligt lagtexten i LFR finns det inga uttryckliga hinder för rekonstruktören att vare sig samtycka till nya förpliktelser eller godkänna nya avtal. Av förarbetena framgår att det dock bör råda en viss försiktighet från rekonstruktörens sida så att inte företagshypoteket urholkas till följd av samtycke till nya avtal<sup>18</sup>.

Min uppfattning är att rekonstruktören visserligen fritt råder över denna fråga, men att det bl.a. med hänsyn till skrivningen i förarbetena bör ske ett samråd med företagshypoteks innehavaren. Det torde därutöver vara svårt att genomföra en lyckad företagsrekonstruktion om företagshypoteks innehavaren anser att gäldenären och rekonstruktören motverkar hans intressen. Rekonstruktören ska dessutom ha borgenärernas förtroende och sådant torde saknas om han godkänner nya avtal, som kan innebära superförmånsrätt, utan att dessförinnan ha kommunicerat frågan med företagshypoteks innehavaren.

### Superförmånsrättens begränsning i tiden

Det finns inga begränsningar om hur länge superförmånsrätten gäller, varför den torde kunna vara evig och endast begränsas om borgenären inte gör ett preskriptionsavbrott. I NJA 2014 s. 389 fick en VD, som efter rekonstruktörens godkännande hade anställts under en företagsrekonstruktion och som sades upp i en efterföljande konkurs, superförmånsrätt för hela sin uppsägningslön om 12 månader. Konkursen inträffade nästan ett år efter att rekonstruktionen hade avslutats. HD fann att det saknade betydelse när fordran hade intjänats eller om den kan göras gällande först sedan rekonstruktionen hade avslutats. Det relevanta var att avtalet hade träffats under företagsrekonstruktionen med rekonstruktörens samtycke.

Superförmånsrätten borde, enligt min uppfattning, ha en begränsning i tiden. HD

---

<sup>18</sup> Prop. 19975/76 s. 133

skriver också i domskälen i ovan angivna rättsfall att det ankommer på rekonstruktören att se till att företagshypotekets värde inte minskar onödigt mycket på grund av fordringar grundade på nya avtal. Detta kan ske t.ex. genom att tidsbegränsa avtalet eller genom att se till att det ska bli föremål för omförhandling sedan rekonstruktionen har avslutats.

I syfte att en uppkommen superförmänsrätt inte ska bli evig och till förfång för andra borgenärer, bör rekonstruktören således på något sätt begränsa den i tiden. Man kan t.ex. tänka sig att den ska gälla under ett år från avslutad företagsrekonstruktion och att borgenären inom denna tid måste ansöka om att den ska registreras hos Bolagsverket för att den ska gälla under tid därefter.

#### Superförmänsrättens synbarhet

Ett nytt avtal som med rekonstruktörens godkännande träffas under rekonstruktionen kan innebära en mycket stor belastning för gäldenären. Denna belastning är dock inte på något sätt synbar för de som rättshandlar med gäldenären. Det kan t.ex. vara en kreditgivare som lämnar en stor kredit till en gäldenär, som flera år tidigare varit föremål för en företagsrekonstruktion. Under den kan ett nytt avtal ha träffats, vilket har godkänts av rekonstruktören, med t.ex. ett långtgående garantiansvar, utan att detta blir känt av kreditgivaren. Det borde finnas ett krav att sådana superförmänsrätter blir offentliga på något sätt, t.ex. genom en not i årsredovisningen. Genom förslaget ovan om registrering hos Bolagsverket blir den också synlig.