



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Höstterminen 2024

Examensarbete i civilrätt, särskilt insolvensrätt
30 högskolepoäng

Överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs

(Assignment of contracts in bankruptcy)

Författare: Ellen Kloth

Handledare: Universitetslektor jur. dr Jonatan Schytzer



Innehåll

1	INLEDNING	1
1.1	BAKGRUND	1
1.2	SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	2
1.3	METOD, MATERIAL OCH AVGRÄNSNINGAR	3
1.3.1	<i>Metod</i>	3
1.3.2	<i>Material</i>	4
1.3.3	<i>Avgränsningar</i>	4
1.4	DISPOSITION	6
2	INTRESSENA I KONFLIKT – KONKURSRÄTT VS. AVTALSÄTT	7
2.1	INLEDNING	7
2.2	KONKURSFÖRFARANDETS URSPRUNG OCH SYFTE	7
2.3	KONKURSRÄTTSLIGA ARGUMENT FÖR ÖVERLÅTELSE AV GÄLDENÄRENS AVTAL	10
2.3.1	<i>Inledning</i>	10
2.3.2	<i>Befintliga avtal är billigare än nya</i>	11
2.3.3	<i>Värdet av köpeskillingen vid överlåtelse</i>	11
2.3.4	<i>Överlåtelse av avtal som en del av en verksamhetsöverlåtelse</i>	12
2.4	AVTALSÄTTENS URSPRUNG OCH SYFTE	13
2.5	AVTALSÄTTSLIGA ARGUMENT EMOT ÖVERLÅTELSE AV GÄLDENÄRENS AVTAL	15
2.5.1	<i>Inledning</i>	15
2.5.2	<i>Överlåtelse av rättigheter som uppkommit genom avtal</i>	15
2.5.3	<i>Överlåtelse av skyldigheter som uppkommit genom avtal</i>	17
2.6	SAMMANFATTANDE DISKUSSION AV KAPITEL 2	18
3	HANTERINGEN AV GÄLDENÄRENS AVTAL I KONKURS – SÄRSKILT OM ÖVERLÅTELSE	20
3.1	INLEDNING	20
3.2	KONKURSRÄTTSLIGA PRINCIPER OCH UTGÅNGSPUNKTER	20
3.3	MEDKONTRAHENTENS RÄTT ATT HÄVA GÄLDENÄRENS AVTAL	23
3.4	KONKURSSBOETS RÄTT ATT INTRÄDA I GÄLDENÄRENS AVTAL	25
3.5	IPSO FACTO-KLAUSULER	27
3.6	ÖVERLÅTELSE AV GÄLDENÄRENS AVTAL I KONKURS	29
3.6.1	<i>Generellt om överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs</i>	29
3.6.2	<i>Lokalhyresavtal</i>	30
3.6.3	<i>Patent & licensavtal</i>	32
3.6.4	<i>Arrendeavtal</i>	33
3.7	SAMMANFATTANDE DISKUSSION AV KAPITEL 3	36
4	ETT INTERNATIONELLT PERSPEKTIV	40
4.1	INLEDNING	40
4.2	UNCITRAL	40
4.3	VÄRLDSBANKEN	42
4.4	NORDISK-BALTISKA INSOLVENSÄTVERKET	44
4.5	EU-KOMMISSIONENS DIREKTIVFÖRSLAG OM PRE PACK-FÖRFARANDE	46
4.6	SAMMANFATTANDE DISKUSSION AV KAPITEL 4	49
5	AVSLUTANDE SLUTSATSER	52
5.1	SAMMANFATTNING	52
5.2	BEDÖMNINGEN	53
5.2.1	<i>Möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs</i>	53
5.2.2	<i>En utvidgad möjlighet till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs</i>	53
5.2.3	<i>Utvidgningens omfattning</i>	57
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	61

Förkortningar

1967 års PL	Patentlag (1967:837)
2024 års PL	Patentlag (2024:945)
FRL	Förmånsrättslag (1970:979)
HaL	Lag (1991:351) om handelsagentur
HBL	Lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag
JB	Jordabalk (1970:994)
KommL	Kommissionslag (2009:865)
KonkL	Konkurslag (1987:672)
KöpL	Köplag (1990:931)
LFR	Lag (2022:964) om företagsrekonstruktion
LkL	Lag (1845:50 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva
REKON	Rekonstruktör- och konkursförvaltarkollegiet i Sverige
TSM	Tillsynsmyndigheten
UNCITRAL	United Nations Commission On International Trade Law
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Avtal är ofta den tillgångstyp som representerar störst värden i ett företags verksamhet.¹ Det stora värdet består i att avtal förekommer i sådan stor mångfald och variation. Ett företags avtal kan gälla allt ifrån telefoni, leasing av möbler eller fordon, hyresavtal för olika typer av lokaler, andra avtal om nyttjanderätt, avtal med kunder, avtal med leverantörer eller andra aktörer osv. För de allra flesta bolag kan det vara omöjligt att bedriva verksamhet utan vissa viktiga avtal. Utan ett leasingavtal avseende en unik och för verksamheten nödvändig maskin kanske verksamheten inte kan fortgå. Även ett hyresavtal avseende en lokal som utformats ändamålsenligt för en viss verksamhet kan vara avgörande för driften.²

På grund av att avtal har en sådan stor betydelse för många verksamheter kan möjligheten att överlåta ett bolags avtal ibland vara av intresse. Framför allt i en konkurssituation kan detta vara intressant eftersom en försäljning av gäldenärens avtal kan generera stora värden till konkursboet. Särskilt stor värdemaximering kan göras vid en försäljning av konkursgäldenärens verksamhet. Om hela eller delar av konkursverksamheten kan överlåtas ihop med viktiga och ibland avgörande avtal är förvärvaren ofta villig att betala mer än om det bara är mer eller mindre värdelösa inventarier som säljs. Om förvärvaren hade möjlighet att köpa verksamheten inklusive avtalen skulle hon slippa att lägga tid på att hitta nya leverantörer och leasinggivare samt undvika krångliga avtalsförhandlingar.³

Det huvudsakliga syftet med konkursförfarandet är att maximera värdet av konkursboets tillgångar, vilket kan utläsas av 1 kap. 1 § KonkL.⁴ En möjlighet till överlåtelse av gäldenärens avtal skulle därför vara väl förenligt med konkursens syfte. Eftersom det åligger förvaltaren enligt 7 kap. 8 § KonkL att ta tillvara

¹ Se Karlsson-Tuula. (2017) Gäldenärens avtal vid företagsrekonstruktion och konkurs s. 17; SOU 2001:80 s. 80.

² Karlsson-Tuula, Marie (2017) Gäldenärens avtal vid företagsrekonstruktion och konkurs s. 146.

³ Se vidare *avsnitt 2.3*.

⁴ Se vidare Mellqvist & Welamson. (2022) Konkurs och annan insolvensrätt s. 28 f.

borgenärskollektivets rätt och bästa genom en snabb och förmånlig avveckling av boet skulle en möjlighet till överlåtelse av konkursgäldenärens avtal kunna komma att spela stor roll i konkursförvaltningen.

Reglerna om överlåtelse av gäldenärens avtal vid konkurs är inte särskilt många och de är utspridda i olika lagkomplex beroende på vilken avtalstyp de reglerar.⁵ Huvudregeln för överlåtelse av avtal finns överhuvudtaget inte i insolvensrätten utan hittas istället i obligationsrättens allmänna principer. Huvudregeln innebär att en avtalsöverlåtelse, eller ett partsbyte som det egentligen innebär, endast är tillåtet om medkontrahenten samtycker till det. Den för avtalsrätten fundamentala rättsprincipen om avtalsfrihet är grunden till att medkontrahentens samtycke krävs. Att införa regler som tillåter överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs utan medkontrahentens samtycke skulle således inte vara förenligt med avtalsfriheten.⁶

Det föreligger alltså två motstående intressen i frågan. Dels finns intresset av att underlätta möjligheterna att uppnå syftet med konkursförfarandet, nämligen att utvinna så stort värde som möjligt ur konkursboets tillgångar. Dels finns intresset av att bibehålla avtalsfriheten och rätten att själv kunna välja sin medkontrahent. Liksom vid alla intresseavvägningar blir det en fråga om vilket intresse som ska få mest inflytande.

1.2 Syfte och frågeställningar

Mot bakgrund av föregående avsnitt kommer uppsatsen syfta till att utreda och utvärdera gällande svensk rätt vad gäller överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs. Detta ska göras genom att besvara följande tre frågor:

1. Hur ser möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs ut i gällande svensk rätt?
2. Bör det införas en vidare möjlighet att överlåta gäldenärens avtal i konkurs än vad som nu är fallet?

⁵ Karlsson-Tuula (2019) Gäldenärens avtal i insolvensförfarande, särskilt om överlåtelse av avtal och ipso facto-klausuler vid insolvens de lege ferenda s. 75.

⁶ Se vidare *avsnitt 2.5*.

3. Om ja, hur långtgående bör en sådan utvidgad möjlighet vara och vilka skyddsmekanismer ska vara vägledande för dess utformning?

1.3 Metod, material och avgränsningar

1.3.1 Metod

För att besvara de frågeställningarna som är föremål för uppsatsen kommer utgångspunkt tas i en utredning av svensk rätt vad gäller möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs. För att därefter utvärdera svensk rätt, samt för att undersöka huruvida det bör införas en vidare möjlighet att överlåta gäldenärens avtal i konkurs än vad som nu är fallet, kommer vissa nedslag göras i internationella rekommendationer på området. De rekommendationer som beaktas i uppsatsen är de som getts ut av UNCITRAL, Världsbanken samt Nordisk-Baltiska Insolvensnätverket.

Utredningen av gällande rätt på området och den efterföljande utvärderingen kommer att göras med rättsdogmatisk metod. Detta innebär att utgångspunkt kommer att tas i de allmänt accepterade rättskällorna. Detta sker genom att lagstiftning, praxis, förarbeten och doktrin värderas och analyseras.⁷ Praxis, förarbeten och doktrin ska undersökas och analyseras för att söka svar på vilka intresseavvägningar som legat till grund för reglernas ordalydelse.

Ett metodologiskt problem som kommer att uppstå i och med syftet för uppsatsen är att avgöra vad som är tillfredsställande lagstiftning. Uppsatsen syftar till att utvärdera svensk rätt angående möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal. För att göra en utvärdering, vilken som helst, krävs att det finns något att mäta emot. Det behöver finnas en måttstock eller utgångspunkt för vad som är tillfredsställande lagstiftning och inte. Viss vägledning kan inhämtas från de rekommendationer till lagstiftning som finns på området men avgörande kommer slutligen bli hur man väljer att värdera och prioritera de olika intressen som talar för eller emot att utvidga möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs.

Ytterligare ett metodologiskt dilemma är utifrån vilket synsätt som utvärderingen av reglerna ska angripas ifrån. I frågan föreligger två mer eller mindre likvärdiga motstående intressen, dels de konkursrättsliga, dels de obligationsrättsliga, som inte båda kan

⁷ Se vidare Kleinman (2019) Juridisk metodlära s. 21 f.

tillgodoses fullt ut samtidigt. Kanske är den enda rimliga lösningen att båda ändamålen måste stå tillbaka för det andra genom kompromisser. Utmaningen kommer då bestå i att avväga vilka skyddsintressen som ska få vara avgörande för att lagstiftningen ska vara tillfredsställande.

1.3.2 Material

För att förstå de avvägningar som gjorts och de hänsyn som har beaktats, både i svensk rätt och när internationella rekommendationer utformats på området kommer en stor del av materialet vara förarbeten och doktrin. Eftersom lagtexten sällan avslöjar vilka skäl som ligger bakom ordalydelsen i lagrummen kommer svaren på detta sökas i förarbeten, doktrin och i vissa fall praxis. Angående de rekommendationer på området som kommer att undersökas kan konstateras att en rekommendation till sin natur inte är bindande. En sådan rekommendation kommer därför inte kunna tillmätas samma vikt i avseendet att söka fastställa gällande rätt. Däremot kan de säga något om vilka syften, avvägningar och hänsyn som är viktiga i utformningen av regler på området. Här kan konstateras att de syften som ligger till grund för den svenska konkursrätten är desamma som ligger bakom rekommendationerna.⁸ Dessa rekommendationer lämpar sig därför väl för att vara vägledande i frågan om huruvida möjligheterna till och formerna kring överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs bör lagstiftas i vidare utsträckning i svensk rätt.

1.3.3 Avgränsningar

En för uppsatsen viktig avgränsning är urvalet av berörda avtalstyper. Olika avtal kan delas upp i flera olika kategorier. Här ska redogöras för tre olika distinktioner. För det första har de avtal som är föremål för uppsatsen delats upp i ensidigt eller ömsesidigt förpliktande. Inom avtalsrätten förekommer både ensidigt förpliktande avtal och avtal som innebär både en rättighet och en skyldighet för båda parterna. Det är framför allt de senare som är intressanta för uppsatsen. Avtal som är ensidigt förpliktande, till exempel avtal om gåva är sällan intressanta att överlåta i konkurs. Antingen innebär avtalet en rättighet för konkursboet att erhålla en prestation vilken konkursförvaltaren helt enkelt driver in, eller så innebär gåvoavtalet en skyldighet för konkursboet att prestera vilket helt enkelt blir en fordran i konkursen.⁹

⁸ Se vidare *avsnitt 2.2*; jfr. *kapitel 4*.

⁹ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, parts one and two (2004) s. 121.

Den andra distinktionen som görs är mellan momentana och varaktiga avtal. Momentana avtal är inte heller särskilt ofta intressanta för en konkursförvaltare att kunna överlåta. Momentana avtal är sådana avtal där båda prestationerna sker samtidigt. Den främsta anledningen till att dessa inte så ofta är intressanta är att vid momentana avtal, som till exempel köp av en kaffe eller en påse godis, sker prestationerna samtidigt. Prestationernas samtidighet innebär således att det efter det att avtalet löpt ut inte längre finns någon skyldighet eller rättighet kvar att överlåta.

Den tredje distinktionen som görs i uppsatsen är mellan fullgjorda och icke fullgjorda avtal. Liksom vid ensidigt förpliktande avtal är avtal där ena parten redan har fullgjort sin prestation inte särskilt intressanta att överlåta. Antingen har konkursgäldenären kvar att prestera, i så fall får borgenären anmäla sin fordran i konkursen. Eller så har konkursgäldenären rätt att få ut sin prestation, i så fall är det upp till konkursförvaltaren att se till att så sker. De avtal som är föremål för uppsatsen är alltså ömsesidigt förpliktande varaktiga avtal som till någon del ännu inte är fullgjord av båda parterna.¹⁰

En annan avgränsning består i att uppsatsen i huvudsak kommer att behandla juridiska personers konkurs. Fysiska personer som är föremål för konkurs kommer därmed lämnas utanför. En av anledningarna till denna avgränsning är det tidsmässiga utrymmet för uppsatsen. En annan anledning är den att fördelarna med en möjlighet till överlåtelse av konkursgäldenärens avtal framför allt avser möjligheterna till rekonstruktion av verksamheten genom konkurs, alltså en överlåtelse av gäldenärens verksamhet.¹¹ Eftersom rekonstruktion i regel inte sker av fysiska personers förehavanden har dessa alltså lämnats utanför uppsatsens föremål.

Uppsatsen kommer, som nämnts, genomgående att behandla överlåtelse eller försäljning av avtal. Begreppen är i uppsatsen synonyma med varandra och avser i det följande ett partsbyte. Mot vederlag överläts alltså både rättigheter och skyldigheter enligt avtalet i och med överlåtelsen. Detta innebär att det är den nya parten som svarar för förpliktelser och har rätt till prestationer enligt avtalet från och med dagen för överlåtelsen.

¹⁰ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, parts one and two (2004) s. 121.

¹¹ Hellström (2024) Festschrift till Mikael Möller s. 206.

1.4 Disposition

Uppsatsen är uppbyggd i fem huvudsakliga kapitel. Den löpande texten i uppsatsen består i att presentation av gällande rätt varvas med egna analyser. *Kapitel 1* består av underrubrikerna bakgrund, syfte och frågeställningar, metod, material och avgränsningar samt disposition. Detta kapitel är avsett att ge en bakgrund till syftet med uppsatsen och vissa förutsättningar för dess utförande. I *kapitel 2* ges en utvecklad och nyanserad redogörelse för de kolliderande intressena vad gäller möjligheten att överlåta gäldenärens avtal i konkurs. Skäl både för och emot en sådan möjlighet anförs med utgångspunkt i syftet för konkurs- respektive avtalsrätten. Detta kapitel är tänkt att ge läsaren en fördjupad förståelse och uppfattning om vilka för- och nackdelar en vidgad möjlighet till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs skulle innebära.

I nästa kapitel, *kapitel 3*, behandlas möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs enligt gällande rätt. Därefter beskrivs de olika sätten som förvaltaren har att hantera gäldenärens avtal. Reglerna för överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs avseende vissa särskilda avtalstyper presenteras innan en sammanfattande diskussion avslutar kapitlet. För att uppnå syftet med uppsatsen, nämligen att bland annat utvärdera gällande svensk rätt vad gäller överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs, undersöks i *kapitel 4* hur internationella organisationers rekommendationer ser ut på området. Detta kapitel i uppsatsen är avsett att ge en bild av hur reglerna skulle kunna utformas i det svenska rättssystemet. Vidare är kapitlet ämnat att skapa en bedömningsgrund för vad som kan anses vara tillfredsställande regler på området. Genom att titta på hur rekommendationerna har utformats skapas en värderingsreferens för utvärderingen av svensk rätt. I *kapitel 4* behandlas vidare Europeiska Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten. Förslaget är intressant i det avseendet att det omfattar ett så kallat pre pack-förfarande som innebär en möjlighet till överlåtelse av konkursgäldenärens avtal utan medkontrahentens samtycke. I *kapitel 5* avslutas uppsatsen med en utvärdering av möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs i svensk rätt idag. Därefter analyseras och diskuteras huruvida det bör införas en vidare möjlighet att överlåta gäldenärens avtal i konkurs än vad som nu är fallet samt hur långtgående en sådan utvidgad möjlighet bör vara och vilka skyddsmekanismer ska vara vägledande för dess utformning.

2 Intressena i konflikt – konkursrätt vs. avtalsrätt

2.1 Inledning

I föregående kapitel har en kort bakgrund givits för att redogöra för de olika intressena som föreligger i frågan om möjlighet till överlåtelse av gäldenärens avtal. Å ena sidan föreligger konkursförvaltarens och borgenärskollektivets intresse av att maximera värdet av konkursboets tillgångar. Å andra sidan finns konkursgäldenärens medkontrahents intresse av att ha möjlighet att välja sin motpart i avtalet. I det följande ska denna intressekonflikt utvecklas och nyanseras för att fördjupa förståelsen för problemet och för att underbygga stöd till en sammanfattande diskussion i slutet av innevarande kapitel. Först ska konkursförfarandets ursprung och syfte redogöras för. Därefter följer en redogörelse för motiven till att utvidga möjligheterna att överlåta gäldenärens avtal i konkurs. Vidare utvecklas motstående avtalsrättsliga intressen innan kapitlet sammanfattas.

2.2 Konkursförfarandets ursprung och syfte

I 1 kap. 1 § KonkL beskrivs konkurs som ett förfarande där en gäldenärs samtliga borgenärer i ett sammanhang tvångsvis tar i anspråk gäldenärens samlade tillgångar för betalning av sina fordringar. Ordet konkurs har sitt ursprung i det latinska ordet *concu'sus* och betyder ungefär ”löpa samman”.¹² Ordet konkurs syftar alltså egentligen inte till gäldenärens insolvens utan tar istället fasta på hur borgenärerna löper samman för att gemensamt söka ut och fördela gäldenärens tillgångar mellan sig.¹³

För att försättas i konkurs krävs enligt 1 kap. 2 § KonkL att gäldenären är på obestånd. I paragrafens andra stycke likställs begreppen obestånd och insolvens med varandra. Obestånd och insolvens definieras som det tillstånd när gäldenären inte rätteligen kan betala sina skulder och att denna oförmåga inte är endast tillfällig. Av detta kan konstateras att insolvensrätten har sin grund i kreditinstitutet.¹⁴ Om man alltid var tvungen

¹² <https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/konkurs> (besökt 2024-09-30).

¹³ Mellqvist & Welamson. (2022) Konkurs och annan insolvensrätt s. 16.

¹⁴ Se vidare Mellqvist & Welamson. (2022) Konkurs och annan insolvensrätt s. 17.

att betala kontant, alltså samtidigt som en vara eller tjänst levereras, kunde man aldrig bli insolvent eftersom några skulder då aldrig hade uppstått. Visserligen kan det hos en gäldenär förekomma skulder som inte kan relateras till en kredit men som ändå inte har betalats samtidigt som den uppstod. Några exempel på sådana icke-kontraktuella anspråk är anspråk på utomobligatoriskt skadestånd och statens anspråk på skatt. Det får dock antas vara långt vanligare att konkursgäldenärens skulder består i diverse lån och andra krediter.

Insolvens- och konkursrätt härstammar från det antika medelhavsområdet och föränleddes alltså av möjligheten att handla på kredit. De tidiga formerna av insolvensrätt hade en tydligt repressiv inriktning och att vara insolvent som gäldenär var i stort sett att betrakta som brottsligt. Repressalierna kunde bestå i att bli inlåst i gäldstugan, att säljas som slav eller i värsta fall att bli styckad för att sedan få sina kroppsdelar uppdelade mellan borgenärerna.¹⁵ De idag gällande insolvensrättsliga reglerna syftar inte längre till att straffa gäldenären utan istället till att skydda borgenärerna. Syftet med *konkursförfarandet* uttrycks inte explicit i varken lagtext eller förarbeten. Mellqvist och Welamson skriver dock att det kan utläsas ur 1 kap. 1 § KonkL att syftet med en konkurs är att under ordnade former så långt som möjligt tillgodose borgenärskollektivets intressen på ett förutsebart sätt. Konkursförfarandet är alltså präglad av ett tydligt borgenärsinriktat synsätt.¹⁶

Syftet med *konkursförvaltningen* kan däremot utläsas av 7 kap. 8 § KonkL som föreskriver att det åligger förvaltaren att ta tillvara borgenärernas rätt och bästa. Vad som är borgenärernas bästa får antas vara att maximera värdet (eller minimera förlusten) av konkursboets tillgångar och därmed även att täcka borgenärernas fordringar i konkursen så långt som möjligt. Syftet med konkursförfarandet går således i linje med konkursförvaltarens skyldigheter och syftet med konkursförvaltningen.¹⁷

Vidare var 7 kap. 8 § KonkL aktuell vid bedömningen i NJA 2023 s. 970. I fallet hade en konkursförvaltare hjälpt bolagets ställföreträdare att rätta till bolagets skattedeklaration så att det uppkom ett överskott på skattekontot och således ytterligare tillgångar till konkursboet. För detta arbete, som gjorde att konkursförvaltningen drog ut

¹⁵ Mellqvist & Welamson. (2022) Konkurs och annan insolvensrätt s. 17.

¹⁶ Keller (2020) Konkurs och process s. 77.

¹⁷ Mellqvist & Welamson. (2022) Konkurs och annan insolvensrätt s. 28 f.

på tiden, begärde konkursförvaltaren ersättning. I konkursen var Skatteverket den enda borgenären med en ursprunglig fordran på cirka 93 000 kr vilken bland annat bestod i att konkursgäldenären blivit skönsbeskattad. Att konkursförvaltaren rättat till skönsbeskattningen innebar således att den ursprungliga fordran försvann. Istället uppstod ett överskott på skattekontot om ca 27 500 kr. Eftersom Skatteverket var den enda borgenären i konkursen var någon utdelning inte längre aktuell då det inte längre fanns någon fordran. HD ansåg att förvaltarens arbete inte kunde anses ha syftat till att ge borgenärerna så stor utdelning som möjligt. Inte heller hade det främjat en förmånlig och snabb avveckling av boet, snarare tvärt om. Arbetet som konkursförvaltaren haft med korrigeringen av skattedeklarationen hade dragit ut på tiden och i och med det ökat konkurskostnaderna. Konkursförvaltarens arbete med deklarationen ersattes därför inte.

Av rättsfallet kan utläsas den nyansen att det inte är värdemaximering för värdemaximeringens skull som är syftet med konkursen. En värdemaximering av konkursboets tillgångar är endast viktig om den leder till att gynna borgenärernas rätt och bästa. Att ta till vara på borgenärernas rätt och bästa är förvisso oftast detsamma som att maximera värdet av konkursmassan men i och med utgången i målet blir det tydligt att så inte alltid är fallet.

Ändamålet att skydda borgenärerna kan vidare lyftas i ett större perspektiv. Som konstaterats ovan har insolvensrätten sin grund i kreditinstitutet. Utan skulder behövs inget konkursförfarande. Anledningen till att borgenärer genom konkurslagens utformning ges en särskilt skyddad ställning är inte bara därför att det är ”rätt” eller ”rättvist” att de ska få betalt för sina fordringar (i så stor mån det är möjligt). Det får även antas att, liksom andra borgenärsskyddande regler, att skyddsintresset för borgenärer i konkurslagen är ägnat att inge en känsla av trygghet. Att genom lag säkerställa att borgenärskollektivet prioriteras i gäldenärens konkurs gör precis detta.

En känsla av trygghet och skydd ger vidare att banker, finansinstitut och andra borgenärer vågar låna ut ekonomiska medel i större utsträckning än om det inte förelåg intresse av att skydda borgenärerna.¹⁸ Därtill kommer att ännu större känsla av trygghet infinner sig hos de borgenärer som dessutom har fått säkerhet ställd för sin fordran och

¹⁸ Mellqvist & Welamson. (2022) Konkurs och annan insolvensrätt s. 29; Collentine (1999) Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi, Gratzner & Sjögren (red) s. 164.

därför får högre prioritet vid utdelningen vid en eventuell konkurs.¹⁹ Att banker och andra borgenärer lånar ut pengar till fysiska och juridiska personer leder till att fler företag och entreprenörer har möjlighet att testa sina affärsidéer vilket främjar kapitalflödet i samhället i stort och därmed också den ekonomiska välfärden. Hanteringen av juridiska och fysiska personers insolvens i ett rättssystem kan därför sägas vara en viktig del i marknadsekonomin eftersom långgivare och andra borgenärer baserar sina förhållanden på vad som händer med deras fordran i gäldenärens konkurs. Finansiärer, leasinggivare och andra borgenärer bestämmer alltså sina avtalsvillkor bland annat utifrån hur säkra de kan vara på att få betalt för sina fordringar i gäldenärens konkurs.²⁰

Ett annat samhällsperspektiv kommer till uttryck i 7 kap. 8 § st. 2 KonkL. Där föreskrivs att förvaltarens uppdrag att ta till vara borgenärernas gemensamma rätt och bästa inte hindrar att förvaltaren vid avvecklingen av konkursboet beaktar vad som är ägnat att långsiktigt främja sysselsättningen. Detta gäller dock endast under förutsättning att borgenärernas rätt inte nämnvärt förringas. Även om borgenärskollektivets intressen prioriteras kan de behöva stå tillbaka något till förmån för den långsiktiga sysselsättningen på orten, vilket tar sikte på likväl anställdas som det allmännas intressen.²¹

2.3 Konkursrättsliga argument för överlåtelse av gäldenärens avtal

2.3.1 Inledning

Som ett led i att uppnå konkursförfarandets syfte att maximera värdet av konkursmassan har det i den insolvensrättsliga diskursen länge diskuterats huruvida man borde tillåta överlåtelse av gäldenärens avtal utan medkontrahentens samtycke eller inte.²² I det följande ska redogöras för vilka motiv och skäl det finns till att utvidga reglerna om en sådan möjlighet och vilka fördelarna skulle vara.

¹⁹ SOU 1999:1, bilaga 7, Eisenberg, Allen Mark, A review of the law and economics Literature on Creditor Priority in Bankruptcy s. 12.

²⁰ Mellqvist & Welamson. (2022) Konkurs och annan insolvensrätt s. 29.

²¹ Isaksson, Konkurslag (1987:672) 7 kap. 8 §, avsnitt 2.2, Lexino 2021-09-26 (JUNO).

²² Se till exempel REKON:s remissvar angående förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten s. 5; Möller (1988) Konkurs och kontrakt, Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal s. 718 f angående anställningsavtal; Se vidare Karlsson-Tuula. (2017) Gäldenärens avtal vid företagsrekonstruktion och konkurs s. 146 ff angående företagsrekonstruktion.

2.3.2 *Befintliga avtal är billigare än nya*

Ett företags avtal representerar ofta stora värden i verksamheten.²³ Särskilt långvariga avtal, så som avtal om hyra, leasing, licenser eller varuleveranser kan besitta stora värden i flera aspekter. En aspekt är den att redan befintliga avtal i regel har mer ekonomiskt förmånliga villkor än vad som skulle kunna erbjudas i ett nytt avtal enligt gällande marknadsvillkor.²⁴ Detta kan innebära stora värden i den situation när konkursförvaltaren beslutat att driva verksamheten vidare enligt 8 kap. 2 § KonkL. Om en konkursförvaltare kan använda gäldenärens befintliga avtal antingen till att driva verksamheten vidare eller till rekonstruktion av verksamheten genom försäljning av verksamheten inklusive avtalen, behöver inga nya avtalsförhandlingar äga rum.

Att slippa att träffa ett nytt avtal sparar således både tid och kostnader för konkursboet eftersom befintliga avtal ofta innehåller bättre villkor än nya och ju mindre tid konkursförvaltaren måste lägga på förvaltning av konkursen, desto lägre blir konkurskostnaderna. En lagstiftning som minimerar de direkta och indirekta kostnaderna relaterade till obestånd är en effektiv insolvenslagstiftning.²⁵ I vissa avtal finns värdet i att det helt enkelt inte hade varit möjligt att driva verksamheten vidare utan dem, till exempel när man leasar en viktig och för verksamheten unik maskin, eller när avtalet gäller licens om att använda sig av en viss patenterad teknisk lösning.²⁶

2.3.3 *Värdet av köpeskillingen vid överlåtelse*

En annan aspekt av värdet av gäldenärens avtal, vilken kanske är den mest uppenbara, är värdet av ett avtal vid en överlåtelse. I en konkurs där konkursförvaltaren väljer att inte bedriva fortsatt verksamhet är naturligtvis vederlaget vid en försäljning av ett avtal mer intressant än själva avtalet i sig. Även om konkursförvaltaren beslutat att under en viss tid driva verksamheten vidare så uppstår en tidpunkt, förr eller senare, när konkursen ska avslutas. Ett gott alternativ till att då häva eller på annat sätt låta avtalen upphöra är att sälja dem. Värdet av avtalet återspeglas då av den inkomst som vederlaget skulle innebära

²³ Se Karlsson-Tuula. (2017) Gäldenärens avtal vid företagsrekonstruktion och konkurs s. 17; SOU 2001:80 s. 80.

²⁴ Se Möller, Konkursboets inträde i gäldenärens avtal, Insolvensrättsligt forum, 1990 s. 202; Frankenberg, (2023) Konkursboets inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal. Insolvensrättslig tidskrift nr. 3, 2023 s. 56.

²⁵ Sundgren (1999) Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi Gratzner & Sjögren (red) s. 62.

²⁶ Karlsson-Tuula, Marie (2017) Gäldenärens avtal vid företagsrekonstruktion och konkurs s. 146 f.

för konkursboet. Även här kan lyftas att redan befintliga avtal ofta har bättre villkor än vad som skulle erbjudas vid träffandet av ett nytt avtal med marknadsmässiga villkor. Övervärdet i det befintliga avtalet blir vid en försäljning ytterligare vinst för konkursboet och således även för borgenärerna.²⁷

2.3.4 Överlåtelse av avtal som en del av en verksamhetsöverlåtelse

Förutom värdet av inkomsten vid en försäljning av ett enskilt avtal kan möjligheten till överlåtelse av gäldenärens avtal även påverka värdet vid en försäljning av hela eller delar av konkursgäldenärens verksamhet. Att inkludera även avtalen i en verksamhetsöverlåtelse är ofta mer förmånligt för borgenärerna i konkursen. En köpare av verksamheten är många gånger villig att betala mer för en verksamhet där alla nödvändiga avtal är inkluderade. Eftersom det dessutom sparar tid, och därmed konkurskostnader, för konkursförvaltningen att överlåta hela verksamheten på en gång snarare än att sälja varje del av inkråmet för sig blir behållningen till konkursboet större än om verksamheten försålts exklusive avtal.²⁸

Att rekonstruera verksamheten genom att i konkurs sälja en verksamhet intakt, inklusive de befintliga avtalen, gynnar inte bara konkursboet och borgenärerna utan även samhället i stort. Köpeskillingen för hela verksamheten blir i regel större än om man skulle sälja alla delar av verksamheten för sig. Det värdet som går förlorat genom att sälja verksamhetens olika delar för sig innebär en ekonomisk värdeminskning som drabbar samhällsekonomin. En överlåtelse av en verksamhet där avtalen och därmed även de ekonomiska relationerna kan fortleva innebär alltså en värdemaximering som inte bara gynnar borgenärskollektivet utan även samhället i stort.²⁹ Samhällsnyttan av en samlad överlåtelse av verksamheten i konkurs består vidare i att en sådan överlåtelse många gånger bevarar sysselsättning på orten vilket dessutom går i linje med konkursförvaltningens syfte enligt 7 kap. 8 § KonkL.³⁰

²⁷ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, parts one and two (2004) s. 129; Karlsson-Tuula (2019) Gäldenärens avtal i insolvensförfarande, särskilt om överlåtelse av avtal och ipso facto-klausuler vid insolvens de lege ferenda s. 75.

²⁸ SOU 2001:80, s 212 f; Sundgren (1999) Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi Gratzer & Sjögren (red) s. 69; Schytzer & Wadell (2020) (Konkurs)gäldenärens avtal utifrån ett företagsekonomiskt perspektiv. SvJT 2020 s. 729.

²⁹ Karlsson-Tuula (2001) Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar s. 54.

³⁰ Se SOU 2001:80 s. 212.

Sammanfattningsvis kan konstateras att rekonstruktion av en verksamhet genom försäljning är önskvärt på grund av de positiva effekterna på samhällsekonomin. Som nämnts ovan är en vidareförsäljning av hela verksamheten, inklusive avtal ofta mer tidseffektiv och därmed också mer kostnadseffektiv. Dessutom minskar man genom rekonstruktion genom konkurs den värd förstörelse som annars skulle medfölja. Även utan att de ingår i en verksamhetsförsäljning besitter en verksamhets avtal ofta ett värde i sig. Därför vore det önskvärt och skulle falla väl i linje med konkursförfarandets och konkursförvaltningens syfte att vidga möjligheterna att överlåta konkursgäldenärens avtal.

2.4 Avtalsrättens ursprung och syfte

Ovan har anförts goda skäl att tillåta att konkursboet överlåter gäldenärens avtal i konkurs utan att konkursgäldenärens medkontrahent lämnat sitt samtycke. Det som talar emot en sådan möjlighet är några för avtalsrätten grundläggande principer. Syftet med avtalet som fenomen är att överföra rättigheter mellan aktörer på en marknad. Det kan gälla äganderätt, nyttjanderätt, förfoganderätt eller något annat. Kontraktsrättens utveckling tog fart under upplysningstiden då tankar om att människan kunde betraktas som fri, självständig och rationellt tänkande florerade. Individens självbestämmande och förnuft satte tonen för den filosofiska diskussionen.³¹

Avtalet utgör numera den mekanism som används för fördelning av tillgångar och resurser på marknaden.³² Funktionen av avtalsinstrumentet är att erbjuda effektiva och trygga former för utbytet av bland annat varor och tjänster till förmån för samhällets funktion.³³ För att en sådan fördelning ska vara möjlig är avtalsfriheten en förutsättning. Avtalsfrihet innebär en principiell frihet för en part att fritt välja att ingå avtal med vem man vill, på vilka villkor man vill, i vilken form man vill osv. Avtalsfrihet innebär vidare

³¹ Johansson (2013) Något om avtalsfrihet, obligationsrätt och grundläggande fri- och rättigheter, tidsskrift för Rettsvitenskap Volume 126, issue 4–5, s. 666 ff.

³² Johansson (2013) Något om avtalsfrihet, obligationsrätt och grundläggande fri- och rättigheter, tidsskrift för Rettsvitenskap Volume 126, issue 4–5, s. 666 ff; Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz (2016) Avtalsrätt I s. 28.

³³ Lehrberg (2020) Avtalsrättens grundelement s. 77.

att det står parterna fritt att välja att man *inte* vill ingå avtal vilket går i linje med upplysningstidens tankar om individers fria vilja.³⁴

Vid ingåendet av ett avtal förbinder sig båda parterna att uppfylla de förpliktelser som åläggs dem genom avtalet. Den vanligast förekommande typen av avtal är ömsesidigt förpliktande och rättighetsskapande och består ofta i att en vara, tjänst eller sakrätt utbyts mot pengar. Att förbinda sig genom avtal innebär att parterna på rättslig väg har möjlighet att utkräva de rättigheter som har tillskrivits dem. Detta kan till exempel ske genom att väcka talan i domstol eller andra tvistlösningsmetoder så som exempelvis skiljeförfarande.³⁵

Johansson skriver att grunden till avtalets bindande har diskuterats utförligt i doktrinen och att detta har utmynnat i en allmän rättsgrundsats för vad ett avtal är. Denna grundsats säger att ”ett avtal uppstår när två eller flera parter *frivilligt kommer överens om* att, i utbyte mot rättigheter, påta sig förpliktelser som ger upphov till en skyldighet för vardera parten att fullgöra förpliktelserna, vilken i sista hand kan verkställas genom lagliga *tvångsåtgärder*.”³⁶ Poängen i denna rättsgrundsats är emellertid att avtalets bindande verkan inte föreligger i sig självt eller i och med möjligheten till tvångsfullgörelse. Avtalets bindande verkan tycks snarare vara en följd av parternas (fria) vilja att ingå en överenskommelse. Johansson skriver vidare att detta innebär att avtalsfriheten är en förutsättning för avtalets uppkomst.³⁷

Att överlåta gäldenärens avtal inom ramen för konkursförfarandet skulle innebära att den ena av avtalsparterna byts ut mot en annan, tredje man. Ett sådant partsbyte kräver typiskt sett att medkontrahenten samtycker till det, vilket utvecklas vidare i det följande. Med hänsyn till att avtalsfriheten bland annat innebär en frihet att själv välja vem man

³⁴ Johansson (2013) Något om avtalsfrihet, obligationsrätt och grundläggande fri- och rättigheter, tidsskrift for Rettsvitenskap Volume 126, issue 4–5, s. 666 ff; Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz (2016) Avtalsrätt 1 s. 28.

³⁵ Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz (2016) Avtalsrätt 1 s. 33; Mellqvist & Persson (2022) Fordran & Skuld s. 44 f.

³⁶ Johansson (2013) Något om avtalsfrihet, obligationsrätt och grundläggande fri- och rättigheter, tidsskrift for Rettsvitenskap Volume 126, issue 4–5, s. 668; se även Lehrberg (2020) Avtalsrättens grundelement, s. 77 f; se även Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz (2016) Avtalsrätt 1 s. 33; Mellqvist & Persson (2022) Fordran & Skuld s. 28; jmf dock Heidbrink, Avtals uppkomst – dags att se bortom avtalslagen, SvJT 2007 s. 673 – 708.

³⁷ Johansson (2013) Något om avtalsfrihet, obligationsrätt och grundläggande fri- och rättigheter, tidsskrift for Rettsvitenskap Volume 126, issue 4–5, s. 668.

vill ingå avtal med, skulle ett sådant partsbyte som en avtalsöverlåtelse innebär, inte harmonisera särskilt väl med avtalsrätten.

2.5 Avtalsrättsliga argument emot överlåtelse av gäldenärens avtal

2.5.1 Inledning

I *avsnitt 2.3* har skäl *för* överlåtelser av gäldenärens avtal presenterats. För en nyanserad bild krävs att även skäl *emot* sådana avtalsöverlåtelser utrymme i diskussionen. Sådana skäl ska därför presenteras i det följande. Eftersom reglerna för rätten att överlåta avtal skiljer sig beroende på om det är en förpliktelse eller en rättighet man vill överlåta har skälen emot möjligheten att överlåta gäldenärens avtal delats in i två underrubriker. Först behandlas regler och skäl vid överlåtelse av rättigheter som uppkommit genom avtal. Därefter behandlas regler och skäl vad gäller överlåtelse av skyldigheter som uppkommit genom avtal.

2.5.2 Överlåtelse av rättigheter som uppkommit genom avtal

En rättighet som uppkommit genom ett avtal innebär att den som är tillskriven rättigheten har en fordran på den som är föreskriven att prestera. En fordran är således en skuld för gäldenären samtidigt som den innebär ett ekonomiskt värde för borgenären. Att överlåta en fordran, alltså ett borgenärsbyte, som brukar kallas *cession*, innebär att gäldenären förväntas prestera till en ny borgenär. Fordrans innehåll är dock detsamma.³⁸

Huvudregeln för överlåtelse av fordringar är att det kan ske utan gäldenärens samtycke. Anledningen till detta är att det i de flesta fall inte spelar någon roll för gäldenären vem hon ska betala sin skuld till.³⁹ Från alla huvudregler finns såklart undantag, så även för borgenärsbyten. För prestationer som är knutna till borgenärens särskilda relation med gäldenären brukar borgenärsbyten inte vara tillåtna.⁴⁰ Ett vanligt exempel är att gäldenären mot betalning tagit sig an att måla någons porträtt eller skriva någons biografi. I en sådan situation är det inte rimligt att gäldenären ska gå med på att modellen eller den som är föremål för biografien byts ut.⁴¹ Även för fordringar på lön är rätten till borgenärsbyte begränsad. Som framgår av bland annat NJA 2001 s. 381 kan en

³⁸ Ingvarsson (2021) Fordringsrätt s. 40.

³⁹ Ingvarsson (2021) Fordringsrätt s. 40.

⁴⁰ Tiberg & Lennhammer (1995) Skuldebrev växel och check s. 30 f.

⁴¹ Ingvarsson (2021) Fordringsrätt s. 41 f.

arbetstagare inte överlåta eller annars förfoga över en fordran på lön innan den har förfallit till betalning.⁴² Skälet är att skydda arbetstagaren mot att hon försätter sig i en sådan situation att hon på förfallodagen inte får ut den lön som hon normalt behöver för att betala sina löpande utgifter. Även arbetsgivarens intresse av att arbetstagaren ska göra en fullgod arbetsprestation talar för förbudet att överlåta lönefordringar. Om arbetstagaren får ut sin lön innan tiden för hennes egen prestation enligt anställningsavtalet är inne försvinner incitamentet att lägga manken till i utförandet av arbetsuppgifterna eftersom hon redan fått ersättning för jobbet.⁴³

Även om borgenärsbyten som huvudregel är tillåtna är de inte alltid lämpliga. En synpunkt som framförts i doktrin är frågan kring om en av kontrahenterna i ett ömsesidigt förpliktande avtal kan tillåtas överlåta sin rätt enligt avtalet och samtidigt stå kvar som i skuld till den ursprungliga avtalsparten. Här poängteras att det kan vara önskvärt att den som ska presterar har incitament att fullgöra prestationen i form av en motsvarande rättighet.⁴⁴ På samma sätt som i situationen med lönefordringar anses motprestationen vara ett incitament för att fullgöra sin egen skyldighet. På grund av detta är det vanligt förekommande att i avtal inkludera klausuler om överlåtelseförbud. Ett sådant förbud binder emellertid endast den medkontrahent som gäldenären är bunden med. Den borgenär som förvärvar en avtalad rättighet är i de flesta fall inte bunden. Däremot kan gäldenären ha rätt till ersättning från den överlåtande borgenären men överlåtelsen i sig är normalt giltig.⁴⁵

Huvudregeln är att borgenärsbyten utan medkontrahentens samtycke är tillåtna. Trots ett i avtalet intaget överlåtelseförbud kan borgenären överlåta sin fordran till någon annan. Här kan konstateras att det blir problem med gäldenärens avtalsfrihet och rätt att välja sin medkontrahent. Denna inskränkning av gäldenärens avtalsfrihet har motiverats av intresset av att gynna den fria omsättningen.⁴⁶ Omsättningsintresset och intresset av att gynna samhällsekonomin funktionssätt är ett av förmögenhetsrättens och därmed

⁴² Ingvarsson (2021) Fordringsrätt s. 41 f; NJA 1913 s. 496.

⁴³ NJA 2001 s. 381.

⁴⁴ Tiberger & Lennhammar (1995) Skuldebrev växel och check s. 31 f.

⁴⁵ Ingvarsson (2021) Fordringsrätt s. 40 f. Jmfr dock Frankenberg (2023) Konkursboets inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal. *Insolvensrättslig tidskrift* nr. 3, 2023 s. 43 ff i fråga om ipso facto-klausulers giltighet och konkursboets ställning som tredje man.

⁴⁶ NJA 2015 s. 1040 HD:s domskäl p. 13.

avtalsrättens dominerande syften. Avtalsfriheten tycks således inte vara orubblig utan kan få ge vika för ett viktigt samhällsintresse som till exempel fri omsättning.⁴⁷

2.5.3 Överlåtelse av skyldigheter som uppkommit genom avtal

Den andra sidan av avtalsmyntet är den att man står i skuld till någon och alltså har en skyldighet att prestera det man avtalat. En överlåtelse av en skyldighet innebär att man byter ut gäldenären mot en annan person, så kallat gäldenärsbyte eller *substitution*. Huvudregeln för gäldenärsbyten är, till skillnad från borgenärsbyten, att sådana inte är tillåtna utan borgenärens samtycke.⁴⁸ Anledningen är att det kan vara av stor betydelse för borgenären vem det är som ska prestera en viss tjänst eller vara.⁴⁹ Till exempel vill man som borgenär kunna vara säker på att medkontrahenten är solvent och god för sin skuld. Gäller förpliktelsen utförandet av en tjänst vill borgenären kunna vara säker på att den utförs av någon med lämplig kompetens.⁵⁰

Ett vanligt exempel på avtalat gäldenärsbyte är objektfinansiering, alltså då ett objekt är köpt på kredit. En ny ägare av objektet kan, med borgenärens samtycke, ta över ansvaret som gäldenär och fortsatt använda objektet som säkerhet. Ett annat exempel är situationen av ett långvarigt hyresförhållande. Om uthyraren, som enligt avtalet har vissa förpliktelser avseende hyresobjektet, överlåter detta, kan hyrestagaren godta att förvärvaren träder in i hyresavtalet som ny part.⁵¹ Som objektfinansiär vill man såklart vara säker på att den nya ägaren kan betala för sig och som hyrestagare vill man känna sig trygg med att den nya hyresvärden kan bistå med betryggande åtgärder i enlighet med avtalet. Intresset av att själv kunna välja sin gäldenär är därför stort.

En överlåtelse av gäldenärens ömsesidigt förpliktande avtal i konkurs innebär en överlåtelse av hela avtalet, alltså både rättigheterna och skyldigheterna som föreskrivs konkursgäldenären enligt avtalet. Detta innebär att ett gäldenärsbyte och ett borgenärsbyte sker samtidigt i samband med överlåtelsen. Eftersom gäldenärsbyten som huvudregel kräver motpartens samtycke kan en sådan överlåtelse alltså inte ske utan att den solventa avtalsparten har godkänt det.

⁴⁷ Se Flodgren (2016) Civilrätten i ett framtidsperspektiv, s. 24 f.

⁴⁸ Lindskog (2022) Betalning s. 418; Rodhe (1956) Obligationsrätt s. 642.

⁴⁹ Ingvarsson (2021) Fordringsrätt s. 40.

⁵⁰ Björkdahl (2023) Hyra, arrende, bostadsrätt s. 159.

⁵¹ Lindskog (2022) Betalning s. 418 f.

2.6 Sammanfattande diskussion av kapitel 2

Som framgår av det ovan framförda finns det goda argument både för och emot möjligheten att överlåta gäldenärens avtal i konkurs utan medkontrahentens samtycke. Konkursreglerna syftar i huvudsak till att ta tillvara borgenärernas rätt och bästa men även till att skapa förutsebara regler för kreditgivare och andra borgenärer så att de kan grunda sina förhållanden på vad som skulle ske med deras fordringar i situationen av en konkurs. Även avtalsrätten är ämnad att erbjuda trygga och effektiva mekanismer för att fördela resurser mellan parter.

På samma sätt som värdemaximeringen av konkursboets tillgångar framstår som självklar och står i direkt relation till konkursförfarandets och konkursförvaltningens ändamål och syfte, är avtalsfriheten och medkontrahentens intresse av att kunna välja sin egen motpart lika självklar för avtalsrättens grunder. En obegränsad rätt till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs skulle underlätta konkursförvaltarens arbete med att tillvara ta borgenärernas rätt och bästa genom värdemaximering av konkursboets tillgångar. En sådan rätt skulle dock urholka avtalets funktion av en effektiv och trygg fördelning av resurser på marknaden eftersom man skulle riskera att bli bunden genom avtal till personer som man inte kan förutse och kanske inte ens lita på. Frågan är således inte huruvida det ska finnas en rätt att överlåta gäldenärens avtal i konkurs eller inte, utan snarare hur långtgående en sådan rätt bör vara för att den inte ska inkräkta allt för mycket på de avtalsrättsliga principerna.

Kanske kan viss vägledning för hur långtgående en sådan rätt bör vara och vilka skyddsmekanismer som ska vara vägledande för rätten till överlåtelse av konkursgäldenärens avtal, hämtas ur de avtalsrättsliga reglerna. Den del av en avtalsöverlåtelse som avser borgenärsbyten framstår vid första anblick inte som något problem för att tillåta överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs. Borgenärsbyten är i regel tillåtna. Efter en analys av reglerna om borgenärsbyten blir det emellertid tydligt att inte alla fordringar är lämpliga för överlåtelse. Fordringar som är nära kopplade till borgenärens person är inte tillåtna eftersom konstnären eller författaren i exemplen ovan inte kan förväntas nöja sig med att måla av eller skriva en biografi om vem som helst. Kanske ska partsbyten i konkursgäldenärens avtal därför vara begränsade till att bara vara tillåtna när den nya parten är någon som medkontrahenten skäligen kan nöja sig.

Huvudregeln för borgenärsbyten är emellertid att de är tillåtna utan gäldenärens samtycke. Genom att tillåta borgenärsbyten utan medkontrahentens samtycke har man prioriterat omsättningsintresset framför gäldenärens intresse att välja sin medkontrahent. Det är därmed inte otänkbart att avtalsfriheten skulle kunna komma att stå tillbaka även för intresset av en effektiv konkurshantering till borgenärernas och samhällsekonominns förmån.

Man kan dock vända på argumentet. Omsättningsintresset har fått företräde framför gäldenärens intresse av att välja sin borgenär. Borgenärens samtycke krävs dock fortfarande vid gäldenärsbyte. Intresset för den fria omsättningen får därmed inte anses ha trumfat avtalsfriheten på den punkten. Frågan här blir om intresset av en effektiv konkurshantering kan göra det. Det kan antas att den fria omsättningen gynnas mer av möjligheten att överlåta rättigheter än av möjligheten att överlåta skyldigheter. Eftersom skyldigheter typiskt sett inte kan tillmätas något värde får det antas att en överlåtelse av en skyldighet inte påverkar den fria omsättningen särskilt märkbart. Kanske är det därför avtalsfriheten fått företräde i frågan om gäldenärsbyte. Vad gäller konkursförvaltning hade en möjlighet till gäldenärsbyte utan medkontrahentens samtycke däremot varit mer avgörande. Kanske så pass avgörande att vågskålen tippas över till den effektiva konkurshanteringen i favör.

3 Hanteringen av gäldenärens avtal i konkurs – särskilt om överlåtelse

3.1 Inledning

Ovan har de motstående intressena kring möjligheten till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs presenterats, utvecklats och nyanserats. För att besvara de i inledningen angivna frågeställningarna följer i detta kapitel en redogörelse för på vilka sätt avtal kan hanteras i konkurs. Särskilt redogörs för möjligheterna till överlåtelse av avtal i konkurs. Denna redogörelse för gällande rätt är ägnad att dels besvara frågan om hur möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs ser ut i gällande svensk rätt. Dels är den avsedd att etablera en utgångspunkt för frågan om huruvida det bör införas en vidare möjlighet att överlåta gäldenärens avtal i konkurs än vad som nu är fallet. Redogörelsen för gällande rätt på området är dessutom ämnad att underbygga stöd för en för kapitlet avslutande diskussion kring de nuvarande möjligheterna att överlåta gäldenärens avtal i konkurs. För att påvisa vissa konkursrättsliga utgångspunkter och sätta ramen för kontexten redogörs först för vissa för uppsatsen viktiga konkursrättsliga principer.

3.2 Konkursrättsliga principer och utgångspunkter

För att genom konkurs tillgodose syftet med konkursförfarandet och konkursförvaltningen, genom att tillgodose borgenärskollektivets intressen på ett förutsebart sätt, har vissa konkursrättsliga principer och utgångspunkter etablerats inom konkursrätten. En av dessa är den så kallade likabehandlingsprincipen – principen om *pari passu*. Likabehandlingsprincipen kommer till uttryck i 18 § FRL och innebär att när flera av borgenärerna inte kan få full täckning för sin fordran, ska de bära förlusten proportionellt i relation till storleken på var och ens fordran.⁵² Likabehandlingsprincipen har även ansetts innebära att en enskild borgenär inte ska kunna tillgodogöra sig en opåräknad fördel jämfört med vad hon hade att räkna med innan konkursutbrottet.⁵³ Samtliga borgenärer i borgenärskollektivet ska behandlas lika. Genom FRL görs dock

⁵² Mellqvist & Welamson. (2022) Konkurs och annan insolvensrätt s. 31; Schytzer (2020) Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s. 213 ff.

⁵³ Se NJA 2009 s. 291.

undantag från likabehandlingsprincipen genom att vissa säkerhetsrätter ger förmån i konkursutdelningen. I praktiken är det alltså likabehandling av borgenärerna i respektive förmånskategori som blir resultatet av tillämpningen av likabehandlingsprincipen.

En annan viktig konkursrättslig princip är frysningsprincipen. Den innebär att förhållandena vid konkursutbrottet så långt som möjligt ska vara vägledande för konkursborgenärernas inbördes rätt i konkursen.⁵⁴ Ett resultat av frysningsprincipen och likabehandlingsprincipen är att ingen borgenär efter konkursbeslutet längre kan skapa sig företräde framför andra borgenärer. Innan konkursutbrottet skulle en enskild borgenär kunna se till att få betalt för sin fordran till exempel genom att komma överens med gäldenären eller genom att kräva verkställighet genom utmätning. Genom frysningsprincipen och likabehandlingsprincipen säkerställs dock att konkursens syfte uppnås, nämligen att det är borgenärskollektivets och inte enskilda borgenärers eller någon annans intressen som tillgodoses. Att det är förhållandena vid konkursutbrottet som ska vara vägledande för konkursborgenärernas inbördes rätt bidrar dessutom till att borgenärskollektivets intressen tillgodoses på ett förutsebart sätt.⁵⁵

En annan viktig aspekt av konkursens inledande är att konkursboet bildas och blir därmed ett från konkursgäldenären fristående rättssubjekt.⁵⁶ När en fysisk eller juridisk person går i konkurs förlorar gäldenären rådigheten över sina tillgångar och förfoganderätten går i stället över till konkursboet i enlighet med 3 kap. 1 § KonkL. Eftersom konkursboet är en egen juridisk person kan det ådra sig ansvar liksom vilket rättssubjekt som helst.⁵⁷

Skillnaden mellan det ansvar som konkursgäldenären ådragit sig och det som konkursboet ansvarar för är att fordringar som riktas till konkursgäldenären betalas vid utdelningen i konkursen enligt reglerna i FRL. Det följer av 5 kap. 1 § KonkL att endast fordringar som uppkommit innan konkursbeslutet får göras gällande i konkursen. Det faller sig naturligt att de fordringar som konkursboet ådragit sig inte kan räknas till konkursfordringar eftersom konkursboet som rättssubjekt inte existerade innan konkursutbrottet. De fordringar som konkursboet ådragit sig kallas massafordringar och

⁵⁴ Se NJA 2012 s. 441; NJA 2010 s. 454; NJA 2009 s. 291.

⁵⁵ Schytzer (2020) Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s. 214.

⁵⁶ Karlsson-Tuula, (2001) Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar s. 234 f.

⁵⁷ Schytzer (2020) Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s. 347 f.

betalas ut redan innan utdelningen i konkursen sker vilket följer av 11 kap. 1 § KonkL. Att den som ingår avtal med konkursboet får betalt framför konkursborgenärerna är ofta nödvändigt för att konkursboet ska kunna erhålla kredit från den nya avtalsparten. Att konkursboet beviljas kredit är i sin tur viktigt eftersom det ofta råder likviditetsbrist för konkursboet vid konkursens inledning.⁵⁸

Att det är konkursboet och inte konkursgäldenären som ansvarar för sådana kostnader som konkursboet själv ådragit sig, tillgodogjort sig och förfogat över kommer till uttryck i förfogandeprincipen vilken såldes också är viktig för prioritetsordningen vid utdelningen i konkursen. Enkelt uttryckt innebär förfogandeprincipen att konkursboet ska ansvara för sådana prestationer som konkursboet tillgodogör sig eller på annat sätt förfogar över så att den inte kan lämnas tillbaka väsentligen oförändrad och oförminskad. Förfogandeprincipen har antagligen sitt ursprung i 63 § 5 st. KöpL men har i doktrinen ansetts kunna användas för analogitolkningar.⁵⁹ Håstad beskriver emellertid ansvaret utifrån allmänna förmögenhetsrättsliga regler. Han menar att ett konkursbo, så som ett självständigt rättssubjekt ansvarar inte bara för ingångna avtal utan även för faktiskt tillägnande av annans egendom och sak- och personskador som boet orsakar genom vårdslöshet.⁶⁰

Innan massafordringar betalas ut ska dock konkurskostnaderna utgå ur boet enligt 14 kap. 2 § KonkL. Konkurskostnader beskrivs i 14 kap. 1 § KonkL. Dessa är till exempel arvode och kostnadsersättning till konkursförvaltaren, ersättning till staten och kostnader för de administrativa åtgärder som boet vidtar. Att minimera konkursförvaltarens tidsåtgång och arvode i konkursen minskar alltså konkurskostnaderna vilket lämnar mer pengar över till utdelningen till borgenärskollektivet. Avgörande för utdelningen i konkursen, både för utdelningens storlek och för vilka fordringar som kommer att räknas till massafordringar respektive konkursfordringar, är hur förvaltaren väljer att hantera gäldenärens avtal.

Särskilt intressant är hur konkursförvaltaren väljer att hantera ömsesidigt förpliktande avtal där båda parterna har kvar att prestera. Vad gäller benefika avtal, där den ena parten

⁵⁸ Håstad (1996) Sakrätt avseende lös egendom s. 398.

⁵⁹ Schytzer (2020) Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s. 347 ff. Se vidare Håstad (1996) Sakrätt avseende lös egendom s. 398.

⁶⁰ Håstad (1996) Sakrätt avseende lös egendom s. 418.

är tillförskriven en rättighet och den andra parten är tillförskriven motsvarande skyldighet, råder sällan någon oklarhet kring hur konkursförvaltaren ska hantera ett sådant avtal. Då gäller det att antingen värdemaximera konkursboets tillgångar, enligt 7 kap. 8 § KonkL, genom att kräva in rättigheten om det gäller en rättighet för boet, eller låta skyldigheten bli en oprioriterad fordran om det gäller en skyldighet för boet.

Inte heller ömsesidigt förpliktande avtal där endast den ena parten har fullgjort sin prestation väcker något större huvudbry. För det fall det är den solventa parten som ännu inte fullgjort sin prestation är det upp till förvaltaren att driva in fordringen för att öka konkursboets tillgångar. Om det däremot är konkursgäldenären som ännu inte fullgjort sin prestation får motparten anmäla sin fordran i konkursen och hoppas på att få betalt när utdelning sker. Om avtalet istället är ömsesidigt förpliktande och ingen av prestationerna är fullgjorda finns dock flera sätt som en konkursförvaltare kan hantera sådana avtal.⁶¹ Det kan, förutom överlåtelse av avtal, gälla inträde i avtal, hävning av avtal eller något annat, vilka ska redogöras för i det följande.

3.3 Medkontrahentens rätt att häva gäldenärens avtal

Många aspekter av hanteringen av gäldenärens avtal är mycket omdiskuterade i doktrinen. Hanteringen av gäldenärens avtal i konkurs är således ett ämne som inte kommer att kunna utredas uttömmande med hänsyn till utrymmet för uppsatsen. Frågorna ska dock nämnas som ett led i beskrivningen av kontexten kring överlåtelse av gäldenärens avtal samt för att underbygga vissa argument i den efterföljande diskussionen. Eftersom många av de argument som förs för konkursboets rätt att inträda i gäldenärens avtal även kan appliceras på möjligheten att överlåta gäldenärens avtal och även varför en sådan rätt bör utvidgas i svensk rätt, ska konkursboets rätt till inträde behandlas. Då konkursboets rätt till inträde i gäldenärens avtal står i direkt relation till medkontrahentens rätt att häva de avtal som är ingångna med konkursgäldenären, vilket utvecklas i det följande, är även medkontrahentens hävningsrätt av intresse för uppsatsens syfte.

⁶¹ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, parts one and two (2004) s. 121.

Huvudregeln för avtal vid ena partens konkurs är att de fortsätter löpa gentemot konkursgäldenären.⁶² Här är viktigt att ha i minnet att konkursgäldenären och konkursboet är två olika rättssubjekt. Huvudregeln är att avtalet fortsätter att löpa gentemot konkursgäldenären, inte gentemot konkursboet. Dock faller det sig naturligt att den solventa parten, trots huvudregeln, i de flesta fall inte kan räkna med att den konkursdrabbade parten kommer att fortsätta att fullgöra sina förpliktelser, såvida inte avtalet har fått sakrättsligt skydd genom till exempel tradition, denuntiation eller ett förfarande enligt LkL.⁶³ Genom att registrera ett köp av lösöre enligt 1 § LkL ges köparen sakrättsligt skydd gentemot säljarens borgenärer trots att hon låter lösöret kvarbliva i säljarens vård och att tradition därmed alltså inte skett. Eftersom den solventa parten inte kan förvänta sig att avtalet fullgörs vid medkontrahentens konkurs föreligger i vissa fall ett anteciperat kontraktsbrott vilket ger grund till hävning enligt den generella regeln i 62 § KöpL.⁶⁴ För att ha rätt till hävning enligt 62 § KöpL krävs att det står klart att ett sådant avtalsbrott kommer att inträffa vilket är ett högt ställt krav och därför inte ett helt enkelt rekvisit att uppfylla eftersom det inte alltid är helt självklart att motpartens konkurs kommer att innebära ett kontraktsbrott.⁶⁵

Huvudregeln är alltså att gäldenärens avtal fortsätter löpa. Undantagsvis har i vissa fall den solventa avtalsparten rätt att häva avtalet på grund av konkursgäldenärens konkurs. För det fall avtalet fortsätter löpa så blir emellertid den fordran som den insolventa parten har mot konkursgäldenären inte automatiskt en massafordran endast på grund av avtalets fortlöpande. Under förutsättning att konkursboet inte heller väljer att inträda i avtalet blir fordran på de av konkursgäldenären ofullgjorda förpliktelserna blir istället oprioriterade konkursfordringar.⁶⁶ Eftersom avtalets ingående, och således förpliktelsens och fordrans

⁶² Möller (1988) Konkurs och kontrakt, Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal s. 54 f; Arnesdotter, Ingrid, Funktionsförsäljningsavtals ställning vid konkurs, *Insolvensrättslig tidskrift*, Nummer 2 2019, s. 29 f.

⁶³ Håstad (1996) Sakrätt avseende lös egendom s. 398 f.

⁶⁴ Mellqvist & Welamson (2022) Konkurs och annan insolvensrätt s. 206 f; Möller, Konkursboets inträde i gäldenärens avtal, *Insolvensrättsligt forum*, 1990 s. 169; Hellner, Hager & Persson (2024) *Speciell avtalsrätt II: Kontraktsrätt*, 2 häftet s. 90 f.

⁶⁵ Svensson, Köplag (1990:931) 62 §, avsnitt 2.1, Lexino 2023-12-29 (JUNO).

⁶⁶ Möller (1988) Konkurs och kontrakt, Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal s. 55 f.

uppkomst, uppstod innan konkursutbrottet och eftersom konkursboet inte tillgodogjort sig prestationen anses de utgöra konkursfordringar, inte massafordringar.⁶⁷

Förutom den generella hävningsrätten i 62 § KöpL, finns även några lagstadgade undantag från huvudregeln att avtal fortsätter löpa. Enligt 36 § KommL så upphör kommissionsavtalet att gälla om kommissionären eller kommittenten försätts i konkurs. Enligt 27 § HaL upphör agenturavtalet att gälla om agenten eller huvudmannen försätts i konkurs. För handelsbolag och enkla bolag gäller att om en bolagsman försätts i konkurs ska bolaget genast träda i likvidation, vilket följer av 2 kap. 2 § HBL. Enligt 9 kap. 30 § JB får en jordägare säga upp ett arrendeavtal om arrendatorn försätts i konkurs innan han tillträtt arrendestället. Dessa lagrum är som nämnts, undantag från huvudregeln om att avtal fortsätter gälla oavsett endera parternas konkurs.

3.4 Konkursboets rätt att inträda i gäldenärens avtal

Den motstående frågan om medkontrahentens rätt till hävning av avtalet är frågan om konkursboets rätt till inträde i avtalet. Om boet har rätt till inträde är hävning av avtalet inte möjligt.⁶⁸ Reglerna om boets möjlighet till inträde i gäldenärens avtal är osammanhängande och utspridda i svensk rätt och får därför hanteras utifrån den för situationen aktuella avtalstypen.⁶⁹ I 63 § KöpL finns en lagstadgad möjlighet för konkursboet att inträda i gäldenärens avtal. Tillämpningsområdet för lagen är enligt 1 § köp av lös egendom men KöpL kan ofta, liksom 62 §, tillämpas analogt på många andra typer av avtal.⁷⁰

⁶⁷ Mellqvist & Welamson (2022) Konkurs och annan insolvensrätt s. 211 ff; Schytzer (2020) Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s. 219 ff, se särskilt s. 254 ff. Generellt kan sägas att det krävs dels en förpliktelse, dels ett berättigande för att en fordran ska anses föreligga vad gäller ömsesidigt förpliktande avtal. I praktiken tittar man ofta på tidpunkten för avtalets ingående för att bestämma tidpunkten för fordrans uppkomst. Vilken tidpunkt för när fordran ska anses uppkommen har dock i doktrinen nyanserats övertid och kan bero på vilken typ av avtal som aktualiseras, samt kontexten i övrigt.

⁶⁸ Hellner, Hager & Persson (2024) Speciell avtalsrätt II: Kontraktsrätt, 2 häftet s. 94.

⁶⁹ SOU 1970:75 s. 55. Frågan om mer sammanhängande lagstiftning rörande ömsesidigt förpliktande avtal var uppe för diskussion men något förslag lades aldrig fram; SOU 2001:80 s. 217. Kommittén lade fram förslag om införandet av regler om konkursboets inträde i gäldenärens avtal i konkurslagen. Förslaget antogs dock aldrig; Karlsson-Tuula (2019) Gäldenärens avtal i insolvensförfarande, särskilt om överlåtelse av avtal och ipso facto-klausuler vid insolvens de lege ferenda s. 75.

⁷⁰ Hellner, Hager & Persson (2024) Speciell avtalsrätt II: Kontraktsrätt, 2 häftet s. 88 och s. 91.

63 § KöpL gäller oavsett om det är köparen eller säljare som går i konkurs.⁷¹ Paragrafen fastslår att om en part har försatts i konkurs, får konkursboet inträda i avtalet. Motparten får enligt paragrafen kräva att boet inom skälig tid ger besked om det vill inträda. Om boet inte lämnar besked om det vill inträda inom skälig tid efter motpartens krav får motparten häva köpet. Vidare anger paragrafen att om konkursboet inträder i avtalet och tiden för motpartens fullgörelse är inne, får motparten kräva att boet fullgör sin prestation eller, om anstånd medgetts, att konkursboet ställer godtagbar säkerhet för sin fullgörelse.

Konkursboet är emellertid aldrig tvunget att inträda i gäldenärens avtal.⁷² Rätt till inträde är snarare att se som en möjlighet för boet att nyttja de avtal som kan vara boet till gagn. Till exempel kan inträde vara gynnsamt i situationen där verksamheten ska drivas vidare under en tid. 63 § KöpL gäller som nämnts, avtal om köp av lös egendom. I en del fall kan analogitolkningar tillämpas på andra typer av avtal och i vissa fall finns särskilda bestämmelser gällande särskilda avtalstyper, vilket är fallet vid till exempel lokalhyresavtal, se 12 kap. 31 § JB. Vilken rätt konkursboet har att inträda i gäldenärens avtal är därför inte given i varje enskild situation utan får avgöras bland annat beroende på vilken typ av avtal det gäller.

En annan fråga som uppstår i samband med frågan om rätt till inträde är frågan om huruvida konkursboets inträdesrätt endast gäller hela avtalet, alltså att konkursboet i så fall måste prestera för redan förfallna förpliktelser eller om det finns möjlighet att inträda partiellt, alltså endast för framtida förpliktelser.⁷³ Inte heller denna fråga har ett självklart svar. I motiven till 63 § KöpL anges att inträdesrätten innebär att konkursboet måste inträda i avtalet fullt ut.⁷⁴

Vad gäller avtal om lokalhyra, vilket regleras i 12 kap. 31 § JB, har frågan prövats i NJA 1989 s. 206 där HD slog fast att partiell inträdesrätt i ett hyresförhållande inte är möjligt. I målet konstaterade HD att i en hyresgästs konkurs kan hyresrätten till en lokal förklaras förverkad på grund av obetald hyra för tiden före konkursen. Detta gäller oavsett om konkursboet förklarat sig vilja svara för framtida hyresbetalningar. Boet måste således

⁷¹ Svensson, Köplag (1990:930) 63 §, avsnitt 2, Lexino 2023-12-29 (JUNO).

⁷² Svensson, Köplag (1990:930) 63 §, avsnitt 2, Lexino 2023-12-29 (JUNO).

⁷³ Håstad (1996) Sakrätt avseende lös egendom s. 402.

⁷⁴ Prop. 1988/89:76 s. 184; SOU 2001:80 s. 86.

enligt rättsfallet läka även tidigare obetalda hyror för att undvika att avtalet hävs och således erhålla möjlighet att inträda i lokalhyresavtalet. Eftersom rättsfallet endast berörde lokalhyresavtal har det i doktrinen dock framförts argument som talar för att partiellt inträde i vissa andra avtalstyper ändå borde vara möjligt.⁷⁵

3.5 Ipso facto-klausuler

Frågan om konkursboets rätt till inträde i gäldenärens avtal är tvingande eller dispositiv kan formuleras som frågan om ipso facto-klausuler är giltiga eller inte.⁷⁶ Ipso facto-klausuler är något som är omdiskuterat i svensk rätt och även något som påverkar hanteringen av gäldenärens avtal i konkurs. Begreppet *ipso facto* betyder ungefär ”på grund av själva faktumet”. En ipso facto-klausul är en klausul i ett avtal som stadgar att avtalet slutar att gälla vid endera parternas konkurs, alltså på grund av faktumet att endera parten gått i konkurs. Vad gäller företagsrekonstruktion finns i 3 kap. 10 § LFR sedan 2022 en bestämmelse som innebär att sådana klausuler lämnas utan verkan i företagsrekonstruktion. I förarbetena till LFR föreslogs att ett motsvarande förbud mot ipso facto-klausuler skulle införas även i konkurslagen,⁷⁷ men detta förslag antogs inte. Eftersom frågan därmed inte är reglerad är det därför mer osäkert vad som gäller i konkurssituationen.⁷⁸

Mycket talar ändå för att ipso facto-klausuler skulle vara utan verkan även i konkurs. Förutom det faktum att ett sådant rättsläge skulle ligga väl i linje med konkursförfarandets syfte av en effektiv avveckling av boet lyfter Frankenberg fram flera mycket goda argument för att konkursboets inträdesrätt i gäldenärens avtal skulle vara tvingande. Bland annat anförs att en tvingande inträdesrätt skulle hindra motparten från att använda ipso facto-klausulen för att gynna sig själv på ett otillbörligt sätt. Ett skäl till att inkludera en ipso facto-klausul i avtalet med konkursgäldenären kan vara att motparten vill ha en möjlighet att komma ifrån avtalet på ett enkelt sätt. Om konkursförvaltaren gärna vill inträda i avtalet eftersom hon anser att motpartens prestation skulle gynna konkursboet

⁷⁵ Håstad (1996) Sakrätt avseende lös egendom s. 410; Möller, Konkursboets inträde i gäldenärens avtal, *Insolvensrättsligt forum*, 1990 s. 174 ff.

⁷⁶ Håstad (1996) Sakrätt avseende lös egendom s. 403.

⁷⁷ SOU 2021:12 s. 374.

⁷⁸ Hellner, Hager & Persson (2024) Speciell avtalsrätt II: Kontraktsrätt, 2 häftet s. 95.

men konkursboet inte har tvingande inträdesrätt finns goda möjligheter för konkursboets motpart att frånträda det ursprungliga avtalet för att sedan träffa ett nytt avtal med konkursboet. Medkontrahenten har då tillfälle att omförhandla avtalsvillkoren så att de blir förmånligare för henne än de var i det ursprungliga avtalet.⁷⁹

Ett sådant otillbörligt gynnande är problematiskt. I vissa fall kan det vara svårt för en konkursförvaltare att inte tvingas acceptera en sådan omförhandling av avtalet, till exempel om hon vill driva verksamheten vidare. Om inträdesrätten inte är tvingande och en omförhandling av avtalsvillkoren sker, innebär det att konkursboet inte erhåller samma vinstmarginaler som det hade gjort om det ursprungliga avtalet inte kunnat hävas. En sådan ordning leder således till att en borgenär i konkursen kan gynna sig själv på bekostnad av konkursboets värde och därmed också på bekostnad av övriga borgenärer.⁸⁰ Om medkontrahenten därtill har en oprioriterad fordran i konkursen skulle hon kunna använda hävning med stöd av en ipso facto-klausul för att få täckning för den. Om medkontrahenten kan omförhandla avtalsvillkoren och därmed avtala fram ett högre pris för sina varor eller tjänster kan det nya priset täcka både marknadsvärdet för prestationen enligt avtalet och även få täckning (helt eller delvis) för sin oprioriterade fordran.⁸¹

Om ipso facto-klausuler är giltiga och konkursboets inträdesrätt i gäldenärens avtal inte är tvingande kan det således innebära att enskilda borgenärer kan tillgodogöra sig ett otillbörligt gynnande, eller i alla fall en otillbörlig minskning av sin ekonomiska förlust. En sådan ordning skulle inte stämma överens med dem konkursrättsliga likabehandlingsprincipen och frysningsprincipen eftersom en enskild borgenär på detta sätt skulle kunna skapa sig företräde framför andra borgenärer efter det att konkursbeslutet är fattat. Detta talar alltså för att inträdesrätten bör vara tvingande och att ipso facto-klausuler således bör anses vara ogiltiga.

Vidare lyfter Frankenberg andra argument som talar emot ipso facto-klausulers giltighet. Till exempel skulle ipso facto-klausulers ogiltighet förebygga förfarandeshopping. Avsaknaden av en tvingande inträdes rätt i gäldenärens avtal i

⁷⁹ Frankenberg (2023) Konkursboets inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal. *Insolvensrättslig tidskrift* nr. 3, 2023 s. 62 f; SOU 2001:80 s. 211.

⁸⁰ Frankenberg (2023) Konkursboets inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal. *Insolvensrättslig tidskrift* nr. 3, 2023 s. 62 f.

⁸¹ Frankenberg (2023) Konkursboets inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal. *Insolvensrättslig tidskrift* nr. 3, 2023 s. 63 f; Håstad (1996) Sakrätt avseende lös egendom s. 401 f.

konkurs kan föranleda att ett konkursförfarande är mer gynnsamt för motparten än en företagsrekonstruktion eftersom det skulle vara enklare att ta sig ur betungande avtal utan en sådan rätt. För att det ska föreligga en risk för förfarandeshopping krävs dessutom att det måste vara möjligt för en borgenär att försätta gäldenären i konkurs samtidigt som gäldenären har möjlighet att inleda en företagsrekonstruktion vilket inte är helt uteslutet. Frågan om ipso facto-klausulers giltighet är som nämnts inte helt klar. Det råder vissa meningsskiljaktigheter i frågan men mycket talar ändå för att konkursboets inträdes rätt är tvingande.⁸²

Av det ovan anförda framgår att det finns många sätt på vilka man kan hantera gäldenärens avtal i konkurs, varav många ger upphov till följdfrågor som ännu inte är slutligt avgjorda. Klart står i alla fall att hanteringen av gäldenärens avtal kan ha stor påverkan på utdelningen i konkursen, både vad gäller prioritetsordningen och utdelningens storlek.⁸³ Förutom de ovan beskrivna sätt att hantera gäldenärens avtal finns också frågan om överlåtelse. Frågan om överlåtelse av gäldenärens avtal kommer att redogöras för och diskuteras ingående i det följande.

3.6 Överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs

3.6.1 Generellt om överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs

Som anförts i *kapitel 2*, finns många goda skäl både för och emot överlåtelse av konkursgäldenärens avtal. Liksom övrig reglering vad gäller hanteringen av konkursgäldenärens avtal är reglerna om överlåtelse emellertid mycket knapphändiga inom insolvensrätten. Frågor som rör konkursgäldenärens avtal berör både konkursrätt och avtalsrätt samtidigt, vilket komplicerar frågan ytterligare.⁸⁴ Rättsområdenas överlappning föranleder att frågan kan angripas från två olika perspektiv. Det avtalsrättsliga synsättet, vilket har redogjorts för under *avsnitt 2.4*, förutsätter i regel att motparten lämnar sitt samtycke för att en avtalsöverlåtelse ska vara möjlig. Genom det konkursrättsliga synsättet kan konstateras att rättsläget i många situationer är oklart då

⁸² Frankenberg (2023) Konkursboets inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal. Insolvensrättslig tidskrift nr. 3, 2023 s. 52 ff. Jmfr dock Hellner, Hager & Persson (2024) Speciell avtalsrätt II: Kontraktsrätt, 2 häftet s. 94 ff.

⁸³ Se vidare Chuah & Vaccari m.fl. (2023) Executory contracts in insolvency law s. 21.

⁸⁴ Frankenberg, (2023) Konkursboets inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal. Insolvensrättslig tidskrift nr. 3, 2023 s. 43.

regler om överlåtelse av gäldenärens avtal saknas i KonkL. I vissa fall finns dock några i lag föreskrivna särskilda regler för avtalsöverlåtelse av vissa avtalstyper, vilka ska redogöras för i det följande.

3.6.2 Lokalhyresavtal

Angående lokalhyra finns regler i JB som berör överlåtelse av lokalhyresavtal. I 12 kap. 32 § JB kommer huvudregeln om krav på borgenärens samtycke till uttryck. Där stadgas att hyresgästen inte får överlåta hyresrätten utan hyresvärdens samtycke, om inte något annat följer av 34 – 37 §§. I 34, 35 och 37 §§ regleras vissa undantag för bostadslägenheter. Eftersom bostadslägenheter typiskt sett nyttjas av fysiska personer snarare än juridiska är dessa undantag inte av intresse för uppsatsens syfte. I 12 kap. 36 § JB behandlas däremot hyreslokaler. Där föreskrivs att den som hyr en lägenhet för att helt eller till väsentlig del använda den för förvärvsverksamhet,⁸⁵ får överlåta hyresrätten till den som ska överta verksamheten, om hyresnämnden lämnar tillstånd till överlåtelsen.⁸⁶ Om hyresvärden inte har befogad anledning att motsätta sig att hyresrätten överlåts ska ett sådant tillstånd lämnas.

Undantaget i 12 kap. 36 § JB från huvudregeln om att gäldenärsbyten kräver motpartens samtycke motiveras med intresset av att undvika värdeförstöring. Genom arbete och kapitalinsatser i hyresgästens verksamhet skapas ekonomiskt värde som riskerar att gå förlorat om inte hyresavtalet kan ingå i en överlåtelse av verksamheten. Att medge en lokalhyresgäst rätt att överlåta hyresrätten i samband med en verksamhetsöverlåtelse motverkar därmed den värdeförstöring som annars hade uppstått.⁸⁷

Paragrafen innebär alltså en rätt att överlåta en hyreslokal, men bara i samband med överlåtelse av hela verksamheten.⁸⁸ Detta är en tydlig avvägning av dels det avtalsrättsliga intresset att skydda hyresvärdens avtalsfrihet eftersom rätten till överlåtelse har begränsats till att bara gälla fall då det kan motverka värdeförstöring i verksamheten.

⁸⁵ Med förvärvsverksamhet avses verksamhet som bedrivs med vinstsyfte, ideella verksamheter faller normalt utanför regelns tillämpningsområde. Se Edling, Jodabalk (1970:994) 12 kap. 36 §, avsnitt 2.2, Lexino 2016-09-01.

⁸⁶ Rättsföljden av en sådan överlåtelse stadgas i 12 kap. 38 § JB. Om inga andra villkor ställts upp blir hyresgästen i och med överlåtelsen fri från de skyldigheter som hyresavtalet innebär.

⁸⁷ Björkdahl (2023) Hyra, arrende, bostadsrätt s. 175; Prop. 1968:91 bihang A s. 149.

⁸⁸ Cederstierna, Jordabalk (1970:994) 12 kap. 36 §, Karnov (JUNO) (besökt 2025-01-09).

Även om inte hyresvärdens samtycke krävs enligt bestämmelsen så har hyresvärdens intressen alltså ändå beaktats.

Vidare får hyresrätten inte överlåtas till vem som helst utan det krävs att överlåtelsen sker till någon som hyresvärden inte har befogad anledning att motsätta sig. Även detta är en tydlig avvägning av dels det avtalsrättsliga intresset av att skydda hyresvärdens intresse av att ha en rimlig hyresgäst, dels intresset av att motverka värdeförstöring. En förutsättning för överlåtelse är till exempel att den nya hyrestagaren ska kunna betala hyran.⁸⁹ Även bristande kännedom om förvärvarens betalningsförmåga har ansetts utgöra befogad anledning för hyresvärden att motsätta sig överlåtelse av hyresrätten.⁹⁰

Ett annat lagrum som berör både konkurssituationen och överlåtelse av hyresavtalet är 12 kap. 31 § 3 st. JB. Där föreskrivs att om en hyresgäst av en lokal försätts i konkurs efter hyresgästens tillträde till lokalen får hyresvärden säga upp avtalet om hon inte fått säkerhet för att avtalet fullgörs. Detta gäller dock inte om, när hyresrätten får överlåtas, överlåtelse sker i enlighet med avtalet.⁹¹ Formuleringen i 12 kap. 31 § 3 st. p. 3 framstår som något otydlig. Vad som menas med att överlåtelse sker i enlighet med avtalet, och vilket avtal som åsyftas, har diskuterats i doktrinen. Den oklara formuleringen i 12 kap. 31 § 3 st. p. 3 JB har förklarats med att regeln har sitt ursprung i äldre arrenderegler som innebar att överlåtelse av arrendeavtal ofta reglerades i arrendeavtalet.⁹² Om det är denna lagstiftningsmiss som är orsaken till formuleringen i lagrummet är det nog så att huruvida hyresrätten får överlåtas eller inte, är tänkt att relatera tillbaka till 12 kap. 36 § JB.⁹³

Det har emellertid diskuterats i doktrin huruvida 12 kap. 36 § JB överhuvudtaget är tillämplig i konkurs eller inte. Om 36 § inte är tillämplig i konkurs får man istället titta på vad som avtalats angående möjligheterna till överlåtelse av avtalet, i enlighet med ordalydelsen i 12 kap. 31 § 3 st. p. 3 JB.⁹⁴ Möller skriver vidare om en annan lösning på 36 § eventuella icke-tillämplighet. Han menar att om konkursboet inträder i avtalet borde

⁸⁹ Edling, Jordabalk (1970:994) 12 kap. 36 §, avsnitt 2.5, Lexino 2019-09-01 (JUNO).

⁹⁰ ÖH 8305-11; 2012-05-25; Se vidare Holmqvist m.fl. (2022) Hyreslagen en kommentar s. 334.

⁹¹ Jmfr lagtexten i 12 kap. 31 § 3 st. JB.

⁹² Holmqvist m.fl. (2022) Hyreslagen en kommentar s. 289; Möller (1988) Konkurs och kontrakt, Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal s. 387 f.

⁹³ Edling, Jordabalk (1970:994) 12 kap. 36 §, avsnitt 2.3.4, Lexino 2016-09-01 (JUNO); Holmqvist m.fl. (2022) Hyreslagen en kommentar s. 289.

⁹⁴ Möller (1988) Konkurs och kontrakt, Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal s. 389 f.

det kunna överlåta hyresrätten i samma utsträckning som gäldenären själv.⁹⁵ 12 kap. 36 § JB borde således, oavsett orsaken till formuleringen i 12 kap. 31 § 3 st. p. 3 JB, kunna göras tillämplig genom att konkursboet först inträder i hyresavtalet.

3.6.3 *Patent & licensavtal*

Särskilda regler finns även för överlåtelse av patent och licensavtal. Den första januari 2025 trädde Patentlag (2024:945) (2024 års PL) ikraft. I 13 kap. 2 § i 2024 års PL stadgas att en licenstagare får överlåta eller upplåta sin rätt vidare endast om patenthavaren har medgett det. Paragrafen motsvarar delvis 43 § i 1967 års PL vilken föreskriver att om patenthavaren har medgivit annan rätt att yrkesmässigt utnyttja uppfinningen (alltså erhållit licens härom) får denna överlåta licensen vidare endast om det finns en sådan rätt enligt avtal. Ändringen i ordalydelsen innebär inte någon ändring i sak vilket innebär att doktrin som berör 43 § i 1967 års PL även bör vara tillämplig på 13 kap. 2 § i 2024 års PL.⁹⁶

Varken i 2024 års eller 1967 års PL finns således något uttryckligt krav på samtycke men man kan se det som att samtycket är indirekt genom att om det tagits in en rätt till överlåtelse i avtalet får det antas att detta har varit patenthavarens vilja. Domeij skriver att det är vanligt att avtal om patentlicenser innehåller ett uttryckligt förbud mot överlåtelse, upplåtelse eller pantsättning av rättigheterna utan licensgivarens skriftliga godkännande. Ett sådant förbud används för att licensgivaren vill kunna kontrollera vem som nyttjar uppfinningen, att den hamnar i dåligt rykte och att inte konkurrenter får tillgång till uppfinningen.⁹⁷

Motsvarande bestämmelse för upphovsrätter finns i 28 § URL där det framgår att om inget annat avtalats så får licenstagaren inte överlåta upphovsrätten vidare. Skälen som anges i förarbetena är att den ursprunglige upphovsrättsinnehavaren inte bara har ett ekonomiskt intresse i upphovsrätten utan även personliga. Upphovsrätten ska därför bara kunna utövas av den som upphovsmannen själv betrott.⁹⁸

I andra momentet i 28 § URL föreskrivs dock att om upphovsrätten ingår i en rörelse så får den överlåtas i samband med överlåtelse av hela eller del av rörelsen. Anledningen

⁹⁵ Möller (1988) Konkurs och kontrakt, Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal s. 390 f.

⁹⁶ Prop 2023/24:150 s. 185.

⁹⁷ Domeij (2010) Patentavtalsrätt: licenser, överlåtelser och samägande av patent s. 329.

⁹⁸ SOU 1956:25 s. 289.

till detta är, som anförts ovan, att underlätta en verksamhetsöverlåtelse. Exemplet som ges i förarbetena är det fall då en förläggare ska överlåta sin verksamhet. Det har ansetts allt för omständligt och ineffektivt att förvärvaren själv ska ombesörja att se till att hon erhåller rättigheterna från samtliga berörda upphovsmän.⁹⁹

Trots att det i 43 § i 1967 års PL inte uttrycks något explicit undantag från det dispositiva överlåtelseförbudet så har det ansetts att, liksom enligt 28 § URL, överlåtelse av patentlicenser ändå borde vara tillåtet i samband med överlåtelse av rörelsen vari den ingår. Domeij skriver att om en licenstagare som överlåtit en del av sin verksamhet, borde de licenser som rörelsen baseras på, kunna följa med trots att licenserna enligt 43 § inte hade kunnat överlåtas separat.¹⁰⁰

Liksom vid reglerna för överlåtelse av lokalhyra, framstår det som att reglerna kring överlåtelse av upphovsrätter utformats genom kompromisser mellan olika intressen. Huvudregeln är att upphovsmannens samtycke krävs, direkt eller indirekt för överlåtelse av upphovsrätten. Om det krävs för en effektiv verksamhetsöverlåtelse har man däremot ansett det nödvändigt att tillåta överlåtelser av upphovsrätter även utan upphovsmannens samtycke, vilket kanske även gäller för patentlicenser.

3.6.4 Arrendeavtal

Även för arrenden gäller huvudregeln att överlåtelse av arrendeavtal inte är tillåtet utan jordägarens samtycke, inte heller underarrende, alltså upplåtelse i andra hand är tillåtet.¹⁰¹ Det finns flera typer av arrenden, vilka alla regleras i JB. Jordbruksarrenden som regleras i 9 kap. JB innebär att jord upplåts för brukande.¹⁰² Överlåtelse av ett sådant arrendeavtal regleras i 9 kap. 31 § JB. Där stadgas att arrendatorn inte får överlåta arrenderätten utan jordägarens samtycke. Vissa undantag finns dock i stycke 2 – 4 i samma paragraf och i 31 a §. Undantaget i 9 kap. 31 § st. 2 innebär att arrendatorn får överlåta rätten till ett arrendeavtal som är slutet för viss tid, dock minst 10 år, till någon med vilken jordägaren skäligen kan nöjas, förutsatt att inget annat är avtalat.¹⁰³ Först ska ett erbjudande om

⁹⁹ SOU 1956:25 s. 290 f.

¹⁰⁰ Domeij (2010) Patentavtalsrätt: licenser, överlåtelser och samägande av patent s. 335.

¹⁰¹ Björkdahl (2023) Hyra, arrende, bostadsrätt s. 265.

¹⁰² Se 9 kap. 1 § JB.

¹⁰³ Jordägaren bör kunna kräva att förvärvaren av jordbruksarrendet har ordnad ekonomi och jordbruksutbildning. Även sociala hänsyn beaktas. Bengtsson, Hager & Victorin (2022) Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom s. 269.

återtagande göras till jordägaren vilken måste lämna besked inom en månad. I tredje stycket framgår att en överlåtelse får ske även om annat har avtalats för det fall arrendet avser ett utvecklat eller utvecklingsbart lantbruksföretag, överlåtelsen sker till arrendatorns make, maka eller avkomling under förutsättning att arrendenämnden tillåter det. Vid arrendenämndens bedömning är det främst fråga om en bedömning av de sociala skäl som talar för eller emot en överlåtelse men även jordbrukspolitiska omständigheter kan beaktas.¹⁰⁴ I fjärde stycket regleras vilken rätt som tillkommer en arrendators dödsbo.

Möjligheterna att överlåta arrendeavtal enligt 9 kap. 31 a § förutsätter att en särskild investering gjorts enligt 21 a §. Vidare ska arrendatorn skriftligen ha erbjudit jordägaren att lösa in investeringen och jordägaren får, för att överlåtelse ska vara möjligt, inte ha åtagit sig sådan inlösen inom tre månader från erbjudandet. Med den investering som avses i 9 kap. 21 a § JB avses en investering som arrendatorn själv har bekostat. Vidare ska investeringen vara godkänd av arrendenämnden efter ansökan från arrendatorn. Dessutom ska det vara en investering som innebär en åtgärd avseende byggnader, markanläggningar eller jord på arrendestället och som inte omfattas av arrendatorns underhållsskyldighet enligt 15 §.¹⁰⁵

Möjligheten till överlåtelse eller inlösen i 9 kap. 31 a § JB innebär att arrendatorn kan tillgodogöra sig investeringens värde genom att antingen hembjuda den till jordägaren eller överlåta arrenderätten till en ny arrendator och på så vis sälja investeringen vidare.¹⁰⁶ Enligt 9 kap. 31 a § st. 2 är jordägaren skyldig att lösa in investeringen om arrendeförhållandet upphör på grund av en omständighet som avses i 8 §. Skyldigheten för jordägaren att lösa in investeringen föreligger därmed inte i samtliga fall då arrendeavtalet upphör. Till exempel har jordägaren ingen skyldighet till inlösen om arrendatorn säger upp arrendeavtalet eller om arrenderätten förverkas.¹⁰⁷

Möjligheten till överlåtelse av arrendeavtalet, under förutsättning att jordägaren inte löser in investeringen blir således ett sätt för arrendatorn att se till att jordbruksverksamheten inte går miste om det investerade värdet. Genom att, istället för att bara säga upp arrendeavtalet, överlåta arrenderätten vidare till ett pris som täcker den

¹⁰⁴ Se prop. 1983/84:136 s. 61.

¹⁰⁵ Prop 1994/95:155 s. 64 f.

¹⁰⁶ Nilsson Öhrnell, Jordabalk (1970:994) 12 kap. 31 a §, Karnov (JUNO) (besökt 2025-01-09).

¹⁰⁷ Flodin, Jordabalk (1970:994) 12 kap. 31 a §, Lexino 2014-06-23 (JUNO).

gjorda investeringens värde kan arrendatorn undvika värdeförstöring i verksamheten. Även jordägarens intresse av avtalsfrihet och frihet att välja sin egen arrendator förefaller ha beaktats vid regelns utformning. Om jordägaren inte vill att arrenderätten överlåts till någon ny, kanske okänd eller okänd person, kan hon istället välja att lösa in arrendatorns investering och således skydda sig från partsbytet.

Anläggningsarrenden finns reglerade i 11 kap. JB. Ett anläggningsarrende föreligger enligt 11 kap. 1 § JB när jord upplåts för annat ändamål än jordbruk och arrendatorn har rätt att för sin förvärvsverksamhet uppföra eller bibehålla byggnad som inte är av endast ringa betydelse för verksamhetens bedrivande. I 11 kap. 7 § JB regleras överlåtelse av anläggningsarrenden. Där stadgas att arrendatorn får överlåta arrenderätten till någon med vilken jordägaren skäligen kan nöjas om inget annat har avtalats. Även här krävs alltså att det intagits ett förbud mot överlåtelse för att det inte ska vara möjligt att överlåta arrenderätten. Ett sådant förbud är dock utan verkan när överlåtelse sker genom exekutiv försäljning eller i arrendatorns konkurs, vilket följer av paragrafens andra moment. För anläggningsarrenden har alltså särskild hänsyn tagits till arrendatorns borgenärer vilket är en tydlig skillnad från vad som gäller för jordbruksarrenden.

Även bostadsarrenden, vilka regleras i 10 kap. JB har särskilda regler för avtalsöverlåtelser. Enligt 10 kap. 7 § JB får arrendatorn inte sätta någon annan i sitt ställe utan jordägarens samtycke om inget annat följer av andra och tredje styckena. Om arrendeavtalet är slutet för viss tid får arrendatorn, enligt andra stycket överlåta arrenderätten till någon med vilken jordägaren skäligen kan nöjas. Dock ska även här en möjlighet till återtagande erbjudas jordägaren först och besked om detta ska jordägaren lämna inom en månad. Enligt paragrafens tredje stycke kan överlåtelse av arrendeavtalet ske även vid bland annat exekutiv försäljning eller konkurs. I dessa situationer behöver inget erbjudande om återtagande göras till jordägaren.

Reglerna om överlåtelse av arrendeavtal skiljer sig beroende på vilken typ av arrende som avtalet avser. Tydligt är dock att lagstiftaren har gjort vissa avvägningar mellan dels jordägarens intresse av att kunna välja sin arrendator, dels andra parter – typiskt sett borgenärernas – intresse av att få till stånd en effektiv hantering av avtalen. Att regleringen skiljer sig beroende på avtalstyp har antagligen sitt ursprung i andra intresseavvägningar. Björkdahl skriver att överlåtelse av arrendeavtal medges i vissa fall

för att undvika onödig värdeförstöring, men även av billighetsskäl.¹⁰⁸ Björkdahl utvecklar inte resonemanget men det kan tänkas att reglerna om bostadsarrenden och jordbruksarrenden influeras av vissa särskilda sociala intressen som är förknippade med en persons bostad eller möjlighet till försörjning genom jordbruk. Vad gäller anläggningsarrenden framstår intresseavvägningarna som mer ekonomiskt orienterade.

3.7 Sammanfattande diskussion av kapitel 3

Efter vad som anförts ovan kan konstateras att möjligheten för konkursboet att överlåta gäldenärens avtal är ganska begränsad. För de flesta fall krävs att man har medkontrahentens samtycke att göra det. Långvariga avtal, så som leasing eller avropsavtal, som ibland kan vara avgörande för att få en verksamhetsöverlåtelse till stånd eller ens för att det ska vara möjligt att driva en verksamhet vidare, är många gånger helt oreglerade. De situationer som ändå är särskilt reglerade är få och utspridda i regelkomplexen. Särskilt anmärkningsvärt är att man infört undantag från huvudregeln om medkontrahentens samtycke för vissa avtalstyper men inte andra vilket framstår som systeminkoherent.

Vidare blir det åter igen uppenbart att det i frågan om överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs föreligger två mot varandra stående intressen. Å ena sidan finns intresset av att skydda den rättshandlandes vilja, rätt till avtalsfrihet och frihet att ingå eller avstå att ingå avtal med vem hon vill. Detta intresse tillgodoses av obligationsrätten och får anses vara fundamental för den avtalsrättsliga grunden i ett liberalt samhällsskick.¹⁰⁹ Å andra sidan finns de konkursrättsliga intressena som framför allt går ut på att skydda borgenärskollektivet och dess intresse av värdemaximering av konkursmassan för att maximera utdelningen och fördela tillgångarna på ett förutsebart sätt. Om det bör införas en vidare möjlighet att överlåta gäldenärens avtal i konkurs än vad som nu är fallet kanske viss vägledning kan hämtas ur de redan befintliga reglerna om hanteringen av gäldenärens avtal för att bedöma hur långtgående en sådan utvidgad möjlighet bör vara.

Ovan har redogjorts för andra sätt än överlåtelse att hantera gäldenärens avtal. Frågan om konkursboets inträdesrätt i gäldenärens avtal påminner till viss del om frågan om

¹⁰⁸ Björkdahl (2023) Hyra, arrende, bostadsrätt s. 265.

¹⁰⁹ Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz (2016) Avtalsrätt 1 s. 21.

möjligheten till överlåtelse. I vissa fall har medkontrahenten rätt att häva gäldenärens avtal. Konkursboet har då ingen möjlighet att inträda i avtalet. För det fall konkursboet ändå besitter en rätt att inträda i konkursgäldenärens avtal uppstår frågor om den rätten är dispositiv eller tvingande. Som framförts ovan framstår det som att hävning genom ipso facto-klausul inte bör vara möjligt.

Många av de argument som framförs för ipso facto-klausulers ogiltighet kan även tillämpas på frågan om överlåtelse av gäldenärens avtal. Som nämnts ovan kan, om ipso facto-klausuler vore giltiga, konkursgäldenärens medkontrahent tillgodogöra sig otillbörlig fördel på bekostnad av borgenärskollektivet. På samma sätt blir det om överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs var beroende av medkontrahentens samtycke. Om medkontrahenten utöver avtalet har oprioriterade fordringar i konkursen kan hon vägra överlåtelse av avtalet för att istället ingå ett nytt avtal med konkursboet med omförhandlade, bättre villkor och ett för medkontrahenten bättre pris som ger teckning för både prestationen enligt avtalet och de oprioriterade fordringarna. Liksom för frågan om ipso facto-klausulers giltighet förefaller det inte vara systemkoherent att kräva motpartens samtycke vid överlåtelse av konkursgäldenärens avtal eftersom en sådan ordning skulle kunna leda till brister i likabehandling av borgenärerna i konkursen. Eftersom en sådan möjlighet till omförhandling av villkoren skulle leda till att en enskild borgenär kan tillskapa sig en bättre ställning i konkursen än vad hon hade vid konkursutbrottet äventyras även frysningsprincipen. Detta talar för att det bör införas en vidare möjlighet att överlåta gäldenärens avtal i konkurs än vad som nu är fallet och att en sådan möjlighet inte bör vara beroende av borgenärens samtycke.

Diskussionen kring frågan om huruvida konkursboets inträdesrätt är tvingande eller inte föranleder ytterligare frågor. Man kan till exempel fråga sig varför konkursboet har en tvingande rätt att inträda i avtalet men inte en rätt att överlåta avtalet eftersom både inträde och överlåtelse skulle innebära att konkursgäldenären byts ut mot ett annat rättssubjekt. Det huvudsakliga argumentet *emot* en möjlighet att överlåta avtal utan gäldenärens samtycke är den avtalsfrihetsgrundade rätten att välja sin avtalsmotpart. Genom att konkursboet träder in i gäldenärens avtal sker i praktiken ett partsbyte utan medkontrahentens samtycke eftersom den solventa parten har ingått avtal med konkursgäldenären, inte med konkursboet. Att dessutom tillåta att avtalet får överlåtas till någon utomstående framstår inte som ett särskilt stort steg ifrån konkursboets rätt att

inträda. Det skulle till och med kunna vara mer gynnsamt för medkontrahenten att avtalet överläts än att konkursboet inträder i avtalet. Konkursgäldenären har trots allt försatts i konkurs på grund av att hon var på obestånd. Även om konkursboets inträde i avtalet förutsätter att konkursboet ådrar sig massaansvar och därmed tillförsäkrar medkontrahenten att få betalt så kan förutsättningarna för att få betalt från medkontrahenten vara bättre om hon inte var insolvent över huvud taget.

Någon generell regel som tillåter överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs utan medkontrahentens samtycke finns, som nämnts, inte. Det framstår som att de regler som ändå finns på området har varit föremål för avvägning av de två aktuella motstående intressena. Det har i *kapitel 2* bland annat framförts argument för möjligheten att överlåta gäldenärens avtal utan borgenärens samtycke i samband med överlåtelse av hela eller delar av verksamheten. Dessa argument framförs med hänsyn till den ekonomiska effektivitet detta skulle medföra för konkursboet och borgenärskollektivet. En möjlighet till avtalsöverlåtelse utan medkontrahentens samtycke har intagits i lagen både avseende lokalhyra och upphovsrätter, vilket eventuellt gäller även för patentlicenser.

Även överlåtelse av vissa arrenden kan undantagsvis ske utan den solventa partens samtycke. I dessa fall ställs dock krav på att överlåtelsen ska ske till någon med vilken jordägaren skäligen kan nöjas, vilket visar på att man beaktat även jordägarens intresse av en rimlig medkontrahent. För överlåtelse av avtal om lokalhyra gäller att en överlåtelse i samband med en verksamhetsöverlåtelse inte får ske till någon som hyresvärden inte har befogad anledning att motsätta sig, vilket också visar på att hänsyn i dessa fall har tagits även till obligationsrättsliga intressen. Att överlåtelsen av avtalet förutsätter en verksamhetsöverlåtelse gäller även för upphovsrätter.

De avvägningar som gjorts vid utformningen av redan befintliga regler som tillåter överlåtelse av gäldenärens avtal utan borgenärens samtycke skulle kunna användas vid utformningen av en sådan rätt även för andra avtalstyper eller kanske till och med för en generell regel som tillåter sådana överlåtelser. Genom att endast tillåta överlåtelse av konkursgäldenärens avtal i samband med en verksamhetsöverlåtelse skulle man både gynna möjligheten att uppnå konkursförfarandets syfte samtidigt som man begränsar inskränkningen på avtalsfriheten. Genom att dessutom se till att förvärvaren av verksamheten är någons om medkontrahenten skäligen kan nöja sig med eller i alla fall

inte har befogad anledning att motsätta sig begränsas inskränkningarna på avtalsfriheten ytterligare.

4 Ett internationellt perspektiv

4.1 Inledning

Reglerna om möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs ser mycket olika ut världen över och det är inte alla stater som har särskilda insolvensrättsliga regler gällande överlåtelse av gäldenärens avtal.¹¹⁰ För att kunna göra en utvärdering av svensk rätt behövs en måttstock, alltså något att relatera till som tillfredställande lagstiftning på området. Nedan följer därför en redogörelse och analys av de rekommendationer som finns kring regleringen av överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs. Dessutom berörs det direktivförslag som Europeiska Kommissionen lämnat till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten. Förslaget som omfattar ett införande möjlighet till ett så kallat pre pack-förfarande är intressant eftersom ett sådant pre pack-förfarande skulle inkludera överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs utan medkontrahentens samtycke.

4.2 UNCITRAL

United Nations Commission on International Trade Law är FN:s centrala juridiska organ på området för internationell handelsrätt. Kommissionen som förkortas UNCITRAL arbetar för modernisering och harmonisering av medlemsstaternas rättssystem på området och ger bland annat ut både konventioner och rekommendationer för nationell lagstiftning.¹¹¹ UNCITRAL:s rekommendationer ges ut i form av så kallade ”model laws” och ”legislative guides”. Modellagarna är inte bindande för medlemsstaterna utan ges ut som ett förslag för lagstiftare i respektive medlemsstat att inkludera i den nationella lagstiftningen.¹¹² Inte heller lagstiftningsguiderna är bindande utan är ämnade att vara vägledande för lagstiftande organ i utformningen av ny lagstiftning.¹¹³ Det kan dock ändå vara intressant för syftet med uppsatsen att ta dessa modellagar och lagstiftningsguider i

¹¹⁰ Chuah & Vaccari m.fl. (2023) Executory contracts in insolvency law s. 21.

¹¹¹ <https://uncitral.un.org/en/about> (besökt 2024-11-08).

¹¹² <https://uncitral.un.org/en/about/faq/texts> (besökt 2024-11-08).

¹¹³ https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law (besökt 2024-11-27).

beaktning eftersom de kan utgöra en värderingsgrund för vad som är tillfredsställande insolvenslagstiftning.

De rekommendationer som UNCITRAL ger angående reglering av överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs återges i deras Legislative Guide on Insolvency law. I preambeln till guiden anges att råden som ges syftar till att uppnå en balans mellan behovet av att behandla gäldenärens ekonomiska problem så snabbt och effektivt som möjligt och intressena hos de olika parter som berörs av gäldenärens ekonomiska problem. Främst gäller det borgenärer och andra som har en andel i gäldenärens verksamhet men hänsyn tas likväl till allmänhetens intressen.¹¹⁴ Angående lagstiftning av hanteringen av gäldenärens avtal anges två huvudsakliga problem. Dels kan det vara problematiskt att avgöra vilken åtgärd som är mest effektiv att vidta i varje enskilt fall eftersom ett ömsesidigt förpliktande avtal inte bara är att betrakta som en tillgång i form av en rättighet utan även en belastning i form av en skyldighet för respektive avtalspart. Dels är avtal svårhanterade eftersom det förekommer så många olika typer av avtal som är utformade på lika många olika sätt. Detta gör det svårt att forma regler som kan tillämpas effektivt på alla typer av avtal.¹¹⁵

Angående överlåtelse av gäldenärens avtal lyfts flera aspekter fram, både vad gäller fördelar med en sådan möjlighet men också vilka problem som uppkommer. Fördelarna, vilka har utvecklats i avsnitt 3.1, är enligt UNCITRAL den ekonomiska vinsten som kan tillgodogöras konkursboet. De problem som UNCITRAL lyfter fram består i att alla avtal inte är lämpliga att överlåta. Avtal som kräver en prestation av tjänster som är avhängiga en viss person och därför inte går att ersätta av någon annan part lämpar sig inte för överlåtelse. Inte heller avtal som har föregåtts av i lag föreskrivna rättsliga förfaranden, till exempel avtal som uppstått genom offentlig upphandling lämpar sig inte för överlåtelse. Ett annat problem som lyfts fram är det att om man i insolvensrätten tillåter överlåtelse av gäldenärens avtal, kanske i strid mot avtalets innehåll och utan medkontrahentens samtycke, blir detta en underminering av kontraktsrätten. Särskilt den obligationsrättsliga principen om avtalsfrihet och därmed frihet att välja sin medkontrahent blir lidande.¹¹⁶

¹¹⁴ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, parts one and two (2004) s. 1.

¹¹⁵ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, parts one and two (2004) s. 120.

¹¹⁶ UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, parts one and two (2004) s. 129 f.

De rekommendationer som ges angående överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs är inte helt rätt fram, antagligen på grund av att det föreligger starka motstående intressen i frågan. UNCITRAL:s rekommendationer innebär att en stats insolvensrätt får ("may") innebära att en konkursförvaltare har rätt att överlåta gäldenärens avtal om en sådan överlåtelse är fördelaktigt för konkursboet. Om den solventa medkontrahenten emotsätter sig en sådan överlåtelse är UNCITRAL:s rekommendation att det överlåts till domstol att besluta om ifall en sådan överlåtelse ändå ska äga rum. Detta bör ske under förutsättning att konkursförvaltaren låter avtalet fortlöpa, att den som övertar avtalet har möjlighet att fullgöra de avtalade förpliktelserna, den solventa medkontrahenten inte väsentligt missgynnas av överlåtelsen och konkursgäldenärens avtalsbrott är läkt innan överlåtelsen äger rum. Vidare innebär rekommendationen att en stats insolvensrätt får ("may") innebära att den som övertar avtalet träder in som part i avtalet istället för konkursgäldenären med rättslig effekt från överlåtelседatumet och att konkursboet därefter inte har något ytterligare ansvar med anledning av avtalet.

Rekommendationerna är relativt neutrala. UNCITRAL förespråkar varken att tillåta eller att inte tillåta överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs. Däremot framhålls att för det fall sådana överlåtelser skulle tillåtas, krävs tydliga undantag och begränsningar av en sådan möjlighet. Detta behöver inte innebära att förhållningssättet är restriktivt. Vad som dock kan utläsas är att hänsyn måste tas, inte bara till konkursboets intressen, utan även till den solventa medkontrahentens intressen.

4.3 Världsbanken

En annan mellanstatlig organisation som också ger ut rekommendationer kring hur medlemsstater bör bygga sina insolvensrättsliga system är Världsbanken. Med målsättningen att minska den globala fattigdomen, göra fördelningen av välstånd mer rättvis och främja hållbar utveckling ger världsbanken ut World Bank's Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes.¹¹⁷ Dessa principer är avsedda att fungera som ett verktyg för stater att utvärdera och utveckla sina rättssystem så att de kan utformas till att gynna ekonomisk tillväxt. Eftersom principerna ska vara vägledande för

¹¹⁷ https://www.worldbank.org/ext/en/who-we-are?intcid=ecr_hp_about_en_ext (besökt 2024-11-11).

olika stater med olika rättssystem har de utformats till att vara flexibla och kunna anpassas till varje stats enskilda rättsliga kontext. Världsbankens principer erbjuder därför inga detaljerade förslag på lösningar.¹¹⁸

De utgångspunkter som Världsbanken tar för sina principer är att nationella insolvensrättsliga system borde eftersträva bland annat maximeringen av värdet av ett bolags tillgångar och borgenärernas ekonomiska återhämtning. Andra eftersträvaransvärda intressen anges till exempel vara tidseffektiva och opartiska insolvensförfaranden, transparenta och konsekventa tillämpningar av insolvensförfaranden med tydliga regler om riskfördelning samt att erkänna och respektera fordringarnas prioritet genom en förutsebar process.¹¹⁹ Det är tydligt att Världsbanken tar stor hänsyn till ekonomisk effektivitet vad gäller medlemsstaternas insolvensrättsliga system. Eftersom de bakomliggande hänsynstagandena som beskrivs avser mål för insolvensrätten i stort är det svårt att avgöra exakt vilka överväganden som tagits kring rekommendationerna om överlåtelse av gäldenärens avtal. Det är i varje fall svårare att utläsa av Världsbankens principer än av UNCITRALS rekommendationer vilka intressen som har fått väga in vid utformandet av principerna.

Till att börja med rekommenderar Världsbanken att det i medlemsstaternas insolvensrättsliga system ska finnas regler om hanteringen av gäldenärens avtal. Framför allt ömsesidiga avtal där båda parter inte fullgjort sina förpliktelser bör regleras. Regleringen av hanteringen av gäldenärens avtal får ("may") innefatta inträde i, avbrott och överlåtelse av gäldenärens avtal. Vidare bör det finnas regler som möjliggör nyttjandet av sådana avtal som är av värde för boet. Sådana avtal som är belastande för boet bör däremot vara möjliga för konkursboet att ta sig ur. Här kan noteras att ordningen är en annan i svensk rätt. Eftersom en svensk konkursförvaltare sannolikt inte väljer att inträda i belastande avtal behövs ingen konstruktion i svensk rätt för att ta sig ur dessa.

Världsbankens rekommendationer innebär vidare att för det fall man valt att inkludera några undantag från huvudreglerna bör dessa undantag vara begränsade, klart definierade och endast förekomma för att tillgodose väsentliga kommersiella, allmänna eller sociala intressen. Exempel på sådana intressen anges vara att upprätthålla allmänna

¹¹⁸ The World Bank, Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes (2021) s. 1 ff.

¹¹⁹ The World Bank, Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes (2021) s. 7.

kvittningsregler, etablera speciella regler för anställnings- och kollektivavtal samt att förhindra att kontrakt som avser tjänster som inte går att ersätta på grund av att de är avhängiga att de utförs av en viss person, tillåts fortlöpa eller överlåtas.¹²⁰

Rekommendationerna för medlemsstaternas nationella insolvenslagstiftning är inte specifikt inriktade på överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs utan inriktar sig på hanteringen av gäldenärens avtal i stort. Att rekommendationerna är tänkta att vara flexibla för att passa många olika rättssystem gör att de samtidigt blir ganska vaga. Världsbankens principer innebär att varje insolvensrättssystem bör innehålla regler om hanteringen av gäldenärens avtal men lämnar det upp till staterna själva att avgöra om det ska inkludera inträdesrätt, möjlighet att avbryta eller häva avtal eller möjlighet att överlåta avtal. Tydligt är dock att Världsbanken anser att för det fall överlåtelse av gäldenärens avtal ska tillåtas, krävs vissa begränsningar.

Vidare framstår det som att Världsbankens rekommendationer för regleringen av överlåtelse av gäldenärens avtal är mer inriktad på att tillgodose borgenärskollektivets intresse av att maximera konkursboets tillgångar. Att några andra överväganden har gjorts för framtagningen av principerna för effektiva insolvens- och borgenär/gäldenär-system framgår inte. Dock anges det i introduktionen till principerna att Världsbanken och UNCITRAL har ett nära samarbete med varandra för att försäkra att de olika rekommendationerna är förenliga med varandra.¹²¹ Därför kan det antas att Världsbanken har tagit hänsyn till samma intressen som UNCITRAL vid utformandet av de respektive rekommendationerna, även om det inte är helt tydligt.

4.4 Nordisk-Baltiska insolvensnätverket

Ytterligare en organisation som gett ut rekommendationer kring uppbyggnaden av insolvensrättsliga system är det Nordisk-Baltiska insolvensnätverket. Under finanskrisen 2008 drabbades Baltikum hårt. Detta synliggjorde att det förelåg stora skillnader mellan de baltiska ländernas insolvensrättsliga system. Även skillnader mellan baltiska system och nordiska system blev uppenbara. Det blev tydligt att dessa skillnader fick negativa effekter på viljan att investera i dessa delar av Europa och frågor uppstod därför kring

¹²⁰ The World Bank, Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes (2021) s. 25.

¹²¹ The World Bank, Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes (2021) s. 2.

huruvida det var försvarbart att ha så pass olika insolvensrättsliga system och principer. Det Nordisk-Baltiska insolvensnätverket bildades 2010 för att stärka de nordiska och baltiska länderna genom att utveckla harmoniserade insolvensrättsliga regler och principer. De länder som deltagit i denna process är Danmark, Estland, Finland, Lettland, Litauen, Norge, och Sverige.¹²²

För att utveckla harmoniserade insolvensrättsliga regler och principer har Nordisk-Baltiska insolvensnätverket gett ut sina rekommendationer angående insolvensrätt i ”Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law” som publicerades i den slutliga versionen 2016. Häri anges att det övergripande syftet med insolvenslagarna är att maximera den ekonomiska effektiviteten genom att möjliggöra handel och att stödja ett effektivt kreditgivningssystem och ett gynnsamt och fördelaktigt investeringsklimat. Vidare anges att reglerna bör vara transparanta, förutsägbara, kostnadseffektiva och utformas för att maximera värdet av gäldenärens tillgångar genom att möjliggöra antingen likvidation eller rekonstruktion. Dessutom anges att likabehandlingsprincipen ska vara tongivande för utformningen av insolvenslagar och att det inte ska finnas incitament för att välja mellan antingen konkurs eller rekonstruktion, utan båda alternativen ska vara neutrala.¹²³

Angående möjligheten till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs rekommenderas att det *bör* utformas regler som innebär att den insolventa parten i ett avtal ska ha en sådan rätt att överlåta gäldenärens avtal till någon annan avtalspart. Detta gäller under förutsättning att den insolventa sidan har uttalat att avtalet kommer att fortlöpa, att den nya avtalspartens förmåga att fullgöra sina åtaganden inte rimligen kan ifrågasättas samt att den solventa medkontrahenten inte lider väsentlig skada genom överlåtelsen. Vidare anges i rekommendationen att effekterna av en sådan överlåtelse bör vara att den som övertagit avtalet ersätter den insolventa parten som avtalspart. Detta innebär att den som övertagit avtalet ska fullgöra den insolventa sidans kvarvarande avtalsmässiga

¹²² Nordic-Baltic Insolvency Network, Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law (2016) s. 3.

¹²³ Nordic-Baltic Insolvency Network, Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law (2016) s. 10.

skyldigheter och att från och med överlåtelседатумet är den insolventa sidan inte längre ansvarig för förpliktelser enligt avtalet.¹²⁴

Dessa rekommendationer är långt mer tydliga än de som ges ut av Världsbanken. Kanske beror det på att Världsbankens rekommendationer är anpassade för att tillgodose en större mängd varierade rättssystem än Nordisk-Baltiska insolvensnätverkets rekommendationer. Även om Nordisk-Baltiska insolvensverkets rekommendationer mer liknar UNCITRAL:s i utformningen än Världsbankens är de ändå mer tydliga till sin karaktär. Medan UNCITRAL och Världsbanken anger att man i nationella rättssystem *kan* eller *får*¹²⁵ ha regler som möjliggör överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs utan medkontrahentens samtycke, skriver Nordisk-Baltiska insolvensnätverket att man *bör* ha sådana regler.¹²⁶

Att Nordisk-Baltiska insolvensnätverket har en starkare koppling till Norden och Sverige och därmed kanske en större förståelse för de nordiska insolvensrättsliga systemen kan vara anledningen till att man vågar vara mer rättfram och tydlig i sina rekommendationer om överlåtelse i gäldenärens avtal i konkurs. Att UNCITRAL och Världsbanken är större organisationer med större resurser och kanske även ett bredare perspektiv som inkluderar avvägningar av andra intressen än konkursboets talar dock för att deras rekommendationer bör vara vägledande även för den svenska insolvensrätten. Vilka rekommendationer man väljer att ansluta sig till kanske inte heller spelar så stor roll. Eftersom varken UNCITRAL, Världsbanken eller Nordisk-Baltiska insolvensnätverket rekommenderar att avstå från att möjliggöra överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs utan medkontrahentens samtycke, framstår det ändå som att sådana regler vore välkomnade.

4.5 EU-kommissionens direktivförslag om pre pack-förfarande

I samband med detta komparativa kapitlet av uppsatsen ska även uppmärksammas det direktivförslag som EU presenterade för några år sedan. Förslaget är intressant eftersom

¹²⁴ Nordic-Baltic Insolvency Network, Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law (2016) s. 20.

¹²⁵ Se engelskans *may* som kan översättas till *kan* eller *får* på svenska.

¹²⁶ Se engelskans *should* som kan översättas till *bör* eller *borde* på svenska. Jämför sedan skillnaden i betydelsen av orden *may* och *should*.

det rör överlåtelse av konkursverksamheter och därmed också överlåtelse av konkursgäldenärens avtal genom så kallat pre pack-förfarande. Under 2022 presenterade Europeiska Kommissionen sitt förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten. Motiven till harmonisering av insolvensrätten är framför allt att skillnaderna i medlemsstaternas insolvenslagstiftning sedan länge har ansetts vara ett av de största hindren för den fria rörligheten av kapital i EU. Vidare anges att harmoniserade insolvenslagar kan öka säkerheten för investerare, minska kostnader och underlätta gränsöverskridande investeringar. Skillnaderna mellan medlemsstaternas olika system leder till att resultaten av insolvensförfarandena skiljer sig mellan medlemsstaterna och innebär vidare stora skillnader i effektivitet, vilket man avser ändra på genom förslaget.¹²⁷

Förslaget om pre pack-förfaranden presenteras i avdelning IV i förslaget och beskrivs som ett förfarande där försäljningen av gäldenärens verksamhet (eller delar av den) förbereds och förhandlas innan insolvensförfarandet formellt inleds. Förfarandet delas alltså upp i två faser, en förberedande fas och en avvecklingsfas. Den förberedande fasen syftar till att hitta en lämplig köpare av verksamheten och inleds med att en administratör utses. Under avvecklingsfasen inleds konkursförfarandet och administratören utses istället till konkursförvaltare och försäljningen äger rum.¹²⁸ Slutligt ska försäljningen av hela eller delar av verksamheten godkännas av domstol. Domstolen ska inte godkänna överlåtelsen om inte vissa krav är uppfyllda.¹²⁹

Detta förfarande möjliggör en snabb och effektiv försäljning vilket gör att konkursboet kan erhålla intäkterna kort efter konkursen inletts.¹³⁰ Tiden för konkursen blir genom pre pack-förfarandet kortare och kostnaderna blir därmed lägre. Visserligen krävs personer med spetskompetens, så som rådgivare och jurister, även vid pre pack, men kostnaderna för dessa blir ändå i regel lägre än vid ett ordinarie konkursförfarande. Pre pack-

¹²⁷ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten, COM (2022) 702 final av den 7 december 2022 s. 1.

¹²⁸ Regeringskansliets faktabromemoria 2022/23:FPM48 s. 5; Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten, COM (2022) 702 final av den 7 december 2022, artikel 19 s. 43.

¹²⁹ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten, COM (2022) 702 final av den 7 december 2022 s. 45.

¹³⁰ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten, COM (2022) 702 final av den 7 december 2022 s. 15.

förfarandet kan också bidra till att minimera förlusten av andra värden så som ett företags rykte och good will.¹³¹

Det är artikel 27 i förslaget som behandlar hanteringen av kontrakt och avtal i ett pre pack-förfarande. Enligt förslaget bör sådana avtal där parterna fortfarande har skyldighet att prestera när insolvensförfarandet inleds, överlåtas till förvärvaren av affärsverksamheten, även utan den solventa partens samtycke.¹³² Enligt förslagets artikel 27.1 ska medlemsstaterna säkerställa att förvärvaren av en gäldenärs verksamhet, eller del därav, övertar de kontrakt med återstående skyldigheter som är nödvändiga för att gäldenärens verksamhet ska kunna fortgå och vars upphävande skulle leda till stopp i verksamheten. Nästa moment anger att överlåtelsen inte ska kräva samtycke från gäldenärens motpart. I nästa stycke anges att första stycket inte ska tillämpas om förvärvaren av verksamheten är en konkurrent till gäldenärens motpart.

Förslaget till det inkräktande som sker genom att överlåta avtal utan motpartens samtycke är alltså begränsat. Bestämmelsen omfattar endast avtal som är nödvändiga för att gäldenärens verksamhet ska kunna fortgå och motparten ska inte behöva drabbas av att tvingas ingå avtal med en konkurrent. Här kan dock uppmärksammas att EU-kommissionen har valt att lämna förslag till direktiv och inte förordning. Skillnaden mellan de olika instrumenten är att direktiv söker harmonisera medlemsstaternas lagstiftning genom att direktivet måste införlivas i nationell rätt medan förordningar istället är direkt tillämpliga.¹³³ Direktivförslaget är avsett att stadga vissa miniminormer vilket innebär att medlemsstaterna själva kan välja att införliva än mer restriktiva regler.¹³⁴

Kommissionens förslag om Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten skickades ut på remiss till vissa svenska institutioner i början av 2023. Vissa av remissinstitutionerna, till exempel Kronofogdemyndigheten, tyckte att något pre pack-förfarande inte behövs, istället föreslogs en modifiering av redan

¹³¹ Gurrea-Martinez (2021) The Rise of Pre-Packs as a Restructuring Tool: Theory, Evidence and Policy, European business organization law review s. 98 f.

¹³² Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten, COM (2022) 702 final av den 7 december 2022 s. 16 f.

¹³³ Se art. 288.2 FEUF (förordningar); art. 288.3 (direktiv); Bernitz & Kjellgren (2022) Europarättens grunder s. 56 f.

¹³⁴ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten, COM (2022) 702 final av den 7 december 2022 s. 6.

befintliga insolvensförfaranden.¹³⁵ Andra remissinstitutioner var mer positivt inställda till förslaget. Ett av de remissvar som var positivt till förslaget var det som kom ifrån Rekonstruktör- och konkursförvaltarkollegiet (REKON). Remissvaret från REKON är av särskilt intresse då de uppmärksammade pre pack-förfarandets inverkan på gäldenärens avtal.

REKON konstaterar i sitt remissvar att förslaget endast tar sikte på att införa regler om gäldenärens avtal inom ramen för ett pre pack-förfarande. Visserligen anser de att det är positivt med en reglering av gäldenärens avtal eftersom det underlättar en överlåtelse av verksamheten och därmed möjlighet att tillvarata de värden som finns däri. En invändning mot förslaget är emellertid att en sådan möjlighet inte bör vara exklusiv för pre pack-förfarandet. REKON skriver att samma behov av att kunna tillvarata värden torde gälla generellt i konkurser. REKON anser därför att ett helhetsgrepp bör tas om frågorna kring överlåtelse av gäldenärens avtal vid konkurs.¹³⁶

4.6 Sammanfattande diskussion av kapitel 4

Rekommendationerna för regleringen om överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs sätter inte upp något absolut avrådande från att införa en möjlighet till en sådan överlåtelse. UNCITRAL och Världsbankens rekommendationer innebär att en sådan regel skulle kunna förekomma i nationell lag och Nordisk-Baltiska insolvensnätverket skriver att en sådan möjlighet *bör* finnas. Visserligen uppställer alla organisationerna rekommendationer på vissa begränsningar av en sådan rätt. Till exempel rekommenderas att inte alla typer av avtal ska omfattas och att konkursgäldenärens avtalsbrott ska läkas innan en överlåtelse sker.

Det framstår som att det ekonomiska intresset av värdemaximering av tillgångarna i konkursboet har fått företräde i rekommendationerna framför medkontrahentens intressen. Det avtalsrättsliga intresset av att få välja sin motpart har i rekommendationerna fått stå åt sidan till förmån för de konkursrättsliga. Dock skyddas det avtalsrättsliga intresset ändå genom de rekommenderade begränsningarna. Detta sker till exempel

¹³⁵ Kronofogdemyndighetens remissvar angående förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten, dnr KFM 141-2023 s. 4.

¹³⁶ REKON:s remissvar angående förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten s. 5.

genom UNCITRAL:s rekommendation att överlåtelse får ske om det är fördelaktigt för konkursboet. Således bör rekommendationen motsatsvis innebära att överlåtelse som inte är fördelaktigt för konkursboet inte får ske. Detta skulle i så fall begränsa antalet avtal som kan överlåtas och därmed begränsa antalet medkontrahenter som riskerar att drabbas.

Vidare lyfts vissa lagtekniska problem fram i rekommendationerna. Även om det införs en generell rätt att överlåta gäldenärens avtal inom ramen för konkursförfarandet i svensk rätt kan det uppstå problem i utformningen av denna eftersom avtal förekommer i så stor mångfald och variation och eftersom inte alla typer av avtal lämpar sig för överlåtelse. Avtals olika utformning framstår dock inte som ett allt för stort problem eftersom det inte är avtalens innehåll eller utformning som berörs, utan endast ett partsbyte är aktuellt. För de avtal där motpartens person är en avgörande faktor för den avtalade prestationen kan överlåtelsebegränsningar införas.

Förutom rekommendationerna för regler om överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs har även direktivförslaget om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten uppmärksamats. Även här kan konstateras att en överlåtelse av gäldenärens avtal inte kommer utan begränsningar. Förslaget innebär att överlåtelse bara ska kunna ske av avtal om avtalet är nödvändigt för att verksamheten ska kunna fortgå, att avtalsöverlåtelsen är en del av en verksamhetsöverlåtelse och den solventa avtalsparten ska inte behöva drabbas av att den nya avtalsparten är en konkurrent.

Sammantaget kan konstateras att det enligt internationella och EU-rättsliga rekommendationer och förslag till regler på området framstår som att en generell möjlighet till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs vore önskvärd. När rekommendationerna agerar måttstock eller värderingsreferens för vad som anses utgöra tillfredsställande insolvenslagstiftning vad gäller överlåtelse till gäldenärens avtal framstår de nuvarande svenska reglerna som undermåliga och otillfredsställande. Eftersom de möjligheter till överlåtelse av konkursgäldenärens avtal är få, särpräglade och av obligationsrättslig karaktär framstår de som otydliga och inte särskilt enhetligt sammanhängande.

De svenska reglerna kan därför inte anses uppnå de syften och ändamål om bland annat tydlighet, förutsebarhet och ekonomisk effektivitet som anges i rekommendationerna. Detta leder fram till svaret på den i inledningen ställda frågan om huruvida det bör införas en vidare möjlighet att överlåta gäldenärens avtal i konkurs än vad som nu är fallet. Med

hänsyn till konkursförfarandets syfte och till de internationella rekommendationer som redogjorts för ovan kan det konstateras att en vidare möjlighet till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs är önskvärd och således bör införas i svensk rätt.

5 Avslutande slutsatser

5.1 Sammanfattning

I *kapitel 1* angavs uppsatsens syfte vara att kartlägga och utvärdera gällande svensk rätt vad gäller överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs. De frågeställningar som varit föremål för uppsatsen och som också angavs i *kapitel 1* var 1. Hur ser möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs ut i gällande svensk rätt? 2. Bör det införas en vidare möjlighet att överlåta gäldenärens avtal i konkurs än vad som nu är fallet? Och 3. Om ja, hur långtgående bör en sådan utvidgad möjlighet vara och vilka skyddsmekanismer ska vara vägledande för dess utformning? För att besvara dessa frågor och för att ge en fördjupad förståelse av frågan presenterades i *kapitel 2* de olika intresseavvägningar som föreligger i frågan. Den huvudsakliga intressekonflikten kan därmed konstateras bestå i konflikten mellan den för avtalsrätten fundamentala avtalsfriheten och syftet med konkursförfarandet, nämligen att ta till vara borgenärernas rätt och bästa genom värdemaximering av konkursmassan.

I *kapitel 3* presenterades de olika sätt varpå konkursförvaltaren har att hantera gäldenärens avtal i konkursen. Särskilt presenterades vilka möjligheter det svenska rättssystemet ger att överlåta gäldenärens avtal utan medkontrahentens samtycke, vilka är få och utspridda i lagkomplexen. Redogörelsen av sådana möjligheter gjordes som ett led i att utreda möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal, vilket i sin tur var ett led i syftet med uppsatsen. I *kapitel 4* presenterades de rekommendationer för lagstiftningen om överlåtelse av gäldenärens avtal som utges av internationella organ. Slutsatsen som kunde dras av dessa var att det inte finns några rekommendationer emot att tillåta överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs utan gäldenärens samtycke men att en sådan möjlighet bör komma med vissa begränsningar. Denna utblick i ”best-practice”-doktrinen var avsedd att skapa en utgångspunkt eller mall för utvärderingen av svensk rätt. En jämförelse med de svenska reglerna resulterar i slutsatsen att dessa är undermåliga i relation till de syften och ändamål som anges i rekommendationerna. Redogörelsen för rekommendationerna och direktivförslaget var även ägnat att underbygga argument i diskussionen om överlåtelse av konkursgäldenärens avtal vilka ska slutligt sammanställas och diskuteras i det följande.

5.2 Bedömningen

5.2.1 *Möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs*

Hittills har rättsläget utretts och utvärderats genom att olika argument och perspektiv har lyfts fram och analyserats. Det som kvarstår nu är en sammanvägning av de olika argumenten för att slutligen besvara de i inledningen uppställda frågorna; 1. Hur ser möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs ut i gällande svensk rätt? 2. Bör det införas en vidare möjlighet att överlåta gäldenärens avtal i konkurs än vad som nu är fallet? och 3. Om ja, hur långtgående bör en sådan utvidgad möjlighet vara och vilka skyddsmekanismer ska vara vägledande för dess utformning?

Svaret på fråga 1, alltså hur möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs ser ut i gällande svensk rätt har vävts in i uppsatsens *kapitel 2* och *3*. Där framkommer att överlåtelse av avtal i regel kräver medkontrahentens samtycke, vilket även gäller i konkurssituationen. Vissa särpräglade undantag från huvudregeln förekommer för särskilt reglerade avtalstyper men dessa är inte särskilt många och de är utspridda i andra regelkomplex än KonkL. Att reglerna är osammanhängande, utspridda och bundna till en specifik avtalstyp får antas göra att de blir oförutsägbara och svårtillämpade för både konkursförvaltare och borgenärer, vilket inte överensstämmer med konkursförfarandets syfte och ändamål.

5.2.2 *En utvidgad möjlighet till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs*

För svaret på fråga 2, huruvida det bör införas en vidare möjlighet att överlåta gäldenärens avtal i konkurs än vad som nu är fallet, togs utgångspunkt i de internationella rekommendationer som finns på området. En jämförelse mellan de svenska reglerna och rekommendationerna gav att de svenska reglerna inte lever upp till den rekommenderade mallen eftersom överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs framstår som långt mer begränsad än vad som rekommenderas. Svaret på frågan blir därför att det bör införas en vidare möjlighet att överlåta gäldenärens avtal i konkurs än vad som nu är fallet.

Det är emellertid inte endast de internationella rekommendationerna som leder till den slutsatsen. Även andra argument talar för att överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs utan medkontrahentens samtycke bör tillåtas i större utsträckning. Till att börja med kan konstateras att konkursrättsliga ändamålsargument talar för en sådan utvidgning. Ur det konkursrättsliga perspektivet blir det självklart att överlåtelse av gäldenärens avtal bör möjliggöras i så stor utsträckning som möjligt eftersom det skulle gå i linje med

konkursförfarandets syfte att maximera konkursboets tillgångar till borgenärskollektivets fördel och samhällsintresset av en ekonomiskt effektiv marknad.

Förutom konkursrättsliga ändamål och syften kan även systematiska argument anföras. Angående systemargumenten kan inledningsvis konstateras att det främsta argumentet *emot* en utvidgad möjlighet till överlåtelse av konkursgäldenärens avtal är den avtalsrättsliga principen att alla som ingår avtal har rätt att välja sin medkontrahent. Denna princip inskränks dock redan till vis del genom möjligheten att fritt överlåta fordringar. Rätten till borgenärsbyten har motiverats av det ekonomiska omsättningsintresset. Avtalsfriheten har alltså redan här (förutom i undantagsfall) inskränkts med hänsyn till andra intressen. Att en sådan inskränkning har skett talar för att det inte vore omöjligt att även konkursrättsliga intressen skulle kunna motivera en ytterligare inskränkning. Att det endast är borgenärsbyten som tillåts och inte även gäldenärsbyten talar dock för att intresset av att själv få välja sin gäldenär är starkare än ekonomiska intressen. Att avtalsfriheten redan inskränkts och därför skulle kunna komma att stå tillbaka ytterligare är därför inte ett jättestarkt argument men det kan ändå konstateras att avtalsfriheten och rätten att välja sin medkontrahent i alla fall inte är absolut.

Ett kanske bättre argument för att utvidga möjligheten till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs är det att rätten till inträde i gäldenärens avtal verkar vara tvingande. Som framförts i *avsnitt 3.5* finns mycket som talar för att ipso facto-klausuler inte är giltiga och att konkursboets rätt till inträde i gäldenärens avtal därför är tvingande. Att konkursboet, som är ett fristående rättssubjekt från konkursgäldenären, har rätt att sätta sig själv som avtalspart istället för konkursgäldenären talar för att det även borde vara möjligt att sätta någon annan person i konkursgäldenärens ställe. En invändning som kan göras här är förstås att det inte är slutligt fastställt att ipso facto-klausuler inte är giltiga i konkurs även om det finns mycket som talar för att så är fallet.

Ytterligare ett argument som kan hämtas från ipso facto-diskussionen är det att om man inte utvidgar möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs till att inte kräva medkontrahentens samtycke, skulle detta kunna skapa problem med likabehandlingsprincipen. Som beskrivs i *avsnitt 3.7* skulle medkontrahenten kunna nyttja en praktisk möjlighet att omförhandla avtalsvillkoren till sin egen fördel på bekostnad av konkursmassans värde och borgenärskollektivet om hon kan välja att avstå från

överlåtelse av avtalet. Därför krävs att konkursförvaltaren får möjlighet att överlåta konkursgäldenärens avtal utan att först inhämta medkontrahentens samtycke för att det inte ska finnas risk för att likabehandlingen av borgenärerna äventyras.

I *avsnitt 3.6* redogjordes för de nuvarande möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs. Där framgår att vissa avtalstyper har särskilda regler som i vissa fall möjliggör överlåtelse av dessa avtal. Lokalhyresavtal, vissa arrendeavtal och licensavtal för upphovsrätter kan under vissa omständigheter överlåtas, bland annat i samband med en överlåtelse av hela eller delar av verksamheten. Dessa möjligheter är inte särskilt avsedda att tillämpas i konkurs men kan antagligen appliceras även i konkurssituationer. Andra avtalstyper, som till exempel leasingavtal vilka ofta är viktiga för verksamheten, saknar sådana överlåtelsemöjligheter. Att överlåtelse av vissa avtal är möjligt utan medkontrahentens samtycke talar för att även andra avtalstyper borde kunna överlåtas på detta sätt. Särskilt kan en jämförelse mellan hyresavtal och leasingavtal göras då de till sin utformning påminner mycket om varandra. Det framstår som att det föreligger brister i systematiken om den ena avtalstypen kan överlåtas men inte den andra.

Ytterligare ett argument att tillåta en möjlighet till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs är att det skulle öka harmoniseringen med andra staters regler på området. Både UNCITRAL, Världsbanken och Nordisk-Baltiska Insolvensnätverket som alla arbetar för en mer harmoniserad insolvenslagstiftning framhåller att det skulle finnas fördelar med en möjlighet till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs. En sådan möjlighet skulle bidra till harmoniseringen av insolvenslagstiftning vilket i sin tur skulle bland annat öka säkerheten för investerare, minska kostnader och underlätta gränsöverskridande investeringar. Inget av de tre organen motsätter sig insolvensregler som möjliggör överlåtelse av konkursgäldenärens avtal. Nordisk-Baltiska Insolvensnätverket förespråkar till och med sådana regler, även efter beaktande av avtalsrättsliga intressen.

Med rekommendationerna för nationell insolvenslagstiftning som utgångspunkt konstateras, som nämnts ovan, att de svenska reglerna om överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs inte håller måttet. Av rekommendationerna framgår att reglerna om överlåtelse av gäldenärens avtal bör erbjuda balans mellan olika parter intressen. Reglerna bör vidare vara tydliga och förutsebara till gagn för ett effektivt kreditinstitut och effektiva och opartiska insolvensförfaranden. De nu gällande reglerna om överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs förbjuder överlåtelse i de flesta fall. De regler som ändå

möjliggör en sådan överlåtelse är få, osammanhängande och av obligationsrättslig karaktär. De är därför inte särskilt tydliga och därmed inte heller förutsebara.

Förutom de internationella rekommendationerna har även EU-kommissionens förslag Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten och det däri presenterade pre pack-förfarandet lyfts. Om förslaget antas och pre pack-förfarandet införlivas i nationell rätt skulle det innebära att det inom ramen för pre pack-förfarandet skulle vara tillåtet att överlåta gäldenärens avtal utan medkontrahentens samtycke, samtidigt som det i det vanliga konkursförfarandet inte skulle vara möjligt för de flesta avtalstyper. En sådan ordning skulle kunna föranleda förfarandeshopping eftersom det ena förfarandet då skulle kunna vidga möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal. En borgenär som önskar försätta sin gäldenär i konkurs men inte vill riskera att få en ny och för henne okänd medkontrahent väljer såklart förfarande utifrån sitt eget intresse. Eftersom det inte är den enskilda borgenärens intressen som ska vara styrande för valet av förfarande är neutralitet mellan insolvensförfarandena eftersträvänsvärt. Överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs utan medkontrahentens samtycke bör därför göras möjligt i båda förfarandena.¹³⁷

Sammanfattningsvis kan konstateras att ovan anförda argument talar för att det bör införas en vidare möjlighet att överlåta gäldenärens avtal i konkurs än vad som nu är fallet, vilket således ger svar på den i inledningen ställda frågan 2. Mycket talar för att en generell rätt till överlåtelse av gäldenärens avtal utan medkontrahentens samtycke behövs i svensk rätt. Denna slutsats föranleder att svar söks även på den i inledningen uppställda fråga 3. hur långtgående bör en sådan utvidgad möjlighet vara och vilka skyddsmekanismer ska vara vägledande för dess utformning?

Som nämnts ovan, framgår det av de internationella rekommendationerna att reglerna om överlåtelse av gäldenärens avtal bör erbjuda balans mellan olika parter intressen. Frågan om överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs kan ses utifrån två olika perspektiv, dels det konkursrättsliga, dels det avtalsrättsliga. Att skapa balans mellan dessa förutsätter att möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs begränsas eftersom en sådan möjlighet inte skulle vara harmoniserar med avtalsfriheten, som är en av avtalsrättens grundläggande principer. Den rimliga lösningen blir att respektive ändamål

¹³⁷ Se NJA 2016 s. 73 HD:s p. 17; jmf SOU 2016:72 del 1 s. 150; se SOU 2010:2 s. 365.

måste stå tillbaka för det andra genom kompromiss. Vilka skyddsmekanismer som bör ligga bakom en sådan kompromiss som en utvidgning av möjligheten till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs skulle innebära, ska diskuteras i det följande.

5.2.3 *Utvidgningens omfattning*

I avsnitt 2.2 beskrevs vilken effekt konkursreglernas utformning har på möjligheterna till kredit och därmed samhällsekonomin i stort. Eftersom banker, finansiärer och andra avtalsparter baserar sina förhållanden och avtalsvillkor på hur möjligheterna ser ut att få täckning för sina fordringar i konkurs, är det av stor vikt att konkursreglerna är tydliga och klara. Slutsatsen av uppsatsen blir därför att de nuvarande möjligheterna till överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs inte är tillräckliga. Istället bör det införas en generell regel för överlåtelse av gäldenärens avtal i KonkL som tillåter överlåtelse av gäldenärens avtal utan medkontrahentens samtycke. Att en sådan regel skulle införas i KonkL innebär att den skulle vara exklusiv för konkurssituationen och därför inte vara tillämplig när avtalsparterna är solventa. Istället för att, som i dagens system, ha som huvudregel att avtal inte får överlåtas i konkurs utan gäldenärens samtycke men samtidigt ha vissa särskilda undantag från detta bör huvudregeln tvärt om vara att överlåtelse av gäldenärens avtal är tillåtet men med vissa begränsningar. En generell regel skulle innebära att alla avtalsparter i förväg kan välja att ingå eller inte ingå avtal med vetskapen om att avtalet eventuellt kommer bli föremål för överlåtelse i medkontrahentens konkurs.

Med hänsyn till avtalsrättsliga principer och medkontrahentens intresse av att bibehålla sin avtalsfrihet bör en sådan generell regel inte vara allt för långtgående. Målet med konstruktionen av en utvidgad rätt att överlåta gäldenärens avtal i konkurs bör vara att inkräkta så lite som möjligt på de avtalsrättsliga reglerna samtidigt som konkursrättens syften tillgodoses. Vägledning för vilka skyddsmekanismer som bör ligga bakom en sådan utvidgad möjlighet kan hämtas både ur de internationella rekommendationerna som redogjorts för, och ur de lagrum om överlåtelse av avtal som alltfjänt finns.

De rekommendationer som UNCITRAL gett ut innebär att överlåtelser av konkursgäldenärens avtal bör begränsas. UNCITRAL menar att en sådan överlåtelse endast bör vara tillåten om den är fördelaktig för konkursboet. Det huvudsakliga skälet att överlåta gäldenärens avtal i konkurs är att maximera värdet av konkursmassan, vilket följer i linje med syftet med konkursförvaltningen enligt 7 kap. 8 § KonkL, nämligen att tillvara ta borgenärernas rätt och bästa. Genom att begränsa överlåtelser av gäldenärens

avtal till att bara vara tillåten ifall det är fördelaktigt för konkursboet skulle inte hindra att konkursförfarandets syfte uppnås. Istället skulle det begränsa inskränkningen i avtalsfriheten eftersom antalet avtal som kan bli aktuella för överlåtelse skulle begränsas.

I UNCITRAL:s lagstiftningsguide konstateras vidare att inte alla avtal är lämpliga för överlåtelse. Avtal som kräver en prestation av tjänster som är avhängiga en viss person och därför inte går att ersätta av någon annan part lämpar sig inte för överlåtelse. Även diskussionen i *avsnitt 2.5* leder fram till slutsatsen att avtal som är beroende av medkontrahentens person inte är lämpliga att överlåtas eftersom de aldrig skulle kunna fullgöras till samma värde av någon annan. Det är inte samma sak att måla ett porträtt med Brad Pitt som modell som att måla ett porträtt med din farbrors kusin som modell. Det blir nästan som att vem som är medkontrahent blir en del av avtalsvillkoren. Att begränsa överlåtelse av avtal som är avhängiga en viss person är således en rimlig begränsning som skyddar medkontrahenten från allt för ingripande åtgärder.

Även Nordisk-Baltiska insolvensnätverket anser att överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs bör omfattas av vissa begränsningar. Enligt deras rekommendationer ska en överlåtelse äga rum endast om den nya avtalsparten inte rimligen kan ifrågasättas och att den solventa parten inte lider väsentlig skada genom överlåtelsen. Begränsningar av rätten till överlåtelse som liknar dessa kan hittas i redan befintliga svenska lagrum. Enligt reglerna om överlåtelse av lokalhyresavtal och arrendeavtal, vilka har diskuterats i *avsnitt 3.6*, får överlåtelse endast ske om hyresvärden inte har befogad anledning att motsätta och angående arrenden krävs att överlåtelse sker till någon med vilken jordägaren skäligen kan nöjas.

Huruvida medkontrahenten skäligen kan nöjas eller har befogad anledning att motsätta sig sin nya avtalspart har ansetts vara kopplat till den nya partens betalningsförmåga. Att överlåta konkursgäldenärens avtal till någon som inte kan prestera enligt avtalet får anses allt för långtgående och därför en rimlig begränsning av överlåtelserätten. I Kommissionens förslag om Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten föreslås att överlåtelsen ska begränsas genom ytterligare krav på förvärvaren inom ramen för pre pack-förfarandet. Förslaget innebär att överlåtelse av avtal inte ska kunna ske om förvärvaren av verksamheten är en konkurrent till gäldenärens motpart då det skulle vara allt för besvärande för medkontrahenten.

De föreslagna reglerna om ett pre pack-förfarande innefattar vidare även andra begränsningar. Förslaget innebär att endast avtal som är nödvändiga för att gäldenärens verksamhet ska kunna fortgå ska kunna omfattas av en överlåtelse. Även detta är en rimlig avvägning mellan det konkursrättsliga intresset av en ekonomiskt effektiv överlåtelse och det avtalsrättsliga intresset av att kunna välja sin egen motpart. På detta sätt kan de för verksamheten viktiga avtalen överlåtas ihop med verksamheten samtidigt som övriga avtal inte riskerar drabbas av ett partsbyte.

Pre pack-förslaget innebär följaktligen att en avtalsöverlåtelse är begränsad till att bara aktualiseras i samband med en verksamhetsöverlåtelse. Samma skyddsmekanismer hittas i de svenska reglerna om överlåtelse av upphovsrätter, vilka beskrivits i *avsnitt 3.6.3*. För upphovsrätter finns ett undantag från kravet på medkontrahentens samtycke. Om avtalen ingår i en rörelse kan de överlåtas i samband med en överlåtelse av hela eller delar av verksamheten. Ett villkor om att avtalet måste vara en del av en verksamhetsöverlåtelse för att kunna överlåtas skyddar medkontrahenten till viss del men möjliggör samtidigt att konkursmassans värde kan utnyttjas till max.

På liknande sätt som den borgenärsskyddande konkurslagstiftningen fungerar betryggande för finansiärer och andra borgenärer och leder till att dessa ändå vågar bevilja kredit trots risken för att inte få betalt, kan begränsningar i möjligheten till avtalsöverlåtelse fungera betryggande för medkontrahenten. Att inkludera begränsningar i överlåtelserätten som skyddar medkontrahenten i viss mån skulle ge ett incitament att våga ingå avtal trots att det finns risk att motparten byts ut mot en annan. Slutsatsen för uppsatsens tredje och sista fråga, hur långtgående en utvidgad möjlighet till överlåtelse av gäldenärens avtal bör vara och vilka skyddsmekanismer som bör vara vägledande för dess utformning, blir att en utvidgad rätt att överlåta gäldenärens avtal i konkurs bör komma med vissa begränsningar. En generell regel som tillåter överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs bör införas i konkurslagen. De skyddsmekanismer som bör vara vägledande för utformningen av en sådan generell rätt bör vara ämnade att skydda medkontrahenten från allt för ingående åtgärder. En sådan rätt bör därför begränsas till att endast omfatta överlåtelser av avtal i samband med en verksamhetsöverlåtelse, förvärvaren måste vara någon med vilken den solventa parten skäligen kan nöjas och en sådan överlåtelse bör endast vara tillåten om den är fördelaktig för konkursboet. Även vissa avtal som är avhängiga en särskild person bör vara undantagna från överlåtelse. Att

på detta vis ta vägledning både ur de internationella rekommendationerna och redan befintlig lagstiftning skapar harmonisering och systemkoherens mellan regelkomplexen. Övrig utformning och formulering av en ny generell regel som tillåter överlåtelse av gäldenärens avtal i konkurs med vissa begränsningar överläts dock ytterst till lagstiftaren.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1968:91 bihang A

Prop. 1983/84:136

Prop. 1988/89:76

Prop 1994/95:155

Prop 2023/24:150

Betänkanden

SOU 1956:25

SOU 1970:75

SOU 1999:1, bilaga 7, Eisenberg, Theodore, Allen Mark, Henry. A review of the law and economics Literature on Creditor Priority in Bakruptcy.

SOU 2001:80

SOU 2016:72 del 1

SOU 2021:12

Övrigt

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

Regeringskansliets faktapromemoria 2022/23:FPM48

Kronofogdemyndighetens remissvar angående förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten, dnr KFM 141-2023

REKON:s remissvar angående förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa delar av insolvensrätten

Litteratur

Adelcreutz, Axel, Gorton, Lars & Lindell-Frantz, Eva (2016) Avtalsätt 1, 14 uppl.

Arnesdotter, Ingrid, Funktionsförsäljningsavtals ställning vid konkurs, Insolvensrättslig tidskrift, Nummer 2 2019, s. 29-50.

Bengtsson, Bertil, Hager, Richard & Victorin, Anders (2022) Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom, 10 uppl.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders (2022) Europarättens grunder, 7 uppl.

Björkdahl, Erika P (2023) Hyra, arrende, bostadsrätt, 3 uppl.

Cederstierna, Nils, Jordabalk (1970:994) 12 kap. 36 §, Karnov (JUNO) (besökt 2025-01-09)

Chuah, Jason & Vaccari, Eugenio m.fl. (2023) Executory contracts in insolvency law – A Global Guide, 2 uppl.

Collentine, Dennis (1999) Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi, Gratzner & Sjögren (red)

Domeij, Bengt (2010) Patentavtalsrätt: licenser, överlåtelser och samägande av patent, 2 uppl.

Edling, Thomas, Jordabalk (1970:994) 12 kap. 36 §, Lexino 2016-09-01.

Flodgren, Boel, m.fl. (2016) Civilrätten i ett framtidsperspektiv, i: Svensk Juristtidning 100 år.

Frankenberg, Emma (2023) Konkursboets inträdesrätt i konkursgäldenärens köpeavtal. Insolvensrättslig tidskrift nr. 3, 2023 s. 41–67.

Gurrea-Martinez, Aurelio (2021) The Rise of Pre-Packs as a Restructuring Tool: Theory, Evidence and Policy, European business organization law review s. 93–116.

Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H. (2023) Speciell avtalsrätt II: Kontraktsrätt, 1 häftet, 8 uppl.

Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H. (2024) Speciell avtalsrätt II: Kontraktsrätt, 2 häftet, 8 uppl.

Hellström (2024) Några tankar med anledning av ett svenskt genomförande av EU:s förslag till direktiv avseende prepack-förfaranden i Festskrift till Mikael Möller.

Heidbrink, Jakob, Avtals uppkomst – dags att se bortom avtalslagen, SvJT 2007 s. 673 – 708.

Holmqvist, Leif, Thomsson, Rune & Ahlinder, Elisabeth (2022) Hyreslagen en kommentar, 13 uppl.

Håstad, Torgny (1996) Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl.

Ingvarsson, Torbjörn (2021) Fordringsrätt, 2 uppl.

Isaksson, Dan, Konkurslag (1987:672) 7 kap. 8 §, avsnitt 2.2, Lexino 2021-09-26 (JUNO)

Johansson, Svante O (2013) Något om avtalsfrihet, obligationsrätt och grundläggande fri- och rättigheter, tidsskrift for Rettsvitenskap Volume 126, issue 4–5, s. 666 – 683.

Karlsson-Tuula, Marie (2001) Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar, 2 uppl.

Karlsson-Tuula, Marie (2017) Gäldenärens avtal vid företagsrekonstruktion och konkurs, 3 uppl.

Karlsson-Tuula (2019) Gäldenärens avtal i insolvensförfarande, särskilt om överlåtelse av avtal och ipso facto-klausuler vid insolvens del lege ferenda, Skrifter till Jan Rambergs minne, Karlsson-Tuula, Marie & Persson, Annina H (red)

Keller, Marek (2020) Konkurs och process.

Kleinman (2019) Juridisk metodlära, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red)

Lehrberg, Bert (2020) Avtalsrättens grundelement, 3 uppl.

Lindskog, Stefan (2022) Betalning, om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor, 3 uppl.

Mellqvist, Mikael & Persson, Ingemar (2022) Fordran & Skuld, 12 uppl.

Mellqvist, Mikael & Welamson, Lars (2022) Konkurs och annan insolvensrätt, 13 uppl.

Möller, Mikael (1988) Konkurs och kontrakt, Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal.

Möller, Mikael, Konkursboets inträde i gäldenärens avtal, Insolvensrättsligt forum, 22-23 januari 1990: rekonstruktion av insolventa företag, skuldsanering, konkursboets inträde i gäldenärens avtal.

Nilsson Öhrnell, Carl, Olof, Jordabalk (1970:994) 12 kap. 31 a §, Karnov (JUNO) (besökt 2025-01-09)

Nordic-Baltic Insolvency Network, Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law (2016).

Rodhe, Knut (1956) Obligationsrätt.

Schytzer (2020) Fordrans uppkomst inom insolvensrätten.

Schytzer, Jonatan & Wadell, Olof (2020) (Konkurs)gäldenärens avtal utifrån ett företagsekonomiskt perspektiv. SvJT 2020 s. 726.

Sundgren, Stefan (1999) Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi Gratzner, Karl & Sjögren, Hans (red).

Svensson, Ola, Köplag (1990:931) 62 §, Lexino 2023-12-29 (JUNO)

Svensson, Ola, Köplag (1990:930) 63 §, Lexino 2023-12-29 (JUNO)

The World Bank, Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes (2021).

Tiberg, Hugo & Lennhammar, Dan (1995) Skuldebrev växel och check, 7 uppl.

UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, parts one and two (2004)

Rättsfall

NJA 1913 s. 496

NJA 1989 s. 206

NJA 2001 s. 381

NJA 2009 s. 291

NJA 2010 s. 454

NJA 2012 s. 441

NJA 2015 s. 1040

NJA 2016 s. 73

NJA 2023 s. 970

ÖH 8305-11; 2012-05-25

Internetkällor

<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/konkurs> (2024-09-30).

<https://uncitral.un.org/en/about> (2024-11-08).

<https://uncitral.un.org/en/about/faq/texts> (2024-11-08).

https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law (2024-11-27)

https://www.worldbank.org/ext/en/who-we-are?intcid=ecr_hp_about_en_ext (2024-11-11)