

Till  
TCO

**YTTRANDE**

Diarienummer: Ju2022/03740

Datum  
2023-02-24

Vår referens  
Viktor Anesäter

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

### **Inledande anmärkningar**

Unionen anser att det är viktigt att medlemsstaterna har effektiva insolvensförfaranden. Ett välöversvägt regelverk på detta område kan leda till större förutsebarhet och bättre möjligheter att tillvarata värden när företag går i konkurs. Ur ett arbetstagarperspektiv är det av stor vikt att insolvensförfaranden är effektiva särskilt mot bakgrund av att möjlighet till lönegaranti enligt den nationella lagstiftningen förutsätter att beslut om konkurs eller företagsrekonstruktion har fattats. Även i övrigt finns det ett beaktansvärt arbetstagarintresse av att ekonomiska värden tas till vara i samband med en konkurs då arbetstagare regelmässigt utgör en av de vanligaste borgenärskategorierna i konkursen.

### **Sammanfattning över förslagen i promemorian**

Kommissionen har föreslagit ett nytt direktiv om minimiharmonisering av vissa delar av den materiella insolvensrätten. Det övergripande syftet med förslaget är att underlätta för gränsöverskridande investeringar inom EU och utveckla kapitalmarknadsunionen.

Förslagen i direktivet beskrivs i det följande i punktform.

1. Regler om återvinning, dvs. vanligen att ekonomiska transaktioner som företagits i nära anslutning till konkursutbrottet kan ogiltigförklaras vilket innebär att transaktionen går åter till konkursboet. Det föreslås regler som ska implementeras i alla medlemsstater som ska syfta till att göra regelverken mer förutsebara för framförallt investerare men som också ska bidra till en mer rättssäker hantering av återvinningskrav. I direktivet finns det materiella bestämmelser både om förutsättningarna för att återvinning ska kunna ske och om innebörden av att en transaktion eller annan rättshandling återvinns. Det finns också regler som berör närstående till konkursgäldenären, såsom att närstående ska presumeras ha haft

kunskap om gäldenärens bristande förmåga att betala sina förfallna skulder. Vidare innehåller förslaget regler om att vissa typer av transaktioner inte ska kunna ogiltigförklaras med stöd av återvinningsreglerna, till exempel sådana rättshandlingar som har varit till fördel för konkursboet. Det finns även en regel om preskription.

2. I direktivet föreslås bestämmelser som ska möjliggöra för förvaltare att få tillgång till uppgifter ur olika register, i syfte att identifiera tillgångar som tillhör konkursboet.
3. I direktivet föreslås bestämmelser om ett särskilt förfarande för förberedd försäljning, som ska möjliggöra för att gäldenärens verksamhet fortsätter att drivas vidare av en aktör som förvärvar hela eller delar av verksamheten. Förfarandet delas upp i två faser, en förberedelsefas och en avvecklingsfas. Tanken är alltså att försäljningen av verksamheten förbereds före det att konkursförfarandet startar.
4. Vad gäller bestämmelser företagsledares ansvar finns i direktivet förslag om att en företagsledare ska ha en skyldighet att ansöka om att ett insolvensförfarande inleds inom tre månader från det att han eller hon borde ha insett att företaget var insolvent. Vidare föreskrivs ett skadeståndsansvar för skada som uppstår till följd av att en företagsledare inte har uppfyllt sin skyldighet.
5. Vidare innehåller förslaget till direktiv bestämmelser om ett förenklat insolvensförfarande som mikroföretag ska ha tillgång till när de blir insolventa. I sin motivering framhåller kommissionen att syftet är att säkerställa att mikroföretag kan avvecklas på ett ordnat sätt i en kostnadseffektiv och snabb process, även när mikroföretaget saknar tillgångar. Ett mikroföretag är ett företag som sysselsätter färre än 10 personer och vars omsättning eller balansomslutning inte överstiger 2 miljoner euro per år. Förslaget innebär att det förenklade insolvensförfarandet administreras och sköts av en förvaltningsmyndighet eller en domstol. I regel ska det inte utses någon förvaltare och som utgångspunkt behåller företaget rådigheten över sina tillgångar under förfarandet. Ansökan om att inleda förfarandet ska kunna göras på en blankett som ges in till den behöriga myndigheten. Det föreskrivs vissa fasta tidsfrister för handläggningen.
6. Direktivet innehåller bestämmelser om borgenärskommittéer. Av förslaget följer att det som huvudregel ska inrättas en borgenärskommitté om borgenärerna vill det.
7. I direktivet finns bestämmelser som tar sikte på att öka tillgången till information om medlemsstaternas nationella insolvensrättsliga lagstiftningar. Det föreslås regler om att medlemsstaterna ska tillgängliggöra information om sina nationella insolvensregler via den europeiska e-juridikportalen.

## Unionens synpunkter på förslagen

Unionen lämnar i det följande synpunkter på de viktigaste delarna i förslaget till direktivet. Samtliga avdelningar berörs inte.

### Avdelning II Återvinningstalan

#### Kap. 2 - Återvinningsregler

Av konkurslagens (1987:672) nuvarande lydelse framgår bl.a. följande av 4 kap. 8 §.

*Betalning av lön, arvode eller pension, som har skett senare än sex månader före fristdagen och som uppenbart översteg vad som kunde anses skäligt med hänsyn till gjord arbetsinsats, verksamhetens lönsamhet och omständigheterna i övrigt, går åter till belopp motsvarande överskottet.*

Regeln innebär att betalning av såväl lön som pension ska gå åter om betalningen uppenbart översteg vad som är skäligt med hänsyn till uppräknade kriterier. Regeln får sägas utgöra en rimlig avvägning mellan det samlade borgenärsintresset och arbetstagarintresset då återvinning endast kan komma i fråga när betalningen uppenbart översteg vad som var skäligt. Det finns i regeln också en begränsning av återvinningsvärdet till överskottet vilket innebär att en prövning av vad som var skälig betalning för utförd arbetsinsats alltid måste göras.

I artiklarna 6–8 i förslaget till direktiv anges de tre särskilda grunderna för återvinningstalan och dess olika tidsgränser och villkor.

Av artikel 6 första punkten följer att rättshandlingar som är till fördel för en borgenär eller grupp av borgenärer genom reglering, ställande av säkerhet eller på något annat sätt kan ogiltigförklaras om de har fullbordats inom tre månader före inlämnandet av ett insolvensförfarande, på villkor att gäldenären inte har kunnat betala sina förfallna skulder ska gå åter.

Av artikel 6 andra punkten följer vidare att om en borgenärs förfallna fordran har reglerats eller säkrats korrekt ska det säkerställas att rättshandlingen endast kan ogiltigförklaras om villkoren i första punkten är uppfyllda och borgenären kände till eller borde ha känt till att gäldenären inte kunde betala sina förfallna skulder. En borgenär ska presumeras ha haft kännedom om denne var närstående part till gäldenären. Av artikel 2 q) iv) följer att definitionen av närstående, utöver bl.a. familjemedlemmar, även omfattar personer som arbetar för gäldenären och som har tillgång till icke-offentlig information om gäldenärens verksamhet. Detta innebär som Unionen uppfattar det att presumtionsregeln kan komma att träffa en stor grupp arbetstagare som därmed lättare kan bli föremål för en återvinningstalan. Vidare skulle enligt definitionen en förtroendevald kunna anses vara närstående till gäldenären.

I den nationella rätten följer idag av 4 kap 3 § konkurslagen att närstående, utöver vissa familjemedlemmar, endast är den som genom en ledande ställning har ett bestämmande inflytande över verksamheten. Det är därmed som Unionen uppfattar det fråga om en stor förändring av närståendekretsen i konkurssammanhang som avses.

Av artikel 6 tredje punkten stadgas undantag från första och andra punkten ovan. Såvitt nu är relevant följer av tredje punkten a) att medlemsstaterna ska säkerställa att rättshandlingar som företas direkt mot skäligen ersättning till förmån för insolvensboet inte ska kunna ogiltigförklaras.

Innehållet i artikel 6 skulle kunna medföra långtgående negativa konsekvenser för vissa arbetstagare. En arbetstagare som har insyn i företagets verksamhet skulle nämligen i vissa fall kunna anses ha haft kännedom, eller bort ha haft kännedom, om arbetsgivarens betalningsoförmåga inom de tidpunkter som är relevanta i förslaget. Om detta ska anses innebära att utbetalning av lön ska gå åter får det till följd att en arbetstagare inte med säkerhet kan inrätta sig efter sedvanliga utbetalningar som avser förfallna och rättmätigt intjänad lön. Det ska också påpekas att det i det här avseendet inte rör sig om betalningar som på något sätt överstiger vad som är skäligt med hänsyn till utförd arbetsinsats eller liknande, det är enligt förslaget tillräckligt att arbetstagaren i exemplet kände till eller bort känna till att arbetsgivaren inte kunde betala sina förfallna skulder.

Förslaget kan därmed komma att omfatta en grupp arbetstagare som själva inte har möjlighet att påverka det faktum att arbetsgivaren är insolvent med annat än sin arbetsinsats. Detta särskilt på grund av den föreslagna presumtionsregeln som innebär att en arbetstagare kan bli föremål för en återvinningstalan endast på grund av att denne mottagit lön under en period då gäldenären varit på obestånd. Av artikel 6 tredje punkten a) följer förvisso att rättshandlingar som företas mot skäligen ersättning för insolvensboet ska vara skyddade. Av punkten 9 i skälen till direktivet framgår att regeln i synnerhet avser omgående betalning av varor, löner etc. Det framgår dock inte klart om detta undantag ska tillämpas för samtliga sådana betalningar av lön som en gäldenär vidtar på avtalsrättslig grund före konkursutbrottet eller om regeln är avsedd att tillämpas för löner som betalas inom ramen för ett redan inlett konkursförfarande. Det behöver enligt Unionens mening förtydligas att undantaget är avsett att tillämpas på ett sådant sätt att de situationer som exemplifierats ovan inte kan uppstå i praktiken.

I förslaget till direktiv bör det vidare enligt Unionens uppfattning förtydligas att om betalningen avser lön eller pension ska överskottet endast gå åter om regleringen uppenbart överstiger vad som är skäligt med hänsyn till gjord arbetsinsats, verksamhetens lönsamhet och omständigheterna i övrigt. Vidare anser Unionen att definitionen av närståendekretsen måste begränsas så att endast arbetstagare i ledande ställning, med bestämmande inflytande över verksamheten, kan omfattas av en sådan presumtion, i enlighet med nu gällande nationell rätt.

Enligt artikel 7 kan en rättshandling som vidtagits utan eller mot uppenbart otillräcklig ersättning ogiltigförklaras om den fullbordats inom ett år före ansökan eller tiden därefter. Likt vad som sagts ovan anser Unionen att om rättshandlingen avser utbetalning av lön bör detta vara särskilt skyddat och endast vara möjligt att återvinna i den del ersättning uppenbart



överstiger vad som är skäligt med hänsyn till gjord arbetsinsats, verksamhetens lönsamhet och omständigheterna i övrigt.

Artikel 8 avser rättshandlingar som avsiktligen företagits till nackdel för borgenärer. Dessa kan ogiltigförklaras om de fullbordats inom fyra år innan fristdagen och den andra parten kände till eller borde ha känt till gäldenärens avsikt att orsaka borgenärskollektivet skada. Även i detta fall presumeras närstående ha sådan kännedom. Det är positivt att avsiktligt bedrägliga rättshandlingar kan bli föremål för återvinning. Unionen hänför sig i övrigt till vad som sagts om definitionen av närstående under kommentaren till artikel 6 ovan.

### Kap. 3 – Följder vid återvinningstalan

Av artikel 9 tredje punkten följer att medlemsstaterna ska säkerställa att preskriptionstiden för alla fordringar som följer av den rättshandling som kan ogiltigförklaras mot den andra parten är tre år från och med dagen för insolvensförfarandets inledande.

I detta sammanhang bör det beaktas att kollektivavtalet fortsätter att gälla utan hinder av konkurs. Om gäldenären är bunden av kollektivavtal gäller som utgångspunkt enligt Unionens uppfattning därför kollektivavtalets förhandlingsordning och förhandlingsordningen ersätter regler om allmän preskription. Unionen anser att förslaget inte ska inskränka arbetsmarknadens parter möjlighet att reglera vilka tale- och preskriptionsfrister som ska gälla inom kollektivavtalens tillämpningsområden. Förslaget behöver därför utredas närmare med beaktande av dessa aspekter.

## **Avdelning IV Prepack-förfaranden**

### *Bakgrund*

Enligt 6 b § LAS gäller att förvärvaren vid en verksamhetsövergång också övertar de rättigheter och skyldigheter som följer av de anställningsavtal och avtalsförhållanden som finns i verksamheten. Enligt andra stycket gäller dock ett undantag när övergången sker i samband med konkurs. Regeln har sitt ursprung i överlåtelsedirektivet (2001/23/EG) artikel 5.1.

Det har uppstått vissa gränsdragningsfrågor i de fall då gäldenären har överlåtit sin verksamhet inför en konkurs och med villkor om att konkursförvaltaren ska godkänna överlåtelsen. EU-domstolen har bedömt att så länge verksamheten blivit en del av konkursboet, även om det bara varit under en mycket kort tid, så har konkursundantaget varit tillämpligt (Se Abels, C-135/83, EU:C:1985:55).

EU-domstolen har tidigare kommit fram till den motsatta slutsatsen när försäljningen skett genom ett prepack-förfarande, dvs. att försäljningen förbereds innan konkursen, då enligt nederländsk rätt (Se C-126/16, EU:C:2017:489). Domstolen uttalade då att ett sådant förfarande inte berättigar att frånta de anställda deras rättigheter enligt överlåtelsedirektivet och att verksamhetsövergången inte omfattas av konkursundantaget i artikel 5.1 i överlåtelsedirektivet. Detta har sedermera kodifierats genom artikel 5 p. 4 i

överlåtelsedirektivet, som klart stipulerar att ”medlemsstaterna skall vidta lämpliga åtgärder för att hindra att insolvensförfaranden används på ett felaktigt sätt, så att arbetstagarna därigenom berövas de rättigheter som föreskrivs i detta direktiv”.

I ett senare avgörande från EU-domstolen (C-237/20) har domstolen dock funnit att konkursundantaget ändå kan vara tillämpligt vid ett prepackförfarande under förutsättning att (i) förfarandet syftar till att realisera ett så stort värde som möjligt till fördel för borgenärerna, (ii) förfarandet syftar till att bevara anställningar så långt som möjligt och (iii) följer ett regelverk som bevakas av en behörig offentlig myndighet. I bakgrundstexten till direktivet beskrivs att förslaget särskilt klargör att avvecklingsfasen i prepack-förfaranden måste betraktas som ett konkurs- eller insolvensförfarande som inletts i syfte att avveckla överlåtarens tillgångar under tillsyn av en behörig offentlig myndighet i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 2001/23/EG.

## *Förslaget*

Av artikel 19 framgår att förfarandet ska bestå av två faser: förberedelsefasen och avvecklingsfasen. Förberedelsefasen har till syfte att finna en lämplig köpare för gäldenärens verksamhet eller del där av. Avvecklingsfasen har till syfte att godkänna och verkställa försäljningen av gäldenärens verksamhet, eller del därav, och fördela intäkterna till borgenärerna.

Enligt artikel 20 ska avvecklingsfasen betraktas som ett konkurs- eller insolvensförfarande vid tillämpning av undantagsregeln i artikel 5.1 i överlåtelsedirektivet. Således ska anställningsskyddet vid verksamhetsövergång inte vara gällande när överlåtelsen sker inom ramen för ett prepack-förfarande.

Kommissionens bedömning är således, som den kommer till uttryck i förslaget, att intresset av att tillvarata värden innan konkurs inträder ska väga tyngre än skyddet för arbetstagarna i samband med en överlåtelsesituation som föranleds av en presumerad kommande insolvens. Unionen gör en annan bedömning och menar att de principer som framgår av EU-domstolens tidigare praxis såsom den uttryckts i C-126/16 bör vara styrande och att konkursundantaget vid överlåtelse av verksamhet därmed inte ska vara tillämpligt i normala fall i samband med ett prepack-förfarande.

Enligt artikel 23 ska gäldenären under förberedelsefasen omfattas av ett avbrytande av enskilda verkställighetsåtgärder i enlighet med artiklarna 6 och 7 i 2019 års insolvensdirektiv ((EU) 2019/1023). Under inledandefasen råder därför som huvudregel ett utmättningsförbud, om verkställighet inte kan ske utan att förhindra ett smidigt och effektivt genomförande av prepack-förfarandet.

Unionen anser att förslaget i denna del behöver analyseras i förhållande till reglerna om förmånsrätt för lönefordringar och rätten till lönegaranti. En utdragen förberedelsefas med ett rådande utmättningsförbud kan hindra arbetstagare från att driva in lönefordringar. Mot bakgrund av de korta frister som gäller enligt förmånsrättslagens regler och det starka löneskydd som bör gälla för arbetstagare, måste det säkerställas att förfarandet inte kan leda



till rättsförlust för arbetstagarna. En reglering som motsvarar den som är gällande vid företagsrekonstruktion bör övervägas, där det finns undantag för utmätning av lönefordringar, jämför 2 kap. 23 § lagen (2022:964) om företagsrekonstruktion. Det bör också vara möjligt att lämna in en ansökan om konkurs mot gäldenären, om än att denna kan vilandeförklaras i avvaktan på fullgjort förfarande (2 kap. 10 a § konkurslagen).

Unionen anser även att det bör finnas tydliga regler avseende hur länge och under vilka villkor en förberedelsefas får pågå. Som anställd befinner man sig i en mycket osäker situation så länge man inte vet om verksamheten kommer att säljas, om ens egen anställning kommer övergå till köparen och liknande osäkerhetsmoment.

Det kan slutligen anmärkas att det i sig kan vara positivt att reglera hur ett prepack-förfarande ska gå till och att möjligheten till insyn därmed ökar. Unionen vill också erinra om att arbetsgivaren även i inom ramen för ett sådant förfarande alljämt har förhandlingsskyldighet med kollektivavtalsbärande facklig organisation. Vidare har arbetsgivaren också informationskyldighet.

### **Avdelning V Företagsledares skyldighet att begära att ett insolvensförfarande inleds samt deras civilrättsliga ansvar**

Enligt artikel 36 föreslås att medlemsstaterna ska införa en skyldighet för företagsledare att ansöka om att inleda ett insolvensförfarande inom tre månader från det att han eller hon fått kännedom om, eller rimligen kunde förväntas ha fått kännedom om, att den juridiska personen är insolvent. Enligt artikel 37 ska bestämmelsen vara skadeståndssanktionerad så att företagsledaren blir skyldig att ersätta borgenärerna den skada som de åsamkats om företagsledaren inte uppfyllt sin skyldighet enligt artikel 36.

Unionen ställer sig positiv till det grundläggande motivet med förslaget och instämmer med skälen såsom de framgår i punkten 32, vari det konstateras att företagsledare är de som är bäst insatta i ett bolags ekonomiska situation och snabbast kan inse om bolaget har blivit insolvent och att det därför är rimligt att dessa kan bli ansvariga när underlåtenhet att agera föreligger. Det kan dock övervägas om det är nödvändigt att kräva harmonisering på sätt som följer av direktivet. Ett alternativt förhållningssätt skulle kunna vara anse att syftet redan är uppfyllt om det redan finns befintliga nationella regler som motsvarar harmoniseringskravet. Det ankommer i ett sådant fall på medlemsstaterna att tillse att den nationella rättsordningen motsvarar kraven i direktivet.

Vad gäller innehållet i förslaget saknas en harmoniserad definition av begreppet företagsledare. Enligt motiveringen ska begreppet ges en vid tolkning och i regel omfatta de som har i uppdrag att fatta, eller faktiskt fattar, eller borde fatta, viktiga förvaltningsbeslut för ett företag. Unionen anser att det behöver tydliggöras vilka som omfattas av skyldigheten. I och med att skyldigheten är knuten till den eller de personer som rent faktiskt har möjlighet att inleda ett insolvensförfarande bör avgränsningen stanna vid den eller de som rent faktiskt har behörighet (firmateckningsrätt) att ansöka om ett sådant inledande. Det är i detta sammanhang viktigt erinra om att det förekommer att arbetstagare och andra utomstående felaktigt registreras som firmatecknare av oseriösa aktörer. Även om detta oftast snabbt kan



rättas till behöver åtgärder i den nationella rätten med avseende på hur formerna för registrering av firmatecknare i aktiebolag i den nationella rätten övervägas om förslaget blir verklighet.

## **Avdelning VI Avveckling av insolventa mikroföretag**

Förslaget innebär som Unionen uppfattar det ingripande krav på minimiharmonisering som kommer i konflikt med väl fungerande nationella system. I Sverige tillämpas enligt konkurslagen ett förenklat konkursförfarande i s.k. avskrivningskonkurser då konkursbolagets tillgångar inte räcker till betalning av konkurskostnaderna och konkursboets egna skulder (10 kap. 1 § konkurslagen). Rättsverkningarna av ett konkursbeslut är dock i övrigt desamma oavsett konkursgäldenärens storlek med avseende på omsättning och hur många arbetstagare gäldenären sysselsätter. Denna nationella ordning är välfungerande och etablerad. Nu aktuellt förslag kräver således omfattande förändringar av den nationella rätten och Unionen anser inte att det är proportionerligt utifrån de skäl som förslaget motiveras med. Om det i vissa medlemsstater förekommer att insolventa rättssubjekt fortsätter att existera på grund av de inte kan finansiera sin egen avveckling bör reglerna snarare ta sikte på att lösa det problemet. I det avseendet kan den modell som används i Sverige tjäna som ett bra exempel.

Med den utgångspunkten anser Unionen avseende innehållet i förslaget att det i sig kan vara positivt att införa regler som underlättar förfarandet att försätta ett mikroföretag i konkurs. På grund av hur lönegarantireglerna är konstruerade i den nationella rätten behöver en arbetstagare skyndsamt vidta åtgärder för det fall att dennes arbetsgivare är insolvent. Alla åtgärder som förenklar det förfarandet är positiva. Unionen anser dock att den föreslagna regeln om att förvaltare som utgångspunkt inte ska förordnas är illa övervägd. Det föreslagna regelverket förutsätter fortsatt att insolvensförfarandet är underställt offentlig granskning och kontroll. Skäl saknas enligt Unionens mening till varför inte den uppgiften lika väl kan utföras av en konkursförvaltare.

## **Avdelning VII Borgenärskommitté**

En borgenärskommitté har till uppgift att bevaka borgenärernas intressen och få inflytande över förvaltningen genom t.ex. rätten att yttra sig över försäljningen av viss egendom. I nationell rätt gäller idag vid företagsrekonstruktion att en borgenärskommitté kan utses om en borgenär begär detta. Vid tillsättningen av kommittén har de anställda rätt att utse en representant under förutsättning att gäldenären under det förflutna räkenskapsåret sysselsatt i genomsnitt 25 arbetstagare. Unionen anser att det är av stor vikt att arbetstagarintresset tillgodoses i de fall en borgenärskommitté ska utses i samband med en konkurs och förslaget bör kompletteras med en sådan regel.



Martin Linder, Förbundsordförande, Unionen