

God sed vid praktisk insolvensrättslig hantering – några spørsmål

av Jan Flood, Daniel Wenne och Lars Wenne*

I denna artikel av advokaterna Lars Wenne, Jan Flood och biträdande juristen Daniel Wenne tar författarna upp ett antal frågor av betydelse rörande den som fullgör uppdrag som konkursförvaltare eller rekonstruktör enligt lagen om företagsrekonstruktion. Vissa moment vid utförandet av sådana uppdrag innefattar viktiga etiska frågor. Författarna argumenterar för att det kan finnas skäl att på ett mer formaliserat sätt etablera begrepp som ”god konkursförvaltarsed” och ”god rekonstruktörssed” och till detta knyta möjligheter till bättre sätt att etiskt pröva konkursförvaltarens och rekonstruktörers hantering och skötsel av sina uppdrag.

1. Inledning

Under rekonstruktions- och konkurshandläggning uppkommer ett stort antal frågor som ska lösas av den utsedde rekonstruktören eller konkursförvaltarens men vilka kan komma att kritiseras av bl.a. rätten, Tillsynsmyndigheten i konkurser (TSM)¹, enskild borgenär, gäldenär eller gäldenärsföreträdare.

* Jan Flood och Lars Wenne är advokater samt konkursförvaltare och rekonstruktörer verksamma vid Flood Herslow Holme Advokatbyrå. De är författare till boken God sed vid obeståndssammanhang, Jure, 2019. Daniel Wenne är biträdande jurist vid samma byrå.

¹ Kronofogdemyndigheten är tillsynsmyndighet.

Vissa frågor kanske inte uppmärksammas av rekonstruktören eller förvaltaren på grund av bristande insikt och erfarenhet, men även av andra orsaker som att felaktig information erhållits eller inte utvärderats på ett riktigt sätt, att erhållna uppgifter visar sig kunna förändras utifrån olika omständigheter eller att rekonstruktören eller konkursförvaltaren fattat ett beslut som i sig får efterföljande konsekvenser. Det sist angivna är ett sådant förhållande som granskare lätt kan kritisera och vars kritik kan få oanade konsekvenser för den berörde rekonstruktören eller förvaltaren.

I artikeln kommer vi att behandla värderingsfrågor inför upprättande av ackordsbouppteckningar och konsekvenser av sådana värderingar, frågor med anledning av fortsatt verksamhet under rekonstruktion eller konkurs, lönegaranti som del i ett rekonstruktionsförfarande, borgenärens engagemang och fråga om utredning av brott.

Vi kommer också att kort beröra någon fråga om arvode samt skillnaden i etisk prövning av advokater respektive de som inte är advokater men verksamma som förvaltare och/eller rekonstruktörer. Avslutningsvis kommer vi att kommentera vad som kan hända om den praktiska hanteringen som vi försökt beskriva leder till kritik ur ett etiskt perspektiv.

2. Värderingsproblematik i rekonstruktioner

Under ett rekonstruktionsförfarande har värderingsfrågan stor betydelse för borgenärernas bedömning av hur stor procentandel av de oprioriterade skulderna som kommer att kunna betalas.²

Rekonstruktörens ansvar för en tillgångsvärdering är stort. Enligt ett avgörande från Högsta domstolen, NJA 1980 s. 383, har en s.k. god man blivit ersättningskyldig gentemot en borgenär för att en i bouppteckning angiven tillgång inte fanns. Borgenären hade erbjudit sig, utifrån de uppgifter som presenterats i bouppteckningen, att förvärva aktier i gäldenärsbolaget och garantera de oprioriterade borgenärerna visst ackord. Erbjudandet grundades på att upptagna tillgångar fanns.

² Under ett konkursförfarande har värderingen inte samma betydelse som under ett rekonstruktionsförfarande eftersom tillgångarna enligt 8 kap. 1 § KonkL ska säljas så snart en försäljning kan ske. För en bedömning av utdelningsprognosen i konkursen är värderingen dock av betydelse för borgenärerna som kan behöva få besked om bl.a. storleken av en bedömd kundförlust.

För bristen i tillgångsvärdet ansågs den gode mannen ha ett ansvar. Vad som bör beaktas är således vilka tillgångar som gäldenären har och vilken betydelse tillgångarna har för gäldenärens intjäningsförmåga samt vilka värden tillgångarna kan ha vid en försäljning.

Till en begäran om ackordsförhandling ska bifogas en berättelse som bl.a. ska innehålla en översikt över gäldenärens tillgångar och skulder.³ Beroende på hur tillgångarna värderas kan gäldenären ”styra” borgenärernas intresse att vilja genomföra en företagsrekonstruktion i stället för en rekonstruktion genom ett konkursförfarande. För det fall gäldenärens balansräkning visar ett lågt tillgångsvärde men tillgångarna genererar en stor eller huvudsaklig intäkt skulle detta kunna motivera uppskrivna värden. Eftersom uppskrivna värden skulle kunna leda till en högre ackordsdividend kan ett korrigerat värde påverka framför allt en ägares möjlighet eller intresse av att verka för ett högre ackord till borgenärerna. Värderingen av tillgångarna innebär därför att såväl rekonstruktören som gäldenären mer eller mindre kan påverka vilken ackordsdividend som ska erbjudas borgenärerna och att borgenärerna, om gäldenären är ett aktiebolag, kan komma att medverka till att gäldenärens aktiekapital återställs utan tillskott från aktieägare. Dividenden ska också ses mot bakgrund av vilken likviditet som behövs för betalning av ett ackord och hur denna likviditet ska kunna erhållas.

En av rekonstruktörens uppgifter är att upprätta en rekonstruktionsplan som redovisar hur syftet med rekonstruktionen ska uppnås. Vad planen ska innehålla framgår varken av lagtext eller förarbeten, vilket torde bero på att planen ska kunna förändras under rekonstruktionstiden.⁴ I avsaknad av närmare krav på vad planen ska innehålla ges således utrymme för att en finansiell rekonstruktion ska kunna ske utan några formaliabestämmelser om värdering av gäldenärens tillgångar. Den preliminära förteckning över gäldenärens tillgångar och skulder som rekonstruktören ska tillställa borgenärerna inom en vecka efter beslutet om företagsrekonstruktion behöver således inte alls visa vilka tillgångar som genererar intäkter till gäldenären och inte heller vilka faktiska värden som tillgångarna egentligen har. Inte heller senare under processen behöver uppgifter om tillgångar och dess värden anges.

För det fall en rekonstruktion i sak ska genomföras innebärande att en verksamhetsgren ska avvecklas på grund av dålig lönsamhet, kan

³ 3 kap. 11 § 1 st. 1 p. FrekL.

⁴ Prop. 1995/96:5 s. 113 samt 188 f.

värderingsfrågan uppstå om tillgångar som inte behövs i en fortsatt verksamhet. I ett sådant fall kan tillgångarna i och för sig helt sakna såväl bokfört värde som försäljningsvärde. En avveckling kan också få konsekvenser för borgenärer med säkerhet i företagshypotek för det fall en tillgång som ska avyttras har ett bedömt värde som säkerhet och ett visst bokfört värde men visar sig sakna försäljningsvärde.

Det kan knappast ifrågasättas att i en rekonstruktions inledande skede endast en preliminär förteckning över gäldenärens tillgångar kan presenteras då den rekonstruktionsplan som ska redovisas kan förändras under förfarandet.⁵ I denna del kan snabbhet i ett förfarande inte ifrågasättas. Men till begäran om en ackordsförhandling bör enligt vår bedömning en noggrann värdering av gäldenärens tillgångar finnas med. Skälen till detta är många men vi kommer att ange ett par som vi anser väsentliga ur såväl rättslig som etisk aspekt och försöka exemplifiera detta.

3. "Going concern"

I en s.k. going concern är det inte säkert att tillgångarnas bokförda värde överensstämmer med verkligt värde. Om gäldenärens tillgångar i ett sådant fall översiktligt anges är fråga om värdet på dessa tillgångar avser ett bokfört värde, ett avkastningsvärde eller ett värde vid en avveckling. Tillgångarna kan vara undervärderade och dessa kan ge en högre försäljningslikvid i en konkurs än vad tillgångarna värderas till i rekonstruktionen. Samtidigt är det av vikt att i fråga om en rekonstruktion i sak försöka förstå vilka tillgångar som genererar intäkter till gäldenären och vilka tillgångar som inte gör det och som därför kan avyttras med företagshypoteksinnehavares medgivande. I det senare fallet är fråga om eventuell avräkning av säkerhetsunderlaget efter försäljning och värdet av kvarvarande säkerheter.

Vid granskning av ett antal rekonstruktioner har vi funnit att fråga om vilket värde tillgångarna har i en verksamhet inte utretts ordentligt eller i vart fall inte preciserats på sätt att borgenärerna har presenterats en fullständig bild av gäldenärens ekonomi för att ta ställning till om en rekonstruktion över huvud taget kan genomföras och lyckas på längre sikt eller om en konkurs bedöms ge en större utdelning till borgenärerna.

⁵ Prop. 1995/96:5.

Risken med att inte utreda tillgångsvärdena ordentligt är, att den kritik som riktats mot att företagshypoteks innehavare kan vara passiva under ett förfarande är riktig. Har företagshypoteks innehavare lämnat krediter utifrån ett säkerhetstänkande behöver denne inte vidta någon aktivitet under förfarandet. Detta torde kunna gälla även om värdet av bokförda tillgångar understiger värdet av borgenärens säkerhet för lämnade krediter. Gälldenärens, i en efterföljande konkurs, noggrant uppskattade värden bör i så fall vid en försäljning komma att motsvara minst företagshypoteks innehavarens fordran om säkerhetsunderlaget bedömts på rätt sätt vid kreditgivningen.

För s.k. oprioriterade borgenärer är risken med att gälldenärens tillgångsvärden inte utreds att de erbjuds ett lägre ackord än vad de egentligen skulle behöva acceptera. Det skulle till och med kunna innebära att borgenärerna deltar i ett ackord som i aktiebolagsfallen helt eller delvis återställer gälldenärens egna kapital utan att detta framgått av ackordserbjudandet. En balansräkning utvisande hur ställningen efter ett genomfört ackord kan komma att se ut skulle kunna råda bot på angiven brist.

Enligt vår bedömning är det därför viktigt att rekonstruktören fullgör sin dubbla roll som ”ombud”⁶ för gälldenären och garant för att borgenärerna får riktig information om gälldenärens förhållanden i allmänhet och tillgångsvärden i synnerhet. Flertalet ackord torde endast kunna genomföras om gälldenärens egna kapital återställs genom ett kapitaltillskott, oftast använt för erläggande av ackordslikviden men någon redovisning om detta lämnas sällan.

4. Värderingsprinciper och vem ska avgöra värdet

Utifrån vad som angetts bör principerna för en värdering vara sådana att gälldenären kan försvara dessa samtidigt som inte gälldenärens borgenärer på grund av för låga värden erbjuds ett för lågt ackord. En fråga som därför uppkommer är om inte en värderingsman som har viss auktorisation ska bedöma värdet på gälldenärens tillgångar för en

⁶ Enligt 2 kap. 11 § FrekL ska rekonstruktören ha den särskilda insikt och erfarenhet som uppdraget kräver, ha borgenärernas förtroende samt även i övrigt vara lämplig för uppdraget. Eftersom gälldenären inte vid beslut om företagsrekonstruktion mister sin rådighet över verksamheten finns en risk att rekonstruktören inte kan agera helt självständigt.

finansiell rekonstruktion. Härutöver är fråga om inte rekonstruktören ska anlita någon extern person, t.ex. en auktoriserad revisor, ekonom, företagsledare eller annan lämplig person att göra en tillgångsvärdering samt även utreda orsaken till gäldenärens illikvida problem och möjligheter till en rekonstruktion i sak, för att bedöma vilka åtgärder som ska vidtas för att åstadkomma en lönsam rörelse.⁷

5. Upparbetade tillgångsvärden under en fortsatt verksamhet med rekonstruktion

Vi kommer att beröra tre olika situationer beträffande fortsatt verksamhet, dvs. vad vi ovan angett som going concern, under rekonstruktion.

Den första situationen är vad man som tilltänkt eller utsedd rekonstruktör ska göra om en rekonstruktion inte ser ut att kunna genomföras över huvud taget. Den andra situationen är en fråga om att fortsätta gäldenärens verksamhet. Slutligen kommer vi att beröra situationen om en rekonstruktör ska medverka till att fortsätta en verksamhet när kapitalunderskott föreligger i den rörelse som är tänkt att rekonstrueras och vilka följder som detta i så fall kan få.

Den första situationen kan i och för sig uppdelas i två alternativ. Den ena är att en tilltänkt rekonstruktör blir tillfrågad om ett uppdrag och erhåller information om gäldenären och dennes verksamhet innan en ansökan om företagsrekonstruktion inlämnas till rätten. Framkommer redan då att det finns omständigheter som kan innebära att en rekonstruktion inte kan genomföras, varken finansiellt eller i sak, bör ett förfarande troligen inte inledas. Det kan vara omständigheter som visar att verksamheten ska läggas ner, att en likviditetsprognos visar att gäldenären under förfarandet inte bedöms kunna betala i rörelsen uppkommande förpliktelser, att den borgenärsmajoritet som erfordras för en betalningsuppgörelse inte bedöms kunna uppnås utifrån antalet borgenärer och fordringsbelopp eller att ett tänkt ackord inte bedöms kunna betalas inom viss tid. Det kan också vara så att ett ställningstagande gjorts eller måste göras till om kontrollbalansräkning ska upprättas. Visar det sig att kontrollbalansräkningsskyldighet föreligger får det betydelse för en tänkt rekonstruktion enligt vad som angetts ovan. Det kan även vara så att bokföringen inte är tillförlitlig och därför omintetgör möjligheten att undvika konkurs.

⁷ Se prop. 1995/96:5 s. 103 f. och s. 187.

Vid den genomgång av förhållandena som den föreslagne rekonstruktören kan ges möjlighet att göra kan således framkomma att förutsättningarna för en rekonstruktion är så små att en rekonstruktion genom ett konkursförfarande kan vara betydligt enklare att genomföra och mer fördelaktigt för gäldenärens borgenärer. Risken finns nämligen att gäldenären annars genom ett rekonstruktionsförfarande kan drabbas av kostnader som i sin tur gör att borgenärerna kan komma att lida skada om förutsättningarna för ett rekonstruktionsförfarande inte finns.

Det andra varianten av den första situationen är att det framkommer omständigheter efter att ett förordnande som rekonstruktör erhållits som tyder på att en uppgörelse med borgenärerna inte bedöms kunna genomföras.

I de fall den förordnade rekonstruktören inte agerar för att rekonstruktionsförfarandet avbryts riskerar borgenärerna att få lägre utdelning i ett kommande konkursförfarande. Rekonstruktören har då agerat i strid mot andan i lagen om att en rekonstruktör ska ha den särskilda insikt och erfarenhet som uppdraget kräver, ha borgenärernas förtroende samt i övrigt vara lämplig för uppdraget. Därtill har rekonstruktören agerat i strid mot god sed.

Den andra situationen är att rekonstruktionen bör kunna genomföras och att gäldenären bedöms kunna fortsätta sin verksamhet. Detta innebär inte bara att regelsystemet i lagstiftningen ska följas utan också att gäldenärens verksamhet under rekonstruktionsförfarandet genererar så mycket likviditet att löpande kostnader under förfarandet kan betalas. I huvudsak får förutsättas att gäldenärens löpande kostnader kan regleras kontant. I undantagsfall kan rekonstruktören enligt 10 § 1 st. 4 p. förmånsrättslagen lämna en s.k. superförmånsrätt för kostnader som inte omedelbart kan betalas. Innan en superförmånsrätt lämnas bör rekonstruktören inhämta samtycke från i vart fall berörd företagshypoteks innehavare eftersom förmånsrätten inskränker företagshypoteks innehavarens förmånsrätt och är evig.⁸ Det senare bör emellertid kunna hanteras genom utformningen av den utställda superförmånsrätten, t.ex. att den enbart avser leveranser under en viss tid. Superförmånsrätten skulle möjligen också kunna begränsas på annat sätt, t.ex. till belopp eller med villkor om visst förhållande som att förmånsrätten ska vara efterställd viss borgenär.

⁸ Se NJA 2014 s. 389.

Inför en fortsättning av verksamheten är det av stor vikt att det finns en budget från gäldenären som visar likviditetsströmmarna och att det i budgeten tagits hänsyn till om det föreligger inskränkningar i form av t.ex. factoringavtal, som skulle kunna påverka gäldenärens likviditetsbehov. Men som angetts ovan är det av vikt att frågan om finansiering av ett tänkt kommande ackord också utreds samt att ett ackord kan komma att utbetalas inom tid som angetts i en slutlig rekonstruktionsplan. Även den minskning av verksamheten som kan följa av en betalningsinställelse måste beaktas.

Den tredje situationen är om en gäldenärs verksamhet kan rekonstrueras om – i aktiebolagsfallen – kontrollbalansräkning inte upprättats och gäldenärens ställföreträdare kan komma att riskera ett personligt betalningsansvar för del av gäldenärens skulder. Högsta domstolen fastslog i NJA 2018 s. 1038 att den s.k. medansvarsperioden inte avslutas genom att bolaget beviljas företagsrekonstruktion. Detta torde innebära att en borgenär i vissa fall kan bevaka sin fordran i ett ackordsförfarande men också kan kräva en styrelseledamot på vad som inte kan komma att erhållas i ett beviljat ackord.

När en verksamhet bedrivs under rekonstruktion uppkommer fråga om fördelning av eventuellt överskott i rörelsen som uppkommer under förfarandet. Högsta domstolen har, såvitt gäller konkurs, avgjort detta genom NJA 1982 s. 900. Fråga är om det även vid rekonstruktion ska tas hänsyn till att eventuellt överskott vid en försäljning, genererat av inköpta råvaror och lönekostnader, i analogi med konkursfallet, ska få betydelse för en tänkt ackordslikvid till de s.k. oprioriterade borgenärerna under förutsättning att en rekonstruktion finansiellt och/eller i sak kan genomföras. Vi är av uppfattningen att en liknande proportionering bör övervägas under ett rekonstruktionsförfarande.

6. Fortsatt verksamhet under konkurs

En konkursförvaltare får under konkurs fortsätta gäldenärens rörelse i den mån det anses ändamålsenligt.⁹ Detta förutsätter att förvaltaren inte bara främjar en förmånlig och snabb avveckling. Verksamheten bör dock i regel avvecklas inom en månad från konkursbeslutet. En konkursförvaltare står under tillsyn av TSM vilket, till skillnad från

⁹ 8 kap. 2 § KonkL.

ett rekonstruktionsärende, innebär att TSM kan ha synpunkter på om verksamheten ska fortgå och i så fall hur och under vilken tid.

För den verksamhet som kan komma att bedrivas är det av vikt att konkursförvaltaren har klart för sig vad som är s.k. massakostnader och vad som är konkurskostnader.¹⁰ Den senare kostnaden ska i första hand utgå ur boet före andra kostnader. För konkurskostnader har staten ett subsidiärt betalningsansvar.¹¹

Inför ett beslut om fortsatt drift men även ett ställningstagande till en avveckling, är det oftast av vikt att upprätta en budget över kostnader för den fortsatta driften eller avvecklingen. Vid upprättande av en budget är det även av vikt att beakta vilka krav som kan komma att ställas på en avveckling och vilka kostnader sådana eventuella krav kan medföra.¹²

Betydelsen av att följa den s.k. proportioneringsmetoden för det värde som ska tillskrivas företagshypoteksinnehavare respektive det s.k. allmänna boet framgår av NJA 1982 s. 900. Av målet framgår att beträffande produkter som helt eller delvis framställts av vid konkursutbrottet befintliga råvaror och halvfabrikat vid utdelning ska gottskrivas företagsinteckningshavare med ett belopp som motsvarar värdet av sådana råvaror och halvfabrikat. Metoden innebär att värdet anses utgöra den andel av den färdiga produktens försäljningsvärde som motsvarar förhållandet mellan de kostnader som nedlagts på produkten före konkursutbrottet och de totala kostnaderna för denna.

7. Lönegaranti under fortsatt verksamhet (alternativt drift som ska överlåtas, vilka som berörs eller vad gäller för överklagande av lönegaranti) m.m.

Det är inte ovanligt att åtminstone vid rekonstruktionsförfaranden uppgift lämnas om att reglerna om lönegaranti kan utnyttjas som ett likviditetstillskott för att kunna försöka genomföra ett rekonstruktionsförfarande. Anställdas rätt till statlig lönegaranti vid konkurs eller företagsrekonstruktion kan inte ifrågasättas i sig men vad som kan ifrågasättas är om den statliga lönegarantin ska användas som om rekon-

¹⁰ 14 kap. 1 § 1 st. 3 p. KonKL.

¹¹ 14 kap. 2 § 1 st. KonKL.

¹² Se t.ex. NJA 2003 s. 599 som gällde upprättandet av en miljörapport för en verksamhet som försatts i konkurs.

struktören som beslutar om garantin ska kunna ”teckna” statens konto. Om en noggrann analys gjorts som visat att gäldenären inlett ett rekonstruktionsförfarande som inte går att genomföra får rekonstruktören anses ha agerat felaktigt.

Använder rekonstruktören lönegaranti och rekonstruktionen utmynnar i en konkurs är fråga om användningen av lönegarantin under företagsrekonstruktionen också står i strid mot en likabehandling av borgenärerna och frysningsprincipen av gäldenärens skulder. En slutsats vi drar är att en rekonstruktör måste känna sig rimligt säker på att en uppgörelse med gäldenärens borgenärer kan genomföras för att lönegaranti ska kunna beviljas gäldenärens anställda.

I NJA 1995 s. 627 var fråga om en konkursförvaltare medverkat till att en köpare kunnat överta en konkursgäldenärs anställda och också kunnat använda sig av lönegarantin efter övertagandet. Förvaltaren hade i avtal om överlåtelse villkorat denna av att köparen övertog alla konkursboets rörelsekostnader, med undantag av personalkostnader, från och med konkursdagen. I målet framkom att lönegaranti endast utgått för tid innan köparen faktiskt tillträtt verksamheten. Det förhållandet att avtalet om överlåtelse av rörelsen inte innefattat något åtagande för köparen att retroaktivt svara för personalkostnaderna ansågs inte strida mot lönegarantilagen eller mot de syften som ligger bakom lagen.

Den slutsats som kan dras av domen är att det torde ligga ett stort ansvar på konkursförvaltaren eller rekonstruktören att inte bestämmelserna i lönegarantilagen åsidosätts eller missbrukas och att det beslut som fattas sker med den information som finns när beslut ska fattas.

Beträffande rätten till lönegaranti ska beslut fattas inom tid att löneutbetalningar helst ska kunna ske på förfallodagar, att besluten grundas på anställningsförhållanden som så gott som möjligt klargjorts och att fråga om anställningsförmåner som inte omfattas av den statliga lönegarantin beaktas.¹³

¹³ Förvaltaren ska i ett första steg ta ställning till huruvida det finns en lönefordran. Står det klart att arbete har utförts och det därmed finns en reell lönefordran ska förvaltaren i steg två ta ställning till om fordran är skäligen med hänsyn till gjord arbetsinsats, verksamhetens lönsamhet och omständigheterna i övrigt.

8. Borgenärens engagemang – förslag till rekonstruktör eller förvaltare

När lagen om företagsrekonstruktion kom var fråga om inte samma krets av personer, dvs. s.k. högre tjänstemän vid Ackordscentralen samt vissa advokater, skulle hantera såväl rekonstruktionsärenden som konkurser. Bortsett från högre tjänstemän vid Ackordscentralen står förvaltarna, förutom under tillsyn av TSM, under tillsyn av Sveriges advokatsamfund. Men ett antal andra olika aktörer har anmält sig vilja åta sig rekonstruktionsuppdrag och tilldelas också utan egentlig kompetensprövning sådana uppdrag. Dessa rekonstruktörer står, tillsammans med tjänstemännen från Ackordscentralen, helt fria från etisk granskning såvida inte sådan sker inom ramen för ett rättsligt avgörande.

Vad gäller tjänstemännen vid Ackordscentralen förutsätts att dessa följer samma etiska regler som de som är advokater har att följa men undantag finns. Ett sådant är marknadsföring, vilket ställer särskilda krav på hur denna ska kunna ske.

Vad som bedöms vara av vikt är att rätt person ska kunna förordnas till rekonstruktör eller konkursförvaltare. Fråga är dock vilken prövning som sker av rekonstruktörens lämplighet. Vad gäller konkursförvaltare granskas dessa av TSM. Myndigheten förutsätts ha god kännedom om kvaliteten på de som regelmässigt förordnas till förvaltare.

Innan förvaltare utses kan gäldenären eller en borgenär komma med förslag.¹⁴ Ett förslag kan innebära att någon föreslås till förvaltare som i och för sig uppfyller kraven att kunna förordnas men som trots det inte borde utses i den enskilda konkursen. Orsaker till att annan skulle vara bättre skickad att hantera den enskilda konkursen skulle t.ex. kunna vara erfarenhet, speciell kompetens, tillgänglighet m.m. Liknande överväganden skulle kunna gälla den som regelmässigt föreslås som förvaltare från visst borgenärshåll. Det senare skulle kunna innebära en delikatessjävssituation för att granska exempelvis återvinningsbara transaktioner.¹⁵

¹⁴ Se NJA 2007 s. 471 angående de krav som ska ställas på den som ska kunna utses till förvaltare.

¹⁵ Se Stockholms tingsrätt beslut av den 8 mars 2017 i mål K 3060-17, i vilket det ansågs olämpligt att förordna en advokat till förvaltare med hänsyn till att han och likvidatorn vid upprepade tillfällen föreslagit varandra till förvaltare. Av beslutet framgår att den tilltänkta förvaltaren och likvidatorn föreslagit varandra i 13 respektive 24 konkurser.

9. Återvinning och brottsundersökning

Under företagsrekonstruktion kan rekonstruktören väcka talan om återvinning innan en begäran om ackordsförhandling tas upp.¹⁶ Föreligger skäl att väcka talan om återvinning är fråga om också andra förhållanden föreligger som dels kan äventyra gäldenärens möjligheter att få igenom en ackordsuppgörelse, dels kan göra att gäldenärens eller dess ställföreträdares agerande innan ett beslut om rekonstruktion kan ifrågasättas till nackdel för en tänkt uppgörelse. I denna del kan den utsedde rekonstruktören i så fall vara mer eller mindre "bakbunden" att agera snarare till fördel för gäldenärens sak än för borgenärernas sak. Denna omständighet kan nog till del ses mot bakgrund av att gäldenären inte fråntagits sin rådighet över den verksamhet som avses bli rekonstruerad. Rekonstruktören är därför beroende av gäldenärens eller dennes företrädares uppgifter för att kunna erbjuda borgenärer ett förslag till finansiell lösning.

I konkursfallen ska förvaltaren upprätta en berättelse enligt vilken vissa frågor ska behandlas.¹⁷ En underrättelse ska göras till allmän åklagare om en gäldenär kan misstänkas för brott enligt 11 kap. brottsbalken eller annat brott av inte ringa beskaffenhet som har samband med verksamheten.¹⁸ I båda dessa fall ska underrättelsen ske med angivande av grund för misstanken. Först i slutredovisningen ska förvaltaren redogöra för vilka åtgärder som vidtagits för att efterforska brott, varvid möjlighet finns att få kännedom om att misstanke om brott framkommit under utredningen.¹⁹

Svea hovrätt dömde den 28 mars 2007 i mål nr B 7643-06 en konkurshandläggare, tillika advokat, för vårdslös tillvitelse på grund av att denne underrättat åklagare om misstanke om bokföringsbrott på grund av avsaknad av bokföring oaktat förvaltaren hade omhändertagit gäldenärens bokföring som misstanken avsåg. Däremot fastställdes tingsrättens ogillande dom beträffande den förordnade förvaltaren som hade undertecknat underrättelsen tillsammans med handläggaren. Förvaltaren ansågs ha kunnat förlita sig på de uppgifter som lämnats

¹⁶ 3 kap. 6 § 1 st. FrekL.

¹⁷ 7 kap. 15 § 1 st. KonkL.

¹⁸ 7 kap. 16 § 1 st. KonkL.

¹⁹ 7 kap. 17 § KonkL.

honom av handläggaren. Enligt uppgift fick båda advokaterna en erinran av Sveriges advokatsamfund för den felaktiga underrättelsen.

10. Arvodesfrågor

Rekonstruktören har rätt till ersättning för nedlagt arbete, dock inte med högre belopp än som med hänsyn till det arbete uppdraget har krävt, den omsorg och skicklighet varmed det har utförts samt näringsverksamhetens omfattning kan anses utgöra skäligen ersättning för uppdraget.²⁰ Arvodet kan komma att prövas av rätten.²¹

Förvaltarens arvode i konkurs får inte bestämmas till ett högre belopp än som med hänsyn till det arbete som uppdraget har krävt, den omsorg och skicklighet varmed det har utförts samt boets omfattning kan anses utgöra skäligen ersättning för uppdraget.²²

Mot bakgrund av vad vi angett om att förvaltare står under tillsyn av TSM kan denna ha synpunkter på förvaltarens yrkade arvode. I rekonstruktionsärendena kan, som angetts, arvodet i och för sig prövas av rätten. Detta kräver dock en särskild begäran och sker, enligt vad vi förstått, ytterst sällan. I rekonstruktionsfallet är fråga om mer allmänna principer för arvodesbedömning iakttagits och att dessa principer också kan motiveras ur ett etiskt perspektiv.

11. Övrigt

Vi vill nu beröra en fråga som har visst intresse för konkursförvaltning. Som angetts står inte s.k. högre tjänstemän hos Ackordscentralen under samma etiska tillsyn som advokater. TSM kan, i en fråga om s.k. god förvaltarsed, anse att någon inte ska förordnas till förvaltare i annat än enklare konkurser eller inte alls. Sveriges advokatsamfund kan, som tillsynsorgan för advokater, fatta ett beslut rörande en konkursförvaltande advokat som innebär en disciplinär påföljd som TSM kan åberopa. Teoretiskt kan TSM, med åberopande av vad advokatsamfundet kommit fram till, komma fram till ett strängare beslut för den konkursförvaltande advokaten än vad advokatsamfundet kommit fram till utan att åberopa samfundets beslut. Samma förhållande finns

²⁰ 4 kap. 4 § 1 st. FrekL.

²¹ 4 kap. 4 § 2 st. FrekL.

²² 14 kap. 4 § 2 st. KonkL.

inte för de s.k. högre tjänstemännen hos Ackordscentralen. Teoretiskt är det också tänkbart att TSM gör en annan tolkning än advokatsamfundet av vad god förvaltarsed innebär.

I en rättslig prövning av god förvaltarsed kan rätten komma fram till ett visst resultat enligt vilket ingen kritik riktas mot förvaltaren, men som Sveriges advokatsamfund anser vara en fråga om god advokatsed. Har advokatsamfundet således funnit att en advokat brutit vad gäller god advokatsed kan advokaten få en disciplinär påföljd även om inget rättsligt fel begåtts. Ett exempel på detta är samfundets avgörande den 4 september 2003, § 105, D 9669/2002 och Högsta domstolens avgörande i NJA 2004 s. 777. Advokaten hade återtagit en s.k. abandonering för att en fastighet skulle kunna säljas exekutivt. Rättsligt gick det att återkalla abandoneringen vilket fick till följd att fastigheten också kunde säljas. Etiskt ansåg samfundet att advokaten förfarit felaktigt som återkallat abandoneringen. Advokaten tilldelades en erinran. I detta fall kan man nog anse att advokaten gjort ett riktigt rättsligt övervägande enligt god förvaltarsed som inte varit i överensstämmelse med god advokatsed, vilket kan tyckas något märkligt.

En fråga om etiskt handlande eller inte av en advokat kan, enligt vad som angetts av Peyron, leda till en påföljd för något som en advokat inte insett skulle bli föremål för prövning.²³ Vad som därför torde vara viktigt för en advokat som blir anmäld i ett disciplinärende är, att inte själv gå i svaromål utan anlita ett biträde för att avge svar efter det att anmälares kritik analyserats (såväl rättsligt som etiskt) och specificerats. Svaromålet bör således innehålla uppgift om hur kritiken uppfattats så att anmälaren minimerar risken för att kritiseras för ett agerande eller en passivitet som inte kunnat uppfattas eller bemötas. Detsamma torde också gälla i rättsliga frågor.

12. Vad är då god sed enligt de rubriker vi angett?

Vad vi försökt att beskriva är vad som gäller i vissa moment av rekonstruktion och konkurs och att hanteringen av dessa moment kan väcka etiska frågor som kan komma att bedömas olika beroende på om man är rekonstruktör eller förvaltare samt om man är advokat eller inte.

Sammantaget kan en advokat riskera att vid fel avväganden och beslut drabbas av en etisk prövning hos advokatsamfundet, en rättslig

²³ Peyron, C., En praxisgenomgång, 2010, s. 13.

prövning med etiskt inslag i domstol och ett ställningstagande av god rekonstruktions- (vid lönegarantihandläggning) eller förvaltarsed av TSM. Ackordscentralens tjänstemän klarar sig med de två senare prövningarna, den rättsliga och den av TSM. Vissa rekonstruktörer som inte är anställda hos Ackordscentralen eller är advokater torde sällan bli föremål för någon etisk granskning.

Man kan fråga sig om risken för att bli utsatt för en prövning, oavsett om man är advokat, anställd hos Ackordscentralen eller rekonstruktör utan anknytning till advokatbyrå eller Ackordscentralen, över huvud taget finns. Risken tycks vara liten, vilket kan bero på att antalet aktörer inte är så många samt att flera av dessa har erfarenhet av förfarandena. Det viktiga är att aktörerna är medvetna om att göra etiska överväganden inom ramen för den lagstiftning som finns och att den etiska prövningen ligger i linje med en rättslig prövning.

13. Avslutning

God sed kan begreppsmässigt indelas i god rekonstruktionssed, god förvaltarsed eller god advokatsed. Detta behöver inte innebära att den etiska prövningen blir lika om en prövning av ett beteende sker under olika begrepp. Vad vi berört är att en god sed ska omfatta överväganden enligt de olika rubrikerna som innefattar såväl en riktigt rättslig bedömning som att en god sed följs. Det är en sak att få fel i en rättslig bedömning och en annan att etiskt erhålla ett påpekande. Det senare kan, som angivits, leda till att man fortsättningsvis inte får några förordnanden och därmed drabbas av ett indirekt näringsförbud.

Noggranna överväganden måste göras i de frågor vi berört så att allmänhetens förtroende för en rekonstruktörs eller konkursförvaltares arbete upprätthålls. Utifrån de synpunkter vi angett finns enligt oss skäl att till del se över lagstiftningen, i huvudsak den som gäller företagsrekonstruktioner, om inte annat för att bättre tillvarata borgenärernas intresse. Härutöver måste en debatt ske om vad som ska kunna anses vara god sed.

