



2019-01-15

Till Högsta domstolen

Översänds endast per mail:

hogsta.domstolen@dom.se

Mål Ö 1820-18 JS 11

I anledning av Högsta domstolens beslut att Rekonstruktör- & Konkursförvaltarkollegiet (REKON) i Sverige ska beredas tillfälle att yttra sig i rubricerat mål, inkommer REKON med följande skrivelse.

Den remitterade frågan

Av Högsta domstolens beslut framgår att yttrandet ska avse vilka konsekvenser det har om likvidatorns fordran i konkurs inte är förenad med kvittningsrätt och det inte heller föreligger någon säkerhetsrätt för fordran, och särskilt om detta förhållande kan påverka möjligheterna att finna lämpliga personer att åta sig uppdrag som likvidator.

REKON inleder med en allmän beskrivning av förutsättningarna för hantering av penningmedel och arvodering vid likvidationsuppdrag och övergår därefter till bedömningen av den remitterade frågan.

Hantering av penningmedel och arvodering vid likvidationsuppdrag

Hantering av penningmedel

Enligt 8 kap 4 § rättegångsbalken är en advokat skyldig att hålla sina huvudmäns pengar och andra tillgångar avskilda från det som tillhör honom själv. Skyldigheten att inte sammanblanda klientens och advokatbyråns pengar följer också av Advokatsamfundets vägledande regler för god advokatsed och det bokföringsreglemente som utfärdats av Advokatsamfundets styrelse.

Ytterst vilar denna skyldighet på advokatens plikt att tillvarata sin klients intresse, eftersom en sammanblandning av penningmedel typiskt sett ökar klientens risk i uppdragsförhållandet.

Vid likvidationsuppdrag är därför den etablerade ordningen att advokatbyrån öppnar klientmedelskonto för respektive uppdrag i advokatbyråns eller klientens namn (härefter "Klientmedelskonto"). Likvidationsbolagets medel förs därefter direkt till Klientmedelskonto allteftersom bolagets tillgångar omvandlas till kontanta medel.



Enligt REKON strider det mot god advokatsed att söka uppnå kvittningsrätt genom att regelmässigt sammanblanda likvidationsbolagets medel med advokatbyråns innan dessa fördelas ut till Klientmedelskonto (se punkterna 10-13 i Hamilton Advokatbyrå KB:s skrift 2018-08-20).

Arvodering vid likvidationsuppdrag

Utgångspunkten för den remitterade frågan är att de pengar som överförs till Klientmedelskonto är att betrakta som likvidationsbolagets och sedermera konkursboets egendom. Konkursboet har således separationsrätt i kontobehållningen på grund av äganderätt och inte med stöd av uppkommen redovisningsskyldighet för advokatbyrå.

Detta har betydelse för hur regleringen av likvidatorns arvodesanspråk rättsligt ska kvalificeras. Vid frivilliga likvidationen betingar sig likvidatorn i regel en rätt till ersättning för intjänat arvode (nedan benämnt som ett förskott) utan att invänta tidpunkten för slutredovisningen. Vid långvariga likvidationsuppdrag anses likvidatorn även utan sådan överenskommelse ha rätt till förskottsbetalning på årsbasis. Därtill kommer att likvidatorn alltid har rätt att lyfta ersättning för kostnader och utlägg löpande. I praktiken sker sådana betalningar genom att förskottsbelopp lyfts från Klientmedelskonto motsvarande fakturerad arvodesfordran. Om behållningen på Klientmedelskonto vore att betrakta som redovisningsmedel skulle förskottsbeloppet ses antingen som en kvittning (likvidatorns arvodesfordran i förhållande till bolagets redovisningsfordran) eller ett obehörigt ianspråktagande av penningmedlen och alltså inte som en betalning i konkurslagens mening. Eftersom likvidationsbolaget med bestämt betraktelsesätt "äger" behållningen på Klientmedelskonto ska emellertid uttaget av ett sådant förskottsbelopp anses vara en betalning från bolaget till likvidatorn och inte en kvittning.

Konsekvenser om likvidatorns fordran i konkurs inte är förenad med kvittningsrätt eller säkerhetsrätt

Allmänna utgångspunkter

Vid tvångslikvidationer är det uppenbart en stor risk att bolagets tillgångar är otillräckliga för att täcka likvidationskostnaderna. En likvidator har därför givits rätt till viss ersättning för sitt uppdrag från Bolagsverket under förutsättning att bolaget försatts i konkurs och likvidatorn inte har kunnat få ersättning på annat sätt. Ersättning kan också utgå vid frivillig likvidation i de fall där Bolagsverket utsett en annan likvidator än den bolaget föreslagit. Likvidationsersättningen är ett fast taxebelopp (8 290 kr exklusive moms för 2019), som kan överskridas om uppdraget av särskilda omständigheter har krävt en större arbetsinsats än tio timmar.

REKON har inte något säkert underlag för att besvara om och i så fall i vilken utsträckning som Bolagsverket nekat ersättning utifrån förutsättningen att likvidatorn kunnat få ersättning för



likvidationskostnaderna på annat sätt, till exempel genom förskottsbetalning eller andra säkerhetsarrangemang. Bolagsverket tycks dock i dagsläget framförallt kräva att likvidatorn bevakar sin likvidationsfordran i konkursen, så att eventuell utdelning från konkursboet kan avräknas från den ersättning som betalats av Bolagsverket. Oavsett detta konstaterar REKON att den generella utformningen av villkoret för ersättning från Bolagsverket i sig innebär en förhöjd risk för utebliven betalning i avsaknad av rätt till kvittning eller annan säkerhetsrätt.

Vid frivilliga likvidationer och tvångslikvidationer där ingen eller otillräcklig ersättning lämnas av Bolagsverket, har likvidatorn intresse av att försöka säkerställa sitt arvode på annat vis. Detta kan ske på olika sätt (bankgaranti, borgensåtagande från exempelvis ett moderbolag, eller avtalad panträtt). Enligt REKON är det dock förhållandevis ovanligt med denna typ av säkerhetslösningar, eftersom det innebär en ökad kostnad och tidsåtgång för klienten och likvidatorerna har – oavsett utgången i NJA 2014 s 935 "Independent" - hitintills förlitat sig på att man har en kvittningsrätt i omhändertagna penningmedel. Vanligast är därför att likvidatorn, vid sidan av kvittning, genom särskild överenskommelse söker säkerställa upparbetat arvode och gjorda utlägg genom en rätt till förskottsbetalning.

Vid förskottsbetalning föreligger det dock betydande risker för likvidatorn vid en efterföljande konkurs. Saken kan utvecklas enligt följande.

Enligt 25 kap 36 § aktiebolagslagen ska likvidatorn ansöka om att bolaget försätts i konkurs om bolaget är på obestånd. I det ursprungliga lagförslaget angavs att ifall bolaget var på obestånd *och inte kunde betala likvidationskostnaderna* var likvidatorn skyldig att ansöka om att bolaget försattes i konkurs. Efter påpekande från lagrådet (se sidorna 92–93 i lagrådets yttrande) togs dock hänvisningen till obetalda likvidationskostnader bort. Motiveringen var att om bolaget är på obestånd bör konkurslagens regler om utseende av konkursförvaltare, undersökning av ekonomisk brottslighet, fortsatt drift, realisation och utdelning m.m. vara att föredra, oavsett om bolaget kan betala likvidationskostnaderna.

Aktuell bestämmelse i aktiebolagslagen anvisar tydligt att likvidatorn ska agera utan dröjsmål när obestånd kunnat konstateras och att konkursansökan ska lämnas in oavsett om det i och för sig finns medel för att reglera obetalda likvidationskostnader. Det finns därför en beaktansvärd risk för att upparbetat likvidationsarvode till någon del kan vara oregrerat vid konkurstidpunkten oavsett om likvidatorn givits tillåtelse till förskottsbetalning och har ansträngt sig för att fakturera löpande för sitt arbete.

Om förskottsbetalning har hunnit ske före likvidationsbolagets konkurs finns det vidare en risk för att åtgärden återvinns till konkursboet enligt 4 kap konkurslagen.

Det finns visserligen visst stöd för påståendet att en likvidator ska kunna säkerställa sin ersättning för nedlagt arbete genom att erhålla förskottsbetalning utan risk för återvinning. Till exempel kan

lagrådets yttrande ovan anses utgå ifrån den outtalade förutsättningen att likvidatorn ska ha rätt att tillgodogöra sig redan upparbetat arvode (genom betalning eller kvittning) utan risk för återvinning i en efterföljande konkurs. Vidare angavs i förarbetena till förmånsrättslagen, som ett skäl att inte ge likvidatorer förmånsrätt för sitt arvode, att i de fall bolaget hade tillgångar som åtminstone översteg likvidationskostnaderna borde likvidatorn kunna säkerställa sig för förluster genom krav på förskottsbetalning (se prop. 1970:142 s 104–105). Motivuttalandet pekar mot att lagstiftaren inte ansåg att en sådan betalning skulle gå åter med stöd av återvinningsbestämmelserna i konkurslagen. Det kan dock antas att skrivningen i propositionen skedde utifrån den då rådande uppfattningen att likvidatorn hade kvittningsrätt för sin arvodesfordran.

Även i beaktande av det ovanstående anser REKON att det föreligger en betydande osäkerhet kring hur en förskottsbetalning ska betraktas i återvinningshänseende. Normalt sker en sådan förskottsbetalning till den, i konkurslagens mening, närliggande likvidatorn i nära anslutning till konkursen och vid en tidpunkt då bolaget redan är på obestånd. Eftersom förskottsbetalningen inte är att betrakta som en kvittning utan som en betalning så ges också betydligt större möjligheter att med framgång rikta ett återvinningsanspråk mot affärshändelsen.

Den egentliga grunden för att inte betrakta en förskottsbetalning av upparbetat likvidatorarvode inför förestående konkurs som återvinningsbar vore att anse att en sådan betalning normalt sett är ordinär och inte heller otillbörlig enligt konkurslagen. Detta skulle i sin tur kunna motiveras av att likvidations- och konkursförfarandet bärs upp av samma avvecklingsintresse och att de åtgärder som likvidatorn vidtar därför typiskt sett är till nytta eller i vart fall värdeneutralt för borgenärskollektivet i konkursen. Mot detta kan dock framföras att i de fall en borgenär inte har förmånsrätt för sin fordran bör utgångspunkten vara att en betalning vid bolagets obestånd till sådan borgenär har gynnat denne framför övriga fordringsägare på ett otillåtet sätt och därför är återvinningsbar.

Konsekvenserna

När det gäller frågan om på vilket sätt en utebliven kvittningsrätt eller annan säkerhetsrätt för likvidatorns arvode vid konkurs kan påverka möjligheterna att finna lämpliga personer att åta sig uppdrag som likvidator gör REKON följande bedömning.

Vid likvidationsuppdrag som förmedlas av Bolagsverket är det inte praktiskt möjligt att inför godtagandet av uppdraget säkerställa betalning av sitt kommande arvode utöver den ersättning som Bolagsverket erbjuder efter att ärendet avslutats. Eftersom Bolagsverkets ersättning är subsidiär i förhållande till likvidatorns rätt till betalning av bolaget måste likvidatorn i första hand begära förskott av upparbetat arvode av bolaget med de risker ett sådant förfarande har vid en efterföljande konkurs. REKON anser därför att det, framförallt vid likvidationsuppdrag där ersättningen från Bolagsverket kan befaras vara otillräcklig, finns en uppenbar fara att den tilltänkta likvidatorn avstår från uppdraget. På grund av att det vid tilldelningstidpunkten kan vara svårt att

avgöra hur komplicerat likvidationsuppdraget är och därmed vilken arbetsinsats som kommer att krävas av likvidatorn, finns det vidare en risk för att denna osäkerhet gör att för ärendetypen lämpliga personer helt avstår från att åta sig denna typ av uppdrag.

Vid frivilliga likvidationer där ingen ersättning lämnas av Bolagsverket finns det i och för sig en större möjlighet att inför åtagandet av uppdraget säkerställa betalningen för detsamma. På sätt som redovisats ovan är det dock REKON:s uppfattning att dessa möjligheter inte i dagsläget nyttjas i någon större utsträckning. Det är i och för sig möjligt att advokatbyråerna över tid anpassar sig till rättsläget och att säkerhetsarrangemang i form av bankgaranti, borgen och pant blir mer vanligt förekommande. Men det framstår inte som en lösning som främjar omsättningsintresset att regelmässigt behöva belasta likvidationsuppdraget med den typen av säkerhetslösningar.

En mer tilltalade lösning vore om det i praxis kunde klarläggas att en förskottsbetalning av likvidatorns arvode och kostnader normalt sett inte är återvinningsbar till konkursboet. I avsaknad av kvittningsrätt eller annan säkerhetsrätt skulle då likvidatorn endast riskera det upparbetade arvode som inte betalats av bolaget i tid före konkursen. Den osäkerhet som nu föreligger kring risken för återvinning av en förskottsbetalning sammantaget med de trösklar som är förenade med anordnande av olika säkerhetslösningar inför åtagandet av likvidationsuppdraget, innebär enligt REKON att även möjligheterna att få lämpliga personer att påta sig frivilliga likvidationer kan påverkas på märkbart negativt sätt.

Piteå dag som ovan

För REKON



Hans Andersson

Ordförande