



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sanna Böris

Styrelseledamöters personliga
betalningsansvar vid kapitalbrist
- *Ett regelsystem i behov av förändring?*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Katarina Olsson

Termin för examen: HT 2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod och material	7
1.4 Avgränsningar	9
1.5 Terminologi	9
1.6 Disposition	10
2 KAPITALKRAVET I AKTIEBOLAG	12
2.1 Inledning	12
2.2 Fritt eller bundet eget kapital	13
2.3 Aktiekapital	13
3 TVÅNGSLIKVIDATION VID KAPITALBRIST OCH PERSONLIGT BETALNINGSANSVAR	15
3.1 Inledning	15
3.2 Bestämmelsernas framväxt	15
3.3 Syfte med bestämmelserna	17
3.4 Det föreskrivna handlingsmönstret	20
3.4.1 Skyldighet att upprätta en kontrollbalansräkning	21
3.4.2 Skyldighet att hänskjuta frågan om bolagets försättande i likvidation till bolagsstämman	23
3.4.3 Skyldighet att ansöka om likvidation	25
3.5 Det personliga betalningsansvaret för styrelseledamöter	26
3.6 Ansvarsfrihetsgrunder	28
3.7 Answarets omfattning	29

3.8	Ansvarsperiodens slut	30
3.9	Kritik mot bestämmelserna	32
4	AKTIEBOLAGENS SKADESTÅNDSREGLER	34
4.1	Inledning	34
4.2	Allmänt om skadeståndsansvaret i aktiebolagslagen	34
4.3	Styrelseledamots skadeståndsansvar mot borgenär	36
5	REGLERING I ENGLAND	39
5.1	Inledning	39
5.2	Wrongful trading	40
5.3	Tillämpningen av <i>wrongful trading</i>	41
5.3.1	Section 214 (2)(a) IA – Bolaget försatt i konkurs	43
5.3.2	Section 214 (2)(b) IA – Insikt om att bolaget inte hade någon möjlighet att undvika en konkurs	43
5.3.3	Section 214 (2)(c) IA – Personen var styrelseledamot i bolaget vid ansvarsperiodens början	45
5.4	Ansvarsfrihetsgrunder	46
5.5	Ansvarighetsstandard	47
5.6	Answarets omfattning	47
5.7	Möjlighet att föra talan om <i>wrongful trading</i>	48
6	JÄMFÖRELSE MELLAN SVENSK OCH ENGELSK REGLERING	50
6.1	Inledning	50
6.2	Jämförelse mellan regelverken	50
7	ANALYS OCH SLUTSATSER	55
7.1	Inledning	55
7.2	Insufficiens eller insolvens?	56
7.3	Handlingsdirigerande effekt	58
7.4	Bestämmelsernas skyddsintressen	60
7.5	Bör regleringen överföras till insolvenslagstiftningen?	61
7.6	Skadeståndsansvaret i ljuset av ett införande av <i>wrongful trading</i>	61
7.7	Avslutande kommentarer	62

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

64

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING

70

Summary

Provisions regarding involuntary liquidation of companies, due to capital deficiency, have been enforced under Swedish regulation for a long period of time. The overall purpose of the regulation is to set a limit on the time period an unprofitable company may continue to trade before its operations must cease through liquidation. Thus, protecting the creditors of the company from a situation where the company's assets are consumed prior to the commencement of a liquidation of the company. As a means of exerting pressure, the legislator has implemented a pattern of actions, which the board of directors is required to comply with at a time when half of the share capital has been consumed. If the board of directors fail to act in accordance with the provisions, then they risk becoming jointly and severally liable for all the obligations that the company incurred during the period of liability.

The provisions have been criticised for being ambiguous and for creating a competitive disadvantage to the Swedish corporation as a legal form. Furthermore, the fact that the provisions are based on a company's insufficiency, rather than its insolvency, has been criticised to cause the provisions to trigger too late, at a time when it is inevitable that the company will become insolvent. It has also been discussed whether the statutory minimum level of share capital should undergo further reductions or completely be abolished. If such an amendment is carried out, the provisions regarding involuntary liquidation need to be changed.

In previous discussions a framework called wrongful trading, which is enforced under English law, has been proposed as a possible substitution to the current Swedish regulation. This regulation is triggered at a time when the company becomes insolvent and the actions of the board of directors, in the period just before, are examined.

The purpose of this thesis is to investigate whether wrongful trading constitutes a more effective regulation than the current provisions regarding involuntary liquidation. As a means of highlighting the advantages and disadvantages with each of the regulations, this thesis studies the Swedish provisions regarding involuntary liquidation and the English regulation regarding wrongful trading. It is argued that wrongful trading constitutes a more effective regulation than the current provisions. The inclusion of such a provision in Swedish law would generate several advantages; above all, it would trigger the directors' duty to act at an earlier stage than is the case under the current regulation. Overall, such regulation would be more adaptable and benefit corporate creditors to a greater extent.

Sammanfattning

Bestämmelser om tvångslikvidation av aktiebolag vid kapitalbrist har sedan länge reglerats i svensk rätt. Bestämmelsernas övergripande syfte är att utgöra en gräns för hur långt en förlustbringande verksamhet får fortsätta innan verksamheten måste upphöra genom likvidation. På så sätt skyddas bolagsborgenärerna mot att bolagets hela kapital konsumeras innan avveckling av bolaget inleds. Som ett påtryckningsmedel har lagstiftaren infört ett handlingsmönster som styrelseledamöterna är skyldiga att följa när bolagets kapital understiger en viss miniminivå. Vid underlåtenhet att följa det föreskrivna handlingsmönstret riskerar styrelseledamöterna att bli personligt och solidariskt betalningsansvariga för de förpliktelser som bolaget ådrar sig under ansvarsperioden.

Bestämmelserna har kritiserats för att vara svårförståeliga och ansetts medföra att det svenska aktiebolaget som bolagsform inte beaktas som konkurrenskraftigt. Vidare har det faktum att bestämmelserna tar utgångspunkt i ett bolags insufficiens, och inte insolvens, kritiserats för att föranleda att bestämmelserna aktiveras för sent, vid en tidpunkt då bolaget redan riskerar att vara på obestånd. Det har även diskuterats om det lagstadgade kravet på ett lägsta aktiekapital i privata aktiebolag ska genomgå ytterligare sänkningar eller avskaffas. Om en sådan lagändring genomförs kommer bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist att behöva förändras.

I tidigare diskussioner har ett regelverk kallat *wrongful trading*, vilket tillämpas i engelsk rätt, framförts som ett förslag på ett möjligt substitut till de nuvarande svenska bestämmelserna. Denna reglering är kopplad till bolagets insolvens och styrelseledamöternas agerande i tiden strax dessförinnan är avgörande för bedömningen av om ansvar föreligger.

Syftet med denna uppsats är att utreda om bestämmelsen om *wrongful trading* utgör en effektivare reglering än de nuvarande bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist. I uppsatsen studeras de svenska bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist och den engelska regleringen kring *wrongful trading*, för att åskådliggöra de för- och nackdelar som finns med respektive reglering. I uppsatsens analys argumenteras det för att *wrongful trading* utgör en effektivare reglering än de nuvarande bestämmelserna. Ett införande av en sådan reglering i svensk rätt skulle medföra flera fördelar, framförallt skulle styrelseledamöternas handlingsplikt aktualiseras vid ett tidigare skede än vad som är fallet under den nuvarande regleringen. Sammantaget är en sådan reglering mer flexibel och gynnar bolagsborgenärerna i större omfattning.

Förord

Så har jag kommit till det tillfälle då förordet ska författas, vilket också sätter punkt för min tillvaro i Lund. Nya äventyr väntar runt hörnet, men jag kommer med glädje minnas den tid som jag spenderat i denna härliga studentstad.

Tack alla ni som har gjort min tid i Lund oförglömlig. Tack mina underbara vänner, tisdagar kommer aldrig mer att vara desamma. Tack kontoret, en bättre arbetsplats och kollegor får man leta efter. Tack min kära familj för att ni alltid finns där och stöttar mig. Ett särskilt tack riktas till Olof, Victoria, Johanna och Jeanette för värdefulla genomläsningar.

Slutligen vill jag tacka min handledare Katarina Olsson, som under uppsatsskrivandets gång bidragit med kunskap och hjälp.

Kontoret, Lund, 7 januari 2015

Sanna Böris

Förkortningar

1895 års ABL	Aktiebolagslagen (1895:65)
1910 års ABL	Aktiebolagslagen (1910:88)
1944 års ABL	Aktiebolagslagen (1944:705)
1975 års ABL	Aktiebolagslagen (1975:1385)
ABL	Aktiebolagslagen (2005:551)
AC	Appeals Cases
Andra bolagsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/30/EU av den 25 oktober 2012
BCC	British Company Law Cases
BCLC	Butterworths Company Law Cases
BrB	Brottsbalken (1962:700)
CA	Companies Act 2006
KOM	Kommissionen
Dir.	Kommittédirektiv
IA	Insolvency Act 1986
JT	Juridisk Tidskrift
KL	Konkurslagen (1987:672)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NTS	Nordisk Tidskrift
PreskL	Preskriptionslagen (1981:130)
Prop.	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
Sec.	Section
SKF	Skatteförfarandelagen (2011:1244)
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UB	Utsökningsbalken (1981:774)
WL	Westlaw
ÅRL	Årsredovisningslagen (1995:1554)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

”Det är inte med någon entusiasm som jag skrivit denna bok. Verklig tillfredsställelse skulle jag dock känna om den kan bidra till att ifrågavarande regelverk avskaffas.”¹

De citerade raderna är ur förordet till Stefan Lindskogs bok; *Kapitalbrist i aktiebolag – Kommentarer till kap 25:13- 20 ABL*. Lindskog riktar i denna bok kritik mot bestämmelserna om tvångslikvidation av ett aktiebolag som återfinns i 25 kap. 13-20a §§ ABL. Där stadgas att underlåtenhet att agera vid tecken på kapitalbrist i bolaget kan medföra personligt och solidariskt betalningsansvar för bland andra styrelseledamöterna i bolaget.

Reglernas främsta syfte är att verka borgenärsskyddande, genom att föreskriva en gräns för hur långt en förlustbringande verksamhet får fortsätta innan bolaget måste träda i likvidation. Genom kraftfulla sanktionsregler, i form av ett personligt betalningsansvar för bolagets förpliktelser, styrs styrelseledamöterna till att följa ett i lagen föreskrivet handlingsmönster.²

Lindskog är inte ensam om att kritisera bestämmelserna. Dessa har emellanåt kritiserats från flera håll, och åsikter om att regleringen bör förändras har framförts.³ Kritiken som riktas mot bestämmelserna förklaras främst med att reglerna medför ett långtgående ansvar för styrelseledamöterna samtidigt som de är svåröverblickbara och svårtillämpade. Bestämmelserna är närmast unika för Sverige och saknar motsvarighet i övriga länder som vi brukar jämföra oss med.⁴ De övriga nordiska länderna har visserligen liknande bestämmelser beträffande tvångslikvidation vid kapitalbrist, men bestämmelserna sanktioneras istället med skadeståndsregler för styrelsens ledamöter.⁵

Ytterligare en olägenhet som har framförts som kritik mot bestämmelserna är att de utgår från ett bolags insufficiens, det vill säga den tidpunkt då skulderna överstiger tillgångarna. Detta skiljer sig från andra regelområden, exempelvis konkursrätten, där utgångspunkten är när bolaget blir insolvent, det vill säga oförmögen att betala förfallna skulder. Att regelverket tar sikte på insufficiens istället för insolvens riskerar exempelvis att medföra att ett bolag som kan möta sina betalningsförpliktelser genom löpande kassa-

¹ Lindskog 2008, i förordet.

² Se t ex Lindskog 2008, s. 16 ff. samt NJA 2005:792.

³ Se t ex Engerstедt & Svernlöv 2009, s. 44, Forsebäck 2008/09, s. 218, Dotevall 2006, s. 899, Andersson 2010, s. 255 ff. och Lindskog 2008 i förordet.

⁴ Engersteds särskilda yttrande i SOU 2009:34 s. 387.

⁵ SOU 2008:49 s. 67 ff.

tillskott, i form av lån från ett moderbolag eller annan aktieägare, ändå kan komma att likvideras.⁶

Den förra alliansregeringen ansåg det vara angeläget att skapa förutsättningar för att göra svenska aktiebolag mer konkurrenskraftiga. En kommitté tillsattes därför den 27 mars 2014 med uppdrag att bland annat utreda möjligheterna och fördelarna med att sänka aktiekapitalet till en (1) krona i privata aktiebolag.⁷ Genomförs en sådan lagförändring kommer regleringen kring tvångslikvidation vid kapitalbrist tvunget att behöva ses över.

I tidigare diskussioner kring hur en förändring av det nuvarande regelverket bör utformas, har ett regelverk som kallas för *wrongful trading* och som praktiseras i England förts fram som ett förslag på ett möjligt substitut till de nuvarande bestämmelserna.⁸ Regleringen är kopplad till ett bolags insolvens och styrelseledamöternas agerande i tiden strax dessförinnan är avgörande för bedömningen av om ansvar föreligger.⁹ Regelverket har även presenterats på EU-rättslig nivå och förslag på att införa ett liknande regelverk som en gemensam standard för borgenärsskyddet i medlemsländerna har lagts fram.¹⁰ Det finns dock ingen utförlig redogörelse över lämpligheten av en sådan förändring i svensk rätt, varför det finns ett intresse av att utföra en jämförelse mellan den svenska och den engelska regleringen.¹¹

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utreda om regelverket kring *wrongful trading*, som återfinns i engelsk rätt, utgör en effektivare reglering än de nuvarande svenska bestämmelserna om tvångslikvidation vid kapitalbrist och styrelseledamöternas personliga betalningsansvar. Mot bakgrund av denna utredning ämnar jag att i uppsatsen besvara om de svenska bestämmelserna bör förändras och utformas i likhet med den engelska regleringen. Med en effektivare reglering avses ett regelverk vilket har för avsikt att tillgodose följande intressen: borgenärernas intresse av att få sina fordringar betalda, intresset av att bärkraftiga företag inte avvecklas i onödan och intresset av att det ansvar som styrelseledamöterna riskerar att drabbas av inte blir alltför betungande.

⁶ SOU 2008:49 s. 91.

⁷ Dir. 2014:46.

⁸ Se bl.a. SOU 2008:49, s. 92, Engerstedt & Svernlöv 2009, s. 44 samt Dotevall 2006, s. 899.

⁹ Fletcher 2002, s. 707.

¹⁰ KOM (2003) 284. Förslaget har dock inte lett till någon lagstiftning.

¹¹ Det ska noteras att en uppsats som berör ett liknande ämne publicerades den 22 september 2014: *Förbättras borgenärsskyddet om lagstiftningen gällande tvångslikvidation på grund av kapitalbrist förändras?*. Uppsatsen upptäcktes dock först i slutskedet av arbetet med denna uppsats. De båda uppsatserna kan med fördel läsas som ett komplement till varandra av den intresserade.

För att uppfylla syftet med uppsatsen avses följande frågeställningar att besvaras:

- Hur ser den svenska regleringen för tvångslikvidation vid kapitalbrist och styrelseledamöters personliga betalningsansvar ut?
- Vad är syftet bakom denna reglering?
- Hur ser den engelska regleringen kring *wrongful trading* ut?
- Vad är syftet bakom denna reglering?
- Vad finns det för likheter och skillnader mellan regelverken?
- Bör den svenska regleringen utformas i likhet med den engelska regleringen kring *wrongful trading*?

1.3 Metod och material

För att uppnå syftet med uppsatsen måste regleringen i respektive rättsordning klarläggas och ändamålet med bestämmelserna utredas, likaså deras innehåll och betydelse. Metoden som används kommer därför att vara rättsdogmatisk. Den rättsdogmatiska går ut på att tolka och systematisera gällande rätt, utifrån rättstillämparens perspektiv.¹² Rättsdogmatiken kan dessutom mycket väl vidga perspektivet och gå utanför gällande rätt för att söka efter ideala lösningar.¹³

Den svenska och den engelska rättsordningen grundar sig i olika rättstraditioner, *civil*; respektive *common*; *law*, varför metoden måste anpassas därtill. I rättsordningar grundade i rättstraditionen *civil law* består rättskällorna till stor del av kodifierad lagtext, och förarbeten till lagstiftningen har lika stor betydelse som den tillämpning som sker av domstolarna. Vad gäller rättsordningar grundade i *common law* är rättspraxis central för rättstillämpningen.¹⁴

Svensk rättsordning grundar sig i rättstraditionen *civil law*, varför utredningen i denna del kommer att utgå från den svenska rättskällevärdet där framförallt lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin ingår.¹⁵ När det kommer till utredningen av engelsk rätt, vilken grundar sig i rättstraditionen *common law*, har framförallt rättsfall studerats. Urvalet av rättsfall har skett med beaktande av vilka som särskilt belysts i den engelska doktrinen.

Utredningen i uppsatsen kommer att ske ur både ett *de lege lata*-perspektiv och ett *de lege ferenda*-perspektiv. Uppsatsen kommer till stor del att beskriva det nuvarande rättsläget, för att i den slutliga analysen föreslå hur en förändring av reglerna bör se ut. I det här sammanhanget intar doktrin på

¹² Peczenik 2005, s. 251.

¹³ Jareborg 2004, s. 4.

¹⁴ Bogdan 2003, s. 91 ff.

¹⁵ Kleineman i Korling & Zamboni 2013, s. 28.

området en central ställning, eftersom den åskådliggör de eventuella brister som i dagsläget finns i systemen.¹⁶

För att underbygga analysen och diskussionen kring *de lege ferenda* har jag, vilket ovan nämnts, valt att utföra en komparativ studie mellan svensk och engelsk rätt. Valet av engelsk rätt och institutet *wrongful trading* föll sig naturligt då det i tidigare utredningar och inom doktrin har förts diskussioner om att införa ett liknande regelverk i svensk rätt.¹⁷

De komparativa avsnitten avser att förstå likheter och skillnader mellan regelverken och bidra till att ett brett spektrum av lösningar från engelsk rätt kan tillhandahållas. Genom ett kritiskt förhållningssätt vid jämförelsen kan brister och fördelar med den svenska regleringen i jämförelse med den engelska regleringen synliggöras. Det är vidare av vikt att förstå vilka förutsättningar som finns i engelsk rätt och som får det aktuella rättsinstitutet att fungera på önskat vis. Ett lån av rättsregler därifrån kan vara förgäves eller resultera i andra, kanske oönskade, effekter om dessa förutsättningar saknas i det svenska rättssystemet.¹⁸

Vid studier av utländsk rätt är det oundvikligt att översättningsproblem kan uppstå.¹⁹ Alla översättningar i texten är mina egna och där jag har ansett det ändamålsenligt har jag behållit de engelska juridiska termerna.

I uppsatsen tas utgångspunkt i de svenska bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist i 25 kap. ABL och ett särskilt fokus kommer att läggas på bestämmelserna om styrelseledamöternas personliga betalningsansvar. Eftersom jag i uppsatsen avser att utreda bland annat syftet bakom dessa bestämmelser, är både förarbeten till den nuvarande lagstiftningen och förarbeten till äldre lagstiftning av betydelse som material till uppsatsen. Här intar förarbetena prop. 1975:103, prop. 2000/01:150 och prop. 2004/05:85 en särställning på grund av deras omfattning avseende dessa bestämmelser.

Vad gäller doktrin av intresse för uppsatsen, i fråga om den svenska regleringen, kan särskilt nämnas de traditionella lagkommentarerna på området såsom *Aktiebolagslagen, Del I-III, En Kommentar, med supplement 4*, Andersson S., Skog R. och Johansson S., 2009 och *Aktiebolagslagen, en lagkommentar, kapitel 1-10, 11-22 respektive 23-32*, Nerep E., och Samuelsson P., 2 uppl., 2009. Vidare bör Stefan Lindskogs bok *Kapitalbrist i aktiebolag* från 2008, Erik Nereps *Aktiebolagsrättslig analys* från 2003 samt Jan Anderssons bok *Kapitalskyddet i aktiebolag*, uppdaterad per 2010, särskilt nämnas.

¹⁶ Andersson 2010, s. 36.

¹⁷ Se t ex Dir. 2007:132 och SOU 2008:49 s. 92 samt Andersson 2010, s. 48, Dotevall 2006, s. 899 och Forseback 2008/09, s. 218.

¹⁸ Kleineman i Korling & Zamboni 2013, s. 141 ff.

¹⁹ Bogdan 2003, s. 48 ff.

1.4 Avgränsningar

För att avgränsa uppsatsens omfattning har endast regleringen i förhållande till privata aktiebolag, respektive *private company limited by shares* i engelsk rätt, studerats och reflektioner avseende publika aktiebolag har lämnats därhän. Detta är motiverat med anledning av att publika aktiebolag regleras på EU-rättslig nivå, varför ett förslag på en förändring av bestämmelserna i publika aktiebolag inte skulle vara genomförbar.

För svensk reglerings vidkommande uppställs ett personligt betalningsansvar för bolagets förpliktelser för en större krets ansvarssubjekt än enbart styrelseledamöter. Bland annat framgår av 25 kap. 19 § ABL att aktieägare kan träffas av ett sådant ansvar. Även andra personer som handlar å bolagets vägnar kan bli ansvariga enligt 25 kap. 18 § 3 st. ABL. Ansvaret för dessa personkategorier faller inte inom ramen för denna uppsats, vars fokus är styrelseledamöternas personliga betalningsansvar.

Det ämne som behandlas i uppsatsen belyses ur ett borgenärsperspektiv, vilket innebär att hänsyn framförallt tas till borgenärernas behov av skydd vid jämförelse och analys. Intresset av att bärkraftiga företag inte avvecklas i onödan samt styrelseledamöternas behov av att inte åläggas ett för betungande ansvar kommer också att beaktas i framställningen. ABL innehåller dock även avvägningar av andra intressen, såsom exempelvis aktieägarnas intresse av att aktiebolaget drivs med vinst. I den här framställningen har fokus på aktieägarnas intressen fått ta ett steg tillbaka. Detta beror på att jag anser att aktieägarnas intressen, vid den tidpunkt då bestämmelserna om tvångslikvidation aktualiseras, är sekundära i förhållande till bolagsborgenärernas.

Det bör även noteras att personligt betalningsansvar för styrelseledamöter går att finna i andra regleringar, såsom i SKF, BrB och i andra kapitalskyddsregler i ABL. Med hänsyn till uppsatsens begränsade omfattning kommer dessa bestämmelser endast kortfattat att beröras.

Slutligen kan rekvisiten för bestämmelserna om tvångslikvidation vid kapitalbrist och styrelseledamöters personliga betalningsansvar i svensk rätt analyseras mer ingående, eftersom det fortfarande finns mycket oklarheter på området. På grund av uppsatsens begränsade omfång har det inte varit möjligt att i en större omfattning utföra en sådan analys.

1.5 Terminologi

Vid genomgång av den engelska regleringen kring *wrongful trading* används vissa begrepp som kan vara svårbegripliga vid brist på kunskap om den engelska insolvenslagstiftningen. Av den anledningen finns det anledning att här kortfattat förklara vissa av de mest centrala begrepp som används i engelsk rätt vid tillämpningen av *wrongful trading*.

En förutsättning för att *wrongful trading* ska aktualiseras är att:

”the company has entered insolvent liquidation: that is, the company is insolvent and, as a result of a creditors’ voluntary liquidation or a court-ordered compulsory liquidation, a liquidator has been appointed and the liquidator is in the process of winding up the company.”²⁰

Begreppet *liquidation*, när det används i det här sammanhanget, ska inte förväxlas med det svenska begreppet likvidation som regleras i 25 kap. ABL och som innebär att ett aktiebolag genomgår en frivillig avveckling.²¹ Istället åsyftas här det svenska begreppet konkurs, *insolvent liquidation*, vilket innebär att aktiebolagets samtliga tillgångar tvångsvis tas i anspråk för betalning av bolagsborgenärernas fordringar.²²

Vid användning av begreppet *liquidator* vid tillämpning av *wrongful trading* åsyftas vidare det som i svensk rätt benämns konkursförvaltare, eftersom *the liquidator* måste vara en *insolvency practitioner*.²³

Ett konkursförfarande, vid tillämpning av *wrongful trading*, kan antingen inledas med anledning av *a creditors’ voluntary liquidation* eller *a court-ordered compulsory liquidation*. *A creditors’ voluntary liquidation* innebär förenklat att styrelsen i bolaget har ansökt om att få inleda ett konkursförfarande på grund av bolagets insolvens. Detta kan jämföras med *a members voluntary liquidation* som genomförs om bolaget är solvent. En *court-ordered compulsory liquidation* innebär att domstolen, på ansökan av annan, har beordrat bolaget att inleda ett konkursförfarande. Detta sker oftast med anledning av bolagets insolvens och på begäran av en bolagsborgenär.²⁴

1.6 Disposition

Uppsatsen består av en deskriptiv del, där den svenska regleringen respektive den engelska regleringen redogörs för, och avslutas med en analytisk del.

Uppsatsen inleds med ett kapitel om aktiebolagets kapital samt hur skyddet för detta ser ut. Bakgrunden till kapitlet är att skapa en större förståelse för vid vilken tidpunkt bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist och styrelseledamöternas personliga betalningsansvar aktualiseras.

²⁰ Kershaw 2009, s. 730.

²¹ SOU 2000:66, s. 60.

²² A.a., s. 55.

²³ Hannigan 2012, s. 621.

²⁴ Davies & Worthington 2012, s. 1278-1284.

I uppsatsens tredje kapitel ges en redogörelse över regelverket kring tvångslikvidation på grund av kapitalbrist i 25 kap. ABL och det personliga betalningsansvaret för styrelseledamöter. För att skapa en större förståelse hos läsaren för regelsystemets uppbyggnad och bakgrund inleds kapitlet med en redogörelse över bestämmelsernas framväxt och syfte. Därefter följer en mer ingående redogörelse över de specifika åtgärder som styrelseledamöter måste vidta för att undgå personligt betalningsansvar vid en kapitalbrist i bolaget och omfattningen av detta ansvar. I kapitel tre behandlas således de första två frågeställningarna.

I kapitel fyra ges en kort redogörelse över det allmänna skadeståndsansvaret i ABL samt bolagsborgenärers möjligheter att vid en kreditförlust på grund av ett bolags insolvens använda sig utav denna bestämmelse. Kapitlet får betydelse vid den slutliga analysen, där det bland annat ska utredas hur möjligheten för borgenärerna att använda sig av skadeståndsbestämmelsen i ABL förändras om bestämmelserna i 25 kap. ABL ersätts med ett regelverk likt *wrongful trading*.

I kapitel fem ges en redogörelse över den engelska regleringen kring *wrongful trading*. Här besvaras således frågeställningarna tre och fyra.

För att synliggöra de brister och fördelar som finns med respektive reglering jämförs den svenska och den engelska regleringen i kapitel sex. Dessa slutsatser tas sedan med till det avslutande kapitlet, kapitel sju, där frågan om de svenska bestämmelserna bör förändras och utformas i likhet med den engelska regleringen analyseras och besvaras.

2 Kapitalkravet i aktiebolag

2.1 Inledning

De flesta aktiebolag finansieras generellt genom en blandning av tillskjutet eget kapital från aktieägarna och annan finansiering externt, exempelvis lån från kreditgivare. För den finansiering som sker externt är bolaget återbetalningsskyldigt. De externa långivarna, borgenärerna, har prioriteringsrätt framför aktieägarnas rätt till avkastning på eller återbetalning av sina tillskjutna medel.²⁵

Huvudprincipen när det kommer till aktiebolag, och en av anledningarna till aktiebolagets popularitet som företagsform, är det begränsade personliga betalningsansvar som ägarna av ett aktiebolag har i fråga om bolagets förpliktelser. Denna huvudprincip fastställs tidigt i lagtexten och i 1 kap. 3 § ABL stadgas att ”aktieägarna inte [har] något personligt betalningsansvar för bolagets förpliktelser”. Eftersom aktieägarna inte har något personligt betalningsansvar blir borgenärerna och andra intressenter kring bolaget istället hänvisade till att så småningom få betalt ur det kapital som finns bundet i bolaget.²⁶ Av den anledningen är det viktigt att det finns regler som motverkar att bolagets eget kapital (tillgångarna minus skulderna) blir alltför lågt, eftersom detta utgör borgenärernas säkerhetsbuffert. Dessa regler kallas för kapitalskyddsreglerna och är uppdelade i tre delar

- (i) Kapitalanskaffningsreglerna – Tillskottsplikten
- (ii) Värdeöverföringsförbuden
- (iii) Tvångslikvidation på grund av kapitalbrist.²⁷

Kapitalanskaffningsreglerna garanterar att borgenärerna tillförsäkras att bolaget vid bolagsbildning och aktiekapitalsemissioner tillförs tillgångar motsvarande minst aktiekapitalet.²⁸ Regler om värdeöverföringsförbud återfinns i 17 kap. ABL och ska hindra att värdeöverföringar från bolaget sker på annat vis än i enlighet med reglerna om vinstutdelning i 18 kap., förvärv av bolagets egna aktier i 19 kap., minskning av aktiekapitalet i 20 kap., samt låneförbudsreglerna i 21 kap. ABL. Reglerna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist återfinns i 25 kap. 13-20 §§ ABL och avser att förhindra att ett förlustbringande bolag drivs vidare så att det egna kapitalet helt förbrukas. Reglerna innehåller skyldigheter för styrelsen, aktieägarna och företagsledningen och är sanktionerade med ett personligt och solidariskt betalningsansvar.²⁹

²⁵ Sandström 2012, s. 101 ff.

²⁶ Posselius m.fl. 2000, s. 11.

²⁷ Malmberg 2014, s. 116.

²⁸ Se 1 kap. 5 §, 13 kap. 19 §, 14 kap. 37 § eller 15 kap. 39 § ABL.

²⁹ Malmberg 2014, s. 116.

I uppsatsen kommer endast det tredje skyddet i kapitalsystemet, det som rör bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist, att beröras. Det är av betydelse för läsaren av uppsatsen att det finns en förståelse för kapitalsystemet i stort och kapitalbristreglernas roll däri.

En förståelse för hur uppbyggnaden av ett bolags kapital ser ut är också av värde för läsaren av denna uppsats, eftersom ett aktiebolags egna kapital och dess aktiekapital är nära relaterat till reglerna om tvångslikvidation och det personliga betalningsansvaret. Av den anledningen följer härmed en redogörelse över detta.

2.2 Fritt eller bundet eget kapital

Ett aktiebolags egna kapital är uppdelat i två kategorier, fritt och bundet eget kapital(eller ansamlad förlust). Det fria egna kapitalet har aktieägarna fri förfoganderätt över. Den så kallade försiktighetsregeln i 17 kap. 3 § 2 st. ABL måste dock beaktas, vilken innebär att en värdeöverföring endast får ske om den framstår som försvarlig, eftersom den kan ge upphov till undantag från den fria förfoganderätten.³⁰ Till det fria egna kapitalet räknas fria fonder, balanserad vinst eller förlust samt eventuell förlust för räkenskapsåret. När det kommer till det bundna egna kapitalet binds detta istället till bolaget i syfte att skydda borgenärerna.³¹ Till det bundna egna kapitalet räknas i första hand registrerat aktiekapital. Även uppskrivningsfond, reservfond och kapitalandelsfond ingår här.³² Det bundna egna kapitalet får endast tas i anspråk vid minskning av aktiekapitalet respektive reservfonden och vid skifte efter likvidation.³³ ABL tar utgångspunkt i vad som kallas för ”täckningsprincipen”, vilket innebär att en värdeöverföring, exempelvis en vinstutdelning till aktieägarna, inte får inkräkta på det bundna kapitalet. Den senast fastställda balansräkningen ska användas för att fastställa huruvida en utdelning eller annan värdeöverföring inkräktar på det bundna kapitalet.³⁴

2.3 Aktiekapital

Den större delen av ett aktiebolags bundna egna kapital består vanligtvis av aktiekapitalet. I ABL uppställs ett omfattande skydd för att bevara detta.

I svensk bolagsrätt föreskrivs vidare ett krav på att aktiebolag måste tillskjutas tillgångar motsvarande en viss, i lagtext uppställd, lägsta nivå för att det ska kunna bildas. För privata aktiebolag uppställs ett krav på

³⁰ Nerep & Samuelsson 2013, avsnitt 17.3.

³¹ Lindskog 2008, s. 16.

³² 5 kap. 14 § ÅRL.

³³ 17 kap. 3 § 1 st. ABL.

³⁴ Sandström 2012, s. 305.

50 000 kr enligt 1 kap. 5 § ABL. För publika aktiebolag gäller istället en lägstanivå om 500 000 kr enligt 1 kap. 14 § ABL. De publika aktiebolagen regleras även på EU-rättslig nivå och genom det andra bolagsdirektivet³⁵ finns det numera ett EU-rättsligt krav på att publika aktiebolag ska ha ett lägsta kapital om 25 000 euro för att få lov att bildas. För privata aktiebolag har inte något krav uppställts från EU-rättens sida. Den svenska lagstiftaren har dock valt att behålla en sådan reglering för privata aktiebolag samt uppställt ett högre krav på aktiekapitalet i publika aktiebolag, än vad EU-rätten föreskriver.

De ovan redogjorda kapitalskyddsreglerna i ABL centraliseras kring aktiekapitalet. Kravet på en lägsta nivå av aktiekapital för ett bolag syftar till att tillse att det finns en viss förmögenhetsmassa kvar i bolaget som säkerhet för borgenärerna. Ett bolags aktiekapital utgör som konstaterats dess bundna kapital och tillgångar motsvarande aktiekapitalet får därmed inte föras tillbaka till aktieägarna.³⁶

Bestämmelserna om kapitalkrav och kapitalskydd anses underlätta kapitalanskaffning för bolaget. Kravet på ett minsta aktiekapital anses utgöra en seriositetsspärr, vilket har framförts som argument för att ha kvar kravet. Det tvingar blivande företagare att göra en grundligare analys av framgångsmöjligheterna innan ett bildande av ett aktiebolag sker. På så sätt undviks att aktiebolagsformen används för oseriösa syften.³⁷

Det lagstadgade kravet på ett lägsta aktiekapital i privata aktiebolag har däremot kritiserats. Jan Andersson poängterar att rättsutvecklingen i åtskilliga europeiska länder går mot ett avskaffande av kravet på minsta aktiekapital i ett privat aktiebolag och flera länder utanför Europa, däribland USA, har sedan länge avskaffat kravet på en lägsta nivå, då det inte ansetts utgöra någon egentlig säkerhet för bolagsborgenärerna.³⁸ Även Rolf Skog anser att det lagstadgade kravet på ett minsta tillåtet aktiekapital håller på att luckras upp och att den svenska lagstiftaren bör överväga att avskaffa detta för privata aktiebolag.³⁹ En utredning har också tillsatts med uppdrag att utreda möjligheterna och fördelarna med att sänka, alternativt avskaffa, aktiekapitalet.⁴⁰ Avskaffar även Sverige så småningom kravet på en lägsta nivå på aktiekapitalet för privata aktiebolag förefaller det logiskt att även de två andra delarna i kapitalsystemet, värdeöverföringsförbuden samt bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist, även de avskaffas eller förändras.

³⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/30/EU av den 25 oktober 2012.

³⁶ Andersson 2010, s. 11.

³⁷ SOU 2008:49 s. 85 ff.

³⁸ Andersson 2010, s. 32 ff.

³⁹ Skog 2006, s. 61.

⁴⁰ Dir. 2014:46.

3 Tvångslikvidation vid kapitalbrist och personligt betalningsansvar

3.1 Inledning

Bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist har sin grund i reglerna om kapitalskydd, vilka som tidigare nämnts syftar till att skydda bolagets borgenärer. Dessa har införts för att ett bolag som går med förlust ska kunna avvecklas medan tillgångarna fortfarande täcker föreliggande skulder.⁴¹ Som ett påtryckningsmedel har lagstiftaren infört ett handlingsmönster som styrelseledamöterna är skyldiga att följa när bolagets kapital understiger en viss miniminivå (den kritiska gränsen). Vid underlåtelse att följa det angivna handlingsmönstret inträder ett personligt och solidariskt betalningsansvar för styrelsens ledamöter, vilket anses vara en tämligen sträng men effektiv sanktion.⁴²

Följande kapitel har till syfte att redogöra för det svenska regelsystemet gällande tvångslikvidation på grund av kapitalbrist och det personliga betalningsansvaret för styrelseledamöter.

3.2 Bestämmelsernas framväxt

Bestämmelser om tvångslikvidation av aktiebolag infördes redan i 1895 års ABL. I denna tidiga lagstiftning krävdes det att bolaget hade minst fem aktieägare samt ett lägsta kapital om minst två tredjedelar av aktiekapital för att aktieägarna skulle få driva en verksamhet utan personligt ansvar för bolagets förpliktelser. Bestämmelserna om tvångslikvidation trädde in när någon av förutsättningarna brast och dessa inte läktes inom tre månader.⁴³

Några år senare infördes i 1910 års ABL, regler om att en kontrollbalansräkning skulle upprättas då misstanke om kapitalbrist förelåg. Aktiebolaget var tvunget att träda i likvidation när aktiekapitalet gått förlorat till två tredjedelar och bristen inte blivit helt fylld inom tre månader efter det att bolagsstämman fått meddelande om förlusten. Styrelseledamöterna blev solidariskt ansvariga för underlåtenhet att vid bolagsstämma lämna meddelande om att det vid upprättande av bokslut eller annars visat sig att aktiekapitalet gått förlorat till två tredjedelar.⁴⁴

⁴¹ Nerep 2003, s. 472.

⁴² Svernlöv & Persson Österman 2013, s. 20.

⁴³ Se 54 § 1895 års ABL.

⁴⁴ Se 97-98 §§ 1910 års ABL.

Kravet på likvidation när antalet aktieägare understeg fem avskaffades genom 1944 års ABL. I enlighet med 1910 års ABL var styrelseledamöterna skyldiga att upprätta en särskild likvidationsbalansräkning när det fanns anledning att misstänka att aktiekapitalet gått förlorat med två tredjedelar. Visade sig bristen överstiga två tredjedelar skulle frågan om likvidation av bolaget hänskjutas till bolagsstämman. Bolagsstämman hade då möjlighet att besluta om att täcka bristen genom kapitaltillskott eller genom nedsättning av aktiekapitalet, istället för att träda i likvidation. Detta behövde ske inom fyra månader efter det att likvidationsbalansräkningen hade lagts fram för stämman. Därefter var det möjligt att göra en ansökan om tvångslikvidation hos rätten. Vidare infördes en regel om att revisors yttrande över likvidationsbalansräkningen behövde inhämtas.⁴⁵

I och med införandet av 1975 års ABL uppstod vissa uppmjukningar i bestämmelserna om tvångslikvidation. Aktiebolagsutredningen ansåg att tidigare lagstiftning ställde för höga krav på bolagets täckning av det registrerade aktiekapitalet, främst med hänsyn till kapitalproblem i nystartade företag.⁴⁶ I det nya regelverket behölls bestämmelserna angående styrelsens skyldighet att hänskjuta frågan om bolaget skulle träda i likvidation till stämman för det fall bolagets eget kapital understeg en tredjedel av det registrerade aktiekapitalet. I de fall bolagsstämman beslöt att bolaget inte skulle träda i likvidation skulle en rådrumsfrist gälla fram till nästa ordinarie bolagsstämma för nästkommande räkenskapsår. Fastställdes en balansräkning vid denna bolagsstämma som visade att det egna kapitalet uppgick till halva aktiekapitalet skulle styrelsen, om stämman inte fattade likvidationsbeslut, inge ansökan om tvångslikvidation till rätten.⁴⁷

Efter kritik över att den nya lagstiftningen innebar en viss försvagning av borgenärsskyddet, infördes 1984 bestämmelser om att upprättande av en kontrollbalansräkning skulle ske då halva aktiekapitalet var förbrukat samtidigt som tidsfristen för förlusttäckningen kortades ner till åtta månader. Krav på full täckning av aktiekapital återinfördes för fortsatt verksamhet utan personligt ansvar.⁴⁸

Genom en lagändring 1988 blev det möjligt för styrelseledamot att undgå ansvar om denne lyckades exculpera sig genom att visa att åsidosättandet av bestämmelsen om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist inte skett på grund av försummelse från dennes sida.⁴⁹

I januari 1992 infördes regler för styrelsen att upprätta en kontrollbalansräkning även i fall då bolaget vid verkställighet enligt 4 kap. UB saknade utmätningsbara tillgångar. En skyldighet att låta en revisor granska kontrollbalansräkningen återinfördes dessutom.⁵⁰

⁴⁵ Se 142 och 146 §§ 1944 års ABL.

⁴⁶ SOU 1971:15 s. 327.

⁴⁷ Prop. 1975:103 s. 217.

⁴⁸ Prop. 1982/83:139 s. 6 ff.

⁴⁹ Prop. 1987/88:10 s. 68 ff.

⁵⁰ Prop. 1990/91:198 s. 2.

Idag finns reglerna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist och det personliga betalningsansvaret för styrelseledamöter i 25 kap. ABL. Reglerna överfördes dit 2005 i princip oförändrade från 13 kap. ABL.⁵¹ Sedan dess har inga större förändringar skett. År 2010 avskaffades skyldigheten för vissa mindre aktiebolag att ha en revisor, varför ett revisorsutlåtande över balansräkningen inte krävs i sådana bolag.⁵² Tre år senare infördes en viktig regel i 25 kap. ABL, 20a §, som föreskriver en preskriptionstid om tre år för det personliga betalningsansvaret.⁵³

3.3 Syfte med bestämmelserna

Något tydligt syfte och ändamål med bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist kan inte utläsas i förarbeten till tidigare lagstiftning. I förarbetena till 1944 års ABL angavs det endast kort att syftet med bestämmelserna var att ”befordra sundhet inom aktiebolagsväsendet”.⁵⁴

Det som kan utläsas ur de tidiga förarbetena är att det vore förkastligt att låta ett aktiebolag som går med förlust få fortsätta att bedriva sin verksamhet på bekostnad av bolagets borgenärer. I förarbetena till 1975 års ABL angavs det till exempel att:

”eftersom reglerna om det bundna egna kapitalet ska ersätta delägarnas personliga ansvar för bolagets skulder så bör enligt min mening ett aktiebolag ej kunna fortsätta sin verksamhet, om aktiekapitalet helt eller till väsentlig del gått förlorat.”⁵⁵

Det har vidare i förarbeten uttalats att bestämmelser om minimikapital vore rent meningslösa om det vore fritt att låta täckningen för aktiekapital sjunka hur lågt som helst.⁵⁶

I och med proposition 2000/01:150 framträder däremot en tydlig teori om reglernas syfte. I propositionen framhålls att det främsta ändamålet med bestämmelserna är att utgöra en gräns för hur långt en förlustbringande verksamhet får fortsätta innan verksamheten måste upphöra genom likvidation. Syftet med reglerna är därför i första hand att verka handlingsdirigerande genom att sätta press på styrelseledamöterna att så snart som möjligt vidta de åtgärder som lagen föreskriver. Vidare skyddas därmed bolagets borgenärer mot att bolagets hela kapital konsumeras innan avveckling av bolaget inleds. Dessa tilldelas till viss del en säkerhet i bolaget, eftersom kapital motsvarande minst hälften av det registrerade

⁵¹ Prop. 2004/05:85 s. 490.

⁵² Prop. 2009/10:204 s. 82.

⁵³ Prop. 2012/13:65.

⁵⁴ SOU 1941:9 s. 567.

⁵⁵ Prop. 1975:103 s. 217.

⁵⁶ SOU 1999:36 s. 90.

aktiekapitalet alltid bör finnas i bolaget.⁵⁷ Bestämmelserna avser även att tillvarata aktieägarnas intresse av att i tid bli underrättade om bolagets situation, för att ha möjlighet att vidta åtgärder för att förbättra bolagets situation. Bestämmelsen om att en kontrollbalansräkning ska behandlas på bolagsstämman får här en viktig funktion.⁵⁸

På senare år har en idé om att reglerna syftar till att skydda tre intressen vuxit fram. Det är framförallt Lindskog som har klargjort denna uppdelning. Enligt Lindskog avser reglerna till att börja med att skydda befintliga borgenärer genom att verksamheten avvecklas genom likvidation medan det finns nettotillgångar kvar i bolaget. Detta intresse kallar han för ”avvecklingsintresset”. Reglerna skyddar vidare tillkommande bolagsborgenärer genom att dessa blir varnade om att en kapitalbrist uppstått. De kan därmed undvika att bli bolagsborgenärer eller fördjupa sina kreditåtaganden i bolaget. Detta intresse kallar Lindskog för ”varningsintresset”. Det sista intresset som reglerna avser att skydda kallar Lindskog för ”rådrumsintresset”. Det är aktieägarnas intresse av att i tid bli underrättade om bolagets situation för att på så sätt ges tillfälle att överväga vilka åtgärder som kan och bör vidtas. Lindskog anser att bestämmelserna främst är motiverade av varningsintresset. Han anser att avvecklingsintresset knappt tillgodoses genom regleringen, vilket rådrumsfristens längd tyder på. Även det faktum att ABL inte innehåller några minimikrav med avseende på konsolideringsgraden i bolaget, alltså relationen mellan bolagets samtliga tillgångar och samtliga åtaganden, tyder på detta. Vidare har borgenärerna inte heller möjlighet att hos rätten ansöka om att bolaget ska försättas i likvidation.⁵⁹

Erik Nerep och Per Samuelsson ansluter sig till Lindskogs teori om att det vid kapitalbristens uppkomst föreligger en viss skillnad i skyddsintresset mellan befintliga bolagsborgenärer och bolagets potentiella borgenärer. De anser, likt Lindskog, att systemets tyngdpunkt utgörs av skyddet för nya tillkommande borgenärer. Detta eftersom reglerna om tvångslikvidation vid kapitalbrist sanktioneras genom att styrelseledamöterna riskerar att bli personligt betalningsansvariga för framtida förpliktelser och inte direkt befintliga. Nerep och Samuelsson anser att lagstiftaren genom denna konstruktion avsett att skapa ett handlingsdirigerande preventivt system.⁶⁰

Lars Pehrson och Teodor Leffler å andra sidan håller inte med om att reglerna skulle medföra att blivande borgenärer varnas. De anser inte att reglerna tillgodoser detta intresse, eftersom ett bolag som lider av kapitalbrist inte behöver offentliggöra detta förrän bolagsstämman beslutar att bolaget ska träda i likvidation och beslutet registreras, enligt 25 kapitlet 8 § ABL.⁶¹

⁵⁷ Prop. 2000/01:150 s. 35 med hänvisning till prop. 1982/83:94 s. 54.

⁵⁸ Prop. 2000/01:150 s. 35 med hänvisning till prop. 1975:103 s. 501.

⁵⁹ Lindskog 2008, s. 20 ff.

⁶⁰ Nerep & Samuelsson 2013, avsnitt 25.13.

⁶¹ Pehrson 2005/06, s. 671 och Leffler 2008/09, s. 806.

Vissa av Linskogs redovisade intressen har kort berörts i tidigare förarbeten.⁶² Det var dock, som ovan nämnts, först i och med proposition 2000/01:150 som en klar teori om reglernas syften framlades.⁶³ Enligt Leffler är dock den teorin till fullo en kopia av Linskogs. Leffler menar istället att reglerna ursprungligen avsåg att motverka möjligheten att bedriva ett aktiebolag när aktieägarna inte uppfyllde alla formkrav för det. Reglerna utgjorde på så sätt ett påtryckningsmedel för att förmå styrelsen att respektera likvidationsskyldigheten eftersom det var styrelsen, till skillnad från de ”dolda” aktieägarna, som riskerade att bli personligt betalningsansvariga för underlåtenheten.⁶⁴

Högsta domstolen har också i NJA 2005:792 tydligt anslutit sig till Linskogs uppfattning. Av den anledningen får det anses relativt klarlagt vilka intressen som bestämmelserna avser att skydda. Högsta domstolen uttalade sig i målet att:

”regleringen har som övergripande syfte att sätta upp gränser för hur långt en förlustbringande verksamhet får fortsätta innan den måste avbrytas genom likvidation. Regleringen syftar därvid till att skydda såväl befintliga som tillkommande borgenärer men också till att ge aktieägarna rådrum för lämpliga åtgärder i ett underkapitaliserat bolag. Det medansvar som följer av regleringen utgör ett påtryckningsmedel för att få styrelsen att följa det handlingsmönster som lagen föreskriver. Vid tolkningen av regleringens närmare innebörd bör risken för kringgående av dess övergripande syften beaktas.”⁶⁵

Ytterligare ett intresse som endast kort nämns i förarbetena, men som med stor sannolikhet beaktats vid utformningen av bestämmelserna, är de anställdas intresse av att ett bolag hotat av likvidation ges viss andrum att försöka komma på fötter igen. I förarbetena till 1975 års ABL uttalades som stöd för förlängandet av rådrumsfristen att det även från de anställdas synpunkt är nödvändigt att likvidationshotade företag ges ett visst andrum att kunna undgå likvidation.⁶⁶

Vidare bör förlängandet av rådrumsfristen i 1975 års ABL ha genomförts i syfte att också förhindra att bolag i onödan likvideras.⁶⁷ Framförallt får en längre rådrumsfrist betydelse för nystartade företag, eftersom det vanligtvis tar tid för ett nystartat företag att börja gå med vinst. Om rådrumsfristen om fyra månader från 1944 års ABL hade behållits hade många företag förmodligen varit tvungna att avvecklas i onödan, vilket hade lett till stor

⁶² Se t ex prop. 1975:103 s. 501 och prop. 1982/83:94 s. 54.

⁶³ Prop. 2000/01:150 s. 35 ff.

⁶⁴ Leffler 2008/09, s. 806.

⁶⁵ NJA 2005:792 vid sidan 802.

⁶⁶ Prop. 1975:103 s. 218.

⁶⁷ Leffler 2008/09, s. 826.

värdeförstöring, inte bara för de tre olika intressegrupperna, utan även för samhället i stort.

3.4 Det föreskrivna handlingsmönstret

Bedömningen kring bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist tar sin utgång i ett bolags sufficiens, med andra ord förhållandet mellan tillgångar och skulder. Överstiger skulderna bolagets tillgångar är bolaget insufficient och det är vid denna tidpunkt som handlingsplikten i 25 kap. 13-20a §§ ABL aktualiseras.⁶⁸ Dessa begrepp ska särhållas begreppen solvens/insolvens (obestånd), som istället fokuserar på ett bolags betalningsförmåga. Vid insolvens är ett företag oförmöget att betala sina skulder och denna oförmåga är inte endast tillfällig.⁶⁹ Bolaget ska i sådana fall, på ansökan av dess företrädare eller på ansökan av borgenär, försättas i konkurs enligt 1 kap. 2 KL.

Enligt 25 kap. 13 § ABL inträder styrelseledamöternas handlingsplikt vid två situationer. Den första situationen uppkommer när det ”finns skäl att anta” att bolagets eget kapital beräknat enligt 14 § ABL understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet (den kritiska gränsen). Den andra situationen uppstår då det vid verkställighet enligt 4 kap. UB har visat sig att bolaget saknar utmätningsbara tillgångar (resultatlöst utmätningsförsök).⁷⁰

När den första situationen, den kritiska gränsen, föreligger ska en kontrollbalansräkning i enlighet med bestämmelserna i 25 kap. 14 § ”genast” upprättas. Kontrollbalansräkningen ska i förekommande fall kontrolleras av bolagets revisor och därefter undertecknas av styrelsen. Visar kontrollbalansräkningen att bolagets eget kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet, det vill säga att en *faktisk kapitalbrist* föreligger, ska en kallelse till bolagsstämma snarast utfärdas enligt 25 kap. 15 § ABL.

Vid bolagsstämman, *den första kontrollstämman*, ska kontrollbalansräkningen tillsammans med ett eventuellt yttrande av revisorn över denna läggas fram. Bolagsstämman har sedan till uppgift att pröva om bolaget ska träda i likvidation eller utnyttja den rådrumsfrist om åtta månader som föreskrivs i 25 kap. 16 § ABL till att försöka läka kapitalbristen. Väljer bolagsstämman att utnyttja rådrumsfristen om åtta månader ska stämman på nytt, efter att denna frist har löpt ut, pröva frågan om bolaget ska gå i likvidation, *den andra kontrollstämman*. Återigen ska en kontrollbalansräkning enligt bestämmelserna i 25 kap. 14 § ABL upprättas, *den andra kontrollbalansräkningen*. Denna ska sedan, i förekommande fall, granskas av en revisor och tillsammans med revisorns utlåtande framläggas på stämman.

⁶⁸ Oppenheimer m.fl. 2013, s. 17.

⁶⁹ SOU 2000:66 s. 55.

⁷⁰ Den andra situationen kommer inte att beröras närmare i denna uppsats.

Styrelsen, den verkställande direktören, revisor eller aktieägare ska enligt 25 kap. 17 § ABL hos rätten inom två veckor från den andra kontrollstämman, eller om en sådan inte har hållits, från den tidpunkt då den senast skulle ha hållits, ansöka om beslut om likvidation. Detta ska ske i de fall en andra kontrollstämma inte har genomförts inom åttamånadersfristen, alternativt att en stämma har genomförts men beslut om likvidation inte har fattats trots att kapitalbrist fortfarande föreligger i bolaget.

3.4.1 Skyldighet att upprätta en kontrollbalansräkning

Som ovan redovisats, inträder en aktivitetsplikt för styrelsen vid misstanke om kapitalbrist. I sådana situationer ska styrelsen genast upprätta och i förekommande fall låta bolagets revisor granska en kontrollbalansräkning.

En kontrollbalansräkning ska som utgångspunkt upprättas i enlighet med tillämplig lag om årsredovisning, vanligtvis ÅRL. Hänvisningen till ÅRL medför att de normer som brukar sammanfattas under god redovisningssed måste beaktas vid upprättandet av kontrollbalansräkningen (jfr 2 kap. 2 § ÅRL).⁷¹ Med detta följer en betydande valfrihet. Det är därmed möjligt att värdering utifrån fortlevnadsprincipen⁷² godtas. Tillämpningen av denna princip medför dock att det finns risk för att tillgångarna tas upp till ett högre värde i kontrollbalansräkningen än det reella värdet, eftersom värderingen av tillgångarna bygger på tanken att verksamheten ska drivas vidare.⁷³

Upprättandet av kontrollbalansräkningen möjliggör en kontroll av bolagets ekonomiska ställning, samtidigt som den utgör ett beslutsunderlag för bolagsstämman när densamma ska fatta beslut om bolagets fortsatta framtid. Enligt förarbeten anses kontrollbalansräkningen sälla bort de bolag som inte har de ekonomiska förutsättningarna att klara av en fortsatt verksamhet.⁷⁴ Detta påstående håller inte Lindskog med om. Han anser att det faktum att bolagets eget kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet inte behöver innebära att bolaget saknar ekonomiska förutsättningar att fortsätta verksamheten.⁷⁵

Vad misstanke om kapitalbrist, eller ”skäl att anta”, närmare innebär har inte klargjorts i förarbetena. I förarbeten till äldre lagstiftning anges det endast att styrelsen måste upprätta en balansräkning när den har vetskap om att

⁷¹ God redovisningssed är en rättslig standard som har betydelse för svensk redovisningsrätt. För mer om god redovisningssed vid upprättande av kontrollbalansräkning, se Olsson 2012, s. 272.

⁷² Värderingen av tillgångarna ska grundas på förutsättningen att bolagets verksamhet ska fortsätta. Se 2 kap. 4 § 1 st. 1 p. ÅRL.

⁷³ Lindskog 2008, s. 62 ff.

⁷⁴ Prop. 2000/01:150 s. 37.

⁷⁵ Lindskog 2008, s. 59, fotnot 2.

bolagets ekonomi har försämrats.⁷⁶ I doktrinen har nämnda rekvisit utvecklats och studerats närmare. Där anges det att omständigheter som talar för att det kan finnas skäl för styrelsen att anta att det föreligger kapitalbrist i bolaget är exempelvis när bolaget under en tid drabbats av betydande förluster, när en betydelsefull affär har slagit fel eller om konstaterade marknadsförändringar tyder på att verksamheten går sämre. Vid sådana situationer får styrelsen inte förhålla sig passiv, eftersom den bör känna till att bolagets ekonomi har försämrats med följden att det kan uppstå en kapitalbrist i bolaget. Även den marginal som bolaget tidigare har upprätt hållit i förhållande till den kritiska gränsen är av betydelse för bedömningen. Det går inte att ange några exakta omständigheter som talar för när rekvisitet ”skäl att anta” är uppfyllt, eftersom bedömningen utgår ifrån de specifika omständigheter som föreligger i varje enskilt fall.⁷⁷

Bedömningen av om styrelsen haft ”skäl att anta” att det föreligger en kapitalbrist ska ske objektivt med utgångspunkt i hur en normalt aktsam styrelseledamot skulle agerat utifrån den information som han eller hon har tillgång till i fråga om bolagets utveckling.⁷⁸ Sådana förhållanden som styrelsen borde ha haft vetskap om på det sätt som krävs enligt 8 kap. 4 § ABL, bör tillräknas styrelsen.⁷⁹ Det kan här röra sig om sådant som framgår av nyhetsflödet, exempelvis naturkatastrofer, terrordåd, olyckor, konkurser och annat som kan påverka bolagets ekonomiska ställning. Är styrelsen sammansatt av ledamöter med särskild kompetens bör detta föranleda en skärpning av styrelsens handlingsplikt.⁸⁰

Vidare gäller den allmänna principen om subjektivt tillräknande. Den innebär att varje styrelseledamots insikt, vilken vederbörande har fått i sin egenskap av styrelseledamot, ska tillräknas hela styrelsen som sådan. Följden av detta blir att en styrelseledamot som borde misstänka att en kritisk kapitalbrist föreligger i bolaget, utlöser en aktivitetsplikt för styrelsen som helhet.⁸¹

För att ansvar sedan ska utlösas krävs det, utöver att styrelsen underlåtit att följa sin aktivitetsplikt, dessutom att den därefter upprättade kontrollbalansräkningen uppvisar en faktisk kapitalbrist. Avgörande är därmed bolagets verkliga förmögenhetsställning. Vid en eventuell tvist bär borgenären bevisbördan för att visa att både befarad och faktisk kapitalbrist förelägit.⁸² Däremot gäller en viss bevislättning för borgenären i förhållande till det beviskrav som normalt uppställs i tvistemål.⁸³

Enligt Daniel Stattin vållar ovan bevisregel betydande problem, framförallt vad gäller borgenärernas möjlighet att visa vid vilken tidpunkt styrelsen haft

⁷⁶ Prop. 1979/80:143 s. 186.

⁷⁷ Lindskog 2008, s. 41 ff. Se också NJA 1988 s. 620.

⁷⁸ Nerep 2003, s. 478.

⁷⁹ Andersson m.fl. 2014, avsnitt 25.13.

⁸⁰ Lindskog 2008, s. 44.

⁸¹ A.a., s. 44.

⁸² Nerep 2003, s. 481.

⁸³ Se NJA 1988 s. 620, NJA 1993 s. 484 och prop. 2000/01:150 s. 49.

”skäl att anta” att en kapitalbrist förelåg, eftersom det är komplicerat att bevisa när i tiden något inträffade. Detta till trots, anser han att regeln har fog för sig, eftersom det andra alternativet, att lägga bevisbördan på styrelseledamoten, hade varit för strängt med tanke på hur ingripande det personliga ansvaret är för en styrelseledamot.⁸⁴ Torsten Sandström anser att en borgenär som gör gällande personligt betalningsansvar får ”oöverstigliga problem” med att ha framgång med sin talan och står inför en svår bevisbörda.⁸⁵ Lindskog å andra sidan anser inte att bevisbördan blir för betungande. Lindskog motiverar detta med att varje styrelseledamots insikt tillräknas styrelsen.⁸⁶ I praktiken tycks det däremot vara tillräckligt att borgenären visar att det förelegat en faktisk kapitalbrist för att vederbörande ska anses ha fullgjort sin bevisbörda för att styrelsen haft ”skäl att anta” att en kapitalbrist förelegat, *befarad kapitalbrist*.⁸⁷

Tidsfristen från det att kapitalbrist i bolaget har konstaterats, tills dess att en kontrollbalansräkning ska upprättas, får anses vara tämligen kort. I lagtexten anges det att detta ska ske ”genast” och ingen mer exakt tidpunkt har angivits utan detta får bedömas i varje enskilt fall. Vid bedömningen av om upprättandet har skett genast måste olika faktorer av varierande slag beaktas. Hänsyn måste exempelvis tas till rörelsens omfång, innehåll, karaktären av de skäl som försatt bolaget i den komplexa ekonomiska situationen m.m.⁸⁸ Det får dock anses vara fråga om en tidsfrist om högst någon eller ett par månader från det att styrelsen först borde ha misstänkt att det förelåg en kritisk kapitalbrist.⁸⁹ Nerep anser att en tidsfrist om två till sex veckor får anses vara skäligt med tanke på den informationsteknologi som bolagets ledamöter idag har tillgång till vid kontroll av bolagets verksamhetsutveckling.⁹⁰

3.4.2 Skyldighet att hänskjuta frågan om bolagets försättande i likvidation till bolagsstämma

Styrelseledamöterna har en skyldighet att ”snarast möjligt” kalla till den första kontrollstämman om den upprättade kontrollbalansräkningen uppvisar att det föreligger en kritisk kapitalbrist i bolaget.⁹¹ I lagrummet anges endast tidsfristen, ”snarast möjligt”, mellan den upprättade kontrollbalansräkningen och utfärdandet av kallelsen till kontrollstämman. Det framgår däremot inte hur lång tid som får förflyta från det att kallelse till kontrollstämman skett till det att stämman faktiskt hålls.

⁸⁴ Stattin 2009/10, s. 128.

⁸⁵ Sandström 2009, s. 2.

⁸⁶ Lindskog 2008, s. 41 ff.

⁸⁷ NJA 2009 s. 210.

⁸⁸ Nerep 2003, s. 483.

⁸⁹ Se NJA 2012 s. 858, RH 1989:43 och prop. 2000/01:150 s. 91.

⁹⁰ Nerep 2003, s. 486.

⁹¹ 25 kap. 15 § ABL.

Vid redogörelser för tolkningen av lagtextens äldre innehåll har det framförts att endast tekniska skäl, tid som krävts för att sammankalla stämman, kan åberopas som dröjsmål överhuvudtaget.⁹² Mikael Granath anser inte att lagtexten ska tolkas så strängt. Han anser att en längre tidsfrist borde tillåtas för styrelsens hänskjutande av frågan om bolagets försättande i likvidation till bolagsstämman, jämfört med fallet då kontrollbalansräkningen ska upprättas, så länge denna tid inte blir oskäligt lång.⁹³ Vägledning i frågan bör tas i 7 kap. 18 § ABL som stadgar att den längsta möjliga tidsfrist innan kallelse till bolagsstämman är sex veckor. Genom tilläggsföreskrifter i bolagsordningen kan tidsfristen begränsas. Är nästa ordinarie bolagsstämman inom sex till åtta veckor från det att granskningen av kontrollbalansräkningen har skett, bör styrelsen kunna lägga fram kontrollbalansräkningen på den ordinarie stämman i stället för att kalla till extra stämman.⁹⁴

Enligt förarbetena är den första kontrollstämmans funktion att pröva om bolaget ska träda i likvidation.⁹⁵ Kontrollbalansräkningen fungerar här som beslutsunderlag för stämman vid avgörandet av frågan om bolaget ska likvideras eller inte. Även handlingar avseende styrelsens förslag till beslut och redogörelser för händelser under det löpande året med ett eventuellt revisorsintyg ska läggas fram.⁹⁶ I 25 kap. 3 § ABL anges vissa uppgifter som beslutsförslaget ska innehålla. Bertil Oppenheimer anser att styrelsen riskerar personligt betalningsansvar för nya förpliktelser vid försummelse att följa kravet på dokumentation respektive innehåll i kallelsen.⁹⁷ Lindskog menar istället att dessa bestämmelser snarare ska uppfattas som ordningsföreskrifter, vilka inte föranleder några särskilda påföljder om de inte efterlevs.⁹⁸

Kontrollbalansräkningen, som ovan redovisats, ska läggas fram på kontrollstämman och utgångspunkten är att prövningen av likvidationsfrågan ska ske utifrån kontrollbalansräkningen sådan den är vid tidpunkten för stämman. Det är emellertid möjligt för stämman att göra justeringar av kontrollbalansräkningen för att den ska spegla förhållandena på stämmodagen. Om kontrollbalansräkningen vid en justering inte längre uppvisar någon kritisk kapitalbrist, med andra ord att bolagets egna kapital nu överstiger hälften av det registrerade aktiekapitalet, finns det anledning att skilja på tre olika situationer.

- (i) I den första situationen har bolaget efter justering ett eget kapital som motsvarar eller överstiger det registrerade aktiekapitalet på grund av exempelvis aktieägartillskott eller vinstgivande försäljningar av tillgångar. Enligt 25 kap. 15 § ABL behöver

⁹² Blixt 1984, s. 17 och Blixt 1992, s. 18.

⁹³ Granath 1994, s. 17.

⁹⁴ Prop. 2000/01:150 s. 94.

⁹⁵ A.a., s. 95.

⁹⁶ Oppenheimer m.fl. 2013, s. 39.

⁹⁷ A.a., s. 39.

⁹⁸ Lindskog 2008, s. 86.

- styrelsen i en sådan situation inte upprätta någon ny kontrollbalansräkning eller kalla till en andra kontrollstämma.
- (ii) Den andra situationen föreligger när bolagets egna kapital inte motsvarar det registrerade aktiekapitalet men ändå överstiger den kritiska gränsen och detta beror på ny information om bolagets ekonomiska förhållanden som styrelsen erhållit vid tidpunkten för stämman. I sådana situationer behöver styrelsen inte heller vidta några ytterligare åtgärder. Hade styrelsen från början haft tillgång till ett korrekt beslutsunderlag hade ju någon kontrollstämma aldrig behövt påkallas.
 - (iii) Den tredje situationen avser fall då det egna kapitalet visserligen överstiger den kritiska kapitalgränsen, på grund av att en partiell återhämtning skett sedan kallelsen till stämman, men det motsvarar fortfarande inte det registrerade aktiekapitalet. I detta fall kvarstår styrelsens skyldighet att upprätta en andra kontrollbalansräkning och kalla till en andra kontrollstämma. Har bolagets egna kapital en gång understigit den kritiska gränsen kan bolaget endast undgå likvidation genom att en balansräkning uppvisar ett fullt återställt kapital, enligt 25 kap. 16 § 1 st. och 17 § 1 st. 2 ABL.⁹⁹

Om den första kontrollstämman beslutar att bolaget ska fortsätta sin verksamhet uppstår en rådrumsfrist på åtta månader. Inom denna rådrumsfrist ska bolaget helt täcka bristen i det registrerade aktiekapitalet för att undvika skyldigheten att träda i likvidation. Inför den andra kontrollstämman ska styrelsen på nytt upprätta en kontrollbalansräkning, som i förekommande fall ska granskas av bolagets revisor. Likvidationsplikt respektive personligt betalningsansvar aktualiseras först när rådrumsfristen på åtta månader passerats.¹⁰⁰

Uppstår en obeståndssituation under rådrumsfristen på åtta månader har styrelsen ingen möjlighet att avvakta med åtgärder utan måste, i avseende på konkurs eller betalningsinställelse, antingen förhandla om ackord eller rekonstruktion och som sista utväg ansöka om att bolaget ska försättas i konkurs.¹⁰¹

3.4.3 Skyldighet att ansöka om likvidation

Enligt 25 kap. 17 § ABL föreskrivs det två situationer då rätten ska besluta om att bolaget ska träda i likvidation på grund av kapitalbrist. Det ena fallet är när en andra kontrollstämma inte hålls inom rådrumsfristen om åtta månader. Det andra fallet uppstår när kontrollbalansräkningen som har lagts fram på andra kontrollstämman inte uppvisar att det egna kapitalet uppgår till minst det registrerade aktiekapitalet och bolagsstämman inte beslutat om likvidation. I sistnämnda situation är det kontrollbalansräkningens innehåll som avgör om bolaget är likvidationspliktigt eller inte, jämfört med tidigare

⁹⁹ Prop. 2000/01:150 s. 95.

¹⁰⁰ 25 kap. 18 § 1 st. 3 p. ABL.

¹⁰¹ Oppenheimer m.fl. 2013, s. 42 f.

då likvidationsplikten istället är knuten till stämmans godkännande av kontrollbalansräkningen.¹⁰² Denna andra kontrollbalansräkning utgör enligt RH 1996:114 exklusivt bevismedel för att bolagets eget kapital uppgår till det registrerade aktiekapitalet.

Styrelsen är således skyldig att ansöka om beslut om likvidation hos rätten när likvidationsanledning inträtt för bolaget och bolagsstämman inte har beslutat om att bolaget ska gå i likvidation.¹⁰³ Ansökan ska inges inom två veckor från det att den andra kontrollstämman har hållits eller om någon sådan inte har hållits, från den tidpunkt då den senast skulle ha hållits. Om styrelsen underlåter att ansöka om beslut om likvidation hos rätten och verksamheten fortsätter kommer aktiebolaget i stort att fungera som ett handelsbolag där styrelseledamöter och aktieägare blir solidariskt personligt betalningsansvariga för bolagets nya förpliktelser.¹⁰⁴

3.5 Det personliga betalningsansvaret för styrelseledamöter

Vid underlåtelse att följa det angivna handlingsmönstret inträder som ovan nämnts ett personligt och solidariskt betalningsansvar för styrelsens ledamöter. Det personliga betalningsansvaret stadgas i 25 kap. 18 § ABL och kan inträda i följande situationer:

- (i) om styrelsen inte upprättar och, i förekommande fall, låter revisor granska en kontrollbalansräkning (1 p.);
- (ii) om styrelsen underlåter att sammankalla en första kontrollstämma (2 p.); eller
- (iii) om styrelsen inte, såsom lagstiftning kräver, har ansökt hos tingsrätt om att bolaget ska träda i likvidation (3 p.).

Föreligger någon av dessa situationer inleds en ansvarsperiod där styrelseledamöterna, tillsammans med bolaget, riskerar att bli solidariskt ansvariga för förpliktelser som uppkommer i bolaget under den tid som underlåtenheten att vidta ovan nämnda åtgärder består. Vidtas åtgärder som tidigare har underlåtit, ansvarar styrelsen endast för förpliktelser som uppstod dessförinnan.¹⁰⁵

Även den som med vetskap om styrelsens underlåtenhet handlar å bolagets vägnar, eller aktieägare som deltar i ett beslut att fortsätta bolagets verksamhet när bolaget egentligen är skyldigt att träda i likvidation, kan hållas ansvarig.¹⁰⁶

¹⁰² Prop. 2000/01:150 s. 97.

¹⁰³ 25 kap. 17 § 2 st. ABL och NJA 2002 s. 112.

¹⁰⁴ Lindskog 2008, s. 23 f.

¹⁰⁵ Andersson m.fl. 2014, avsnitt 25.18.

¹⁰⁶ Se 25 kap. 18-19 §§ ABL.

Den som vill göra det personliga betalningsansvaret gällande har därmed att fritt välja mot vem vederbörande vill föra talan. Styrelseledamöter och aktieägare kan hållas ansvariga för alla nya förpliktelser som uppkommer under ansvarsperioden, medan den som handlar på bolagets vägnar endast kan bli ansvarig för den specifika förpliktelse som har uppstått med anledning av handlandet. Till skillnad från skadeståndsansvaret i 29 kap. 1 § 2 men. ABL krävs det inte att någon faktisk skada har uppstått för borgenären för att en aktualisering av medansvaret ska ske. Det är tillräckligt att kapitalbristreglerna har åsidosatts.¹⁰⁷

Det personliga betalningsansvaret benämns medansvar och är alltså konstruerat som ett solidariskt ansvar tillsammans med bolaget för uppkomna bolagsförpliktelser under ansvarsperioden. Har en styrelseledamot infriat en av bolagets förpliktelser på grund av sitt medansvar, kan denne mot övriga medansvariga styrelseledamöter rikta ett krav om regress. En styrelseledamot har möjlighet att freda sig mot ansvar genom att visa att en ansvarsfrihetsgrund föreligger. Möjligheten att freda sig mot ansvar för styrelseledamot är begränsad till vad exculperingsbestämmelsen inrymmer, det vill säga möjligheten att visa att han eller hon inte har varit försumlig. Denna bedömning görs individuellt.¹⁰⁸

När frågan ska prövas, huruvida en styrelseledamot har ådragit sig personligt betalningsansvar eller inte, sker detta i två led. Till att börja med utreds frågan om det föreligger objektiva förutsättningar för personligt betalningsansvar, med andra ord att det föreligger en kritisk kapitalbrist och att styrelsen har underlåtit att fullgöra sin skyldighet att vidta de föreskrivna åtgärderna. Personen som gör gällande det personliga betalningsansvaret har att visa att dessa förutsättningar föreligger. I princip anses det vara tillräckligt att visa att kritisk kapitalbrist föreligger, eftersom det ofta medför att styrelsen i sådan situation anses ha haft skäl att anta faktisk kritisk kapitalbrist. Det andra ledet i prövningen tar sikte på den subjektiva sidan och avser frågan om ifrågavarande styrelseledamot varit försumlig.¹⁰⁹ Enligt förarbetena definieras försummelse som att styrelseledamoten uppsåtligt eller av oaktsamhet har underlåtit att fullgöra vad som åligger honom eller henne.¹¹⁰ Styrelseledamoten har möjlighet att freda sig från ansvar genom att visa att underlåtenheten att fullgöra vad som åligger denne inte berott på försumlighet.¹¹¹

Att notera är att styrelsen dessutom har att bevaka bolagets likviditet, alltså bolagets förmåga att betala bolagets skulder allt eftersom de förfaller till betalning. Styrelsen riskerar nämligen även ett personligt betalningsansvar vid utebliven betalning av vissa skatter och avgifter, enligt 59 kap. 12 och 13 §§ SKF. Vidare föreskriver 11 kap. 3 § BrB ett straffansvar, *vårdslöshet mot borgenärer*, för företrädare som med vetskap om bolagets obestånd

¹⁰⁷ Lindskog 2008, s. 23 ff.

¹⁰⁸ Nerep 2013, s. 550.

¹⁰⁹ NJA 2009 s. 210.

¹¹⁰ Prop. 1987/88:10 s. 70.

¹¹¹ Se NJA 2009 s. 210, NJA 2012 s. 858 och Svea HovR T 5582-04.

driver den förlustbringande verksamheten vidare och det resulterar i en avsevärd försämring av bolagets förmögenhetsställning.

3.6 Ansvarsfrihetsgrunder

Som ovan påtalats finns det möjlighet för den enskilda styrelseledamoten att freda sig från ansvar, för det fall det föreligger en ansvarsfrihetsgrund.¹¹² Således stadgas i 25 kap. 18 § 3 st. ABL följande beträffande de i samma lagrum 1 och 2 st. upptagna ansvarsgrunderna: ”Ansvaret enligt första och andra styckena gäller inte för den som visar att han eller hon inte har varit försumlig.”

Bedömningen av om det föreligger en ansvarsfrihetsgrund görs individuellt. Det är den styrelseledamot som gör invändning om att det föreligger en ansvarsfrihetsgrund som har bevisbördan för detta.¹¹³ Enligt Lindskog får den bevisbörda som styrelseledamoten har i detta sammanhang antas vara förenad med en viss bevislättnad.¹¹⁴

Samma aktsamhetsstandard som gäller för skadeståndsansvar mot bolaget bör vara vägledande i fråga om kravet på vad styrelseledamot bort känna till eller vad denne bort göra. Här är bestämmelserna i 8 kap. 4-5 §§ ABL av betydelse för bedömningen, eftersom dessa är grundläggande för styrelsearbetet som sådant. Styrelsen har till uppgift att organisera bolaget så att den kontinuerligt erhåller rapporter om bolagets ekonomiska situation och övriga förhållanden. Om det brister i organisationen och rapporteringen, som får till följd att styrelsen inte i tid haft ”skäl att anta” faktisk kapitalbrist, finns det mycket lite utrymme för exculpering. Nerep anser att även en styrelseledamot som inte kan delta på samtliga styrelsemöten är skyldig att hålla sig underrättad om det som framkommit därvid.¹¹⁵ Lindskog anser å andra sidan att kunskap inte kan tillräknas styrelseledamot som vid ett enstaka tillfälle inte närvarat vid ett styrelsesammanträde, eftersom det inte föreligger någon absolut närvaroplikt.¹¹⁶

Inte heller bristande kompetens kan grunda exculpering för en styrelseledamot, eftersom en styrelseledamot förutsätts ha eller ha haft tillgång till nödvändig ekonomisk och juridisk kunskap för att kunna verka som fullvärdig ledamot.¹¹⁷ Nerep anser att förhållanden såsom att styrelsen erhåller vilseledande information om bolagets ekonomiska situation från den verkställande ledningen kan utgöra grund för exculpering.¹¹⁸ Ett aktivt undanhållande av information från styrelseledamöter bör inte grunda

¹¹² Nerep 2003, s. 550.

¹¹³ A.a., s. 550.

¹¹⁴ Lindskog 2008, s. 131.

¹¹⁵ Nerep 2003, s. 550.

¹¹⁶ Lindskog 2008, s. 133.

¹¹⁷ Prop. 1987/88:10 s. 71 f.

¹¹⁸ Nerep 2003, s. 552.

exculpering, eftersom styrelsen är skyldig att hålla sig underrättad om bolagets förhållanden.

Det är troligtvis inte möjligt för styrelseledamöterna att beskylla arbetsfördelningen inom styrelsen för att undgå personligt betalningsansvar.¹¹⁹ Lindskog anser däremot att en delegering som skett omsorgsfullt, med andra ord att styrelseledamoten förvissat sig om att vad som anförtrotts annan verkligen utförs, bör utgöra ansvarsfrihetsgrund.¹²⁰

Vidare kan en styrelseledamot undgå ansvar för underlåtenhet genom att visa att laga förfall förelåg, på grund av exempelvis allvarligare sjukdom.¹²¹ I ett avgörande från Göta hovrätt ansågs däremot inte depression vara en tillräckligt allvarlig sjukdom för att grunda ansvarsfrihet, då styrelseledamoten i viss mån ändå varit aktiv i bolaget.¹²²

Befinner sig en ledamot av styrelsen i minoritet avseende en fråga som rör styrelsens handlingsplikt vid kapitalbrist i bolaget, ska vederbörande ha en möjlighet att reservera sig mot beslutet och på så sätt undgå ansvar.¹²³ En sådan reservation bör av bevisskäl tydligt protokollföras.¹²⁴ Enligt Rolf Dotevall gäller som generell regel att det är tillräckligt att en ledamot röstar emot förslaget, reserverar sig, för att undgå ansvar. Vad gäller frågor av större betydelse för bolaget krävs däremot att styrelseledamoten avgår om denne vill vara säker på att undgå ansvar.¹²⁵ Granath vidareutvecklar resonemanget och drar slutsatsen att en styrelseledamot måste avgå för att undgå ansvar för underlåtenheten, eftersom frågan om bolagets försättande i likvidation utgör en fråga av större betydelse för bolaget. Ett alternativ skulle dock enligt honom vara att styrelseledamoten istället verkar för att kallelse till bolagsstämman sker.¹²⁶ En enskild ledamot har dock begränsade möjligheter att få till stånd en extra bolagsstämman (se 9 kap. 8 och 12 §§ ABL) och det bör i vart fall anses vara alltför tidskrävande att kräva av denne.¹²⁷

3.7 Answarets omfattning

Medansvaret är strikt och omfattar alla typer av förpliktelser, exempelvis bolagets skatteskulder, böter och utomobligatorisk skadeståndsansvar, som uppstår under ansvarsperioden.¹²⁸

¹¹⁹ Nerep 2003, s. 550.

¹²⁰ Lindskog 2008, s. 134.

¹²¹ A.a., s. 135.

¹²² Göta hovrätt 2006, T 1743/05 i Oppenheimer m.fl. 2013, s. 229.

¹²³ Prop. 2000/01:150 s. 44, Lindskog 2008, s.135, Nerep 2003, s. 554 och Sandström 2012, s. 396, fotnot 5.

¹²⁴ Nerep 2003, s. 554.

¹²⁵ Dotevall 1989, s. 138.

¹²⁶ Granath 1994, s. 57 f.

¹²⁷ Nerep 2003, s. 554.

¹²⁸ NJA 2009 s. 221 och Lindskog 2008, s. 168.

Vad gäller frågan om vid vilken tidpunkt en förpliktelse ska anses ha uppkommit i bolaget, finns ingen generell princip att tillämpa. Bedömningen får ske i varje enskilt fall utifrån syftet med den enskilda bestämmelsen.¹²⁹ Prövningen av om en fordran har uppkommit i bolaget och till följd därav omfattas av det personliga betalningsansvaret för styrelseledamöter, bör därmed avgöras med beaktande av syftet med 25 kap. 18 § ABL.

Svea hovrätt uttalade i målet T 4219-13, som rörde frågan om rättegångskostnaders uppkomst, att det mot bakgrund av utformningen av lagrummet 25 kap. 18 § ABL, fanns starkt vägande skäl för att vid bestämmandet av rättegångskostnadernas uppkomst göra denna bedömning med utgångspunkt i borgenärernas skyddsintresse. Mot bakgrund av detta ansåg hovrätten att de aktuella rättegångskostnaderna vid en tillämpning av 25 kap. 18 § ABL skulle anses ha uppkommit när kostnaderna uppkom för borgenärerna, vilket hade skett löpande allteftersom det arbete som rättegångskostnaderna grundades på hade utförts.¹³⁰

I NJA 2013 s. 725, som även det rörde frågan om tidpunkten för en fordrans uppkomst, uttalade Högsta domstolen att ”vid en tillämpning av 25 kap. 18 § aktiebolagslagen bör det av ändamålsskäl få betydelse om bolaget har haft en avtalsenlig rätt att under medansvarsperioden avbeställa prestationen utan att ådra sig någon ersättningsskyldighet”.¹³¹ Slutsatsen som kan dras av rättsfallet är att en fordran uppkommer vid ingåendet av avtalet/beställningen, om det inte finns någon fri avbeställningsrätt. Om situationen är det motsatta och det finns en fri avbeställningsrätt, som inte utnyttjas av bolaget under ansvarsperioden, uppkommer fordran allteftersom prestationen utförs. Vid en situation där ett avtal har ingåtts innan ansvarsperiodens början, men där borgenären har fullgjort sin prestation först under ansvarsperioden, blir frågan om det har funnits någon avbeställningsrätt eller inte avgörande. Har ingen avbeställningsrätt funnits anses fordran ha uppkommit vid avtalets ingående, det vill säga innan ansvarsperioden. Om det däremot föreligger en avbeställningsrätt som inte har utnyttjats av bolaget under ansvarsperioden, omfattas fordringen av styrelseledamöternas personliga betalningsansvar.

3.8 Ansvarsperiodens slut

I 25 kap. 20 § ABL uppräknas tre situationer vilka avbryter den ansvarsperiod under vilken styrelseledamöterna riskerar personligt betalningsansvar för bolagets förpliktelser. Det personliga betalningsansvaret för styrelseledamöterna avbryts om (i) en likvidationsansökan har ingivits, (ii) en kontrollbalansräkning har upprättats i ovan föreskriven ordning och framlagts vid bolagsstämma och denna utvisar att det

¹²⁹ NJA 2009 s. 291.

¹³⁰ Svea HovR T 4219-13, s. 4.

¹³¹ NJA 2013 s. 725, Högsta domstolens skäl, p. 10.

registrerade aktiekapitalet åter har full täckning, eller (iii) bolagsstämman, Bolagsverket eller domstol har beslutat att bolaget ska träda i likvidation. Styrelseledamöternas ansvar utesluts därmed vid dessa tidpunkter för därefter tillkommande förpliktelser. Ansvarret kvarstår däremot för tidigare uppkomna förpliktelser, vilket framgår motsatsvis av bestämmelserna.¹³²

Det framgår inte i lagtexten vad som gäller för medansvaret för det fall bolaget försätts i konkurs. Enligt SOU 1999:36 s. 18 och prop. 2000/01:150 s. 130 kan även andra händelser få ansvarsperioden att upphöra. I Svea hovrätts mål T 5582-04, konstaterade domstolen att en sådan händelse bör vara dagen för bolagets försättande i konkurs. Det får därmed anses klarlagt att en konkurs medför att ansvarsperioden upphör.

Det personliga betalningsansvaret upphör vidare att gälla när talan om detta preskriberas i enlighet med 25 kap. 20a § ABL. I paragrafen stadgas att det personliga betalningsansvaret preskriberas om inte talan väcks inom tre år från uppkomsten av förpliktelsen, eller inom ett år från det att förpliktelsen senast skulle ha fullgjorts. En talan ska anses väckt när en ansökan om stämning getts in till domstol eller en ansökan om betalningsföreläggande getts in till Kronofogdemyndigheten. Det ska noteras att det inte är det personliga betalningsansvaret i sin helhet för en viss ansvarsperiod som upphör, utan endast den specifika förpliktelse som en borgenär gör gällande att bolagets företrädare är medansvariga för. En styrelseledamot kan därför bli betalningsansvarig för andra förpliktelser som uppkommit för bolaget vid en senare tidpunkt, under förutsättning att talfristen för dessa förpliktelser inte har löpt ut.¹³³

När det kommer till det regresskrav som en enskild styrelseledamot kan ha gentemot övriga medansvariga, med anledning av att denna har införlivat förpliktelse till borgenär, träffas inte sådana fordringar av preskriptionsreglerna som föreskrivs i paragrafen, enligt paragrafens 2 st. Sådana fordringar är istället att betrakta som fordringar i allmänhet, bland annat ifråga om preskription, varför en sådan fordran preskriberas 10 år efter dess uppkomst enligt 2 § PreskL.¹³⁴

Det har fram till ett nyligen avgjort mål i Högsta domstolen, mål nr T2674-13, varit ovisst vad som gäller i fråga om en avgående styrelseledamots betalningsansvar. I målet klargjordes att även den styrelseledamot som avgår under ansvarsperioden träffas av förpliktelser som uppstår under hela ansvarsperioden, det vill säga även sådana som uppkommer efter styrelseledamotens avgång. Det finns däremot en möjlighet för styrelseledamoten att undgå ansvar för sådana förpliktelser om vederbörande kan visa att det föreligger grund för ansvarsfrihet. Domstolen konstaterade att en grund för ansvarsfrihet föreligger i situationer då en avgående styrelseledamot själv försökt åstadkomma vad som åligger styrelsen. En reservation mot ett styrelsebeslut kan exempelvis visa på

¹³² Prop. 2000/01:150 s. 102.

¹³³ Prop. 2012/13:65 s. 12.

¹³⁴ A.a., s. 13.

sådant försök i bolag med flera styrelseledamöter. Domstolen konstaterade även att allvarlig sjukdom som skäl för avgången kan utgöra grund för ansvarsfrihet. Vidare ansågs ansvarsfrihet föreligga för styrelseledamot som kan visa att vederbörande haft anledning att räkna med att de kvarvarande styrelseledamöterna utan ytterligare dröjsmål skulle vidta styrelsens skyldigheter. I det aktuella målet ansågs den avgående styrelseledamoten ha agerat försvarligt i samband med avgången från styrelsen.

3.9 Kritik mot bestämmelserna

Den kritik som har riktats mot bestämmelserna rör främst det faktum att de tar sin utgångspunkt i ett bolags insufficiens. Det har ansetts medföra att det blir svårare att på ett tidigt stadium upptäcka och åtgärda förekommande kapitalbrist.¹³⁵ Ansvarsgrunden har ansetts kopplad till en i sig irrelevant och godtyckligt satt kapitalgräns.¹³⁶ Åsikter har framförts för att utgångspunkten för bestämmelsernas aktiverande istället ska vara insolvens, eller snarare vid en prognos över att bolaget närmar sig insolvens, utifrån påståendet att det hade medfört att kapitalbristen tidigare hade kunnat upptäckas och åtgärdas.¹³⁷

I ett bolag med ett lågt aktiekapital har det ansetts mer vanligt förekommande att insolvens inträder före insufficiens. Det finns även risk för att ett bolag som får löpande kassatillskott i form av lån från moderbolag eller annan aktieägare, och därmed kan möta sina betalningsförpliktelser, likväl måste likvideras, medan ett bolag som saknar likvida medel och därför inte kan möta sina löpande förpliktelser får fortsätta sin verksamhet för att det på pappret är sufficient.¹³⁸

Lindskog argumenterar för att den kritiska kapitalgränsen ska sättas i relation till risken och omfattningen av bolagets verksamhet. Han anser att den kapitalnivå vid vilken kritisk kapitalbrist föreligger helt saknar samband med bolagets soliditet. Bestämmelserna riskerar att medföra att en styrelse i ett bolag med en hög soliditet ändå tvingas till att vidta åtgärder för att verka för att bolaget likvideras för att en kapitalbrist uppstår i bolaget.^{139 140}

Dotevall argumenterar för att bestämmelserna ska överföras till insolvensrätten. Det är först i och med en konkurs som medansvar aktualiseras, varför han anser att det är naturligt att reglerna om medansvar

¹³⁵ SOU 2008:49 s. 91. Jfr Oppenheimer 2009.

¹³⁶ Forsebäck 2008/09, s. 205.

¹³⁷ Engerstedt & Svernlöv 2009, s. 45.

¹³⁸ SOU 2008:49 s. 91.

¹³⁹ Lindskog 2008, s. 21.

¹⁴⁰ Att notera är att god soliditet inte alltid behöver vara positivt för ett företag. Det kan också vara en följd av obefintliga investeringar i bolaget, av den anledningen att verksamheten i bolaget inte anses lönsam. Vidare kan låg soliditet bero på att bolaget är i en kraftig expansionsfas, vilket är något positivt. Dock är allt som oftast fallet så att hög soliditet är positivt och eftersträvsvärt och inte låg soliditet. I den fortsatta framställningen används begreppet i den betydelsen.

istället återfinns i insolvenslagstiftningen. Han belyser den problematik som kan uppstå med anledning av att bestämmelserna i svensk rätt är placerade i bolagslagstiftningen istället för insolvenslagstiftningen, vilket skiljer sig från hur regleringen ser ut i vissa andra länder. Idag är det vidare möjligt inom EU att starta ett aktiebolag i ett medlemsland, för att därefter bedriva verksamheten genom en filial i ett annat medlemsland.¹⁴¹ Om ett insolvensförfarande inleds i Sverige för en utländskt ägd filial kommer den svenska insolvenslagstiftningen med stor sannolikhet att tillämpas på insolvensförfarandet. Däremot kommer bolagslagstiftningen i det land där moderbolaget är registrerat att tillämpas i fråga om vilka effekter insolvensförfarandet får för bolaget och dess styrelseledamöter. Är registreringslandet ett land där regler likt de svenska medansvarsreglerna för styrelseledamöter istället återfinns i insolvenslagstiftningen, vilket är fallet i exempelvis England, kommer ett vakuum att uppstå där varken de svenska reglerna om personligt betalningsansvar enligt 25 kap. ABL kan tillämpas eller de utländska bestämmelserna om ansvar för styrelseledamöterna. I en sådan situation förlorar bolagsborgenärerna möjligheten att utkräva ansvar från styrelseledamöterna.¹⁴²

Vidare anses bestämmelserna vara betungande. I förarbeten har uttalats att sanktionen i vissa fall kan bli alltför sträng.¹⁴³ Vid misstanke om kapitalbrist står dessutom styrelseledamöterna inför en stor och dyrbar process, vilket kan medföra onödiga kostnader för bolaget. De åtgärder som lagen föreskriver anses av vissa inte heller stå i rimlig proportion till vad som kan uppnås med dem.¹⁴⁴ Reglerna är dessutom nästintill unika för Sverige och riskerar att göra det svenska aktiebolaget mindre eftertraktat jämfört med övriga bolagsformer inom EU, vilket har framförts som ytterligare argument för att förändra regelverket.¹⁴⁵

¹⁴¹ Se mål C-2212/97, C-208/00 och C-167/01.

¹⁴² Dotevall 2006, s. 885-897.

¹⁴³ Prop. 1990/91:198 s. 198.

¹⁴⁴ Se t ex SOU 2008:32 s. 212, Engerstedt & Svernlöv 2009, s. 44 och Lindskog 2008, s.

30.

¹⁴⁵ Engerstedt & Svernlöv 2009, s. 44 och Lindskog 2008, s. 30.

4 Aktiebolagens skadeståndsregler

4.1 Inledning

Enligt nuvarande reglering är det möjligt för en borgenär att kräva ersättning för en kreditförlust som vederbörande gjort på grund av ett bolags insolvens genom återopande av bestämmelserna om kapitalbrist i 25 kap. ABL eller på skadeståndsrättslig grund genom tillämpning av bestämmelsen i 29 kap. 1 § 2 men. ABL. I detta sammanhang får en tillämpning av 29 kap. 1 § 2 men. ABL främst betydelse för en befintlig bolagsborgenär, eftersom medansvaret i 25 kap. ABL inte omfattar bolagets skulder till befintliga bolagsborgenärer.¹⁴⁶

Om bestämmelserna i 25 kap. ABL ändras, genom ett införande av ett regelverk likt *wrongful trading*, är det vidare intressant att utreda hur borgenärernas möjligheter att tillämpa skadeståndsbestämmelsen i 29 kap. 1 § 2 men. ABL påverkas. Av den anledningen innehåller denna uppsats detta kapitel som utreder i vilken utsträckning en borgenär i ett svenskt aktiebolag har möjlighet att på skadeståndsrättslig grund kräva bolagets styrelse på ersättning. I analysen redogör jag sedan för på vilket sätt borgenärers möjlighet att på skadeståndsrättslig grund kräva bolagets styrelse på ersättning kan komma att påverkas av ett införande av en bestämmelse om *wrongful trading*.

Kapitlet inleds med en allmän redogörelse över aktiebolagens skadeståndsbestämmelse i 29 kap. 1 § ABL och avslutas med en mer specifik redogörelse över borgenärers möjlighet att vid en kreditförlust på grund av ett bolags insolvens kräva ersättning av bolagets styrelse på skadeståndsrättslig grund.

4.2 Allmänt om skadeståndsansvaret i aktiebolagslagen

ABL:s skadeståndsregler återfinns i 29 kap. och tar sikte på ansvaret för aktörer inom bolaget, exempelvis styrelseledamöter, verkställande direktör, revisor och aktieägare. En styrelseledamot i ett aktiebolag som varit oaktsam i sitt uppdrag kan bli skadeståndsansvarig mot bolaget enligt 29 kap. 1 § ABL. Har skada vållats tredje man vid överträdelse av aktiebolagslagen, lag om årsredovisning eller bolagsordningen, gäller detsamma.

¹⁴⁶ Lindskog 2008, s. 22, fotnot 35.

Bestämmelserna ersätter endast rena förmögenhetsskador, det vill säga ekonomisk skada som inte har samband med att någon lider person- eller sakskada.¹⁴⁷ Eftersom ersättning för sådana skador enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler är belagda med avsevärda begränsningar har det ansetts angeläget att införa ett särskilt kapitel för detta i ABL. Detta för att öka möjligheterna att erhålla skadestånd för bolaget, aktieägare och andra.¹⁴⁸

Skadeståndsansvaret i ABL reglerar inte uttömmande ansvaret, utan bestämmelserna måste ses i samband med de allmänna principerna i SkL.¹⁴⁹ Bedömningar av orsakssamband, uppsåt och oaktsamhet ska därmed också ske inom ramen för aktiebolagsrättsliga förhållanden.¹⁵⁰

Ur ansvarsregeln i 29 kap. 1 § ABL kan härledas fyra grundläggande rekvisit som ska vara uppfyllda för att ansvar ska kunna utkrävas av styrelseledamot. Till att börja med ska en skada ha uppstått, denna ska ha vållats inom skadevållarens uppdrag för bolaget, skadevållaren ska ha agerat vårdslöst och adekvat kausalitet ska föreligga.¹⁵¹ Detta är den objektiva delen i culpabedömningen. Culparegeln delas vidare upp i en subjektiv sida och till denna del av bedömningen hänförs förhållanden som rör skadevållarens person.¹⁵² Culpabedömningen utförs utifrån olika ansvarsstandarder beroende på vilken aktör det rör sig om. En styrelseledamot exempelvis, får anses ha ett strängare skadeståndsansvar än en vanlig aktieägare.¹⁵³ Det är den skadelidande som har bevisbördan för att den skadevållande varit culpös.¹⁵⁴

Såväl direkt som indirekt skada omfattas av skadeståndsansvaret i 29 kap. 1 § ABL. I aktiebolagsrättsliga sammanhang innebär en direkt skada en skada som direkt skadar en borgenär (eller aktieägare), utan att bolaget för den sakens skull drabbas. En indirekt skada är en skada som direkt skadar bolaget och endast indirekt borgenären (eller aktieägare). Grundprincipen inom svensk rätt är att indirekt skada endast undantagsvis ersätts vid ren förmögenhetsskada. Detta gäller fall då den bestämmelse som har överträtts också har till ändamål att skydda tredje man.¹⁵⁵

Skadeståndsansvaret för styrelseledamöterna är individuellt. Domstolarna tar bland annat i beaktande hur arbetsfördelningen av arbetsuppgifter i styrelsen ser ut. En eventuell arbetsordning kan här få betydelse om den anger hur arbetsuppgifterna fördelas i styrelsen.¹⁵⁶ Att notera är att kravet på

¹⁴⁷ Sandström 2012, s. 392.

¹⁴⁸ Nerep & Samuelsson 2013, avsnitt 29.1 och Bergström & Samuelsson 2012, s. 133.

¹⁴⁹ Dotevall 1989, s. 21.

¹⁵⁰ Nerep & Samuelsson 2013, avsnitt 29.1 och Sandström 2012, s. 395.

¹⁵¹ Svernlöv 2014, s. 203.

¹⁵² Dotevall 2008, s. 60.

¹⁵³ Sandström 2012, s. 394.

¹⁵⁴ A.a., s. 394.

¹⁵⁵ Dotevall 2008, s. 218 och Andersson 2010, s. 272.

¹⁵⁶ Sandström 2012, s. 405.

att en styrelse ska fastställa en skriftlig arbetsordning avskaffades 2014.¹⁵⁷ Det är därmed inte längre nödvändigt att ha en fastställd skriftlig arbetsordning.

Det är möjligt för en styrelseledamot att reservera sig mot beslut genom att reservationen antecknas i protokollet. Protokollet kan sedan utgöra bevis vid återopande av ansvarsfrihet för styrelseledamoten.¹⁵⁸ Det är även möjligt att jämka ett skadeståndsansvar efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens beskaffenhet, skadans storlek och omständigheterna i övrigt.¹⁵⁹ Ansvaret är solidariskt om flera blir ersättningsskyldiga för samma skada, under förutsättning att inte någon av dem har fått sin skadeståndsskyldighet jämkad. Den skadelidande kan i en sådan situation välja fritt av vem denne vill utkräva skadestånd.¹⁶⁰

Bestämmelserna i 29 kap. ABL föreskriver både ett internt och ett externt ansvar. Det interna anspråket tar sikte på en skadeståndstalan för bolagets räkning gentemot en aktör inom bolaget, medan det externa anspråket istället är en talan för någon annans räkning än bolagets.¹⁶¹ I det följande avsnittet kommer det externa ansvaret att redogöras för, eftersom den externa ansvarsregleringen tar sikte på skador som drabbar borgenärer.

4.3 Styrelseledamots skadeståndsansvar mot borgenär

En enskild borgenär som har gjort en kreditförlust på grund av bolagets insolvens, kan som tidigare påpekats välja att på skadeståndsrättslig grund kräva styrelseledamöterna i bolaget på ersättning.¹⁶² Bestämmelser om det externa skadeståndsansvaret för styrelseledamöter gentemot borgenärer är reglerat i 29 kap. 1 § 2 men. ABL. I bestämmelsen stadgas att en styrelseledamot som av uppsåt eller oaktsamhet överträtt bestämmelser i ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordning ska ersätta skadan. En talan om externt ansvar som förs av en borgenär preskriberas efter 10 år och följer alltså den allmänna preskriptionen för fordringar.¹⁶³

Det ansvar en styrelseledamot har mot bolagsborgenärerna är mindre omfattande än ansvaret denne har gentemot bolaget. Begränsningen beror på att det är bolaget, och inte styrelseledamöterna, som primärt ansvarar mot tredje man, eftersom det är dessa parter som står i kontraktsförhållande till varandra.

¹⁵⁷ Lag om ändring i aktiebolagslagen (2005:551). Se också prop. 2013/14:86.

¹⁵⁸ Nerep & Samuelsson 2013, avsnitt 29.1.

¹⁵⁹ 29 kap. 5 § ABL.

¹⁶⁰ 29 kap. 6 § ABL.

¹⁶¹ Bergström & Samuelsson 2012, s. 133.

¹⁶² Andersson 2010, s. 271.

¹⁶³ 2 § PreskL och Svernlöv 2014, s. 215.

Ansvaret begränsas genom att en borgenär endast kan få ersättning vid överträdelse av regler som har till ändamål att skydda borgenärens intresse.¹⁶⁴ I detta sammanhang får normskyddsläran betydelse som verktyg för att avgöra om den norm som överträtts syftar till att skydda det förmögenhetsintresse som skadats.¹⁶⁵ Detta medför att en borgenär inte kan åberopa att en styrelseledamot åsidosatt sin lojalitetsplikt som grund för sitt skadeståndsanspråk, eftersom denna plikt enbart avser att skydda bolagets intresse.¹⁶⁶ Dotevall är däremot av uppfattningen att en lojalitetsplikt för styrelseledamöterna gentemot bolagets borgenärer uppstår i de fall det uppkommer en kapitalbrist i bolaget, eftersom styrelseledamöterna vid en sådan situation primärt ska beakta intresset hos borgenärskollektivet.¹⁶⁷ En borgenär kan inte heller stödja sig på bestämmelserna om återbärings- och bristtäckningsanspråk enligt 17 kap. 6-7 §§ ABL, eftersom dessa anspråk tillhör bolaget och kan därför endast göras gällande av bolagets styrelse, likvidator eller konkursförvaltare.¹⁶⁸ Vad gäller kapitalbristbestämmelserna i 25 kap. ABL bör en bolagsborgenär anses ha ett sådant knutet skyddsintresse att ett åsidosättande av dessa bestämmelser kan utlösa skadeståndsansvar för berörda styrelseledamöter.¹⁶⁹

För en borgenär kan det uppstå två olika typer av skador, direkta (omedelbara) och indirekta (medelbara) skador. En direkt skada kan drabba en borgenär exempelvis om ett penninglån lämnas till ett bolag på grund av en vilseledande årsredovisning.¹⁷⁰ En indirekt skada kan drabba en borgenär exempelvis om kapitalbristbestämmelserna i 25 kap. ABL åsidosätts.¹⁷¹

För att en borgenär ska vinna framgång med en talan om skadestånd för direkt skada krävs att borgenären lyckas visa att en styrelseledamot uppsåtligt eller av oaktsamhet överträtt ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen. I praktiken är det oftast ÅRL som överträds.¹⁷² Avsikten med denna skadeståndsregel är att sanktionera regler som har till syfte att skydda tredje man, exempelvis redovisningsregler.¹⁷³

När det gäller borgenärens möjlighet att föra talan om skadestånd för indirekt skada, uppställs någorlunda stränga krav på kausalitet.¹⁷⁴ I NJA 1979 s. 157 fastställde Högsta domstolen att en borgenär som för en talan om skadestånd för indirekt skada måste visa att den skadegörande handlingen medfört insolvens för bolaget eller förvärrat en redan föreliggande insolvens. Med andra ord så anses inte en borgenär ha skadats

¹⁶⁴ Dotevall 2008, s. 209 och Andersson 2010, s. 271.

¹⁶⁵ Dotevall 2008, s. 210.

¹⁶⁶ A.a., s. 211.

¹⁶⁷ Dotevall 1989, s. 361.

¹⁶⁸ En enskild borgenär har dock samma talemöjlighet om en konkursförvaltare underlåter att driva en sådan talan. Se Dotevall 2008, s. 247.

¹⁶⁹ Lindskog 2008, s. 23.

¹⁷⁰ NJA 1996 s. 224.

¹⁷¹ Andersson 2010, s. 272.

¹⁷² A.a., s. 273.

¹⁷³ Nerep & Samuelsson 2013, avsnitt 29.1.

¹⁷⁴ Andersson 2010, s. 272.

indirekt om den ifrågasatta handlingen eller underlåtenheten inte lett till att bolaget blivit insolvent. Vidare konstaterade Högsta domstolen att ett orsakssamband inte heller kan anses föreligga när bolagets ekonomiska situation vid tidpunkten för den skadegörande handlingen var sådan att inte samtliga borgenärer skulle kunna räkna med full betalning ens om handlingen inte hade ägt rum.¹⁷⁵ I doktrin har denna regel förklarats med att om: ”[...] insolvens redan är för handen, föreligger inget adekvat orsakande av skada för borgenären.”¹⁷⁶

Att notera är att en borgenär som inte vinner framgång med en skadeståndstalan enligt 29 kap. 1 § ABL fortfarande kan ha framgång med en skadeståndstalan enligt 2 kap. 2 § SkL, med anledning av bedrägeri enligt 9 kap. 1 § brottsbalken eller oredligt förfarande enligt 9 kap. 8 § brottsbalken.¹⁷⁷

Avslutningsvis ska nämnas att processer om skadestånd är ovanliga.¹⁷⁸ Det anses vara tidskrävande, dyrt och osäkert att föra talan om skadestånd. Skadeståndsbestämmelserna har därmed främst betydelse på ett förebyggande plan. Sandström anser att skadeståndsbestämmelserna medför att styrelseledamöternas intresse av att visa aktsamhet förstärks.¹⁷⁹ Lindskog anser däremot att risken för skadeståndsansvar inte verkar handlingsdirigerande i någon högre grad. Han anser att skadeståndsansvar mot bolagsborgenärerna uppkommer mer i teorin än i praktiken.¹⁸⁰

¹⁷⁵ NJA 1979 s. 157, vid s. 162.

¹⁷⁶ Stattin 2005, s. 190.

¹⁷⁷ Andersson 2010, s. 273.

¹⁷⁸ Prop. 1997/98:99 s. 187.

¹⁷⁹ Sandström 2012, s. 391.

¹⁸⁰ Lindskog 2008, s. 23, fotnot 38.

5 Reglering i England

5.1 Inledning

Englands motsvarighet till ett svenskt aktiebolag kallas för *limited liability company*.¹⁸¹ Liksom i Sverige finns en uppdelning mellan privata och publika aktiebolag.¹⁸² I England skiljs däremot aktiebolag åt beroende på vilken konstruktion dessa har. Ett aktiebolag i England kan därför vara antingen *limited by guarantees* eller *limited by shares*.¹⁸³ I ett aktiebolag som är *limited by guarantee*, har ägarna av bolaget begränsat sitt betalningsansvar, vid händelse av att bolaget likvideras, till att endast innefatta det belopp som de vid denna tidpunkt åtagit sig att bidra med. I ett *company limited by shares* kopplas aktieägarnas ansvar samman med aktieandelarna i bolaget.¹⁸⁴ Denna bolagsform motsvarar det svenska aktiebolaget. England har, till skillnad från Sverige, inte infört ett lagstadgat krav på ett lägsta aktiekapital i ett *private limited* bolag. Bolagets stiftare behöver endast bidra med en symbolisk och formell summa, vilket kan vara så lite som ett (1) pund.¹⁸⁵

Principen om det begränsade betalningsansvaret, *limited liability*, för aktieägare är ett av de viktigaste kännetecknen för ett aktiebolag. Principen om att bolaget blir en separat juridisk person från sin aktieägare vid införlivandet av bolaget, etablerades redan 1897 i England genom rättsfallet *Salomon v Salomon & Cp Ltd*.¹⁸⁶ I huvudsak innebär det att rättigheterna för bolagets borgenärer är begränsade till de tillgångar som finns i bolaget och ett betalningsansvar kan inte göras gällande mot aktieägarnas privata tillgångar. Principen ställs dock på sin spets när bolaget är på obestånd och inte har tillräckliga tillgångar för att möta alla fordringsägares betalningskrav. I ett likvidationsförfarande riskerar dock aktieägarna endast det kapital som de till bolaget har bidragit med, antingen vid bolagets bildande eller vid ett senare tillfälle.¹⁸⁷ Det finns emellertid undantag från denna princip i engelsk rätt, exempelvis regler om ansvarsgenombrott, *piercing the corporate veil*.¹⁸⁸

När det kommer till styrelseledamöters ansvar för bolagets förpliktelser känns det naturligt att tänka sig att även dessa bör vara fredade från ett personligt betalningsansvar gentemot bolagets borgenärer. Styrelseledamöter riskerar dock att bli personligt betalningsansvariga för

¹⁸¹ Part 1 sec. 3 CA.

¹⁸² Part 1 sec. 4 CA.

¹⁸³ Part 1 sec. 4 (1) - (2) CA.

¹⁸⁴ Hannigan 2012, s. 13.

¹⁸⁵ A.a., s. 15.

¹⁸⁶ [1897] AC 22.

¹⁸⁷ Hirt 2004, s. 74.

¹⁸⁸ Mer om detta se Hannigan 2012, s. 45 ff.

bolagets förpliktelser i situationer när bolaget till exempel är på obestånd.¹⁸⁹ Denna reglering ser ganska annorlunda ut jämfört med de svenska bestämmelserna om tvångslikvidation vid kapitalbrist och det personliga betalningsansvaret för styrelseledamöter. Regleringen behandlas i England, till skillnad från regleringen i Sverige, inte i bolagsrätten, utan i deras insolvenslagstiftning.

I England är en styrelseledamots eventuella personliga betalningsansvar kopplat till när bolaget blir insolvent och ledamotens agerande i tiden strax dessförinnan är avgörande för bedömningen av om ansvar föreligger.¹⁹⁰ Ansvaret kallas för *wrongful trading* och återfinns i Sec. 214 IA. Ansvaret infördes 1986 som ett supplement till den tidigare utvecklade principen om *fraudulent trading*. En liknande princip finns även utvecklad i common law.¹⁹¹ Bestämmelsen om *wrongful trading* har inte tillämpats ofta, men anses likväl ha betydelse på ett förebyggande plan.¹⁹²

I följande kapitel ges en redogörelse över regelverket kring *wrongful trading* och de olika rekvisit som måste vara uppfyllda för att ansvar ska kunna göras gällande.

5.2 Wrongful trading

Bestämmelsen om *wrongful trading* återfinns i sec. 214 IA och infördes i engelsk rätt 1986. Regelverket infördes för att skydda bolagsborgenärerna mot styrelseledamöter som agerat klandervärt.¹⁹³

Bestämmelsen föreskriver sammanfattningsvis att en person som är eller har varit en styrelseledamot i ett bolag där ett konkursförfarande har inletts, kan bli skyldig att, efter domstols beslut på ansökan av en konkursförvaltare, bidra till bolagets förmögenhet med ett så stort belopp som domstolen anser skäligt.

För att detta ansvar ska utgå krävs att:

- (i) bolaget har trätt i konkurs;
- (ii) att ledamoten vid viss tidpunkt innan inledandet av konkursen varit medveten om, eller borde ha varit medveten om, att det inte fanns någon rimlig möjlighet för bolaget att undvika en konkurs; samt
- (iii) att personen var styrelseledamot, eller annan ledande befattningshavare, vid den aktuella tidpunkten.

Är dessa förutsättningar uppfyllda kan en styrelseledamot riskera att bli personligt betalningsansvarig och därmed tvingas bidra till bolagets förmögenhet.

¹⁸⁹ Hirt 2004, s. 75.

¹⁹⁰ Fletcher 2002, s. 707.

¹⁹¹ Davies m.fl. 2013, s. 762.

¹⁹² Finch 2009, s. 513.

¹⁹³ Bachner 2004, s. 297.

Vid införandet av *wrongful trading* skapades ett helt nytt rättsmedel för de borgenärer som lidit skada till följd av styrelseledamöters misskötsel av företaget. Tidigare hade ansvar gjorts gällande enligt bestämmelser om *fraudulent trading*. Det ansågs finnas brister i dessa bestämmelser, främst på grund av att det var oerhört svårt för en likvidator att nå framgång i en ansökan om personligt ansvar för *fraudulent trading*, varför bestämmelserna om *wrongful trading* framarbetades.¹⁹⁴ Bestämmelserna framarbetades specifikt för att skapa en objektiv standard som ledamöterna kunde förhålla sig till, vid en tidpunkt då bolaget närmade sig insolvens.¹⁹⁵

Wrongful trading som rättsmedel syftar till att motverka de problem som uppstår i en konkurs för borgenärer, på grund av aktieägarnas begränsade betalningsansvar i bolaget. Trots att bestämmelserna har detta ändamål riktar sig reglerna mot styrelseledamöternas handlande i bolaget. Detta förklaras enklast med att risken för exploatering av det begränsade betalningsansvaret är som störst i bolag där nyttan av det begränsade betalningsansvaret och kontrollen av bolaget är i samma händer. Med andra ord, bolag där styrelseledamöter även är aktieägare i bolaget eller då styrelseledamöter kontrolleras av aktieägare. Beteendet som sec. 214 IA i avser att motverka, visar sig genom beslut på ledningsnivå. Det framstår därför som naturligt att *wrongful trading* fokuserar på styrelseledamöternas handlande.¹⁹⁶

Om bestämmelsen om *wrongful trading* inte skulle förekomma finns det en risk för att styrelseledamöter i företag som är nära insolvens tar större risker med verksamheten i hopp om att vända på bolagets besvärliga ekonomiska situation. Risken för ansvar enligt sec. 214 IA ger därmed styrelseledamöter, vars tankegångar går mot ett mer riskfullt beteende, ett incitament till att visa större hänsyn till borgenärerna.¹⁹⁷ Vid en insolvenssituation i bolaget skiftar styrelseledamöternas skyldighet att iaktta aktieägarnas intresse till att beakta bolagsborgenärernas intresse.¹⁹⁸

När bestämmelserna om *wrongful trading* togs fram fastställdes ingen lagstadgad definition av begreppet. Domstolarna tilldelades istället en stor frihet att genom rättstillämpning utforma principer för hur detta ansvar skulle se ut.¹⁹⁹

5.3 Tillämpningen av *wrongful trading*

För att få en bättre förståelse över hur rättsmedlet *wrongful trading* fungerar följer nedan en redogörelse över bestämmelsens tillämpning, genom att dess

¹⁹⁴ Goode 1990, s. 203.

¹⁹⁵ Bachner 2009, s. 231.

¹⁹⁶ Hirt 2004, s. 75.

¹⁹⁷ Davies & Worthington 2012, s. 230.

¹⁹⁸ Hannigan 2012, s. 655.

¹⁹⁹ Fletcher 2002, s. 707.

rekvisit appliceras på fakta i det ledande rättsfallet på området, *Re Produce Marketing Consortium Ltd.*²⁰⁰

Produce Marketing Consortium Ltd ("PMC") var ett bolag som bildades 1964, vars verksamhet var att importera frukt. PMC handlade som en kommissionär och tog ut en fast provision på 3,5 procent på bruttoförsäljningspriset på den frukt som bolaget importerade. Eftersom PMC:s eventuella bruttovinst således var direkt relaterad till omsättningen, kunde den enkelt beräknas. Vid den aktuella tidpunkten, hade PMC två styrelseledamöter, varav den ena ägde en betydande del av aktierna i bolaget. Från 1981 och framåt hade PMC gått med förlust. Skulderna började successivt överstiga bolagets tillgångar och dess kassakredit i banken ökade, vilken var garanterad upp till 50 000 pund av en av styrelseledamöterna. Vid ett flertal tillfällen upprättades även PMC:s årsredovisning för sent. Räkenskaper för räkenskapsåret som slutade 30 september 1985, var exempelvis inte tillgängliga för PMC:s styrelseledamöter förrän i januari 1987.

Under sommaren 1986 var det tydligt att PMC:s ställning hade försämrats radikalt. Vid den här perioden överskred PMC ofta sin kassakredit och det fanns en betydande mängd utestående checkar. Vid slutet av år 1986 överskred PMC sin kassakredit på då 75 000 pund med ungefär 16 000 pund och ett antal checkar återlämnades obetalda.

I januari 1987 lämnades utkast till räkenskaper in till PMC för åren 1984-1985 och 1985-1986. Räkenskaper, som undertecknades i februari 1987, visade att PMC var i ett bedrövligt skick. Revisorsintyg för båda kontona uppgav att PMC var insolvent och att bankkrediterna var den enda anledningen till att bolaget kunde fortsätta sin verksamhet. I oktober 1987 genomgick bolaget en, *creditors' voluntary winding up*²⁰¹, med en uppskattad brist på 317 700 pund. I april 1988 yrkade PMC:s konkursförvaltare att de två styrelseledamöterna skulle hållas ansvariga enligt sec. 214 IA för *wrongful trading* och bidra med 107 946 pund till bolagets tillgångar.

Domstolen gick på konkursförvaltarens linje och höll styrelseledamöterna ansvariga för *wrongful trading*. Även om styrelseledamöterna erhöll räkenskaper för det räkenskapsår som slutade 30 september 1985 först i januari 1987, borde de redan i slutet av juli 1986 dragit slutsatsen att det inte fanns någon rimlig möjlighet för bolaget att undvika en konkurs. Vid det laget hade bolaget under flera år gått med en omfattande förlust.²⁰²

²⁰⁰ [1989] 5 BCC 569.

²⁰¹ Se avsnitt 1.5.

²⁰² [1989] 5 BCC 569.

5.3.1 Section 214 (2)(a) IA – Bolaget försatt i konkurs

Det första rekvisitet som måste vara uppfyllt enligt sec. 214 IA för att ansvar ska utgå är att bolaget faktiskt har gått i konkurs. Vilket innebär att bolaget har blivit insolvent och att en förvaltare har utsetts vilken startat en process med avsikt att avveckla bolaget.²⁰³ Bolaget anses vara insolvent när det inte längre kan betala sina skulder allt eftersom de förfaller till betalning.²⁰⁴

Om detta rekvisit appliceras på omständigheterna i *Re Produce Marketing* kan det enkelt konstateras att detta rekvisit var uppfyllt. PMC var insolvent vid det tillfälle då ansvar gjordes gällande, eftersom bolaget genomgick en *creditors' voluntary liquidation*.

5.3.2 Section 214 (2)(b) IA – Insikt om att bolaget inte hade någon möjlighet att undvika en konkurs

Det andra rekvisitet som uppställs i sec. 214 IA är att styrelseledamoten vid viss tidpunkt innan inledandet av konkursen varit medveten om, eller borde ha varit medveten om, att det inte fanns någon rimlig möjlighet för bolaget att undvika en konkurs. Detta är det svåraste rekvisitet för en konkursförvaltare att fastställa, eftersom det är svårt att definiera och bevisa exakt när i tiden det inte längre fanns någon möjlighet för ett bolag att undvika en konkurs.²⁰⁵ Det är relativt enkelt att göra ansvar gällande för *wrongful trading* gentemot en styrelseledamot som haft vetskap om att bolaget inte haft någon möjlighet att undvika en konkurs. Det blir däremot svårare att avgöra *när* en styrelseledamot borde ha varit medveten om att det inte fanns någon rimlig möjlighet för bolaget att undvika en konkurs.

Diskutabelt är hur långt innan ett bolags faktiska insolvens, ansvar för *wrongful trading* kan göras gällande. Fletcher verkar vara av den uppfattningen att ansvarsperioden inleds när det står klart för en styrelseledamot att en konkurs är trolig, ”... *would appear to be probable* (...)”.²⁰⁶ Bachner å andra sidan anser att bestämmelsen ska tolkas mycket snävare.²⁰⁷ Till stöd för sitt påstående hänvisar han till rättsfallet *Re Continental Assurance Company of London plc*²⁰⁸, där domaren formulerade ett väldigt smalt test för när ansvarsperioden för *wrongful trading* inträder.

²⁰³ Kershaw 2009, s. 730.

²⁰⁴ Hirt 2004, s. 88.

²⁰⁵ Hirt 2004, s. 91

²⁰⁶ Fletcher 2002, s. 708.

²⁰⁷ Bachner 2004, s. 302.

²⁰⁸ 2001 WL 720239.

Vid en tidpunkt då ”*the company was nevertheless doomed by then, and would inevitably lapse into insolvency thereafter*”.²⁰⁹

I *Re Hawkes Hill Publishing Co Ltd (in liquidation) Ward v Perks*²¹⁰ klargjordes att den relevanta frågan inte är om styrelseledamöterna visste eller borde ha vetat att bolaget var insolvent, utan istället om de visste eller borde ha dragit slutsatsen att det inte fanns *någon möjlighet* för bolaget att undvika en konkurs.²¹¹ Av det följer, vilket också poängterades i *Secretary of State for Trade and Industry v Gash*²¹², att regelverket inte ska innebära att ett bolag måste upphöra med dess verksamhet så fort det blir insolvent. Styrelseledamöterna har rätt att vara av den åsikten att det ligger i bolagets och dess borgenärers intresse att bolaget istället fortsätter sin verksamhet för att på så sätt komma ur dess ekonomiska svårigheter.²¹³

I *Re Hawkes Hill Publishing Co Ltd (in liquidation) Ward v Perks*²¹⁴ klargjordes det vidare att det faktum att bolaget är insolvent inte i sig innebär att det inte finns någon möjlighet för bolaget att undvika en konkurs. Det krävs däremot att styrelsen kan motivera med goda skäl varför en återgång till solvens är realistiskt möjlig. Här tycks det räcka med att styrelsen kan visa möjliga sätt för hur intäkter sannolikt skulle ha inkommit.²¹⁵ Det är inte godtagbart att utan någon realistisk plan fortsätta driva bolaget i hopp att det ska börja gå med vinst.²¹⁶ Detta resonemang var applicerbart på rättsfallet *Re Idessa Ltd, Burke v Morrison*²¹⁷, där bolaget fortsatte att handla i mer än två år efter det att ett kontrakt, som var bolagets största inkomstkälla, hade löpt ut. Under denna tid tog styrelseledamöterna ut lön trots att företagets balansräkning under perioden pekade på att bolaget var insolvent. Styrelseledamöterna hölls ansvariga för *wrongful trading* från och med det datum då kontraktet upphörde.²¹⁸

Även om styrelsen i ett insolvent bolag har rätt att fortsätta handla med bolaget under en tid framåt, kan de inte vänta för länge innan ett konkursförfarande inleds. I *Re the Rod Gunner Organisation Ltd, Rubin v Gunner*²¹⁹, ansåg domstolen att styrelsen haft rätt till en rådrumsfrist om sex månader (mars till september 1998), för att under denna period se om bolagets nya verkställande direktör kunde vända bolagets besvärliga situation. Styrelsen hade dock efter denna period fortsatt att ge den verkställande direktören förtroende även om denne vid ett flertal tillfällen misslyckats med att infria sina löften. Domstolen ansåg därmed att styrelsen i oktober 1998 borde ha insett att det inte fanns någon möjlighet för bolaget

²⁰⁹ A.a., vid paragraf 100.

²¹⁰ [2007] BCC 937.

²¹¹ A.a., s. 947.

²¹² [1997] 1 BCLC 341.

²¹³ Kershaw 2009, s. 731.

²¹⁴ [2007] BCC 937.

²¹⁵ A.a., s. 951 f.

²¹⁶ Cf *Singla v Hedman* [2010] BCC 684, s. 703 f.

²¹⁷ [2012] BCC 315.

²¹⁸ Hannigan 2012, s. 654.

²¹⁹ [2004] BCC 684.

att undvika en konkurs och de ansågs därmed ha gjort sig skyldiga till *wrongful trading*.²²⁰

Det faktum att ett bolag har drivits med vinst tidigare under flera år skyddar inte styrelsen från ansvar för *wrongful trading*, vilket framkom i fallet *Re Brian D Pierson*.²²¹ Finns det ingen realistisk möjlighet för bolaget att undvika en konkurs kan styrelseledamöterna inte undgå ansvar. I målet framkom den grad av försiktighet som domstolarna måste iaktta när de bedömer affärsbeslut, eftersom det alltid är lätt att, med facit i hand, veta vilken väg som borde ha tagits.²²² Det är av vikt att domstolarna i sin bedömning av styrelseledamöternas beslut inte tillämpar en för sträng syn. Det skulle kunna medföra att försiktiga styrelseledamöter, av rädsla för att bli ansvariga för *wrongful trading*, istället skyndar sig att avveckla bolag med följden att bolag avvecklas i onödan. Av betydelse är att domstolarna försäkras sig om att lagbestämmelsen uppfyller sitt syfte att motverka att styrelseledamöter agerar alltför optimistiskt i ett bolag som är nära insolvens, vilket endast kan uppnås om åsidosättande av bestämmelsen faktiskt fullt ut sanktioneras. Här uppstår en motsättning mellan två intressen som kan medföra en svårhanterlig avvägning för en domstol.²²³

I *Re Produce Marketing*, ansåg domstolen, med hänsyn till vad styrelseledamöterna kände till eller borde ha känt till, att styrelseledamöterna i slutet av juli 1986 borde ha insett att det inte längre fanns någon möjlighet för PMC att undvika insolvens. I *Re Produce Marketing* kunde domstolen ganska enkelt konstatera att detta rekvisit var uppfyllt. I mindre tydliga fall kan detta rekvisit dock bli problematiskt att utreda och fastställa, vilket kan leda till att konkursförvaltaren i dessa fall väljer att avstå ifrån att utkräva ansvar.²²⁴

5.3.3 Section 214 (2)(c) IA – Personen var styrelseledamot i bolaget vid ansvarsperiodens början

Det tredje rekvisitet som uppställts i sec. 214 IA är att den person, mot vilken ansvar görs gällande, var styrelseledamot i bolaget vid tidpunkten då bolaget inte längre hade någon möjlighet att undvika en konkurs.

Det ska noteras att i begreppet ”*directors*” inkluderar även så kallade ”*shadow directors*”, vilket innefattar en person, annan än en professionell rådgivare, som ger direktiv och instruerar bolagets styrelseledamöter hur de ska agera, och dessa agerar därefter. För att ansvar för en *shadow director* ska utgå krävs i allmänhet att bolagets styrelse måste ha överlåtit i princip

²²⁰ A.a., s. 696 ff.

²²¹ [1999] BCC 26.

²²² [1999] BCC 26, s. 51 f. Se också *Re Sherborne Associates Ltd*, [1995] BCC 40, s. 54.

²²³ Hannigan 2012, s. 655.

²²⁴ Bachner 2004, s. 91.

all sin självständighet Det är teoretiskt möjligt för banker och moderbolag att på detta sätt hållas ansvariga för *wrongful trading*. Det är dock tydligt att den situation som bestämmelsen om *shadow directors* avser att avvärja är då en person som har näringsförbud i sitt ställe sätter sin make/maka som styrelseledamot, för att på så sätt kringgå förbudet.²²⁵

5.4 Ansvarsfrihetsgrunder

En styrelseledamot kan undvika ansvar för *wrongful trading* enligt sec. 214 (3) IA, om han eller hon då denne inser eller bort inse att det inte fanns någon möjlighet att undvika att bolaget går i konkurs vidtar åtgärder, ”*took every step*”, som syftar till att minska den förlust som bolagsborgenärerna därigenom riskerar att drabbas av. Det är en svår bevisbörd för en styrelseledamot tillskrivs för att visa att dennes handlande faller in under ansvarsfrihetsgrunden. Det blir i princip omöjligt för en styrelseledamot som inte insett, men bort inse, att det inte fanns någon möjlighet för bolaget att undvika en konkurs. I det fall har styrelseledamoten inte börjat vidta åtgärder, eftersom vederbörande inte kan börja vidta åtgärder förrän det har gått upp för vederbörande att bolaget är nära en konkurs.²²⁶

Det finns ingen detaljerad vägledning om vad som krävs för att en styrelseledamot enligt sec. 214 (3) IA ska lyckas med sitt försvar. Lagrummets tillämpning är fortsatt osäkert som ett resultat av detta. Det verkar dock vara klarlagt att en styrelseledamot måste visa att dennes deltagande i bolagets verksamhet varit både aktivt och inriktat på att skydda bolagets borgenärer, från och med den dag då han/hon insåg att det inte fanns någon möjlighet för bolaget att undvika konkurs. För att lyckas visa detta bör en styrelse som vill undvika att bli personligt betalningsansvariga, när de upptäcker att bolaget befinner sig i en ekonomiskt svår period, ofta hålla styrelsemöten där bolagets ekonomiska situation ses över. Styrelsen bör därutöver se till så att bolaget inte upptar ytterligare skulder. Styrelsen bör dessutom ta fram en handlingsplan med syfte att reducera bolagets utgifter. Detta kan ske exempelvis genom att anställda sägs upp eller genom en reduktion av löneförmåner. Bolagets borgenärer bör även informeras om det besvärliga ekonomiska läget som uppkommit.²²⁷

I *Re Produce Marketing*, fanns det ingen omständighet som talade för att en ansvarsfrihetsgrund förelåg för styrelseledamöterna enligt sec. 214 (3) IA. Styrelseledamöterna hade fortsatt handla för bolagets räkning vid en tidpunkt då de borde ha dragit slutsatsen att det inte fanns någon möjlighet för bolaget att undvika en konkurs.

²²⁵ Davies & Worthington 2012, s. 232.

²²⁶ Hirt 2004, s. 92.

²²⁷ Goode 1990, s. 209 ff.

5.5 Ansvarighetsstandard

En standard mot vilken en styrelseledamots handlande ska bedömas, stadgas i sec. 214 (4) IA. Här anges att vid tillämpning av underavsnitten 214 (2) och (3) ska bedömningen, över vad en styrelseledamot borde ha känt till eller förvissat sig om, ske utifrån vad en normalt aktsam person som dels har både den allmänna kunskap, skicklighet och erfarenhet som rimligen kan förväntas av en person som arbetar i den position som styrelseledamoten gör, dels har den kunskap, skicklighet och erfarenhet som ledamoten själv innehar.²²⁸ Vid denna bedömning ska domstolen ta hänsyn till de arbetsuppgifter som styrelseledamoten ska utföra samt ta hänsyn till bolaget i fråga och dess verksamhet.²²⁹ Prövningen av vilket ansvar som ska åläggas varje styrelseledamot sker individuellt. Anses samtliga ledamöter vara likvärdigt klandervärda, kan ansvar åläggas samtliga styrelseledamöter.²³⁰

I *Re Produce Marketing* angav domstolen att den allmänna kunskap, skicklighet och erfarenhet, en styrelseledamot förutsätts ha, skulle vara mindre omfattande i ett litet företag med ett enkelt redovisningssystem, än i ett större företag med en mer avancerad bokföring.²³¹ Vidare angavs i domslutet att en styrelseledamot ska anses ha vetskap om information som skulle ha varit tillgänglig om bolaget hade fullgjort sina skyldigheter enligt CA, att förbereda och offentliggöra årsredovisningar.²³² Av den anledningen ansåg domstolen att det ekonomiska resultatet för räkenskapsåret som slutade 30 september 1985, skulle ha varit känt för styrelseledamöterna i slutet av juli 1986. Även om styrelseledamöterna inte mottog räkenskaperna förrän i januari 1987 borde de ha varit medvetna om att omsättningen i PMC hade minskat avsevärt, vilket ledde till att bolagets tillgångar minskade samtidigt som skulderna ökade. Med hänsyn till vad styrelseledamöterna kände till, eller borde ha känt till, konstaterade domstolen att de i slutet av juli 1986 borde ha dragit slutsatsen att det inte fanns någon rimlig möjlighet för bolaget att undvika en konkurs. Av den anledningen uppkom ansvar för *wrongful trading* från och med den dagen.²³³

5.6 Ansvarets omfattning

Det anges inte i sec. 214 (1) IA hur stor summa som en styrelseledamot ska återbetala till bolaget vid ansvar för *wrongful trading*, utan det avgörs av domstolen. I *Re Produce Marketing*, slog domstolen fast att domstolen

²²⁸ "[...] a reasonably diligent person having both – the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of the person carrying out the same function as are carried out by that director and the general knowledge, skill and experience that that director has." Sec. 214 (4) IA.

²²⁹ [1989] 5 BCC 569, s. 594.

²³⁰ Hannigan 2012, s. 656.

²³¹ [1989] 5 BCC 569, s. 594 f.

²³² A.a., s. 595.

²³³ A.a., s. 596.

endast har behörighet att utdöma en kompensationssumma, vilken ska motsvara den minskning av bolagsförmögenheten som har skett från det att ansvarsperioden inleddes, med andra ord vid den tidpunkt då avvecklingsförfarandet borde ha inletts, till dess detta förfarande faktiskt påbörjades eller att bolaget försattes i konkurs. Med andra ord, om ingen brist i bolaget kan uppvisas från denna tid, kommer inget ansvar att kunna göras gällande. Det ska alltså inte röra sig om en straffrättslig summa. Domstolen konstaterade även att det faktum att det inte fanns någon uppsåtlig avsikt hos styrelseledamoten inte i sig är skäl nog för att begränsa ersättningsbeloppet.²³⁴

Det ska noteras att domstolen i ett fåtal andra rättsfall såsom *Re Sherborne Associates Ltd*²³⁵, har tolkat bestämmelsen som ett sätt att bestraffa styrelseledamöter vars handlingar ansetts vara klandervärda.²³⁶

Det finns möjlighet för domstolen att jämka återbetalningsbeloppet för det fall utomstående faktorer har haft del i bolagets förlust.²³⁷ Så var fallet i det tidigare nämnda fallet *Re Brian D Pierson*²³⁸. Företaget byggde och underhöll golfbanor. Under året som gått, innan bolaget försattes i konkurs, hade det varit en olidligt torr sommar och en olidligt kall vinter, vilket hade medfört att bolagets utgifter ökat markant på grund av att underhållsarbetet på golfbanorna ökat avsevärt. Beloppet sattes därför ner med 30 %.

5.7 Möjlighet att föra talan om *wrongful trading*

Det är enbart en konkursförvaltare som har rätt att föra talan om *wrongful trading*.²³⁹ Talan om *wrongful trading* måste föras inom sex år från det att bolaget gått i konkurs.²⁴⁰ Den summa som en ansvarig styrelseledamot är skyldig att bidra med tillfaller bolagets förmögenhet, vilken sedan delas av hela borgenärskollektivet. Det är följaktligen inte endast de borgenärer som specifikt har förlorat pengar på att *wrongful trading* har skett som har rätt till förmögenheten.²⁴¹

Att föra talan om *wrongful trading* kan vara riskfyllt för konkursförvaltaren, eftersom bolagets förmögenhet riskerar att reduceras ytterligare om talan inte bifalles. Det är dessutom svårt för en konkursförvaltare att vara säker på att en talan kommer att bifallas, med tanke på de bevissvårigheter som förekommer i ett mål om *wrongful trading*. Framförallt rör detta frågorna om när ansvaret inträder och hur stor summa som faktiskt kommer att

²³⁴ [1989] 5 BCC 569, s. 597.

²³⁵ [1995] BCC 40.

²³⁶ Finch 2009, s. 514.

²³⁷ Kershaw 2009, s. 739.

²³⁸ [1999] BCC 26.

²³⁹ Fletcher 2002, s. 707.

²⁴⁰ A.a., s. 710.

²⁴¹ Hannigan 2012, s. 656.

utbetalas vid en fällande dom. Utsikterna för dessa möjligheter måste övervägas innan beslut fattas om att ansvar ska göras gällande mot styrelseledamot.²⁴²

²⁴² Kershaw 2009, s. 739.

6 Jämförelse mellan svensk och engelsk reglering

6.1 Inledning

Efter genomgång av svensk och engelsk rätt är det tydligt att det finns ett regelverk i båda rättsordningar till skydd för bolagets borgenärer, som aktualiseras när bolaget befinner sig i en ekonomisk besvärlig situation. Regelverkens syfte tycks vara att begränsa hur långt en förlustbringande verksamhet får fortsätta innan bolaget, i borgenärernas intresse, antingen måste avvecklas eller åtgärder vidtas för att stärka bolagets ekonomiska situation.

I svensk rätt är syftet med bestämmelserna att verka handlingsdirigerande, genom att sätta press på styrelseledamöterna att vidta de åtgärder som lagen föreskriver när en kapitalbrist uppstår i bolaget. Det svenska regelverket tvingar således styrelseledamöterna att vara uppmärksamma på förändringar i bolagets eget kapital och ingripa när en kritisk kapitalbrist uppstår.²⁴³ I England har regleringen till syfte att motverka ett opportunistiskt beteende av styrelseledamöter i bolag som är nära insolvens och verka för att styrelseledamöterna vid en sådan situation istället beaktar bolagsborgenärernas intresse.²⁴⁴ Båda regelverken ålägger således styrelseledamöterna en aktivitetsplikt att handla för att tillse att en viss förmögenhet kvarstår i bolaget till skydd för bolagsborgenärerna. Denna aktivitetsplikt är i båda regelverken sanktionerad med ett personligt betalningsansvar för styrelseledamöterna.

Det finns vidare stora skillnader mellan regelverken. Exempelvis avseende: vid vilken tidpunkt ansvarsperioden för styrelseledamot inleds, vilka åtgärder som styrelseledamot ska vidta för att undgå att bli personligt betalningsansvarig och hur utformningen av ansvaret ser ut.

För att synliggöra de brister och fördelar som finns med respektive reglering, följer här en redogörelse över de främsta likheterna och skillnaderna i regelverken.

6.2 Jämförelse mellan regelverken

Den främsta skillnaden mellan de två regelverken är att de svenska bestämmelserna aktualiseras när ett bolag är insufficient, följaktligen när bolagets skulder överstiger bolagets tillgångar,²⁴⁵ medan det engelska

²⁴³ Se ovan avsnitt 3.5.

²⁴⁴ Se ovan avsnitt 5.2.

²⁴⁵ Se ovan kapitel 3.

regelverket är kopplat till begreppet insolvens, med andra ord när bolaget inte längre kan betala sina skulder allt eftersom de förfaller till betalning.²⁴⁶ Att denna skillnad förekommer framstår som naturlig, eftersom det svenska regelverket är kopplat till det krav på aktiekapital som finns för svenska aktiebolag. Styrelsens aktivitetsplikt påbörjas i Sverige när bolagets eget kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet.²⁴⁷ I England finns, som tidigare nämnts, inget krav på att privata aktiebolag ska ha ett lägsta aktiekapital, varför det engelska regelverket istället fokuserar på bolagets betalningsmöjligheter.²⁴⁸

Regelverken i respektive land får anses ha en handlingsdirigerande effekt. När insufficiens eller insolvens (eller snarare vid den tidpunkt då styrelsen insåg eller bort inse att det inte fanns någon möjlighet för bolaget att undvika en framtida konkurs) uppstår i ett bolag, uppställs det i respektive reglering krav på styrelsen att vidta vissa åtgärder för att undgå ansvar. I svensk rätt framgår det tydligt vilka åtgärder som ska vidtas av styrelsen för att undgå ansvar, eftersom dessa åtgärder uppställs i lagtexten. Det engelska regelverket skiljer sig här markant, på så vis att det i lagtexten inte framgår vilka åtgärder som styrelseledamöterna måste vidta för att undvika personligt betalningsansvar. Det engelska regelverket kan anses vara mer flexibelt på så sätt att alla sorters åtgärder som syftar till att minimera bolagsborgenärernas förlust och som hade företagits av en normalt aktsam styrelseledamot, accepteras som ansvarsfrihetsgrund.²⁴⁹

Under engelsk reglering ska styrelseledamöterna vid en insolvenssituation i bolaget i första hand beakta bolagsborgenärernas intresse. De svenska bestämmelsernas bakomliggande syfte är att skydda bolagsborgenärerna, genom att tillförsäkra att en viss förmögenhet kvarstår i bolaget, men det finns inget krav på att styrelsen ska beakta borgenärernas intresse. Styrelseledamöter i svenska aktiebolag har istället enbart i uppgift att försäkra sig om att de åtgärder som lagen föreskriver vidtas och det är endast om styrelsen underlåter att vidta dessa åtgärder som de riskerar att bli personligt betalningsansvariga.²⁵⁰

De svenska bestämmelserna har vidare till syfte att skydda ”rådrumsintresset”, med andra ord aktieägarnas intresse av att i tid bli underrättade om bolagets besvärliga ekonomiska situation för att på så sätt överväga vilka åtgärder som bör vidtas.²⁵¹ Det är därmed aktieägarna som avgör om bolaget vid en kapitalbrist ska likvideras eller om bolaget ska drivas vidare. I det här avseendet får de engelska bestämmelserna anses ålägga styrelseledamöterna ett mer omfattande ansvar. Det är endast styrelseledamöterna som bestämmer vilka åtgärder som ska vidtas och det är

²⁴⁶ Se ovan kapitel 5.

²⁴⁷ 25 kap. 13 § ABL.

²⁴⁸ Se ovan avsnitt 5.

²⁴⁹ Sec. 214 (3).

²⁵⁰ Notera dock att styrelsen under den här tiden kan hållas ansvarig enligt andra bestämmelser. Se ovan avsnitt 3.5.

²⁵¹ Lindskog 2008, s. 21.

endast de som kan hållas ansvariga för *wrongful trading*.²⁵² Enligt de svenska bestämmelserna kan även aktieägare och andra som handlar å bolagets vägnar bli personligt betalningsansvariga.²⁵³

Rådsumsfristen i den svenska regleringen möjliggör vidare för att bolag under en tid, fram till dess den andra kontrollstämman hålls, kan fortsätta sin verksamhet trots uppkommen kapitalbrist. Under tidsfristen har bolaget möjlighet att försöka vända på den besvärliga ekonomiska situation som har uppstått i bolaget och bestämmelserna beaktar på så vis intresset av att bolag inte likvideras i onödan. Av utredningen ovan har det framkommit att den engelska regleringen tillåter att bolag drivs vidare under en tid efter det att en insolvenssituation har upptäckts i bolaget. Den engelska regleringen får, lik den svenska på så vis, anses ta hänsyn till intresset av att bolag inte likvideras i onödan. Den stora skillnaden mellan regelverken är däremot att styrelseledamöterna under den engelska regleringen är skyldiga att kontinuerligt kontrollera att inte en situation har uppstått i bolaget där en konkurs är oundviklig, eftersom de i så fall riskerar ansvar för *wrongful trading*. Under den svenska regleringen har styrelseledamöterna ingen skyldighet att handla under rådsumsfristen och de riskerar som nämnts inget personligt betalningsansvarigt enligt 25 kap. ABL under denna tid.

Styrelseledamöterna har vidare möjlighet att exculpera sig enligt bestämmelser i båda regelverk, om ledamöterna lyckas visa att en ansvarsfrihetsgrund föreligger. I engelsk rätt uppfyller en styrelseledamot sin bevisbörda om denne visar att åtgärder vidtagits för att minska den förlust som bolagsborgenären riskerar att drabbas av.²⁵⁴ Enligt de svenska bestämmelserna måste styrelseledamöterna, för att undgå ansvar, visa att de inte har varit försumliga.²⁵⁵ Här sker en liknande bedömning i de båda rättsordningarna, utifrån en objektiv standard av hur en normalt aktsam styrelseledamot hade handlat i en liknande situation. Den standard mot vilken en styrelseledamots handlande i engelsk rätt ska bedömas är lagstadgad i sec. 214 (3) IA. Den svenska standarden återfinns inte i lagtext men bedömningen görs utifrån de krav som normalt ställs på en styrelseledamot. Här bör bestämmelserna i 8 kap. 4-5 §§ ABL vara vägledande, eftersom dessa är grundläggande för styrelsearbetet som sådant. Den standard, mot vilken styrelseledamöternas handlande sätts i relation till, verkar därmed vara lika i båda rättsordningar. Det kan dock tänkas att prövningen i engelsk rätt blir enklare för styrelseledamöterna, eftersom dessa har att visa att de har vidtagit åtgärder, medan styrelseledamöter i ett svenskt aktiebolag måste visa att de inte har varit försumliga. Det bör däremot inte röra sig om en nämnvärd skillnad, eftersom bevisbördan för styrelseledamöterna i svenska aktiebolag dessutom är förenad med en viss bevislättning.²⁵⁶

²⁵² Sec. 214 (2)(c) IA.

²⁵³ 25 kap. 18 § ABL.

²⁵⁴ Sec. 214 (3) IA.

²⁵⁵ 25 kap. 18 § 3 st. ABL.

²⁵⁶ Lindskog 2008, s. 131.

En skillnad återfinns vidare mellan regelverken vad gäller omfattningen av ansvaret för styrelseledamöterna. Den engelska regleringen tycks i det här sammanhanget vid första anblick vara mer flexibel, eftersom domstolarna har mandat att fritt fastställa ersättningsbeloppets storlek.²⁵⁷ I svensk rätt är ansvaret strikt, på så sätt att styrelsen blir ansvarig för alla nya förpliktelser som uppkommer i bolaget under ansvarsperioden.²⁵⁸ Det kan i praktiken inte anses vara någon avsevärd skillnad, eftersom praxis från England visar att domstolen ofta ålägger styrelseledamöterna en skyldighet att bidra med ett belopp som motsvarar den minskning som har skett i bolaget till följd av *wrongful trading*.²⁵⁹

Regelverken skiljer sig även åt i fråga om vem som har möjlighet att föra talan om personligt betalningsansvar. I Sverige har de enskilda borgenärerna möjlighet att inleda en process om personligt betalningsansvar.²⁶⁰ I England är det endast konkursförvaltaren som har möjlighet att föra talan och vid förlust kommer bolagets förmögenhet att minska ytterligare till följd av de kostnader som rättsprocessen medfört. Detta kan, som ovan illustrerat, leda till att vissa konkursförvaltare avstår från att inleda en process om *wrongful trading*, eftersom de riskerar att medverka till att ytterligare kostnader uppstår i bolaget.²⁶¹ I det avseendet får de svenska bestämmelserna anses vara mer flexibla och processuppmuntrande. Det ska dock noteras att de svenska bestämmelserna på senare år blivit kritiserade för att bidra till att indrivningsbolag bildas, vilka systematiskt förvärvar fordringar som borgenärer har i konkursbolag, för att sedan vända sig till styrelseledamöterna i dessa bolag och utkräva ansvar från dessa.²⁶²

Ytterligare en skillnad mellan regelverken är det faktum att styrelseledamöterna i engelsk rätt är ansvariga inför bolaget, vilket medför att samtliga borgenärer gynnas av att en styrelseledamot blir personligt betalningsansvarig och bidraget delas av hela borgenärskollektivet.²⁶³ Enligt de svenska bestämmelserna är styrelseledamöterna ansvariga tillsammans med bolaget. De är dessutom endast ansvariga för förpliktelser som uppkommer under ansvarsperioden, vilket innebär att det endast är borgenärer med fordringar som anses uppkomma under ansvarsperioden som har möjlighet till ersättning.²⁶⁴

Slutligen bör nämnas att det personliga betalningsansvaret i svensk rätt är ett solidariskt medansvar, där hela styrelsen blir ansvarig om inte en individuell styrelseledamot lyckas exculpera sig genom att visa att denne inte har varit

²⁵⁷ Sec. 214 (1) IA.

²⁵⁸ 25 kap. 18 § 1 st. ABL.

²⁵⁹ *Re Produce Marketing* [1989] 5 BCC 569.

²⁶⁰ Lindskog 2008, s. 23 ff.

²⁶¹ Kershaw 2009, s. 739.

²⁶² Prop. 2012/13:65 s. 7. Preskriptionsbestämmelsen i

25 kap. 20a § ABL infördes dock i syfte att bland annat motverka detta fenomen.

²⁶³ Hannigan 2012, s. 656.

²⁶⁴ 25 kap. 18 § ABL.

försumlig.²⁶⁵ I England sker en individuell ansvarsprövning för varje enskild styrelseledamot.²⁶⁶

²⁶⁵ 25 kap. 18 § 3 st. ABL.

²⁶⁶ Sec. 214 IA.

7 Analys och slutsatser

7.1 Inledning

Syftet med den här uppsatsen är, som ovan anförts, att utreda om regelverket kring *wrongful trading* som återfinns i engelsk rätt utgör en effektivare reglering än de nuvarande svenska bestämmelserna om tvångslikvidation vid kapitalbrist och styrelseledamöters personliga betalningsansvar. Den svenska regleringen har, som ovan redogjorts, blivit kritiserad för att bestämmelserna anses komplicerade och betungande för styrelseledamöterna. Syftet med bestämmelserna har inte ansetts helt uppnås med den nuvarande regleringen.²⁶⁷ Det har därför från ett flertal håll förespråkats att regleringen bör förändras.²⁶⁸ Vidare har, som tidigare nämnts, en kommitté tillsatts för att bland annat utreda frågan om det lagstadgade kravet på ett lägsta aktiekapital i privata aktiebolag ska sänkas till en (1) krona, i syfte att göra svenska aktiebolag mer konkurrenskraftiga.²⁶⁹ Som framhållits är det så rättsutvecklingen ser ut i åtskilliga europeiska länder. Sker en sådan sänkning kommer bestämmelserna i 25 kap. ABL att behöva förändras.

Enligt min mening bör en förändring av regelverket genomföras för att säkerställa att det svenska aktiebolaget som bolagsform står sig i konkurrensen med övriga företagsformer i Europa, eftersom det främjar svenskt näringsliv och det svenska samhället i stort. Att ett statiskt och i många avseenden svårförståeligt system av regler ska sätta käppar i hjulet för den svenska bolagsrätts utveckling kan inte i något avseende anses vara önskvärt. Kapitalskyddet har emellertid alltid varit starkt förankrat i svensk rätt och en förändring av kapitalbristbestämmelserna medför troligtvis att kapitalskyddssystemet behöver ses över. För att en förändring av kapitalbristbestämmelserna ska anses vara motiverad är en förutsättning att den nya regleringen utgör ett effektivare borgenärsskydd. Samtidigt måste intresset av att bärkraftiga företag inte avvecklas i onödan och att ansvaret för styrelseledamöterna inte blir alltför betungande beaktas. Detta är en viktig, men mycket svår, avvägning att göra.

I tidigare diskussioner angående en förändring av de nuvarande bestämmelserna har, som ovan anförts, regelverket kring *wrongful trading* återkommit som ett förslag på ett möjligt substitut till den nuvarande regleringen. Mot bakgrund av genomgången av de två regelverken i kapitel 3-5, avser detta avslutande kapitel att analysera frågan om de svenska bestämmelserna bör förändras och utformas i likhet med den engelska regleringen.

²⁶⁷ Se ovan i avsnitt 3.9.

²⁶⁸ Se ovan fotnot 3.

²⁶⁹ Dir. 2014:46.

7.2 Insufficiens eller insolvens?

Bestämmelserna om tvångslikvidation av aktiebolag vid kapitalbrist har till ändamål att skydda borgenärerna i bolaget. Som ovan redogjorts för framkommer det i de tidiga förarbetena att borgenärerna genom bestämmelserna ska skyddas mot att bolagets hela kapital konsumeras innan en avveckling av bolaget inleds. Aktieägarna är inte personligt betalningsansvariga för bolagets skulder och ett aktiebolag ska därför inte kunna fortsätta sin verksamhet om aktiekapitalet helt eller till väsentlig del gått förlorat.²⁷⁰

Jag anser inte att bestämmelserna uppnår det ändamål för vilka de har framarbetats. Det beror på att regelverket aktualiseras när bolaget blir insufficient. Detta är även den mest frekvent förekommande kritiken som har riktats mot bestämmelserna, eftersom det anses medföra att det blir svårare att på ett tidigt stadium upptäcka och åtgärda förekommande ekonomiska brister.²⁷¹ Under den nuvarande regleringen kan den kritiska gränsen vara på en så låg nivå som 25 000 kr. Det finns därför en risk för att bolaget redan är på obestånd när väl kapitalbristen upptäcks. Vid den tidpunkten är det ofta för sent för styrelsen att vidta åtgärder för att skydda tillgångarna i bolaget till förmån för borgenärerna. Att ha ett regelverk som ställer upp ett handlingsmönster i syfte att skydda bolagets borgenärer saknar betydelse om det aktiveras för sent.

Vidare medför det faktum att de svenska bestämmelserna tar sin utgångspunkt i ett bolags sufficiens att regelverket blir statiskt. Regelverket fokuserar endast på hur bolagets tillgångar och skulder har redovisats i kontrollbalansräkningen och tar inte hänsyn till andra omständigheter som kan inverka på bolagets ekonomiska tillstånd. Jag överensstämmer med i ovan redovisad kritik att ansvarsgrunden får anses vara kopplad till en i sig irrelevant och godtyckligt satt kapitalgräns, vilken är lika för alla bolag utan hänsyn till bolagens olika verksamheter och åtföljande risker.

Det problematiska med att de svenska bestämmelserna tar sikte på ett bolags insufficiens synes vara att handlingsplikten i vissa fall riskerar att inträda för sent för styrelseledamöterna. Frågan är om bestämmelsen om *wrongful trading* ger ett effektivare skydd för borgenärerna på så sätt att det förmår styrelsen att agera tidigare.

Wrongful trading utgår ifrån ett bolags insolvens, eller snarare vid den tidpunkt då styrelsen insåg eller bort inse att det inte fanns någon möjlighet för bolaget att undvika en framtida konkurs. Vid denna tidpunkt ska styrelseledamöternas skyldighet att iaktta aktieägarnas intresse istället skifta till att beakta bolagsborgenärernas intresse. Avgörande för när ansvarsperioden inleds är styrelseledamöternas insikt om att insolvens är nära förestående och inte när den faktiska insolvensen uppstår.

²⁷⁰ Se ovan under avsnitt 3.3.

²⁷¹ Se ovan under avsnitt 3.9.

Vid en första anblick framstår den engelska lagstiftningen som mer ändamålsenlig i det att den förmår styrelseledamöterna att handla vid en tidigare tidpunkt. Styrelseledamöterna riskerar nämligen ansvar för *wrongful trading* redan vid insikt om att insolvens är nära förestående i bolaget.

Det får vidare anses vara mer effektivt ur skyddshänseende för bolagsborgenärerna att bestämmelserna utgår från bolagets faktiska betalningsmöjligheter. En insolvensbedömning får anses ta större hänsyn till bolagens individuella förhållanden, såsom omfattningen av och risken med bolagens olika verksamheter. Insufficiensbedömningen utgår endast från ett bolags redovisade tillgångar och skulder. Det finns dessutom en risk för att tillgångarna på balansräkningen är upptagna till ett högre värde än det reella, eftersom redovisningen oftast bygger på tanken om en fortsatt verksamhet.²⁷²

Det är emellertid svårt att frånga det faktum att det för styrelseledamöterna troligtvis är svårare att företa en insolvensbedömning än en insufficiensbedömning. En insufficiensbedömning går endast ut på att avgöra om mer än hälften av aktiekapitalet saknar täckning med det egna kapitalet. En insolvensbedömning däremot kräver att styrelseledamöterna gör en prognos över bolagets framtid, med risk för att det först i efterhand blir tydligt vid vilken tidpunkt som styrelsen borde ha insett att det inte fanns någon möjlighet för bolaget att undvika en framtida konkurs.

Det förefaller inte heller vara helt klarlagt i engelsk rätt vid vilken tidpunkt bedömningen av när det inte längre finns möjlighet för ett bolag att undvika en konkurs ska inträda. En författare anser att ansvar kan uppstå från den tidpunkt då det verkar *troligt* att bolaget kommer att gå i konkurs. En annan författare anser att ansvaret inträder först vid den tidpunkt då det är *oundvikligt* att bolaget kommer att gå i konkurs.²⁷³ Denna diskrepans tydliggör den problematik som ett regelverk likt *wrongful trading* kan medföra.

Vid utredningen av engelsk rätt framkom det vidare att det faktum att ett bolag är insolvent inte är liktydigt med att det inte finns någon möjlighet för bolaget att undvika en framtida konkurs. I ett flertal av de redogjorda rättsfallen framkommer det att ett aktiebolag kan drivas med förlust eller till och med vara insolvent utan att styrelseledamöterna omedelbart drabbas av ansvar för *wrongful trading*. Fortsatt drift av bolaget är tillåtet så länge styrelseledamöterna har skäl att tro att bolaget kommer att gå med vinst och därmed ta sig ur insolvenssituationen.²⁷⁴ I det här avseendet blir det tydligt att det förekommer en viss skillnad mellan svensk och engelsk insolvensrätt. Enligt svensk insolvensrätt måste styrelseledamöter i ett bolag som är på

²⁷² Det finns dock inget att anmärka på att värdering utifrån fortlevnadsprincipen godtas enligt de nuvarande bestämmelserna, eftersom det motsatta hade kunnat bidra till att bolag likviderats i onödan, vilket inte hade varit önskvärt.

²⁷³ Se ovan under avsnitt 5.2.1.2.

²⁷⁴ Se ovan under avsnitt 5.2.1.2.

obestånd iakttar stor försiktighet och de riskerar att drabbas av personligt betalningsansvar för bolagets skatteskulder om vissa åtgärder inte vidtas, exempelvis om konkursansökan inte ges in.²⁷⁵ Styrelseledamöterna riskerar även att drabbas av ett straffrättsligt ansvar, *vårdslöshet mot borgenärer*, om de med vetskap om bolagets obestånd driver den förlustbringande verksamheten vidare och det resulterar i en avsevärd försämring av bolagets förmögenhetsställning.²⁷⁶

Det finns en poäng med att styrelseledamöterna ges ett visst rådrum att fundera över om åtgärder kan vidtas för att vända bolagets situation, men det kan inte anses önskvärt att ett bolag som är insolvent får fortsätta bedriva sin verksamhet under en längre tid. Den främsta fördelen med en förändring av de svenska bestämmelserna, så att de istället utgår ifrån ett bolags insolvens, är att förmå styrelsen att agera vid ett tidigare skede än vad som är fallet under den nuvarande regleringen. Om ett bolag som är insolvent tillåts att bedrivas vidare under en period försvinner hela poängen med en sådan förändring. Vid ett eventuellt införande av ett regelverk likt *wrongful trading* måste detta särskilt beaktas och insolvensbegreppet bör utformas i överensstämmelse med hur begreppet definieras i svensk insolvenslagstiftning.

Enligt min uppfattning behöver detta emellertid inte innebära något nämnvärt problem för ett införande av ett regelverk likt *wrongful trading*, om ansvarsperioden för styrelsen, och därmed även deras handlingsplikt, inträder vid den tidpunkt då de bort inse att det inte längre finns någon möjlighet för bolaget att undvika en framtida konkurs. Vid det läget bör styrelseledamöterna, för att undvika ett personligt betalningsansvar, vidta åtgärder i syfte att skydda bolagsborgenärerna. Dessa åtgärder bör, vilket är fallet i engelsk rätt, vidare kunna utgöras av en fortsatt drift av bolagets verksamhet om styrelsen har skäl att tro att verksamheten kommer att börja gå med vinst. Vid den tidpunkt då bolaget väl blir insolvent bör däremot styrelseledamöterna, till skillnad från hur det är i engelsk rätt, inte kunna undgå ansvar om de väljer att driva verksamheten vidare.

7.3 Handlingsdirigerande effekt

För att säkerställa att syftet med den svenska regleringen kring tvångslikvidation vid kapitalbrist uppnås har lagstiftaren, som ovan redogjorts för, föreskrivet ett antal åtgärder som styrelseledamöterna ska vidta när det uppstår en kapitalbrist i bolaget.²⁷⁷ För att tillförsäkra att dessa åtgärder vidtas har bestämmelserna sanktionerats med ett personligt betalningsansvar för styrelseledamöterna. Lagstiftaren har på så sätt avsett att bestämmelserna ska utgöra ett påtryckningsmedel, som verkar handlingsdirigerande.

²⁷⁵ Se 59 kap. 12-13 §§ SKF.

²⁷⁶ 11 kap. 3 § BrB.

²⁷⁷ Se ovan under avsnitt 3.4.

Jag anser att bestämmelsernas ändamål, att verka handlingsdirigerande, till viss del uppnås. Det föreskrivs tydligt i lagen vilka åtgärder som ska vidtas när det uppstår en kapitalbrist i bolaget. Det finns däremot en del oklarheter kring hur bestämmelserna ska tolkas, vilket leder till en osäkerhet avseende hur styrelseledamöter ska agera för att undvika ansvar. Detta gäller framförallt det första rekvisitet, det vill säga när det finns ”skäl att anta” att en kapitalbrist har uppstått i bolaget och styrelseledamöterna därav ska upprätta den första kontrollbalansräkningen.²⁷⁸ Denna osäkerhet kan enligt min mening antingen leda till att en styrelse vid minsta osäkerhet upprättar en kontrollbalansräkning för att inte riskera att drabbas av betalningsansvar, eller att en kontrollbalansräkning överhuvudtaget inte upprättas. Det faktum att detta rekvisit i praktiken inte verkar utredas närmare av domstolarna, medför att ingen ytterligare klarhet i frågan uppkommer.²⁷⁹ Med tanke på hur betungande ansvaret är för en passiv styrelseledamot framstår bristerna och oklarheterna i den rättsliga regleringen som synnerligen allvarliga och regleringen får främst anses innebära en merkostnad för bolagen.

Även regleringen om *wrongful trading* får anses ha en handlingsdirigerande effekt. Bestämmelsen föreskriver att styrelsen, vid den tidpunkt då en framtida konkurs verkar oundviklig, ska vidta åtgärder för att minimera bolagsborgenärernas förlust. Vilka dessa åtgärder är framgår dock inte av lagtexten. Det är tillräckligt att styrelseledamöterna kan motivera de åtgärder som vidtas utifrån ett resonemang att dessa vidtagits i bolagsborgenärernas intresse. Den engelska regleringen får jämfört med den svenska anses vara mer flexibel i det att den inte föreskriver det exakta handlingsmönster som ska vidtas. Det ger styrelseledamöterna större möjlighet att vidta lämpliga åtgärder i syfte att vända den besvärliga ekonomiska situation bolaget hamnat i. Som ovan anförts medför det handlingsmönster som den svenska regleringen föreskriver främst en merkostnad för bolaget och utgör inget effektivt skydd för bolagsborgenärerna.

Att den engelska regleringen inte föreskriver ett handlingsmönster kan vidare leda till en stor osäkerhet avseende vilka åtgärder som är tillräckliga för styrelseledamöterna att vidta för att undgå ansvar. En sådan osäkerhet kan medföra att bolag likvideras i onödan, eftersom styrelseledamöterna inte vill riskera att bli ansvariga för *wrongful trading*. Osäkerheten kan även bidra till att det blir problematiskt för en domstol att, med facit i hand, bedöma om styrelseledamöternas agerande varit skäligt eller inte. Det finns risk för att domstolen i sin bedömning lägger vikt vid detaljer som styrelsen inte fokuserat på när de beslutat om åtgärderna. Eller att domstolen, av rädsla för att bedöma styrelseledamöternas handlande för hårt, inte ställer tillräckligt höga krav på deras agerande.

²⁷⁸ Se ovan under avsnitt 3.4.2.

²⁷⁹ Det räcker att borgenären lyckas visa att faktisk kapitalbrist uppstått i bolaget vid ett givet tillfälle för att den objektiva sidan i bedömningen ska anses vara uppfylld. Se ovan avsnitt 3.5.

I detta avseende får den svenska regleringen anses vara att föredra, eftersom domstolarna har ett föreskrivet handlingsmönster mot vilken styrelsens agerande kan bedömas. Styrelsens agerande är strikt på så sätt att det medför ett personligt betalningsansvar så fort en av de föreskrivna åtgärderna inte vidtas. Det är dock vidare i svensk reglering, som tidigare anförts, osäkert vid vilken tidpunkt en styrelseledamot ska vidta de föreskrivna åtgärderna, eftersom det inte är helt klarlagt hur rekvisitet ”skäl att anta” ska tolkas. Den svenska bedömningen sker dessutom i efterhand, varför en liknande problematik, som konstaterats ovan med engelsk rätt, riskerar att uppstå i svensk rätt.

7.4 Bestämmelsernas skyddsintressen

Syftet med de svenska bestämmelserna är, som ovan anförts, att skydda tre intressen: befintliga borgenärer, tillkommande borgenärer och aktieägarna i bolaget. Enligt min mening skyddar däremot inte den nuvarande regleringen de befintliga borgenärerna i tillräcklig utsträckning. Detta beror framförallt på att bestämmelserna har till syfte att endast tillse att handlingsmönstret vidtas av styrelseledamöterna, utan att ålägga styrelseledamöterna en skyldighet att beakta bolagsborgenärernas intressen.

Det är vidare aktieägarna under den nuvarande regleringen som, vid den första kontrollstämman, beslutar om bolaget ska drivas vidare under en rådrumsfrist om åtta månader eller om det ska likvideras. Vid ett införande av en reglering lik *wrongful trading* kommer detta rådrumsintresse att försvinna, eftersom det endast är styrelseledamöterna som beslutar vilka åtgärder som ska vidtas. Jag ser däremot endast fördelar med en sådan ordning, eftersom aktieägarnas intresse riskerar att kontrastera mot bolagsborgenärernas vid en situation då bolaget upplever ekonomiska svårigheter. Aktieägarna kan inte anses ha lika mycket att förlora på att bolagets verksamhet drivs vidare i hopp om att bolaget ska börja gå med vinst och de riskerar därmed att ta beslut som endast tillgodoser deras intresse.

Wrongful trading tar i större utsträckning hänsyn till bolagsborgenärernas intresse. Styrelseledamöterna är i en sådan reglering skyldiga att kontinuerligt hålla sig uppdaterade om bolagets ekonomiska situation, för att uppmärksamma om en situation uppstår där bolaget måste försättas i konkurs. Det får vidare anses mer ändamålsenligt att låta styrelseledamöterna, och inte aktieägarna, bestämma vilka åtgärder som ska vidtas under ansvarsperioden i bolagsborgenärernas intresse. Vid en sådan ordning blir det naturligt att, i motsats från den nuvarande regleringen, endast föreskriva ett personligt betalningsansvar för styrelseledamöterna.

7.5 Bör regleringen överföras till insolvenslagstiftningen?

Argument har framförts i doktrin för att kapitalbristbestämmelserna ska överföras till insolvenslagstiftningen. En talan om personligt betalningsansvar aktualiseras först efter en konkurs, oavsett var reglerna återfinns. Borgenärsskyddets placering får dock betydelse, vilket påpekats ovan, om ett insolvensförfarande inleds mot en filial i Sverige vilken tillhör ett utländskt bolag. Idag är det möjligt att inom EU starta ett aktiebolag genom registrering i vilket medlemsland som helst och sedan bedriva verksamheten genom en filial i ett annat land. Inleds ett insolvensförfarande i Sverige mot en utländskt ägd filial kommer den svenska insolvenslagstiftningen med största sannolikhet att tillämpas på förfarandet, medan bolagslagstiftningen i det land där moderbolaget är registrerat kommer att tillämpas i fråga om vilka effekter insolvensförfarandet får för bolaget och dess ledamöter. Om registreringslandet är ett land där regler likt de svenska medansvarsreglerna istället återfinns i insolvenslagstiftningen, vilket är fallet i England, kommer ett vakuum att uppstå där varken de svenska bestämmelserna om personligt betalningsansvar kan tillämpas eller de utländska bestämmelserna om personligt betalningsansvar. Följden blir att bolagsborgenärerna i en sådan situation står utan skydd.²⁸⁰ Det finns därför en stor fördel med att överföra bestämmelserna om personligt betalningsansvar till insolvenslagstiftningen istället.

7.6 Skadeståndsansvaret i ljuset av ett införande av *wrongful trading*

Idag är det möjligt för en bolagsborgenär som har gjort en kreditförlust på grund av ett bolags insolvens att antingen välja att kräva ersättning genom åberopande av det personliga betalningsansvaret för styrelseledamöter i 25 kap. ABL eller på skadeståndsrättslig grund genom en tillämpning av 29 kap. 1 § 2 men. ABL. Även om det är ovanligt att en borgenär väljer att föra talan på skadeståndsrättslig grund, eftersom det är en dyr och tidskrävande process, får möjligheten till det betydelse på ett förebyggande plan. Det är däremot möjligt att bestämmelsen om skadeståndsansvar får större betydelse vid ett införande av en reglering lik *wrongful trading*, varför det är intressant att även belysa denna aspekt.

I engelsk rätt, till skillnad från bestämmelserna i Sverige, är det enbart konkursförvaltaren som har möjlighet att föra en talan om ansvar för *wrongful trading* gentemot styrelseledamöterna. Införs ett regelverk likt *wrongful trading*, och denna bestämmelse behålls, försvinner bolagsborgenärernas möjlighet att föra talan om personligt betalningsansvar i svensk rätt. Utredningen ovan har dessutom visat att konkursförvaltare

²⁸⁰ Se ovan under avsnitt 3.9.

många gånger drar sig för att inleda en process om ansvar, eftersom en sådan är osäker och riskerar att endast medföra ytterligare kostnader för bolaget. I detta avseende får bestämmelserna om skadeståndsansvar i ABL betydelse. Om borgenärernas möjlighet att föra talan om personligt betalningsansvar bortfaller vid ett införande av *wrongful trading* bör borgenärerna istället kunna tillämpa skadeståndsbestämmelsen för att utkräva ersättning från styrelseledamöterna. Bolagsborgenärerna får anses ha ett sådant till en bestämmelse om *wrongful trading* knutet skyddsintresse, bestämmelsen syftar ju till att skydda bolagsborgenärerna från ett opportunistiskt beteende från styrelseledamöterna, att ett åsidosättande bör kunna grunda skadeståndsansvar. Har emellertid en konkursförvaltare redan inlett en process och erhållit ersättning för bolagets skada bör det inte vara möjligt för en bolagsborgenär att nå framgång med en sådan talan, eftersom bolagsborgenärens skada i sådant fall får anses vara eliminerad.

Detta resonemang förutsätter dock att bestämmelsen om *wrongful trading* införs i ABL och inte i den insolvensrättsliga regleringen, eftersom en borgenär inte kan grunda en skadeståndstalan på ett åsidosättande av en bestämmelse i en annan lag.

7.7 Avslutande kommentarer

I denna analys har inte alla aspekter berörts som kan behandlas i en framställning angående om *wrongful trading* bör ersätta de nuvarande bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist och det personliga betalningsansvaret för styrelseledamöter. Endast ett urval av de mest relevanta resonemangen har lyfts fram. Vid en analys lik denna, där två olika regelverk från två skilda rättssystem jämförs med varandra, går det inte att undgå att diskussionen i viss mån förs på ett abstrakt och teoretiskt plan. Det är däremot min förhoppning att det mest problematiska med den nuvarande regleringen har åskådliggjorts, samtidigt som de fördelar som ett införande av en reglering lik *wrongful trading* hade inneburit, har framkommit.

Ovan framställning visar att det finns tydliga fördelar med att införa ett regelverk likt *wrongful trading* i svensk rätt som substitut till de nuvarande bestämmelserna om tvångslikvidation och det personliga betalningsansvaret för styrelseledamöter. Det är vidare tydligt att den nuvarande regleringen inte uppnår sitt bakomliggande syfte och det finns tydliga brister med bestämmelserna, vilket är särskilt allvarligt med hänsyn till det betungande ansvar som styrelseledamöterna riskerar att drabbas av.

Jag anser att regelverket *wrongful trading* utgör en mer effektiv reglering än de nuvarande bestämmelserna. Ett införande av ett liknande regelverk i svensk rätt skulle tillgodose borgenärernas intresse i större utsträckning. Framförallt av den anledningen att styrelseledamöternas handlingsplikt skulle aktualiseras i ett tidigare skede. På så sätt skulle bolagsborgenärerna skyddas mot att bolagets hela förmögenhet konsumeras innan bolaget

avvecklas. Bolagsborgenärerna skulle dessutom gynnas av en reglering lik *wrongful trading* på grund av dess flexibilitet, en insolvensbedömning tar till exempel större hänsyn till ett bolags specifika verksamhet, till skillnad från en insufficiensbedömning. Dessutom skulle styrelseledamöterna, vid en närmande insolvenssituation i bolaget, ha möjlighet att vidta de åtgärder som de anser fördelaktigast utan att behöva iaktta ett redan föreskrivet handlingsmönster.

Även om en reglering lik *wrongful trading* medför en viss problematik, framförallt osäkerhet i fråga om vilka åtgärder från styrelseledamöter som ska anses vara tillräckliga för att de ska undgå ansvar, är min uppfattning att fördelarna med en sådan reglering uppväger nackdelarna. Det ska även uppmärksammas att lagstiftaren har möjlighet att, vid ett eventuellt införande av ett regelverk likt *wrongful trading*, redan på lagstiftningsnivå försöka motverka de problem som har uppkommit i England vid tillämpningen av *wrongful trading*.

Vad gäller frågan om bestämmelsernas överföring till insolvenslagstiftningen framgår det av ovan utredning att det finns en stor fördel med en sådan överföring. Kapitalbristbestämmelsernas placering i ABL förklaras dock främst med att bestämmelserna är nära förankrade i kravet på ett lägsta aktiekapital och så länge detta krav regleras i ABL är det mer naturligt att kapitalbristbestämmelserna också återfinns i ABL, tillsammans med resterande bestämmelser som rör kapitalskyddet.

Mot bakgrund av ovan framställning anser jag att lagstiftaren, vid en eventuell sänkning av aktiekapitalet i privata aktiebolag, bör beakta regleringen kring *wrongful trading* som ett reellt substitut till de nuvarande bestämmelserna. För det fall en sådan sänkning inte genomförs vore det ändå intressant med en utredning avseende hur bestämmelserna om tvångslikvidation och det personliga betalningsansvaret skulle kunna förändras, med beaktande av ett införande av en reglering lik *wrongful trading*.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

EU

Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet – Modernare bolagsrätt och effektivare företagsstyrning i Europeiska unionen – Handlingsplan – KOM (2003) 284.

[Cit. KOM (2003) 284]

Sverige

Regeringens proposition 1975:103 – Regeringens proposition med förslag till ny aktiebolagslag, m.m.

Regeringens proposition 1979/80:143 – Med förslag till ny lagstiftning om handelsbolag m.m.

Regeringens proposition 1982/83:139 – Om likvidation av aktiebolag m.m.

Regeringens proposition 1982/83:94 – Om ändrade regler för beskattning av näringsbidrag, m.m.

Regeringens proposition 1987/88:10 – Med förslag till lag om styrelserepresentation för de privatanställda, m.m.

Regeringens proposition 1990/91:198 – Om vissa ändringar i aktiebolagslagen.

Regeringens proposition 1997/98:99 – Aktiebolagets organisation.

Regeringens proposition 2000/01:150 – Likvidation av aktiebolag m.m.

Regeringens proposition 2004/05:85 – Ny aktiebolagslag.

Regeringens proposition 2006/07:70 – Några aktiebolagsrättsliga frågor.

Regeringens proposition 2009/10:204 – En frivillig revision.

Regeringens proposition 2012/13:65 – Förkortad tid för styrelseledamöters personliga betalningsansvar.

Statens offentliga utredningar 1941:9 – Lagberedningens förslag till lag om aktiebolag m.m.

Statens offentliga utredningar 1971:15 – Förslag till aktiebolagslag m.m.

Statens offentliga utredningar 1999:36 – Likvidation av aktiebolag.

Statens offentliga utredningar 2008:49 – Aktiekapital i privata aktiebolag.

Statens offentliga utredningar 2009:34 – Förenklingar i aktiebolagslagen m.m.

Kommittédirektiv 2007:132 – Ett enklare aktiebolag.

Kommittédirektiv 2014:46 – Förbättrat klimat för entreprenörskap och innovativt företagande.

Litteratur

Andersson, Jan, *Kapitalskyddet i aktiebolag: En lärobok*, 6 uppl., LitteraturCompagniet AB, Stockholm, 2010.
[Cit. Andersson 2010]

Bachner, Thomas, *Creditor Protection in Private Companies*, Cambridge University Press, 2009.
[Cit. Bachner 2009]

Bachner, Thomas, *Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?*, *European Business Organization Law Review* 5: 293-319, 2004.
[Cit. Bachner 2004]

Bergström, Clas, Samuelsson, Per, *Aktiebolagets grundproblem*, 4 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.
[Cit. Bergström & Samuelsson 2012]

Blixt, Clas, *Ändrade regler om tvångslikvidation*, *Balans* nr 5, 1984, s. 17-25.
[Cit. Blixt 1984]

Blixt, Clas, *Nya regler för tvångslikvidation av aktiebolag*, *Balans* nr 2, 1992, s. 18-20.
[Cit. Blixt 1992]

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, 2 uppl., Norstedts Juridik, 2003. [Cit. Bogdan 2003]

Davies, Paul, Hopt, Klaus, Nowak, Richard, van Solinge, Gerard, *Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe*, Oxford University Press, 2013.
[Cit. Davies m.fl. 2013]

Davies, Paul L., Worthington, Sarah, *Gower and Davies' principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, 9 ed., London, 2012.
[Cit. Davies & Worthington 2012]

Dotevall, Rolf, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör: en aktiebolagsrättslig studie i komparativ belysning*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1989.
[Cit. Dotevall 1989]

Dotevall, Rolf, *Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer*, SvJT 2006 s. 885-899.
[Cit. Dotevall 2006]

Dotevall, Rolf, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2008.
[Cit. Dotevall 2008]

Engerstedt, Urban & Svernlöv, Carl, *Behövs verkligen bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist?*, Balans nr 5, 2009, s. 44-45.
[Cit. Engerstedt & Svernlöv 2009]

Finch, Vanessa, *Corporate Insolvency Law: perspectives and principles*, 2. ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
[Cit. Finch 2009]

Fletcher, Ian F., *The Law of Insolvency*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2002.
[Cit. Fletcher 2002]

Forsebäck, Anna, *Det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet i EU: hög tid för reform*, JT nr 1 2008/09, s. 200-219.
[Cit. Forsebäck 2008/09]

Goode, Royston Miles, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Sweet & Maxwell, London, 1990.
[Cit. Goode 1990]

Granath, Mikael, *Tvångslikvidation och ansvar enligt ABL 13:2*, Juristförlaget JF AB, Stockholm, 1994.
[Cit. Granath 1994]

Hannigan, Brenda, *Company Law*, 3 ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.
[Cit. Hannigan 2012]

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004, s. 1-10.
[Cit. Jareborg 2004]

Kershaw, David, *Company Law in Context: text and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

[Cit. Kershaw 2009]

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

[Cit. Korling & Zamboni 2013]

Leffler, Teodor, *Kontrollbalansräkning, ansvar och ansvarstalan*, JT nr 4 2008/09, s. 803-826.

[Cit. Leffler 2008/09]

Lindskog, Stefan, *Kapitalbrist i aktieföretag – Kommentarer till kap. 25:13-20 ABL*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2008.

[Cit. Lindskog 2008]

Malmberg, Leif, *Likvidation av aktieföretag – En kommentar till 25 kap. aktieföretagslagen*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2014.

[Cit. Malmberg 2014]

Nerep, Erik, *Aktieföretagsrättslig analys – ett tvärsnitt av nyckelfrågor*, Mercurius, Stockholm, 2003.

[Cit. Nerep 2003]

Olsson, Stefan, *God redovisningssed i speciallagstiftning*, Skattenytt 2012, s. 266-275.

[Cit. Olsson 2012]

Oppenheimer, Bertil, Blomberg, Gunnar & Mandorff, Göran, *Företag i kris: vad en styrelseledamot, aktieägare, advokat, revisor och redovisningskonsult bör tänka på*, 5., utök. och uppdaterade uppl., Jure, Stockholm, 2013.

[Cit. Oppenheimer m.fl. 2013]

Oppenheimer, Bertil, *Debatt: Behåll nuvarande aktiekapitalnivå och kontrollbalansräkning*, Balans nr 4, 2009, s. 40-42.

[Cit. Oppenheimer 2009]

Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005, s. 249-272.

[Cit. Peczenik 2005]

Pehrson, Lars, *Högsta domstolen tolkar bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist*, JT nr 3 2005/06, s. 667-673.

[Cit. Pehrson 2005/06]

Posselius, Elisabet, Grosskopf, Göran, Gometz, Ulf & Huldén, Lennart, *Skyddet för aktieföretagets egna kapital*, 4 uppl., Ernst & Young, Stockholm, 2000.

[Cit. Posselius m.fl. 2000]

Sandström, Torsten, *Svensk Aktiebolagsrätt*, 4 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.

[Cit. Sandström 2012]

Skog, Rolf, *Är det dags att avskaffa aktiebolagslagens krav på ett minsta tillåtet aktiekapital i privata aktiebolag?*, NTS nr 4 2006, s. 61-73.

[Cit. Skog 2006]

Stattin, Daniel, *Några frågor om personligt betalningsansvar i aktiebolag*, JT nr 1 2009/10, s. 126-131.

[Cit. Stattin 2009/10]

Stattin, Daniel, *Företagsstyrning: styrinstrument och ansvarsföljder i ett aktiebolagsrättsligt perspektiv*, Uppsala universitet, Diss. Uppsala: Uppsala Universitet, 2005, Uppsala, 2005.

[Cit. Stattin 2005]

Svernlöv, Carl, *Aktiebolagslagen: en översikt*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014.

[Cit. Svernlöv 2014]

Elektroniska källor

Andersson, Sten, Johansson, Svante & Skog, Rolf, *Aktiebolagslagen* (1 januari 2014, Zeteo) *kommentaren till 25 kap. 13 §*. Hämtad den 10 oktober 2014 från: www.nj.se/zeteo.

[Cit. Andersson m.fl. 2014]

Hirt, Hans C., *The wrongful trading remedy in UK Law: Classification, application and significance*, *European Company and Financial Law Review*, 2004, p. 71-120. Hämtad den 5 november 2014 från: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ecomflr1&div=6&g_sent=1&collection=journals.

[Cit. Hirt 2004]

Larsson, Sanna, *Förbättras borgenärsskyddet om lagstiftningen gällande tvångslikvidation på grund av kapitalbrist förändras? – En komparativ studie av svensk och engelsk reglering belyst ur ett rättsekonomiskt perspektiv*, publicerad den 22 september 2014. Hämtad den 20 november 2014 från: <http://hdl.handle.net/2077/37000>.

Nerep, Erik, Samuelsson, Per, *Aktiebolagslagen – En djup kommentar*, Uppdatering 2013:1, Karnov juridik, publicerad den 11 april 2013. Hämtad den 10 oktober 2014 från: <http://juridik.karnovgroup.se>.

[Cit. Nerep & Samuelsson 2013]

Sandström, Torsten, *Analys av två domar om kapitalbrist i aktiebolag*, Analyser InfoTorg Juridik, publicerad den 8 juni 2009. Hämtad den 5 november 2014 från: <http://www.infotorg.se/>.
[Cit. Sandström 2009]

Svernlöv, Carl & Persson Österman, Roger, *Skatterättsligt företrädaransvar – Fiskal gräddfil utan legitimitet?*, Rapport för Svenskt Näringsliv, publicerad den 18 oktober 2013. Hämtad den 13 november 2014 från: http://www.svensktnaringsliv.se/migration_catalog/Rapporter_och_opinions_material/Rapporters/skatterattsligt-foretradaransvar_573740.html/binary/Skatter%C3%A4ttsligt%20f%C3%B6retr%C3%A4daransvar
[Cit. Svernlöv & Persson Österman 2013]

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål C-212/97, *Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 1999 I-01459

Mål C-208/00, *Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 2000 I-9919

Mål C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mot Inspire Art Ltd*, 2003 I-10155

Sverige

Avgöranden från Högsta domstolen

NJA 1979 s. 157

NJA 1988 s. 620

NJA 1993 s. 484

NJA 1996 s. 224

NJA 2009 s. 210

NJA 2009 s. 221

NJA 2009 s. 291

NJA 2012 s. 858

NJA 2013 s. 725

Högsta domstolen, mål nr T2674-13

Hovrättsavgöranden

RH 1989:43

Svea hovrätt 2005, T 5582-04

Svea hovrätt 2013, T 4219-13

England

Salomon v. Salomon & Co Ltd, [1897] AC 22

Re Produce Marketing Consortium Ltd (No.2) [1989] 5 BCC 569

Re Sherborne Associates Ltd [1995] BCC 40

Secretary of State for Trade and Industry v Gash [1997] 1 BCLC 341

Re Brian D Pierson (Contractors) Ltd [1999] BCC 26

Re Continental Assurance Company of London plc 2001, WL 720239

Re the Rod Gunner Organisation Ltd, Rubin v Gunner [2004] BCC 684

Re Hawkes Hill Publishing Co Ltd (in liquidation) Ward v. Perks [2007] BCC 937

Cf Singla v Hedman [2010] BCC 684