

Juridiska institutionen

Examensarbete höstterminen 2011, 30 hp

Att navigera mellan Skylla och Karybdis

- Culpabedömningen vid prövning av styrelseledamöters skadeståndsansvar gentemot bolaget för vårdpliktsförsummelse

Eduard Suurküla

Handledare: Professor Rolf Dotevall
Examinator: Adj. Professor Rolf Skog



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Sammanfattning

I uppsatsen behandlas ansvarsbedömningen vid en skadeståndstalan för bolagets räkning mot styrelseledamöter enligt 29 kap 1§ 1st 1 meningens Aktiebolagslagen (2005:551). Fokus ligger på culpabedömningen av påstådda vårdpliktsförsummelse. Utifrån det genomgångna materialet, främst från den komparativa utblick mot USA som görs, ifrågasätts lämpligheten av styrelseledamöters skadeståndsansvar för att motverka vårdpliktsförsummelse och uppnå god bolagsstyrning i vissa situationer.

Styrelseledamöters skadeståndsansvar ska ge incitament att fullgöra styrelseuppdraget så att syftet med verksamheten uppfylls inom verksamhetsföremålet i enlighet med de plikter som kommer av uppdragsförhållandet mellan bolaget och styrelseledamöten. Sammankopplat med det faktum att Lagstiftaren har lämnat reglerna i Aktiebolagslagen om styrelsens förvaltning av bolagets affärsverksamhet vaga innebär det att en normativ culpabedömning är mindre förtjänstfull. En fri culpabedömning innebär också tillämpningsproblem. En styrelse måste utföra sitt uppdrag med visst risktagande i syfte att göra vinst i verksamheten. Ibland faller risktagandet inte väl ut trots de bästa föresatser och förberedelser. I efterhand är det inte alltid lätt att bedöma om riskerna styrelsen tagit varit omotiverat spekulativa. Till detta kommer det psykologiska fenomenet *hindsight bias*. Sannolikheten, eller risken i negativa termer, för ett visst utfall baserat på viss given information uppfattas betydligt högre om man har kunskap om att det veckligen blir just det utfallet. Sannolikheten eller risken för att ett styrelsebeslut ska orsaka bolaget förluster skattas i efterhand som betydligt högre om man, som en domstol i en domstolsprocess, vet om att förlusten kommer att uppstå. En domstol som ska ge sig i kast med frågan kan i varje fall inte med säkerhet avgöra om en affär är bra eller dålig. Det som vid tidpunkten för en domstolsprocess verkar vara en dålig affär kan senare visa sig vara en guldgruva. En domstol har vidare inte samma förmåga och förutsättningar samt legitimitet som styrelseledamöterna själva att bedöma hur bolagets verksamhet bäst ska uppfylla sitt syfte. En felaktig tillämpning av skadeståndsstadgandet kan få oönskade och långtgående följder. Det riskerar motverka skadeståndsansvaret eget ändamål samt de övergripande målsättningarna för aktiebolagsrätten.

I USA tillämpar domstolar *the Business Judgment Rule* ("BJR") för att komma ifrån dessa negativa konsekvenser av skadeståndsansvaret. BJR hänför bedömningen av beslutet till styrelseledamöternas goda tro och hur beslutsprocessen har sett ut. BJR tar hänsyn till aktiebolagsverksamhets speciella karaktär. BJR har uppställts i vinstmaximeringens intresse för att uppmåna eller stödja bolagsledningars risktagande. Ett för strängt skadeståndsansvar anses hämma ett högre välstånd. Det riskerar att ledningar blir riskaversiva något som skulle minska omsättningen i samhället. En sådan ordning skulle troligtvis innebära att det blir svårare, kanske omöjligt att rekrytera kompetenta personer till styrelseuppdrag, fenomenet *adverse selection*, negativt urval, för att tala i ekonomiska termer. Det konstateras att den amerikanska modellen med BJR om inte annat är bättre än de svenska alternativen normativ- eller fri culpabedömning.

En svensk tillämpning som en direkt kopia av den amerikanska modellen befinns vara befattad med vissa legitimitetsproblem. Inte att undra på eftersom legitimiteten av modellen även i USA är omdebatterad. Till detta kommer att det föreligger vissa skillnader mellan Sverige och USA. Det finns dock svenska ställningstaganden i förarbeten och doktrin som närmar sig amerikansk rätt. Det förordas exempelvis också i svenska förarbeten att prövningen bör ske utifrån förhållandena vid beslutstillfället. I den svenska doktrinen trycker man framförallt på detta. Om det innebär att man ska bedöma vilket risktagande styrelsen tar, lämpligheten i deras agerande, eller inte framgår inte. Stöd finns i annan associationsrättslig praxis för att lämpligheten i beslut inte ska bedömas. En betydlig skillnad i synsätt utgör skrivningar i svenska förarbeten att endast ringa oaktsamhet ska kunna grunda ansvar, vilket visar på en vilja från den svenska lagstiftaren sida att skadestånd ska kunna utgå, något som varit mycket sällsynt i USA. Mycket talar ändå för att en svensk domstol skulle inta en högst förlåtande syn på styrelsebeslut som lett till förlustaffärer utan att styrelseledamöter satt sina egna intressen framför bolagets.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Kap 1 Introduktion.....	1
1.1 Problematisering	1
1.2 Syfte.....	3
1.3 Metod och material	3
1.3.1 Metod.....	3
1.3.2 Material.....	5
1.4 Avgränsningar	5
Kap 2 Skadeståndsansvar gentemot bolaget.....	7
2.1 Styrelseledamots fullgörande av uppdraget.....	7
2.2 Uppsåtliga eller av oaktsamhet	8
2.3 Orsakat skada	8
2.3.1 Adekvat kausalitet	9
Kap 3 Culpabedömningen i aktiebolagsrättsliga skadeståndsmål	10
3.1 Det aktiebolagsrättsliga skadeståndets funktioner	10
3.2 Culpabedömning allmänt	11
3.2.1 Objektiv bedömning.....	11
3.2.2 Subjektiv bedömning	15
3.2.3 Fri - och bunden culpabedömning.	16
3.2.4 Bunden culpabedömning - Ekonomiskt culpaparekvisit?.....	16
Kap 4 Culpabedömningens svagheter i aktiebolagsrättsliga sammanhang	17
4.1 Styrelseledamots plikter	18
4.1.1 Lojalitetsplikt, Duty of Loyalty.....	19
4.1.2 Vårdplikt, Duty of Care.....	20
4.2 Culpabedömning av styrelsebeslut	21
4.2.1 En fri culpabedömning av vårdpliktförsummelse i samband med beslut	22
4.3 Culpabedömning av styrelsebeslut – erfarenheter från USA	23
4.3.1 Domstolars oförmåga och risken för rättsliga felslut.....	23
4.3.2 Motverkande av sunt entreprenörmässigt risktagande.....	26
4.3.3 Negativt urval av styrelseledamöter	27
4.3.4 Avslutning culpabedömningens svagheter	28
Kap 5 Culpabedömningen av styrelsebeslut i USA.....	29
5.1 Introduktion till amerikansk aktiebolagsrätt	29
5.2 Business Judgement Rule	30
5.2.1 Vårdplikten prövad i förhållande till beslutsprocessen	32

5.2.2 Ansvarsfriskrivning i §102(b)(7) DGCL.....	33
5.2.3 Bad faith/Irrationality/Waste	34
5.2.4 Abstention Doctrine eller Standard of review.....	35
5.2.5 Duty of care och BJR – glappet mellan aktsamhetsstandarden ex ante och bedömningsstandard ex post - bästa förklaringen till hur systemet kan/bör fungera?.....	36
5.3 Sammanfattande skäl för att tillämpa BJR.....	36
Kap 6 Diskussion - En svensk BJR?	38
6.1 Varför en form av bjr ska tillämpas i svensk rätt	38
6.1.1 Vårdplikten - moraliskt påbud utan straffbud?	39
6.2. En speciell culpabedömning i Sverige, med en lindrigare oaktsamhetsstandard?	40
6.3 Process Due Care i Sverige, bedömning av beslutsprocessen.....	42
6.4 uppenbar avvikelse från verksamhetsföremål eller syftet att likställa med waste?	43
6.4.1 Graden av risktagande	44
6.4.2 Ansvarsfriskrivning i ABL?.....	44
6.5 Förslag på utveckling för svensk del Fortsatt forskning?	45
6.5.1 Sammanfattande slutsatser.....	46
Källförteckning.....	49
Offentligt Tryck	49
Rättsfallsförteckning Sverige	49
Rättsfallsförteckning USA.....	49
Litteraturförteckning.....	51
Internetkällor.....	55

KAP 1 INTRODUKTION

I grekisk mytologi var Skylla och Karybdis två vidunder som från varsin sida av ett sund gjorde sjömäns passage osäker. Styrde man för nära den ena sidan av sundet drogs skeppet ned i djupet av virvelströmmen Karybdis, styrde man för nära den andra sidan stötte man istället på det sexhövdade havsmonstret Skylla som slukade besättningen med hull och hår.

1.1 PROBLEMATISERING

I Aktiebolagslagen (2005:551) ("ABL") 29 kap 1 § 1st 1 meningen stadgas att styrelseledamot har ett skadeståndsansvar gentemot bolaget. Någon vidare hjälp till ansvarsbedömningen ges inte, förutom att ansvaret gäller för skador som ledamoten genom uppsåt eller oaktsamhet orsakat bolaget i sitt uppdrag. Styrelseledamots uppdrag går ut på att tillsammans med övriga ledamöter verka som företrädare för bolaget i det kollegiala organet styrelsen. Styrelsen ska förvalta bolagets angelägenheter i aktieägarnas frånvaro, i stort sett mellan bolagsstämmorna. ABL ger viss vägledning för hur detta ska göras, men inte mycket.¹ Detta innebär, om detaljerade anvisningar i bolagsordningen eller från bolagsstämman saknas, att bolagets verksamhet i stor utsträckning styrs efter styrelsens eget gottfinnande. Styrelseledamöternas svängrum begränsas dock av att de har att uppfylla de plikter, kvalitetsgarantier, som följer med styrelseuppdraget.

Plikternas närmare innebörd är utformad in abstracto för att kunna passa in på alla de skilda verksamheter som drivs i aktiebolagsform. Uppfyllandet av dessa plikter kan således bjuda på utmaningar i skadeståndsansvarsbedömningen. Den utmaning jag har fastnat för är bedömningen av vårdpliktsförsummelse vid beslut. I den situationen hamnar vinstsyftet och lojalitetsplikten synbarligen i konflikt med vårdplikten. Hur ska en styrelseledamot agera? Vad är tillräcklig aktsamhet? Det saknas perfekt information och risktagande i verksamheten är en nödvändighet för framtida avkastning. Aktsamhet däremot kostar pengar och påverkar vinstmaximeringen. Var ska ledamot dra gränsen för "obekväma" frågor? Hur länge kan en ledamot, eller hela styrelsen fördröja en process? När är det försvarligt att kyla ned den operativa ledningens vilja att agera snabbt? Att exculpera agerandet med hänvisning till bolagets intresse för snabba, bristfälligt underbyggda beslut är sannolikt inte alltid möjligt. Motsatsen med långsamma beslut är också det något som möjligen skulle kunna angripas med 29 kap 1 §. Hur ska en domstol hantera det här?

Skadeståndsansvaret leder vid närmare efterforskningar inte självklart till att som förmodat frammana ett önskat beteende och stävja ett oönskat beteende. Det riskerar också att ha negativa effekter på vad man vill uppnå med regleringen. Mycket av vårt välstånd härrör från aktiebolagsverksamhet. Aktiebolagsrättens utformning har därmed en stor påverkan på utvecklingen av vårt välstånd. Beroende på hur aktiebolagsrätten utvecklas så påverkas vårt välstånd, i form av effekter på tillväxt, innovationer, sysselsättning mm. Man skulle kunna säga att "produktionen av välstånd" och hela samhällsekonomin påverkas.² Det råder relativ enighet om att en väl utformad aktiebolagsrätt bör förverkliga vissa övergripande mål som i förlängningen förväntas generera en sådan produktion och ett högre allmänt välstånd.³ Detta

¹ Se närmast 8 kap 4 § ABL och följande paragrafer.

² (Allen, Modern Corporate Governance and the Erosion of the Business Judgment Rule in Delaware Corporate Law 2008, s.1f)

³ Till det följande om mål för aktiebolagsrätten så länge inget annat anges, (Stattin, Företagsstyrning. En studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning. 2008, s.51ff särskilt s.54)

genom att resurserna i samhället på så sätt utnyttjas så effektivt som möjligt.⁴ De uttalade övergripande målen för svensk aktiebolagsrätt, vilka med hög sannolikhet inte avviker mycket från övriga rättsordningar⁵, är utan inbördes rangordning att 1) Möjliggöra en likvid kapitalmarknad. 2) Möjliggöra (riskfylld) affärsverksamhet i aktiebolagsform, att samgå i större projekt och/eller utveckla innovationer. 3) I största möjliga, rättspolitiskt godtagbara, mån motverka negativ inverkan/störningar på omsättningen och till följd av detta bibehålla en hög (eller åstadkomma en högre) nivå av antalet transaktioner i samhället, som i sin tur antas leda till att multiplikatoreffekter skapas.

Lagstiftaren är i behov av en likvid kapitalmarknad som lägger grunden för en hög omsättning så att den allmänna välfärden ökar. En förutsättning är aktiers fria överlåtbarhet och en fungerande infrastruktur för riskkapital. En annan är ett allmänt förtroende för aktiebolagsformen och det finansiella systemet i stort krävs.

Utan aktiebolag skulle utvecklingen sannolikt inte ha kommit dit den där idag. "Dessa bolagsformens karakteristika gör den särskilt väl ägnad att användas i samband med satsningar på ny och mera omfattande ekonomisk verksamhet"⁶ Aktiebolagsverksamhets positiva inverkan på den allmänna välfärden bör omhuldas. Således är tillåtelse av visst risktagande nödvändigt. Men det är skillnad på risker och risker. En aktieägare vill givetvis kunna beivra risktagande som inte är i bolagets intresse. Aktieägare vill ha ett annat instrument än det att bara utse och entlediga styrelseledamöter, deras skada är då redan skedd så att säga.

Hur ska en domstol förhålla sig till aktieägare som för bolagets räkning kräver tillbaka förluster från bolagsledningen under förevändning av oaktsamt risktagande? Ska aktieägare i efterhand få lov att påkalla personligt ansvar för "dåliga affärer"? Under vilka förutsättningar en styrelseledamot ska kunna göras skadeståndsansvarig är något som torde kräva en bedömning med sofistikerad finess. Att ge incitament till vad man anser vara en optimal riskavvägning i bolagets verksamhet bör vara en målsättning. Önskvärt är att sanktionssystemet inte motverkar sunt risktagande, eftersom det skulle kunna kväva potentiella vinster. I förarbetena heter det att bolagsledningen ska tillåtas ta affärsmässigt motiverade risker.⁷ Detta är i sig självt en mycket god skrivning men hur ska den omsättas av domstolar? Ytterst torde det vara en rättspolitisk fråga - vad vill vi att bolagsledningar ska ansvara för, med de följder det kan innebära?

Dylika tvister är sällsynta i svensk rätt men problemen förtjänar diskussion så att vi står väl förberedda när de väl uppkommer.⁸ Det kan handla om stora summor för drabbade aktieägare eller styrelser, som alla är utlämnade till domstols prövning.

⁴ SOU 1995:44 s.154

⁵ Jfr. (Kraakman, Armour, o.a. 2009, s.28ff) "the appropriate goal of corporate law is to advance the aggregate welfare" och (Lipton och Rowe 2007-2008, s.63) "the fundamental and final goal of corporation law is social prosperity, broadly conceived. Wealth creation, job creation, and a long-term investment perspective"

⁶ prop.2004/05:85 s.196. Detta är starkt förknippat med frihet från personligt ansvar för ägarna, mer om fördelarna se exv. (Kershaw 2009, s.18ff), (Stattin 2008, s.366), (Easterbrook och Fischel 1991, s.40ff)

⁷ SOU 1995:44, s.17, s.241, prop 1997/98:99 s.296

⁸ Äldre uttalanden som motiverar forskning i ämnet: Gomard under 29:e Nordiska Juristmötet: "Hos os er sådanne sager ikke almindelige, men problemet fortjener ikke desto mindre overvejelse". Liksom Taxell "det är viktigt att vi har klart för oss, i preventivt syfte, enligt vilka riktlinjer skadeståndsproblematiken ska lösas". (Taxell 1981, s.368 och s.386) Roos antar att sällheten beror på dels att

1.2 SYFTE

Uppsatsens syfte är att undersöka styrelseledamots skadeståndsansvar mot bolaget i 29 kap 1§ 1 st 1 meningen ABL. Speciellt hur skadeståndssanktionen samverkar med en styrelseledamots vårdplikt⁹. I samband med vissa beslut hamnar vårdplikten synbarligen i konflikt med vinstsyftet och lojalitetsplikten. Syftet är att utforska denna problematik närmare och visa på ett möjligt sätt att bemöta den för att uppnå god bolagsstyrning och de övergripande mål som finns med aktiebolagsrätten.

Syftet är vidare att undersöka hur motsvarande problematik hanterats i USA där den har dryftats mer ingående. Fokus ligger på karakterisering av den metod/modell, den s.k. *the Business Judgement Rule* som är vägledande för domstolarnas handläggning av dessa frågor där. Undersökningen är tänkt att tjäna som underlag för en jämförande diskussion och en bedömning av vad i den amerikanska modellen som skulle vara mest värdefullt att ta intryck av och tillämpa i svensk rätt.

1.3 METOD OCH MATERIAL

I grunden har traditionell juridisk metod använts för att söka fastställa gällande rätt. Många av de frågor som uppsatsen behandlar har dock visat sig vara oklara i svensk rätt. För att ge förslag på möjliga lösningar har jag tagit intryck av rättsutvecklingen i USA.

1.3.1 METOD

I många fall gäller vid tolkningen av aktiebolagsrättsliga regler att det blir fråga om olika intresseavvägningar.¹⁰ De olika intressekonflikter som finns kan sällan lösas utan man får antingen tillgodose en eller flera andra intressegrupper genom att man för ett s.k. intresseskyddsresonemang.¹¹ Efter det att ett problem har lösts utifrån intresseskyddsresonemang torde det vara en god metod att först se om det råder en god balans totalt sett intressegrupperna sinsemellan.¹² Lösningen bör också leda till att de grundläggande målen med aktiebolagsrätten uppnås, alternativt att dessa inte störs för mycket, för att söka undvika suboptimerade lösningar.¹³ Detta påkallar ibland en nödvändighet att ta intryck av andra vetenskapliga discipliner.

Rättsekonomiska teorier tjänar ofta som vägledning vid ändamålsöverväganden. Det är en i mångt och mycket politisk fråga vilken vikt man ska låta rättsekonomiska "sanningar" ha vid övervägandet. En del hävdar att sådana ska vara helt avgörande, andra att de ska hållas mer balanserade mot rättvisesynpunkter, men trots allt är rättsekonomiska hänsyn något de flesta anser ska inverka. Samuelsson anser att vi "... måste ta till oss forskningsrön från ekonomisk analys och inte stanna vid intuitiva och godtyckligt valda hänvisningar till ekonomiska resonemang".¹⁴ Stattin håller med, men för också fram att sunt (ekonomiskt) förnuft kan vara

skadeståndsansvarsregeln sällan åberopas, dels att de inblandade avgör tvisten genom skiljedom eller förlikning. (Roos 1982, s.73)

⁹ Annan förekommande benämning på denna i svenska arbeten är omsorgsplikt. Mer nedan 4.1.1

¹⁰ Se (Stattin 2008, s.44) och (Åhman 1997, s.34ff), (Dotevall 1989, s.355f) om intressejurisprudens och begreppsjurisprudens.

¹¹ (Stattin 2009, s.51ff, särskilt s.54) och (Skrabb 2009, s.96f)

¹² Ibid.

¹³ Ibid. och (Dotevall 2008, s.143)

¹⁴ (Samuelsson 1997)

lika mycket rättsekonomi som utvecklade ekonomiska teorier.¹⁵ Förhållningsättet i denna uppsats är till stor del uttryck för det "Stattinska synsättet".

1.3.1.1 Komparativ ingång

Den tyske rättsvetenskapsmannen Rudolph von Jhering underströk redan på 1870-talet vikten av den nationella rättsvetenskapens interaktion med den internationella.¹⁶ Ett färskare uttalande står Jan Ramberg för:

"Det går inte längre an att som en häst med skyggglappar försöka finna svaret på tveksamma frågor genom ett idogt studium av svenska lagförarbeten och rättsfall utan blickarna måste höjas, med sikte på en överblick av betydligt större delar av fältet. Den traditionella juridiska nationalromantiken konfronteras med en tilltagande internationalisering och kan knappast på sikt upprätthållas."¹⁷

Lika samhällen visar upp likartade problem.¹⁸ Genom att använda utländskt material stärks den samlade erfarenhet som kan läggas till grund vid ett rättsligt beslutsfattande, och därigenom ökar chansen för lämpliga beslut och möjligheten att undvika suboptimerade lösningar. Kanske framförallt då den nationella rätten är oklar och då analogier och motsatsslut inte övertygar.¹⁹ Komparativa inslag kan också bidra en bättre förståelse för den inhemska regleringen.²⁰

Dotevall lämnar ett flertal skäl till att bereda stort utrymme åt utländsk rätt i aktiebolagsrättsliga studier.²¹ Affärsverksamheter bedrivs ofta idag på det internationella planet. Redan enbart därför finns ett värde att veta vad som gäller enligt andra rättsordningar. Dotevall påpekar också poängen med att bolagsrättsliga regler, liksom fallet med andra regler i handelsrättsliga sammanhang, så långt det är möjligt harmoniseras. Skälet torde vara internationell konkurrenskraft. Den svenska rättsbildningen på det behandlade området är sparsmakad och övrigt rättsligt material som rör skadeståndsansvaret för bolagsledningen är också begränsat varför det är av intresse vad utländska erfarenheter kan bidra med i frågan.²² Och det torde inte vara en slump då problemen är likartade i all världens aktiebolagsrätt.²³

Att säga att amerikansk aktiebolagsrätt i det avseende som behandlas är långt mer utvecklad än svensk är ingen överdrift, och har medfört att intryck från USA fått stort utrymme i denna uppsats. Det finns ett betydligt mer raffinerat rättsligt material att tillgå i form rättsfall och genom den ständigt blossande diskursen i juridiska tidskrifter. En långtgående jämförelse med USA är möjlig genom att de råder likartade samhällsförhållanden i Sverige och USA och att aktiebolag och dess motsvarighet²⁴ har en likartad funktion.²⁵ Att genom aktiebolagsrätten ge

¹⁵ (Stattin 2008, s.60)

¹⁶ (Modéer 2011, s.750 med vidare hänvisningar)

¹⁷ Jan Ramberg sade detta redan för åtskilliga år sedan, det borde inte ha lägre relevans idag (J. Ramberg 1993/94, s.852)

¹⁸ (Bogdan 1993, s.20)

¹⁹ (Dotevall 2008, s.17f)

²⁰ (Bogdan 1993, s.39)

²¹ (Dotevall 2008, s.17f)

²² CM Roos uttryckte under NJM 1981 att det i svenskt material var förfärligt ont om konkret underlag för bedömning av ansvarsvister i aktiebolag. Det har sedan dess heller inte utvecklats speciellt mycket för uppsatsens vidkommande. Roos fortsätter att det är naturligt för den svenska juristen att vända sig utomlands för att söka bättre information där. (Taxell 1981, s.381f)

²³ (Kraakman, Armour, o.a. 2009, s.1)

²⁴ Jag tänker på bolagsformen med samlingsnamnet "corporation", som kan ha beteckningarna "association," "company," "corporation," "club," "foundation," "fund," "incorporated," "institute," "society," "union," "syndicate," or "limited," eller förkortningar därav. Som behandlas vidare nedan är det Delaware

incitament till en optimal riskavvägning i bolagets verksamhet är liksom i Sverige grundläggande i USA. Det finns dock vissa påtagliga skillnader mellan Sverige och USA. Exempelvis tilltron till marknaden visavi reglering, och i ägarstrukturer nära förknippat med processvillighet för att nämna några. Trots att dessa skillnader finns det av skäl som nyss nämnts ett värde i en jämförelse.²⁶

1.3.2 MATERIAL

Materialet som har bildat utgångspunkt för den svenska delen av undersökningen är aktiebolagslagstiftningen. 2005 års ABL (2005:551) den sjätte i ordningen.²⁷ Den föregicks av ett extensivt utredningsarbete varav SOU 1995:44 Aktiebolagets organisation, med efterföljande prop. 1997/98:99 är av störst intresse för uppsatsen. Men eftersom skadeståndsansvaret gentemot bolaget inte ändrats i sak genom ABL 2005 är också äldre förarbeten, och äldre aktiebolagsrättsliga verk intressanta.²⁸ Detta liksom äldre svensk rättspraxis.²⁹

Ett par amerikanska rättsfall som analyserats har tjänat som utgångspunkt för de amerikanska inslagen i uppsatsen. För att tydliggöra deras inverkan har jag tagit del av kommentarer och debattinlägg i *law reviews*, amerikanska juridiska tidskrifter. Ambitionen har varit att referera till auktoriteter i ämnet. Till min hjälp att hitta relevanta artiklar har jag haft databaserna Google Scholar, Westlaw International, HeinOnline och SSRN.

1.4 AVGRÄNSNINGAR

Uppsatsens inriktning mot oaktsamhetsbedömningen i särskilda situationer har lett till omfattande avgränsningar för att kunna gå så djupt som möjligt med uppsatsens omfång som hinder. Jag har riktat in mig på styrelseledamöter. Med det inte sagt att mycket av det som framkommer saknar intresse för en skadeståndstalan mot de andra normadressaterna i 29 kap 1§ 1st 1 mening, dvs. stiftare och VD, men det är inte huvudföremålet för undersökningen. För amerikanska förhållanden är medlemmarna av *the Board of Directors* huvudpersonerna, alltså *directors* vilka i stort motsvarar styrelseledamöter.

Det som lyfts fram i uppsatsen är svårigheten i culpabedömningen vid påstådd vårdpliktsförsummelse av styrelseledamot i samband med beslut och vilka följder denna kan få. Således illustreras lojalitetsplikten, och andra delar av vårdplikten endast i syfte att förtydliga nämnda situationer. Ett mindre fokus ligger på ansvarsfördelningen - ofta relaterad till arvodering, som endast tangeras - och styrelsens arbetssätt och uppdelning av arbetsuppgifter.³⁰

Corporations uppsatsen är inriktad mot. Bolagsformerna LLC, limited liability company, och LLLP, limited liability limited partnership, behandlas inte i uppsatsen.

²⁵ (Dotevall 1989, s.28), (Bogdan 1993, s.20)

²⁶ (Dotevall 2008, s.18) som påtalar det engelska rättsfallet *White v Jones* [1995] 2 AC 207 som ofta används som argument för detta. I fallet tog domstolen hänsyn till tyska erfarenheter, trots uppenbara olikheter mellan tysk och engelsk rätt i behandlade frågor.

²⁷ Föregångarna är 1848 års, 1895 års, 1910 års, 1944 års och 1975 års ABL.

²⁸ Se prop. 1997/98:99 s.179. Under 1910 års ABL inträffade den sk. Kreugerkraschen. Flera brister framkom därefter i den svenska aktiebolagsrätten framförallt avseende bolagsstyrning. En stor omarbetning skedde inför 1944 års ABL med ett omfattande utredningsarbete som resulterade i SOU 1941:8 och 9 som följdes av prop. 1944:5 som innehåller intressanta saker för uppsatsen. Något av det ambitiösa arbetet visades missriktat och ändrades i och med 1975 års ABL, vars slutproposition 1975:103 Se exv. (Hemström 2010, avsnitt 1.2 i relevanta delar)

²⁹ Vilken i någon mån efterforskat utan större framgång. Låg förekomst av svensk rättspraxis på området bekräftas av exv. (Beyer 1999, s.1058) Svensk underrättspraxis har inte undersökts.

³⁰ Se (Samuelsson 2001) och (Svernlöv 2006) för en introduktion till formalian i styrelsearbetet.

Styrelsens ordförande, arbetstagarrepresentanter och suppleanter särbehandlas således inte heller.³¹ Jämkning av skadeståndsansvaret berörs inte mer än för att belysa ett ställningstagande av den svenske lagstiftaren.³² Talerätt och andra frågor av procedurkaraktär har inte vidare berörts.³³ Ansvarsfrihet, decharge-institutet, faller också utanför uppsatsens syfte.³⁴ Skadebegreppet behandlas högst rudimentärt då tyngdpunkten ligger på oaktsamhetsbedömningen.

I utblicken mot USA har fokus legat på rättsutvecklingen i den amerikanska delstaten Delaware och ansvarsbedömningen av *director's duty of care*.³⁵ Ambitionen har varit att ge en övergripande bild genom tongivande rättsfall och inflytelserika åsikter. Ibland genom sekundära källor.³⁶ En fullständig rättsjämförelse ens på detta lilla område ryms dock inte i den form en examensuppsats erbjuder.

Det ska medges att fokus har varit teorin och en fördjupning i empirin bakom de teoretiska resonemang som är återgivna har inte gjorts.

³¹ Se om grunderna för ansvarsfördelning (Taxell 1963), (Taxell 1981, i relevanta delar) och (Dotevall 2008, i relevanta delar) och om rollerna 8 kap, 2, 3, 17 §§ ABL och Lagen (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda.

³² Se om jämkning av aktiebolagsrättsligt skadestånd (Kumlien 2009) med vidare hänvisningar.

³³ Här avses framförallt 29 kap 7, 9-15 §§ ABL, samt motsvarande regler i USA.

³⁴ För ansvarsfrihet se (Svernlöv 2007)

³⁵ En förklaring till detta ges under 5.1 Introduktion till amerikansk aktiebolagsrätt.

³⁶ Detta torde vara ursäktligt, se (Bogdan 1993, s.45f)

KAP 2 SKADESTÅNDSANSVAR GENTEMOT BOLAGET

I det här kapitlet lägger jag fram en översikt av styrelseledamots skadeståndsansvar gentemot bolaget enligt ABL.³⁷ Skadeståndsansvaret enligt ABL som en special-skadeståndsrättslig reglering får sina luckor igenfyllda av den allmänna skadeståndsrättens principer, i den mån det är möjligt.³⁸

Man finner ansvaret lagfäst i 29 kap 1 § 1st 1 meningen ABL. En uppställning av rekvisiten i regeln ger att följande omständigheter ska föreligga för att skadeståndsansvar ska bli rättsföljden³⁹:

- 1) en styrelseledamot (VD, eller stiftare) som vid fullgörande av sitt uppdrag
- 2) uppsåtliga eller av oaktsamhet förfarit (agerat eller underlåtit att agera) på så sätt
- 3) att bolaget orsakats skada, som har adekvat kausalitet, dvs är en typisk följd av förfarandet.

2.1 STYRELSELEDAMOTS FULLGÖRANDE AV UPPDRAGET

Förfarandet ska ha ägt rum vid fullgörandet av ledamotens uppdrag.⁴⁰ Styrelseuppdraget går ut på att tillsammans med de andra styrelseledamöterna ta hand om bolagets verksamhet i aktieägarnas frånvaro. I 8 kap 4§ ABL som utpekar styrelsens huvuduppgifter anges att styrelsen ska ansvara för bolagets organisation, förvaltningen av bolagets angelägenheter, samt fortlöpande bedöma bolagets ekonomiska situation. Ansvaret härrör antingen från deltagande i beslut, eller från sådana uppgifter som varje enskild ledamot är skyldig att ägna sig åt i tiden mellan styrelsesammanträden.⁴¹ Ansvar kan dock inte uteslutas för beslut som styrelseledamot stått utanför.⁴²

Skadeståndsansvaret är individuellt för varje enskild styrelseledamot.⁴³ De ledamöter som beläggs med ansvar svarar sedan solidariskt för skadeståndet om ingens ansvar blir jämkat, se 29 kap 5, 6 §§ ABL. Handlingen eller underlåtenheten ska alltså ha företagits i kapacitet av styrelseledamot, som medlem av det kollegiala organet styrelsen.⁴⁴ Utgångspunkten är att endast formellt riktigt utsedda styrelseledamöter kan bli ansvariga. Personen behöver alltså vara utsedd till styrelseledamot, av bolagsstämman (eller på annat sätt angivet i bolagsordningen) och ha tillträtt uppdraget.⁴⁵ En styrelseledamot kan alltså i princip inte bli ansvarig för åtgärder som styrelsen vidtagit före ledamotens tillträddande av uppdraget. Det kan dock också förekomma personer som i praktiken fungerat som styrelsemedlemmar och uppfattats så utifrån, sk. *de facto directors*. Dessa är troligtvis också normadressater enligt 29 kap 1§ i svensk rätt visst stöd i praxis⁴⁶ och doktrin⁴⁷ finns. Tillämpligheten på personer som

³⁷ Ibland omnämnt som det interna skadeståndsansvaret.

³⁸ Se NJA 1994 s.236 på s.243 och jfr. 1 kap 1 § Skadeståndslagen(1972:207)

³⁹ jfr (Båvestam 2006, s.45)

⁴⁰ Prop. 1997/98:99 s.179, Prop. 1975:103, s. 543

⁴¹ (Svernlöv 2007, s.131ff)

⁴² (Dotevall 2008, s.78ff och s.85f)

⁴³ Prop. 1997/98:99 s.183, 187 och (Taxell 1981, s.224)

⁴⁴ (Dotevall 2008, s.82)

⁴⁵ Se (Dotevall 2008, s.49f), Registrering av styrelseledamoten i Bolagsverkets register torde endast utgöra ett bevismedel, inte en förutsättning.

⁴⁶ Se NJA 1948 s.651 och NJA 1997 s.418, på s.451 som ger att en viss analogisk tillämpning av reglerna om organledamöter i ABL är möjlig på andra personer.

påverkat styrelsearbetet i det fördolda, sk. *shadow directors*, är dock osäkrare.⁴⁸ Det gäller också att hålla isär fall där styrelseledamot inte agerar som sådan, detta kan vålla bekymmer exempelvis om ledamot också arbetar i bolaget eller utför konsultuppdrag för det.

2.2 UPPSÅTLIGEN ELLER AV OAKTSAMHET

Den andra ansvarsförutsättningen är att ledamoten har förfarit, handlat eller underlåtit att handla, på ett sätt som antingen är oaktsamt eller uppsåtligt i förhållande till att bolaget skadas. Styrelseledamots skadeståndsansvar får enligt den senaste aktiebolagskommittén "även fortsättningsvis bestämmas med utgångspunkt i en allmänt hållen culparegel".⁴⁹ I förarbetena uttalas att även ett förfarande som innefattar endast ringa oaktsamhet kan leda till ansvar.⁵⁰

Hur man ska behandla detta rekvisit kommer att ägnas större utrymme nedan. Här ska endast nämnas att culpabedömningen enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer inte tar hänsyn till den speciella karaktär vissa situationer i aktiebolagsrättsliga sammanhang uppvisar. I vissa fall kan en sådan bedömning leda till att aktiebolagsrättens grundläggande mål blir lidande, en oacceptabel suboptimerad lösning. Å ena sidan kan en hög aktsamhetsstandard sända signaler om att risktagande inte är accepterat. Det kan leda till att styrelser fattar mindre riskfyllda, helt säkra beslut. Å andra sidan kan en för låg standard uppmåna till vårdslöst risktagande hos styrelser.⁵¹ Ungefär som att styrelsen bara klubbar beslut utan eftertanke. Denna svåra avvägning är föremål för utredning nedan i kapitel 4 och 5.

2.3 ORSAKAT SKADA

Handlingen eller underlåtenheten ska skada bolaget. Rekvisitet innebär att en fullbordad skada måste vara för handen.⁵² Det har beskrivits som en företagsekonomiskt mätbar förlust, och tar främst sikte på skador som inte har samband med person- eller sakskada, sk. rena förmögenhetsskador.⁵³ ABLs skadeståndsregler ger en utvidgning av ansvaret för sådana skador jämfört med den allmänna skadeståndsrätten.⁵⁴ Skadebegreppet omfattar också uteblivna vinster, exempelvis om styrelseledamot driver konkurrerande verksamhet, och denne eller någon annan därigenom tillgodogör sig intäkter som borde ha gått till bolaget.⁵⁵ Att storleken på uteblivna vinster ofta får tas fram genom hypotetiska antaganden är en annan sak.⁵⁶ En svensk domstol har möjlighet att skönsmässigt bestämma skadan med stöd av 35 kap 5 § Rättegångsbalken (1942:740).

⁴⁷ (Dotevall 2008, s.54ff särskilt s.56) och (Dotevall 2003, s.9f) som också pekar på vikten och svårigheten att skilja på personer som analogivis kan ansvara under 29 kap 1 § och arbetstagare i vid mening som ansvarar enligt 4 kap 1 § Skadeståndslagen (1972:207) jfrt med 6 kap 5 § samma lag.

⁴⁸ Om denne är aktieägare kan det möjligen vara lättare att gå via 29 kap 3 § ABL. Se också (Sandström 2010, s.208,399f) med jämförelser mot 17 kap 7§ ABL samt från Stockholms TRs domskäl i det sk. Trustormålet, där Joachim Posener utan organställning belades med skadeståndsansvar.

⁴⁹ (Skog 1995/96, s.71) som redogör för huvuddragen i SOU 1995:44 i rollen av kommittésekreterare.

⁵⁰ Prop. 1997/98:99 s.183

⁵¹ Se exv. (Kershaw 2009, s.382ff) och (Dotevall 1989, s.90f), (Dotevall 2008, s.61f)

⁵² (Dotevall 2008, s.69)

⁵³ Se Skadeståndslagen (1972: 207) 1 kap 2§. Se också (Dotevall 2008, s.68ff), (Stattin 2008, s.340ff). Andra skadetyper är inte helt otänkbara men i uppsatsen behandlas nämnda typ.

⁵⁴ Se Skadeståndslagen (1972:207) 2 kap 2§ den s.k. spärregeln som förutsätter brott för ersättningsskyldighet av rena förmögenhetsskador i utanför kontraktförhållanden, på senare tid har det tydlig framkommit att spärregeln dock inte ska ses som absolut, se exv. (Sandström 2010, s.386 med vidare hänvisningar)

⁵⁵ Se (Svernlöv 2008, s.53), (Dotevall 2008, s.68ff)

⁵⁶ (Stattin 2008, s.341) och (Svernlöv 2008, s.56)

2.3.1 ADEKVAT KAUSALITET

Det krävs också att skadan har ett relevant orsakssamband, adekvat kausalitet, med styrelseledamots förfarande.⁵⁷ Hellner uttrycker kravet på kausalitet, orsakssamband, som att handlingen eller underlåtenheten ska vara en nödvändig betingelse för att skadan uppstått.⁵⁸ Detta innebär att om förlusten uteblivit utan styrelseledamotens förfarande så föreligger kausalitet.⁵⁹ Anledningen till att man också kräver att kausaliteten ska vara adekvat är att det ger en möjlighet att "avskärma" ansvaret från alltför oväntade och avlägsna skadeverkningar så att det framstår som rimligt.⁶⁰

Den s.k. normskyddsläran⁶¹ är tillämplig som komplement eller substitut till adekvansbedömningen av bolagets skada.⁶² I svensk skadeståndsrätt anses normskyddsläran erkänd genom NJA 1976 s.458.⁶³ Läran ger att ansvaret för skada som uppstått genom att en handlingsregel i lag överträtts inte kan göras gällande för andra verkningar än just dem som lagregeln avser att skydda.⁶⁴ Det ger upphov till en gränsdragningsproblematik där det sagts att mer oväntade eller avlägsna följder av överträdelsen inte ska tillmätas betydelse.⁶⁵ Styrelseledamot ansvarar således enligt läran för avvikelse från regel som har ett skyddsändamål som om det överträds typiskt sett medför skada för bolaget. Bolaget måste vara skyddsobjektet för den norm som överträtts. "Som en följd av normskyddsläran skulle ett bolag inte kunna erhålla ersättning för skada som har orsakats av att en styrelseledamot har överträtt en bestämmelse som enbart syftar till att skydda en enskild aktieägare".⁶⁶ Vad man ska anse som adekvat kausalitet är uppenbarligen en utmaning i aktiebolagsrättsliga sammanhang. Den legendariske domaren Learned Hand satte denna utmaning på pränt i fallet *Barnes v. Andrews* "How can I, sitting here, lay it down that Andrews' intervention would have brought order out of this chaos, or how can I measure in dollars the losses he would have saved?"⁶⁷

⁵⁷ SOU 1995:44 s.241, och (Dotevall 2008, s.65ff)

⁵⁸ (Hellner och Radetzki 2006, s.195ff)

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Se NJA 1993 s.41 I&II, och exv. (Hellner och Radetzki 2006, s.202ff), (Dotevall 2008, s.65f), och (Schultz 2011, s.468)

⁶¹ Förefaller ibland användas som synonym till Läran om skyddat intresse. Detta torde vara fel, även om stora likheter finns, Jämför skillnaden. (Hellner och Radetzki 2006, s.86ff)

⁶² Se (Dotevall 2008, s.66), (Olstedt och Pehrson 1997, s.79), (Af Sandeberg 2001, s.118, s.303, s.318f) och om läran i sig (Hellner och Radetzki 2006, s.210ff med vidare hänvisningar)

⁶³ Se det särskilda yttrande dåvarande JustR Nordenson fogade till domskälen.

⁶⁴ (Dotevall 1989, s.95f)

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ (Olstedt och Pehrson 1997, s.78)

⁶⁷ *Barnes v. Andrews* 298 F. 614 (S.D.N.Y. 1924), på sid 618, om den passive ledamoten Andrews.

KAP 3 CULPABEDÖMNINGEN I AKTIEBOLAGSRÄTTSLIGA SKADESTÅNDSMÅL

Aktiebolagslagen ger ingen vidare ledning för hur bedömningen av skadeståndsansvaret ska gå till. Utgångspunkten är istället att man tillämpar samma modell som i den allmänna skadeståndsrätten.⁶⁸ En culpabedömning enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer kan leda till att det aktiebolagsrättsliga skadeståndets funktion slår tillbaka på sig själv och även riskera att aktiebolagsrättens grundläggande ändamål blir lidande. Något som är en oacceptabel suboptimerad lösning. För att förstå varför behövs kunskap om såväl vilken funktion skadeståndsansvaret för styrelseledamöter fyller liksom hur culpabedömningen går till i svensk rätt. Detta följer nu.

3.1 DET AKTIEBOLAGSRÄTTSLIGA SKADESTÅNDETS FUNKTIONER⁶⁹

Skadeståndsansvar i allmänhet anses ha en preventiv funktion ex ante för presumtiva skadevällare liksom en reparativ funktion ex post för drabbade skyddsobjekt. En distributiv funktion framhålls också.⁷⁰ Skadeståndet kan också fylla funktionen att fastställa ansvar, och på så sätt ge en sorts upprättelse för skadedrabbade. Ett oaktksamhetsansvar har funktionen att rättsligt kategorisera och skilja på skuldfall och olycksfall.

Applicerar man detta på styrelseledamöts interna skadeståndsansvar i 29 kap 1 § 1st 1 meningen ABL kan man sluta sig till följande: Answarets preventiva funktion består i att styrelseledamot ska avhållas från att sköta uppdraget så att bolaget orsakas skada, lider förlust. Den handlingsdirigerande effekten bakom skadeståndsregeln består annorlunda uttryckt i att få styrelseledamot att handla i bolagets intresse dvs. att uppfylla sina plikter. Det är dock inte otroligt att bolaget lidit förluster utan att pliktförsummelse ägt rum. Skadeståndsansvaret enligt ABL tar således sikte på att urskilja pliktförsummelse från ursäktliga misstag. En allokering av kostnaden för skadan från bolaget till bolagets styrelseledamöter kan således anses böra ske vid pliktförsummelse. Det är dock inte säkert att det är styrelseledamöterna som bäst kan bära kostnaden. Detta ger återverkningar för den reparativa effekten av skadeståndsregeln. Den innebär att om bolaget drabbas av skada genom att styrelseledamot inte handlat i bolagets intresse så ska denna skada kunna raderas, som om inget hänt. Skadan ska så att säga repareras genom skadestånd från skadevällande styrelseledamöter. I aktiebolagsrättsliga sammanhang har den reparativa funktionens verkliga effekt ifrågasatts.⁷¹ På ett sätt kan den sägas vara skenbar eftersom det handlar om så stora belopp att skadelidande sällan torde kunna få full ekonomisk reparation.⁷² Bortsett från de fall där styrelseledamöter har stora personliga förmögenheter eller ansvarsförsäkringar och skadan understiger det maximala

⁶⁸ (Skog 1995/96, s.71), (Stattin 2008, s.351ff)

⁶⁹ Till det följande se (Hellner och Radetzki 2006, avsnitt 2.1 s.39ff) och (Stattin 2008, s.332ff) om inget annat anges.

⁷⁰ Skadeståndet kan sägas distribuera eller allokera kostnaden för skadan från skadelidande så att de ensamma inte behöver bära kostnaden för skadan. Denna allokeringssidé kan genomföras på åtminstone tre olika sätt:

a) allokering till den som anses skyldig att ta eller bära bära kostnaden för skadan, ofta skadevällaren eller någon som kan identifieras med denne.

b) allokering till många, för att på så sätt pulverisera kostnaderna för skadan.

c) allokering till den som anses ha bäst förmåga att bära kostnaden för skadan.

⁷¹ (Svernlöv 2008, s.35)

⁷² Se utöver Stattin också (Hellner och Radetzki 2006, s.58) om bristen på empirisk forskning.

ersättningsbeloppet i försäkringen.⁷³ Oavsett de faktiska möjligheterna att utfå skadestånd, anses det finnas en effekt av ett slags upprättelse, eller nytta i att peka ut ansvariga för skada.⁷⁴ Skadeståndsansvaret för aktiebolagets företrädare har också en viktig del i allmänhetens förtroende för näringslivet. En förutsättning för att systemet ska fungera är att bolagets intressenter och andra, har tilltro till det.⁷⁵ Den senaste aktiebolagskommittén uttalade att:

”För ett fungerande näringsliv är det väsentligt att det finns verksamma incitament för företagsledningarna att fullgöra sina skyldigheter. Det är därför önskvärt att lagstiftningen tillhandahåller tydliga regler som på ett effektivt sätt ger möjlighet att utkräva ansvar av försumliga företagsledningar. Också behovet att upprätthålla allmänhetens förtroende för näringslivet talar i den riktningen.”⁷⁶

3.2 CULPABEDÖMNING ALLMÄNT

Närmast ska ”culparegeln” översiktligt redogöras för och knyts till det aktiebolagsrättsliga skadeståndet.⁷⁷ Man delar vanligtvis in culpabedömningen i en objektiv del och en subjektiv del. Gränsdragningen mellan dem är inte glasklar och vad som är att hänföra till vilken del kan vara svårt att avgöra.⁷⁸

Till den objektiva bedömningen sorteras vanligen frågorna om skada uppstått, om det föreligger kausalitet mellan handlingen/underlåtenheten och skadan samt om denna är adekvat, och inte minst om det objektivt sett förelegat oaktsamhet.⁷⁹ Vad gäller oaktsamhetsbedömningen försöker en domstol att konstruera vad som utgör normal, objektiv, aktsamhet i det aktuella fallet. Borde den påstått oaktsamme ledamoten ha agerat annorlunda?⁸⁰ Sedvanlig aktsamhet utgör enligt det klassiska synsättet vad en *bonus pater familias* skulle göra i samma situation, detta torde vara svårt att påvisa i bolagsstyrning, mer nedan i kap 4. Domstolen försöker ställa upp, eller hitta, en aktsamhetsnorm eller standard som är tillämplig på skadesituationen. Det är önskvärt att normen som ställs upp tar hänsyn till målen för aktiebolagsrätten.⁸¹ Därefter undersöks om styrelseledamot avvikit från den norm man fått fram, en s.k. normerad culpabedömning. Ofta tar domstolarna olika former av föreskrifter till hjälp för att ställa upp denna norm.⁸²

Den subjektiva delen av prövningen är underordnad, men inte helt oväsentlig.⁸³ I den prövas om omständigheterna i det enskilda fallet borde befria ledamoten från ansvar.

3.2.1 OBJEKTIV BEDÖMNING

De föreskrifter som i första hand finns att tillgå för att ta fram en aktsamhetsstandard, den objektiva måttstocken för aktsamhet, utgörs huvudsakligen av ABL och tillämplig lag om

⁷³ Se (Hellner och Radetzki 2006, s.58) och för jämkning av aktiebolagsrättsligt skadestånden, i allmänhet och vid ansvarsförsäkring (Kumlien 2009, s.848f och s.852 med vidare hänvisningar)

⁷⁴ (Hellner och Radetzki 2006, s.46)

⁷⁵ Se rubrik 1 Introduktion. För mer om detta: Förtroendekommissionens betänkande SOU 2004:47

⁷⁶ Prop. 1997/98:99 s 187

⁷⁷ Till det följande se (Hellner och Radetzki 2006, s.128ff) i relevanta delar, även om annan källa också anges

⁷⁸ (Dotevall 2008, s.60f)

⁷⁹ *ibid.*

⁸⁰ (Svernlöv 2008, s.58)

⁸¹ Se ovan under 1.1 Problematisering.

⁸² (Olstedt och Pehrson 1997, s.99)

⁸³ Se *exv.* (Dotevall 2008, s.72, s.141) och (Olstedt och Pehrson 1997, s.73)

årsredovisning("ÅRL") samt bolagsordningen.⁸⁴ Culpa presumeras således vid avvikelse från en handlingsregel i dessa regelverk som orsakar bolaget skada, förlust.⁸⁵ De ger en slags måttstock för vad som anses vara ett normativt riktigt beteende. Båvestam, Dotevall och Stattin påpekar att stor vikt läggs vid just detta.⁸⁶

Till god hjälp kan också andra lagar och föreskrifter som bestämmer hur styrelsen ska utföra sitt uppdrag vara.⁸⁷ Ett äldre uttalande av Taxell ger att styrelsen i princip är skadeståndsansvarig för "åsidosättande av en rättslig norm - oberoende av dess art - som orsakar skada för bolaget."⁸⁸ Överträdelse av andra rättsliga föreskrifter än ABL, ÅRL och bolagsordningen har dock en osäker betydelse i en aktiebolagsrättslig skadeståndprocess, eftersom 29 kap 1§ 1st 1 meningen ABL främst torde vara tänkt att sanktionera avvikelser från nämnda föreskrifter.⁸⁹ I förarbetena skriver man att en föreskrifts normativa inverkan på skadeståndsansvaret får prövas i varje enskilt fall, alltså om avvikelse innebär oaktsamhet i ABL:s mening.⁹⁰ Är det fråga om en handlingsregel som är klart uttryckt torde avvikelser kunna föranleda en presumtion för culpa, om än kanske något svagare än för brott mot ABL. Stattin skriver att man i propositionen verkar göra en rangskillnad på avvikelse från lag och avvikelse från andra föreskrifter.⁹¹ Båvestam trycker förutom på kravet om normens tydlighet, också på viss anknytning till det aktiebolagsrättsliga regelsystemet, och att en sammanvägning av dessa två faktorer avgör oaktsamhetspresumtionens styrka.⁹² Normskyddsläran⁹³ spelar troligtvis också in, är regeln som styrelsen avvikit ifrån uppställd att skydda bolag från sådan skada som drabbat bolaget, är det en skada som typiskt sett följer på avvikelse från handlingsregeln?⁹⁴ Af Sandeberg anser att normernas detaljgrad bör spela en stor roll.⁹⁵ Bolagsstämmananvisningar och andra interna dokument kan troligen användas, om de är tydliga.⁹⁶ Det finns därutöver ett flertal näringsrättsliga regler som antingen har styrelsen som direkt adressat för handling, eller indirekt genom att bolaget ansvarar för att någonting utförs, varvid lagstiftaren ofta torde ha

⁸⁴ Prop. 1997/98:99 s.179, och (Dotevall 2008, s.63). En reflektion är om förekommande ännu inte implementerade Bolagsdirektiv från EU med s.k. indirekt effekt kan de påverka. Nationell rätt ska i sådana fall tolkas "i skenet av EU-rätten" EUD 14/83 Van Colson, C 397/01-C 403/01. Nu finns det heller inga sådana aktuella direktiv. Se mer om detta Dotevall, Anmälan av Ola Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten, SvJT 1998 s.713ff och Stattin, EG-domstolen tolkar reglerna i första bolagsdirektivet rörande rätten att företräda ett aktiebolag, JT 1999/00 s.434ff

⁸⁵ Se (Dotevall 2008, s.75, s.77f, s.141) och (Stattin 2008, s.359ff), rättsvillfarelse avseende åtminstone ABL och bolagsordningen verkar heller inte ansvarsbefriande. Faktisk villfarelse, om styrelseledamot varit okunnig omständigheter med betydelse för oaktsamhetsbedömningen, kan däremot verka ansvarsbefriande. Se mer nedan under 3.2.2 Subjektiv bedömning

⁸⁶ (Båvestam 2006, med vidare hänvisningar)

⁸⁷ Se (Hellner och Radetzki 2006, s.129f) i aktuella fall torde det framförallt handla om mer eller mindre offentlighetsregler som exv. miljölagstiftning och branschspecifika regler för olika verksamhetsformer som exv kreditinstitut. Se (Sandström 2010, s.257f) för en kortare översikt.

⁸⁸ (Taxell 1981, s.232)

⁸⁹ Se Prop. 1997/98:99 s.179 där det skrivs att andra rättsliga föreskrifter ålägger ledamot plikter mot bolaget torde kunna grunda ansvar. Frågan är förknippad med normskyddsläran och rättspolitiskt laddad. Se härtill också (Dotevall 2008, s.63) och (Båvestam 2006, s.63)

⁹⁰ Prop. 1997/98:99 s.179

⁹¹ (Stattin 2008, s.354) Jag för min del kan inte se att detta görs i den hänvisning Stattin har till propositionen, men själva upplägget att med en gränsdragning i parallell till normhierarkin tilltalar mig.

⁹² (Båvestam 2006, s.46). Detta resonemang knyter enligt min mening också an till normskyddsläran.

⁹³ Se ovan under 2.3.1 adekvat kausalitet

⁹⁴ (Af Sandeberg 2001, s.118, s.303, s.318f)

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Se exv. (Dotevall 2008, s.104), Se SOU 1995:44 s.88 styrelsen har en plikt att självständigt pröva om anvisningar är strider mot ABL bolagsordningen eller bolagets intresse i övrigt, se 8 kap 41 § ABL.

haft för avsikt att ansvaret för att det verkställs ska falla på styrelsen. Dessa regler betydelse för skadeståndsansvaret i ABL gentemot bolaget är osäker eftersom de främst är normer i utomståendes intresse, såsom statens och allmänhetens. Ett påtagligt undantag från detta är regeln om styrelsens försvarsåtgärder i en takeover-situation i 5 kap 1§ Lagen (2006:451) om offentliga uppköpserbjudanden på aktiemarknaden, som är uppställd i bolagets och aktieägarnas intresse. Dotevall menar att avvikelser från regeln kan sanktioneras av 29 kap 1§ 1st 1 meningen ABL.⁹⁷ Att bryta mot vissa näringsrättsliga regler kan ibland leda till skada för bolaget i form offentligrättsliga sanktionsavgifter som viten och böter. Bolaget bör också kunna kräva tillbaka sådana avgifter som kommer från att styrelseledamot försummat att bedriva verksamheten lagenligt.⁹⁸ En juridisk person är inte annorlunda än en fysisk person i det avseendet att den måste följa lagen. Som utgångspunkt borde det kunna krävas att styrelsens beslut innebär att bolagets verksamhet följer lagregler.⁹⁹ Ett uttalande av Taxell menar att brott mot andra rättsliga föreskrifter går att exculpera med bolagets intresse.¹⁰⁰

Om det saknas överträdelse av uttrycklig föreskrift kan rättspraxis eventuellt bidra, men den är som sagt inte generös med vägledning.¹⁰¹ Kravet på konsekvens i rättsskipningen leder till att tidigare falls uppställda aktsamhetsnorm beaktas så att jämförbara fall bedöms lika.¹⁰² Hur man ska avgränsa denna jämförbarhet är däremot lite problematiskt, eftersom det alltid går att peka på någon annorlunda omständighet som skulle kunna föranleda en annan bedömning.¹⁰³ I aktiebolagsrättsliga sammanhang kan detta vara extra svårt med hänsyn till det föränderliga affärsklimatet och skillnader i komplexa verksamheter. Detta behandlas utförligare nedan.

När lagen, förarbeten och rättspraxis inte ger tillräcklig ledning för vilken aktsamhet man kan kräva finns det anledning att rikta blicken mot sedvänja och handelsbruk.¹⁰⁴

3.2.1.1 Svensk kod för bolagsstyrning

I fallet med bolagsstyrning får man istället hemfalla åt empiriska studier som kan påvisa seder och bruk.¹⁰⁵ Därutöver finns en uppförandekod för bolagsledningar, *Den svenska koden för bolagsstyrning* ("Koden").¹⁰⁶ Denna kan eventuellt tillmätas betydelse i en process. Om Koden ännu har etablerat en status som sedvänja är osäkert. En sedvänja är en norm som inte tillkommit "lagstiftningsvägen", alltså enligt de parlamentariskt givna förutsättningarna för regelgivning. En rättsligt relevant sedvänja kräver viss geografisk spridning och viss varaktighet, som därigenom grundlägger ett regelbundet handlande som uttrycker eller motiverar en övertygelse om att man bör handla på just det sättet.¹⁰⁷

⁹⁷ Se (Dotevall 2008, s.112ff särskilt s.114)

⁹⁸ Det torde dock vara svårt att bestämma skadan till annat belopp än avgifterna, även om det ofta också kan föranleda good will-förluster. Detta för att värdet av good will-förluster är omöjliga att mäta med någon större tillförlitlighet. Således är det också osäkert om bolaget ens drabbats av skada ifall sådana avvikelser inte är förenade med förvaltningsrättsliga påföljder eller har avgiftsbelagts i det enskilda fallet

⁹⁹ Se NJA 1943 s.46 och NJA 1946 s.605

¹⁰⁰ (Taxell 1981, s.233), om det överträdelsen företas för att undvika eller minska förluster.

¹⁰¹ Se exv. (Beyer 1999, s.1016) och (Båvestam 2006, s.46)

¹⁰² (Hellner och Radetzki 2006, s.132)

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ (Hellner och Radetzki 2006, s.129,133)

¹⁰⁵ (Beyer 1999, s.1016)

¹⁰⁶ Koden tillgänglig 120130 på http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_sweden_feb2010_se.pdf

¹⁰⁷ Se (Strömholm 1996, s.235ff)

De svenska börserna NasdaqOMX och NGM har i deras emittentregler på avtalsrättslig grund bundit de noterade bolagen att tillämpa Koden.¹⁰⁸ Den utgör god sed även för Aktietorget, en av Sveriges ledande MTFer^{109,110} Man kan således därifrån konstatera åtminstone viss varaktighet - några år, och utbredning - bolag noterade på NasdaqOMX, NGM och Aktietorget. Andra bolag kan genom bolagsstämmebeslut eller i bolagsordningen förbinda sig att tillämpa Koden.¹¹¹ Stattin menar att Koden också bör kunna bli föremål för normsmitta, dvs. att den blir relevant för andra än de primära normadressaterna (aktiemarknadsbolag).¹¹² En sedvänjas rättsliga relevans kräver utöver utbredning och varaktighet nämligen att de legitima reglerna i sin tur öppnar upp för att sedvänja ska beaktas.¹¹³ Eftersom lagstiftaren inte gjort någon hänvisning i ABL till god styrelsesed, bolagsstyrningssed, eller Koden i sig (som ju ska återge god sed) på så sätt som i andra lagar¹¹⁴ hystes det vid Kodens tillkomst därför tvivel om det överhuvudtaget kunde utvecklas sedvänja för bolagsstyrning, åtminstone inte i traditionell civilrättslig mening.¹¹⁵ En sedvänjas rättsliga relevans kan dock förändras genom att de rättstillämpande organen hänvisar till den i sin rättstillämpning.¹¹⁶ I rättspraxis märks på senare tid att s.k. soft law har åberopats som stöd för avgörandet, utan att en egentlig uttrycklig rättslig hänvisning till sådana normer har funnits.¹¹⁷ Det som verkar vara utmärkande för fallen där soft law-normer har använts som stöd är två saker antingen att det helt saknats fastställda skrivna svenska rättsregler på området eller fall där soft law har supplerat vaga, för fallet otydliga regler.¹¹⁸

Än så länge är den rättsliga betydelsen av Koden i en aktiebolagsrättslig skadeståndstalan alltså osäker. Inte minst också för att 29 kap 1 § 1st 1 meningen ABL främst som sagt är ett sanktionsmedel för brott mot ABL, ÅRL och BO, medan andra föreskrifters inverkan får prövas från fall till fall.¹¹⁹ Koden skulle kunna ge en vägledning i ansvarsbedömningshänseende om dess regler är sådana att de fyller ut eller konkretiserar regler i ABL.¹²⁰ Kodens avsnitt III angående styrelsens uppgifter kompletterar ABL och bidrar till en lite utförligare bild, men inte mycket.

¹⁰⁸ NasdaqOMX Regelverk för emittenter avsnitt 5 tillgängligt 120130 på http://nasdaqomx.com/digitalAssets/74/74814_nasdaq_omx_stockholms_regelverk_for_emittenter_2011_07_01.pdf och NGM:s motsvarighet avsnitt 7 tillgänglig 120130 på http://www.ngm.se/doc-archive/NGM-b%C3%B6rsen/Notering/b%C3%B6rsregler_2010_g%C3%A4ller_from_2010-10-01.pdf.

¹⁰⁹ Multilateral Trading Facility, ett slags alternativ handelsplats till börsernas reglerade marknader.

¹¹⁰ I Aktietorget's "Villkor för anslutning" p.8 förbinder sig bolaget att följa god sed på värdepappersmarknaden - något som bl.a. innefattar att tillämpa Koden.

¹¹¹ En deklaration av styrelsen själv räcker dock inte, se (Dotevall 2008, s.42, s.65)

¹¹² (Stattin 2006, s.109) jfr kodgruppens uttalande i SOU 2004:46 s.8 "Genom att i första hand de större, noterade bolagen utvecklar sin bolagsstyrning kommer detta att tjäna som exempel och förebild även för andra kategorier av bolag."

¹¹³ Se (Strömholm 1996, s.235ff)

¹¹⁴ Se Försäkringsrörelselagen(2010:2043) 4 kap 3§, Avtalslagen (1915:218) 1 § 2st, Kommissionslagen (2009:865) 2 § 3st, Revisorslagen (2001:883) 19§ m.fl. Något jag inte är ensam om att göra en poäng av, se (Dotevall 2005, s.81)

¹¹⁵ (Dotevall 2005, s.80)

¹¹⁶ (Strömholm 1996, s.236)

¹¹⁷ Se NJA 2000 s.747, NJA 2006 s.638, NJA 2008 s.733, NJA 2009 s.672

¹¹⁸ Eftersom vi i Sverige har flera oreglerade kontraktstyper och en något "ofullständig" avtalsrätt har HD hämtat inspiration och stöd i soft law-normer från UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts och PECL, Principles of European Contract Law, se(C. Ramberg 2010) för vidare läsning. Ramberg, Om uppsägning av långvariga avtal, SvJT 2010 s.94ff

¹¹⁹ Se ovan under 3.2.1 Objektiv bedömning

¹²⁰ (Stattin 2006, s.115f) se också (Hammarskiöld och Hein 2004/05, s.510f), vid en genomläsning innehåller Koden dock i stort sett omskrivningar av ABL med några få tillägg.

HD uttalade i NJA 1995 s. 693 att det kan ligga nära till hands att anse att den som avviker från en tillsynsmyndighets allmänna råd har gjort sig skyldig till vårdslöshet. Av vikt i bedömningen kan vara om de allmänna råden ger uttryck för en etablerad eller önskad branschsedvänja. En omständighet att beakta är också huruvida det rör sig om regler som tar sikte endast på formalia eller om det gäller sådana som har materiellt innehåll. Enligt min mening är det inte så långt borta att en domstol stödjer sig på Kodens regler i avsnitt III, men den torde inte vara tvungen att göra det.¹²¹ Koden skulle därmed kunna sägas ha en ställning, eller relevans, likt doktrinen.

Koden bygger på konceptet "följ eller förklara".¹²² En förklaring till varför bolaget inte följt Koden i en situation som lett till skada innebär därmed att styrelsen inte skulle ha överträtt en norm och att ledamöterna således inte av det skälet varit oaktsamma vilket i sin tur innebär att de ofta torde gå ansvarsfria.¹²³

3.2.2 SUBJEKTIV BEDÖMNING

Subjektiva omständigheter som kan spela in i bedömningen är arten och storleken av bolagets verksamhet, arbetsfördelningen inom styrelsen, vilken tid ledamoten ägnar bolagets affärer, vilket arvode ledamoten uppstår, hur länge ledamoten innehaft uppdraget, om liknande skador inträffat förut.¹²⁴ Till den subjektiva delen räknas också ledamotens personliga egenskaper. De krav som ställs på en styrelseledamots kvalifikationer i ABL är dock endast formella.¹²⁵ Man torde därutöver försöka fastställa en lägsta kvalifikationsnivå som krävs.¹²⁶ Först och främst ska ledamoten i någon mån delta i förvaltningen av bolaget, se 8 kap 48 § ABL. Därutöver verkar utgångspunkten vara att ledamot bör ha förmågan att sätta sig in i bolagets verksamhet, samt ha kunskap om innehållet i ABL, ÅRL, och bolagsordningen.¹²⁷ Det är samtidigt angeläget att visst utrymme finns för inskolning. Detta är viktigt inte minst för generationsskiftet i familjeföretag där krav på ledamöter med familjeanknytning ofta förekommer. Aktiebolagsstyrelser är eller ska kunna vara heterogent sammansatta. Det finns flera orsaker till varför. Styrelser kan behöva eller vilja ha ledamöter med olika spetskompetenser och områden av expertis. I svensk rätt kan man säga att styrelseledamot som de facto innehar viss expertis kan få svara mot högre krav.¹²⁸ Motsatsvis gäller dock inte lägre krav vid bristande kunskaper på ett visst område.¹²⁹ Personliga egenskaper kan alltså i princip bara förhöja ansvaret.

¹²¹ Skrivningen att Kodens normer har en högre ambitionsnivå och ställer högre krav än aktiebolagslagen är i detta avseende märkvärd, se Koden I.5 och II.Intro.

¹²² Se Koden I.5

¹²³ (Dotevall 2008, s.65)

¹²⁴ Om dessa inverknings se, NJA 1913 s 96, 1973 s. 587 NJA 1936 s 78, se också (Hemström, Om styrelseledamots plikt mot bolaget enligt svensk aktiebolagsrätt 1989/90), (Dotevall 1989, s.104), (Dotevall 2008, s.73, 83)

¹²⁵ Se bl.a. 8 kap 9-12 §§ ABL, halva antalet ledamöter bosatta i EES, med hinder för juridiska personer, underåriga, personer i konkurs, satta under förvaltare eller med näringsförbud. Bolagsordningen erbjuder givetvis också en möjlighet att specificera krav på ledamöterna, men som utgångspunkt alltså inga krav. Styrelseledamöter saknar således ett professionsansvar i svensk rätt (liksom amerikansk) till skillnad från exempelvis advokater eller läkare. Man får inget diplom som visar att man är en fullvärdig styrelseledamot och har vissa kvalifikationer eller lever upp till en viss standard. (Dotevall 2008, s.73)

¹²⁶ (Dotevall 2008, s.73)

¹²⁷ Se (Dotevall 2008, s.75, s.77f) och (Stattin 2008, s.359ff), rättsvillfarelse avseende åtminstone ABL och bolagsordningen verkar heller inte ansvarsbefriande. Faktisk villfarelse, om styrelseledamot varit okunnig omständigheter med betydelse för oaktsamhetsbedömningen, kan däremot verka ansvarsbefriande.

¹²⁸ (Dotevall 2008, s.76), (Taxell 1981, s.228f)

¹²⁹ (Dotevall 2008, s.76), (Taxell 1981, s.228f), styrelseledamot skulle enligt dessa uttalanden själv bära risken för sin inkompetens.

3.2.3 FRI - OCH BUNDEN CULPABEDÖMNING.

Det finns situationer där det är svårt eller omöjligt att hitta en tillfredsställande objektiv norm och en normerad culpabedömning blir således svår att tillämpa. Då får man söka andra vägar. I den svenska allmänna skadeståndsrätten tillämpas i sådana fall ofta vad man brukar kalla en fri culpabedömning.¹³⁰ Denna utgår från faktorerna: risken för skada, den sannolika skadans storlek, möjligheterna att förekomma skadan, samt möjligheterna att inse risken för skadan. En helhetsbedömning av dessa faktorer görs för att bestämma om oaktsamhet förelegat. Risken för skada ställs alltså gentemot kostnaderna, besväret, för skadeförebyggande åtgärder. Utifrån vad som framkommer om dessa omständigheter avgörs sedan om ett annat skadeförebyggande handlande borde ha krävts. Ju större sannolikheten är för att en handling kan orsaka skada och ju större skador som kan uppkomma, desto högre krav ställs på att handlingen ska underlåtas eller att åtgärder ska vidtas för att förebygga skadan. Omständigheter som kan skärpa kraven är ifall det förekommit liknande skador tidigare, och att styrelsen därför i högre grad borde ha insett faran. Att det inte förekommit liknande skador verkar dock inte alltid i motsatt riktning.¹³¹

3.2.4 BUNDEN CULPABEDÖMNING - EKONOMISKT CULPAREKVISIT?

En möjlighet vid sidan av en fri culpabedömning är en bunden culpabedömning. Denna metod innebär att man endast ser till oaktsamhet i förhållande till vissa bestämda omständigheter. Den ovan omnämnda normerade culpabedömningen är en bunden culpabedömning där man bestämmer culpa utifrån givna normer. Man skulle kunna utveckla denna till att omfatta fler eller färre avgränsbara och bestämda omständigheter.

Stattin anför möjligheten att i aktiebolagsrättsliga skadeståndsmål tillämpa ett ekonomiskt culparekvisit.¹³² Det förefaller ha stora likheter med ett av "de konkurrerande culpakriterier" som enligt Dahlman tillämpas i den svenska skadeståndsrätten.¹³³ En domstol skulle vid tillämpande av rekvisitet väga kostnaderna för att förhindra skadan med de kostnader som är förenade med skadan. Det finns självfallet ett flertal situationer där detta tillåts, men ett tillvägagångssätt som lider av samma tillkortakommanden som den fria culpabedömningen, som redovisas nedan i kap 4.

I bedömningen skulle aktsamhet föreligga om inte ytterligare försiktighetsåtgärder skulle kunna minska den totala kostnaden för verksamheten. Försiktighetsåtgärderna ska alltså vara ekonomiskt effektiva. Att minska risken till noll, dvs. lägga ner så mycket pengar att risken för skada blir obefintlig, torde inte vara rimligt att kräva i vissa aktiebolagsrättsliga sammanhang, dels för att skadelidande själva kan förekomma att de lider skada, dels för att det skulle leda till ekonomisk ineffektivitet i hela systemet.¹³⁴

¹³⁰ Se för det följande (Hellner och Radetzki 2006, s.133ff) om Hellners fria bedömning, vilken inspirerats av den legendariske amerikanske domaren Learned Hands uttalande i Conway v. O'Brien 111 F.2d 611 (2nd circuit 1940) på s.612 "The degree of care demanded of a person by an occasion is the resultant of three factors: the likelihood that his conduct will injure others, taken with the seriousness of the injury if it happens, and balanced against the interest which he must sacrifice to avoid the risk."

¹³¹ (Hellner och Radetzki 2006, s.137ff)

¹³² (Stattin 2008)

¹³³ Se Dahlman, Konkurrerande culpakriterier, 2000. Tre olika kriterier: normalitets-, trygghets- och det ekonomiska kriteriet.

¹³⁴ Se mer om detta nedan i kap 4 och (Hellner och Radetzki 2006, s.54 med vidare hänvisningar)

Kap 4 CULPABEDÖMNINGENS SVAGHETER I AKTIEBOLAGSRÄTTSLIGA SAMMANHANG

Om handlingsregeln inte är så precis att den tydligt går att applicera på omständigheterna har det framförts att en normerad culpabedömning är mindre lyckad.¹³⁵ På vilket sätt detta visar sig i aktiebologsrättsliga sammanhang ska nu redovisas.

Reglerna som styr över bolagets affärsverksamhet är inte särskilt tydliga. Förklaringen till detta som ges, i såväl svenska som amerikanska texter, är att reglerna för styrelsens förvaltning och skadeståndsansvar måste rymma en stor "flexibilitet".¹³⁶ Reglerna ska vara applicerbara på alla de olika situationer som kan uppstå i alla de skilda verksamheter som kan drivas i aktiebologsform. På EU-nivå har man framfört möjligheten att ställa olika krav på små respektive stora bolag,¹³⁷ Svernlöv menar att det går att ifrågasätta om det finns godtagbara skäl till att ställa lägre krav på bolagsledningen i mindre företag, framförallt som det blir ett problem att skilja stora från små bolag.¹³⁸ Med hänsyn till att aktiebolaget från dess tillblivelse har en obestämd livslängd och teoretiskt finns "tillsvidare", finns det också ett intresse av att reglerna är flexibla vad beträffar såväl förändringar i omvärlden som verksamhetens inriktning och storlek.¹³⁹ Det medför nämligen att man saknar tillförlitlig information om vilken sorts beslut ledningen behöver ta i framtiden, en nästan oändlig variation för möjliga beslut.¹⁴⁰ Det man däremot har information om är att dessa beslut på ett effektivt, förtjänstfullt sätt fattas centralt av bolagsledningen.¹⁴¹ En längre gående detaljreglering i ABL än som finns idag anses inte vara ändamålsenlig med fara för framförallt bolagsformens tillgänglighet.¹⁴² Sandström menar att lagstiftaren inte heller har någon anledning, och för den delen också saknar förmåga att formulera regler som sätter gränser för bolagets affärer, och kallar det för att ABL "förhåller sig neutral" till ett aktiebolags affärsbeslut.¹⁴³

¹³⁵ (Dotevall 1989, s.92f), (Af Sandeberg 2001, s.117), (Stattin 2008, s.353f)

¹³⁶ Prop. 1997/98:99 s.76f och s.180, (Nerep och Samuelsson 2009, s.379)

¹³⁷ Se förslag i EU:s grönbok COM(2011)164 angående bolagsstyrning från april 2011.

¹³⁸ (Svernlöv, Trender inom corporate governance 2011, s.35) Angående ovanstående förslag.

¹³⁹ Se exv. (Kershaw 2009, s.288f) för aktiebologsreglering i allmänhet och prop 1997/98:99 s.76f för svenska överväganden i frågan.

¹⁴⁰ Se exv. SOU 1995:44 s.156 om aktiebologsreglering i allmänhet och (Allen, The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule under U.S. Corporate Law 1997, s.317) "At the time the corporation is formed, directors initially recruited the duration of the capital investment in the corporation is indefinite. There is little dependable information available concerning the sorts of decisions that directors will be called upon to make in future years/.../ An important part of the utility of the corporate form derives from the information efficiencies that centralized decision-makers allow."

¹⁴¹ (Allen, The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule under U.S. Corporate Law 1997, s.317) "An important part of the utility of the corporate form derives from the information efficiencies that centralized decision-makers allow."

¹⁴² Se exv. Ds 2010:8 s.54 om detaljreglering av aktiebolag "Avslutningsvis ska påpekas att en reform av innebörd att det i aktiebologslagen infördes regler för en (ny) kategori av bolag /.../ dels skulle strida mot den nuvarande systematiken i lagen, dels skulle göra lagen ännu mer svåröverskådlig. Lagen är uppbyggd med en grundläggande distinktion mellan privata och publika aktiebolag. Inom gruppen publika aktiebolag urskiljs i sin tur i viss utsträckning sådana publika bolag vilkas aktier upptagna till handel på en reglerad marknad. Lagstiftaren bör enligt utredarens mening rent allmänt vara mycket restriktiv med att införa ytterligare underkategorier i denna systematik" och en uttalad ambition att minska bolagens kostnader för administration av regelverket, se prop. 2004/05:85 s.201

¹⁴³ Sandström ägnar för övrigt ett helt kapitel i sin bok åt frågan om reglering som sätter gränser för ett bolags affärer, se (Sandström 2010, kapitel 12)

4.1 STYRELSELEDAMOTS PLIKTER

Utöver ABL, bolagsordningen och stämmanordningar och andra lagar och föreskrifter styrs kraven på styrelsens arbete av förhållandet mellan styrelseledamöterna och bolaget. Ett förfarande kan eventuellt stå i strid med de plikter som förhållandet ger upphov till.¹⁴⁴ I svensk rätt refereras dessa till som sysslomannaliknande plikter¹⁴⁵ och i USA som *fiduciary duties*.¹⁴⁶ Plikterna fyller funktionen att slippa en svår och därmed också kostsam detaljreglering av uppdraget.¹⁴⁷ Plikterna kan användas som generella normer vid sidan av uttryckliga handlingsregler i en culpabedömning.¹⁴⁸ Man kan säga att de hjälper till att rättsligt materialisera kvalitativa aspekter av bolagsstyrning, de utvidgar på så sätt ansvaret från uttryckliga regler i ABL, ÅRL och bolagsordningen.¹⁴⁹

Styrelseledamots plikter är uppställda i huvudmannens, bolagets, intresse.¹⁵⁰ Regeln som kan ställas upp för styrelsens hantering av bolagets affärer är alltså att agera i bolagets intresse. Vad är då bolagets intresse? En vanlig uppfattning är aktieägarkollektivets gemensamma intresse.¹⁵¹ Det är uppenbarligen inte möjligt för styrelsen att konferera bolagsstämman i varje enskilt fall, det skulle vara en alltför kostsam process.¹⁵² Bolagets intresse måste således operationaliseras.¹⁵³ En frekvent påtalad variant är vinstmaximering för bolaget, något som alla intressegrupper torde tjäna på.¹⁵⁴ Styrelsen skall förvalta bolaget i enlighet med bolagets ändamål, den har med andra ord en plikt att aktivt se till att verksamhetens syfte uppnås, innanför verksamhetsföremålets ramar.¹⁵⁵ Eftersom syftet med verksamheten in dubio är vinst, se 3 kap 3§ ABL, verkar det vara bolagets, eller aktieägarkollektivets gemensamma ekonomiska bästa som närmast gäller för svenskt vidkommande.¹⁵⁶ Vinstsyftets tyngd kan möjligen också

¹⁴⁴ Prop. 1997/98:99 s.179f och SOU 1995:44 s.94ff,

¹⁴⁵ Skrivningar om att ledamot ska iaktta den omsorg som åvilar en syssloman återfinns i ett flertal förarbeten till ansvarsreglerna i ABL. Se exv. Prop. 1975:103 s.540, SOU 1995:44 s.94f Sysslomannaplikter torde dock vara missvisande då mycket skiljer den organställning styrelsen (och VD) har från den ställning en renodlad syssloman har genom förstnämndas långtgående kompetens. Sammantaget pekar det i riktningen att bolagsledningen har en rättslig ställning sui generis.(Dotevall 1989, s.273ff, särskilt s.277), (Dotevall 2008, s.159f) (Nerep och Samuelsson 2009, s.384ff) och (Stattin 2008, s.428f). Därav behandlas inte ansvarsreglerna i 18 kap Handelsbalken (1736:0123, 2). En viss begreppsförvirring verkar råda som blir något klarare av att läsa (Stattin 2008, s.362f), (Sandström 2010, s.251ff), (Skrabb 2009, s.91f)

¹⁴⁶ Liksom i Sverige härstammar plikterna i USA från sysslomannaförhållandet, men styrelseledamot anses där ha en utpräglad ställning sui generis.

¹⁴⁷ (Easterbrook och Fischel 1991, s.90ff)

¹⁴⁸ Se (Nerep och Samuelsson 2009, s.389) och (Svernlöv 2008, s.61)

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ (Skrabb 2009, s.97 med vidare hänvisningar) Den närmare innebörden av bolagets intresse är dock omstridd, vilket eller vilka intressen ska man tillskriva en fiktiv skapelse? Se (Dotevall 2008, s.142ff) och (Kershaw 2009, s.304ff) för vidare diskussion i ämnet.

¹⁵¹ (Skrabb 2009, s.96f) med modifikationen att viss hänsyn till borgenärer och samhället i stort kan vara påkallat i vissa situationer. se också (L. E. Taxell, Styrelseledamöters rättsliga ansvar 1981, s.230)

¹⁵² (Sandström 2010, s.250)

¹⁵³ (Dotevall 1989, s.277 och s.352ff)

¹⁵⁴ (Dotevall 2008, s.43), kanske inte alltid giltigt i det enskilda fallet, men på det stora hela torde detta vara alla intressegrupper till gagn.

¹⁵⁵ (Olstedt och Pehrson 1997, s.60), så länge de inte strider mot lag eller bolagets intresse, se 8 kap 41 §

¹⁵⁶ Se exv. (Dotevall 1989, s.358f), (Dotevall 2008, s.146), (Bergström och Samuelsson 2009, s.97) Detta är en inte helt okontroversiell ståndpunkt.

märkas genom Lagstiftarens markering i 7 kap 43§ p.1 om ett 90-procentigt majoritetskrav för ändring av syftet.¹⁵⁷

En normerad culpabedömning endast utifrån bolagets intresse att göra vinst är dock inte lämplig. För det behövs ett väldefinierat tidsperspektiv, något som 3 kap 3 § ABL inte erbjuder.¹⁵⁸ Vinstintresset är dock en bättre kompass än ingen alls för att ta ut riktningen.¹⁵⁹

I USA har man alltsedan 30-talet hållit fast vid en ganska så svävande bestämning av bolagets intresse som fritt kan översättas till bolagets framtida ekonomiska tillväxt, även om vinstmaximering torde vara ett rättesnöre.¹⁶⁰ Ett tillräckligt definierat tidsperspektiv för att en normerad culpabedömning av vinstsyftet ska vara lämplig saknas dock även i USA. Gåvor till välgörande ändamål som avsteg från vinstsyftet, är under vissa omständigheter, tillåtet i både USA och Sverige.¹⁶¹

Den huvudsakliga plikten att agera i huvudmannens, bolagets, intresse kan förtydligas eller nyanseras genom ytterligare uppdelning i olika skyldigheter eller plikter. Detta kan fylla ett pedagogiskt syfte. Jag har för den här framställningen valt en indelning med stark inspiration från USA i form av en lojalitetsplikt, som kompletteras av en självständig vårdplikt.¹⁶² Dessa torde inte skilja sig särskilt mycket från den lojalitetsplikt, *duty of loyalty* och den vårdplikt, *duty of care* som en medlem av en amerikansk bolagsledning anses ha, min uppfattning har stöd i doktrin.¹⁶³

4.1.1 LOJALITETSPLIKT, DUTY OF LOYALTY

Det grundläggande syftet med lojalitetsplikten är att förhindra att styrelseledamot skaffar sig fördelar av sitt uppdrag utöver den ersättning som bolaget ger.¹⁶⁴ Lojalitetsplikten aktualiseras när ledamot upplever en intressekonflikt mellan sina egna och bolagets intressen. Plikten bjuder honom då att välja bolagets före sina egna.

I Sverige kommer lojalitetsplikten för styrelseledamot till uttryck främst genom jävsbestämmelserna och generalklausulen, 8 kap 23, 41 §§ ABL, men den sträcker sig längre. Ansvar för lojalitetspliktsförsummelse utan direkt brott mot dessa paragrafer kan inte uteslutas.¹⁶⁵ Tystnadsplikt och konkurrensförbud är två exempel som bör nämnas.¹⁶⁶

¹⁵⁷ I svensk doktrin märks uttalanden som "Aktiebolaget ska vara en effektiv vinstmaskin" (Sandström 2010, s.241). Vem det egentligen är som vinsten ska komma tillgodo eller annorlunda hur vinsten ska komma aktieägarna till del är dock osäkert. Aktieägarnas intresse av vinstutdelning verkar i ABL vägas mot intresset av bolagets fortsatta utveckling, se 17 kap 3 § 2st ABL och Schultén i (Beyer 1999, på s.1049)

¹⁵⁸ Se exv. (Dotevall 2008, s.153f), (Svernlöv 2007, s.135f)

¹⁵⁹ "Vinstsyftet är dock en oöverträffad kompass för navigering av bolag i alla vatten" (Sandström 2010, s.260), lite försiktigare är (Dotevall 2008, s.146f)

¹⁶⁰ Se (Kershaw 2009, s.330ff med vidare hänvisningar) Om att vinstmaximering kan ses som en skyddsregel för aktieägarna som inte har en lika stark förhandlingsposition med ledningen som exv. anställda och leverantörer. Se också (Corporate Directors' Guidebook 6th Edition 2010-2011, s.985), "Directors have a responsibility to act in the best interests of the corporation and its shareholders. To do so, they must focus on maximizing the value of the corporation for the benefit of its shareholders."

¹⁶¹ Se 17 kap 5 § ABL och A.P. Smith Mfg. Co. v. Barlow, 98 A.2d 581, 590 (N.J. 1953)

¹⁶² Dotevall, Stattin m.fl. använder en i stort överensstämmande uppdelning av plikterna, se not 145.

¹⁶³ Dotevall anför att uppdragsplikterna i svensk rätt visar i jämförelse större likheter med motsvarande plikter i den amerikanska och brittiska bolagsrätten än den tyska (Dotevall 1989, s.229f).

¹⁶⁴ (Dotevall 2008, s.155)

¹⁶⁵ Se (Dotevall 1989, s.278ff) och (Dotevall 2008, kapitel 6) för en genomgång av lojalitetsplikten.

¹⁶⁶ (Stattin 2008, s.365)

Lojalitetspliktens kärna kan således sägas vara ganska klar, men det kvarstår en oklar yttre gräzon.¹⁶⁷ Detta medför att det många gånger är svårt att beskriva vad lojalitetsplikten närmare innebär, även i det enskilda fallet.¹⁶⁸

Det finns om inte i Sverige, så i USA en relativt väl utformad "normativ lära" om lojalitetsplikt.¹⁶⁹ Dotevall menar att svensk rätt torde kunna låna mycket om lojalitetsplikten från USA.¹⁷⁰ En formulering av lojalitetsplikten som ofta citerats av Delawares domstolar är från rättsfallet *Guth v. Loft* "Corporate officers and directors are not permitted to use their position of trust and confidence to further their private interests".¹⁷¹ Från *Cantor v. Perelman* kan hämtas en modernare formulering "Directors or other officers may not either directly or indirectly derive any personal profit, benefit, or advantage by reason of the position that is not enjoyed in common by all the stockholders".¹⁷² Exempel på hur detta tolkats i olika situationer finns i en mängd rättsfall. I dessa kan man således finna ledning till hur och på vilket sätt intressekonflikter kan påvisas och tillmätas relevans i en culpabedömning. Det innebär dock inte att man kommer ifrån gränsdragningssvårigheter för vad som utgör intressekonflikter och kring vad som är jämförbart och inte.

Jag behandlar inte culpabedömningen av eventuell lojalitetspliktsförsummelse vidare utan här ska endast sägas att lojalitetsplikten, som den ovan uttryckts, ensam inte räcker för att få styrelsen att utöva sin makt på ett bra sätt för bolaget och aktieägarnas bästa. Lojalitetsplikten, i den klassiska amerikanska stöpningen, hindrar ledningen från att främja sina egna intressen, men tvingar den egentligen inte att agera i bolagets och aktieägarnas intresse. Det gör däremot vårdplikten, *the duty of care*.¹⁷³

4.1.2 VÅRDPLIKT, DUTY OF CARE

Förutom lojalitet anses det alltså också att uppdraget ska utföras med viss aktsamhet eller kvalitet.¹⁷⁴ Aktsamhet utgör enligt traditionen i den allmänna skadeståndsrätten som sagts vad en *bonus pater familias* skulle göra i samma situation.¹⁷⁵ Detta är styrelseledamots vårdplikt. Den har också benämnts som omsorgsplikt i svensk rätt.¹⁷⁶ Ibland behandlas den som en del av lojalitetsplikten, men i den här uppsatsen behandlas den som en norm vid sidan av lojalitetsplikten.¹⁷⁷

¹⁶⁷ (Olstedt och Pehrson 1997, s.62) och (Bergström och Samuelsson 2009, s.119)

¹⁶⁸ (Olstedt och Pehrson 1997, s.62)

¹⁶⁹ (Dotevall 2008, s.160ff) och utförligt (American Jurisprudence 2nd Corporations uppdaterad t.o.m. Feb 2012, part XVI, särskilt §1480-1486), (Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations uppdaterad t.o.m. Feb 2012, Chapter 11 part XXV)

¹⁷⁰ (Dotevall 2008, s.161) jfr dock (Johnson, o.a. 2000, s.5f) om att man i civil law länder trycker mer på förutsebarhet och regelbundenhet än "rättvisa" i det enskilda fallet.

¹⁷¹ Guth v. Loft 255, 5 A.2d 503 (Del. Ch. 1939) på s.511

¹⁷² Cantor v. Perelman 414 F.3d 430 (C.A.3rd circuit 2005) med tillämpning av Delaware-rätt, på s.435

¹⁷³ (Stout 2001-2002, s.679f)

¹⁷⁴ (Stattin 2008, s.362 och s.365ff)

¹⁷⁵ (Hellner och Radetzki 2006, s.129)

¹⁷⁶ prop. 1997/98:99 s.179 styrelseledamot ansvarar för att "med tillbörlig omsorg uppfyller de plikter som får anses följa av deras organställning i bolaget" har troligtvis inspirerat till denna benämning.

¹⁷⁷ (Gregory 2005, s.188ff) som menar att man med härledning till läran om sysslomannaskap dels kan kräva lojalitet gentemot huvudmannen, och dels helt fristående att sysslomannen ska handla med normal aktsamhet.

En viktig del av vårdplikten är det man i svensk doktrin brukar referera till som aktivitets- och tillsynsplikt.¹⁷⁸ Denna innebär i stora drag att styrelseledamöterna ska bygga upp och vid behov anpassa bolagets organisation samt hålla sig á-jour med bolagets utveckling och agera utifrån det man då får reda på.

En vårdplikt ska vara tillämplig på alla verksamheter. Den måste således se till vad som är gemensamt för alla styrelseuppdrag tillsammans och bortse från variationer i enskilda verksamheter.¹⁷⁹ Vad man kan kräva av insatser i allmänhet torde bedömas till viss del mot bakgrund av vilken ersättning som utgår för dem. Ersättningen, som torde vara neutral och gemensam för de flesta styrelseuppdrag, förefaller alltså vara en faktor att ta hänsyn till i bestämmande av vårdplikten.¹⁸⁰ Utöver detta kan man ta som utgångspunkt att vårdplikten innefattar, vilket vi sett ovan, att följa ABL, ÅRL, bolagsordningen, och lagenliga stämmanvisningar. Det har också konstaterats att det torde ingå att se till så att den juridiska personen, bolaget, i övrigt bedriver en lagenlig verksamhet. I vårdplikten ligger också att handla inom verksamhetsföremålet, för att uppnå syftet med verksamheten. Det kan dock vara så att en regel följs "på pappret", men att en aktsam efterlevnad hade lett till ett annat resultat, och således att culpa eventuellt föreligger. I svensk rätt verkar det också som att överträdelse av åtminstone vinstsyftet och verksamhetsföremålet ska vara uppenbar för att innebära en pliktförsummelse.¹⁸¹

En vårdplikt eller allmängiltig aktsamhetsnorm för styrelseledamot är sammanfattningsvis svår att uttrycka. Samma skäl som anförts ovan om aktiebolagsrättslig reglering i allmänhet kan anföras för vårdpliktens generella utformning.

4.2 CULPABEDÖMNING AV STYRELSEBESLUT

Det torde i många fall utgöra en stark lockelse för aktieägare som sett bolaget lida stora förluster efter en misslyckad affär (och därmed ofta också sett sitt aktieinnehav minska i värde) att föra en skadeståndstalan. En misslyckad affär som bolaget gjort till följd av att styrelsen agerat uppfyller onekligen två av tre förutsättningar (rekvisiten skada samt vid fullgörande av uppdraget). Frågan kvarstår om det förekommit någon culpa.

Det finns som sagt inga detaljerade regler för bolagets affärer, så culpabedömningen får göras med avseende på plikterna. För svensk del ger varken lag eller förarbeten någon närmare ledning i hur culpabedömningen ska ske med hänsyn till pliktförsummelse.¹⁸² Det är något som den svenska lagstiftaren lämnat över till rättstillämpningen att avgöra i varje enskilt fall.¹⁸³ Pliktförsummelse har konstaterats kunna föreligga utan att någon uttrycklig lagregel har överträtts. Besvikna aktieägare, med talerättsformalia uppfyllt, har därför alltid i samband med bolagets förlust en grund för att väcka talan i en påstådd pliktförsummelse. Om det inte

¹⁷⁸ Se exv. (Stattin 2008, s.369ff särskilt s.373), (Dotevall 2008, s.125ff), (Båvestam 2001/02, i sin helhet.)

¹⁷⁹ (Nerep och Samuelsson 2009, s.346f)

¹⁸⁰ (Taxell 1981, s.229), (Sandström 2010, s.251) som båda tycker att betalningens storleksordning i viss mån får påverka det slutresultat man kan kräva.

¹⁸¹ Se SOU 1995:44 s.88 "I 1944 års aktiebolagslag föreskrevs att styrelsen inte fick efterkomma en föreskrift av stämman rörande förvaltningen, om styrelsen fann att om föreskriften följdes det skulle innebära ett uppenbart åsidosättande av bolagets intressen. Detta har emellertid ansetts följa av att styrelseledamöterna har ställning av sysslomän och att styrelsen inte får handla i strid med bolagsordningen. Bestämmelsen togs därför inte upp i 1975 års lag." se också NJA 2000 s.404, och SOU 1995:44 s.88, (Dotevall 2008, s.110 och s.118ff) (Sandström 2010, s.259) samt (Dotevall 2003, s.19f)

¹⁸² (Svernlöv 2008, s.58)

¹⁸³, se Prop. 1997/98:99 s.180

föreligger en påvisbar intressekonflikt mellan styrelsen och bolaget rör det sig om en påstådd vårdpliktsförsummelse. Frågan domstolen då måste ställa sig är vad aktsamhet innebär i beslutsfattande, vad är det att göra affärer med aktsamhet?¹⁸⁴

I svensk rätt finns som sagt inte mycket vägledning för detta. Vårdplikten uttryckt genom konstruktioner med en fiktiv människa, som en *bonus pater familias*, eller en önskvärt aktsam styrelseledamot hjälper en domstol föga i ett aktiebolagsrättsligt skadeståndsmål.¹⁸⁵ De hjälper också föga för den enskilde styrelseledamoten som i en beslutssituation frågar sig om vårdplikten uppfyllts. Den ideala normen torde spegla en avvägning mellan en lagom aktsamhet å ena sidan och risktagande å andra sidan vilken ger en tillfredsställande effektivitet i bolagsstyrningen. En tillräckligt definierad vårdplikt för en förtjänstfull normerad culpabedömning saknas dock i svensk rätt. Vårdplikten får istället materialiseras i den enskilda rättsliga och faktiska situation som gäller i det aktuella bolaget och likaledes inom dess styrelse samt med hänsyn till rådande förhållanden utanför bolagets interna sfär.¹⁸⁶

4.2.1 EN FRI CULPABEDÖMNING AV VÅRDPLIKTFÖRSUMMELSE I SAMBAND MED BESLUT

Alternativet till en normerad culpabedömning är istället en fri culpabedömning. I en fri bedömning försöker domstolen avgöra vad som är aktsamt respektive oaktsamt efter hur väl styrelsen hanterat risken för skada i förhållande till hur förutsebar risken var i det enskilda fallet. Vilka försiktighetsåtgärder kunde ha vidtagits? Vilka borde ha vidtagits? Hur mycket aktsamhet respektive vilket risktagande ska domstolen tillåta i det enskilda fallet?

Aktsamhet är kostsamt och påverkar vinstmaximeringen. Risktagande är nödvändigt för affärsverksamhet med vinstsyfte. En domstol kan i aktiebolagsverksamhet således inte begära en alltför kostsam aktsamhet, att riskerna minskats till noll. En sådan avvägning mellan lagom aktsamhet och risktagande som omnämnts ovan under 4.2 är heller inte mycket lättare i ett enskilt fall än i allmänhet. Det är liksom för Lagstiftaren svårt för en domstol att avgöra vad som är aktsamhet i affärslivet i allmänhet och affärsmässigt beslutsfattande i synnerhet applicerat på ett enskilt fall. De faktorer den fria bedömningen erbjuder kan ge viss assistans, men eftersom dessa faktorer knappt går att mäta ens i teorin blir det till syvende och sist en godtycklig bedömning ifall tillräcklig aktsamhet förelegat.¹⁸⁷ Var på måttstocken ska domstolen lägga sig? Vad innebär det att fatta ett beslut, göra en affär med aktsamhet?¹⁸⁸ Å ena sidan kan en (för) hög aktsamhetsstandard skicka signaler om att risktagande inte är välkommet. Å andra sidan kan en (för) låg standard uppmana till vårdslöst risktagande.¹⁸⁹ Hur strängt man ska bedöma påstådda vårdpliktsförsummelse i en aktiebolagsrättslig skadeståndstalan är verkligen att styra mellan Skylla och Karybdis.

¹⁸⁴ Se exv. (Kershaw 2009, s.376) om svårigheterna att finna en aktsamhetsstandard för bolagsstyrning.

¹⁸⁵ (Dotevall 2008, s.62) Det går med tanke på den heterogena sammansättningen av styrelser, som konstaterats vara något positivt, troligen inte heller att ställa upp en genomsnittlig styrelseledamot.

¹⁸⁶ Se exv. (Taxell 1981, s.365) och (Allen 1997, s.315) "One of the characteristics that makes fiduciary duties interesting is their unspecified character. Viewed from an ex ante perspective, fiduciary duties are extremely broad in character, typically entailing not much more (or less) than an obligation of scrupulous loyalty and good faith by the fiduciary (the person upon whom the duty rests) to the beneficiary of the duty."

¹⁸⁷ Här vill jag erinra om Conway v. O'Brien "The degree of care demanded of a person by an occasion is the resultant of three factors /.../ All these are practically not susceptible of any quantitative estimate, and the second two are generally not so, even theoretically. For this reason a solution always involves some preference, or choice between incommensurables"

¹⁸⁸ (Kershaw 2009, s.376f) om svårigheterna att finna en aktsamhetsstandard för bolagsstyrning

¹⁸⁹ Se exv. (Kershaw 2009, s.382ff) och (Dotevall 1989, s.90f), (Dotevall 2008, s.61f)

Man får inte mycket hjälp med att avgöra vad som kan vara aktsamt genom att rikta blickarna över Atlanten. Aktsamhetskravet för styrelseledamöter i USA målar upp ungefär samma fiktiva person som ska sättas in i situationen.¹⁹⁰ *The duty of care* har givits många olika avfattningar med i stort samma innebörd, exv. "that amount of care which ordinarily careful and prudent men would use in similar circumstances"¹⁹¹ I amerikansk rätt har man alltsedan aktiebolagets gryning dock insett bristerna med att bedöma vårdpliktsförsummelser genom att sätta en fiktiv person i styrelseledamots ställe, eller annars försöka fastställa en aktsamhetsstandard.¹⁹² Skälen för det redovisas strax nedan.

4.3 CULPABEDÖMNING AV STYRELSEBESLUT – ERFARENHETER FRÅN USA

Här följer ett försök att sammanfatta de skäl som förts fram i USA till varför man ska hantera culpabedömningen av påstått försumliga styrelsebeslut på ett annat sätt än i vanliga skadeståndsmål. USA inte prövar styrelsemedlemmars vårdpliktsförsummelser annat än i vissa fall.

4.3.1 DOMSTOLARS OFÖRMÅGA OCH RISKEN FÖR RÄTTSLIGA FELSLUT

Enligt resonemanget som förs ska en domstol inte sätta sig i styrelsens ställe och använda sitt affärsmässiga omdöme för att bedöma om styrelsen tagit ett rätt eller fel beslut. Detta av två skäl, det ena är att domstolen inte har samma legitimitet att bestämma hur bolagets verksamhets ska bedrivas för att syftet ska uppnås.¹⁹³ Det andra är att domare också anses vara sämre eller helt sakna förmågan att bedöma om en bolagslednings beslut varit oaktsamt.¹⁹⁴ De anses inte ha samma *business judgment*, fritt översatt till svenska, samma affärsmässiga omdöme. Detta för att det är oerhört svårt för att inte säga omöjligt, att i efterhand, upp till flera år senare rekonstruera styrelsens beslutsituation i en rättsal.¹⁹⁵ Även Om det skulle vara möjligt att återskapa situationen så anförs det att domare är sämre än de faktiska styrelseledamöterna i bolaget att bedöma vilken aktsamhet som varit påkallad i det specifika fallet.¹⁹⁶

Domstolars oförmåga eller inkompetens samt risken för rättsliga felslut med en suddig aktsamhetsstandard

¹⁹⁰ Liksom i Sverige förekommer inget direkt professionsansvar utan det man kan kräva är förmåga att sätta sig in i bolagets verksamhet och räkenskaper. (Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations uppdaterad t.o.m. Feb 2012, §1030)

¹⁹¹ Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co., 188 A.2d 125 (Delaware Supreme Court, 1963), på s.130. Jfr. MBCA 8.30 (a)(2) "the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances" och ALI Principles §4.01(a) "the care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances".

¹⁹² I USA märks fall från 1850-talet, (Arsh 1979-1980, s.93) Engelska rättsfall från 1700-talet har skrivningar som påminner starkt om BJR, (Horsey 1994, s.975)

¹⁹³ (Dotevall 2008, s.108) Bolagsstämman har ju valt styrelsen och inte domstolen att förvalta bolaget.

¹⁹⁴ Se exv. (Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations, §1037 med vidare hänvisningar)

¹⁹⁵ Joy v. North, 692 F. 2d 880 - Court of Appeals, 2nd Circuit 1982 på s.886

¹⁹⁶ Se exv. Dodge v. Ford 170 N.W. 668 (Mich. 1919) på s.684 "Judges are not business experts" och In re JP Stevens & Co. S'holders Litig., 542 A.2d 770 (Del. Ch. 1988) på s.780 "businessmen and women are correctly perceived as possessing skills, information and judgment not possessed by reviewing courts and because there is great social utility in encouraging the allocation of assets and the evaluation and assumption of economic risk by those with such skill and information"

Affärsvärldens komplexitet gör en hållbar bedömning svår, såväl i det enskilda fallet som ur ett samhällsekonomiskt perspektiv.¹⁹⁷ En korrekt utförd prövning torde i många fall resultera i en utdragen juridisk process. Att varje affärstransaktion kan utsättas för en domstolsprövning på initiativ av aktieägare som ogillar transaktionen är inte ekonomiskt hållbart, varken för domstolsväsendet, det enskilda bolaget eller aktiebolagsverksamhet i stort.¹⁹⁸

Det finns om inte oändligt många så väldigt många handlingsalternativ för en styrelse i en situation av påstådd oaktsamhet. Ett visst risktagande är också påkallat för att göra vinster och kan också vara nödvändigt för bolagets fortlevnad. Det är i jämförelse med styrelsebeslut i många andra situationer relativt enkelt för en domstol att bedöma vad som är ett aktsamt val respektive ett oaktsamt val. I många "vanliga skadeståndsmål" kan en domstol utifrån förfarandets resultat bedöma om det förekommit oaktsamhet.¹⁹⁹ Det föreligger exempelvis starka skäl att en bilförare som kör in i och krockar med en annan bil är oaktsam.²⁰⁰

4.3.1.1 Hindsight bias

Ett beslut som vid tidpunkten var välövervägt kan senare verka vara vansinnigt.²⁰¹ Det finns vetenskapliga belägg för sådan *hindsight bias* – att man i efterhand tar och överskattar sannolikheten vid en given tidpunkt för ett inträffat händelseförlopp, annorlunda uttryckt att man ex post övervärderar risken för att ett dåligt resultat som de facto slagit in skulle slå in.²⁰² Sannolikheten för att en dålig affär skulle bli just dålig ter sig alltså större i efterhand. Det är ingen slump att vi på svenska har uttryck som "det är lätt att vara efterklok" och "med facit i hand". En tillhörande faktor är att det i affärsvärlden ibland är påkallat att fatta snabba riskfyllda beslut om framtiden med imperfekt/ofullständig information, vilket torde förhöja denna effekt.

Ponera att styrelsen i en beslutssituation väljer ett beslutsalternativ baserat på en sund riskavvägning utifrån den information de har.²⁰³ Risken för att det valda alternativet leder till förlust är inte stor, dvs. inte särskilt sannolik, men den finns, visst risktagande är som nämnts nödvändigt för vinster. I en normal sannolikhetsfördelning kommer således några utfall oundvikligen att vara förluster, liksom en del utfall t.o.m. kan vara s.k. *black swan events*, dvs. praktiskt taget helt osannolika vid tidpunkten för beslutet.²⁰⁴ *Hindsight bias* påverkar människor så att sådana dåliga utfall ex post kommer att framstå som mer sannolika än vad de framstod vid vara vid tidpunkten för beslutet, och därför antingen som sådana beslut som man borde avstått

¹⁹⁷ Se ovan under 4.2.1 Learned Hand i Conway v. O'Brien Om hur en domstol(jury) i en fri bedömning lämnas att avgöra aktsamheten för att dess uppfattning sannolikt stämmer bäst överens med som är allmänt accepterat, "All these are practically not susceptible of any quantitative estimate, and the second two are generally not so, even theoretically. For this reason a solution always involves some preference, or choice between incommensurables, and it is consigned to a jury because their decision is thought most likely to accord with commonly accepted standards, real or fancied." Syftande på de tre faktorerna: risk för skada, storleken på skadan kostnaderna som är förenade med förebyggande av risk för skada.

¹⁹⁸ (Arsht 1979-1980, s.96), Ett problem som till vis del kan stävjas genom olika talerätsregler.

¹⁹⁹ (Kershaw 2009, s.376)

²⁰⁰ (Allen, Jacobs och Strine,Jr 2001-2002, s.454)

²⁰¹ "The circumstances surrounding corporate decisions are not easily reconstructed in a courtroom years later since business imperatives often call for quick decisions, inevitably based on less than perfect information; a reasoned decision at the time it was made may seem a wild hunch viewed years later against a background of perfect knowledge." Joy v. North, 692 F2d 880, (CA2nd cicuit 1982) på s 886

²⁰² (Kershaw 2009, s.315ff med vidare hänvisningar), och (Bainbridge 2004, s.114f med vidare hänvisningar)

²⁰³ En ekonomiskt rationell styrelse skulle sortera och rangordna sina beslutsalternativ med det alternativ som innebär högst riskjusterad avkastning överst, (Allen, Jacobs och Strine,Jr 2001-2002, s.456f)

²⁰⁴ (Allen, Jacobs och Strine,Jr 2001-2002, s.454f)

ifrån eller som sådana beslut vars resultat man ex ante kunnat förhindra eller minska riskerna för.²⁰⁵ Detta har två direkta noterbara följder:

1. Aktieägare uppfattar det som att en vårdpliktsförsummelse begåtts när bolaget lider förluster. För aktieägare ter det sig ofta i efterhand som oaktsamt av styrelsen att inte ha insett risken för skada och då ha vidtagit åtgärder för att minska förlustrisken. Det framstår som det varit relativt lätt och/eller ekonomiskt försvarbart för styrelsen att avstå från att ta beslutet, samla in mer information, hedgea eller vilken annan försiktighetsåtgärd som kan vara aktuell.²⁰⁶
2. Domstolen uppfattar också händelseförloppet som mer sannolikt. En intressant aspekt av detta är att domare är vana att fatta beslut med, fullständig information i efterhand, med alla korten på bordet så att säga, något som kan medföra att de dömer ut styrelsers agerande lite för fort eftersom styrelsearbetet ibland handlar om att ta snabba beslut.²⁰⁷ Det har också framförts att det finns risker för att domare tar den lätta vägen, dvs. istället för att söka efter ett rationellt skäl till beslutet, bestämma sig för att det är irrationellt.²⁰⁸

4.3.1.2 Rättsliga felslut

Om domare skulle tillåtas bedöma finns alltså en risk för att styrelser som tagit ett beslut i ärlig övertygelse om att det är i bolagets intresse skulle bedömas oaktsamma, liksom att styrelser som faktiskt varit att anse som vårdslösa klarar sig utan ansvar.²⁰⁹ Eftersom lika(jämförbara) fall ska behandlas lika innebär detta också att domstolar(och aktieägare) sneglar på tidigare avgjorda fall i hopp om att finna något som kan använda, leta efter "galgar att hänga upp bedömningen på". Domskalet är dock inte alltid klara och enhetliga.²¹⁰ Att i sig självt ta fram en aktsamhetsstandard har konstaterats vara svårt för ett enskilt fall, men i jämförelser med andra fall finns en svårighet i vad man egentligen ska anse vara jämförbart och eventuellt precederande. Att bedöma vårdpliktsförsummelse öppnar således upp för precederande fall som lätt misstolkas med tanke på materians komplexitet. En vanlig fri bedömning vid påstådda vårdpliktsförsummelse vidlåder alltså en risk för rättsliga felslut. Rättsliga felslut som sedan i sin tur också subsumeras. En risk som finns i många culpabedömningar, men som man tycker är för stor i aktiebolagsrättsliga sammanhang då detta i förlängningen kan leda till fler oönskade, i det närmaste strukturella effekter. Resonemanget kring riskerna för dessa följd effekter följer.

²⁰⁵ (Bainbridge 2004, s.114)

²⁰⁶ (Bainbridge 2004, s.114), och (Manning 1983-84, s.1485) "From among an infinite number of useful things that a board of directors might reasonably have done or looked into in a given time period, the number that will not have been done by the most qualified, best-run, and most diligent board in the world will always be far greater than the number that were done."

²⁰⁷ (Easterbrook och Fischel 1991, s.100 not 53) "Judges also are accustomed to deciding cases on full records and may be too quick to blame managers who act-as often they should-in haste or on incomplete information"

²⁰⁸ (Bainbridge 2004, s.119) Man skulle kunna säga att det är en form av metod som den s.k. Ockhams rakkniv, att enkla förklaringar oftast är bättre än komplexa. Enkla förklaringar är enklare att förstå. En sådan tumregel tillämpas gissningsvis ofta av tidspressade domstolar. Det kan dock bli bakvänt i detta fall! Åtminstone oftare än att de förstått hela en verksamhets komplexitet och fullt ut kan bedöma aktsamheten efter sitt förnuft. Om betydelsen av rationalitet bakom beslutet, se nedan kap 5.

²⁰⁹ (Stout 2001-2002, s.681)

²¹⁰ (Veasey 1983-84, s.1463) "court decision are not always clear and uniform". Se ovan på variationerna i hur vårdplikten uttryckts, och även de olika delarna av BJR, nedan.

Att domstolar saknar kompetens och därmed möjlighet att bedöma ett styrelsebesluts aktsamhet har kritiserats. Domstolar genomför culpabedömningar i andra oerhört tekniskt komplicerade fall, såsom exempelvis om ingenjörerna som tillverkat kompressorer i en jetmotor gjort det med tillbörlig aktsamhet. Ändå finns ingen som höjer rösten för att en tillverkare av jetmotorer borde sakna ett oaktsamhetsansvar för sina produkter på grund av att domstolar saknar kompetens att bedöma om det förelegat oaktsamhet.²¹¹ Det har också ifrågasatts om det inte är så att domare faktiskt är bättre skickade att avgöra om affärsbeslut är oaktsamma än andra frågor. Styrelsen beslutar till stor del på underlag från den operativa ledningen och kan också anlita andra experter.²¹² De kanske inte är experter på verksamheten, men anses likväl besitta sunt förnuft, integritet och erfarenhet av beslutsfattande, egenskaper som flera har påpekat ofta tillskrivs domare.²¹³ Ett sådant resonemang tar dock inte hänsyn till *hindsight bias* och domares vana att besluta med all tillgänglig information.

4.3.2 MOTVERKANDE AV SUNT ENTREPRENÖRSMÄSSIGT RISKTAGANDE

Om styrelseledamöter trots att de gjort sitt bästa, skulle riskera ett personligt ansvar för bolagets förluster finns risk för att de tar lägre risker i bolagets affärer för att på så sätt också minska risken för sitt eget ansvar. Detta är bekymmersamt eftersom potentiell avkastning ofta torde överensstämma med potentiell risk.²¹⁴ En sådan ordning skulle riskera att omsättningen och det ekonomiska resursutnyttjandet i samhället minskades.²¹⁵

Aktiebolag skapade för att vara "riskbärare", en överflyttning av risk till bolagsledningen annat än i extrema fall måste vara främmande.²¹⁶ Grundtanken är att aktiebolaget självt ska stå risken för sina förluster.²¹⁷ Bolagsstämman har utsett styrelsen (om inte andra regler för detta finns) och har därigenom en chans att förvissa sig om att bolaget styrs på ett sätt som de vill. Ofta uttrycks detta som att aktieägarna har samtyckt till styrelsens förvaltning i förväg, en accept av riskerna med att lämna ifrån sig kontrollen över sitt kapital. För att komma tillrätta med oönskat risktagande finns möjligheten att avsätta ledamoten, i svensk rätt 8 kap 14§ ABL, eller att sälja sina aktier. Dessa hjälper kanske visserligen föga i ett enskilt fall, men i ett helhetsperspektiv kanske de är det bästa alternativet.

På en likvid aktiemarknad finns nämligen lättillgängliga och billiga möjligheter för aktieägare att sprida, diversifiera, sina investeringar och på så sätt jämna ut sitt risktagande.²¹⁸ Riskdiversifiering för en styrelseledamots humankapital är däremot begränsat till så många uppdrag denne kan åta sig, samt behålla efter misslyckanden i affärer.²¹⁹ Detta skulle peka mot

²¹¹ (Easterbrook och Fischel 1991, s.94)

²¹² (Telman 2006-2007, s.843)

²¹³ (Telman 2006-2007, s.843f, 848)

²¹⁴ Se exv. (Easterbrook och Fischel 1991, s.93)

²¹⁵ (Hellner och Radetzki 2006, s.53f) jfr också mål 3) ovan under Introduktion

²¹⁶ (Kershaw 2009, s.21ff) och exv. Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp. 569 A.2d 53 (Del. S.C. 1989), på s.64 "Directors are not insurers" och (Petrin 2011, s.470f med vidare hänvisningar)

²¹⁷ Dvs. i förlängningen aktieägarna i förhållande till sitt investerade kapital. Se om riskbärare i aktiebolaget (Easterbrook och Fischel 1991, s.10, s.36ff, s.48ff) och (Dotevall 2008, s.43)

²¹⁸ Se. exv. (Easterbrook och Fischel 1991, s.99f och s.340) och (Allen, Jacobs och Strine, Jr 2001-2002, s.456f) som förtydligar domskälen i Gagliardi v. TriFoods Int'l, Inc., 683 A.2d 1049 (Del. Ch. 1996) på s.1052

²¹⁹ Jfr. (Easterbrook och Fischel 1991, s.229 och s.260f) och (Bainbridge 2004, s.113) som dock inte ser en begränsning i antal styrelseuppdrag som gräns, utan riktar in sig på den operativa ledningens humankapital, vilket visserligen är tydligare begränsat till det enskilda företaget, men eftersom mitt fokus som bekant är styrelseledamöter har jag friserat argumentet litet. Det har dock på flera håll anförts att den

att det finns många risktaganden som en aktieägare inte har något emot, men styrelseledamoten skulle avstå ifrån.²²⁰ Det brukar också anföras att denna effekt spås på genom att styrelseledamoten ofta inte får ta någon del av vinsterna vid framgång, men riskerar att stå förlusten.

Med rättsekonomiska termer är aktieägare således *the cheapest cost avoider*, *the cheapest insurer*, och *the superior risk bearer*.²²¹ Man har därför funnit det allt för betungande för styrelseledamöterna själva och samhällsekonomi om ledamöterna skulle vara något slags försäkringsgivare eller garantier för bolagets finansiella framgång, att skadeståndsansvaret skulle utgöra något slags försäkring eller garanti mot bolagets förluster.²²² Blir de skadelidande, aktieägarna, alltid kompenserade har de heller ingen anledning att vara aktsamma, dvs. de gestaltar *moral hazard* i all sin prakt.²²³ Möjliga följder av en sådan ordning skulle kunna vara att aktieägarna inte utsåg styrelse med omsorg, eller att de gjorde det utifrån vilka personliga förmögenheter ledamöterna har snarare än hur väl de kan förvalta bolaget. Om bolaget, aktieägarna, skulle kunna återfå förluster av bolagsledningen varje gång ett risktagande inte fallit väl ut, skulle de också kräva att bolagsledningen tog högre risker, för att kunna få chans till högre vinster. Det sätt vårdplikt borde ses på är istället som en garanti för att uppdragets utförs i god tro om att bolagets intressen tillvaratas.²²⁴ Det finns också amerikansk beteendevetenskaplig forskning som visar på att det finns altruistiska inslag i bolagsstyrning.²²⁵ Styrelsen vill göra aktieägarna gott, men om den personliga uppoffringen blir allt för stor kan de altruistiska motiven däremot naggas i kanten.²²⁶

4.3.3 NEGATIVT URVAL AV STYRELSELEDAMÖTER

En annan möjlig effekt av riskerna med styrelseledamöters personliga ansvar för beslut som ger dåliga resultat är en minskning i tillgången på kunniga och erfarna personer som är villiga att ta på sig styrelseuppdrag. Det här kan leda till vad man i termer av ekonomisk vetenskap kallar för *adverse selection*, ett negativt urval, av styrelsemedlemmar.²²⁷ Styrelseledamöter är inte mer än människor och som sådana är de varken ofelbara eller klärvoajanta och kan heller inte tillfredsställa alla aktieägare i alla beslut. När ledamoten råkar göra ett mindre misstag (som visserligen kan få stora konsekvenser) bör denne klara sig. Ställer man omänskliga krav på styrelseledamöter riskerar man att många kompetenta personer avhåller sig från att åta sig styrelseuppdrag.²²⁸ De som åtar sig styrelseuppdrag vid en förhöjd risk av skadeståndsansvar är

operativa ledningen och styrelsen i USA ofta har lika intressen, Något som kanske inte stämmer så väl överens med den svenska ägarstrukturen där starka majoritetsägare ofta har nära band till styrelsen.

²²⁰ (Bainbridge 2004, s.113)

²²¹ En förutsättning för detta är givetvis möjlighet till uppräknade val att sälja sina aktier etc. finns. Alternativa synpunkter är att det istället är bolaget som är *the cheapest insurer* och *superior risk bearer*, som det inte är styrelseledamöterna så spelar den skillnaden inte så stor roll för min framställning. Se om detta (Hellner och Radetzki 2006, s.57) och (Easterbrook och Fischel 1991, s.47ff, särskilt s.53)

²²² Se exv. *Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp.* 569 A.2d 53 (Del. S.C. 1989), på s.64 "Directors are not insurers" och (Petrin 2011, s.470f med vidare hänvisningar)

²²³ (Af Sandeberg 2001, s.125), (Bergström och Samuelsson, Aktiebolagets Grundproblem 2009, s.32ff)

²²⁴ (Allen, *The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule under U.S. Corporate Law* 1997, s.328) "a director may be thought implicitly to warrant his good faith attempt to advance the corporate interests, he does not warrant the results or the contents of any decision. Thus, from results or contents of any given decision one may not fairly create liability"

²²⁵ (Stout 2001-2002, s.678f)

²²⁶ (Stout 2001-2002, s.678f)

²²⁷ (Bergström och Samuelsson 2009, s.32ff) för en introduktion till *adverse selection*.

²²⁸ Se (Arshat 1979-1980, s.95ff, särskilt s.95 och s.99f)

de som inte påverkas särskilt av skadeståndsansvarsrisken alternativt att de som skulle avstå kräver högre ersättningar som kompensation för risken.²²⁹

Ett vanligt anfört motargument mot att man avskräcker lämpliga personer från att anta styrelseuppdrag är också hämtat från andra typer av skadeståndsmål nämligen från läkares felbehandling och säljares felansvar. Det aktsamma i medicinska beslut torde i vissa fall lika lite som verksamhetsbeslut kunna bedömas efter resultatet, ändå är det inget argument i den debatten om risken att personer avstår från att bli läkare på grund av ansvarsrisken.²³⁰ Det är inte heller någon som anför att säljares felansvar skulle minska deras entreprenöriella anda. Liknelser som dessa har dock avslagits som oförenliga.²³¹

4.3.4 AVSLUTNING CULPABEDÖMNINGENS SVAGHETER

Sammantaget är detta skäl för att man i USA inte tillämpar en ordinär culpabedömning. Sammanfattningsvis kan sägas att man bedömer att kostnaderna förenade med att bedöma en styrelseledamots oaktsamhet utan lojalitetskonflikt är större för samhället än vad vinsterna är. Det lilla som finns att säga om aktsamhetsstandarden, vårdplikten, i svensk rätt har som sagt stora likheter med den amerikanska motsvarigheten *the duty of care*.²³² Ansvarsbedömningen sker med grund i relativt lika bedömningar hämtade ifrån allmänna skadeståndsrättsliga principer. De svagheter man belagt culpabedömningen av vårdplikten med i USA är därför enligt min mening värdefulla att ta intryck av. Flera av dessa torde ha bäring på svenska förhållanden. Jag tycker också att det därför är rimligt att titta närmare på vad man gjort för att överkomma dessa svagheter. En redogörelse för vad man gjort i USA för att försöka komma tillrätta med det här problemet följer i nästa kapitel.

²²⁹ (Bergström och Samuelsson, Aktiebolagets Grundproblem 2009, s.32ff)

²³⁰ (Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations, §1037) Tilläggas ska att det dock faktiskt mycket väl skulle kunna anföras i felbehandlingsansvarsdebatten! Och att det kanske inte har den största relevansen för den svenska tillämpningen av en BJR-variant.

²³¹ (Kraakman, Armour, o.a. 2009, s.79)

²³² En mening jag delar med Dotevall, se (Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar 2008, s.99)

KAP 5 CULPABEDÖMNINGEN AV STYRELSEBESLUT I USA

De ovan anförda bristerna är alltså tillräckliga för att man i USA behandlar culpabedömningen av styrelseledamöters agerande på ett speciellt sätt. En domstol tillämpar i sådana fall *the Business Judgment Rule*, ("BJR"). Inledningsvis ska sägas att tillämpningen av BJR inte är skriven i sten. Uppkommen och alltjämt härledd ur common law är den inte ett statiskt begrepp utan dess utveckling fortgår i rättspraxis.²³³ BJR utvecklades för att en domstol inte skulle behöva utföra konststycket att göra en rättspolitiskt gångbar aktsamhetsbedömning.²³⁴ BJR fungerar genom att ge en stark presumtion att styrelseledamot uppfyllt sina plikter, att ledamot använt sitt goda affärsmässiga omdöme.²³⁵ På så sätt ges ledningen en stor frihet i hur den ska uppfylla syftet med verksamheten. Hur en korrekt tillämpning av BJR bör ske är föremål för en livlig akademisk debatt. Närmast hur stark presumtion ska vara för att åstadkomma bäst resultat eller effekt. Det finns två huvudsakliga strömningar. Den ena, *Abstention Doctrine*, förespråkar en total avhållsamhet ifråga om domstolars prövning av vårdpliktsförsummelse.²³⁶ Den andra, *the Standard of Review*, menar att en viss bedömning om än på särpräglad vis är påkallad.²³⁷ Den sistnämnda förefaller vara närmast i linje med gällande rätt. Det är dock omöjligt att säga vad som är rätt eller fel utvecklingen pendlar fram och tillbaka.²³⁸

5.1 INTRODUKTION TILL AMERIKANSK AKTIEBOLAGSRÄTT

Aktiebolagsrätten är till stora delar en delstatlig angelägenhet i USA.²³⁹ Registreringsprincipen tillämpas vilket innebär att bolagen är fria att registrera sig i vilken delstat som helst oberoende av var det egentliga sätet och verksamheten återfinns.²⁴⁰ Det råder därigenom en konkurrens mellan delstaterna att locka till sig bolag.²⁴¹ Delaware är den delstat där flest, *publicly traded companies*, är registrerade i.²⁴² Det är också i Delaware utvecklingen av bolagsrätten främst äger rum. Delawares betydelse är svår att överdriva, och utvecklingen drivs framåt i common law, domstolarnas rättsliga avgöranden.²⁴³ Vid sidan av common law kan ledning hämtas ur *the*

²³³ Delaware har valt att inte kodifiera sin BJR till skillnad från flera andra delstater, och exv. Australien och Sydafrika för att inte glömma Tyskland. Att en BJR gäller i de flesta rättsordningar har hävdats, se (Johnson, o.a. 2000, s.4)

²³⁴ (Allen 2008, s.11) BJR uppställdes från början 'to protect directors from the risks they would face were juries permitted to answer the question: "did this director when he approved this loss making transaction act as a reasonable person in the same or similar circumstances would have acted?"'

²³⁵ (Stattin 2008, s.367) En skillnad mellan Sverige och USA är att det i USA råder en uttrycklig presumtion mot skadeståndsansvar om plikterna är uppfyllda. Med andra ord måste en påstådd skada i USA knytas till en pliktförsummelse.

²³⁶ Se t.ex. (Bainbridge 2004)

²³⁷ Exakt hur bedömningen ska gå till råder dock ingen enighet om. Det har också lämnats förslag på att BJR helt borde avskaffas, se, (Gevurtz 1993-1994, i sin helhet, särskilt s.289)

²³⁸ Se exv. (Bainbridge 2004) som menar på att rättsfall är felaktigt avgjorda.

²³⁹ Under en längre tid har det rasat en strid mellan anhängare av en federal bolagsrätt och förespråkare för bolagsrätt som en delstatlig angelägenhet. Federala regler som påverkar bolag är bl.a. Securities Act 1933, Securities Exchange Act 1934, the Sarbanes-Oxley Act 2002, och the Dodd-Frank Act 2010.

²⁴⁰ (Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar 2008, s.23)

²⁴¹ (Kershaw 2009, s.202f)

²⁴² Närmast motsvarande publika aktiebolag. På hemsidan för Delawares motsvarighet till Bolagsverket kan man läsa följande "More than 850,000 business entities have made Delaware their legal home. More than 50% of all publicly-traded companies in the United States including 63% of the Fortune 500 have chosen Delaware as their legal home" Hämtat 111128 <http://www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtm>

²⁴³ Se t.ex. (Rehnquist 1992, s.354) "Corporate lawyers across the United States have praised the expertise of the Court of Chancery, noting that since the turn of the century, it has handed down thousands of opinions interpreting virtually every provision of Delaware's corporate law statute. No other state court

General Corporation Law of the State of Delaware ("DGCL").²⁴⁴ Utöver DGCL finns en federal modellag, *Model Business Corporation Act* ("MBCA").²⁴⁵ Man kan också få ledning av *Corporate Director's Guidebook* ("CDG")²⁴⁶ liksom rekommendationer utfärdade av *the American Law Institute*, som går under namnet *Principles of Corporate Governance* ("ALI Principles").²⁴⁷ Det ska dock sägas att Delaware-rätten inte nödvändigtvis tar intryck av MBCA och ALI principles utan att det snarast är tvärtom.

Bolagsledningen i Delaware består av en *Board of Directors* ("BOD"), ungefär styrelse. En *director* är närmast att likna vid svensk styrelseledamot. BOD ges en vid kompetens som påminner om den svenska styrelsens.²⁴⁸ Utöver DGCL styrs BOD också av två dokument, *the certificate of incorporation* och *the by-laws*, som tillsammans ungefär motsvarar bolagsordningen.²⁴⁹ BOD ger instruktioner till den operativa ledningen som består av *Officers*.²⁵⁰ BOD kan ha olika *Committees* underställda sig med tilldelade ansvarsområden av olika slag.

Lydelsen av § 141(a) DGCL är exempelvis inte särskilt olik den 8 kap 4 § ABL har:

*The business and affairs of every corporation organized under this chapter shall be managed by or under the direction of a board of directors, except as may be otherwise provided in this chapter or in its certificate of incorporation. If any such provision is made in the certificate of incorporation, the powers and duties conferred or imposed upon the board of directors by this chapter shall be exercised or performed to such extent and by such person or persons as shall be provided in the certificate of incorporation.*²⁵¹

5.2 BUSINESS JUDGEMENT RULE

BJR tillämpas endast i anslutning till aktiva ställningstaganden av styrelsen, såsom styrelsebeslut.²⁵² Hur vitt man kan tolka detta är föremål för diskussion.²⁵³

can make such a claim. As one scholar has observed, the economies of scale created by the high volume of corporate litigation in Delaware contribute to an efficient and expert court system and bar"

²⁴⁴ Den kodifierade bolagsrätten, se § 398 DGCL som stadgar detta såsom vedertagen referens till Title 8 Chapter 1 av the Delaware Code.

²⁴⁵ Modellagen är framtagen och fortlöpande bearbetad av *American Bar Association*, ABA, närmare bestämt deras *Committee on Corporate Law*. Kommittén består av praktiker, professorer, domare och representanter från lagstiftaren, från runtom hela landet som alla är specialister på bolagsrätt. MBCA är enligt ABA själva antagen av "approximately" 32 delstater, vilka kontinuerligt anpassar sig till den. För vidare info ABA-kommitténs hemsida: <http://apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=CL270000> se också (Dotevall 2008, s.32)

²⁴⁶ Guiden utges av ABA, samma organ som utarbetar MBCA, och publiceras i deras tidskrift *the Business Lawyer*.

²⁴⁷ (Dotevall 2008, s.32) ALI:s verksamhet har en enorm betydelse för den amerikanska privaträtten. ALI brukar tillskrivas förtjänsten att denna vilar på i stort samma grund, oaktat smärre lokala variationer.

²⁴⁸ Om inte större, BODs kompetens anses given av lagen och inte härstammande från aktieägarnas mandat. I vissa viktiga beslut behöver dock aktieägarna tillfrågas. Det är oklart om aktieägarna genom ändringar i de två styrdokumenterna kan ge sig vidare instruktionsrätt, se (Kershaw 2009, s.202ff och 218.ff med vidare hänvisningar) om bolagsledningens kompetens i amerikansk rätt och Shareholder v. Director Primacy.

²⁴⁹ Se (Kershaw 2009, s.203)

²⁵⁰ *Officers* slogs nyligen fast ha samma plikter som *directors*, Se *Gantler v. Stephen* 9965 A.2d 695 (Del. S.C. 2009). Se också (Follett 2010)

²⁵¹ §141(a) DGCL med min tillagda kursivering.

²⁵² Se *Aronson v. Lewis* s.813, "the business judgment rule operates only in the context of director action. Technically speaking, it has no role where directors have either abdicated their functions, or absent a conscious decision, failed to act. But it also follows that under applicable principles, a conscious decision to refrain from acting may nonetheless be a valid exercise of business judgment and enjoy the protections of the rule." jfr In re Caremark

I rättsfallet *Aronson v. Lewis*²⁵⁴ sammanfattades presumtionen som BJR ställer upp så här:

“... in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company. Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption.”²⁵⁵

BJR ställer upp tre alternativa rekvisit som kan bryta presumtionen om ansvarsfrihet.²⁵⁶ En domstol prövar först om de omständigheter som framläggs väcker rimligt tvivel för att presumtionen ska brytas på någon av de tre punkterna.²⁵⁷ Denna prövning det skydd som BJR anses utgöra, och motverka onödigt utdragna rättsprocesser med de kostnader det medför. Bryts presumtionen på någon punkt prövar domstolen hela ansvarssituationen utförligt.

Det första rekvisitet *disinterested and independent* innebär att styrelseledamöterna inte får ha påverkats av någon intressekonflikt vid beslutet, lojalitetspliktsförsummelse, såsom exempelvis kan vara fallet vid självkontrahering.²⁵⁸ Kan intressekonflikt påvisas över rimligt tvivel prövar domstol målet närmare.

Om det inte är fråga om en lojalitetspliktsförsummelse kan skadeståndsansvar endast utkrävas av en ledamot om det kan visas att han inte var i *good faith* om att han efter omständigheterna fattade ett *informed decision*.²⁵⁹ De andra två rekvisiten finns det anledning att utreda vidare och sätta i ett sammanhang. De ger en god illustration av hur BJR som ett skydd för domstols bristfälliga bedömning av vårdpliktsförsummelse utvecklats. Utvecklingen av BJR redogörs nedan genom några tongivande rättsfall.

International. Inc. Derivative. Litigation., 698 A. 2d 959 (Del. Ch. 1996) och In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964 A. 2d 106 (Del Ch. 2009), på s.122 "the Court distinguished between (1) "a board decision that results in a loss because that decision was ill advised or `negligent'" and (2) "an unconsidered failure of the board to act in circumstances in which due attention would, arguably, have prevented the loss." In the former class of cases, director action is analyzed under the business judgment rule /.../ In the latter class of cases, where directors are alleged to be liable for a failure to monitor liability creating activities /.../ "only a sustained or systematic failure of the board to exercise oversight— such as an utter failure to attempt to assure a reasonable information and reporting system exists—will establish the lack of good faith that is a necessary condition to liability".

²⁵³ Se exv. (Miller 2010, s.48), (Bainbridge 2009)

²⁵⁴ *Aronson v. Lewis*, 473 A. 2d 805 (Del S. C, 1984)

²⁵⁵ *Aronson v. Lewis* s.812, hänvisningar utelämnade.

²⁵⁶ Se exv. (Scarlett 2008, s.59f) och In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964 A. 2d 106 (Del Ch. 2009) på s.120 härefter *Citigroup*,

²⁵⁷ Det här har att göra med talerätsreglerna som gäller i Delaware, en skadeståndstalan för bolagets räkning anses falla inom förvaltningen av bolaget, och ska därför som huvudregel väckas av bolagets företrädare, styrelsen. En aktieägare måste gå via styrelsen eller visa inför domstol att det hade varit lönlöst att göra så. Kravet som ställs då är att omständigheterna som framläggs väcker rimligt tvivel, "raises a reasonable doubt", att någon av de tre punkterna inte varit uppfylld, se *Aronson* s.814f

²⁵⁸ Se ovan 4.1.2 och *Aronson* s.812 "First, its protections can only be claimed by disinterested directors whose conduct otherwise meets the tests of business judgment. From the standpoint of interest, this means that directors can neither appear on both sides of a transaction nor expect to derive any personal financial benefit from it in the sense of self-dealing, as opposed to a benefit which devolves upon the corporation or all stockholders generally"

²⁵⁹ In the absence of a conflicting financial interest, a director will be liable for corporate losses caused by board action he authorizes only if he has authorized such action without at that time having a good faith belief that, in the circumstances present, he has satisfied his obligation to be reasonably informed. (Allen 1997, s.312)

5.2.1 VÅRDPLIKTEN PRÖVAD I FÖRHÅLLANDE TILL BESLUTSPROCESSEN

Kravet på ett *Informed decision* hänför culpabedömningen av beslutet till beslutsprocessen i fall där lojalitetskonflikt saknas.²⁶⁰ Det utgör det krav vårdpliktens uppfyllande bedöms efter. Det innebär att styrelseledamöterna ska ha haft ett tillräckligt beslutsunderlag och ha satt sig in i så i detta att de kunnat fatta ett välgrundat och övervägt beslut.²⁶¹

En bedömning hur beslutsprocessen har sett ut ger flera fördelar. Det ger ett incitament för styrelser att kritiskt granska allt som den operativa ledningen och inhyrda konsulter lägger fram för dem.²⁶² Fokus på processen möjliggör också ett gott samarbetsklimat mellan styrelse och operativ ledning "Det är inte det att jag/vi inte litar på dig, men jag måste göra det här för att kunna rädda mitt eget skinn".²⁶³ Detta för att styrelsen ska, med terminologin från den fria culpabedömningen, upptäcka och inse risken för förlust så att de kan kalkylera med denna samt vidta relevanta försiktighetsåtgärder.²⁶⁴ På så sätt torde styrelser tänka över riskfyllda beslut både en och två gånger, och förhoppningsvis ta bättre beslut²⁶⁵ samt avstå från rena vansinnesaffärer. Om otillräcklig/dålig beredning av beslutet i kombination med påtagligt risktagande förelegat är det mycket som pekar i riktning mot att beslutet inte varit tillräckligt aktsamt. Att säga att domstolen inte inkräktar på styrelsens affärsmässiga omdöme, hur den valt att uppfylla vinstsyftet innanför verksamhetsföremålet, när den bedömer beslutsprocessen är dock inte sant. Beslutsprocessen och kvalitén på informationsunderlaget i sig är en produkt av ett affärsmässigt styrelsebeslut. Hur mycket information, vilken beredning av denna och vilken tid man nedlägger på processen är affärsmässiga överväganden lika mycket som beslut om man ska köpa eller sälja den eller den tillgången till det eller det priset.²⁶⁶ I teorin bör styrelsen samla in så mycket information att marginalkostnaden för ytterligare insamling är lika med marginalnyttan av ytterligare insamling, något som uppenbarligen inte kan bedömas av en domstol i efterhand. Med hänsyn till *hindsight bias* är det lätt att säga i efterhand "ni borde ha tagit reda på det här" eller "ni borde ha vägt in det här mer" tillåts dock styrelsen en viss frihet av BJR. Man talar om ett krav på *gross negligence*, grov vårdslöshet i beslutsprocessen. Det är detta som menas när det uttalas att BJR utgör ett skydd för styrelseledamöter.

Ett fall där bolagsledningen bedömdes vara skyldig till ansvarsgrundande pliktsförsummelse just med hänsyn till att de inte uppfattades ha tagit ett *informed decision* är *Smith v. Van Gorkom*.²⁶⁷ Omständigheterna i fallet som illustrerar skyldigheten att informera sig i en takeover-situation var följande: Styrelsen i bolaget Trans Union med Van Gorkom²⁶⁸ i spetsen beslutade efter ett två timmar långt styrelsemöte, ett möte som inte föregåtts av någon som helst

²⁶⁰ Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244 (Del. S. C. 2000) på s. 264 "Due care in the decisionmaking context is process due care only"

²⁶¹ Aronson s.812f "Second, to invoke the rule's protection directors have a duty to inform themselves, prior to making a business decision, of all material information reasonably available to them. Having become so informed, they must then act with requisite care in the discharge of their duties. While the Delaware cases use a variety of terms to describe the applicable standard of care, our analysis satisfies us that under the business judgment rule director liability is predicated upon concepts of gross negligence"

²⁶² Brehm v. Eisner s.262 om vad bedömningen av processen tar som utgångspunkt i fall med underlag från experter.

²⁶³ (Stout 2001-2002, s.690f)

²⁶⁴ Se ovan under rubrik 3.2.2 och 4.2. Se också "Due care in the decisionmaking context is process due care only"

²⁶⁵ Som anförts ovan - det alternativ som har högst riskjusterad avkastning.

²⁶⁶ (Miller 2010, s.64 not 163) som bl.a. hänvisar till (Easterbrook och Fischel 1991)

²⁶⁷ Smith v. Van Gorkom, 488 A. 2d 858 (Del. S.C. 1985) ibland omnämnt som the TransUnion Case. För en detaljerad exposé över fallet se (Bainbridge, Working Paper Smith v. Van Gorkom 2008)

²⁶⁸ Chairman of the Board, CEO och ägare till en inte obetydlig post aktier.

information om vad det skulle behandla, att rekommendera till aktieägarna det bud på 55 USD/aktie som en presumtiv köpare hade framställt på bolaget. Ett bud som hade framställts på Van Gorkoms begäran, men det var något de andra inte kände till. Budet presenterades på 20 min under mötet, ingen dokumentation delgavs styrelseledamöterna. Budet godtogs alltså utan att ledningen hade klart för sig varken vad som egentligen var ett rimligt pris på bolaget eller budets närmare utformning. Ingen verkade heller veta att Van Gorkom hade bett om budet. Senare samma kväll skrev Van Gorkom under kontraktet, utan att varken han eller någon annan i styrelsen läst igenom det(!) Domstolen ansåg att styrelseledamöterna därmed gjort sig skyldiga till *gross negligence* i beslutsprocessen, att de inte hade fattat ett *informed decision*. Försummelsen låg i att ledningen inte visste vad bolaget var värt, inte hade läst igenom avtalet, inte heller vilken relation Van Gorkom hade till köparen de övriga visste vilket ansågs var så grova fel i behandlingen av ärendet att det var grovt vårdslöst. Således skyddades bolagsledningen inte av BJR och blev skadeståndsansvarig.

Avgöranden var inte enhälligt. En dissident var av den meningen att den samlade kompetensen, och den var onekligen hög, och kunskapen om bolaget "i styrelserummet" gjorde att de kunde fatta ett beslut som detta utifrån det underlag de hade.²⁶⁹ Det har också framförts att det istället ska ses som ett fall i gråzonen till intressekonflikt. Van Gorkom och andra i ledningen hade själva omfattande aktieinnehav, Van Gorkom skulle strax senare också vara tvungen att pensionera sig från sina uppdrag i bolaget och tillfället till en smidig exit kan ha överskynt bolagets intresse.²⁷⁰ Ett intresse som enligt vissa var förenat med bolagets, i att få ett så bra pris som möjligt.²⁷¹

Det uppseendeväckande med fallet var att styrelsebeslutet i sig var taget i god tro och kanske inte så dåligt.²⁷² Budet innebar en premie på 17 USD/aktie över rådande (högsta noteringen samma år) aktiekurs. Efter noggranna överväganden och beräkningar kanske styrelsen skulle ha kommit fram till att man borde ta möjligheten i akt och godta budet.²⁷³ Domstolen uttalade att sådana faktorer var irrelevanta för att bedöma om det fattats ett *informed decision*. "... considerations of good faith, including the presumption that the directors acted in good faith, are irrelevant in determining the threshold issue of whether the directors as a Board exercised an informed business judgment."²⁷⁴

5.2.2 ANSVARSFRISKRIVNING I §102(B)(7) DGCL

Bilden av det amerikanska skadeståndsansvaret kompliceras lite genom att man i Delaware har en möjlighet att ansvarsfriskriva styrelseledamot i bolagets *Certificate of Incorporation*, motsvarande bolagsordning, se DGCL § 102(b)(7).²⁷⁵ Efter *Smith v. Van Gorkom* rusade premierna på styrelseledamöters ansvarsförsäkringar i USA.²⁷⁶ Helt plötsligt uppskattades risken för skadeståndsansvar vara betydligt högre än vad den hade varit. Lagstiftaren i Delaware

²⁶⁹ *Smith v. Van Gorkom* på s.894, se (Kershaw 2009, s.417) om att bevisfrågorna skapade stor oenighet.

²⁷⁰ Se exv. (Bainbridge 2008, s.4)

²⁷¹ Ibid. Här är dock tidsfaktorn av betydelse vilket Bainbridge verkar bortse ifrån.

²⁷² *Smith v. Van Gorkom* på s.873 och s.889

²⁷³ Bolagets skattemässiga situation och en stor kassa samt orealiserade tillgångar av högt värde upplevdes av ledningen som ett problem, bolaget var mindre värt än vad det kunde ha varit. Ett sätt att lösa detta var på takeover-marknaden. se *Smith v. Van Gorkom*, 488 på s.865 och (Bainbridge 2008, s.7)

²⁷⁴ *Smith v. Van Gorkom* på s.889

²⁷⁵ "the certificate of incorporation may also contain any or all of the following matters /.../ A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law"

²⁷⁶ Se exv. (Balotti och Gentile 1987, s.8ff), (Kastler 2011, vid not. 53-54 med vidare hänvisningar)

fann det därefter rimligt att bolagen själva skulle få bestämma om deras styrelseledamöter skulle få ansvara för *gross negligence*, grova vårdpliktsförsummelse. En sådan möjlighet återfinns nu i alla delstater.²⁷⁷

Ansvar kan endast inskränkas med avseende på *gross negligence*. Eftersom snart sagt alla Delaware-bolag²⁷⁸ har använt sig av möjligheten i §102(b)(7) krävs det i praktiken att en skadeståndstalan behöver antingen visa på alltså inte vid lojalitetspliktsförsummelse eller ageranden som, lite förenklat, inte företagits i god tro om att de varit i bolagets intresse eller varit medvetet lagstridiga.²⁷⁹

Ansvar för vårdpliktsförsummelse kan således i stort sett endast inträda om den är uppsåtlig eller medveten, vilket närmast innebär att man inte handlat i bolagets intresse. Detta krav på uppsåt eller medvetenhet om att man försakat bolagets intresse i fall utan intressekonflikter leder till att det är oerhört svårt att visa på tillräckliga omständigheter för skadeståndsansvar.²⁸⁰ Detta har på senare tid fått fokus att växla till den tredje grunden utöver lojalitetspliktsförsummelse och *informed decision*.

5.2.3 BAD FAITH/IRRATIONALITY/WASTE

En domstol fokuserar alltså bedömningen av aktsamheten mot beslutsprocessen och förhållandena vid beslutstidpunkten. Det finns dock en teoretisk möjlighet att angripa själva innehållet i beslutet. Detta om beslutet redan vid beslutstillfället kan anses innebära vad som uttryckts på flera olika sätt; *corporate waste of assets, waste, lack of any rational business purpose*. *Waste* eller liknande har på senaste tiden anförts som grund för att angripa styrelsens godkännande av höga ersättningsnivåer som upprörda aktieägare menar varit till ondo för aktuella bolag. I en rad uppmärksammade rättsfall, *Disney, Citigroup, GoldmanSachs* m.fl. har *waste* verkat smälta samman med styrelseledamöts plikt att handla i *good faith*.²⁸¹

Det kanske tydligaste tecknet på detta kom i *Citigroup*. *Citigroup* hade nämligen en ansvarsfriskrivning enligt § 102(b)(7) DGCL, men likväl klarade sig yrkandet att vederlaget till den avgående CEO Charles Prince utgjorde *corporate waste*.²⁸² Det torde således stå klart att §102(b)(7) inte skyddar från ett agerande som innebär *waste* vilket likställer den grunden med avvikelse från *good faith*.²⁸³

Vad innebär då *waste*? Ett av domstolarna vanligen citerat uttalande om *waste* kommer från fallet *Saxe v. Brady*²⁸⁴:

"Where waste of corporate assets is alleged, the court, notwithstanding independent stockholder ratification, must examine the facts of the situation. Its examination, however, is limited solely to discovering whether what the

²⁷⁷ Se t.ex. (Miller 2009-10, s.1162 not.48)

²⁷⁸ Om frekvensen av friskrivningar Se (Kershaw 2009, s.418). (Black, Cheffins och Klausner 2004, s.11 med vidare hänvisningar),

²⁷⁹ *Emerald Partners v. Berlin*, 787 A.2d 85 (Del. C.2001) på s.91 "Delaware courts have consistently held" that exculpation clauses protect directors against due care claims. A claim that is not solely based upon the duty of care, on the other hand, is not subject to dismissal due to the presence of a section 102(b)(7) exculpation clause in the corporation's certificate." Som citerar *Malpiede v. Townson*, 780 A. 2d 1075 (Del.S.C 2001) på s.1095

²⁸⁰ (Stout 2001-2002, s.680 not 20) "as a practical matter, a director is more likely to be hit by lightning after leaving her board meeting than she is to pay damages" Ett uttalande som kanske är något starkt.

²⁸¹ (Kastler 2011, i sin helhet, men särskilt s.1903ff)

²⁸² *Citigroup* på s.139 som citerar *White v. Panic*, 783 A. 2d 543 (Del.S.C. Court 2001)

²⁸³ *Citigroup* på s.139

²⁸⁴ *Saxe v. Brady*, 184 A. 2d 602 (Del.Ch. 1962) på S.610.

corporation has received is so inadequate in value that no person of ordinary, sound business judgment would deem it worth what the corporation has paid. If it can be said that ordinary businessmen might differ on the sufficiency of the terms, then the court must validate the transaction.”

Det ska alltså utgöra ett agerande som sett till förhållandena vid beslutstillfället inte uppvisar något som helst rationellt syfte som kan komma att ge företaget vinst.²⁸⁵ Om transaktionen redan vid beslutstillfället lovat att ge så lite i utbyte att ingen person med rimligt omdöme hade godkänt den kan ledamot bli ansvarig.²⁸⁶

Disney cases omfattar fem olika rättsfall²⁸⁷ men som alla berör frågor i samband med tillsättandet av en ny CEO, och framförallt dennes ersättnings-/anställningsavtal.²⁸⁸ Det slutgiltiga ersättningsavtalet var skrivet så att den tillträdande CEO:n, Michael Ovitz, skulle om han blev uppsagd i förtid från sitt treåriga uppdrag, som avgångsvederlag förutom full lön också få ut $\frac{3}{4}$ av maximal årlig bonus (osannolikt så stor bonus om han hade suttit kvar). Ovitz verkade inte göra ett så bra jobb, för han blev entledigad från uppdraget. En skadeståndstalan om att styrelsen gjort sig skyldig till pliktförsummelse i samband med utformandet av Ovitz ersättningsavtal/anställningsavtal. Domstolen konstaterade att det saknades en intressekonflikt. Domstolen kunde inte heller utesluta att det faktiskt funnits rationella skäl för ersättningsavtalet vid tidpunkten och att bolaget fått något ut av det, även om det, så domstolen ansåg inte att Disneys ledning varit i *bad faith*, det förelåg inte *irrationality* eller *waste*. Domstolen fann däremot att styrelsen varit oaktsam i beslutsprocessen. Det visade sig nämligen att ingen egentligen hade räknat på vad Ovitz anställningsavtal gick ut på. Oaktsamheten dock inte uppgående till inte *gross negligence*, dvs. inte såtillvida att BJR-presumtionen bröts.

5.2.4 ABSTENTION DOCTRINE ELLER STANDARD OF REVIEW

Det finns de som förespråkar att domstolar helt avstår att pröva vårdpliktsförsummelse. Min mening är att de som eftersträvar en sådan *abstention doctrine* principiellt är emot det offentliga inblandning på marknaden så långt möjligt. Nackdelarna som beläggs en bedömning av vårdpliktsförsummelse är flera. Förespråkarna letar fortfarande efter en standard som de är överens om.²⁸⁹ Och om de skulle kunna enas om en teoretisk standardnivå kvarstår det fortfarande för domstolar att tolka och tillämpa denna korrekt.²⁹⁰

Resonemanget går vidare att om man skulle tillåta en prövning av vårdplikten skulle juridisk prövning snarare bli regeln än undantag, dvs. kostnaderna förenade med en skadeståndsprocess skulle likväl uppstå. Om man däremot skulle avstå från att bedöma rena vårdpliktsförsummelse

²⁸⁵ *Sinclair Oil Co. v. Levien*, 280 A.2d 717 (Del. S.C. 1971) s.720 “not attributed to any rational business purpose”

²⁸⁶ *Lewis v. Vogelstein*, 699 A.2d 327 (Del.Ch. 1997) på s. 336 “when the consideration received by the firm is so disproportionately small as to lie beyond the range at which any reasonable person might be willing to trade”

²⁸⁷ Se (1) *In re The Walt Disney Company Derivative Litigation*, 731 A.2d 342 (Del. Ch. 1998) –where complaint got dismissed; (2) *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244 (Del. 2000) – affirming the dismissal, but holding that the plaintiffs should receive leave to amend; (3) *In re The Walt Disney Company Derivative Litigation*, 825 A.2d 275 (Del. Ch. 2003) – denying motion to dismiss amended complaint. (4) *In re The Walt Disney Company Derivative Litigation* 907 A.2d 693 (Del. Ch. 2005) - Which was affirmed in the final verdict, (5); *In re The Walt Disney Company Derivative Litigation*, 906 A.2d 27 (Del. 2006)

²⁸⁸ Se (McDonnell och Hill 2006-2007) och (Gevurtz 2007)

²⁸⁹ (Bainbridge 2004, s.113)

²⁹⁰ (Scarlett 2008, s.41)

á la abstention doctrine skulle domstolen inte behöva ställas inför frågan om något är tillräckligt *gross negligent*, och utdragna processer skulle snarare vara undantag än regeln.²⁹¹

En i mitt tycke oerhört välriktad mening har framförts i doktrin att BJR framförallt kan erbjuda ett skydd för företagshemligheter.²⁹² En domstol bör enligt avstå från att pröva om det skulle riskera att företagshemligheter offentliggjordes. Detta kan det finnas skäl till i M&A-situationer som ofta kan vara ett led i en större ännu hemlig strategi.²⁹³

Om styrelseledamöter för att undvika skadeståndsansvar måste förklara varför något är i bolagets intresse/rationellt, dvs. att de levt upp till vårdplikten, kan detta avslöja hemliga strategier. BJR blir då ett skydd mot s.k. *fishing expeditions*. Sedd ur denna vinkel är det än tydligare hur BJR är ett skydd för bolaget självt snarare än styrelseledamöterna.

BJR kan också ses som ett skydd för bygganden av företagsimperier.²⁹⁴

5.2.5 DUTY OF CARE OCH BJR – GLAPPET MELLAN AKTSAMHETSSTANDARDEN EX ANTE OCH BEDÖMNINGSTANDARD EX POST - BÄSTA FÖRKLARINGEN TILL HUR SYSTEMET KAN/BÖR FUNGERA?

I doktrin har det framförts att rättsläget ska tolkas som att aktsamhetsstandard ex ante, vårdplikten, och bedömningsstandard ex post, BJR, inte överensstämmer utan visar på krav olika aktsamhet.²⁹⁵ Detta speglas också av rättspraxis. I skillnaden, och oklarheten, ligger enligt vissa en värdefull mekanism.²⁹⁶ Den gör det möjligt att dra nytta av att uppmana till god bolagsstyrning samtidigt som de största effektivitetsförlusterna undviks (negativa effekterna på de övergripande ändamålen) som en ansvarsbedömning enligt standard ex ante skulle kunna leda till. På detta sätt kan man dels minska ett opportunistiskt beteende hos styrelseledamöter istället för att kunna vara kallt beräknande uppmanar skillnaden ledamot till att alltid agera för bolagets bästa. Dels erbjuder skillnaden enligt Allen en möjlighet att flirta med ledamots känsla för moral. Vårdplikten uppställer enligt synsättet ett moraliskt påbud, eller en morot för bolagsstyrning.²⁹⁷ Bedömningsstandard á la BJR kan för att paras ihop med vårdplikten kallas för ett straffbud eller en piska. Man har helt enkelt valt att använda moroten mer än piskan. Eller vid en tillämpning av BJR som en ren *abstention doctrine* valt att inte använda piskan alls.

5.3 SAMMANFATTANDE SKÄL FÖR ATT TILLÄMPA BJR

BJR kringgår problematiken framlagd i kap 4 genom att klagande part måste visa på faktiska omständigheter som väcker tvivel om att allt har gått rätt till. Domstolarna i Delaware ställer höga krav för att utreda mål vidare. När de väl gör det så hänförs prövningen till

²⁹¹ Blogginlägget: The Business Judgment Rule från professorbainbridge.com tillgängligt 120130 på <http://www.professorbainbridge.com/professorbainbridge.com/2009/12/the-business-judgment-rule.html> "The business judgment rule thus builds a prophylactic barrier by which courts pre-commit to resisting the temptation to review the merits of the board's decision"

²⁹² För det följande se (Telman 2006-2007, i sin helhet, främst s.866-887)

²⁹³ Ibid.

²⁹⁴ (Johnson, o.a. 2000, s.4)

²⁹⁵ Se t.ex. (Eisenberg 1993-1994), (Kershaw 2009, s.411f), Ett synsätt som vunnit insteg i MBCA. som skiljer mellan aktsamhetsstandard(standard of conduct § 8.30) och bedömningsstandard(standard of liability, §8.31)

²⁹⁶ Se exv. (Allen 1997, s.327ff),

²⁹⁷ (Allen 1997, s.328f)

beslutsprocessen vilket gör att man kommer man ifrån stora delar av problematiken kring *hindsight bias* och domares affärsmässiga illegitimitet.

Sammanfattningsvis skulle man kunna säga att BJR trots att den på ett sätt hindrar aktieägare från att utfå skadestånd i enskilda fall, skyddar bolag och aktieägare i allmänhet genom att den ser till nyttan i att de bäst lämpade personerna har stor frihet att maximera bolagens långsiktiga värdeökning.²⁹⁸

BJR tar som utgångspunkt att ingen tjänar på långa utdragna juridiska processer i längden. Att varje affärstransaktion kan utsättas för en domstolsprövning på initiativ av aktieägare som ogillar transaktionen är inte ekonomiskt hållbart, varken för domstolsväsendet, det enskilda bolaget eller aktiebolagsverksamhet i stort.²⁹⁹ Riskerar varje beslut att resultera i skadeståndsansvar för bolagsledningen anser man att det finns stora risker för att bolagets vinstintresse blir lidande genom att ledningen fegar ur.³⁰⁰ Kanske bättre uttryckt är det så att den skillnad i riskpreferenser mellan bolagsledningen och aktieägarna som skadeståndsregeln försöker jämställa, likrikta, konvergera istället kan slå tillbaka och missriktas åt ett annat håll. Istället för att motverka att ledningen tar risker som är ogynnsamma för aktieägarna är det enligt resonemanget mycket sannolikt att ledningen kanske inte tar några risker alls. Den standard en sådan BJR ställer upp som ett oaktsamhetsansvar för vårdpliktsförsummelse som är snällare/lindrigare, det kräver en högre grad av oaktsamhet, i stil med grov vårdslöshet. En rimlighetsstandard för beslutsprocess, en rationalitetsstandard för beslutet. På detta sätt minskar man risken att domstolen misslyckas från att urskilja "felbeslut" från "dåliga beslut" dvs. ett oönskat beteende från ursäktliga misstag. BJR brukar därför sägas stimulera sunt risktagande, innovativt tänkande och annan entreprenöriell verksamhet genom att motverka detta.³⁰¹ BJR ställer upp ett skydd för aktieägare och bolaget självt från kostnader, i vid mening, som är förenade med skadeståndsprocesser, exempelvis den dåliga publicitet som medföljer, både för bolaget och styrelseledamoten, samt att ledamotens fokus flyttas till fel saker. samt att styrelseledamöterna fokus flyttas från verksamheten. Skadeståndsprocesser som allt som oftast kan komma sig av att aktieägare påverkade av *hindsight bias* anser att det ägt rum en vårdpliktsförsummelse. verksamheten ska inte störas av ledningar som oroar sig för skadeståndsprocesser med oviss utgång, som dessutom riskerar att vara tidsutdragna. Riskpreferenserna mellan styrelse och aktieägare likställs bättre, ledamot kan utföra sitt uppdrag i god tro utan rädsla för personligt ansvar vilket också leder till att tillgången/utbudet av kompetenta personer till styrelseuppdrag upprätthålls. Detta leder enligt resonemanget också till samhällsekonomiska vinster genom ett effektivare utnyttjande av samhällets resurser. BJR kan därför sägas vara uppställd i aktieägares intresse, i styrelseledamöters intresse, i bolags intresse, och i marknadens och samhällets intresse.³⁰²

²⁹⁸ *Citigroup* s.139 "Ultimately, the discretion granted directors and managers allows them to maximize shareholder value in the long term by taking risks without the debilitating fear that they will be held personally liable if the company experiences losses. This doctrine also means, however, that when the company suffers losses, shareholders may not be able to hold the directors personally liable"

²⁹⁹ (Arsht 1979-1980, s.99f)

³⁰⁰ (Easterbrook och Fischel 1991, s.93)

³⁰¹ *Goldman*, sista sidan "Through the business judgment rule, Delaware law encourages corporate fiduciaries to attempt to increase stockholder wealth by engaging in those risks that, in their business judgment, are in the best interest of the corporation without the debilitating fear that they will be held personally liable if the company experiences losses."

³⁰² T.ex. (Allen 2008, s.8)

KAP 6 DISKUSSION - EN SVENSK BJR?

Erbjuder BJR en lösning på problematiken vid en culpabedömning av styrelseledamöter som tilltalar för svenskt vidkommande? Det svaret är inte tydligt avgivet då det inte förekommer en uttalad BJR i svensk rätt. En stor frihet har lämnats till rättstillämpningen i behandlingen av skadeståndsansvaret. "Att närmare bestämma regelns innebörd och räckvidd i de konkreta ansvarssituationerna får, säger kommittén, liksom hittills ankomma på doktrin och praxis".³⁰³ Den lämnade friheten för domstolarna innebär att BJR skulle kunna tillämpas.³⁰⁴ I brist på precederande praxis är det dock svårt att säga om så skulle vara fallet.

Det torde emellertid vara okontroversiellt att påstå att en slags BJR bör tillämpas i svensk rätt. Att en likartad princip bör tillämpas framförts på flera håll i svensk doktrin.³⁰⁵ Jag ansluter mig till kören.

6.1 VARFÖR EN FORM AV BJR SKA TILLÄMPAS I SVENSK RÄTT

Skadeståndsansvaret är uppställt för att ge styrelseledamot incitament att verka i bolagets intresse. Men skadeståndsansvaret medför som konstaterats i sig självt en risk för att det syftet motverkas. De framhållna skälen till varför man tillämpar BJR i USA är som sagt att man inte ska avhålla styrelser från entreprenörmässigt risktagande och duktigt folk från att anta styrelseuppdrag samt att ett bolags verksamhet inte ska störas av okynnesstämmningar. Detta påtalas också i de svenska förarbetena som viktiga hänsyn i skadeståndsreglernas utformning.³⁰⁶ Det torde också vara en viktig fråga ur perspektivet internationell konkurrenskraft då de flesta rättsordningar tillämpar en sorts BJR.³⁰⁷ Det har uttalats att skadeståndsregler i allmänhet bör, ur EU-rättslig synvinkel, vara konkurrensneutrala.³⁰⁸ Etableringsfriheten inom EU gör också att man bör undvika att vidta sådana mått och steg som riskerar en flykt från den svenska marknaden. För aktiebolagsrätten innebär det här att man måste betänka följderna för den svenska tillgången på riskkapital, skapande och upprätthållande av arbetstillfällen och därmed förenade skatteintäkter.

"Om styrelsens ledamöter åläggs vad som kan uppfattas som närmast ett strikt ansvar för bolagets förluster och om förutsättningarna för t.ex. minoritetstalan på bolagets vägnar mot bolagsledningen underlättas genom för minoriteten förmånliga rättegångskostnadsregler eller på annat sätt, blir det svårt eller kanske till och med omöjligt att rekrytera kompetenta personer till bolagens styrelser. Man bör inte heller glömma bort att aktiebolagen arbetar i en marknadsekonomi och att all affärsverksamhet innebär risktagande. Skadeståndsreglerna får inte utformas så att styrelserna avstår från att ta affärsmässigt motiverade risker av rädsla för att drabbas av ett personligt betalningsansvar om affären leder till förlust för bolaget."³⁰⁹

Grunden för all affärsverksamhet är en avvägning av vilka risker man vill ta för att uppnå olika mål. En optimal avvägning mellan risk och avkastning i verksamheten är en central uppgift för styrelsen. Om en domstol skulle bedöma att ledamöterna varit oaktsamma med hänsyn till att

³⁰³ (Skog 1995/96, s.71) apropå ABL-kommitténs inställning till blivande 29 kap 1§ ABL.

³⁰⁴ Om uttalanden i förarbetena om begränsning av skadeståndsansvar se nedan under diskussion

³⁰⁵ (Dotevall 1989, s.189ff särskilt s.192f), (Dotevall 2003, s.11), (Dotevall 2008, s.106ff särskilt s.107), (Johansson 1991, s.604) (Svernlöv 2007, s.135f), (Svernlöv 2008, s.59f), (Stattin 2008, s.370ff) (Nerep och Samuelsson 2009, s.396f), (Sandström 2010, s.251, 257ff och s.390)

³⁰⁶ Se Prop. 1997/98:99 s.296, och inte i direkt anslutning till själva ansvarsbedömningen, i anslutning till preskription "En talan mot en styrelseledamot eller den verkställande direktören skapar i allmänhet osäkerhet om förhållandena i bolaget och stör bolagets verksamhet" Prop. 1997/98:99 s 189

³⁰⁷ (Johnson, o.a. 2000, s.4)

³⁰⁸ (Kleineman 2011, s.604 not 32)

³⁰⁹ SOU 1995:44 s.241, prop. 1997/98:99 s.296

ett taget beslut lett till förlust för bolaget skulle det kunna leda till ett bakbindande av ledningen. Att låta domstolen kritisera denna avvägning kan, som ovan redovisats, vara ödesdigert för hela systemet, något som aktiebolagskommittén också uppmärksammar "... man måste komma ihåg att aktiebolagen verkar i en marknadsekonomi och att all affärsverksamhet innebär ett visst mått av risktagande. Härtill kommer att även omsorgsfullt övervägda affärsbeslut kan visa sig bli förlustbringande. Skadeståndsreglerna bör givetvis inte utformas så att de inte ger möjlighet att ta de affärsmässiga risker som i det enskilda fallet är motiverade"³¹⁰

Min mening är att en speciell hantering av skadeståndsansvaret för styrelseledamöter är nödvändig för att undvika att de grundläggande ändamålen med aktiebolagsrätten ödeläggs.³¹¹

Hur ser en önskad avvägning ut mellan de övergripande samhällsintressena? Dels är det önskvärt att upprätthålla förtroendet för marknaden så att tillströmning av kapital tillförsäkras, dels är det viktigt att stimulera en högre omsättning? Detta uppmålas ofta som ett motsatsförhållande. Risker för att omsättningen minskar genom att styrelser blir mindre riskvilliga i motsats, eller kanske rättare, i förhållande till att risken för att kapitaltillströmningen minskar genom att investerare håller i sina pengar till följd av brist på sanktioner. Hur hanterar man det här i praktiken? Från en domstols perspektiv erbjuder

Dessa till synes olika sidor av myntet har av BJR-förespråkare förklarats vara samma sida. En förståelse för en korrekt tillämpning av BJR borde enligt dessa gå ut på att den är till nytta för aktieägarna. Det som prima facie verkar vara av ondo för aktieägare, att inte kunna beivra annat än grova vårdpliktsförsummelse, eller vårdpliktsförsummelse över huvudtaget, är enligt vad som redovisats ovan till gagn för dem i ett helhetsperspektiv.

Att domstolen bara tillåts att se till vissa förhållanden i bedömningen och inte väga in resultatet av beslut kan verka främmande i svensk rätt där den fria bevisföringens princip är huvudregel, se 35 kap 1 § Rättegångsbalken(1942:730).

6.1.1 VÅRDPLIKTEN - MORALISKT PÅBUD UTAN STRAFFBUD?

Styrelsens skadeståndsansvar sanktionerar i USA alltså främst lojalitetspliktsförsummelse. Kritik har återkommande väckts för att detta ger ett för litet skydd åt aktieägare eftersom styrelsen saknar incitament för uppdraget utförs i bolagets intresse fullt ut, att uppfylla vårdplikten, det finns det inget som hindrar vårdslöst risktagande. Om styrelseledamot inte bär kostnaderna för risken har denne inget incitament att utföra uppdraget med akksamhet, i nationalekonomiska termer ett exempel på *moral hazard*.³¹² Det ska uppmärksammas att det vid sidan av ett skadeståndsansvar finns andra saker som innebär kostnader för en styrelseledamot vid bolagets misslyckande i affärer. Andra preventiva faktorer som ofta påtalas är; värnar om sitt anseende; allmän moral, framgångs- och äregirighet, direkta finansiella incitament såsom ägande i bolaget eller kompensationsprogram.³¹³ Styrelseledamöters agerande styrs troligen också av det som kallas det parlamentariska ansvaret, risken för att bli avsatt och/eller att inte bli omvald.³¹⁴ Ledamot drivs sannolikt heller inte bara av egenintresse utan har altruistiska

³¹⁰ Prop. 1997/98:99 s 187.

³¹¹ Jfr. Prop. 1997/98:99 s.183 som lämnar öppet för ansvarsgrundande ringa oaktsamhet.

³¹² (Bergström och Samuelsson 2009, s.32ff)

³¹³ Se bl.a. (Allen 2008, s.12ff) och (Black, Cheffins och Klausner 2004, s.49-62) för en sammanställning av forskning om andra mekanismer än själva skadeståndsansvaret som påverkar bolagsstyrning, och bolagsledningars agerande.

³¹⁴ Se Schultén i (Beyer 1999, på s.1049)

motiv som kommer med uppdraget, en plikt känsla.³¹⁵ Användandet av incitamentsprogram för konvergera riskpreferenserna är dock något som också kan få överslag. BJR:s tillämpning i finansbranschen har därför kritiserats.³¹⁶

Vårdplikten handlar enligt flera insatta kommentatorer istället främst till att ge ledning för styrelseledamöter.³¹⁷ Ett slags moraliskt påbud som säger att det inte är ok att lagenligt göra vad som helst under föresvävningen att vinst åt aktieägarna och/eller att man ska sätta sig in i bolagets verksamhet och (skapa) strategier. I Sverige anses det (kanske) viktigare att skadeståndsansvaret har en vidare sanktionsverkan än så även fast andra faktorer inverkan erkänns och moraliska påbud inte är främmande "... utformningen av reglerna och normerna i ett samhälle har avgörande betydelse för människornas beteende. Det gäller inte bara lagregleringen utan också de etiska normer som styr det personliga handlandet och den sociala kontrollen."³¹⁸

Jag gör här till en reflektion i anslutning till det i Sverige sanktionslösa påbudet om att man ska korsa en gata genom att passera ett övergångsställe vid "grön gubbe".³¹⁹ Att gå mot röd gubbe är inte i sig förenat med någon rättslig sanktion, men väl en risk för att man utsätter sig själv och andra för skador.³²⁰ Effekterna av att man har trafiksignaler för fotgängare torde göra att fotgängare ser sig för extra noga innan de går över ett övergångsställe, och i många fall avvaktar man grön gubbe. Att ett påbud, sanktionslöst till trots, ändå ger ett slags handlingsdirigerande effekt är det jag vill förmedla. En befogad fråga är dock om man ställer upp en vårdplikt och en annan bedömningsstandard, ger man då inte dubbla budskap? Dubbla budskap som kan genomskådas?

6.2. EN SPECIELL CULPABEDÖMNING I SVERIGE, MED EN LINDRIGARE OAKTSAMHETSSTANDARD?

Man sluta sig till flera saker som talar för att styrelseledamöters skadeståndsansvar ska bedömas på ett speciellt sätt i svensk rätt.

Taxell framhäver en moderat avvägning av skadeståndsansvaret, och att preventionen är viktigare än reparation.³²¹ Några misstag från styrelsens sida får man räkna med, ett bolag kan aldrig skötas perfekt i varje detalj enligt Taxell.³²² Men hur allvarliga eller påtagliga dessa misstag ska vara och hur detta ska bedömas är oerhört svårt att säga, och lite ledning finns i svensk rätt.

Man kan finna saker i svensk rätt som pekar mot att det skulle vara legitimerat med en lindrigare oaktsamhetsbedömning av styrelseledamöter, förutom hävdandet att det är påkallat ur samhällsekonomisk synpunkt.

³¹⁵ (Stout 2001-2002, s.678ff)

³¹⁶ (Orenstein 2011, i sin helhet, särskilt s.781ff)

³¹⁷ Se ovan under 5. 1.5

³¹⁸ SOU 2004:47 s.99

³¹⁹ En kanske väl långt dragen liknelse utan några belegg annat än mitt förnuft, men jag tycker att den är illustrativ.

³²⁰ Därtill möjligtvis så att trafikförseelse skulle kunna tillräknas en fotgängare som passerar övergångsställe mot röd gubbe, men inte av just den orsaken, något jag är okunnig om och således inte uttalar mig om, se Trafikbrottslagen (1951:649).

³²¹ (Taxell, Styrelseledamöters rättsliga ansvar 1981, s.225f)

³²² (Taxell, Ansvar och ansvarsfördelning i aktiebolag 1963, s.67)

Ett ögonkast på de klassiska ansvarsbefrielsegrunderna lydnds-/tjänsteplikt och samtycke kan i kombination möjligen peka på en lindrigare oaktsamhetsbedömning av styrelseledamot.³²³ Styrelsen har ett slags tjänste-/lydnadsplikt gentemot aktieägarna eftersom de måste följa direktiv från bolagsstämman.³²⁴ Styrelsens uppdrag är att verka för syftet och verksamhetsföremålet. Styrelsen är (indirekt) kommenderad att driva verksamheten så att den ger vinst (om inte annat i bolagsordningen) som med nödvändighet är förenat med risktagande. Till detta kan man knyta att aktieägarnas samtycke till risktagande i verksamheten.³²⁵ Bolagsstämman väljer styrelseledamöter och har därigenom en chans att förvissa sig om att bolaget styrs på ett sätt som de vill när de lämnar över kontrollen. Ofta uttrycks detta som att aktieägarna har samtyckt till styrelsens förvaltning i förväg, en accept eller samtycke till styrelseledamöternas risktagande. Om en styrelse vars riskpreferenser man inte delar väljs in får aktieägarna skylla sig själva.³²⁶ Uppskattas inte styrelseledamöterna eller vad de gör finns möjligheten att avsätta ledamoten, i svensk rätt 8 kap 14 § ABL, samt också hotet eller möjligheten "att rösta med fötterna", dvs. sälja av aktieinnehavet om man inte samtycker till bolagets förvaltning.³²⁷ Dessa båda hjälper kanske visserligen föga för i det enskilda fallet, men i ett helhetsperspektiv kanske det mest rimliga.

I den allmänna skadeståndsrätten är det omstritt, men det finns förespråkare som menar att en handlings nyttovärde kan göra ett visst riskskapande försvarligt.³²⁸

Detta sammanvägt skulle kunna utgöra en grund i allmänna skadeståndsrättsliga principer för att "sänka gränsen" för aktsamhet i aktiebolagsrättsliga sammanhang. Detta trots att det i förarbetena står att endast ringa oaktsamhet kan innebära ansvar. Där kanske syftas på annat än vårdpliktsförsummelse i samband med beslut, men skrivningen kan skicka fel signaler.³²⁹ I förarbetena står att läsa endast ringa oaktsamhet kan leda till skadeståndsansvar.³³⁰ Detta behöver dock inte betyda att en BJR inte skulle kunna tillämpas med en lindrigare culpabedömning. Stöd finns i en liknande skrivning av Taxell "För ansvar räcker lindrigt vållande" men tidigare i samma stycke sägs att det däremot inte är uteslutet "att man beaktar speciella förhållanden av relevans för ansvaret inom associationer i allmänhet eller av viss typ".³³¹ Det har också förts fram att affärer som faller utanför bolagets syfte och verksamhetsföremål är specialfall av normavvikelse som inte gärna kan bedömas efter en normerad culpabedömning.³³² Mer nedan under 6.4

³²³ Se (Hellner och Radetzki 2006, s.138 och s.122ff) "Den som kommenderas att utföra en handling, som medför risk för skada, bedöms således lindrigare än andra". Som främst verkar åsyfta förmans befallning, och straffrättsligt skadestånd, men sammantaget med samtycke kanske också tillämpligt i aktiebolagsrätten.

³²⁴ Om de inte strider mot ABL, ÅRL eller bolagsordningen vill säga, 8 kap 41 § 2 st ABL, se också (Dotevall 2008, s.117ff)

³²⁵ I svensk rätt verkar dock risken för att ledamoten faktiskt klarar av uppdraget vara lagd på ledamoten själv, se (Taxell 1981, s.228) och (Dotevall 2008, s.73)

³²⁶ (Af Sandeberg 2001, s.308) som hänvisar till principen om accept av risk, jfr dock (Taxell 1981, s.228f) som uttalar att styrelseledamot bär risken för sin egen inkompetens och inte kan lämpa över ansvaret på andra ledamöter.

³²⁷ (Bergström och Samuelsson 1997, s.45) som marknadsens alternativ till skyddsregel.

³²⁸ (Hellner och Radetzki 2006, s.140 med vidare hänvisningar till bl.a. Agell)

³²⁹ Prop. 1997/98:99 s.183 "Beträffande graden av oaktsamhet finns det inte någon nedre begränsning utan även ett förfarande som innefattar en endast ringa oaktsamhet kan leda till skadeståndsansvar."

³³⁰ Prop. 1997/98:99 s.183

³³¹ (Taxell 1981, s.228)

³³² (Taxell 1963, s.64) och (Stattin 2008, s.360)

6.3 PROCESS DUE CARE I SVERIGE, BEDÖMNING AV BESLUTSPROCESSEN

I förarbeten förordas att en domstol ska avgöra vilken grad av risktagande som varit godtagbar med beaktande av förhållandena när åtgärden beslutades.³³³ Det framhålls också i svensk doktrin att en domstol bör se till förhållanden vid beslutstillfället och beslutsprocessen snarare än att man bedömer själva beslutet och dess följder. Denna hållning finner också visst stöd i associationsrättslig praxis. I NJA 1987 s.394 där en ideell förenings beslut klandrades, prövade HD uttryckligen inte beslutets lämplighet, men lät väl pröva om beslutet stred mot stadgarna.³³⁴ Dotevall skriver att 29 kap 1§ ABL ska tolkas så att bedömningen av förfarandet ska göras utifrån de förhållanden som rådde vid tidpunkten när det vidtogs.³³⁵ Bergström och Samuelsson menar att domstolar i allmänhet inte är lämpade att integreras i bolagens beslutsprocess på så sätt att man i efterhand ska överpröva det affärsmässigt rimliga i vissa beslut.³³⁶ Nerep och Samuelsson lägger därtill att beslut i den vanliga verksamheten som vid beslutstillfället framstår som företagsekonomiskt motiverade inte ska kunna grunda ansvar.³³⁷ Taxell tycker att man ska anlägga som bas för ansvarsbedömningen av beslut den situation som var för handen när beslutet fattades.³³⁸ Om skada uppkommit senare till följd av omständigheter som rimligen inte bort förutses, uteblir ansvar.³³⁹ Ansvar för vad Taxell kallar för "felspekulationer" inträder enligt honom endast om det kan påvisas vårdslöshet eller försumlighet i planering eller annan beredning av ärendet.³⁴⁰

Ansvarsbedömningen vid bolagets misslyckade affärer torde således i svensk rätt inriktas på regeln i 8 kap 21 § 2st ABL som stadgar att styrelsen inte får fatta beslut i ett ärende, om inte såvitt möjligt, samtliga styrelseledamöter har 1) fått tillfälle att delta i ärendets behandling, och 2) fått ett tillfredsställande underlag för att avgöra ärendet. Den andra punkten understryker vikten av styrelsens informationsinsamling, även om regelns främsta syfte torde vara att motverka interna stridigheter i styrelsearbetet, men kanske också för att avhjälpa brister.³⁴¹ I förarbetena återfinns skrivningen att även omsorgsfullt övervägda affärsbeslut kan visa sig bli förlustbringande men för den delen inte behöver vara skadestånds-grundande som enligt min mening också pekar i riktning mot att tanken är att man ska se till beslutsprocessen, närmare bestämt ifall denna kan bedömas som omsorgsfull.³⁴² Det hela är i jämförelse inte helt olikt kravet på ett *informed decision* som BJR ställer upp. Det hela riktar in aktsamhetsbedömningen

³³³ Prop. 1997/98:99 s.180, SOU 1995:44 s.242

³³⁴ NJA 1987 s.392 på s. 403 "Den rättsliga prövning som /.../ skall göras avser endast frågan, om förbundets beslut om hemförsäkring är förenligt med stadgarna. Prövningen omfattar således inte frågan om lämpligheten av att ett fackförbund, om stadgarna ger utrymme för det beslutar om sådan försäkring." Det är vedertaget att rättspraxis även för andra associationsformer kan ge viss ledning avseende allmänna bolagsrättsliga principer och deras tillämpning i praktiken, se exv. (Hemström 2010, s.27) och (Taxell, Styrelseledamöters rättsliga ansvar 1981, s.223) som framhåller detta speciellt med avseende på styrelsens roll, eftersom den intar i princip samma ställning i alla associationer.

³³⁵ (Dotevall 1989, s.195)

³³⁶ (Bergström och Samuelsson 1997, s.103f)

³³⁷ (Nerep och Samuelsson 2009, s.397)

³³⁸ Se (Taxell 1981, s.231)

³³⁹ Ibid.

³⁴⁰ Ibid.

³⁴¹ Se Prop. 1975:103 s. 573 och (Samuelsson 2001, s.461) Någon vidare skärpning av kravet på beslutsmaterialets kvalitet genom straffsanktionen i 30 kap 1§ 1st 4p ABL annat än att samtliga ska ha samma kvalitet på sitt underlag kan jag däremot inte se. Jfr (Dotevall 2008, s.135). Notera att ensam styrelseledamot som vill ha bolagsintern information eventuellt kan få vänta på att frågan om dryftas på styrelsemöte.

³⁴² Se SOU 1995:44 s.242 och Prop. 1997/98:99 s.180

på hur processen med att ta fram beslutsunderlaget gått till. I svensk rätt skulle det fall där bolagsledningen fattat ett beslut utan tillfredställande beslutsunderlag alltså inte bara föreligga en vårdpliktsförsummelse utan också en avvikelse från en uttrycklig handlingsregel, och en BJR skulle sättas ur spel.³⁴³ Vad som anses tillfredsställande får anses variera från fall till fall, Stattin menar att ett riktvärde är att ju viktigare ärende, desto högre krav på underlag och beslutsförslag.³⁴⁴ Dotevall menar att det i princip handlar om all information som möjlig att få om den aktuella åtgärden, men att nyttan av information måste vägas mot kostnaden.³⁴⁵ Han tillägger att kravet på underlaget mildras vid brådskande åtgärder.³⁴⁶ Bilden av en vårdplikt som handlar om att uppnå en effektivitet i beslutsfattandet som ska gagna aktieägarna bekräftas enligt mig av detta.³⁴⁷

Det har visserligen tryckts mycket på att bedömningen ska ske utifrån beslutssituationen, men problematiken kring *hindsight bias* verkar inte uppmärksammas. Istället trycks det på att stor frihet ska lämnas i risktagande samtidigt som beredningen av besluten ska uppfylla vissa krav. Det verkar dock vara en något annan bedömningsstandard för misslyckade affärer som inte är förenade med lojalitetspliktsförsummelse eller avvikelser från klart uttryckta föreskrifter.

6.4 UPPEBAR AVVIKELSE FRÅN VERKSAMHETSFÖREMÅL ELLER SYFTET ATT LIKSTÄLLA MED WASTE?

I förarbeten står att läsa "Att en åtgärd vållar förlust för bolaget innebär emellertid inte att den behöver vara skadeståndsgrundande. Vilken grad av risktagande som varit godtagbar, dvs. icke oaktsam, får avgöras av domstolarna med beaktande av förhållandena när åtgärden beslutades."³⁴⁸

BJR i sin nuvarande tillämpning gäller som konstaterat inte för förfaranden som vid beslutstidpunkten inte haft någon rationellt ekonomiskt utbyte för företaget. Det är i mina ögon inte för långdraget att att *bad faith, waste, irrationality* etc, översätta till svenska förhållanden innebär ungefär detsamma som det krav att avvikelser från såväl bolagets verksamhets syfte som verksamhetsföremål ska vara uppenbara för att innebära en pliktförsummelse.³⁴⁹ En avvikelse från verksamhetsföremålet kan dock godkännas i efterhand av bolagsstämman, vilket torde innebära att det inte per automatik utgör en pliktförsummelse.³⁵⁰

Nerep och Samuelsson skriver att beslut i den vanliga verksamheten som vid beslutstillfället framstår som företagsekonomiskt motiverade inte ska kunna grunda ansvar.³⁵¹

I Sverige verkar doktrinen således överens om att den praxis som att aktieägare får tåla förfaranden som sker intra vires. Dotevall förordar också en extensiv tolkning av vad som är

³⁴³ (Stattin 2008, s.371)

³⁴⁴ Ibid.

³⁴⁵ (Dotevall 2008, s.110)

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ (Allen 2008, s.3 och 8)

³⁴⁸ SOU 1995:44 s.242

³⁴⁹ Se SOU 1995:44 s.88 "I 1944 års aktiebolagslag föreskrevs att styrelsen inte fick efterkomma en föreskrift av stämman rörande förvaltningen, om styrelsen fann att om föreskriften följdes det skulle innebära *ett uppenbart åsidosättande av bolagets intressen*. Detta har emellertid ansetts följa av att styrelseledamöterna har ställning av sysloman och att styrelsen inte får handla i strid med bolagsordningen. Bestämmelsen togs därför inte upp i 1975 års lag." se också och ingressen till NJA 1987 s.394 "att beslutet avser ett ändamål som är uppenbart främmande för förbundets uppgift enligt stadgarna" och NJA 2000 s.404, (Dotevall 2008, s.110 och s.118ff), (Sandström 2010, s.259) samt (Dotevall 2003, s.19f)

³⁵⁰ (Dotevall 2008, s.119)

³⁵¹ (Nerep och Samuelsson 2009, s.397)

intra vires. Argumenten skulle vara att aktieägarna har samtyckt till riskerna med styrelsens förvaltning, vid missnöje antingen verka för att byta ut ledningen, eller sälja aktier. Samt att en vid tolkning av verksamhetsföremålet är nödvändig för att tillåta bolagets snabba anpassning till verkligheten. Motsatsen torde utgöra uppenbar avvikelse från vinstsyftet, eller med andra ord *waste*.

6.4.1 GRADEN AV RISKTAGANDE

Rishtagande som ett nödvändigt element av affärsverksamhet i aktiebolag har erkänts av lagstiftaren i flera nämnda förarbetsuttalanden. Stattin har uttalat att det vore kontraproduktivt med så ingripande skadeståndsregler att styrelseledamöterna iakttar största möjliga försiktighet.³⁵² Dotevall menar att rättspolitiska skäl bör tala för acceptans av stora risktaganden.³⁵³ Nerep och Samuelsson för fram att skadeståndsreglerna är allmänt avsedda att återspegla en bestämd balanspunkt, där risken för skadestånd inte går utöver möjligheterna att sköta bolaget på ett affärsmässigt sätt.³⁵⁴

För graden av risktagande observerar Dotevall några saker av intresse.³⁵⁵ Risken förenad med åtgärden måste ställas i proportion till den förväntade vinsten av åtgärden. Ett överdrivet spekulativt risktagande kan leda till ansvar. Ett normalt risktagande varierar från bransch till bransch. Hänsyn måste också tas till bolagets ekonomiska ställning, är den svag får inte risktagandet riskera bolagets fortsatta verksamhet. Är verksamheten underkapitaliserad i förhållande till vad som kan vara påkallat av ett visst förfarande innebär det att ansvar kan aktualiseras. Han nämner också att principerna om ansvarsgenombrott möjligen kan ge vägledning för bedömningen och underkapitalisering är en nödvändig men inte tillräcklig grund för ansvarsgenombrott.³⁵⁶

Härutöver tycker jag att rationalitetskravet från USA kan tilläggas, se ovan 5.1.3.

6.4.2 ANSVARFRISKRIVNING I ABL?

Möjligheten till liknande ansvarsinskränkningar som DGCL § 102(b)(7)i svensk rätt har diskuterats och besvarats nekande avseende skada som orsakats bolaget. Motiveringen är att 29 kap 1§ är en tvingande regel.³⁵⁷ Eventuellt kan man uppnå önskad effekt genom aktieägaravtal. Om ett sådant avtal enligt svensk rätt har aktiebolagsrättslig verkan - vilket i det här fallet innebär att aktieägare är förhindrad att väcka talan för bolagets räkning - debatteras för närvarande flitigt efter det uppmärksammade rättsfallet NJA 2011 s 429.³⁵⁸ I praktiken kan

³⁵² (Stattin 2008, s.366)

³⁵³ Dotevall exemplifierar det hela med biltrafik, om alla kör 10 km/h och någon går före och viftar med en röd flagga torde de flesta olyckor undvikas. Likaså skulle ett bolag inte drabbas av förluster om man bara gjorde "säkra", riskfria, affärer. (Dotevall 1989, s.192f)

³⁵⁴ (Nerep och Samuelsson 2009, s.336), lägg märke till skrivningen "är avsedda", det står inte "bör vara avsedda."

³⁵⁵ Se för det fortsatta (Dotevall 1989, s.193ff) och (Dotevall 2008, s.111f)

³⁵⁶ Se vidare Moberg, Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder: ansvarsgenombrott, 1998.

³⁵⁷ Se (Dotevall, Möjligheten för aktiebolag att genom avtal hålla ledamot av bolagsledningen skadeslös 2007), och (Dotevall 2008, s.196ff) med vidare hänvisningar som redovisar att uppfattningen i svensk rätt verkar vara "att de obligatoriska bolagsorganens funktion och ledamöternas plikter inte kan förändras genom bestämmelser i bolagsordningen".

³⁵⁸ Det linjer som förs fram är att aktieägaravtal helt saknar aktiebolagsrättslig verkan, eller att det i vissa fall kan ha det. Att 8 kap ABL är tvingande till sin karaktär torde dock också avföra möjligheten till att ge ansvarsinskränkningar för 29 kap ABL genom aktieägaravtal. Se allmänt om aktieägaravtals aktiebolagsrättsliga verkan - Danelius & Ericson, Tvångsinlösen av aktier och aktieägaravtal, SvJT 2011

avtalet dock innehålla sådana vitesklausuler att en aktieägare avstår. En annan sak är att det ex post kan träffas överenskommelser mellan styrelseledamöter och aktieägare, se 29 kap 8 § ABL.

Uttalanden i förarbeten uttalar att en begränsning av ansvaret i vidare mån än genom jämningsinstrumentet i 29 kap 5§ ABL inte borde införas.³⁵⁹

6.5 FÖRSLAG PÅ UTVECKLING FÖR SVENSK DEL FORTSATT FORSKNING?

Undersökningen har visat på att det är angeläget att kunna hantera problematiken kring culpabedömningen, särskilt vid ledamots påstådda vårdpliktsförsummelse i samband med beslut. Det innebär dock inte att man behöver kopiera den ”lösning” man använder i USA rakt av.

För svensk del handlar det inte heller lika mycket om ett samhällsekonomiskt problem med avseende på de direkta kostnader som är förenad med en skadeståndprocess. Antalet skadeståndprocesser hittills är ju nästintill obefintligt, så det argumentet gör sig åtminstone inte lika starkt i Sverige. Det kan dock inte uteslutas att processerna skulle kunna öka.

Man kan också fråga sig om den risk som finns för att tillgången till styrelseledamöter skulle påverkas i verkligheten, och om entreprenörsklimatet skulle minska om ansvarsbedömningen tillät en utvärdering av vårdplikten. Framkallar skadeståndsansvaret den riskmotvillighet som man antar, och leder det till de konsekvenser man för fram? Empirisk forskning av stor vikt för att kunna fastslå det. För min undersökning har jag inte gått igenom sådan. Den teori som gåtts igenom och talar till förmån för en BJR sådan bäring att jag anser att en liknande modell bör tillämpas i Sverige.

I det stora hela torde intresset hos aktieägare att få kompetenta styrelseledamöter och att tillåta risktagande vara större än intresset av att få skadeståndsrättslig ersättning i enskilda fall när ”olyckan” är framme. En ersättning som kanske inte innebär full reparation.

Ska man då förespråka en total avhållsamhet i prövningen av vårdpliktsförsummelse, en abstention doctrine? Kanske rent tekniskt det bästa, men troligtvis allt för skadligt för gemene mans förtroende för marknaden. Telmans argument om skydd av företagshemligheter är dock något som kan vägas in även, eller kanske särskilt, i offentlighetsprincipens land Sverige.³⁶⁰

Grov vårdslöshet torde vara en rimlig väg att gå också för svensk del. I den meningen att en domstol utdömer ansvar när den klart ser att beslutsprocessen haft stora brister och inga ursäktande omständigheter finns.³⁶¹ En fri bedömning av beslutsprocessen torde sluta i att domstolen får överväga kostnaden och nyttan av mer information gentemot skadan som kan

s.857ff, Ramberg & Ramberg, Aktieägaravtal i praktiken. 2011. Moberg, Aktieägaravtalens aktiebolagsrättsliga verkan. Några rader, Festskrift till Bodil Flodgren, 2011 Arvidsson, Högsta domstolen och den aktiebolagsrättsliga separationsprincipen, JT 2011/12 s.50, Densamme, Aktieägaravtal. Särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar, 2010, s. 19 f. och 116 ff, Densamme, Aktieägaravtalet och dess rättsverkningar, Ny Juridik 4:10, s.52ff. Nerep, Aktiebolagsrättslig verkan av aktieägaravtal - särskilt om begränsningar i rätten till tvångsinlösen enligt ABL 22 kap., Festskrift till Torkel Gregow, 2010. Densamme, Anmaldelse: Arvidsson, Niklas: Aktieägaravtal. Särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar, NTS 2011:1, s. 107 ff. Lindskog, Aktieägaravtal - kommentarer med anledning av en avhandling, SvJT 2011 s. 265ff. och Sjöberg, Tvångsinlösenreglerna tvingande, JT 2011/12 s.149ff.

³⁵⁹ SOU 1995:44 s.243

³⁶⁰ Det ska dock sägas att tingsrätternas långa handläggningstid talar starkt emot skadeståndstalan som metod för *fishing expeditions* i samband med takeover-situationer

³⁶¹ (Allen 1997, s.318) och (Hellner och Radetzki 2006, s.149f) om svårigheterna att dra gränser mellan vårdslöshet och grov vårdslöshet. Dessa gränsfall får dock accepteras, utan regeln hade de ju

undvikas, det ekonomiskt effektiva i att utvidga beslutsunderlaget. Det är dock påkallat med ett stort spelrum för styrelseledamöter, en beslutsprocess måste enligt min mening ha varit riktigt undermålig för att grunda ansvar. Inte minst efter erfarenheterna från USA. På så viss sätts lite distans till riskerna för rättsliga felslut och därmed också riskaversiva ledningar. Kravet på tillfredsställande beslutsunderlag får inte sättas för högt, eller hänsyn tas därtill i en ansvarsjämkning.

Dotevall har anfört att en yttre gräns bör gå vid risk för underkapitalisering, utöver detta torde också det vara så att även sådana fall som utgör *waste* i USA bör leda till ansvar enligt 29 kap 1§ § 1st 1 mening.

De principiella utgångspunkterna i svensk rätt för skadeståndsansvaret- oaktsamheten i uppdraget bedömd enligt en allmänt hållen culpabedömning överensstämmer med de amerikanska. Att till att börja med gör en bunden culpabedömning och avgör om det föreligger en intressekonflikt, om så inte är fallet går man vidare och ser till beslutsprocessen, att den ska vara befattad med grov vårdslöshet, svåra brister. En total avhållsamhet från att bedöma bolagsledningens vårdpliktsförsummelse, som anhängare av abstention doctrine förespråkar, verkar dock vara främmande i svensk rätt. Jag är av meningen att det åtminstone krävs en buffert för domstolarna i deras bedömning. Enligt min mening bör således endast flagranta fall av vårdpliktsförsummelse tillrättavisas genom skadeståndsinstrumentet. Om man benämner det som att styrelseledamots agerande är irrationellt eller ett uppenbart avsteg från verksamhetsföremålet eller vinstsyftet tycker jag inte spelar roll. Detta under förutsättning att effekten blir överdriven aktsamhet. Om styrelseledamot däremot inte skulle bli direkt ekonomiskt ansvarig kanske detta kan lindras. Jämkning enligt 29 kap 5 § ABL som domstolen har till förfogande innebär att en domstol kan fastställa ansvar utan att det behöver vara direkt ekonomiskt betungande. De andra faktorerna som svartmålning kvarstår dock, vilket kanske inte kan accepteras med hänsyn till risken för rättsliga felslut. I förarbetena uttrycks det tydligt att den svenska lagstiftarens inställning är att andra begränsningar av skadeståndsansvaret inte är lämpliga.³⁶² Andra begränsningar anses strida mot de allmänna grundsatserna som gäller för syssemans ansvar.³⁶³ En BJR med lindrigare standard skulle kunna vara en sådan begränsning som åsyftas men kanske inte är det. Lagstiftaren vill kanske fortfarande använda skadeståndsansvaret som en skampåle, vilket kan vara nog så effektivt.

6.5.1 SAMMANFATTANDE SLUTSATSER

På vilket sätt ska styrelseledamots skadeståndsansvar gentemot mot bolaget bedömas av en domstol? Den bild jag fått av ansvaret i fråga är att det framförallt ska ge en incitamentsverkan för styrelseledamöter att verka i bolagets intresse. Det finns dock mycket som tyder på att ansvaret kan motverka det man vill uppnå.

Om en styrelseledamot under fullgörande av sitt uppdrag uppsåtligt eller av oaktsamhet orsakar bolaget skada skall denne ersätta skadan. Ansvarsbedömningen utgår från skadeståndsrättens culpabedömning, som saknar objektiva kriterier för hur bedömningen ska gå till. Tillsammans med en aktiebolagslag som inte definierar vad som skall anses med otillbörligt risktagande, torde det inte vara helt överraskande att culpabedömningen vid styrelsens beslut är svår att genomföra om inga uttryckliga normer har överträtts. Culpabedömningen av styrelseledamots handlande i samband med ett bolags affärer visar upp

³⁶² Prop. 1997/98:99 s.184

³⁶³ Ibid.

ungefär samma svagheter i Sverige och USA. Intryck av USA:s försök att råda bot på dessa är således enligt min mening värda att ta. En direkt kopia är svår och kanske inte politiskt gångbar. Det saknas något som ens liknar publicerad svensk empiri om hur stora de negativa effekterna av skadeståndsriskerna är på bolagsstyrning, men som aktiebolaget som verksamhetsform för affärsrörelser har en betydelse av sådan magnitud som det har är stor försiktighet påkallad i förändringar när osäkerhet om följderna finns. Det blir så att säga lätt ringar på vattnet. I en nästintill global konkurrenssituation, i varje fall europeisk, finns också all anledning att vara försiktig med betungande regler för aktiebolag.

I USA har man valt en modell med krav på en hög aktsamhetsstandard ex ante som ger incitament och verkar moraliskt för att motverka slarvigt styrelsearbete. Bristerna i att bedöma eller mäta denna har resulterat i ett lägre krav på aktsamhet ex post. En aktsamhet som sätts i samband med beslutsprocessen, där tröskeln för ansvar är grov vårdslöshet. Ett Delaware-bolag kan dock friskskriva styrelseledamot ända upp till grov vårdslöshet. I och med svårigheterna att visa på uppsåt och Delaware-bolag kan en director i praktiken inte bli skadeståndsansvarig gentemot bolaget för förlustaffärer som saknar samband med lojalitetspliktsförsummelse. Det som skulle benämnas vårdpliktsförsummelse. Detta oavsett om domstolen lystrar till förespråkarna för en *abstention doctrine*, som innebär att domstol helt avstår från att pröva frågan om aktsamhet, eller om domstolen tillämpar en BJR som tillåter viss utvärdering av styrelsens/bolagsledningens agerande som i *Smith v. Van Gorkom*, eller *Disney Cases*. Den standard en sådan BJR ställer upp som ett oaktsamhetsansvar för vårdpliktsförsummelse som är snällare/lindrigare, det kräver en högre grad av oaktsamhet, i stil med grov vårdslöshet. En rimlighetsstandard för beslutsprocess, en rationalitetsstandard för beslutet. På detta sätt minskar man risken att domstolen misslyckas från att urskilja "felbeslut" från "dåliga beslut", dvs. ett önskat beteende respektive ursäktliga misstag.

Den svenska aktiebolagsstyrelsen har i ABL lämnats en stor handlingsfrihet i den strategiska ledningen av verksamheten. I förarbetena har man påtalat nödvändigheten av risktagande i affärsverksamheter och att hänsyn bör tas till det vid bedömningen av skadeståndsanspråk. "Skadeståndsreglerna får inte utformas så att styrelserna avstår från att ta affärsmässigt motiverade risker av rädsla för att drabbas av ett personligt betalningsansvar om affären leder till förlust för bolaget."³⁶⁴ Möjligheterna för styrelseledamöter att se till att bolaget uppnår konkurrensfördelar och effektivitetsvinster ska alltså i möjligaste mån inte störas av risken för ett personligt betalningsansvar till följd av bolagets misslyckade affärer.

Min undersökning har visat att det råder en stark enighet i doktrin om att vi i Sverige ska tillämpa en form av BJR för att lösa detta problem. Det råder däremot ingen unison enighet om precis hur denna ska vara utformad. Bedömningen av en styrelseledamots ansvar för förluster i bolagets verksamhet, utan att det förelegat klara avvikelser från regler i ABL eller intressekonflikter, verkar av en svensk domstol främst hänföra sig till att se om verksamhetssyftet, verksamhetsföremålet och styrelsens. Att bedömningen liksom BJR bör fokusera på beslutsprocessen står klart. Förutom uttalanden i förarbeten och doktrin pekar också regeln om styrelsens beslutsföret i 8 kap 21 § ABL på detta. I Sverige verkar uppfattningen att ringa oaktsamhet ska kunna medföra ansvar, men att bedömningen om vad som är tillfredsställande får göras in-casu. Ansvar kan genom jämningsmöjligheten i 29 kap 5 § ABL jämkas till noll. Den svenska modellen ger, på papperet, så sätt möjlighet till stort

³⁶⁴ Prop 1997/98:99 s.296

risktagande utan risk för direkt personlig ruin. Det kvarstår dock en osäkerhet kring att en domstol verkligen jämkar ansvaret. Eftersom jag inte vidare utrett jämningsinstrumentet kan jag inte yttra mer i den frågan. I kombination med en undermålig beslutsprocess verkar uppenbara avsteg från vinstsyftet kunna leda till ansvar samt för de fall ledamot agerar på ett sätt som inte har någon som helst företagsekonomisk grund. Eftersom hotet om att någon riktar en skadeståndstalan mot styrelseledamot uppenbarligen är lägre i Sverige kanske det är fruktsamt med en reell risk för skadeståndsansvar. Däremot torde inte andra incitament som påtalats för att fullgöra uppdraget vara lägre i Sverige än i USA. Risken för svartmålning, de sociala konsekvenserna, också förlust av ytterligare andra styrelseuppdrag till etc. torde vara minst lika kraftiga som i USA.

Sammantaget är bilden att en svensk domstol både borde och skulle tillämpa en variant av BJR.

En tillämpning av en sorts BJR skulle för att återknyta till den grekiska mytologin vara en lots för svenska domstolar likt gudinnan Thetis för Jason och Argonauterna mellan Skylla och Karybids.

KÄLLFÖRTECKNING

OFFENTLIGT TRYCK

Prop. 1975:103 Förslag till ny aktiebolagslag

SOU 1995:44 Aktiebolagets organisation

Prop. 1995/96:10 Års- och koncernredovisning

Prop. 1997/98:99 Aktiebolagets organisation

SOU 2004:46 Svensk kod för bolagsstyrning

SOU 2004:47 Näringslivet och förtroendet

Prop. 2004/05:85 Ny aktiebolagslag

Ds 2010:8 Fyra aktiebolagsrättsliga frågor

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING SVERIGE

NJA 1913 s 96

NJA 1936 s 78

NJA 1943 s.46

NJA 1946 s.605

NJA 1948 s.651

NJA 1973 s. 587

NJA 1976 s.458

NJA 1987 s.394

NJA 1993 s.41 I&II

NJA 1994 s.236

NJA 1995 s .693

NJA 1997 s.418

NJA 2000 s.404

NJA 2011 s 429

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING USA

Briggs v. Spaulding, 141 U.S. 132 (1891)

Dodge v. Ford 170 N.W. 668 (Mich. 1919)

Barnes v. Andrews 298 F. 614 (S.D.N.Y. 1924)

Guth v. Loft 255, 5 A.2d 503 (Del. Ch. 1939)

Conway v. O'Brien 111 F.2d 611 (Court of Appeals, 2nd Circuit 1940)

Saxe v. Brady, 184 A. 2d 602 (Del.Ch. 1962)

Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing. Co., 188 A.2d 125 (Del. S.C. 1963)

Sinclair Oil Co. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. S.C. 1971)

Joy v. North, 692 F. 2d 880 (Court of Appeals, 2nd Circuit 1982)

Aronson v. Lewis, 473 A. 2d 805 (Del. S. C. 1984)

Smith v. Van Gorkom, 488 A. 2d 858 (Del. S. C. 1985)

In re JP Stevens & Co. S'holders Litig., 542 A.2d 770 (Del. Ch. 1988)

Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp. 569 A.2d 53 (Del. S.C. 1989)

In re Caremark International. Inc. Deriv. Lit., 698 A. 2d 959 (Del. Ch. 1996)

Lewis v. Vogelstein, 699 A.2d 327 (Del.Ch. 1997)

Disney-fallen

(1) In re The Walt Disney Company Derivative Litigation, 731 A.2d 342 (Del. Ch. 1998)

(2) Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244 (Del. S. C. 2000)

(3) In re The Walt Disney Company Derivative Litigation, 825 A.2d 275 (Del. Ch. 2003)

(4) In re The Walt Disney Company Derivative Litigation 907 A.2d 693 (Del. Ch. 2005)

(5) In re The Walt Disney Company Derivative Litigation, 906 A.2d 27 (Del. S. C. 2006)

Malpiede v. Townson, 780 A. 2d 1075 (Del.S.C 2001)

Emerald Partners v. Berlin, 787 A.2d 85 (Del. Ch.2001)

White v. Panic, 783 A. 2d 543 (Del.S.C. Court 2001)

Cantor v. Perelman 414 F.3d 430 (Court of Appeals, 3rd Circuit 2005)

Stone v. Ritter, 911 A. 2d 362 (Del. S. C. 2006)

In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964 A. 2d 106 (Del Ch. 2009)

Gantler v. Stephen 9965 A.2d 695 (Del. S.C 2009)

In re The Goldman Sachs Group, Inc. Shareholder Litigation, C.A. No. 5215-VCG (Del. Ch. 2011)

Övriga rättsfall

EU : EUD 14/83 Van Colson, C 397/01–C 403/01

England: White v Jones [1995] 2 AC 207

LITTERATURFÖRTECKNING

Af Sandeberg, Catarina. *Prospektansvaret. Caveat Emptor eller Caveat Venditor?* Uppsala: Iustus Förlag AB, 2001.

Allen, William T. "Modern Corporate Governance and the Erosion of the Business Judgment Rule in Delaware Corporate Law." *CLPE Research Paper 06/2008 baserad på 2008 Davies Fund Lecture in Business Law, Osgoode Hall Law School, York University, 22 January 2008*. 2008.

Allen, William T. "The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule under U.S. Corporate Law." i *Comparative Corporate Governance*, av Hopt, Kanda, Roe, Wymeersch, & Prigge, s.307ff. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1997.

Allen, William T., Jack B. Jacobs, och Leo E. Strine, Jr. "Realigning the Standard of Review of Director due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and its Progeny as a Standard of Review Problem." *Northwestern University Law Review*, 2001-2002: s.449ff.

"American Jurisprudence 2nd Corporations." uppdaterad t.o.m. Feb 2012.

Arsht, S. Samuel. "The Business Judgment Rule Revisited." *Hofstra Law Review*, 1979-1980: s.93ff.

Bainbridge, Stephen M. "Caremark and Enterprise Risk Management." *Journal of Corporation Law (University of Iowa)*, 2009: s.967ff.

Bainbridge, Stephen M. "The Business Judgment Rule as an Abstention Doctrine." *Vanderbilt Law Review*, 2004: s.83ff.

—. "Working Paper Smith v. Van Gorkom." *UCLA School of Law - Law & Economics Research Paper Series No. 08-13 Smith v. Van Gorkom*. UCLA School of Law, 2008. s.1ff.

Balotti, R. Franklin, och Mark J. Gentile. "Elimination or Limitation of Director." *Delaware Journal of Corporate Law*, 1987: s.5ff.

Bergström, Clas, och Per Samuelsson. *Aktiebolagets Grundproblem*. 3.e. Norstedts Juridik, 2009.

—. *Aktiebolagets Grundproblem*. Nerenius & Santérus Förlag, 1997.

Beyer, Claes. "Gott skick vid nationell och internationell företagsstyrning." *35.e Nordiska Juristmötet*. Oslo, 1999. 1013-1040, 1041-1060.

Black, Bernard S., Brian R. Cheffins, och Michael Klausner. "Outside Director Liability." *American Law & Economics Association Annual Meetings - 2004*. The Berkeley Electronic Press, 2004. paper no.11.

Bogdan, Michael. *Komparativ rättskunskap*. Falköping: Norstedts Juridik, 1993.

Båvestam, Urban. "Något om den skadeståndsrättsliga betydelsen av försäkransmeningar i börsbolagens årsredovisningar." *SvJT*, 2006: s.43ff.

- Båvestam, Urban. "Om aktiebolagsstyrelsens möjlighet att delegera uppgifter med ansvarsreducerande verkan." *JT*, 2001/02: 252ff.
- "Corporate Directors' Guidebook 6th Edition." *Business Lawyer*, 2010-2011: s.975ff.
- Dotevall, Rolf. *Bolagsledningens skadeståndsansvar. 2:a*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2008.
- Dotevall, Rolf. "Liability of Members of the Board of Directors and the Managing Director-A Scandinavian Perspective." *International Lawyer*, 2003: s.7ff.
- Dotevall, Rolf. "Möjligheten för aktiebolag att genom avtal hålla ledamot av bolagsledningen skadeslös." i *Festskrift till Lars Gorton*, 75ff. Juristförlaget i Lund, 2007.
- . *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*. Stockholm: Norstedts förlag, 1989.
- Dotevall, Rolf. "Styrelsens och VD:s skadeståndsansvar - påverkas det av koden?" i *En svensk kod för bolagsstyrning - vad är det för något och vad innebär den?*, av Rolf Skog, redigerad av Rolf Skog, 79-90. Stockholm: Iustus, 2005.
- Easterbrook, Frank H., och Daniel R. Fischel. *The Economic Structure of Corporate Law*. USA: First Harvard University Press, 1991.
- Eisenberg, Melvin A. "The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law." *Fordham Law Review*, 1993-1994: s.437ff.
- "Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations." *Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations*. uppdaterad t.o.m. Feb 2012.
- Follett, Michael. "Gantler v. Stephens: Big Epiphany or Big Failure a Look at the Current State of Officers' Fiduciary Duties and Advice for Potential Protection." *Delaware Journal of Corporate Law*, 2010: s.563ff.
- Gevurtz, Franklin A. "Disney in a Comparative Light." Densamme via Berkeley Press Selected Works, http://works.bepress.com/franklin_gevurtz/1, 2007. s.1ff.
- Gevurtz, Franklin A. "The Business Judgment Rule - Meaningless Verbiage or Misguided Notion." *Southern California Law Review*, 1993-1994: s.287ff.
- Gevurtz, Franklin A. "The Role of Corporate Law in Preventing a Financial Crisis: Reflections on In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation." *Global Business & Development Law Journal* vol.23 (2010-2011): s.113ff.
- Gregory, William A. "The Fiduciary Duty of Care: A Perversion of Words." *Akron Law Review*, 2005: s.181ff.
- Hammarskiöld, Peder, och Sandra Hein. "Kommer den nya bolagsstyrningskoden att ge bättre bolagsstyrning och öka förtroendet för näringslivet?" *JT*, 2004/05: s.505ff.
- Hellner, Jan, och Marcus Radetzki. *Skadeståndsrätt. 7:e*. Visby: Norstedts Juridik, 2006.
- Hemström, Carl. *Bolagens rättsliga ställning. 9:e*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2010.

- Hemström, Carl. "Om styrelseledamots plikt mot bolaget enligt svensk aktiebolagsrätt." *JT*, 1989/90: s.89ff.
- Horse, Henry R. "The Duty of Care Component of the Delaware Business Judgment Rule." *Delaware Journal of Corporate Law*, 1994: s.971ff.
- Johansson, Svante. "Interimistiska åtgärder vid aktiebolagsrättsliga processer. Något om tillämpningen av 15 kap. RB vid processer grundade på aktiebolagslagen." *SvJT*, 1991: s.601ff.
- Johnson, Simon, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, och Andrei Shleifer. "NBER Working Paper no.7523." *Tunneling*. 2000.
- Kastler, Jamie L. "The Problem with Waste: Delaware's Lenient Treatment of Waste Claims at the Demand Stage of Derivative Litigation." *Minnesota Law Review*, 2011: s.1899ff.
- Kershaw, David. *Company Law in Context*. New York: Oxford University Press Inc., 2009.
- Kleineman, Jan. *Studier i Kontrakts- och Skadeståndsrätt*. Stockholm: Jure, 2011.
- Kraakman, Reiner H., o.a. *The Anatomy of Corporate Law*. Toronto: Oxford University Press, 2009.
- Kumlien, Johanna. "Något om den aktiebolagsrättsliga jämningsregeln." *SvJT*, 2009: s.842ff.
- Lipton, Martin, och Paul K. Rowe. "The Inconvenient Truth About Corporate Governance: Some Thoughts on Vice-Chancellor Strine's Essay." *Journal of Corporation Law*, 2007-2008: s.63ff.
- Manning, Bayless. "Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention - Time for Reality." *Business Lawyer*, 1983-84: s.1477ff.
- McDonnell, Brett H., och Clarie A. Hill. "Disney, Good Faith, and Structural Bias." *Journal of Corporation Law*, 2006-2007: s.833ff.
- Miller, Robert T. "Oversight Liability for Risk-Management Failures at Financial Firms." *Southern California Law Review* vol.84 (2010): s.47ff.
- Miller, Robert T. "The Board's Duty to Monitor Risk After Citigroup." *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2009-10: s.1153ff.
- Modéer, Kjell Å. "Jurister på politikernas arenor. Det svenska kommitté- och utredningsväsendet i ett historiskt perspektiv." *SvJT*, 2011: 735ff.
- Nerep, Erik, och Per Samuelsson. *Aktiebolagslagen. En lagkommentar del 3 Kapitel 23-32*. 2.a. Vällingby: Thomson Reuters Förlag, 2009.
- Olstedt, Caroline, och Lars Pehrson. "Styrelseansvar i omvandling?" *Ny Juridik* 3 (1997): s.55ff.
- Orenstein, Alec. "A Modified Caremark Standard." *New York University Law Review*, 2011: s.766ff.
- Petrin, Martin. "Assessing Delaware's Oversight Jurisprudence: A Policy and Theory Perspective." *Virginia Law & Business Review*, 2011: s.433ff.

- Ramberg, Christina. "Om uppsägning av långvariga avtal." *SvJT*, 2010: s.94ff.
- Ramberg, Jan. "Recension av Michael Bogdan Komparativ Rättskunskap." *JT*, 1993/94: s852.
- Rehnquist, William H. "The The Prominence of the Delaware Court of Chancery in the State-Federal Joint Venture of Providing Justice." *Business Lawyer*, 1992: s.351ff.
- Roos, Carl Martin. "Företagsledningens interna ansvar." i *Revisorer och Näringsrätt. En samling uppsatser i handelsrätt*, redigerad av Håkan Hydén, & Lars-Gunnar Svensson, 71-80. Lund: Studentlitteratur, 1982.
- Samuelsson, Per. "Om aktiebolagsstyrelsers arbetsformer." *SvJT*, 2001: s.458ff.
- Samuelsson, Per. "Om rättsekonominns uppkomst och inverkan på den aktiebolagsrättsliga forskningen." *SvJT*, 1997: 528ff.
- Sandström, Torsten. *Svensk Aktiebolagsrätt*. 3.e. Visby: Norstedts Juridik, 2010.
- Scarlett, Ann M. "A Better Approach for Balancing Authority and Accountability in Shareholder Derivative Litigation." *University of Kansas Law Review*, 2008: s.39ff.
- Schultz, Mårten. "Kausalitetspraktikan." *SvJT*, 2011: s.465ff.
- Skog, Rolf. "Nya bestämmelser om aktiebolagets organisation. En presentation av Aktiebolagskommitténs förslag." *JT*, 1995/96: 50ff.
- Skrabb, Katarina. "Konkurrerande bolag med gemensamma styrelseledamöter - ur ett aktiebolagsrättsligt perspektiv." *Aktiemarknadsrättslig skriftserie*, 2009: s.81ff.
- Stattin, Daniel. *Företagsstyrning. En studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning*. 2:a. Uppsala: Uppsala universitets tryckeri, 2008.
- Stattin, Daniel. "Soft Law och Hard Law. Om sambandet mellan Svensk kod för bolagsstyrning och aktiebolagsrätten." *NTS*, 2006: s.107ff.
- . *Takeover - Offentliga uppköpserbjudanden på aktiemarknaden enligt svensk rätt*. 2:a. Stockholm: Thomson Reuters, 2009.
- Stout, Lynn A. "In Praise of Procedure: An Economic and Behavioral Defense of Smith v. Van Gorkom and the Business Judgment Rule." *Northwestern Univeristy Law Review*, 2001-2002: s.675ff.
- Strömholm, Stig. *Rätt, rättskällor och rättstillämpning, upplaga 5*. Stockholm: Norstedts Juridik, 1996.
- Svernlöv, Carl. *Ansvarsfrihet - Dechargeinstitutet i svensk aktiebolagsrätt*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2007.
- . *Arbetsordning och andra instruktioner i aktiebolaget. En introduktion*. Stockholm: Litteraturcompagniet AB, 2006.
- . *Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget. En introduktion*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2008.

Svernlöv, Carl. "Trender inom corporate governance." *Ny Juridik* nr.3 (2011).

Taxell, Lars Erik. *Ansvar och ansvarsfördelning i aktiebolag*. Åbo: Åbo Akademi, 1963.

—. *Ansvar och ansvarsfördelning i aktiebolag*. Åbo: Åbo Akademi, 1963.

—. "Styrelseledamöters rättsliga ansvar." *29e Nordiska Juristmötet II*. Stockholm: Norstedts, 1981. s.221ff.

—. "Styrelseledamöters rättsliga ansvar." *29e Nordiska Juristmötet II*. Stockholm, 1981. s.221ff.

Telman, D.A. Jeremy. "The Business Judgment Rule, Disclosure, and Executive Compensation." *Tulane Law Review*, 2006-2007: s.829ff.

Veasey, E. Norman. "New Insights into Judicial Deference to Directors' Business Decisions: Should we Trust the Courts?" *Business Lawyer*, 1983-84: s.1463ff.

Weinberger, Lael Daniel. "The Business Judgment Rule and Sphere Sovereignty." *Thomas M. Cooley Law Review*, 2010.

Åhman, Ola. *Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten*. Uppsala: Iustus förlag, 1997.

INTERNETKÄLLOR

NasdaqOMX Stockholm Regelverk för emittenter

http://nasdaqomx.com/digitalAssets/74/74814_nasdaq_omx_stockholms_regelverk_for_emittenter_2011_07_01.pdf

NGM:s Börsregler för notering

http://www.ngm.se/doc-archive/NGM-b%C3%B6rsen/Notering/b%C3%B6rsregler_2010_g%C3%A4ller_from_2010-10-01.pdf

ProfessorBainbridge.com

<http://www.professorbainbridge.com/professorbainbridge.com/>

INFORMATIONSBLAD

Registrerades första gången på kursen HT 2011, examination i september 2012 (det första examinationstillfället)