



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Actio pro socio och bolagsstyrning

Andréé Andersson

Examensarbete 30 högskolepoäng
Juristprogrammet
Höstterminen 2014
Juridiska institutionen

Handledare: Rolf Dotevall

Innehåll

Sammanfattning.....	1
1 Inledande bakgrund.....	1
2 Metod och material.....	2
2.1 Rättsdogmatisk metod	3
2.2 Komparativa studier	3
2.3 Rättsekonomisk teori	3
2.4 Tillvägagångssätt – praktisk metod	4
3 Aktiebolagets organisation.....	5
3.1 Kompetensfördelning och ansvarsområden	6
3.1.1 Bolagsstämma	6
3.1.2 Styrelse	6
3.1.3 Verkställande direktör.....	7
3.2 Aktiebolagets grundproblem.....	7
3.3 Lösningen på problemet? Bolagsstyrningsdebatten.....	8
3.3.1 Aktieägarnas aktiva förvaltning och dess begränsningar.....	8
3.3.2 Styrelsens bevakning av bolagets intressen och väckande av talan	9
3.3.3 Bolagsledningens plikter och skadeståndsansvaret.....	9
4 Organledamots plikter gentemot bolaget.....	10
4.1 Omsorgsplikt.....	10
4.1.1 Affärsbeslut (<i>the business judgment rule</i>).....	12
4.1.2 Övervakningsplikt	13
4.1.3 Aktivitetsplikt.....	14
4.2 Lojalitetsplikt	14
4.2.1 Närståendetransaktioner	15
4.2.2 Affärsmöjligheter (<i>corporate opportunities</i>).....	16
5 Allmänt om ansvaret enligt 29 kap. ABL.....	17
5.1 Skadeståndets funktioner och syften.....	18
5.2 Närmare om de ansvarsutlösande förutsättningarna.....	19
5.2.1 Skadevällande handling eller underlåtenhet (steg 1).....	19
5.2.2 Oaktsamhetsbedömningen (steg 2)	20
5.2.3 Adekvat kausalitet (steg 3)	21
5.2.4 Uppskatting av skadan (steg 4)	21
6 Tröskelregler och talerätt.....	22
6.1 Actio pro socio enligt aktiebolagslagen.....	22
6.2 Kvalificerat innehav	25
6.3 Förhandsbedömning	26

6.3.1 England	26
6.3.2 USA	28
6.4 Övriga modeller	30
6.4.1 Frankrike	30
6.4.2 Tyskland	31
6.5 Beviljandet av ansvarsfrihet	31
7 Tillgång till information	33
7.1 Aktieägares insyns rätt	33
7.2 Revisor och minoritetsrevisor	34
7.3 Särskild granskning	35
7.4 Allmänprocessuella instrument	36
7.4.1 Särskilt om editionsföreläggande	38
8 Rättegångskostnader	38
8.1 Allmänt om kostnadsfördelningen i tvistemål	39
8.2 Aktiebolagsrättsliga särregler – <i>lex specialis</i>	39
8.2.1 Särskilt om riskavtal	40
9 Alternativa rättsmedel	41
9.1 Straffansvar	41
9.2 Offentliga utredningar	42
10 Diskussion	43
10.1 Sammanställning av de undersökta faktorerna	43
10.2 Minoritetstalans praktiska och teoretiska betydelse	44
10.3 Förslag till förändring?	45
10.4 Några avslutande ord	48
Källor och litteratur	49
Litteratur	49
Offentligt tryck	51
Utländskt offentligt tryck	51
Webbplatser	52
Rättsfallsregister	52
Svenska domar (NJA)	52
Utländska domar	52

Sammanfattning

När ett aktiebolag orsakas skada – t.ex. av styrelseledamot – så vidkänns aktieägarna detta indirekt genom ett minskat värde på sitt aktieinnehav. Att få ersättning för sådan skada kan i princip endast ske genom att tillföra bolaget ersättning för skadan och således indirekt kompensera bolagets aktieägare. Ett direkt anspråk från aktieägare för indirekt skada är som huvudregel inte tillåtet.¹ Vad som finns är en möjlighet för aktieägare att föra en talan i eget namn för bolagets räkning enligt 29 kap. 7-9 §§ ABL, s.k. *actio pro socio*.² Skadeståndsreglerna i aktiebolagslagen uppfyller olika funktioner och är ett av flera problematiska instrument för aktieägarna att reparera skador och beivra oönskat beteende från bolagsledningen och andra aktieägare.

1 Inledande bakgrund

“The directors of companies, being managers of other people’s money, cannot be expected to watch over it with the same vigilance with which they watch over their own” (Adam Smith 1776).³

Som svar på vissa inneboende problem rörande aktiebolagets organisation har en mängd teoribildning uppkommit inom vad som kommit att benämnas för bolagsstyrning (eng. corporate governance). Bolagsstyrning kan definieras som de system, bland annat rättsliga, genom vilket bolag styrs och kontrolleras.⁴ Inte minst har en handfull skandaler, och det faktum att bolagsledningen sällan kunnat hållas ansvarig, varit drivande för bolagsstyrningsdebatten i Sverige.⁵ Debatten tycks heller aldrig fullt lysa med sin frånvaro. I skrivande stund kan pekas på vändorna kring SCA⁶, HQ Bank⁷ och SAMI⁸ för att ta några exempel. Med en bred konsensus i litteraturen kring vikten av aktieägarnas kontroll över verksamheten och dess ledning ställs den centrala frågan vilka medel som står till buds för att uppnå detta mål.⁹ Inom ramen för bolagsstyrningsfrågorna kan onekligen ett flertal perspektiv anläggas och problematiseras. Skadeståndstalan förd av en aktieägarminoritet utgör ett av flera rättsområden som kan analyseras för att vinna större kunskap i dessa frågor.

Under vilka omständigheter som aktieägare bör ha möjligheten att föra en skadeståndstalan för bolagets räkning är en av flera viktiga frågor inom bolagsstyrningsdebatten.¹⁰ De rättsliga

¹ För en mer omfattande utredning av direkta skadeståndsanspråk, se de Jong, s. 98; för svensk rätt, se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 222 f. Se även Andersson, s. 81 ff. för en mer liberal syn. Jfr Skog, s. 256. I finsk rätt fastslås principen uttryckligen i 22 kap. 7 § fjärde stycket FABL, se RP 109/2005, s. 200.

² Termen *actio pro socio* syftar här på en talan för ett aktiebolags räkning förd av en eller flera aktieägare istället för bolagets vedertagna ställföreträdare, dvs. bolagets styrelse. En skadeståndstalan från aktieägarna (*actio pro socio*) fungerar på samma sätt som gällande handelsbolagsrätten, 2 kap. 14 och 15 §§ BL. Även här framträder samma problem med svårigheter att visa på orsakssamband mellan bolagsmans handlande och en ekonomiskt mätbar skada, samt de faktum att eventuell ersättning tillfaller bolaget, se Dotevall, *Samarbete i bolag*, s. 63 ff. och Sandström, *Handelsbolag och enkla bolag*, s. 77 ff.

³ Cit. ur Tricker, s. 217.

⁴ Af Sandeberg, s. 22 f.; se vidare Thomsen & Conyon, s. 4.

⁵ Se Svernlöv, s. 21 f.

⁶ Spängs. (2015-01-30). SCA:s vd flög till fotbolls-VM för 3 miljoner kronor. *Dagens Nyheter*. Hämtad från <http://www.dn.se/ekonomi/scas-vm-flog-till-fotbolls-vm-for-3-miljoner-kronor/>.

⁷ Forsberg & Lucas, (2015-01-10). Qviberg riskerar fängelsestraff. *Dagens Nyheter*. Hämtad från <http://www.dn.se/arkiv/ekonomi/qviberg-riskerar-fangelsestraff/>.

⁸ Krabbe (2015-01-29). Fängelse och miljonskadestånd för tidigare VD på SAMI. Hämtad från <https://www5-infotorg-se.ezproxy.ub.gu.se/rb/premium/straffatt/ekobrott/article211855/>.

⁹ Jfr Af Sandeberg, s. 23.

¹⁰ Reisberg, *A roadmap to nowhere*, s. 337 f.

möjligheterna för aktieägare att rikta talan mot bolagsledningen har blivit allt större i rättsordningar som tidigare bedömt dessa rättsliga instrument som ineffektiva.¹¹ Möjligheten för aktieägare i eget namn, men för bolagets räkning, att föra en skadeståndstalan utgör även i svensk rätt en principiellt viktig befogenhet.¹² Som en sanktion mot bolagsledningens pliktbrott utgör det ett sätt att begränsa det agentkostnads- och förtroendeproblem som, från tid till annan, uppstår mot bakgrund av aktiebolagets organisation. Trots att dessa skadeståndsmål tycks ovanliga i Kontinentaleuropa så finns det en möjlighet att inleda sådan talan i näst intill samtliga rättsordningar.¹³ I amerikansk rätt betraktas däremot dessa processer som ett centralt rättsinstrument för att hålla bolagsledningen ansvarig för sin förvaltning av bolagets och aktieägarnas intressen.¹⁴

Mitt syfte med denna uppsats är att analysera möjligheten hos skadeståndstalan för av en aktieägarminoritet att hålla skadevållare inom bolaget ansvariga samt förklara vilken betydelse detta instrument har för bolagsstyrningen och aktiebolagsrätten.

Här tas sikte främst på de publika bolag vars aktier är syftade till omsättning på börs eller annan organiserad marknadsplats, även om mycket av utredningen och slutsatserna har relevans även för privata aktiebolag. Uppsatsen rör enbart rätten för aktieägare att väcka talan i eget namn för bolagets räkning där bolaget är mottagare av eventuell ersättning, s.k. interna anspråk. Fokus ligger på ansvaret för styrelseledamot och verkställande direktör. Det bortses vidare från frågor om preskription och tidsfrister för väckande av talan.

2 Metod och material

Det finns inte någon enskild juridisk metod som inbegriper samtliga möjliga tillvägagångssätt att angripa en rättslig frågeställning; istället finns en mer eller mindre avgränsad uppsättning av metoder för detta ändamål.¹⁵ De metoder som utnyttjats i denna uppsats kommer kort att presenteras i det följande.

Det är av stor vikt att en jurist redogör för det material som valts ut samt hur detta tolkas.¹⁶ Valet av material har, förutom dess uppenbara relevans för ämnet, främst försökts fattas mot bakgrund av litteraturens ålder. På samma sätt har senare förarbeten regelmässigt givits tolkningsföreträde framför äldre. Huvudkällorna för arbetet har bestått i aktiebolagslagens och dess föregångares förarbeten samt den klassiska litteraturen på området, tillsammans utländska verk och artiklar i bolagsstyrningsfrågor som ansetts relevanta för framställningen. Referensapparaten har hållits vidlyftig för att ge läsaren en så god inblick i källornas innehåll som möjligt.¹⁷

¹¹ Hansmann & Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, s. 457. Ägarledd skadeståndstalan utgör ett viktigt bolagsinstrument i japansk rätt sedan en tid tillbaka, Gelter, s. 844. Även länder som Kanada, Nya Zeeland och Australien har infört derivativ talan med tanken att det kan utgöra en någorlunda effektivt instrument för att hålla bolagsledningar ansvariga, Reisberg, *Derivative actions and corporate governance*, s. 176.

¹² Bergström & Samuelsson, s. 141; Svernlöv, *Actio pro socio*, s. 911; Johansson, s. 201.

¹³ Se Gelter, s. 853. Ett undantag som behandlas längre fram är Nederländerna (se avsnitt 8.2).

¹⁴ Reisberg, *Derivative actions and corporate governance*, s. 176; Gelter, s. 881; jfr Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 91; Kershaw, s. 575. Med sitt spridda ägande har amerikanska aktieägare ofta ett litet inflytande över bolagsledningen och är ofta hänvisade till att uttrycka sitt missnöje genom att avstå från att rösta, sälja sina aktier eller inleda rättsprocesser mot ledningen, se Tricker s. 184

¹⁵ Se Korling & Zamboni, s. 19.

¹⁶ Korling & Zamboni, s. 17.

¹⁷ Generellt vill jag hänvisa till Jensen, Rylander & Lindblom, s. 80 ff., då dessa skrivregler i huvudsak har följts när det gäller notapparaten i denna uppsats.

2.1 Rättsdogmatisk metod

Den rättsdogmatiska metoden är ständigt närvarande och en betydande del av uppsatsen kommer att spenderas just kring klarläggande av rättsläget i de aktuella frågorna. Utredning av lag, förarbeten, rättspraxis och den juridiska litteraturen kommer således utgöra den grundläggande metoden för fastställande av gällande rätt, och i förlängningen även för besvarande av frågeställningen.¹⁸ Möjligheterna för aktieägare att utkräva skadestånd av bolagets funktionärer är nödvändigt att kartlägga för att kunna bedöma hur detta rättsmedel fungerar och samverkar med andra instrument för bolagsstyrning.

När det gäller den närmare uttolkningen av rättsreglerna kommer detta i de flesta fall ske utefter en teleologisk (ändamålsinriktad) tolkningsmetod. Fördelen med en sådan tolkning är att den kan ta hänsyn till rättsreglernas bakomliggande syften där dessa går att utläsa.¹⁹

2.2 Komparativa studier

Komparativ rätt är den gemensamma beteckningen för den rättsvetenskapliga verksamhet som begagnar sig av jämförelser mellan olika rättssystem.²⁰ Målet med komparativa studier är som all annan vetenskap ökad kunskap.²¹ Genom att betrakta ett flertal rättsordningar ges vi en möjlighet att finna nya synsätt och lösningar vilka inte ryms inom ett nationellt avgränsat rättssystem. Den samlade kunskapen hos olika rättssystem överstiger dessutom ofta den som kan finnas i det enskilda; vi erbjuds en större mängd verktyg för att kunna angripa de problem vi ställs inför i det egna systemet.²² Flera, om inte alla, rättssystem konsulterar löpande främmande rättsordningars lösningar när ny reglering behöver utarbetas.²³ Faktum är att en stor del av de regler som vi betraktar som svenska egentligen bygger på utländska förebilder.²⁴ Utländska lösningar har även fått allt större betydelse som ändamålsargument inom rättsdogmatiken.²⁵ Komparativt material på området kommer till sin användning då svensk lagstiftning och rättspraxis ger liten ledning och några sedvanliga tolkningsmetoder inte förmår att leverera någon tydlig lösning.²⁶

Definierande för den komparativa metoden är dess fokus på funktionella samband mellan olika rättsregler: enbart de som uppfyller samma funktion lämpar sig för jämförande undersökning.²⁷ Syftet med jämförelsen är framförallt att uppmärksamma på skillnaden i lösningar av samma problem snarare än någon utförlig redogörelse av de utländska rättsordningarna per se, och utrymmet rättfärdigar inte några längre utläggningar av den materiella rätten i varje land. Där inget annat uttryckts avser redogörelsen det svenska rättsläget.

2.3 Rättsekonomisk teori

I grunden handlar rättsekonomisk metod om en analys av rätten från ett externt, ekonomiskt perspektiv. Då ekonomi kan beskrivas som läran om hushållande med begränsade resurser så kommer rätten under denna flagg att studeras utifrån hur den lever upp till dessa syften.²⁸ Enligt detta perspektiv är rätten en beståndsdel i målet om ökad ekonomisk välfärd. Ett syfte med

¹⁸ Kleineman, Rättsdogmatisk metod. I Korling & Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 32.

¹⁹ Jfr Stattin, s. 45.

²⁰ Zweigert & Kötz, s. 2.

²¹ Zweigert & Kötz, s. 15.

²² Zweigert & Kötz, s. 15; Valguarnera, Den komparativa metoden. I Korling & Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 143.

²³ Zweigert & Kötz, s. 16 f.

²⁴ Valguarnera, Den komparativa metoden. I Korling & Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 142.

²⁵ Kleineman, Rättsdogmatisk metod. I Korling & Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 40 f.

²⁶ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 18.

²⁷ Zweigert & Kötz, s. 34.

²⁸ Bastidas, Rättsekonomi. I Korling & Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, s. 175.

rättsekonomisk metod är att utvärdera gällande rätt och huruvida denna når upp till målet om ekonomisk effektivitet.²⁹ Detta är inte sagt att effektivitetsargument inte tidigare haft sin plats i rättsvetenskapen. Aktiebolagsrätten, som civilrätten i stort, har länge existerat, utarbetats och tolkats mot bakgrund av ekonomiska syften.³⁰ Ändå ska vissa rättsekonomiska aspekter tydliggöras i samband med redogörelsen för bolagsstyrningsfrågorna till följd av aktiebolagets organisation. Inom ramarna för bolagsrätten torde rättsekonomiska argument kunna framföras för att analysera de klassiska intressekonflikterna och hur rätten bör utformas mot bakgrund av syftet med regleringen att skapa ekonomisk effektivitet.³¹

2.4 Tillvägagångssätt – praktisk metod

För utredning av frågeställningen i denna uppsats har följande urval gjorts och disposition valts. Som första del, direkt åtföljande detta avsnitt, redogörs för aktiebolagets organisation och de bolagsstyrningsproblem som enligt den rättsekonomiska teorin har följt med uppdelningen av ägande och kontroll. Efter detta redogörs för bolagsledningens plikter gentemot bolaget och den aktiebolagsrättsliga skadeståndsbedömningen enligt 29 kap. ABL. Detta steg lägger fram vilka materiella förutsättningar som måste vara uppfyllda för att ansvar ska kunna utkrävas och klargör vilka intressen som potentiellt kan skyddas genom skadeståndsansvaret. I uppsatsens andra del behandlas aspekter som direkt anknyter till de särskilda problem som uppstår kring skadeståndstalan förd av en aktieägarminoritet. För att analysera möjligheten hos *actio pro socio* att upprätthålla rättigheter gentemot bolaget kan det med fördel fokuseras på tre subsidiära aspekter vilka alla påverkar viljan och möjligheten för aktieägare att utnyttja rättsmedlet.³²

- (1) Talerätt för bolagets räkning
- (2) Tillgång till information för minoritetsaktieägare
- (3) Fördelningen av rättegångskostnader

De komponenter som diskuteras vid analysen av dessa skadeståndsanspråk är i grova drag av samma tyngd; detta för att varje element taget för sig självt utgör ett tillräckligt hinder för att göra sådana anspråk opraktiska.³³

Som första steg undersöks under vilka förutsättningar en talan mot bolagsledningen överhuvudtaget kan anlitas och vilka eventuella hinder som aktieägare måste överkomma för att kunna föra talan i bolagets frånvaro. I andra steget utreds genom vilka rättsliga vägar aktieägare i minoritetsställning kan komma över tillräcklig information för att bekräfta en misstanke om oegentligheter samt kunna styrka denna vid en framtida rättegång. I det tredje steget ges en överblick över hur rättegångskostnader påverkar viljan och möjligheten att anlita skadeståndstalan mot skadevållare inom bolaget där sådan annars är möjligt.³⁴

Efter detta görs en kort utblick mot andra möjliga rättsliga vägar att tillförsäkra en eftersträvad bolagsstyrning i jämförelse med rollen hos minoritetstalan i denna helhet. Detta görs för att belysa

²⁹ Bastidas, s. 178.

³⁰ Se Stattin, s. 49.

³¹ Se Stattin, s. 62 ff.

³² Se Gelter, s. 856; jfr Garner-Beuerle & Schuster, s. 215; jfr Reisberg, *Derivative actions and corporate governance*, s. 65; jfr Andersson, s. 90 f.

³³ Se Garner-Beuerle & Schuster, s. 220 f.

³⁴ Frågan om kostnadsfördelningen är viktig inte minst på de kontextuella problemen med koordinations- och småskjutsaspekter som existerar inom aktiebolagsrätten, se Garner-Beuerle & Schuster, s. 215 f.

det faktum att aktieägarnas och lagstiftarens förlitan till rättsmedlet kraftigt påverkas av tillgången och effektiviteten av andra instrument mot övergrepp i bolagets förvaltning.

Slutligen förs en avslutande diskussion som summerar rättsläget samt försöker gå ett steg längre och problematisera om de rättsliga möjligheterna till en ägarledd skadeståndstalan mot bolagsledningen bör förändras. Med dessa antaganden ute i det öppna hoppas jag att läsaren har verktygen att bedöma mitt arbete utifrån de problemställningar, metodval, utredningar och slutsatser som är presenterade häri.

3 Aktiebolagets organisation

Aktiebolagets organisation utgör grunden för ansvarsfördelningen mellan bolagsorganen.³⁵ För att kunna analysera ett skadestånd som är anknutet till olika funktioner inom aktiebolagets organisation är det nödvändigt att redogöra för kompetensfördelningen i vid mening.³⁶ Ett förtydligande av ansvarsfördelningen mellan de olika bolagsorganen kan vidare ge bättre verkan åt skadeståndsreglerna.³⁷ Av dessa skäl finns det anledning att här kort teckna konturerna för aktiebolagets organisation.

Vi finner framförallt reglerna om bolagets organisation i 7-10 kap. ABL, där reglerna kring bolagsstämman och styrelsen är de mest centrala.³⁸ Bolagsordningen kan även vara relevant i detta avseende och syftar i princip att dra huvudlinjerna för bolagets verksamhet, med de inskränkningar som föranleds av ABL:s tvingande karaktär.³⁹

Utgångspunkten för ABL:s kompetensfördelning bygger på uppdelningen mellan den övergripande styrningsfunktionen hos bolagsstämman och styrelse och verkställande direktörs direkta förvaltning av bolagets angelägenheter. Det är i bolag med ett stort antal ägare som reglerna om kompetensfördelning får sin främsta betydelse.⁴⁰

Den svenska aktiebolagslagen bygger på den s.k. aktieägarföreträdesmodellen (eng. the shareholder primacy model), vilket i princip innebär att verksamheten ska bedrivas med aktieägarna som slutliga förmånstagare, jfr 3 kap. 3 § ABL.⁴¹ En sådan hierarkisk modell anses ligga väl i linje med den svenska lagstiftarens ambitioner om aktiva ägare i svenska bolag. Dessutom anses den fungera väl i en miljö med starka kontrollägare även i noterade bolag.⁴²

Svensk aktiebolagsrätt saknar den tydliga uppdelning mellan övervakning och förvaltning som finns i tysk rätt.⁴³ Karaktäristiskt för den tyska publika aktiebolagsmodellen är att den har tre bolagsorgan med sina egna tvingande kompetenser: *Hauptversammlung* (bolagsstämman), *Aufsichtsrat* (övervakningsorgan) och *Vorstand* (förvaltningsorgan), se §§ 76, 111 och 119 Aktiengesetz (AktG).⁴⁴ Den svenska modellen är heller inte riktigt överensstämmande med den engelska och amerikanska enhetliga styrelsemodellen. Engelska och amerikanska bolag har typiskt sett två organ: *the shareholder body*, motsvarande bolagsstämman och *the board of directors*, motsvarande styrelse och

³⁵ Svernlöv, s. 105.

³⁶ Se Prop. 1997/98:99, s. 75.

³⁷ Jfr Prop. 1997/98:99, s. 78.

³⁸ Eklund & Stattin, s. 152 f.

³⁹ Melin, s. 66.

⁴⁰ Jfr Sandström, s. 175.

⁴¹ Se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 43. För en vidare utveckling av vinstsyftet och diskussionen kring i vems intresse bolagets verksamhet ska bedrivas, se Skog, *Om betydelsen av vinstsyftet i aktiebolagslagen*, s. 15 ff.

⁴² Se Eklund & Stattin, s. 155 f.

⁴³ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 40.

⁴⁴ Schultz & Wasmeier, s. 39; se Dannemann, s. 76. Aktiengesetz är den tyska aktiebolagslagen för den publika aktiebolagsformen Aktiengesellschaft.

verkställande direktör. Även om den svenska modellen har två organ inom bolagsledningen görs inte någon strikt uppdelning mellan övervakande och förvaltande funktioner.⁴⁵ Istället kan den svenska och nordiska styrelsemodellen sägas utgöra en hybrid mellan den monistiska och dualistiska ledningsmodellen.⁴⁶

3.1 Kompetensfördelning och ansvarsområden

Kompetensfördelningen i ABL bygger på att bolagsorganen har en delvis exklusiv, delvis överlappande kompetens. ABL:s maktindelning bygger på tanken om både lydnadsplikt och autonom kompetens hos bolagsorganen. Som huvudregel är underordnat organ skyldigt att lyda instruktioner från överordnat organ.⁴⁷ Lydnadsplikten för bolagsledningen sanktioneras genom möjligheten för bolagsstämman att avsätta styrelsen enligt 8 kap. 14 § samt att söka ersättning genom reglerna om skadestånd i 29 kap ABL.⁴⁸ Den borte gränsen för styrelse och verkställande direktörs lydnadsplikt finns dragen i 8 kap. 41 § ABL, som föreskriver att bolagsledningen inte är bunden att följa direktiv som strider mot lag eller bolagsordning. Det anses vidare inte förenligt med ABL:s tvingande natur att överordnade bolagsorgan i praktiken åsidosätter den kompetens som underordnade bolagsorgan givits av lagen.⁴⁹

3.1.1 Bolagsstämma

Bolagsstämman är närmast omnipotent och har flera exklusiva beslutsrättigheter enligt aktiebolagslagen samt möjlighet att lämna bindande direktiv till styrelse och verkställande direktör i samtliga bolagets angelägenheter, NJA 1960 s. 698.⁵⁰ Stämman kan även dra upp riktlinjer för bolagets förvaltning som styrelsen är skyldig att åtfölja.⁵¹ Den stora kompetens som tilldelats aktieägarna vid bolagsstämman utgör grunden för den svenska bolagsstyrningsmodellen.⁵² Slutligen har bolagsstämman även en restkompetens, vilket innebär att den kan avgöra varje fråga som inte i lagen uttryckligen ankommer på ett annat bolagsorgan.⁵³ Detta kan vara beslut rörande en avyttring av hela bolagets inkråm eller stora investeringsbeslut som de facto innebär en förändring av verksamhetsföremålet.⁵⁴ Styrelsen bör ge bolagsstämman möjlighet att avgöra frågor av extraordinär betydelse utan att detta uttryckligen framgår av ABL eller bolagsordningen.⁵⁵ Framförallt blir detta relevant då styrelsen önskar utöka verksamheten mot områden som inte helt klart faller inom verksamhetsområdet eller annars är av ovanligt stor betydelse.⁵⁶

3.1.2 Styrelse

Det är viktigt att försöka precisera styrelsens uppgifter eftersom detta även preciserar styrelsens ansvar.⁵⁷ I 8 kap. 4 § ABL stadgas att styrelsen är ansvarig för bolagets organisation och förvaltning; i

⁴⁵ Neville & Sørensen, s. 27.

⁴⁶ Se Thomsen & Conyon, s. 291; Garner-Beurle & Schuster, s. 195; se Neville & Sørensen, s. 27.

⁴⁷ Sandström, s. 177.

⁴⁸ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 42.

⁴⁹ Sandström, s. 177; Skog, s. 159; Prop. 1997/98:99, s. 90 f.

⁵⁰ Skog, s. 159.; Lindskog, I gränslandet mellan aktiebolagsrätt och börsrätt. I Sevenius & Örtengren, *Börsrätt*, s. 54.

⁵¹ Prop. 1997/98:99, s. 201.

⁵² Ekdahl, *Bolagsstyrning i praktiken*. I Sevenius & Örtengren (red.), *Börsrätt*, s. 361.

⁵³ SOU 1995:44, s. 77.

⁵⁴ Sandström, s. 178.

⁵⁵ Jfr SOU 1995:44, s. 77.

⁵⁶ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 102. Jfr Johansson, s. 124 som är av meningen att det inte föreligger någon ovillkorlig skyldighet för styrelsen att underställa bolagsstämman frågor av särskilt stor betydelse. Det tilläggs dock att det avseende aktiemarknadsbolag enligt Aktiemarknadsnämnden anses god sed att så sker i viktiga frågor.

⁵⁷ Eklund & Stattin, s. 247.

synnerhet dess ekonomiska situation, medelsförvaltning och delegation av styrelseuppgifter. Uppräkningen i 8 kap. 4 § ABL är inte uttömmande och styrelsen kan ha andra uppgifter som följer av ABL eller annan författning.⁵⁸ Då det inte finns någon möjlighet att allmänt klandra styrelsebeslut i svensk rätt innebär det att skadeståndet dessutom ofta utgör det enda rättsmedlet till buds.⁵⁹

3.1.3 Verkställande direktör

Verkställande direktör har hand om den löpande förvaltningen av bolagets angelägenheter, se 8 kap. 29 § ABL. Den löpande förvaltningen innefattar alla åtgärder som inte är av ovanlig eller stor betydelse med hänsyn till verksamhetens art och omfattning.⁶⁰ Liksom styrelsen riskerar verkställande direktör i sista hand skadeståndsansvar enligt 29 kap. 1 § ABL vid brister i sin förvaltning.⁶¹ Måttstocken för VD:s ansvar, så som styrelsens, utgörs av de särskilda plikter som kan härledas ur aktiebolagslagen, bolagsordning och eventuella direktiv från andra bolagsorgan.⁶²

Styrelsen kan i viss mån bemyndiga VD att utföra förvaltningsåtgärder som ligger utanför dennes löpande förvaltning.⁶³ Styrelsen får dock inte utnyttja denna möjlighet i så pass utsträckning att styrelsens egentliga uppgifter i praktiken överlämnats åt VD.⁶⁴ Då verkställande direktör ofta står i ett kunskapsmässigt överläge gentemot styrelsen, inte sällan på grundval av sin branschfarenhet, så är det av stor vikt att styrelsen verkligen utvärderar verkställande direktör och den övriga företagsledningens förvaltning.⁶⁵ I de fall som verkställande direktör intar en dominerande roll inom företaget kan hon komma att bedöma enligt en strängare måttstock än styrelsens ledamöter.⁶⁶

3.2 Aktiebolagets grundproblem

Att hitta rätt balans mellan de olika bolagsorganens maktfördelning utgör ett gammalt problem för aktiebolagsrätten.⁶⁷ Uppdelningen mellan ägande och kontroll, med den möjlighet till specialisering och effektivitet som detta medför, är en av de viktigaste förutsättningarna för aktiebolagets framgång.⁶⁸ Samma specialisering i beslutsfattande och verkställande som gör aktiebolagsformen attraktiv och möjlig skapar dock samtidigt vissa intressekonflikter mellan bolagets olika organ och intressenter.⁶⁹ Ett flertal s.k. agentförhållanden uppstår inuti aktiebolaget, bl.a. det mellan aktieägare och bolagsledning.⁷⁰ Funktionsdelningens baksida utgörs av de potentiella värdeminskningar som uppstår på grund av bolagsledningens bristande vilja eller förmåga att tillvarata bolagets och aktieägarnas intressen – s.k. agentkostnader.⁷¹

Agentkostnader är förmodligen en ofrånkomlig konsekvens av uppdelningen av ägande och kontroll, och problemet blir särskilt tydligt inom aktiebolagsrätten.⁷² På grund av dessa potentiella

⁵⁸ Prop. 1997/98:99, s. 201.

⁵⁹ Stattin, s. 346 f.; Andersson, s. 90.

⁶⁰ Prop. 2004/05:85, s. 308; Sandström, s. 226.

⁶¹ Eklund & Stattin, s. 253; Svernlöv, s. 305.

⁶² Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 104.

⁶³ Prop. 1997/98:99, s. 90.

⁶⁴ Skog, s. 161.

⁶⁵ Se Eklund & Stattin, s. 254 f.

⁶⁶ SOU 1995:44, s. 95.

⁶⁷ SOU 1971:15, s. 111.

⁶⁸ Sandström, s. 175; jfr Kraakman et al., s. 11 f.

⁶⁹ Bergström & Samuelsson, s. 71.

⁷⁰ I en välkänd definition har agentförhållandet förklarats som: "... a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent.", cit. ur Jensen & Meckling, s. 308.

⁷¹ Se Eklund & Stattin, s. 161. Se även Tricker, s. 218 samt Kraakman et al, s. 21 ff.

⁷² Se Jensen & Meckling, s. 328; Bergström & Samuelsson, s. 74.

intressekonflikter krävs det incitament för bolagsledningen att utöka sina ansträngningar och tillvarata bolagets intressen.⁷³ Att bolagsledningen hålls ansvarig inför aktieägarna är viktigt bl.a. eftersom detta antas skapa ett ökat värde hos bolaget och därmed ökad välfärd i vidare mening, med de arbetstillfällen, affärsmöjligheter och skatteintäkter m.m. som detta medför.⁷⁴ Rättslig reglering kan spela en betydande roll att begränsa agentkostnadsproblematiken och en stor del av aktiebolagsrätten handlar just om att minimera dessa negativa effekter.⁷⁵

3.3 Lösningen på problemet? Bolagsstyrningsdebatten

För bemötande av de problem som angivits ovan har lagstiftaren och utvecklingen i det praktiska rättslivet bildat en uppsjö av olika rättsliga och icke-rättsliga lösningar för minskande av agentproblemet. Nedan följer ett urval av tre sådana med anknytning till rollen hos skadeståndets anlitan av en aktieägarminoritet.

3.3.1 Aktieägarnas aktiva förvaltning och dess begränsningar

Senare utveckling inom aktiebolagsrättslig och rättsekonomisk teori har varit centrerad kring aktieägarnas roll och betydelse i bolaget. Den förhärskande teorin beskriver aktiebolagsrättens syfte som att tillse största möjliga långsiktiga vinst åt aktieägarkollektivet.⁷⁶ Både svensk och utländsk aktiebolagsrätt präglas av aktieägarnas roll som främsta förmånstagare av verksamheten och deras möjligheter att på olika sätt påverka densamma.⁷⁷

Rösträtten utgör den principiellt viktigaste mekanismen för aktieägare att uttrycka sin vilja i bolagets förvaltning.⁷⁸ Samtidigt som ett av förarbetenas motiv med den nya aktiebolagslagen och aktiebolagets organisation har varit främjande av en aktiv ägarfunktion så tenderar emellertid både privata och institutionella ägare att förhålla sig passiva.⁷⁹ Det kan sägas att den nya aktiebolagslagens ambition till att stimulera en mer aktiv ägarroll i det stora hela endast förblev ett klargörande av den rättspolitiska ståndpunkten i denna fråga.⁸⁰

För aktieägare att faktiskt övervaka bolaget och bolagsledningens förvaltning skulle i praktiken kräva en stor mängd tid och resurser. Det följer att aktieägarna normalt sett saknar tillräckliga incitament för att ansamla den information som krävs för att fatta välgrundade beslut om bolagets styrning.⁸¹ Det rationella beteendet för en investerare är att enbart göra detta där värdet av dessa ansträngningar kan tänkas överväga priset att anskaffa denna information. Då så ofta inte är fallet väljer de flesta att istället avyttra sitt aktieinnehav.⁸² Detta brukar med ekonomisk terminologi benämnas för *rational apathy*. I stora aktiebolag med spritt ägande uppstår ytterligare kostnader när ett större antal aktieägare som måste sammanföras och övertygas om en gemensam handlingsstrategi, det s.k. koordinationsproblemet.⁸³ Nära kopplat till detta är den situationen där flertalet i en grupp skulle gynnas av att någon agerar, men där majoriteten förhåller sig passiv i hopp

⁷³ Gelter, s. 849. Se även prop. 1997/98:99, s. 184. Likaså Andersson, Johansson & Skog, 29:2

⁷⁴ Se Hansmann & Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, s. 441; se Kershaw, s. 342.

⁷⁵ Bainbridge, s. 1746; se även Kraakman et al, s. 22. Se Bebchuk, s. 850; Reisberg, *Derivative actions and corporate governance*, s. 23; Kordel, s. 38.

⁷⁶ Hansmann & Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, s. 439.

⁷⁷ Af Sandeberg, s. 18.

⁷⁸ Af Sandeberg, s. 22.

⁷⁹ Se Prop. 2004/05:85, s. 289 ff. och SOU 2001:1, s. 16; Bainbridge, s. 1751; Sandström, s. 245; Malmström, Institutionellt ägande i omvandling. I Sevenius & Örtengren (red.), *Börsrätt*, s. 341; Johansson, s. 366; se vidare Ekdahl, s. 370.

⁸⁰ Bergström & Samuelsson, s. 154.

⁸¹ Tricker, s. 220; jfr Bergström & Samuelsson, s. 155.

⁸² Bainbridge, s. 1745; Johansson, s. 125.

⁸³ Kershaw, s. 167.

om att någon annan ska ta tag i saken, och på så sätt åka snålskjuts på den handlingskraftigare minoriteten – s.k. free-riding.⁸⁴

Rational apathy, koordinationsproblem och free-riding är alla problem som sammantaget skapar stora kostnader för en direktingripande aktieägarmodell.⁸⁵ Oavsett förespråkandet av en aktiv ägarroll i lagmotiven så vilar lagstiftningen på en funktionsdelning mellan bolagsstämma och bolagsledning.⁸⁶ Bolagsledningen ska i princip verka självständigt i förhållande till aktieägarna och få sin förvaltning prövad en gång per år vid bolagsstämma. Bolagsstämman (eller en kvalificerad minoritet av aktieägare) är hänvisad till de skyddsregler om bland annat klander och skadestånd som sätts upp i ABL.⁸⁷

3.3.2 Styrelsens bevakning av bolagets intressen och väckande av talan

Funktionsdelningen inom aktiebolaget och aktieägarnas förmodade passivitet motiverar ett överlämnande av den löpande övervakningsfunktionen till bolagets styrelse.⁸⁸ Som har beskrivits i avsnitt 3.1.2 är det styrelsens uppgift att sköta den övergripande förvaltningen och bevaka bolagets och därmed aktieägarnas intressen. Det har dock visat sig att styrelsen kan ha svårigheter med att odelat företräda bolagets intressen. Högt uppsatta bolagsfunktionärer rekryteras oftast ur samma sociala grupperingar och problem uppstår med de informella lojalitetsband som tenderar att uppstå inom denna typ av slutna grupper; något som kan orsaka problem med kritik och integritet, samt en ovilja att utsätta medlemmar i den egna gruppen för sådant obehag som en skadeståndstalan skulle innebära.⁸⁹

3.3.3 Bolagsledningens plikter och skadeståndsansvaret

Ett av de mest elementära svaren på problemet med intressekonflikter och agentkostnader inom aktiebolaget är utformandet av olika plikter vilka bolagsledningens ledamöter är skyldiga att följa. Plikterna är tätt sammankopplade med aktiebolagets organisation och är, som alla rättsliga handlingsnormer, beroende av tillgång till någon typ av sanktionsmekanism. Möjligheten till en skadeståndstalan förd av en aktieägarminoritet utgör en säkerhetsventil mot bakgrund av att styrelsen, som förklarats ovan, ofta inte kan förväntas väcka talan mot sig själv.⁹⁰

Innan vi går in närmare på de skadeståndsrättsliga förutsättningarna i aktiebolagsrätten, samt de särskilda problem som präglar minoritetens förande av talan för bolagets räkning, ska det redogöras för styrelse och verkställande direktörs plikter gentemot bolaget då dessa utgör grunden för bolagsstyrningen och spegelbilden av oakttsamhetsbegreppet i 29 kap. 1 § ABL.

⁸⁴ Bainbridge, s. 1753.

⁸⁵ Thomsen & Conyon, s. 146.

⁸⁶ Sandström, s. 258.

⁸⁷ Sandström, s. 258; Bergström & Samuelsson, s. 86.

⁸⁸ Eklund & Stattin, s. 166; se vidare Thomsen & Conyon, s. 56.

⁸⁹ SOU 2004:47, s. 5. Grupptänk är en psykologisk term som beskriver hur människor bygger upp personliga förhållanden sinsemellan och får svårare att objektivt bedöma sina kollegors handlingar. Då detta inträffar finns det risk för att medlemmar av gruppen åsidosätter sitt kritiska tänkande för att undvika diskrepans inom gruppen. Grupptänk kan skapa implicit censur av åsikter och information som inte ligger i linje med vad som är önskvärt. Problemet kan mycket väl inträffa inom bolagsledningskontexten eftersom grupptänk tenderar att manifesteras då en grupp är under press att fatta beslut, är isolerad från utomstående åsikter, står nära varandra, arbetar väl ihop och har en stark ledare med en personlig agenda, jfr Passer et al, s. 629 och se Kordel, s. 42 och även Kershaw, s. 537.

⁹⁰ Garner-Beuerle & Schuster, s. 215; Gelter, s. 847 ff.

4 Organledamots plikter gentemot bolaget

Det är allmänt accepterat att organledamöters plikter spelar en viktig roll i att begränsa godtycklig handlingsfrihet och hålla dem ansvariga som tillgodogör sig privata fördelar av sin position eller brister i att visa tillräckligt omdöme.⁹¹ Även om olika rättsordningar skiljer sig i fråga om rättsreglernas precisa innehåll så delar de samma kärna avseende organledamots plikter gentemot bolaget: att vara lojal och omsorgsfull i utförandet av sitt uppdrag.⁹² Likheten beror framförallt på att dessa plikter huvudsakligen utformats mot bakgrund av det ovan beskrivna agentproblemet.⁹³

Styrelseledamot och verkställande direktör är enligt 29 kap. ABL skyldiga att iakttäta den lojalitet och omsorg som normalt sett krävs av syssemän och uppdragstagare i allmänhet.⁹⁴ Organledamot ansvarar inte enbart för överträdelser av ABL eller bolagsordningen, utan även om hon inte med tillräcklig omsorg uppfyllt de plikter som följer av organställningen.⁹⁵

4.1 Omsorgsplikt

Att bolagsledningens ledamöter ska agera omsorgsfullt i förvaltningen av bolagets angelägenheter följer av deras uppgifter enligt aktiebolagets organisation och motsatsvis av 29 kap. 1 § ABL.⁹⁶ Ett krav på viss nivå av omsorg för styrelseledamot och verkställande direktör fyller två funktioner: den kommunicerar vilket beteende som förväntas av dessa personer, samt anger vid vilken nivå de kan bli personligt ansvariga för brott mot denna standard.⁹⁷

Inom doktrinen råder en förhållandevis stor enighet om att en objektiv standard ska utgöra utgångspunkten för bedömningen av organledamots aktsamhet.⁹⁸ Detta innebär att utgångspunkten står att finna i en normalt förnuftig person i organledamots ställning, utan direkt hänsyn till ledamots personliga egenskaper i övrigt. Vid bestämmandet av denna aktsamhetsstandard bör det dock kunna tas viss hänsyn till inriktningen och omfattningen av bolagets verksamhet, samt vad som rimligtvis kunnat förväntas av ledamot då denne tillsattes.⁹⁹ Allmänna principer för uppdragsförhållanden talar även för att ersättnings- och sysselsättningsnivå normalt får spegla den förväntade aktsamhets- och skicklighetsgraden hos ledamoten.¹⁰⁰ Det finns inga formella krav på den som ska tjänstgöra som styrelseledamot eller verkställande direktör, jfr 8 kap. 11 § ABL. Det förutsätts dock att ledamot har en allmän förmåga att sätta sig in i och hantera bolagets normala verksamhet.¹⁰¹ Uppdraget som styrelseledamot innebär även en tystnadsplikt angående uppgifter som kan skada bolaget.¹⁰²

⁹¹ Garner-Beuerle & Schuster, s. 196.

⁹² Se Tricker, s. 272; Thomsen & Conyon, s. 166; Garner-Beuerle & Schuster, s. 199.

⁹³ Jfr Garner-Beuerle & Schuster, s. 223.

⁹⁴ Andersson, Johansson & Skog, 29:4. Se även prop. 1997/98:99, s. 184; SOU 1995:44, s. 94; prop. 1975:103, s. 540; jfr Johansson, s. 113. Jfr även Skog, s. 219. I tidigare förarbeten har organledamot ansetts stå i direkt syssemannaförhållande till bolaget, se SOU 1971:15, s. 353.

⁹⁵ SOU 1995:44, s. 95; SOU 1941:9, s. 650; jfr även Aarbakke m.fl., s. 905 för samma ställningstagande avseende det norska rättsläget; se även Melin, s. 66.

⁹⁶ Jfr finsk rätt där det i 1 kap. 8 § FABL uttryckligen framgår att bolagsledningen omsorgsfullt ska tillgodose bolagets intresse.

⁹⁷ Kershaw, s. 383.

⁹⁸ Se Eklund & Stattin, s. 281; Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 66; Svernlöv, s. 135; Sandström, s. 257; jfr NJA 1974 s. 297.

⁹⁹ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 73; se Eklund & Stattin, s. 281. Se även Aarbakke, s. 907.

¹⁰⁰ Se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 83 f.; Svernlöv, s. 141; se även Dotevall, *Fullmakt och immateriella tjänster*, s. 232. Liknande motiv kan även utläsas i citatet av Jonathan Parker J i det engelska rättsfallet *Re Barings plc and others (No 5), Secretary of State for Trade and Industry v Baker* [1999] 1 BCLC 433, cit. av Kershaw, s. 401; "The point is that the higher level of reward, the greater the responsibilities which may reasonably be expected (prima facie, at least) to go with it".

¹⁰¹ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 74 f.; se Eklund & Stattin, s. 281; jfr NJA 1974 s. 297.

¹⁰² Se Johansson, s. 135 f.

Uppdragets affärsmässiga karaktär bildar den mer konkreta utgångspunkten för den omsorg som ledamoten har att visa i förhållande till det motiverade risktagande som följer med uppdraget. Handlingar eller underlåtenhet som inte sammanfaller med vinstsyftet i bolagsverksamheten är på grund av affärsverksamhetens karaktär direkta avsteg från tillåtet agerande som bolagsledamot.¹⁰³ Vinstsyftet i 3 kap. 3 § ABL är dock vagt och i behov av en större konkretion för att kunna utgöra en slags objektiv måttstock för att bedöma huruvida organledamoten förfarit oaktsamt.¹⁰⁴ Att bevisa att ett beslut står i strid med vinstsyftet torde även i de flesta fall vara mycket svårt.¹⁰⁵

Utformningen av omsorgsplikten ser till viss del olika ut över gränserna. Vissa rättsordningar, så som den engelska, har något mer detaljerade krav uppställda för ledamots beteende, medan andra, som den tyska, istället tydligare kopplar plikten till en viss typ av fiktiv person; ytterligare andra, så som de nordiska länderna, ställer enbart upp ett ansvar för vårdslösa handlingar.¹⁰⁶ I engelsk rätt förväntas det att bolagsledningen uppvisar *reasonable care, skill and diligence* i utförandet av sitt uppdrag, se sec. 174 CA.¹⁰⁷ Aktsamhetsnormen i sec. 174 CA är såväl objektiv som subjektiv.¹⁰⁸ Därmed ställs något högre krav på directors med särskild kompetens och erfarenhet, samt till viss utsträckning efter vad som kan krävas av bolagets storlek och omfattning.¹⁰⁹ Ledamöter i tyska bolag förväntas uppvisa en aktsamhet som tillkommer en person i jämförbar företagsledande ställning i ett liknande bolag, se §§ 93 och 116 AktG.¹¹⁰ Ledamöterna ska iaktta en 'ordentlig och samvetsgrann affärsmans omsorg'.¹¹¹ Prövningen är i huvudsak objektiv utan direkt hänsyn till ledamots personliga egenskaper.¹¹² Om det råder tveksamhet huruvida ledamoten har uppvisat en ordentlig och samvetsgrann affärsmans omsorg är det upp till ledamoten att visa att han inte förfarit oaktsamt, § 117 AktG.¹¹³

Trots skillnader i objektiva och subjektiva standarder så tenderar förväntningarna av omsorgsplikten att utfalla ungefär desamma i olika rättsordningar.¹¹⁴ Svårigheter kvarstår oavsett dessa skillnader kring vilka handlingsmönster som kan träffas av ansvar på grund av oaktsamhet. I de fall som innebär överskridande av norm i lag eller bolagsordning blir bedömningen ofta mindre spekulativ. Mer komplicerat blir det dock när bolagsledningen skadat bolaget genom risktagande vilket kan framstå som oförsvarligt.¹¹⁵

Fastän omsorgsplikten förekommer i samtliga undersökta rättsordningarnas aktiebolagsrätt, och spelar en viktig roll för verksamhet i aktiebolagsform, så anses dess effektivitet i att lägga band på godtyckligt beslutsfattande och att skydda aktieägarnas intressen dålig.¹¹⁶ Kraven på visad aktsamhet i förvaltningen av bolagets angelägenheter, såväl som ledningens omdöme i allmänhet, är dessutom lågt ställda.¹¹⁷ I många länder är dessutom upprätthållandet av omsorgsplikten genom privata och

¹⁰³ Sandström, s. 255; se Skog, *Om betydelsen av vinstsyftet i aktiebolagslagen*, s. 13.

¹⁰⁴ Se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 107.

¹⁰⁵ Se Bergström & Samuelsson, s. 117.

¹⁰⁶ Garner-Beuerle & Schuster, s. 197 och 200. Se 29 kap. 1 § ABL (Sverige), 22 kap. 1 § FABL (Finland), § 17-1 allmennaksjeloven (Norge) och § 361 selskabsloven (Danmark).

¹⁰⁷ Kershaw, s. 292.

¹⁰⁸ French, Mayson & Ryan, s. 476; se Dignam & Lowry, s. 323; Andenas & Woolridge, s. 274.

¹⁰⁹ Andenas & Woolridge, s. 274.

¹¹⁰ Andenas & Woolridge, s. 310; Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 98.

¹¹¹ Se SOU 1995:44, s. 104.

¹¹² Andenas & Woolridge, s. 310.

¹¹³ SOU 1995:44, s. 104; Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 71 f.; Andenas & Woolridge, s. 310.

¹¹⁴ Garner-Beuerle & Schuster, s. 202.

¹¹⁵ Bergström & Samuelsson, s. 138.

¹¹⁶ Se Garner-Beuerle & Schuster, s. 199; Bergström & Samuelsson, s. 139 ff.

¹¹⁷ Bergström & Samuelsson, s. 139.

offentliga mekanismer i stort sett obefintlig, vilket gör de närmare konturerna för skyldigheten diffusa.

Följande avsnitt avser att klargöra något av omsorgspliktens mer specifika innehåll och därmed vilka intressen som potentiellt kan skyddas genom en skadeståndstalan. Nedanstående utgör ett av flera möjliga sätt att kategorisera omsorgspliktens närmare innehåll.

4.1.1 Affärsbeslut (*the business judgment rule*)

De flesta rättsystem inser att eftersom organledamöter kan behöva fatta affärsbeslut på ofullständigt underlag måste det finnas skyddsregler för att undvika efterhandskonstruktioner av domstolar när ett beslut har utfallit ofördelaktigt för bolaget, s.k. hindsight bias.¹¹⁸

Aktiebolagslagens bestämmelser om beslutsfattandet i styrelsen eller på stämman förutsätter att ett ärende blir tillförlitligt förberett, jfr 8 kap. 21 § 2 st. 2 p. ABL. Vilken grad av förberedelse som krävs inför föredragandet av visst ärende får bero på dess omfattning och komplexitet. I vissa fall måste ett ofullständigt beslutsunderlag accepteras med hänsyn till kravet på snabbhet i affärlivet.¹¹⁹ Att inte inhämta råd från utomstående sakkunnig torde dock ligga i oaktsamhetens riktning då bolagsledningen saknar rätt kompetens. Detta torde bli särskilt relevant vid ovanliga och omfattande beslut, då bolagsledningen annars får antas ha god kännedom om bolagets normala verksamhet.¹²⁰

Kan det visas att styrelseledamot eller VD haft en befogad anledning att tro att ett beslut skulle gynna bolaget så bör hon heller inte anses oaktsam. Så sett har det skett en förskjutning mot underlaget för beslutet och en skyldighet för bolagsledningen att ha en försvarlig överblick över bolagets verksamhet och ekonomi. Detta innebär att det aktsamma för organledamot är att anskaffa all tillgänglig information och noggrant begrunda denna innan ett beslut fattas. Av detta följer att alltför spekulativa och riskfyllda affärsstrategier normalt sett inte bör godtas utan att aktualisera ansvar för bolagsledningen.¹²¹ Ett exempel som kan falla för otillräckligt motiverade affärsbeslut som strider mot omsorgsplikten är stora företagsförvärv, inte sällan på riskfyllda marknader i andra länder.¹²² En princip motsvarande *the business judgment rule* torde därmed även existera i svensk rätt.¹²³

Sagda princip har sin förebild i den amerikanska rättsutvecklingen av organledamöters plikter.¹²⁴ The business judgment rule är av avgörande vikt vid skadeståndstalan, inte minst som ett försvar mot att ledamot skulle brustit i sin omsorgsplikt.¹²⁵ The business judgment rule syftar till att skydda såväl de directors som fattat beslutet, som beslutet i sig från att rivas upp.¹²⁶ Dess innehåll har bland annat formulerats enligt följande av Delaware Supreme Court i rättsfallet *Aronson v. Lewis*, som:¹²⁷

¹¹⁸ Garner-Beuerle & Schuster, s. 203; jfr Eklund & Stattin, s. 276; jfr Sandström, s. 396. Med hindsight bias menas att ett beslut utvärderas i ljuset av den information som tillkommit i efterhand, snarare än utefter den information som fanns tillgänglig vid beslutstillfället, se Kershaw s. 313 f.

¹¹⁹ Eklund & Stattin, s. 275 f.; se vidare Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 110.

¹²⁰ Eklund & Stattin, s. 277.

¹²¹ Se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 111.

¹²² Se Sandström, s. 245.

¹²³ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 107; se även Svernlöv, s. 136.

¹²⁴ När det kommer till den skandinaviska rättsutvecklingen av vårdslöshet i förvaltningen av bolagets verksamhet kan det vara frukbart att betrakta den mot utvecklingen i common law, och då särskilt amerikansk rätt, på området, Eklund & Stattin, s. 273. Jämförelsen blir inte minst relevant mot bakgrund av den större utveckling som skett i dessa frågor inom amerikansk rätt, jfr avsnitt 2.2 ovan.

¹²⁵ *Aronson v. Lewis* 473 A.2d 119 (Del. 1984).

¹²⁶ Eklund & Stattin, s. 273; se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 155.

¹²⁷ *Aronson v. Lewis* 473 A.2d 119 (Del. 1984).

”...a presumption that 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 was taken in the best interests of the company”.

Rättsfallet ställer upp fyra rekvisit för att presumtionen i the business judgment rule ska vara tillämplig: (1) ett beslut måste ha fattats; (2) beslutet var informerat; (3) ledamöterna har varit ojäviga samt (4) inte förfarit grovt vårdslöst.¹²⁸ Ett belysande exempel är det välkända rättsfallet Smith v. Van Gorkom från högsta domstolen i Delaware.¹²⁹ I fallet hölls det att ett beslut ska anses vara informerat, och därmed skyddat av the business judgment rule, om det inte kan visas att styrelseledamöterna varit grovt vårdslösa i att, innan beslutet fattats, inte informera sig om all relevant information som varit rimligt tillgänglig för dem.¹³⁰ American Law Institute¹³¹ (ALI) har i sina Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations definierat the business judgment rule i § 4.01 (c) enligt följande:

A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this Section if the director or officer:

- (1) is not interested [§ 1.23] in the subject of the business judgment;
- (2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and
- (3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the corporation.

Om ledamot kan visa att hon iakttagit vad som rimligen kan krävas efter omständigheterna hamnar hon under skyddet av the business judgment rule.¹³² The business judgment rule handlar inte så mycket om vad bolagsledningen fattat för beslut utan snarare hur de kommit fram till detta beslut: det ligger ett fokus på processen. Kritik har framförts mot principen för att skapa onödigt merarbete för bolagsledningen utan att egentligen verka avhållande mot dåliga affärsbeslut.¹³³ Till försvar för the business judgment rule har bland annat påpekats styrelseledamöters plikt att noga informera sig innan ett beslut och ifrågasätta företagsledningens förslag där så är motiverat.¹³⁴ Principen bakom the business judgment rule är enligt min mening väl övervägd och visar på rättsutvecklingens samspel med den ekonomiska verklighet som bolagsledningens ledamöter verkar i. För att anknyta till det inledande citatet av Adam Smith bör det hållas i åtanke att dessa uppdragstagare trots allt inte är tillsatta för att förvalta sina egna pengar – utan att ta affärsmässiga risker till förmån för aktieägarnas avkastning. Ett allmänt missnöje från aktieägarnas sida över bolagsledningens förvaltning och kapaciteter bör inte besvaras med skadestånd. Aktieägarnas intresse av en skicklig och omsorgsfull förvaltning har svårt att upprätthållas genom skadeståndssanktionen, inte minst på grund av att domstolar är illa lämpade att överpröva bolagsledningens affärsbeslut.¹³⁵

4.1.2 Övervakningsplikt

Det ligger i styrelses respektive verkställande direktörs omsorgsplikt att på ett betryggande sätt övervaka underordnade bolagsorgan. Denna plikt kan vidare delas upp i två delar: (1) en allmän

¹²⁸ Se Eklund & Stattin, s. 273 f.

¹²⁹ Se Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858 (Del. 1985).

¹³⁰ Stout, s. 680.

¹³¹ American Law Institute är en betydelsefull amerikansk, icke vinstdrivande, organization som arbetar med att klarlägga, modernisera och annars förbättra amerikansk rätt över delstatsgränserna. Läs mer om ALI på www.ali.org.

¹³² Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 155.

¹³³ Se Stout, s. 676.

¹³⁴ Jfr Stout, s. 688 ff.

¹³⁵ Se Bergström & Samuelsson, s. 116.

övervakningsplikt samt (2) en övervakningsplikt i samband med särskild delegation av förvaltningsuppgift.¹³⁶

Den allmänna övervakningsplikten har sin botten i 8 kap. 4 § ABL och innebär att styrelsen ska se till att bolaget har en ändamålsenlig organisation, samt annars uppfyller krav i lag och annan författning.¹³⁷ Den särskilda övervakningsplikten har sin grund i delegering av uppgifter som annars tillkommer styrelse eller verkställande direktör, och som innebär ett löpande kontrollansvar för delegerande bolagsorgan. Även om stor del av verksamhetens förvaltning kan delegeras till VD så återstår styrelsens tillsynsplikt.¹³⁸ Det finns en allmän skyldighet att kontinuerligt övervaka företagsledningens beslutsfattande och kvaliteten hos denna.¹³⁹ Styrelsen kan ådra sig skadeståndsansvar för VD:s bristande förvaltning då styrelsen försummat sina plikter att övervaka och leda verksamheten.¹⁴⁰ Kontrollansvaret medför att en tämligen ringa misstanke om att delegationen inte fungerar ändamålsenligt ska uppbäckas av en tillförlitlig undersökning huruvida så är fallet.¹⁴¹ Ifall den enskilde ledamoten inte enskilt har försummat sina plikter så befinns hon ändå ansvarig om hon inte i tillräcklig utsträckning övervakat de övriga ledamöterna.¹⁴² Varje ledamot har således ett ansvar att övervaka att samtliga ledamöter inom bolagsledningen korrekt uppfyller sina ansvarsområden. Om misstanke uppstår om att styrelseledamot med särskild uppgift inte sköter sitt uppdrag finns det en aktivitetsplikt hos övriga ledamöter att ingripa.¹⁴³

4.1.3 Aktivitetsplikt

Allmänt sett ska bolagsledningen verka aktivt för att tillvarata bolagets intressen och förhindra uppkomsten av skador mot bolaget.¹⁴⁴ Förståelsen av kraven på handling får skapas mot bakgrund av de många uppgifter som ABL överlämnar åt styrelse och verkställande direktör.¹⁴⁵ Inom ramen för denna plikt faller en skyldighet att aktivt inskaffa information om bolagets verksamhet och i tid möjliggöra för styrelse och VD att ingripa mot skadliga åtgärder. Aktivitetsplikten kommer i skarpt läge då bolagets ekonomi är utsatt och en bibehållen affärsriktning riskerar äventyra aktie- och fordringsägarnas intressen. Märk att styrelseledamöternas aktivitetsplikt inte enbart är förpassad till styrelserummet, utan gäller även sådan information som ledamot uppfattat på annan tid, och som kan vara relevant för bolaget.¹⁴⁶

4.2 Lojalitetsplikt

Organledamots lojalitetsplikt härrör ur närheten till syssломannaliknande förhållanden. Dessa idéer bygger i sin tur på att överförandet av beslut- och förvaltningsrätt avseende en främmande förmögenhetsmassa uppsätter en plikt att vara lojal mot uppdragsgivaren.¹⁴⁷ Aktiebolaget som rättslig och samhällelig institution kräver en viss lojalitet från sina företrädare. Det får anses stå klart att en sådan plikt existerar i svensk rätt. Om denna kan spåras tillbaka på mer syssломannaliknande

¹³⁶ Eklund & Stattin, s. 277.

¹³⁷ Eklund & Stattin, s. 278.

¹³⁸ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 100; se Prop. 2000/01:150, s. 185; SOU 1941:9, s. 636.

¹³⁹ Bergström & Samuelsson, s. 124; Prop. 2004/05:85, s. 617 f.; Sandström, s. 176; Johansson, s. 377; se Eklund & Stattin, s. 248.

¹⁴⁰ Andersson, Johansson & Skog, 29:4.

¹⁴¹ Eklund & Stattin, s. 278.

¹⁴² Schultz & Wasmeier, s. 102. Uttalandandet avser tysk rätt, men har enligt min mening bärkraft för svensk rätt på denna punkt.

¹⁴³ Jfr Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 81.

¹⁴⁴ Se Sandström, s. 256.

¹⁴⁵ Se Sandström, s. 395.

¹⁴⁶ Se Johansson, s. 131 och Sandström, s. 256.

¹⁴⁷ Se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 155.

förhållanden i allmänhet är av mindre intresse.¹⁴⁸ Det främsta uttrycket för styrelseledamots och verkställande direktörs lojalitetsplikt finns i jävsreglerna i 8 kap. 23 och 34 §§ ABL samt generalklausulen i 8 kap. 41 § ABL.¹⁴⁹

Organledamots förtroendeställning innebär ett förbud att tillgodose sina egna intressen på bekostnad av bolaget.¹⁵⁰ I utövandet av sitt uppdrag ska organledamot sammanfattningsvis undvika intressekonflikter, anmäla jävssituationer samt inte göra hemliga vinster eller ta emot någon icke godkänd ersättning på grund av sin position.¹⁵¹ Inte heller får organledamot bedriva konkurrerande verksamhet med bolaget. Plikten appliceras på alla situationer där det uppstår en potentiell intressekonflikt mellan organledamot och bolaget.¹⁵² Ett jävigt beslut innebär i normalfallet ogiltighet, se 8 kap. 23 och 34 §§ ABL.¹⁵³

Brott mot lojalitetsplikten sanktioneras ytterst sett genom skadeståndsbestämmelserna i 29 kap. ABL.¹⁵⁴ Angående den ovan behandlade omsorgsplikten (avsnitt 4.1) finns det en ganska bred marginal för misstag och felaktigheter. Samma utrymme ges inte för eventuella brott mot lojalitetsplikten. Det är således av betydelse om en handling vidtogs med bolagets bästa framför ögonen eller om den påverkades av egentjänande intressen: i förstnämnda fall är alltså felmarginalen större.¹⁵⁵ Lojalitetsplikten kan därmed i detta hänseende vara av något större praktisk betydelse än omsorgsplikten.¹⁵⁶ Det får även anses att brott mot lojalitetsplikten är mer skadliga för förtroendet för aktiemarkanden och aktiebolagsformen. Det finns även tecken på att skadeståndskrav till följd av brister i lojalitetsplikten blir något vanligare i vissa rättsordningar.¹⁵⁷

De relevanta konflikterna kan, något förenklat, delas in i två kategorier: (1) närståendetransaktioner eller självkontrahering och (2) tagandet av affärsmöjligheter som faller inom bolagets potentiella verksamhetsområde (eng. corporate opportunities).¹⁵⁸ Dessa två kategorier ska behandlas något mer ingående nedan.

4.2.1 Närståendetransaktioner

Det är i olika typer av närståendetransaktioner som konflikterna mellan aktieägare och bolagsledning tenderar att bli som tydligast.¹⁵⁹ Även när lagen kräver att jävig styrelseledamot inte är behörig eller närvarande vid beslutsfattandet i denna fråga så finns fortfarande risk för att denna ledamot påverkar de andra, på inofficiell väg, eller att de övriga känner en lojalitet eller annars står i beroendeförhållande till den jävige ledamoten, samtidigt som de fattar sitt beslut.¹⁶⁰ Oavsett styrelsens sammansättning så tycks samtliga undersökta rättsordningar anlita en lösning där formellt oberoende ledamöter måste fatta beslutet.¹⁶¹

¹⁴⁸ Bergström & Samuelsson, s. 114. Se även Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 159.

¹⁴⁹ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 161.

¹⁵⁰ Kraakman et al, s. 114, Bergström & Samuelsson, s. 114.

¹⁵¹ Tricker, s. 272.

¹⁵² Garner-Beuerle & Schuster, s. 206.

¹⁵³ Johansson, s. 132 f.

¹⁵⁴ Svernlöv, s. 309.

¹⁵⁵ Se Schaumburg-Müller & Werlauff, s. 1178 f. Uttalandet avser dansk rätt, men har enligt min mening samma bärkraft för det svenska rättsläget.

¹⁵⁶ Bergström & Samuelsson, s. 139.

¹⁵⁷ Se Kraakman et al, s. 115.

¹⁵⁸ Garner-Beuerle & Schuster, s. 207.

¹⁵⁹ Kraakman et al, s. 101.

¹⁶⁰ Garner-Beuerle & Schuster, s. 209.

¹⁶¹ Jfr Garner-Beuerle & Schuster, s. 209.

Länder som Sverige, Finland, Danmark och Norge anlitar en lösning där den jävige ledamoten är helt utesluten från beslutsfattandet i denna fråga, se 8 kap 23 § ABL.¹⁶² I England och USA så har istället directors en skyldighet att upplysa om samtliga intressekonflikter och i vissa fall ställa saken till prövning i domstol.¹⁶³ Beträffande amerikansk rätt gäller inget absolut förbud mot transaktioner mellan bolaget och en ledamot av bolagsledningen. Istället ska göras en prövning huruvida transaktionen varit skälig mot bolaget. Om bolaget inte missgynnas genom transaktionen så föreligger i regel inget hinder mot transaktionen.¹⁶⁴ Detsamma gäller om den har godkänts på förhand genom ett korrekt förfarande, § 5.02 ALI Principles. Vi ser alltså hur amerikansk rätt tillämpar en mycket mer bred och flexibel syn på närståendetransaktioner av olika slag. En sådan ordning kan ha sina fördelar, inte minst i att färre värdefulla transaktioner ur samhällsekonomisk synpunkt går om intet på grund av strikta jävsregler. Den skapar dock fler svårbedömda situationer och manöverutrymme för bolagsledningen att i vissa fall tillgodose sig privata fördelar på bolagets bekostnad.

För engelsk rätt uppställer sec. 175 CA 2006 ett förbud för ledamot att för egen del tillgodogöra sig egendom eller affärsmöjligheter som anses tillhöra bolaget.¹⁶⁵ Avtal mellan ledamot och bolaget beträffande egendom av betydande värde ska underkastas aktieägarnas samtycke, se sec. 190 CA 2006.

I länder med en dualistisk styrelsemodell, så som Tyskland, så brukar det potentiellt jäviga beslutet flyttas över till det andra styrelseorganet, se § 112 Aktiengesetz (AktG).¹⁶⁶ Därmed kan dessa problem möjligtvis bli något mindre framträdande tack vare den formella delningen av de två beslutsfattande organen. Det är dock inte bortom ifrågasättande om övervakningsorganet alltid kan fylla funktionen som en oberoende väktare av bolagets intressen (se åter avsnitt 3.3.2).¹⁶⁷

4.2.2 Affärsmöjligheter (*corporate opportunities*)

Denna engelska term avser organledamots utnyttjande av affärstillfällen som ligger inom bolagets verksamhetsområde eller som bolaget annars har ett intresse i. Effektiviteten av en reglering avseende dessa affärsmöjligheter beror på under vilka omständigheter ett sådant intresse enligt lagstiftningen inträder.¹⁶⁸ I regleringen av dessa förhållanden kan lagstiftaren i princip välja två vägar: en smal syn med ett antal detaljrikt reglerade fall som ledamot inte får utnyttja, eller en bred syn som är applicerbar på ett stort antal av ledamots aktiviteter. Den eventuella fördelen med den smala synen är att den ger en större tydlighet och därmed skydd åt en annars osäker ledamot, medan den breda synen kan utgöra ett starkare skydd för aktieägarna, samtidigt som vissa affärsmöjligheter riskerar gå om intet i ett större perspektiv.¹⁶⁹

Engelsk rätt tillämpar en relativt bred syn, med en plikt för bolagets ledamöter att inte utnyttja några affärsmöjligheter som kan anses tillhöra bolaget, se sec. 175 CA 2006.¹⁷⁰ Ledamot är skyldig att "promote the success of the company" och inte utnyttja affärsmöjligheter som faller inom bolagets normala verksamhet, sec. 172 CA 2006.¹⁷¹ Regelen i sec. 175 CA 2006 innebär en lojalitetsplikt och ett

¹⁶² Se Garner-Beuerle & Schuster, s. 208. Se 6 kap. 4 § finska aktiebolagslagen (Finland), § 131 selskabsloven (Danmark) och § 6-27 allmennaksjeloven (Norge).

¹⁶³ Se Garner-Beuerle & Schuster, s. 208.

¹⁶⁴ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 155 f.

¹⁶⁵ Se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 157 f.

¹⁶⁶ Se Garner-Beuerle & Schuster, s. 208.

¹⁶⁷ Se Garner-Beuerle & Schuster, s. 209.

¹⁶⁸ Garner-Beuerle & Schuster, s. 210.

¹⁶⁹ Se Garner-Beuerle & Schuster, s. 210.

¹⁷⁰ Se Garner-Beuerle & Schuster, s. 210.

¹⁷¹ Se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 182.

förbud för directors att utnyttja någon typ av egendom, affärstillfällen eller information som tillhör bolaget.¹⁷² Plikten för directors att vara lojala mot bolaget är en av de mest grundläggande skyldigheterna som ett sådant uppdrag medför.¹⁷³ Detta resonemang är enligt min mening minst lika relevant avseende ledamöters plikter i svensk rätt.

En allmän lojalitetsplikt är allmänt erkänd i Frankrike även om dess rättsliga grund inte är lika tydlig.¹⁷⁴ Tagandet av affärsmöjligheter som tillfaller bolaget har av vissa ansetts utgöra en straffrättsligt sanktionerad handling (*abus de biens sociaux*).¹⁷⁵ I tysk rätt har synen på organledamots tagande av affärsmöjligheter härletts och utvecklats ur ledamots förbud mot att bedriva konkurrerande verksamhet i § 88 AktG.¹⁷⁶ Inom det amerikanska rättsystemet tillåts en director sammanfattningsvis ta en affärsmöjlighet i anspråk om hon först erbjudit möjligheten till bolaget tillsammans med upplysande kring potentiella intressekonflikter, se § 5.05 ALI Principles.

Vad gäller svensk rätt så faller det inom ledamots allmänna lojalitetsplikt att inte utnyttja affärsmöjligheter som tillkommer bolaget. En affärsmöjlighet som faller inom bolagets verksamhetsområde ska alltså tillfalla bolaget och får inte utnyttjas av styrelseledamot eller verkställande direktör. Tvärtom ligger det i heltidsverksamma organledamöters att söka upp affärsmöjligheter och överlämna dessa åt bolaget.¹⁷⁷ Samma bedömning bör enligt min mening gälla för tagande av affärsmöjligheter inom områden dit verksamheten rimligtvis kan utvecklas.

5 Allmänt om ansvaret enligt 29 kap. ABL

Huruvida styrelseledamot eller verkställande direktör har förfarit oaktsamt enligt 29 kap. 1 § ABL är beroende av en rättslig efterhandsprövning i det enskilda fallet.¹⁷⁸ Svårigheter med dessa bedömningar uppstår på grund av osäkerheten kring tillämpningen av oaktsamhetsrekvisitet i 29 kap. 1 § ABL. Att fastställa culpanormen inom aktiebolagsrätten är svårt, inte minst på grund av bristen på vägledande rättspraxis.¹⁷⁹

Aktiebolagslagens skadeståndsregler samspelar med straffreglerna i 30 kap. ABL samt sanktionerna mot olovliga värdeöverföringar och passivitet vid kapitalbrist, jfr 25 kap. 18 § ABL.¹⁸⁰ Reglerna i 29 kap. ABL syftar att ta hänsyn till de särskilda förhållanden som präglar skadestånd inom aktiebolag.¹⁸¹ Skadeståndsreglerna i ABL tar enbart sikte på ren förmögenhetsskada och kan betraktas som *lex specialis* i förhållande till den allmänna skadeståndsrätten.¹⁸² Reglerna ålägger ledamöterna ett strängare ansvar än vad som annars skulle följa av allmänna skadeståndsregler och omfattar såväl det negativa som det positiva intresset (direkta skador såväl som utebliven vinst).¹⁸³ Lagtexten har givits en öppen formulering för att kunna ta ställning till ett stort antal situationer.¹⁸⁴

¹⁷² Se Andenas & Woolridge, s. 273.

¹⁷³ Se Kershaw, s. 291 f. och rättsfallet *Item Software (UK) Ltd v Fassihi* [2004] EWCA Civ 1244.

¹⁷⁴ Garner-Beuerle & Schuster, s. 213.

¹⁷⁵ Garner-Beuerle & Schuster, s. 213.

¹⁷⁶ Se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 182 ff.

¹⁷⁷ Se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 184. Avseende uppdragsförhållanden i svensk rätt i allmänhet gäller att uppdragstagaren inte får konkurrera med huvudmannen inom ramar som föranleds av uppdragets karaktär, se Dotevall, *Fullmakt och immateriella tjänster*, s. 160

¹⁷⁸ Jfr Kraakman et al, s. 24.

¹⁷⁹ Af Sandeberg, s. 253.

¹⁸⁰ Af Sandeberg, s. 252; Nyman, s. 154.

¹⁸¹ Andersson, Johansson & Skog, 29:2.

¹⁸² Bergström & Samuelsson, s. 133; Sandström, s. 392.

¹⁸³ Svernlöv, s. 108.; Sandström, s. 393.

¹⁸⁴ Prop. 1997/98:99, s. 185.

Utformningen av skadeståndsreglerna i aktiebolagslagen gör det betydligt lättare för styrelseledamot eller verkställande direktör att bli ansvariga gentemot bolaget än tredje man.¹⁸⁵ Innebörden av åtskillnaden mellan de interna och externa skadeståndskraven är framförallt att de interna kraven inte förutsätter någon specifik normöverträdelse utan utgör ett rent culpaansvar, jfr 29 kap. 1-3 §§.¹⁸⁶ På samma sätt förhåller sig rättsläget i de övriga nordiska länderna.¹⁸⁷ Utgångspunkten för ansvarsbedömningen utgörs av den allmänna skadeståndsrätten, med dess krav på skadevällande handling, vårdslöshet, kausalitet och inträffad skada.¹⁸⁸

Aktiebolagslagens regler om skadestånd har huvudsakligt fokus på organledamöternas ansvar, men samtliga som i praktiken har funktion som ledamot av bolagsledningen ansvarar sannolikt enligt 29 kap. 1 § ABL.¹⁸⁹ Förutom stadgandet i 29 kap. 3 § ABL ansvarar således troligtvis även aktieägare som agerar i bakgrunden.¹⁹⁰ Tankarna förs till den engelska ansvarsregleringen för s.k. shadow directors, se sec. 251 CA 2006. Goda skäl talar för att en sådan princip även bör gälla inom svensk aktiebolagsrätt och att personer liknande shadow directors bör ansvara enligt 29 kap. 1 § ABL.¹⁹¹

5.1 Skadeståndets funktioner och syften

Att skadeståndssanktionen har en handlingsdirigerande funktion torde knappast utgöra ett uppseendeväckande påstående då detta får anses gälla rättssystemet i allmänhet.¹⁹²

Skadeståndsansvaret har en central betydelse som styrnings- och sanktionsmedel inom aktiebolagsrätten.¹⁹³ Reglerna i lagen sänder signaler till bolagsledning och aktieägare kring var linjen dras för oförsvärligt beteende och att oaktsamma bolagsfunktionärer ska ersätta bolaget för uppkommen skada. Antagandet bygger på tanken att enbart förekomsten av dessa regler ska skapa incitament för ledamöter att utföra sitt uppdrag med omsorg.¹⁹⁴ Ett av skadeståndstälans största värden ligger just i dess preventiva effekt.¹⁹⁵ Värdet och förekomsten av den preventiva funktionen är dessvärre i allmänhet svårt att bevisa.¹⁹⁶ Rättssystemet är nämligen bara en av flera institutioner som skapar och upprätthåller normer i samhället.¹⁹⁷ Trots skadeståndets preventiva effekt är detta således bara en faktor i ett större komplex av rättsliga och icke-rättsliga sanktioner.¹⁹⁸

Skadeståndet har även en reparativ funktion att försätta den skadelidande i samma ställe som om ingen skada hade inträffat.¹⁹⁹ Detta förutsätter att organledamot har tillräckliga medel för att betala ett eventuellt skadestånd till bolaget. Har hon inte det blir de rättsliga möjligheterna enligt 29 kap.

¹⁸⁵ Jfr RiR 2004:28, s. 83; Prop. 2004/05:85, s. 492; prop. 1975:103, s. 540. Med tredje man avses här även aktieägare som söker ersättning direkt till sig själva och inte till bolaget.

¹⁸⁶ Bergström & Samuelsson, s. 135.

¹⁸⁷ Se bl.a. Schaumburg-Müller & Werlauff, s. 1174 avseende dansk rätt.

¹⁸⁸ Andersson, Johansson & Skog, 29:3.

¹⁸⁹ Sandström, s. 394; se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 50 och 56.

¹⁹⁰ Sandström, s. 396.

¹⁹¹ Jfr NJA 1997 s. 418 (SÖMÅ-fallet) där HD uttalade att "den som framstår som den i själva verket bestämmande" bör jämföras med organledamot, se vidare Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 56.

¹⁹² Jfr Ekelöf & Edelstam, första häftet, s. 13 och 18.

¹⁹³ Af Sandeberg, s. 251; se Svernlöv, s. 108 f.

¹⁹⁴ Sandström, s. 391.

¹⁹⁵ Reisberg, *Derivative actions and corporate governance*, s. 188; Stattin, s. 333; Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 222. Se vidare Af Sandeberg, s. 251; jfr Ekelöf & Edelstam, första häftet, s. 14; se även prop. 1997/97:99, s. 184 f.

¹⁹⁶ Hellner & Radetzki, s. 43 f.

¹⁹⁷ Se Ekelöf & Edelstam, första häftet, s. 28.

¹⁹⁸ Se Svernlöv, s. 110 ff; Skog, s. 221; se vidare RiR 2004:28, s. 82.

¹⁹⁹ Skog, s. 221; jfr Hellner & Radetzki, s. 58.

ABL uppenbarligen meningslösa.²⁰⁰ Ett annat syfte bakom lagstiftarens införande av särskilda skadeståndsregler i aktiebolagslagen är att skapa förtroende inför aktiebolagsformen för aktieägare och tredje man.²⁰¹

5.2 Närmare om de ansvarsutlösande förutsättningarna

Förenklat gäller det att konstatera en skada vilken har ett styrkt samband med en oaktsam åtgärd som kan spåras tillbaka till styrelseledamot eller verkställande direktör. Det gäller att sätta de allmänna skadeståndsrättsliga förutsättningarna i aktiebolagets kontext för att uppmärksamma på de särskilda problem som kan aktualiseras här.

5.2.1 Skadevållande handling eller underlåtenhet (steg 1)

Det första steget som måste uppfyllas är att det finns en handling eller en underlåtenhet från styrelseledamot eller verkställande direktör, se 29 kap. 1 § ABL. Observera att skadeståndsansvaret är individuellt och således anknutet till varje enskild funktionär inom bolagsledningen.²⁰² Enskilda ledamöter förväntas agera enligt de principer i lagen (uttryckligen eller underförstått) och ska som utgångspunkt inte drabbas av ansvar på grund av att någon annan bryter mot reglerna.²⁰³ Det kan dock pekas på tillsyns- och aktivitetsplikten (avsnitt 4.1.2 och 4.1.3), vilket kan göra gränsen mellan individuellt och kollektivt ansvar flytande i vissa fall.

Det första slaget av skada gäller naturligt nog när organledamot genom aktivt handlande fattat ett beslut som sedermera blivit behörigt verkställt och orsakat skada för bolaget. Ofta rör det diverse affärsbeslut fattade av ledamot, bl.a. olika avtalstransaktioner med tredje man eller beslut rörande bolagets finansiering.²⁰⁴ Det andra slaget av skada mot bolaget gäller då organledamot förhållit sig passiv då en omsorgsfull funktionär borde agerat. Skada grundad i passivitet får särskild betydelse i aktiebolagskontexten då storföretagande normalt ställer stora krav på aktivitet från bolagsledningens sida. I centrum för denna bedömning står de krav på aktivitet som åläggs organledamöterna genom ABL och i sin egenskap av uppdragstagare, bland annat en allmän plikt att vårda bolaget och dess egendom.

Skada kan även uppstå när ledamot brustit i att vidta en åtgärd som senare legat till grund för en annan skadebringande händelse.²⁰⁵ Även om en enskild åtgärd inte kan utlösa ansvar i sig självt kan ett flertal förhållanden, i sig själva inte tillräckliga, tillsammans utlösa ansvar.²⁰⁶ Ett exempel är verkställande direktör som utan godtagbar anledning underlåtit att teckna försäkring till förmån för bolaget, varefter skada uppträder vilken hade täckts av försäkringen. Har en skada uppstått är det upp till bolagsledningen att efter bästa förmåga försöka minimera skadan.²⁰⁷

Skadan ska slutligen ha vållats i uppdraget, jfr 29 kap. 1 § ABL. Detta stadgande utesluter inte att styrelseledamot kan bli ansvarig i sin frånvaro. Av aktivitets- och tillsynsplikten för organledamot följer att denne inte utan god anledning kan motivera att denne undandragit sig deltagande.²⁰⁸ Även

²⁰⁰ Skog, s. 221; jfr Hellner & Radetzki, s. 58; jfr Svernlöv, s. 110 och prop. 1997/98:99, s. 190. Se vidare RiR 2004:28, s. 81 och Kumlien, s. 848 ff. om betydelsen av ansvarsförsäkring och jämkning av ledamots skadeståndsansvar.

²⁰¹ Stattin, s. 431. Åtskillnaden mellan de olika funktionerna bör inte överdrivas då dessa samspelar med varandra, jfr Ekelöf & Edelstam, första häftet, s. 18.

²⁰² Sandström, s. 395 och Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 80.

²⁰³ Sandström, s. 395.

²⁰⁴ Sandström, s. 395.

²⁰⁵ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 67.

²⁰⁶ Aarbakke m.fl., s. 910. Ett sådan skada är ofta benämnd som *casus mixtus* eller som en kumulativ skada.

²⁰⁷ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 111.

²⁰⁸ Se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 79 f.

då organledamot handlar ultra vires, d.v.s. utanför bolagsordningens verksamhetsföremål, anses detta vara inom uppdraget och således kunna medföra ansvar.²⁰⁹

5.2.2 Oaktsamhetsbedömningen (steg 2)

På samma sätt som enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer gäller förutom uppkommen skada ett krav på oaktsamhet.²¹⁰ Att konstatera oaktsamhet utgör ett av de svåraste bedömningsmomenten avseende skadeståndsanspråk mot bolagsledningen. Exakt vilka objektiva normer som ska gälla för oaktsamhetsbedömningen enligt 29 kap. 1 § ABL är inte helt klart utifrån bestämmelsens ordalydelse.²¹¹ Bedömningen får grundas i de skyldigheter som uppkommer av ledamots uppdrag enligt ABL samt de tillhörande omsorgs- och lojalitetsplikterna.

Det kan sägas finnas två typer av oaktsamhetsbedömningar i aktiebolagsrätten: bunden respektive fri. Med bunden culpabedömning avses de fall där skadan orsakats i samband med överträdelse av specifik rättslig norm; vare den i lag, förarbete, prejudikat eller annan myndighetsföreskrift.²¹² Flera av aktiebolagslagens normer kan på detta sätt presumera oaktsamhet vid överträdelse.²¹³ Likaså kan avsteg från bolagsordningen eller ignorering av instruktioner från överordnat organ ådra organledamot ansvar ifall avvikelsen orsakat bolaget skada. En sådan oaktsamhetspresumtion finns uttryckligen fastställd i den finska aktiebolagslagen, se 22 kap. 1 § sista stycket FABL. Effekten av en sådan presumerad oaktsamhet blir att den potentiellt skadevållande måste exculpera sig för att undvika ansvar enligt 29 kap. ABL. Graden om motbevisning som krävs för ett exculperande är osäkert, men det tycks som om en relativt låg grad skulle räcka för att bryta presumtionen (jfr the business judgment rule).²¹⁴ I de fall som skadan uppkommit på grund av ett uppenbart avsteg från klara regler i lagen medför tillämpningen normalt inga större svårigheter. Desto mer komplicerat är det när ledamot anklagas för övertramp av någon av de mer löst fattade principerna kring omsorgsplikten.²¹⁵

De fall av skadevållande beteende som inte kan konkretiseras genom överträdelse av en särskild föreskrift, och som istället hänför sig till de något mer vaga lojalitets- och omsorgsplikterna, brukar benämnas som en fri culpabedömning.²¹⁶ I dessa fall ser man till risken för skada, den sannolika skadans uppkomst och möjligheterna att undvika sagda skada, samt insikten om risken för skadan.²¹⁷ Risken för skada innefattar bland annat sannolikheten för att skada ska uppstå mot bakgrund av hur verksamheten är organiserad. Bedömningen är hämtad från den allmänna skadeståndsrätten.

För att fastställa ifall ett beteende varit oaktsamt enligt den fria bedömningen görs en jämförelse med alternativa handlingsmönster vilka hade kunnat undvika - eller i alla fall minimera - den uppkomna skadan. Antagligen krävs att det kan visas på en oaktsamhet som gränsar till uppsåtligt skadligt beteende för att bolagsledamot ska bli skadeståndsskyldig gentemot bolaget. Att styrka sådan oaktsamhet fortsätter att vara ett av de största hindren för de aktieägare som genom 29 kap.

²⁰⁹ Se Svernlöv, s. 132.

²¹⁰ Inom den allmänna skadeståndsrätten används ofta begrepp som vårdslöshet eller culpa. Begreppen oaktsamhet, vårdslöshet och culpa är i väsentliga hänseenden och för denna framställning utbytbara.

²¹¹ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 60.

²¹² Se Stattin, s. 353 ff.

²¹³ Stattin, s. 353.

²¹⁴ Stattin, s. 355.

²¹⁵ Bergström & Samuelsson, s. 137.

²¹⁶ Se exv. Stattin, s. 351 ff.

²¹⁷ Svernlöv, s. 144.

ABL söker ersättning från bolagsledningen.²¹⁸ Detta trots att det inte finns någon nedre gräns för oaktsamheten och att även ringa oaktsamhet kan föranleda ansvar.²¹⁹

5.2.3 Adekvat kausalitet (steg 3)

När en skada konstaterats måste också avgöras ifall denna med tillräckligt stor sannolikhet har sin orsak i organledamots handlande. I sammandrag innebär det att undersöka huruvida skadan ändå inträffat även om organledamot handlat (eller underlåtit att handla) i linje med nödvändig omsorg.²²⁰ Adekvanskravet har som syfte att avskilja alldeles för oväntade eller avlägsna konsekvenser av en handling eller underlåtenhet från att aktualisera skadeståndsansvar och bedömningen är en värdering av orsakssambandet för att avgöra om detta är starkt nog att föranleda skadestånd.²²¹

Ifall organledamot orsakat bolaget skada genom överträdelse av regel i ABL eller bolagsordningen torde adekvanskravet normalt sett vara uppfyllt. I dessa fall ställs aktieägare som vill söka skadestånd från bolagsledningen i ett mer gynnsamt bevisläge. Avsteg från lag eller bolagsordning motiverar således ansvar för skador som annars kanske inte skulle anses som adekvata.²²² I tysk rätt så presumeras bolaget ha lidit skada då ledamöterna av Vorstand har överträtt någon specifik skyddsregel i AktG och det blir upp till ledamoten att visa att någon skada inte uppstått trots lagöverträdelsen.²²³ Om dessa omständigheter kan visas är det upp till den enskilde ledamoten att exculpera sig.²²⁴

Vissa omständigheter kan försätta bolagsledningen i ett val mellan två eller flera alternativ som alla har en risk att skada bolaget. I detta fall bör omsorgsplikten endast kräva att bolagsledningen väljer det alternativ som antas medföra minst skada för bolaget. Ledamöterna bör självklart inte bli ansvariga enbart på den grund att de valt det mindre skadebringande alternativet.²²⁵

5.2.4 Uppskattning av skadan (steg 4)

Sista länken i kedjan måste konstatera en inträffat skada som träffat bolaget. I detta steg möter en skadekrävande ofta på problem då det inte är givet att en organledamots avsteg från någon av aktuell norm utmynnar i ekonomiskt mätbar skada.²²⁶ Det måste även besvaras hur stor del av den uppkomna skadan som har sin grund i organledamots oaktsamhet. Den vedertagna metoden för att uppskatta ett skadestånd i dessa förhållanden är att jämföra det skadebringande händelseförloppet med ett fiktivt händelseförlopp där skadan inte skulle ha uppstått. Det är uppenbart att detta kommer att kräva omfattande och komplicerade rättsutredningar då ospecificerade påståenden om skada inte kan godtas.²²⁷ Domstolen har möjlighet att uppskatta skadan enligt 35 kap. 5 § RB då full bevisning inte är möjlig att föra. Det bör dock observeras att en sådan skönsmässig bedömning inte kan åberopas slentrianmässigt.²²⁸

²¹⁸ Sandström, s. 396.

²¹⁹ Prop. 1997/98:99, s. 188.

²²⁰ Sandström, s. 397.

²²¹ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 66.

²²² Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 67; se även Aarbakke m.fl., s. 907 avseende liknande resonemang i norsk rätt.

²²³ SOU 1995:44, s. 104 f.

²²⁴ Svernlöv, s. 70.

²²⁵ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 69 f.

²²⁶ Sandström, s. 398.

²²⁷ Sandström, s. 398.

²²⁸ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 69.

6 Tröskelregler och talerätt

En viktig komponent för bestämmande av minoritetstalans effektivitet är vilka omedelbara förutsättningar som måste vara uppfyllda för att bereda aktieägare talerätt. Syftet med dessa hinder är att begränsa en del av skadeståndstalans negativa effekter i form av obefogade stämningar – ofta i syfte att utpressa bolaget till en förlikning. Det finns i de betraktade rättsordningarna två huvudsakliga sätt, eller en kombination därav, att begränsa sådana ovälkomna rättegångar. Innan vi går in på de olika regleringsmetoderna för kontrollen av skadeståndstalan är det på sin plats att redogöra för det svenska rättsläget på denna punkt.

6.1 Actio pro socio enligt aktiebolagslagen

Talan om skadestånd mot organledamot ska normalt föras av aktiebolagets ordinarie rättshandlande organ: d.v.s. bolagets styrelse, se 11 kap. 2 § RB.²²⁹ Goda skäl talar i allmänhet härför; styrelsen har ofta en bättre förståelse av bolaget, dess verksamhet och strategier, konsekvenserna av en skadeståndstalan, huruvida övriga ledamöter handlat aktsamt eller om vissa affärsmöjligheter faller inom bolagets verksamhetsområde. Aktieägarna är av dessa skäl generellt mindre rustade till att fatta dessa beslut.²³⁰ Sett utifrån enbart dessa faktorer kan möjligheten till en skadeståndstalan förd av en aktieägarminoritet tyckas mindre genomtänkt. Det finns dock andra skäl som kan motivera en sådan möjlighet i vissa fall. Frågan om vilket bolagsorgan som är bäst lämpat till att fatta ett visst beslut kan även vara avhängigt vissa intressekonflikter inom detta organ, och de starka skäl som talar för att beslutet om skadeståndstalan bör fattas av styrelsen kan förminska av dessa inre konflikter. Mot detta kan anföras, i alla fall vad beträffar svensk rätt, att det finns regler som utesluter organledamöter vilka kan ha ett intresse i saken från att besluta i frågan, se 8 kap. 23 och 34 §§ ABL. Det kan dock finnas vissa fall där detta inte är tillräckligt. Formella jävsregler förmår inte alltid att helt avskära ifrågavarande styrelseledamöters påverkan på beslutet (se avsnitt 3.3.2).²³¹ Bolagsledningen kan därför ibland vara ovillig att föra en skadeståndstalan även om det vore i bolagets uppenbara intresse att göra så.²³² Samma gäller när en aktieägarmajoritet heller inte kan eller vill agera i saken. Detta är ett av minoritetstalans huvudsakliga existensberättiganden.

Det kan föreligga starka skäl för en minoritet att vilja utkräva ansvar av bolagsledningen, även i fall där majoriteten inte är intresserad därav. Eftersom styrelsen allt som oftast är vald av majoriteten kan denna vara böjd att handla utifrån majoritetens uttryckta eller underförstådda önskemål, inte minst eftersom det är majoriteten som beslutar om deras ersättning.²³³ Därefter utser styrelsen en verkställande direktör som i sin tur agerar i majoritetsägarens intresse.²³⁴ Situationen kan uppstå där aktieägarmajoriteten missbrukar sin makt till att kapa styrelsens beslutsverksamhet utan kontroll från minoritetsägarna.²³⁵ På detta vis kan majoriteten i vissa fall utöva ett dolt minoritetsförtryck genom styrelsens beslutsapparat.²³⁶ Detta missbruk från majoritetens sida kan ta sig uttryck i såväl missgynnande beslut med sin udd direkt mot minoriteten, som en ovilja att ställa styrelsen till svar vid misskötsel av bolagets angelägenheter. Styrelsen är vidare inte skyldig att inleda en rättsprocess

²²⁹ Skog, s. 221; Svernlöv, *Actio pro socio*, s. 913.

²³⁰ Kershaw, s. 536 f.

²³¹ Jfr Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 162.

²³² RP 109/2005, s. 199.

²³³ Milberg & Sevenius, *Minoritetsskydd på aktiemarknaden*. I Sevenius & Örtengren (red.), *Börsrätt*, s. 330.

²³⁴ Bergström & Samuelsson, s. 151.

²³⁵ Skog, s. 243.

²³⁶ Se Skog, s. 243.

på anmodan av en minoritet och kan även i övrigt vara motvillig om ledamöterna själva omfattas av ett eventuellt skadeståndsanspråk, jfr 8 kap. 41 § 2 st. ABL.²³⁷

En minoritet bestående av ägare till minst en tiondel av bolagets aktier har givits rätten att i eget namn, men för bolagets räkning, att föra skadeståndstalan mot bolagsledningen, 29 kap. 9 § ABL.²³⁸ Intresset av en sådan talan för minoriteten består i att deras aktier ökar i värde då bolaget tilldelas ett skadeståndsbelopp.²³⁹ Förutom det ekonomiska värdet av en lyckad skadeståndstalan finns det även ett principiellt skäl för aktieägare att inleda processer ur ett preventivt syfte i att detta kan motverka värdeminskande åtgärder från bolagsledningen i framtiden.²⁴⁰ Märk att 29 kap. 9 § avser innehav av en tiondel av samtliga antalet aktier bolaget och inte antalet röster. Av regeln följer även att kvalificeringskravet om en tiondel av bolagets aktier inte behöver upprätthållas när väl talan en gång har väckts. Även om en tiondels minoritet inte kvarstår under hela processen kan alltså talan fullföljas av de aktieägare som väljer att fortsätta föra talan. Detta medför att det inte behöver vara samma aktieägare som inleder och fortsätter talan.²⁴¹ Syftet bakom detta är att aktieägare ska ha rätt att fullgöra talan när sådan väl har väckts, oavsett om övriga minoritetsägare av en eller annan anledning har separerat med sitt innehav. Värt att nämna är att flera minoritetsgrupper kan föra talan på samma gång enligt 29 kap. 9 § ABL.²⁴² Detsamma gäller om styrelsen för talan mot styrelseledamot eller verkställande direktör: aktieägarna kan ändå driva sin egen parallella talan. Detta är viktigt för att olika minoritetsgrupper eller styrelsen inte ska hindra en välvillig minoritet att föra en talan mot bolagsledningen vilken de anser vara i bolagets bästa intresse.²⁴³

Frågan om att väcka skadeståndstalan mot bolagsledningen ska i samtliga fall prövas av bolagsstämman, se 29 kap. 7 § ABL. Det är principiellt viktigt att denna fråga tas upp till behandling vid bolagsstämma för att ge minoritetsägare en möjlighet att vara med att påverka beslutet.²⁴⁴ Vidare är skadeståndstalan mot organledamot en allvarlig sak, vilket motiverar att frågan ventileras på bolagsstämman av hänsyn till ledamöterna. Det är även viktigt att frågan om skadestånd mot bolagsledningen lyfts och avklaras snabbt. Annars finns risk för att det skulle försvåra rekryteringen av kompetenta ledningsfunktionärer, särskilt om dessa behöver sväva i ovisshet under flera år om viss åtgärd kommer att föranleda ett skadeståndsanspråk eller inte.²⁴⁵

I många stora bolag kan det vara svårt att ansamla den majoritet som krävs för att biträda ett förslag om väckande av skadeståndstalan. När det finns en majoritetsägare finns även risk för att denne försöker förhindra biträdande av förslaget då denne ofta de facto dirigerar bolagsledningen.²⁴⁶ Skadeståndsreglerna har inte minst stor betydelse för minoriteten som ett av flera instrument mot maktmissbruk från majoritetens sida.²⁴⁷ Kravet för minoritetstalan sänktes i 1945 års aktiebolagslag från en femtedel till en tiondel av aktiekapitalet.²⁴⁸ Förändringen i minoritetsrättigheterna föranleddes av att dessa inte visat sig utgöra ett fullgott skydd mot kränkning av minoritetens intressen. Särskilt gällde detta i stora bolag med spritt ägande.²⁴⁹ Mot bakgrund av förslaget till det

²³⁷ Sandström, s. 399.

²³⁸ Andersson, Johansson & Skog, 29:28.

²³⁹ Skog, s. 256.

²⁴⁰ Bergström & Samuelsson, s. 140.

²⁴¹ Skog, s. 256.

²⁴² Prop. 1975:103, s. 546.

²⁴³ Andersson, Johansson & Skog, 29:28.

²⁴⁴ Sandström, s. 398.

²⁴⁵ Sandström, s. 398.

²⁴⁶ Sandström, s. 399.

²⁴⁷ Prop. 1975:103, s. 545.

²⁴⁸ Se prop. 1944:5, s. 194 f.

²⁴⁹ Prop. 1944:5, s. 196.

femte bolagsdirektivet har det i senare förarbeten även förts diskussioner om huruvida gränsen för minoritetsskyddsreglerna ytterligare borde sänkas till ett innehav om fem procent av aktierna i bolaget. Det ansågs inte kunna ges något förslag till ändring i reglerna då en sådan förändring ansågs kräva en mer grundlig undersökning.²⁵⁰ Förslaget i tidigare förarbeten att införa en "cool-down" period på tre månader innan stämning för att motverka risken för kupper antogs inte heller i lagen.²⁵¹ Det avfärdades med hänvisning till att även nytilkomna aktieägare principiellt ska ha rätt att utöva de förvaltningsbefogenheter som är knutna till deras aktier. Detta argument är övertygande rent principiellt. Då det inom svenska aktiebolag inte heller funnits några stora problem av amerikansk modell med köp av aktier i syfte att väcka en skadeståndstalan så är det även befogat i praktiken. Skulle tröskelreglerna sänkas drastiskt finns det dock skäl att ta upp detta till noga begrundande.

Den utbredda uppfattningen inom doktrinen tycks vara att skadeståndstalan mot bolagets organledamöter enbart erkänns så som de uttrycks av lagen.²⁵² Denna slutsats kring rättsläget delas även av denna författare. Några argument i litteraturen har oavsett detta framfört vissa fördelar av att tillåta skadeståndstalan även där majoritet eller en tillräckligt kvalificerad minoritet valt att inte väcka talan. Dessa argument utgörs bland annat av att förtroendet för aktiemarknaden och aktiebolagsformen skulle kunna stärkas om enskild aktieägare hade rätt att föra talan mot bolagsledningen vid upprepade förseelser med skada för bolaget som följd: det är viktigt att rättsstridigt handlande leder till påföljd och förtroendet för aktiemarknaden och de aktiebolagsrättsliga spelreglerna kan skadas om det inte finns en effektiv tillgång till sanktioner.²⁵³ Ett annat argument som framförts är att skadestånd är det enda medlet som står till buds då bolagsledningen överträtt sina befogenheter tillsammans med något element av majoritetsmissbruk. Ytterligare ett argument för en mer tillåtande syn på skadeståndstalan av enskilda aktieägare är att skadeståndets preventiva funktion skulle stärkas genom en subsidiär talerätt för det fall att majoriteten eller en kvalificerad minoritet inte vill föra sådan talan.²⁵⁴ Då inte samtliga aktieägare har rätt till talan har det framhävts en risk för att pliktbrytande ledamöter konspirerar med storägare genom hemliga överenskommelser till skada för minoriteten.²⁵⁵ Även den reparativa effekten skulle kunna stärkas genom att det skapar fler möjligheter för aktieägare att söka ersättning.²⁵⁶

Samtliga dessa argument har likväl sina baksidor. Ett huvudsakligt motiv bakom det krav på kvalificerat innehav som finns i svensk aktiebolagsrätt, likväl som i många andra rättsordningar, är just att ett innehav om en tiondel av bolagets aktier försäkrar att denna eller dessa aktieägare själva kommer att skadas av obstruerande processer. Vidare kan den potentiella förtroendevinst som följer av en större tillgång till skadeståndssanktionen konsumeras av den skada som orsakas genom mindre nogräknade processer. Beträffande situationen där bolagsledningen överträtt sina befogenheter i kombination med någon typ av majoritetsmissbruk är situationen en annan. Här kan blickas mot den lösning i finsk rätt enligt 22 kap. 7 § 1 st. andra punkten FABL som erkänner en subsidiär talerätt där en skadevällande åtgärd haft samband med avsteg från likhetsprincipen. En sådan lösning skulle ge aktieägare som inte når upp till den kvalificerade minoriteten enligt 29 kap. 9 § ABL möjlighet att

²⁵⁰ Se prop. 1997/98:99, s. 124.

²⁵¹ Se prop. 1975:103, s. 545. Med en "cool-down" period avses en tidsrymd inom vilken nytilkomna aktieägare inte skulle kunna få utnyttja de rättigheterna som är anknutna till deras aktier fullt ut, typiskt sett för att förhindra att aktieägare köper aktier enbart i syfte att kunna rikta en skadeståndstalan mot ledamöter av bolagsledningen.

²⁵² Se Stattin, s. 342 ff. Samma gäller enligt dansk rätt, se Schaumburg-Müller & Werlauff, s. 1203 f.

²⁵³ Jfr Ekelöf & Edelstam, första häftet, s. 23; Andersson, s. 90.

²⁵⁴ Se Stattin, s. 346 ff.

²⁵⁵ Se Grechenig & Sekyra, s. 16.

²⁵⁶ Se Stattin, s. 347.

söka ersättning för ett stämmobeslut som hunnit bli verkställt där bolagsledningens övertramp är kopplat till något inslag av majoritetsmissbruk.

6.2 Kvalificerat innehav

Den första regleringsmetoden, som bland annat tillämpas av de nordiska länderna, är att ställa upp ett krav på kvalificerat aktieinnehav. I Sverige, Danmark, Norge och Finland är huvudregeln ett krav på innehav av en tiondel av bolagets aktier.²⁵⁷ Motivet bakom tioprocentgränsen utreds inte särskilt långtgående i förarbetena. Den bakomliggande tanken får rimligt antas vara att en sådan gräns gör det troligt att de aktieägare som väcker talan har en sådan del i bolaget att skadliga processer varken gynnar bolaget eller dem själva. Tröskelregler kan motiveras med att utgöra en sållningsmekanism genom att avstyra från små och onödiga processer av småägare. Det anses ofta osannolikt att en aktieägare med ett mycket litet innehav faktiskt stämmer i gott syfte då ersättningen tillfaller bolaget.²⁵⁸ Detta är också ett av de huvudsakliga och viktigaste motiven bakom tröskelreglerna. Mot bakgrund av erfarenheten i amerikansk rätt ser vi att skadeståndstalan från småägare oftast drivs av och för de advokater som agerar ombud i denna typ av fall.

Norsk rätt har förutom huvudregeln på en tiondel av aktierna ett visst undantag. Har bolaget fler än 100 aktieägare så kan även ett beslut om skadeståndstalan fattas av en grupp aktieägare som tillsammans utgör minst tio procent av det *sammanlagda antalet aktieägare*, se § 17-4(1) allmennaksjeloven (ASAL). Om flera aktier är fördelade på personer med familjeband eller på bolag inom samma koncern kan dessa aktieägare likväl komma att räknas som en.²⁵⁹ Detta undantag ger ett större antal aktieägare, som av särskilda ägandeförhållanden i bolaget inte tillsammans når upp i en tiondel av bolagets aktier en möjlighet att tillsammans föra skadeståndstalan.

I finsk rätt ställs krav på att det ska vara sannolikt att bolaget inte ser till att skadeståndsanspråket fullföljs för att aktieägare ska få föra talan i eget namn för bolagets räkning, se 22 kap. 7 § 1 st. FABL. Förhållandet att bolaget sannolikt inte kommer att fullfölja skadeståndsanspråket kan normalt inte anses var uppfyllt förrän bolaget fått vetskap om den eventuella rätten till skadestånd. Har emellertid frågan tagits upp på stämman, t.ex. i anslutning till frågan om ansvarsfrihet, anses förhållandet typiskt sett uppfyllt.²⁶⁰ Det finns vidare en rätt för aktieägare att föra talan för ersättning till bolaget utan att nå upp i den kvalificerade minoriteten om en tiondel. För att detta ska vara möjligt krävs att principerna bakom likställighetsprincipen i 1 kap. 7 § FABL åsidosätts till nackdel för bolaget eller enskild aktieägare, se 22 kap. 7 § 1 st. 2 p. FABL. Det krävs inte att någon särskild intressekonflikt mellan olika aktieägare kan påvisas eller att en aktieägare eller grupp av aktieägare har tillberetts en otillbörlig fördel på bekostnad av annan.²⁶¹ Med hänsyn till det rimliga i att låta bolaget bli hört i dessa frågor finns en regel i 22 kap. 7 § 2 st. FABL med denna innebörd. Undantaget om så kan vara uppenbart onödigt tar främst sikte på fall där närmast står klart att saken inte kommer tas upp till prövning.²⁶² I dansk rätt finns inte några undantag från tioprocentregeln.²⁶³ Rättsläget här är således överensstämmande med det svenska.

Det finns en diskussion om att det kan vara svårt att samla ihop en tiondel av bolagets aktieägare för att få en skadeståndstalan (eller andra minoritetsbeslut) till stånd. En fråga som diskuterats är

²⁵⁷ Se § 364 st. 3 selskabsloven (Danmark), § 17-4(1) allmennaksjeloven (Norge) och 22 kap. 7 § FABL (Finland).

²⁵⁸ Gelter, s. 856.

²⁵⁹ Aarbakke m.fl., s. 934.

²⁶⁰ RP 109/2005, s. 200.

²⁶¹ RP 109/2005, s. 201.

²⁶² RP 109/2005, s. 202.

²⁶³ Se Schaumburg-Müller & Werlauff, s. 1203 f.

därför om inte tröskelregeln bör sänkas för att göra rättsmedlet mer tillgängligt i praktiken. Att sänka tröskelkravet ytterligare kan dock medföra vissa problem. Balansakten för lagstiftaren består i att skapa tillräckligt utrymme för majoriteten att styra bolaget men samtidigt se till att minoriteten inte utsätts för övergrepp. Om vågskålen skulle tippa för mycket i minoritetsägarnas riktning riskerar detta inverka hämmande på bolagets verksamhet.²⁶⁴ Detta kan i allmänhet inte anses vara i aktieägarnas intresse. Resultatet av obstruerande ägare kan bli ett sänkt värde för företaget och därmed ett svårare kapitalanskaffningsläge.²⁶⁵ Enligt min mening är det viktigaste att inse angående just minoritetstalan att en sänkning av tröskelregeln i sig inte skulle förändra det faktiska utnyttjandet av rättsmedlet i någon vidare utsträckning (se vidare avsnitt 10.1).

En svaghet i en reglering baserad enbart på tröskelregler, i jämförelse med rättsordningar som tillämpar någon typ av förhandsprövning, är att den inte tar någon hänsyn i det enskilda fallet huruvida en talan är i bolagets intresse. En aktieägarminoritet som sitter på en tiondel av bolagets aktier kan principiellt sett inte förhindras att väcka talan mot styrelseledamot eller verkställande direktör, oberoende av vilken bevekelsegrund som föreligger att göra så. Att en aktieägare som innehar en tiondel av bolagets aktier sällan i praktiken för talan av obstrueringsskäl är en annan sak.

6.3 Förhandsbedömning

Den andra regleringsmetoden för utsortering av obefogade skadeståndsanspråk är att anlita en typ av förhandsbedömning för att avgöra om anspråket ligger i bolagets och samtliga aktieägares intressen. För att bättre förstå de regler som bygger på ett strikt kvalificerat aktieinnehav är det värdefullt att undersöka hur andra rättssystem har begagnat sig av alternativa lösningar för att hantera denna problematik. Bland annat Tyskland och England anlitar en särskilt förhandsbedömning i domstol för avgörande om huruvida en ägarledd skadeståndstalan är i bolagets intresse innan tillåtelse ges att fortsätta till prövning i sak.²⁶⁶ Tillvägagångssätten i Tyskland och England kan ur ett hänseende betraktas som mer restriktiva mot bakgrund av osäkerheten kring hur domstol kommer att göra denna förhandsbedömning från fall till fall.²⁶⁷ Problemen med regleringar baserade på förhandsbedömningar är vidare de komplicerade ställningstaganden som måste ta i anspråk domstolarnas tid för lösandet av interna konflikter i privata associationsformer. I USA finns en liknande lösning där bedömningen istället hänskjuts till en grupp av formellt oberoende styrelseledamöter. Problemet som lyfts fram här brukar vara tveksamheter kring styrelseledamöters förmåga att fatta självständiga beslut i frågor om en potentiell skadeståndstalan mot annan ledamot.

6.3.1 England

Engelsk rätt har traditionellt haft en skeptisk syn på aktieägarnas möjligheter att föra talan mot sina directors och som huvudregel ligger det hos the board of directors att väcka talan i bolagets namn.²⁶⁸ En s.k. derivativ talan definieras enligt sec. 260(1) Companies Act (CA) 2006 som en talan om ersättning till bolaget förd av en eller flera aktieägare. Den nya lagstadgade mekanismen för derivativ talan ersätter i praktiken tidigare rättsläge enligt common law.²⁶⁹

För att undvika ett överväldigande antal processer mot bolagsledningen anlitar Companies Act 2006 en tvåstegsprocess för utsortering av obefogade stämningar.²⁷⁰ I det första steget gör

²⁶⁴ Dignam & Lowry, s. 174; Bergström & Samuelsson, s. 151.

²⁶⁵ Bergström & Samuelsson, s. 184.

²⁶⁶ Garner-Beuerle & Schuster, s. 217.

²⁶⁷ Garner-Beuerle & Schuster, s. 218.

²⁶⁸ Se Reisberg, *A roadmap to nowhere*, s. 365; French, Mayson & Ryan, s. 535; se även Kershaw, s. 201 f.

²⁶⁹ Kershaw, s. 551.

²⁷⁰ Kershaw, s. 556.

domstolen en förhandsbedömning på handlingarna huruvida aktieägarens talan bör tillåtas, baserat på de uppgifter som lagts fram av aktieägaren. Om domstolen är av uppfattningen att ett prima facie fall för derivativ talan föreligger så görs en andra prövning där domstolen även låter bolaget höras och därefter slutligt avgör om talan bör tillåtas.²⁷¹ Precis som i common law enligt det tidigare, avseende derivativa processer grundläggande, rättsfallet *Foss v Harbottle*²⁷² fortsätter möjligheterna till derivativ talan att bestämmas negativt utifrån huvudregeln om att det är bolaget som ska föra talan om ersättning för skada orsakad bolaget. Reglerna är utformade så att domstol måste vägra en aktieägare talerätt om någon av omständigheterna i sec. 261(2), 262(3), 263(2)-(3) eller 264(3) CA 2006 föreligger.²⁷³ Sammantaget ger dessa faktorer domstolen en stor frihet i bedömningen huruvida en derivativ talan bör tillåtas eller ej.

Möjligheten till derivativ talan enligt sec. 260(3) CA 2006 är mer omfattande än tidigare rätt enligt common law då den nya lagstadgade rättigheten även inbegriper brister i directors plikt gentemot bolaget att visa *reasonable care, skill and diligence* i sec. 174 CA 2006. Lagstadgandet kräver inte heller, till skillnad från tidigare common law, att förande av talan måste visa på 'fraud on the minority' eller 'wrongdoer control'.²⁷⁴ Det kan därmed hävdas att derivativ talan har blivit ett mer tillgängligt instrument för att hålla bolagsledningarna i England ansvariga inför sina aktieägare.

Det återstår fortfarande att se huruvida de nya reglerna i CA 2006 kommer göra domstolar mer benägna att tillåta fortsättande av en derivativ talan i jämförelse med tidigare läge enligt common law. Att reformen av derivativ talan i engelsk rätt skulle leda till en markant ökning av antalet processer har dock ansetts som osannolik.²⁷⁵ Av allt att döma fortsätter derivativ talan enligt engelsk rätt att vara ett förhållandevis otillgängligt instrument för aktieägare att hålla sina directors ansvariga.²⁷⁶ Det finns vidare litet i den nya regleringen i CA 2006 som förmår övertyga en rationell aktieägare att för en talan mot bolagsledningen istället för att enbart avyttra sitt ägande i bolaget.²⁷⁷ De hinder som, på gott och ont, präglade möjligheterna till framgång enligt common law fortsätter att gälla även för den nya lagstadgade regleringen av derivativ talan. Kostnaderna för att driva en talan fortsätter även att utgöra samma hinder som innan. Ett seriöst övervägande av dessa omständigheter vore nödvändigt för att förändra läget kring rättsmedlet.²⁷⁸

Mycket talar för att regleringen under CA 2006 inte lyckats att fånga upp möjligheten att förvandla derivativ talan till ett effektivt instrument för god bolagsstyrning.²⁷⁹ Vilken roll derivativ talan kommer att spela i corporate governance debatten i engelsk rätt kommer till stor del bero på hur domstolar kommer att tillämpa sec. 263-264 i Companies Act 2006.²⁸⁰

²⁷¹ French, Mayson & Ryan, s. 536; se Kershaw, s. 556 f.

²⁷² *Foss v Harbottle* (1843) 67 ER 189.

²⁷³ Dignam & Lowry, s. 189.

²⁷⁴ Se Dignam & Lowry, s. 187. Se även *Foss v Harbottle* (1843) 67 ER 189.

²⁷⁵ Dignam & Lowry, s. 190.

²⁷⁶ Reisberg, *A roadmap to nowhere*, s. 365.

²⁷⁷ I engelska bolag har aktieägare under många förhållanden hellre valt att utnyttja rättsmedlet i sec. 994 CA 2006 om *unfair prejudice remedy* än att gå vägen via en derivativ talan. Möjligheten till *unfair prejudice remedy* i sec. 994 CA 2006 kan i stora drag betraktas som ett alternativt rättsmedel till derivativ talan enligt sec. 260-264. På många sätt är detta en mer flexibel och tillgänglig lösning för minoritetsägare. I kraft av sin existens och relativa tillgänglighet så skapar den ett oklart förhållande till derivativ talan som verkkningsfullt instrument för minoritetsägare, se French, Mayson & Ryan, s. 540 samt Reisberg, *Derivative actions and corporate governance*, s. 274.

²⁷⁸ Reisberg, *A roadmap to nowhere*, s. 365 f.

²⁷⁹ Reisberg, *Derivative actions and corporate governance*, s. 2; se vidare Dignam & Lowry, s. 180.

²⁸⁰ Dignam & Lowry, s. 194.

6.3.2 USA

Även i USA ligger beslutet att väcka talan normalt på styrelsens bord.²⁸¹ Om bolagsledningen emellertid skulle lämnas med fullständig kontroll över samtliga skadeståndsanspråk mot bolagsledningen skulle upprätthållandet av ledamöters plikter gentemot bolaget bli förbehållna de relativt sällsynta fall där bolaget går i konkurs och eventuella anspråk tas över av en konkursförvaltare, eller där ledamöterna av bolagsledningen byts ut och ersättarna därefter beslutar att bolaget ska agera i saken.²⁸² Varje enskild aktieägare har därför givits en rätt att föra talan för bolagets räkning, se ALI Principles § 7.02, § 7.40 Model Business Corporation Act (MBCA) och § 327 Delaware General Corporation Law (DGCL).²⁸³ Eftersom talerätten i en derivativ talan egentligen ligger hos bolaget, och på grund av risken för obefogade stämningar, s.k. strike-suits, har olika amerikanska lagar infört vissa processuella restriktioner för att förhindra missbruk.²⁸⁴ Det främsta av dessa är skyldigheten hos en aktieägare, innan en stämningensansökan inges till domstol, att framställa ett krav på the board att först vidta rättelse – s.k. "demand".

6.3.2.1 Begäran till styrelsen att vidta åtgärder (demand)

En av de mest centrala förutsättningarna för aktieägare att tillåtas föra en derivativ talan är att käranden, innan instämning i domstol, lägger fram ett krav på styrelsen att vidta åtgärder.²⁸⁵ Enligt amerikansk rätt måste aktieägaren regelmässigt visa på att han har begärt av bolagsledningen att inleda talan, alternativt visa att det fanns god anledning att inte göra så.²⁸⁶ Framförallt tre syften med "demand"-kravet brukar lyftas fram; (1) det ger bolagsledningen en möjlighet att vidta rättelse och på så vis undvika rättegång, (2) det kan undvika grundlösa stämningar samt (3) eftersom bolagsledningen har som uppgift att förvalta bolagets angelägenheter bör de också få bestämma om potentiella rättegångar.²⁸⁷ Förmodligen är det viktigaste syftet med demandkravet att bibehålla styrelsens roll i att avgöra om bolaget ska vidta rättsliga åtgärder eller inte.²⁸⁸

I vissa delstater finns demandkravet uttryckt i lagstiftning; i andra, så som Delaware, framgår det av processrättsliga regler.²⁸⁹ I *Aronson v. Lewis* adopterade Delaware Supreme Court en tvåstegsbedömning avseende om en talan skulle tillåtas.²⁹⁰ Enligt den rättsprincip som kan utläsas av rättsfallet är demand obligatorisk om det inte kan visas att sådan var meningslös på grund av ledningens brist på objektivitet.²⁹¹ Enligt denna regel ska aktieägaren normalt lägga fram ett krav hos the board, eller uppvisa goda skäl för att inte göra så; typiskt sett att sådant krav skulle vara meningslöst.²⁹² Ett framläggande om att ett krav skulle vara fruktlöst måste motiveras, med en viss precision, kring varför ett krav skulle vara fruktlöst.²⁹³ Reglerna för när demand kan ursäktas i Delaware är komplexa och har kritiserats för att förlänga processen genom ett utdraget avgörande om huruvida demand var nödvändigt eller ej.²⁹⁴

²⁸¹ Se Gevurtz, s. 387.

²⁸² Gevurtz, s. 387.

²⁸³ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 219.

²⁸⁴ Macey, 13-128 f.

²⁸⁵ Gevurtz, s. 400.

²⁸⁶ Gelter, s. 851 f.

²⁸⁷ Gevurtz, s. 402; Macey, 13-140.2.

²⁸⁸ Gevurtz, s. 409 f.

²⁸⁹ Se Rule 23.1 Delaware Court of Chancery Rules; se även Gevurtz, s. 400.

²⁹⁰ *Aronson v. Lewis* 473 A.2d 119 (Del. 1984).

²⁹¹ Macey, 13-140.2.

²⁹² Se Gevurtz, s. 401 ff.

²⁹³ Se *Aronson v. Lewis* 473 A.2d 805 (Del. 1984) och Gevurtz, s. 405.

²⁹⁴ Se Hamilton, Macey & Moll, s. 719.

ALI Principles och MBCA har, till skillnad från DGCL, ett allmängiltigt krav på demand, se § 7.03 ALI Principles och § 7.42 MBCA. Det finns dock ett undantag: om förseningen som ett krav skulle innebära kan orsaka bolaget allvarlig skada så kan demand undvaras.²⁹⁵ Enligt ALI Principles måste en aktieägare, om ledningen avslagit dennes demand, specifikt ange att ledamöterna varit jäviga eller annars inte kunnat fatta ett objektiva beslut, alternativt att beslutet att avslå begäran stred mot the business judgment rule.²⁹⁶ Liknande gäller enligt MBCA.²⁹⁷ Kan så inte visas ska domstolen typiskt sett respektera ledningens beslut och avfärda aktieägarens talan.

6.3.2.2 Special litigation committees

Bolaget kan inrätta en s.k. *litigation committee*, se ALI Principles § 7.08. Meningen är här att oberoende ledamöter (eng. independent directors) ska pröva huruvida en inledd skadeståndstalan ligger i samtliga aktieägares intresse. Oberoende ledamöter spelar en nyckelroll i om en derivativ talan mot bolagsledningen ska tillåtas. Om talan tillåts fortgå ska en rättslig prövning av bolagsledningens skadeståndsansvar överlämnas till domstol. Anses talan inte vara i bolagets intresse så ska dock domstolen avvisa talan.²⁹⁸ Denna typ av kommittéer är viktiga i amerikansk rätt för att lösa interna intressekonflikter. Frågan om independent directors grad av oberoende har diskuterats i förhållande till deras uppgifter vid dessa litigation committees (jfr avsnitt 3.3.2).²⁹⁹ Att utse en litigation committee har blivit standardsvaret hos publika bolag för bemötande av derivativa stämningar vilka bolagets ledning inte vill se förverkligade.³⁰⁰ Dessa utskott har i praktiskt taget samtliga fall kommit till slutsatsen att en talan mot de övriga ledamöterna inte är i bolagets intresse.³⁰¹

I Delaware har det ansetts ligga i styrelsens makt att utse en special litigation committee att besluta kring om en derivativ talan bör fortsättas.³⁰² Dock insåg domstolarna i Delaware problemen med att de ledamöter som står i fokus för en talan också tillsätter den kommitté vilken ska besluta huruvida en skadeståndstalan ska föras mot dem. För att balansera denna intressekonflikt överflyttades bevisbördan på kommittéen att visa att denna var oberoende, agerade i "good faith" samt utövade tillbörlig omsorg. Som en ytterligare säkerhetsventil finns det en möjlighet för domstolen att överpröva kommittéens business judgment i dess fattande av beslutet att avfärda talan.³⁰³ § 7.44 MBCA följer i stora drag Delawares inställning kring placeringen av bevisbördan: om en majoritet av styrelsen är jäviga så omflyttas bevisbördan på kommittéen att styrka sin objektivitet.³⁰⁴ Här ges dock ingen möjlighet för domstol att överpröva the boards beslut om huruvida stämningen ligger i bolagets intresse.

6.3.2.3 Avisande eller tillåtande av aktieägares talan

Avgörandet om en skadeståndstalan ska få fortsättas ligger inte uteslutande i bolagsledningens händer. En rättslig överprövning av domstol är tillgänglig om ett visst antal förutsättningar är

²⁹⁵ Gevurtz, s. 409.

²⁹⁶ Gevurtz, s. 410.

²⁹⁷ Se Gevurtz, s. 411.

²⁹⁸ Se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 219.

²⁹⁹ Se Von Hein, *Competative Company Law: Comparisons with the USA*. I Ulf Bernitz (red.), *Modern Company Law for a European Economy*, s. 48.

³⁰⁰ Hamilton, Macey & Moll, s. 698.

³⁰¹ Se Gevurtz, s. 412; Hamilton, Macey & Moll, s. 718.

³⁰² Se *Zapata Corp. v. Maldonado* 430 A.2d 779 (Del. 1981) och Gevurtz, s. 415 ff. Denna kompetens följer av § 141 DGCL, se Hamilton, Macey & Moll, s. 703.

³⁰³ Se Gevurtz, s. 416; se även Hamilton, Macey & Moll, s. 706 f.

³⁰⁴ Gevurtz, s. 417.

uppfyllda. Vikten av tillgången till en rättslig överprövning av beslutet fattat av en litigation committee har inte minst ansetts viktig på grund av att sådana kommittéer nästan uteslutande föreslagit ett avfärdande av talan.³⁰⁵

Domstolar behandlar typiskt sett beslutet av bolagsledningen att avfärda en derivativ talan som ett affärsbeslut och därmed under inom ramarna för skyddet av the business judgment rule.³⁰⁶ Alltså kommer domstolen acceptera ledningens beslut, om inte aktieägaren kan visa på en intressekonflikt, brist på "good faith" eller omsorg ("due care").³⁰⁷ Typiskt sett så sker ingen hänvisning till the business judgment rule där det finns skäl att anta att ledamöterna kan vara utsatta för en intressekonflikt.³⁰⁸ Domstol ska vidare avvisa talan om bolaget kan visa att oberoende ledamöter kommit fram till att talan inte vore i bolagets intresse, § 7.44 MBCA. Regeln i MBCA liknar i stora drag den i Delaware enligt Aronsen v. Lewis.³⁰⁹ ALI Principles hanterar frågan om demand och avslag från styrelsen eller en litigation committee genom en serie av komplicerade stadganden, se § 7.07–7.10.³¹⁰

6.4 Övriga modeller

Inte alla rättsordningar tillämpar ett strikt system av antingen tröskelregler eller förhandsbedömningar. Under denna rubrik behandlas kort de franska och tyska rättsystemen, vilka av framställningsmässiga skäl inte låter sig införlivas under de ovanstående rubrikerna.

6.4.1 Frankrike

I Frankrike kan varje enskild aktieägare föra skadeståndstalan (*action sociale ut singuli*) för bolagets räkning om så inte görs av bolagets legala ställföreträdare, se art. L-225-252 Code Commerce.³¹¹ Talan mot bolagsledningen kräver inget yttrande eller godkännande från bolagsstämman på förhand. Ett beslut om ansvarsfrihet utgör heller inget hinder för att fortgå med talan.³¹² Som i många andra rättsordningar är det dock aktieägarna som står för rättegångskostnaderna och det är bolaget som är mottagare av en eventuell ersättning. Det finns även regler som ger aktieägare, vilka tillsammans representerar en viss del av röster eller kapital, möjlighet att agera tillsammans, se art. L-225-120; en möjlighet som sällan utnyttjas. Möjligheten till kollektiv talan i Frankrike motiveras av fördelningen av rättegångskostnader på ett större antal aktieägare, men har inte lyckats skapa något incitament att komma över det krav på innehav av runt en procent av bolagets aktier som detta innebär, jfr art. L225-120.³¹³ Åsikten finns att lagstiftningen bör ändras på denna punkt för att låta bolaget bära rättegångskostnaderna ifall aktieägarna vinner framgång med sin talan.³¹⁴ Frånvaron av möjligheten till en övervältring av rättegångskostnaderna har varit starkt påverkande för det lilla antalet processer av detta slag i fransk rätt. Detta trots att fransk rätt varken tillämpar ett krav på kvalificerat aktieinnehav eller en förhandsbedömning av domstol. Vidare uppställs höga krav för att bolagsledningen ska bli skadeståndsskyldig mot bolaget för brott mot sina åtaganden.³¹⁵

³⁰⁵ Se kommentaren till § 7.10 ALI Principles.

³⁰⁶ Gevurtz, s. 408.

³⁰⁷ Gevurtz, s. 408.

³⁰⁸ Se Gevurtz, s. 403.

³⁰⁹ Macey, 13-152.

³¹⁰ Gevurtz, s. 418.

³¹¹ Gelter, s. 854.

³¹² SOU 1995:44, s. 114.

³¹³ Gelter, s. 860.

³¹⁴ Conac, French Corporate Governance Law. I Ulf Bernitz (red.), *Modern Company Law for a European Economy*, s. 235.

³¹⁵ Se Conac, s. 236.

6.4.2 Tyskland

Efter en omarbetning av lagstiftningen krävs i tysk rätt nu ett innehav om en procent av bolagets aktier för aktieägare att föra skadeståndstalan i eget namn för bolagets räkning, § 148(1) AktG.³¹⁶ För att motverka skadligt processande har den tyska lagstiftningen i samband med sänkningen av innehavskravet infört en särskilt typ av procedur för att aktieägare ska tillerkännas talerätt (*Klagezulassungsverfahren*), där aktieägarna måste visa att de först försökt förmå bolagsledningen att väcka talan.³¹⁷ Vidare behöver aktieägare visa att bolaget orsakats en skada genom *ohederlighet* eller *allvarliga överträdelser av lag eller bolagsordning*, varefter domstolen måste bedöma om en skadeståndstalan ligger i bolagets intresse, innan talan kan fortgå i sak, se § 148(1) AktG. Således utgör den tyska modellen en kombination av ett kvalificerat innehav och en förhandsbedömning av domstol. Den tyska förhandsbedömningen är uppbyggt så att en vägran av domstol att bevilja tillträde utgör undantaget förutsatt att lagens övriga rekvisit för en sådan talan är uppfyllda, se § 148(1) AktG. Domstolen ska bland annat avvisa talan om genomdrivandet av saken inte ligger i bolagets intressen.³¹⁸

Det kan avslutningsvis konstateras att både tröskelregler och förhandsbedömningar utgör två funktionellt likartade sätt att förminska risken av tvivelaktiga skadeståndsanspråk gentemot bolagsledningen. I tysk rätt har som nämnts ovan dessa två regleringsmetoder kombinerats. En fråga som står obesvarad är om de två lösningarna skulle kunna kombineras på ett annat sätt: nämligen som alternativa lösningar i samma rättssystem, där aktieägare som inte når upp till en given kvalificering kan gå vidare genom en förhandsbedömning i domstol. En fördel med en sådan ordning är att samtliga skadeståndsanspråk alltid föregås av någon typ av återhållande mekanism, där en talan förd av en kvalificerad minoritet inte behöver gå igenom en förhandsbedömning samtidigt som övriga aktieägare ändå ges en möjlighet att föra talan för bolagets räkning. En nackdel med dessa förhandsbedömningar är emellertid de komplexa och tidskrävande bedömningar som aktualiseras därmed. Om dessa prövningar ska få uppta domstolarnas tid och resurser beror framförallt på rättspolitiska överväganden och det uppfattade behovet av att låta minoritetsaktieägare ingripa mot missförhållanden i bolagets förvaltning.

6.5 Beviljandet av ansvarsfrihet

Frågan om ansvarsfrihet är nära sammankopplad till minoritetens talerätt gentemot bolagsledningen, se 29 kap. 7 § ABL. Ansvarsfrihet måste i praktiken vägras vid bolagsstämma för att bereda väg för en ägarledd skadeståndstalan mot bolagsledningens ledamöter. Den svenska lagstiftningen har lagt större vikt vid ansvarsfrihetsinstitutet än de flesta andra länder.³¹⁹ Frågan om att bevilja ansvarsfrihet utgör ett rutinärendet vid bolagsstämman, 7 kap. 11 § 1 st. 3 p. ABL, och det är sällan som beviljandet av ansvarsfrihet på riktigt ifrågasätts.³²⁰

I princip innebär ansvarsfrihet att bolagsstämman lovar att avstå från att väcka talan mot styrelse och verkställande direktör för deras förvaltning av bolaget under det gångna räkenskapsåret. Har en majoritet på bolagsstämman röstat för ansvarsfrihet, utan att en minoritet om minst tio procent av aktierna röstat mot detta, är beslutet slutgiltigt i den meningen att det inte kan omprövas av en ny bolagsstämma, 29 kap. 7 § ABL.³²¹ Teoretiskt sett innebär beviljandet av ansvarsfrihet att aktieägarna

³¹⁶ Se Gelter, s. 858 och Andenas & Woolridge, s. 318.

³¹⁷ Se Gelter, s. 856 ff.

³¹⁸ Se Garner-Beuerle & Schuster, s. 217.

³¹⁹ SOU 1971:15, s. 357.

³²⁰ Svernlöv, s. 23; se Skog, s. 220.

³²¹ Svernlöv, s. 23 och 266.

avstår från en viktig sanktionsmöjlighet för att motverka de negativa effekterna av agentproblemet.³²² Att vägra ansvarsfrihet ger samma rättsliga effekt som att besluta om att biträda ett förslag om skadeståndstalan mot bolagsledningen; det utgör en processuell förutsättning för väckande av talan, se 29 kap. 7 § ABL.³²³ Konsekvensen av detta är att domstol ska avvisa skadeståndstalan om inte kärande förmår styrka att stämman godkänt ett förslag om att väcka talan mot styrelse eller verkställande direktör, se NJA 2009 s. 594 och 34 kap. 1 § RB.³²⁴

I förarbetena till 1975 års aktiebolag motiveras ansvarsfrihetsbeslutets obligatoriska karaktär av risken för att latent anspråk mot bolagsledningen kan försura samarbetet och arbetsron inom bolaget och därmed orsaka skada för verksamhetens förvaltning.³²⁵ Således får ansvarsfrihetsfrågans fördel ses i den psykologiska lättnad beslutet innebär för ledamöterna av bolagsledningen; något som bidrar till att de kan fokusera på den framtida verksamheten.³²⁶ Ansvarsfrihet kan inte beviljas för framtida förvaltning.³²⁷

Det är av stor vikt att bolagsstämman får möjlighet att ta ställning till samtlig information som kan påvisa bristande omsorg eller lojalitet i förvaltningen.³²⁸ Har viktig information undanhållits bolagsstämman utgör detta inte ett hinder mot att skadeståndstalan väcks gällande underlaget för dessa uppgifter, se 29 kap. 11 § ABL.³²⁹ Oavsett om ansvarsfrihet i olika rättsordningar är ett obligatoriskt stämмоärende eller ej så är dess beviljande beroende av att tillräcklig och korrekt information lämnats till bolagsstämman.³³⁰ Det följer av allmänna rättsprinciper att uppsåtligt eller vårdslöst oriktigt framtagna uppgifter till ett beslut om ansvarsfrihet inte kan skydda de ansvariga.³³¹ Rättsläget är tämligen strängt på denna punkt och kräver i väsentliga hänseenden riktiga och fullständiga uppgifter till bolagsstämman avseende varje beslut och åtgärd för beviljande ansvarsfrihet.³³² Styrelsens upplysningsplikt angående förhållanden som kan påverka bedömningen av bolagets årsredovisning eller dess ställning i övrigt är långtgående, se 7 kap. 32-35 §§ ABL.³³³ Denna upplysningsplikt kan användas för att bereda aktieägare tillräcklig information till grund för en skadeståndstalan ifall årsredovisningen är tyst eller oklar på vissa punkter som kan antyda missförhållanden i förvaltningen. Dessa frågor utvecklas närmare under nästa avsnitt.

Ett beslut om att vägra ansvarsfrihet har ingen omedelbar rättsföljd. Att vägra ansvarsfrihet tenderar dock i praktiken ha samma effekt som en misstroendeförklaring. Det är även på detta sätt som ansvarsfrihetsfrågan betraktas i flera andra länder. Svagheten i ett sådant argument är självklart att den skarpa effekten av en vägran riskerar att trubbas av om ledamot aldrig behöver känna någon konkret fara för rättsliga sanktioner. Det stora problemet fortsätter dock att vara aktieägarminoritetens brist på tillgång till information i god tid till bolagsstämman. För att beslutet om ansvarsfrihet inte ska bli rent ceremoniellt till sin karaktär krävs det att information finns tillgänglig i god tid.

³²² Svernlöv, s. 114.

³²³ Sandström, s. 399.

³²⁴ Se Andersson, Johansson & Skog, 29:24.

³²⁵ Se SOU 1971:15, s. 357.

³²⁶ Svernlöv, s. 116. Läs vidare för en redogörelse av ansvarsfrihetsinstitutets övriga syften.

³²⁷ Se Svernlöv, s. 331.

³²⁸ Skog, s. 220.

³²⁹ Sandström, s. 400.

³³⁰ För finsk rätt, se 22 kap. 6 § andra stycket FABL. Angående norsk rätt, se § 17-5 allmennaksjeloven och Svernlöv s. 96. Beträffande dansk rätt, se § 364 st. 2 selskabsloven.

³³¹ Johansson, s. 365.

³³² Se Svernlöv, s. 379-381.

³³³ Se Skog, s. 250.

7 Tillgång till information

Nära kopplat till möjligheten att kunna rikta en framgångsrik skadeståndstalan mot skadevållare inom bolaget är vilken tillgång till information som aktieägare i minoritetsställning har rörande bolagsledningens förvaltning och bolagets verksamhet. I dispositiva tvistemål är huvudregeln att det är upp till parterna själva att spåra upp och lägga fram bevisningen; detsamma gäller en skadeståndstalan enligt ABL.³³⁴ Tillgång till all information som behövs för att framställa en välgrundad och preciserad talan är nödvändig för att part ska ha en rimlig chans att bevaka sina intressen och rättigheter i en rättstvist.³³⁵ För aktieägare att kunna ha möjlighet att framställa en välgrundad talan krävs ofta att det finns tillgång till bolagets interna dokument.³³⁶ En omständighet som får stor betydelse är därför om det finns tillgång till denna typ av handlingar eller enbart en rätt för aktieägare att ställa frågor till ledningen på bolagsstämman.³³⁷

För störst bevarande av bolagets rättigheter bör informationen vara tillgänglig redan innan rättegången är ett faktum.³³⁸ Tillräcklig information rörande tvisten kan utgöra tillräckligt för att bekräfta vad som annars varit en initial misstanke om att bolagsledningen har skadat bolaget. Först med tillgång till denna information är det möjligt för aktieägare att kunna underbygga en talan som kan föras mot skadevållare inom bolaget.³³⁹ Tillräcklig information kan vidare vara nödvändig för att bedöma huruvida saken är värd att bringa inför rätta överhuvudtaget.³⁴⁰ Med en god tillgång till information rörande tvisten torde fler onödiga processer kunna undvikas. Det är dock inte givet hur en sådan bred tillgång till information lämpligen bör utformas. Nedan redogörs för vilka möjligheter och begränsningar som präglar minoritetsaktieägares ansamlande av nödvändig information till byggande av en talan mot potentiella skadevållare inom bolaget.

7.1 Aktieägares insyns rätt

Det finns i svensk rätt ingen allmän rättighet för enskilda aktieägare att ta del av bolagets interna dokument. Detta kan jämföras med regleringen av handelsbolag där varje bolagsman regelrätt har tillgång till att granska bolagets angelägenheter, 2 kap. 5 § HBL. En rätt till insyn tillkommer dock aktieägare i aktiebolag med högst tio ägare, se 7 kap. 36 § ABL.³⁴¹ Detta har motiverats med fåmansaktiebolagets nära släktskap med handelsbolaget.³⁴² En annan förklaring har varit den större risk för svåra intressekonflikter mellan ägare i små bolag.³⁴³ Ett desto mer övertygande argument för denna åtskillnad är det att bolagsmän i handelsbolag är personligt ansvariga för bolagets skulder, vilket gör deras rätt att löpande ta del av bolagets handlingar desto mer angelägen.³⁴⁴ Lagmotiven är inte tillfredställande klara kring åtskillnaden mellan fåmansaktiebolag och andra aktiebolag på denna punkt.

Det är möjligt att risken för svåra intressekonflikter mellan aktieägare kan vara något större i fåmansbolag med hänsyn till de, ofta mer personliga, förhållanden som präglar aktieägarnas relationer i denna typ av bolag. Det är dock inte klart hur detta nödvändigtvis samverkar med

³³⁴ Fitger m.fl., 35:6.

³³⁵ Westberg, s. 24.

³³⁶ Gelter, s. 871.

³³⁷ Gelter, s. 871.

³³⁸ Westberg, s. 24.

³³⁹ Jfr Westberg, s. 24.

³⁴⁰ Westberg, s. 24.

³⁴¹ Se prop. 1979/80:143, s. 106 f. och 178 f. Se även Andersson, Johansson & Skog, kommentaren till 7 kap. 36 § ABL.

³⁴² SOU 1978:66, s. 200.

³⁴³ Se Sandström, s. 204.

³⁴⁴ Se Dotevall, *Samarbete i bolag*, s. 54.

aktieägarnas rätt att inspektera bolagets handlingar. Handlingar som upprättas inom ramarna för bolagets verksamhet tillhör bolaget – inte enskilda ledamöter eller aktieägare. En sådan rättighet skulle även teoretisk överensstämma med aktieägarföreträdesmodellen och lagstiftarens ambition att göra aktieägare mer delaktiga i bolagets förvaltning. Vad som bör undvikas är att motsträviga aktieägare ”slår läger” på bolagets kontor och söker tilltvinga sig information i rent obstrueringssyfte.

I amerikansk rätt finns möjlighet för enskilda aktieägare att ta del av bolagets interna dokument, förutsatt att det finns ett ”proper purpose”, se § 16.02 MBCA och § 220 DGCL. Att visa på proper purpose för att få inspektera bolagets handlingar är inte alldeles för svårt.³⁴⁵ Det finns även relativt långtgående allmänprocessuella möjligheter för aktieägare i USA att tvinga motparten avslöja viktig information (se avsnitt 7.4 nedan).³⁴⁶

I 7 kap. 32-35 §§ ABL finns bestämmelserna som reglerar aktieägarnas frågerätt vid bolagsstämman och det är styrelsen som gör tolkningen huruvida uppgifter kan utlämnas utan risk för väsentlig skada för bolaget, 7 kap. 32 § ABL.³⁴⁷ Risken för väsentlig skada vid utlämnande av efterfrågade uppgifter ska dock närmast vara uppenbar till sin natur och bör därför inte kunna åberopas godtyckligt av styrelseledamot.³⁴⁸ Det kan oavsett detta vara svårt att komma till rätta med en styrelse som inte vill lämna upplysningar i tid och utan fog påstår att underlag för att besvara aktieägarnas frågor inte finns tillgängligt för dem på stämman.³⁴⁹ Lika svårt är det när ledningen försöker värja sig med påstående om att ett utlämnande av dessa uppgifter skulle vara till skada för bolaget.³⁵⁰ Aktieägarnas frågerätt gentemot en ovillig styrelse är förmodligen i värsta fall inte av något större värde. Det praktiska läget har karaktäriserats så att aktieägaren har rätt att fråga – men inte rätt till att få svar.³⁵¹ Att uppgifter som inte kan lämnas omedelbart på stämman ska översändas senast två veckor därefter utgör ofta en klen tröst då upplysningarna kommer för sent för att påverka stämmans beslut om ärendet inte bordlagts, se 7 kap. 33 § ABL.³⁵² Lämnas inte svar så är minoritetsägare istället hänvisade till anlitan av minoritetsrevisor eller särskild granskare.³⁵³

Den möjlighet som finns för aktieägare i minoritetsställning är att få tag i information kring bolagets förvaltning som tillhandahålls innan årsstämman. Därefter kan de utnyttja sin frågerätt för att försöka få reda på ytterligare information för att på så vis förmå övriga ägare att besluta om särskild granskning, vägra ansvarsfrihet och skjuta upp stämman, se 7 kap. 13-14 §§ och 56b § ABL. Den begränsade möjligheten till insyn för aktieägare utan personliga kopplingar till bolagsledningen förhindrar normalt sett denne från att följa vad som sker i bolaget samt gör att de regler, som annars uppställts till minoritetsägarnas skydd, blir svåra att använda.³⁵⁴ Bristen på insyn utgör minoritetsägarnas svåraste handikapp för tillvaratagande av sina och bolagets intressen.³⁵⁵

7.2 Revisor och minoritetsrevisor

Bolagets revisor väljs normalt sett av bolagsstämman och har bl.a. i uppgift att granska bolagsledningen då aktieägarna av praktiska skäl inte själva kan göra detta.³⁵⁶ I revisionsberättelsen

³⁴⁵ Se Macey, 15-8.2.

³⁴⁶ Gelter, s. 871.

³⁴⁷ Se prop. 1975:103 s. 404.

³⁴⁸ Prop. 1979/80:143, s. 106.

³⁴⁹ Se Skog, s. 250; se vidare SOU 1978:66, s. 198.

³⁵⁰ Skog, s. 250.

³⁵¹ Se Skog, s. 251.

³⁵² SOU 1978:66, s. 198.

³⁵³ Se prop. 1975:103, s. 405.

³⁵⁴ SOU 1978:66, s. 199.

³⁵⁵ SOU 1978:66, s. 128.

³⁵⁶ Skog, s. 206; se även prop. 2004/05:85, s. 319.

ska revisor bland annat ange om denne vid sin granskning funnit något som kan föranleda ersättningskyldighet av styrelseledamot eller VD, 9 kap. 33 § ABL.³⁵⁷ För aktieägare i minoritetsställning finns även möjlighet att tillsätta en ytterligare revisor, se 9 kap. 9 § ABL. Tillsättande av en minoritetsrevisor kan i teorin bidra aktieägarna med information till grund för en eventuell skadeståndstalan.³⁵⁸ Tröskelreglerna utgör dock ett hinder och förtar en del av denna rättighets effektivitet.³⁵⁹ Det största förbehållet för anlitan av minoritetsrevisor i detta syfte är att denne har samma tystnadsplikt som ordinarie revisor och av detta skäl inte kan agera som en direkt kunskapsmakare åt minoriteten.³⁶⁰ Därmed kan värdet av en sådan figur i detta sammanhang vara av mindre betydelse. Av desto större intresse är den särskilde granskaren.

7.3 Särskild granskning

Där revisorn (inklusive minoritetsrevisor) enbart ska lämna bolagsstämman upplysningar i vissa utpekade undantagsfall så är rollen hos en särskild granskare att informera bolagsstämman om de förhållanden kring vilken hon är tillsatt att granska.³⁶¹ Särskild granskning kan betraktas som en extraordinär *ad-hoc* baserad åtgärd när det föreligger skäl att misstänka att oegentligheter begåtts som kräver närmare utredning.³⁶² Det innebär att en utvald förtroendeman ges rätt till insyn i all bolagets information angående viss angelägenhet; resultatet av granskningen vidarebefordras senare till aktieägarna i form av ett yttrande.³⁶³ Institutet om särskild granskning fyller en informationsfunktion och syftar till att ge en möjlighet till insyn för annars utestängda aktieägare. Det fyller även en funktion i att ge aktieägare en tillräcklig kompetens att upptäcka särskilda förhållanden och sätta dessa i ett meningsfullt sammanhang.³⁶⁴

Bestämmelser om särskild granskning finns även i de danska, norska och finska aktiebolagslagarna.³⁶⁵ I engelsk rätt kan "inspection" förordnas på begäran av minst 200 aktieägare eller aktieägare som tillsammans representerar en tiondel av aktiekapitalet.³⁶⁶ Minoritetsägare kan utnyttja inspektörens rapport t.ex. till stöd för ett skadeståndsanspråk.³⁶⁷ Gällande tysk rätt kan aktieägare som representerar en procent av aktiekapitalet eller två miljoner euro tillsätta en s.k. "Sonderprüfer", §§ 142-146 AktG, förutsatt att det finns skäl att misstänka oegentligheter.³⁶⁸

Granskning enligt 10 kap. 21 § ABL kan i praktiken avse varje åtgärd i förfluten tid som vidtagits av styrelse eller VD, samt varje förhållande som påverkat förvaltningen av bolagets angelägenheter. En sådan granskning som avses i första punkten kan som förstås bli mycket omfattande.³⁶⁹ Ett förslag om särskild granskning kan läggas fram på ordinarie bolagsstämma även om något förhandsyrkande enligt 7 kap. 16 § ABL inte gjorts eller om saken inte finns med i kallelsen. Ofta yrkas särskild granskning i samband med att frågan om ansvarsfrihet prövas.³⁷⁰ När granskningen avser förvaltningen i detta avseende kan det vara lämpligt att granskaren också uttalar sig i frågan om

³⁵⁷ Se Skog, s. 206.

³⁵⁸ Gelter, s. 872 ff.

³⁵⁹ Gelter, s. 875.

³⁶⁰ Skog, s. 202.

³⁶¹ Skog, s. 213.

³⁶² Se Andersson, Johansson & Skog, kommentaren 10 kap. 21 § ABL.

³⁶³ Lindskog, s. 17.

³⁶⁴ Lindskog, s. 18.

³⁶⁵ Se Lindskog, s. 20.

³⁶⁶ Se Lindskog, s. 21 f.

³⁶⁷ Se Tuijtel, s. 97.

³⁶⁸ Se Lindskog, s. 22.

³⁶⁹ Se Andersson, Johansson & Skog, kommentaren 10 kap. 21 § ABL.

³⁷⁰ Lindskog, s. 45.

ansvarsfrihet.³⁷¹ Angående extra bolagsstämma gäller dock att en begäran måste framställas till styrelsen på förhand, se 7 kap. 16 § 2 st. ABL.³⁷² Vid bolagsstämma där förslaget tas upp måste det även anges en allmän beskrivning av granskningstemat.³⁷³ Temat för granskningen torde emellertid inte innebära några jättehöga krav på precision.³⁷⁴ Även förhållanden som legat till grund för tvivelaktiga affärsbeslut och möjlig passivitet bör kunna utgöra egna granskningsteman.³⁷⁵ Ofta torde granskningstemat inriktas på huruvida en viss uppställd standard har iakttagits i ett visst hänseende, t.ex. om bolagsledningen agerat oaktsamt på ett sådant sätt att skadestånd kan aktualiseras.³⁷⁶ Det krävs att det finns någon typ av befogat intresse av en granskning. Vid en potentiell skadeståndstalan enligt 29 kap. 9 § ABL för bolagets räkning bör det anses föreligga ett befogat intresse av granskning.³⁷⁷ När det gäller ett potentiellt ansvar för styrelse och verkställande direktör bör en granskning åtminstone kunna sträcka sig så långt bakåt ansvarsfrihet inte är beviljad, i vissa fall längre om misstankar om felaktiga uppgifter finns, jfr 29 kap. 11 § 1 st. ABL.³⁷⁸

Särskild granskning enligt 10 kap. 21-23 §§ ABL torde kunna ha särskild betydelse som skydd för minoritetsägare.³⁷⁹ Granskare kan dock inte förordnas för framtiden, för att på så vis ge en aktieägarminoritet löpande insyn i bolagets angelägenheter, jfr 10 kap. 21 § ABL.³⁸⁰ Minoriteten har heller ingen löpande instruktionsrätt över granskaren.³⁸¹ Den särskilde granskaren bör dock ha möjlighet att vidga sin granskning när fynd motiverar en sådan utvidgning.³⁸² I 10 kap. 23 § ABL görs ingen närmare precisering av vilka uppgifter som den särskilde granskaren ska vidarebefordra till bolagsstämman. Det har i doktrinen uttalats att alla förhållanden som skulle kunna ha relevans för granskningstemat ska redovisas samt de eventuella slutsatser som kunnat dras av de granskade förhållandena.³⁸³

7.4 Allmänprocessuella instrument

Som avslutning på denna del om aktieägarnas möjliga vägar till nödvändig information ska jag kort redogöra för möjligheten att anlita allmänprocessuella instrument som en alternativ väg att bereda aktieägarna med nödvändig information för tillvaratagande av bolagets och sina intressen.

Som huvudregel kan part begära domstolens hjälp att utkräva information när talan är väckt, men inte före denna tidpunkt.³⁸⁴ Undantaget är allmänt sett om det kan antas finnas risk för att bevisning annars går förlorad, se 41 kap. RB.³⁸⁵ Att i övrigt kunna avkräva en blivande motpart information innan talan har väckts vid domstol är inte möjligt i svensk rätt.³⁸⁶ Att kunna få tillgång till information innan en tvist är anhängiggjord vid domstol skulle oavsett kunna innebära vissa fördelar, inte minst för att kunna lösa konflikten på ett tidigt skede eller annars avveckla den.³⁸⁷

³⁷¹ Se Lindskog, s. 104 f.

³⁷² Lindskog, s. 46.

³⁷³ Se Andersson, Johansson & Skog, kommentaren till 10 kap. 22 § ABL.

³⁷⁴ Lindskog, s. 26.

³⁷⁵ Se Lindskog, s. 35.

³⁷⁶ Se Lindskog, s. 37.

³⁷⁷ Lindskog, s. 26.

³⁷⁸ Se Lindskog, s. 31.

³⁷⁹ Prop. 2004/05:85, s. 328; prop. 1997/98:99, s. 183.

³⁸⁰ Lindskog, s. 30.

³⁸¹ Lindskog, s. 81.

³⁸² Se Lindskog, s. 83 f.

³⁸³ Se Andersson, Johansson & Skog, kommentaren till 10 kap. 23 § ABL.

³⁸⁴ Se Westberg, s. 355 f.

³⁸⁵ Se Westberg, s. 362.

³⁸⁶ Se Westberg, s. 362.

³⁸⁷ Se Westberg, s. 362.

I USA har man valt att ge kändanden rätt till information så fort talan väckts vid domstol, men utan att kändanden vid denna tidpunkt avkrävs en fullt definierad talan.³⁸⁸ S.k. pre-trial discovery i amerikansk rätt innebär anskaffande av bevis och annan information under förberedelsestadiet av rättegången.³⁸⁹ Discovery är emellertid inte strikt inriktad på ansamling av bevis, utan omfattar även ett allmänt klarläggande av parts talan (inklusive yrkanden och grunder), samt en kartläggning av vad föremålet för tvisten verkligen är. Syftet med discovery är att ge parterna tillräcklig information om varandra för att kunna forma sin talan och driva processen på lämpligt sätt.³⁹⁰ Till grund för den amerikanska processen ligger parternas plikt till "disclosure" enligt Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) Rule 26.³⁹¹ Det första steget innebär en förteckning av vilken information som finns tillgänglig. Efter detta inleds discovery för att begära tillgång till att undersöka innehållet i de källor som upplists genom föregående disclosure. Om frivilligheten inte fungerar finns möjlighet att utverka ett domstolsförordnande för att få del av informationen.³⁹² Det amerikanska discovery-institutet sträcker sig längre än den bevisåtkomst som tillåts enligt svensk rätt och innebär vidsträckt möjligheter för part att söka reda på och insamla information.³⁹³ Discoveryinstitutet har dock kritiserats för att kunna missbrukas av mindre nogräknade parter att tilltvinga sig en lätt förlikningsersättning.³⁹⁴

I engelsk rätt finns en möjlighet till s.k. pre-action disclosure, vilken innebär en möjlighet att innan rättegång utkräva en potentiell motpart på skriftliga handlingar av möjlig betydelse för tvist, se Civil Procedure Rules (CPR) Rule 31.16.³⁹⁵ Detta kan utnyttjas av en potentiell kändande som är i behov av edition för att hitta viktig information för sitt käromål eller avgöra om att inleda en rättsprocess överhuvudtaget.³⁹⁶ Editionssökande part måste dock precisera vilka dokument hon vill få tillgång till genom en specifik beskrivning av det aktuella dokumentet eller en kategori av dokument, förutsatt att det eftersökta dokumentet sannolikt faller inom denna kategori. Ett sista krav är att både editionssökanden som editionssvaranden ska vara troliga parter i en förestående process. Beviskravet avseende det sist sagda är dock inte ställt särskilt högt, och rekvisitet "likely to be a party" har i praxis snarast tolkats som "may well" snarare än "more probable than not".³⁹⁷

Olika rättsordningar hanterar problemet med tillgång till information på olika sätt. Tillgången till information genom discovery i USA är betydligt mer långtgående än motsvarande möjligheter i Kontinentaleuropa.³⁹⁸ Det sätt på vilken kändanden är tvungen att uppge yrkanden och bevisning redan vid ansökan om stämning till domstolen kräver även att kändanden redan är i besittning av all nödvändig information; det amerikanska och engelska systemet betraktar dock även rättegången som ett sätt att få fram information om tvisten.³⁹⁹ På grund av frånvaron av effektiva discovery-regler i Europa blir talan från aktieägare nästintill omöjlig om information inte tidigare inhämtas av offentliga auktoriteter.⁴⁰⁰ Det visas inte minst genom det faktum att talan mot bolagsledningens ledamöter främst förs av konkursförvaltare, inte minst för att denne har tillgång till alla bolagets

³⁸⁸ Se Westberg, s. 362 f. och Easterbrook, s. 644 f.

³⁸⁹ Westberg, s. 132.

³⁹⁰ Westberg, s. 132.

³⁹¹ Westberg, s. 580.

³⁹² Se Westberg, s. 143.

³⁹³ Jfr Westberg, s. 522. Se Westberg, s. 527.

³⁹⁴ Se Easterbrook, s. 637; jfr Westberg, s. 31

³⁹⁵ Se Westberg, s. 362 ff.

³⁹⁶ Se Westberg, s. 363.

³⁹⁷ Se Westberg, s. 364.

³⁹⁸ Se Ferrarini & Giudici, s. 50.

³⁹⁹ Ferrarini & Giudici, s. 51 f.

⁴⁰⁰ Ferrarini & Giudici, s. 51.

dokument.⁴⁰¹ Denna faktor samspelar även med betydelsen av straffansvaret (se avsnitt 9.2). Det mest avsevärda hindret mot actio pro socio som bolagsstyrningsinstrument i Kontinentaleuropa har enligt vissa författare varit just den bristande tillgången till discovery av anglo-amerikansk modell.⁴⁰²

7.4.1 Särskilt om editionsföreläggande

Tillgång till skriftliga dokument från motpart eller tredje man kan biträdas käranden genom reglerna om editionsplikt i 38 kap. RB.⁴⁰³ Editionsplikten i 38 kap. 2 § RB innebär att den som innehar en skriftlig handling som kan antas ha betydelse som bevis också är tvungen att företa denna, oberoende om personen har med rättegången att göra i övrigt.⁴⁰⁴ Det krävs att sökanden ska kunna identifiera de handlingar som denne vill få ut genom ett editionsföreläggande och vad som ska styrkas därmed.⁴⁰⁵ Så kallade fiskeexpeditioner (eng. fishing expeditions) tillåts inte i svensk rätt.⁴⁰⁶ Det finns emellertid möjlighet enligt 42 kap. 8 § 1 st. sista meningen RB att tvinga motpart till att lämna en förteckning över möjliga skriftliga bevis.⁴⁰⁷ Med en sådan förteckning kan parten ta ställning om några bevis bör utkrävas genom ett editionsföreläggande.⁴⁰⁸ Handlingar som upprättats för verksamheten inom ett bolag tillhör bolaget, och inte de anställda eller organledamöter som upprättat dessa.⁴⁰⁹ Styrelseprotokoll omfattas som huvudregel av möjligheten till editionsföreläggande.⁴¹⁰

8 Rättegångskostnader

I vilken utsträckning som actio pro socio i aktiebolag kan utgöra ett effektivt instrument för att hålla bolagsledningen ansvarig beror inte enbart på den omedelbara tillgängligheten av rättsmedlet och tillräcklig information, utan även av de kostnader som följer av dess utnyttjande.⁴¹¹ Att förmå bolaget att självt föra talan kan onekligen utgöra en fördel för aktieägare som i detta fall slipper betala de rättegångskostnader som är förenade med en skadeståndstalan. Den ekonomiska risken av en förlorad process bärs annars av de aktieägare som anlitat skadeståndstalan, se 29 kap. 9 § ABL. Av detta skäl kan kostnadsriskerna få en starkt återhållande effekt på viljan för aktieägare att vilja upprätta en skadeståndstalan mot bolagets organledamöter.⁴¹² Även om en skadeståndstalan mot bolagsledningens ledamöter framstår som sannolik att öka bolagets värde eller verka avhållande mot oönskat beteende, så kan det för enskilda aktieägare ändå vara rationellt att avstå då rättegångskostnaderna riskerar överstiga det utfallande beloppet.⁴¹³

⁴⁰¹ Se Ferrarini & Giudici, s. 53.

⁴⁰² Se Ferrarini & Giudici, s. 53.

⁴⁰³ Ekelöf m.fl., fjärde häftet, s. 259 f. Editions-förelägganden sker normalt sett i förberedelseskedet av rättegången, men inte innan talan har anhängiggjorts genom ansökan om stämning vid domstol, se Ekelöf m.fl., femte häftet, s. 37.

⁴⁰⁴ Fitger m.fl., kommentaren till 38 kap. 2 § RB.

⁴⁰⁵ Ekelöf m.fl., fjärde häftet, s. 263; Fitger m.fl., kommentaren till 38 kap. 2 § RB.

⁴⁰⁶ Ekelöf m.fl., fjärde häftet, s. 263.

⁴⁰⁷ Se Ekelöf m.fl., fjärde häftet, s. 261.

⁴⁰⁸ Ekelöf m.fl., fjärde häftet, s. 261.

⁴⁰⁹ Jfr Ekelöf m.fl., fjärde häftet, s. 266.

⁴¹⁰ Jfr Ekelöf m.fl., fjärde häftet, s. 270.

⁴¹¹ Jfr Kershaw, s. 568.

⁴¹² Bergström & Samuelsson, s. 141; jfr samma resonemang kring kostnadsfördelningen i dispositiva tvistemål i allmänhet, Ekelöf m.fl., tredje häftet, s. 277 ff.

⁴¹³ Bergström & Samuelsson, s. 140.

8.1 Allmänt om kostnadsfördelningen i tvistemål

De rättegångskostnader som är förbundna med en skadeståndstalan utgör, på gott och ont, en återhållande effekt på viljan att utnyttja möjligheten därtill. Detta följer samma logik som de allmänna processrättsliga motiven bakom principen i dispositiva tvistemål om att varje part ska bära sina egna rättegångskostnader. Ett av de grundläggande motiven bakom regeln i allmänhet är att en sådan kostnadsfördelning kan verka avhållande mot obefogade rättegångar.⁴¹⁴ På samma sätt som skadeståndet fyller principen i 18 kap. 1 § RB om att tappande part ska svara för samtliga rättegångskostnader såväl handlingsdirigerande som reparativa funktioner.⁴¹⁵ Några tillämpliga undantag avseende aktieägares talan finns heller inte enligt allmänna regler.⁴¹⁶

Den amerikanska huvudregeln i tvistemål är att varje part står sina egna rättegångskostnader oavsett utgång. I europeiska rättsordningar är huvudregeln regelrätt den motsatta: tappande part ersätter samtliga rättegångskostnader i målet.⁴¹⁷

8.2 Aktiebolagsrättsliga särregler – *lex specialis*

I flera av de aktiebolagsrättsliga regelverk som här varit i undersökning finns någon form av undantag som till viss del förflyttar rättegångskostnaderna i förhållande till vad som gäller enligt allmänna processrättsliga regler. Om minoritetsaktieägarna tappar talan riskerar de att behöva stå för samtliga rättegångskostnader, se 29 kap. 9 §. Vid bifall ska dock minoritetsägarnas kostnader ersättas i den mån det kan täckas ur det belopp som tillfaller bolaget.⁴¹⁸ Samma ordning gäller i de nordiska länderna.⁴¹⁹ Dessa kostnadsregler har i flera rättsordningar, inte minst de nordiska, bidragit till frånvaron av dessa skadeståndsmål.⁴²⁰

Till synes förändrar kostnadsfördelningsregeln i 29 kap. 9 § ABL inte särskilt mycket i förhållande till allmänna regler. Skillnaden ligger i att skadeståndsbeloppet tillfaller bolaget, ur vilket senare aktieägarnas rättegångskostnader får täckas i den mån medlen räcker.⁴²¹ Ett motiv bakom de aktiebolagsrättsliga kostnadsfördelningsreglerna är att det inte ansetts rimligt att bolaget ska stå för rättegångskostnaderna om målet tappas, när det inte är bolaget självt som initierat talan.⁴²² Detta är en ändamålsenlig huvudregel som visar på svårigheten att balansera minoritetstalan med vad som ligger i bolagets intressen. Frågan är om det inte bör finnas större möjligheter att ersätta aktieägares skadeståndskostnader även i fall då talan tappats.

I engelsk rätt finns det enligt Civil Procedure Rule 19.9E en särskild möjlighet avseende derivativ talan att ersätta aktieägaren för dennes rättegångskostnader oavsett målets utgång.⁴²³ När denna regel ska förväntas tillämpas av domstolar tycks dock inte vara fullständigt klart.⁴²⁴ I tysk rätt ska bolaget i regel ersätta aktieägarna för deras rättegångskostnader om de passerat förhandsbedömningen, se § 148(6) AktG. Den rådande osäkerheten kring hur bestämmelsen ska

⁴¹⁴ Se Fitger m.fl., kommentaren till 18 kap. 1 § RB.

⁴¹⁵ Ekelöf m.fl., tredje häftet, s. 280.

⁴¹⁶ Jfr Ekelöf m.fl., tredje häftet, s. 346.

⁴¹⁷ Gelter, s. 861 f.

⁴¹⁸ Johansson, s. 364.

⁴¹⁹ Se § 364 st. 3 selskabsloven (Danmark), § 17-4(3) allmennaksjeloven (Norge) och 22 kap. 7 § 3 st. FABL (Finland).

⁴²⁰ Se Schaumburg-Müller & Werlauff, s. 1202.

⁴²¹ En jämförelse med ordalydelsen av de olika nordiska reglerna på denna punkt stödjer en tolkning som innebär att aktieägare endast har rätt till ersättning i den mån de medel som bolaget vunnit räcker till.

⁴²² Svernlöv, *Actio pro socio*, s. 913.

⁴²³ Se French, Mayson & Ryan, s. 540.

⁴²⁴ Se Kershaw, s. 574 som förespråkar en standpunkt om att de engelska domstolarna bör vara frikostiga i utnyttjandet av CPR 19.9E och ersätta kåranden för dennes kostnader, förutsatt att talan är rimligt grundad; se även Reisberg, *Derivative actions and corporate governance*, s. 245.

tillämpas gör att kostnaderna fortsätter att verka avhållande. En regel motsvarande CPR Rule 19.9E skulle enligt min mening vara eftersträvansvärd även i svensk aktiebolagsrätt. En möjlighet till omfördelning av rättegångskostnaderna i denna typ av mål skulle kunna vara lämplig där aktieägarnas inledande av talan, oavsett målets utgång, haft uppenbart goda skäl. Att tillämpningen skulle överlåtas åt domstolens bedömning i det enskilda fallet utgör ingen avsevärd fara; aktieägare som inte tror sig ha en tillräckligt väl underbyggd talan skulle rimligen inte hoppas bli täckta för sina kostnader av bolaget i händelse av att målet tappas. Därmed torde en sådan ordning inte bidra till ett överväldigande stort antal mindre välgrundade skadeståndsanspråk.

8.2.1 Särskilt om riskavtal

Av särskilt intresse för aktieägares förande av skadeståndstalan för bolagets räkning är möjligheten, eller avsaknaden därav, för aktieägare att anlita rättegångsombud genom s.k. riskavtal. Med riskavtal avses att ombudets arvode bestäms utefter i vilken utsträckning som klientens anspråk tillgodoses i rättegången. Sådana konstruktioner är högst troligt en viktig beståndsdel för förekomsten av aktieägare villiga att driva denna typ av talan mot bolagsledningen.⁴²⁵

Det föreligger inget uttryckligt förbud mot riskavtal i svensk rätt.⁴²⁶ De etiska regler som Sveriges advokatsamfund har utfärdat innebär dock att en advokat inte får tillgodoräkna sig arvode beräknat i procent av vunnit belopp.⁴²⁷ Inte heller i Storbritannien har s.k. contingency fee-arrangemang varit tillåtna, även om sådana förespråkats i vissa fall just avseende derivativ talan.⁴²⁸ I USA kan advokater däremot erhålla upp mot 40 % av utfallande belopp vid en framgångsrik talan: en mycket högre ersättning än vad som hade debiterats klienten enligt vanlig arvodering.⁴²⁹ Tillsammans med ett system där varje part enbart står sina egna rättegångskostnader, samt en yrkeskår vilken är erfaren i denna typ av mål, skapas starka incitament för amerikanska advokater att föra talan mot bolagsledningarna.⁴³⁰

Att införa ett contingency fee-arrangemang i rättsordningar som Sverige eller England, där rättegångskostnaderna normalt följer målet, skulle inte få samma verkan som i den amerikanska civilprocessen där varje part normalt står sina egna kostnader. En tappande aktieägare i ett rättsystem av svensk modell skulle inte enbart riskera att stå utan ersättning till sitt ombud, utan även behöva ersätta bolaget för dettas kostnader av rättegången. Utan en omplacering av rättegångskostnaderna i tvistemål kommer riskavtal inte att förändra särskilt mycket kring attraktiviteten hos *actio pro socio* som ett medel att upprätthålla bolagets intressen. Hur kostnadsfördelningen i tvistemål i allmänhet bör vara placerad är emellertid långt bortom denna uppsats att besvara.

⁴²⁵ Se Gelter, s. 891.

⁴²⁶ Se punkt 4.2 i Advokatssamfundets vägledande regler om god advokatsed.

⁴²⁷ Se Fitger m.fl., kommentaren till 18 kap. 8 § RB och punkt 4.2 i Advokatssamfundets vägledande regler om god advokatsed.

⁴²⁸ Se dock Lord Dennings resonemang i rättsfallet *Wallersteiner v. Moir* (No 2) [1975] 2 WLR 389 om att contingency fees bör tillåtas vid derivativ talan under vissa förutsättningar; relevant utdrag finns i Kershaw, s. 570 ff.

⁴²⁹ Kershaw, s. 575.

⁴³⁰ Kershaw, s. 575; dessa riskavtal, tillsammans med det faktum att ersättningen tillfaller bolaget, har i amerikansk rätt överflyttat incitamenten från aktieägarna till advokaterna att inleda talan, se Macey, 13-128.

9 Alternativa rättsmedel

Om ett rättssystem sätter upp svåra hinder för tillgången till skadeståndstalan så kommer missnöjda aktieägare istället välja det minsta motståndets lag och vända sig till andra rättsmedel.⁴³¹ Tre mekanismer är delvis funktionellt likartade i att upprätthålla ledamöters plikter gentemot bolaget: (1) skadeståndstalan, (2) offentliga utredningar och (3) straffsanktioner.⁴³²

Klandertalan utgör desto ett mer nyttjat instrument i europeiska rättsordningar än skadeståndstalan och täcker upp mycket av minoritetstalans roll, inte minst mot bakgrund av de annorlunda ägarförhållandena i europeiska storbolag.⁴³³ Oftast finns i dessa fall heller inga tröskelregler att behöva gå över.⁴³⁴ Klandertalan kan dock enbart fånga åtgärder som är viktiga nog att behandlas på bolagsstämman och har därför svårt att fånga upp ledamöters pliktsförsummelse som sker under radarn för bolagsstämman.⁴³⁵ Därmed har instrumentet tydliga begränsningar.

9.1 Straffansvar

I vissa situationer och rättsordningar kan styrelseledamots och verkställande direktörs straffansvar få en större betydelse för upprätthållandet av deras plikter gentemot bolaget än skadeståndsreglerna i aktiebolagslagen. I vissa sällsynta fall av brottslig gärning från organledamots sida kan det även i svensk rätt finnas skäl att tillämpa 2 kap. 2 § SkL framför de allmänna skadeståndsreglerna i ABL.⁴³⁶

Åsidosättande av omsorgs- eller lojalitetsplikten kan i allvarliga fall aktualisera brottet trolöshet mot huvudman i 10 kap. 5 § BrB.⁴³⁷ För att brottet ska aktualiseras krävs att vederbörande missbrukar sin förtroendeställning, innebärande flagranta befogenhetsöverskridanden och utnyttjande av bolagets resurser för privata ändamål.⁴³⁸ Brott kan även förekomma vid befogenhetsöverskridande förlustaffärer, mutor, brott mot tystnadsplikt eller bedrivande av konkurrerande verksamhet, för att nämna några exempel.⁴³⁹ Även allvarliga fall av underlåtenhet att uppfylla ett tillsynsansvar inom aktiebolaget kan aktualisera straffansvar.⁴⁴⁰

Illustrerande för hur straffansvaret kan utgöra ett alternativ till minoritetstalan är fransk rätt där bolagsledningens straffansvar är desto mer relevant än det civilrättsliga skadeståndet.⁴⁴¹ Förutom skadeståndstalan från aktieägare riskerar även ledamöter av bolagsledningen i franska bolag i större utsträckning straffrättsliga och administrativa sanktioner.⁴⁴² Minoritetsägare i Frankrike kan även inleda åtal genom att göra en brottsanmälan (*plainte avec constitution de partie civile*). Aktieägarna kan vid senare tillfälle ansluta sig till straffprocessen och kräva skadestånd den vägen.⁴⁴³ Straffansvaret fyller till viss del samma preventiva och reparativa funktioner som en skadeståndstalan och hjälper aktieägarna att överkomma problemen med kostnader och tillgång till information.⁴⁴⁴

⁴³¹ Gelter, s. 845.

⁴³² Garner-Beuerle & Schuster, s. 214 f.

⁴³³ Gelter, s. 881.

⁴³⁴ Gelter, s. 883.

⁴³⁵ Gelter, s. 892.

⁴³⁶ Se Sandström, s. 258 och 392

⁴³⁷ Skog, s. 219.

⁴³⁸ Jfr Berggren m.fl., kommentaren till 10 kap. 5 § BrB.

⁴³⁹ Se Berggren m.fl., kommentaren till 10 kap. 5 § BrB; avseende tystnadsplikten, se Johansson s. 136.

⁴⁴⁰ Se Berggren m.fl., kommentaren till 10 kap. 5 § BrB, se även NJA 1983 s. 441.

⁴⁴¹ Se Gelter, s. 887 f.

⁴⁴² Se Conac, French Corporate Governance Law. I Ulf Bernitz (red.), *Modern Company Law for a European Economy*, s. 235-239.

⁴⁴³ Se Gelter, s. 888.

⁴⁴⁴ Se Gelter, s. 889.

I allmänhet har den svenska lagstiftaren inte ansett straffansvar som det mest effektiva medlet att motverka oönskat beteende, utan istället hellre sett att sådant beivras genom t.ex. skadeståndssanktionen.⁴⁴⁵ Då straffansvaret i stora delar tar sikte på samma typ av beteende som skadeståndet finns det dock ett oklart samspel mellan de båda rättsmedlen och huruvida bedömningarna ska fattas efter samma grunder. Likväl kan ett skadeståndsanspråk påkopplas ett åtal enligt reglerna om enskilt anspråk i anledning av brott i 22 kap. RB. Frågan är här hur sambandet mellan ordalydelsen i 29 kap. 7 § ABL och 22 kap. 1 och 2 §§ RB ska tolkas. Trots att 29 kap. 7 § ABL enbart pekar på aktieägarminoritetens rätt att föra talan för bolagets räkning enligt 29 kap. 1-3 §§ bör det enligt min mening vara ändamålsenligt att även låta en sådan minoritet framställa en begäran om enskilt anspråk i samband med brott, jfr 22 kap. 1 och 2 §§ RB. Ett större belysande av det nuvarande och potentiella samspelet mellan de privaträttsliga och offentliga sanktionerna vore önskvärt för förståelsen av dessa båda rättsmedel och deras samspel med en eftersträvad bolagsstyrning.

9.2 Offentliga utredningar

Ett belysande alternativt till skadeståndstalan som bolagsstyrningsinstrument finns i den nederländska aktiebolagsrätten.⁴⁴⁶ I Nederländerna finns inte *actio pro socio* som sådant. Istället finns det ett instrument som låter minoritetsägare, som innehar en tiondel av aktierna eller aktier till ett värde av 225 000 €, att inleda en sanktionerad offentlig utredning kring förvaltningen av bolagets angelägenheter och bolagsledningens förehavanden.⁴⁴⁷ Kostnaden för utredningen bärs som huvudregel av bolaget.⁴⁴⁸ En utredning kan tillsättas om det finns goda grunder för att tvivla på att korrekta förfaranden har iakttagits inom bolaget.⁴⁴⁹ Om utredarens rapport visar på missförhållanden kan ansökande part gå vidare och begära rättelse. Sådan rättelse kan bland annat innebära avsättande av personer i bolagsledningen.⁴⁵⁰ Det omfattar dock inte ett skadeståndsansvar för ledamot. Frågan om huruvida det förekommit misskötsel har i praxis och doktrin definierats utifrån koncepten om vårdslöshet och illojalt beteende.⁴⁵¹

I belgisk rätt finns möjlighet för en eller flera aktieägare som har en procent av aktierna, eller aktier av ett värde motsvarande 1 250 000 €, att tillsätta en expert i bolagsrätt som utredare ifall aktieägaren kan visa på fakta som tyder på att bolagets intressen är allvarligt hotade.⁴⁵² Syftet med tillsättande av en sådan expert är framförallt att kunna inskrida i god tid mot konsekvenserna av oaktsam eller illojal förvaltning.⁴⁵³

Dessa offentliga undersökningsförfaranden har blivit en viktig mekanism för att hålla bolagsledningen ansvarig och anses i allmänhet som en framgång, vilket gör frånvaron av möjlighet till minoritetstalan i Nederländerna desto mindre avgörande.⁴⁵⁴ Liknande rättsfigurer finns i flera europeiska rättsordningar, bland annat Sverige, Frankrike och Storbritannien. Skillnaden ligger i att

⁴⁴⁵ Se prop. 2004/05:85, s. 494; se vidare prop. 1997/98:99, s. 116 f. och prop. 1994/95:23, s. 55. Se även lag (2014:836) om näringsförbud.

⁴⁴⁶ Se Tuijtel, s. 90.

⁴⁴⁷ Se Gelter, s. 889; Tuijtel, s. 90.

⁴⁴⁸ Se Gelter, s. 891.

⁴⁴⁹ Tuijtel, s. 91.

⁴⁵⁰ Se Tuijtel, s. 91.

⁴⁵¹ Se Tuijtel, s. 91.

⁴⁵² Se Tuijtel, s. 92.

⁴⁵³ Se Tuijtel, s. 92.

⁴⁵⁴ Gelter, s. 891.

den nederländska modellen tillåter ett begärande av omedelbart följande rättsföljder, om än inte ett skadestånd.⁴⁵⁵

10 Diskussion

I denna uppsats har jag analyserat funktionen och effektiviteten av *actio pro socio* i aktiebolag genom iakttagandet av ett flertal faktorer. Min avsikt har inte varit att framställa minoritetstalan som ett felfritt instrument eller att fler sådana processer nödvändigtvis vore önskvärda. Vad jag har velat förmedla är hur dessa fungerar, varför de sällan utnyttjas, och vilken roll de spelar i den aktiebolagsrättsliga massan och bolagsstyrningen.

10.1 Sammanställning av de undersökta faktorerna

Det är viktigt att skilja mellan skadeståndets funktion i sig och dess åtkomst via reglerna i 29 kap. 7-9 §§ ABL. En minoritetstalan är i alla väsentliga aspekter ett skadeståndsanspråk och lider därför av samma begränsningar, tillsammans med ytterligare svårigheter kopplade till just denna typ av talan (talerätsregler, bristande tillgång till information och omfattande rättegångskostnader). För att en skadeståndstalan för bolagets räkning ska utgöra ett tillgängligt instrument för upprätthållande av aktiebolagsrätten och ledamöternas plikter krävs att ett flertal kumulativa förutsättningar är uppfyllda. Det får konstateras att de nordiska och kontinentaleuropeiska rättsordningarna tycks sakna samtliga de förutsättningar som krävs för att göra minoritetsstalan till ett attraktivt styrinstrument.

Utomrättsliga aspekter fortsätter att påverka och förminska aktieägares vilja att vidta åtgärder i bolagets förvaltning och tillse att plikter gentemot bolaget upprätthålls. Tröskelregler medför samma typ av problem med *rational apathy*, koordinationsproblem och *free-riding* som aktieägarnas utnyttjande av sin rösträtt i allmänhet. Minoritetstalan kan möjligen minska koordinationsproblemet då den inte kräver fullt lika stort engagemang bland bolagets aktieägare, men beroende på den enskilda ägarstrukturen inom olika bolag kan problemet ändå kvarstå.⁴⁵⁶ Tröskelkraven i Kontinentaleuropa är dessutom relativt höga och kräver ofta *de facto* innehav i värdet av tiotals miljoner kronor.⁴⁵⁷ Det är troligt att det försvinnande lilla antalet skadeståndsanspråk i de kontinentaleuropeiska jurisdiktionerna till stor del kan förklaras av dessa tröskelregler, om vanligtvis fem eller tio procent, som uppställs för tillgång till talan. Att enbart fokusera vid aktiebolagsrätts tröskelregler skulle inte vara tillräckligt. Även om det går att finna en lämpligare procentsats anpassad till svenska förhållanden så kommer krav på kvalificerade innehav sannolikt alltid verka avhållande.

Av erfarenheten i fransk rätt är en gynnsam åtkomst till rättsmedlet inte tillräckligt utan en annorlunda fördelning av rättegångskostnaderna. Att driva en skadeståndstalan mot styrelseledamot, verkställande direktör eller annan aktieägare är förenat med risker för stora rättegångskostnader på grund av de svenska och europeiska kostnadsfördelningsreglerna i dispositiva tvistemål. En annorlunda uppläggning av rättegångskostnaderna, tillsammans med s.k. *contingency-fee* arrangemang, utgör en avgörande komponent för amerikanska aktieägares flitiga anlitan av derivativ talan. Även om svensk rätt skulle anta en mer tillåtande syn på riskavtal, så

⁴⁵⁵ Jfr Tuijtel, s. 97.

⁴⁵⁶ Reisberg, *Derivative action and corporate governance*, s. 24.; se Kershaw, s. 539.

⁴⁵⁷ Grechenig & Sekyra, s. 19.

skulle dessa inte förändra mycket i ett system där tappande part står för samtliga rättegångskostnader.

Svårigheterna visas också i de materiella förutsättningar som krävs för att styrka oaktsamhet och samtliga övriga skadeståndsrättsliga rekvisit. På vissa håll har just dessa omständigheter beskrivits som en avgörande faktor för effektiviteten hos minoritetstalan.⁴⁵⁸ Det stämmer förvisso att bevisbördan fortsätter vara ett av de största hindren för att driva en skadeståndstalan mot bolagsledningen. Att skadestånd aktualiserar en mängd komplicerade rättsliga och faktiska frågeställningar är dock inget särskilt för aktiebolagsrätten, och något som måste för tydlighetens skull behöva klargöras är förhållandet mellan beviskravet och oaktsamhetsbegreppet i aktiebolagslagen. Att en eller flera aktieägare för bolagets räkning måste visa på vållande, culpa, kausalitet och skada är i sig inte betingat av oaktsamhetsrekvisitet i 29 kap. 1 § ABL. Att oaktsamhet måste styrkas får inte förväxlas med vad som rättsligt sett konstituerar oaktsamhet inom aktiebolagsrätten: dessa bedömningar uppfyller skilda syften. Starka rättssäkerhetsskäl talar för att skadeståndskrav endast medges efter adekvata orsakssamband och en, efter omständigheterna lämplig, culpabedömning. Det är viktigt att inse att det inte föreligger något motsatsförhållande mellan ledamöters omsorgsplikt och aktieägarnas intresse av skydd mot övergrepp i bolagets förvaltning samt att vad som krävs för att styrelseledamot eller verkställande direktör ska bli ansvarig på grund av oaktsamhet enligt ABL bygger på rättspolitiska överväganden. Sådana överväganden vittnar istället om vilka intressen som lagstiftaren ansett lämpligt att skydda genom aktiebolagslagens skadeståndsbestämmelser samt vid vilken nivå det är rättsligt och samhällsekonomisk lämpligt att ledamot hålls ansvarig för sina brister. Läget försvåras visserligen något rent praktiskt på grund av osäkerheten kring reglernas tillämpning i den aktiebolagsrättsliga kontexten, inte minst mot bakgrund av bristen av rättsliga avgöranden.

De svenska reglerna präglas av en förhållandevis restriktiv syn på tillgång till information, såväl enligt aktiebolagsrättsliga som processrättsliga regler. Avsaknaden av tillräcklig information vid rätt tidpunkt utgör en av de största svårigheterna för minoritetsaktieägare att bevaka sina och bolagets intressen.

Förutom styrelse och verkställande direktör är det i vissa fall även nödvändigt att kunna rikta talan mot stora aktieägare, inte minst i Kontinentaleuropa där dessa ofta har faktisk kontroll över bolaget och är direkt eller indirekt inblandade i det skadliga beteendet.⁴⁵⁹ Med undantag för tredje man, som enbart har externa kopplingar till bolaget, finns i svensk rätt förhållandevis goda möjligheter att rikta skadeståndstalan mot olika potentiella subjekt som orsakat bolaget skada, se 29 kap. 1-3 §§ ABL.⁴⁶⁰

10.2 Minoritetstalans praktiska och teoretiska betydelse

Något som uppkommer vid studiet av och diskussionen kring aktiebolagslagens skadeståndsregler är att de så sällan utnyttjas.⁴⁶¹ På grund av detta blir dess funktioner svårare att uttala sig om, annat än rent teoretiskt, och dess praktiska betydelse för rättslivet inom de stora bolagen okänt.⁴⁶² Ur svenskt perspektiv kan problemet vidare te sig mindre praktiskt relevant, då separationen av ägande och kontroll inte är lika framträdande i svenska aktiemarknadsbolag med koncentrerat ägande.⁴⁶³ Ett lågt

⁴⁵⁸ Se Gelter, s. 870 och 891.

⁴⁵⁹ Gelter, s. 891.

⁴⁶⁰ I amerikansk rätt betraktas en s.k. derivativ talan inte enbart som ett instrument för aktieägare att hålla sina bolagsledningar ansvariga, utan kan även riktas mot tredje man, se Gelter, s. 876.

⁴⁶¹ Se Prop. 1997/98:99, s. 303.

⁴⁶² Stattin, s. 337.

⁴⁶³ Bergström & Samuelsson, s. 149.

antal processer är emellertid inte nödvändigtvis ett tecken på att institutet inte fyller sina syften.⁴⁶⁴ Det kan dock förmodligen vittna om att aktieägare under rådande förhållanden huvudsakligen väljer andra vägar att uttrycka sitt missnöje, samt att skadeståndstalan utgör ett exceptionellt rättsmedel som framförallt anlitas när det finns principiella skäl att inte låta ett visst skadevållande beteende gå obemärkt förbi.

Det är svårt att uttala sig om vilken samhällsbetydelse som det interna skadeståndsansvaret i 29 kap. ABL faktiskt har. Desto lättare är det att uttala sig om vilken betydelse reglerna har för systematiken i aktiebolagsrätten. I och med att skadeståndsbestämmelserna i slutet av ABL är knutna till flertal regler i lagen så utgör de en viktig del av aktiebolagsrätten.⁴⁶⁵ Möjligt att konstatera är i alla fall att processer av detta slag är mycket ovanliga; det är ofta för dyrt, tidskrävande och osäkert att föra en skadeståndstalan.⁴⁶⁶ Aktiebolagslagen vilar på principen om att den eller de som innehar majoriteten av rösträtten också har rätt att kontrollera bolaget.⁴⁶⁷ Svenska storbolag har en tradition av att starka kontrollaktieägare väljer en bolagsledning till vilken kontrollägaren har starka personliga band av något slag.⁴⁶⁸ Krav på påföljder gentemot bolagsledningen hamnar i majoritetsägarens händer, vilken på grund av sin potentiella sammankoppling med bolagsledningen kan sakna incitament att angripa dessa beslut.⁴⁶⁹ För minoritetsägare kan då skadeståndstalan mot bolagsledningen eller medvållande aktieägare utgöra en sista utväg.⁴⁷⁰ Majoritetsägarnas passivitet är dock oavsett oroande med hänsyn till respekten för ABL och förtroendeproblematiken inför aktiemarknaden i allmänhet. Om ingen ställer högt uppsatta företagsledare till svars vid allvarliga övertramp riskerar lagens ambitioner och rättspolitiska försök att komma till rätta med förtroendeproblemen att försvåras. Vanligast uppträder anspråken istället vid bolagets konkurs – då ovanstående hänsyn och hinder inte längre är relevanta.⁴⁷¹

10.3 Förslag till förändring?

Detta leder fram till frågan om regleringen bör förändras till förmån för ett större utnyttjande av aktiebolagslagens skadeståndsregler. Om de skyddsmekanismer som existerar är tillräckliga eller inte utgör en svår fråga för huruvida lagstiftaren bör tillsätta skarpare eller ytterligare sanktioner för kontroll av bolagsledningar. Den viktiga frågan som behövs ställas och besvaras är då om dess potentiella nytta skulle överstiga dess befarade kostnader.⁴⁷² Lagstiftaren hamnar ofrånkomligen i ett dilemma kring regleringen av effektiva sanktioner och de ökade kostnader sådan åtstramning medför. Bland dessa kostnader i vid mening kan tänkas bolagsledningens minskade aptit för välmotiverat risktagande, en mindre effektiv beslutsprocess till följd av ökad kontroll och dokumentering, samt de monetära och icke-monetära kostnader som alltid förbinds med skadeståndsprocesser. Striktare ansvar skulle även kunna göra det svårare att rekrytera kompetenta personer till företagsledande ställning.⁴⁷³ Mot bakgrund av dessa bieffekter måste en diskussion om strängare ansvarsregler alltid företräddas av stor eftertänksamhet.⁴⁷⁴ Aktiebolaget är en privat

⁴⁶⁴ Reisberg, *Derivative actions and corporate governance*, s. 192; Garner-Beuerle & Schuster, s. 233.

⁴⁶⁵ Sandström, s. 390.

⁴⁶⁶ Sandström, s. 259.

⁴⁶⁷ Se prop. 1975:103, s. 139.

⁴⁶⁸ Sandström, s. 244 f.

⁴⁶⁹ Sandström, s. 259.

⁴⁷⁰ Sandström, s. 259.

⁴⁷¹ Sandström, s. 391.

⁴⁷² Se Thomsen & Conyon, s. 46 ff.

⁴⁷³ Jfr SOU 1995:44, s. 17.

⁴⁷⁴ Bergström & Samuelsson, s. 125.

associationsform över vilkens organisation dess ägare i sista hand måste ansvara för. Utökade möjligheter till skadestånd kan inte ersätta en aktiv ägarroll och förmodligen kommer aktieägarna alltid behöva stå kostnaden oavsett systemets utformning.⁴⁷⁵ Ur samhällsekonomisk synvinkel kan det därför finnas goda skäl för att inte anlita för hårda sanktionsmekanismer gentemot bolagsledningen i stora bolag, inte minst för att sanktioner av olika slag har en begränsad förmåga att styra beteenden i positiva och kreativa riktningar. De varningssignaler som ovan riktats mot hårdare kontroll visar snarast på de svårigheter som finns med att grunda övervakningen av bolagsledningen i rättsliga sanktionsmekanismer.⁴⁷⁶ Det saknas även empiriskt stöd för att en hårdare skadeståndsreglering kring bolagsledningen också skulle leda till en mer effektiv bolagsstyrning.⁴⁷⁷

I litteraturen brukar framhållas att de avhållande påtryckningsmedlen framförallt finns i form av sociala konstruktioner; så som rädslan att bli utstött ur en social gemenskap eller viljan hos de flesta att utföra sitt arbete väl. Detta är förmodligen mycket riktigt. Det kan emellertid inte bortses från att människor reagerar olika på olika typer av sanktioner. De flesta känner förmodligen ett tillräckligt stort obehag inför sociala sanktioner att dessa förblir tillräckliga. Andra människor, kanske i ovanliga situationer, kan vara mindre påverkade av dessa saker. Socialt tryck som en mekanism för god bolagsstyrning kan bland annat falla på den punkt att styrelseledamöter sällan behöver redovisa sina beslut och inställningar inför omvärlden, på grund av det faktum att styrelsemöten och protokoll normalt sett inte är öppna för omgivningens ögon. Mot bakgrund av detta får det anses tveksamt om sociala sanktioner helt kan ersätta rättsliga regler.⁴⁷⁸

Det är vidare viktigt att särskilja på fall där oönskat beteende har sin botten i systemfel eller enbart utgör observerbara utstickare. För lagstiftaren är det högst nödvändigt att reflektera över vilket av kategorierna ett visst problem tillhör för att avgöra om ny eller förändrad reglering är försvarbar.⁴⁷⁹ Eftersom lagstiftning till sin natur ofta måste vara generellt utformad för att fånga upp ett stort antal fall kan den inte på förhand förutse och tillhandahålla lösningar för varje situation.⁴⁸⁰ Istället får lagstiftaren inskränka sina förväntningar och sikta på att göra ett visst beteende i bolagskontexten mer troligt; något som inte minst gäller skadeståndssanktionen.⁴⁸¹ Det tycks vidare inte föreligga några upplevda akuta förtroendeproblem inom den svenska aktiebolags- och aktiemarknadsrätten. Att grunda lagändringar i skandalaffärer torde vidare vara mindre välbetänkt utan någon mer ingående utredning i frekvensen av dessa fall. Möjligt är att flera av de händelser som aktualiserat skadestånds- och straffrättsligt ansvar just är utstickande fall. Problemet som kvarstår är att det faktum att flera av dessa utgör utstickande fall inte gör dem mindre skadliga för förtroendet för aktiemarknaden och aktiebolagsrätten.

Enligt min uppfattning ligger inte den lämpliga rättsutvecklingen i ett strängare ansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, utan i en ökad insyn i och ett hälsosamt ifrågasättande av bolagets förvaltning. Skyddet för ledamöter från mindre nogräknade aktieägares processlystnad bör inte ha formen av ett hemlighållande av information, utan genom en lämplig culpabedömning som speglar de intressen som skadeståndsreglerna avser skydda. En ytterligare fördel med en sådan ordning vore de positiva beteendesppekter som följer av att människor i större grad måste redovisa grunderna för sina beslut. Inte minst frågerätten till bolagsledningen kan vara en mycket viktig

⁴⁷⁵ Se Bergström & Samuelsson, s. 124.

⁴⁷⁶ Bergström & Samuelsson, s. 125.

⁴⁷⁷ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 61.

⁴⁷⁸ Se Stout, s. 682.

⁴⁷⁹ Kordel, s. 40 f.

⁴⁸⁰ Kordel, s. 42.

⁴⁸¹ Jfr Kordel, s. 39 f.

rättighet för aktieägarna att hålla sina bolagsledningar ansvariga då risken för bolagsledningen att behöva utstå pinsamheter vid frågestunden på årsstämman kan utgöra en beteendestyrande faktor.⁴⁸²

Mot bakgrund av de senaste decenniernas utveckling kring det institutionella ägandet kan det även finnas skäl att förändra tröskelreglerna för att ge dessa aktörer en mer handfast möjlighet att ta en mer aktiv del i bolagets förvaltning.⁴⁸³ Det är emellertid svårt att motivera någon särskild procentsats som en lämplig tröskelregel, och alla liknande gränsdragningar löper risken att bli något godtyckliga.⁴⁸⁴ Dessutom får det sägas att tioprocentsregeln är fast rotad i den svenska aktiebolagsrätten och har en systematisk sammankopplande effekt av de olika minoritetsskyddsreglerna i lagen. En större rätt till insyn för minoritetsaktieägare, kombinerat med ett något eventuellt lägre tröskelkrav, skulle oavsett kunna skapa en balanserad lösning där enskilda aktieägare kan efterforska och ifrågasätta bolagsledningens ageranden, samtidigt som beslutet att vidta rättsliga åtgärder fortfarande kräver stödet av en kvalificerad minoritet. Detta skulle kunna ge aktieägarna ökade verktyg i att kontrollera styrelse, verkställande direktör och eventuella majoritetsägare, samtidigt som risken för missbruksstämningar från enskilda aktieägare i utpressningssyfte inte blir lika framträdande. Rätten att inleda undersökningar, och i undantagsfall inleda talan, skulle även kunna ges till någon typ av självregleringsorgan på aktiemarkanden eller offentlig myndighet. Mest konsekvent med den svenska lagstiftningen vore förmodligen att fortsätta överlämna insynsrätten till någon typ av särskild granskare. Oavsett vilket så måste en sådan ökad möjlighet till insyn kopplas till andra anknytande regler, t.ex. aktiemarknadens behov av lika och samtidig information, se 15 kap. 6 § Vpml.⁴⁸⁵ Precis som att ledningen inte kan utlämna kurspåverkande information på bolagsstämman skulle det vara nödvändigt att ge bolaget möjlighet att neka tillträde till information om denna av någon anledning skulle kunna orsaka väsentlig skada för bolaget, jfr 7 kap. 36 § ABL. Även möjligheterna att kalla till extra eller fortsatt bolagsstämma, samt beslut att vägra ansvarsfrihet, skulle behöva kopplas till tröskelregeln för att initiera särskild granskning för att detta institut inte skulle förlora en stor del av sitt praktiska värde, se 7 kap. 13 och 14 §§ ABL. Detta visar på svårigheterna att importera en annan rättsordnings lösning – i detta fall den amerikansk – direkt in i det svenska rättsystemet. Baserat på min föreliggande utredning så har jag svårt att föreslå någon särskild konkret utformning av rättsreglerna på denna punkt, även om en viss riktning kan utpekas. Det är uppenbart att dessa frågor är i behov av en större utredning som går utanför ramarna för denna uppsats.

Ifall kostnaden för särskild granskare ska fortsätta stå av bolaget även vid ett sänkt tröskelkrav i denna mening så skulle det, i likhet med belgisk rätt, kunna förenas med ett krav på den enskilde aktieägaren att visa på goda grunder för sin begäran om granskning.

Om ett skadestånd tillfaller bolaget finns risken, som ibland framhävs kring *actio pro socio* inom handelsbolag, att ersättningen kommer under den faktiska fortsatta förvaltningen av skadevållaren. Mot bakgrund av detta borde det finnas möjligheter för aktieägarminoriteten att avsätta ledningen efter en framgångsrik skadeståndstalan.⁴⁸⁶ Alternativt skulle det kunna ges en rätt för minoriteten att

⁴⁸² Jfr Reisberg, *Derivative action and corporate governance*, s. 29.

⁴⁸³ Se Malmström, *Institutionellt ägande i omvandling*. I Sevenius & Örtengren, *Börsrätt*, s. 341 ff. om problemet med passivitet bland institutionella ägare; även Sandström, s. 54 och 94; se vidare Kershaw s. 174 om varför institutionella ägare normalt inte tenderer att engagera sig.

⁴⁸⁴ Gelter, s. 857.

⁴⁸⁵ Se även regel 3.1.1 Stockholmsbörsens regelverk för emittenter samt 10 kap. 3 § FFFS 2007:17.

⁴⁸⁶ För offentligrättsliga mekanismer, ofta i samband med brott, kan pekas på möjligheten att diskvalificera ledamöter av bolagsledningen enligt lagen (2014:836) om näringsförbud.

avsätta bolagsledningen vid visande på viktig grund, jfr 25 § HBL och § 84(3) AktG, något som typiskt sett kan uppfyllas vid missförhållanden i förvaltningen.⁴⁸⁷ Detta skulle kunna ge aktieägare en större möjlighet att yttra sitt misstroende mot bolagsledningens förvaltning i de fall där skadestånd av principiella eller praktiska skäl inte är lämpligt att utkräva.

10.4 Några avslutande ord

Ett välfungerande rättssystem är en av flera institutioner som krävs för att uppnå en fungerande bolagsstyrning och förtroende för aktiemarknaden.⁴⁸⁸ Alla medel att försöka sammanföra bolagsledningens intresse med aktieägarnas har sina egna nackdelar och begränsningar. Aktieägarnas aktiva utnyttjande av sin rösträtt⁴⁸⁹, oberoende styrelseledamöter⁴⁹⁰, straffsanktioner, marknaden för företagskontroll⁴⁹¹, självreglering och ersättningsmodeller⁴⁹² har alla tagna var för sig otillräcklig förmåga att fånga upp samtliga situationer.

En minoritetstalan har huvudsakligen två potentiella positiva funktioner: (1) minoritetsskydd där majoritetsägare av en eller annan anledning inte vill ställa ledningen till svars, eller annars själva är inblandade i det skadevållande beteendet, samt (2) ett sätt att hålla ledningen till svars när en majoritet är omöjlig att ansamla. Det är främst en sanktion för allvarliga fall och troligtvis ett mindre relevant instrument för en god bolagsstyrning i allmänhet. Det är därmed viktigt att inse att skadeståndssanktionen inte är det första eller primära instrumentet mot misskötsel i bolagets förvaltning och att förekomsten av alternativa lösningar för missnöjda aktieägare kommer att påverka deras vilja att utnyttja skadeståndssanktionen.⁴⁹³ Snarare bör det betraktas som en sista säkerhetsmekanism där andra inte lyckats och som, om korrekt utformad, kan komplementera andra lösningar.⁴⁹⁴

Huruvida *actio pro socio* inom aktiebolagsrätten utgör ett relevant rättsmedel beror till stor del hur lagstiftaren valt att reglera de förutsättningar som analyserats i denna uppsats. Rättens utveckling i denna fråga utgörs av en växelverkan mellan lagstiftarens åsyftade ambitioner kring olika verktyg i den aktiebolagsrättsliga kontexten och de ekonomiska och mänskliga förhållanden som påverkar behoven av rättslig reglering. Sakernas tillstånd kan i detta sammanhang förmodligen till stor del förklaras av de förhärskande ägarförhållanden som präglar de nordiska och kontinentaleuropeiska aktiemarknadsbolagen. Att större kraft inriktas mot regler att stävja konflikter mellan aktieägarmajoritet och minoritet tycks då vara en ändamålsenlig ordning. Där ägarförhållandena blir mer spridda finns det skäl att ge större möjligheter till ingripande från enskilda aktieägare och aktieägarminoriteter.

Aktiebolagsrätten och rättssystemet i allmänhet skapar en komplex massa där olika delar och förändringar ofrånkomligt kommer att sammanstöta med andra rättsreglers motiv och funktioner. Att sätta i rörelse samtliga de delar som krävs för att förändra relevansen hos minoritetstalan i svensk aktiebolagsrätt skulle onekligen kräva omfattande utredning och skapa betydande påverkan

⁴⁸⁷ Se Schultz & Wasmeier, s. 42.

⁴⁸⁸ Se Tricker, s. 210; se även Thomsen & Conyon, s. 46 ff.

⁴⁸⁹ För problemen kring rösträtten i allmänhet som bolagsstyrningsinstrument hänvisas till avsnitt 1.2.

⁴⁹⁰ Effektiviteten hos oberoende styrelseledamöter är kraftigt debatterad i den rättsliga och ekonomiska litteraturen. Dess effekter får anses oklara som bäst, se Reisberg, *Derivative action and corporate governance*, s. 34.

⁴⁹¹ Se Reisberg, *Derivative action and corporate governance*, s. 42.

⁴⁹² För en utveckling av olika ersättningsstrategier samt deras för- och nackdelar, se Bergström & Samuelsson, s. 125 ff. samt Stout, s. 679.

⁴⁹³ Reisberg, *Derivative action and corporate governance*, s. 44 f.; se även ALI Principles, sec VII, Introductory Note.

⁴⁹⁴ Se Reisberg, *Derivative actions and corporate governance*, s. 185.

för angränsande rättsregler och rättsområden; allt detta utan den, måhända ännu viktigare analysen, huruvida en sådan utveckling är önskvärd.

Oavsett kvarstående behov av utredning kastar denna uppsats ett ljus på funktionen och rollen hos *actio pro socio* i aktiebolag och visar på behovet av att vidga synfältet vid diskussionen av bolagsstyrningsfrågorna och aktiebolagsrättens regelverk, med de intressen detta söker skydda.

Källor och litteratur

Litteratur

- Aarbakke, M., Aarbakke, A., Knudsen, G., Ofstad, T. & Skåre, J., *Aksjeloven og allmennaksjeloven: kommentarutgave*, tredje upplagan, Universitetsforlaget, 2012
- Advokatsamfundet, *Vägledande regler om god advokatsed – med kommentar*, 2012
- Af Sandeberg, C., *Aktiebolagsrätten*, andra upplagan, Studentlitteratur, 2007
- American Bar Foundation, *Revised Model Business Corporation Act – with selected Official Comments*, 2002
- American Law Institute: Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations
- Andenas, M. & Woolridge, F., *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2009
- Andersson, J., *Medelbar skada och aktieägares skadeståndsanspråk*, Nordisk Tidsskrift for selskabsret, November 1999:3, s. 81-100
- Andersson, S., Johansson, S. & Skog, R., *Aktiebolagslagen – en kommentar*, Norstedts, 2012
- Bainbridge, S., *Director Primacy and Shareholder Disempowerment*, Harvard Law Review, 2006, s. 1735-1758.
- Bas J. de Jong, *Shareholders' Claims for Reflective Loss: A Comparative Legal Analysis*. European Business Organization Law Review, vol 14, nr 1, 2013, s. 97-118
- Bebchuk, L., *The Case for Increasing Shareholder Power*, Harvard Law Review, 2005, s. 836-914
- Berggren, N.O., Bäcklund, A., Leijonhufvud, M., Munck, J., Träskman, P.E., Victor, D., Wennberg, S. & Wersäll, F., *Brottsbalken – en kommentar*, Norstedts, Version den 1 juli 2014 (t.o.m. supplement 5).
- Bergström, C. & Samuelsson, P., *Aktiebolagets grundproblem*, fjärde upplagan, Norstedts, 2012
- Bergström, S., Andersson, T., Håstad, T. & Lindblom, P.H., *Juridikens termer*, nionde upplagan, Liber, 2007
- Bernitz, U. (red.), *Modern Company Law for a European Economy*, Norstedts, 2006
- Dignam, A. & Lowry, J., *Company Law*, Oxford University Press, 2012
- Dannemann, G., *An Introduction to German Civil and Commercial Law*, The British Institute of International and Comparative Law, 1993
- Dotevall, R., *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, andra upplagan, Norstedts, 2008
- Dotevall, R., *Fullmakt och immateriella tjänster*, Norstedts, 2013
- Dotevall, R., *Samarbete i bolag*, andra upplagan, Norstedts, 2009
- Easterbrook, F., *Discovery as Abuse*, Boston University Law Review, vol. 69:635, 1989, s. 635-648
- Ekelöf, P.E. & Edelstam, H., *Rättegång – första häftet*, åttonde upplagan, Norstedts, 2007
- Ekelöf, P.E., Bylund, T. & Edelstam, H., *Rättegång – tredje häftet*, sjunde upplagan, Norstedts, 2006
- Ekelöf, P.E., Edelstam, H. & Heuman, L., *Rättegång – fjärde häftet*, sjunde upplagan, Norstedts, 2009
- Ekelöf, P.E., Edelstam, H. & Pauli, M., *Rättegång, femte häftet*, åttonde upplagan, Norstedts, 2011
- Eklund, K., & Stattin, D., *Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt*, Iustus, 2013

Fitger, P., Sörbom, M., Eriksson, T., Hall, P., Palkvist, R. & Renfors, C., *Rättegångsbalken – en kommentar*, Norstedts, 2014

French, D., Mayson, S. & Ryan, C., *Company Law*, tjugofemte upplagan, Oxford University Press, 2008

Garner-Beuerle, C. & Schuster, E.P., *The Evolving Structure of Director's Duties in Europe*, European Business Organization Law Review, vol 15, nr 2, s. 191-233

Gelter, M., *Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?*, Brooklyn Journal of International Law, vol. 37, no. 3, 2012, s. 843-892

Gevurtz, Franklin A., *Corporation Law*, Hornbook Series, West Group, 2000

Grechenig, K. & Sekyra, M., *No derivative shareholder suits in Europe: A model of percentage limits and collusion*, International Review of Law and Economics 31, 2011, s. 16-20

Guido A. Ferrarini & Paolo Giudici, *Financial Scandals and the Role of Private Enforcement*, Eur. Corp. Gov. Inst., Working Paper No. 40, 2005

Hamilton, R., Macey, J. & Moll, D., *Cases and materials on corporations, including partnerships and limited liability companies*, elfte upplagan, West/Thomson, 2010

Hansmann, G. & Kraakman, R., *The End of History for Corporate Law*, The Georgetown Law Journal, vol. 89, s. 439-468

Hellner, J. & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, åttonde upplagan, Norstedts, 2010

Jensen, M. & Meckling, W., *Theory of the Firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*, Journal of Financial Economics 3, 1976, s. 305-360

Jensen, U., Rylander, S., & Lindholm, P., *Att skriva juridik – regler och råd*, fjärde upplagan, lustus, 2006

Johansson, S., *Svensk associationsrätt i huvuddrag*, tionde upplagan, Norstedts, 2011

Kershaw, D., *Company Law in Context*, första upplagan, Oxford University Press, 2009

Kordel, G., *Behavioral Corporate Governance from a Regulatory Perspective: Potentials and Limits of Regulatory Intervention to Impact the Conduct of Corporate Actors*. European Business Organization Law Review, 2008, vol. 9, nr 1, s. 29-62

Korling, F. & Zamboni, M. (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, 2013

Kraakman, R., Davies, P., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, K.J. , Kanda, H. & Rock, E.B., *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional approach*, Oxford University Press, 2004

Kumlien, J., *Något om den aktiebolagsrättsliga jämkningsregeln*, SvJT 2009 s. 842-853

Lau Hansen, J., *The New Danish Companies Act of 2009*. European Business Organization Law Review, 2010, vol. 11, nr 1, s. 87-94

Lindskog, S., *Särskild granskning enligt aktiebolagslagen*, tredje upplagan, Norstedts, 2012

Macey, J., *Macey On Corporation Laws - Volume 2*, Aspen Law & Business, 1998-2002

Melin, S., *Associationsrätt*, Liber, 2009

Neville, M. & Sørensen, K.E., *Promoting entrepreneurship – The new company law agenda?*, 2014.

Nyman, J., *NJA 2013 s. 725 Styrelsens medansvar – inget som stör ledamöternas nattsömn*, Juridisk publikation, Nummer 1/2014

Passer, M, Smith, R, Holt, N, Bremner, A, Sutherland, E & Vliek, M, *Psychology – The Science of Mind and Behaviour*, McGraw-Hill, 2009

Reisberg, A., *Derivative claims, the UK companies act 2006 and corporate governance: A roadmap to nowhere?*, In Institutional Approach to Global Corporate Governance: Business Systems and Beyond. Published online: 2008; 337-384.

Reisberg, A., *Derivative Actions and Corporate Governance*, Oxford, 2007

Sandström, T., *Handelsbolag och enkla bolag*, sjunde upplagan, Norstedts, 2013

Sandström, T., *Svensk aktiebolagsrätt*, fjärde upplagan, Norstedts, 2012

Schaumburg-Müller, P. & Werlauff, E., *Selskabsloven; med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010

Schultz, M. & Wasmeier, O., *The Law of Business Organizations*, Springer, 2012

Sevenius, R. & Örtengren, T. (red.), *Börsrätt*, tredje upplagan, Studentlitteratur, 2012

Skog, R., *Om betydelsen av vinstsyftet i aktiebolagslagen*, SvJT 2015, s. 11-19

Skog, R., *Rodhes aktiebolagsrätt*, tjugofjärde upplagan, Norstedts, 2014

Stattin, D., *Företagsstyrning: En studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning*, Uppsala universitet (Ak. avh.), andra upplagan, 2008

Stout, L., *In Praise of Procedure: an Economic and Behavioral Defense of Smith v. Van Gorkom and the Business Judgment Rule*, Northwestern University Law Review, vol. 96, nr. 2, s. 675-693

Svernlöv, C., *Actio pro socio och minoritetsägares talerätt enligt 15 kap. 9 § aktiebolagslagen*, Juridisk Tidskrift, årgång 14, 2002-03, nr 4, s. 911-917

Svernlöv, C., *Ansvarsfrihet – Dechargeinstituttet i svensk aktiebolagsrätt*, Norstedts, 2007

Thomsen, S., & Conyon, M., *Corporate governance – mechanisms and systems*, McGraw-Hill, 2012

Tricker, B., *Corporate Governance – Principles, Policies, and Practices*, Oxford University Press, 2009

Tuijtel, M., *The Dutch Inquiry Proceedings: a Unique Instrument för Minority Protection from a Comparative Law Perspective*, European Company Law, September 2005, nr 3, s. 90-99

Westberg, P., *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, Norstedts, 2010

Zweigert, K. & Kötz, H., *An Introduction to Comparative Law*, tredje upplagan, Oxford University Press, 1998

Offentligt tryck

SOU 1941:9. *Förslag till lag om aktiebolag m. m.*

SOU 1971:15 *Förslag till aktiebolagslag m.m.*

SOU 1978:66. *Andelsbolag*

SOU 1995:44. *Aktiebolagets organisation*

SOU 2001:1. *Ny aktiebolagslag*

SOU 2004:47. *Näringslivet och förtroendet*

Prop. 1944:5 med förslag till lag om aktiebolag m.m.

Prop. 1975:103. *med förslag till ny aktiebolagslag m.m.*

Prop. 1979/80:143 *med förslag till ny lagstiftning om handelsbolag m.m.*

Prop. 1994/95:23. *Ett effektivare brottmålsförfarande*

Prop. 1997/98:99. *Aktiebolagets organisation*

Prop. 2000/01:150. *Likvidation av aktiebolag m.m.*

Prop. 2004/05:85. *Ny aktiebolagslag*

RiR 2004:28 - *Regeringens förvaltning och styrning av sex statliga bolag*, bilaga 3 – Ansvarsförsäkring för styrelseledamöter i statliga bolag (Dotevall, R.).

Utländskt offentligt tryck

Finland

RP 109/2005 rd. *Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till ny lagstiftning om aktiebolag*

Webbplatser

www.ali.org

www.dn.se

www.infotorg.se

Rättsfallsregister

Svenska domar (NJA)

NJA 1974 s. 297

NJA 1983 s. 441

NJA 1997 s. 418

NJA 2009 s. 594

Utländska domar

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

Aronson v. Lewis 473 A.2d 119 (Del. 1984)

Zapata Corp. v. Maldonado 430 A.2d 779 (Del. 1981)

Wallersteiner v. Moir (No 2) [1975] 2 WLR 389

Re Barings plc and others (No 5), Secretary of State for Trade and Industry v Baker [1999] 1 BCLC 433

Item Software (UK) Ltd v Fassihi [2004] EWCA Civ 1244

Jag, Andréé Andersson, registrerades på kursen första gången HT14. Jag har inte omregistrerats någon gång och inte deltagit i något tidigare examiantionstillfälle.