

Juridiska institutionen

Juristprogrammet

Examensarbete i Associationsrätt 30 HP

HRO800 HT-18

Handledare: Rolf Dotevall

Examinator: Rolf Skog

Koncernstyrning

*Rättsliga möjligheter till ansvarsutkrävande för skador utan givet
ansvarssubjekt*

Beatrice Nyqvist



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Sammanfattning

Inom svensk rätt behandlas moderbolag och dotterbolag som separata juridiska objekt, det saknas således reglering avseende koncerners styrning och ledning för bolag inom koncernen. Trots att moder- och dotterbolag rättsligt behandlas som separata juridiska objekt är den faktiska styrningen av bolagen vanligtvis inte uppdelad på detta vis. Det finns således en diskrepans mellan koncerners faktiska respektive rättsliga styrning. Denna diskrepans manifesteras till exempel genom att moderbolaget utövar inflytande över dotterbolagets verksamhet. I vissa fall kan inflytandet som moderbolaget utövar vara skadligt i ekonomiskt hänseende vilket väcker frågor om ansvarsfördelning.

En grundbult i svensk aktiebolagsrätt är att aktieägare och styrelseledamöter inte ska ansvara för bolagets förpliktelser. Situationen kan dock te sig annorlunda när det varit fråga om ett uppsåtligt eller vårdslöst handlande och kan således föranleda att ansvar ändå utkrävs. I uppsatsen behandlas huruvida detta ansvar kan utsträckas till att gälla även personer som formellt inte är utsedda till styrelseledamöter, främst i en koncernrättslig kontext. Utredningen tar avstamp i *skadeståndsrättslig reglering*, principen om *ansvarsgenombrott* samt *lojalitetsplikten* och visar att det kan vara möjligt att utsträcka ansvarskretsen till att omfatta andra än utsedda styrelseledamöter. Grunden för denna uppsats är nationell lagstiftning men för att hämta inspiration till en eventuellt förändrad lagstiftning har även engelsk bolagsrätt granskats. Praxisen på området är dock inte entydig, jag kommer således fram till att ytterligare reglering på området vore önskvärt.

Innehållsförteckning

1.	<i>Inledning</i>	5
1.1.	Bakgrund.....	5
1.2.	Syfte	7
1.3.	Frågeställningar.....	8
1.4.	Avgränsningar.....	8
1.5.	Metod	9
1.6.	Material	10
1.7.	Tes.....	11
2.	<i>Koncernrätt</i>	11
2.1.	Svensk koncernrätt.....	11
2.2.	Engelsk koncernrätt.....	13
3.	<i>Skadeståndsansvar</i>	15
3.1.	Ansvar genom direkt tillämpning av ABL 29:1 st. 1	15
3.2.	Ansvar genom direkt tillämpning av ABL 29:3.....	16
3.3.	Ansvar genom analog tillämpning av ABL 29:1 st. 1.....	16
3.4.	Felaktigt tillsatta organledamöter.....	17
3.5.	De facto director.....	18
3.6.	Shadow director	22
3.7.	Samlade reflektioner kring de tre ansvarssubjekten	26
4.	<i>Lojalitetsplikt</i>	27
4.1.	Jävsregleringen.....	28
4.2.	Generalklausulen.....	28
4.3.	Engelsk rätt	28
4.4.	Reflektioner.....	29
5.	<i>Ansvarsgenombrott</i>	30
5.1.	Svensk rätt.....	30
5.2.	Engelsk rätt	32
5.3.	Reflektioner.....	33
6.	<i>Moderbolag och dess styrelseledamöters ansvar</i>	34
6.1.	Regleringen	35
6.2.	Möjligheten att betrakta någon som en shadow director	38
6.3.	Reflektioner.....	42
7.	<i>Slutsats</i>	45
7.1.	De lege lata.....	45
7.2.	De lege ferenda	47
8.	<i>Källförteckning</i>	50

8.1.	Offentligt tryck.....	50
8.2.	Doktrin	50
8.3.	Rättsfall	53

1. Inledning

Koncern är en associationsrättslig term för när ett aktiebolag har aktier i ett annat bolag som uppgår till mer än hälften av alla röster i det bolaget. Bolagen benämns moderbolag och dotterbolag och bildar en ekonomisk enhet. Däremot gäller i svensk rätt att de bolag som ingår i en koncern betraktas som självständiga juridiska enheter. Styrelsen och verkställande direktören ansvarar därför formellt enbart för de aktiebolag som de är uppdragstagare i, och inte dess eventuella dotterbolag. Svensk aktiebolagsrätt saknar regler om materiell koncernrätt, det vill säga regler om och i så fall hur moderbolag får utöva s.k. koncernstyrning gentemot sina dotterbolag. I praktiken är det väldigt vanligt att bolagsledningen i moderbolaget instruerar bolagsledningen i dotterbolaget hur de ska styra sin verksamhet. Från flera håll har det uttalats kritik mot att reglerna i aktiebolagslagen inte överensstämmer med hur koncerner faktiskt styrs.¹

Många stora företag, särskilt börsnoterade, är uppbyggda så att moderbolaget är högst upp i organisationen, ett så kallat holdingbolag. Moderbolaget äger i sin tur aktier i ett eller flera dotterbolag. Vissa moderbolag bedriver egen verksamhet medan andra förlägger hela sin verksamhet till ett eller flera dotterbolag. Styrelseledamöter i moderbolag ansvarar för strategier och beslutsfattande för både koncernen och de enskilda dotterbolagen, som dotterbolagen sedan ska verkställa. Styrelseledamöter i dotterbolag som försvarar för moderbolag att få igenom sina strategier för koncernen eller för enskilda dotterbolag riskerar att bli entledigade.² Problemet med att det idag saknas reglering kring materiell koncernrätt är att koncernen ofta agerar som en kommersiell enhet. Den omständighet att varje bolag uppfattas som en separat rättslig enhet kan skapa oklarhet beträffande ansvaret för styrelseledamot i ett bolag som ingår i en koncern.

1.1. Bakgrund

Utgångspunkten i denna framställning är den konflikt som finns mellan koncerner som affärsmässig enhet och hur svensk lagstiftning är utformad. Det finns indikationer på att bolagsledningarna i moderbolag utnyttjar möjligheten att lägga verksamhet i dotterbolag och därmed även tillsätta andra personer än de själva som styrelseledamöter, i syfte att undgå att träffas av det personliga ansvaret som finns i 29 kapitlet aktiebolagslag (2005:551) (ABL). Debattören Sussi Kwart presenterar en bild av att det är svårt att utkräva ansvar för uppkomna

¹ Kwart, Sussi, 2018, HQ-domen visar att aktiebolagsrätten måste förnyas, Tidningen Balans, 10 april 2018; Prop. 2004/05:85 Ny aktiebolagslag Bilaga 3 s. 941.

² Rodhe, Knut & Skog, Rolf, Rodhes aktiebolagsrätt, 24 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2014 s. 269.

skador i dotterbolag för att aktiebolagslagen har brist på materiell koncernrätt.³ Eftersom uppsatsen är sprungen ur denna artikel är mitt huvudsakliga fokus att hitta subjekt som kan bli ansvariga, oavsett om det är majoritetsaktieägare eller styrelseledamöter.

I ABL 29 kap. finns bestämmelser som syftar till att skydda aktiebolaget och denna reglering har en handlingsdirigerande funktion, eftersom den förmår bolagsledningen att handla i enlighet med bolagets syfte. Ett bolags syfte presumeras vara att gå med vinst vilket framgår av ABL 3:3. Vinstsyftet bidrar till att ställa krav gentemot bolagsledningen; att sätta aktieägarnas ekonomiska intressen främst.⁴ Den handlingsdirigerande funktionen avser även förhindra att personer i ledande ställning skadar bolaget, det vill säga en preventiv funktion. Ett annat syfte med skadeståndsregleringen är att kompensera för en skada som redan har inträffat, så att den utsatte hamnar i samma situation som om skadan inte hade uppstått. Skadeståndet har härigenom även en reparativ funktion.⁵ Vid koncernbildning ändras förutsättningarna i bolagsorganisationen men detta återspeglas inte rättsligt då det fortsatt är samma regler som gäller oaktat huruvida bolaget ingår i en koncern eller inte, det vill säga att varje aktiebolag behandlas som ett enskilt rättssubjekt. Det finns inga rättsliga möjligheter för moderbolaget att utöva påtryckningar gentemot dotterbolaget och påverka dess verksamhet.⁶

Att varje bolag i en koncern behandlas som enskilda rättssubjekt öppnar upp för ledningar i moderbolag att undgå personligt betalningsansvar. Koncerner kan därför vara en farlig konstellation ur ansvarssynpunkt och att möjligheten ens finns att undgå personligt betalningsansvar öppnar upp för ett utnyttjande av aktiebolagsformen. Oavsett om aktiebolaget är en del av en koncern eller inte så aktualiseras samma skadeståndsbestämmelser för styrelseledamöter i varje enskilt bolag. En annan potentiell grund för ansvar är principen om ansvarsgenombrott. Ansvarsgenombrott behandlas i avsnitt fem men kort kan sägas att aktieägare kan bli ansvariga för bolagets förpliktelser utan stöd i lag. Utöver ABL 29 kap. och principen om ansvarsgenombrott måste styrelseledamöter förhålla sig till lojalitetsplikten och värna om bolagets intresse, för att inte riskera att bli skadeståndsansvariga. Bolagets intresse är en omskrivning för aktieägarnas intresse.⁷

³ Kvarn, HQ-domen visar att aktiebolagsrätten måste förnyas.

⁴ Dotevall, Rolf, Aktiebolagsrätt, 2 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2015 s. 194.

⁵ Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, Skadeståndsrätt, 9 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm 2014 s. 36.

⁶ Rodhe & Skog, Rodhes aktiebolagsrätt s. 268.

⁷ Dotevall, Aktiebolagsrätt s. 282.

Ledning och styrning i en koncern sker i regel av personer som inte har en formell roll i dotterbolaget men skadeståndsregleringen i aktiebolagslagen kan enbart ålägga personer med en formell roll i bolagsledningen ansvar. Det är därför intressant att undersöka möjligheterna för en analog tillämpning av samma reglering. Jessica Östberg, jur. dr. i civilrätt, skrev i en artikel i Svensk juristtidning år 2018 att det i princip råder samstämmighet i svensk doktrin att det är möjligt att göra en analog tillämpning av skadeståndsregleringen i aktiebolagslagen vad gäller både s.k. de facto- och shadow directors, personer med inflytande i bolaget utan formell roll.⁸ Östberg hänvisar, förutom till sin egen avhandling, till Dotevall, Stattin och Svernlöv. Dotevall uttrycker, i ljuset av den engelska rätten, att det finns *skäl* att utsträcka ansvaret till personer som inte har någon formell ställning i bolaget.⁹ Stattin uttrycker att det finns *ett* tydligt rättsfall på området, vilket jag kommer beröra mer ingående i avsnitt tre ”*Skadeståndsansvar*”. Han uttrycker även att det finns stöd för ett shadow directorskap i svensk rätt men att *bilden inte är klar*.¹⁰ Svernlöv uttrycker det som att det *bör* vara möjligt att göra personer som bestämmer i ett bolag utan formell ställning ansvariga genom en analog tillämpning av ABL 29 kap.¹¹ Dessa auktoritära professorer inom bolagsrättens område uttrycker inte en självklar bild över möjligheterna att göra en analog tillämpning av skadeståndsregleringen i aktiebolagslagen. Eftersom det inte heller finns en direkt tillämpning av de facto- och shadow directors i svensk rätt är det av intresse att närmare utreda hur ansvaret ser ut för dessa subjekt i svensk rätt.

1.2. Syfte

Syftet med denna uppsats är dels att utreda och diskutera styrelseledamöter i moderbolags ansvar för skador som uppkommer i dotterbolag, särskilt utifrån ett koncernrättsligt perspektiv, och dels att utreda huruvida moderbolag kan hållas ansvariga för samma skador. Det övergripande syftet är således att se i vilka situationer någon, oavsett om det är en person eller moderbolaget, kan utkrävas på ansvar för skador i dotterbolaget. Fokus kommer vara på personer som formellt inte är utsedda till styrelseledamöter men ändå påverkar verksamheten. För att möjliggöra en analys av skadeståndsansvar i denna kontext måste först utrönas huruvida befintlig reglering i ABL 29 kap. är tillämpbar, antingen direkt eller analogt. Syftet är vidare att granska möjligheterna till ansvarsutkrävande genom lojalitetsplikten och principen om ansvarsgenombrott.

⁸ Östberg, Jessica, Om aktieägares lojalitetsplikt i SvJT 2018 s. 265–303, s. 299.

⁹ Dotevall, Aktiebolagsrätt s. 352.

¹⁰ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 424.

¹¹ Svernlöv, Carl, Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget, 2 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2012 s. 47.

1.3. Frågeställningar

Huvudfrågan i uppsatsen är att granska den analoga tillämpningen av ABL 29 kap., särskilt i en koncernrättslig kontext. Frågan bygger på koncernstyrning och hur moderbolagets relation till dotterbolaget gestaltar sig rättsligt. Det förekommer att personer som innehar ledande ställning i en koncern påverkar ett dotterbolags verksamhet på ett sådant sätt att det orsakar skada, trots att dessa personer kanske inte är formellt utsedda till styrelseledamöter. Huvudfråga inrymmer flera delfrågor; varav den första delfrågan är om, och i så fall på vilka grunder, en sådan person kan hållas ansvarig för sitt handlande. Nästa delfråga som blir aktuell att behandla är hur ansvarsfördelningen ser ut mellan styrelseledamöter i moder- och dotterbolag? Den tredje delfrågan är att om moderbolaget har vidtagit åtgärder i form av direktiv som har resulterat i att dotterbolaget skadas, kan då moderbolaget som juridisk person bli skadeståndsansvarigt för denna skada? Det finns endast ett fåtal prejudikat som behandlar koncernstyrning. Den sista delfrågan som därmed blir aktuell är hur väl dessa prejudikat täcker ansvar från de subjekt som utövar det faktiska inflytandet?

1.4. Avgränsningar

Skadeståndslag (1972:207) (SkL) har i princip exkluderats ur denna uppsats. Aktiebolagslagens skadestandsreglering har stått i centrum och skadeståndslagen har enbart behandlas i den mån den behövs för att jämföra aktiebolagslagens skadestandsreglering eller för att visa på bedömningar som bygger på regleringen eller praxis från skadeståndslagen. En styrelseledamot har ett *uppdraagsförhållande* gentemot bolaget, vilket gör att regleringen kring skada som arbetstagare åsamkar bolaget inom ramen för ett *anställningsförhållande* enligt SkL 4:1 inte har belysts inom ramen för denna uppsats. Det finns delar i uppsatsen som består av komparativa utblickar, men det är enbart svenska aktiebolag och koncerner som är av betydelse för syftet med uppsatsen. Ansvar för revisorer är en stor del av skadestandsregleringen i aktiebolagslagen och tillhörande praxis men har utelämnats eftersom syftet med uppsatsen är att utreda moderbolag och dess styrelseledamöters ansvar. Aktiebolagslagen skiljer till viss del på styrelseledamöter och verkställande direktör (VD) och eftersom grunden för deras ansvar inte är identiskt har VD:s ansvar exkluderats i denna uppsats. Dock har styrelse och VD ibland benämnts under samlingsbegreppet *bolagsledning* på grund av att båda ansvarssubjekten omfattas av ABL 29:1 st. 1. Avgränsning har även skett gentemot suppleanter och vice VD eftersom de inte har någon formellt utsedd roll. Det finns vissa skillnader i skadestandsregleringen i aktiebolagslagen mellan en skada som uppkommit gentemot bolaget och gentemot tredje man, skillnaden har inte belysts i någon vidare utsträckning. Orsaken var att syftet med denna uppsats var att granska ansvaret som åvilar styrelseledamöter och om det

ansvaret går att applicera på koncernförhållanden. Det var därmed inte relevant att granska vilken typ av skada som kan uppkomma. Vad gäller åtskillnad mellan de utredda ansvarssubjekten majoritetsaktieägare och styrelseledamöter så har ingen ytterligare granskning gjorts angående exakta förutsättningar för när ansvar infaller för vilket subjekt, och det grundar sig i att det inte finns tillräckligt med underlag för en sådan utredning. Vad gäller storlek på bolag har en distinktion gjorts mellan små och stora bolag. Bolag med få ägare har i regel aktieägare som styrelseledamöter och dessa bolag bedrivs sannolikt ineffektivt om inte aktieägarna även får styra verksamheten, vilket leder till att det har varit av intresse att utreda små bolag.¹²

1.5. Metod

Den övergripande metod som har använts i uppsatsen är att de traditionella rättskällorna har tolkats och analyserats. Vid behandlingen av dessa har även en del komparativa *utblickar* inbegripits.¹³ Grunden för denna uppsats är gällande nationell lagstiftning, men för att hämta inspiration till en eventuellt förändrad lagstiftning har även engelsk bolagsrätt granskats. Syftet med uppsatsen är inte att jämföra dessa rättsordningar utan den engelska rätten har enbart tagits i beaktande för att jämföra vissa delområden. Gällande rätt har klargjorts, de lege lata, genom att söka svar i lagstiftning, förarbeten, prejudikat och rättsligt relevant litteratur.¹⁴ Rent materiellt så har den befintliga skadestandsregleringen i aktiebolagslagen ställts mot principen om ansvarsgenombrott och den lagstadgade lojalitetsplikten i aktiebolagslagen. En del av det material som jag presenterat har blivit föremål för kritik tidigare, och jag har belyst möjliga förändringar utifrån detta material, de lege ferenda.¹⁵ Jag har således även använt mig av en metod som analyserar rätten, där utrymme även finns att kritisera rätten från fler perspektiv än de erkända rättskällorna. Förändringarna har föreslagits i ljuset av de komparativa delar som presenteras. Analysen sker löpande i utredningen för att öka förståelsen för läsaren eftersom den reglering och praxis som behandlats är komplicerad och detaljrik.

Genom att granska rättssystem i andra länder har den komparativa utblicken bidragit till en djupare förståelse för den nationella rätten. Likheter och skillnader mellan de olika rättsordningarna har beaktats, men den komparativa utblicken har enbart syftat till att belysa

¹² Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 488.

¹³ Valguarnera, Filippo, Den komparativa metoden i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (Red), Juridisk Metodlära, 4 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013 s. 141–142 & s. 167; Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, 4 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2018 s. 59.

¹⁴ Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (Red), Juridisk Metodlära, 4 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013 s. 21; Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare s. 36.

¹⁵ Kleineman, Rättsdogmatisk metod s. 24.

brister i den nationella lagstiftningen. Syftet med uppsatsen har inte varit att jämföra olika nationella regleringar kring koncerner, varför en komparativ *metod* inte har använts.¹⁶

Av vikt för fortsatt läsning är att genomgående i uppsatsen används begreppet moderbolag. Moderbolag är ett vidare begrepp än holdingbolag eftersom holdingbolag äger aktier i dotterbolag och styr koncernens verksamhet, kännetecknade för ett holdingbolag är att de inte bedriver egen verksamhet i bolaget.¹⁷ För att inkludera så många bolag som möjligt har därför begreppet moderbolag använts genomgående för bolag som uppnår koncerndefinitionen i ABL 1:11 st. 1.

1.6. Material

Som jag nämnde tidigare i metodavsnittet, så har den materiella utgångspunkten varit skadestandsregleringen i aktiebolagslagen. Det finns enbart prejudikat i begränsad omfattning som behandlar skadestandsrättslig reglering i förhållande till koncerner och de som är relevanta för utredningen har beaktats. Utöver lagreglering och prejudikat har även förarbeten legat till grund för materialinsamlingen.¹⁸ Dessa har fungerat som stöd för förståelsen av lagregleringen och för att erhålla en djupare förståelse för syftet med tillämpningsområdet för regleringen. Slutligen har doktrin använts. Det finns ett antal framstående författare på området vars litteratur genomgående har bidragit med information och uppslag i arbetet. Handledaren till detta arbete; Rolf Dotevall, professor i handelsrätt vid Handelshögskolan Göteborgs universitet, med *Aktiebolagsrätt: Fördjupning och komparativ belysning* och *Bolagsledningens skadestandsansvar*. Daniel Stattin, professor i civilrätt vid Uppsala universitet, med *Företagsstyrning: En studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning* och artiklarna *Moderbolags skadestandsrättsliga ansvar i koncernförhållanden* och *Tillräknande av vetskap i aktiebolags- och aktiemarknadsrätten*. Rolf Skog, adjungerad professor vid Handelshögskolan Göteborgs universitet, med *Rodhes aktiebolagsrätt* och som medförfattare till *Aktiebolagslagen - En kommentar. Del III. De komparativa utblickar som görs i brittisk lagtext och praxis är stödmaterial och fungerar som ett led i tolkningen av den nationella rätten*.¹⁹

¹⁶ Valguarnera, Den komparativa metoden s. 141–142; Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare s. 59.

¹⁷ Rodhe & Skog, Rodhes aktiebolagsrätt s. 265.

¹⁸ Valguarnera, Den komparativa metoden s. 28; Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare s. 37.

¹⁹ Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare s. 36.

1.7. Tes

Arbetet skrivs med utgångspunkt i antagandet att lagstiftarens inställning, att koncerner ska bestå av separata juridiska personer, inte är möjligt att i alla avseenden upprätthålla. Aktiebolagslagen tar inte hänsyn till någon materiell koncernrätt, det vill säga reglering kring styrning och ledning i koncernförhållanden. Den befintliga regleringen i ABL kan ge oönskade effekter i form av att personer i bolagsledningar undkommer ansvar när de utnyttjar möjligheten att ha separata juridiska personer i en koncern. Tesen som förs är att det är en brist i svensk bolagsrätt att materiell koncernrätt inte finns.

2. Koncernrätt

2.1. Svensk koncernrätt

Koncerner uppstår i regel när ett aktiebolag kontrollerar ett annat aktiebolag genom att inneha mer än hälften av rösterna i det andra bolaget, men det finns även vissa andra förutsättningar i ABL 1:11 st. 1 som möjliggör för ett koncernförhållande att uppstå. Koncerner utmärks av att moderbolaget har ett bestämmande inflytande över dotterbolag.²⁰

När aktiebolag ingår i koncerner kan intressen uppkomma som påverkar mer än bara det enskilda bolaget, vilket även det kan skapa intressekonflikter. Intressekonflikter kan uppkomma mellan moder- och dotterbolags minoritetsaktieägare, om dotterbolaget inte är helägt, eller mellan moder- och dotterbolagets borgenärer. Bolagsorganisationen kan användas av styrelseledamöter i moderbolaget för att uppnå bästa möjliga resultat för hela koncernen, alternativt för vissa företag i koncernen. Det kan då krävas att det sker på bekostnad av en eller flera företag i koncernen, som då får gå med underskott.²¹ Ett tydligt exempel på detta är koncernbidrag. Koncernbidrag möjliggör överföring mellan bolag i koncerner, som är accepterad ur aktiebolagsrättslig synvinkel.²² En möjlig tolkning av ovan koncernrelaterade förfaranden är att varken bolagsledning i moderbolaget eller dotterbolagen betraktar dotterbolaget som en självständig enhet.²³ Det finns ett koncernintresse för bolagsledningen i moderbolaget, även om det inte uttrycks i aktiebolagslagen.

²⁰ Prop. 1995/96:10 Års- och koncernredovisning s. 105.

²¹ Stattin, Daniel, Moderbolags skadeståndsrättsliga ansvar i koncernförhållanden i SvJT 1999 s. 873 – 902 s. 877–878.

²² Rodhe & Skog, Rodhes aktiebolagsrätt s. 93.

²³ Stattin, Moderbolagets skadeståndsrättsliga ansvar i koncernförhållanden i SvJT 1999 s. 874.

En avgörande skillnad mellan helägda och delägda dotterbolag är att i delägda dotterbolag finns minoritetsaktieägare att ta hänsyn till. Minoritetsägare är en sårbar grupp eftersom de har liten möjlighet att påverka beslut. Exempelvis kan majoriteten i ett dotterbolag ta beslut om att sälja bolagets produkter till moderbolaget eller annat bolag inom koncernen för samma pris som det kostat att tillverka den, istället för att sälja till marknadspris och därmed kunnat gynna *alla* aktieägare i dotterbolaget. Lagstiftaren har uppmärksammat att det finns ett skyddsbehov för minoritetsaktieägarna och det kommer bland annat till uttryck i möjligheten att begära uppskov på fastställelse av årsredovisning och en extra bolagsstämma, vilket framgår av ABL 7:13 st. 2 och 7:14 st. 2. Om minoritetsskyddet skulle minska till förmån för majoritetsaktieägare kan det leda till att majoriteten får ännu mer utrymme att ägna sig åt maktmissbruk. Å andra sidan kan lagstiftare inte heller använda sig av allt för sträng reglering gentemot minoriteten eftersom det kan motverka att bolagets medel används på ett effektivt sätt, vilket drabbar alla aktieägare oavsett aktieinnehav. Aktiebolagslagen måste därför utformas så det uppstår harmoni för både majoritets- och minoritetsaktieägare.²⁴

”Lagen upptar endast ett fåtal koncernregler. Kommittén har övervägt men inte funnit något uttalat intresse för att i lagen ta in bestämmelser om styrning och ledning i koncerner, s.k. materiell koncernrätt.”²⁵

Vid tillkomsten av den nya aktiebolagslagen diskuterade Aktiebolagskommittén frågan om det var dags att införa materiell koncernrätt, men behovet ansågs inte tillräckligt stort.²⁶ Materiell koncernrätt finns därmed inte i svensk rätt utan reglering finns, som beskrevs ovan, enbart för varje enskilt bolag. Det innebär att det kan bli svårt att hävda att styrelseledamot i moderbolaget ska vara ansvarig för beslut som tagits i ett dotterbolag. Det finns viss lagstiftning som berör koncerner i svensk rätt, exempelvis regler om redovisning och revisionsberättelser. Det saknas dock reglering som berör huvudämnet för denna uppsats, nämligen materiella bestämmelser om styrning och ledning i koncerner.

Den lagliga möjligheten att påverka beslut i ett aktiebolag, är att rösta för sina aktier på bolagsstämman. Det leder till att det borde vara representanter från moderbolaget som deltar på dotterbolagets bolagsstämma och på så sätt påverkar verksamheten i dotterbolaget, vilket kommer till uttryck i ABL 7:1. I praktiken är det inte så det går till. Bolagsledningen i moderbolaget ger ofta direkta instruktioner till dotterbolagets förvaltningsorgan utan att ta upp

²⁴ Prop. 1997/98:99 Aktiebolagets organisation s. 74–75.

²⁵ Prop. 2004/05:85 Bilaga 3 s. 941.

²⁶ Ibid.

frågan på bolagsstämman, och i värsta fall inte ens konsultera styrelsen.²⁷ Stattin uppmärksammar att dessa instruktioner inte bara anses vara välkomna utan även ligga inom ramen för moderbolagets skyldighet.²⁸ Skog anser att problematiken med att dotterbolag informellt styrs av moderbolag utgör ett ovanligt stort glapp i svensk aktiebolagsrätt mellan verklighet och lagreglering.²⁹

Aktieägare anses inte ha någon skyldighet att positivt verka för bolagets intresse. Om en aktieägare deltar i förvaltningen av bolaget kan personen inte bli ansvarig för att ha tagit hänsyn till ett personligt intresse.³⁰ Ett dåligt affärsmässigt beslut faller alltså utanför lagens tillämpningsområde. Denna reglering gäller såklart även moderbolag, eftersom de är stora aktieägare i bolaget. Den svenska regleringen om koncerner hindrar moderbolag att skapa förluster i dotterbolagen för att gynna koncernen. Undantaget är beslut om koncernbidrag.³¹ Detta kommer problematiseras senare i utredningen.

2.2. Engelsk koncernrätt

Det engelska rättssystemet bygger på common law, vilket innebär att det i högre utsträckning bygger på praxis än svensk rätt.³² Den engelska bolagsrätten bygger på så kallad case law som i grunden är rättsregler och principer som utvecklats genom praxis.³³ I det engelska rättssystemet tillskrivs rättspraxis stor betydelse som auktoritativ rättskälla varför rättsfall från engelska högsta domstolen, High Court, är mycket betydelsefulla vid tolkning av gällande rätt. Bolagsledningen i engelska bolag måste numera inte enbart ta hänsyn till praxis utan även Companies Act 2006, den engelska bolagsrättsliga lagstiftningen.

Precis som i svensk koncernrätt ses varje aktiebolag i en engelsk koncern som ett självständigt rättssubjekt med egna rättigheter och skyldigheter. Denna självständighet har utvecklats i engelsk praxis där vidtagna handlingar av styrelseledamöter har satts i relation till bolagets intresse. Det som har framkommit är att det inte är möjligt att frångå att sätta det enskilda bolagets intresse först, även om syftet med handlingen är att sätta moderbolagets intresse före. Detta är även tillämpligt på majoritetsaktieägare.³⁴ Eftersom den engelska rätten till stor del

²⁷ Rodhe & Skog, Rodhes aktiebolagsrätt s. 268.

²⁸ Stattin, Moderbolagets skadeståndsrättsliga ansvar i koncernförhållanden i SvJT 1999 s. 875.

²⁹ Rodhe & Skog, Rodhes aktiebolagsrätt s. 269.

³⁰ Prop. 1975:103 Med förslag om ny aktiebolagslag, m.m. s. 541.

³¹ Stattin, Moderbolagets skadeståndsrättsliga ansvar i koncernförhållanden i SvJT 1999 s. 874.

³² Dotevall, Aktiebolagsrätt s. 73.

³³ French, Derek & Mayson, Stephen & Ryan, Christopher, Mayson, French and Ryan on Company law. 25. uppl., Oxford University Press, Oxford, UK, 2008 s. 17.

³⁴ Stattin, Moderbolagets skadeståndsrättsliga ansvar i koncernförhållanden i SvJT 1999 s. 884.

bygger på praxis kommer några av dessa att belysas nedan för att ge en förståelse kring den engelska rättens syn på koncerner.

I rättsfallet *Charterbridge v. Lloyds Bank Ltd* kommer domstolen fram till att en styrelseledamot inte får bli påverkad av aktieägarna som helhet, om det är till skada för bolaget i en viss fråga. Emellertid om aktieägarnas vilja inte står i konflikt med bolagets intresse, kan det inte anses som ett åsidosättande av styrelseledamotens skyldighet gentemot bolaget att iaktta aktieägarnas vilja.³⁵ Det är således möjligt att en styrelseledamot har rätt att ta hänsyn till ett koncernintresse, så länge det inte påverkar bolaget negativt.³⁶

I engelsk rätt finns minoritetsskyddsregler, precis som i svensk rätt, som gäller för såväl enskilda bolag som för en koncern. Ett rättsfall som belyser minoritetsägarnas skydd är *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd v. Meyer* [1959] AC 324. Scottish Co-operative Wholesale Society, nedan benämnt moderbolaget, satte upp ett nytt bolag vid namn Scottish Textile & Manufacturing Co Ltd som Meyer var minoritetsaktieägare i. Moderbolaget ville köpa ut Meyer men Meyer var inte intresserad av att sälja sina aktier. Moderbolaget tog till ett antal åtgärder för att få bort Meyer som aktieägare. Domstolen fann att åtgärderna hade varit ”*unfairly prejudicial*”. Rättsregeln som kom ur detta rättsfall var att om både moder- och dotterbolag verkar inom samma bransch ska moderbolaget behandla dotterbolagets minoritetsaktieägare på ett rättvist sätt.³⁷ Det som sammantaget kan sägas om engelska koncerner är att det inte finns ett reglerat koncernintresse, men det behöver inte utesluta att ett de facto koncernintresse finns. I huvuddrag är den engelska och svenska koncernrätten uppbyggd på samma sätt. Det är möjligt att tolka engelsk rätt som att bolagsledningen, i god tro, kan ta beslut om de bedömer att beslutet ligger i koncernens intresse, så länge de även ligger inom det enskilda bolagets intresse.³⁸

³⁵ Kershaw, David, *Company Law in Context: text and materials*, 2 uppl., Oxford University Press, Oxford, UK, 2012 s. 346–350.

³⁶ Stattin, *Moderbolagets skadeståndsrättsliga ansvar i koncernförhållanden* i SvJT 1999 s. 885.

³⁷ *Ibid*; Kershaw, *Company Law in Context: text and materials* s. 577.

³⁸ *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd v. Meyer* [1959] AC 324; Stattin, *Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning* s. 311.

3. Skadeståndsansvar

I de fall skada är hänförlig till en associationsrättslig kontext är det skadeståndsregleringen i aktiebolagslagen som blir aktuell framför skadeståndslagen.³⁹ De subjekt som omfattas av regleringen och som är av intresse i denna utredning är styrelseledamot och majoritetsaktieägare. Detta avsnitt syftar till att granska den svenska skadeståndsregleringen i aktiebolagslagen och visa på potentiella luckor som finns i ansvarsregeln för vissa subjekt. Det finns företrädare vars tillsättande är behäftat med formella fel, vilka i engelsk rätt kallas *defectively appointed directors*. *Defectively appointed directors* benämner både Dotevall och Stattin som *directors* som har blivit tillsatta på ett felaktigt sätt.⁴⁰ Detta verkar vara den gängse översättningen, vilket även kommer användas i denna utredning. Sedan finns det personer som agerar som företrädare för bolaget utan att vara det, i engelsk rätt *de facto directors*. Slutligen finns det personer som har ett bestämmande inflytande över beslut i bolaget utan ha utsetts till företrädare, *shadow directors*.⁴¹ Vad gäller de två sista benämningarna finns inte någon lämplig översättning till svenska, vilket gör att de termer som använts i den engelska rätten fortsättningsvis kommer att användas. Dessa tre subjekt ska granskas för att se på möjligheten att göra dessa ansvariga enligt en analog tillämning av ABL 29:1 st. 1. Det som framkommer i detta avsnitt ska sedan sättas i en koncernrättslig kontext.

3.1. Ansvar genom direkt tillämpning av ABL 29:1 st. 1

Ur skadeståndsbestämmelsen i ABL 29:1 st. 1 kan fyra huvudsakliga rekvisit konstateras för att ansvar ska aktualiseras för en *styrelseledamot*. Skada ska ha inträffat och den ska ha skett inom ramen för skadevållarens uppdrag. Det ska även finnas ett samband med verksamheten i bolaget. Grunden för bedömningen om en styrelsemedlem har varit vårdslös är om denne har iakttagit den omsorg som krävs av en syssloman i allmänhet.⁴² För att den vållande handlingen ska vara ansvarsgrundande krävs det även att den vårdslösa handlingen orsakade skadan, kausalitet. Utöver kravet på kausalitet krävs att skadan har skett inom ramen för en någorlunda normal påräknelig följd av skadan, vilket benämns adekvat kausalitet.⁴³ Adekvansbedömningen tar bort de mest slumpmässiga skador.⁴⁴

³⁹ Andersson, Johansson, Skog, Aktiebolagslagen - En kommentar, Del III Gula biblioteket, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2018, 29:1 *Allmänt*.

⁴⁰ Stattin, Företagsstyrning: styrinstrument och ansvarsföljder i ett aktiebolagsrättsligt perspektiv s. 217; Dotevall, Rolf, Bolagsledningens skadeståndsansvar, 3 uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017 s. 24.

⁴¹ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 390.

⁴² Prop. 1975:103 s. 540

⁴³ Nerep, Erik & Adestam, Johan & Samuelsson, Per, Karnov, kommentaren till aktiebolagslagen, 29:1, kap. 3.1.2.

⁴⁴ Ibid kap. 3.1.1 - 3.1.2.

3.2. Ansvar genom direkt tillämpning av ABL 29:3

Regleringen innebär att *aktieägare* ska ersätta skada som han eller hon har tillfogat bolaget, om handlingen skett uppsåtligen eller av grov oaktsamhet. Detta gäller främst beslut som aktieägare är med och röstar fram på stämman. Det intressanta är att regleringen även går att tillämpa på aktieägare som använt påtryckningar gentemot bolagsledningen och på den vägen förmått någon eller några i styrelsen till en viss handling som resulterat i skada för bolaget. Det vill säga, det finns en möjlighet för skadestånd i svensk rätt gentemot en person som använt påtryckningsmedel mot bolagsledningen.⁴⁵ Kravet för att ansvar ska kunna utkrävas enligt denna reglering är att den ansvarige är en aktieägare,⁴⁶ men förändringar i bolaget brukar i regel komma inifrån bolaget så regleringen bedömer jag kan bli aktuell tämligen ofta.

En skillnad mellan ABL 29:3 och 29:1 st. 1 är att ansvar först kan aktualiseras vid grov oaktsamhet enligt ABL 29:3. Kravet är alltså lägre ställt enligt ABL 29:1 st. 1 eftersom enbart oaktsamhet krävs. Bedömningen av vad som är att anse som grovt oaktsamt respektive oaktsamt görs i enlighet med allmänna skadeståndsrättsliga principer. Utöver det ställer regleringen i ABL 29:3 krav på att ansvar först kan bli aktuellt om en överträdelse av aktiebolagslagen, årsredovisningslag (1995:554) eller bolagsordningen har skett.

3.3. Ansvar genom analog tillämpning av ABL 29:1 st. 1

Det finns ett antal oklara situationer nedan som kan bli aktuella att behandla genom en analog tolkning av regleringen. Vilka ansvarssubjekt som kan bli ansvariga för detta ska utredas vidare. Storbritannien har omfattande reglering och praxis inom området och därför har en jämförelse gjorts med deras rättssystem.⁴⁷ Eftersom det tidigare i utredningen konstaterats att en person, inom personkretsen i ABL 29:1 st. 1, kan hållas ansvarig för uppkommen skada är det intressant att se om personer utanför denna krets också kan bli ansvariga genom en analog tillämpning. Personkretsen i regleringen är relativt snäv så det finns utrymme för potentiellt fler ansvarssubjekt att inrymmas i en analog tillämpning.⁴⁸ Diskussionen som har förts inom den juridiska doktrinen är att förutsägbarheten kan äventyras genom att lägga ansvaret på personer som inte uttryckligen omfattas av lagregleringen.⁴⁹ Dock måste poängteras att skadeståndets syfte är reparativt och preventivt och handlar snarare om att ersätta en skadelidande än att straffa

⁴⁵ Johansson, Svante, Svensk associationsrätt i huvuddrag, 10 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011 s. 367.

⁴⁶ Svernlöv, Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget s. 41.

⁴⁷ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 391.

⁴⁸ Stattin, Företagsstyrning: styrinstrument och ansvarsföljder i ett aktiebolagsrättsligt perspektiv s. 215.

⁴⁹ Dotevall, Rolf, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, Nordstedts, Stockholm, 1989 s. 84 – 85; Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 400.

den som orsakat skadan.⁵⁰ Stattin skrev i sin avhandling redan år 2005 att det finns få avgöranden angående analog tillämpning av skadeståndsbestämmelserna i aktiebolagslagen.⁵¹ Min bedömning är att det inte har tillkommit avgöranden som förändrar situationen nämnvärt sedan dess.

3.4. Felaktigt tillsatta organledamöter

Vad gäller problematiken när en person tilldelas en plats i styrelsen men att tillsättandet varit behäftat med formella fel, så är det möjligt att ålägga den personen ansvar för skada som denne orsakat inom ramen för de uppdrag som denne formellt inte fått tilldelat sig. Det första bolagsrättsliga direktivet stadgar att det inte ska ha betydelse gentemot tredje man, utan personens ska ansvara på samma sätt som en person som har blivit tillsatt på ett korrekt sätt.⁵² I svensk rätt tar detta sig uttryck i ABL 27:5, eftersom uppgifterna i bolagsregistret har legitimitetsverkan. Bolaget kan inte åberopa fel eller brister i beslutet gentemot en godtroende tredje man, vilket framkom i NJA 2008 s. 796.

Stattin har gjort observationen att det talas om denna kategori av personer i termer av *”felaktigt tillsatta styrelsen”* eller *”styrelse tillsatt på grund av ett felaktigt bolagsstämmobeslut”*. Det vill säga att det tas för givet att dessa personer är företrädare för bolaget och enbart tillsatta på felaktigt sätt. Att dessa personer ska anses falla in under skadeståndsregleringen i ABL 29:1 st. 1 anses vara vedertaget enligt doktrin.⁵³ I prop. *”Likvidation av aktiebolag m.m.”* konstateras att om en ledamot har avgått eller entledigats så ska de avregistreras, men om det inte skett innebär det inte att personen undgår ansvar.⁵⁴ Detta tyder på att styrelseledamot ska omfattas av regleringen. Det som blir aktuellt att granska är då om dessa personer faller in under en direkt eller en analog tillämpning?

3.4.1. Reflektioner

Felaktigt tillsatta organledamöter är alltså personer som har blivit tillsatta, men det finns formella fel i tillsättandet. Det innebär dock inte att det är uteslutet att det finns ett uppdragsförhållande mellan bolaget och personen. Om ett beslut är taget på bolagsstämman

⁵⁰ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 400–401.

⁵¹ Stattin, Företagsstyrning: styrintstrument och ansvarsföljder i ett aktiebolagsrättsligt perspektiv s. 216.

⁵² Europaparlamentet och rådets direktiv (EU) 2017/1132 av den 14 juni 2017 om vissa aspekter av bolagsrätt, artikel 8.

⁵³ Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar s. 43; Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 405; Åhman, Ola, Behörighet och befogenhet i Aktiebolagsrätten, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1997 s. 368–370.

⁵⁴ Prop. 2000/01:150 Likvidation av aktiebolag m.m. s. 70.

klandras genom angriplighet, ABL 7:51 st. 1, och detta vinner framgång är beslutet i regel utan verkan redan från den tidpunkt när beslutet togs. Om beslutet gäller styrelsen som helhet, och inte en enskild styrelseledamot, ska den anses vara behörig att företräda bolaget tills dess att domstol genom en lagakraftvunnen dom har undanröjt beslutet eller beslutet har inhiberats.⁵⁵ Resultatet blir då att det är möjligt att använda sig av en direkt tillämpning av skadeståndsbestämmelsen i ABL 29:1 st. 1, eftersom det finns ett uppdragsförhållande mellan bolaget och företrädaren. Det rör sig om en direkt tillämpning av skadeståndsbestämmelserna och ansvaret är detsamma som för en företrädare vars tillsättande inte har varit behäftade med formella felaktigheter.

3.5. De facto director

De facto director är ett begrepp som är hämtat från det engelska rättssystemet och tar sikte på informellt styre. Begreppet avser en person som inte formellt är utsedd till styrelseledamot men som i praktiken agerar som det. Personen arbetar inte i det fördolda, trots att den formellt inte har befogenhet att utföra styrelsearbete, utan ger öppet instruktioner som efterlevs av styrelsen. En de facto directors position bekräftas av att styrelsen låter denne agera utan en officiell plats i styrelsen.⁵⁶

Definitionen av en de facto director har i England utarbetats genom praxis.⁵⁷ I engelsk rätt definieras en de facto director som en person som beter sig som en styrelseledamot och att bolaget behandlar personen som det, utan att ett formellt tillträddande har skett.⁵⁸ Numer finns de facto directorskapet i section 250 i Companies Act 2006. Där inkluderades en de facto director i begreppet *director* eftersom alla personer som utövar den typen av arbetsuppgifter inkluderas, oavsett benämning. I svensk rätt är bristen på praxis och doktrin betydande vad gäller de facto directors. Det engelska rättssystemet har ett mer utarbetat sätt att göra en de facto director ansvarig på. Stattin har i sin avhandling utarbetat rekvisit över hur den svenska regleringen kring de facto directors kan behandlas. Utgångspunkten för utredningen av detta ansvarssubjekt kommer därför vara Stattins redogörelse.

⁵⁵ NJA 2008 s. 796.

⁵⁶ Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar s. 42.

⁵⁷ Hydrodam (Corby) Ltd, Re [1994] 2 BCLC 180; Richborough Furniture Ltd, Re [1996], 1 BCC 155; Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 394–395.

⁵⁸ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 394–395.

3.5.1. ”agerat som styrelseledamot”

Ett tidigt rättsfall som berör de facto directors hantering i svensk rätt är NJA 1948 s. 651. Målet rörde en ekonomisk förening som bytt styrelseledamöter ett flertal gånger under en kort tidsperiod. Högsta domstolen (HD) gör bedömningen att skadeståndsansvar ska utgå trots att personen faktiskt inte varit utsett till styrelseledamot under den aktuella tidsperioden, eftersom vederbörande hade agerat ”*med styrelseledamöter jämförliga företrädare*”. Domen grundade sig på att personen i fråga hade utfört uppgifter under tidsperioden som normalt tillhör uppdraget som styrelseledamot, exempelvis ansvara för hyresintäkterna.⁵⁹ Konsekvensen av rättsfallet är därmed att det är möjligt att pröva om ansvar föreligger för en person som har agerat som styrelseledamot. Ett belysande exempel på en möjlig de facto director är en stor aktieägare i bolaget. Denne kan ha en närvarande roll och ha ett faktiskt inflytande i beslut som tas, utan att vara formellt utsedd.⁶⁰ Dock anser Stattin att deltagandet måste vara av ”*viss kvalificerad art*” för att ansvar ska kunna föreligga.⁶¹

En liknelse kan göras mellan HD:s domslut, att personen ska ha agerat ”*med styrelseledamöter jämförliga företrädare*”, och engelsk rätt. Engelsk rätt uppställer krav på att personen aktivt ska ha deltagit i förvaltningsarbetet, ett deltagande ”*on equal footing*”.⁶² Det innebär inte att alla styrelseledamöter måste ha haft samma villkor, utan att de haft samma möjlighet att vara en del av förvaltningsarbetet och påverka besluten i bolaget.⁶³ Utöver det krävs att personen utåt sett ska ha uppfattats som en behörig medlem i styrelsen.⁶⁴

Det är högst relevant att ta in det faktum att det behövs ett aktivt deltagande i styrelsearbetet för att ansvar ska aktualiseras. I NJA 1948 s. 651 hade vederbörande varit aktiv genom att hon tagit emot hyror och uppträtt gentemot utomstående som om hon vore styrelseledamot. Det ger en antydning till att det inte enbart är i engelsk rätt som ett aktivt deltagande är av vikt. Dock är en de facto directors position lagstadgad i England medan kravet på ett aktivt deltagande har utvecklats genom praxis i nationell rätt. En annan liknelse som är möjlig att göra mellan det svenska rättsfallet från 1948 och den engelska regleringen är hur personen har uppfattats för utomstående. Eftersom rättsordningarnas bedömningsgrunder är så lika är min bedömning att prejudikatet från 1948 troligtvis fortfarande är högst relevant, speciellt eftersom den engelska

⁵⁹ NJA 1948 s. 651; Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 408.

⁶⁰ Åhman, Behörighet och befogenhet i Aktiebolagsrätten s. 381–385.

⁶¹ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 410.

⁶² Richborough Furniture Ltd, Re [1996], I BCC 155.

⁶³ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 410.

⁶⁴ Ibid s. 411.

lagstiftningen är tämligen ny. Det som kan ifrågasättas är om rättsfallet ställer upp ett tillräckligt precist krav på ett aktivt deltagande. I avsnitt sex ”*Moderbolag och dess styrelseledamöters ansvar*” kommer en mer ingående bedömning att göras om ett aktivt deltagande.

3.5.2. Alternativt rekvisit

Ett alternativt rekvisit till att ha agerat ”*med styrelseledamöter jämförliga företrädare*” vad gäller begreppet de facto director är att personen ska ha agerat som om den handlar i sin roll som företrädare, fast personen istället gör det för egen räkning. Efter Kreugerkraschen följde ett antal rättsfall, varav NJA 1937 s. 312 var ett utav dem. I domen framgår det att Ivar Kreuger ansågs ha ingått ett avtal genom sin roll som styrelseledamot, när han avsåg att underteckna som privatperson. Avtalet reglerade förhållandet mellan bolaget Kreuger & Toll och motparten Svenska cellulosaaaktiebolaget. Det var Kreuger & Toll som debiterat vederlaget och dessutom var det allmänt känt att Kreuger i regel företrädde bolaget och undertecknade själv när han ingick avtal för bolagets räkning. Det avgörande för HD var att avtalsmotparten måste ha uppfattat Kreuger som om avtalet slöts med bolaget. HD ansåg därmed att Kreuger var den verkliga ledaren av bolaget och att avtalet hade ingåtts med bolaget och inte Kreuger personligen. Konsekvensen blev därmed att Kreuger, som verklig ledare, kunde binda bolaget gentemot tredje man.⁶⁵ HD la inte en analog tillämpning av skadeståndsregleringen i aktiebolagslagen till grund för denna dom, men bedömningen som HD gör angående en verklig ledare borde vara möjlig att applicera på dagens reglering. Detta eftersom argumentationen bygger på hur företrädaren agerat och hur motparten uppfattat företrädaren.

3.5.3. ”*vetskap eller samtycke från bolaget*”

För att en de facto director ska anses vara utövare av ett styrelseuppdrag krävs i engelsk rätt att det råder konsensus mellan personen i fråga och bolaget, att personen ska agera som styrelseledamot. Eftersom personen betar sig som om denne har en position i bolagsledningen och att detta accepteras av bolaget visar det på att båda parterna samtycker till personens position i bolagsledningen.⁶⁶

För att bedöma om rekvisitet är uppfyllt kan det ha betydelse om en aktieägare är medveten om att personen utövar ett uppdrag inom bolaget utan att vara formellt utsedd. Bedömningen beror på hur många aktieägare som är medvetna om detta och hur stort aktieinnehav dessa besitter.

⁶⁵ NJA 1937 s. 312; af Sandeberg, Catarina, Bolagets ansvar gentemot skadelidande aktieägare. Ny Juridik, nr 2:2001 (2002) 65–83. s. 73.

⁶⁶ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 411.

Rör det sig enbart om en eller någon enskild aktieägare kan det inte anses ha skett ett samtycke till de facto directorns uppdrag, eftersom enskilda aktieägares position är skild från bolaget. Om alla aktieägare däremot är medvetna om personens ställning kan det ses som ett samtycke enligt principen om samtliga aktieägares samtycke, den s.k. SAS-principen. Vad gäller en majoritetsaktieägare kan samtycket diskuteras. Å ena sidan finns det inget formellt uppdragsförhållande mellan majoritetsaktieägaren och bolaget, å andra sidan är det en ytterst liten skillnad mellan att alla aktieägare är medvetna och att en stor majoritetsaktieägare är det.⁶⁷ Min bedömning är att majoritetsaktieägarens vetskap bör ligga till grund för bedömningen eftersom aktieinnehavet är så stort och därmed även inflytandet. Om majoritetsaktieägaren inte blir ansvarig för denna typ av handlande är det att gömma sig bakom aktiebolagsformen.

3.5.4. Reflektioner

För att sammanfatta vad som belysts ovan så finns det faktorer i engelsk rätt som ska vara uppfyllda för att en person ska anses som en de facto director. Personen i fråga ska agera som om den vore styrelseledamot och på samma sätt ska bolaget agera som om personen var styrelseledamot. Utöver dessa två rekvisit finns vissa tillägg som ett krav på aktivt deltagande, frågan ska ha tillhört styrelsen och personen ska utåt sett uppfattas som en behörig medlem i styrelsen. Resultatet av att en de facto bolagsföreträdare har rättshandlat å bolagets vägnar är att denne inte kan undgå ansvar vid skada.

Vad gäller de facto directorns ställning i den svenska rätten har ovanstående resonemang visat på att det kan vara möjligt att göra en sådan person ansvarig enligt svensk rätt. De första rekvisiten är alternativa; att personen antingen ska ha agerat som styrelseledamot eller varit bolagets verkliga ledare och båda baseras på hur andra har uppfattat personen. Det är en indikation på att hur personen uppfattas är ett viktigt rekvisit, vilket även återspeglas i den engelska rätten. Det som först måste vara uppfyllt är rekvisiten i ABL 29:1 st. 1, en direkt tillämpning av lagregeln. Dessa rekvisit berördes ovan under delavsnittet ”*Ansvar genom direkt tillämpning av ABL 29:1 st. 1*”. För att en analog tillämpning av ABL 29:1 st. 1 ska anses uppfyllt krävs det att rekvisiten i detta avsnitt är uppfyllda; antingen ska personen ha agerat som styrelseledamot eller varit bolagets verkliga ledare och att detta har skett med bolagets samtycke.⁶⁸

⁶⁷ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 412.

⁶⁸ Åhman, Behörighet och befogenhet i Aktiebolagsrätten s. 386.

3.6. Shadow director

Förutom formellt utsedda ledamöter och de facto directors diskuteras begreppet shadow director både i svensk och engelsk rätt. Dessa personer har inflytande över beslutsfattandet i verksamheten men har ingen formell position. Det utmärkande anses vara att dessa personer brukar undvika offentlighet och ansvar. I engelsk rätt finns ett lagstadgat ansvar för shadow directors genom stadgandet i sec. 251 i CA 2006.

3.6.1. Svensk rätt

Regleringen kring en shadow director i England har ingen direkt motsvarighet i svensk rätt. Skadeståndsbestämmelsen i ABL 29:3 liknar dock eftersom den uttrycker ifall en aktieägare *medverkat* till att en överträdelse skett av en bolagsrättslig norm. Aktieägaren kan bli ansvarig genom att ha påverkat eller gett instruktioner till styrelseledamöter som resulterat i en skada för bolaget.⁶⁹ Inom svensk aktiebolagsrätt har diskussioner förts om att personer ska kunna bli ansvariga, oavsett titel, för skada som personen åsamkat bolaget.⁷⁰ Vad gäller prejudikat på området är NJA 1997 s. 418 framstående. I domen yttras att:

”Till en början synes klart att den som framstår som den i själva verket bestämmande i bolaget utan att formellt ingå i ett sådant bolagsorgan som avses i 15 kap 1 - 3 §§ bör jämföras med en person med organställning.”

Prejudikatets värde i förhållande till shadow directors kan ifrågasättas eftersom det ifrågavarande domslutet var ett obiter dictum, det vill säga en anmärkning i en dom som inte rör själva huvudfrågan i målet. Dock anser Stattin att HD:s domskäl är så pass klart att det inte kan ifrågasättas, att HD anser att en analog tillämpning av skadeståndsreglerna är lämplig för att göra en person ansvarig som har haft bestämmanderätt. Dotevall har i sin senaste upplaga av *”Bolagsledningens skadeståndsansvar”*⁷¹ inte uttalat sig kring rättsfallet och dess innebörd för synen på shadow directors i den svenska rätten. Jag gör bedömningen att Dotevall inte tar avstånd från Stattins resonemang angående prejudikatets värde, utan att rättsfallet inte tas upp kan förklaras av att Dotevall i sin bok inte har behandlat frågan lika ingående. Avsikten med uttalandet i domen, att påföra den person som faktiskt bestämmer ansvar, talar för att en analog tillämpning av skadeståndsregleringen är möjlig.⁷²

⁶⁹ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar* s. 42.

⁷⁰ Stattin, *Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning* s. 414.

⁷¹ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*.

⁷² Stattin, *Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning* s. 415.

Som konstaterats tidigare i detta avsnitt så har skadestandsreglerna en reparativ och preventiv funktion. Enligt en traditionell syn på skadestandsregleringen i aktiebolagslagen är en analog tillämpning inte i enlighet med förutsägbarhet. En analog tillämpning möjliggör för fler icke lagreglerade subjekt att bli ansvariga, men det riskerar att minska ansvarsreglernas förutsebarhet.⁷³ Civilrätten är ett område där analog tillämpning i hög utsträckning är accepterat. En jämförelse går att dra till straffrätten där analog tillämpning inte alls är speciellt vanligt, eftersom det inte kan göras enbart för att göra en gärning straffbelagd.⁷⁴ På grund av att NJA 1997 s. 418 stadgar ett ansvar för personer som har bestämmanderätt i bolaget kan en analog tillämpning inte, enligt min bedömning, anses vara allt för oväntad.

Den del av uttalandet som stadgar att *[...]utan formellt ingå[...]* skulle kunna syfta till både de facto- och shadow directors eftersom båda subjekten inte har en formell roll i bolagsstyrelsen. Den reservation jag måste göra är att uttalandet syftar till en analog tillämpning av tidigare lagstiftning och inte nuvarande regleringen i ABL 29 kap. Uttalandet syftar till att vara tillämpligt i den tidigare regleringen, men eftersom den rör samma typ av ansvar bör uttalandet kunna bli tillämpligt även i nuvarande reglering.⁷⁵

3.6.2. En jämförelse med engelsk rätt

Eftersom det enbart finns begränsat med information om shadow directors eller motsvarande begrepp i svensk praxis och doktrin har stor ledning behövt hämtas från den engelska rätten. I den engelska rätten finns ett institut för shadow directors och omfattande doktrin på området, varför jag anser att den jämförelsen är lämplig. Dessutom finns ett lagstadgat ansvar för shadow directors i den engelska rätten enligt regleringen i sec. 251 CA 2006 och en jämförelse ska ske med utgångspunkt i denna paragraf.

(1) [...]a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.

[...] a person [...]

I engelsk rätt är det naturligt att ansvaret gäller både fysiska och juridiska personer. Rättsläget för svenskt vidkommande är inte alls lika omfattande, utan här kan enbart fysiska personer bli

⁷³ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 415.

⁷⁴ Asp, Petter & Ulväng, Magnus, Straffrätt – en kortfattad översikt, 2 uppl., iUSTUS Förlag, Uppsala, 2014 s. 23–24.

⁷⁵ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 416.

ansvariga. Bedömningen grundar sig på en tanke om att aktieägare måste ha förtroende för styrelseledamöter och det är enbart möjligt om bolagsstyrelsen utgörs av fysiska personer.⁷⁶ Stattin anser att förtroendet inte ska ligga till grund för möjligheten att ålägga en shadow director ansvar enligt svensk rätt. Jag gör samma bedömning som Stattin eftersom hur en shadow director påverkar bolagets verksamhet inte korrelerar med förtroendet aktieägarna eller någon annan har för bolagsledningen. Det grundar jag på att aktieägarna kanske inte ens har vetskap om personens inflytande i bolaget och personen har inte en officiellt tillsatt plats som skapar ett förtroendeband. Eftersom enbart fysiska personer kan sitta i styrelsen i svenska aktiebolag är det endast fysiska personer som kan bli ansvariga.⁷⁷

[...] directions or instructions [...]

Detta rekvisit åsyftar att personen i fråga har styrt bolaget genom att ge instruktioner till bolagsledningen. Instruktionerna kan vara av olika karaktär, antingen tydliga anvisningar, bestämmelser eller annan typ av social påverkan. I bevishänseende är det ytterst svårt att visa att en otydlig instruktion har haft inverkan på hur bolagets verksamhet sköts.⁷⁸ Anvisningarna eller kontrollen ska i engelsk rätt riktas mot styrelsen eller majoriteten av ledamöterna i styrelsen för möjligheten att kräva ansvar. Det resulterar i att personer som är anställda eller andra i samma ställning inte räknas in. För svenskt vidkommande ska en styrelseledamot och/eller VD ha mottagit en anvisning för att det ska anses tillräckligt. Kravet på en anvisning visar på att det krävs en faktisk handling för att ansvar ska kunna aktualiseras.⁷⁹

[...] accustomed to act.

Rekvisitet bygger på att bolagsledningen är observant på vad shadow directorn ger för instruktioner. Bolagsledningen måste ha följt direktiven som tilldelats för att ansvar ska kunna påföras enligt engelsk rätt. Dessutom kan det inte enbart ha skett vid ett eller något enstaka tillfälle, utan rekvisitet tar sikte på ett invariant mönster.⁸⁰ Rekvisitet innebär ett krav på ett ”*pattern of behaviour*” vilket innebär att bolagsledningen inte tog ett visst beslut baserat på sina egna omdömen eller bedömningar utan på riktlinjer från annan part.⁸¹ Det är möjligt att applicera detta resonemang på svensk rätt eftersom det är rimligt att sätta upp krav på att bolagsledningen ska ha agerat utefter någon annans anvisningar för att kunna göra en shadow

⁷⁶ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 416–418.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid s. 418–420.

⁷⁹ Ibid s. 419.

⁸⁰ Ibid s. 420.

⁸¹ Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2002] 2 BCLC 133 p. 28.

director ansvarig.⁸² Det är även rimligt att ställa upp krav på att enstaka händelser inte ska vara ansvarsgrundande. Detta eftersom det inte kan anses vara önskvärt att reglera anvisningar som skett en enstaka gång utan det är mer angeläget att åstadkomma ansvar för invanda mönster.

3.6.3. Arbeta i det fördolda

Av den litteratur som redovisats tidigare anses en shadow director vara en person som ger instruktioner och arbetar i det fördolda. År 2011 kom målet *Re Paycheck Services 3 Ltd* [2011] 1 BCLC 141⁸³ och grundtanken bakom en shadow director ställs på ända eftersom det i den domen framkommer att en shadow direktor *inte* måste ha arbetat i det fördolda. I domen beskrivs att ett typexempel på en shadow director är en högt uppsatt person i moderbolagets bolagsledning som ger anvisningar till bolagsledningen i dotterbolaget, *utan att dölja detta*. Utöver ovanstående rättsfall finns även domen *Vivendi SA v Richard* [2013] BCC 771⁸⁴ som bekräftar ovanstående rättsfalls resonemang. Vad gäller frågan om ett moderbolag kan anses som en shadow director i förhållande till sitt dotterbolag, så kommer jag behandla den frågan senare i avsnitt sex "*Moderbolag och dess styrelseledamöters ansvar*".

3.6.4. Reflektioner

Problematiken med uttalandet i NJA 1997 s. 418 är att rekvisiten för hur en shadow director ska ha agerat för att ansvar ska kunna påföras inte finns i domen. Syftet med att titta på shadow director rekvisiten i engelsk rätt var att se om det var möjligt att komplettera den svenska rätten med inslag från en annan rättsordning. Ansvar är individuellt för en shadow director i engelsk rätt, precis som ansvaret är individuellt i ABL 29:1 st. 1. Först och främst vad gäller rekvisiten kan konstateras att eftersom det enbart är möjligt för fysiska personer att ha en styrelsepost i svenska bolag sträcker sig ansvaret dit, även om det är möjligt i engelsk rätt med styrelseposter för juridiska personer. Det andra rekvisitet av vikt är att det ska ha uppkommit instruktioner eller riktlinjer från shadow directorn till bolagsledningen.⁸⁵ Detta rekvisit är enligt min bedömning lämpligt att applicera på den svenska rätten eftersom det är denna typ av dolda anvisningar som personer och bolag ägnar sig åt men som det är svårt att hålla dem ansvariga för.

⁸² Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 420.

⁸³ *Re Paycheck Services 3 Ltd* [2011] 1 BCLC 141.

⁸⁴ *Vivendi SA v Richard* [2013] BCC 771.

⁸⁵ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 419.

Det kan riktas kritik mot att NJA 1997 s. 418 har en sådan tyngd i resonemanget om att det är möjligt att göra en analog tillämpning av regleringen. Jag har dragit den slutsatsen, efter att ha gått igenom rättspraxis, att det målet fortfarande är det mest representativa på området. Det grundar jag på att det i rättsfallet uttrycktes att det går att jämställa en person som formellt inte är utsedd till styrelseledamot med en person som är det. Detta eftersom den som inte är formellt utsedd ändå är den som är bestämmande i bolaget. Uttrycket är klart och tydligt formulerat och avsikten med formuleringen var att ansvar skulle kunna påföras mot den person som företagit den skadegörande handlingen eller beslutet. En shadow director är sällan en utomstående person, utan är ofta en person med omfattande mängd aktier i bolaget, annars hade personen inte haft incitament att engagera sig i bolagets beslutsfattande. Kritik mot att använda sig av en analog tillämpning är, som behandlades ovan, att förutsägbarheten riskerades men med tanke på att det finns prejudikat på området är den risken inte överhängande.

Syftet att vilja kräva ansvar från en shadow director grundar sig i att vilja kräva ansvar från den som faktiskt styr bolaget. Att styra bolaget är någonting som inte enbart sker vid ett enstaka tillfälle, det är snarare att anse att personen i fråga har varit delaktig i att påverka ett visst beslut. Att styra bolaget innefattar att styra verksamheten i en viss riktning och för att det ska vara möjligt krävs det att personen har varit delaktig i ett flertal beslut, det vill säga att personen har ett utarbetat mönster. Det sista som framkom i redovisningen ovan var att det i engelsk rätt inte längre är ett krav att en shadow director ska ha arbetat i det fördolda. Detta har i tidigare litteratur varit det primära kännetecknet för en shadow director, därav begreppet. Det framgår inte av rekvisiten i sec. 250 i CA 2006 att personen måste ha agerat som om denne inte vill bli upptäckt.

3.7. Samlade reflektioner kring de tre ansvarssubjekten

Efter att ha studerat svenska prejudikat och engelsk lagreglering är min reflektion att det kan vara möjligt att göra en analog tillämpning av ABL 29 kap. när en person, som inte träffats av en direkt tillämpning av ABL 29:1 st. 1, företar en handling som skadar bolaget. För att en analog tillämpning överhuvudtaget kan bli aktuell krävs det att rekvisiten av en direkt tillämpning av rättsregeln är tillämpliga. Detta behandlades i inledningen till detta avsnitt.

En formellt felaktigt tillsatt ledamot har möjlighet att bli ansvarig genom en direkt tillämpning av regleringen. Både de facto- och shadow directors kan hållas ansvariga genom en analog tillämpning, eftersom den förstnämnda utför uppdraget med bolagsstyrelsens samtycke och den andre anses vara den som faktiskt styr bolaget. Det har framkommit betydligt mer information

i svensk praxis och doktrin vad gäller felaktigt tillsatta organledamöter och de facto directors, än shadow directors. Det viktigaste avgörandet i svensk rätt vad gäller de facto- och shadow directors är NJA 1997 s. 418 eftersom det på ett klart sätt ger uttryck för att den som är den i själva verket bestämmande i bolaget, faktiskt kan bli skadeståndsansvarig.

Lagstiftaren i Sverige har inte gjort någon skillnad mellan de facto- och shadow directors i lagstiftningsarbetet utan konstaterar bara att civil- och straffrättsligt ansvar kan påföras personer som formellt inte är tillsatta.⁸⁶ Orsaken till varför lagstiftaren valde att göra på det sättet var antagligen enbart för att det inte, vid tidpunkten, fanns ett syfte att göra åtskillnad mellan begreppen. De tre ansvarssubjekten som har behandlats ovan är ibland svåra att hålla isär och begreppens tillämpning går in i varandra. För svenskt vidkommande, efter det faktum att en shadow directors i engelsk rätt inte behöver ha arbetat i det fördolda och svensk lagstiftares val att inte särskilja, anser jag att det fortfarande inte finns någon poäng med att dela upp begreppen. En de facto director ska ha agerat som en styrelseledamot, medan en shadow director enbart ska ha gett instruktioner till en eller flera formellt tillsatta styrelseledamöter. Dock krävs det även att en de facto director ska ha gett instruktioner med någon form av samtycke från bolagsledningen. Ett sådant samtycke att ge instruktioner kan vara möjligt att likställa med en shadow director eftersom skillnaden mellan att samtycka till instruktioner och samtycka till att ha en informell roll som styrelseledamot anser jag vara obetydlig.

4. Lojalitetsplikt

Syftet med lojalitetsplikten är att skydda bolaget gentemot illojala handlingar. Styrelseledamöter har en lojalitetsplikt gentemot bolaget, vilket innebär att ledningen ska sätta bolagets intresse främst. Utöver denna skyldighet innefattar lojalitetsplikten en plikt att undvika intressekonflikter, vilket i sin tur inkluderar ett konkurrensförbud. Ett konkurrensförbud innebär ett förbud mot att utnyttja bolagets affärsmöjligheter för annat än till de som är inom ramen för uppdraget. Lojalitetsplikten för styrelseledamöter kommer bland annat till uttryck i jävsbestämmelsen i ABL 8:23 och generalklausulen i ABL 8:41. Lojalitetsplikten hänger tätt samman med skadeståndsregleringen i aktiebolagslagen eftersom det är där som lojalitetsplikten sanktioneras. Lojalitetsplikten syftar till att skydda bolagets intresse, vilket enbart är en omskrivning av aktieägarnas intresse. I förlängningen kan det skydd som lojalitetsplikten ställer upp värna om aktiebolagsformens existens, eftersom ett förtroende för bolagsledningen i förlängningen leder till att formen nyttjas. Den allmänna uppfattningen i

⁸⁶ Prop. 2000/01:150 s. 71; Svernlöv, Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget s. 45.

doktrin är dock att det inte finns någon lojalitetsplikt för aktieägare. Detta gäller främst bolag med spritt ägande eftersom bolag med få ägare samarbetar mer och där är lojalitetsplikten mer omfattande.⁸⁷ I avsnitt sex ”*Moderbolag och dess styrelseledamöters ansvar*” ska aktieägarnas lojalitetsplikt problematiseras, i en koncernrättslig kontext.

4.1. Jävsregleringen

Jävsregleringen för styrelseledamöter i ABL 8:23 innebär att dessa personer inte får delta i ärenden om de har ett väsentligt intresse i frågan som inte korrelerar med bolagets intresse.⁸⁸ Jävsbestämmelsen sträcker sig från att ett ärende initieras fram till att beslut tas i frågan.⁸⁹ Syftet med bestämmelsen är att skydda bolagets intresse och sätta det främst, vilket leder till att många ärenden omfattas av regleringen.⁹⁰ Jävsregleringen är en skyddsreglering för minoritetsaktieägare.⁹¹ Exempel på vad som innebär ett väsentligt intresse är omfattande mängd aktier i båda bolagen eller en plats i styrelsen i båda bolagen som kan komma att påverka avtalet.⁹²

4.2. Generalklausulen

Generalklausulen i ABL 8:41 innebär en generell inskränkning i en styrelseledamots rättshandlingsförmåga. Paragrafen bygger på principen om likabehandling, att alla aktieägare ska behandlas lika, och inte få otillbörliga fördelar.⁹³ Generalklausulen tar främst sikte på att skydda minoritetsaktieägarna, eftersom denna grupp är den mest utsatta för denna typ av behandling.⁹⁴ Generalklausulen vilar på likhetsprincipen, att alla aktier ska behandlas lika. Generalklausulen innebär även att beslut inte kan tas som inte är förenliga med bolagets syfte⁹⁵, vilket tidigare ovan har konstaterats nästan alltid innebära ett vinstsyfte.

4.3. Engelsk rätt

Den krets i engelsk rätt som omfattas av ansvar är *the board of directors* och *managing directors*, i de fall uppgifter i förvaltningen har delegerats vidare. Eftersom sec. 250 i CA 2006 stadgar att alla typer av directors som har en position omfattas av begreppet directors, kan alla directors omfattas av lojalitetsplikten i engelsk rätt. Dessa personer står i uppdragsförhållande

⁸⁷ Östberg, Om aktieägares lojalitetsplikt i SvJT 2018 s. 265–266.

⁸⁸ Dotevall, Aktiebolagsrätt s. 284.

⁸⁹ Prop. 1975:103 s. 379.

⁹⁰ Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar s. 149.

⁹¹ Dotevall, Aktiebolagsrätt s. 295.

⁹² NJA 1936 s. 684; Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar s. 153.

⁹³ Samuelsson, Per, Karnov, kommentaren till aktiebolagslagen, 8:41, not 614.

⁹⁴ Dotevall, Aktiebolagsrätt s. 302.

⁹⁵ Ibid s. 298–299.

till bolaget och i engelsk rätt innebär det en aktsamhetsplikt, *the duty of skill and care*. Utöver det innebär uppdraget att vara lojal mot bolaget.⁹⁶

Lojalitetsplikten i engelsk rätt ligger i uppdraget som styrelseledamot. Till skillnad från svensk rätt, där den jäviga styrelseledamoten inte får delta i ärendet som personen i fråga anses ha ett intresse i, så ser den engelska rätten denna person som en källa till information. Personen får delta i ärendet för att bidra med sin kunskap och erfarenhet, men personens intresse får dock inte äventyra bolagets intresse.⁹⁷ Förbud mot att skaffa sig ekonomisk vinning av bolagets affärsmöjligheter stadgas av sec. 170 CA 2006 och att det är styrelseledamotens ansvar att undvika intressekonflikter stadgas av sec. 175 CA 2006. Tilliten mellan bolaget och styrelseledamoten bygger på att styrelseledamoten måste informera resterande medlemmar om att en intressekonflikt har uppkommit, vilket framgår av sec. 177 och sec. 182 CA 2006.⁹⁸

Enligt engelsk rättspraxis görs bedömningen, om en director har brutit mot aktsamhetsplikten, genom att titta på principen *the reasonable man*. Detta framkommer av rättsfallet *In re City Equitable fire* [1925] Ch 407. Det innebär att rätten tittar på en fiktiv person och ställer sig frågan vad denne skulle ha gjort i samma situation. Om den fiktiva personen skulle ha handlat på samma sätt som directorn och att skada då skulle ha uppkommit går denne utan ansvar.⁹⁹ Resultatet av att tillämpa *the reasonable man* är att en director svårligen kan bli ansvarig för att denne handlat på samma sätt som många andra i dennes situation hade gjort.¹⁰⁰ Detta går att jämföra med principen *bonus pater familias*, en bedömning av skadeståndsgrundande oaktsamhet. Principen innebär att man tittar på hur en god familjefar skulle ha agerat i samma situation. Denna princip anses nu övergiven i Sverige för att den är alldeles för förenklad.¹⁰¹

4.4. Reflektioner

Vad gäller de facto directors och möjligheten att tillskriva dem en lojalitetsplikt gentemot bolaget är det inte problematiskt. De facto directorns ställning i bolaget har bekräftats av bolagsledningen och personen i fråga agerar precis som om den vore formellt utsedd. Personen i fråga och bolagsledningen anser att denne har ett uppdrag i bolaget, vilket gör det möjligt att ålägga en de facto director en lojalitetsplikt i samma utsträckning som en formellt utsedd

⁹⁶ Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar s. 79.

⁹⁷ Sofsrud, Thorbjørn, Bestyrelsens Beslutning og ansvar, Greens§Jura, Köpenhamn, 1999 s. 359; Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar s. 149.

⁹⁸ Kershaw, Company Law in Context: text and materials s. 481–482.

⁹⁹ Ibid s. 422–424.

¹⁰⁰ Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar s. 79.

¹⁰¹ Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt s. 122–123.

styrelseledamot. Vad gäller möjligheten att ålägga lojalitetsplikt för shadow directors i svensk rätt så är det mer tveksamt. Det beror på att varken personen i fråga eller bolagsledningen anser att personen har en formell roll i styrelsen. Hur bolaget egentligen styrs sker outtalat vilket gör det svårare att applicera lojalitetsplikten på dessa personer.¹⁰² Det som talar för att lojalitetsplikten är applicerbar på shadow directors är att det inte görs någon distinktion i svensk lagstiftning mellan de facto- och shadow directors ansvar, jämför NJA 1997 s. 418. I engelsk rätt är det däremot självklart att lojalitetsplikten gäller på samma sätt för de facto- och shadow directors, eftersom alla directors har samma status och därmed samma ansvar. Om man skulle ta vägledning av den engelska rätten skulle det innebära att alla subjekt som kan bli ansvariga genom en direkt eller analog tillämpning av ABL 29:1 st. 1 kan bli ansvariga för en överträdelse av lojalitetsplikten.

5. Ansvarsgenombrott

5.1. Svensk rätt

Tanken bakom aktiebolagsformen, som benämns tidigare, är att aktieägarna inte ska ha något personligt betalningsansvar för bolagets förpliktelser vilket framgår av ABL 1:3 st. 1. Detta ska i viss mån balanseras upp genom bestämmelsen i ABL 25:19 som stadgar ett personligt betalningsansvar för aktieägare vid likvidation av bolaget.¹⁰³ Principen om ansvarsgenombrott innebär att aktieägare kan bli ansvariga för bolagets förpliktelser utan stöd i lag, dock har tillämpningen av principen varit omdiskuterad.¹⁰⁴ Det som skiljer ansvarsgenombrott mot det som behandlats tidigare i utredningen är att ansvarsgenombrott tar sikte på skada som drabbar borgenärer och inte bolaget.

I NJA 2014 s. 877 kom ett avgörande från HD som berörde principen om ansvarsgenombrott. Dock har en del kritik riktats mot avgörandet. Kort kan nämnas att synen på principen innan prejudikatet var att bolaget skulle ha drivits utan tillräckliga tillgångar, på ett icke självständigt sätt och att personerna bakom bolaget utnyttjat aktiebolagsformen på ett otillbörligt sätt för att ansvarsgenombrott skulle vara möjligt att aktualisera.¹⁰⁵ I SOU 1987:59 *Ansvarsgenombrott m.m.* lades ett förslag fram om att lagfästa ansvarsgenombrott men Lagrådet kom fram till att behovet inte var tillräckligt stort, eftersom praxis redan vid den tiden hade brutit det absoluta

¹⁰² Östberg, Om aktieägares lojalitetsplikt i SvJT 2018 s. 299–300.

¹⁰³ NJA 2014 s. 877 p. 6.

¹⁰⁴ Svernlöv, Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget s. 50.

¹⁰⁵ Adestam, Johan, Ansvarsgenombrott och aktieägares personliga ansvarsfrihet – en analys mot bakgrund av NJA 2014 s. 877. Ny Juridik, nr 2015:2 (2015): 7–25. s. 7–8; SOU 1987:59 *Ansvarsgenombrott m.m.* s. 55–58; Prop. 2004/05:85 Ny aktiebolagslag s. 206 och 511.

ansvarsfrihetsskyddet. Dessutom ansågs det att osäkerheten troligtvis skulle ha ökat för personer som bedrev näringsverksamhet om ansvarsgenombrott lagstodgades.¹⁰⁶ I arbetet med den nya aktiebolagslagen diskuterades frågan igen, men Aktiebolagskommitténs bedömning var att behovet till och med var något mindre år 2004 än år 1987.¹⁰⁷

I och med NJA 2014 s. 877 ändrades i viss mån rättsläget vad gäller den berörda principen om ansvarsgenombrott. Rättsfallet gällde ett s.k. processbolag, det vill säga ett bolag som enbart syftar till att bedriva process i domstol. Aktiebolaget hade övertagit ett skadeståndsanspråk och enligt domstolens bedömning var aktieägarnas syfte med det s.k. processbolaget uteslutande att minimera deras risk att få betala rättegångskostnader, men med bibehållen möjlighet att ta del av eventuell ersättning vid bifall av talan.¹⁰⁸ Det är möjligt att utläsa ett aktieägaransvar för bolagets förpliktelser i domen, om den berörda borgenären har ett särskilt skyddsbehov och om den grund som finns för att ålägga bolaget ansvar även kan rättfärdigas gentemot aktieägaren.¹⁰⁹ Resultatet av rättsfallet från 2014 är att HD har omöjliggjort för aktieägare att undgå ansvar för rättegångskostnader genom att använda sig av processbolag. Syftet med ett prejudikat är rättslig vägledning, och ju mer underbyggd argumentation desto starkare värde har prejudikatet. Kritiken som riktas mot avgörandet är bristen på källor och exempel i domen. Bristen på exempel resulterar i att prejudikatet tappar bredd, eftersom domen enbart berör processbolag och principen om ansvarsgenombrott har ett bredare tillämpningsområde. Det hade varit möjligt att göra en återgivning av principen i stort i ett s.k. obiter dictum, vilket dock inte skedde. Avsaknaden av detta menar Torsten Sandström kommer resultera i problematik att tillämpa prejudikatet.¹¹⁰

5.1.1. Ansvarsgenombrott i koncernförhållanden och för styrelseledamöter

I RH 2011:24 utvidgades ansvaret till att även omfatta styrelseledamöter genom principen om ansvarsgenombrott. Tingsrätten ansåg att det inte var möjligt att reda ut hur ägandet såg ut i bolaget, utan den enda möjliga lösningen var att de som stått för verksamheten skulle bli ansvariga. HD beviljade inte prövningstillstånd utan domen från hovrätten stod fast. Domen visar på att det är möjligt att ålägga en styrelseledamot i ett bolag ansvar genom principen om ansvarsgenombrott. Svernlöv betonar att domen inte är från HD och därmed inte

¹⁰⁶ SOU 1987:59 s. 55–58; Prop. 2004/05:85 s. 206 och 511.

¹⁰⁷ Prop. 2004/05:85 s. 206.

¹⁰⁸ NJA 2014 s. 877 p. 11.

¹⁰⁹ Adestam, Ansvarsgenombrott och aktieägares personliga ansvarsfrihet – en analys mot bakgrund av NJA 2014 s. 877 s. 25.

¹¹⁰ Sandström, Torsten, 2015, Ansvarsgenombrott och ABL – ett ordknappt prejudikat, Infotorg Juridik, 9 januari 2015.

prejudicerande¹¹¹, men den omständighet att HD valde att inte ta upp målet kan indikera på att de ansåg att de rättsliga utgångspunkterna i hovrättens dom var förenliga med gällande rätt.

Även om det framtida värdet av NJA 2014 s. 877 är oviss kan ändå ett uttalande från domen ha ett visst värde. Det som stadgades var att, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, kan resonemanget om aktieägarens ansvar även appliceras på en styrelseledamot.¹¹² Prejudikatsvärdet, som saknades i målet från hovrätten, kommer till uttryck här. Styrelseledamöter i processbolag är skadeståndsansvariga för skador som uppkommer enligt principen om ansvarsgenombrott. Vad gäller styrelseledamöter i situationer där det inte är fråga om ett processbolag är det mer osäkert på grund av att prejudikatet från år 2014 inte behandlar andra situationer.

Hur rättsläget ser ut vad gäller ansvarsgenombrott i koncernförhållanden kan både NJA 1947 s. 647 och NJA 1982 s. 244 vara vägledande. NJA 1947 s. 647 anses vara det enda prejudikatet som rör ansvarsgenombrott inom aktiebolagsrätt förutom NJA 2014 s. 877. Dotterbolaget hade gått i konkurs och ingen självständig verksamhet hade bedrivits i det bolaget.¹¹³ Domstolen bortsåg från regleringen i aktiebolagslagen och ålade delägarna ansvar för bolagets förpliktelser, enligt principen om ansvarsgenombrott. Detta eftersom huvudregeln frihet från personligt betalningsansvar ansågs resultera i oskäliga följder.¹¹⁴ I NJA 1982 s. 244 ålades ett moderbolag ansvar gentemot dotterbolagets borgenärer med principen om ansvarsgenombrott som grund. Ansvar ålades moderbolaget på grund av hur de hade uppträtt, bland annat ställdes krav på att borgenärerna skulle skicka fakturorna till moderbolaget istället för till dotterbolaget.

5.2. Engelsk rätt

Eftersom en del kritik har uppkommit angående NJA 2014 s. 877 och att rättsläget angående ansvarsgenombrott i svensk rätt är något otydligt, kommer en kortfattad granskning om den engelska bedömningen. Begreppet "*Lifting the corporate veil*" i engelsk rätt är det närmsta liknelsen som finns med den svenska regleringen om ansvarsgenombrott. "*Lifting the corporate veil*" innebär att domstolen ser bolaget, den juridiska personen, och aktieägarna som samma ansvarssubjekt. Det innebär att bolagets åtaganden blir aktieägarnas.¹¹⁵ Principen har

¹¹¹ RH 2011:24 och beslut den 29 augusti i mål nr T 3551-10.

¹¹² NJA 2014 s. 877 p. 9.

¹¹³ Stattin, Moderbolagets skadeståndsrättsliga ansvar i koncernförhållanden i SvJT 1999 s. 878.

¹¹⁴ Svernlöv, Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget s. 50.

¹¹⁵ Dignam, Alan & Lowry, John, Company Law, 9 uppl., Oxford University Press, Oxford, UK, 2016 s. 29.

egentligen ett bredare tillämpningsområde, nämligen att kontrollera hela syftet med aktiebolaget som associationsform, det vill säga begränsat personligt betalningsansvar. Dock verkar principen användas i huvudsak för att ålägga aktieägare personligt betalningsansvar för bolagets förpliktelser.¹¹⁶ Min reflektion är att principen är ett alternativt sätt till att använda sig av andsvarsgrunden shadow director i engelsk rätt.

5.3. Reflektioner

Som beskrevs i inledningen till detta avsnitt så var synen sedan länge att ansvar enligt principen om ansvarsgenombrott kunde aktualiseras om bolaget drivits utan tillräckliga tillgångar, på ett icke självständigt sätt och att bolaget utnyttjat aktiebolagsformen på ett otillbörligt sätt. Detta står fortfarande fast. Skillnaden efter NJA 2014 s. 877 är att innan domen föll var förhoppningen att domen skulle resultera i en kraftigare princip, men utfallet blev det rakt motsatta. Det är svårt att bedöma prejudikatsvärdet för ansvarsgenombrott efter domen på andra sakförhållanden än processbolag. Kritiken som följde var kraftig, även om utfallet i målet inte var förvånande. Dock har RH 2011:24 som jag berörde tidigare tillsammans med ovanstående rättsfall bidragit till att principen om ansvarsgenombrott även går att tillämpa på styrelseledamöter. Eftersom NJA 1947 s. 647 och NJA 1982 s. 244 möjliggjorde för moderbolag att bli ansvariga genom tillämpning av principen och att principen numera går att applicera på styrelseledamöter borde det innebära att det är möjligt att göra en styrelseledamot i ett moderbolag ansvarig genom principen om ansvarsgenombrott. Att se bolaget och aktieägare som samma person i svensk rätt är, enligt min bedömning, riskabelt eftersom det inskränker för mycket på aktiebolagets grundtanke om att aktieägare ska vara fria från ansvar. Jämförelsen med den engelska rätten bidrog i detta avseende därmed inte till någon förbättring eller förståelse för den nationella rätten.

¹¹⁶ Hicks, Andrew & Goo, S.H., Cases and Materials on Company Law, 6 uppl., Oxford University Press, Oxford, UK, 2008 s. 102–103.

6. Moderbolag och dess styrelseledamöters ansvar

Moderbolag är stora aktieägare i dotterbolag och i detta avsnitt ska ansvar för moderbolag och dess styrelseledamöter ytterligare granskas. Det som har framkommit tidigare ska därmed sättas i en koncernrättslig kontext. Avsnittet syftar till att behandla de styrningsåtgärder som moderbolag tar till gentemot sina dotterbolag och vad dessa styrningsåtgärder får för konsekvenser. Den reglering som ska behandlas är ABL 29:1 st. 1 och 29:3, lojalitetsplikten och ansvarsgenombrott. Eftersom frihet från personligt betalningsansvar är ett starkt fundament i aktiebolagslagen är det i första hand styrelsen som ska bli ansvarig för skada som uppkommer.

Dotterbolag ses i aktiebolagslagen som egna juridiska personer vilket gör bolagsledningen i dotterbolaget primärt ansvariga för de skador som kan uppkomma inom ramen för deras verksamhet, enligt en direkt tillämpning av ABL 29:1 st. 1. Det vilar dock ett stort ansvar på moderbolaget att tillsätta en kompetent styrelse i dotterbolaget som kan tillvarata bolagets intresse, ett *rekryteringsansvar*. Om moderbolaget har tillsatt en tillräckligt kompetent styrelse är det inte möjligt att ansvar ska aktualiseras gentemot bolaget för att de har brustit i sin uppgift, eftersom de har iakttagit den omsorg som krävs vid tillsättandet.¹¹⁷ Utöver ansvar för rekrytering av bolagsledningen har moderbolaget även ett *kontrollansvar* och *tillsynsansvar* över att dotterbolagets verksamhet sköts på ett korrekt sätt. Detta kommer framförallt till uttryck i ABL 8:4 st. 2, genom skyldigheten som moderbolagets styrelse har att se över hela koncernens ekonomiska situation. Till den skyldigheten kan kopplas en typ av rapporteringsskyldighet, en skyldighet som innebär att dotterbolaget ska rapportera till moderbolaget hur verksamheten ser ut, så att moderbolaget i sin tur kan göra en helhetsbedömning av koncernen.¹¹⁸ Moderbolaget måste kunna ha stor tilltro till den information som dotterbolaget ger ut eftersom ansvaret, som nämndes ovan, i första hand åvilar bolagsstyrelsen i den egna juridiska personen. Moderbolagets ansvar är sekundärt för dotterbolagets verksamhet.¹¹⁹ Sammantaget kan sägas att kontroll-, tillsyn- och rekryteringsansvaret ligger inom ramen för moderbolagets ansvarsområde och är skadeståndsgrundande.

Carl Svernlöv skriver i sin bok *”Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget”* att ansvaret för handlingar eller underlåtenhet som genererar skada ska i första hand åläggas dotterbolagets bolagsledning. Han fortsätter med att säga att om moderbolagets ansvar skulle sträcka sig längre

¹¹⁷ Svernlöv, *Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget* s. 47–48.

¹¹⁸ Prop. 1997/98:99 s. 81; Svernlöv, *Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget* s. 48.

¹¹⁹ Svernlöv, *Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget* s. 48.

än till kontroll-, tillsyn- och rekryteringsansvar skulle det strida mot aktiebolagslagens systematik. Svernlövs bedömning är att med dagens reglering är det ytterst svårt att göra bolagsledningen i moderbolaget ansvariga för skador som uppstår i dotterbolaget.¹²⁰ Om ansvaret skulle vara mer långtgående finns det en risk att färre personer skulle vara intresserade av att sitta i en bolagsstyrelse. Det personliga ansvaret skulle kunna bli så pass långtgående att fördelarna inte skulle kompensera för nackdelarna. En annan bieffekt av strängare skadeståndsreglering i aktiebolagslagen är att det kan generera mindre risktagande från bolagsledningens sida, vilket skulle kunna hämma bolagets affärsverksamhet.¹²¹

Moderbolagets formella inflytande är begränsat, det sträcker sig enbart till att rösta för sitt aktieinnehav på bolagsstämman, vilket kommer till uttryck i ABL 7:8. Moderbolaget har röstmajoritet vilket gör att de har möjlighet att driva igenom de beslut de önskar. Problemet är att verkligheten och aktiebolagslagen inte överensstämmer med varandra.¹²² Moderbolagets bolagsledning påverkar i stor utsträckning sammansättningen av bolagsledning i dotterbolaget. Vanligt förekommande är även att det inte ens bedrivs någon egen verksamhet i moderbolaget utan att det enbart är ett holdingbolag.¹²³ Makten och beslutsfattandet ligger därmed på koncernnivå, men om skada uppstår i dotterbolaget är det enbart dotterbolagets bolagsledning som blir ansvariga enligt en direkt tillämpning av ABL 29:1 st. 1. Det som faktiskt sker är att moderbolagets bolagsledning ger instruktioner eller utövar makt, på grund av sina positioner, gentemot bolagsledningen i dotterbolaget. Frågan som då blir högst relevant att besvara är om moderbolaget eller dess styrelse kan anses som en de facto- eller shadow director? Eller om det räcker att moderbolaget ansvarar som aktieägare enligt regleringen i ABL 29:3?

6.1. Regleringen

Likheten mellan ABL 29:3 och 29:1 st. 1 är att en skada ska ha inträffat och det ska föreligga adekvat kausalitet mellan handlingen och den uppkomna skadan. Båda paragraferna möjliggör ansvar för indirekt skada. I avsnitt fyra "*Lojalitetsplikt*" har det klargjorts att aktieägarnas lojalitetsplikt inte sträcker sig lika långt som bolagsledningens lojalitetsplikt. Det ställs även högre krav för ansvar enligt ABL 29:3 än i 29:1 st. 1 eftersom handlandet enbart behöver anses vara oaktsamt enligt regleringen i ABL 29:1 st. 1 jämfört med grovt oaktsamt enligt regleringen ABL 29:3. Dessutom behöver inte en bolagsrättslig norm ha överträtts för ansvar enligt ABL 29:1. Kraven för ansvar av en aktieägare är därmed högre ställda än för en styrelseledamot.

¹²⁰ Svernlöv, Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget s. 49.

¹²¹ SOU 1995:44 Aktiebolagets organisation s. 241.

¹²² Rodhe & Skog, Rodhes aktiebolagsrätt s. 268.

¹²³ Ibid s. 265.

Det är en allmän aktiebolagsrättslig princip att aktieägare inte behöver verka för bolagets intresse, vilket har behandlats mer ingående i avsnitt två "*Koncernrätt*", och det innebär att regleringen i ABL 29:3 är ramen för vad en aktieägare kan göra utan att bli ansvarig. Regleringen omfattar alla aktieägare, oavsett aktieinnehav, vilket gör att moderbolag omfattas av regleringen i förhållande till sina dotterbolag. Moderbolag är, i större utsträckning än aktieägare med mindre aktieinnehav, med och leder verksamheten eftersom större aktieinnehav ger ett större inflytande och incitament att vara en aktiv aktieägare.

6.1.1. Lojalitetsplikt för aktieägare med stort aktieinnehav

Det har framkommit att det är vanligt att majoritetsaktieägare ger styrelseledamöter i dotterbolaget instruktioner utanför bolagsstämman om hur verksamheten ska styras, men att rättsläget är tämligen oklart hur ansvar ser ut för denna typ av handlande. Lars Erik Taxell öppnade redan 1963 upp för möjligheten att göra aktieägare ansvariga, om ett stort aktieinnehav hade gett inflytande i bolaget.¹²⁴ Ansvar kan aktualiseras om aktieägaren tar beslut som strider mot en bolagsrättslig norm, som framgår direkt av ABL 29:3, men även om en överträdelse sker av lojalitetsplikten. Lojalitetsplikten följer av uppdraget och eftersom en aktieägare inte har tilldelats ett uppdrag, jämfört med en styrelseledamot, är den allmänna uppfattningen att lojalitetsplikten inte sträcker sig till att gälla även aktieägare.¹²⁵ Det som kan ifrågasättas med denna allmänna uppfattning är att ett moderbolag är majoritetsaktieägare och har i och med sitt aktieinnehav ett betydande inflytande i bolaget. Uttrycket "*medverka till överträdelse*" som framgår i ABL 29:3 öppnar eventuellt upp för möjligheten att ålägga aktieägare med stort aktieinnehav en lojalitetsplikt gentemot bolaget. Uttrycket innefattar situationen när en aktieägare genom sin ställning använder styrmedel gentemot bolagsledningen och förmår en person i bolagsledningen att ta ett beslut som genererar en otillbörlig fördel åt aktieägaren eller annan, till nackdel för bolaget eller annan. Styrningen måste ha skett utanför bolagsstämman för att ansvar ska vara möjligt att påföra.¹²⁶

I avsnitt fyra "*Lojalitetsplikt*" uttrycktes att lojalitetspliktens tillämpning på shadow director är tveksam eftersom de inte har någon formell roll i ledningen och att hur bolaget egentligen styrs sker outtalat. Detta resonemang grundades på Östbergs artikel i Svensk juristtidning. Östberg skriver i artikeln att det inte är omöjligt att tillämpa lojalitetsplikten på en majoritetsaktieägare, men att det är svårt.¹²⁷ Detta resonemang kan jämföras med kommentaren till ABL 29:3 i

¹²⁴ Taxell, Lars Erik, Ansvar och ansvarsfördelning i aktiebolag, Åbo Akademi, Åbo, 1963 s. 16.

¹²⁵ Östberg, Om aktieägares lojalitetsplikt i SvJT 2018 s. 265–266.

¹²⁶ Andersson, Johansson, Skog, Aktiebolagslagen - En kommentar, 29:3 *överträdelse av generalklausulen*.

¹²⁷ Östberg, Om aktieägares lojalitetsplikt i SvJT 2018 s. 299–300.

”Aktiebolagslagen - En kommentar. Del III”, där det uttrycks att rekvisitet ”medverka till överträdelse” innebär en möjlighet att ålägga aktieägare med stort aktieinnehav en lojalitetsplikt. Det har tidigare i utredningen noterats att shadow directors i regel är aktieägare, eftersom annars saknas incitament att påverka besluten i bolaget i så stor utsträckning. Östberg använder således termen *shadow director* och beskriver att det är tveksamt att tillämpa lojalitetsplikten på dessa. Skog m.fl. använder termen *aktieägare med stort aktieinnehav* och beskriver att regleringen i ABL 29:3 öppnar upp möjligheten att ålägga dessa en lojalitetsplikt. Det vill säga, Skog m.fl. öppnar upp för möjligheten till ansvar i sin kommentar och Östberg utesluter inte ansvar i sin artikel. Båda parter belyser lojalitetspliktens tillämpbarhet på aktieägare med stora aktieinnehav. Konsekvensen av att lojalitetsplikten kan appliceras på dessa ansvarssubjekt är att det finns fler ansvarsgrunder i aktiebolagslagen som kan bli tillämpliga. Jag tolkar kommentaren av Skog m.fl., som att den lojalitetsplikt som de åsyftar gäller i förhållande till både bolaget och resterande aktieägare. Ett flertal gånger i uppsatsen har jag nämnt att bolagets intresse enbart är en omskrivning för aktieägarnas intresse.¹²⁸ När en aktieägarmajoritet utövar inflytande som skadar bolaget är den skadelidande parten aktieägarminoriteten. Syftet med att ålägga en lojalitetsplikt på personer med inflytande i bolaget är för att skydda bolaget från att utnyttjas genom den intressekonflikt som kan uppstå mellan majoritets- och minoritetsaktieägare. Det som konstaterats ovan är att moderbolag inte kan utnyttja sin ställning utan att ansvar kan uppkomma, om det som moderbolaget vill åstadkomma genererar en otillbörlig fördel åt någon. Lojalitetsplikten begränsar aktieägarnas möjlighet att vidta åtgärder. Att ha fungerande bolag bidrar till ett välmående näringsliv och att systemet inte urholkas.¹²⁹

6.1.2. Ansvarsgenombrott för aktieägare med stort aktieinnehav

Det som konstaterades tidigare i avsnitt fem ”*Ansvarsgenombrott*”, är att principen har fått ett mer vidsträckt tillämpningsområde efter hovrättsdomen RH 2011:24 och NJA 2014 s. 877 eftersom principen går att tillämpa även på styrelseledamöter. Vad gäller möjligheten att applicera detta på ett koncernförhållande så stadgade NJA 1947 s. 647 och NJA 1982 s. 244 att detta var möjligt. Om resultatet av dessa prejudikat läggs samman innebär det att det är möjligt att ålägga en styrelseledamot i ett moderbolag ansvar genom ansvarsgenombrott, om rekvisiten att bolaget drivits utan tillräckliga tillgångar, på ett icke självständigt sätt och att bolaget utnyttjat aktiebolagsformen på ett otillbörligt sätt är uppfyllda. Ansvarsgenombrottet syftar till

¹²⁸ Dotevall, Aktiebolagsrätt s. 282.

¹²⁹ Östberg, Om aktieägars lojalitetsplikt i SvJT 2018 s. 282.

att skydda borgenärer men i förlängningen även samhället genom att förhindra ett illojalt utnyttjande av aktiebolagsformen.

6.1.3. Reflektioner

Det som har konstaterats genom ovanstående resonemang är att det är högre ställda krav för att skadeståndsansvar ska kunna utgå för en aktieägare än för en styrelseledamot. Att det är högre ställda krav för att ansvar ska kunna bli tillämpligt gentemot en aktieägare korrelerar med att aktieägare i regel inte ska bli personligt ansvariga. Regleringen i ABL 29:3 sätter upp ramarna för vad en aktieägare får göra utan att ansvar ska aktualiseras. Regleringen i ABL 29:3 öppnar även upp för möjligheten att ålägga en majoritetsaktieägare lojalitetsplikt gentemot bolaget eftersom de har ett sådant inflytande och kontroll över dotterbolagets verksamhet. Vad gäller ansvarsgenombrott och lojalitetsplikten så har ansvarsgenombrott ett snävare tillämpningsområde än lojalitetsplikten eftersom den fokuserar på att borgenärerna har tagit skada och lojalitetsplikten tar sikte på ansvar för alla i bolagsledningen, oavsett skada som uppstått. Generellt är det dock svårt att göra styrelseledamöter i moderbolag ansvariga för skada i dotterbolag. Ansvaret utgörs främst av det ovan nämnda rekryteringsansvaret, ansvaret att tillsätta en kompetent bolagsledning, så att bolaget sköts på ett fullgott sätt. I speciella fall kan även kontroll- och tillsynsansvaret tillämpas. För att det ens ska kunna bli aktuellt måste bolagsledningen i moderbolaget brustit i att inte kontrollera signaler från dotterbolaget.¹³⁰

Vad gäller moderbolagets ansvar som juridiskt subjekt så finns det viss reglering i aktiebolagslagen som ger uttryck för en lojalitetsplikt för aktieägare och framförallt majoritetsaktieägare. Nedan ska ett antal rättsfall behandlas angående frågan om moderbolaget och dess styrelseledamöter kan anses vara en shadow director, och vad det får för betydelse för den redovisade regleringen i aktiebolagslagen.

6.2. Möjligheten att betrakta någon som en shadow director

6.2.1. Engelsk rätt

Det mest framstående rättsfallet där ett moderbolag ansetts vara en shadow director i engelsk rätt är *Hydrodam (Corby) Ltd, Re* [1994] 2 BCLC 180. Processen rörde en konkurs av bolaget Hydrodam, ett helägt dotterbolag till Eagle Trust plc. Talan fördes mot både Eagle Trust plc., moderbolaget, och två personer i moderbolagets bolagsledning för att dessa skulle ansvara som shadow directors i Hydrodam. High Court kommer fram till att moderbolaget kunde anses vara

¹³⁰ Svernlöv, Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget s. 49.

en shadow director, dock inte bolagsledningen i moderbolaget. Orsaken till att bolagsledningen inte kunde anses vara shadow directors var inte för att det var lagtekniskt omöjligt, utan för att bevisning saknades angående hur dessa personer agerat.

6.2.2. Svensk rätt

6.2.2.1. Juridiska personer

Vad gäller möjligheterna att ett moderbolag kan anses vara en shadow directors i svensk rätt kan först nämnas NJA 2005 s. 608. Målet berörde frågan om ena parten kan åläggas att betala skadestånd till den andra parten för ren förmögenhetsskada, när parterna inte har stått i avtalsförhållande till varandra och skadan inte har orsakats genom brott. Huvudregeln enligt svensk skadeståndsrätt är att om ena parten har drabbats av skada på grund av motpartens avtalsbrott ska ersättning utgå från motparten. Eftersom parterna i detta fall inte stod i avtalsförhållande till varandra fokuserade HD på om tredje man kunde anses skadeståndsskyldig för att på ett ”kvalificerat otillbörligt sätt” ha blandat sig i någon annans avtalsrelation, för att förmå den ena parten att begå avtalsbrott gentemot den andre. Grunden för ansvar var SkL 2:2. Eftersom tredje man var moderbolag till svarande i målet anser jag att det därmed är möjligt att föra ett koncernrättsligt relevant resonemang angående denna dom inom ramen för uppsatsens frågeställningar.

Max hamburgerrestaurang, kärande i målet, hade ingått avtal med Lotsbåten, dotterbolag i koncern. Lotsbåten var ett helägt dotterbolag till hamburgerrestaurangen Frasses. Eftersom Max och Frasses verkar i samma bransch ansåg HD att det var högst troligt att uttalandet från Max, att de aldrig hade ingått avtalsrelationen med Lotsbåten om de visste hur ägarförhållandet i Lotsbåten såg ut, var korrekt. På grund av att ett avtal med stor sannolikhet inte hade kommit till stånd om Frasses hade försökt ingå avtal med Max direkt, ansåg HD att deras handlande skulle bedömas som kvalificerat otillbörligt och att moderbolaget som tredje man skulle hållas skadeståndsansvarig. Domstolen bedömde att moderbolaget hade haft ett bestämmande inflytande över dotterbolaget vid tidpunkten för avtalets ingående, eftersom merparten av dotterbolagets aktier hade överlåtits till nuvarande moderbolag innan avtalet ingåtts med Max. Moderbolaget utnyttjade dotterbolaget för att få till stånd ett avtal, i syfte att gynna sig själva och skada avtalsmotparten. Utnyttjandet kom till uttryck genom att moderbolaget gav dotterbolaget instruktioner om hur de skulle agera, eftersom dotterbolaget inte var intresserade av lokalen som avtalet gällde. Att lämna sådana instruktioner måste anses vara ett kvalificerat otillbörligt handlande gentemot tredje man. Mina slutsatser av detta rättsfall är att det kan vara möjligt att behandla moderbolaget som en shadow director i förhållande till dotterbolaget.

Grunden för ansvar var SkL 2:2, att den som vållar skada ska ersätta den skadan. Shadow directorn behöver inte inta en ställning som den som faktiskt bestämmer i bolaget, jämför NJA 1997 s. 418, utan det räcker att ett otillbörligt utnyttjande har ägt rum. I inledningen till avsnitt tre ”Skadeståndsansvar” redogjordes för att om en skada är hänförlig till en associationsrättslig kontext är det skadeståndsregleringen som framgår av aktiebolagslagen som blir aktuell framför skadeståndslagen. Utfallet av prejudikatet öppnar dock upp för ansvar genom en analog tillämpning av ABL 29:1 st. 1.

Fördelen med att kunna rikta skadeståndsansvar mot moderbolaget är att moderbolaget sannolikt har betydligt mer kapital än dotterbolagets bolagsledning. Det kan även sända en signal till allmänheten att det är det bestämmande bolaget som helhet som ska hållas ansvarig och inte en eller vissa styrelseledamöter genom det individuella ansvaret i ABL 29:1 st. 1. Benägenheten att vara uppdragstagare i styrelser kan minska om det personliga ansvaret är utbrett. Dessutom, om det personliga ansvaret ökar, är benägenheten större för bolag att placera ut målvakter och på så sätt undkomma ansvar.

Att göra den juridiska personen ansvarig är i linje med *organteorin*, som kort innebär att eftersom den juridiska personen inte har någon möjlighet att rättshandla måste rättshandlingsförmågan ske via fysiska personer. Den juridiska personen företräds av fysiska personer, styrelse och VD. När en fysisk person företar rättshandlingar på bolagets vägnar är det ändå bolaget som anses rättshandla, för att företrädaren anses vara ett led i bolagets organism. Detta är sprunget ur en äldre syn på juridiska personer och personer som företräder dessa.¹³¹ Christina af Sandeberg uttrycker i en artikel i Ny juridik att vad gäller skador som uppkommer genom handlingar som styrelseledamöter företar är det möjligt att göra bolaget ansvarigt, enligt SkL 2 kap., eftersom de handlar på bolagets vägnar. För att bolaget ska bli ansvarigt skriver af Sandeberg att det krävs att ställföreträdaren har handlat inom uppdraget och inom sin befogenhet.¹³² Organteorin möjliggör därmed ansvar och prejudikatet NJA 2005 s. 608 angående Max och Frasse visar på att det är möjligt att placera detta i en koncernrättslig kontext. Synen i Sverige dock är inte längre i enlighet med organteorin utan att den som företräder ett bolag gör det som ställföreträdare. Detta bygger på att organteorin förutsätter att den juridiska personen är ett självständigt subjekt med, vilket inte är synen i Sverige.¹³³ Det är möjligt att aktieägarens frihet från personligt betalningsansvar kan ha

¹³¹ Stattin, Daniel, Tillräknande av vetskap i aktiebolags- och aktiemarknadsrätten i SvJT 2012 s. 1–35 s. 10–11.

¹³² af Sandeberg, Bolagets ansvar gentemot skadelidande aktieägare. Ny Juridik, nr 2:2001 (2002) s. 65–67.

¹³³ Stattin, Tillräknande av vetskap i aktiebolags- och aktiemarknadsrätten i SvJT 2012 s. 10–11.

påverkat synen, eftersom bolagets styrelse i första hand ska åläggas ansvar.¹³⁴ Vad organteorin har för värde är marginellt i detta hänseende, men den belyses för att ge en förklaring till hur det är möjligt att se på juridiska personers ställning i förhållande till ställföreträdare.¹³⁵

6.2.2.2. Fysiska personer

NJA 2000 s. 404 kan användas för att se på möjligheten till ansvar för en styrelseledamot i ett moderbolag som shadow director. Styrelsen i moderbolaget beslutade att verksamheten skulle flyttas över till deras dotterbolag. Dotterbolaget var helägt till majoritetsaktieägaren i moderbolaget. Dotterbolaget övertog alla tillgångar och skulder som fanns i moderbolaget. Den skadelidande i detta fall var minoritetsaktieägaren i moderbolaget eftersom dennes aktier i princip tappade allt sitt värde i och med beslutet. De beslut som styrelsen tog innebar att verksamheten skulle läggas ned vilket stred mot bolagets verksamhetsföremål, att bedriva bruksflyg och därmed jämförlig verksamhet, i och med att det inte skulle bedrivas någon verksamhet alls i bolaget därefter. Beslutet ansågs ge majoritetsaktieägaren i moderbolaget en otillbörlig fördel, som gått ut över minoritetsaktieägaren enligt den äldre lagstiftningen 8:13 aktiebolagslagen (1975:1385), nuvarande generalklausul ABL 8:41. Resonemanget som fördes var att fördelningen av ansvar blir mer rättvisande om minoritetsägaren har möjlighet att rikta ansvar mot den som tagit det faktiska beslutet, det vill säga styrelseledamöterna i moderbolaget. Det är viktigt att notera att styrelseledamöterna i moderbolaget blev personligt betalningsansvariga i NJA 2000 s. 404 för att en överträdelse av både aktiebolagslagen och bolagsordningen skett. I nuvarande reglering, ABL 29:1 st. 1, krävs det inte att någon överträdelse av en bolagsrättslig norm ska ha skett. Bedömningen som har gjorts i denna utredning är att det saknas betydelse för möjligheterna att använda sig av rättsfallet enbart på den grunden att lagstiftningen ställde högre krav vid 1975 års aktiebolagslag än 2005 års.

Någon åtskillnad behöver inte göras mellan de facto- och shadow directors eftersom det inte tjänar något syfte. Kravet på ett aktivt deltagande och hur personen uppfattades som diskuterads ingående under delavsnittet "*De facto directors*" anser jag behöver tas i beaktande här för att avgöra om en styrelseledamots handlande ska anses skadeståndsgrundande i en koncernrättslig kontext. En aktiv handling är av vikt för att stadga ett orsaksförhållande mellan handling och skada, vilket framkom i NJA 1948 s. 651. Handlingen måste vara ansvarsgrundande. Jag ifrågasätter om det är nödvändigt att ställa upp krav på att utomstående ska ha uppfattat personen som en styrelseledamot. Inflytandet i verksamheten i dotterbolaget och hur andra

¹³⁴ af Sandeberg, Bolagets ansvar gentemot skadelidande aktieägare. Ny Juridik, nr 2:2001 (2002) s. 65.

¹³⁵ Stattin, Tillräknande av vetskap i aktiebolags- och aktiemarknadsrätten i SvJT 2012 s. 12.

personer förhåller sig till personen är av betydligt större vikt. Det vill säga om andra, formellt utsedda styrelseledamöter, agerar efter personens instruktioner och indirekt samtycker till personens inflytande.

Det går inte att beröra ämnet skadeståndsansvar för moderbolag och dess styrelseledamöter utan att tankarna går till HQ Bank eftersom målet är så pass stort, både ur utredningssynpunkt och på grund av det stora skadeståndsbeloppet.¹³⁶ HQ AB var ett holdingbolag och HQ Bank AB var dess dotterbolag. HQ Bank bedrev tradingverksamhet och bolaget avvecklade deras tradingportfölj med en förlust på 1.2 miljarder. Det resulterade i att Finansinspektionen återkallade bolagets tillstånd för att de bedömde att det fanns brister i verksamheten. Moderbolaget väckte talan om ansvar gentemot styrelsen och revisor i både moder- och dotterbolaget och mot en av aktieägarna. Talan gällde förluster som uppkommit i samband med Finansinspektionens beslut och två börsviten som bolaget tilldelats. Moderbolaget yrkade även återbäring av olaglig vinstutdelning och bristtäckningsansvar. Utfallet blev att enbart dotterbolaget HQ Bank AB:s bolagsledning blev skadeståndsansvariga för att de inte hade iakttagit den omsorg som krävs.¹³⁷ Omsorgsplikten är omstridd i svensk doktrin och om den ska anses vara en del av lojalitetsplikten eller inte. Omsorgsplikten och vårdplikten är ofta olika benämning på samma typ av plikt. Dotevall anser att lojalitetsplikten är en del av vårdplikten medan Stattin valt att dela upp dessa två.¹³⁸ Ledamöter i både moder- och dotterbolaget blev även ansvariga för ett av de två börsviten som ålagts bolaget.¹³⁹

Det måste dock poängteras att parterna i HQ målet nådde en förlikning och att den dom som föll i tingsrätten står fast. Eftersom domar från tingsrätten inte har prejudikatsvärde är det orsaken till varför målet inte fått större utrymme i denna uppsats.¹⁴⁰ För att sammanfatta domen så blev dotterbolaget ansvarigt för att ha åsidosatt omsorgsplikten och både styrelseledamöter i moder- och dotterbolaget blev ansvariga för ett av de börsviten som ålagts bolaget.

6.3. Reflektioner

Koncernstyrning innebär en, direkt eller indirekt, överenskommelse mellan moder- och dotterbolagets bolagsledning att beslut ska tas i överensstämmelse med det som moderbolaget vill åstadkomma. För att uppnå detta så ges instruktioner eller riktlinjer och besluten som tas

¹³⁶ Mål nr T 9311–11.

¹³⁷ Mål nr T 9311–11 s. 98.

¹³⁸ Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar s. 147 ff; Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 363.

¹³⁹ Mål nr T 9311–11 s. 108-109.

¹⁴⁰ Rex, Martin, 2018, Förlikning i HQ-målet, Dagens Industri, 4 maj 2018.

baseras på de instruktioner som givits. Vad gäller frågan om det är moderbolaget eller styrelseledamöter i moderbolaget som ska ansvara belyser rättsfallen NJA 2005 s. 608 och NJA 2000 s. 404 detta. Styrelseledamöter i moderbolaget kan bli ansvariga enligt en analog tillämpning av ABL 29:1 st. 1 med hänvisning till NJA 2000 s. 404, eftersom de ansvariga i det rättsfallet är just styrelseledamöter i moderbolaget. Detta bekräftas även av HQ Bank domen, även om värdet av domen inte kan tillmätas någon större betydelse på grund av domens begränsade prejudikatsvärde.

Vad gäller ansvar för moderbolaget som juridisk person så är NJA 2005 s. 608 relevant. Dessvärre bidrar inte rekvisitbedömningen i domen till den analoga tillämpningen av ABL 29:1 1 st eftersom stödet för det ansvaret bygger på SkL 2:2 och att moderbolaget ansågs vara tredje man. Effekten av att moderbolaget kan anses vara en shadow director är att bolaget ansvarar på samma villkor som dotterbolaget vid dotterbolagets insolvens, precis som i engelsk rätt.¹⁴¹ Den engelska rätten ger även underlag för mitt resonemang att en shadow director ska kunna bli ansvarig. Den som utövar inflytande, styr eller rentav bestämmer i bolaget ska anses ansvarig, oavsett om denne har en formellt utsedd roll i bolaget eller inte, enligt NJA 1997 s. 418. af Sandeberg uttryckte att det kan vara möjligt att ålägga moderbolaget ansvar om ställföreträdaren har vidtagit handlingen inom ramen för sitt uppdrag och inom sin befogenhet. Moderbolag kan ansvara för överträdelser enligt en direkt tillämpning av ABL 29:3 eftersom de är stora aktieägare i bolaget. Regleringen har visat sig svår att tillämpa på grund av de höga krav som ställts, vilket gör det svårt att bli ansvarig för styrningsåtgärder.

Att moderbolag och dess styrelseledamöter kan anses som shadow directors stämmer väl överens med ändamålet med skadestandsregleringen i aktiebolagslagen, att ansvar ska kunna påföras om bolagets intresse inte prioriteras främst. Det ska inte på ett enkelt sätt vara möjligt att kringgå ansvar genom att placera andra personer som styrelseledamöter i dotterbolag, eller rentav i samma juridiska person. Det handlar om att aktiebolagsformen inte ska möjliggöra för kringgående av lagregleringen med hjälp av en målvakt. Det ska inte vara möjligt att undvika att utses till styrelseledamot eller påverka den utsedda bolagsledningen för att undgå personligt betalningsansvar, framförallt inte eftersom det personliga ansvaret redan är så förmånligt i ett aktiebolag.

¹⁴¹ Stattin, Moderbolagets skadeståndsrättsliga ansvar i koncernförhållanden i SvJT 1999 s. 886.

Det går att diskutera vilken ansvarsgrund som är bäst lämpad för ansvar för den som bestämmer i bolaget; ABL 29:1 st. 1 och ABL 29:3? Det vill säga styrelseledamöter i moderbolaget eller moderbolaget som juridisk person. Först och främst är det viktigt att poängtera att aktiebolagslagens konstruktion bygger på att det är ställföreträdarna för bolaget och inte det juridiska subjektet som ska åläggas ansvar. Ur den skadelidandes synvinkel är det dock mer lämpligt att moderbolaget ska bli ansvarigt eftersom bolaget högst sannolikt har mer tillgångar än enskilda styrelseledamöter. Faktorerna som påverkar är dels vilka krav som ställs på handlandet och dels vilket ansvarssubjekt man helst vill rikta skadeståndsanspråket mot. Genom att kombinera mina resonemang om en analog tillämpning i ABL 29:1 st. 1 och ansvarssubjektet shadow director tidigare i utredningen, med rättsutredningen om att moderbolaget kan vara en shadow director resulterar det i att det är möjligt att göra en majoritetsaktieägare eller styrelseledamöter ansvariga enligt en analog tillämpning av ABL 29:1 st. 1. Fördelen med att göra gällande ansvar enligt en analog tillämpning av ABL 29:1 st. 1 istället för en direkt tillämpning av ABL 29:3 är att handlandet enbart behöver anses vara *oaktsamt* istället för *grovt oaktsamt*. Den vårdplikt som finns är inte lika långtgående för en aktieägare jämfört med en styrelseledamot och utöver det behöver en bolagsrättslig norm inte ha överträtts i ABL 29:1 st. 1.

Det har framhållits i detta avsnitt att det finns en lojalitetsplikt för majoritetsaktieägare men det som kan diskuteras är om det behövs en rättsprincip som stadgar detta. Lojalitetsplikten kan ifrågasättas på den grunden att aktieägare inte är skyldiga att verka i bolagets intresse, men eftersom majoritetsaktieägaren har ett sådant inflytande finns det ett skyddsbehov för minoriteten som anses vara viktigare att skydda. I dagsläget bygger lojalitetsplikten på uttrycket "*medverka till överträdelse*" i ABL 29:3. Liknande företeelser finns i ett flertal andra rättsordningar och fördelen hade varit en ökad förutsägbarhet. Det finns inte mycket skrivet i doktrin om majoritetsaktieägares lojalitetsplikt, och enligt min bedömning hade det gagnat bolagsrätten i Sverige att reglera förhållandet eftersom bristen på tydlig reglering ökar bolagets sårbarhet. Även om syftet inte är att skada bolaget så kan skador ändå uppkomma, vilket gör det viktigt för både bolagen och styrelseledamöter att det finns tydlig reglering. Svernlöv gör bedömningen att mer långtgående ansvar för bolagsledningen i moderbolag skulle strida mot aktiebolagsorganisationens uppbyggnad och synen på varje bolag som ett enskilt juridiskt subjekt. Den bedömning som har gjorts i denna uppsats är att det personliga ansvaret kan med fördel vara något strängt, utan att det riskerar aktiebolagsformens grundfundament att aktieägare normalt har ett begränsat ansvar. Detta eftersom missbruk av aktiebolagsformen

måste stävjas och ur en preventiv synvinkel är det viktigt med prejudicerande domar som stadgar detta så att missbruk inte sker.

7. Slutsats

7.1. De lege lata

Som visats i uppsatsen föreligger en stor diskrepans mellan den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen och verkligheten. Sett till koncerner sker den faktiska styrningen av dotterbolag ofta genom moderbolaget, ett faktum som nuvarande lagstiftningen inte återspeglar. Inför den nya aktiebolagslagen uttalande aktiebolagskommittén att de hade övervägt men inte funnit ett tillräckligt stort behov att införa regler om materiell koncernrätt.

Det som har framkommit är att det är möjligt att tillämpa aktiebolagslagens skadeståndsbestämmelser analogt på personer som agerar som de facto- eller shadow directors. Östberg menade i sin artikel¹⁴² att en sådan ordning torde vara möjlig, till grund för sitt resonemang hade hon doktrin från en rad professorer. Jag bedömde, som ovan angivits, grunden för hennes påstående som svag. Att professorerna uttalande sig på ett sådant sätt att det inte ansågs styrkt att en analog tillämpning var möjlig. Jag har dock, i min utredning, kommit fram till samma slutsats som Östberg vad gäller de facto- och shadow directors.

Det min utredning visat, och det jag förespråkar, är att NJA 1997 s. 418 får större utrymme i den svenska rättstillämpningen. Det avgörande för att ett subjekt, som inte träffas av den direkta regleringen i ABL 29 kap., ska bli ansvarigt är att personen ”[...]framstår som den i själva verket bestämmande i bolaget[...]”, vilket framgår av prejudikatet. För att placera detta i en koncernrättslig kontext har prejudikat framkommit i denna utredning som visar på att moderbolag och moderbolagets styrelseledamöter kan bli ansvariga för uppkomna skador i dotterbolag.¹⁴³ Förbehåll måste dock göras angående juridiska personers ansvar, eftersom aktiebolagslagens konstruktion bygger på att styrelse och VD i första hand ska ansvara. Prejudikaten möjliggör ansvar för de subjekt som faktiskt påverkar bolagets verksamhet. Detta innebär att personer som uppträder som en de facto- eller shadow director kan bli skadeståndsansvariga, även inom en koncern. I en svensk kontext är det inte betydelsefullt att särskilja en de facto- och en shadow director från varandra eftersom de båda omfattas av

¹⁴² Östberg, Om aktieägares lojalitetsplikt i SvJT 2018 s. 299.

¹⁴³ NJA 2000 s. 404 och NJA 2005 s. 608.

förutsättningarna i NJA 1997 s. 418, att båda subjekten omfattas av att de är de bestämmande subjekten i bolaget. Begreppen nämns här för att återkoppla till tidigare resonemang.

De prejudikat som ligger till grund för mina slutsatser är svåra att tillämpa på grund av bristen av förutsättningar i dem. På grund av detta finns det brister i hur den i själva verket bestämmande i bolaget ska bli ansvarig för skada denne orsakat. Det äventyrar dels möjligheten att ens göra dessa subjekt ansvariga och dels förutsägbarheten av det rättsliga ansvaret. En ytterligare faktor som påverkar möjligheten att göra dessa personer ansvariga är att det är ytterst svårt att visa att en otydlig instruktion från moderbolaget har haft en inverkan på hur dotterbolagets verksamhet sköts.¹⁴⁴ För att det ska finnas en möjlighet att ansvar ska kunna påföras måste de instruktioner som getts varit tydliga, precis som shadow director regleringen i engelsk rätt stadgar. Det explicita ansvar som moderbolaget har innefattar ett kontroll-, tillsyn- och rekryteringsansvar och skada som uppkommer inom dessa områden är skadestandsgrundande.¹⁴⁵

Det framkom i det engelska rättsfallet *Charterbridge Corporation Ltd v. Lloyds Bank Ltd* [1969] 2 All ER 1185 att det är möjligt att tillvarata ett intresse som gynnar hela koncernen, om det inte står i strid med bolagets eget intresse. Eftersom den svenska regleringen ställer krav på att styrelseledamöter ska sätta bolagets intresse främst är det även möjligt i en svensk kontext att sätta koncernintresset främst, så länge det inte strider mot bolagets intresse. De båda rättsordningarna möjliggör för ett reglerat koncernintresse, även om det i dagsläget inte finns. Eftersom det inte finns någon materiell koncernrätt blir en analog tillämpning av skadestandsregleringen ofrånkomlig för att göra dessa subjekt ansvariga.

Lojalitetsplikten har större betydelse för koncernstyrning än vad jag initialt anade. Moderbolag kan bli ansvariga genom lojalitetsplikten på grund av sitt stora aktieinnehav. Lojalitetsplikten sträcker sig även utanför bolagsstämman genom styrningsåtgärder som de facto- och shadow directors använder sig av. Att ålägga majoritetsaktieägare och personer som verkligen bestämmer i bolaget en lojalitetsplikt ligger i linje med syftet att skydda bolaget från att utnyttjas genom intressekonflikten som kan uppstå mellan majoritets- och minoritetsaktieägare. Bristen på lagreglering och praxis på området är betydande, vilket självklart kan ses som en risk för förutsägbarheten. Dock har lojalitetspliktens tillämplighet på de facto- eller shadow director och majoritetsaktieägare avhandlats i doktrin och argumentationen som förts utesluter

¹⁴⁴ Stattin, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning s. 418–420.

¹⁴⁵ Svernlöv, Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget s. 48.

inte ansvar.¹⁴⁶ Konsekvensen av att de facto- och shadow directors omfattas av lojalitetsplikten är att fler subjekt kan hållas ansvariga.

Det har riktats en hel del kritik mot NJA 2014 s. 877 men min bedömning, efter att ha utvärderat en del av kritiken, är att den grundar sig i att förhoppningarna var höga om att principen om ansvarsgenombrott skulle fastställas med ett starkt prejudikat. Eftersom prejudikatet enbart avhandlade processbolag kan det vara svårt att tillämpa i andra situationer. Dock verkar villkoren för att ansvarsgenombrott ska vara tillämpligt fortfarande vara detsamma, det vill säga att bolaget ska vara utan tillräckliga tillgångar, inte vara självständigt och aktiebolagsformen ska ha utnyttjats på ett otillbörligt sätt. Eftersom NJA 1947 s. 647 och NJA 1982 s. 244 möjliggjorde för moderbolag att bli ansvariga och att ansvarsgenombrott numera går att applicera på styrelseledamöter är det möjligt att ansvar för styrelseledamöter i moderbolag kan aktualiseras genom principen om ansvarsgenombrott.

En analog tolkning av skadeståndsregleringen och principen om ansvarsgenombrott har lagstiftaren diskuterat tidigare men kommit fram till att det inte är tillräckligt motiverat att lagreglera på området. Jag anser att det har varit tydligt från lagstiftarens håll att en av huvudreglerna, frihet från personligt betalningsansvar, ska värnas. Enligt det som har framkommit kan det vara problematiskt att aktiebolagslagen behandlar varje aktiebolag i en koncern som en egen juridisk person, eftersom koncernstyrning sker. Dock har de prejudikat som framkommit visat på möjligheten till ansvar för den som i själva verket bestämmer i bolaget, vad gäller både moderbolag och dess styrelseledamöter. I ljuset av förutsägbarheten och bristen på förutsättningar i prejudikaten anser jag ändå att det finns skäl för lagstiftaren att utreda möjligheterna att lagstifta om de subjekt som idag omfattas av den analoga tillämpningen av ABL 29 kap. och principen om ansvarsgenombrott.

7.2. De lege ferenda

Jag anser att den analoga tillämpningen av skadeståndsregleringen bör lagregleras. Förslagsvis genom att ABL 29:1 st. 1 utökas till att även inbegripa personer som i själva verket är de bestämmande i bolaget. Idag framgår att en analog tillämpning av 29:1 st. 1 är möjlig enbart av NJA 1997 s. 418, vilket jag anser inte utgör ett tillräckligt starkt underlag. Detta eftersom det i prejudikatet inte uppställs några uttryckliga rekvisit eller situationer där en sådan ordning är möjlig. Vad gäller prejudikats värde generellt så är de beroende av den argumentation som förs.

¹⁴⁶ Andersson, Johansson, Skog, Aktiebolagslagen - En kommentar, 29:3 *överträdelse av generalklausulen*; Östberg, Om aktieägares lojalitetsplikt i SvJT 2018 s. 299–300.

NJA 1997 s. 418 är ett prejudikat som i princip saknar argumentation och enbart innehåller ett kort obiter dictum. Att lagreglera detta ansvar och därigenom tydliggöra det, skulle dels innebära att förutsägbarheten skulle öka och dels innebära en handlingsdirigerande funktion – i alla fall på sikt. Att reglera styrningsåtgärder som moderbolag ägnar sig åt tror jag kan resultera i att dessa avstannar, eftersom skadeståndsansvar kan uppkomma på samma grund som om åtgärden vidtagits inom samma juridiska person enligt nuvarande reglering. Det problematiska med att reglera styrningsåtgärder som sker utanför stämman är att de sker i det fördolda och därmed är svåra att bevisa. Regleringen måste utformas så att den stadgar att en uppkommen skada föreligger och att ett orsakssamband föreligger mellan handlingen och den uppkomna skadan. Förslagsvis bör ansvar uppkomma redan vid oaktsamhet så att regleringen överensstämmer med nuvarande reglering i ABL 29:1 st. 1.

De prejudikat som har redogjorts för i denna uppsats saknar, i olika omfattning, förutsättningar för att idag ligga till grund för nya domar – det är svårt att basera kommande domar på prejudikat i vilka det inte framgår på vilka grunder de fattats eller i vilka kontexter de är tillämpliga.¹⁴⁷ Med hänsyn till att det idag är oklart i vilka situationer de existerande prejudikaten är tillämpliga är det också svårt att utröna i vilka situationer som styrelseledamöter kan hållas ansvariga kontra i vilka situationer juridiska personer kan hållas ansvariga. Det som talar emot en lagreglering är att regelns tillämpningsområde kan bli för brett. Dessutom är tanken bakom skadeståndsregleringen i aktiebolagslagen att den ska tillämpas restriktivt, eftersom annars finns risk att den strider mot grundtanken om frihet från personligt betalningsansvar. Utifrån hur det svenska rättsläget ser ut idag så bär styrelseledamöter i dotterbolag, som utsätts för koncernstyrning, ett väldigt stort ansvar för beslut som de inte har initierat och som de inte heller har ett skyddsnet för. Ur en ekonomisk synvinkel är det fördelaktigt att, i den mån det är möjligt, ålägga moderbolag ansvar jämfört med styrelseledamöter eftersom moderbolaget sannolikt har störst tillgångar av parterna. Min bedömning är att nackdelarna med lagstiftningen inte väger över dess fördelar, eftersom det finns en stor osäkerhet kring ansvar för styrelseledamöter och att området verkligen skulle gynnas av mer förutsägbarhet. Den engelska regleringen kring de facto- och shadow directors kan användas för att ge uppslag till hur den svenska lagregleringen skulle kunna utformas. Den engelska regleringen om shadow directors är välformulerad och skulle passa väl in i en svensk kontext. Dock behöver ej åtskillnad göras mellan de facto- och shadow directors eftersom det inte tjänar något syfte i en svensk kontext.

¹⁴⁷ Jämför NJA 1997 s. 418 och NJA 2005 s. 608.

Vad gäller ansvarsgenombrott är min bedömning att principen inte ska införas i lag. Intresset står mellan att reglera i lag för att minska att aktiebolagsformen utnyttjas och intresset av frihet från personligt betalningsansvar. Lagstiftaren har ansett att behovet av frihet från personligt betalningsansvar har varit mer angeläget. Eftersom rättsläget angående ansvarsgenombrott är så pass oklart efter NJA 2014 s. 877 hade reglering på området möjligtvis underlättat. Dock är min bedömning att en potentiell lagreglering skulle behöva vara allmänt hållen för att täcka in ett brett spektrum av specifika förhållanden. Utfallet av att tillämpa en sådan allmänt hållen lagreglering skulle troligtvis inte vara särskilt olik jämfört med att tillämpa dagens princip om ansvarsgenombrott.

Som visats i denna framställning är förutsägbarheten för ansvarsutkrävande för dessa subjekt låg, både på grund av att det saknas lagstiftning på området med också på grund av de bristfälliga förutsättningarna i praxis. Avsaknaden av materiell koncernrätt leder till att styrelseledamöter och moderbolag kan undkomma ansvar när de utnyttjar koncernorganisationen för att utöva inflytande. Det är således en brist i svensk bolagsrätt att materiell koncernrätt saknas.

8. Källförteckning

8.1. Offentligt tryck

8.1.1. Propositioner

Prop. 1975:103 Med förslag om ny aktiebolagslag, m.m.

Prop. 1995/96:10 Års- och koncernredovisning

Prop. 1997/98:99 Aktiebolagets organisation

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

Prop. 2004/05:85 Ny aktiebolagslag

8.1.2. Betänkande

SOU 1987:59. Ansvarsgenombrott m.m.

SOU 1995:44. Aktiebolagets organisation

8.1.3. Direktiv

Europaparlamentet och rådets direktiv (EU) 2017/1132 av den 14 juni 2017 om vissa aspekter av bolagsrätt.

8.2. Doktrin

Adestam, Johan, Ansvarsgenombrott och aktieägarers personliga ansvarsfrihet – en analys mot bakgrund av NJA 2014 s. 877. Ny Juridik, nr 2015:2 (2015) 7–25.

af Sandeberg, Catarina, Bolagets ansvar gentemot skadelidande aktieägare. Ny Juridik, nr 2:2001 (2002) 65–83.

Andersson, Johansson, Skog, Aktiebolagslagen - En kommentar. Del III Gula biblioteket, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2018, 29 kap. 1 §.

Asp, Petter & Ulväng, Magnus, Straffrätt – en kortfattad översikt, 2 uppl., iUSTUS Förlag, Uppsala, 2014.

Dignam, Alan & Lowry, John, Company Law, 9 uppl., Oxford University Press, Oxford, UK, 2016.

Dotevall, Rolf, Aktiebolagsrätt, 2 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2015.

Dotevall, Rolf, Bolagsledningens skadeståndsansvar, 3 uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Dotevall, Rolf, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, Nordstedts, Stockholm, 1989.

French, Derek & Mayson, Stephen & Ryan, Christopher, Mayson, French and Ryan on Company law. 25. uppl., Oxford University Press, Oxford, UK, 2008.

Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, Skadeståndsrätt, 9 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2014.

Hicks, Andrew & Goo, S.H., Cases and Materials on Company Law, 6 uppl., Oxford University Press, Oxford, UK, 2008.

Johansson, Svante, Svensk associationsrätt i huvuddrag, 10 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011.

Kershaw, David, Company Law in Context: text and materials, 2 uppl., Oxford University Press, Oxford, UK, 2012.

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (Red), Juridisk Metodlära, 4 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Rodhe, Knut & Skog, Rolf, Rodhes aktiebolagsrätt, 24 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2014.

Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, 4 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2018.

Sofsrud, Thorbjørn, Bestyrelsens Beslutning og ansvar, Greens§Jura, Köpenhamn, 1999.

Stattin, Daniel, Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning, 2 uppl., Uppsala Universitet, Uppsala, 2008.

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

Stattin, Daniel, Moderbolags skadeståndsrättsliga ansvar i koncernförhållanden, SvJT 1999 s. 873 – 902.

Stattin, Daniel, Tillräknande av vetskap i aktiebolags-och aktiemarknadsrätten i SvJT 2012 s. 1 – 35.

Svernlöv, Carl, Styrelse- och VD-ansvar i aktiebolaget, 2 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2012.

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

Valguarnera, Filippo, Den komparativa metoden i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (Red), Juridisk Metodlära, 4 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Åhman, Ola, Behörighet och befogenhet i Aktiebolagsrätten, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1997.

Östberg, Jessica, Om aktieägares lojalitetsplikt, SvJT, 2018 s. 265–303.

8.2.1. Elektroniska källor

Kvart, Sussi, 2018, HQ-domen visar att aktiebolagsrätten måste förnyas, Tidningen Balans, 10 april 2018. <https://www.tidningenbalans.se/debatt/hq-domen-visar-att-aktiebolagsratten-maste-fornyas/> (hämtad 2018-10-08)

Nerep, Erik & Adestam, Johan & Samuelsson, Per, Aktiebolagslag (2005:551) 29:1, Karnov 2018-11-07. https://pro-karnovgroup-se.ezproxy.ub.gu.se/document/531649/18#SFS2005-0551_N1819

Nerep, Erik & Adestam, Johan & Samuelsson, Per, Aktiebolagslag (2005:551) 29:1, Karnov 2018-11-14. https://pro-karnovgroup-se.ezproxy.ub.gu.se/document/531649/18#SFS2005-0551_K29_P1

Rex, Martin, 2018, Förlikning i HQ-målet, Dagens Industri, 4 maj 2018.
<https://www.di.se/nyheter/forlikning-i-hq-malet/> (hämtad 2018-12-03)

Samuelsson, Per, Aktiebolagslag (2005:551) 8:41, Karnov 2018-11-15 https://pro-karnovgroup-se.ezproxy.ub.gu.se/document/531649/5#SFS2005-0551_K8_P41

Sandström, Torsten, 2015, Ansvarsgenombrott och ABL – ett ordknappt prejudikat, Infotorg Juridik, 9 januari 2015. <https://www5-infotorg-se.ezproxy.ub.gu.se/infotorg/MainServlet?query=Home> (hämtad 2018-11-04)

8.3. Rättsfall

8.3.1. Sverige

8.3.1.1. Högsta domstolen

NJA 1936 s. 684

NJA 1937 s. 312

NJA 1947 s. 647

NJA 1948 s. 651

NJA 1982 s. 244

NJA 1997 s. 418

NJA 2000 s. 404

NJA 2005 s. 608

NJA 2008 s. 796

NJA 2014 s. 877

8.3.1.2. Hovrätt

RH 2011:24

8.3.1.3. Tingsrätt

Mål nr T 3551–10

Mål nr T 9311–11

8.3.2. Storbritannien

Charterbridge Corporation Ltd v. Lloyds Bank Ltd [1969] 2 All ER 1185

Hydrodam (Corby) Ltd, Re [1994] 2 BCLC 180.

In re City Equitable fire [1925] Ch 407.

Re Paycheck Services 3 Ltd [2011] 1 BCLC 141.

Richborough Furniture Ltd, Re [1996], 1 BCC 155.

Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2002] 2 BCLC 133.

Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd v. Meyer [1959] AC 324.

Vivendi SA v Richard [2013] BCC 771.