



Handelshögskolan  
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Juridiska Institutionen  
Handelshögskolan  
vid Göteborgs Universitet

Tillämpade studier  
20 poäng, HT 2007

# Derivativ talan och Corporate Governance

– En komparativ studie ur ett rättsekonomiskt  
perspektiv

Författare: Imra Staifo Barkarmo  
Liliana Staifo

Handledare: Rolf Dotevall

## Sammanfattning

Debatten kring corporate governance har varit ett högt diskuterat ämne under 2000-talet, både nationellt som internationellt. Corporate governance eller bolagsstyrning, som är den svenska översättningen definieras vanligen som ett system för kontroll och styrning av börsbolag och rör främst förhållandet mellan aktieägarna och bolagsledningen. Debatten rör främst stora publika bolag eftersom det är där särskiljandet av ägande och kontroll är tydligast. Åtskillnaden mellan ägande och kontroll kan resultera i en intressekonflikt mellan aktieägare och bolagsledning vilket i sin tur skapar ett behov för aktieägarna att utöva kontroll över bolagsledningen.

Det är allmänt erkänt att ett flertal mekanismer måste utvecklas för att kunna förbättra corporate governance, och den derivativa talan är en av de mekanismer som tillhandahåller bolaget och dess aktieägare skydd samt kontrollerar bolagsledningen. Kärnan i en talan av derivativ natur ligger i belöningen för minoritetsaktieägare att under särskilda omständigheter väcka skadeståndstalan i bolagets namn mot bolagsledningen i situationer där bolagsledningens misslyckas med detta. Denna metod har till syfte att skydda bolagets och dess minoritetsaktieägars intressen och utgör således en viktig aspekt i den ständigt aktuella corporate governance debatten världen över. De för uppsatsen valda länderna, USA, England och Sverige tillhandahåller olika rättsliga regler för aktieägars möjlighet att väcka derivativ talan. Även effekten och betydelsen av en sådan talan varierar i de olika länderna. Vid en komparativ studie är det uppenbart att den derivativa talans roll/funktion skiljer sig åt i respektive land. Systemet med derivativ talan spelar en stor roll i USA, medan det sällan tillämpas i England och Sverige. I engelsk rätt uppställs strikta krav för att kunna initiera en derivativ talan och gör det därmed svårt för systemet att inta en viktig roll i bolagsstyrningen. Även i Sverige spelar den derivativa talan en ytterst liten roll, främst på grund av den höga kapitaltröskel (tio procent av aktiekapitalet) som uppställs i lagtext och därmed sällan uppnås. I USA däremot är det allmänt erkänt att institutet derivativ talan spelar en viktig roll när det kommer till skyddet för bolaget och dess minoritetsaktieägare, trots relativt nyligen tillkomna restriktioner. Det amerikanska systemet försöker på så sätt finna en balans genom att både underlätta och kontrollera systemet med derivativ talan. Skillnaderna i de olika ländernas rättssystem beror på många faktorer, såsom rättsliga traditioner, policy överväganden och tillgängligheten av alternativa mekanismer kapabla till att skydda minoritetsaktieägare.

Vilken funktion en derivativ talan bör ha ligger dock öppen för debatt i respektive land. I de jämförda länderna märks emellertid en trend som blickar mot samma håll. I Sverige har man på vissa håll i doktrin riktat kritik mot den höga kapitaltröskeln (tio procent) och uttryckt en önskan om att en enskild aktieägare bör tillerkännas rätten att väcka en derivativ talan. Vidare har man i England nyligen reformerat regleringen för att underlätta en derivativ talan, medan man i USA utvecklat regler som inskränker i möjligheterna till en sådan. Trots att den derivativa talan omöjligt kommer att spela samma roll i praktiken i något av dessa länder, även efter dessa reformer, påvisar dock trenden att det är allmänt erkänt att en derivativ talan borde spela en viktig men ändå begränsad roll. Det allra viktigaste är att finna en balans mellan bolagseffektivitet och skyddet för bolaget och dess aktieägare.

Corporate governance sammankopplas traditionellt sett med den ekonomiska teoribildning som benämns agent-principalteorin. Denna teori går ut på att investerare, principalen ger ett uppdrag till ledamöter, agenten att leda bolaget å dess vägnar. Problemet ligger i att agenten (som rationell nytto-maximerande aktör) inte alltid handlar uteslutande i principalens intresse, varvid corporate governance handlar om sättet att samordna de två parternas intressen så att det tillförsäkras att bolaget drivs i principalens intresse. För att råda bot på ledningens opportunistiska, närmare bestämt de kostnader som den förorsakar och kunna tillse att agenten arbetar i principalens intresse, kan principalen lägga ner resurser på övervakning. Man talar om s.k. agentkostnader som är ett centralt begrepp inom rättsekonomin. Bland de kontrollmekanismer som verkar för reducering av dessa agentkostnader finns den derivativa talan. Den derivativa talans existens kan dock utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv medföra både fördelar och nackdelar.

Reglerna om derivativ talan utgör i huvudsak en avvägning mellan två motstående intressen. För det första krävs att bolagsledningen i stora bolag har ett visst mått av handlingsfrihet för att få en så effektiv styrning som möjligt. Detta innebär att ledningen måste ges en frihet att företa dåliga affärer utan att riskera att drabbas av skadeståndsansvar från aktieägarnas sida. Ett system med bolag som ständigt processar hämmar företagsklimatet, vilket även bidrar till stora samhällsekonomiska kostnader. För det andra finns det risk för missbruk av kontrollmakten från bolagsledningens sida om ledningen inte riskerar något ansvar och därmed ökas bolagets agentkostnader. Aktieägares rätt att väcka derivativ talan anses vara ett viktigt skydd för minoritetsaktieägare då ledningen missköter bolaget. Emellertid är övervakningen av bolagsledningens verksamhet endast kostnadseffektiv upp till den punkt då

kostnaderna som spenderats på denna förhindrar en ännu större framtida förlust för bolaget. Vid en avvägning mellan dess fördelar och nackdelar blir slutsatsen att den derivativa talans förmåner inte uppväger de kostnader som talan medför. Vidare finns det alternativa mekanismer som är mer kostnadseffektiva när det kommer till skydd för aktieägare och reducering av agentkostnader i publika bolag. Möjligheten att initiera en derivativ talan utgör således den sista utvägen för aktieägare, på grund av de utgifter i termer av tid och pengar som medföljer en rättsprocess, de särskilda nackdelar som en sådan talan medför samt det faktum att det finns alternativa mekanismer i publika bolag som bättre verkar för god bolagsstyrning.

## Förkortningar

A. 2d	Atlantic reporter, second series
ABA	American Bar Association
ABK	Aktiebolagskommittén
ABL	Aktiebolagslag (1975:1385)
ALI	The American Law Institute
BCLC	Butterworths Company Law Cases
CA	Companies Act 1985
Ch	Chancery Division 1991-
CLR	Company Law Review Steering Group
CPR	Civil Procedure Rules
DGCA	Delaware General Corporation Law
D & O	Direct and officer
DTI	Department of Trade and Industry
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
JT	Juridisk Tidskrift
MBCA	Model Business Corporation Act
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
NTS	Nordisk tidsskrift for selskabsret
N. Y. 2d	New York Reports (Second Series)
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
RMBCA	Revised Model Business Corporation Act
Sec.	Section
SkL	Skadeståndslagen
SOU	Statens offentliga utredningar
v.	versus
VD	verkställande direktör
ÅRL	Årsredovisningslagen (1995:1554)

# Innehåll

<b>1 Inledning.....</b>	<b>9</b>
1.1 Bakgrund .....	9
1.2 Syfte och problemställning.....	9
1.3 Metod och disposition .....	10
1.4 Material .....	11
1.5 Avgränsning .....	11
<b>2 Allmänt .....</b>	<b>12</b>
2.1 Corporate Governance.....	12
2.2 Kopplingen till agent-principalteorin.....	12
2.3 Den derivativa talans funktion i corporate governance.....	13
2.4 Den rättsliga bolagsstrukturen.....	13
2.4.1 Bolagsledningens organisation.....	14
2.4.2 Hierarkin/Maktfördelningen mellan bolagsorganen .....	15
2.4.3 Ägarstrukturen.....	17
<b>3 Svensk rätt.....</b>	<b>18</b>
3.1 Bolagsledningens plikter gentemot bolaget .....	18
3.1.1 Lojalitetsplikten.....	18
3.1.2 Generalklausulen .....	20
3.1.3 Likhetsprincipen.....	20
3.2 Skadeståndsmöjligheter.....	21
3.2.1 Skadeståndstalan som aktieägarnas kontrollmekanism.....	21
3.2.2 Aktsamhetsbedömningen .....	22
3.2.3 Ansvaret mot aktieägarna.....	24
3.2.3.1 Omedelbar skada .....	24
3.2.3.2 Medelbar skada .....	25
3.3 Derivat talan .....	25
3.3.1 Ansvarsfrihet .....	27
3.3.2 Konsekvenser av bolagsledningens pliktförsummelse .....	28
3.3.3 Syftet bakom det aktiebolagsrättsliga skadeståndsansvaret .....	30
3.4 Rättsutveckling och uppfattning rörande rättsläget i doktrin .....	32
3.4.1 Argument för aktieägares rätt till skadestånd för medelbar skada .....	35
3.5 Talans väckande .....	37
3.6 Skadeståndet och rättegångskostnader .....	37
<b>4 Amerikansk rätt .....</b>	<b>39</b>
4.1 Översikt över viktig reglering på området .....	39
4.2 Bolagsledningens plikter gentemot bolaget .....	40
4.2.1 Fiduciary duties .....	40
4.2.2 Duty of loyalty .....	40
4.2.3 Duty of care.....	42
4.2.4 Business judgement rule.....	43
4.3 Derivat talan som aktieägarnas kontrollmekanism .....	45
4.3.1 Syftet med en derivativ talan.....	47
4.4 Demand on directors .....	49
4.4.1 Undantag från kravet på en begäran till styrelsen .....	50
4.4.2 Litigation committee .....	51

4.5	Krav på aktieägare.....	53
4.5.1	Vem har rätt att stämma?.....	54
4.5.2	Representant för övriga aktieägare.....	54
4.5.3	Ställa säkerhet .....	55
4.5.4	Tillgång till information .....	55
4.6	Utfall vid derivativ talan .....	56
4.7	Kostnader .....	56
4.7.1	The contingency fee arrangement .....	57
4.7.2	Avtal att ledamot av bolagsledningen skall hållas skadelös av bolaget.....	57
4.7.3	D & O insurance.....	58
4.8	Den derivativa talans roll i USA .....	59
<b>5</b>	<b>Engelsk rätt .....</b>	<b>63</b>
5.1	Allmänt.....	63
5.2	Bolagsledningens plikter gentemot bolaget .....	63
5.2.1	Fiduciary duties/duty of loyalty .....	64
5.2.2	Duties of skill and care.....	65
5.2.3	Anspråk till följd av directors brott mot fiduciary duties.....	67
5.3	Derivativ talan som aktieägares kontrollmekanism .....	68
5.3.1	Foss v. Harbottle regeln .....	68
5.3.1.1	The proper plaintiff principle .....	68
5.3.1.2	The majority rule principle.....	69
5.3.2	När är en derivativ talan tillåten? .....	70
5.3.2.1	The “personal rights” exception.....	70
5.3.2.2	The “illegal or ultra vires acts” exception and the “special majority” exception .....	70
5.3.2.3	The “fraud upon the minority” exception .....	71
5.4	Processuella frågor .....	72
5.4.1	Vem får väcka derivativ talan?.....	72
5.4.2	Preliminary Hearing .....	72
5.4.3	Tillgång till information .....	73
5.4.4	The independent body .....	73
5.4.5	Avtal att aktieägare skall hållas skadelös av bolaget .....	75
5.4.6	The conditional fee agreement .....	75
5.4.7	Begränsning av directors finansiella ansvar.....	76
5.5	Alternativa kontrollmekanismer för minoriteten.....	76
5.5.1	The unfair prejudice remedy .....	76
5.5.1.1	Relationen mellan section 495 och derivativ talan.....	78
5.5.2	DTI undersökningar .....	78
5.6	Den derivativa talans roll i England .....	79
5.7	Reformarbetet.....	81
<b>6</b>	<b>Komparativ analys .....</b>	<b>85</b>
6.1	Vem kan väcka en derivativ talan och mot vem/vilka? .....	85
6.1.1	USA.....	85
6.1.2	England.....	85
6.1.3	Sverige.....	86
6.1.4	Slutsats .....	86
6.2	Vilka hinder uppställs för en derivativ talan och varför?.....	87
6.2.1	USA.....	87
6.2.2	England.....	87

6.2.3 Sverige.....	88
6.2.4 Slutsats .....	88
6.3 Bolagsledningens ansvar mot bolaget .....	89
6.3.1 USA .....	89
6.3.2 England.....	90
6.3.3 Sverige.....	90
6.3.4 Slutsats .....	91
6.4 Den derivativa talans funktion .....	92
6.4.1 USA.....	92
6.4.2 England.....	93
6.4.3 Sverige.....	94
6.4.4 Slutsats .....	95
<b>7 Rättsekonomisk analys .....</b>	<b>97</b>
7.1 Bakgrund .....	97
7.2 Agent – principal teorin.....	97
7.3 Fördelar/nackdelar med en derivativ talan .....	99
7.3.1 Fördelar .....	99
7.3.2 Nackdelar .....	102
7.4 Slutsats .....	105
<b>Källförteckning.....</b>	<b>107</b>



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

I takt med att handelshinder faller, marknader expanderar, informationsflöden förbättras och restriktioner för investeringar försvinner, har det blivit successivt lättare för investerare från ett land att investera i bolag i ett annat land. I konkurrensen om globala resurser, kommer sofistikerade investerare att söka sig till jurisdiktioner med strukturer som verkar för aktieägares intressen. En avgörande faktor för en viss plats dragningskraft är dess corporate governance struktur. Corporate governance definieras vanligen som ett system för kontroll och styrning av börsbolag och rör främst förhållandet mellan aktieägare och bolagsledning. Till följd av separationen mellan kontroll och ägande uppstår lätt intressekonflikter mellan ledningen och ägarna. Detta i sin tur resulterar i ett behov för aktieägare att kontrollera bolagsledningen. Det huvudsakliga syftet med corporate governance är att sammanlänka ledningens handlande med de intressen som aktieägarna har gemensamt.

En väsentlig komponent i corporate governance strukturen är således skyddsgraden som erbjuds bolagets minoritetsaktieägare. Möjligheten för minoritetsaktieägare att väcka skadeståndstalan i bolagets namn mot bolagsledningen, dvs. derivativ talan utgör en viktig aspekt i den ständigt aktuella debatten om corporate governance i såväl England, USA som övriga jurisdiktioner världen över. Vid en derivativ talan representerar den klagande aktieägaren, teoretiskt sett, alla övriga aktieägares intressen genom att använda sig av en rättslig mekanism för att komma i bukt med agentkostnadsproblematiken som uppstår till följd av intressekonflikten mellan aktieägare och bolagsledning. I ett flertal länder utgör en sådan talan en märkbar restriktion i ledamöters misskötsel av bolaget. En talan av derivativ natur utgör således ett viktigt minoritetsskydd, men för att förhindra missbruk av institutet har en rad processuella och faktiska restriktioner för en sådan talan införts i olika rättsordningar.

## 1.2 Syfte och problemställning

Syftet med uppsatsen är att ge läsaren en kort inblick i den aktuella corporate governance debatten som förs runt om i världen och förklara vilken roll den derivativa talan har i detta sammanhang, både ur ett komparativt samt rättsekonomiskt perspektiv. Det vidare syftet är att undersöka och belysa hur Sverige och länder såsom USA och England väljer att reglera

och tillgodose kontrollmekanismen derivativ talan, vilken står aktieägarna till buds då bolagsledningen åsidosatt sina plikter gentemot bolaget samt vilka rättseconomiska effekter en sådan talan medför.

Således är syftet med uppsatsen att påvisa, jämföra och analysera innebörden av aktieägarnas möjlighet att föra skadeståndstalan för bolagets räkning via institutet derivativ talan. För detta ändamål är det av vikt att ge en kort deskriptiv överblick över de bakomliggande strukturerna i olika bolagssystem, samt att belysa de utmärkande skillnaderna i systemen. Syftet med den komparativa analysen är främst att belysa likheter och skillnader mellan de olika rättssystemens reglering av derivativ talan samt effekterna av dessa ur ett corporate governance hänseende. Vidare är syftet med den rättseconomiska analysen att redogöra för den derivativa talans ekonomiska effekter i publika bolag, där minoritetsskydd utgör ett viktigt inslag på grund av den intressekonflikt som lätt kan uppstå i sådana bolag mellan aktieägare och bolagsledning.

Uppsatsens huvudsakliga problemställning är: På vilket sätt regleras minoritetsaktieägars möjlighet att styra och kontrollera bolagsledningen via derivativ talan och vilken funktion och ekonomisk effekt har denna kontrollmekanism i Sverige, USA och England?

### **1.3 Metod och disposition**

För uppsatsen har vi valt att göra en komparativ och rättseconomisk belysning av problemställningen. Detta kompletteras med en deskriptiv framställning som ligger till grund för vår komparation och analys.

Vi inleder med en deskriptiv redogörelse för svensk, amerikansk och brittisk bolagsrättslig reglering på området som syftar till att beskriva och redogöra för begreppet derivativ talan, dess innebörd och betydelse i respektive land. Uppsatsen avslutas därefter med en analys sett utifrån ett komparativt och rättseconomiskt perspektiv av institutet derivativ talan som minoritetsaktieägare har till sitt förfogande för att kontrollera att bolagsledningen agerar i aktieägarnas intresse, detta för att se vilken funktion kontrollmekanismen har i respektive land samt vilka allmänna ekonomiska effekter en sådan kan medföra.

I svensk rätt är doktrinen kring institutet derivativ talan väldigt knapp till skillnad från amerikansk och engelsk rätt, varför uppsatsens problematisering till stor grad fokuserar på dessa system.

## 1.4 Material

I vår uppsats har vi använt oss av sedvanligt svenskt och utländskt juridiskt material i form av propositioner, utredningar och betänkanden, rapporter, lagtext, rättsfall samt doktrin. Information som återfunnits på Internet, genom databaser och tidskrifter har även legat till grund för uppsatsen. Vi har dessutom mot bakgrund av vår rättsekonomiska analys använt oss av ekonomisk litteratur. Som ovan sagt är doktrinen på det svenska området rörande derivativ talan väldigt tunn, varför det varit svårt att få tag på tillräcklig och relevant information till vissa avsnitt i uppsatsen.

## 1.5 Avgränsning

Arbetet avgränsas till att behandla ansvaret för medelbar skada gentemot aktieägare i de fall skadan orsakas direkt mot bolaget samt indirekt mot aktieägaren och aktieägaren för talan i bolagets namn mot bolagsledningen, dvs. en derivativ talan. Vi kommer sålunda inte att behandla aktieägares möjligheter att kräva skadestånd för omedelbar skada, t.ex. på grund av felaktigheter i årsredovisning eller i prospekt. Detta utesluter således en *class action*, dvs. en situation där ledamots pliktförsummelse orsakat aktieägarna omedelbar skada och aktieägaren företräder övriga aktieägare som orsakats skada. Inte heller borgenärs eller annan tredje mans möjligheter att kräva skadestånd för omedelbar eller medelbar skada kommer att behandlas i uppsatsen. Vidare kommer vi inte att beröra den olikartade behandlingen av privata och publika bolag utan endast koncentrera oss på publika bolag.

Vi har i denna uppsats valt att undersöka under vilka omständigheter en aktieägare kan väcka en derivativ talan i Sverige, USA och England samt hur denna typ av kontrollmekanism kan användas för att försäkra bra bolagsstyrning. Möjligheterna för aktieägare att väcka derivativ talan mot bolagsledningen i bolagets namn samt betydelsen och den verkliga effekten av en sådan talan, skiljer sig åt i de jämförda länderna. Institutet derivativ talan härrör från England och uppkom redan på 1800-talet genom den berömda *Foss v. Harbottle* regeln. Visserligen betraktas den engelska rätten om derivativ talan som förlegad, men den utgör fortfarande en utgångspunkt för vår förståelse för systemet. Den engelska regleringen av derivativ talan har länge utsatts för kritik och har till dags dato gett upphov till olika reformarbeten med sikte att förnya systemet. I USA är den derivativa talan mer populär än vad den är i något annat land, och de amerikanska reglerna om derivativ talan anses generellt vara sofistikerade och välutvecklade. I detta hänseende utgör den amerikanska rätten en bra modell för vår uppsats. I

Sverige är systemet med derivativ talan inte alls utvecklad och det är sällan man ens kan tillämpa regeln då den uppställer en aktiekapitaltröskel som är svår att uppnå. Eftersom den svenska modellen skiljer sig markant från den amerikanska och den engelska blir även den intressant att studera närmare.

## **2 Allmänt**

### **2.1 Corporate Governance**

Debatten kring corporate governance har varit ett högt diskuterat ämne under 2000-talets första år, både nationellt som internationellt. Corporate governance eller bolagsstyrning, som är den svenska översättningen definieras vanligen som ett system för kontroll och styrning av börsbolag och rör främst förhållandet mellan aktieägarna och bolagsledningen. Debatten rör främst stora publika bolag eftersom det är där särskiljandet av ägande och kontroll är tydligast.<sup>1</sup> Åtskillnaden mellan ägande och kontroll kan resultera i en intressekonflikt mellan aktieägarna och bolagsledningen vilket skapar ett behov för aktieägarna att utöva kontroll över bolagsledningen. Syftet med corporate governance är vidare att se till att bolagsledningen driver bolaget i aktieägarnas intresse. Det handlar om att ledningen skall styra bolaget på ett sådant sätt att den uppfyller aktieägarnas krav på avkastning på det investerade kapitalet och därigenom bidrar till samhällsekonomins effektivitet och tillväxt.<sup>2</sup>

Regelverk fokuserar ofta på det interna förhållandet, men corporate governance handlar egentligen om hur man skall få så effektiva företag som möjligt.<sup>3</sup>

### **2.2 Kopplingen till agent-principalteorin**

Bolagsstyrning sammankopplas ofta med den ekonomiska teoribildning som benämns agent-principalteorin. I nämnda teori utvecklades ett perspektiv som innebär att bolaget är ett s.k. nätverk av kontrakt (nexus of contracts). Enligt detta synsätt är bolaget en knypunkt för en mängd avtal mellan olika ekonomiska aktörer. Bolagsledningen är spindeln i nätet och ingår relationer med alla andra aktörer. Bolagsstyrningen är en effekt av bolagets relationer mellan framförallt bolagsledningen, aktieägarna och borgenärerna. Agent-principalteorin tillerkänner aktörerna ett inflytande över hur bolaget fungerar på marknaden men den orsakar även

---

<sup>1</sup> Sevenius, Bolagsstyrning, Upplaga 1:1, Studentlitteratur, Stockholm 2007, s. 11 ff.

<sup>2</sup> SOU 2004:130.

<sup>3</sup> SOU 2004:47.

kostnader.<sup>4</sup> Att organisera verksamhet inom bolag medför s.k. agentkostnader. Kostnaderna har sitt ursprung i de olika intressegrupperna som finns i ett bolag och som inte sällan har motstridiga intressen samt som en följd av separationen mellan ägande och ledningsfunktionerna. Corporate governance handlar således om att samordna de två parternas intressen för att försäkra sig om att ägarnas (principalens) intressen tillgodoses. En stor del av agentkostnaderna uppstår på grund av svårigheten att övervaka verksamheten i bolaget. Mot denna bakgrund kan aktiebolagsrätten ses som ett medel för att reducera de kostnader som uppkommer i samband med att bolag organiseras.<sup>5</sup> Mer om agent-principalteorin se avsnitt 7.2.

## 2.3 Den derivativa talans funktion i corporate governance

Det är allmänt erkänt att ett flertal mekanismer måste utvecklas för att kunna förbättra corporate governance, och den derivativa talan är endast en av de mekanismer som tillhandahåller bolaget och dess aktieägare skydd samt kontrollerar bolagsledningen.<sup>6</sup> Enligt Winterrapporten från 2002 är corporate governance ett system som har sin grund delvis i bolagsrätten, genom att det reglerar det interna förhållandet mellan de olika deltagarna i ett bolag, och delvis i vidare lagstiftning och praxis samt marknadsstrukturer.<sup>7</sup> De mekanismer som syftar till att förbättra corporate governance systemet inkluderar både *ex ante* metoder, vilka förhindrar misskötsel av bolaget och reducerar agentkostnader, och *ex post* åtgärder, vilka kompenserar den skadade parten och håller skadegöraren (the wrongdoer) ansvarig. Möjligheten att initiera en derivativ talan utgör således en typ av *ex post* rättslig åtgärd. Dock är ingen av dessa mekanismer optimala under alla omständigheter eftersom ”each has its characteristic and well-known limitations.”<sup>8</sup>

## 2.4 Den rättsliga bolagsstrukturen

Både amerikansk och engelsk rätt har gemensamma rötter i *common law* systemet. Trots dess släktskap finns en del olikheter i de båda rättssystemen. En viktig skillnad är att den amerikanska bolagsrätten huvudsakligen är en delstatlig angelägenhet.<sup>9</sup> I komparation med amerikansk bolagsrätt är det vanligt att jämföra med bolagsrätten i framför allt delstaterna

---

<sup>4</sup> Sevenius, s. 75 f.

<sup>5</sup> Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, upplaga 2, Norstedts Juridik, Göteborg 2001, s. 22 f.

<sup>6</sup> Se exempelvis ALI (II), Part VII, Chapter 1, Introductory Note, s. 5.

<sup>7</sup> Winter Report (2002), Report of The High Level Group of Company Law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels 2004, s. 44.

<sup>8</sup> ALI (II) Part VII, Chapter 1, Introductory Note, s. 5.

<sup>9</sup> Dotevall, Rolf, Bolagsledningens skadeståndsansvar, Norstedts Juridik, Göteborg 2005, s. 21, 28.

Kalifornien och New York, för att dessa är viktiga handelsstater, och i Delaware, eftersom ungefär hälften av bolagen på New Yorkbörsen har sitt säte där. Orsaken till Delawares starka attraktionskraft är dess effektiva bolagsrättsliga lagstiftning, som inte pålägger ledamöterna i bolagsledningen lika många plikter som de övriga delstaternas lagar. Vidare regleras delar av aktiebolagsrätten i de s.k. Securities Act, som är federala lagar av offentlighetsrättslig karaktär. Dessa gäller för samtliga delstater.

I England benämns bolagsformen utan personligt ägaransvar *limited liability company*, vilken i likhet med svensk rätt inbegriper både privata och publika bolag. Companies Act från 1985 (CA), innehåller de viktigaste reglerna som styr den engelska bolagsrätten. I CA återfinns sålunda de grundläggande och tvingande bestämmelserna om aktiebolagsformen.<sup>10</sup>

I Sverige regleras bolagsrätten i aktiebolagslagen (1975:1385) (ABL). Det svenska systemet utgörs av två typer av bolag, dels privata och dels publika bolag.

#### **2.4.1 Bolagsledningens organisation**

Regleringen av bolagsstyrning eller corporate governance sammankopplas ofta med bolagsledningsstrukturen och ledningsorganens funktioner. Inom bolagsrätten skiljer man mellan två typer av bolagsrättsliga system, dualistiskt respektive monistiskt system. Det dualistiska (two tier) systemet har en tvådelad styrelse och består av ett ledningsorgan och ett tillsynsorgan. Mellan dessa organ råder en strikt funktionsfördelning. Tyskland är ett typiskt exempel på ett land som tillämpar det dualistiska bolagsrättsliga systemet. I det monistiska (one tier) systemet är styrelsen det enda bolagsledningsorganet. Det amerikanska bolagssystemet utgör ett typiskt monistiskt system. Det enda ledningsorganet som finns i amerikanska bolag är det s.k. board of directors.<sup>11</sup> Även den brittiska bolagsrätten bygger på det monistiska systemet där styrelsen är ett enhetligt organ. Sverige har formellt ett monistiskt system men i praktiken ligger Sverige någonstans mitt emellan dessa två system eftersom det inte finns något annat kontrollerande organ utöver styrelsen med uppgift att övervaka förvaltningen av bolaget. Enligt ABL 8 kap 23 § måste styrelsen i svenska publika aktiebolag dock alltid utse en verkställande direktör, vilket innebär att ledningsfunktionen alltid är tvådelad i dessa bolag. Av ABL 8 kap 3 § framgår att styrelsen har det primära ansvaret för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter.

---

<sup>10</sup> Sec. 8 (1) CA.

<sup>11</sup> Dotevall, Rolf, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, Norstedts Juridik, Malmö, 1989, s. 31 f.

## 2.4.2 Hierarkin/Maktfördelningen mellan bolagsorganen

I Sverige är bolagsorganen organiserade i ett hierarkiskt system, där överordnade bolagsorgan kan ge direktiv till eller ta över beslutanderätt för underordnade organ. Bolagsstämman, dvs. de samlade aktieägarna, är suverän att besluta om bolagets alla angelägenheter och betraktas som det högsta beslutande organet.<sup>12</sup> Aktiebolagskommittén (ABK) betonar bolagsstämmans överordnade roll.<sup>13</sup> På bolagsstämman kan aktieägarna utöva inflytande och besluta i bolagets angelägenheter är bolagsstämman. Man brukar därför beskriva bolagsstämman som ett forum för aktieägarnas utövande av kontroll.<sup>14</sup> Utgångspunkten är att varje aktieägare har rätt att utöva inflytande över bolagets angelägenheter. Uppfattningen att den som förvärvat en aktie också skall ha möjlighet att besluta i bolagets angelägenheter ligger till grund för aktieägarens rätt till inflytande.<sup>15</sup>

De verkställande organen består av styrelsen och verkställande direktören.<sup>16</sup> Detta hierarkiska system medför en lydndsplikt för styrelsen i förhållande till stämman och för verkställande direktör i förhållande till styrelsen och stämman.<sup>17</sup> Det innebär att bolagsstämman har befogenhet att lämna direktiv till både styrelsen och den verkställande direktören. Till följd av det hierarkiska systemet blir aktieägarnas viktigaste redskap för att utöva inflytande i bolaget deras rösträtt. Om inte annat följer av lag eller bolagsordning kan bolagsstämman avgöra varje fråga som rör bolaget. Således har bolagsstämmans kompetens att besluta i varje fråga som inte uttryckligen faller under annat bolagsorgans kompetens.<sup>18</sup>

I amerikansk rätt är det bolagsrättsliga systemet monistiskt, innebärande att det endast finns ett ledningsorgan i bolaget. Den formella organisationen av bolagets ledning framgår av § 141 (a) Delaware General Corporation Law (DGCL) och lyder enligt följande: "*The business and affairs of every corporation ...shall be managed by or under the direction of a board of directors*". *The board* är således det centrala ledningsorganet, vars ledamöter väljs av bolagsstämman. I praktiken är det dock ofta så att stämman endast godkänner de av styrelsen nominerade ledamöterna. De dagliga uppgifterna i bolaget handhas av *officers* eller *senior principal executives* som är beteckningen för de ledande anställda i bolaget och som utses av

---

<sup>12</sup> Johansson, Svante, Nials associationsrätt, Upplaga 9, Norstedts Juridik AB, Vällingby, 2007, s. 15.

<sup>13</sup> SOU 1995:44 s. 12.

<sup>14</sup> Bergström & Samuelsson, (2001) s. 77.

<sup>15</sup> Prop. 1975:103 s. 386.

<sup>16</sup> Johansson, s. 110.

<sup>17</sup> ABL 8:34 § 2 st é contrario.

<sup>18</sup> Skog, Rolf, Rodhes Aktiebolagsrätt, upplaga 21, Norstedts Juridik, Stockholm 2006, s. 168 ff.

the board.<sup>19</sup> *The board* är ett kollegialt organ och består av directors som är ledamöter i bolagsorganet. Ledamöter som samtidigt med sitt förtroendeuppdrag har andra förvaltningsuppgifter i bolaget benämns *inside directors*, medan de som inte är verksamma i den dagliga förvaltningen kallas *outside directors*.<sup>20</sup>

Vad beträffar kompetensfördelningen mellan stämman och ledningen, kan stämman genom direktiv inskränka i styrelsens kompetens att sköta förvaltningen, men endast i mycket liten utsträckning. Aktieägarna har i praktiken inget inflytande över bolagets förvaltning, såvida inget annat framgår av bolagsordningen. Bolagsstämman kan dock besluta i ärenden som utgör förvaltningsåtgärder av extraordinär beskaffenhet. Stämman betraktas som det högsta bolagsorganet eftersom den har exklusiv beslutanderätt i en rad viktiga frågor som t.ex. fusion, likvidation, försäljning av bolagets samtliga tillgångar etc. Däremot har inte bolagsstämman en befogenhet att besluta om fastställelse av årsredovisningen och vinstutdelningen och skiljer sig således i detta avseende från den svenska aktiebolagslagen. Bolagsstämman kan inte heller direkt utöva inflytande över bolagsledningen. Inflytandet kan närmast ses som indirekt genom att bolagsstämman utser ledamöterna av the board.<sup>21</sup>

Även i England utgörs det högsta organet i bolaget av bolagsstämman.<sup>22</sup> Vad beträffar kompetensfördelningen mellan bolagsstämman och the board, vilken regleras i bolagsordningen, gäller att stämman inte kan lämna bindande direktiv i ärenden där the board enligt bolagsordningen har exklusiv kompetens. Den exklusiva kompetens som i bolagsordningen tillskrivs styrelsen kan inte åsidosättas av stämman. Styrelsen har i stort sett vidsträckta befogenheter men i praktiken har aktieägare begränsade möjligheter att utöva kontroll över styrelsen.<sup>23</sup> I många stora bolag tillsätts extra organ för att kontrollen skall kunna utövas tillfredsställande. Detta sker vanligtvis i form av olika kommittéer.

I stora bolag utses vanligen en eller flera managing directors, till vilka de dagliga förvaltningsuppgifterna delegeras. Managing directors är ofta heltidsverksamma och de utses vanligtvis bland de ledamöter som finns i the board of directors. Om styrelsen delegerar uppgifter till the managing director ges denne exklusiv kompetens och styrelsen får inte delta

---

<sup>19</sup> Se § 8.40 MBCA och §§ 1.27, 1.30 och 3.01 ALI Principles.

<sup>20</sup> Dotevall (2005) s. 22.

<sup>21</sup> A.a. s. 32 f.

<sup>22</sup> Dotevall (1989) s. 69.

<sup>23</sup> SOU 1995:44 s. 119.



i den delegerade verksamheten utan får då en mer övervakande funktion. På så sätt blir bolagsledningen dualistisk.<sup>24</sup>

### 2.4.3 Ägarstrukturen

Ägarstrukturen på den svenska aktiemarknaden skiljer sig betydligt från förhållandena i USA och England. I Sverige har vi ett koncentrerat ägarskap dvs. ägandet i börsbolag domineras vanligen av en eller ett fåtal ägare medan det i USA uppvisas en starkt splittrad ägarbild. England har traditionellt präglats av ett relativt spritt ägande.<sup>25</sup> Ägarstrukturen har dock förändrats på senare år och domineras idag av ett stort institutionellt ägande. Den främsta orsaken till detta är att privatpersoner väljer att äga aktierna indirekt istället för direkt. De institutionella ägarna äger oftast små andelar av bolagen vilket innebär att majoritetsägande är sällsynt i brittiska bolag. Ägarbilderna i England är således splittrad mellan ett stort antal individuella ägare och ett stort antal institutionella ägare.<sup>26</sup>

I länder med koncentrerat ägande utövar aktieägarna ofta sin ägarroll aktivt och tar ett särskilt ansvar för bolaget genom att bl. a. engagera sig i styrelsen. Skillnaden mellan spritt och koncentrerat ägande ligger i vart kontrollmakten är placerad. Vid spritt ägande finns det större risk för att konflikter mellan bolagsledningen och ägarna uppstår. Aktieägarna kan skydda sig genom att med hjälp av olika kontrollmekanismer övervaka ledningen. Vid koncentrerat ägande däremot ligger problemet i konflikter mellan ägarna sinsemellan. Eftersom majoritetsägarna kan kontrollera bolagsledningen direkt eller indirekt på bekostnad av minoriteten ligger svårigheten i att skydda minoriteten från majoriteten. Det finns stor risk för att bolag med koncentrerat ägande inte leds optimalt eftersom de ledamöter som utses av majoritetsägarna kan välja att tillgodose vissa specifika ägarintressen på bekostnad av bolagets eller minoritetens berättigade intresse.<sup>27</sup> Koncentrerat ägande ger upphov till ett insider system där kontrollmekanismerna främst garanteras via lagstiftning och spritt ägande till ett outsider system där kontrollen främst sker på marknaden genom de institutionella ägarna.

---

<sup>24</sup> A.bet. s. 120.

<sup>25</sup> Svensk kod för bolagsstyrning, s. 7, p. 2.

<sup>26</sup> Kraakman, Reiner, Davies, Paul, Hansmann, Henry, Hertig, Gerard, Hopt, Klaus, Kanda, Hideki, Rock, Edward, *The Anatomy of Corporate Law, a Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press (2004) s. 53 och 117.

<sup>27</sup> Bergström & Samuelsson (2001) s. 80.

## 3 Svensk rätt

### 3.1 Bolagsledningens plikter gentemot bolaget

Grunden för bolagsledningens ansvar gentemot bolaget är de plikter som styrelseledamöter och verkställande direktör har i sitt uppdrag för bolaget. Dessa plikter framgår bland annat av reglerna i aktiebolagslagen, bolagsordningen samt direktiv och anvisningar från överordnade bolagsorgan. Uttrycket plikt används för att beskriva vad som ankommer på en styrelseledamot och verkställande direktör att göra för att han skall kunna genomföra sina uppgifter på ett sätt som inte är att beteckna som culpöst.<sup>28</sup> Nedan följer en beskrivning av bolagsledningens plikter som kan om de åsidosätts föranleda skadeståndsansvar.

#### 3.1.1 Lojalitetsplikten

Uppdelningen av ägande och kontroll ger upphov till intressekonflikter, där bolagsledningen medvetet eller omedvetet kan komma att främja egna intressen framför aktieägarnas intresse av vinstmaximering.<sup>29</sup> Bolagsledningen har alltså betydande makt över bolagets verksamhet och egendom, som dock är begränsad av regler för att se till att bolagsledningen är lojal mot bolagets aktieägare, borgenärer och övriga intressenter. I svensk rätt ligger grunden således i en allmän lojalitetsplikt för bolagsledningen, vilken innebär att ledningen alltid skall handla i bolagets intresse. Lojalitetsplikten är således knuten till bolagets intresse, vilken ofta anknyts till verksamhetens syfte och mål som är att maximera aktieägarnas vinst.<sup>30</sup>

Lojalitetsplikten följer av styrelseledamots och verkställande direktörens syssломannalikhande ställning eftersom deras uppdrag är att handla för annans räkning. Likheten med en syssloman skall dock inte överdrivas enligt Dotevalls mening. Till skillnad från sysslomannen intar bolagsledningen en mer självständig ställning gentemot sin huvudman.<sup>31</sup> Eftersom bolagsledningens arbete är kopplat till uppdrag och därmed lojalitetsplikten, innebär det att det är bolagets syfte och inte ledningens som skall stå i centrum när ledningen handlar för bolagets räkning. Således bör intressekonflikter mellan

---

<sup>28</sup> Dotevall (1989) s. 72 f.

<sup>29</sup> Macey, J R, Svensk aktiebolagsrätt i omvandling – en rättsekonomisk analys, SNS Förlag, Norstedts Tryckeri, Stockholm 1993, s. 14.

<sup>30</sup> Dotevall (2005) s. 114.

<sup>31</sup> A.a. s. 124 f, 128, f.

ledningen och bolaget undvikas.<sup>32</sup> Intressekonflikten kan många gånger ligga i att aktieägarna och bolagsledningen inte har samma syn på bolagets kostnader.<sup>33</sup>

Bolagsledningens lojalitetsplikt är allmänt hållen men med hjälp av jävsreglerna för styrelseledamot respektive verkställande direktör (VD) i ABL 8:23 och 8:34 samt generalklausulen i 8:41 kan plikten konkretiseras. Dessa bestämmelser innebär att ledningen inte får handlägga ärenden där det finns risk för att intressekonflikter uppstår, exempelvis en avtalsrelation mellan bolaget och en styrelseledamot respektive VD.<sup>34</sup> Plikten innebär således att ledningen inte får varken direkt eller indirekt sätta sina personliga intressen före bolagets intressen eller gynna andra intressen som inte är förenliga med bolagets. Lojalitetsplikten gäller endast under den tid uppdraget i bolaget varar.<sup>35</sup>

I grund och botten handlar lojalitetsplikten om att bolagsledningen har en skyldighet att undvika att vålla bolaget skada och vara lojal mot bolagets samtliga aktieägare, dvs. förhindra ledningen från att tillförsäkna sig några fördelar på bekostnad av bolaget. Detta för att förhindra missbruk från bolagsledningens sida.<sup>36</sup> Lojalitetskonflikter kan emellertid även uppkomma genom att ledamot av bolagsledningen utan direkt egennytta gynnar sådana intressen, som traditionellt inte omfattas av bolagets intresse. Styrelseledamöter och verkställande direktören är följaktligen skyldiga att gentemot bolaget iaktta den omsorg och lojalitet som krävs av en syssloman i allmänhet, vid fullgörande av sitt uppdrag. Om en styrelseledamot eller den verkställande direktören bryter mot sin lojalitetsplikt kan skadeståndsskyldighet enligt 29 kap i ABL bli aktuell.<sup>37</sup>

I svensk rätt bedöms lojalitetsplikten för styrelseledamot och VD subjektivt när en indirekt intressekonflikt uppkommer. Detta eftersom styrkan i det motstående intresset är avgörande för bedömningen av huruvida pliktförsummelse föreligger. Om det motstridiga intresset inte betraktas som väsentligt föreligger heller inget brott mot lojalitetsplikten.<sup>38</sup>

---

<sup>32</sup> Prop. 1975:103 s. 379.

<sup>33</sup> Bergström & Samuelsson (2001) s. 72 ff.

<sup>34</sup> Svernlöv, Carl, Ansvarsfrihet, Dechargeinstitutet i svensk aktiebolagsrätt, Norstedts Juridik, Vällingby, 2007, s. 308 f, Dotevall (2005) s. 129 f.

<sup>35</sup> Dotevall (1989) s. 550.

<sup>36</sup> Sevenius, s. 128 f, Dotevall (2005) s. 124 f, 128 f.

<sup>37</sup> Svernlöv, s. 308, Bergström & Samuelsson (2001) s. 110 ff.

<sup>38</sup> Dotevall (1989) s. 279.

### 3.1.2 Generalklausulen

Ledningen måste även iaktta generalklausulen i ABL 8:41, som är en del av den likabehandlingsprincip som ledningen måste iaktta gentemot aktieägarna, som ett uttryck för en allmän lojalitetsplikt samt likhetsprincipen. Med generalklausulen i ABL 8:41 innebär att alla beslut som styrelsen eller den verkställande direktören fattar kan angripas med stöd av denna regel, dvs. om det innebär ”otillbörlig fördel åt en aktieägare eller någon annan till nackdel för bolaget eller någon annan aktieägare”<sup>39</sup>. Syftet med generalklausulen är att förhindra bolagsledningen från att fatta beslut eller vidta åtgärder som strider mot bolagets intresse. Generalklausulen är ingen sanktion utan endast en handlingsnorm.<sup>40</sup>

Generalklausulen kan kränkas både direkt och indirekt. En direkt kränkning är t.ex. om aktiernas inbördes rätt rubbas utan stöd av lag eller bolagsordningen. Om styrelsen exempelvis fattar ett beslut om åtgärd som skadar intressen utanför bolaget och därmed samtliga aktieägare föreligger en indirekt kränkning av generalklausulen. Även en konkret åtgärd kan komma att bedömas strida mot generalklausulen trots att den inte haft några skadliga följdverkningar, vilket framgår av uttrycket ”som kan ge en otillbörlig fördel”. Med detta uttryck inbegrips att det måste råda ett tydligt missförhållande mellan den fördel som någon i bolagsledningen åtnjuter och den nackdel som drabbar bolaget eller enskild aktieägare. Bolagsledningens och majoritetens möjlighet att tvinga på minoriteten sin vilja begränsas genom tillämpning av generalklausulen och rekvisitet otillbörlig fördel. Tillämpning av generalklausulen kan ske vid åsidosättande av dels enskild aktieägares intresse och dels vid åsidosättande av hela bolagets intresse. Otillbörlighetsrekvisitet omfattar verkställande direktörs och bolagsledningens lojalitetsplikt, vilken innebär att ledningen inte får handla i strid mot bolagets intresse. Med bolagets intresse likställs samtliga aktieägares intresse.<sup>41</sup>

### 3.1.3 Likhetsprincipen

Likhetsprincipen ger uttryck för den bolagsrättsliga principen att bolagsledningen skall agera lojalt gentemot aktieägarminoriteten. Generalklausulens främsta uppgift är som sagt att skydda minoriteten och den vilar på tre fundament; ”likhetsprincipen, ett förbud mot åtgärder som uppenbart strider mot verksamhetsföremålet eller verksamhetens syfte, och ett förbud mot åtgärder genom vilka en aktieägare eller annan tillskansar sig otillbörliga fördelar till

---

<sup>39</sup> ABL 8:41 § 1 st.

<sup>40</sup> Dotevall (2005) s. 131 ff.

<sup>41</sup> A.st.

nackdel för bolaget eller annan aktieägare”<sup>42</sup>. Likhetsprincipen innebär istället att alla aktieägare skall behandlas lika, dvs. ingen får försättas varken i bättre eller sämre ställning samt att samtliga skall få möjlighet att dra nytta av sitt ägarskap i bolaget.

Likhetsprincipen berör aktieägares relation till bolaget medan generalklausulen blir gällande då bolagsordningen eller aktiebolagslagen medger avvikelser från likhetsprincipen. Om likhetsprincipen skulle frångås i väsentlig mån kan generalklausulen tillämpas. Dessa två principer kan således inte helt avskiljas från varandra. Generalklausulen tar främst sikte på det materiella förhållandet mellan aktieägarna medan likhetsprincipen främst avser det formella förhållandet dem emellan.<sup>43</sup>

## **3.2 Skadeståndsmöjligheter**

Skadeståndsskyldigheten för personer i organställning regleras i 29 kapitlet i ABL. Styrelseledamot eller VD som uppsåtligt eller av oaktsamhet skadar bolaget vid fullgörande av sitt uppdrag är skyldig att ersätta den skadan. Orsaken till att dessa regler infördes i aktiebolagslagen var för att man ansåg att den allmänna skadeståndsrätten var ofullständig. Således fanns det behov av särskilda ansvarsregler inom bolagsrätten, inte minst för att skydda tredje mans intressen.

Skadeståndsreglerna kan ur ett agent-principal perspektiv ytterst sägas handla om att påverka ledamöterna av bolagsledningen att agera på ett sätt som är förenligt med bolagets, aktieägarnas och övriga intressenters intressen. Aktiebolagslagens skadeståndsregler har som det övergripande ändamålet att förmå aktiebolagets företrädare att handla på sådant sätt som inte orsakar bolaget och andra skada.<sup>44</sup>

### **3.2.1 Skadeståndstalan som aktieägarnas kontrollmekanism**

Möjligheterna för aktieägarna att föra skadeståndstalan mot bolagsledningen betraktas som en yttersta åtgärd för att kontrollera bolagsledningen och som ett incitament för ledningen att inte handla i strid med bolagets intresse, att ej handla i strid med lojalitetsplikten eller på så sätt att dess agerande missgynnar bolaget. Aktieägares möjligheter att väcka en derivativ talan behandlas i avsnitt 3.3. Enligt Bergström & Samuelsson kan skadeståndsinstitutet ses som en yttersta åtgärd när de primära styr- och maktinstrumenten inte fungerar tillfredsställande. Det

---

<sup>42</sup> Dotevall (2005) s. 132.

<sup>43</sup> A.a. s. 131 ff.

<sup>44</sup> Svernlöv, s. 112.

aktiebolagsrättsliga skadeståndet skapar ytterligare ett instrument för att förmå ledningen att handla i aktieägarnas intresse även i de fall aktieägarna saknar inflytande eller är helt passiva. Således kan skadeståndssanktionen med fördel ses som incitamentsskapande. Medelst ett väl utformat skadeståndsinstitut ges ledningen incitament att handla i linje med bolagets intresse samtidigt som det skapas incitament för aktieägarna att övervaka ledningen och i extremfall kräva ersättning.<sup>45</sup>

I Sverige väcks skadeståndstalan gentemot bolagsledningen ytterst sällan, inte heller i fall där ledningen uppenbart misskött bolaget. Orsaken till att det förekommer så få fall av skadeståndsprocesser mot bolagsledningen kan vara att det inte finns någon direkt proportion mellan kostnaderna, tidsaspekten och risken med att starta en process i förhållande till utfallet. Debatten kring skadeståndsanspråk har aktualiserats i Sverige till följd av ett antal mycket uppmärksammade avgöranden i fallen Fermenta, Gusum, Gamlestaden och Njord. Det har till följd av dessa uppmärksammade fall funnits förväntningar på hur Aktiebolagskommitténs översyn av ABL skulle behandla skadeståndsreglerna. Kommittén betonar att det är viktigt att inte ålägga styrelseledamöterna ett alltför strikt ansvar för att inte skapa svårigheter att rekrytera kompetenta personer till bolagsstyrelser. Skadeståndsreglerna skall vidare inte heller leda till att aktiebolagsledningar avstår från affärsmässigt motiverade risker.<sup>46</sup>

### 3.2.2 Aktsamhetsbedömningen

Bolagsledningens skadeståndsansvar grundar sig på en culpabedömning. Det framgår dock inte direkt ur lagtexten vad begreppet innebär. Istället får man undersöka bolagsledningens plikter för att kunna avgöra om den agerat culpöst. För att bolagsledningen skall kunna hållas ansvarig och därmed anses ha agerat culpöst krävs överträdelse av dessa plikter. Grunden är att ledningen åläggs en skyldighet att iaktta den omsorg som fordras av en syssloman eller uppdragstagare i allmänhet. En överträdelse av ABL eller bolagsordningen är således culpöst endast i de fall regeln föreskriver en plikt för bolagsledningen. Att inte följa bolagsstämmans instruktioner kan också betraktas som ett culpöst agerande, vilken följer av lydnadsplikten.

*”En stiftare, styrelseledamot eller verkställande direktör som när han fullgör sitt uppdrag uppsåtligen eller av oaktsamhet skadar bolaget, skall ersätta skadan. Detsamma gäller när*

---

<sup>45</sup> Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem. – en rättsekonomisk analys, Nerenius & Santéus, Förlag, Angered 1997, s. 191.

<sup>46</sup> SOU 1995:44 s. 241.

*skadan tillfogas en aktieägare eller någon annan genom överträdelse i denna lag, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen.”<sup>47</sup>*

För att bolagsledningen skall kunna hållas ansvariga krävs således enligt aktiebolagslagen att fyra rekvisit är uppfyllda. Bolaget måste ha 1) orsakat en ekonomisk mätbar skada, 2) skadan skall ha orsakats genom handling eller underlåtenhet vid fullgörande av uppdrag, 3) agerandet skall bedömas vara uppsåtligt eller oaktsamt, 4) adekvat kausalitet måste föreligga mellan bolagsledningens agerande och skadan. Utöver adekvat kausalitet krävs för ansvar att styrelseledamot eller verkställande direktör åsidosatt någon för honom i förhållande till bolaget gällande norm. Bestämmelsen är en utvidgning av ledningens skadeståndsskyldighet vad beträffar ren förmögenhetsskada.<sup>48</sup> I andra fall ersätts ren förmögenhetsskada enligt skadeståndslagen endast vid brottslig handling.<sup>49</sup>

Bolagsledningens ansvar gentemot bolaget är alltid individuellt.<sup>50</sup> Skadevällaren blir skadeståndsskyldig för skada som drabbat bolaget, om skadan förorsakats genom åtgärd eller underlåtenhet som kan tillräknas honom som oaktsamhet eller uppsåt. Utgångspunkten är att personerna i ledningen är skyldiga att iaktta den omsorg och lojalitet som krävs av en sysloman eller uppdragstagare i allmänhet. Den måttstock som används för att avgöra om oaktsamhet föreligger blir i första hand reglerna i ABL och bolagsordningen. Men styrelseledamot eller VD kan även behöva iaktta andra lagar och föreskrifter som ålägger dem plikter gentemot bolaget. Om dessa regler har följts har personen ifråga ofta uppträtt så aktsamt som det kan krävas av honom och något skadestånd kan i sådana fall inte bli aktuellt. Å andra sidan kan det finnas fall då lagen och bolagsordningen följts men att tillbörlig omsorg ändå har åsidosatts. I sådana fall utgör det allmänna syslomannaansvaret grunden för oaktsamhetsbedömningen.<sup>51</sup> En VD svarar för åtgärder som vidtagits eller underlåtit i den löpande förvaltningen medan styrelseledamot svarar för åtgärder och underlåtenheter inom ramen för styrelsens förvaltning.<sup>52</sup>

En följd av att ansvaret är individuellt är att culpabedömningen kan leda till att vissa styrelseledamöter blir ansvariga men inte andra. En ansvarsfördelning mellan olika

---

<sup>47</sup> ABL 29:1 §.

<sup>48</sup> SOU 1995:44 s. 241, 249.

<sup>49</sup> 2 kap. 2 § SkL. Jämför Dotevall (1989) s. 95.

<sup>50</sup> SOU 1995:44 s. 243.

<sup>51</sup> A.bet. s. 242 f, Dotevall, (2005) s. 44 ff, Andersson, Johansson, Skog, Aktiebolagslagen, en kommentar, Del III, Norstedts Juridik, Stockholm 2006, s. 29:4.

<sup>52</sup> Se t.ex. NJA 1913 s. 96 och NJA 1933 s. 476, Andersson, Johansson, Skog, s. 29:4

styrelseledamöter kan innehålla olika faktorer i bedömningen. Exempelvis kan en styrelseledamot som invalts som expert inom ett område ha ett strängare ansvar inom sitt fackområde än sina styrelsekollegor. Även olika höga styrelsearvoden kan ha betydelse och medföra skillnader i aktsamhetsbedömningen.<sup>53</sup> Man skall vidare ta hänsyn till den arbetsfördelning som har gällt mellan styrelseledamöterna, vilken skall följa av arbetsordningen enligt ABL 8:6.

I en skadeståndprocess åvilar bevisbördan bolaget, både vad gäller om en styrelseledamot varit vårdslös och när det gäller skadans uppkomst och storlek.<sup>54</sup>

### **3.2.3 Ansvaret mot aktieägarna**

I svensk rätt talar man om två typer av ansvar från bolagsledningens sida, dels ansvaret mot bolaget, dels ansvaret mot aktieägare och annan (t.ex. borgenär eller anställd). Ansvaret gentemot annan part kommer inte att behandlas i detta arbete. Vad beträffar ansvaret för bolagsledningen gentemot aktieägarna talar man vidare om två skadetyper, omedelbar (direkt) och medelbar (indirekt) skada. Aktieägare kan skadas genom att bolagets förmögenhet minskar på grund av ett skadebringande beslut eller en viss åtgärd (indirekt skada) eller utan att bolagets ekonomiska ställning påverkas men väl aktieägarens (direkt skada). Det framgår dock inte uttryckligen av ABL att åtskillnad mellan dessa två skadetyper görs utan båda täcks av bestämmelsen i 29:1.<sup>55</sup> Eftersom bestämmelsen inte skiljer mellan medelbar och omedelbar skada krävs att dessa skadetyper först särskiljs för förståelse av systemet med den derivativa talan.

#### **3.2.3.1 Omedelbar skada**

Skadeståndsansvar för omedelbar skada inträder när bolagsledningen uppsåtligen eller vårdslöst överträtt ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordning. En omedelbar eller direkt skada drabbar aktieägaren eller annan utan att bolaget lidit någon skada. Exempel på en omedelbar skada är förlust på grund av att årsredovisningen eller prospektet innehållit felaktiga uppgifter, som legat till grund för aktiehandel. Vidare kan det även röra sig om att aktiebolagslagens minoritetsskyddsbestämmelser överträds, såsom generalklausulen och likhetsprincipen, som direkt drabbar en enskild aktieägare. En enskild aktieägare kan på annat

---

<sup>53</sup> Andersson, Johansson, Skog, s. 29:4.

<sup>54</sup> SOU 1995:4 s. 244, prop. 1997/98:99 s. 187 f.

<sup>55</sup> Dotevall (2005) s. 178, Bergström & Samuelsson (2001) s. 130 f.



sätt berövas sina rättigheter t.ex. genom att förvägras tillträde till bolagsstämman. I dessa fall skadas inte bolaget utan det är endast den enskilde aktieägaren som lider skada.<sup>56</sup>

För skadeståndsanspråk krävs utöver en skadegörande handling även ett adekvanssamband mellan handlingen och skadan. Det finns inga hinder mot att tillerkänna en aktieägare rätt till skadestånd för omedelbar skada, om förutsättningarna för ansvar i övrigt är uppfyllda i enlighet med 29:1 2 p. ABL. En omedelbar skada är således ersättningsgill. Den skadelidande ersätts direkt för skadan eftersom den drabbar den skadelidande direkt. Aktieägaren kan i dessa fall själv väcka talan mot bolagsledningen till skillnad mot vad som gäller vid medelbar skada.<sup>57</sup> Vi kommer dock inte behandla skadeståndstalan för omedelbar skada utan kommer fortsättningsvis endast att behandla möjligheterna till ersättning för medelbar skada, så kallad derivativ talan.

### **3.2.3.2 Medelbar skada**

Medelbar skada för en aktieägare innebär en skada som drabbar bolaget direkt och därigenom indirekt en enskild aktieägare i förhållande till dennes andel i bolagsförmögenheten. En medelbar skada orsakar bolaget förlust och skadar aktieägarna genom att bolagets förmögenhet minskar. Det kan även handla om en mer allmän förlust exempelvis då bolagsledningen bryter mot aktiebolagslagens generalklausul eller likhetsprincip och på så sätt gynnar en ledamot av bolagsledningen på bekostnad av bolaget och indirekt aktieägarna.<sup>58</sup> Ett exempel på åsidosättande av generalklausulen är om bolagets egendom säljs till ett uppenbarligen för lågt pris. I sådana fall lider bolaget den direkta skadan eftersom bolagets förmögenhet minskar och därmed skadas aktieägarna indirekt på grund av att deras aktieinnehav minskar i motsvarande mån. Det ankommer sedan på bolagsstämman att fatta beslut om bolagsledningens ansvar när bolaget lidit indirekt skada. Vid medelbar skada följer ersättningen principen att sådan skada ersätts indirekt.<sup>59</sup>

## **3.3 Derivativ talan**

Vid närmare studier kring ämnet derivativ talan, slås man av det faktum att det i svensk rätt saknas klara uttalanden kring en sådan skadeståndstalan i bolagets namn. Det skrivs överhuvudtaget väldigt lite om detta förfarande. Varför det föreligger på detta vis vet vi inte

---

<sup>56</sup> Svernlöv, s. 154 f.

<sup>57</sup> A.st., Prop. 1997/98:99 s. 194.

<sup>58</sup> SOU 1995:44 s. 248.

<sup>59</sup> Svernlöv, s. 155 ff, Bergström & Samuelsson (2001) s. 131 ff, Dotevall (2005) s. 178 f, 183.

men det kan ha att göra med att derivativ talan väcks så sällan i Sverige. Institutet har vissa likheter med en minoritetstalan med skillnaden att en minoritetstalan kan föras av en enskild aktieägare till skillnad från derivativ talan, vilken kräver tio procent av aktiekapitalet.

I Sverige regleras möjligheten att väcka en derivativ talan i aktiebolagslagen och en sådan talan kan initieras i såväl publika som privata bolag. Huvudregeln finns i ABL 29:7, vilken stadgar att det för en rätt att väcka talan för bolagets räkning mot ledamot av bolagsledningen krävs att aktieägare innehar tio procent av aktiekapitalet. I övrigt är det i princip omöjligt för enskilda aktieägare att väcka en derivativ talan. För att ansvar skall kunna aktualiseras krävs att skadan tillfogats bolaget uppsåtligt eller av oaktsamhet genom överträdelse av bestämmelser i ABL, årsredovisningslagen (ÅRL) och bolagsledningen, vars syfte är att skydda enskilda aktieägare. Det är dock svårt att bestämma vilka regler som har detta syfte. Generalklausulen i 8:41 ABL kan i detta fall aktualiseras.<sup>60</sup>

Av ABL 29:7 framgår att huruvida en derivativ talan skall väckas är en fråga för bolagsstämman att besluta. Att detta tagits upp på bolagsstämman utgör en processförutsättning för att talan skall få initieras. En stämningsansökan skall således avvisas om denna förutsättning inte är uppfylld.<sup>61</sup> Till följd av detta kan det vara av intresse för aktieägare att frågan blir snabbt behandlad på bolagsstämman. Vidare kan en minoritet enligt ABL 7:13 kräva att en extra stämma hålls och därvid enligt ABL 9:11, begära att stämman behandlar frågan om skadeståndstalan. För att en derivativ talan skall kunna väckas räcker det att aktieägare med minst tio procent av aktierna biträder ett förslag om att väcka en sådan talan eller vad gäller talan mot styrelseledamöter och VD att tio procent motsätter sig att ansvarsfrihet beviljas<sup>62</sup> (se följande avsnitt). Sålunda har en aktieägarminoritet möjlighet att väcka en skadeståndstalan mot exempelvis styrelseledamöter eller en majoritetsaktieägare som enligt deras mening har skadat bolaget.<sup>63</sup>

När det gäller aktieägares möjligheter att föra skadeståndstalan mot bolaget avseende medelbar skada anses aktieägarnas anspråk vara subsidiärt, dvs. anspråken är tillgodosedda om bolaget gör gällande ersättningsanspråk mot den som orsakat skadan. Aktieägaren kan på bolagsstämman föreslå att bolaget skall föra skadeståndstalan. Om bolaget ändock inte

---

<sup>60</sup> Dotevall (2005) s. 181 ff.

<sup>61</sup> NJA 1990 s. 286.

<sup>62</sup> SOU 1971:15 s. 357, prop. 1975:103 s. 545 och prop. 1997/98:99 s. 195.

<sup>63</sup> Andersson, Johansson, Skog, s. 29:24 f.

beslutar om det återstår möjligheten i 29:7 ABL.<sup>64</sup> En skadeståndstalan kan dock inte väckas om inte frågan behandlats i bolagsstämman först.

Att ansvaret koncentreras hos bolagsledningen behöver inte betyda att ansvaret för styrelseledamöter och VD borde bedömas särskilt strängt. Man bör visserligen dels framhäva deras ledande position med de uppgifter och skyldigheter samt den omsorg som tillkommer därmed, dels bör man beakta att bolagsverksamheten ofta förutsätter ett ekonomiskt risktagande. Om bolagsledningen gavs ett strängt ansvar skulle det kunna föranleda en passivitet och överdriven försiktighet med skadliga följder för bolaget. Istället borde *skälighet* eftersträvas samt en rimlig *avvägning* mellan å ena sidan den skadelidandes skäliga krav på ersättning, å andra sidan den skadeorsakandes anspråk på skydd mot överdrivna ersättningskrav.<sup>65</sup>

Skadeståndsinstitutet betraktas vidare som ett subsidiärt rättsskydd för aktieägarna eftersom de har tillgång till andra åtgärder för att tillvarata sina intressen. Aktieägarna kan bland annat genom att utnyttja sin rösträtt i bolagsstämman och sin rätt att klandra bolagsstämmebeslut tillgodose sina intressen. Tillgången till andra åtgärder utesluter visserligen inte skadeståndstalan men man anser att de andra åtgärderna skall ha utdömts först och att skadeståndsfunktionen således blir ett sekundärt rättsskydd.<sup>66</sup>

### 3.3.1 Ansvarsfrihet

Reglerna om skadestånd är av stor betydelse för minoriteten som ett led mot majoritetens maktmissbruk. Minoriteten har därför rätt att dels stoppa beslut om ansvarsfrihet, dels väcka skadeståndstalan.<sup>67</sup> Om skadeståndsanspråket riktar sig mot en styrelseledamot eller VD får reglerna om ansvarsfrihet betydelse. Om ansvarsfrihet har beviljats av bolagsstämman så kan i princip en skadeståndstalan inte väckas, varken av bolaget självt eller av en aktieägarminoritet. Frågan om ansvarsfrihet för styrelseledamot och VD beslutas vid den ordinarie bolagsstämman<sup>68</sup>. Orsaken till detta är att det har ansetts vara av vikt att det snabbt står klart huruvida bolagsledningen skall ställas till ansvars för sin förvaltning, detta för att samarbetet i bolaget skall fungera. Ett beslut om ansvarsfrihet kan förhindras av en aktieägarminoritet. Om

---

<sup>64</sup> Dotevall (2005) s. 186, Bergström & Samuelsson (2001) s. 131.

<sup>65</sup> Taxell, Lars Erik, Bolagsledningens ansvar, Meddelande från stiftelsens för Åbo akademi forskningsinstitut, Åbo 1983, s. 13 f.

<sup>66</sup> Dotevall (1989) s. 485.

<sup>67</sup> Prop. 1975:103, s. 545, Karnov, kommentar till ABL.

<sup>68</sup> ABL 7:11 § 1 st p 3.

aktieägare med minst en tiondel av samtliga aktier röstar emot ett förslag om ansvarsfrihet, får sålunda en skadeståndstalan initieras även om övriga aktieägare röstade för beviljande av ansvarsfrihet.<sup>69</sup> Om ansvarsfrihet beviljas för en styrelseledamot omfattar det all verksamhet som ingår i dennes uppdrag för bolaget.<sup>70</sup>

Bolagsledningen beviljas inte ansvarsfrihet som kollektivt organ utan beslutet avser varje person för sig.<sup>71</sup> Beslutet rör ju inte styrelsen som helhet utan avser styrelseledamöterna och verkställande direktören. Att ansvarsfrihet i princip beviljas individuellt följer av att ansvarsreglerna i 29 kap ABL är av individuell karaktär. Innebörden av detta är att vissa styrelsemedlemmar kan hållas ansvariga för en viss skada som drabbat bolaget medan andra undgår ansvar. Således finns det inga hinder mot att bolagsstämman beviljar vissa styrelseledamöter och VD ansvarsfrihet men inte andra. Det finns vidare en möjlighet för bolagsstämman att fatta ett individuellt beslut att vägra ansvarsfrihet för enskilda styrelseledamöter och bevilja resterande kollektiv ansvarsfrihet. Detta kan exempelvis ske vid ansvarsfördelning inom styrelsen eller om det finns olika grupperingar i styrelsen. Detta kan även ha betydelse i bolag vars styrelse innehåller arbetstagarrepresentation.<sup>72</sup>

Ett beslut i ansvarsfrihetsfrågan utgör ett tvingande moment vid årsstämma, vilket innebär att bolagsstämman har skyldighet att behandla frågan samt att styrelseledamöterna och verkställande direktören torde ha en motsvarande rätt att få frågan behandlad. Denna rätt förefaller dock vara osanktionerad på så sätt att om bolagsstämman vägrar att ta upp frågan torde styrelseledamöterna i princip sakna möjlighet att framtvinga en behandling.<sup>73</sup>

### **3.3.2 Konsekvenser av bolagsledningens pliktförsummelse**

Som ovan beskrivits kan således om bolagsledningen skadar bolag, dess verkställande direktör och styrelsens ledamöter förpliktigas att ersätta bolaget genom skadestånd. I de fall bolagsledningen agerar uppsåtligt är ansvarsfrågan uppenbar medan läget oftast är oklart i de fall skadan uppstår på grund av oaktsamhet. Oaktsamheten måste bedömas utifrån vissa normer, vilka inte alltid är helt fasta i konturerna. Bedömningen av uppsåt och oaktsamhet samt kravet på orsakssamband följer dock som utgångspunkt allmänna skadeståndsrättsliga principer. Styrelseledamöter och verkställande direktören måste för det första uppfylla sina

---

<sup>69</sup> Andersson, Johansson, Skog, s. 29:25.

<sup>70</sup> NJA 1933 s. 476.

<sup>71</sup> SOU 1971:15 s. 396.

<sup>72</sup> Svernlöv, s. 170 ff.

<sup>73</sup> A.a. s. 172.

plikter mot bolaget, vilka kan betecknas som handlingsregler.<sup>74</sup> Om dessa plikter inte iakttas presumeras i allmänhet oaktsamt handlande. Direkta överträdelser av bestämmelser i ABL, bolagsordningen eller ej iakttagande av direktiv från överordnade bolag innebär alltså en ansvarsgrundande pliktförsummelse.<sup>75</sup>

Vidare föreligger även en skyldighet för bolagsledningen att gentemot bolaget iakttä den omsorg och lojalitet som krävs av en syssloman i allmänhet, vid fullgörande av sitt uppdrag. Bolagsledningens sysslomannaställning skall dock enligt Dotevall inte överdrivas. En viktig skillnad från sysslomannafunktionen är att ledningen i ett bolag som bedriver affärsverksamhet måste ta risker, en av ledningens primära plikter är ju att driva en mer eller mindre spekulativ affärsverksamhet för att uppnå vinst. Inom affärsvärlden kan ett stort risktagande i affärsverksamheten accepteras. Man måste dock noggrant uppskatta riskerna för att försöka minimera dem.<sup>76</sup> Det finns sålunda ett stort utrymme för bolagsledningen att fatta beslut rörande bolagets affärsverksamhet. Detta förhållande liknar den amerikanska *the business judgement rule*.<sup>77</sup> Det finns dock en yttersta gräns för risktagandet. Det finns exempelvis vissa affärstransaktioner som kan bedömas vara alltför spekulativa och således anses vara culpösa. Man kan t.ex. inte försvara en bolagsledning som slösar bolagets förmögenhet på en mycket riskfylld verksamhet. Bolagsledningen får med andra ord inte satsa allt på ett kort.<sup>78</sup> Ledningen måste således följa en slags aktsamhetsnorm eftersom ett otillbörligt risktagande i affärsverksamheten kan på grund av bristande aktsamhet grunda ett skadeståndsansvar. Problemet är att det blir svårt att påvisa detta när någon direkt överträdelse av aktiebolagslagen, bolagsordningen eller givna direktiv inte är för handen. Det är många faktorer som kan påverka bedömningen huruvida åtgärden skall anses oförsvarlig. Bedömningen bör dock innefatta en analys av den bakomliggande affärsstrategin vid tidpunkten för det ansvarsgrundande beslutet. En annan faktor som bör iakttas är bolagets ekonomiska ställning då åtgärden vidtogs.<sup>79</sup> Aktieägarna måste dessutom ta hänsyn till det möjliga ekonomiska utfallet av en skadeståndsprocess. Fastän bolagsledningen skadat bolaget kan en eventuell process vara mer kostsam för bolaget än vad det utdömda skadeståndet skulle kunna tillföra bolaget.<sup>80</sup> Dessutom kan effekterna av ett i och för sig otillbörligt

---

<sup>74</sup> Dotevall (1989) s. 72, 75

<sup>75</sup> A.a. s. 72 samt Bergström & Samuelsson (2001), s. 195.

<sup>76</sup> Dotevall (2005), s. 85 ff.

<sup>77</sup> A.a. s. 77

<sup>78</sup> A.a. s. 87.

<sup>79</sup> Jfr Dotevall (1989) s. 548.

<sup>80</sup> Bergström & Samuelsson (1997) s. 196 f.

risktagande inte visa sig förrän på mycket lång sikt, vilket är ytterligare en osäkerhet. Det gäller sålunda att väga fördelarna med att erhålla ett skadestånd med de nackdelar i form av tid och kostnader som en process kan komma att medföra för att utröna om det i slutändan är mer fördelaktigt att driva en process.

### 3.3.3 Syftet bakom det aktiebolagsrättsliga skadeståndsansvaret

Bestämmelserna om den derivativa talan går att finna bland aktiebolagslagens skadeståndsbestämmelser i 29 kap. Till följd av detta samt det faktum att den derivativa talan är så outvecklad Sverige måste man för att utröna syftet med talan, ta en titt på ändamålet med 29 kapitlets skadeståndsregler överlag, som sålunda inkluderar den derivativa talan.

Skadeståndsreglerna i ABL 29 kap utgör en specialreglering av ren förmögenhetsskada. Dessa regler ålägger bolagsledningen ett mer långtgående skadeståndsansvar än skadeståndslagens bestämmelser och allmänna skadeståndsrättsliga principer. För att utröna vilken funktion dessa skadeståndsregler spelar och vilket ändamål de har krävs ett något vidare perspektiv, för att sätta in reglerna i sin samhällsliga kontext.<sup>81</sup>

Meningen med lagstiftning är i allmänhet enligt Ekelöf att påverka människors beteende i samhällslivet. Det är anledningen till att lagstadganden normalt utformas som handlingsregler för medborgarna. Vid handlande i strid med dessa rättsregler inträder påföljder eller *sanktioner*. Man kan indela sanktionerna i *reparativa* och *preventiva*. Medan reparativa sanktioner kommer den förorättade till godo går preventiva sanktioner ut på att förhindra rättstridiga handlingar.<sup>82</sup> Om man tillämpar detta på skadeståndsreglerna innebär det dels att skadelidande skall få ersättning, dels att man överhuvudtaget skall undvika att skada andra och deras egendom. Enligt Ekelöf fungerar skadeståndstvånget som en reparativ sanktion, vilken gagnar tryggheten i samhället både genom att ersätta skadelidande och genom att prevenera mot skadegörande handlingar.<sup>83</sup> De rättsnormer som huvudsakligen reglerar det aktiebolagsrättsliga skadeståndsansvaret skall således ses mot bakgrund av detta. I kap 29 i ABL återfinns huvudsakligen dessa rättsnormer. Aktiebolagslagen skadeståndsregler utgör följaktligen en del av det aktiebolagsrättsliga sanktionssystemet.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Svernlöv, s. 108.

<sup>82</sup> Ekelöf, Rättegång, Första häftet, Upplaga 8, Norstedts Juridik, Stockholm 2002, s. 7 och 12.

<sup>83</sup> A.a. s. 13.

<sup>84</sup> Svernlöv, s. 109.

På grundval av ovanstående resonemang har skadeståndsreglerna således både en preventiv och en reparativ funktion. Ändamålet med de aktiebolagsrättsliga sanktionsreglerna kan sägas vara att verka prevenerande på rättsstridiga handlingar samt att ersätta eventuella skadelidande.<sup>85</sup> För att pröva om detta stämmer krävs en genomgång av de ändamålsbestämningar som varit aktuella i förarbetena till ABL. I förarbetena till 1975 års ABL uttalas att det finns vissa speciella förhållanden inom aktiebolagsrätten som medför att särskilda skadeståndsansvarsregler behövs för överträdelser av regler i ABL som har till syfte att skydda tredje man.<sup>86</sup> Sålunda kan detta uttalande sägas innebära att ett av ändamålen med ansvarsreglerna är att *kompensera* tredje man för skador som drabbat honom genom bolagsledningens överträdelse av ABL.<sup>87</sup> Även förarbetena till 1999 års ABL innehåller vissa uttalanden som har betydelse för skadeståndsreglerna;

*”För ett fungerande näringsliv är det väsentligt att det finns verksamma incitament för företagsledningarna att fullgöra sina skyldigheter. Det är därför önskvärt att lagstiftningen tillhandahåller tydliga regler som på ett effektivt sätt ger möjlighet att utkräva ansvar av försumliga företagsledningar. Också behovet att upprätthålla allmänhetens förtroende för näringslivet talar i den riktningen.”*<sup>88</sup>

Detta uttalande innebär att aktiebolagslagens skadeståndsregler tillskrivits såväl en handlingsdirigerande som en reparativ funktion. Skyldigheten att kompensera bolaget och tredje man för överträdelser av ABL och bolagsordningen leder vidare till, i vart fall teoretiskt, att bolagets företrädare försöker att undvika sådana överträdelser.<sup>89</sup>

Skadeståndsreglerna kan ur ett agent-principal perspektiv sägas ytterst handla om att påverka bolagsledningen att agera på ett sätt som är förenligt med bolagets, aktieägarnas och andra intressenters intresse. I ett bredare perspektiv kan man anse att prevention och reparation av skadevällande handlingar i bolaget främjar och underlättar näringsverksamhet inom aktiebolagsformen. Det kan vidare även innebära ett betydande skydd för bolagets (minoritets)aktieägare och borgenärer.<sup>90</sup>

---

<sup>85</sup> Svernlöv, s. 110.

<sup>86</sup> SOU 1971:15 s. 351.

<sup>87</sup> Svernlöv, s. 110 f.

<sup>88</sup> Prop. 1997/98:99 s. 195.

<sup>89</sup> Svernlöv, s. 112.

<sup>90</sup> A.st.

Sammanfattningsvis kan aktiebolagslagens skadeståndsregler anses ha det övergripande ändamålet att förmå aktiebolagets företrädare att handla på sådant sätt som inte skadar bolaget eller andra samt att ersätta den skada som i annat fall uppkommer.

### 3.4 Rättsutveckling och uppfattning rörande rättsläget i doktrin

En viktig del av minoritetsskyddet inom aktiebolagsrätten är knutet till en minoritet av viss minsta storlek. Många bestämmelser är utformade på sådant sätt att de endast kan åberopas av en minoritet som innehar en viss minsta andel av bolagets samtliga aktier. Detta är fallet vid en derivativ talan.<sup>91</sup> En minoritet bestående av minst tio procent av samtliga aktier måste stödja ett förslag i bolagsstämman om att inleda en skadeståndstalan i bolagets namn mot bolagsledningen<sup>92</sup>. I stora svenska publika bolag kan en tiondel av aktiekapitalet uppgå till väldigt stora belopp. Det kan dessutom i spritt ägda bolag vara svårt att uppnå tio procent av aktiekapitalet. En vanlig uppfattning är således att det är svårt att samla en minoritet som representerar tio procent av samtliga aktier i ett börsbolag. Det har därför föreslagits att tioprocentgränsen skall sänkas, vilket skulle medföra att minoritetsskyddet förstärks.<sup>93</sup> I betänkandet till 1944 års aktiebolagslag uttalades bl. a. följande:

*”Vissa aktiebolagsrättsliga regler, som lända till skydd för bolaget, måste nämligen anses äga en sådan betydelse för enskilda aktieägare eller borgenärer, att dessa bör kunna föra talan om ersättning för den medelbara (indirekta) skadan, som genom överträdelse av reglerna tillskyndas dem”*<sup>94</sup>

Vilka rättsregler som har sådan karaktär borde enligt betänkandet överlämnas till rättstillämpningen och rättsvetenskapen. Betänkandet öppnar således en möjlighet för enskilda aktieägare att föra skadeståndstalan mot bolagsledningen för medelbar skada.<sup>95</sup> Detta förstärkta minoritetsskydd är dock inte helt oproblemiskt. Det kan leda till att det blir lättare för vissa aktieägare att använda lagens minoritetsrättigheter i obstruerande syfte. Ett förstärkt minoritetsskydd kan vidare föranleda ett underminerande av bolagets möjligheter att få en bolagsledning som är handlingskraftig. Det blir även lättare för vissa minoritetsgrupperingar att missbruka sin makt på såväl majoritetens som andra minoritetsaktieägares bekostnad.<sup>96</sup>

---

<sup>91</sup> Bergström & Samuelsson (2001) s. 177.

<sup>92</sup> ABL 29:7 §.

<sup>93</sup> Bergström & Samuelsson (2001) s. 177.

<sup>94</sup> SOU 1941:9, s. 641.

<sup>95</sup> A.st. jfr även Nial & Johansson, s. 370.

<sup>96</sup> Bergström & Samuelsson (2001) s. 177.



Enligt lagberedningens mening kan det medföra stora lagtekniska svårigheter om man skulle införa en regel som kräver en lägre kapitalandel i stora bolag. Aktiebolagskommittén anser att det skulle bli problematiskt om enskilda aktieägare skulle ges en rättighet att föra derivativ talan eftersom bolagsledningen då riskerar att drabbas av svagt grundade ersättningsanspråk. Vidare skulle många aktieägare driva en process i syfte att nå ekonomisk vinning eller för att skandalisera bolaget.<sup>97</sup>

Förarbetena till 1975 års aktiebolagslag förändrar inte rättsläget utan det hänvisas helt enkelt till 1944 års lags förarbeten. Det uttalas att aktieägare har rätt till ersättning för medelbar skada.<sup>98</sup> I förarbetena till den senaste aktiebolagslagen<sup>99</sup> har dock frågan behandlats och det har uttalats vilka bestämmelser som skall kunna komma att grunda en rätt till skadestånd.<sup>100</sup> I de situationer bolaget drabbas av direkt skada och därigenom skadar alla aktieägare lika bör skadan betraktas som någonting som är förknippat med aktieägarens deltagande i bolagsverksamheten och som han därför får finna sig i. Det anses därför inte finnas någon anledning att ändra i gällande rätt, det vill säga ge enskilda aktieägare möjlighet att väcka en derivativ talan.<sup>101</sup> Enligt Nial innebär varje skada som tillfogats bolaget indirekt en skada även för aktieägarna. Således skulle en skadeståndsrätt för enskilda aktieägare strida mot aktiebolagslagens system och syfte.

*”ABL ... reglerar organmedlemmars ansvar för skada som de tillfogar bolaget och ger en minoritet rätt att för [bolagets] räkning föra skadeståndstalan. Med hänsyn till att möjligheten att under lång tid väcka sådan talan skulle kunna allvarligt störa [bolagets] verksamhet fastställs relativt korta preskriptionstider för skadeståndstalan. ... Inte minst skulle preskriptionsreglerna, som endast avser talan för [bolagets] räkning, förlora det mesta av sin mening. ”Dessutom skulle komplicerade problem uppstå om talan fördes av både [bolaget självt], minoriteten för [bolagets] räkning och enskilda [aktieägare] var för sig”.*<sup>102</sup>

Detta innebär att aktieägares rätt att föra talan om medelbar skada endast är möjlig då skadan som bolaget drabbats av reellt riktar sig mot någon eller några aktieägare. Exempel på detta är om generalklausulen eller likhetsprincipen överträtts på grund av att bolaget ingått avtal med en aktieägare vilket medför att denne på bekostnad av de övriga aktieägarna, gynnas på ett

---

<sup>97</sup> SOU 1995:44.

<sup>98</sup> SOU 1971:15, s. 353.

<sup>99</sup> SOU 1995:44.

<sup>100</sup> Prop. 1997/98:99 s. 195.

<sup>101</sup> A.bet. s. 190.

<sup>102</sup> Nial & Johansson, s. 370 f.

oskäligt sätt.<sup>103</sup> I jämförelse med Nials ståndpunkt kan i proposition 1997/98:99 en viss glidning i formuleringen skönjas. I propositionen uttrycks att enskild aktieägare kan kräva skadeståndsansvar ”endast” i de fall en överträdelse av generalklausulen och likhetsprincipen har skett medan Nial nämner de ovan nämnda reglerna som exempel.<sup>104</sup> Nials argument och lösning återges dock i Aktiebolagskommittén.<sup>105</sup> Även Dotevall är av samma åsikt.<sup>106</sup> Denna princip har i princip accepterats i övrig relevant rättsvetenskaplig litteratur, och synbarligen även av lagstiftaren. Den gängse uppfattningen i doktrin kan med andra ord sägas vara att en aktieägars möjligheter att få ersättning för medelbar skada är mycket begränsade.<sup>107</sup>

Jan Andersson är dock starkt kritisk till denna ståndpunkt och anser att aktieägare med mindre än tio procent bör ha rätt till skadestånd för medelbar skada vid ett flertal olika typer av överträdelser av ABL eller bolagsordningen.<sup>108</sup> Andersson menar att det knappast är uppenbart att en allmän skadeståndsrätt för aktieägare skulle strida mot ABL:s system och syfte. I förarbetena till 1944 års ABL förutsattes ju en sådan skadeståndsrätt och denna utgångspunkt har inte ändrats sedan dess. Vidare anser Andersson att det svagaste argumentet är det av lagstiftaren ”skylla sig själv principen”. Att bolagsledningen försummar sina plikter gentemot bolaget t.ex. genom att åsidosätta det i bolagsordningen givna verksamhetsföremålet eller uppsåtligt åsidosätta vårdplikten genom huvudlösa placeringar inte har med aktieägars normala risktagande att göra. Således skall inte aktieägare behöva finna sig i detta.<sup>109</sup>

En annan författare som inte är helt främmande för att tillerkänna enskilda aktieägare en sådan rätt är Taxell. Han anser nämligen att det inte är omöjligt att ge enskilda aktieägare en rätt att föra en derivativ talan, men han menar att det finns omständigheter som manar till försiktighet. Han framhåller att alla regler i ABL kan anses vara avsedda att skydda aktieägarna och betraktar frånvaron av en avgränsning i 29:1 som ett problem. Taxell begränsar dock rätten för enskilda aktieägare att föra talan till fall ”när ett påtagligt rättsbehov är för handen”. Det är dock omöjligt att ange de situationer i vilka det föreligger sådana särskilda skäl men exempel på det är vid överträdelser av generalklausulen, likhetsprincipen och verksamhetsföremålet.<sup>110</sup> Vidare framhåller Taxell att ”ett ersättningskrav från enskild

---

<sup>103</sup> Nial & Johansson, s. 371.

<sup>104</sup> Prop. 1997/98:99 s. 189.

<sup>105</sup> SOU 1995:44 s. 248.

<sup>106</sup> Dotevall (2005) s. 183 f.

<sup>107</sup> Svernlöv, s. 157 f.

<sup>108</sup> Andersson i NTS 1999:3 s. 81.

<sup>109</sup> A.a. s. 87 f.

<sup>110</sup> Taxell, s. 62.

aktieägares sida är särskilt angeläget i sådana situationer då ersättning inte krävs på bolagets vägnar, den enskilda aktieägaren bör så långt som möjligt ges skydd mot rättstridiga åtgärder som kränker hans ekonomiska intresse i bolaget”.<sup>111</sup>

Sammantaget kan rättsläget före den 1 januari 1999 beskrivas som osäkert beträffande bolagsledningens ansvar mot enskilda aktieägare för medelbara skador. Den sannolikt rådande meningen företräddes av Nial. Dock kunde Nials ståndpunkt med utgångspunkt i förarbetena till 1944 års lag starkt ifrågasättas. Detta eftersom det i 1944 års ABL inte förutsattes att någon begränsning av bolagsledningens ansvar till situationer där den omedelbara skada som tillfogas bolaget reellt (och indirekt) riktades sig mot viss eller vissa bolagsmedlemmar såsom i fall då likhetsprincipen eller generalklausulen åsidosatts. Således öppnades det i förarbetena till 1944 års ABL upp en möjlighet för enskilda aktieägare att väcka skadeståndstalan för medelbar skada. Detsamma gällde i 1975 års ABL.<sup>112</sup>

Rättsläget efter den 1 januari 1999 efter uttalanden i proposition 1997/98:99 och SOU 1995:44 skulle kunna sägas vara klart. I förarbetena har man accepterat Nials lösning och därmed skulle man kunna utgå från att det är det som gäller. I de senaste förarbetena uttalas bestämt att det inte skulle var möjligt för en enskild aktieägare att väcka en derivativ talan. Att ge varje enskild aktieägare, oavsett aktieinnehav, en rätt att få till stånd en sådan talan skulle vara att gå för långt enligt regeringens bedömning<sup>113</sup>. Till de få författare som i doktrin håller med de tidigare förarbetena och alltså vill se en möjlighet för enskilda aktieägare att föra en derivativ talan är Rolf Dotevall och Jan Andersson. Nedan följer några argument till en sådan talan.

### **3.4.1 Argument för aktieägares rätt till skadestånd för medelbar skada**

Andersson argumenterar för en möjlighet för aktieägare med mindre än tio procent att kräva skadestånd för medelbar skada vid ett flertal olika typer av överträdelser av ABL eller bolagsordningen. Andersson framhåller olika argument och ett utav dem är allmänhetens förtroende för aktiemarknaden. Enskilda investerare med små aktieinnehav skall kunna utgå ifrån att bolagsledningen iakttar de spelregler som följer av ABL och bolagsordningen. Risken finns att investerare väljer att satsa sina pengar på annat håll om de har anledning att misstro

---

<sup>111</sup> Taxell, s. 62.

<sup>112</sup> Andersson i NTS 1999:3 s. 86 f.

<sup>113</sup> Prop. 1997/98:99 s. 195.

aktiemarknaden. För att aktiemarknaden skall bibehålla allmänhetens förtroende bör lagstiftningen därför tillhandahålla ett individuellt skydd för enskilda aktieägare.<sup>114</sup>

Det enda skydd som finns mot felaktiga beslut och åtgärder fattade och företagna av bolagsledningen är skadeståndsrätten. Rätt till skadestånd för medelbar skada bör finnas för den enskilde aktieägaren med hänsyn till att majoritetsmissbruk kan förekomma utan att en minoritetsaktieägare kan ingripa. Denna rätt bör dessutom finnas ur preventionssynpunkt, vilken innebär att ABL:s regler bör motverka culpösa handlingar av bolagsledningen. Om den skadelidandes rätt till skadestånd inskränks eller helt tas bort så begränsas alternativt omintetgör den preventiva funktionen.<sup>115</sup>

En rätt för enskilda aktieägare till skadestånd för medelbar skada bör grundas på överträdelser av normer i ABL och bolagsordningen som ger uttryck för lojalitetsplikten. Enligt Andersson är de normer som ger uttryck för lojalitetsplikten; generalklausulen, likhetsprincipen, principerna om att styrelsen eller VD inte får fatta beslut eller företa rättshandlingar som är uppenbart främmande för syftet med verksamheten eller verksamhetsföremålet samt principen om att bolagsledningen inte får företa åtgärder som uppenbart är i strid med bolagets intresse samt jävsreglerna. Vidare anser han att man bör upprätta en allmän aktiebolagsrättslig princip som innebär att bolagsledningen skall vara lojal mot bolaget och inte främja egna eller främmande intressen och överträdelse av denna princip är skadeståndsgrundande gentemot enskilda aktieägare. För rätt till skadestånd spelar det ingen roll huruvida skadan enbart drabbat bara vissa aktieägare eller alla lika.<sup>116</sup>

Enligt Anderssons mening bör aktieägares rätt till skadestånd för medelbar skada vara subsidiär till bolagets rätt. Aktieägare med ett innehav av mindre än tio procent bör således ha rätt att kräva skadestånd för medelbar skada om inte bolaget eller en minoritet om mer än tio procent för en talan om skadestånd till bolaget. Han anser följaktligen att en minoritet om mindre än tio procent bör ha rätt till skadestånd för medelbar skada vid andra överträdelser av ABL eller bolagsordningen än vid åsidosättande av generalklausulen och likhetsprincipen.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Andersson i NTS 1999:3 s. 89 f.

<sup>115</sup> A.a. s. 90.

<sup>116</sup> A.a. s. 96 f.

<sup>117</sup> A.a. s. 98 f.

### 3.5 Talans väckande

Aktieägare som innehar minst tio procent av aktierna i ett bolag har rätt att väcka skadeståndstalan i bolagets namn, derivativ talan mot ledamot av bolagsledningen<sup>118</sup>. Det finns i övrigt inga möjligheter för enskild aktieägare eller annan tredje man att väcka skadeståndstalan. Den största anledningen till att man är negativt inställd till enskild aktieägares rätt att väcka talan är att det vid stora bolag med många ägare finns risk för missbruk. Derivativ talan får väckas om aktieägare till minst tio procent av aktierna vid bolagsstämman antingen biträtt ett förslag om att väcka skadeståndstalan eller motsatt sig ett beslut om ansvarsfrihet för styrelseledamot eller VD. I skadeståndsmålen är detta en processförutsättning och det innebär att en talan skall avvisas om denna förutsättning inte är uppfylld<sup>119</sup>. Aktieägarnas rätt att föra talan konsumeras av bolaget om den väljer att själv föra talan.<sup>120</sup> Endast när dessa två möjligheter är uttömda kan det bli tal om enskild aktieägares rätt att väcka skadeståndstalan. Enligt Dotevall bör dock denna möjlighet vara begränsad till överträdelse av generalklausulen och likhetsprincipen.<sup>121</sup>

Hur många aktieägare som står bakom en derivativ talan är endast av vikt vid röstningen, hur många och vilka aktieägare som faktiskt för talan saknar betydelse. Även om talan förs av en minoritet eller möjligtvis en enskild aktieägare, rör det sig fortfarande om en talan i bolagets namn.<sup>122</sup>

### 3.6 Skadeståndet och rättegångskostnader

När aktieägare väcker talan i bolagets namn tillfaller det utdömda skadeståndet bolaget. Aktierna i bolaget stiger då i värde vilket innebär att aktieägarna gynnas indirekt av ersättningen. De aktieägare som väckt den derivativa talan bär ansvaret för rättegångskostnaderna<sup>123</sup>. Det anses att en derivativ talan bör betalas av dem som valt att föra talan eftersom det i egentlig mening inte är hela bolagets beslut. Däremot leder en vunnen dom till att hela vinsten tillfaller bolaget med avdrag för rättegångskostnader.<sup>124</sup> Således får aktieägarna stå för sina egna kostnader vid en process och dessa kan tendera att bli mycket

---

<sup>118</sup> ABL 29:7 §.

<sup>119</sup> NJA 1990 s. 286.

<sup>120</sup> ABL 29:7 §.

<sup>121</sup> Dotevall (2005) s. 186.

<sup>122</sup> Ström, Anna, Bolagsledningens skadeståndsansvar gentemot enskilda aktieägare vid indirekt skada, Juridisk Tidskrift 2001-02, s. 582.

<sup>123</sup> ABL 29:9 § 2 st.

<sup>124</sup> Ström, JT 2001-02, s. 597.

höga. Även vid en vinnande dom finns risk för att motparten saknar betalningsförmåga, dels vad gäller rättegångskostnaderna, dels vad gäller det skadestånd som talan rör. Om aktieägarna förlorar målet måste de betala både sina egna och motpartens rättegångskostnader.

## 4 Amerikansk rätt

### 4.1 Översikt över viktig reglering på området

Den derivativa talan i USA är föremål för såväl delstatlig som federal lagstiftning. Trots att regleringen av derivativ talan varierar från stat till stat, kan vissa generella regler identifieras. Vi har i denna uppsats valt att fokusera oss på dessa. För att kunna göra detta måste vi ägna bolagsrätten i delstaten Delaware, såväl reglerna som föreslagits av American Law Institute, ALI's Principles of Corporate Governance: Analysis and recommendations (hädanefter benämnd ALI Principles) och the Model Business Corporation Act (MBCA) särskild uppmärksamhet.

Som tidigare behandlats så betraktas delstaten Delaware som det amerikanska bolagscentret och dess aktiebolagslag har intagit en ledande roll i amerikansk bolagsrätt då den inte pålägger ledamöterna av bolagsledningen lika många plikter som de övriga delstaternas lagar. I USA är det vanligt att skadeståndsanspråk riktas mot ledamöterna av bolagsledningen och de flesta skadeståndsanspråk kommer från bolagets aktieägare. I anledning av detta har mycket möda lagts ner på att utarbeta riktlinjer för ledamöterna i bolagsledningen. Det arbete som bedrivs av ALI är i detta hänseende värt att beakta. Institutet bedriver reformarbeten och utfärdar rekommendationer på bolagsrättens område som har stort inflytande på det praktiska rättslivet. Rekommendationer utgör sammanställningar och en översikt över de gällande rättsnormerna i de olika delstaterna, varvid vissa tillmäts mer betydelse än andra.<sup>125</sup> ALI har upprättat *Principles of Corporate Governance*, ett kompendium som innehåller den mest relevanta rättspraxis och rättslig teori, som organiserar det systematiskt och föreslår lösningar till de viktigaste bolagsrättsliga frågorna.

Trots att det federala regelverket på bolagsrättens område är minimalt har USA ändå en i högsta grad fungerande inre marknad. Delstaternas lagstiftning har på frivillig väg harmoniserats, med utgångspunkt i två paragrafsamlingar: dels den ovannämnda Delawares bolagsrätt, dels MBCA – en slags modellag som utarbetats av juristorganisationen American

---

<sup>125</sup> Dotevall (2005) s. 21 och 71.

Bar Association (ABA) och till vilken de flesta delstater anpassar sin bolagsrätt. MBCA uppdateras ständigt och tillhandahåller riktlinjer för utvecklingen av bolagsrätten.<sup>126</sup>

## 4.2 Bolagsledningens plikter gentemot bolaget

### 4.2.1 Fiduciary duties

*Director* och *officer* intar i amerikansk rätt en ställning i förhållande till bolaget som starkt påminner om en *trustee* som är en form av sysslomannaskap.<sup>127</sup> När en person utövar makt som påverkar en annan persons förmögenhet, kan det hända att intresset hos dessa båda personer går i konflikt.(se avsnitt 7.2) I olika rättsliga system har problemet lösts genom att förpliktiga directors att handla med aktsamhet och undvika intressekonflikter. Som en konsekvens av detta har man i det amerikanska systemet utarbetat de s.k. *fiduciary duties*, dvs. en uppsättning kontraktsklausuler som etablerar directors skyldighet att handla i aktieägarnas intressen. Fiduciary duties inbegriper *the duty of loyalty*, som dikterar att aktieägarnas intressen är primära i jämförelse med bolagsledningens intressen, och *the duty of care* som kräver att director handlar med aktsamhet vid förvaltning av bolaget.<sup>128</sup> Om en ledamot av bolagsledningen försummar sina fiduciary duties gentemot bolaget och därmed orsakar bolaget en omedelbar skada kan en enskild aktieägare i bolagets namn föra en skadeståndstalan mot denne, dvs. en derivativ talan.<sup>129</sup> (se avsnitt 4.3)

### 4.2.2 Duty of loyalty

Lojalitetsplikten tolkas vanligen som en plikt för en ledamot av bolagsledningen att undvika intressekonflikter och tillse att alla åtgärder som företas i uppdraget är till nytta för bolaget samt att inte för personlig vinning utnyttja sin position i bolaget.<sup>130</sup>

Den amerikanska lojalitetsplikten innefattar en rad obligatoriska och förbjudna uppföranden hos styrelsen:

---

<sup>126</sup> De Nicola, Alessandro, Shareholder suits. The Roles and Motivations of Minority Shareholders and Directors in Derivative Suits, Aspatore Inc, 2006, s. 17.

<sup>127</sup> Dotevall (2005) s. 72.

<sup>128</sup> De Nicola, s. 17 f.

<sup>129</sup> Cools, Sofie, The real Difference in Corporate Law between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers, Harvard, John M. Olin Center for law, economics and business, Discussion Paper No. 490, 09/2004, Harvard Law School, Cambridge, s. 28.

<sup>130</sup> Dotevall (1989) s. 262.



a) Bland annat uppställs ett förbud mot självkontrahering, innebärande ett förbud att ingå avtal mellan bolaget och dess ledamöter som inte tidigare godkänts av majoriteten av ledamöterna eller av aktieägare som är *disinterested* och som heller inte är skäligen. Många delstater har infört regler i sina respektive bolagslagar med den innebörden.<sup>131</sup>

b) Vidare är uppenbart oskäligen (*unfair*) avtal mellan bolag som har gemensamma ledamöter i sin ledning (*interlocking directors*) inte tillåtna. Om en person ingår i ledningen för flera bolag föreligger en plikt för denne att verka för varje enskilt bolags intresse. Att inneha uppdrag i ledningen för flera bolag ger inte i sig upphov till någon lojalitetskonflikt, men skulle exempelvis bolagen driva konkurrerande verksamhet med varandra eller t.ex. vara handelspartners uppstår en påtaglig risk för att intressekonflikter skall uppstå.<sup>132</sup>

c) Lojalitetsplikten förbjuder styrelseledamöter från att personligt dra nytta av affärsmöjligheter som ligger inom bolagets verksamhetsområde, då dessa anses vara en bolagstillgång. Denna plikt går i amerikansk rätt under benämningen *corporate opportunity*<sup>133</sup> och definieras i § 5.05 (b) ALI Principles.

d) En styrelseledamot får inte driva konkurrerande verksamhet med bolaget. Det råder dock skilda meningar i de olika delstaterna när det gäller att avgöra vad som skall anses vara en pliktförsummelse. Vissa delstater tillåter konkurrerande verksamhet medan andra tillåter det endast om det görs i *good faith*. Vidare finns det delstater som strikt förbjuder det. I ALI Principles har man valt en medelväg mellan de olika uppfattningarna som finns representerade i amerikansk rätt beträffande möjligheten till konkurrerande verksamhet.<sup>134</sup> Huvudregeln i § 5.06 ALI Principles innebär att konkurrerande verksamhet är otillåten såvida inte ”*any reasonable foreseeable harm to the corporation from such competition is outweighed by the benefit that the corporation may reasonably be expected to derive from allowing the competition to take place, or there is no reasonable foreseeable harm to the corporation from such competition*”.

---

<sup>131</sup> Se t.ex. ALI Principles Vol. 1, s. 209 ff och även DGCL § 144 (a) samt MBCA § 8.31.

<sup>132</sup> Dotevall (1989) s. 346f.

<sup>133</sup> A corporate opportunity is one that ”1) the director should reasonably believe was offered to the corporation, 2) the director believes would be of interest to the corporation, or 3) is closely related to a business in which the corporation is engaged or expects to be engaged.”

<sup>134</sup> Dotevall (2005) s. 142.

e) Slutligen inkluderar lojalitetsplikten *the duty of disclosure*, vilken föreskriver en plikt för styrelseledamot att förse aktieägare och outside directors med nödvändig information för att kunna rösta, antingen i bolagsstämman eller i styrelsen.<sup>135</sup>

### 4.2.3 Duty of care

För att kunna förstå utsträckningen av denna plikt är det värt att nämna bolagslagen i delstaten Delaware till vilken många delstater anpassar sin bolagsrätt. I det systemet, där styrelsen ansvarar för utövandet av bolagets affärer, uppställs en generell plikt att handla med aktsamhet och i bolagets och aktieägarnas intresse.<sup>136</sup>

Graden av aktsamhet som krävs av ledamöterna i bolagsledningen framgår av § 4.01 (a) ALI Principles. Stadgandet anger att ledamöterna skall utföra *"the directors or officers functions in good faith, in a manner that he or she reasonably believes to be in the best interest of the corporation, and with care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position under similar circumstances."* Vid aktsamhetsbedömningen skall den objektiva måttstocken vara en *"ordinarily prudent person"* och inte en *"ordinarily prudent business man"*. Det är värt att notera då det innebär att det inte krävs några specialistkunskaper av en ledamot i bolagsledningen. Vidare innebär uttrycket *"in a like position"* att den aktsamhetsstandard som krävs, är den som visas av the ordinarily prudent person, om denne varit ledamot av ledningen i det aktuella bolaget. Aktsamhetsstandarden varierar alltså beroende på omständigheterna som bolagets storlek och om den skadebringande åtgärden varit av brådskande karaktär. Även en sådan omständighet som erfarenheten hos den enskilde ledamoten av bolagsledningen skall beaktas vid aktsamhetsbedömningen.<sup>137</sup> Domstolen gör även en skillnad på en *outside* och en *inside* directors handlande i den meningen att den senare är skyldig att rätta sig efter en högre standard av aktsamhet.<sup>138</sup>

Till skillnad från *the duty of loyalty*, ålägger domstolen generellt bevisbördan för den påstådda aktsamhetsförsummelsen på kändanden.<sup>139</sup>

---

<sup>135</sup> Se *Arnold v. Society for Bancorp Inc.*, 650 A. 2d 1270, 1277 (Del. 1994).

<sup>136</sup> Värt att nämna är att delstaten i sec. 102 (b) (7) i DGCL tillåter bolag att godkänna en föreskrift i deras stadgar som exculperar styrelseledamöter från brott mot aktsamhetsplikten. I själva verket är den möjligheten så pass brukad av bolag att lagstiftning som inte tillåter en sådan undantagsklausul är i minoritet.

<sup>137</sup> Se ALI Principles, Vol. 1, s. 138 ff.

<sup>138</sup> *Botes v. Dressler*, 251 US 524, 40, S. Ct. 247 (1920).

<sup>139</sup> Se exempelvis *Barnes v. Andrews*, 298 Fed. 614 (SDNY) 1924).

I rättspraxis värderar man aktsamheten hos en director enligt kriterium såsom *ordinary diligence*, *gross negligence* eller *recklessness*. Dock verkar det mest använda kriteriet vara det som tillämpas av the Supreme Court of Delaware, dvs. att endast utkräva ansvar vid gross negligence (grov vårdslöshet). Domstolen har uttryckt sig följande i frågan:

*”The search for cases in which directors of industrial corporation have been liable in derivative suits for negligence uncomplicated by self-dealing is a search for a very small number of needles in a very large haystack”*.<sup>140</sup>

I amerikansk rätt bedöms brott mot lojalitetsplikten betydligt strängare än brott relaterade till aktsamhetsplikten. Detta innebär att en ledamot i bolagsledningen är hårt bunden av sin lojalitetsplikt gentemot bolaget medan aktsamhetsplikten inte är särskilt sträng. Amerikansk rättspraxis visar att de allra flesta fall då skadeståndsansvar blir aktuellt är då ledamot av bolagsledningen brutit mot sin lojalitetsplikt. Däremot är det överraskande få fall där aktsamhetsplikten försummats. Detta tyder som sagt på att domstolarna endast i mycket uppenbara fall anser att ledamot av bolagsledningen brutit mot sin aktsamhetsplikt.<sup>141</sup> Det är således främst försummelse av lojalitetsplikten som kan föranleda en skadeståndsprocess av derivativ natur.

#### **4.2.4 Business judgement rule**

Om aktsamheten hos en director måste beaktas vid bestämmandet huruvida han eller hon kan bli skadeståndsansvarig, är det värt att notera att domstolen har mixat den strikta observationen av bolagsledningens aktsamhetsplikt med den s.k. *business judgement rule*. Regeln tillämpas alltså inte vid bedömningen av om ledamot av bolagsledningen försummat sin lojalitetsplikt.

The business judgement rule är en i praxis utvecklad princip på vars grund en styrelsemedlem inte kan bli stämd eller bedömas ansvarig för konsekvenserna av de val han eller hon gör i bolagets normala affärsverksamhet.<sup>142</sup> Principen anses vara väl etablerad i de allra flesta delstater.<sup>143</sup> Det skydd som regeln ger omfattar riskfyllda beslut som rör bolagets ekonomiska

---

<sup>140</sup> Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del 1984).

<sup>141</sup> ALI Principles, Vol. 1, s. 134 ff.

<sup>142</sup> De Nicola, s. 20.

<sup>143</sup> Dotevall (2005) s. 73.

förhållanden, beslut som rör entlediganden av personer samt beslut som rör strategiska mål i verksamheten.<sup>144</sup>

Regeln är en presumtion att bolagsledningen agerat i god tro och fattat ett informerat beslut i bolagets intresse. I § 4.01 § ALI Principles stadgas uttryckligen att: *”A director or officer who makes a business judgement in good faith fulfils the duty under this section if the director or officer: 1) is not interested in the subject of the business judgement; 2) is informed with respect to the subject of the business judgement to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; 3) rationally believes that the business judgement is in the interest of the corporation”*.<sup>145</sup> Fastän formuleringen och tillämpningen av regeln varierar i olika delstater<sup>146</sup> är det mest grundläggande kännetecknet för regeln, att vid värderingen av ett bolagsbeslut skall en domstol principiellt undersöka beslutsprocessen och inte utfallet eller kvaliteten hos beslutet.

Det finns dock gränser för hur långt principen sträcker sig. Det är värt att notera att den endast är tillämplig om styrelsemedlemmen agerar i god tro och saknar ett personligt intresse. Vidare omfattar principen inte försummelse av tillsynsplikt eller liknande då dessa plikter inte härrör från ett särskilt styrelsebeslut. Inte heller gäller regeln vid företagsledares åsidosättande av lag eller när beslutet strider mot bolagets syfte.<sup>147</sup>

Presumtionen om att bolagsledningen agerat i god tro och fattat ett informerat beslut går domstolen sällan emot<sup>148</sup>, utan det är den som ställer bolagsledningen till svars som måste visa att det inte handlat om en affärsmässig bedömning.

The Supreme Court of Delaware har summerat sin inställning i frågan enligt följande:

*”Courts do not measure, weigh or quantify directors’ judgements. We do not even decide if they are reasonable in this context. Due care in the decision-making process is only*

---

<sup>144</sup> Dotevall (2005) s. 74.

<sup>145</sup> Regeln överensstämmer även med den som formulerats i MBCA, se sec. 8.30.

<sup>146</sup> Det mest citerade uttrycket för regeln kommer dock från Delaware Supreme Court som förklarar regeln som *”a presumption that in making business decision the directors of a corporation acted on informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company”*. Se Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805,812 (Del. 1984), Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858,872 (Del.1985), Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244,264 (Del.2000).

<sup>147</sup> Dotevall (2005) s. 74.

<sup>148</sup> Utgångspunkten synes dock vara att grov oaktsamhet från ledningens sida bryter igenom presumtionen. Se till exempel Smith v. van Gorkom, 488 A. 2d 858 (Del.1985) där ledningen ansågs ha tagit viktiga beslut utan tillräcklig grundlighet, mot bakgrund av att ledningen godkände en fusion av bolaget efter en betänketid på två timmar. Domstolen i Delaware ansåg att bolagsledningen brutit mot sin duty of care och att agerandet inte kunde skyddas av the business judgement rule.

*procedural. Irritability is the outer limit of the business judgement rule. Irritability may be the functional equivalent of the waste test or it may tend to show that the decision is not made in good faith, which is a key ingredient of the business judgement rule.*"<sup>149</sup>

Genom tillämpningen av the business judgement rule är det erkänt att det ligger i aktieägarnas intresse att bolagsledningen, snarare än aktieägare eller domare, fattar strategiskt bolagsrättsliga beslut eftersom domare saknar erfarenhet och teknisk kunskap i sådana frågor. Vidare skulle bolagets förmögenhet reduceras om sådana beslut skulle bedömas av domstolen i efterhand <sup>150</sup> Det är endast de förhållanden som varit kända för ledamöterna av bolagsledningen vid den tidpunkt då åtgärden vidtogs som skall beaktas vid tillämpningen av regeln. Att beslutet ifråga vid tidpunkten för det rättsliga avgörandet på grundval av vad som då är känt kan anses oförnuftigt saknar då betydelse.<sup>151</sup>

The business judgement rule spelar en central roll vid en derivativ talan. Funktionen som regeln fyller i detta avseende är tvåfaldig. För det första bestämmer regeln under vilka omständigheter en director kan hållas ansvarig för sin pliktförsummelse, eller med andra ord begränsar den directors ansvar vid brott mot vissa specifika plikter. Fastän directors har fiduciary duties gentemot bolaget, behöver inte nödvändigtvis varje brott mot dessa leda till ansvar i enlighet med regeln. För det andra tillämpas också regeln vid granskning av styrelsens processbeslut (att stämma eller inte stämma) och i vissa stater även vid beslut som fattas av en *special litigation committee*.<sup>152</sup> (se avsnitt 4.4.2)

### **4.3 Derivativ talan som aktieägarnas kontrollmekanism**

En pliktförsummelse från bolagsledningens sida (brott mot lojalitetsplikten eller aktsamhetsplikten) som minskar bolagets tillgångar och därmed skadar aktieägare medelbart kan utgöra grund för en derivativ talan. Den derivativa talan är härledd från bolagets rätt att föra talan, och en aktieägare som väcker en sådan gör det således i syfte att genomdriva vissa rättigheter som bolaget har.<sup>153</sup> Den skiljer sig således från aktieägares direkta talan, (*direct suit*) som aktieägaren kan väcka när dennes rättigheter har blivit kränkta.<sup>154</sup> En pliktförsummelse

---

<sup>149</sup> Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244, 264 (Del. 2000).

<sup>150</sup> De Nicola, s. 21.

<sup>151</sup> Dotevall (2005) s. 74 f.

<sup>152</sup> Li, Xiaoning, A comparative study of shareholders' derivative actions, Kluwer, Shanghai 2007, s. 146.

<sup>153</sup> Dotevall (2005) s. 179.

<sup>154</sup> Burnham, William, Introduction to the law and legal system of the United States, upplaga 2, Business Law, 2006, s. 545.

från bolagsledningens sida som består av överträdelse av verksamhetsföremålet kan dock orsaka såväl bolaget som enskild aktieägare omedelbar skada. I en sådan situation är det möjligt för en aktieägare att parallellt driva både en derivativ talan och en talan för egen räkning.<sup>155</sup>

I amerikansk rätt har man definierat den derivativa talan som en handling som företas av en aktieägare, vanligtvis mot en *director* eller en *executive*, i bolagets namn med syfte att kompensera för en skada som förorsakats av denne.<sup>156</sup> I en derivativ talan intar aktieägaren rollen som kändaren och bolaget som svaranden trots att det är bolaget som vanligtvis blir kompenserad om aktieägaren vinner målet. Rollen som svaranden intar även de s.k. *alleged wrongdoers*, dvs. de personer som utpekats som skyldiga för den skada som drabbat bolaget.<sup>157</sup> Svaranden i målet representeras vanligtvis av advokater som inte tillhör bolaget. Bolagets roll i processen kan variera. Bolaget kan antingen spela en aktiv roll, vara helt passiv eller ställa sig på svarandens sida och argumentera för att handlandet inte orsakat bolaget någon skada. När styrelsens pliktförsummelse orsakat bolaget en omedelbar skada, har bolaget en naturlig rätt att stämna sina egna styrelsemedlemmar. Eftersom dessa specifika styrelsemedlemmar oftast kontrollerar bolaget kommer de säkerligen att besluta att det inte är i bolagets intresse att stämna dem. När ledningen vägrar stödja ett till synes giltigt anspråk botar en derivativ talan detta problem genom att tillerkänna aktieägarna en primär och självständig rätt att träda istället för bolaget och stämna bolagsledningen å dess vägnar. Denna talemöjlighet står öppen för varje enskild aktieägare, som således kan kräva att bolaget återbetalas miljontals av dollar, även om den individuella aktieägares förlust är nominal eller icke existerande.<sup>158</sup>

I USA väcks derivativ talan mot såväl publika som privata bolag, men institutet spelar en större roll i de publika bolagen. Detta framkommer från en nyligen gjord empirisk undersökning av Thompson och Tomas.<sup>159</sup> Studien innehåller en detaljerad lista över alla processer som ägt rum i Delaware från 1999 till 2000. I enlighet med studien initierades under en tvåårsperiod 137 derivativa processer, varav 80 % av dessa väcktes mot publika bolag och

---

<sup>155</sup> Se ALI Principles § 7.01 (c).

<sup>156</sup> En aktieägare kan väcka en derivativ talan endast om bolaget skulle ha haft den rätten: *Fox v. Prudent Resources Trust*, 382 F. Suppl. 81, ED Pa. (1974).

<sup>157</sup> De Nicola, s. 22. Svaranden i en derivativ talan kan vara en executive, en director, en kontrollerande aktieägare samt en tredje part.

<sup>158</sup> Burnham, s. 545.

<sup>159</sup> Thompson, Robert B & Thomas, Randall S, "The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits", 57 *Vanderbilt Law Review*. 1747, 2004.

20 % mot privata bolag.<sup>160</sup> Med anledning av detta konstaterade författarna att den derivativa talan spelar en mindre roll i styrningen av de privata bolagen i Delaware.<sup>161</sup>

### 4.3.1 Syftet med en derivativ talan

Enskilda aktieägares rätt att väcka talan för bolagets räkning anses utgöra ett viktigt minoritetsskydd då ledningen missköter bolaget. Den derivativa talan anses ha två huvudsyften, prevention och reparation.<sup>162</sup> Generellt sett föreligger ingen konflikt mellan dessa syften eftersom en kompensation till en skadad part dessutom avskräcker en wrongdoer och andra personer från att försumma sina plikter igen. Hursomhelst, finns det vissa situationer där dessa syften kolliderar, såsom fallet är vid misskötsel som inte förorsakat bolaget någon skada. I en sådan situation, är det attityden till den derivativa talans funktioner som spelar en avgörande roll för huruvida en sådan skall tillåtas. Om reparation betraktas som det rådande syftet, kommer en derivativ talan endast att tillåtas då bolaget lider förlust. Om prevention å andra sidan betraktas som det rådande syftet, kommer en derivativ talan att tillåtas så länge det skett en pliktförsummelse, oavsett om bolaget lidit förlust eller ej.<sup>163</sup>

De rättsliga inställningarna till konflikten mellan funktionerna reparation och prevention är inte samstämmiga i USA. Det rådande rättsliga synsättet är att reparation är det primära syftet medan prevention bara är en bieffekt.<sup>164</sup> Det finns emellertid en del rättspraxis i USA som öppet redovisar att en derivativ talan skall ha en preventiv funktion. Detta framgår t.ex. av det i New York fastställda rättsfallet *Diamond v. Oreamuno*:<sup>165</sup>

*”It is true that the complaint before us does not contain any allegation of damages to the corporation but this has never been considered to be an essential requirement for a cause of action founded on a breach of fiduciary duty....This is because the function of such an action, unlike an ordinary tort or contract case, is not merely to compensate the plaintiffs for wrongs committed by the defendant but, as this court declared many years ago... ‘to prevent them, by removing from agents and trustee all inducement to attempt dealing for their own benefit in matters which they have undertaken for others, or to which their agency or trust relates’.”*

---

<sup>160</sup> Thompson & Tomas, s. 1762, Table 3.

<sup>161</sup> A.a. s. 1767.

<sup>162</sup> Dotevall (1989) s. 458.

<sup>163</sup> Li, s. 114 f.

<sup>164</sup> A.st.

<sup>165</sup> 24 N.Y.2d 494, 498 (N.Y. 1969).

Dessa skilda synsätt har dock kritiserats på olika håll. Vad beträffar funktionen reparation är det ett mål som den derivativa talan kan realisera, men endast halvdant. Orsaken till detta är flera: den skada som drabbar bolaget och den skada som drabbar den enskilde aktieägaren sammanfaller osannolikt; återvinningen är relativt liten både för bolaget (i relation till hela dess tillgångsvärde) och för den individuella aktieägaren (på grund av hans/hennes lilla aktieinnehav). Vidare ignorerar reparationsfunktionen det sociala värdet hos en derivativ talan. Om institutet derivativ talan har till syfte att generellt förbättra bolagsstyrningen borde dess preventiva funktion förstärkas. Även förespråkandet av en preventiv funktion ger upphov till problem. En obegränsad möjlighet att tillämpa funktionen kan leda till *overdeterrence* och ett eventuellt missbruk av derivativ talan. Eftersom detta synsätt innebär ett undantag för kravet på att bolaget skall lida förlust är det lättare för minoritetsaktieägare att väcka besvärliga skadeståndsprocesser mot bolagsledningen.<sup>166</sup>

Med hänsyn till de problem som uppkommer till följd av den reparativa funktionens dominanta ställning, har många forskare föreslagit en förstärkt preventiv roll.<sup>167</sup> I bland annat ALI Principles har man proponerat för en balans mellan reparation och prevention. Om den preventiva funktionen å ena sidan tillerkänns en viktig och självständig roll snarare än att betraktas som en konsekvens av den reparativa funktionen, kommer den derivativa talan att skydda bolagets långsiktiga intresse genom att straffa misskötseln.<sup>168</sup> Den generella preventiva effekten kan också leda till en förbättring hos företagsledningen och följaktligen reducera agentkostnader.<sup>169</sup> Å andra sidan är ALI ”*particularly sensitive to the danger of overdeterrence and the impact or even the potential risk of litigation on the willingness of outside directors to serve and on their conduct as directors*”.<sup>170</sup> Det finns vissa exempel på ALI: s strävan att finna en balans mellan reparation och prevention. Ett exempel går att finna i Sec. 7.10(b) ALI Principles där ALI tillerkänner att:

*.....under certain limited circumstances the long-run deterrent value of the derivative action and the social and economic importance of confidence in the integrity of the corporate system*

---

<sup>166</sup> Li, s. 118 f.

<sup>167</sup> A.a. s. 119.

<sup>168</sup> ALI (II), Part VII, Chapter 1, Introductory Note, s 8.

<sup>169</sup> ALI (II), Part VII, Chapter 1, Introductory Note, Reporter’s Note, s 16.

<sup>170</sup> ALI (II), Part VII, Chapter 1, Introductory Note, s 8.



*generally outweigh the corporation's interest in a swift termination procedure for actions that seem unlikely to produce a net monetary benefit for it.*<sup>171</sup>

#### 4.4 Demand on directors

En av de huvudsakliga principerna inom amerikansk bolagsrätt är att domstolar inte får besluta hur förvaltningen av ett bolag skall gå till, utan denna roll tillfaller ledamöterna i bolagsledningen. Konsekvenserna av denna grundprincip är att disinterested directors, dvs. ledamöter som inte har ett personligt intresse i beslutet de skall fatta, inte kan hållas direkt ansvariga för skada som drabbat bolaget under förutsättning att beslutet som godkänts föregåtts av en noggrann och i god tro gjord bedömning av övriga tänkbara valmöjligheter. Detta är en beskrivning av den ovannämnda business judgement rule. Inom kontexten derivativ talan indikerar regeln att om en styrelseledamot i god tro och efter att ha noggrant undersökt all nödvändig information, beslutar att inte starta en derivativ talan som proponeras av en aktieägare eftersom den inte anses ligga i bolagets intresse, kan ingen annan göra det. Att bestämma huruvida man skall stämma är *"like any other issue relating to company business..., an issue of internal management and is left to the judgement of directors."*<sup>172</sup>

I alla jurisdiktioner i USA gäller som förutsättning för att starta en derivativ talan att aktieägare måste visa att han/hon i god tro gjort varje tänkbart rimligt försök att övertyga bolaget att agera eller visa att en begäran om att starta förhandlingar inte framförts till bolaget då detta skulle vara meningslöst.<sup>173</sup> Denna s.k. *demand on the board of directors* är en rättighet som tillfaller bolaget och inte ett processuellt krav.<sup>174</sup> Detta villkor betraktas i amerikansk rätt som ett av de största hindren för en aktieägars möjlighet att initiera en derivativ talan och fastställdes först i Massachusetts Supreme Court i rättsfallet *Brewer v. Proprietors of Boston Theatre*.<sup>175</sup> En aktieägare som önskar att väcka en derivativ talan måste alltså först erbjuda styrelsen en möjlighet att åtgärda skadan genom att framföra en skriftlig begäran.<sup>176</sup> Effekten av att framföra en begäran *"is to place control of the derivative litigation*

---

<sup>171</sup> ALI (II), sec.7.10, Comment G, s. 148.

<sup>172</sup> Se *United Copper Sec. v. Amalgamated Copper Co.*, 344 US 261, 264 (1917); *Maldonado v. Flynn*, 485 F. Suppl. 274 (SDNY 974); *Dent jr.* 1980, 96).

<sup>173</sup> *De Nicola*, s. 24.

<sup>174</sup> Se *Haber v. Bell*, 465 A.2d 353, 357 (Del. Ch. 1983).

<sup>175</sup> 104, Mass. 378 (1870). Detta villkor har i själva verket starkt influerats av engelsk rätt, genom den berömda *Foss v. Harbottle* regeln, men fått en annorlunda utveckling, se avsnitt 5.3.1.

<sup>176</sup> Se bland annat *MBCA § 7.42*.

*in the hands of the board of directors.*”.<sup>177</sup> På så sätt får styrelsen en möjlighet att beakta stridigheterna innan den enskilde aktieägaren ställer sig inför domstol.

En begäran till styrelsen skall ha följande innehåll: identifiering av den som skall bli instämd, beskrivning av fakta relaterade till den olovliga skada som drabbat bolaget, typen av skada och vilken typ av kompensation som begärs. Om detta görs gällande på ett korrekt sätt skall styrelsen göra en utredning och besvara aktieägaren inom en skälig tidsperiod som brukar vara 90 dagar.<sup>178</sup> Om den skäliga tidsperioden förflyter utan svar, har aktieägaren rätt att ta kontroll över situationen och möjligtvis starta processen.

Om styrelsen istället beslutar att acceptera begäran, vilket händer väldigt sällan, och därmed påbörjar förhandlingarna exkluderas aktieägaren från fallet och tillåts inte ta del av det framtida arbetet eller av information som hör till målet.<sup>179</sup> I en sådan situation är en derivativ talan inte längre behövlig, utan det är styrelsen som därefter kommer att föra talan i bolagets namn och å bolagets vägnar.

I fallet då styrelsen beslutar att inte vidta rättsliga åtgärder, dvs. avvisar aktieägarens begäran, är dennes möjligheter till en derivativ talan utsläckta, såvida inte aktieägaren kan visa att styrelsens beslut är felaktigt då de inte gjort en analys av aktieägarens begäran eller inte handlat i god tro.<sup>180</sup> Detta är möjligt, i den mån fallet står inför federal domstol, endast under förutsättning att aktieägaren uppfyller de villkor som uppställs i the Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)<sup>181</sup> (se avsnitt 4.5.2).

#### **4.4.1 Undantag från kravet på en begäran till styrelsen**

Det finns dock vissa situationer där de flesta delstater gör ett undantag för kravet på en begäran till styrelsen. En sådan situation föreligger exempelvis då en majoritet av styrelsen är delaktiga i den påstådda pliktförsummelsen eller då styrelsen kontrolleras av den/dem som handlat illojalt (the wrongdoer) och som en konsekvens av detta inte kan fatta ett giltigt processbeslut. För att således undvika ett resultatlöst beteende kommer delstaterna normalt sett att bevilja en aktieägare dispens om vederbörande kan visa att en begäran till styrelsen

---

<sup>177</sup> Spiegel v. Buntrock, 571 A. 2d 767, 773, (Del. 1990)

<sup>178</sup> Se bland annat MBCA § 7.42 (2).

<sup>179</sup> Powell v. Western Ill. Elec. Co-op. 536 NE 2d 231 (Ill. App. Ct. 1989).

<sup>180</sup> Levine v. Smith, 591 A.2d 194, 212 (Del. 1991).

<sup>181</sup> Se främst artikel 23.1. FRCP är procedurregler för civilprocesser som tillämpas av de amerikanska federala domstolarna.

skulle vara meningslös, ”*futile*” och som ett resultat av detta ämnad att misslyckas.<sup>182</sup> Den standard som tillämpas vid bestämmandet huruvida en begäran är meningslös varierar i olika stater. Majoriteten av de amerikanska domstolarna följer dock Delawares förfarande, där man utvecklat ett två-steps test för att kontrollera fruktbarheten i aktieägarens begäran:

*For demand to be excused, a shareholder must allege facts that if taken as true raise a reasonable doubt that (1) a majority of the directors are disinterested and independent or (2) the challenged transaction was otherwise “the product of a valid business judgement.”*<sup>183</sup>

Om någotdera av kraven är uppfyllt beviljas aktieägaren dispens från kravet att framföra en begäran till styrelsen, i annat fall måste en sådan framföras.<sup>184</sup> Erkännandet av ”*the demand futility*” må dock utveckla problemet med parallella processer, då frågan om ett undantag skall beviljas själv blir föremål för ett antal processer. I anledning av detta har ABA föreslagit en s.k. *universal demand*. Denna innebär att aktieägare i alla lägen måste framföra en skriftlig begäran till styrelsen, utan några tillämpliga undantag. Om aktieägaren inte får ett svar från styrelsen inom 90 dagar från det att begäran gjorts tillåts denne väcka en derivativ talan.<sup>185</sup> Även ALI har propat för en *universal demand*. I § 7.03 ALI Principles stadgas ett krav på aktieägaren att framföra en skriftlig begäran till styrelsen innan denne kan vidta rättsliga åtgärder, såvida inte kändanden kan visa att ett dröjsmål kan leda till obotliga skador för bolaget. Denna formulering har mött mycket framgång. Idag har elva delstater godkänt lagstiftning som tillhandahåller en *universal demand*.<sup>186</sup> Å andra sidan, har vissa stora delstater såsom New York, efter att ha undersökt möjligheterna för att introducera ett sådant system, valt att behålla det gamla.<sup>187</sup>

#### 4.4.2 Litigation committee

I amerikanska företag är det inte ovanligt att styrelsen inrättar så kallade litigation committees, såväl vid tidpunkten för framförandet av en begäran som efter en aktieägare väckt en derivativ talan. Dessa kommittéer har till uppgift att undersöka och värdera aktieägarnas begäran om att

---

<sup>182</sup> Li, s. 161 f.

<sup>183</sup> Det första rättsfallet i Delaware som kom att initiera två-steps testet var *Aronson v. Lewis* 437 A.2d. 805 (Del. 1984).

<sup>184</sup> Li, s. 162.

<sup>185</sup> Se MBCA, sec. 7.42 (1), 1995, Supplement.

<sup>186</sup> Dessa är Georgia, Michigan, Wisconsin, Montana, Virginia, New Hampshire, Mississippi, Connecticut, Nebraska, North Carolina och Florida.

<sup>187</sup> De Nicola, s. 29.

få väcka derivativ talan.<sup>188</sup> Proceduren som använts sedan 1970-talet<sup>189</sup> har ansetts utgöra ett effektivt verktyg för att begränsa antalet derivativ talan.<sup>190</sup> Kommittéerna skall vara oberoende och detta garanteras genom att deras medlemmar inte har något specifikt intresse på spel eller ett tidigare engagemang i bolaget. Kommittéerna består antingen av styrelsemedlemmar som inte är involverade i den transaktion som ligger till grund för rättsanspråket eller av tredje parter såsom advokater eller universitetsprofessorer. Dessa oberoende directors genomför således en undersökning av aktieägarnas klagomål, värderar dem under en rättslig profil, konsulterar med involverade personer och gör slutligen en ekonomisk analys för att bestämma huruvida det ligger i bolagets intresse att fullfölja med en rättslig åtgärd. Styrelsen kan med stöd av den åsikten fatta sitt beslut med framhållande att de utövat sin business judgement på ett informerat och lämpligt sätt.<sup>191</sup>

Om klaganden redan gjort gällande sin begäran till styrelsen att agera, kommer the litigation committee att uttrycka sin åsikt huruvida det är lämpligt att påbörja en process. Om aktieägarens begäran tidigare inte gjorts gällande på grund av att den bedömts som futile, skall kommittén undersöka talans grunder och rekommendera styrelsen att antingen fortsätta eller att avvisa talan. Resultatet av dessa undersökningar brukar nästan alltid sluta med att kommittén fastställer att talan inte är lämplig för bolaget och att den inte behöver väckas, eller om den redan väckts att den borde avvisas.

Ett vanligt problem i rättspraxis sedan i slutet av 1970-talet har varit att avgöra befogenheten för denna kommitté.<sup>192</sup> Till dags dato finns det två allmänna rättsprinciper som framkommit för att värdera kommittéernas åsikter. Den första rättsprincipen fastslogs i delstaten New York genom rättsfallet *Auerbach v. Bennet*<sup>193</sup>. I rättsfallet konstaterades att en förutsättning för en aktieägare att få väcka eller fortsätta med en derivativ talan är att vederbörande måste bevisa att kommitténs medlemmar inte är independent eller disinterested, eller att de inte handlat i god tro, eller att deras bedömning uttryckts utan tidigare försiktighet och fullständig analys. Å andra sidan, tillåts inte domstolen gå så långt att värdera de slutsatser som dragits av kommittén, även om de fakta och bevis som uppkommer är i konflikt med den dragna slutsatsen. I linje med detta uppställs krav på kommittén att bevisa sin *independence* och

---

<sup>188</sup> Dotevall (2005) s. 179 och De Nicola, s. 29.

<sup>189</sup> Denna strategi tillämpades först av Federal District Court of New York i rättsfallet *Gall v. Exxon Corp* 418 F Supp 508 (United States District Court, SDNY, D.C.N.Y. 1976).

<sup>190</sup> Li, s. 95.

<sup>191</sup> De Nicola, s. 29.

<sup>192</sup> Dotevall (1989) s. 460.

<sup>193</sup> 393 NE.2d 994 (NY 1979).

*diligence*. När detta uppfylls och käranden inte lyckas bevisa motsatsen, skyddas kommitténs beslut av the business judgement rule och den derivativa talan kan stoppas.

Den andra rättsprincipen, av vilken det ledande rättsfallet är *Zapata Corp v. Maldonado*<sup>194</sup>, lämnar ett större utrymme för domstolen att göra en bedömning. I enlighet med rättsfallet som fastslogs i delstaten Delaware, har den kompetenta domstolen, vid en prövning av en aktieägares talan mot en ledamot av bolagsledningen, först att bedöma om en litigation committee består av i saken oberoende directors, om dessa handlat i god tro och efter *reasonable investigation* samt om de utövat sitt eget business judgement i den aktuella saken. Bevisbördan för dessa element åligger bolaget. När dessa processuella krav är uppfyllda kan domstolen sedan utöva sitt business judgement för att bestämma huruvida den derivativa talan har rättslig grund. Domstolen kan alltså till grund för ett beslut att avvisa aktieägarens talan acceptera kommitténs uppfattning att talan från aktieägaren strider mot bolagets intresse.

Den skilda synvinkeln i de båda rättsfallen är uppenbar, eftersom den senare öppnar upp en möjlighet för domstolen att värdera skäligheten (*the reasonableness*) i kommitténs slutsatser på de fakta och bevis som presenterats. Detta ger uttryck för en vidare princip än den som fastställdes i *Auerbach v. Bennet*, där den juridiska prövningen inskränktes till att avgöra om ett lämpligt förfarande iakttagits vid beslutsfattandet och att kommittén bestod av independent directors.

I amerikansk rättspraxis råder det alltså skilda meningar i olika delstater huruvida kommittén kan avbryta en aktieägares derivativa talan. Enligt ALI Principles skall domstolen acceptera vad kommittén kommer fram till. Slutsatsen blir att om de oberoende directors kommer fram till att en enskild aktieägares talan inte ligger i bolagets intresse är domstolen normalt bunden av detta och skall därmed avvisa talan.<sup>195</sup>

## 4.5 Krav på aktieägare

I FRCP etableras att en aktieägare, "if necessary" måste begära att övriga aktieägare godkänner ett beslut om att inleda en derivativ talan.<sup>196</sup> Det är dock endast en minoritet av de amerikanska delstaterna som kräver att aktieägaren, innan förhandlingarna startar, framför en

---

<sup>194</sup> 430 A. 2d 779 (Del. 1980)

<sup>195</sup> ALI Principles § 7.08.

<sup>196</sup> Det kursiverade implicerar den höga grad av osäkerhet som råder, vad beträffar när en sådan begäran måste göras.

begäran till övriga aktieägare eller som ett alternativ, lämnar en adekvat orsak till varför detta inte gjorts. Denna s.k. *demand on shareholders* tenderar att förbises i domstolar och de flesta delstatliga lagarna ställer inte upp detta villkor som en förutsättning för att kunna starta en derivativ talan.<sup>197</sup>

#### 4.5.1 Vem har rätt att stämma?

Eftersom aktieägare inte nödvändigtvis har något personligt på spel i en derivativ talan har lagstiftaren och domstolarna infört begränsningar för en sådan talan i syfte att förhindra missbruk. Ett villkor som uppställs, i såväl de flesta delstater som i regel 23.1 i Federal Rules är att käranden måste inneha aktier, räcker med en enda, både när skadan inträffade (*s.k. contemporaneous ownership*) och när stämningen väcks (*s.k. continuous interest*). Kravet på *contemporaneous ownership* är befogat genom behovet av att förhindra aktieägare från att köpa sig en rätt att stämma. Detta innebär alltså att en person inte kan köpa aktier efter skadans inträffande med det bara syftet att väcka en skadeståndstalan. Dessa grundläggande krav på aktieägaren baseras enligt the Supreme Court på presumtionen att det primära syftet med en derivativ talan är reparation. Om syftet istället varit prevention, vore ett krav på *contemporaneous ownership* inte behövligt.<sup>198</sup>

#### 4.5.2 Representant för övriga aktieägare

I FRCP etableras att "*a derivative action cannot be maintained if it appears that the plaintiff does not fairly and adequately represent the interest of the shareholders.....similarly situated in enforcing the right of the corporation*". Likartad bestämmelse finns även i sec. 7.41 MBCA. Kraven på "fairness" och "adequacy" finns även representerade i många delstaters lagstiftning och i rättspraxis, och kan vid frånvaro leda till invalidisering av en parts rättsliga befogenhet att stämma.<sup>199</sup> En förutsättning för att kunna uppfylla de uppställda kraven är att aktieägare åtminstone måste besitta begränsad kunskap om talan och ett visst mått av intresse av att handha tvisten. Vidare måste kärandens advokat uppvisa särskilda kunskaper vid hanteringen av målet och inte vara föremål för en intressekonflikt. Aktieägaren får inte befinna sig i en sådan situation där en intressekonflikt existerar som kan komma att påverka hans eller hennes

---

<sup>197</sup> Trots att beviljande av undantag från kravet på en begäran varierar från stat till stat, kan man ändå urskilja vissa gemensamma grunder; exempelvis då majoriteten av aktierna ägs eller kontrolleras av svaranden eller då antalet aktieägare är så högt att det kan anses orimligt för en aktieägare att göra en sådan begäran. Se Li, s. 175 och De Nicola, s. 33.

<sup>198</sup> Bangor Punta Operations v. Bangor & Aroostook Railroad, 417 US 703 (1974).

<sup>199</sup> Se exempelvis Youngman v. Tohmoush, 457 A.2d 376 (Del.1983). I rättsfallet blev en aktieägare förvägrad kärandestatus då vederbörande låg i intressekonflikt med bolaget.

kapacitet att representera de övriga aktieägarna. Inte heller får en aktieägare fortsätta med en derivativ talan med endast personlig vinning i sikte. Det är svaranden som har bevisbördan för att aktieägaren inte är en adekvat representant för övriga aktieägare.<sup>200</sup>

### 4.5.3 Ställa säkerhet

I dagsläget finns det femton delstater i USA som kräver att en aktieägare som vill väcka en derivativ talan ställer tillräcklig säkerhet för att vid en eventuell förlust skall kunna täcka skäliga processkostnader inklusive advokatkostnader.<sup>201</sup> I New Yorks bolagslag gäller detta säkerhetskrav endast om aktieägaren själv eller tillsammans med andra parter innehar mindre än 5 % av det gemensamma aktiekapitalet eller vars aktier värderas till mindre än 50,000 \$.<sup>202</sup> Syftet bakom detta är att förhindra *strike suits*, dvs. processer som förs av aktieägare som i själva verket inte har ett intresse av bolagets öde just på grund av sitt låga aktieinnehav. I rättsfallet *Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp*<sup>203</sup> konstaterade domaren Jackson att ”*these (strike) suits were more commonly brought by small and irresponsible rather than by large shareholders, because the former put less to risk and a small interest was more often within the capacity and readiness of the management to compromise than a large one*”.

### 4.5.4 Tillgång till information

Huruvida den klagande aktieägaren kan införskaffa tillräcklig bevisning är i praktiskt hänseende viktigt vid utövandet av hans/hennes rättigheter till en derivativ talan. I denna aspekt är amerikansk rätt generellt sett oförmånlig för den klagande aktieägaren som måste bära bevisbördan för att kunna argumentera emot the business judgement rule eller ansöka om undantag till kravet på en begäran till styrelsen.<sup>204</sup> Eftersom systemet med *discovery*<sup>205</sup> generellt sett inte är tillgängligt för käranden förblir det svårt för en aktieägare att få fram nödvändig bevisning i målet. För att förstärka kärandens position har man i Delawares lagstiftning, DGCL i sec. 220 uppmuntrat käranden att använda ”*tool at hand*”. Regeln bereder aktieägare en rätt att inspektera specifika bolagsböcker och dokument för att kunna erhålla information som skulle kunna vara till nytta vid förhandlingar i en derivativ talan.

---

<sup>200</sup> De Nicola, s. 35.

<sup>201</sup> A.a. s. 36.

<sup>202</sup> New York Business Corporation Law § 627.

<sup>203</sup> 337 U.S 541, 69 S. Ct. 1221 (1949).

<sup>204</sup> Li, s. 188.

<sup>205</sup> Discovery är förstadiet till en rättegång, där varje part i enlighet med civilprocessuella regler kan begära dokument och andra bevis som den andra parten besitter eller tvinga fram andra dokument som har med målet att göra.

Tillämpningen av regeln har i själva verket bidragit till att systemet med derivativ talan fungerar i Delaware.<sup>206</sup>

## 4.6 Utfall vid derivativ talan

De flesta derivativa talan som initieras slutar med en förlikning mellan parterna utanför domstol. En av de huvudsakliga betänkligheterna vad beträffar dessa typer av förlikningar är att försöka undvika opportunistiskt och ineffektivt handlande från aktieägarens sida, som kan ge upp sin talan vid utbyte mot personliga förmåner.<sup>207</sup> I relation till denna farhåga har man i FRCP, ALI Principles och i många delstaters lagstiftning uppställt ett krav på att dessa typer av förlikningar skall godkännas av den kompetenta domstolen.<sup>208</sup>

## 4.7 Kostnader

Det skadestånd som utdöms vid en framgångsrik derivativ talan tillfaller bolaget.<sup>209</sup> Under vissa speciella omständigheter kan dock ersättningen tillfalla aktieägaren.<sup>210</sup> (Vi ska inte beröra detta något vidare).

I USA är den processrättsliga huvudregeln att vardera parten, oavsett om han/hon är vinnare eller förlorare i målet måste bära sina egna rättegångskostnader inklusive advokatkostnader (den s.k. *American Rule*). Det finns dock ett undantag till denna regel som benämns ”*the common fund doctrine*”. Enligt denna doktrin kan en aktieägare, som med sin vinnande talan bidragit till att skapa en fond från vilken andra aktieägare kan dra förmån av, få sina kostnader täckta av samma fond.<sup>211</sup> Om detta inte vore möjligt, skulle det vara orättvist mot den klagande aktieägaren och dennes advokat och övriga aktieägare skulle berikas på ett orättfärdigt sätt (principen om *unjust enrichment*).<sup>212</sup>

Eftersom det i de flesta fall av derivativ talan är bolaget som mottar ersättning snarare än den klagande aktieägaren så styrs fördelningen av kostnader i en derivativ talan av fonden. Det nödvändiga kapitalet för att hålla aktieägaren skadelös dras av från ersättningen som bolaget mottar vid en derivativ talan. För att bolaget skall kunna betala aktieägarens advokatkostnader

---

<sup>206</sup> Li, s. 188.

<sup>207</sup> De Nicola, s. 37.

<sup>208</sup> Se exempelvis New York Business Corporation Law, Sec. 626 (d) och (RMBCA), Sec. 7.45.

<sup>209</sup> Dotevall (2005) s. 179.

<sup>210</sup> De Nicola, s. 39.

<sup>211</sup> Li, s. 177.

<sup>212</sup> De Nicola, s. 40.



i en derivativ talan är det dock inte nödvändigt att bolaget belönas med en faktisk vinst. En substantiell eller kännbar kompensation till bolaget av icke monetärt slag är tillräckligt, t.ex. annullering av valet av en director, avbrytandet av ett ofördelaktigt kontrakt eller förbättring av bolagsstyrningsstrukturen i termer av transparens och kontroll.<sup>213</sup>

#### **4.7.1 The contingency fee arrangement**

I USA kan ombud och advokater åta sig fall på s.k. *contingency fee basis*. Detta system, innebär att advokaten och klienten kan avtala att en viss andel av det resultat advokaten åstadkommer i processen skall tillfalla advokaten. I enlighet med systemet beviljas dock kändens advokat kompensation endast då talan är framgångsrik eller om målet förlikas. Skulle advokaten förlora målet erhåller han/hon alltså inget arvode. Systemet har funnits i USA i över hundra år, och tillämpas vitt vid derivativ talan. Ett avtal på contingency fee basis öppnar således upp en möjlighet för en aktieägare att väcka en derivativ talan trots avsaknad av finansiellt stöd. Vidare, det faktum att advokaten endast kompenseras då han vinner eller förlikar målet, ger upphov till incitament att endast finna och åta sig mål med rättslig grund.<sup>214</sup> Systemet ger dock även upphov till vissa problem. I en derivativ talan ställs inga krav på att aktieägaren skall ha ett stort finansiellt intresse i processen. Konsekvensen av detta är att advokaten oftast är den drivande kraften bakom en sådan talan: vederbörande lokaliserar en möjlig derivativ talan och finner därefter en lämplig aktieägare som kan inta rollen som kändens. Följaktligen har advokaten ett mycket större och mer direkt finansiellt intresse i målet och i dess utfall än vad den klagande aktieägaren har som närmast kan ses som en deltagare i processen.<sup>215</sup> (se avsnitt 7.3.2).

#### **4.7.2 Avtal att ledamot av bolagsledningen skall hållas skadelös av bolaget**

Frågan i vilken omfattning en director och officer kan få ersättning av bolaget för skadestånd som han tvingast utge har behandlats i amerikansk rätt.<sup>216</sup> Om en derivativ talan har väckts mot en director och utgången av målet är till hans eller hennes förmån på grund av meriterande och processuella skäl tvingas bolaget ersätta hans/hennes kostnader (s.k. *indemnification*). Om domslutet enbart är delvis fördelaktigt skall ersättningen endast vara

---

<sup>213</sup> Holden v. Construction Mach Co., 202 NW 2d 348, 365 (Iowa 1972).

<sup>214</sup> Li, s. 178.

<sup>215</sup> De Nicola, s. 209 f.

<sup>216</sup> Dotevall (2005) s. 151.

partiell.<sup>217</sup> Denna princip om corporate indemnification<sup>218</sup> är kontroversiell i common law, men är nu antagen av nästan samtliga delstater.<sup>219</sup> Principen tillämpas på alla typer av processer. Beroende på omständigheterna kan kostnaderna som innefattas i begreppet vara (1) avgifter som uppkommit vid försvarandet av målet inklusive rättsliga kostnader och eller (2) böter eller summor som uppstått vid en förlikning av målet. Syftet bakom principen att hålla en ledamot av bolagsledningen skadelös är att denna i egenskap av agent för bolaget borde erhålla en möjlighet att bli kompenserad för kostnader som uppstår vid utövandet av sina plikter, om utövandet är lojalt. Ett annat syfte är att bereda directors och officers skydd. I amerikansk rätt gäller generellt att varje part i en rättstvist bär sina egna rättegångskostnader inklusive advokatkostnader. Till följd av detta är principen om corporate indemnification viktig för directors och officers. Värt att nämna är att principen kan vara obligatorisk eller eftergiven.<sup>220</sup>

En director belönas dock inte med ett avtal om skadelöshet om denne brutit mot federal lag<sup>221</sup> eller mot sina fiduciary duties gentemot bolaget.<sup>222</sup> Detsamma gäller i fallet där director visserligen vunnit rättsprocessen, men agerat på ett sätt som domstolen bedömt som illojalt.<sup>223</sup>

### 4.7.3 D & O insurance

De flesta amerikanska delstater tillåter bolaget att teckna ansvarsförsäkring för sina directors och officers samt betala premierna för denna. Denna ansvarsförsäkring som vuxit sig populär sedan 1960-talet går generellt under namnet *D & O insurance* och inkluderar två delar: den ena delen ersätter bolaget dess förluster som uppkommit på grund av de betalningar som gjorts till directors och officers (indemnification kostnader); den andra delen ersätter den individuella directors eller officers förluster som bolaget inte kan ersätta (indemnification är inte möjligt i alla lägen). Denna typ av försäkring gynnar uppenbarligen såväl bolaget som dess directors och officers. Via försäkringen kan bolaget överföra åtminstone en del av sina förluster som uppstått på grund av indemnification till försäkringsgivaren. Den individuella

---

<sup>217</sup> De Nicola, s. 43.

<sup>218</sup> I svensk rätt finns inget uttryckligt stadgande motsvarande det amerikanska *corporate indemnification*. Styrelseledamot eller VD kan undgå ansvar genom att i efterhand få bolagsstämmans godkännande rörande viss åtgärd. Bolagsordningen kan inte innehålla en generell lindring av ansvaret eftersom skadeståndsbestämmelsen i ABL 29:1 är tvingande, se Dotevall (2005) s. 151.

<sup>219</sup> De Nicola, s. 43.

<sup>220</sup> Li, s. 184 f.

<sup>221</sup> *Odette v. Shearson Hammill & C.*, 394 F. Suppl. 946 (SDNY 1925).

<sup>222</sup> NY Business Corporation Law, sec 722 (a).

<sup>223</sup> *Diamond v. Diamond*, 307 NY 263.

director och officer gynnas också på så sätt att försäkringsgivaren täcker de kostnader som bolaget inte lyckats täcka genom indemnification. Dessutom kommer försäkringen att garantera att director och officer hålls skadelösa även om bolaget har finansiella problem eller är under omorganisation. Försäkringen täcker förluster i vidare omfattning än vad indemnification gör samtidigt som den förra är föremål för färre restriktioner. Detta beror på att grunden för ansvarsförsäkring och indemnification är olika. Indemnification överför i själva verket den finansiella kostnadsbördan, som uppstått på grund av directors eller officers faktiska eller påstådda pliktförsummelse, från den individuella director eller officer till bolaget. Ansvarsförsäkringen överför å andra sidan den finansiella kostnadsbördan till en tredje part, försäkringsgivaren, som mottar premiebetalningar i utbyte.<sup>224</sup>

Försäkringsskyddet kan dock begränsas. I vissa delstater, såsom New York, har man infört lagstadgade begränsningar för försäkringens räckvidd.<sup>225</sup> I praktiken, även om D & O försäkringen varierar beroende på vem som är försäkringsgivare exkluderas generellt vissa typer av handlingar från försäkringsskyddet, såsom oärligt handlande, handlingar i ond tro och uppsåtligt brottsligt handlande.<sup>226</sup>

## 4.8 Den derivativa talans roll i USA

Den derivativa talans roll i USA har varierat under olika perioder, men har trots detta kontinuerligt spelat en viktig roll i den amerikanska bolagsrätten. Värt att nämna är att det i USA väcks derivativ talan mot såväl publika som privata bolag, men att institutet spelar en viktigare roll i de publika bolagen. Författaren Hornstein listar ett antal underliggande faktorer till talans popularitet såsom viktiga rättsliga principer, traditionell praxis och etisk standard vid rättslig profession.<sup>227</sup> De rättsliga principer som präglar den amerikanska rätten kan ge en förklaring till den amerikanska attityden mot derivativ talan. Inom bolagsrätten pratar man om två huvudsakliga principer som kan stå i strid med varandra: principen om att majoriteten bestämmer och principen om att skydda minoritetens och bolagets intressen. Vid en konflikt mellan dessa har amerikansk rätt i alla lägen valt att förbise majoritetsregeln för att kunna förhindra orättvisa.<sup>228</sup>

---

<sup>224</sup> Li, s. 186 f.

<sup>225</sup> N.Y. Business Corporation Law, sec. 726.

<sup>226</sup> Li, s. 187.

<sup>227</sup> Hornstein, George, *The Shareholder's Derivative Suit in the United States*, [1967], JBL, 282-289, cit efter Li, s. 96.

<sup>228</sup> *Robinson v. Smith*, 3 Paige Ch, 222, 233 (N.Y. 1832).

Ytterligare en anledning till den derivativa talans utbreddhet i USA är the contingency fee arrangement. Denna fördelning av rättegångskostnader betraktas således som en bidragande faktor till den derivativa talans popularitet.<sup>229</sup>

Vidare finns det fler underliggande orsaker till det frekventa användandet av processer i USA med syfte att upprätthålla bolagsledningens fiduciary duties gentemot bolaget.<sup>230</sup> En sådan orsak är den amerikanska ägarstrukturen och dess medföljande konsekvenser i relationen mellan aktieägare och bolagsledning. I USA är ägarbilderna starkt splittrade och kontrollmakten ligger hos styrelsen som inte äger någon stor andel i bolaget. Detta ger upphov till en stor risk för att en konflikt mellan bolagsledning och aktieägare skall uppstå, genom att bolagsledningen inte tillgodoser aktieägarnas intressen utan primärt sina egna. I detta avseende utgör därmed processer den främsta metoden för att kontrollera bolagsledningen.<sup>231</sup> En derivativ talan angriper beslut och åtgärder som förorsakar aktieägare skada i proportion till deras aktieinnehav.<sup>232</sup>

Eftersom bolagsstämman i USA inte utövar något direkt inflytande över bolagsledningen finns det i praktiken inget bolagsorgan i formell mening som kontrollerar styrelsen. Som en konsekvens av detta tillmäts alltså den derivativa talan som tillerkänns varje enskild aktieägare stor betydelse.<sup>233</sup>

Vidare är det allmänt erkänt att man i USA favoriserar privat verkställighet ("private enforcement") framför publik verkställighet ("public enforcement") till skillnad från andra länder.<sup>234</sup> Enligt ALI Principles är ett av de huvudsakliga syftena med en derivativ talan att erbjuda ett privat instrument för verkställande av lag, och på så sätt undvika behovet av att skapa ytterligare publika mekanismer eller institutioner för detta ändamål.<sup>235</sup>

Även skillnader i affärsetik kan påverka en rättsprocess popularitet på olika sätt. I exempelvis USA är kompensationsnivåerna för personer i ledande ställning högre om man jämför med Kontinentaleuropa, varvid domstolen gör en strängare bedömning när det kommer till närståendetransaktioner. Detta i sin tur leder till ökad användning av aktieägarprocesser i

---

<sup>229</sup> Li, s. 97.

<sup>230</sup> Kraakman, s. 116 ff.

<sup>231</sup> A.a. s. 117.

<sup>232</sup> Cools, s. 30.

<sup>233</sup> Dotevall (2005) s. 33.

<sup>234</sup> Kraakman, s. 117.

<sup>235</sup> ALI Principles, § 7.01, Introduction.

USA medan det i Kontinentaleuropa innebär en reduktion av aktieägares benägenhet att driva rättsprocess.<sup>236</sup>

---

<sup>236</sup> Kraakman, s. 118.



## 5 Engelsk rätt

### 5.1 Allmänt

I England benämns bolagsformen utan personligt ägaransvar *limited liability company*, vilken i likhet med svensk rätt inbegriper både privata och publika bolag. Den brittiska bolagsrätten har sitt ursprung i *common law* systemet och den nuvarande lagstiftningen, Companies Act från 1985, innehåller de viktigaste reglerna som styr den engelska bolagsrätten. I CA återfinns sålunda de grundläggande och tvingande bestämmelserna om aktiebolagsformen.<sup>237</sup>

I likhet med den amerikanska rätten finns det i engelsk rätt endast ett bolagsorgan för ledningen av verksamheten (monistiskt system), som benämns *the board of directors*. I sec. 741 (1) i CA från 1985 fastställs att termen ”director”, när den används i CA, inkluderar varje person som innehar en position som director oavsett dennes titel inom bolaget.

### 5.2 Bolagsledningens plikter gentemot bolaget

Bolagets directors har att följa de föreskrifter som stadgas i Companies Act avseende deras plikter gentemot bolaget. I England anses director inta en rättslig ställning gentemot bolaget såsom agent till huvudmannen bolaget. Ur detta förhållande härleds directors plikter som benämns *fiduciary duties*. Av rättspraxis följer att director även måste iaktta skäligen omsorg vid hanteringen av bolagets affärer. Ansvaret gäller dock bara gentemot bolaget och inte gentemot aktieägarna. En director som åsidosätter sina plikter och därmed orsakar bolaget skada blir skadeståndsskyldig gentemot bolaget.<sup>238</sup> Vidare kan director även bli ansvarig gentemot bolaget om denne inte iakttar skäligen omsorg vid ledning av bolaget och vid skötseln av bolagets affärer. Det uppställda kravet på omsorg innebär att samma krav på omsorg skall tillämpas vid handlande för bolaget som om ledamöterna handlat för egen räkning. Enligt doktrin bör det låga kravet på omsorg, som kommit till uttryck i rättspraxis, inte gälla för heltidsverksam styrelseledamot eller verkställande direktör som är anställd av bolaget.

Det till synes vida handlingsutrymme för styrelseledamöter begränsas således genom de så kallade *directors duties*. Dessa plikter delas upp i *fiduciary duties* (*duty of loyalty*) och *duties*

---

<sup>237</sup> Sec. 8 (1) CA.

<sup>238</sup> SOU 1995:44 s. 120 f, De Nicola, s. 112.

of care and skill. I likhet med den amerikanska rätten ställs stränga krav på directors lojalitetsplikt medan kravet på aktsamhetsplikten inte är särskilt högt.<sup>239</sup>

### 5.2.1 Fiduciary duties/duty of loyalty

I likhet med vad som gäller i amerikansk rätt står alltså director i ett fiduciary relationship till bolaget. Av denna relation anses följa en lojalitetsplikt till bolaget. En definition av begreppet gjordes av Lord Green MR i rättsfallet *Re Smith and Fawcett Ltd*<sup>240</sup>, där han uttryckte att bolagets directors måste agera ”*in bona fide in what they consider- and not what a court may consider- to be in the best interest of the company and not for a collateral purpose*”.

En ytterligare utarbetning av begreppet gjordes av Chadwick LJ, som i rättsfallet *J.J. Harrison (Properties) Ltd v Harrison*<sup>241</sup> fastställde att ”*The powers to dispose of the company property, conferred upon the directors by the articles of association, must be exercised by the directors for the purposes, and in the interest, of the company*”. Detta utlåtande utgör grunden för vad som vanligen benämns ”*the proper purpose doctrine*”.

På samma sätt som den amerikanska rätten anses directors lojalitetsplikt härröra från en ställning som starkt påminner om en trustee. Ur denna ställning följer de nämnda fiduciary duties som indelas i två typer av förpliktelser, dels ”*the duty to act bona fide*”, dels ”*the duty not to allow one's interest and responsibility to conflict*”.<sup>242</sup> Detta innebär att det föreligger en plikt för director att handla i bolagets intresse samt att en director inte får försätta sig i en position där hans personliga intressen står i strid med bolagets.<sup>243</sup> Till bolagets intresse räknas även arbetstagarnas intresse och det kollektiva intresset av såväl nuvarande som framtida aktieägares intressen.<sup>244</sup> Fiduciary duties anger således ledningens intresseavvägningar vid lojalitets- och intressekonflikter.

Huruvida director brutit mot lojalitetsplikten avgörs genom en objektiv bedömning, där styrkan av det motstridiga intresset som tillgodosetts saknar betydelse. Det innebär t.ex. att director anses ha försummat sina plikter så snart han erhållit ekonomisk fördel på grund av

---

<sup>239</sup> Dotevall (2005) s. 75 f.

<sup>240</sup> (1942) Ch 304.

<sup>241</sup> (2001) EWCA Civ 1467.

<sup>242</sup> Dotevall (2005) s. 126, De Nicola, s. 112.

<sup>243</sup> *Aberdeen Rly Co. v. Blaikie Bros case* (1854) 2 Eq Rep 1281.

<sup>244</sup> Dotevall (1989) s. 269 f.



avtal mellan bolaget och annat bolag och att han haft motstridiga intressen på grund av t.ex. delägarskap i det andra bolaget.<sup>245</sup>

En director som direkt eller indirekt har ett intresse i en transaktion där bolaget är inblandat, måste meddela the board om detta.<sup>246</sup> Stadgandet innebär ett förbud mot självkontrahering. Om ledamot underlåter att informera härom, kan bolaget ogiltigförklara avtalet mot varje medkontrahent och ledamoten kan tvingas betala den eventuella vinst han gjort på transaktionen, även om han kan visa att avtalet var *fair and reasonable*.<sup>247</sup>

Som en konsekvens av intressekonfliktsregeln tillåts inte en director utnyttja sin fiduciary position i förhållande till bolaget genom att dra ekonomisk nytta av affärsmöjligheter som tillkommer bolaget. Denna plikt kan liknas vid den amerikanska doktrinen om corporate opportunity. Den engelska regleringen är dock lite stelare eftersom engelska directors inte kan gynnas av transaktioner som genomförts på grund av deras position, om de inte bemyndigas av bolaget. Om vinsten gjorts i god tro och meddelats, kan den dock godkännas av bolagsstämman.<sup>248</sup>

## 5.2.2 Duties of skill and care

Vid förvaltningen av bolaget förväntas directors även handla med ”*reasonable care, skill and diligence*”. I det mycket betydelsefulla rättsfallet *Re City Equitable Fire Assurance Co*<sup>249</sup> etablerades följande kriterier vid bedömningen av directors aktsamhet:

1. En director förväntas visa sådan färdighet som rimligen kan förväntas av en person med hans ställning och erfarenhet.
2. En director förväntas inte ägna all sin tid och uppmärksamhet åt bolagets affärer.
3. Vid directors delegering av förvaltningsuppgifter till andra, är denne vid frånvaro av misstankegrunder, berättigad att förlita sig på att den person som uppgiften delegerats till utövar sin uppgift lojalt.

---

<sup>245</sup> Dotevall (2005) s. 127.

<sup>246</sup> Sec 317 CA.

<sup>247</sup> Dotevall (1989) s. 292.

<sup>248</sup> De Nicola, s. 113.

<sup>249</sup> [1925] 1 CH 407.

I tidigare rättspraxis fastslogs att graden av oaktsamhet som krävdes för att hålla director ansvarig var *gross negligence*, vilken är en högre grad av oaktsamhet än *ordinary negligence*. Denna grad av oaktsamhet fastslogs i det ovannämnda rättsfallet och återfinns även i ”The White Paper: The Conduct of Company Directors”<sup>250</sup>. Vid aktsamhetsbedömningen används en objektiv måttstock för att bedöma *directors care* och en subjektiv måttstock för att bedöma *directors skill*. Kravet på skill kan emellertid skärpas i avtal mellan bolaget och director. Aktsamhetsbedömningen uttrycks i *the White Paper*, där det uttalas att en director i sitt uppdrag för bolaget skall:

*”exercise that degree of care and diligence that a reasonable prudent person would exercise in comparable circumstances and that degree of skill which may reasonably be expected of a person of his knowledge”*<sup>251</sup>

I enlighet med *Re City* rättsfallet skall alltså vid bedömningen av the duty of care *”the ordinary prudent man”* användas som objektiv måttstock, vilket innebär att aktsamhetsstandarden i formella hänseenden sätts lågt. Detta låga krav som uppställs får till följd att director inte kan hållas ansvarig för skada som orsakats på grund av hans bristande kunskap och erfarenhet inom den i bolaget drivna verksamheten. Den objektiva aktsamhetsbedömningen kompletterades med ett subjektivt kriterie. Det förväntas som ovan sagts att ledamot endast visar sådan färdighet som rimligen kan förväntas av en person med hans ställning och erfarenhet. Resultatet blir detsamma som om man hade tillämpat den amerikanska *business judgement rule*. Anledningen till att aktsamhetsstandarden är satt mycket lågt anses ha att göra med domstolarnas försiktighet att vara normerande i affärsförhållanden och bedöma huruvida affärsbeslut är affärsmässigt rationella. Det låga kravet har dessutom i praktiken gjort det svårt att beivra oaktsamhet eller oskicklighet i utövandet av styrelsens uppdrag såvida det inte rör sig om grov vårdslöshet.<sup>252</sup>

En anledning till att bolagsledningens lojalitetsplikt är strängare än aktsamhetsplikten kan ha sin förklaring i att domstolarna anser att det är något mindre komplicerat att avgöra huruvida bolagsledningen uppträtt på ett sätt som inte gynnat bolagets intresse. Det har emellertid ställts krav på att bedömningen av *directors duties of skill and care* skall skärpas och på

---

<sup>250</sup> The Conduct Of Company Directors’. Departement of Trade: White Paper, Cmnd 7037, 1977.

<sup>251</sup> White Paper, Cmnd 7037, cit efter Dotevall (1989) s. 157.

<sup>252</sup> Olinder, R, Corporate governance-reformer i England avseende förhållandet mellan styrelsen och aktieägarna i börsbolag, Juridisk Tidskrift 1997-98 nr 4 s. 1054, Dotevall (2005) s. 75 f.

senare tid har följaktligen synsättet på director blivit strängare.<sup>253</sup> Det är inte endast den subjektiva egentliga kunskapen, *skill* och *care* som tas i beaktning utan även den objektiva kunskapen, *skill* och *care* som kan förväntas av en person som innehar posten som director i ett liknande bolag tas i beaktning.<sup>254</sup>

Vad beträffar delegeringskriteriet, har detta på senare tid renodlats till att betrakta director som oaktsam när denne tillåter delegering av förvaltningsuppgifter utan att utöva någon form av tillsyn av hur uppgifterna sedan utförs.<sup>255</sup>

Oaktsamma handlingar från bolagsledningens sida kan dock godkännas av bolagsstämman i efterhand, vilket får konsekvenser för aktieägares möjligheter att driva en derivativ talan (se avsnitt 5.3.1.2). Rättspraxis verkar vara samstämmig i konklusionen att när directors följer aktieägarnas instruktioner kan de inte vara vårdslösa eftersom aktieägarna inte har någon aktsamhetsplikt gentemot bolaget.<sup>256</sup>

### 5.2.3 Anspråk till följd av directors brott mot fiduciary duties

I den engelska rätten är den allmänna principen att directors har plikter gentemot bolaget eftersom de är bolagets agenter (samtliga aktieägares) och inte agenter till enskilda aktieägare. Directors har således inga plikter gentemot enskilda aktieägare. Denna princip slogs fast i rättsfallet *Percival v. Wright*<sup>257</sup> och har gällt sedan dess.

Appellationsdomstolen fastslog i rättsfallet *Stein v. Blake (No. 2)*<sup>258</sup> att vid fall då director gör sig skyldig till förskingring av bolagets tillgångar, anses directors plikter gälla gentemot bolaget. Det förelåg således inga plikter gentemot aktieägare trots att aktiernas värde hade sjunkit. Som ett resultat av detta kan aktieägare vid directors pliktförsummelse endast väcka en derivativ talan snarare än en direkt talan.

---

<sup>253</sup> De Nicola, s. 114.

<sup>254</sup> Norman v. Theodore Goddard (1991) BCLC 1028.

<sup>255</sup> Equitable Life Assurance Society v. Bowley (2003) BCC 829.

<sup>256</sup> Multinational Gas and Petrochemical Co. Ltd v. Multinational Gas and Petrochemical Services Co. (1983) 2 A11 ER 563.

<sup>257</sup> [1902] Ch. 421.

<sup>258</sup> [1998] 1 B.C.L.C 573, [1998] 1 All E.R. 724 (CA).

## 5.3 Derivativ talan som aktieägares kontrollmekanism

### 5.3.1 Foss v. Harbottle regeln

Institutet derivativ talan har sitt ursprung i England och uppkom redan på 1800-talet.<sup>259</sup> I engelsk bolagsrätt råder en generell princip som innebär att minoritetsaktieägare inte kan väcka talan med anledning av skada som förorsakats bolaget.<sup>260</sup> Denna regel har sitt ursprung i det uppmärksammade rättsfallet *Foss v. Harbottle*<sup>261</sup> som sedan sin tillkomst 1843 kommit att reglera möjligheterna att få väcka derivativ talan. Denna common law regel vilar på två av varandra avhängiga principer; *the majority rule principle* och *the proper plaintiff principle* samt flera undantag till dessa. Den senare principen har blivit vitt accepterad och betraktas som en hörnsten i modern bolagsrätt medan den förra är komplex, vag och kontroversiell.<sup>262</sup>

Ända sedan common law regelns tillkomst har den omgärdats av mycket kritik, särskilt den s.k. majoritetsprincipen. Problemen som regeln har medfört har gett upphov till olika reformarbeten med sikte att introducera en ny lagstadgad möjlighet till derivativ talan. En sådan förväntas att införlivas inom en mycket snar framtid (se avsnitt 5.7).

#### 5.3.1.1 The proper plaintiff principle

The proper plaintiff principle fastställdes för första gången i det kända rättsfallet *Foss v. Harbottle*, där det konstaterades att om ett fel har begåtts mot ett bolag har endast bolaget en exklusiv rätt att stämma för att få gottgörelse. Sir James Wigram VC uttryckte det som så att ”*the company is a separate person. The aggregate members of the corporation are not the same thing*” och när ett fel har begåtts mot någon, är den rätta kändanden den part som drabbats av skada. Å andra sedan är det en självklarhet att när ett fel har begåtts mot en enskild aktieägare, skall den enskilde aktieägaren kunna föra en egen, direkt talan på grund av personlig skada. I själva verket grundar sig principen på erkännandet att bolagets rättigheter skiljer sig från aktieägarens rättigheter.

Engelsk rätt identifierar även en närbesläktad princip, enligt vilken en aktieägare inte kan göra gällande skador som endast är en reflektion av bolagets skador. Aktieägare kan endast yrka skadestånd på grund av personlig förlust, som är separat och distinkt från bolagets förlust.

---

<sup>259</sup> De Nicola, s. 22.

<sup>260</sup> Dotevall (2005) s. 179.

<sup>261</sup> (1843) 2 Hare 461.

<sup>262</sup> Li, s. 20.

Denna ”no reflective loss” princip fastställdes i rättsfallet *Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd. (No 2)*.<sup>263</sup>

### 5.3.1.2 The majority rule principle

I *Foss v. Harbottle* poängterade Sir James Wigram VC även för första gången att domstolen inte skall lägga sig i oegentligheter som aktieägarmajoriteten lagligen kan besluta att godkänna. Detta synsätt har därefter kommit att följas och upprepats gång på gång. I rättsfallet *Edwards v. Halliwell*<sup>264</sup> gjorde Jenkins L.J. ett representativt uttalande, som betraktats som den bästa beskrivningen av principen:

*Where the alleged wrong is a transaction which might be made binding on the company or association and on all its members by a simple majority of the members, no individual member of the company is allowed to maintain an action in respect of that matter for the simple reason that, if a mere majority of the members of the company or association is in favour of what has been done, then cadit quaestio*<sup>265</sup>.

Majoritetsregeln har två syften. För det första betraktar regeln en enkel majoritet av aktieägare som det lämpliga organet att godkänna en påstådd pliktförsummelse och tillerkänner följaktligen den kollektiva naturen hos bolagsbeslut. För det andra förhindrar regeln minoritetsaktieägare från att initiera en derivativ talan, om den påstådda pliktförsummelsen bara är en oegentlighet som kan godkännas av majoriteten. Som allmän princip gäller fortfarande att det inte bör finnas någon rättslig inblandning i affärsmässiga beslut.<sup>266</sup>

Det finns flera rättfärdigandegrunder för nyss nämnda principer. För det första förhindrar de antalet derivativ talan.<sup>267</sup> Utan dessa principer, skulle varje enskild aktieägare tillerkännas rätten att stämma och bolaget skulle riskera att utsättas för ett stort antal rättsprocesser. För det andra har dessa principer, särskilt majoritetsregeln skapat en kontext där meningslösa eller resursslösande rättstvister kan komma att undvikas.<sup>268</sup> För det tredje, har syftet med majoritetsregeln, dvs. att domstolen inte skall beblanda sig i den interna misskötseln mot bolaget, kommit att skydda effektiviteten hos bolagsledningen och uppmuntrar det rättvisa

---

<sup>263</sup> [1982] Ch. 204.

<sup>264</sup> (1950) 2 All E.R. 1064.

<sup>265</sup> The matter admits of no further argument.

<sup>266</sup> Li, s. 21.

<sup>267</sup> Boyle, A.J, *Minority Shareholders' remedies*, Cambridge University Press, Cambridge (2002), s. 6.

<sup>268</sup> A.a. s. 7.

risktagandet som är nödvändigt för affärerna. Det är generellt accepterat att domstolen endast skall besluta i rättsliga frågor snarare än frågor av affärsmässig natur.<sup>269</sup>

### 5.3.2 När är en derivativ talan tillåten?

Engelska domstolar tillerkänner normalt sett fyra undantag till den s.k. Foss regeln. Dessa är; *the personal rights exception*, *the illegal* eller *ultra vires exception*, *the special majority exception* och *the fraud upon the minority exception*.<sup>270</sup> Är något av dessa undantag för handen kan alltså en aktieägare föra en derivativ talan med anledning av skada som drabbat bolaget. Rollen som svaranden kan enligt nuvarande engelsk rätt intas av majoritetsaktieägare, officers, anställda och directors. Kretsen av svaranden står dock inför förändring i och med den kommande Companies Bill, se avsnitt 5.7. Vidare är det värt att nämna att den engelska derivativa talan sällan tillämpas i publika bolag utan inleds nästan uteslutande i privata bolag.

#### 5.3.2.1 The “personal rights” exception

Detta undantag innebär att när en pliktförsummelse kränker en aktieägars personliga rättigheter, tillerkänns aktieägaren en möjlighet till upprättelse för den uppkomna skadan genom att kunna initiera en direkt talan. Eftersom detta undantag i själva verket beskriver en situation där Foss regeln inte är tillämplig, kan det inte anses vara ett riktigt undantag.<sup>271</sup>

#### 5.3.2.2 The “illegal or ultra vires acts” exception and the “special majority” exception

Principerna i Foss regeln är inte tillämpliga då bolagsledningen handlat i strid med lag eller utanför bolagets verksamhetsföremål eller överträtt sin behörighet eller befogenhet (*ultra vires*). Inte heller är de tillämpliga om den av minoritetsaktieägare angripna åtgärden endast kan beslutas eller godkännas i efterhand av bolagsstämman med kvalificerad majoritet, eftersom en enkel majoritet av aktieägare inte kan besluta eller godkänna en transaktion som kräver en större majoritet.<sup>272</sup> Det förra kallas ”the illegal or ultra vires acts” undantaget och det senare ”the special majority” undantaget.

---

<sup>269</sup> Li, s. 22.

<sup>270</sup> A.a. s. 23.

<sup>271</sup> A.st.

<sup>272</sup> Se exempelvis *Prudential Assurance Co. Ltd v. Newman Industries Ltd. (No 2)* (the Court of Appeal), [1982], Ch. 204, at 210 F-211 B.

### 5.3.2.3 The “fraud upon the minority” exception

Undantaget fraud upon the minority betraktas som det enda riktiga undantaget till Foss regeln.<sup>273</sup> Innebörden och rättfärdigandet av undantaget illustrerades i rättsfallet Prudential<sup>274</sup>:

*There is an exception to the (Foss) rule where what has been done amounts to fraud and the wrongdoers are themselves in control of the company. In this case the rule is relaxed in favour of the aggrieved minority, who are allowed to bring a minority shareholders’ action on behalf of themselves and all others. The reason for this is that, if they were denied that right, their grievance could never reach the court because the wrongdoers themselves, being in control, would not allow the company to sue.*

I enlighet med rättsfallet måste två villkor vara uppfyllda för att undantaget skall vara tillämpligt: existensen av ett ”fraudulent” handlande och existensen av ”wrongdoer control”. Olyckligtvis är inget av dessa villkor klart definierade i engelsk rätt.

Ordet *fraud* har en vidare mening än det vanliga uttrycket *deceit*. För att ett handlande skall uppgå till nivån fraud är det inte nödvändigt att det föreligger ett uppsåt till *defraud*, utan det är tillräckligt att ledamöterna i styrelsen brutit mot sina plikter gentemot bolaget. Detta aktualiseras när ”*directors use their powers, intentionally or unintentionally, fraudulently or negligently, in a manner which benefits themselves at the expense of the company*”.<sup>275</sup> Det vanligaste exemplet på fraud är att ledamot av bolagsledningen för egen del lägger beslag på tillgångar som rätteligen tillhör bolaget.<sup>276</sup>

Vad beträffar villkoret *the wrongdoer control* kräver engelska domstolar traditionellt sett att käranden (den klagande aktieägaren) visar att bolaget kontrolleras av skadegöraren innan vederbörande tillåts föra en derivativ talan.<sup>277</sup> I enlighet med Prudential rättsfallet föreligger en majoritetskontroll vid kontroll av mer än 50 % av rösterna. Anledningen till detta villkor är att engelsk rätt traditionellt sett föredrar ett bolags kollektivt fattade beslut om att inte stämma framför en enskild aktieägares derivativa talan. Aktieägaren måste således som en förutsättning för att kunna väcka en derivativ talan visa att ett rättvist kollektivt beslut inte kan

---

<sup>273</sup> Se exempelvis, Law Commission CP 142, (1996), part 4, Footnote 13.

<sup>274</sup> Se s. 211.

<sup>275</sup> Den vidare definitionen av ordet *fraud* introducerades först i samband med rättsfallet Daniels v. Daniels, (1978) Ch 406, 414.

<sup>276</sup> Dotevall (2005) s. 180.

<sup>277</sup> Law Commission CP 142 (1996), st. 4.12.

ha uppnåtts då skadegöraren kontrollerar en majoritet av aktieägarnas röster.<sup>278</sup> Denna förkärlek till kollektiva bolagsbeslut är ett utmärkande drag i engelsk rätt och har kommit att vidareutvecklas i rättsfallet *Smith v. Croft (No. 2)*<sup>279</sup> (se avsnitt 5.4.4).

## 5.4 Processuella frågor

### 5.4.1 Vem får väcka derivativ talan?

I engelsk rätt kan endast en nuvarande bolagsmedlem föra en derivativ talan.<sup>280</sup> En dåvarande bolagsmedlem tillerkänns inte en sådan rätt även om denne var medlem när felet begicks mot bolaget. Logiken i detta system ligger i att om den nuvarande medlemmen inte är villig att föra en derivativ talan är det inget som talar för att den dåvarande medlemmen skall vara det.<sup>281</sup> Å andra sidan kan en nuvarande medlem föra en derivativ talan även om denne anslutit sig till bolaget efter skadans inträffande. Följaktligen finns det inget krav på contemporaneous ownership som i den amerikanska bolagsrätten eftersom "*the right to bring proceedings as a member in respect of the wrong is part of the bundle of rights represented by a share and can be transferred to a transferee*".<sup>282</sup> Det faktum att sökanden inte var bolagsmedlem då den påstådda skadan inträffade är dock något som domstolen skall ta i beaktning vid beviljandet av tillstånd att föra en derivativ talan.<sup>283</sup>

Definitionen av bolagsmedlem finns i sec. 22 i CA från 1985 och lyder enligt följande: (1) *The subscribers of a company's memorandum are deemed to have agreed to become members of the company, and on registration shall be entered as such in its register of members.* (2) *Every other person who agrees to become a member of a company, and whose name is entered in its register of members, is a member of the company.*

### 5.4.2 Preliminary Hearing

Derivativ talan är föremål för regel 19.9 i the Civil Procedure Rules 1998 (CPR) som specifikt behandlar proceduren vid väckandet av en sådan talan. I enlighet med regeln, finns det flera grundläggande steg som måste följas. Till en början måste en (eller flera) förorättad

---

<sup>278</sup> Li, s. 26.

<sup>279</sup> (1988) Ch. 114.

<sup>280</sup> Law Commission CP 142 (1996), st. 20.32-20.34.

<sup>281</sup> Law Commission Report 246 (1997), st. 6.50.

<sup>282</sup> Law Commission Report 246 (1997), st. 6.98.

<sup>283</sup> Li, s. 67.



aktieägare göra anspråk på att bolaget är berättigad till kompensation<sup>284</sup>, och i det anspråket måste bolaget tillträda rollen som svaranden.<sup>285</sup> För det andra måste käranden, efter det att anspråket utfärdats, söka tillåtelse från domstolen att få fortsätta med anspråket.<sup>286</sup> Denna ansökan måste stödjas av skriftlig bevisning.<sup>287</sup> För det tredje, skall ansökningshandlingen och den skriftliga bevisningen tillhandahållas svaranden, åtminstone 14 dagar innan domstolen får ta del av dem.<sup>288</sup> Slutligen skall svaranden, i den mån domstolen beslutar att ge tillåtelse till fortsatt behandling av ärendet, utfärda ett svaromål inom 14 dagar efter det att tillåtelse givits eller inom en tidsperiod som domstolen specificerar.<sup>289</sup>

Regelns viktigaste kännetecken är att käranden måste få domstolens tillåtelse, för att kunna fortsätta med en derivativ talan. I annat fall tillåts inte aktieägaren gå vidare i förhandlingarna. Denna lagstadgade föreskrift baseras på ett beslut som fattades i rättsfallet *Prudential*. Appellationsdomstolen bekräftade i detta rättsfall att, innan beslut fattas om att fortsätta med en potentiellt lång och dyr rättegång, måste det göras en preliminär bedömning av grunderna i målet och i synnerhet en undersökning huruvida den påstådda pliktförsummelsen kan komma att godkännas i efterhand samt huruvida skadegöraren kontrollerar bolaget.

### 5.4.3 Tillgång till information

En aktieägare har inte obegränsad tillgång till bolagets dokumentation. Aktieägare kan endast inspektera författningsregistret, minutenböckerna och ledamöternas serviceavtal.<sup>290</sup> Det finns heller ingen rätt att inspektera bolagets filer inkluderat räkneregister. Svårigheten att före en rättegång erhålla adekvat bevisning som stödjer den påstådda pliktförsummelsen betraktas generellt som en väldigt viktig barriär mot framgångsrika aktieägarprocesser.<sup>291</sup>

### 5.4.4 The independent body

I rättsfallet *Smith v. Croft*<sup>292</sup> gjorde Knox J gällande att vid bestämmandet huruvida en derivativ talan skall fortsätta, borde domstolen beakta synpunkten från en ”*independent body*”. Anledningen till detta synsätt är att i en situation där en enkel majoritet av aktieägare inte har

---

<sup>284</sup> CPR, 19.9 (1).

<sup>285</sup> CPR, 19.9(2).

<sup>286</sup> CPR, 19.9(3)

<sup>287</sup> CPR, 19.9(4).

<sup>288</sup> CPR, 19.9(5).

<sup>289</sup> CPR, 19.9(6).

<sup>290</sup> CA 1985, secs. 318, 356,383,408.

<sup>291</sup> Boyle, s. 9.

<sup>292</sup> (No.2) [1988], Ch 144.

möjlighet att fatta ett processbeslut i bolagets bästa, såsom fallet är vid förekomsten av en wrongdoer control, är åsikten från ett oberoende organ fortfarande att föredra framför en enskild aktieägares derivativ talan.

Domstolen har inte till uppgift att bestämma huruvida ett fattat beslut är rätt eller fel utan skall endast tillse att det fattats på ett lagenligt och korrekt sätt.<sup>293</sup> Ett negativt processbeslut fattat av en independent body förhindrar en derivativ talan, men under förutsättning att beslutet fattats i god tro och för bolagets bästa. Följaktligen har detta rättsfall uppställt en ytterligare restriktion för den enskilde aktieägarens rätt att initiera en derivativ talan. Med andra ord är ett beslut fattat av en aktieägarmajoritet inte längre nödvändigt för att stoppa en derivativ talan.<sup>294</sup>

Vilka som skall utgöra en independent body är emellertid oklart i engelsk rätt. I rättsfallet föreslogs en flexibel lösning där Knox J var av åsikten att organet skulle *variera* "according to the constitution of the company concerned and the identity of the defendants who will in most cases be disqualified from participating by voting in expressing the corporate will".<sup>295</sup> I själva verket kan organet bestå av en grupp aktieägare, bolagsledamöter eller en bolagskommitté.<sup>296</sup> Vad beträffar storleken på the independent body finns för närvarande inga uppställda kriterier, men kan bestå av en väldigt liten grupp. Vilken vikt som skall fästas vid organets beslut kommer dock att variera beroende på dess storlek. I många fall är det även möjligt att ett sådant organ inte kommer att existera överhuvudtaget.<sup>297</sup>

Vidare finns det problem med den praktiska tillämpningen av the independent body. Det första problemet som uppstår är hur man skall bedöma organets oberoende. I Smith v. Croft hänvisade Knox J till det test som tillämpades av Appellationsdomstolen i rättsfallet *Allen v. Gold Reefs of West Africa Ltd.*<sup>298</sup> I rättsfallet bedömde man att oberoende förelåg i situationer där rösterna utövades "bona fide for the benefit of the company as a whole". Den andra betänkligheten rör effekten av organets åsikt, med andra ord huruvida deras beslut om att inte stämna är bindande för domstolen. I Smith v. Croft gjorde Knox J bedömningen att beslutet spelar en avgörande roll. För det tredje är det fortfarande oklart om vem som bär bevisbördan för organets åsikt. Fastän det i Smith v. Croft inte framhölls något krav på att käranden skulle

---

<sup>293</sup> De Nicola, s. 127.

<sup>294</sup> A.a. s. 30.

<sup>295</sup> (1988) Ch 114 at s. 185.

<sup>296</sup> Law Commission CP 142 (1996), st. 4.29.

<sup>297</sup> Law Commission CP 142 (1996), st. 4.18.

<sup>298</sup> [1990] 1 Ch. 656

bevisa att organet också fattat ett beslut om att stämma svaranden, verkar det vara klarlagt att om svaranden kan visa att den klagande aktieägaren inte har stöd från organet, skall denna talan inte tillåtas. Detta må hindra en derivativ talan i betydlig utsträckning.

#### **5.4.5 Avtal att aktieägare skall hållas skadelös av bolaget**

Ett återkommande problem i England, likväl i alla övriga jurisdiktioner, är finansieringen av en derivativ talan. Den generella principen vad beträffar kostnadsfördelning är i engelsk rätt att ”*the costs follow the event*”<sup>299</sup>, med andra ord betalar den förlorande parten den vinnande partens kostnader såväl som sina egna. Denna generella princip är dock orimlig vid en derivativ talan då kompensationen tillfaller bolaget och den klagande aktieägaren endast gynnas indirekt. I en situation då den klagande aktieägaren själv måste bära kostnaderna samtidigt som denne inte kan gynnas på ett direkt plan, förlorar han/hon incitament till att väcka en derivativ talan. I anledning av detta introducerades ett undantag till ovannämnda princip som är tillämpligt vid en derivativ talan i rättsfallet *Wallersteiner v. Moir (No. 2)*.<sup>300</sup> I detta rättsfall fastställde Appellationsdomstolen att en klagande aktieägare kan tilldelas rätten att hållas skadelös av bolaget för att kunna täcka hans/hennes kostnader. Detta undantag regleras numera i CPR från 1998 i regel 19.9 (7). I enlighet med denna regel har domstolen möjlighet att besluta att bolaget skall belöna minoritetsaktieägare med ett sådant avtal, men endast under förutsättning att aktieägaren vid talans väckande handlat i god tro och med förnuftighet. Regeln gäller även om talan misslyckas. En ansökan om skadeersättning kan göras i samband med att en ansökan om prövningstillstånd görs.<sup>301</sup>

#### **5.4.6 The conditional fee agreement**

Innebörden och följden av denna typ av avtal har behandlats ovan i amerikansk rätt, se avsnitt 4.7.1. I amerikansk rätt är systemet utbrett och betraktas som ett starkt incitament till att uppmuntra derivativ talan. I England däremot har systemet traditionellt sett ansetts stå i strid med allmän policy. Trots att engelsk rätt nyligen utvecklat *the conditional fee agreement*, som betraktas som ett steg närmre mot den amerikanska contingency fee arrangement, är det fortfarande oklart huruvida den förra kan tillämpas vid en derivativ talan.<sup>302</sup> I enlighet med

---

<sup>299</sup> CPR 44.3 (2) (a).

<sup>300</sup> [1975] QB 373

<sup>301</sup> Boyle, s.36 f.

<sup>302</sup> De skilda inställningarna till the conditional fee agreement existerade redan i rättsfallet *Wallersteiner v. Moir (No 2)* [1975] QB 373. Lord Denning var av åsikten att systemet skulle tillämpas vid derivativ talan medan

detta system, kan en advokat kräva ett normalt arvode då klienten vinner målet. Skulle klienten förlora målet är han/hon inte tvungen att betala advokatens kostnader men kan möjligtvis bli tvungen att betala andra kostnader, såsom den vinnande partens kostnader. Denna typ av avtal är tillämpligt vid alla typer av processer med undantag för brottmål och familjerättsliga mål. Engelska domstolar visar dock en tveksamhet till att tillämpa systemet vid en derivativ talan och fram tills idag finns inga sådana mål.<sup>303</sup>

### **5.4.7 Begränsning av directors finansiella ansvar**

En director i engelsk rätt kan endast eliminera eller reducera sitt eventuella ansvar för skador och sin kostnadsbörda vid en derivativ process genom att be bolaget teckna en D & O försäkring å hans/hennes vägnar. Detta regleras i den nya sec. 309 A (5) CA från 1985. En director kan dock inte hållas skadelös av bolaget om domen vid en civilprocess är till hans nackdel.<sup>304</sup>

## **5.5 Alternativa kontrollmekanismer för minoriteten**

### **5.5.1 The unfair prejudice remedy**

I engelsk rätt gäller fortfarande som allmän princip att, enbart ” *director’s break of fiduciary duties*” inte alltid kan läggas till grund för skadeståndstalan från enskild aktieägare, eftersom majoriteten i många fall kan godkänna en sådan åtgärd. I CA från 1985 påläggs bolagets directors ytterligare plikter utöver de som gäller enligt common law. Dessa plikter har främst till syfte att undvika intressekonflikter och kan i specifika fall ligga till grund för en derivativ talan från aktieägare. De viktigaste reglerna i detta sammanhang återfinns i secs. 459, 460 och 461 i CA 1985.<sup>305</sup> Av särskilt intresse i detta sammanhang är regeln i sec. 459 (1), även kallad the unfair prejudice remedy, som ursprungligen introducerades då common law regleringen av derivativ talan inte ansågs bereda tillräckligt skydd för aktieägarminoriteten.<sup>306</sup>

Det avsedda syftet med regeln, att stärka minoritetens ställning har till viss grad uppnåtts. Nuförtiden är the unfair prejudice remedy i praktiken den främsta mekanismen för att tillförsäkra minoritetsaktieägare skydd, särskilt i små privata bolag. The unfair prejudice

---

majoriteten av Appellationsdomstolen vidhöll att domstolen varken har makt eller god anledning till att tillämpa systemet.

<sup>303</sup> Li, s. 75 f.

<sup>304</sup> Sec. 309 B i CA 1985.

<sup>305</sup> Dotevall (1989) s. 464 f.

<sup>306</sup> Boyle (2002) s. 90; Law Commission CP 142 (1996), st. 7.11.

remedy är mer populär och mer frekvent åberopad än alla övriga minoritetsmaktmedel som finns tillgängliga tillsammans (däribland möjligheten till derivativ talan).<sup>307</sup>

Sec. 459 i CA tillåter varje aktieägare att väcka skadeståndstalan mot ledamöterna av bolagsledningen på följande grunder:

*“A member of a company may apply to the court by petition for an order under this Part on the ground that the company’s affairs are being or have been conducted in a manner which is unfairly prejudicial to the interest of some part of the members (including at least himself) or that any actual or proposed act or omission of the company (including an act or omission on its behalf) is or would be so prejudicial.”*

Stadgandet innebär alltså att aktieägare kan väcka talan direkt mot bolaget för förfaranden som utgör ”unfair prejudice” (otillbörligt förfång). Trots att det är oklart om vad som faller in under begreppet och det heller inte finns en exakt definition har man i rättspraxis uppställt vissa riktlinjer.<sup>308</sup> 1) Ordet *prejudice* kan exempelvis innefatta en situation där aktieägarens aktier sjunker eller riskerar att sjunka i värde eller uteslutning från bolagsledningen. 2) Förfång mot minoriteten måste vara otillbörligt. 3) Testet huruvida det rör sig om otillbörligt förfång är ett objektiva sådant. 4) Olagligt handlande utgör inte nödvändigtvis otillbörligt förfång.

Värt att notera är att regeln endast är tillämplig då åtgärden skadat viss aktieägare i bolaget<sup>309</sup> och kan alltså inte åberopas då alla aktieägare drabbats lika. Ett vanligt exempel på detta är en åtgärd som gynnar majoritetsaktieägare i ekonomiskt hänseende på bekostnad av minoritetsaktieägare.<sup>310</sup> Det finns emellertid ett krav som måste uppfyllas för att talan skall kunna väckas. Talan skall först föregås av ett ansökningsförfarande varvid domstolen gör en preliminär bedömning av grunderna innan de beviljar aktieägarnas ansökan. Det är dock svårt att vinna gehör eftersom handlingarna måste vara att bedöma som grovt oaktsamma. Redan i ansökningsförfarandet måste aktieägaren styrka det otillbörliga förfarandet.<sup>311</sup> Även den

---

<sup>307</sup> Värt att notera är att regeln endast spelar en viktig roll i små och medelsstora bolag. Det är tveksamt huruvida denna regel kan tillämpas i publika bolag, se Sealy, Len, ”Shareholders’ Remedies in the Common Law World”, CfiLR 2, (1997), 172-184, s. 174.

<sup>308</sup> Dessa riktlinjer går att finna i exempelvis Law Commission CP 142 (1996), st. 9.21-9.30.

<sup>309</sup> Läs uttrycket ”the interest of some part of the members”.

<sup>310</sup> Dotevall (1989) s. 465.

<sup>311</sup> Olinder, s. 1057.

generella principen om att domstolar inte skall besluta i affärsrättsliga frågor ger upphov till en ovillighet hos domstolen att bedöma en handling som *unfair prejudice*.<sup>312</sup>

I fallet då domstolen finner en ansökan välgrundad regleras vilken typ av kompensation (remedy) som kan komma i fråga i sec. 461 i CA. Stadgandet ger domstolen en långtgående möjlighet att ”*make such order as it fits for giving relief in respect of the matters complained of*”. Section 461 (2) listar en rad olika typer av *remedies* som domstolen kan belöna käranden med. Dessa inkluderar: reglering av bolagets framtida förvaltning av affärer, krav att bolaget avhåller sig från att vidta eller fortsätta med en av sökanden angripen åtgärd, berättigande till civilprocesser i bolagets namn och å bolagets vägnar och slutligen tillhandahållandet av möjligheten för en medlem att sälja sina aktier till en annan medlem eller till bolaget (inlösen). En förutsättning för att erhålla dessa remedies är dock att sökanden gör gällande vilka remedies han/hon söker.

#### **5.5.1.1 Relationen mellan section 495 och derivativ talan**

Som beskrivits ovan kan regeln om *unfair prejudice* tillämpas i situationer då bolaget förorsakats skada på grund av misskötsel. Denna tillämpning suddar ut distinktionen mellan den typ av kompensation som erbjuds i sec. 495 och den derivativa talan. Mycket av det handlande som regleras i sec. 495 faller även inom ramen för systemet med en derivativ talan. Denna oklarhet väcker en del frågor, som huruvida sec. 495 borde ersätta den derivativa talan eller om en separat derivativ talan fortfarande är nödvändig. I själva verket är relationen mellan dessa minoritetsmaktmedel fortfarande oklar i engelsk rätt.<sup>313</sup>

#### **5.5.2 DTI undersökningar**

Aktieägare kan utöver civilprocesser begära att Department of Trade and Industry (DTI) tillsätter inspektörer för att vidta administrativa undersökningar av bolaget. En sådan begäran förutsätter en ansökan från 200 medlemmar eller från medlemmar som innehar minst tio procent av aktiekapitalet.<sup>314</sup> I situationer där ledamöterna i bolaget missbrukat sin ställning eller på annat sätt handlat ohederligt eller lagstridigt kan en sådan begäran göras av varje medlem. DTI kan till följd av sina undersökningar vidta mer eller mindre långtgående

---

<sup>312</sup> Boyle, s. 100 f.

<sup>313</sup> Li, s. 40.

<sup>314</sup> Sec. 431-432, CA 1985.

åtgärder, alltifrån att väcka talan å bolagets vägnar<sup>315</sup> till att initiera straffrättsliga förundersökningar.

## 5.6 Den derivativa talans roll i England

Common law regleringen av derivativ talan spelar en oväsentlig roll i praktiken när det kommer till disciplinering av bolagsledningen och skyddandet av bolagets och minoritetens intressen, särskilt i publika bolag. I själva verket är minoritetsaktieägares derivativa talan mot *wrongdoers* sällsynta.<sup>316</sup> Det finns flera faktorer som bidrar till dess oviktiga roll.

Den främsta anledningen till att common law om derivativ talan tillämpas så sällan är de strikta kraven som uppställs i engelsk rätt för att kunna initiera en sådan. Dessa strikta krav gör det svårt att ens få till stånd en behandling av ärendet. Professor Sealy poängterade att i England har regeln formulerats och tillämpats:

*... in a progressively more and more restrictive way to the point where it would be either a very bold or a very foolish lawyer who would allow or encourage his shareholder client even to think of starting derivative action.*<sup>317</sup>

De svårigheter en aktieägare möter vid initiering av en derivativ talan under common law reflekterar i själva verket den traditionella engelska attityden gentemot derivativ talan och syftena med den. För det första har engelska domstolar traditionellt sett varit motvilliga att beblanda sig i den interna bolagsstyrningen. Professor Sealy menar att denna princip om icke-rättslig inblandning är den främsta anledningen till att den engelska rätten uppställer så strikta krav vid väckandet av en derivativ talan, även om detta aldrig uttryckts explicit.<sup>318</sup>

Vad beträffar balansen mellan bolagseffektivitet och skyddandet av minoritetsaktieägare har engelsk rätt konsekvent främjar det förstnämnda.<sup>319</sup> För det andra har utvecklingen av engelsk rätt visat en ” *marked judicial antipathy, even hostility towards the minority shareholder who comes before the court as a litigant* ”.<sup>320</sup> Denna rättsliga motvilja är till och med mer uppenbar mot minoritetsaktieägare i stora publika bolag, eftersom sådana bolag är ofantligt stora och

---

<sup>315</sup> Sec. 438, CA 1985.

<sup>316</sup> Sealy, L.S. ”The Problems of Standing, Pleading and Proof in Corporate Litigations”, in B.G Pettet (ed.), *Company Law in Change*, Stevens & Sons, (1987), 1-21, s. 1.

<sup>317</sup> Sealy (1997) s. 179.

<sup>318</sup> Sealy (1987) s. 4.

<sup>319</sup> Li, s. 34.

<sup>320</sup> Sealy (1987) s. 2.

spelar en stor roll i ekonomin, och för att minoritetsaktieägare i det avseendet har en mindre ansats att väcka en derivativ talan.<sup>321</sup> I själva verket har man i engelsk rätt ihärdigt oroat sig för risken för missbruk av derivativ talan snarare än det otillräckliga skyddet för bolaget och dess minoritetsaktieägare.<sup>322</sup>

För det tredje har den engelska common law framhävt den kollektiva naturen hos bolagsbeslut. En individuell aktieägars derivativa talan skall vara föremål för ett lämpligt kollektivt beslutsfattande organ. Följaktligen utgör den derivativa talan den sista utvägen för en enskild aktieägare.<sup>323</sup> Vad beträffar balansen mellan bevarandet av den kollektiva naturen hos bolagsbeslut och upprätthållandet av ledamöters plikter och skyddet för minoriteten främjar engelsk rätt ännu en gång det förstnämnda.<sup>324</sup>

Ett fjärde skäl till varför den derivativa talan intar en obetydlig roll i engelsk rätt är att det till stor grad förlitas på publik verkställighet. Detta får till följd att rättsprocessens roll blir begränsad. I England har exempelvis, till skillnad från USA, utvecklats en välfungerande publik verksamhet som komplement till det privata.<sup>325</sup>

Ett femte skäl för den derivativa talans oviktiga roll är det faktum att det existerar alternativa kontrollmekanismer som är mer attraktiva. Minoritetsaktieägare har i England tre huvudsakliga kontrollmekanismer: den derivativa talan, the unfair prejudice remedy och en aktieägars rättigheter härledda ur bolagsordningen. Bland dessa utgör the unfair prejudice remedy den viktigaste på grund av regelns praktiska syften. Denna flexibla kontrollmekanism kompletterar den derivativa talan i stor utsträckning eftersom den är tillämplig i situationer där skada förorsakats bolaget och där käranden kan bli kompenserad för sin reflektiva förlust. Det är dock viktigt att ha i minnet att både den derivativa talan och the unfair prejudice remedy huvudsakligen bereder skydd för minoritetsaktieägare i privata bolag. Det finns vissa hinder för att tillämpa dessa skyddsregler för minoritetsaktieägare i publika bolag. Den engelska strategin för att disciplinera bolagsledningen och skydda bolagets och minoritetsaktieägars intressen är, särskilt i publika börsbolag, huvudsakligen marknadsrelaterad.<sup>326</sup>

---

<sup>321</sup> Boyle, s. 12 f.

<sup>322</sup> Li, s. 34.

<sup>323</sup> Se Smith v. Croft (No 2), [1982] Ch. 204.

<sup>324</sup> Li, s. 34.

<sup>325</sup> Se exempelvis sec 432 CA 1985, Kraakman, s. 117.

<sup>326</sup> Li, s. 84 f.



## 5.7 Reformarbetet

I England har den derivativa talan traditionellt reglerats av den kända *Foss v. Harbottle* regeln och de ändringar som regeln genomgått under årens lopp. I enlighet med denna common law regel, tillerkänns en enskild aktieägare en rätt att väcka en derivativ talan endast i undantagsfall. *Foss* regeln har sålunda starkt kritiserats, bland annat för att vara komplicerad, komplex och instabil. Regeln har sedan dess tillkomst 1843, utvecklats men alla domar har inte nödvändigtvis varit förenliga med varandra. Faktum är att det är svårt att definiera vad *Foss* regeln egentligen innebär och den betraktas som bolagsrättens djupaste mysterium.<sup>327</sup> Dessutom tillgodoser den knappast minoritetsaktieägares behov av en effektiv skyddsmekanism och den utgör heller inte ett bra verktyg för kontroll av bolagsledningen. I engelska universitet har man till och med slutat att lära ut *Foss* regeln.<sup>328</sup> Det är allmänt erkänt i engelsk rätt att den nuvarande regleringen av derivativ talan är i behov av reformering.<sup>329</sup> På grund av de problem som common law regleringen av derivativ talan har gett upphov till, har förslag på en lagstadgad derivativ talan presenterats och förväntas införlivas inom en snar framtid.<sup>330</sup>

I *The Law Commissions Consultation paper* beskrivs fyra huvudsakliga problem med den common law stadgade derivativa talan.<sup>331</sup> För det första är regeln oklar och gammalmodig. Den går bara att finna i rättspraxis, som dessutom till stor del innehåller äldre rättsfall. Det är för övrigt svårt att förena rättsfallen med varandra.<sup>332</sup> För det andra kan kändaren väcka en derivativ talan endast om han/hon kan bevisa att skadegöraren innehar en kontrollfunktion i bolaget (s.k. wrongdoer control).<sup>333</sup> I den nu gällande regleringen är innebörden av begreppet oklar och restriktiv. För det tredje kan inte en minoritetsaktieägare väcka derivativ talan vid directors brott mot duty of care and skills såvida han/hon inte kan bevisa att försummelsen gynnat the wrongdoer eller att directors underlåtenhet att väcka en talan utgör fraud on the minority.<sup>334</sup> För att en minoritetsaktieägare skall kunna väcka en derivativ talan måste

---

<sup>327</sup> Li, s. 19.

<sup>328</sup> Sealy (1997), s. 180.

<sup>329</sup> Se Law Commission Report 246 (1997), executive summary.

<sup>330</sup> Li, s. 19.

<sup>331</sup> Law Commission CP 142 (1996), st. 14.1-14.4.

<sup>332</sup> Law Commission CP 142 (1996), st. 14.2.

<sup>333</sup> Law Commission CP 142 (1996), st. 14.2.

<sup>334</sup> Law Commission CP 142 (1996), st. 14.3.

hans/hennes ärende behandlas i ett förberedande stadie, vilket resulterar i en utdragen och kostsam process.<sup>335</sup> Detta är det fjärde problemet som påtalades av Law Commission.

Reformeringen av den common law reglerade derivativa talan har således huvudsakligen fokuserats på dessa fyra nämnda problem. Vidare anses en reformering av regleringen av derivativ vara ett måste för att komma i takt med den internationella trenden. Efter en granskning av utvecklingen i andra länder insåg *the Law Commission* att:

*”In an age of increasing globalization of investment and growing interest in corporate governance, greater transparency in the requirements for a derivative action is in our view highly desirable”*<sup>336</sup>

Institutet derivativ talan har under en lång tid varit ett högt diskuterat ämne och flera förslag på reformer har framlagts ett flertal gånger, det första var *the Law Commission Report* från 1997<sup>337</sup> där man rekommenderade en introduktion till en lagstadgad derivativ talan. The Law Commission exkluderade i sitt förslag andra personer (majoritetsaktieägare, anställda och andra senior directors) än directors från kretsen av personer som kan stå till ansvars vid en derivativ talan.<sup>338</sup> Begreppet director innefattar även en före detta director och en *shadow director*<sup>339</sup>. Shadow directors är personer som öppet eller i det fördolda har ett bestämmande inflytande i bolaget utan att ha utsetts till styrelseledamöter eller verkställande direktör.<sup>340</sup> Förslaget från the Law Commission kom hösten 1997 och utgjorde enbart en rekommendation.

I mars 1998 startade DTI ett treårigt projekt för att granska kärnan i den brittiska bolagsrätten inklusive aktieägares möjligheter till kompensation. En oberoende och icke politisk grupp, Company Law Review Steering Group (CLR), vars medlemmar tillsattes av DTI, var ledande i detta projekt. Förslaget från the Law Commission fick stöd av CLR och från the Government of White Paper (mars 2005), vilka fastställde att den kommande Companies Bill skulle placera *”derivative actions on a statutory footing”*.<sup>341</sup> Slutligen introducerades the *Company Law Reform Bill* i överhuset i november 2005, vilken innehöll ett kapitel om

---

<sup>335</sup> Se exempelvis rättsfallet *Smith v. Croft*, där den preliminära bedömningen tog 18 dagar. Se Law Commission CP 142 (1996) st. 6.6 och 14.4.

<sup>336</sup> Law Commission Report 246, (1997).

<sup>337</sup> Law Commission, *Shareholders Remedies* (1997), Law Com No, 246.

<sup>338</sup> De Nicola, s. 128 f.

<sup>339</sup> Law Commission CP 142 (1996), stycke 16.8; Law Commission Report 246 (1997), stycke 6.24.

<sup>340</sup> Svernlöv, s. 169 f.

<sup>341</sup> *Company Law Reform* (Cm6456, 2005).

derivativ talan, och fördes vidare till underhuset i maj 2006.<sup>342</sup> I juli 2006 blev the Bill färdigbehandlat i underhuset och titeln the Company Law Reform Bill ändrades till the Companies Bill. Till följd av detta väntas en ny *Company Act* att träda i kraft den närmsta framtiden. Vad gäller reformeringen av derivativ talan har både Companies Bill och CLR i princip undertecknat the Law Commissions rekommendationer, dock med vissa restriktioner. Man har exempelvis i Companies Bill slopat kravet på att domstolen skall iaktta oberoende organs utlåtande. Man har även slopat möjligheten till andra former av kompensation.<sup>343</sup> The Companies Bill föreslår att man ersätter den nuvarande common law regleringen av derivativ talan med en lagstadgad sådan och syftet med den skulle vara att introducera:

*”a new derivative procedure with more modern, flexible and accessible criteria for determining whether a shareholder can pursue an action”.*<sup>344</sup>

I sec. 260 Companies Bill definieras ”derivativ talan” som en talan som väcks av en bolagsmedlem a) med grund i en för bolaget rätt att föra talan b) för att söka lättnad å bolagets vägnar. En derivativ talan skall enligt Companies Bill kunna väckas med stöd av den nya lagstadgade regleringen eller som en konsekvens av sec. 459, den s.k. unfair prejudice remedy.<sup>345</sup> I sec. 260 (3) har Companies Bill fastställt att grunden för derivativ talan kan uppstå från:

*“An actual or proposed act or omission involving negligence, default breach of duty or breach of trust by a director of the company. The cause of action may be against the director or another person or both”.*

Denna formulering är snarlik det förslag som framfördes av the Law Commission. Även i Companies Bill inkluderar begreppet director en före detta director och shadow director.<sup>346</sup> Vidare kräver inte längre Companies Bill att felet uppgår till *fraud* och tillerkänner aktieägare möjligheten att väcka en derivativ talan redan vid oaktsamhet från directors sida. I sec. 261 regleras kravet på en aktieägare att ansöka om tillstånd hos domstolen, som en förutsättning för att kunna fortsätta med processen. Den nya lagstadgade derivativa talan skall enligt

---

<sup>342</sup> De Nicola s. 128 f, Li s. 32 f.

<sup>343</sup> De Nicola, s. 131 f.

<sup>344</sup> Law Commission Report 246 (1997) Company Law Reform Bill (190-EN) Part 11, Chapter 1 (Derivative Claims and Proceedings by Members), st. 468; part 11 Chapter 1 of Company Law Reform Bill (190) är nu Part 11, Chapter 1 av Bill 218.

<sup>345</sup> De Nicola, s. 129

<sup>346</sup> Sec. 206, st 6.

Companies Bill tillämpas på en påstådd pliktförsummelse (vilka plikter som helst) från directors sida och det är inte nödvändigt för käranden att bevisa att den som agerat olagligt har en kontrollfunktion, vilket i sig kan förbättra möjligheterna för minoritetsaktieägare även i publika bolag att väcka en derivativ talan. Att en oberoende organ fattat ett negativt processbeslut, dvs. beslutat att inte stämma, skall enligt förslaget inte hindra aktieägares möjligheter att initiera en derivativ talan.

Det finns således ingen tvekan om att the Companies Bill kommer att stärka minoritetsaktieägarnas rätt att väcka en derivativ talan. Den nya lagen är dessutom mer tillgänglig och förutsägbar. Den nya regleringen är dock inte ämnad att formulera en självständig regel som ska ersätta *Foss* regeln. I själva verket bibehåller the Bill fortfarande det traditionella synsättet att inte gynna den derivativa talan, dvs. att den endast kan väckas i vissa begränsade situationer och att den inte kommer att påverka den rådande balansen mellan bolagseffektivitet och skyddet för minoriteten. Detta kan konkretiseras genom två exempel: möjligheten att väcka en derivativ talan är begränsad till pliktförsummelse från ledamots sida och en tvåstegsprocess krävs i den preliminära bedömning som i sin tur är nödvändig vid beviljande av prövningstillstånd. Ett annat utmärkande drag i det nya lagstadgandet är att domstolen tillerkänns ett större handlingsutrymme vid kontrollen av den derivativa talan. I detta nya system kommer rättslig översikt att utgöra den främsta metoden för att upprätthålla balans mellan bolagseffektivitet och skyddet för minoriteten, till skillnad från det gamla systemet (dvs. gällande rätt idag) som präglades av processuella och substantiella hinder för initiering av en derivativ talan.<sup>347</sup>

The Law Commission medger dock att den nya lagstadgade derivativa talan inte kommer att medföra en betydelsefull förändring av möjligheten till att väcka en sådan talan och den bör heller inte bidra till en större ökning av rättstvister.<sup>348</sup>

Det finns skilda åsikter i doktrin rörande effekten av Companies Bill. Vissa är skeptiska till den derivativa talans förmåga att utgöra ett praktiskt rättsligt instrument för minoritetsaktieägare.<sup>349</sup> Andra är antingen optimistiska rörande nyttan av de mindre

---

<sup>347</sup> Li, s. 83 f.

<sup>348</sup> Law Commission Report 246 (1997), st. 6.13.

<sup>349</sup> Reisberg, Arad, Theoretical Reflections on Derivative Actions in English Law: The representative Problem. ECFR, 2006, s. 107.

förändringar som gjorts i Companies Bill eller tveksamma till huruvida det större ansvar som directors antas få kommer att göra England till en mindre attraktiv plats för investerare.<sup>350</sup>

## **6 Komparativ analys**

Möjligheterna för aktieägare att väcka derivativ talan mot bolagsledningen samt betydelsen och den verkliga effekten av en sådan talan skiljer sig åt i de jämförda länderna. Detta framgår av den deskriptiva redogörelsen i uppsatsen. Vi har i följande avsnitt valt att belysa de mest framträdande likheterna och skillnaderna i de olika rättssystemen samt dragit slutsatser av vad dessa kan innebära ur ett corporate governance hänseende.

### **6.1 Vem kan väcka en derivativ talan och mot vem/vilka?**

#### **6.1.1 USA**

Käranden i en derivativ talan är den enskilde aktieägaren som måste inneha vissa grundläggande karaktärsdrag. Dessa regleras i Federal Rules och inkluderar i synnerhet ett continuous interest, dvs. det faktum att han/hon förblir en aktieägare genom hela processen och ett contemporaneous interest, dvs. det faktum att han/hon var aktieägare när den påstådda pliktförsummelsen ägde rum gentemot bolaget. Slutligen är det domstolen som avgör aktieägarens rätt att föra talan vad avser aktieägarens lämplighet att representera övriga aktieägare. En aktieägare är exempelvis inte en lämplig representant då han/hon inte är insatt eller intresserad av det aktuella målet.

Svaranden i en derivativ talan är den/dem som förorsakat bolaget en skada. I realiteten väcks de flesta derivativ talan mot directors, executives eller kontrollerande aktieägare snarare än mot tredje part.

#### **6.1.2 England**

I engelsk rätt kan endast en nuvarande bolagsmedlem föra en derivativ talan. En dåvarande bolagsmedlem tillerkänns inte en sådan rätt även om denne var medlem när felet begicks mot bolaget. Å andra sidan finns inget krav på contemporaneous ownership som i den amerikanska rätten utan det är oväsentligt huruvida skadan inträffat före eller efter det att personen som vill väcka en derivativ talan blev medlem i bolaget. Detta stadgande är i linje

---

<sup>350</sup> De Nicola, s 132.

med tidigare rättspraxis. Vidare måste den klagande aktieägaren handla i god tro dvs. han/hon måste visa att han/hon står inför domstol med ”*clean hands*”.

I nuvarande engelsk rätt kan majoritetsaktieägare, officers, anställda och directors inta rollen som svaranden i en derivativ talan. I den nya Companies Bill har man dock inskränkt kretsen av svaranden till att endast innefatta directors. Med director inbegrips även en före detta director och en shadow director.

### **6.1.3 Sverige**

I Sverige krävs för att kunna väcka en derivativ talan att aktieägare innehar tio procent av bolagets aktiekapital. Detta regleras i ABL 29:7. I övrigt är det i princip omöjligt för enskilda aktieägare att väcka derivativ talan. Bestämmelserna rörande bolagsledningens skadeståndsansvar gentemot bolaget regleras i aktiebolagslagens 29:e kap.

Svaranden i en derivativ talan är styrelseledamot och verkställande direktör.

### **6.1.4 Slutsats**

En skillnad som uppvisas i de olika ländernas rättssystem är de formella möjligheterna att väcka skadeståndstalan i bolagets namn. I USA är det tillräckligt att inneha en enda aktie för att kunna initiera en derivativ talan till skillnad från Sverige som uppställer en tröskel på tio procent av aktiekapitalet. I engelsk rätt tillerkänns varje nuvarande medlem av bolaget en rätt att väcka en derivativ talan. Till synes verkar skadeståndsmöjligheterna vara likartade i amerikansk och engelsk rätt men i praktiken är det inte så. Den engelska liberala attityden mot sökande aktieägare begränsas genom domstolens strikta tillämpning av the proper plaintiff principle som fastställer bolagets exklusiva rätt att stämma. Vad beträffar svensk rätt är det sällan aktieägare uppnår tioprocentspärren. Det är av denna anledning inte uppseendeväckande att gruppen av käranden är betydligt fler i USA än i de andra jämförda länderna.

När det kommer till kretsen av svaranden skiljer sig ansvarsreglernas utsträckning i de olika rättsordningarna. I amerikansk och nuvarande engelsk rätt omfattar begreppet svaranden en vidare krets av personer till skillnad från svensk rätt som endast inbegriper personer i bolagsledningen.

En annan märkbar skillnad mellan de olika rättsordningarna är kravet på contemporaneous ownership. Amerikanska domstolar har alltid betraktat det som orättvist att en person som köper aktier efter skadans inträffande sedan skall kunna väcka en talan i anledning av denna skada. I det engelska systemet tillåter man till skillnad från det amerikanska en derivativ talan oberoende av vilket datum aktieägaren förvärvat aktierna. I svensk rätt behandlas inte denna fråga, varken i lagtext eller i doktrin.

## **6.2 Vilka hinder uppställs för en derivativ talan och varför?**

### **6.2.1 USA**

I amerikansk rätt måste en klagande aktieägare framföra en begäran till styrelsen eller ansöka om undantag till detta krav, en s.k. demand futility innan denne kan initiera en derivativ talan. Syftet med en begäran är att erbjuda styrelsen en möjlighet att beakta stridigheterna innan en individuell aktieägare ställer sig inför domstol. Även i situationer där undantag beviljas kan en special litigation committees beslut om att inte stämna uppställa ytterligare en restriktion i möjligheten att föra en derivativ talan. I vissa delstater måste en klagande aktieägare dessutom ställa säkerhet för skäliga utgifter i den mån vederbörande inte uppnår ett visst lagstadgat minimumintresse i bolaget. Det skall vidare tilläggas att en föreslagen förlikning eller ett avvisande av en derivativ talan i vissa fall måste godkännas av den kompetenta domstolen.

### **6.2.2 England**

För att kunna väcka en derivativ talan under engelsk rätt måste en klagande aktieägare uppfylla tre kriterier, som i praktiken gör det svårt att initiera en sådan talan. För det första måste han/hon visa att pliktförsummelsen central för hans talan icke går att godkänna i efterhand av en majoritet av aktieägare. För det andra måste han/hon visa att det föreligger en wrongdoer control och slutligen får inte ett oberoende organ ha fattat ett negativt processbeslut, dvs. beslutat att inte stämna i bolagets namn. Vidare måste en aktieägares begäran om att väcka en derivativ talan genomgå en preliminär bedömning hos domstolen i enlighet med regel 19.9 i CPR. Ansökan om lov hos domstolen är en nödvändig förutsättning för att få fortsätta med förhandlingarna.

### 6.2.3 Sverige

I Sverige uppställs som sagt en kapitaltröskel om tio procent för att en skadeståndstalan enligt ABL 29:7 skall kunna initieras. En derivativ talan kräver således att minst en tiondel av samtliga aktieägare motsatt sig ett beslut om ansvarsfrihet för bolagsledningen. Frågan om ansvarsfrihet beslutas vid den ordinarie bolagsstämman. Om bolagsledningen beviljas ansvarsfrihet så kan i princip en skadeståndstalan inte väckas.

Skadestandsreglerna är av stor betydelse för minoriteten som ett led mot majoritetens maktmissbruk. Minoriteten har därför rätt att dels stoppa beslut om ansvarsfrihet, dels väcka skadeståndstalan. En skadeståndstalan kan inte väckas om inte frågan behandlats i bolagsstämman först. Aktieägaren kan på bolagsstämman föreslå att bolaget skall föra skadeståndstalan. Om bolaget ändå inte beslutar om det återstår möjligheten i 29:7 ABL vilket innebär att ägarna till tio procent av aktierna kan väcka en sådan derivativ talan. När det gäller aktieägares möjligheter att föra skadeståndstalan mot bolaget avseende medelbar skada anses aktieägarnas krav i de fall bolaget för talan konsumerat av den.

### 6.2.4 Slutsats

Amerikansk rätt försöker finna en balans genom att både underlätta och kontrollera systemet med derivativ talan. Å ena sidan är det lättare för en individuell aktieägare att föra en derivativ talan med anledning av misskötsel av bolaget i amerikansk rätt än i de jämförda länderna. Exempelvis finns det inget krav på en kapitaltröskel som i Sverige för att kunna initiera en derivativ talan. De uppställda kraven är inte strikta och grunderna för en derivativ talan är många. Å andra sidan har amerikansk rätt på samma gång utvecklat flera mekanismer för att kunna kontrollera den derivativa talan och undvika strike suits. I det amerikanska systemet försöker man således finna en rättvis balans mellan de två konkurrerade intressena; skyddet för bolaget och dess aktieägare och disciplinering av bolagsledningen snarare än att favorisera det ena framför det andra. Ser man däremot till den engelska rätten så hindrar de strikt uppställda kraven en derivativ talan i betydlig utsträckning. Under Foss regeln är nämligen möjligheterna till en derivativ talan starkt begränsade. Anledningen till detta är att engelsk rätt har bolagseffektivitet som främsta intresse medan skyddet för minoriteten faller i bakgrunden. I Sverige däremot är man främst mån om att skydda minoriteten från majoritetens maktmissbruk eftersom det oftast är mellan dessa parter konflikter uppstår, till följd av det koncentrerade ägandet. Problem med bolagsledningens opportunist är således



inte lika framträdande i svenska bolag varför den derivativa talans funktion som kontrollmekanism inte är behövlig i någon stor utsträckning. Detta tror vi är den huvudsakliga orsaken till att den derivativa talan sällan tillämpas och därmed förblir outvecklad i Sverige.

Det finns dock vissa likheter mellan de olika rättssystemen. En likhet mellan den amerikanska och engelska bolagsrätten är att domstolen i en derivativ talan bör beakta synpunkten från ett oberoende organ (the special litigation committee i USA och the independent body i England) vid bestämmandet huruvida en sådan talan bör tillåtas. Det oberoende organets processåsiikt betraktas som bindande i båda rättsordningarna och systemet bekräftar i själva verket ländernas syn på den enskilde aktieägaren som den minst lämplige (bland styrelsen och ett oberoende organ) att fatta processbeslut. Ser man till amerikansk rätt så är det främst kravet på en begäran till bolagsledningen som bekräftar detta synsätt. Den amerikanska traditionella synen på styrelsen som det mest lämpliga organet att fatta processbeslut har i själva verket influerats av den engelska Foss regeln men vidareutvecklats på ett annorlunda sätt. Ser man till svensk rätt finns inget krav på en begäran till bolagsledningen och det existerar heller inget oberoende organ. I svensk rätt tillämpas således till skillnad från amerikansk och engelsk rätt ett kvantitativt test snarare än ett kvalitativt test.

## **6.3 Bolagsledningens ansvar mot bolaget**

### **6.3.1 USA**

Bolagsledningen har fiduciary duties gentemot bolaget, däri innefattat en lojalitetsplikt och en aktsamhetsplikt. Vid brott mot dessa väcks möjligheten för en derivativ talan. I det amerikanska systemet tillämpas dock the business judgement rule som starkt begränsar möjligheterna att hålla en director ansvarig för att ha brutit mot sin duty of care (tillämpas inte vid lojalitetsbedömningen som därmed är strängare) eftersom presumptionen finns att han/hon agerat i god tro och i bolagets intresse vid affärsstrategiska beslut. Vid aktsamhetsbedömningen tillämpar man i amerikansk rättspraxis kriteriet gross negligence (grov vårdslöshet) och vidare ålägger domstolen generellt bevisbördan på käranden. Dessutom har man i Delaware, och i andra delstater som inspirerats av den delawariska bolagsrätten, infört exculperingsklausuler för directors i vissa situationer. Denna möjlighet är allmänt accepterad i amerikansk rätt och tillämpas frekvent.

### **6.3.2 England**

I den engelska rätten är den allmänna principen att directors har plikter, både fiduciary plikter av lojalitet och good faith samt duties of care and skill gentemot bolaget eftersom de är bolagets agenter (samtliga aktieägare) och inte agenter till enskilda aktieägare. Directors har således inga plikter gentemot enskilda aktieägare.

I likhet med USA ställs det även här högre krav på directors lojalitetsplikt än på aktsamhetsplikten. För att en engelsk director skall hållas ansvarig för aktsamhetsbrott krävs endast den lägre graden av oaktsamhet nämligen ordinary negligence. Vid granskningen av directors brott mot aktsamhetsplikten bedöms aktsamhetsstandarden utifrån det objektiva kriteriet "the ordinary prudent man", vilket innebär att aktsamhetsstandarden i formellt hänseende sätts lågt. Det låga kravet har dock i praktiken gjort det svårt att beivra oaktsamhet såvida det inte rör sig om grov vårdslöshet. Anledningen till att aktsamhetsstandarden är satt mycket lågt anses ha att göra med domstolarnas försiktighet att vara normerande i affärsförhållanden och bedöma huruvida affärsbeslut är affärsmässigt rationella (business judgement rule). Reglerna som följer av den nya Companies Bill kan dock innebära ett större ansvar för directors.

### **6.3.3 Sverige**

Bolagsledningens lojalitetsplikt följer av styrelseledamots och verkställande direktörens sysslomannaliknande ställning eftersom deras uppdrag är att handla för annans räkning. Lojalitetsplikten är dock allmänt hållen men med hjälp av jävsreglerna för styrelseledamot respektive verkställande direktör samt generalklausulen kan plikten konkretiseras.

Lojalitetsplikten är en del av den allmänna vårdplikten och den är sanktionerad genom culparegeln. För ansvar krävs alltså oaktsamhet eller uppsåt från styrelseledamots eller VD: s sida. För att bolagsledningen skall kunna hållas ansvarig och därmed anses ha agerat oaktsamt (culpöst) krävs överträdelse av dess plikter gentemot bolaget. Den måttstock som används för att avgöra om oaktsamhet föreligger blir i första hand reglerna i ABL och bolagsordningen.

Bolagsledningens sysslomannaställning skall enligt Dotevall inte överdrivas. En viktig skillnad är att ledningen i ett bolag som bedriver affärsverksamhet måste ta risker, en av ledningens primära plikter är ju att driva en mer eller mindre spekulativ affärsverksamhet för

att uppnå vinst. Inom affärsvärlden kan sålunda ett stort risktagande i affärsverksamheten accepteras.

I en skadeståndsprocess åvilar bevisbördan bolaget, både vad gäller om en styrelseledamot varit vårdslös och när det gäller skadans uppkomst och storlek.

### **6.3.4 Slutsats**

Av de länder vi jämfört har samtliga rättsordningar ansvarsregler som innebär att ledamot av bolagsledningen kan bli skadeståndsansvarig vid pliktförsummelse. Vid en närmare komparation mellan de principer som är gällande i amerikansk och engelsk rätt får man den generella uppfattningen att directors och officers ansvar i amerikansk rätt värderas enligt mildare kriterier. Brott mot den amerikanska aktsamhetsplikten föreligger först vid grov vårdslöshet vilket innebär att plikten inte är särskilt sträng. I amerikansk rätt är det endast i mycket flagranta fall en domstol anser att en director brutit mot sin aktsamhetsplikt. Anledningen till detta är tillämpningen av the business judgement rule och domstolens ovillighet att beblanda sig i den interna förvaltningen av bolaget.

I England å andra sidan ställs högre krav på directors handlande då ansvar föreligger redan vid ordinary negligence. Trots detta är det svårt att beivra oaktsamhet vilket leder till att ansvar ofta utdöms först vid grov oaktsamhet i likhet med det amerikanska systemet. Även Englands tillämpning av the business judgement rule är en bidragande orsak till detta. I praktiken skiljer det sig således inte särskilt mycket mellan engelsk och amerikansk rätt i detta avseende. Den nya Companies Act kan dock medföra ett större ansvar för directors i jämförelse med nuvarande engelsk rätt.

Ser man till svensk rätt är den där rådande aktsamhetsstandarden jämförlig med de krav som ställs i amerikansk rätt. Trots att det formella aktsamhetskravet varierar i dessa rättssystem kan man ändå finna en gemensam nämnare, nämligen att det även i Sverige lämnas ett stort utrymme för beslut rörande bolagets affärsverksamhet på ett sätt som skulle kunna liknas vid den amerikanska business judgement rule.

## 6.4 Den derivativa talans funktion

### 6.4.1 USA

Det är allmänt erkänt att institutet derivativ talan spelar en viktig roll i amerikansk bolagsrätt när det kommer till skyddet för bolaget och dess minoritetsaktieägare. Detta är fortfarande ett faktum trots relativt nyligen tillkomna restriktioner för den derivativa talan såsom exempelvis skapandet av special litigation committees. Den positiva amerikanska attityden gentemot derivativ talan har bland annat sin förklaring i de rättsliga principer som präglar den amerikanska rätten. Inom bolagsrätten pratar man om två grundläggande principer som kan stå i strid med varandra: principen om att majoriteten bestämmer och principen om att skydda minoritetens och bolagets intressen. Vid en konflikt mellan dessa har amerikansk rätt i alla lägen valt att förbise majoritetsregeln för att kunna skydda mot orättvisa. Denna inställning skiljer sig således från den engelska som i de flesta fall främjar den förstnämnda principen.

Ytterligare en anledning till den derivativa talans utbreddhet i USA är the contingency fee arrangement. Det amerikanska systemet är till skillnad från det engelska vitt accepterat och tillämpas även vid derivativa processer. Denna fördelning av rättegångskostnader betraktas alltså som en bidragande faktor till den derivativa talans popularitet i USA.

Vidare finns det fler underliggande orsaker till det frekventa användandet av processer i USA med syfte att upprätthålla bolagsledningens fiduciary duties gentemot bolaget. En sådan orsak är den amerikanska ägarstrukturen och dess medföljande konsekvenser i relationen mellan aktieägare och bolagsledning. Vilken typ av ägarstruktur som ett land har spelar således en stor roll för vilka intresseproblem som kan uppstå inom bolaget. I exempelvis England uppvisas tendenser hos de institutionella investerarna att skapa röstallianser och i kontinentala Europa brukar generellt ägarstrukturen i publika bolag vara koncentrerad (däribland Sverige). I länder med koncentrerat ägande utövar aktieägarna ofta sin ägarroll aktivt och tar ett särskilt ansvar för bolaget genom att bl. a. engagera sig i styrelsen. Aktieägare i sådana länder tar främst till icke rättsliga metoder för att disciplinera bolagsledningen. I USA å andra sidan, med hänsyn till den starkt spridda ägarbilden som i sin tur ger upphov till en större risk för en konflikt mellan bolagsledning och ägare, utgör processer den främsta metoden för att kontrollera bolagsledningen. Eftersom bolagsstämman i USA inte utövar något direkt inflytande över bolagsledningen finns det i praktiken inget bolagsorgan i formell mening som

kontrollerar the board. Som en konsekvens av detta tillmäts alltså den talemöjlighet i bolagets namn (derivativ talan) som tillerkänns varje enskild aktieägare stor betydelse.

Vidare är det allmänt erkänt att man i USA favoriserar privat verkställighet framför publik verkställighet, till skillnad från exempelvis England. Denna positiva attityd gentemot privata processer påverkar således den derivativa talans roll.

Slutligen är det värt att nämna att det i USA väcks derivativa talan i såväl publika som privata bolag. Till skillnad från England, som sällan tillämpar derivativ talan i publika bolag, spelar den derivativa talan i USA en större roll i publika bolag än i privata.

### **6.4.2 England**

Den derivativa talan spelar endast en liten roll i engelsk corporate governance. Den främsta anledningen till dess oviktiga roll är den negativa engelska attityden gentemot systemet samt att man i engelsk rätt konsekvent främjat bolagseffektivitet framför skyddandet av aktieägaraminoriteten. De svårigheter en aktieägare möter vid initiering av en derivativ talan under common law är i själva verket en reflektion av denna attityd. Trots att Companies Bill i dagsläget föreslår en introduktion av en ny lagstadgad derivativ talan, som i sin tur kommer att bidra till att den derivativa talan blir mer tillgänglig, förväntas inte detta reformarbete förstärka talans roll något märkbart eftersom den grundläggande attityden är densamma.

Ett ytterligare skäl för den derivativa talans oviktiga roll är det faktum att det existerar alternativa kontrollmekanismer som är mer attraktiva. Minoritetsaktieägare i England har tre huvudsakliga kontrollmekanismer: den derivativa talan, the unfair prejudice remedy och en aktieägares rättigheter härledda ur bolagsordningen. Bland dessa utgör the unfair prejudice remedy den viktigaste på grund av regelns praktiska syften. Denna flexibla kontrollmekanism kompletterar den derivativa talan i stor utsträckning eftersom den är tillämplig i situationer där skada förorsakats bolaget och där käranden kan bli kompenserad för sin reflektiva förlust. Det är dock viktigt att ha i minnet att både den derivativa talan och the unfair prejudice remedy huvudsakligen bereder skydd för minoritetsaktieägare i privata bolag. Det finns vissa hinder för att tillämpa dessa skyddsregler för minoritetsaktieägare i publika bolag. Den engelska strategin för att disciplinera bolagsledningen och skydda bolagets och minoritetsaktieägares intressen, särskilt i publika börsbolag är huvudsakligen marknadsrelaterad.

### 6.4.3 Sverige

I Sverige drivs derivativ talan i praktiken ytterst sällan. Anledningen till detta beror bland annat på att resultatet för den enskilde aktieägaren inte står i rimlig proportion till den tid, kostnader och risk som det innebär att driva en sådan process. När en talan förs och vinner framgång så gynnas samtliga aktieägare indirekt eftersom skadeståndet tillfaller bolaget och inte direkt till aktieägarna, trots att de som för talan (minoriteten) står den eventuella kostnadsrisken i en eventuell förlust. Dessutom är det inte sällan svårt att komma upp till tio procent av kapitalet. Således spelar institutet derivativ talan en praktiskt liten roll i Sverige.

På grund av att det många gånger kan vara svårt att nå tio procentspärren har det kommit förslag på att sänka denna gräns, vilket i sin tur skulle stärka minoritetsskyddet. I förarbetena till 1944 års aktiebolagslag öppnades en möjlighet för enskilda aktieägare att väcka derivativ talan. Men i betänkandet till den nu gällande aktiebolagslagen uttalades bestämt att detta inte skulle vara möjligt, aktieägares möjligheter att få ersättning för medelbar skada anses sålunda vara mycket begränsade. Att ge varje enskild aktieägare, oavsett aktieinnehav, en rätt att få till stånd en sådan talan skulle vara att gå för långt enligt regeringens bedömning.

En anledning till att man inte vill tillerkänna enskilda aktieägare en rätt att väcka derivativ talan är att detta förstärkta minoritetsskydd kan medföra en rad andra problem. Det kan till exempel leda till maktmissbruk från minoritetsaktieägarnas sida på bekostnad av majoritetsaktieägare eller andra minoritetsaktieägare eller att minoritetsskyddet används i obstruerande syfte. Sålunda skulle en grundprincip inom ABL anses åsidosättas, innebärande att majoriteten avgör vad som är bäst för bolaget. Man anser även att det skulle medföra stora lagtekniska svårigheter om man skulle införa en regel som kräver en lägre kapitalandel i stora bolag. Således anser man att rätten att få en talan till stånd istället bör knytas till en rimlig minoritetsskyddsgräns och den idag gällande tioprocentgränsen anses rimlig, vilken dessutom är en vanligt förekommande gräns i flera andra minoritetsskyddsregler i aktiebolagslagen. Det finns dock en del författare i doktrin som är kritiska till denna begränsning i aktiebolagslagen och sålunda håller med de tidigare förarbetena och alltså vill se en möjlighet för enskilda aktieägare att föra en derivativ talan, såsom Rolf Dotevall och Jan Andersson.

Eftersom möjligheterna för aktieägare att föra derivativ talan betraktas som en yttersta åtgärd för att kontrollera bolagsledningen får en sådan talan störst betydelse i bolag med spritt

ägande där risken för att konflikter mellan bolagsledningen och ägarna uppstår är större. Aktieägarna skyddar sig genom att med hjälp av olika kontrollmekanismer, däribland derivativ talan, övervaka ledningen. I Sverige där vi främst har koncentrerat ägande, spelar den derivativa talan väldigt liten roll eftersom problemet i sådana bolag oftast ligger i konflikter mellan ägarna sinsemellan. Eftersom majoritetsägarna kan kontrollera bolagsledningen direkt eller indirekt på bekostnad av minoriteten ligger svårigheten istället i att skydda minoriteten från missbruk från majoritetens sida. Det faktum att institutet derivativ talan sällan tillämpas bidrar till att systemet fortfarande är outvecklat i Sverige.

#### **6.4.4 Slutsats**

Vid en komparativ studie är det uppenbart att den derivativa talan spelar olika roller i respektive land. Systemet med derivativ talan spelar en stor roll i USA, medan det sällan tillämpas i England och Sverige. Funktionen hos den derivativa talan i varje land beror på många faktorer, såsom rättsliga traditioner, policy överväganden och tillgängligheten av alternativa mekanismer kapabla till att skydda minoritetsaktieägare. I exempelvis England, är man mer angelägen om att framföra de nackdelar som en derivativ talan medför snarare än dess fördelar och på så sätt lägger man ner mer fokus på bolagseffektivitet snarare än skyddet för minoriteten. Som ett resultat av detta har man i engelsk rätt uppställt strikta krav för att kunna initiera en derivativ talan och gör det därmed svårt för systemet att inta en viktig roll. Även i Sverige spelar den derivativa talan en ytterst liten roll. Detta följer av att det på grund av koncentrerat ägande oftare uppstår konflikter aktieägarna emellan. Sålunda är man i svensk bolagsrätt mer mån om att skydda minoriteten från majoritetens maktmissbruk snarare än att skydda aktieägarna från bolagsledningens opportunist. I USA är dessutom attityden gentemot privata processer mer positiv än vad den är i England och Sverige och följaktligen spelar den amerikanska derivativa talan en ganska viktig roll i bolagsstyrningen.

Trots att frågan om vilken funktion en derivativ talan bör ha ligger öppen för debatt i respektive land, märks en trend som blickar mot samma håll. I Sverige har man på vissa håll i doktrin riktat kritik mot den höga kapitaltröskeln (tio procent) och uttryckt en önskan om att en enskild aktieägare bör tillerkännas rätten att väcka en derivativ talan. Vidare har man i England nyligen reformerat regleringen för att underlätta en derivativ talan, medan man i USA utvecklat regler som inskränker i möjligheterna till en sådan. Trots att den derivativa talan omöjligt kommer att spela samma roll i praktiken i något av dessa länder, även efter dessa reformer, påvisar dock trenden att det är allmänt erkänt att en derivativ talan borde spela

en viktig men ändå begränsad roll. Det allra viktigaste är att finna en balans mellan bolagseffektivitet och skyddet för bolaget och dess aktieägare.



# 7 Rättsekonomisk analys

## 7.1 Bakgrund

Aktiebolagskonstruktionen har ostridigt sina fördelar<sup>351</sup>, men även ett antal typiska problem som upptar en stor del av aktiebolagsrätten och som leder till att vissa av de fördelar som organisationen åstadkommer förloras i ineffektivitet och ökade kostnader. Dessa problem kan framställas utifrån ett kontraktsteoretiskt perspektiv då företag oftast består av en uppsättning kontrakt mellan olika partintressen.<sup>352</sup> Sett utifrån ett ekonomiskt analytiskt perspektiv faller minoritetsaktieägares rättigheter inom den bredare ramen för relationen mellan aktieägare och bolagsledning. Regleringen av detta förhållande betraktas som en av de viktigaste uppgifterna inom bolagsrätten.<sup>353</sup> Corporate governance handlar främst om styrning av stora publika aktiebolag där ägande och kontroll är åtskilda eftersom intressekonflikter mellan aktieägare och bolagsledning lätt uppstår i sådana bolag. Detta i sin tur resulterar i ett behov för aktieägare att kontrollera bolagsledningen.

Vi skall i detta avsnitt inledningsvis redogöra för den intressekonflikt som kan uppstå mellan aktieägare och bolagsledning. Därefter skall vi beskriva de ekonomiska effekter som en derivativ talan som kontrollmekanism kan medföra för det skadedrabbade publika bolaget och dess agenter. Syftet är att ge läsaren en generell bild av de ekonomiska effekter som kan uppstå till följd av institutet samt i vissa fall redogöra för konkreta exempel som gäller för respektive land.

## 7.2 Agent – principal teorin

Aktiebolagsformen skulle kunna liknas vid ett principal-agentförhållande.<sup>354</sup> Agent-principal teorin går ut på att investerare, principaler ger ett uppdrag till ledamöter, agenter. Utmärkande för dessa uppdragsförhållanden är den informationsasymmetri som råder mellan de olika parterna beträffande föremålet för uppdragsförhållandet. Problemet ligger i att agenten (som rationell nyttomaximerande aktör) inte alltid handlar uteslutande i principalens intresse. Då principalen delegerat en uppgift till agenten kan denne utnyttja sitt informationsövertag,

---

<sup>351</sup> Man talar om tre attribut som utmärker aktiebolagsformen: 1) Ägarnas ansvar är begränsat till den insats man gör. 2) Företagsformen möjliggör passivt och anonymt ägande. 3) Ägarandelen representeras av aktier som lätt kan överlåtas på grund av aktiebolagets karaktär.

<sup>352</sup> Bergström & Samuelsson (1997) s. 21.

<sup>353</sup> De Nicola, s. 185.

<sup>354</sup> Dahlman Christian, Rättsekonomi – en introduktion, andra upplagan, 2004, s. 196, Principalagentteorin utformades av Jensen och Mecklin 1976.

principalens bristande övervakningsmöjligheter, kontaktsfullständigheter m.m. för att skaffa sig fördelar på principalens bekostnad. För att råda bot på ledningens opportunistiska, närmare bestämt de kostnader som den förorsakar och kunna tillse att agenten arbetar i principalens intresse, kan vederbörande lägga ner resurser på övervakning. Man talar om s.k. agentkostnader som är ett centralt begrepp inom rättsekonomin.<sup>355</sup> Hur stor kostnaden blir för övervakning och information beror på ett antal parametrar, såsom komplexiteten i uppdraget.

När ägandet i ett bolag är skilt från ledningen uppstår alltså en intressekonflikt. Detta är ett av aktiebolagets grundproblem. I förhållande till små företag är det oftast oproblematiskt då ägande och ledning kan innehas av samma personer, men i större företag är det i princip en omöjlighet att förena dessa båda roller. Istället delegerar aktieägarna uppdraget att ta hand om bolagets angelägenheter till en styrelse och en VD. En följd av detta är att aktieägarna fråntar sig möjligheten att kontinuerligt följa verksamheten och delta i den ekonomiska förvaltningen.<sup>356</sup> En separation av ägande och ledning för med sig risken att ledningen låter sig vägledas av andra intressen än dem som ägarna företräder. Denna risk kan bestå i att ledningen arbetar på ett sätt som syftar till att främja den personliga välfärden snarare än att sträva efter aktieägarnas mål, nämligen vinstmaximering, som dessutom hela aktiebolagskonstruktionen bygger på. Sådant handlande skulle exempelvis kunna vara att ledningen tar ut förmåner ur bolaget, mer konkret kan det handla om flott inredda lokaler, dyra tjänstebilar, privata telefonsamtal, och Internetsurfning på arbetstid.<sup>357</sup> Ledningen kan dessutom ha en divergerande riskattityd och planeringshorisont än aktieägarna. En aktieägare i ett större börsnoterat företag har ofta sina aktier utspridda i många olika bolag. Ser man däremot till en VD så har denna vanligtvis mindre möjligheter att diversifiera sin arbetsinkomst och framgång som företagsledare, dvs. sitt humankapital. Detta är med andra ord oftast begränsat till det företag han/hon arbetar på. En konsekvens av detta skulle då kunna vara en lägre riskbenägenhet i jämförelse med aktieägarna vilket i sin tur skulle kunna yttra sig i en önskan från företagsledningen att diversifiera företagets verksamhet mer än vad som vore optimalt för aktieägarna. Ibland hävdas dock också det motsatta, dvs. att företagsledningen har kortare planeringshorisonter för verksamheten än aktieägarna och således skulle vara mer beredda att ta för stora risker på aktieägarnas bekostnad.<sup>358</sup> Ledningen kan även försöka tillse att företaget växer så mycket som möjligt trots att detta inte rimmar

---

<sup>355</sup> Dahlman, s. 191.

<sup>356</sup> Bergström & Samuelsson (2001) s. 79 ff.

<sup>357</sup> Dahlman, s. 191.

<sup>358</sup> Bergström & Samuelsson (2001) s. 84.

med en vinstmaximerande strategi utan görs i syfte att höja ledningens status, s.k. imperiebyggande.<sup>359</sup>

Det finns emellertid alternativa kontrollmekanismer med syfte att försäkra att bolagsledningen agerar i aktieägarnas intressen. Med andra ord finns det flera olika sätt genom vilka agentkostnader kan reduceras. Möjligheten för aktieägare att väcka derivativ talan mot bolagsledningen utgör en av dessa kontrollmekanismer. Den derivativa talans existens kan dock utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv medföra både fördelar och nackdelar.

## **7.3 Fördelar/nackdelar med en derivativ talan**

### **7.3.1 Fördelar**

I följande avsnitt skall vi redogöra för vilka situationer en derivativ talan kan fungera som ett fördelaktigt instrument ur ett corporate governance hänseende.

Den derivativa talan har som tidigare nämnts utvecklats på grund av att det skadedrabbade bolaget under vissa omständigheter inte kan söka kompensation på egen hand. När bolagsledningens pliktförsummelse orsakat bolaget en omedelbar skada, har bolaget en naturlig rätt att stämma sina egna styrelsemedlemmar. Eftersom dessa specifika styrelsemedlemmar oftast kontrollerar bolaget kommer de säkerligen att besluta att det inte är i bolagets intresse att stämma dem. När ledningen vägrar eller misslyckas med att väcka en skadeståndstalan i bolagets namn botar en derivativ talan detta problem genom att tillerkänna minoritetsaktieägare en rätt att träda istället för bolaget och stämma bolagsledningen å dess vägnar. Som ett resultat av detta skyddas det skadade bolagets och dess aktieägares intressen. Att avhjälpa fel som begåtts mot bolaget, som dessutom ingen annan mekanism kan bota, är således en fundamental rättfärdigandegrund för den derivativa talans existens.<sup>360</sup>

Derivativ talan har även en avskräckande och utbildande funktion.<sup>361</sup> Genom att tillhandahålla sanktioner har den derivativa talan inte enbart en avskräckande roll, genom att påverka skadegörarens framtida beteende, utan uppträder även som ett allmänt avskräckningsmedel

---

<sup>359</sup> Dahlman, s. 197.

<sup>360</sup> Li, s. 4.

<sup>361</sup> ALI (II) Part VII Chapter 1, Reporter's Note, s. 12.

mot all misskötsel mot bolaget. Denna avskräckande roll blir mer effektiv om skadegörarens handlingar betraktas som samhällelig skam.<sup>362</sup>

Även om andra mekanismer, såsom marknadsmekanismer, också kan kontrollera bolagsledningen och inneha samma avskräckande och kompensatoriska roll, har den derivativa talan sina egna fördelar. Den tillhandahåller en rättslig översikt som generellt betraktas som rättvis även om den är kostsam och tidskrävande.<sup>363</sup>

Den derivativa talan intar ytterligare en roll, nämligen övervakning av bolagsledningens plikter. Till följd av separationen av ledningen och ägandet i ett bolag finns det stor risk för att ledamot i bolagsledningen tillgodogör sig tillgångar som tillhör bolaget. Aktieägares möjlighet att föra en derivativ talan bidrar till att kontrollen över bolagsledningen ökar.<sup>364</sup> En objektiv konsekvens av den derivativa talan är att den ser till att ledningen iakttar sina rättsliga förpliktelser. Även om bolagsledningens plikter gäller gentemot bolaget och inte mot enskilda aktieägare, är det främst aktieägares intressen som skyddas genom ansvaret av dessa plikter. Införlivandet av dessa plikter sätter gränser för bolagsledningens maktutövande och försöker kontrollera bolagsledningens handlingsutrymme och förhindra dem från att agera opportunistiskt. Pliktbaserad kontroll beror således till stor del på aktieägares möjlighet till övervakning.<sup>365</sup> Den praktiskt viktigaste effekten av en derivativ talan är således att den samordnar aktieägarnas och bolagsledningens intressen och därmed reducerar bolagets agentkostnader.<sup>366</sup>

En annan fördel med den derivativa talan är att en enda aktieägare eller en grupp av aktieägare kan starta en process för att skydda bolagets intresse. Sålunda undviker man problemet med att driva en kollektiv eller samordnad process.<sup>367</sup> Eftersom aktieägare inte behöver samarbeta och organisera en talan bland flera aktieägare för att kunna genomdriva en process mot bolagsledningen utgör denna omständighet en ytterligare faktor till att den nämnda effekten, reducering av agentkostnader, uppnås.<sup>368</sup>

---

<sup>362</sup> Li, s. 4

<sup>363</sup> ALI (II) Part VII Chapter 1 Introductory Note, s. 5.

<sup>364</sup> Dotevall (1989) s. 459 f.

<sup>365</sup> Reisberg, A, Shareholders' Remedies: The Choice of Objectives and the Social Meaning of Derivative Actions, 2005, s. 242.

<sup>366</sup> ALI Tent. Draft, No 6, s. 14.

<sup>367</sup> ALI (II) Part VII Chapter 1 Introductory Note, s. 5.

<sup>368</sup> ALI Tent. Draft, No 6, s.14.

Även om det finns andra mekanismer såsom marknadssignaler, övervakningsverktyg och marknadens hot om att avlägsna styrelseledamöter som kan minska agentkostnader är dessa endast effektiva om marginalkostnaderna inte överskrider marginalfördelarna.<sup>369</sup> Följden blir att de kanske inte kan disciplinera all vanskötsel. Den derivativa talan kan emellertid erbjuda en bättre lösning i vissa situationer. Eftersom kändens advokat i en derivativ process är specialist och aktieägares kollektiva talan normalt är obehövlig, är den derivativa talan en effektiv metod för att kompensera det skadade bolaget och avskräcka misskötsel, vilket inte hade blivit lika effektivt kontrollerat av andra mekanismer.<sup>370</sup>

Derivativ talan anses primärt ha två huvudsyften, prevention och reparation. I och med att dessa två kan stå i strid med varandra gäller det att finna en balans mellan dem. Det preventiva syftet är att verka avskräckande medan det reparativa har till syfte att kompensera för den lidna skadan. Det tidigare framförda argumentet, att den derivativa talans primära roll är att reducera agentkostnader, är ett antagande att sådana processer avskräcker bolagsledningen från att missköta bolaget. Med andra ord spelar de ansvarsregler som föranleds av en derivativ talan en fundamental roll i upprätthållandet av bolagsledningens och aktieägares intressen. Många författare menar att syftet med en process helt enkelt är att kompensera bolaget och dess aktieägare för den skada de drabbats av. Den finansiella kompensationen kan dock endast realiseras efter det att den derivativa talan har förts, det vill säga *ex post*, medan den avskräckande funktionen fungerar både *ex ante* och *ex post*. Den avskräckande rollen fungerar *ex ante* i form av förväntningar på skadegöraren och som faktiskt *ex post* ansvar för den totala skadan som de orsakat.<sup>371</sup>

Slutligen kan det framhållas att även om det finns en risk för att aktieägare missbrukar institutet derivativ talan så tillhandahåller den ändå aktieägarna möjligheten att söka gottgörelse som i annat fall inte hade kunnat fås genom andra mekanismer. Dessa ovanbeskrivna fördelar även om de är förenade med vissa nackdelar (se avsnitt 7.3.2) rättfärdigar sålunda den derivativa talans roll genom att skydda bolagets och dess minoritetsaktieägares intressen samt genom att disciplinera/övervaka bolagsledningen, dock förutsatt att systemet är välutvecklat.<sup>372</sup>

---

<sup>369</sup> Li, s. 4.

<sup>370</sup> ALI (II) Part VII, Chapter 1, Reporter's Note, s. 15 f.

<sup>371</sup> Reisberg (2005) s. 241 f.

<sup>372</sup> Li, s. 4.

### 7.3.2 Nackdelar

En derivativ talan medför som ovan sagts ett antal fördelar, men det finns även ett antal godtagbara skäl till varför en sådan talan bör undvikas:

Genom att initiera en derivativ talan föreligger en risk för att bolaget belastas med en process som det i själva verket inte vill ha. I det engelska rättsfallet *Prudential Assurance Co Ltd v. Newman Industries Ltd (No. 2)*<sup>373</sup> fastställde Templeman LJ att bolaget i en sådan situation kanske känner att "*it might be killed by kindness*". Exempelvis kan bolaget, parallellt med att det vinner de rättsliga argumenten och erhåller genomdrivbar kompensation, lida skada, vilken uppväger processvinsten. Denna skada kan även vara av icke-monetärt slag. Exempelvis kan en rättsprocess ge upphov till oönskad publicitet, som i sin tur kan påverka bolagets långsiktiga rykte, vilket i sin tur kan avskräcka investerare från fortsatt investering i bolaget. I det stora hela är en rättsprocess inte värd de uppkomna kostnaderna.<sup>374</sup>

I exempelvis Sverige väcks skadeståndstalan gentemot bolagsledningen ytterst sällan, inte heller i fall där ledningen uppenbart misskött bolaget. Orsaken till att det förekommer så få fall av skadeståndsprocesser mot bolagsledningen kan vara att inte finns någon direkt proportion mellan kostnaderna, tidsaspekten och risken med att starta en process i förhållande till utfallet.<sup>375</sup> Det svenska systemet tillhandahåller sålunda inga effektiva incitament för aktieägare att använda sig av denna kontrollmöjlighet.

Förutom de direkta kostnader som medföljer en rättsprocess uppkommer även en del dolda kostnader. En rättsprocess kan störa beslutsfattareprocessen och följaktligen ge upphov till oförutsedda kostnader. Som exempel måste bolagsledningen avvara tid från den dagliga affärsverksamheten för att förbereda ett försvar mot den väckta skadeståndstalan. Den tiden kostar bolaget pengar, inte bara i löner utan också i förlorade intäkter (a) eftersom bolagsledningen oftast är för upptagen för att övervaka näringsverksamheten så effektivt som den annars skulle göra vid frånvaro av en rättsprocess och (b) eftersom en fortsatt rättsprocess innebär ett störningsmoment för nyckelpersoner i bolaget. Processer konsumerar således en överdriven mängd av bolagsledningens tid. Tiden som spenderas på processen skulle likväl

---

<sup>373</sup> [1982] Ch. 204.

<sup>374</sup> Se exempelvis *Wallersteiner v. Moir (No 2)* [1975] QB 373.

<sup>375</sup> SOU 1995:44 s. 241.

kunna användas mer lönsamt på annat håll, som exempelvis för att finna lämpliga investeringsmöjligheter.<sup>376</sup>

En skadeståndstalan av derivativ natur genererar dessutom agentkostnader på egen hand. De invändningar som görs mot möjligheten för aktieägare att föra en derivativ talan är desamma som brukar anföras mot en skärpning av ansvaret för bolagsledningen. Den ökade risken för skadeståndsansvar som medföljer denna talemöjlighet kan få en hämmande effekt, på så sätt att den avskräcker kvalificerade personer från att ta uppdrag i bolagsledningen.<sup>377</sup> Med andra ord kan användningen av derivativ talan öka de kostnader som bolaget normalt drar på sig för att attrahera personer i ledande ställning. En managers nettoavkastning av sitt arbete skall, teoretiskt sett, motsvara en ”*reservation level*” för att han/hon ska vara villig att arbeta för bolaget. Om managers riskerar skadeståndsansvar, måste bolaget i anledning av detta antingen teckna en lämplig ansvarsförsäkring<sup>378</sup> eller höja deras löner till ett uppvägande belopp för att förmå dem att behålla sina positioner i bolaget.

De agentkostnader som uppkommer vid en process tar sig i uttryck även i andra former. En derivativ talan är en märklig rättsfigur. Institutet bygger på att en självutnämnd aktieägare (och tvistepartens advokat) väcker talan å bolagets vägnar.<sup>379</sup> Eftersom ersättningen vid en framgångsrik derivativ talan tillfaller bolaget, drar den klagande aktieägaren liten fördel av rättstvistsens konsekvenser. Om käranden vinner målet kommer bolaget att ersättas för de inträffade skadorna och aktieägaren kommer endast indirekt att kompenseras genom aktierna han/hon innehar i bolaget. Denna indirekta förmån är oftast liten och inte alls uppenbar, särskilt om den klagande aktieägaren innehar en väldigt liten andel av bolagets aktier. Detta får till följd att den klagande aktieägarens incitament divergerar från bolagets incitament i sin helhet, som i sin tur leder till ytterligare uppkomna agentkostnader. På grund av det lilla aktieinnehavet i bolaget, har således en individuell aktieägare ett svagt incitament att driva en derivativ talan endast i bolagets intresse. Denna brist på incitament kan leda till två skilda konsekvenser. Å ena sidan, kan det innebära ett fåtal derivativ talan drivna av aktieägare. Eftersom det inte lönar sig med en derivativ talan så bemödar sig inte aktieägare att väcka en sådan. Minoritetsaktieägares svaga incitament kallas även för *under-incentive* problemet. Å andra sidan uppkommer en risk för strategiskt handlande från minoritetens sida. En aktieägare

---

<sup>376</sup> Reisberg (2005) s. 238.

<sup>377</sup> ALI Tent. Draft No 6, s. 5.

<sup>378</sup> Se avsnitt 4.7.3 och 5.4.7.

<sup>379</sup> Reisberg (2005) s. 239.

och/eller dess advokat kan väcka en derivativ talan i eget intresse, oberoende av bolagets och övriga aktieägares intressen. Detta handlade kallas för *over-incentive* problemet.<sup>380</sup> Exempelvis i USA är de flesta derivativa talan drivna av advokater. I de flesta fall är advokatens intressen ingalunda samstämmiga med kändens och bolagets intressen. Advokatens intressen ligger i det mottagna penningbeloppet minus de kostnader som spenderats på målet, inklusive tid och pengar. Detta är inte nödvändigtvis proportionellt med den kompensation som bolaget belönas med. Huruvida bolaget erhåller tillräcklig kompensation ligger således inte i advokatens intresse.<sup>381</sup> I praktiken försäkras advokatens intresse vanligtvis bättre genom en förlikning. Anledningen till detta är att en förlikning kan ge ett relativt högt advokatarvode med lägre kostnader med hänsyn till att arbetet reduceras då ombudet slipper förbereda målet och väcka talan i domstol. Det är den främsta orsaken till varför de flesta derivativ talan förlikas och inte går vidare till domstol. Vidare står en advokat aldrig risken att förlora vid en förlikning vilket han/hon gör inför domstol. Skulle advokaten förlora målet erhåller han/hon inget arvode för sitt arbete. Båda dessa konsekvenser må hindra den derivativa talans funktion, i den meningen att det skadedrabbade bolaget inte får kompensation och att missbruket av den derivativa talan försvagar talans avskräckande effekt.<sup>382</sup>

En derivativ talan anses även medföra vissa andra problem på grund av sin karaktär. Den enskilde aktieägarens rätt att väcka en derivativ talan kan ge upphov till störningsmoment i bolagsledningens arbete. Detta blir resultatet när en illvillig aktieägare missbrukar systemet endast för dess förlikningsvärde. Eftersom en individuell aktieägare inte har så mycket kunskap om hur förvaltning av ett bolag bör gå till och han/hon heller inte är expert inom affärsområdet, kan denne väcka en derivativ talan utan rättslig grund och därmed störa arbetsmoralen hos bolagsledningen på ett orättfärdigt sätt.<sup>383</sup> Bolagsledningen i stora bolag måste tillerkännas ett visst mått av handlingsfrihet för att få en så effektiv styrning som möjligt. Detta innebär att ledningen måste ges en frihet att företa dåliga affärer utan att riskera att drabbas av skadeståndsansvar från aktieägarnas sida. Ett system med bolag som ständigt processar hämmar företagsklimatet, vilket även bidrar till stora samhällsekonomiska kostnader.

---

<sup>380</sup> Li, s. 6.

<sup>381</sup> A.a. s. 179.

<sup>382</sup> A.a. s. 6.

<sup>383</sup> Missbruk av den derivativa talan för dess förlikningsvärde är särskilt vanligt i USA. I USA kontrolleras en derivativ talan normalt sett av kändens advokat. Kändens advokat vill mer sannolikt få till stånd en förlikning i eget intresse snarare än för bolagets bästa, se Li, s. 5.



Ett ytterligare och dessutom mycket vanligt argument mot institutet derivativ talan är att det hämmar ledamöterna i bolagsledningen från att ta legitima affärsrisker.<sup>384</sup> Att förelägga ansvar må avskräcka entreprenörsrisktagande och påverka vinstmaximeringen negativt. Rädslan för skadeståndsansvar medför att ledamöter blir *risk averse* dvs. ovilliga att ta risker.<sup>385</sup> Denna riskaversion ger möjligtvis upphov till den derivativa talans största kostnader.<sup>386</sup>

Vidare är "*after-the-fact-litigation*" ett bristfälligt redskap för att värdera affärsstrategiska beslut. De omständigheter som rör ett bolagsbeslut kan inte på ett enkelt sätt rekonstrueras i en rättsal flera år senare, eftersom affärsfrågor kräver snabba beslut och baseras oundvikligen på icke fullständig information. Entreprenörens funktion är att ta risker och konfrontera ovisshet, och vad som förföll sig vara ett lämpligt beslut vid tiden då det fattades, må ses som en vild gissning flera år senare mot bakgrund av heltäckande information och vetskap.<sup>387</sup>

Slutligen uppkommer omätbara kostnader, på grund av den förtryckande effekt som processer har på bolagsledningens disciplin och moral. Detta kan resultera i att nyckelpersoner i bolaget beslutar sig för att avgå. Även vid frånvaro av en process eller ett direkt hot om en process, kan den allmänna rädslan för en process medföra att styrelsen drar på sig kostnader som annars inte vore nödvändiga. Ledamöters oro för ett eventuellt skadeståndsansvar i anledning av beslut som fattas i verksamheten leder endast till reducerat risktagande, svårigheter att locka kompetenta personer till styrelsepositioner samt dyrare pappersarbete. För att kunna undgå ansvar kommer ledamöter att bedriva mer omfattande pappersarbete och anlita fler experter än vad som är behövligt för att kunna fatta beslut och förmodligen göra mer än vad lagen kräver. Tankegången hos ledamöter blir att de vid ovisshet hellre gör mer än vad som krävs än mindre.<sup>388</sup>

## 7.4 Slutsats

Av den ovan anförda framgår att den derivativa talan i viss mån fungerar som kontrollmekanism för reducering av agentkostnader, bland annat genom att den upprätthåller ledamöters plikter, avskräcker bolagsledningen från att missköta bolaget samt kompenserar bolaget för uppkomna skador. Emellertid är övervakningen av bolagsledningens verksamhet

---

<sup>384</sup> ALI Tent, Draft No 6, s. 5.

<sup>385</sup> ALI Principle (2004), Part VII, Cap. 1. Introductory Notes.

<sup>386</sup> Reisberg, (2005) s. 239.

<sup>387</sup> A.a. s. 240.

<sup>388</sup> A.st.

endast kostnadseffektiv upp till den punkt då kostnaderna som spenderats på denna förhindrar en ännu större framtida förlust för bolaget. Vid en avvägning mellan dess fördelar och nackdelar blir slutsatsen att den derivativa talans förmåner inte uppväger de kostnader som talan medför.

Vidare utgör en skadeståndsprocess av derivativ natur varken det första eller primära skyddet för aktieägare mot bolagsledningens misskötsel av bolaget. Denna talan kan således inte ses isolerat mot de övriga mekanismer som verkar för corporate governance. En variation av samhällseliga krafter och marknadskrafter har också för syfte att hålla bolagsledningen ansvarig vid misskötsel av bolaget. Dessa mekanismer konstituerar skydd vid frånvaro av en privat rättsprocess. Till den grad dessa mekanismer effektivt kan samordna bolagsledningens intressen med aktieägarnas intressen, föreligger ett mindre behov för kostsamma rättsprocesser med syfte att skydda aktieägarnas intressen. En derivativ talan kan visserligen erbjuda bättre lösningar i vissa situationer men i det stora hela är andra mekanismer mer lämpade för att skydda aktieägare och därmed reducera uppkomna agentkostnader. Följaktligen utgör systemet med derivativ talan ett relativt oviktigt instrument i publika bolag för att reducera den potentiella intressekonflikt (och de medföljande agentkostnaderna) som finns mellan aktieägare och bolagsledning. Den främsta anledningen till detta är som ovan sagts att det i publika bolag finns andra instrument som är mer effektiva i detta hänseende i såväl Sverige, England som USA. Möjligheten att väcka derivativ talan utgör således den sista och minst effektiva utvägen för bolaget och dess minoritetsaktieägare.

# Källförteckning

## Doktrin

Andersson, Sten, Johansson, Svante, Skog, Rolf, *Aktiebolagslagen – En kommentar*, Del III, Norstedts Gula Bibliotek, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006

Bergström, Clas, Samuelsson, Per, *Aktiebolagets grundproblem – En rättsekonomisk analys*, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Nerenius & Santérus Förlag, Angered 1997

Bergström, Clas, Samuelsson, Per, *Aktiebolagets grundproblem*, Upplaga 2, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Norstedts Juridik AB, Göteborg 2001

Boyle, A.J, *Minority Shareholders' remedies*, Cambridge University Press, Cambridge (2002).

Burnham, William, *Introduction to the Law and Legal system of the United States*, Upplaga 2, American Casebook Series, West Law School, 2006

Dahlman, Christian, Glader, Marcus, Reidhav, David, *Rättsekonomi -En introduktion*, Studentlitteratur, Lund 2004

De Nicola, Alessandro, *Shareholder Suits, The Roles and Motivations of Minority Shareholders and Directors in Derivative Suits*, Aspatore Inc., USA 2006

Dotevall, Rolf, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, Norstedts Juridik AB, Malmö 1989

Dotevall, Rolf, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, Norstedts Juridik AB, Göteborg, 2005

Ekelöf, *Rättegång*, Första häftet, Upplaga 8, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002.

Jensen, Ulf, Rylander, Staffan, Lindblom, Per Henrik, Att skriva juridik, Regler och råd, Upplaga 4, Iustus Förlag, Uppsala 2006

Johansson, Svante, Nials Associationsrätt, Upplaga 9, Norstedts Juridik AB, Vällingby, 2007

Kraakman, Reinier, Davies, Paul, Hansmann, Henry, Hertig, Gerard, Hopt, Klaus, Kanda Hideki, Rock, Edward, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach, Oxford University Press (2004).

Li, Xiaoning, A comparative study of shareholders' derivative actions, Kluwer BV, Shanghai 2007

Macey, Jonathan R, Svensk aktiebolagsrätt i omvandling – en rättsekonomisk analys, SNS Förlag, Norstedts Tryckeri, Stockholm 1993

Sevenius, Robert, Bolagsstyrning, Upplaga 1:1, Studentlitteratur, Stockholm 2007

Skog, Rolf, Rodhes Aktiebolagsrätt, Upplaga 21, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006.

Svernlöv, Carl, Ansvarsfrihet, Dechargeinstitutet i svensk aktiebolagsrätt, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Norstedts Juridik AB, Vällingby 2007

Taxell, Lars Erik, Bolagsledningens ansvar, Meddelanden från stiftelsens för Åbo akademi forskningsinstitut, Åbo 1983

## **Artiklar**

Andersson, J, Medelbar skada och aktieägares skadeståndsanspråk, Nordisk tidskrift for selskabsret, 1999:3 sid. 81-100

Cools, Sofie, The Real Difference in Corporate Law between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers, Harvard, John M. Olin Center for

law, economics and business, Discussion Paper No. 490, 09/2004, Harvard Law School, Cambridge

Olinder, R, Corporate governance-reformer i England avseende förhållandet mellan styrelsen och aktieägarna i börsbolag, Juridisk Tidskrift 1997-98 nr 4 sid. 1051-1083

Reisberg, Arad, Shareholders' Remedies: The Choice of Objectives and the Social Meaning of Derivative Actions, European Business Organization Law Review 6, 2005, 227-268

Reisberg, Arad, Theoretical Reflections on Derivative Actions in English Law: The Representative Problem, ECFR, Vol 3, No 1, 2006, s 69-108

Sealy, Len, "Shareholders' Remedies in the Common Law World", CfiLR 2, (1997), 172-184.

Sealy, L.S, "The Problems of Standing, Pleading and Proof in Corporate Litigations", in B.G Pettet (ed.), Company Law in Change, Stevens & Sons, (1987), 1-21, s. 1

Ström, Anna, Bolagsledningens skadeståndsansvar gentemot enskilda aktieägare vid indirekt skada, Juridisk Tidskrift 2001-02, s. 578-608

Thompson, Robert B, Thomas, Randall S "The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits", 57 Vanderbilt Law Review. 1747-1793, 2004

## **Offentligt tryck**

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

Prop. 1997/98:99 Aktiebolagets organisation.

SOU 1941:9. Lagberedningens förslag till lag om aktiebolagslag m.m.

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

SOU 1995:44. Aktiebolagets organisation – delbetänkande av Aktiebolagskommittén

## Rättsfall

### Sverige

NJA 1913 s. 96

NJA 1933 s. 476

NJA 1990 s 286

### USA

Arnold V. Society for Bancorp Inc., 650 A. 2d 1270, 1277 (Delaware 1994)

Aronson v. Lewis 437 A.2d. 805 (Delaware 1984)

Auerbach v. Bennet, 393 N.E. 2d, 994 (1979)

Bangor Punta Operations v. Bangor & Aroostook Railroad, 417 US 703 (1974)

Barnes v. Andrews, 298 Fed. 614 (SDNY) 1924)

Bishop (1968, 1099-1100); Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, (Delaware 1984)

Botes v. Dressler, 251 US 524, 40, S. Ct. 247 (1920)

Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244, 264 (Delaware 2000)

Brewer v. Proprietors of Boston Theatre, 104, Mass. 378 (1870).

Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp, 337 U.S 541, 69 S. Ct. 1221 (1949)

Diamond v. Diamond, 307 NY 263

Diamond v. Oreamuno, 24 N.Y.2d 494, 498 (N.Y. 1969)

Fox v. Prudent Resources Trust, 382 F. Suppl. 81, ED Pa. (1974)

Gall v. Exxon Corp 418 F Supp 508 (United States District Court, SDNY, D.C.N.Y. 1976)

Haber v. Bell, 465 A.2d 353, 357 (Delaware Ch. 1983)

Haber v. Bell, 465 A.2d 353, 357 (Delaware Ch. 1983)

Levine v. Smith, 591 A.2d 194, 212 (Delaware. 1991)

Maldonado v. Flynn, 485 F. Suppl. 274 (SDNY 974); Dent jr. 1980, 96)

Odette v. Shearson Hammill & C., 394 F. Suppl. 946 (SDNY 1925).

Powell v. Western Ill. Elec. Co-op. 536 NE 2d 231 (Ill. App. Ct. 1989)

Robinson v. Smith, 3 paige Ch, 222, 233 (N.Y. 1832)

Smith v. van Gorkom, 488 A 2d, 858 (Delaware 1985)

Spiegel v. Buntrock, 571 A. 2d 767, 773, (Delaware 1990)

United Copper Sec. v. Amalgamated Copper Co., 344 US 261, 264 (1917)

Youngman v. Tohmoush, 457 A.2d 376 (Delaware.1983).

Zapata Corp v. Maldonado, 430 A 2d 779 (Delaware 1980)

## **England**

Aberdeen Rly Co. v. Blaikie Bros case (1854) 2 Eq Rep 1281

Allen v. Gold Reefs of West Africa Ltd, (1990) 1 Ch. 656

Daniels v. Daniels, (1978) Ch 406, 414

Equitable Life Assurance Society v. Bowley (2003) BCC 829

Foss v. Harbottle, (1943) 2 Hare 461

J.J. Harrison (Properties) Ltd v Harrison (2001) EWCA Civ 1467

Multinational Gas and Petrochemical Co. Ltd v. Multinational Gas and Petrochemical Services Co. (1983) 2 A11 ER 563

Norman v. Theodore Goddard (1991) BCLC 1028

Percival v. Wright [1902] Ch. 421

Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd. (No 2), (the Court of Appeal) (1982) Ch. 204

Re City Equitable Fire Assurance Company Limited [1925] 1 CH 407

Re Smith and Fawcett Ltd (1942) Ch 304

Stein v. Blake (No. 2) [1998] 1 B.C.L.C 573, [1998] 1 All E.R. 724 (CA)

Smith v. Croft (No. 2) (1988) Ch.114

Wallersteiner v. Moir (No. 2) (1975) QB 373

## **Rapporter**

Company Law Reform Bill (190) Company Law Reform Bill (Bill 190) May 2006, finns tillgänglig på <http://www.dti.gov.uk/cld/facts/clr.htm>

Company Law Reform Bill (190-EN) Company Law Reform Bill Explanatory Note (Bill 190-EN) May 2006, finns tillgänglig på <http://www.dti.gov.uk/cld/facts/clr.htm>

Law Commission Report 246, (1997) Law Commission, Shareholder Remedies: (Report 246, Cm 3769, Stationary Office, October 1997)

Law Commission CP 142 (1996) Law Commission, Shareholder Remedies: A Consultation paper (Consultation Paper No 142, Stationary Office, 22 October 1996)

Winter Report (2002), Report of The High Level Group of Company Law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe (Winter Report), Brussels, 4 November 2004