

MARIE KARLSSON-TUULA

# Bolagsledningens ansvar vid ett företags ekonomiska problem i svensk rätt de lege ferenda<sup>1</sup>

*Reglerna om bolagsledningens ansvar har varit föremål för diskussion i doktrinen. Flera författare har anfört att den svenska regleringen utgör exempel på när svensk lagstiftning är som sämst. I denna artikel diskuteras därför bl.a. reglernas utformning i olika perspektiv. Det redogörs bl.a. för det andra bolagsdirektivets förslag till wrong-ful trading, en styrelses skyldigheter enligt UNICITRAL och det framtida reformbehovet svensk rätt de lege ferenda.*

MARIE KARLSSON-TUULA, Jur. dr. och professor i civilrätt vid Karlstads universitet, gästprofessor vid Örebro universitet, ansvarig utgivare Insolvensrättslig tidskrift och föreståndare för Akademien för Insolvensrätt vid Karlstads universitet som båda har tillkommit på Maries initiativ, marie.karlsson-tuula@kau.se

## 1. INLEDNING

Ett generellt problem inom ämnet insolvensrätt är att en företagare som har ekonomiska problem ansöker för sent om att inleda ett insolvensförfarande (företagsrekonstruktion). Företaget är vanligen redan på obestånd när förfarandet inleds. Under sådana förutsättningar är det svårt att få till stånd en lyckad företagsrekonstruktion. Det finns studier som fastställt att det finns ett tydligt samband mellan den tidpunkt företaget ansöker om rekonstruktion, dess finansiella ställning och en lyckad rekonstruktion.<sup>2</sup> Frågan som kan ställas i sammanhanget är vilket ansvar bolagsledningen har eller

<sup>1</sup> Denna artikel är tidigare publicerad i Festskrift till Stefan Lindskog, Sthlm 2018, s. 367-380.

<sup>2</sup> Nelson, P, Corporations in Crises, Behavioral Observations for Bankruptcy Policy, s. 98.

Se också Karlsson-Tuula, M, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar. En studie i svensk och amerikansk insolvensrätt, Sthlm 2 uppl. 2001, s. 416. Se även Karlsson-Tuula, M, Lagen om företagsrekonstruktion: en papperstiger II, Göteborg 2006.

bör ha för att verksamheten drivs vidare till skada för borgenärskollektivet. Vi har en reglering i 25 kap. 13–20 §§ aktiebolagslagen om kapitalskyddsregler och frågan är om de bestämmelserna fyller sin funktion och sitt ändamål.<sup>3</sup>

Vilka skyldigheter kan åläggas en bolagsledning när företaget står inför en överhängande eller en oundviklig insolvens? I vilken lagstiftning bör bestämmelserna finnas? Problemet och därtill hörande frågor är mycket aktuellt och har behandlats i såväl rapporter som utredningar i företrädesvis EU.<sup>4</sup> I flera länder i EU och även i USA har det införts tydliga handlingsdirigerande aktiebolagsrättsliga regler för bolagsledningen dvs. bestämmelser om hur bolagsledningen förväntas uppträda när bolaget får ekonomiska problem och närmar sig insolvens.<sup>5</sup> Förändringarna består bl.a. i att reglerna för bolagsbildning har förenklats och borgenärsskyddsreglerna inte längre har sin utgångspunkt i bolagets bundna kapital utan i bolagets likviditet och solvens. I ett komparativt perspektiv finns det flera olika regelstrategier för att få till stånd ett skydd för bolagsborgenärerna.<sup>6</sup> I flera jurisdiktioner åläggs styrelsen en särskild plikt om att ansöka om att inleda företagsrekonstruktion eller konkurs när vissa kriteri-

<sup>3</sup> Diskussion om kapitalskyddsreglerna i aktiebolagslagen har förts av bl.a. Andersson, H, Andersson, L-H, Reformbehov inom insolvensrätten, JT 2017–18, s. 775. Dotevall, R, Den internationella utvecklingen på det aktiebolagsrättsliga området, PM 2015:12 Tillväxtverket, s. 35 f., Dotevall, R, Bolagsledningens skadeståndsansvar, 3 uppl. 2017. Stattin, D, Recension av Stefan Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag. Kommentar till 25 kap. 13–20 §§ ABL, Norstedts Juridik 2008, JT 2009–10, s. 157–164. Stattin, D, Några frågor om personligt betalningsansvar, JT 2009–10, s. 126–131. Andersson, J, Kapitalskyddet i aktiebolag. En lärobok, 6 uppl. 2010, s. 32 f., Lindskog, S, Kapitalbrist i aktiebolag. Kommentar till 25 kap. 13–20 §§ ABL, 2 uppl. 2015. Se även Engerstedt, U, Svernlöv, C, i Balans 9 nr 5, s. 44. Frågan har även diskuterats i ett insolvensrättsligt perspektiv se Karlsson-Tuula, M, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar. En studie i svensk och amerikansk insolvensrätt, Sthlm 2 uppl. 2001, s. 416 och s. 416 f. samt s. 455.

<sup>4</sup> McCormack, G, Keay, A, Brown, S, Dahlgreen, J, Study on a new approach to business failure and insolvency Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075. Se också CERIL som driver projekt om Director's liability; chaired by Michal Barlowski <http://www.ceril.eu/projects/>. KOM(2016) Förslag till Europaparlamentet och rådets direktiv om förebyggande rekonstruktionsregelverk, en andra chans och åtgärder för att öka effektiviteten i rekonstruktion-, insolvens och skuldavskrivningsförfarandet och om ändring i direktiv 2012/3/EU.

<sup>5</sup> Dotevall, R, Den internationella utvecklingen på det aktiebolagsrättsliga området, PM 2015:12 Tillväxtverket, s. 25.

<sup>6</sup> Se här och i det följande Dotevall, R, Den internationella utvecklingen på det aktiebolagsrättsliga området, PM 2015:12 Tillväxtverket, s. 25. Andersson, J, Kapitalskyddet i aktiebolag. En lärobok, 6 uppl. 2010, s. 38 f.

er, som är baserade på bolagets ekonomiska situation, är uppfyllda. Om en gäldenär inte ansöker i tid om att inleda ett insolvensrättsligt förfarande kan de drabbas av ett personligt ansvar för bolagets skulder. Det kan i vissa rättsordningar också utlösa ett straffrättsligt ansvar. En annan linje finns representerad i den engelska lagstiftningen och utgörs av ett ansvar för wrongful trading. Detta finns reglerat i sec. 214 Insolvency Act från 1986.<sup>7</sup> Regeln innebär att en bolagsledning, i ett bolag vars ekonomiska situation är sådan att det inte kan undvika *insolvent liquidation*, inte får företaga några åtgärder till nackdel för borgenärskollektivet. Ett personligt ansvar kan i sådana fall bli aktuellt.<sup>8</sup> En ytterligare regelstrategi bygger på det andra bolagsdirektivet och innehållet i artikel 17. Denna artikel föreskriver att bolagsledningen ska kalla till bolagsstämma när det egna kapitalet kraftigt har minskat. Detta definieras så att bolagets egna kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet. Regeln motsvarar vad som gäller i Sverige dvs. att ett sådant bolag ska likvideras eller tillföras kapital. De regler som syftar till att skydda ett bolags borgenärer återfinns av tradition i de aktiebolagsrättsliga reglerna i såväl de kontinentaleuropeiska som i de nordiska regelverken.<sup>9</sup> I amerikansk- och engelsk rätt finns bestämmelserna i de insolvensrättsliga lagstiftningarna. I såväl den svenska insolvens- som i den aktiebolagsrättsliga lagstiftningen saknas det regler om personligt betalningsansvar för bolagsledningen när en gäldenär driver sitt bolag vidare vid hotande insolvens. Med denna problemställning som utgångspunkt beskrivs kort det svenska regelsystemet om det aktiebolagsrättsliga ansvaret vid kapitalförlust samt det pågående arbetet om bolagsledningens ansvar i EU. Vidare redovisas kort UNICITRAL:s rekommendationer för företagares ansvar. Härutöver beskrivs den engelska regleringen om wrongful trading. Artikeln avslutas med en analys av det framtida behovet

<sup>7</sup> Karlsson-Tuula, M, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar. En studie i svensk och amerikansk insolvensrätt, Sthlm 2 uppl. 2001, s. 416 och s. 416 f. samt s. 455.

<sup>8</sup> Dotevall, R, Den internationella utvecklingen på det aktiebolagsrättsliga området, PM 2015:12 Tillväxtverket, s. 25.

<sup>9</sup> Dotevall, R, Den internationella utvecklingen på det aktiebolagsrättsliga området, PM 2015:12 Tillväxtverket, s. 26.

av regeländringar av borgenärskyddsreglerna. Utöver reglerna om personligt betalningsansvar i aktiebolagslagen finns det bestämmelser i 59 kap. skatteförfarandelagen. Dessa behandlas dock inte i denna framställning.

## 2. AKTIEBOLAGSLAGEN OCH REGLERING AV KAPITALSKYDDS- REGLERNA OCH PERSONLIGT BETALNINGSSANSVAR

Reglerna om ansvaret för kapitalförlust i 25 kap. 13–20 §§ aktiebolagslagen har till ändamål att sätta en gräns för hur långt ett bolag kan driva en förlustbringande verksamhet innan det krävs att verksamheten likvideras eller de ledande i bolaget blir personligen betalningsansvariga.<sup>10</sup> Enligt 25 kap. 13 § ska en kontrollbalansräkning upprättas genast och granskas av en revisor när det finns skäl att anta att det egna kapitalet understiger hälften av det registrerande aktiebolaget. En kontrollbalansräkning är betydelsefull i flera avseenden. Den ligger till grund för att bolaget ska kunna visa att kapitalbristen är täckt så verksamheten kan fortsätta utan att personligt ansvar kan utkrävas.<sup>11</sup> Kontrollbalansräkningen ska upprättas ”när det finns skäl att anta” att kapitalbrist har uppkommit. Det är bolagets borgenärer som har bevisbördan för att det föreligger förhållanden som medfört att det har funnits anledning för styrelsen att anta att det egna kapitalet understeg hälften av det registrerade aktiekapitalet.<sup>12</sup> Det är enligt Dotevall inte tillräckligt att det föreligger en faktisk kapitalbrist vid en förpliktelses uppkomst för att ett personligt ansvar ska bli aktuellt.<sup>13</sup> Avgörande är att en kapitalbrist förelåg vid tidpunkten då det fanns skäl att anta att sådan kritisk kapitalbrist förelåg. När kontrollbalansräkning upprättas ska värdena bedömas utifrån de värderingsregler som stipuleras i 25 kap. 14 § aktiebolagslagen

<sup>10</sup> Dotevall, R, Den internationella utvecklingen på det aktiebolagsrättsliga området, PM 2015:12 Tillväxtverket, s. 27.

<sup>11</sup> Nerep, E, Samuelsson, P, Aktiebolagslagen. En lagkommentar, kapitel 23–32, del 3, 2 uppl. 2009, s. 191.

<sup>12</sup> Lindskog, S, Kapitalbrist i aktiebolag. Kommentarer till 25 kap. 13–20 §§ ABL, 2 uppl. 2015, s. 40.

<sup>13</sup> Dotevall, R, Den internationella utvecklingen på det aktiebolagsrättsliga området, PM 2015:12 Tillväxtverket, s. 28 med hänvisning till prop. 2000/01:150, s. 48.

dvs. nettoförsäljningsvärdet. Om det visar sig att kapitalbristen är såsom stipuleras i 25 kap. 13 § ska det snarast kallas till en första kontrollstämma som ska undersöka hur man kan förbättra bolagets ställning så att likvidationstvävet undanröjs. På kontrollstämman är frågan om bolaget ska träda i likvidation. Aktieägarna har åtta månader på sig från första kontrollstämman att läka kapitalbristen (*rådrumsfristen*). Om kontrollbalansräkningen, som har lagts fram vid den första kontrollstämman, inte visar att bolagets eget kapital uppgår till minst det registrerade aktiekapitalet har bolaget en frist om åtta månader att stärka bolagets ekonomiska ställning. Har aktieägarna inte inom rådrumsfristen på en *andra kontrollstämma* med stöd av en ny kontrollbalansräkning (ibland kallad KBR2) konstaterat att det egna kapitalet täcker hela det registrerade aktiekapitalet, så inträder likvidationsplikt. Det är möjligt att visa att kapitalbristen är åtgärdad genom att förete en årsredovisning som upprättats i enlighet med årsredovisningslagen. Med tanke på att värdena ska spegla försäljningspriset vid upprättande av kontrollbalansräkningen enligt 25 kap. 14 § aktiebolagslagen kan inte värdena vara högre i en årsredovisning. Om bolagsstämman inte fattar något *beslut om likvidation*, så ska styrelsen hos rätten ansöka om detta. Ansökan kan också göras av styrelseledamot, VD, revisor och aktieägare men inte av borgenär. Om styrelsen inte följer det påbjudna mönstret blir styrelseledamöterna medansvariga för förpliktelser som bolaget ådrar sig under tiden efter åsidosättandet. Så även aktieägare som trots vetskap om likvidationsplikt deltar i beslut om verksamhetens fortsättande. Medansvaret har således en handlingsdirigerande funktion (påtryckningsfunktionen).<sup>14</sup> Ett annat alternativ är att skjuta till kapital inom de föreskrivna tidsfristerna som anges i de berörda stadgandena så att kapitalbristen undanröjs.<sup>15</sup> I annat fall kan styrelsen bli ansvarig för förpliktelse som uppkommer under den tid som underlåtenheten består. Det personliga betalningsansvaret är alltså kopplat till styrelsens underlåtenhet att under de relevanta

<sup>14</sup> Lindskog, S, Kapitalbrist i aktiebolag. Kommentar till 25 kap. 13–20 §§ ABL, 2 uppl. 2015, s. 119 f.

<sup>15</sup> Lindskog, S, Kapitalbrist i aktiebolag. Kommentar till 25 kap. 13–20 §§ ABL, 2 uppl. 2015, s. 119.

tidsfristerna vidta de åtgärder som anges i lagen. Ansvaret i 25 kap. 18 § aktiebolagslagen är strängt. För att undgå ansvar måste styrelseledamoten visa att underlåtenheten inte beror på försumlighet.<sup>16</sup> Även om likvidationsreglerna tillskrivs en varningsfunktion saknas det ett uttryckligt krav på bolagsföreträdare att meddela tredje man att bolagets ställning är ekonomiskt svag.<sup>17</sup> Det saknas en också en generell plikt för bolagets ledamöter att underrätta tredje man om att ekonomin är dålig i bolaget. Kontrollbalansräkningen behöver inte heller offentliggöras. Det finns inte heller någon generell plikt att informera borgenärer eller de personer bolaget avser att ingå avtal med om bolagets ekonomiska situation eller om att det egna kapitalet understiger det registrerade aktiekapitalet.<sup>18</sup>

### 3. EU-DIREKTIV OM INSOLVENS- OCH AKTIEBOLAGSRÄTTSLIGT ANSVAR FÖR BOLAGSLEDNINGEN

#### 3.1 Förslag till direktiv på det insolvensrättsliga området

I EU pågår ett ständigt utvecklingsarbete med hur insolvensrätten bör vara utformad. EU:s målsättning är att inrätta en minsta harmoniserad rättslig ram för rekonstruktion av företag och att underlätta för entreprenörer att starta upp på nytt.<sup>19</sup> Tanken är att åtgärderna som företas på EU-nivå ska tillföra ett mervärde i såväl EU som internationellt. Reglerna ska säkerställa att livskraftiga företag i ekonomiska svårigheter har tillgång till effektiva insolvensförfaranden. I november 2016 kom ett förslag till direktiv om förändrade insolvensregler.<sup>20</sup> Målet med direktivet är bl.a. att komma till rätta med hinder mot den fria rörligheten för kapital, minska antalet konkurser av i grunden fungerande företag och förbättra utsikterna för

<sup>16</sup> Dotevall, R, Den internationella utvecklingen på det aktiebolagsrättsliga området, PM 2015:12 Tillväxtverket, s. 29.

<sup>17</sup> Dotevall, R, Den internationella utvecklingen på det aktiebolagsrättsliga området, PM 2015:12 Tillväxtverket, s. 29.

<sup>18</sup> Se NJA 2013 s. 725.

<sup>19</sup> Se SOU 2016:72.

<sup>20</sup> 2016/0359 (COD) on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency.

företagare att få en andra chans. Förslaget är en del av arbetet med kapitalmarknadsunionen och är en av de prioriterade åtgärderna i kommissionens inre marknadsstrategi.<sup>21</sup> Enligt förslaget ska mer samstämmiga insolvens- och omstruktureringsförfaranden möjliggöra en större rättssäkerhet och uppmuntra till en snabb omstrukturering av livskraftiga företag med ekonomiska problem. Ineffektiva och olikartade insolvenslagstiftningar gör det svårare för investerare att bedöma kreditrisker, särskilt när de överväger att göra gränsöverskridande investeringar.<sup>22</sup> Direktivet har tre huvuddelar: ramar för förebyggande omstrukturering (avdelning II) och en andra chans för entreprenörer (avdelning III) samt åtgärder för att göra förfaranden för omstrukturering, insolvens och en andra chans effektivare (avdelning IV). Avdelningarna I, IV, V och VI har horisontellt tillämpningsområde. I direktivet föreslås en artikel som tar sikte på företagarens ansvar. Om en gäldenär är nära insolvens är det viktigt att skydda borgenärernas berättigade intressen från ledningsbeslut som kan inverka på gäldenärens tillgångar i boet. Detta gäller särskilt om sådana beslut kan leda till ytterligare värdeminskningar av den del av boet som är tillgänglig för omstrukturering eller för utdelning till borgenärer.<sup>23</sup> Det är därför nödvändigt att företagsledare under sådana omständigheter undviker varje uppsåtligt eller grovt oaktsamt handlande som leder till personlig vinning på bekostnad av intressenter. Företagsledare får inte godkänna transaktioner till undervärde eller vidta åtgärder som leder till att en eller flera intressenter otillbörligt prioriteras framför andra. I direktivet utgör företagsledare personer som är ansvariga för att fatta beslut om företagets ledning. Artikel 18 innehåller en skyldighet för medlemsstaterna att ålägga särskilda åtgärder för företagsledare vid en förestående insolvens. Artikel 18 har följande innehåll.

<sup>21</sup> Direktiv om företagsrekonstruktion och 2016/17:FPM34 en andra chans för företagare, s. 1.

<sup>22</sup> 2016/0359 (COD) on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency, s. 2.

<sup>23</sup> 2016/0359 (COD) on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency, s. 35.

Medlemsstaterna ska föreskriva regler för att säkerställa att företagsledare har följande skyldigheter om det finns en sannolikhet för insolvens:

1. (a) Att vidta omedelbara åtgärder för att minimera förlusterna för borgenärer, arbetstagare, aktieägare och andra intressenter.
2. (b) Att ta vederbörlig hänsyn till borgenärens och andra intressenters intressen.
3. (c) Att vidta rimliga åtgärder för att undvika insolvens.
4. (d) Att undvika uppsåtligt eller grovt oaktsamt handlande som hotar företagets livskraft.<sup>24</sup>

Detta förslag till direktiv ska nu förhandlas med medlemsstaterna. Regeringen har framställt ett Fakta PM som ligger till grund för ett avslutat remissförfarande.<sup>25</sup>

### 3.2 Det andra bolagsdirektivets förslag till wrongful trading

Även aktiebolagsrättsligt har EU-kommissionen föreslagit att borgenärsskyddsregler ska införas. I det andra bolagsdirektivet från 2003 framhöll kommissionen särskilt att det krävs en hög grad av förtroende i relationerna mellan de inblandade aktörerna, så att skyddet av aktieägare och tredje man kan säkerställas i syfte att motverka bedrägerier och missbruk av annat slag.<sup>26</sup> Syftet är att överbygga de skillnader som finns mellan medlemsländernas regleringar av borgenärsskyddet. I artikel 17 i direktivet föreslås ett ansvar som syftar till att förmå bolagets styrelse att försätta bolaget i likvidation när det inte finns några rimliga ekonomiska utsikter att bolaget ska kunna räddas. Därigenom ska det förhindras att borgenärerna lider ytterligare ekonomisk skada.<sup>27</sup> Bestämmelsen innebär att om ett bolag fortsätter att driva sin verksamhet efter det att ledamöter i styrelsen insett eller bort inse att det inte går att undvika en ”insolvent liquidation” kan en styrelseledamot bli personligen betalningsansvarig

<sup>24</sup> 2016/0359 (COD) on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency, s. 50.

<sup>25</sup> Direktiv om företagsrekonstruktion och 2016/17:FPM34 en andra chans för företagare. Remissvar Diarienummer: Ju2016/08869/L2.

<sup>26</sup> KOM (2003) 284 från den 21 maj 2003, s. 9.

<sup>27</sup> Andersson, J Kapitalskyddet i aktiebolaget. En lärobok, 6 uppl. 2010, s. 46.



för de skador som borgenärerna därigenom vållas.<sup>28</sup> Bestämmelsen innebär att en styrelseledamot kan bli ersättningsskyldig mot bolaget eller konkursboet om denne insåg eller bort inse att det fanns någon rimlig utsikt att bolaget kunde undvika att bli insolvent. Wrongful trading ska bli en gemensam standard för skyddet av bolagsborgenärerna i medlemsländerna och ansvarsgrunden ska vara knuten till bolagets insolvens. Det torde få bolagsledningen att reagera tidigare än i de fall plikten att agera är knuten till relationen mellan bolagets eget kapital och det registrerade aktiekapitalet som finns reglerat i 25 kap. 13–20 §§ aktiebolagslagen.<sup>29</sup> Modellen för detta har kommissionen hämtat från engelsk rätt och ansvaret för ”wrongful trading” enligt sec. 214 Insolvency Act.<sup>30</sup> Bolagsledningens ansvar förändras när bolaget närmar sig en insolvenssituation och innebär att bolagsledningen ska agera för borgenärernas intresse och ta detta i beaktande vid förvaltningen av bolaget.

Bakgrunden till bestämmelsen om wrongful trading är att bolag, när de upptäcker att de har ekonomiska problem, ska välja att fortsätta driften i bolaget för att återfå lönsamheten i stället för att i tid ansöka om att inleda ett rekonstruktionsförfarande. Bestämmelsen om wrongful trading bygger på en avvägning mellan å ena sidan att bärkraftiga företag inte ska avvecklas i onödan och å andra sidan i att förebygga oansvariga beteenden som är till skada för bolagets borgenärer.<sup>31</sup> Om en enskild styrelseledamot inte har vidtagit varje steg för att minimera potentiella förluster för bolaget som borde ha vidtagits kan styrelseledamoten bli ersättningsskyldig med ett belopp som domstolen finner vara skäligt för att täcka den uppstådda ekonomiska skadan. Såsom ovan sagts innehåller bestämmelsen en borgenärsskyddsregel som, till skillnad från de svenska bestämmelserna, är knuten till bolagets befarade insolvens istället för till ak-

<sup>28</sup> Dotevall, R, Den internationella utvecklingen på det aktiebolagsrättsliga området, PM 2015:12 Tillväxtverket, s. 32.

<sup>29</sup> Dotevall, R, Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer, SvJT 2006, s. 898.

<sup>30</sup> Dotevall, R, Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer, SvJT 2006, s. 898.

<sup>31</sup> Andersson, J, Kapitalskyddet i aktiebolag. En lärobok. 6 uppl. 2010, s. 48.

tiekapitalet.<sup>32</sup> En annan viktig skillnad är att reglerna om wrongful trading bygger på de risker som uppkommer för bolagets borgenärer vid en nära förestående insolvenssituation på grund av typiskt beteendemönster hos bolagens ledning medan våra kapitalskyddsregler bygger på en nominell ekonomisk bas.<sup>33</sup> En annan viktig skillnad är att wrongful trading skyddar samtliga borgenärer indirekt genom att medel tillförs boet av den styrelseledamot som har förorsakat den ekonomiska skadan.<sup>34</sup> I svensk rätt skyddas endast tillkommande borgenärer efter att styrelsen underlåtit att upprätta en kontrollbalansräkning i tid. Vidare är de engelska reglerna mer funktionella och ändamålsenliga och avser att vara direkt handlingsdirigerade för bolaget och dess ledning för att förebygga onödiga ekonomiska förluster. Kritik mot bestämmelsen har framförts för att det är få vägledande avgöranden och för få fall prövas med hänsyn till processrisken och till de ekonomiska kostnaderna.<sup>35</sup>

#### 4. PÅGÅENDE FORSKNING I EU BETRÄFFANDE INSOLVENSRÄTTENS UTFORMNING

I rapporten, *Study on a new approach to business failure and insolvency, Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices*,<sup>36</sup> har en forskargrupp samlat in uppgifter om de nationella reformer som vidtagits i syfte att undersöka, hur genomförandet av rekommendationen En Europeisk strategi för att hantera misslyckade företagssatsningar, har genomförts.<sup>37</sup> Rapporten består av åtta avsnitt. I rapporten ingick även att granska allmän

<sup>32</sup> Dotevall, R, Den internationella utvecklingen på det aktiebolagsrättsliga området, PM 2015:12 Tillväxtverket, s. 32.

<sup>33</sup> Andersson, J, Kapitalskyddet i aktiebolag. En lärobok, 6 uppl. 2010, s. 48.

<sup>34</sup> Se här och i det följande Andersson, J, Kapitalskyddet i aktiebolag. En lärobok, 6 uppl. 2010, s. 48.

<sup>35</sup> Andersson, J, Kapitalskyddet i aktiebolag. En lärobok, 6 uppl. 2010, s. 48.

<sup>36</sup> McCormack, G, Keay, A, Brown, S, Dahlgreen, J, Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices, Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075. För en beskrivning av rapportens innehåll se Persson, H, A, En europeisk strategi för att hantera misslyckade företagssatsningar, InraTi 1/2016, s. 38–41.

<sup>37</sup> I syfte att undersöka hur genomförandet av dels rekommendationen som kom från Europa kommissionen 2014, dels hur reformen av EU:s insolvensförordning har mottagits av skilda medlemsländer tillsatte kommissionen i mars 2015 en särskild forskargrupp med deltagare från alla de 28 medlemsländerna samt USA och Norge.

bolagsrätt och vilket ansvar bolagsföreträdarna har för att i tid vidta åtgärder mot de ekonomiska problemen för att skydda bolagsborgenärerna mot ekonomisk förlust.<sup>38</sup> Det första avsnittet behandlar styrelseledamöternas ansvar om inte nödvändiga åtgärder vidtas i tid för att skydda borgenärerna i en insolvenssituation. Av rapporten framgår att ansvaret är olika utformat i medlemsstaterna. Det kan vila på civilrättslig och/eller straffrättslig grund.<sup>39</sup> I rapporten uppgav flera forskare att det kan vara svårt att utkräva ansvar av styrelseledamöterna i den nu angivna situationen. Att väcka talan mot en eller flera styrelseledamöter med anledning av att åtgärder inte har vidtagits i tid kan, enligt innehållet i rapporten, vara förenat med stora kostnader och tidsutdräkt. Dessutom är ofta styrelseledamöterna själva personligen insolventa varför någon ekonomisk kompensation i slutändan inte torde kunna utkrävas från dem. Det pågår också ett arbete inom CERIL<sup>40</sup> som arbetar med tio olika teman varvid ett utgörs av det pågående projektet Directors liability.<sup>41</sup>

## 5. STYRELSENS SKYLDIGHETER VID INSOLVENS ENLIGT UNICITRAL

I United Nations Commission on International Trade Law, (UNCITRAL), har det antagits en modellag om gränsöverskridande insolvensförfaranden.<sup>42</sup>

En modellag som kan sägas vara en lagstiftning in abstracto, dvs. det finns inte någon verklig lagstiftare och produkten tar inte sikte

<sup>38</sup> Persson, H, A, En europeisk strategi för att hantera misslyckade företagssatsningar, InraTi 1/2016, s. 39.

<sup>39</sup> Persson, H, A, En europeisk strategi för att hantera misslyckade företagssatsningar, InraTi 1/2016, s. 39.

<sup>40</sup> (CERIL) is an independent non-profit, non-partisan, self-supporting organisation of appr. 75 lawyers and other restructuring and insolvency practitioners, law professors and (insolvency) judges committed to the improvement of restructuring and insolvency laws and practices in the European Union and in its Member States and their operation.

<sup>41</sup> Se Ceril.eu/projects.

<sup>42</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html).

på att gälla i någon viss bestämd rättsordning.<sup>43</sup> I stället är avsikten att modellagen ska kunna tjäna som underlag och inspirationskälla vid nationella lagstiftningsprojekt och/eller vid mellanstatliga överläggningar och konventionssamarbeten vid gränsöverskridande insolvensfrågor. År 2013 tillkom del fyra som behandlar Directors' obligations in the period approaching insolvency.<sup>44</sup> Tanken är lagstiftningsguiden ska reglera directors vilket torde avse bolagsledningens skyldigheter när företaget närmar sig insolvens. Syftet är att skydda de legitima intressena som fordringsägare och andra intressenter har samt att minimera de ekonomiska förlusterna. Det förs ett resonemang om hur sådana regler kan utformas. Det framhålls i lagstiftningsguiden att man bl.a. måste överväga följande faktorer vid rekommendationernas utformning: a) hur förpliktelsen ska utformas och dess omfattning, b) tidpunkten när ansvaret ska inträda, c) vilka personer som ska omfattas av ansvaret, d) det ansvar som följer om förpliktelserna inte efterlevs, dvs. directors inte tar sitt ansvar e) på vilka grunder det går att framtvinga ett ansvar, f) vilka undantag från ansvar som ska finnas, g) vilka rättsmedel som kan användas, h) hur kan man återställa bolaget efter insolvensen i) hur kostnaderna för ett återställande ska finansieras. I rekommendationerna 255–266 regleras directors ansvar i ett enskilt bolag när bolaget är på väg mot insolvens.<sup>45</sup> Det har också förts en diskussion om för- och nackdelar med det oklara begreppet ”approaching insolvency.”<sup>46</sup> Det poängteras att det ska vidtagas åtgärder så snart gäldenären får ekonomiska problem så att rekonstruktionen kan genomföras utan att de ekonomiska problemen förvärras. Det har också diskuterats om

<sup>43</sup> Se Study on a new approach to business failure and insolvency. Comparative legal analysis of member states relevant provisions and practices, Just/2014/JCOO/PR/CIVI/0075. Se även Ds 2007:6 Ämnet insolvensrätt och dess utveckling, s. 150. Se även Karlsson-Tuula, M, Globaliseringen och europarättens betydelse för svensk insolvensrätt, de lege ferenda, nummer 29 i skriftserien SCCL.

<sup>44</sup> Se här och i det följande, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part4-ebook-E.pdf>. Se även Directors' obligation in the period approaching insolvency: enterprise groups. Notes by the Secretariat September 2017.

<sup>45</sup> Se här och i det följande Directors' obligation in the period approaching insolvency: enterprise groups. Notes by the Secretariat September 2017, s. 3 ff. Det terminologiska begreppet Director diskuteras särskilt i Chapter II. Det saknas en enhetlig definition av director se särskilt s. 3 not 1.

<sup>46</sup> Se UNICITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, part two, paras 8–10.

det är en framkomlig väg att införa ett åläggande för bolagsledningen att tidigt ansöka om företagsrekonstruktion när de ekonomiska problemen uppkommer. Det råder delade meningar om att införa ett sådant åläggande och flera jurisdiktioner i EU uppvisar olika lösningar. Det brukar dock finnas bestämmelser som reglerar ett civilrättsligt ansvar för directors. Ett ansvar uppkommer vanligen om verksamheten har drivits på ett sätt som förorsakat insolvens eller om företaget har misslyckats med att undvika insolvens. Ansvar kan även uppstå om transaktioner företags i ett annat syfte än att undvika insolvens och därmed har förorsakat skada för borgenärskollektivet. Hur ansvaret ska formuleras är komplicerat. Det föreslås att reglerna bör innehålla något av följande innehåll:

- Styrelseledamöterna ska säkerställa att räkenskaperna upprätthålls och är aktuella.
- Styrelseledamöterna åläggs ett ansvar om att själv hålla sig informerad om räkenskaperna och bolagets ekonomiska ställning.
- Styrelsen ska sammankallas när kommersiella beslut ska fattas och nya krediter ska upptas.
- Styrelsen ska verka för att specialister anlitas i den mån det behövs. Överhuvudtaget ska styrelsen vara aktiv i sin roll i bolaget för att motverka insolvens.

## 6. REFORMBEHOV, KAPITALSKYDDSGREGLERNA DE LEGE FERENDA

EU:s förslag till direktiv om ett harmoniserat insolvensförfarande kom 2016. Det innehåller ett förslag till artikel 18 som ska styra vilket ansvar företagsledningen ska ha vid ett bolags insolvens. Men även aktiebolagsrättsligt har EU föreslagit en reglering i det andra bolagsdirektivet artikel 17 med ett liknande ansvar. Det är föredömligt att EU vill införa ett sådant ansvar för företags- och bolagsledningen som har utformats i den engelska regleringen om wrongful trading. Men trots EU:s strävan att harmonisera såväl de insolvens- som aktiebolagsrättsliga bestämmelserna kommer troligen skillna-

der mellan medlemsländernas bolagsrätt att bestå och då främst vad avser de privata aktiebolagen. En tänkbar förklaring till detta är att regleringen av de privata bolagen i hög grad är betingade av nationella kulturella och samhällsekonomiska förhållanden.<sup>47</sup> Vidare är det tidskrävande att införa förslag till direktiv eftersom dessa ska förhandlas med medlemsstaterna. Detta medför att det tar lång tid i anspråk innan vi får ett direktiv som sedan också ska implementeras i svensk rätt. UNICITRAL:s regler kan kanske innehålla förslag som vi bör överväga.

Enligt den nuvarande svenska regleringen om kapitalbrist kan ett bolag ha ekonomiska problem under lång tid utan att de aktiebolagsrättsliga reglerna och de krav som där uppställs utlöser någon handling från bolagsledningen. Ändamålet med tvångslikvidationsreglerna i 25 kap. 13–20 §§ aktiebolagslagen är att sätta en gräns för hur långt ett bolag kan driva en förlustbringande verksamhet genom att kräva att verksamheten likvideras eller att de ledande personerna i bolaget blir personligt betalningsansvariga. Risken för att borgenärskollektivet och andra intressenter lider ekonomisk skada är mycket stor. Dessutom ger inte dessa aktiebolagsrättsliga bestämmelser några som helst incitament för bolagsledningen att ansöka om att inleda ett insolvensförfarande (företagsrekonstruktion) i tid, dvs. innan företaget har kommit i ett så djupt obestånd att endast en konkurs återstår. Kapitalskyddsreglerna uppfyller varken sin funktion eller sitt ändamål och har fått massiv kritik både från företrädare från de som inom akademien företräder aktiebolagsrätt eller den insolvensrättsliga inriktningen. I förordet till boken *Kapitalbrist* beskriver Lindskog reglerna om kapitalbrist på följande sätt:

”lagstiftning när den är som sämst” eftersom den bygger på ”missuppfattningar om rättsläget, ogrundade föreställningar om reglernas verkningar, ständiga påbyggnader och bristande känsla för affärlivets förutsättningar.”<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Dotevall, R, *Aktiebolagsrätt – Fördjupning och komparativ belysning*, 2015, s. 23.

<sup>48</sup> Citatet är hämtat från förordet till boken Lindskog, S, *Kapitalbrist i aktiebolag. Kommentarer till kap. 25:13–20 ABL*, Sthlm 2008. Se även Stattin, D, *Recension av Stefan Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag. Kommentarer till kap. 25:13–20 ABL*, *Norstedts Juridik*, 2008, 231 s. JT 2009–10, s. 157–164.

Lindskog är av den uppfattningen att reglerna om kapitalbrist bör tas bort och att regler istället bör införas i den insolvensrättsliga lagstiftningen. Han anför följande:

”Allmänt sett kan det sättas i fråga om borgenärerna över huvud bör beredas något skydd inom ramen för den associationsrättsliga lagstiftningen. En möjlighet är att ett sådant skydd skapas genom en lagstiftning som generellt syftar till att skydda borgenärerna, främst 11 kap. BrB och KL:s återvinningsbestämmelser. Men också andra ordningar kan tänkas.”<sup>49</sup>

Dotevall har också granskat frågan utifrån ett aktiebolagsrättsligt perspektiv. Dotevall är mycket kritisk till den svenska regleringen och framhåller att man inte kan bygga ett borgenärsskydd med personligt ansvar för bolagsfunktionär på aktiekapitalet som aktieägarna disponerar över.<sup>50</sup> Han menar också att en annan stor brist är att bolaget inte har någon skyldighet att informera borgenärerna om att bolagets ekonomiska ställning är svag.

Dotevall skriver i rapporten till Tillväxtverket, följande;

”Det finns anledning att även för svenskt vidkommande införa en regel med förebild i den engelska regeln rörande ansvar vid wrongful trading i sec. 214 Insolvency Act 1986. Det finns en risk att den svenska regeln medför att styrelsens plikt att agera i borgenärernas intresse inträder senare än om risken för bolagets insolvens är utgångspunkten. Det är också angeläget med hänsyn till de lagvals- och jurisdiktionsregler som EU:s insolvensförordning innehåller.”<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Citatet är hämtat från förordet i Lindskog, S, Kapitalbrist i aktiebolag. Kommentarer till kap. 25:13–30 ABL, Sthlm 2008.

<sup>50</sup> Dotevall, R, Den internationella utvecklingen på det aktiebolagsrättsliga området, PM 2015:12 Tillväxtverket, s. 27.

<sup>51</sup> Citatet är hämtat från Dotevall, R, Den internationella utvecklingen på det aktiebolagsrättsliga området, PM 2015:12 Tillväxtverket, s. 35.

Även Stattin har de lege ferenda föreslagit att reglerna om wrongful trading bör införas i svensk rätt även om det är en svår uppgift.<sup>52</sup> Det har även kommit kritik från Rekonstruktörs- och konkursförvaltar-kollegiet, (REKON) rörande kapitalbristreglernas utformning i 25 kap. 13–20 §§ aktiebolagslagen.<sup>53</sup> REKON framhåller att styrelsens plikt att agera enbart är knutet till förhållandet mellan bolagets egna kapital och det registrerade aktiekapitalet i stället för till insolvensbegreppet.<sup>54</sup> REKON framhåller att det är en betydande brist att det saknas verkningfulla bestämmelser som tydliggör vilka åtgärder en ställföreträdare ska vidta vid hotande insolvens. Det framhåller också att det är oklart vilket ansvar som följer om verksamheten på ett otillbörligt sätt drivits vidare trots risk för uppkommen insolvens. REKON har också anfört att det skulle det främja en enhetlig och ändamålsenlig hantering av en uppkommen insolvenssituation om ställföreträdarnas agerande på ett tydligare sätt regleras.<sup>55</sup> Engerstedt och Svernlöv föreslog 2009 att reglerna borde avskaffas och ersättas av regler som stärker borgenärsskyddet genom en tydligare markering av styrelseledamöternas ansvar för ett bolags likvidtetsutveckling och vid befarad insolvens.<sup>56</sup> De anförde också att reglerna bör ses över i det insolvensrättsligt perspektiv men ledde inte till ett framgångsrikt förslag i sammanhanget.

Efter den kritik som nu har framförts är det nödvändigt att lagstiftaren snarast ser över bestämmelserna om hur borgenärsskyddet kan tillgodoses så att reglerna på ett mer ändamålsenligt sätt interagerar med de insolvensrättsliga bestämmelserna. Nelson framhåller att det finns fyra utgångspunkter för hur innehållet i en insolvensrättslig lagstiftning kan öka incitamenten för en gäldenär att i tid ansöka om företagsrekonstruktion. För det första bör det undersökas vilken typ av incitament som redan finns eller bör införas så att gäldenären ansöker i tid om att inleda ett förfarande, d.v.s. att

<sup>52</sup> Stattin, D, Recension av Stefan Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag. Kommentarer till 25:13–20 ABL, Norstedts juridik 2008, JT 2009–10, s. 157–158.

<sup>53</sup> Andersson, H, Andersson, L-H, Reformbehov inom insolvensrätten, JT 2017–18, s. 775.

<sup>54</sup> Se även Stattin, D, Några frågor om personligt betalningsansvar, JT 2009–10, s. 126–131.

<sup>55</sup> Andersson, H, Andersson, L-H, Reformbehov inom insolvensrätten, JT 2017–18, s. 775.

<sup>56</sup> Engerstedt, U, Svernlöv, C, Balans 2009, nr 5, s. 44 f.



ett förfarande inleds innan den ekonomiska situationen är sådan att endast avveckling återstår. För det andra kan det diskuteras vilken roll borgenärerna har eller ska ges under ett förfarande, dvs. hur kan borgenärerna medverka till att ett förfarande inleds i tid? För det tredje bör det undersökas om någon exempelvis i bolagsledningen ska kunna åläggas ett särskilt ansvar för att verksamheten när företagsledningen fått kännedom om att företaget har ekonomiska problem och ändå driver verksamheten vidare, s.k. wrongful trading. För det fjärde bör det diskuteras om innehållet i en förmånsrättsordning eller innehållet i en bestämmelse som reglerar prioritetsordningen medför att incitamenten ökar för att i tid inleda företagsrekonstruktion. I flera länder har man försökt komma till rätta med problemet genom att införa gäldenärsvänliga bestämmelser, s.k. gäldenärsorienterad lagstiftning på området. Det har empiriskt visats att gäldenärsorienterade bestämmelser dessutom ökar viljan till att bli entreprenör och starta företag.<sup>57</sup> Ett exempel på en gäldenärsorienterad lagstiftning utgör den amerikanska federala lagstiftningen Bankruptcy Code, (BC). Enligt Nelson kan alltså införandet av ett ansvar som wrongful trading öka incitamenten för gäldenären att ansöka om ett insolvensförfarande i tid så att förutsättningarna för en lyckad rekonstruktion ökar. Reformernas ansvarsregler torde också öka incitamenten för att ansöka om företagsrekonstruktion öka. En sådan lagstiftning präglas också av bestämmelser som ökar borgenärernas incitament att medverka till att en rekonstruktion kan genomföras, exempelvis bestämmelser som skyddar borgenärerna mot att tillgångar som utgör säkerhet minskar i värde under ett rekonstruktionsförfarande. Den gäldenärsorienterade lagstiftningen har dock befunnits otillräcklig för att få företagaren att ansöka om rekonstruktion i tid. Åsikterna ledde dock inte till en förändrad lagstiftning. För egen del är jag fortfarande av uppfattningen att ett införande av regler i svensk rätt som motsvarar de engelska bestäm-

<sup>57</sup> Eberhart, R, Eesley, C, E & Eisenhardt, K M (2013). Failure is an Option: Failure Barriers and New Firm Performance. July 18, 2013. Rock Center for Corporate Governance at Stanford University Working Paper No. 111. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1982819>. Se Karlsson-Tuula, M, Entreprenörskap i centrum för insolvenslagstiftningen de lege ferenda, InraTi 2/2016, s. 84–90.

melserna om wrongful trading bör övervägas.<sup>58</sup> Jag pläderade för en sådan lösning redan i min doktorsavhandling 2001 och då i ett insolvensrättsligt perspektiv.<sup>59</sup>

Med det avses att sådana bestämmelser som wrongful trading bör införas för att öka incitamenten för att ansöka om företagsrekonstruktion i tid. Det är alltså hög tid att det i Sverige införs regler på området som passar in och fyller sin funktion och sitt ändamål på detta område. Detta skulle också möjligen följa intentionerna för de regler som förespråkats i EU. Det skulle i ett insolvensrättsligt perspektiv vara en stor fördel om bolagsledningen kan hållas ansvarig för wrongful trading och ett sådant regelsystem torde också öka incitamenten att ansöka om företagsrekonstruktion i tid och därmed skulle också ett ökat antal lyckade företagsrekonstruktioner kunna genomföras. En win-win situation.

---

<sup>58</sup> Se och jfr fotnot 2 i denna artikel.

<sup>59</sup> Karlsson-Tuula, M, Rekonstruktion av företag inom insolvenslagstiftningens ramar. En studie i svensk och amerikansk insolvensrätt, Sthlm 2 uppl. 2001, s. 416 och s. 416 f. samt s. 455.