

KARIN BLAD

Fokus på insolvens – med anledning av förslaget att utmönstra kapitalbristreglerna i ABL

KARIN BLAD är juris doktor och verksam vid enheten för rättsvetenskap, Institutionen för beteende-, social- och rättsvetenskap vid Örebro universitet samt vid sektorn Handelsrätt, Företagsekonomiska institutionen vid Uppsala universitet.

Den 3 juli 2023 presenterade Utredningen om bolaget som brottsverktyg¹ sin översyn av bland annat aktiebolagslagens (2005:551) regler om tvångslikvidation vid kritisk kapitalbrist.² Reglerna ansågs vara i behov av översyn bl.a. eftersom kapitalkravet i svenska privata aktiebolag är relativt lågt och att det kan ifrågasättas om det utgör ett effektivt borgenärsskydd.³

Artikeln kommenterar ovan nämnda utredningsförslag utifrån slutsatserna i min avhandling "Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid risk för obestånd och liknande situationer" (2023). Liksom i utredningsförslaget är avhandlingens slutsats att tvångslikvidationsreglerna bör utmönstras. Som alternativ diskuteras bl.a. en modell med viss handlingsplikt när ett aktiebolags aktiekapital inte längre är försvarligt. Samma lösning förordas i utredningsförslaget.

¹ Ju 2021:18.

² SOU 2023:34 s. 384–415.

³ Dir. 2021:115 s. 16.

1. FÖRSLAGET ATT UTMÖNSTRAS KAPITALBRISTREGLERNA

1.1 Förslaget i korthet

Utredningen om bolaget som brottsverktyg fick år 2021, bl.a., i uppgift att analysera för- och nackdelar med reglerna om tvångslikvidation vid kapitalbrist och reglernas funktion i det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddssystemet. I det uppdraget ingick att bedöma om nuvarande regelverk behöver justeras eller om det bör införas en annan typ av regler samt föreslå utformningen av eventuella författningsändringar. Därtill skulle särskilt reglernas borgenärsskyddande syfte beaktas.⁴

Utredningen drar slutsatsen att det successivt sänkta kravet på aktiekapitalets minsta storlek har rubbat förutsättningarna för reglerna om kritisk kapitalbrist i 25 kap. aktiebolagslagen (2005:551) (ABL).⁵ Det konstateras därmed att den borgenärsskyddande funktionen med kapitalbristreglerna har urholkats. Att regelverket aktualiserar styrelsens handlingsplikt vid en tidpunkt knuten till ett aktiebolags insufficiens i stället för insolvens lyfts också fram som skäl för en revision av tvångslikvidationsreglerna. Att tvångslikvidationsregelverket också genererat ett större antal processer och därmed är dyrt för samhället anförs också som ett skäl till att regelverket bör revideras.⁶

Bestämmelserna om tvångslikvidation vid kapitalbrist i 25 kap. 13–20 §§ ABL ålägger bolagets styrelse, andra företrädare för bolaget och bolagets aktieägare en plikt att följa ett visst handlingsmönster. Följs inte handlingsmönstret riskerar de personligt betalningsansvar. Medansvaret gäller för förpliktelser som uppkommer för bolaget under medansvarsperioden. Om en styrelseledamot kan visa att denne inte har varit försumlig kan presumtionsansvaret i 25 kap. 18 § ABL undvikas. Det ställs visserligen höga krav på styrelseledamöters övervakning av ett aktiebolags ekonomi men det har inte hindrat Högsta domstolen från att exempelvis ge viss respit för

⁴ Dir. 2021:115 s. 16 f.

⁵ SOU 2023:34 s. 397.

⁶ SOU 2023:34 s. 397.

nyttillträdda styrelseledamöter att sätta sig in i bolagets ekonomi.⁷ I NJA 2020 s. 526 anförde Högsta domstolen att en aspekt av den handlingsdirigerande funktionen hos medansvarsregeln i 25 kap. 18 § ABL är att "[...] enskilda borgenärers möjligheter att få betalt för sina fordringar faktiskt ökar genom att de kan rikta sina krav inte bara mot bolaget utan även mot styrelsens ledamöter." Det kan förstås så att medansvarsreglerna har ett reparativt syfte.⁸

I kortet innebär utredningens förslag att 25 kap. 13–20 a §§ ABL upphävs. Reglerna föreslås ersättas av en ny bestämmelse som kompletterar 8 kap. 4 § ABL om styrelsens fortlöpande bedömning av ett aktiebolags och i förekommande fall, en koncerns, ekonomiska situation. Bestämmelsen i 8 kap. 4 § ABL föreslås preciseras på så sätt att styrelsens kontroll också innefattar en bedömning av att bolagets eget kapital och likviditet motsvarar vad verksamhetens art, omfattning och risker kräver. Förslaget knyter således an till försvarlighetsbedömningen i 17 kap. 3 § andra stycket ABL. Genom att inte fokusera på bolagets insufficiens som utlösande faktor för styrelsens handlingsplikt såsom i 25 kap. 13–14 §§ ABL menar utredningen att borgenärsskyddet i ABL totalt sett kommer att förstärkas.⁹

Om styrelsen skulle bedöma att bolagets soliditet och/eller likviditet inte är försvarlig enligt ovan ska styrelsen enligt en ny föreslagen bestämmelse agera genast genom att sammanträda för att behandla saken. I det ingår att "analysera situationen, överväga tänkbara åtgärder och ta ställning till vilka åtgärder som ska vidtas."¹⁰ Vidare ska styrelsen kalla till bolagsstämma så snart det är möjligt för att informera aktieägarna om bolagets ekonomiska ställning samt föreslå åtgärder.¹¹ Denna bestämmelse är uppställd till skydd för både ak-

⁷ Se NJA 2012 s. 858.

⁸ Se även Adestam, J. & Arvidsson, N., *Nytt prejudikat om tidpunkten för uppkomsten av en förpliktelse att ersätta rättegångskostnader vid tillämpning av medansvarsreglerna i 25 kap. ABL*, JP Infonet, 2020.

⁹ SOU 2023:34 s. 413.

¹⁰ SOU 2023:34 s. 494.

¹¹ SOU 2023:34 s. 411. För publika aktiebolag finns ett EU-rättsligt krav på att styrelsen kallar till bolagsstämma om bolagets eget kapital motsvarar mindre än hälften av aktiekapitalet, se artikel 58 Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2017/1132 av den 14 juni 2017 om vissa aspekter av bolagsrätt (kodifiering). Eftersom 25 kap. 13–20 a §§ ABL föreslås att upphävas ska publika aktiebolags skyldigheter i dessa fall att regleras särskilt i 8 kap. ABL.

tieägarna och borgenärerna och kan således inte åsidosättas ens med samtliga aktieägares samtycke.¹² Misslyckas styrelsen med ovan uppgifter riskerar ledamöterna ett skadeståndsansvar enligt de befintliga reglerna i 29 kap. ABL. Utredningen föreslår därmed inte att någon särskild sanktionsregel ska knytas till den nya bestämmelsen.¹³

1.2 Den norska modellen

Utredningsförslaget påminner om den modell som tillämpas i norsk rätt sedan mitten på 1990-talet. Ett norskt aktiebolag ska, enligt 3-4 § *loven om aksjeselskaper* (LOV-1997-06-13-44) (asl) respektive 3-1 § *loven om allmennaksjeselskaper* (LOV-1997-06-13-45) (asal), "[...] til enhver tid ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet." Vad som ska anses som ett försvarligt eget kapital får avgöras från bolag till bolag men bedömningen ska grundas i en konkret och skönmässig helhetsvärdering.¹⁴ Verksamhetens art, omfattning och risk ska också beaktas. Driver ett aktiebolag en särskilt riskfylld verksamhet bör det återspeglas av storleken på eget kapital, liksom om bolaget befinner sig i en expansionsfas. Det ska också beaktas om aktiebolaget befinner sig i en uppstartsfas eftersom det under sådana omständigheter bör kunna accepteras ett visst underskott och ett lågt eget kapital under en övergångsperiod. Även sammansättningen av främmande kapital har betydelse vid bedömningen om eget kapital är försvarligt. Det bör till exempel beaktas om ett aktiebolag har efterställda lån. Även räntevillkor och lånens löptid utgör omständigheter som ska beaktas i styrelsens helhetsbedömning.¹⁵ Styrelsens bedömning av det egna kapitalet är vidare inte begränsad till bolagets bokförda värden utan hänsyn kan också tas till övervärden inklusive förväntade intäkter, om de utgör verkliga värden. Det ligger i linje med att regeln om eget kapital "[...] rettar seg mot reell egenkapital, ikke rekneskapsførd."¹⁶ I de norska lagmotiven anfördes att en tydligare

¹² SOU 2023:34 s. 494.

¹³ SOU 2023:34 s. 414.

¹⁴ Ot. Prp. Nr. 23 (1996-97) avsnitt 5.9.4.

¹⁵ NOU 1996:3 s. 221.

¹⁶ NOU 1996:3 s. 221 och Innst O nr 23 (1995-96) s. 8.

markering av att det är bolagsledningens skyldighet att säkerställa att bolaget har tillräckligt med eget kapital torde kunna underlätta framgångsrika skadeståndskrav mot ledningen om den inte fullgjorde sina skyldigheter på ett korrekt sätt.¹⁷

Om aktiekapitalet inte längre är försvarligt inträder en handlingsplikt för styrelsen. I privata aktiebolag gäller enligt 3-5 § asl att styrelsen genast ska *behandla saken* om det kan antas att bolagets eget kapital är lägre än vad som är försvarligt utifrån verksamhetens risk och omfattning. Därefter ska aktieägarna kallas till en bolagsstämma inom rimlig tid för att bli informerade om bolagets ekonomiska situation. Om aktiebolaget inte har ett försvarligt eget kapital i enlighet med 3-4 § asl ska styrelsen föreslå åtgärder för att korrigera det förhållandet. Om styrelsen inte finner någon grund för att föreslå några sådana åtgärder eller om det inte bedöms vara genomförbart ska styrelsen föreslå att aktiebolaget likvideras. I publika aktiebolag aktualiseras också en handlingsplikt för styrelsen när bolagets eget kapital uppgår till mindre än hälften av aktiekapitalet, enligt 3-5 § asal.¹⁸ Därtill ska styrelsen kalla till bolagsstämman i publika aktiebolag inom sex månader enligt 3-5 § asal. Fram till år 2017 gällde samma handlingsplikt i asl, men det ansågs inte ändamålsenligt att ha kvar regeln för privata aktiebolag.¹⁹ Det menades att en handlingsplikt när bolagets eget kapital uppgår till mindre än hälften av aktiekapitalet ändå aktualiseras på grund av försvarlighetskravet i 3-4 § asl. Det ansågs också stå i strid med regelns syfte att det var möjligt att åtgärda den formella bristen genom att minska aktiekapitalet. Det poängterades att det både ur aktieägarnas och borgenärernas perspektiv är centralt att ett aktiebolag har ett försvarligt eget kapital och att det vidtas nödvändiga åtgärder när så inte är fallet. Om ett privat aktiebolag med 30 000 norska kronor i aktiekapital har formell kapitalbrist betyder inte det nödvändigtvis att det egna kapitalet inte är oförsvarligt. Det ansågs kunna innebära oproportionerligt stora kostnader och vara administrativt betungande att i

¹⁷ Ot. Prp. Nr 36 (1993-94) s. 68.

¹⁸ Vilket är i linje med Konsolideringsdirektivet artikel 58.

¹⁹ Se LOV-2017-06-16-71 och prop. 112 L (2016-2017) s. 61 ff.

ett sådant fall hålla en bolagsstämma. Syftet med att ta bort den formella kapitalbristgränsen var också att förtydliga att styrelsen har en plikt att fortlöpande bedöma försvarlighet av det egna kapitalet, och inte förlita sig på en specifik beloppsgräns.²⁰

Enligt 17-1 § asl kan styrelsens ledamöter bli skadeståndsskyldiga för skador som orsakats bolaget, aktieägare eller andra, uppsåtliga eller av oaktsamhet. En nästintill likalydande bestämmelse för publika aktiebolag finns i 17-1 § asal.²¹ Det finns inga krav på att den skadevällande handlingen eller underlåtenheten ska ha lett till bolagets insolvens, eller förvärrat en redan pågående insolvens.²² I de norska lagmotiven anses inte den osäkerhetsfaktor som oundvikligen uppstår när det är fråga om ett generellt och skönsmässigt krav på ett försvarligt eget kapital utgöra ett större problem:

For at ansvar skal være aktuelt, må egenkapitalen rent faktisk være uforsvarlig lav, og i tillegg må ledelsens vurdering av situasjonen anses uaktsom. De usikkerhetsfaktorer som gjør seg gjeldende ved vurderingen av om kapitalen er forsvarlig, tilsier at ledelsen får et visst spillerom og at ansvar bare fastsettes i noe grovere tilfeller.²³

Av norsk rättspraxis framgår att det vid ansvarsbedömningen är avgörande om det ansetts vara oförsvarligt att driva bolaget vidare utan att säkerställa tillräcklig finansiering.²⁴ I en studie över norsk praxis har det visat sig att styrelseledamöter hålls ansvariga av domstolarna i ungefär 60 procent av målen om krav på ett försvarligt eget kapital/likviditet och styrelsens handlingsplikt.²⁵ Av samma studie dras också slutsatsen att de aktuella reglerna ofta aktualiseras i konkurs-sammanhang.²⁶ En skillnad mot det svenska förslaget är att en överträdelse av 3-4 § asl respektive 3-5 § asal också kan aktualisera ett

²⁰ Prop. 112 L (2016-2017) s. 61 f.

²¹ Likalydande med ett undantag såtillvida att 17-1 § asal också omfattar ansvar för "uavhengig sakkyndig" (oberoende expert), med vilket exempelvis avses revisor, jfr 2-6(2) § asal. Revisors ansvar i allmänhet regleras i 11-1 § om revisjon og revisorer (LOV-2020-11-20-128).

²² Jfr NJA 1979 s. 157.

²³ Ot prp nr 36 (1993-94) s. 68.

²⁴ Rt. 1991 s. 119, Rt. 1193 s. 20 och Rt. 2006 s. 765.

²⁵ Dahlum, A., Styreansvar i praksis, Fagbokforlaget, 2021, s. 35.

²⁶ A.a., s. 58.

straffrättsligt ansvar enligt 19-1 § asl/asal. Av 19-1 § asl/asal framgår att uppsåtliga eller oaktsamma överträdelser av bestämmelser i asl/asal är brott vilka sanktioneras med böter eller fängelse upp till ett år.

2. ÖVERVAKNING AV ETT AKTIEBOLAGS EKONOMISKA SITUATION

Som nämnts ovan innebär förslaget från Utredningen om bolaget som brottsverktyg att styrelsens plikt att bedöma aktiebolagets ekonomiska situation i 8 kap. 4 § ABL preciseras. Således gäller redan nu att om styrelsen får indikationer om att aktiebolaget har ekonomiska problem ska det företas fördjupande undersökningar om dessa förhållanden. Skyldigheten att fortlöpande bedöma bolagets ekonomiska situation åvilar styrelsen som kollektiv och inte den enskilde ledamoten.²⁷ Det följer också av ledamöternas omsorgsplikt att uppdraget ska utföras på ett försvarligt sätt.²⁸ Av äldre förarbeten framgår att den som åtar sig ett styrelseuppdrag måste se till att inhämta den information som är nödvändig för att bedöma företagets ställning. Därtill förutsätts att varje styrelseledamot har sådan kompetens och intresseriktning att han eller hon kan bedöma om bolagets ekonomiska ställning har försämrats så mycket att kapitalbristreglerna aktualiseras.²⁹ Styrelsen kan inte heller förlita sig på revisorns granskning när plikten enligt 8 kap. 4 § andra stycket ABL att bevaka aktiebolagets ekonomiska situation ska uppfyllas.³⁰

Styrelsens skyldighet att hålla sig uppdaterad om bolagets ekonomiska situation innebär inte att styrelseledamöterna anses behöva känna till verksamhetens alla detaljer. Det krävs dock att styrelsen är tillräckligt informerad för att kunna göra en mer övergripande bedömning av bolagets ekonomiska situation.³¹ I 8 kap. 5 § ABL anges att styrelsen ska meddela skriftliga instruktioner för hur information om aktiebolagets ekonomiska situation ska inhämtas och

²⁷ Prop. 1997/98:99 s. 203.

²⁸ Se t.ex. Östberg, J., *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, Jure, 2016, s. 319 ff.

²⁹ Se prop. 1987/88:10 s. 70 ff.

³⁰ Jfr NJA 2017 s. 1011.

³¹ Prop. 1997/98:99 s. 80.

rapporteras till styrelsen.³² Syftet med detta rapporteringssystem är att säkerställa att styrelsen kan fullgöra sin plikt i 8 kap. 4 § andra stycket ABL att fortlöpande bedöma bolagets ekonomiska situation. En enskild ledamot har möjlighet att få ta del av ytterligare information än den som rapporteras till styrelsen som helhet. Den enskilde ledamotens rätt att få ut information är visserligen begränsad av att hon eller han inte ensam utgör bolagsorganet styrelse. Om utgivandet av informationen skulle kunna strida mot bolagets intresse, det vill säga det föreligger en skaderisk för bolaget, bör inte informationen lämnas till enskild ledamot.³³

Värdeöverföringsreglerna i 17 kap. ABL utgör också en del i styrelsens bevakning av bolagets ekonomiska situation. Värdeöverföringar inte är tillåtna enligt 17 kap. 3 § ABL om det inte finns full täckning för bundet eget kapital efter överföringen eller annars inte framstår som försvarlig med hänsyn till de krav som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på storleken av det egna kapitalet. Som nämnts ovan knyter utredningsförslaget an till försvarlighetsbedömningen i 17 kap. 3 § andra stycket ABL genom att formulera tillägget i 8 kap. 4 § ABL på liknande sätt. Fördelen med att harmonisera bestämmelserna på detta sätt är att det torde öka förutsägbarheten vid tillämpningen.³⁴ Nackdelen i detta fall är att försiktighetsregeln i 17 kap. 3 § andra stycket ABL är vagt utformad. Det ligger dock i sakens natur att bestämmelsen är vagt utformad eftersom behov av soliditet och likviditet är något som inte kan generaliseras för samtliga Sveriges ca 740 000 aktiebolag.³⁵ Försiktighetsregeln innebär att en värdeöverföring endast bör genomföras om den är försvarlig, även om den är tillåten efter en prövning mot beloppsspärren i 17 kap. 3 § första stycket ABL. Utan att här detaljerat beskriva försiktighetsregelns innebörd kan det sägas att regeln kräver

³² Av 8 kap. 5 § andra meningen ABL framkommer att styrelsen inte behöver upprätta skriftliga instruktioner av ovan slag om det med hänsyn till bolagets begränsade storlek och verksamhet skulle sakna betydelse för rapporteringen till styrelsen.

³³ Se Johansson, S., *Styrelseledamots uppgifter*, i Andersson, J. m.fl. (red.), *Vänbok till Anders Lagerstedt, Jure*, 2020, s. 91.

³⁴ Samma formulering används också exempelvis 21 kap. 6 § ABL gällande lämnande av förskott, lån eller ställande av säkerhet till anställda.

³⁵ Se även prop. 2004/05:85 s. 383 f.

en genomtänkt och helhetsorienterad bedömning av bolagets finansiella situation innan bolaget genomför en värdeöveröring.³⁶ Det har riktats viss kritik mot försiktighetsregeln, bl.a. har det menats att principens vaga utformning leder till rättsosäkerhet och att regeln är svårtillämpad.³⁷

När ett aktiebolag närmar sig insolvens bör styrelsens bedömning av bolagets ekonomiska situation enligt UNCITRAL:s lagstiftningsguide gå längre än vad som är angivet ovan. I allmänhet anses pliktens omfattning utökas när bolaget har ekonomiska problem. Exempelvis bör inte styrelseledamöter oreflekterat lita på uppgifter som presenteras av bolagets ledande befattningshavare, utan på egen hand informera sig om bolagets ekonomiska situation.³⁸ Utifrån stadgandet i 8 kap. 4 § ABL och lagmotiven finns det inget som ger uttryck för att styrelsens uppgift att fortlöpande bedöma bolagets ekonomiska situation skulle utvidgas när bolagets ekonomiska situation är ansträngd. Det torde emellertid följa av själva uppgiften att närmare granskning är påkallad om styrelsen får signaler om att det finns ekonomiska problem. I den rättsvetenskapliga litteraturen påpekas att så är fallet exempelvis när bolagets omsättning minskar eller om bolagets viktigaste kunder får ekonomiska problem.³⁹

3. STYRELSELEDAMÖTERS SKYLDIGHETER OCH ANSVAR VID RISK FÖR OBESTÅND

3.1 Företagsledares ansvar vid nära förestående insolvens

I mitten på år 2022 införlivades det så kallade rekonstruktions- och insolvensdirektivet i svensk rätt, där det i artikel 19 ställs särskilda krav på den svenska rättsordningen om att den ska innehålla regler

³⁶ Se t.ex. prop. 2004/05:85 s. 751 f. och Andersson, J., *Kapitalskyddet i aktiebolag*, Jure, 7 uppl., 2020, s. 179 f.

³⁷ Se Nerep, E., *Aktiebolagslagens »nya» försiktighetsregel – bestående rättsosäkerhet*, i Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, 2009:4, s. 46–69. Jfr Andersson, J., *Kapitalskyddet i aktiebolag*, Jure, 7 uppl., 2020, s. 180 särskilt not 339.

³⁸ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law - part four, 2019, s. 12.

³⁹ Dotevall, R., *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 3 uppl., Wolters Kluwer, 2017, s. 122.

om företagsledares ansvar vid nära förestående insolvens.⁴⁰ Av artikel 19 framgår att om det finns sannolikhet för insolvens för ett aktieföretag bör bolagets företagsledare bland annat vidta åtgärder för att minimera förlusterna och undvika insolvens.⁴¹

”Artikel 19

Företagsledares skyldigheter när det råder sannolikhet för insolvens

Medlemsstaterna ska säkerställa att företagsledare när det råder sannolikhet för insolvens tar vederbörlig hänsyn till i vart fall

- a) de intressen som företräds av borgenärer, andelsinnehavare och andra intressenter,
- b) behovet av att vidta åtgärder för att undvika insolvens, och
- c) behovet av att undvika uppsåtligt eller grovt oaktsamt handlande som hotar företagets livskraft.”

Rekonstruktionsutredningen⁴² kom fram till att Sverige uppfyller kraven i artikel 19 eftersom det redan finns både associationsrättsliga, skadeståndsrättsliga och straffrättsliga ansvarsregler samt sanktionsbestämmelser som aktualiseras när det råder sannolikhet för insolvens.⁴³ Regeringen var av samma uppfattning:

”Befintliga regler är tillräckliga för att säkerställa att företagsledare i ett företag som närmar sig insolvens beaktar dels borgenärernas och andra parter intressen, dels behovet av att vidta åtgärder för att undvika insolvens. Det finns även regler som syftar till att förhindra företagsledare från att uppsåtligt eller av oaktsamhet agera på ett sätt som hotar företagets livskraft. Svensk lagstiftning lever därför upp till kraven som ställs i direktivet.”⁴⁴

⁴⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv av den 20 juni 2019 om ramverk för förebyggande rekonstruktion, om skuldavskrivning och näringsförbud och om åtgärder för att göra förfaranden rörande rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning effektivare samt om ändring av direktiv (EU) 2017/1132.

⁴¹ Se artikel 1(a) rekonstruktions- och insolvensdirektivet och närmare gällande begreppet ”ekonomiska svårigheter” i direktivet.

⁴² SOU 2021:12.

⁴³ SOU 2021:12 s. 555 f. och 577 f.

⁴⁴ Prop. 2021/22:215 s. 271.

När Rekonstruktionsutredningen motiverade sin bedömning av att svensk lagstiftning uppfyller kraven enligt artikel 19 i rekonstruktions- och insolvensdirektivet gjordes det med konstaterandet att återvinningsreglerna i 4 kap. konkurslagen (1987:672) och de straffrättsliga reglerna i 11 kap. brottsbalken (1962:700) främst utgör de regler som är av intresse. Vidare bidrog också medansvarsreglerna i 25 kap. 18 § ABL, reglerna om internt och externt skadeståndsansvar i 29 kap. 1 § och 3 § ABL, reglerna om skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada vid brott i 2 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207) och reglerna om skatterättsligt företrädaransvar i 59 kap. skatteförfarandelagen (2011:1244).⁴⁵ Medansvarsreglerna knutna till regelverket om tvångslikvidation vid kapitalbrist i 25 kap. ABL verkar dock inte ha tillmätts särskilt stor betydelse i sammanhanget.⁴⁶ Av Rekonstruktionsutredningens resonemang kan slutsatsen dras att rekonstruktions- och insolvensdirektivets krav i artikel 19 uppfylls för aktiebolagsrättens del främst genom skadeståndsreglerna i 29 kap. ABL avseende aktiebolag, utöver de ovan nämnda reglerna om straffrättsligt ansvar och skadeståndsansvar vid brott mot borgenärer, skatterättsligt företrädaransvar och återvinning.⁴⁷

3.2 Borgenärers möjlighet till skadestånd

ABL:s bestämmelser om skadeståndsansvar för styrelseledamöter finns i 29 kap. § 1 och 5–14 §§ ABL. De kompletteras av allmänna skadeståndsrättsliga regler. Rena förmögenhetsskador som orsakats genom brottslig handling ersätts genom 2 kap. 2 § skadeståndslagen. Enligt 29 kap. 1 § första stycket första meningen ABL kan en styrelseledamot eller verkställande direktör bli skyldig att betala skadestånd för skador som han eller hon genom uppsåt eller oaktsamhet vid fullgörandet av sitt uppdrag orsakar bolaget. Detsamma gäller när skadan tillfogas en aktieägare eller någon annan genom överträdelse av aktiebolagslagen, tillämplig lag om årsredovisning eller

⁴⁵ SOU 2021:12 s. 556 ff.

⁴⁶ Jfr dock SOU 2023:34 s. 409 om att det är svårt att säga vilken betydelse som medansvarsreglerna tillmättes i sammanhanget.

⁴⁷ Se Blad, K., *Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid risk för obestånd och liknande situationer*, Örebro universitet, 2023, s. 93 ff.

bolagsordningen, enligt 29 kap. 1 § första stycket andra meningen ABL. Styrelsemedlemmarnas skadeståndsansvar gentemot aktieägare och tredje man är således begränsat till culpösa överträdelser av vissa normer. För att en borgenär ska kunna utkräva skadestånd krävs dessutom enligt Högsta domstolens praxis att den skadevällande handlingen resulterat i bolagets insolvens eller förvärrat en redan föreliggande insolvens för att ett orsakssamband ska anses föreligga mellan en borgenärs skada och en styrelseledamots handling eller underlåtenhet.⁴⁸ Det torde vara svårt för en borgenär att visa att så är fallet. Vid direkt skada är kravet på orsakssamband mindre strikt.⁴⁹ Det kan noteras att medansvarsreglerna i 25 kap. ABL delvis har motiverats av att borgenärernas intresse inte alltid blir tillgodosett genom skadeståndsreglerna på grund av svårigheterna att visa på orsakssamband mellan borgenärens förlust och styrelsens handlande eller underlåtenhet.⁵⁰ Till skillnad från medansvarsreglerna i 25 kap. ABL är det enligt 29 kap. 1 § ABL ingen omvänd bevisbörda. Den som gör gällande att en styrelseledamot är ansvarig för en skada orsakad enligt 29 kap. 1 § ABL behöver därför visa att ledamoten varit försumlig.

I det fall utredningsförslaget leder till lagstiftning försvinner medansvarsbestämmelserna i 25 kap. 18 § ABL. Som nämnts ovan föreslås det inte att någon särskild sanktionsregel ska knytas till den nya bestämmelsen. Således är borgenärer hänvisade till att rikta skadeståndsanspråk mot styrelsens ledamöter. Utredningen noterar att det i praktiken blir fråga om att en konkursförvaltare väcker talan för konkursboets räkning gentemot den tidigare styrelsen i det fall att bolaget hamnat på obestånd och försatts i konkurs på grund av

⁴⁸ Se NJA 1979 s. 157. I det aktuella målet hade en styrelseledamot och en revisor i ett aktiebolag medverkat till att ett belopp oriktigt lämnat bolaget och därigenom indirekt skadat bolagets borgenärer.

⁴⁹ Se NJA 1996 s. 224, där det framgår att det vid direkt skada endast krävs att den skadevällande handlingen har medfört att det föreligger en betydande risk för förlust och skada för tredje man. Det krävs inte heller att den skadegörande handlingen har lett till insolvens eller förvärrat en redan föreliggande insolvens.

⁵⁰ Prop. 1975:103 s. 502 och prop. 1987/88:10 s. 70. Se även SOU 1996:30 s. 137 om att det ansetts svårt att föra bevisning om att en skadlig handling har orsakat en förlust för en borgenär med en viss summa.

styrelsens underlåtenhet.⁵¹ En annan lösning är att införa en omvänd bevisbörda så att det liksom för exculpation från medansvar i 25 kap. 18 § fjärde stycket ABL ankommer på en enskild styrelseledamot att visa att hon eller han har agerat aktsamt. Argumentet mot en sådan omvänd bevisbörda är framför allt att det skulle kunna vara svårt för aktsamma ledamöter att visa att de inte varit oaktsamma.⁵² Ett argument för en omvänd bevisbörda är att enskilda styrelseledamöter skulle bli mer aktiva.⁵³ Om styrelsen vid varje tidpunkt ska tillse att bolagets eget kapital och likviditet är försvarligt torde det också öka medvetenheten avseende dokumentation. Det torde ligga i styrelseledamöternas intresse att kunna visa att de beslut som tagits varit af-färsmässiga och att bolagets intresse varit för handen. Det står också en ledamot fritt att bevisa att skadan skulle ha inträffat även om hon eller han handlat med vederbörlig försiktighet. Ett annat argument för att införa en omvänd bevisbörda är bevissäkringsargumentet. En styrelseledamot torde ha lättare än exempelvis en borgenär att säkerställa bevisning om att hennes eller hans agerande varit aktsamt och bör därför vara den som bär bevisbördan.⁵⁴

4. AVSLUTANDE KOMMENTAR

Kapitalbristreglerna i ABL aktualiseras när ett visst förhållande mellan bolagets tillgångar och skulder föreligger. Även om insufficiens kan vara ett tecken på att det föreligger påtaglig fara för obestånd eller obestånd, är det inte nödvändigtvis så att det är fallet. Kapitalbristreglerna anses vara reducerade till att vara procedurregler och andra handlingsdirigerande regler skulle kunna verka mer handlingsdirigerande och därför mer effektiva avseende att förhindra att aktiebolag drivs vidare trots att de borde vidta rekonstruerande åt-

⁵¹ SOU 2023:34 s. 414.

⁵² Införande av en omvänd bevisbörda avfärdades av detta skäl i prop. 1997/98:99 s. 185 (det skulle ”förskjuta balansen på ett diskutabelt sätt till nackdel för aktsamma personer”), och har tidigare avfärdats för att det bedömts vara främmande för svensk rättsuppfattning, se SOU 1941:9 s. 650.

⁵³ Se Dotevall, R., *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 3 uppl., Wolters Kluwer, 2017, s. 58.

⁵⁴ Jfr prop. 1987/88:10 s. 71. Se även Blad, K., *Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid risk för obestånd och liknande situationer*, Örebro universitet, 2023, s. 285 ff.

gärder eller ansöka om konkurs.⁵⁵ Medansvarsreglerna har också ansetts vara ”systemmässigt illa hopkomna”.⁵⁶ Ett eventuellt avskaffande av kapitalbristreglerna har bara ansetts kunna genomföras om det finns andra regler som kan förhindra att ett aktiebolags ledning och aktieägare vårdslöst fortsätter att bedriva en förlustbringande verksamhet.⁵⁷ En lämpligare ordning än den nuvarande vore därför att skyldigheter att iaktta en viss handlingsplikt är knutna till obeståndsbegreppet. Det hindrar inte att insufficiens och tillfällig illikviditet också kan utgöra grund för en handlingsplikt för styrelsen. I utredningsförslaget föreslås en handlingsplikt som är tydligare kopplad till obeståndsbegreppet men som också tar hänsyn till bolagets likviditet. Det är en lösning som är mycket lik den norska modellen som har visat sig vara en lösning som är mer flexibel och kan anpassas utifrån de individuella aktiebolagens storlek, verksamhet och riskprofil. Vid en jämförelse med borgenärens möjlighet att vinna framgång med en medansvarstalan ter det sig dock svårare för en borgenär att rikta en framgångsrik skadeståndstalan mot styrelsens ledamöter på grund av kravet på orsakssamband vid indirekta skador.

⁵⁵ Se Andersson, J., *Kapitalskyddet i aktiebolag*, 7 uppl., Jure, 2020, s. 356.

⁵⁶ Lindskog, S., *Kapitalbrist i aktiebolag*, Zeteo, 2018, 1.3.

⁵⁷ Se t.ex. prop. 2009/10:61 s. 12 f. och Ds. 2019:6 s. 20.