

ROLF DOTEVALL

# Något om lagval och personligt ansvar i aktiebolag<sup>1</sup>

ROLF DOTEVALL, Professor i handelsrätt vid Göteborgs universitet.  
Gästprofessor vid Institutionen för handelsrätt vid Lunds universitet.

## 1. INLEDNING

Aktiebolagsrättsliga frågor med internationella inslag blir allt vanligare. En viktig anledning är den möjlighet som uppkommit genom EU-domstolens avgöranden i rättsfallen Centros, Überseering och Inspire Arts att registrera bolaget i ett medlemsland och driva all verksamhet i ett annat.<sup>2</sup>

Nyligen har dessutom EU-domstolen slagit fast i rättsfallet Polbud<sup>3</sup> att det är förenligt med etableringsfriheten att flytta bolagets registrerade säte från ett medlemsland till ett annat utan att det faktiska sätet flyttas. Ett krav från en medlemsstat att bolaget ska likvideras, för att på så sätt bl.a. skydda bolagets borgenärer, anser EU-domstolen vara en begränsning av etableringsfriheten.

Till detta måste läggas den möjlighet som EU:s insolvensförordning ger att inleda ett insolvensförfarande i det medlemsland där bolaget har sitt ”centre of main interest” (COMI) oavsett var bolagets säte är registrerat.<sup>4</sup> I dessa fall tillämpas den insolvensrättsliga reglering som gäller i den jurisdiktion där förfarandet inletts. Tillämplig aktiebolagsrätt blir däremot den som gäller i det medlem-

<sup>1</sup> Denna artikel är tidigare publicerad i Festskrift till Stefan Lindskog, Sthlm 2018 s. 146-154.

<sup>2</sup> Mål C-212/97 från den 9 mars 1999 Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, EU:C:1999:126, mål C-208/00 från den 5 november 2002 Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), EU:C:2002:632 och C-167/01 från den 30 september 2003 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd, EU:C:2003:512.

<sup>3</sup> Mål C-106/16 från den 25 oktober 2017 Polbud – Wyonawstwo, EU:C:2017:804.

<sup>4</sup> Art 4 EU:s insolvensförordning.

sland där bolaget har sitt registrerade säte.<sup>5</sup> En sådan situation kan medföra komplikationer i fråga om skyddet för bolagets borgenärer.

Den utveckling som skett under senare år skapar möjlighet att bilda och registrera ett bolag i det medlemsland som har den mest fördelaktiga bolagsrätten och driva all verksamhet på annat håll. På liknande sätt är det möjligt för ett bolag som riskerar att hamna på obestånd att flytta sitt COMI och på så sätt styra valet av den insolvensrättsliga reglering som kan bli tillämplig.

Det föreligger en grundläggande skillnad mellan amerikansk och europeisk rätt i attityden till insolvensförfaranden. I amerikansk rätt förlitar man sig i stor utsträckning på att bolagsledningen agerar rationellt i en obeståndssituation och inleder ett insolvensförfarande för att på så sätt rekonstruera verksamheten. Många rättsordningar inom EU ger istället uttryck för en uppfattning som innebär måste tvingas att inleda ett insolvensförfarande vid äventyr av sanktioner som ett personligt betalningsansvar för de skulder som uppkommer i verksamheten sedan bolaget blivit insolvent.

Möjligheten för bolag att flytta såväl sitt registrerade som faktiska säte och styra var bolagets COMI ska vara beläget ger upphov till frågor om vilken lag som ska tillämpas då styrelseledamot och verkställande direktör försummat sina plikter och frågan om personligt ansvar blir aktuell. Syftet med uppsatsen är att belysa denna lagvalsproblematik.

## 2. ANKNYTNINGSFAKTA PÅ BOLAGS- OCH INSOLVENSRÄTTENS OMRÅDE

När ett aktiebolag är registrerat i ett land och driver huvuddelen av sin verksamhet i ett annat land blir det åtminstone två nationella bolagsrättsliga regelsystem som kan tillämpas. Det kan uttryckas så att dessa båda rättsordningar är i konflikt medvarandra.<sup>6</sup> Internationell privaträtt är beteckningen på det rättsområde som innehåller regler för hur denna konflikt mellan olika rättsordningar ska lösas och kan

<sup>5</sup> Se Warberg, A., Gränsöverskridande insolvens, 2017, s. 191 ff.

<sup>6</sup> Se Cheshire, North & Fawcett, Private International Law, utg. av P. Torremans, 15 uppl., 2017, s. 17 ff.

därför betecknas som en metadisciplin.<sup>7</sup> Frågan om vilket landslag som ska väljas är binär; vid en sådan konflikt måste antingen det ena eller det andra landetslag väljas. Någon mellanlösning erbjuds inte.

Den svenska internationella privaträtten består av ett flertal kollisionregler. En sådan regel kan sägas vara tvådelad.<sup>8</sup> Den ena delen rör hur det rättsliga problem som det är fråga om klassificeras. Den andra delen bestämmer vilken rättsordning det aktuella problemet anknyter till.<sup>9</sup>

Det finns särskilda lagvalsregler för rättsområden som "avtal", "skadestånd", "insolvens" eller "bolagsrätt". Till dessa kan läggas sådana regler som kan betecknas som internationella tvingande lagvalsregler som EU:s insolvensförordning.

Vid val av tillämplig aktiebolagslag gäller den s.k. enhetsteorin. Med denna menas att samtliga rättsliga relationer som bildande, rättskapacitet, organisation och upplösning avgörs av *lex societatis*. Ett problem är dock att det rättsområde som vanligen betecknas som bolagsrätt inte är klart avgränsat till andra rättsområden. När det gäller t.ex. ansvaret för styrelseledamot då bolaget är underkapitaliserat eller ansvaret för aktieägare vid ansvarsgenombrott är frågan om problemet ska hänföras till rättsområdena bolagsrätt, insolvensrätt eller möjligen skadeståndsrätt. Detsamma kan gälla i fråga om de svenska reglerna om styrelserepresentation för privatanställda kan tillämpas på utländska bolag med verksamhet i Sverige.<sup>10</sup>

Det finns ingen generell lösning beträffande de berörda fallen.<sup>11</sup> Som huvudregel gäller dock att klassificeringen ska göras med utgångspunkt i den materiella rätten i den rättsordning som har domsrätten.<sup>12</sup> Detta medför att om fallet ska avgöras vid en svensk domstol ska lagvalsfrågan bedömas utifrån de materiella

<sup>7</sup> Se Bogdan, M., Svensk internationell privat- och processrätt, 8 uppl., 2014, s. 17 ff.

<sup>8</sup> Se Bogdan, 2014, s. 33 ff.

<sup>9</sup> Se Bogdan, 2014, s. 33 ff.

<sup>10</sup> Styrelserepresentation för privatanställda skulle möjligen kunna klassificeras som internationellt tvingande regler. Det blir då fråga om en analog tillämpning av art. 9 i Rom I-förordningen.

<sup>11</sup> Jfr Bogdan, 2014, s. 55 ff. och Weller, M-P, Companies in Private International Law – A European and German Perspective. Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe, utg. Av J. Basedow & L. B. Piffler, 2014, s. 364 ff.

<sup>12</sup> Se Cheshire m.fl., s. 41 ff.

regler som gäller i svensk rätt.<sup>13</sup> Om kollisionsregeln har sitt ursprung i en internationell konvention eller en rättsakt från EU förändras detta. I dessa fall styr självfallet konventionen eller rättsakten valet av tillämplig lag.

När det problemet har klassificerats rättsligt blir nästa steg att finna ett anknytningsfaktum. När det gäller insolvensrätt är detta bolagets COMI<sup>14</sup> och om det t.ex. är en skadeståndsrättslig fråga av utomobligatoriskt slag blir platsen där skadan uppkom avgörande enligt vad som framgår av art. 4.1 Rom II-förordningen. I fråga om avtalsförpliktelser följer lagvalet av vad parterna särskilt har kommit överens om. Saknas en sådan överenskommelse tillämpas lagen i det land där den avtalspart som ska utföra avtalets karakteristiska prestation har sin vanliga vistelseort.<sup>15</sup>

I den internationella bolagsrätten är det i huvudsak två uppfattningar om vilka förhållanden som utgör anknytningsfakta, nämligen lagen som gäller där bolagets administration är belägen, sätesprincipen, eller där bolaget är registrerat, registreringsprincipen.

Sätesprincipen innebär att platsen där bolagets faktiska säte är beläget styr lagvalet. Med faktiskt säte menas den ort där bolagets centrala administration finns. Detta är en plats som kan vara belägen i en annan jurisdiktion än där bolaget är registrerat.

Syftet med sätesprincipen är att skydda bolagets intressenter, och då särskilt borgenärer, minoritetsaktieägare och arbetstagare, genom att förhindra att utländska bolag kringgår nationella regler.<sup>16</sup> Principen innebär att ett bolags personalstatut följer den plats där de viktiga besluten i verksamheten fattas.<sup>17</sup>

I motsats till sätesprincipen kan registreringsprincipen få som konsekvens att främmande lag tillämpas i den jurisdiktion som har domsrätt. Enligt registreringsprincipen bestäms ett bolags perso-

<sup>13</sup> Jfr Cheshire m.fl., s. 41 ff.

<sup>14</sup> Se art. 4 EU:s insolvensförordning.

<sup>15</sup> Se art. 3 och 4.2 Rom I-förordningen.

<sup>16</sup> Se Dotevall, R., Aktiebolagsrätt. Fördjupning och komparativ belysning, 2014, s. 53 ff.

<sup>17</sup> Se Dotevall, Aktiebolagsrätt, s. 53 ff.

nalstatut av rätten i det land där bolaget är registrerat. I svensk rätt tillämpas av tradition registreringsprincipen.<sup>18</sup>

Registreringsprincipen skapar förutsättningar för regelkonkurrens mellan medlemsstaterna.<sup>19</sup> Denna konkurrens har varit en av de avgörande faktorerna för de omfattande bolagsrättsliga reformer som genomförts i Storbritannien (2006), Frankrike (2008) och Tyskland (2008).

I engelsk rätt har, i likhet med svensk rätt, registreringsprincipen tillämpats sedan länge. Där finns särskilda regler av skyddskaraktär som omfattar utländska bolag med verksamhet i Storbritannien. Det gäller t.ex. informationsregler,<sup>20</sup> firmaregler och framförallt reglerna om *fraudulent* och *wrongful trading*. Till detta kan läggas att även *the Company Directors Disqualification Act* kan tillämpas också på utländska bolagmedverksamhet i Storbritannien.

Vidare bör nämnas att enligt allmänna lagvalsregler gäller att ett utländskt bolag med verksamhet i Sverige måste följa t.ex. våra nationella skadestånds- och konsumenträttsliga regler.

Om ett insolvensförfarande ska inledas styrs lagvalet av EU:s insolvensförordning och vad som, enligt art. 4 i förordningen, är bolagets COMI. Enligt EU-domstolens avgörande i Interedil-fallet ska ett bolags COMI vara där bolagets huvudkontor är beläget.<sup>21</sup> Den avgörande tidpunkten för att bestämma ett bolags COMI är då konkursansökan ges in.<sup>22</sup>

Den flexibilitet som gäller i fråga om ett COMI i såväl geografiskt som i tidsmässigt hänseende innebär att ett COMI kan skiftas i en uppkommande likviditetsbrist eller överskuldssättning from ett medlemsland till ett annat i syfte att ändra den tillämpliga insolvensregleringen – *lex concursus*. Enligt vad som följer av domen i In-

<sup>18</sup> Se Dotevall, Aktiebolagsrätt, s. 53 ff.

<sup>19</sup> Se McCahery, J., & Vermeulen, E., Corporate Governance of Non-Listed Companies, 2008, s. 75 ff.

<sup>20</sup> Jfr Part 34 i Companies Act 2006.

<sup>21</sup> Mål C-396/09 från den 20 oktober 2011 Interedil Srl, in liquidation v Fallimento Interedil Srl and Intesa Gestione Credit SpA, EU:C:2011:671.

<sup>22</sup> Se mål C-1/04 från den 17 januari 2006 Susanne Staubitz-Schreiber, EU:C:2006:39.

teredil-fallet är enligt EU-domstolen förutsättningen för detta att förvaltningen av verksamheten flyttas till det andra medlemslandet.<sup>23</sup>

Avslutningsvis kan konstateras att om ett utländskt bolag har sitt COMI i Sverige ska svensk insolvensrätt tillämpas samtidigt som den bolagsrätt som gäller i det medlemsland där bolaget är registrerat.<sup>24</sup>

### 3. OMFATTNINGEN AV BOLAGETS PERSONALSTATUT

#### 3.1 Inledning

Bolagsborgenär kan påverkas av åtgärder som vidtas i verksamheten utan att ha något inflytande i bolagets förvaltning eller någon möjlighet att kontrollera vad som sker. Av den anledningen finns i de flesta rättsordningar skyddsregler som innebär att bolagsborgenär kan göra styrelseledamot ansvarig då denne försummat sina plikter. Plikterna mot bolagets borgenärer blir primära för styrelsen då bolaget hamnar i obestånd medan plikterna mot bolaget och aktieägarna blir sekundära i en sådan situation.

Den centrala strategin för att skydda bolagsborgenärer är i många av EU:s medlemsländer att kräva av styrelsen att inleda ett insolvensförfarande då styrelseledamöterna bort inse att bolagets ekonomiska ställning är så svag att ett obestånd knappast kan undvikas. Svensk rätt har i detta avseende valt en annan väg och i stället för att knyta styrelsens handlingsplikt till bolagets insolvens i stället knutit den till förhållandet mellan bolagets egna kapital och det registrerade aktiekapitalet.

Den svenska aktiebolagslagen vilar på uppfattningen att aktiekapitalet och det övriga bundna kapitalet enligt vad som framgår av aktiebolagslagen och årsredovisningslagen utgör grunden för skyddet av bolagets borgenärer. Detta är förklaringen till att en stor del av aktiebolagslagens regler har som sitt ändamål att försäkra att

<sup>23</sup> Se mål C-396/09 från den 20 oktober 2011 *Interedil Srl, in liquidation v Fallimento Interedil Srl and Intesa Gestione Credit SpA*, EU:C:2011:671.

<sup>24</sup> Se art. 4 Rom II respektive art. 6 Rom I förordningarna.

aktiekapitalet tillförs bolaget och bibehålls inom vissa ramar under bolagets verksamhetstid.

Det bör nämnas att många medlemsländer under senare år beträffande privata bolag slopat kravet på ett minsta aktiekapital eller satt kravet så lågt att aktiekapitalet blivit symboliskt. Av tradition har i engelsk rätt inte krävts något aktiekapital. Publika bolag måste, som en följd av EU:s andra bolagsdirektiv, ha ett minsta aktiekapital.<sup>25</sup>

### 3.2 Ansvar mot borgenär

Den svenska synen att bolagets aktiekapital utgör grunden i skyddet av bolagets borgenärer tar sig uttryck i de regler som återfinns i 25 kap. 13–20 a §§ aktiebolagslagen, ansvarsregler enligt vilka ledamöter i bolagets ledning kan bli personligen betalningsansvariga mot bolagsborgenär då bolaget är underkapitaliserat. Dessa regler, som kritiserats hårt, går i huvudsak ut på att om bolaget är underkapitaliserat ska styrelsen upprätta en kontrollbalansräkning.<sup>26</sup> En underkapitalisering föreligger enligt 25 kap. 13 § aktiebolagslagen ”när det finns skäl att anta” att bolagets egna kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet.

Den kontrollbalansräkning som då måste upprättas ska granskas av revisor och läggas fram på en första kontrollstämma enligt vad som framgår av 25 kap. 15 § aktiebolagslagen. Bolagsstämman ska då, om kontrollbalansräkningen utvisar att bolagets ekonomiska ställning är så dålig som anges i 25 kap. 13 § aktiebolagslagen, bestämmande att likvidera verksamheten eller att driva den vidare under en period på åtta månader.

När denna tidsperiod löpt till ända ska bolaget hålla en andra kontrollstämma. På denna stämma måste aktieägarna besluta att bolaget ska likvidera som inte den ekonomiska ställningen förbättrats så att det egna kapitalet uppgår till minst det registrerade aktiekapitalet. Om något sådant beslut inte fattas utan verksamheten drivs vidare ansvarar styrelseledamot 25 kap. 18 § aktiebolagslagen

<sup>25</sup> Se Dotevall, Aktiebolagsrätt, s. 149 ff.

<sup>26</sup> Se Dotevall, Aktiebolagsrätt, s. 488 ff. och Lindskog, S., Kapitalbrist i aktiebolag, (Zeteeo 2015-10-22, avsnitt 1.1).

för de förpliktelser som därefter uppkommer så länge underlåtenheten att likvidera bolaget varar.

Vidare bör nämnas att borgenär, enskild aktieägare och annan tredjeman har möjlighet att få ersättning av styrelseledamot och verkställande direktör för skada som enligt vad som stadgas i 29 kap. 1 § andra punkten aktiebolagslagen. En av ansvars förutsättningarna är att skadan vållats genom överträdelse av regel i aktiebolagslagen, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen som har ett tydligt ändamål att skydda borgenärernas intresse.

Inom EU skiljer sig de regler som syftar till att skydda bolagsborgenärer inte enbart genom sitt materiella innehåll utan också hur dessa regler är systematiserade.

I framförallt amerikansk rätt, men även i engelsk rätt, täcker den aktiebolagsrättsliga regleringen av tradition ett snävare område än vad som gäller t.ex. i svensk och kontinental europeisk rätt. Kännetecknande för amerikansk och engelsk rätt är att tyngdpunkten i skyddet för bolagets borgenärer återfinns i den insolvensrättsliga regleringen. Aktiebolagslagarna i framförallt USA rör i huvudsak relationen mellan bolagsledning och aktieägare.<sup>27</sup>

Engelsk rätt följer till viss del samma mönster i fråga om hur borgenärsskyddsreglerna är systematiserade som gäller i amerikansk rätt. Den centrala borgenärsskyddsregeln är *wrongful trading* i sec. 214 *Insolvency Act 1986*.

Ansvar för *wrongful trading* i sec. 214 *Insolvency Act* kan bli aktuellt om en director ”knows or ought to have concluded” att det inte fanns någon ”reasonable prospect” att bolaget skulle undvika att försättas i ”insolvent liquidation” så snart han eller hon bort inse att bolaget inte kan undvika insolvens har en skyldighet att inleda ett insolvensförfarande. Om styrelsen underlåter detta kan ledamot bli ersättningsskyldig gentemot bolaget.

I USA finns, varken federalt eller delstatligt, inga ansvarsregler med samma syfte som den engelska *wrongful trading* och motsvarande regler i andra medlemsländer inom EU. I amerikansk rätt finns enbart bestämmelser i *Uniform Fraudulent Transfer Act* som avser att

<sup>27</sup> Se Dotevall, Aktiebolagsrätt, s. 418 ff.

förhindra *fraudulent transfers*.<sup>28</sup> Dessa regler påminner närmast om återvinningsreglerna i den svenska konkurslagen.

Som jag inledningsvis nämnde är attityden till det insolvensrättsliga förfarandet annorlunda i USA än inom EU. Den amerikanska regleringen bygger på tanken att bolagsstyrelsen i ett egenintresse inleder insolvensförfarande för att rekonstruera verksamheten då bolagets ekonomiska ställning försämras. Några särskilda sanktioner för att åstadkomma detta anses inte behövas.<sup>29</sup>

I amerikansk rätt gäller att bolagsledningens lojalitetsplikt mot bolaget omfattar bolagets borgenärer när bolaget befinner sig i gränslandet till insolvens.<sup>30</sup> En styrelseledamot kan i amerikansk rätt av den anledningen bli skadeståndsansvarig mot bolagsborgenär. Grunden för detta ansvar vid *deepening insolvency* återfinns i *common law*. Med *deepening insolvency* menas "an injury to the corporate property from the fraudulent expansion of corporate debt and prolongation of corporate life"<sup>31</sup> Reglerna rörande *deepening insolvency* har ett bredare tillämpningsområde än det engelska *wrongful trading*. Eftersom *the business judgement rule* också är möjlig att tillämpa beträffande *deepening insolvency* blir utrymmet för ansvar mycket begränsat. Dessutom krävs för ansvar att styrelseledamot av bolagsledningen varit *fraudulent*.

I fransk och tysk rätt finns liknande ansvar som *wrongful trading*. I fransk rätt betecknas detta ansvar "action en complément de passif" och i tysk rätt "Antragspflicht bei juristischen Personen".<sup>32</sup> Dessutom gäller i tysk rätt enligt § 15a Insolvenzordnung (InsO) att om bolaget blir "zahlungsunfähig oder überschuldet" måste ledamöterna inom tre veckor ansöka om att inleda ett insolvensförfarande för att inte bli personligen betalningsansvariga för bolagets skulder.

<sup>28</sup> Se Uniform Fraudulent Transfer Act of 1984 11 U.S.C. ch 11.

<sup>29</sup> Se Cepec, J. & Kovac, M., Carrots and Sticks as Incentive Mechanisms for the Optimal Initiation of Insolvency Proceedings, *Law and Economics Review*, Vol. 7, 2016, s. 79 ff.

<sup>30</sup> Se Sayhan, R. K., The Myth of the Zone of Insolvency: Production Resources Group v. NCT Group, *Hastings Business Law Journal*, Vol. 3, s. 181 ff. (2006). Se även *Credit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Pathe Communications Corp* 1991 Del. Ch. LEXIS 215, no 55 (DEL. CH. 1991).

<sup>31</sup> Konstantinov, D., Wrongful Trading: Comparative Approach, 2 BRICS Law Journal 2015, s. 100 ff.

<sup>32</sup> Art. L 651-1-4 Code de commerce respective § 15a Insolvenzordnung (InsO).

Bestämmelsen i § 64 GmbHG innebär att en *Geschäftsführer* ska ersätta bolaget för betalningar som utförts sedan bolaget blivit *Zahlungsunfähigkeit* eller sedan det fastställts att bolaget är överskuld-satt. Detta gäller dock inte sådana betalningar som gjorts under denna tid med den aktsamhet som utmärker "eines ordentlichen Geschäftsmans". Ansvaret gäller också beträffande sådana utbetalningar som gjorts till en aktieägare och som lett till bolagets betalningsoförmåga.<sup>33</sup> Ersättningen ska erläggas till bolaget.

EU-domstolen kom i målet *Gourdain v. Nadler*<sup>34</sup> rörande den franska ansvarsregeln *action en comblement du passif* fram till att detta är en insolvensrättslig regel där bolagets COMI är anknytningsfaktum. Avgörande för denna klassificering är enligt EU-domstolen att bolagets insolvens är en av huvudförutsättningarna för ansvar. Vidare fäste EU-domstolen avgörande vid att syftet med ansvarsregeln är att öka bolagets tillgångar till nytta för borgenärskollektivet och inte någon enskild borgenär som drabbats av förlust. Av rättsfallet kan slutsatsen dras att den tyska regeln i § 64 GmbHG är insolvensrättslig till sin natur och följer bolagets COMI oavsett var bolaget har sitt registrerade säte.

Dessa regler har som sitt ändamål att mot äventyr av personligt ansvar försäkra att styrelsen inleder ett insolvens- eller rekonstruktionsförfarande för att på så sätt skydda bolagsborgenärerna när bolaget är insolvent. Beträffande lagvalet är de nämnda bestämmelserna i engelsk, fransk och tysk rätt insolvensrättsliga till sin karaktär och följer därför bolagets COMI.<sup>35</sup> Detta innebär att om ett engelskt bolag försätts in konkurs av en tysk domstol kan t.ex. ansvarsbestämmelserna i § 15 InsO och § 64 GmbHG tillämpas.

### 3.3 Anknytningsfaktum vid personligt ansvar på grund av kapitalbrist

Till skillnad från vad som gäller i fransk och tysk rätt kan motsvarande undantag från den bolagsrättsliga enhetsprincipen inte göras

<sup>33</sup> Se det tyska rättsfallet BGHZ 119, 14 och Schulz, A., & Weller M-P, Die Anwendung des § 64 GmbHG auf Auslandsgesellschaften [201] IPRax s. 336 ff.

<sup>34</sup> Mål C-133/78 från den 22 februari 1979 Henri Gourdainv Franz Nadler, EU:C:1979:49.

<sup>35</sup> Se mål C-133/78 från den 22 februari 1979 Henri Gourdainv Franz Nadler, EU:C:1979:49.

beträffande ansvaret i 25 kap. 13–29 a §§ aktiebolagslagen. Dessa regler omfattas inte av samma anknytningsregel som ansvarsregeln i § 64 GmbHG och motsvarande regler i engelsk och fransk rätt.

En avgörande skillnad mellan de svenska reglerna om ansvaret vid underkapitalisering i jämförelse med de nyss berörda reglerna i fransk och tysk rätt är att de inte bolagets insolvens som ansvarsgrund. En annan viktig omständighet är att det svenska ansvaret vid kapitalbrist ansvaret inte har till syfte att berika borgenärskollektivet utan den enskilde borgenär som inte fått betalt för den fordran som uppkommit under ansvarstiden. Ansvaret för kapitalbrist har därför inte bolagets COMI som anknytningsfaktum. Detta ansvar kan alltså inte tillämpas på utländska bolag även om dessa har sitt COMI i Sverige. De svenska reglerna omfattas istället av aktiebolagets personalstatut (*lex corporationis*).

EU-domstolen har förklarat beträffande domsrätten att ansvarsbestämmelsen i 25 kap. 13–20 a §§ aktiebolagslagen faller under den speciella jurisdiktionsregeln i art. 7.2 Bryssel I-förordningen<sup>36</sup> eftersom ansvaret kan, vid tillämpningen av Bryssel I-förordningen, likställas med ett utomobligatoriskt skadestånd. Skälet är enligt EU-domstolen att ansvaret inte grundas på ”ett frivilligt åtagande av den ena parten gentemot den andra parten” utan på underlåtenhet ”att vidta vissa formella åtgärder för att kontrollera bolagets ekonomiska situation”.<sup>37</sup>

#### 4. TILLÄMPLIG LAG DÅ STYRELSELEDAMOTS OCH VD:S SKADESTÅNDSANSVAR MOT TREDJE MAN AKTUALISERAS

Av art. 4.1 Rom II förordningen framgår att allmänt gäller då det är fråga om ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar att lagen i den jurisdiktion där skadan uppkom, *locus damni*, ska tillämpas.<sup>38</sup>

Som jag tidigare konstaterat gäller enhetsteorin som en allmän regel i den internationella aktiebolagsrätten. Den innebär att alla

<sup>36</sup> Art. 5.3.i den tidigare gällande förordningen nr 44/2001.

<sup>37</sup> Mål C-147/12 från den 18 juli 2013 ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB v Frank Koot and Evergreen Investments BV, EU:C:2013:490.

<sup>38</sup> Detta gäller ansvar för culpa in contrahendo enligt art. 12 Rom II-förordningen.

rättsförhållanden som är relaterade till ett aktiebolag som huvudregel ska underkastas samma lagvalsregel. Skälet är en strävan att behandla aktieägare, borgenärer och andra bolagsintressenter lika när bolagets verksamhet är gränsöverskridande. Enhetsprincipen omfattar också styrelseledamots och verkställande direktörs skadeståndsansvar mot tredje man enligt 29 kap. 1 § andra punkten aktiebolagslagen.<sup>39</sup>

Det sagda medför att art. 4.1 Rom II-förordningen inte är tillämplig i dessa fall. Denna allmänna lagvalsregel kan endast tillämpas då styrelseledamot eller verkställande direktör vållar skada som helt saknar anknytning till uppdraget i bolaget.

## 5. SLUTSATSER

Vid val av tillämplig aktiebolagslag gäller som huvudregel den s.k. enhetsteorin. Den innebär att frågor om bildande, rättskapacitet, organisation avgörs av aktiebolagets personalstatut. För svenskt vidkommande är det den jurisdiktion där bolaget har sitt registrerade säte.

Av art. 4 i EU:s insolvensförordning framgår att lagvalet för ett insolvensförfarande styrs av var bolaget har sitt COMI. Enligt EU-domstolens praxis är detta beläget där bolaget har sitt huvudkontor. I engelsk, fransk och tysk rätt finns regler som föreskriver att bolagets ledning ska inleda ett insolvensförfarande när det sannolikt att bolaget kommer att hamna på obestånd. Om bolagsledningen underlåter att göra detta kan ett personligt ansvar följa. Dessa regler som utmärks av att ansvaret är knutet till bolagets insolvens och där ersättningen ska göras till bolaget och alltså komma borgenärskollektivet till godo är bolagets COMI anknytningsfaktum vid lagvalet.

Det svenska ansvaret vid underkapitalisering i 25 kap. 13–20 a §§ aktiebolagslagen är inte knutet till bolagets insolvens utan till förhållandet mellan bolagets egna kapital och det registrerade aktiekapitalet och en underlåtenhet att vidta vissa åtgärder för att kontrollera bolagets ekonomiska situation omfattas inte av bolagets COMI utan av bolagets personalstatut.

<sup>39</sup> Se Bogdan, s. 255 ff.

I fråga om styrelseledamots och verkställande direktörs ansvar enligt 29 kap. 1 § andra punkten aktiebolagslagen följer lagvalet av bolagets personalstatut.