

AVHANDLINGAR

KARIN BLAD

Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid risk för insolvens och liknande situationer*

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

1. INLEDNING

Syftet med avhandlingen är att systematisera och utvärdera reglerna om skyldigheter och personligt ansvar för ett aktiebolags styrelse när bolaget befinner sig i insolvenszonen, det vill säga när det är risk för obestånd eller när obestånd är ett faktum. I syftet ingår att undersöka regleringens ändamålsenlighet.

Rekonstruktionsförfarandet i svensk rätt har under en längre tid varit i behov av reformering och EU:s direktiv om rekonstruktion och insolvens har till synes påskyndat denna process.¹ Direktivet syftar till att säkerställa att livskraftiga företag har tillgång till effektiva nationella rekonstruktionsramar och att förbättra utsikterna för överskuldssatta entreprenörer att få en andra chans. Enligt artikel 19 i direktivet ska medlemsstaterna se till att företagsledare, om det finns en sannolikhet för insolvens, åtminstone tar vederbörlig hänsyn till (i) borgenärers, aktieägars och andra intressenters in-

* Sammanfattning av avhandling vid Örebro University, Repro 05/2023.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1023 av den 20 juni 2019 om ramverk för förebyggande rekonstruktion, om skuldavskrivning och näringsförbud och om åtgärder för att göra för-faranden rörande rekonstruktion, insolvens och skuldavskrivning effektivare samt om ändring av direktiv (EU) 2017/1132.

tressen, (ii) behovet av att vidta åtgärder för att undvika insolvens och (iii) behovet av att undvika uppsåtligt eller grovt oaktsamt beteende som hotar företagets livskraft. I direktivet fastställs inte någon hierarki mellan de olika intressenter vars intressen måste beaktas på lämpligt sätt. I stället överläter direktivet detta åt medlemsstaterna. Direktivet definierar inte heller begreppet företagsledare. När det gäller svenska aktiebolag bör begreppet i detta fall omfatta styrelseledamöter, styrelsesuppleanter (när de ersätter den ordinarie ledamot), verkställande direktör, vice verkställande direktör (när han/hon ersätter ordinarie verkställande direktör), *de facto* styrelseledamöter och *shadow directors*.²

Den svenska regeringen har bedömt att Sverige uppfyller de krav som anges i artikel 19 i direktivet. Direktivkraven (i) och (iii) ovan anses uppfyllas genom skadestandsreglerna i 29 kap. aktiebolagslagen (2005:551) (ABL) och bestämmelserna om brott mot borgenärer i 11 kap. brottsbalken (1962:700). Kravet i (ii) anses uppfyllt genom reglerna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist och det personliga medansvaret i 25 kap. ABL, reglerna om företräders ansvar i 59 kap. skatteförfarandelagen (2011:1244) och ett antagande om att företrädare för ett aktiebolag i vissa fall ska kunna hållas skadeståndsskyldiga om de inte ansöker om konkurs när bolaget är på obestånd.³

2. AKTIEKAPITALET OCH FUNKTION SOM BorgenÄRSSKYDD OCH INSOLVENSPROFYLAX

Det övergripande syftet med aktiebolagsrätten är att upprätta en rättslig ram för bildande, drift och reglering av aktiebolag och att reglera deras relationer med aktieägare, styrelseledamöter, anställda, borgenärer och andra intressenter. Genom att fastställa tydliga regler och standarder för aktiebolagens beteende bidrar aktiebolagsrätten till att främja förtroende och tillit i näringslivet och stöder skapan-

² Jfr prop. 2000/01:150 p. 71.

³ Se SOU 2021:12 s. 568–576 och prop. 2021/22:215 s. 271.

det av en hållbar och välmående ekonomi. Kort sagt är målet att underlätta och främja affärsverksamhet.⁴ Aktieägare är som huvudregel inte personligt ansvariga för ett aktiebolags förpliktelser och aktiekapitalet har historiskt ansetts kompensera för den risk som borgenärer har i samband med till exempel utlåning. Det finns dock anledning att ifrågasätta aktiekapitalet som borgenärsskydd, särskilt som kapitalkravet i privata aktiebolag är 25 000 kronor (se 1 kap. 5 § ABL). Kapitalkravet är visserligen en minimigräns och det står privata aktiebolag fritt att ha ett högre aktiekapital. Detsamma gäller gränsen på 500 000 kronor för publika aktiebolag (se 1 kap. 14 § ABL). Aktiekapitalet kan vara en viktig faktor för kreditgivare att ta hänsyn till vid bedömningen av ett bolags kreditvärdighet. Aktiekapital kan också spela en roll för att förhindra obestånd genom att tillhandahålla en buffert av finansiella resurser som ett företag kan använda för att absorbera förluster eller hantera oväntade utgifter. Grundtanken är att om ett aktiebolag har en optimal kapitalstruktur i förhållande till sina tillgångar och förpliktelser torde obeståndrisken minska. I det fall en risk för obestånd ändå skulle uppstå skulle en optimal kapitalstruktur kunna absorbera den risken, i vart fall i teorin.⁵

3. STYRELSENS PLIKTER OCH ANSVAR I OBESTÅNDSZONEN

Styrelsen har en omfattande skyldighet att bedöma aktiebolagets ekonomiska situation, vilket framgår av 8 kap. 4 § ABL. Om styrelsen får indikationer på att bolaget har ekonomiska problem ska styrelsen göra en fördjupad utredning av dessa förhållanden.⁶ Enligt

⁴ Se t.ex. Andersson, J., *Vinstutdelning från aktiebolag*, Iustus, 1995, s. 127, Stattin, D., *Företagsstyrning*, Uppsala universitet, 2005, s. 41, Almlöf, H., *Bolagsorganens reglering och dess ändamålsenlighet*, Jure, 2014, s. 94 och Östberg, J., *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, Jure, 2016, s. 48.

⁵ Se t.ex. Tron, A., *Corporate Distress: Restructuring and Turnaround*, Emerald Publishing Limited, 2021, s. 11 f. och Gennaro, A., *Insolvency Risk and Value Maximization: A Convergence between Financial Management and Risk Management*, Risks, vol. 9, issue 6, 2021, no 105.

⁶ Se t.ex. Dotevall, R., *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 3 uppl., Wolters Kluwer, 2017, s. 122 and UNCITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law - part four*, 2019, s. 12.

25 kap. 13 § ABL ska styrelsen genast upprätta och låta bolagets revisorer granska en balansräkning för likvidationsändamål, om det antingen finns anledning att anta att bolagets egna kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet, eller om det i samband med verkställighet enligt 4 kap. utsökningsbalken (1981:774) visar sig att bolaget saknar utmätningsbara tillgångar. Vidare framgår av 25 kap. 18 § ABL att om styrelsen har underlåtit att upprätta och låta bolagets revisorer granska en kontrollbalansräkning, kalla till en första kontrollstämma eller ansöka om att bolaget ska träda i likvidation ska styrelseledamöterna vara solidariskt ansvariga för de förpliktelser som bolaget ådrar sig under tiden för underlåtenheten. Ansvar inträder inte för den som visar att han eller hon inte varit oaktsam. Medansvarsreglerna i ABL har varit föremål för viss rättsvetenskaplig debatt och kritik under en längre tid. Kritikerna poängterar bland annat att medansvarsreglerna i 25 kap. ABL är ”systemmässigt illa hopkomna” och förhindrar inte att aktiebolag drivs vidare trots att kapital saknas.⁷ En mer ändamålsenlig ordning vore att knyta skyldigheten att iaktta viss handlingskyldighet till obeståndsbegreppet. Med anledning av rekonstruktions- och insolvensdirektivets krav på företrädaransvar redan vid nära förestående obestånd, jämfört med gällande rätt som anvisar handlingsplikt vid insufficiens, finns det anledning att undersöka alternativen för ett aktiebolags företrädares ansvar vid en försämrad utveckling av ett aktiebolags likviditet.

Styrelsens omsorgsplikt innebär att bolagets intresse ska vara vägledande för styrelsens agerande. Bolagets intresse är nära förknippat med att bolaget ska generera vinst som ska delas ut till aktieägarna. Styrelsen har enligt 3 kap. 3 § ABL ett ansvar för att förvalta aktiebolagets verksamhet på ett sätt som maximerar vinsten för aktieägarna, om inget annat syfte är angivet i bolagsordningen. Styrelsens plikt att omsorgsfullt agera i bolagets intresse begränsas av rättsliga normer och interna bestämmelser som kommer till uttryck

⁷ Se t.ex. förordet i Lindskog, S., *Kapitalbrist i aktiebolag. Kommentar till kap. 25:13–20 ABL*, Norstedts Juridik, 2009, Svernlöv, C., och Ungerstedt, U., *Behövs verkligen bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist?*, Balans nr 5 2009, Karlsson-Tuula, M., *Lagstiftning när den är som sämst – reglerna om borgenärsskydd måste ändras*, Insolvensrättslig Tidskrift, nr 2, 2018, s. 44–4.

i bolagsordningen eller genom bolagsstämans eventuella instruktioner. Plikten att verka för vinstsyftet begränsas exempelvis genom exempelvis ABL:s borgenärsskyddsregler.⁸ Vid händelse av ett aktiebolags konstaterade obestånd bör dock omsorgsplikten anses skifta till förmån för borgenärerna.⁹ Det står inte helt klart om styrelsens fokus bör skifta från vinstmaximering för aktieägare till borgenärsintressen också när obestånd är nära förestående eller oundvikligt.¹⁰ Övervägande skäl talar dock för att så är fallet. Eftersom en minskad risk för borgenärer kan bidra till att rädda ett aktiebolag från konkurs och i allmänhet underlätta kapitalanskaffning kan det ses som en ändamålsenlig tolkning av hur bolagets intresse ska förstås. Det skulle därför vara ändamålsenligt att ge borgenärernas intressen företräde om obestånd är mycket nära förestående.¹¹

För svensk rätts del saknas det ett tydligt samband mellan ansvarsregler i insolvenszonen och styrelseledamöternas skyldigheter mot bolaget. Ansvaret är i stället centrerat till reglerna om skadestånd i 29 kap. ABL. För att 29 kap. 1 § första meningen ABL om internt skadeståndsansvar ska aktualiseras för en styrelseledamot krävs en skada och att denna har vållats culpöst inom ramen för ledamotens uppdrag. Därtill ska adekvat kausalitet föreligga enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer.¹² En utgångspunkt för bedömningen om ledamoten agerat culpöst är om denne agerat med erforderlig omsorg.¹³ När det föreligger påtaglig fara för insolvens torde inte omsorgsplikten heller innebära att styrelsen primärt ska beakta borgenärerna. I stället skulle det kunna handla om att styrelsens plikt att bedöma bolagets ekonomiska situation utökas när bolaget har eko-

⁸ Se Blad, K., *Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid insolvens och liknande situationer*, Örebro universitet, 2023, s. 206 ff. med vidare hänvisningar.

⁹ Se Blad, K., *Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid insolvens och liknande situationer*, Örebro universitet, 2023, s. 212 ff. med vidare hänvisningar.

¹⁰ Se Blad, K., *Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid insolvens och liknande situationer*, Örebro universitet, 2023, s. 216 ff. med vidare hänvisningar.

¹¹ Blad, K., *Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid insolvens och liknande situationer*, Örebro universitet, 2023, s. 216 med vidare hänvisningar.

¹² Se t.ex. Samuelsson, P., *Aktiebolagslag (2005:551) 29 kap. 1 §*, Karnov (2022-10-01). Se även prop. 1997/98:99 s. 182 ff.

¹³ Prop. 1997/98:99 s. 186.

nomiska problem.¹⁴ Omsorgsplikten kan då innebära att styrelsen behöver göra vissa typer av intresseavvägningar. Borgenärskyddsin- tresset är då ett av de intressen som ska övervägas vid tolkningen av ABL:s regler, i ljuset av det övergripande ändamålet med aktiebo- lagsrätten att skapa förutsättningar för näringsverksamhet. Det torde dock inte finnas utrymme i styrelsens omsorgsplikt ens när det fö- religger påtaglig fara för obestånd att låta borgenärsskyddsin- tresset, eller något annat intresse, helt åsidosätta bolagets intresse. I händelse av att ett aktiebolag hamnar på obestånd torde dock styrelsens om- sorgsplikt förändras på ett sådant sätt att borgenärernas intressen prioriteras. Det kan innebära att ett konkursförfarande måste inledas för att förhindra att tillgångarna minskar ytterligare och för att öka sannolikheten för att borgenärerna får betalt för sina fordringar. Om det föreslagna EU-direktivet om införande av en skyldighet att ansöka om konkurs antas, kommer Sverige att behöva införa en sådan regel.¹⁵ I avhandlingen föreslås det att en plikt att ansöka om ett aktiebolags konkurs bör föreligga om ett aktiebolag är på obe- stånd. Plikten bör liksom i direktivförslaget knytas till en tidpunkt då styrelsen kände till eller borde ha känt till att aktiebolaget var på obestånd.¹⁶ Vad som är en lämplig tidsfrist är svårt att avgöra men utifrån det svenska relativt svårbedömda obeståndsbegreppet torde det inte vara lämpligt att ha en alltför kort tidsfrist.¹⁷

De nuvarande skadestandsreglerna säkerställer inte fullt ut att fö- reträdare för ett aktiebolag som närmar sig obestånd beaktar borge- närernas och andra intressenters intressen eller behovet av att vidta åtgärder för att undvika obestånd. Omsorgsplikten ger inte upphov till skadestånd gentemot borgenärer eller andra intressenter. Om en skyldighet att ansöka om konkurs, eller en omsorgsplikt, skulle ko- difieras i ABL samt om denna plikt skulle innefatta ett krav på sty-

¹⁴ Se Blad, K., *Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid insolvens och liknande situationer*, Örebro universitet, 2023, s. 125 ff. med vidare hänvisningar.

¹⁵ COM/2022/702 final, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law.

¹⁶ Se COM(2022) 702 samt Blad, K., *Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid insolvens och liknande situationer*, Örebro universitet, 2023, s. 277 ff. med vidare hänvisningar.

¹⁷ Direktivförslagets artikel 36 föreskriver att en ansökan bör göras senast tre månader efter ovan tidpunkt.

relsen att beakta borgenärernas intressen vid risk för obestånd, skulle situationen emellertid bli en annan. I ett sådant fall skulle omsorgsplikten kunna bidra till att säkerställa att borgenärernas intressen beaktas och att åtgärder vidtas för att undvika obestånd. Om styrelsen i ett aktiebolag bryter mot bestämmelserna om kapitalbrist i 25 kap. ABL, kan styrelsen bli skadeståndsansvarig inte bara gentemot bolaget utan även gentemot andra, däribland borgenärer, enligt 29 kap. 1 § aktiebolagslagen. Externa parter kan dock inte kräva ansvar för överträdelse av omsorgsplikten, eftersom sådana anspråk kräver en överträdelse av ABL, årsredovisningslagen (1995:1554) eller bolagsordningen. Att det finns en plikt att iaktta borgenärsintressen i vart fall när det står klart att ett aktiebolag inte kommer att kunna undvika konkurs skulle kunna klargöras i lagtext. Det skulle också kunna införas en form av plikt-katalog av liknande slag som till exempel återfinns i engelsk rätt.¹⁸ Det skulle i så fall inte innebära något annat än en kodifiering av gällande rätt.

För ren förmögenhetsskada till följd av brott kan ersättning utgå enligt 2 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207). De relevanta straffrättsliga bestämmelserna i sammanhanget är särskilt borgenärsbrotten i 11 kap. brottsbalken trolöshet mot huvudman i 10 kap. 5 § brottsbalken. Borgenärsbrotten fyller en viktig funktion som handlingsdirigerande regler för styrelsen. De straffrättsliga reglerna tar hänsyn till behovet av att förhindra att styrelsen agerar på ett sätt som hotar ett aktiebolags livskraft. Det vore dock lämpligt att ta bort åtalbegränsningen för vårdslöshet mot borgenärer i 11 kap. 8 § brottsbalken i syfte att öka möjligheten till lagföring.¹⁹

Till skillnad från det skatterättsliga företrädaransvaret diskriminerar inte reglerna om personligt ansvar i 25 kap. 18 § ABL bolagets borgenärer. Alla borgenärer har möjlighet att utkräva medansvar av styrelseledamöterna. Skatteverket har dock en särställning genom att reglerna i skatteförfarandelagen möjliggör betalning av skattefordringar om rätt förutsättningar är uppfyllda. Argumentet till stöd för

¹⁸ Se sections 171–177 Companies Act 2006.

¹⁹ Blad, K., *Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid insolvens och liknande situationer*, Örebro universitet, 2023, s. 333 f.

företrädaransvar bygger på statens ställning som ofrivillig borgenär. Företrädaransvar verkställs dock inte om aktiebolaget har ansökt om konkurs eller företagsorganisation senast den dag då skatterna förföll till betalning.²⁰ Företrädaransvaret kan sägas ha en viss konkursdrivande funktion med medföljande nackdel att det inte bara är aktiebolag utan livskraft som kan komma att försättas i konkurs när företrädare försöker undkomma personligt ansvar. Fördelen med den konkursdrivande funktionen är att det till viss del motverkar förekomsten av så kallade zombieföretag, det vill säga företag som över tid skulle haft svårt att överleva utan stöd eller onormalt låga räntor. Förslaget om att alla EU:s medlemsländer ska införa en handlingsplikt att ansöka om konkurs skulle kunna vara lösningen eftersom införande av en sådan plikt för ett aktiebolags företrädare skulle kunna ta företrädaransvarets plats i detta avseende.²¹

4. AVSLUTNING

Temat för avhandlingen är skyldigheter och ansvar för styrelseledamöter i aktiebolag vars ekonomiska ställning kan placeras någonstans i insolvenszonen. När det föreligger sannolikhet för insolvens, eller påtaglig fara för obestånd, präglas diskussionen av att skyldigheter för styrelsen ska vara preventiva och handlingsdirigerande i någon mån.²² När preventionstanken är framträdande kan det skapa vissa spänningar mellan insolvensrätten och aktiebolagsrätten. Det torde dock inte spela någon roll om frågan om styrelsens ansvar är en del av aktiebolagsrätten eller om den anses vara en del av insolvensrätten. Det är dock uppenbart att de två rättsområdena måste samverka. Även ”hjälp-områden”, som straffrätten och skadeståndsrätten, vilka bidrar till sanktionernas utformning och tillämpning måste harmonisera med regelverket i övrigt. Sammanfattningsvis kan följande

²⁰ Se HFD 2015 ref. 58 och HFD 2016.

²¹ Se COM(2022) 702 final, artikel 36-37 samt Blad, K., *Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid insolvens och liknande situationer*, Örebro universitet, 2023, s. 277 ff. med vidare hänvisningar.

²² Jfr ändamålen med kapitalbristreglerna i 25 kap. ABL, till viss del företrädaransvarsreglerna i 59 kap. IL och borgenärsbrotten i 11 kap. brottsbalken (se Blad, K., *Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid insolvens och liknande situationer*, Örebro universitet, 2023, s. 237 ff. och 322 ff.).

förslag erbjuda lösningar på de frågor som har diskuterats i avhandlingen:

- Behåll kravet på minsta aktiekapital men inför krav på försvarbart eget kapital och likviditet.
- Kodifiera en skyldighet att agera när styrelsen bedömer att det egna kapitalet inte är försvarligt.
- Kodifiera en skyldighet att ansöka om konkurs om ett bolag är på obestånd.
- Inför presumerat solidariskt ansvar för styrelseledamöter som inte kan visa att de agerat på ett försvarligt sätt.
- Kodifiera styrelsens omsorgsplikt så att den även omfattar borgenärspåverkan.
- Avskaffa åtalsbegränsningen för brottet vårdslöshet mot borgenärer i 11 kap. 8 § brottsbalken.